

مختصر
الشرح
للمعاني

بمصر
في شهر ربيع الأول سنة ١٢٨٥

من محاضرات آية الله العظمى
الشيخ الميرزا محمد باقر

الشيخ الميرزا محمد باقر

المطبعة
الطبعة الثانية

مقدمة الطبعة الثانية

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

وكان على الفقيه - والحالة هذه - أن يضع لها احكاماً نتيجة إعمال ملكته الاجتهادية، وحسباً لديه من القواعد، والادلة الفقهية.

ولقد اضفت للكتاب بحثاً جديداً يتناول عملية البيانصيب حيث اصبح هذا الموضوع في الوقت الحاضر مثار نقاش لدى علماء المسلمين في تصحيح حكمه الشرعي نظراً لانه من الامور التي شاع استعمالها في المجتمع الاسلامي الى درجة اضطرت الفقيه ان يتوجه لها بمنظاره الفقهي ويستخرج حكمها الشرعي.

ولم يكن هذا البحث بالجديد على اخواته من البحوث التي ضمها الكتاب إنما كان تأخره نتيجة احتمال ان يكون نواة للجزء الثاني منه ولكن ظروف استاذنا المعظم الصحية منعت من الاستمرار بالبحث لذا قررت اضافته الى الكتاب عند اعادة طبعه.

كما وسوف يرى القارئ الكريم بعض الزيادات والايضاحات والشروح المقتضية، وارجو أن لا اكون اثقلت الكتاب بها

وختاماً : املي وطيد بأن اكون قد ادبت واجباً جديراً بعناية واهتمام
القراء .

ومن الله وحده أطلب التوفيق

التجف الاشرف في ٢٧ / رجب / ١٣٩٣

عز الدين السيد علي محمد العلوي



مركز تحقيق تكملة نصوص علوم اسلامی

مقدمة الطبعة الاولى

لم تكن الشريعة الاسلامية كبقية الشرائع السماوية السابقة معدة من حيث الزمن ، أو هي مختصة بأمة من الناس . بل هي خاتمة الرسالات الالهية الى البشر حتى يختار الله لهذا الكون نهايته المقدرة ، ولهذا فهي كفيلة بإسعاد المجتمع ، ومعالجة مشاكله ، وإكمال نواقصه . فهي في حقيقتها قانون إلهي للإنسان ، فلا بد من تطبيق أحكامها ، ورعاية مفرداتها ، وهي في الوقت نفسه أحكام توقيفية لا تخضع للتبدل الطارئ من تعاقب القرون فحلل عمده (ص) حلال الى يوم القيامة ، وحرامه حرام الى يوم القيامة .

ولما كانت مقتضيات العصر المتخيلة لبعض المشرعين قد استدعت تشريع أحكام حسب ما استحدثت من الوقائع كان من اللازم عرض هذه الأحكام على واقع الدين الاسلامي ، وأحكامه الكلية المتسعة لكل زمان ، ومكان ومعرفة ما اذا كانت ملائمة لها أم لا ؟ وبيان أوجه المفارقة فيها ان كانت والشريعة المقدسة - كما أسلفنا - لم تكن مختصة بطبقة خاصة ، أو بأجيال معينة ، بل هي رسالة السماء الى أبناء الأرض في جميع الأزمنة مهما امتد عمر الأيام ، ولذا لا بد من معالجة ما يحدث ويحدث من أمثال هذه المواضيع . وتقع مهمة المماثلة على عاتق رجال الفقه فهم السلطة التشريعية ، ولهم الكلمة الفصل فيها .

وشعوراً بهذه الحاجة تقدمت مع عدد من اخواني طلاب العلم والمعرفة الى سماحة شيخنا الأكبر آية الله العظمى الشيخ حسين الحلي - دام ظله - نلتهمس

منه التفضل بإبداء رأيه في البحوث في اطار البحث والتدريس ليقول كلمته فيها على ضوء ما تقرره الشريعة المقدسة .

واستجاب شيخنا الكبير لهذه الرغبة الملحة ، وألقى في شهر رمضان ١٣٨١ محاضراته في هذه المواد التي أبسطها بين يدي القارئ :

ورغبة مني في تعميم هذه المواضيع ، ونشرها بين يدي الناس رأيت من اللازم عليّ أن أدعم هذه البحوث بشيء من النظريات الحديثة من مصادرها المعاصرة وآراء أهل الخبرة من الفنيين فيها .

ثم رأيت أن بعض المواضيع - وهي من مواضيع الساعة أيضاً وحاجة المجتمع اليها كبيرة - لم يبحثها - دام ظلّه - باعتبار أن الوقت المحدد لامثال هذه الدروس قد انتهى ، وحرصاً على الاستفادة منه تتبعت آراءه عن طريق المذاكرة والاستفتاء .

وأخرجتها بعد هذا كله للقراء حيث أضعها بين أيديهم عساني أن أكون قمت بخدمة دينية لآخواني ممن يهمهم الوقوف على هذه الحقائق .

والله من وراء القصد

النجف الأشرف :

في ٨ ذي الحجة ١٣٨٣

عبدالله السيد علي محمد العلوي

التأمين

حقيقة التأمين وحاجة المجتمع اليه، ماهو التأمين؟
تاريخ التأمين ، عقود التأمين ، الشروط الأولية
والاركان المطلوبة في عقود التأمين ، الاسباب
والقبول ، المؤمن عليه ، مبلغ التأمين ، بيسان
الخطر . أقساط التأمين ، مدة العقد تاريخ ابتدائه
وانتهائه ، 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
الثلف ، ضمان الديون ، ضمان الاعيان المفصولة ،
ضمان الامانة ، ضمان الاعيان الشخصية ، الضمان
الانشائي في الاعيان ، الخارجية ، الخلاصة ، الهبة
بشرط تحمل الحسارة . عرض التأمين على القواعد
العامة ، عرض التأمين على الاصول العملية ،
تنبيهات التأمين بالتقابل ، التأمين المختلط مع
الاشتراك في الأرباح . موقف الشريعة من الفوائد
الربوية في التأمين ، اعادة التأمين .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

من المعاملات المستعدة والتي لم تكن في معرض التداول على عهد المشرع الاسلامي عملية التأمين (البيعة)

والبحث عن هذا الموضوع من ناحيتين :

- ١ - حقيقة التأمين وحاجة المجتمع اليه .
- ٢ - طبيعته من الناحية الدينية ورأي شيخنا الحلي - دام ظله - فيه .

حقيقة التأمين وحاجة المجتمع اليه :

كل شيء في هذه الحياة معرض الى الخطر بأوسع ما تشتمل عليه كلمة - كل شيء - من الأموال ، والنفوس ، وغيرها .

والانسان مدفوع بدافع خفي من غريزته الى تحاشي الخطر وبذل أقصى ما يمكن في سبيل تبعيد الاخطار عنه وعن ممتلكاته .

ولذا كانت فكرة التأمين من جملة الاشياء التي تبعد شبح الأخطار عن الانسان - سواء في نفسه ، أو بممتلكاته - من غرق ، أو حريق ، أو سرقة ، أو وفاة ، وما شاكل هذه من الحوادث مما يؤمن له ، أو لأفراد عائلته قسطاً ولفراً من المال ، والراحة بحيث تكون بمثابة التعويض عما يلحق الفرد من الخسائر والأضرار في تلك المناسبات .

ما هو التأمين ؟

لا يخرج التأمين في حقيقته عن كونه تعويضاً للانسان عن نتائج ما يقع عليه ، أو على الغير بواسطة حادثة من حوادث القضاء ، والقدر ، وذلك بمقتضى

نظام تعاواني يقوم على القوانين ، والاحصائيات الحديثة . ولهذا عرف :
 بأنه اتفاق بين المؤمن - الشركة - من جهة وبين شخص ، أو عدة اشخاص يعبر
 عنهم بالمؤمن له ، أو لهم - طالب التأمين - من ناحية أخرى ، وبمقتضى هذا
 الاتفاق يتعهد المؤمن - الطرف الأول - بأن يدفع له - الطرف الثاني -
 مبلغاً معيناً من المال ، أو ما يساويه بمجرد وقوع حادث معين مبين في وثيقة
 العقد في مقابل أن يدفع المؤمن له ، أو يتعهد بدفع مبلغ يتفق عليه الطرفان
 يسمى بقسط التأمين .^(١)

تاريخ التأمين :

والتأمين بنظره البدائية لم يكن وليد الأيام المتأخرة بل هو موجود من
 زمن بعيد وإن لم يكن معروفاً لدى العامة كفكرة لها قوانينها ونظمها الخاصة
 ولناخذ لذلك مثلاً ، فإن هذه المساعدات التي تصل الى الانسان من أقاربه
 وأصدقائه عند مرضه ، أو حلول كارثة به فهي نفسها فكرة التأمين بشكلها
 البدائي .

وكذلك العادات العشائرية القاضية بجمع الدية لذوي القتل لو صدر اعتداء
 من أحد أفراد العشيرة على الغير هي نفسها فكرة التأمين أيضاً ، وضمان حياة
 القاتل من القتل الذي يكون بمثابة الاقتصاص منه . هذا ، وامثاله أنواع أخر
 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 او الى المستفيد مبلغاً من المال أو ايراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع
 الحادث المؤمن ضده وذلك في مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له المؤمن)
 التأمين علماً وعملاً . لأحمد بديع سيفي ، ص ٣٧ .

وهذا التعريف يقابل نص المادة (٧٤٧) مدني مصري كما جاء في : التأمين نظرية وتطبيقاً
 لجليل قسطنط ، ص ١٦ .

والى غير ذلك من الالتزامات التي يلتزم بها الناس المؤدية لنفس النتائج التي تؤدّيها فكرة التأمين من دون أن يطلق عليها هذا الاسم، أو تجعلها خاضعة لقوانين منظمة كما هي عليه اليوم كافة شركات التأمين .

وقد ذهب المتتبعون من الذين واصلوا البحث عن تأريخ هذه الفكرة الى دعوى وجودها من أيام الاغريق حيث وجدت جماعات من ملاك العبيد كانوا يدفعون أقساطاً معينة عن عبيدهم إلى الجمعيات التي كانت قد أنشئت لهذا الغرض في مقابل أن تدفع الجمعية لهم ثمن العبد لو هرب من سيده .

« وفي بلاد الاغريق وجدت جماعات من ملاك العبيد يدفعون أقساطاً عن عبيدهم فاذا هرب أحد العبيد من صاحبه عوضته الجمعية ثمن العبد كما أسس الرومان جمعيات تعاونية لنقل الموتى ، والغرض من تأسيس هذه الجمعيات هي أن تقوم بدفع مصاريف الجنازة كلها في مقابل أن يدفع كل عضو مبلغاً ضئيلاً من المال كل أسبوع وهذه الجمعيات لم تزل موجودة الى الآن في إنجلترا » (١) .

مركز تحقيق كاميون علوم إسلامي

عقود التأمين .

ومن ناحية عقود التأمين فإن قدمها يكشف لنا عن تنظيم هذه الجمعيات بشكل ينحصر الى الأنظمة الخاصة من ذلك الوقت .
وأقدم عقد ايطالي للتأمين صدر في سنة ١٣٤٧ ميلادية . ومحمّل أن يكون هناك أقدم منه .

(١) محاضرات ألقاها الاستاذ محمود عزمي مدير شركة التأمين المصرية على طلبة الصف الثاني في كلية التجارة والاقتصاد العراقية .

وقالت بعض المصادر « ان البابليين في العراق القديم أول من عرف عقد التأمين بشكله الابتدائي ، وكان عندهم عبارة عن عقد قرض ساعد على ازدهار التجارة ما بين (٤٠٠٠ - ٣٠٠٠) قبل الميلاد » جليل قسطو في التأمين نظرية وتطبيقاً ، ص ١١ .

وأقدم قضية للتأمين البحري يرجع تاريخها الى سنة ١٣٦١ م .
وأول شركة لتأمين الحريق تأسست في لندن سنة ١٦٦٦ م .
أما تأمين الحوادث فهو أحدثها عهداً وأول صورة من صورته كان ضد الحوادث
الشخصية سنة ١٨٤٥ م ،^(١) .

انواع التأمين .

ليس من الممكن حصر التأمين في أنواع معينة ما دام الانسان عرضة
للاخطار فهي تزداد مع مرور الزمن، وكلما دعت الحاجة الى أنواع جديدة منه
ويمكننا أن نذكر قسماً منها والتي توفرت لدينا أسماءها :
التأمين - على الحياة .

التأمين - على الحريق ، السرقة ، وما شاكل ...

التأمين - على النقل البحري ، البري ، الجوي ...

التأمين - على حوادث السيارات ، الطائرات ، المراكب ، وغيرها .

وهناك أنواع كثيرة منه تتشابه ، ولكن بالامكان إرجاع بعضها الى البعض
الآخر فلا داعي الى التطويل^(٢) .

الشروط الاولى والاركان المطلوبة في عقد التأمين :

عملية التأمين تشمل على اركان وشروط لا بد من استكمالها في هذه
المعاملة .

(١) نفس المصدر السابق ، وقيل أن تأمين الحريق جاء في أعقاب الحريق الهائل الذي وقع
في لندن يوم الجمعة الثاني من ايلول عام ١٦٦٦ م والذي استمر أربعة أيام بلياليها ، وأتى على
٨٥ ٪ من مباني المدينة كما دمر ممتلكات هائلة ، لاحظ التأمين علماً وعمل لأحمد سيفي ص ٧ .
(٢) بعض المصادر المختصة بالموضوع تقسم التأمين الى قسمين: تأمين خاص، وتأمين اجتماعي .
ولدى التحقيق وجدنا هذه الأقسام المذكورة كلها داخلة تحت عنوان التأمين الخاص ، أما التأمين
الاجتماعي فيقصد به : « التأمين الذي فرضته الحاجة الاجتماعية لحماية مستقبل الطبقة العاملة وهو
الذي تمارسه الدول وتجعله إلزامياً » ، جليل قسطور في : التأمين فظرياً وتطبيقاً ، ص ٣٣ .

أركانها :

- ١ - الإيجاب والقبول .
- ٢ - المؤمن عليه : شخص ، ثروة مرض ، ومساكن .
- ٣ - مبلغ التأمين : الذي تدفعه الشركة عند حدوث الخطر وما يدفعه طالب التأمين الى الشركة من المال (١) .

شروطها :

- ١ - بيان الخطر المؤمن ضده : حريق ، وفاة سرقة ، عجز ، مرض...
 - ٢ - القسط الذي يدفعه طالب التأمين الى الشركة لو اراد التقسيط وكيفية تسديد الأقساط المرتبة على المؤمن له .
 - ٣ - مدة العقد : تاريخ إبتدائه ، وانتهائه .
- هذه هي أهم الشروط المطلوبة في عقد التأمين بين الطرفين . ولا بد لنا من دراسة لهذه الأركان والشروط توضيحاً لها عما يكتنفها من الغموض .

١ - الإيجاب والقبول : يتحقق كإحدى ركائز العقد

وهما ركن في عملية التأمين .

الإيجاب : ويتم من قبل طالب التأمين بعد أن تقدم الشركة له إستشارة

(١) ذكرت بعض المصادر الحديثة للتأمين هذه الأركان الثلاثة ولكن بشكل آخر من التسمية يعبر عن معنى الإيجاب ، والقبول (بركن التراضي) فقالت «وأما وجود التراضي فيتحقق بالتعبير عن الإرادتين بالإيجاب والقبول .

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

وعن الركن الثالث (مبلغ التأمين) عبرت (بركن السبب) فجاء « والسبب هو الدافع أو الباعث الذي يدفع كلاً من طرفي العقد على إبرامه وعلى الالتزام بالآثار التي تترتب عليه . ولقد نص القانون على ركن السبب وقضى بأن يكون العقد باطلاً اذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام أو للأداب » ، لاحظ التأمين ص ٣٢ - ٣٣

تحتوي على بيان النوع الذي يؤمن الشخص عليه : ثروة أو نفساً أو ما شابه وعلى القسط الذي يتفق عليه الجانبان ليدفعه المؤمن له مرقباً ، وعلى مبلغ التأمين الذي يجب على الشركة دفعه كتعويض عند حلول الخطر المؤمن عليه إضافة إلى بقية الشروط المتفق عليها بين الشركة وبين طالب التأمين. ويكون توقيع هذه الاستمارة من قبل طالب التأمين إيجاباً منه بذلك .

القبول : ويكون بتصدير الوثيقة التي تؤدي وجود التعاقد بين الجانبين ومصدر هذه الوثيقة - عادة - الشركة لتدفعها إلى طالب التأمين . وبهذا يتم الركن الأول من الأركان المطلوبة في عملية التأمين ^(١) .

المؤمن عليه :

وبيان المؤمن عليه من أساسيات التأمين حيث تتوقف عليه المعاملة التأمينية إذ يختلف المؤمن عليه : فمرة - يكون حياة طالب التأمين ، وثانية - بعض الطواري العارضة عليه ، وثانية - أموال الشخص ، وممتلكاته ولكل من هذه خصوصياته ، وأوضاعه ولابد للشركة من تقدير ظروف كل من هذه الخصوصيات وملاحظة ما تدفعه أزاء ما يؤمن عليه وعند عدم ذكره لالتحقق عملية التأمين إذ تقف شركة التأمين مكتوفة اليد فعلى أي شيء ترتب دفع الأموال .

٣ - مبلغ التأمين :

وهذا أيضاً من أركان عملية التأمين فاننا لو أغضينا النظر عنه لما تمت العملية المذكورة ، إذ لا يكون في البين داع لأن يؤمن الشخص على حياته أو ماله بعدما أغفل هذا الركن من البين ، فلا بد من وجود هذا الركن ، وبيان ما

(١) راجع بصورة موضحة لعملية الإيجاب والقبول المذكورة هنا جلياً إلى قسطو في التأمين نظرية وتطبيقاً (ص ٣٩ - ٤٠) حيث يتم الإيجاب من قبل طالب التأمين ، والقبول من الشركة ، أو الجمعية .

تدفعه الشركة الى الذي يريد التأمين على حياته أو ممتلكاته . ومن الجهة الثانية لا بد من حصول بيان ما يدفعه الشخص تأمين الشركة بالمبلغ الفلاني على نفسه ، أو أمواله لئلا تكون المعاملة خالية من الاعتبار فبازاء أي شيء تقدم الشركة لو لم يؤخذ بنظر الاعتبار هذا الموضوع من جهتيه : ما تعوضه الشركة عند حدوث الخطر المتفق على التعميـض بازائه وما يقصد طالب التأمين من المبلغ ليكون بازاء ذلك التعهد الصادر من شركة التأمين^(١) .

٤ - بيان الخطر :

وبيان الخطر من شروط معاملتنا التأمينية لاختلاف انواع الخطر من حيث تقدير المبالغ التي تموضها الشركة لطالب التأمين ، فان التأمين له شروطه الخاصة ، وتختلف الخصوصيات المترتبة عليه عن خصوصيات حلول المرض أو المعجز أو الشيخوخة . وهذا كله يختلف اختلافاً كلياً عن حوادث السرقة فلكل من هذه الجوانب خصوصية تنفرد بها عملية التأمين .

٥ - أقساط التأمين :

ويختلف الحال في أقساط التأمين باختلاف النسب ، والمبالغ؛ فتارة - يدفع ما عليه مرة واحدة الى الشركة ، وثانية - يرغب في تقسيط المبلغ ولا بد من حصول الاتفاق بين الطرفين على كيفية تسديد المبالغ .

٦ - مدة العقد ، تاريخ ابتدائه ، وانتهائه :

ومن الشروط المطلوبة أن يذكر الجانبان مدة التأمين ، وهل انها تبقى

(١) مما تقدم يبدو أن المصلحة أو الفائدة المؤمن عليها هي ركن من أركان أي نوع من أنواع التأمين فكل عقد لا يتوفر فيه هذا الركن يصبح لا قيمة له قانوناً ولأطراف العقد التمسك بانعدام الفائدة . أو المصلحة في عقد التأمين لإبطال العقد . كما أن هذا الركن يفرضه القانون فرضاً ، فلمحكمة عند استعراض القضية إن وجدت انعدام الفائدة أو المصلحة في عقد التأمين فمن واجبها أن تعتبر العقد باطلاً « التأمين نظرية وتطبيقاً » ص ٥١ - ٥٢ .

نافذة المفعول الى الأخير أو يرغب طالب التأمين باجراء عقد لمدة معينة ؟ ولا يجوز ان يبقى هذا الشرط مجهولاً إذ على بيان هذا الشرط يتوقف مبلغ التأمين من الجانبين ما تدفعه الشركة وما يدفعه طالب التأمين من الاقساط .

التأمين عقد رضائي :

تعتبر أنظمة التأمين هذه العملية من عقود المعاوضة ^(١) والتي يتم فيها الايجاب والقبول بينما اخذت المعاوضة بعين الاعتبار من قبل القوانين الوضعية عامة ، ذلك لأن كلا طرفي المعاملة مأخوذ بنظره ما يعطي .

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

وثيقة التأمين (البوليصا) : كإحدى أدوات التأمين

أما الوثيقة التي تثبت وجود التعاقد بين الطرفين فأنها تعتبر رصيذاً ضخماً لصاحبها تبعاً لضخامة المبلغ المؤمن عليه ، ولهذه الوثيقة أهميتها التجارية في

(١) لدى إعادة النظر فيما كتبناه عن شيخنا تحت هذا العنوان لم نجد مطابقاً لما يرمز اليه ولم يكن تطابق بين العنوان والمعنون موجوداً ، فالعنوان يرمز الى كون التأمين لا بد فيه من توفر عنصر الرضا من الطرفين ، بينما الشرح يوضح كون هذه العملية عملية معاوضة وقرق بين المصطلحين ولذلك لا بد لنا من الفصل بين هذين الموضوعين فنقول : عملية التأمين لا بد لها كعقد من العقود الجارية بين الطرفين من حصول كلفة الشروط التي لا بد منها في المعاملات العقدية ، ومن تلك الشروط الرضا بما يقدم عليه كل طرف من الأطراف المعنية في هذه المعاملة ، وأنت لا يكون أحدهما مكرهاً على إجراء مثل ذلك العقد . هذا ما يعود الى العنوان المذكور من كون للتأمين عقداً رضائياً . وأما الشرح فلا بد لنا أن فعنونه بما يلي : التأمين عقد معاوضي فإنه من العقود التي يتم الخ .

نظر العرف التجاري، فإن الدائن لا يجد الحرج في إقراض صاحبها المال حيث يجد من الشركة خير معوض لدينه لو مات الغريم. وكذا التاجر ينظر الى البضاعة المستوردة من الخارج بغير النظرة التي ينظر بها الى البضاعة غير المؤمنة مكفولة من قبل الشركة وهي ملزمة بإبصال المال اليه، وعند حدوث التلف مستعدة لتعويضه عن الاضرار التي حلت ببضاعته.

ثانياً - طبيعة هذه العملية من الناحية الدينية :

أن شيخنا الأستاذ - دام ظله - يرى التأمين :

« إتفاق بين الطرفين المؤمن - الشركة - أو من يقوم مقامها ، وبين المؤمن له - طالب التأمين أو المأذون من قبله - نتيجته ان المال اذا تلف تكون خسارته على المؤمن في قبال أن يدفع المؤمن له مبلغاً من المال يتفق عليه الطرفان من حيث القدر ، والتسديد » .

وحيث كانت هذه المعاملة مستحدثة لعدم وجود لها على عهد المشرع الاسلامي كما هي عليه اليوم ، فلا بد لمعرفة حكمها الشرعي من اتباع الطرق الآتية :

أولاً - 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 .

ثانياً - تطبيق إحدى القواعد العامة على معاملتنا التأمينية لو لم نجد لها ما يماثلها في عهد المشرع الأعظم .

وبعد العجز عن هذين الطريقتين فلا بد من الانتقال .

ثالثاً - الى اصول العملية .

وسنذكر موجزاً لتعريف اصول العملية ومتى نحتاج اليها .

عرض التأمين على المعاملات الشرعية :

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

التأمين، وتعريفه وجود ما يشبه الضامن، والمضمون وعلى هذا فيلزمنا البحث عن حقيقة المعاملة الضمانية ، وكيفية تصوير الضمان بالنسبة الى كل من النفوس والأعيان الخارجية ، ومدى التقائه مع معاملتنا هذه ، وبتمامية ذلك يكون التأمين من صغريات باب الضمان ويحري على التأمين ما يحري على الضمان .

ومما سبق عرفت : أن الاركان التي تتألف منها عملية التأمين هي :

الايجاب والقبول .

المؤمن عليه .

مبلغ التأمين .

فان كانت معاملات الضمان تشمل على مثل هذه الاركان تمكنا من إدراج التأمين في باب للضمان .

ما هو الضمان ؟

ولا بد أن نبعث مصطلح الضمان من التاحيتين اللغوية ، والفقهية .

الضمان في اللغة :  مركز تحقيق كليات العلوم الإسلامية

اختلفت كلمات اللغويين في الضمان :

فذهب البعض : إلى أنه مأخوذ من ضمم ، ومعناه ضم شيء الى آخر بينما ذهب آخرون الى أن الضمان مأخوذ من ضمن ، ومعناه ادخال الشيء في المهددة ، والحيازة فاذا قال : ضمننت ثوبك ، فمعناه أني أدخلت الثوب في عهدتي وحيازتي ، وضمني .

والى هذا الرأي الثاني ذهب صاحب القاموس حيث قال : « ما جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه » (١) . وقال ضمن الشيء وبه كعلم ضماناً ، وضمناً فهو ضمن كفه .

(١) القاموس : مادة ضمن .

وفي تاج العروس قال : « ويقال : ضمن الشيء بمعنى تضمنه ، ومنه قولهم : مضمون الكتاب كذا وكذا - الى قوله - وثاقه ضامن ومضمان حامل »^(١) .
وفي لسان العرب قال : « وضمن الشيء اذا أودعه إياه كما تودع الوعاء المتاع والميت القبر وقد تضمنه هو قال ابن الرقاع يصف ثافة حاملاً .

أو كنت عليه مضيقاً من عواهنها كما تضمن كشح الحرّة الحبلا »^(٢)
ومن هذا العرض لآراء اللغويين نعرف ان الضمان مأخوذ من الضمن لا من الضم . فاذا قال : ضمنيت مالك ، فمعناه أني أدخلت في حيازتي ، وعهدي لا أنني ضمنت مالك الى مالي لما يرد على هذا الرأي من أنه لو كان اصل ضمن هو ضم باليمين فلا وجه لتجريدته من أحد ميميه وابدالها بالنون فالمتعين ان ضمن أصل برأسه .

في اصطلاح الفقهاء :

فان الضمان هو إدخال المضمون في عهدة الضامن ، والقيام من جانبه بكافة ما يترتب على هذا الادخال ، والجعل من أحكام . وبهذا يكون قريباً من مفهومه اللغوي^(٣) .

(١) تاج العروس : مادة ضمن .

(٢) لسان العرب : مادة ضمن .

(٣) الاصطلاح المذكور للضمان ذهب اليه الشيعة الإمامية . قال الشهيد في المسالك : «الضمان عندنا مشتق من الضمن لأنه يحمل ما كان في ذمته من المال في ضمن ذمة أخرى . أو لأن ذمة الضامن تتضمن الحق فالتون فيه أصيلة بناء على أنه ينقل المال من الذمة الى الذمة » كتاب الضمان . وأما فقهاء العامة : فالغالبية منهم لا يرون هذا الرأي . بل يرون الضمان مأخوذاً من الضم والتون فيه زائدة ، ويتحصل من ذلك الفرق بين المصطلحين كالآتي :

ان فقهاء الشيعة : يرون الضمان ناقلاً للدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن بحيث تفرغ ذمة المضمون عنه من المال ، وإلى مثل هذا ذهب بعض المذاهب المبهجرة منهم . كما يلى ، وابي ثور ، وداود حسبما جاء في كتاب رحمة الأمة بهامش الميزان للشعراني ١/١٩٤ .

أما بقية المذاهب : فحيث أخذوا الضمان مشتقاً من الضم فإنهم لا يرونه ناقلاً بل إغنا يفيد اشتراك الذمتين الضامن والمضمون عنه في المطالبة أمام المضمون له لا النقل فالدين باق على ذمة =

أقسام الضمان :

ينقسم الضمان بحسب النظر الأولي الى قسمين :

الأول - ما كان تحققه متوقفاً على فعل خارجي . كضمان اليد ، والتلف .

الثاني - ما كان محتاجاً في حصوله على الانشاء . كضمان الديون .

ضمان اليد :

حيث يتحقق الضمان بمجرد وضع اليد على شيء ، فان على اليد ما أخذت
حق تؤدى ^(١) كفيلة بلزوم إرجاع ذلك الشيء الى صاحبه لو كانت العين باقية
أو أداء بدله من المثل ، أو القيمة ^(٢) لو تلفت العين قبل إرجاعها ، ويكون

= المضمون عنه وإنما للمضمون له المطالبة لأي منها شاء الضامن والمضمون عنه ، قال في رحمة
الأمة : « اتفق الأئمة على جواز الضمان وأنه لا ينتقل الحق عن المضمون عنه الحي بنفس الضمان
بل الدين باق في ذمة المضمون عنه لا يسقط عن ذمته بالأداء . رحمة الأمة بهامش الميزان : ١٩٤/١
نعم ، ذهبت الحنفية الى التردد بين التشريك في أصل الدين ، أو المطالبة ولكنهم رجحوا
التشريك في المطالبة . قال عالمكبر بادشاه الحنفي في الكفالة : « قيل هي ضم الذمة الى الذمة في
المطالبة ، وقيل في الدين ، والأول أصح » الفتاوى الهندية ٢/٣٥٢ ، طبعة ديار بكر تركيا .
ومعنى القول للثاني هو أن الضامن يكون شريكاً في المضمون في تحمل الدين ، ولكنه كما في
بقية مصادر الفقه الحنفي رجح القول الأول ، وهو التشريك في المطالبة بمعنى إعطاء الصلاحية
للمضمون له في مطالبة أي من هذين شاء الضامن والمضمون عنه . أما الدين فهو باق على ذمة
المضمون عنه .

(١) واجع الحديث النبوي في كتب الشيعة المستدرک : كتاب الغصب - باب ١ - ، ومن
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 والعرف ذلك : لأن من استولى على شيء مخاطب برد ذلك الشيء الى مالكه
والتخلي عنه . وفي صورة تلف العين ، أو عدم إمكان ردها لا بد من الانتقال الى أداء الشيء
الذي يماثل العين المذكورة لو كان لها مثلاً . أما لو تعذرت المثلية فإن الانتقال يكون حتمياً الى
أداء المالية وهو المعبر عنه في لسان الفقهاء بالقيمة .

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

وجوب الأداء من أثار كون العين في عهدة من وضع يده عليها من دون توقف الى إنشاء من أحد الطرفين .
ويلحق بذلك :

ضمان التلف :

فان قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن^(١) . قاضية بأداء البديل لو كان لذلك التالف بدل أو القيمة لو كان قيمياً^(٢) ، ولا حاجة في هذا النوع من الضمان الى انشاء من أحد الطرفين بل نفس الفعل الخارجي من خلع واليد أو الاقلاف ، وما شاكل يكون موجبا لتحقيق الضمان .

وهذا كله من النوع الأول الذي يتوقف تحققة على فعل خارجي .
واذا انتقلنا الى النوع الذي يحتاج في حصوله الى الانشاء نرى ما يكون أحد الطرفين موجبا ، والطرف الآخر قابلا بذلك الايجاب ، وهذا القسم لو 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 ، وقد اتفقت كلماتهم عليها واستدل عليها بآيات من الكتاب الكريم من قوله تعالى : « ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ، وقوله تعالى : « جزاء سيئة سيئة مثلها » .
ومن الأخبار فقد وردت بهذا المضمون أحاديث كثيرة في كثير من الأبواب الفقهية من طرق الطرفين فراجعها .

(٢) تصدى الفقهاء لتعريف كل من البدلين المثل والقيمي فعرفوا المثل : « بأنه ما تتساوى أجزاؤه من حيث القيمة » والمراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة والمراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبة بمعنى كون قيمة كل بعض بالنسبة الى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار « المكاسب ص ١٠٥ . طبع ايران .

ومثل لذلك بالحنطة - مثلا - فإن نصف الكيلو منها تساوي من حيث القيمة النصف الثاني من الكيلو الواحد من الحنطة المعينة .

ويقابل هذا القيمي : فإن أجزاؤه لا تتساوى من حيث القيمة فإن نصف الشاة لا يمكن اعتبار قيمته مساوية لنصفها الآخر كما هو واضح . وقد عرفوا المثل والقيمة بتعاريف عديدة كلها تحوم حول هذا المعنى .

ضمان الديون :

ويتحقق هذا بضمان ما في الذمم كما لو كان لزيد بذمة عمرو مبلغ قدره خمسون ديناراً فيأتي شخص ثالث ليضمن لزيد ماله بذمة عمرو فيقبل الدائن بذلك الضمان، ويكون تصوير ذلك بقوله : ضمنت مالك بذمة عمرو، وبقبول الدائن بهذا العرض ينتقل الدين من المضمون عنه الذي هو عمرو الى ذمة الضامن وبهذا المقدار لم يخالف أحد من فقهاءنا .

إلا أن البعض منهم حصر الضمان الانشائي في هذا النوع وهو ضمان الديون ولم يجر الضمان الانشائي في غيره من الأعيان ، والنفوس .

قال المحقق - رحمه الله - في الشرائع : « الثاني في الحق المضمون وهو كل مال ثابت في الذمة » (١) .

وعقب الشيخ صاحب الجواهر - رحمه الله - على ذلك بقوله : « ومرجعه الى ما في القواعد من أن شرطه المسالية والثبوت في الذمة وان كان متزلزلاً كالثمن في مدة الخيار ، والمهر قبل الدخول . بل قيل أن على الاول الاجماع معلوم ومحكي في ظاهر الغنية وغيرها . بل منها ، وغيرها أيضاً الاجماع صريحاً على الثاني .

وفي محكي التذكرة : لو قال لغيره : مهما أعطيت فلاناً فهو على لم يصح اجماعاً ... » (٢) .

ولمّا لم تصح هذه الصورة الأخيرة بالاجماع لأن الذمة حين الانشاء لم تكن مشغولة بشيء ليتحقق الضمان . وأما ما اختلفت كلمة الفقهاء فيه بالنسبة الى الضمان ، فهو :

(١) الشرائع ص ١٢٧ ، كتاب الضمان .

(٢) الجواهر ص ٤٠٨ ، كتاب الضمان .

ضمان الاعيان المفصولة :

وتصوره بأن يفسب شخص ثوب آخر فيأتي شخص آخر ليضمن ذلك الثوب من الغاصب .

وقد وقع الخلاف في هذا النوع من الضمان ، فأجازه جماعة ، ومنهم المحقق في الشرائع حيث قال : « والأشبه الجواز » (١) .

ومنعه آخرون : ومنهم صاحب الجواهر حيث علق على عبارة المحقق هذه بقوله : « للعمومات ولأنه مال مضمون على المضمون عنه » (٢) ثم اشكل عليه بما حاصله : إنكار العموم (٣) وما يروي عن النبي - ص - من (أن الزعيم غارم) ليس من اخبارنا (٤) ، فلا يكون حجة عندنا وأن (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 في ذمة الغاصب فلو طبقناه على ما نحن فيه لكان مقتضاه كون الضمان ضم ذمة الى أخرى ونحن لا نقول به (٥) .

مركز تحقيق كاتپوز علوم اسلامی

(١) الشرائع ص ١٦٧ . كتاب الضمان ، ونقل الجواز عن علمائنا المتقدمين كالشيخ المفيد والشيخ الطوسي والعلامة الحلي . راجع مفتاح الكرامة : ٣٧٢/٥ . أما فقهاء السنة فقد أجاز الأحناف ضمان الأعيان المفصولة حيث قال عالمكير بادشاه الحنفي : تجوز الكفالة بتسليم المبيع وبالدين وبالأعيان المضمونة كالنصب والمهور في يد الزوج . الفتاوى الهندية : ٢٥٤/٣ . وقال ابن قدامة الحنبلي : « ويصح ضمان الأعيان المضمونة كالنصب ، والغارية ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد القولين » المغني لابن قدامة : ٤٨٢/٤ .

(٢) قفس المصدر ص ٤٠٩ .

(٣) الذي استند اليه المحقق في قوله والأشبه الجواز .

(٤) ذكره ابن قدامة في المغني : ٤٨٠/٤ وقال عنه : « رواه أبو دارود والترمذي وقال :

حديث حسن » .

(٥) وقد منع الشافعي ضمان الاعيان المفصولة في أحد قولييه معللاً ذلك « بأن الاعيان غير

ثابتة في الذمة ، وإنما يضمن ما يثبت في الذمة ، ووصفنا له بالضمان إنما معناه : انه يلزمه قيمتها

إن تلفت والقيمة مجهولة » المغني لابن قدامة : ٤٨٤/٤ .

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

وقد يعترض على المانع من جريان الضمان في الأعيان المفصوبة بأنه مما يفرق بين ضمان الدين فأجيز وكان موجباً لانتقال الضمان من ذمه المدين الى ذمة الضامن ، وبين ضمان العين المفصوبة فمنع ، ولم يكن موجباً لانتقال الضمان من ذمة الغاصب الى ذمة الضامن .

وقد أجاب شيخنا الأستاذ - دام ظله - عن ذلك : بأن الدينار الكلي الذي لزيد في ذمة عمرو يكون من قبيل الكلي في المعين ، فإذا جاء الضامن ليضمن ذلك الدينار كان يحصل ضمانه هو : أن يكون الدينار الكلي في عهدة الضامن ، وذمته ، ولا بد أن يكون وجوده في ذمة الضامن من قبيل الكلي في المعين كالأصل حيث كان في ذمة المدين . - وحينئذ - فيكون المضمون الذي في ذمة المدين غير الذي في ذمة الضامن . وإذا كان الأمر كذلك فلا يمكن القول بأن الدائن يملكها معاً ، الدينار الذي في ذمة المدين ، والذي هو في ذمة الضامن .

ولا نخرج لنا إلا القول بأن ذلك الدينار الكلي الذي كان لزيد في ذمة عمرو يكون بواسطة الضمان قد انتقل من ذمة عمرو الى ذمة الضامن . هذا في ضمان الدين ، وأما في ضمان العين المفصوبة فلا يتحقق هذا المعنى ليحصل الضمان وذلك لأن ضمان المفصوب لا يخرج عن أن تلك العين في عهدة الضامن كما هي في عهدة الغاصب ، والمالك لم يتبدل ملكة من عين الى أخرى ، كما يتبدل مملوكه

الكلي من كلي الى كلي آخر . وأقصى ما في البين : أن هذه البين التي هي ملكه كانت في عهدة الفاسب فصارت في عهدة الضامن فكان المملوك له شيئاً واحداً وتوارد عليه الضمانان بخلاف ضمان الكلي في الذمة ، فكان المملوك الكلي الذي هو في ذمة المدين قد انطبق على هذا الكلي الذي هو في ذمة الضامن ويكون المملوك للدائن هو ما في ذمة الضامن ، وسقط ماله في ذمة المدين . وإن شئت فقل : أن الضامن يسحب الكلي الذي في ذمة المدين الى ذمته وضامن العين وإن سحب العين الى ذمته إلا أن ذلك لا ينافي بقاء نفس العين التي هي في يد الفاسب على ملك مالكها ، وإن صارت أيضاً بعهدة الضامن فكان الضامن ، والفاسب من قبيل توارد الأيدي .

ولو تنزلنا وقلنا : أن ضمان الكلي في ذمة المدين لا يزيد على ضمان العين الشخصية التي هي في عهدة الفاسب فلا يكون موجبا لكون الضامن الثاني مسقطاً للضمان الأول سواء كان ضمان الثاني باليد ، أو بالجعل أن جوزناه إلا أن الاجماع ، والأخبار الشريفة قضت بالانتقال في خصوص ضمان الدين دون ضمان العين ، فلا بد لنا من التفرقة بين الضمانين ، وجعل ضمان الدين موجبا للانتقال دون ضمان العين المضمونة .

وعلى أي حال نعود الى القول : بأن من أجاز ضمان الأعيان المنصوبة هو السيد الفقيه الطباطبائي - قدس سره - حيث قال :

« إختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغضب ، والمقبوض بالمقد الفاسد ، ونحوهما على قولين ذهب الى كل منها جماعة والأقوى الجواز » (١) .
ومما وقع الاختلاف فيه من حيث الضمان هو :

ضمان الأمانة :

حيث يضمن الشخص الوديعة التي عند الشخص الآخر . وقد منعه كثير

(١) ضمان العروة الوثقى مسألة : ٣٨ .

من الفقهاء متمسكين على ذلك بالاجماع ، وقد نسبته في التذكرة الى علمائنا أجمع^(١).

وقال المحقق - رحمه الله - في الشرائع : « ولو ضمن ما هو أمانة كالمضاربة ، والوديعة لم يصح لأنها ليست مضمونة بالأصل »^(٢) . وهكذا نرى العلامة - قدس سره - يمنع منه في قواعده^(٣) او كذا جامع المقاصد ، والمسالك وغيرهم .

أما السيد الطباطبائي فقد قال في عروقه ما يلي : « وأما ضمان الأعيان غير المضمونة كمال المضاربة ، والرهن ، والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط فلا خلاف بينهم في عدم صحته »^(٤) ، والأقوى يقتضي العمومات صحته أيضاً ،^(٥) .

وربما كان الوجه في منع الضمان في الأمانة هو عدم وجود المضمون عنه في هذه الصورة ، وحيث لا بد من وجوده كما في ضمان الدين ، فإن فيه أركاناً أربعة وهي :

(١) وبذلك قال الأحناف معطين عدم ضمان الأمانة بأنها غير مضمونة لا عينها ، ولا تسليمها الفتاوى الهندية : ٢٥٤/٣ . وأما الحنابلة فقد فصل فيها في المغني : بأن الأخذ ان ضمانها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذلك على ضامنه وان ضمانها إن تعدى فيها فظاهر كلام أحمد يدل على صحة ضمانها ، المغني : ٤٨٤/٢ .

(٢) شرائع الأحكام . كتاب الضمان في الحق المضمون .
(٣) حيث يقول : « ولا ضمان الأمانة كالوديعة ، والمضاربة » . وعلق عليه في مفتاح الكرامة قائلا : كما في الشرائع ، والتحرير ، والارشاد ، وجامع القاصر ، والمسالك ، وجمع البرهان والكفاية « مفتاح الكرامة / كتاب الضمان ص ٢٧١ .

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

(٥) العروة الوثقى : كتاب الضمان مسألة (٣٨) ، وإنما قوى السيد هذا النوع من الضمان في الودائع لنفس ما استند اليه في الجواز في ما تقدم منه في المسألة (٣٧) من جواز ضمان مال الجمالة قبل الاتيان بالعمل لقوله تعالى : « ولئن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » سورة يوسف الآية ٧٢ .

المضمون له ، وهو الدائن .

والمضمون عنه ، وهو المدين .

والمضمون ، وهو الدين .

والضامن ، وهو الشخص الجديد .

ومن أجاز الضمان في الأعيان المفصولة ربما كان نظره الى أن الضمان في الأعيان المفصولة توجد فيه نفس هذه الأركان الأربعة ، وهي :

المضمون له ، وهو صاحب العين .

ومضمون عنه ، وهو الغاصب .

ومضمون ، وهو نفس المصوب .

وضامن ، وهو الشخص الجديد .

ولذلك 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 ، وهي :

مضمون له ، صاحب الأمانة .

ومضمون ، وهو نفس الأمانة .

وضامن ، وهو الشخص الجديد .

أما المضمون عنه : فليس بوجود لأن من بيده العين أمين ولا علاقة له بالعين ليكون شخص ضامناً عنه ، وحيث لم توجد الأركان الأربعة بكاملها لم يكن الضمان في الأمانة جارياً .

وقال شيخنا الأستاذ - دام ظله - معقباً على هذا الوجه بأن : وجود الركن الرابع وهو المضمون عنه غير ضروري في حقيقة الضمان ، بل المدار في الضمان وتحققه هو وجود الأركان الثلاثة ، وهي : الضامن ، والمضمون له والمضمون ، على أنه - دام ظله - عقب على الموضوع بقوله :

و على أننا يمكننا القول بأن ضمان الأعيان المفصولة لا يشتمل على وجود المضمون عنه، لا مكان القول بأن ضمان العين المفصولة لا يكون ضماناً عن الغاصب بل هو ضمان ابتدائي لا عن الغاصب بل عن المالك، وما هو إلا من قبيل ضمانك للعين التي هي في قعر البحر لصاحبها بأن تتعهد بها، إما باخراجها أو بأداء بدلها في عدم الاحتياج الى المضمون عنه. ولأجل ذلك لو أقدم شخص وغصب العين في يد الغاصب يكون ضامناً لنفس العين لكنه ضمان ابتدائي منه لا عن الغاصب، و - - حينئذ - يكون الحاصل أن ضمان العين مطلقاً لا يدخل في حقيقة الضمان عن ضامن، وإن ذلك إنما هو في ضمان الدين فقط فإن الضامن يضمن الدين الذي في ذمة الدائن بخلاف ضمان العين التي هي في ضمان الغاصب، فإن ضمانها لا يكون عن الغاصب فلا يكون موجباً لانتقال الضمان من الغاصب الى الضامن.

ضمان الأعيان الشخصية :

والمقصود من الأعيان الشخصية هي الأعيان التي بيد أصحابها من دون أن تكون أمانة أو مفصولة، أو مقبوضة بالعقد الفاسد، ومنها - أموال الناس في متاجرهم ولم يتعرضوا لهذا النوع لا نقياً، ولا إثباتاً. ولا بد لنا من ملاحظة هذا النوع، وهل هناك مانع من جريان الضمان فيه أو لا ؟

وعلى توسعة باب الضمان الى أمثال هذا النوع يتوقف اندراج مبحث التأمين في باب الضمان وإلا فلو اقتصر الضمان على ما في الذمم، أو الأعيان المضمونة كالغصب والعقد الفاسد فلا مجال لكون التأمين من أفراد الضمان.

وقد عرفت أن عد التأمين من صفريات الضمان يتوقف على توسعة الضمان وشموله لكل فرد سواء كان المضمون ديناً أو عيناً بيد الغاصب، أو أمانة أو عيناً شخصية خارجية بيد صاحبها، أو نفساً سواء كانت مملوكة أو غير مملوكة.

الضمان الانشائي في الأعيان الخارجية :

وهذا النوع من الضمان على نحوين :

الاول : ان لا يكون في مقابل الضمان من الضامن تعويض بشيء ، بل يقدم الشخص على الضمان لغرض من الأغراض فيقبل المضمون له بذلك العرض وتنتهي المشكلة .

الثاني : أن يكون في البين شيء يكون عوضاً عن هذا الضمان ، يدفعه المضمون له الى الضامن .

وتصوير ذلك : بأن يقول الضامن لصاحب العين ضمننت مالك لمدة عشرة سنين على أن تعوضني ديناراً عن كل شهر ، فيقبل المضمون له أو يكون الأمر بالعكس كأن يقول المضمون له : ادفع لك كل شهر ديناراً على أن تضمن مالي لمدة عشرة سنوات ، ويقبل الضامن بهذا العرض .

وبتصحيح هذا النحو الثاني من الضمان الانشائي في الأعيان الخارجية يتم لنا ما نريده من ادراج عملية التأمين في باب الضمان حيث توجد في هذا النحو نفس الاركان الموجودة في التأمين وهي :
الايجاب والقبول .

والمؤمن عليه - وهو معبر عنه هنا بالمضمون ، والذي هو العين الخارجية أو النفس .

ومبلغ التأمين - وهو موجود هنا حيث يحمل المضمون له تعويضاً يدفعه الى الضامن - كما بيناه في المثال المتقدم - .

وبحصول هذه الاركان في عملية الضمان أمكننا ادراج التأمين في معاملة الضمان من هذه الجهة ، ويبقى علينا البحث عن تصحيح الضمان الانشائي في الأعيان الخارجية ، والنظر الى أن الضمان مقتصر على موارد خاصة كالضمان على الديون وبعض ما اختلف فيه كالمفصوب وغيره ، أو أنه ليس بمقتصر على ذلك ، بل يشمل جميع الافراد ؟.

قال شيخنا - دام ظله - أن منطقة الضمان العقدي أوسع من الاقتصار على فرد دون آخر ، فكما يجري في الديون كذلك يجري في الاعيان الخارجية من الاموال ، والعقارات ، وغيرها من النفوس مملوكة وغير مملوكة. فيمكن للشركة - حينئذ - أن تضمن هذه الاشياء لان الضمان - كما بيناه - ليس إلا التعهد وأدخال 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 :

الاول : الاجماع المدعى على أن يكون الحق المضمون مالا ثابتاً في الذمة أما الاجماع فقد تقدم تفصيل الكلام فيه فيما نقلناه عن العروة وغيرها .

الثاني : أن لا تكون في البين سفاهة ليكون ممنوعاً 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 سفهاً ، 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 الى تلف بضاعته أو يعوض الاسرة المنكوبة لو حدث به ما يؤدي الى موته ، وهذا المقدار من الطرفين (طالب التأمين) من جهة (والشركة) من جهة ثانية يعتبر عملاً عقلانياً .

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

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

وقد تصدى شيخنا الأستاذ - حفظه الله - للإجابة عن ذلك بأن هذا النوع من المعاملات ليس بمعاملة إيقاعية ، بل إنها 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 لاملأها والتوقيع عليها هو عبارة عن القبول منه للمعاملة ، وتصدير الشركة لوثيقة التأمين ، وتوقيعها هو عبارة عن إيجاب تلك المعاملة وحينئذ يكون محصل هذه المعاملة هو الضمان المقدي بشروط ، ومنها دفع المضمون له الاقساط وحينئذ تكون الشركة بتوقيعها الورقة ، وتسليمها للمضمون له هي الموجبة ويكون المضمون له بأخذه الورقة ، وتوقيعها هو القابل على خلاف ما تقدم سابقاً من كون الشركة هي القابلة وطالب 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 شرط 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 ، وإنما ينشئ الضامن دون المضمون له ، ولو قلنا : بتحمل الإيقاع الاشتراط لأمكننا القول به هنا ، ويكون المجمول هو ضمان الشركة بالشروط فإن قام المضمون له بالشروط

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

كان اللازم على الشركة الوفاء بالضمان الذي أخذته على عاتقها، وإن لم يرق المضمون له بالشروط فليست الشركة ملزمة بالضمان ولكنه لا يخلو عن اشكال لانحلاله الى تعليق الضمان على الشروط ، والتعليق باطل في المعاملة ، فلا بد من تنزيل هذه المعاملة على ما عرفت من الضمان العقدي ليكون الاشتراط فيها من قبيل الالتزام في ضمن الالتزام ، كما هو الشأن في الشروط المأخوذة في المعاملة بين الطرفين من أحدهما على الآخر نعم لا نحتاج الى لفظ مخصوص بكل يكفي فيها كل ما هو موجود لها .

ومن المعلوم ان الانشائيات من الامور الاعتبارية التي لها تحقق في وعاء الاعتبار ومعنى انشائها هو جعلها وابتدائها في عالم الاعتبار وبأي سبب وأي لفظ أراد أن يوجد بها الانسان تنوجد ، ولا تتوقف على لفظ خاص كبعث وما شاكل بل تصح بكل لفظ يؤدي هذا المؤدى .

الخلاصة :

إذا ما تقدم عرفت أن معاملتنا التأمينية قابلة للاندرج في باب الضمان ليجري عليها ما يجري على الضمان من أحكام ولكن لو أبيت عن اعتبارها ضمانية لشبهة أن الضمان لا يكون إلا على ما في الذم ، وقد وقع الخلاف في بعض الموارد الآخر ، وليس منها ضمان الأعيان الخارجية ، فان علينا عرض ما نحن فيه - اعني التأمين - على بقية المعاملات التي كان لها وجود على عهد المشرع الاسلامي ، لنرى مدى انطباقها عليها ، حتى يمكن تجويزها لنا .

الهبة بشرط تحمل الخسارة :

لا الهبة بشرط الضمان وإلا جاء الاشكال السابق في صحة ضمان الأعيان بل ان الشرط هو تحمل الخسارة التي تعرض للمضمون له الذي هو الواهب . ويتصور هذا الوجه بأن تتحمل الشركة الخسارة من مالها أو مما يجتمع

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

وهبتك كذا مقداراً من المال شهرياً على أن تتحمل كذا مقداراً من المال خسارة لمدة عشر سنوات - مثلاً - لو حدث حادث بمالي ، او نفسي ، وبأني دور الشركة لتقبل بهذه الهبة ، وتسجل على نفسها ما اشترطه الواهب من تحمل الخسارة المذكورة فتكون الهبة من طالب التأمين إيجاباً منه ، وموافقة الشركة تقريراً على نفسها بقبول هذه الهبة المشروطة ، وليس هذا الشرط من الشرط المخالف ليبطل الشرط ، وتقع الهبة غير مشروطة ، بل هو شرط سائح لا مانع فيه ، ولو لاحظنا هذه الهبة المشروطة لرأيناها حاوية على نفس أركان التأمين لاشتمالها على الإيجاب والقبول ، والمؤمن عليه : وهو النفس أو المال ومقدار الخسارة ، وهو مبلغ التأمين .

وعليه فينزل التأمين على الهبة ويكون من صفريات هذه المعاملة ويحري عليه ما يجري عليها من الأحكام .

مركز تحقيق كاميون علوم إسلامي

الصلح بشرط تحمل الخسارة :

ومن جملة ما نعرض عليه معاملة التأمين هو باب الصلح حيث يتصلح الطرفان على أن يتحمل أحدهما ، وهو الشركة الخسارة التي تحمل بالطرف الآخر بشرط ان يدفع الطرف الآخر المقدار المعين من المال ، ومن الممكن أن يكون الصلح واقعاً على أن يدفع طالب التأمين الى الشركة مقداراً معيناً من المال في كل شهر مثلاً على أن تدفع الشركة خسارته لو حدث حادث بماله ، أو كذا مقداراً من المال لو حل به موت أو تلف لعضو من اعضائه .

وبهذه الطريقة أمكننا أن نهرب من الضمان وإشكالاته فكان تحمل الخسارة هو المصحح لمعاملتنا التأمينية .

وليس هذا يجديد فقد ذكر السيد الطباطبائي (قدس سره) لتصحيح

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

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

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

عرض التأمين على القواعد :

وهل هناك وجه يصحح لنا ما نحن فيه ؟ وذلك بأن نعتبر هذه المعاملة عقداً مستقلاً مؤلفاً من إيجاب وقبول ، كما هو الحال في باقي المعاملات الانشائية فتكون حينئذ مشمولة للمعمومات الكتابية القاضية بالوفاء بالمقد . كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (٢) .

أو قوله عز وجل : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (٣) . بناء على أن أوفوا بالعقود لا يكون مختصاً بالعقود الموجودة سابقاً ، بل هو جار في كل ما يتماقد عليه الطرفان ما لم يكن فيه خلل ممنوع من قبيل الربا ، ونحوه مما منعه الشارع

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

(٢) المائدة : آية ١

(٣) النساء : آية ٢٩

المقدس ، لأن القاعدة في كل عقد لزومه ، ووجوب الوفاء ، وان لم يكن راجعاً الى العقود الموجودة .

ولا يفرق في البين بالنسبة الى الالتزام بالفاظ خاصة حيث تنشأ بها المعاملة سواء في الايجاب أو القبول ولا داعي الى ذلك لأنك قد عرفت مما تقدم عدم اشتراط ذلك ، ولا داعي للاقتصار على لفظ خاص بعد أن كان للمنشيء أن يبرز ما في نفسه بأي مبرز كان .

ولعل هذا الوجه هو أصح الوجوه المتقدمة ، والذي يعتبر من قبيل المعاملة الشخصية لأننا نرى التاجر يتطوع بطيب نفسه لتسجيل أمواله ، ويوقع وثائق عديدة في هذا الصدد ، وتنظم الشركة له كشوفاً على المال لو كان المؤمن عليه ما لا ويمكن مشاهدته أو على النفس لو كان نفساً ويقر الطرفان ويعترفان بالتعاقد بينهما بموجب وثيقة تصدرها الشركة لهذا الغرض ، وتذكر فيها جميع الشروط المطلوبة فتشتمل المعاملة حينئذ على الايجاب والقبول والرضا من الطرفين ، وفي الوقت نفسه تخرج المعاملة عن كونها معاملة سفهية لأن كلا من الطرفين لا يقدم إلا بعد أن يضمن النفع لنفسه .

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

(١) روي هذا الحديث بلسانين : أحدهما - بلسان النبي عن بيع الغرر وثانيهما النبي عن الغرر أما الاول : فجاء من طرف الشيعة في الوسائل باب/٤٠ من ابواب آداب التجارة/حديث - ٣ - وفي المستدرک : باب/٣١ من نفس الابواب حديث - ١ - ، وارسله العلامة في التذكرة في القسم الثالث من أقسام البيوع المنهي عنها ، ومن طرق السنة فقد قال عنه في منتقى الاخبار بها مشئ نيل الاوطار للشوكاني /١٦٦/٥ : رواه الجماعة الا البخاري وكذلك في صحيح الترمذي /٢٣٧/٥ . وكنز العمال /٢٢٩/٢ حديث ٤٩٢٠ - ٤٩٢٣ ، وأما الثاني فقد روته الشيعة جاء في التذكرة في المسألة الثانية من الركن الثالث من الفصل الثاني من الاجاره ، ومن طرق العامة ذكره ابن الاثير في نهايته مادة - غرر -

عرض التأمين على الأصول العملية :

حيث يكون عرض معاملة التأمين عليها وطبيعي أن البحث في هذه المرحلة لا يتعدى كونه تشقيق المسألة من الوجهة العلمية لأن الأصول العملية ليست إلا وظائف مقررة يرجع إليها الشاك عند العجز عن تحصيل الدليل الاجتهادي ونحن قد صححنا هذا النوع من المعاملات بالوجوه السابقة فلا تفصل النوبة حينئذ إلى التماس الحكم من الأصل العملي إلا أنا - كما بينا - لو أردنا ملاحظة المسألة من الوجهة العلمية لرأينا الأصل العملي لا يصحح لنا هذا النوع من المعاملات لأن أصالة الفساد هنا تقتضي عدم ترتب الأثر على المعاملة المذكورة لأننا لو بقينا نحن والمعاملة مع عدم وجود ما يصححها فلا ندري أنها صحيحة ليقرب الأثر عليها ، أو باطلة فلا يترتب عليها الأثر المطلوب ، وفي مثل هذه الحالة يكون المرجع هو أصالة عدم ترتب الأثر على المعاملة المذكورة .

تنبيهات :

ولا بد لنا ونحن على أبواب الختام من التعرض للملاحظات توضيحية تبين لنا بعض الملابسات في هذا المقام ، لذلك لا بد من التنبيه على أمور :

١ - التأمين بالتقابل :

عرفنا مما مر علينا أن عملية التأمين من الأعمال التجارية والتي تكون مشمولة لعمومات الوفاء بالعقد، شأنها في ذلك شأن المعاملات الأخرى مما ينطبق عليها التجارة عن تراض على نحو ما مر من الأعمال التي يقوم بها الطرفان الشركة من جهة ، وطالب التأمين من الجهة الثانية .

والى ذلك أشار الأستاذ صالح حمود علوش بعدما ذكر تعريفاً للتأمين قائلاً :

«والتعريف المذكور أعلاه ينطبق على التأمين في مقابل أجره معينة وبعبارة أخرى مقابل جعل يدفعه طالب التأمين للمؤمن ، وغالباً ما يدفع الجمل على

هئية اقساط ، ويقع التأمين عادة لدى إحدى الشركات ، وهو من جانب الشركة عمل تجاري ، أما من جانب طالب التأمين فقد يعتبر عملاً تجارياً أو مدنياً على حسب الأحوال ، (١) .

وقد عرفنا حكم هذا النوع من التأمين ولا غموض فيه ولكن هناك نوعاً آخر من التأمين أشار اليه المؤلف المذكور بقوله :

« وقد يكون التأمين بالتقابل تفادياً لكارثة قد تلم بأحد أطراف التأمين وصورة ذلك أن تتفق جماعة من التجار على تكوين رأس مال مشترك لتعويض ما يحمق بأحدهم من الخسارة ، وظاهر أن هذا النوع من التأمين يعد تجارياً أيضاً لأنه يؤدي الى تجنب الخسائر » (٢) .

ونحن مع هذا النوع من التأمين الذي يذكره المؤلف للفرق بينه وبين ما ذكرناه من تصحيح صورة التأمين سابقاً لأن ما سبق بيانه هو أن تتحمل الشركة الخسارة بأزاء أن يدفع طالب التأمين مبلغاً معيناً من المال يتفق عليه الطرفان ، أو يخرج ذلك على الصلح ، أو العقد المستقل المشمول للمعمومات الكتابية في الوقت الذي لا تكون هناك علاقة بين طالب التأمين والشركة غاية ما في البين أن طالب التأمين عميل جديد ، أمن عند الشركة على ماله أو نفسه بمبلغ متفق عليه بينهما ففي الحقيقة طالب التأمين أجنبي عن الشركة وأعضائها ، وأما هذا النوع الجديد والذي يكون التأمين فيه بالتقابل فإنه لا يتعدى عن كونه تضامن من أعضاء الشركة فيما بينهم على توزيع الخطر الذي عرض لمال أحدهم ، أو نفسه فيما بينهم بنسبة خاصة تابعة لمقدار مال كل منهم ومقدار الرسم الذي يدفعه الى الجمعية .

أما وجهة نظر شيخنا الاستاذ - دام ظله - في تصحيح هذا التأمين فتنحصر بتخريجه على الصلح الجاري في كل تعاقد وتعاهد ، أو يكون تصحيحه مبنياً

على أساس كون ذلك التعاقد منهم داخلاً في عمومات الوفاء بالعقود والعهود ويكون المال المجموع من تلك الرسوم مشاعاً بين الجمعية ، ويكون ريعه للجميع سواء كان ما يتلانى به الخطر الطارئ على أحدهم من نفس ذلك المال المشترك بينهم ، أو كان من أموالهم الخاصة .

٢ - التأمين المختلط مع الاشتراك في الأرباح :

ويتضمن بيان نوع آخر من التأمين على الحياة ، وهو الاشتراك في الأرباح التي تحصل عليها الشركة من الاستفادة بتلك المبالغ المتجمعة من المشتركين كما جاء في كتاب التأمين على الحياة الصادر من شركة مصر للتأمين تعريفة ٣ ما يلي : « التأمين المختلط مع الاشتراك في الأرباح يدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمن عليه ، أو عند انتهاء مدة التأمين ، وتدفع الأقساط لغاية الوفاة ، وعلى الأكثر حتى انتهاء مدة التأمين ، وللمؤمن الحق في الاشتراك والاشتراط في الأرباح بناء على نتيجة عملية تقدير الأرباح ، ويضاف نصيب كل وثيقة في الأرباح إلى مبلغ التأمين ، ويدفع مع مبلغ التأمين عند استحقاقه سواء بالوفاة أو عند انتهاء التأمين » .

وقد قرر شيخنا الأستاذ - دام ظله - أن دفع المال في هذه الصورة 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 والتي هي عبارة عن أن صاحب المال يدفع إلى الآخر مقدراً من المال ليعمل فيه بالبيع والشراء ، والربح على حساب ما شرطاه على تفصيل ، وشروط مبينة في محلها .

وعلى هذا التنزيل يكون هذا النوع من التأمين باطلا لعدم توفر الشروط المطلوبة في المضاربة فيه إذ من جملة الشروط المطلوبة فيها أن يكون المدفوع من الذهب أو الفضة المسكوكين وطبيعي أن ذلك لا يتوفر غالباً في هذا النوع من المعاملات .

نعم يمكن تصحيح ذلك بما قدمناه في تأمين البضائع من القول بكون المدفوع من قبل - طالب التأمين - هبة منه لهم إزاء قيامهم بهذه الشروط المذكورة والتي يملئها للطرفان في وثيقة العقد فيصح ذلك ، ويكون من قبيل الهبة المشروطة ، وعند تخلف الشرط للواهب فسخ الهبة واسترجاع ما دفعه اليهم .

٣ - موقف الشريعة من الفوائد الربوية في التأمين :

تقدم أن بينا فيما سبق أنه من الصعب حصر انواع التأمين في افراد معينة والمهم هنا بيان أننا نتمكن أن نتخلص من ملاحظة تلك الانواع ان كثيراً منها لا تترتب عليه فوائد تدفعها الشركة لطالب التأمين فمثلاً في التأمين على الاموال التجارية تستعد الشركة بدفع مبلغ التأمين المتفق عليه بين الطرفين عند حدوث الخطر المؤمن ضده ، كالحريق ، والغرق ، او السرقة ، وماشابه ولكن هناك في بعض الانواع الأخر تقوم الشركة بدفع فوائد سنوية أو شهرية اضافة الى مبلغ التأمين المتفق على تسليمه الى طالب التأمين عند حدوث الخطر .

وعلى سبيل التوضيح : نمثل لذلك مثالا فنقول :

رجل أمن على حياته عند شركة التأمين لمدة عشرين سنة على مبلغ قدره الف دينار فان الشركة تستوفي منه أقساطاً شهرية قدرها خمسة دنانير في قبال دفعها المبلغ المذكورة عند حدوث قدر عليه في ضمن المدة الى ورثته او دفعه له عند انتهاء المدة المذكورة وبهذا المقدار لا تختلف شركات التأمين .

وانما الاختلاف في أن بعض الشركات ترغبياً منها لما تقوم به من التأمين تلتزم بدفع بعض المبالغ اضافة الى مبلغ التأمين ، وحينئذ فلا بد من معرفة حكم هذه الزيادة ، وهل انها فائدة ربوية او لا ؟

ويؤيد ذلك ما جاء في اختيار رقم «١» لدفع الفوائد ^(١).

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

وكثير من مصادر التأمين صرحت بوجود أمثال هذا النوع من التأمين .

ويرى 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 ، والذي هو طالب التأمين قرضاً الى الشركة وتكون دفع الفوائد إنما هي في قبالة المال الذي أقرضه الى الشركة .

وطبيعي أن هذا النوع من التأمين يكون مشكلاً من الوجهة الشرعية ولا يمكن توجيهه ما دام ان المعاملة نزلت على صورة القرض ، وأخذ الفائدة في قبالة ذلك فان هذه معاملة ربوية ، ولا طريق الى تصحيحها بإحدى الطرق الشرعية والتي تسوغ مثل هذه المعاملات فراراً من الربوية . ^(٢)

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

(٢) وطبيعي أن هذا انما يكون بالنسبة الى الشركات الأهلية حيث يكون أخذ الفائدة ربياً . وأما لو كانت الشركات حكومية فالمسألة تبتني على القول بالكية الدولة . فن لا يرى من الفقهاء مالكيتهما لما تحت يدهما من الأموال فان المأخوذ منها بعنوان الفوائد انما هو من المال المجهول المالك ، ويعود أمر التصرف به الى الحاكم الشرعي ، وبإمكان تصحيحه بأخذ الإجازة منه للتصرف بذلك المال أما من يرى مالكية الدولة فان الشركات الأهلية ، وغيرها من هذه الجهة على حد سواء ، ويكون اخذ الفوائد منها من مصاديق الفوائد الربوية .

٤ - إعادة التأمين :

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

ولم ير شيخنا الاستاذ - دام ظله - بأساً في هذه الاعادة لان ما بيناه من الوجوه السابقة لتصحيح معاملة التأمين تجري هنا أيضاً فتكون شركة التأمين بمنزلة طالب التأمين والشركة الجديدة هي المؤمن الجديد في هذه المعاملة الجديدة وهكذا الحال فيما لو تعددت الشركات في الاعادة فكل معاملة يشملها (الوفاء بالمعقود) وتصحيح 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 ، ومستعدنة بل قد تحدثت بعض المصادر التأمينية بأن اقدم وثيقة لإعادة التأمين ترجع الى عام (١٣٧٠) ميلادية وفي أوائل القرن التاسع عشر بدأت إعادة التأمين تمارس بطريقة منظمة مستندة على أسس وقواعد فنية ، وقد ظهرت اتفاقات إعادة التأمين وكان أول اتفاق عقد صدر في (سنة ١٨٢١) ميلادية ، ومن ثم توسع نطاق التعامل بالاتفاقات وفي عام (١٨٥٣) تكونت اول شركة مستقلة متخصصة في إعادة التأمين ، وكانت شركة المانية هي شركة (كولونيا) لإعادة التأمين . راجع لذلك التأمين علماً ، ومحملاً : ٢٣٠ وتسمى هذه العملية بالاصطلاح الذي تنظمه المصادر التأمينية (إعادة التأمين) أو (التأمين المضاعف) . وفي الحقيقة لا تختلف هذه العملية عن عملية التأمين في كافة مراحلها وعلى نفس المبادئ التي قامت عليها شركات التأمين من الأخذ بمبدأ توزيع الخسائر وتحمل الأخطار تقوم فكرة إعادة التأمين حيث تنسج رقعة المسؤولية فتشمل أكبر عدد في هذا المضمار ، ويكون 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 للتأمين تجد من يأخذ بيدها لو حصلت المخاطر ، والكوارث اتوزع الخسارة على أكبر عدد ممكن . ولا يختلف عقد إعادة التأمين من الناحية الفقهية عن نفس عملية التأمين ومن جهة كل الأخطار أو جزئياً لا يختلف الحكم لو حصل التعاقد بين الشركتين بعد أن صححت بشمول الوفاء بالمعقود لها أو الهبة بشرط تحمل الخسارة فان حجم المعقود عليه سعة وضيقاً لا يؤثر في المعاملة بعد القول بصحتها .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

اليانصيب

اليانصيب حقيقة، اليانصيب غير المعروض، اليانصيب المعروض ، بذل المال بازاء البطاقة، صلاحية أخذ الاموال 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 سفياً، الوجه الرابع اعتبار هذا النوع معاملة غرورية الوجه الخامس كون هذه المعاملة قمارية ، الوجه السادس اعتبار هذه المعاملة من الاستقسام، النتيجة الخلاصة .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

اليانصيب حقيقته :

– 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 بمواضعة أو عرف خاص .

وهو على نوعين :

غير معوض .

ومعوض .

١ – اليانصيب غير المعوض :

فهو ما كان يصنعه بعض الناس في المناسبات حيث تكتب اوراق صفار تحمل اسماء بعض الجوائز ، وتوضع بين الاوراق الخالية البيضاء أو تكون الاوراق كلها قد كتب عليها جوائز تختلف في حد ذاتها ويقام لذلك حفل خاص يعقد لاجل تلك المناسبة من زفاف أو ميلاد أو ماشاكل من مناسبات الافراح وتنتثر الاوراق على الجالسين ليأخذ كل نصيبه .

وقد ذكر المؤرخون لذلك قضايا عديدة :

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

ومنها – ما حصل في عصر الدولة الفاطمية سنة (٥٠٠) وما حولها من نثر الفستق الملبس بالذهب ، أو مقدار من المال ، ويسمى (بافطن له) لأن بعض الخدم اشار الى بعض الحاضرين بالاختذ منه بقوله : (افطن له) أي التفت

اليه ، وخذ منه فان فيه من الذهب والمال ومن الواضح أن هذا النوع من اليانصيب لا يقابله شيء يدفعه الطرف الآخر بل هو تبرع من الشخص بما يملكه الآخرين .

والنظر فيه من الوجهة الشرعية تتوقف على معرفة حقيقة القمار ، وهل أن هذا النوع من التبرع يكون مشمولاً له أو لا ؟
وسيفهر لنا ذلك من ثنايا أبحاثنا الآتية إن شاء الله .

اليانصيب المعوض :

واليانصيب المعوض : قد شاع أخيراً في هذه العصور وتصويره : أن تتألف لجنة خاصة تأخذ على عاتقها طبع عدد معين من (البطاقات) تحمل كل بطاقة رقماً خاصاً ، ويحدد سعر البطاقة وتعرض في الأسواق فيقبل الناس على شرائها بعد أن تضع اللجنة جوائز خاصة لمن يخرج السحب الأول ، والثاني والثالث ، أو أكثر على رقبه .

وطبيعي أن اللجنة تحدد تاريخ السحب وموعده ، وبقية ما يتعلق بهذه العملية من شؤون .

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

والمهم : في هذا البحث هو معرفة الوجهة الشرعية لهذا النوع من المعاملات المستحدثة ، وهل أن الشارع المقدس يصحح ذلك أم لا ؟ فنقول أما الاشكال الذي يدور في الأذهان حول عدم شرعية هذا النوع من المعاملات فيقع في جهات أربع ، وهي :

الاولى - في بذل المال بازاء البطاقة ، وما يقابل المدفوع .

الثانية - في صلاحية اللجنة لأخذ الاموال المجتمعة من ثمن البطاقات .

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

بذل المال بازاء البطاقة:

أوجهة الاولى : والتي هي بذل المال بازاء البطاقة وما يحصله الدافع للمال
في مقابل هذا الدفع والأعطاء ففيه وجوه .

الوجه الاول - أن يكون بذل المال بازاء نفس البطاقة ويكون البيع
والشراء واقعاً على هذه الاوراق ، ولكنه مشروط بالسحب اي اجراء عملية
السحب ويكون كل من الطرفين قد دفع شيئاً في قبال ما اخذ فصاحب المال
قد دفع المال بازاء هذه الورقة ، والتي يترتب عليها حق الدخول في جملة من
يجري السحب على أرقامهم.

والبطاقة وان كانت في حد نفسها لا قيمة لها الا انها مما يترتب عليها
شيء له أهميته عند العقلاء ، وهو ما يبناه من حق الدخول في عملية السحب
ونفس ترتب هذا الأثر على هذه الاوراق بكسبها قابلية مبادلتها بالمال بنحو
الصلح أو البيع أو غيرها من أنواع المعاوضات. وليس هذا بغريب فرب شيء
لا يكون بنفسه قابلاً للمبادلة الا ان قابليته لذلك انما تكون نظراً الى ما
يترتب عليه من الآثار المعتد بها عند العقلاء ، وان كان ذلك يجعل من ظالم
- ومثال ذلك - (طوايع البريد) و (طوايع المالية) فان هذه من حيث
هي اوراق لا أهمية لها إلا أن أهميتها بالنظر الى الأثر المترتب عليها من ايصال
رسائل أو اعطاء الصفة الرسمية للاوراق التي تلتصق عليها .

وهكذا اجازات الاستيراد التي تمنحها الحكومة الى التجار حيث تخول
حاملها من استيراد البضائع المختلفة من الخارج .

ويأخذ الشخص الممنوح له تلك الاجازة لبيعها الى الآخرين، وتكون تلك
الورقة قابلة للمعاوضة عليها بالمال نظراً لما يترتب عليها من الأثر المرغوب لدى

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

ولهذا لو تخلف البائع أو اللجنة في مقامنا هذا من اجراء السحب كان للمشتري سنوك أحد طريقتين :

الاول - الزام اللجنة بالسحب بأي صورة كانت .

الثاني - فسخ تلك المعاملة البيعية ، او الصلحيه ، واسترجاع ماله من المال وهذا الشرط وأعني به الدخول في السحب ، وان لم يصرح به في متن العقد إلا انه من قبيل الشروط الضمنية المستفادة من القرائن الحالية ، او من تباني العقلاء المتعاملين على ذلك بدرجة توجب المفروغية عن اعتباره وعند التخلف يكون حاله حال تخلف المشروط عليه عن الشرط .

الوجه الثاني - أن يكون نفس الأثر المذكور طرفاً للمعاوضة لا البطاقة المقرب عليها الأثر فيبذل الانسان المال بإزاء ذلك الحق الذي يخوله من الدخول في عداد من يجري السحب على أرقامهم .

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

الوجه الثالث - ويتصور ذلك فيما لو كان هدف الجمعية مشروعاً خيرياً كبناء مستشفى ، او دار للايتام ، أو مكتبة عامة ، أو ماشاكل هذه من المشاريع التي تعود على أبناء المجتمع بالنفع .

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

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

الوجه الرابع - نفس الوجه الثالث إلا أن المال يدفعه البازل الى اللجنة كصدقة منه بأيديهم يتصرفون بها لصالح المشروع الخيري وهناك بعض الآثار المترتبة على هذين الوجهين الثالث ، والرابع نتعرض لهما في الجهة الثانية - انشاء الله - .

الوجه الخامس - ويتصور في اليانصيب الذي يجريه البعض على بضاعته كداره ، أو سيارته حيث يريد بيعها بطريقة اليانصيب ففي هذه الصورة من الممكن ان لا تكون في الين معاوضة بين المال والبطاقة بل يمكن تنزيله على أن الشخص يقدر القيمة التي يريد ثمناً لحاجته فيعتبر (السيارة) الف حصة وبسعر الحصة ديناراً واحداً فتكون كل بطاقة معبرة عن حصة واحدة بنسبة الواحد الى الألف وبعد بيع تمام (البطاقات) تكون السيارة مشاعة بين الجميع وهم أولئك الألف وتكون البطاقة بيد كل منهم كسهم يعبر عن مساهمة حاملها لحصة واحدة من الف حصة من هذه السيارة وتكون اعمال اليانصيب بالكيفية الخاصة كشرط من الدافعين على صاحب السيارة حينئذ فتكون تلك البضاعة بتمامها بعد الشرط المذكور ملكاً لمن يخرج السحب على رقمه وتسقط حصص الباقيين بنحو التباي من الجميع على ذلك بما فيهم اصحاب البطاقات وصاحب السيارة .

وهذه الوجوه الخمسة ، وربما تصورنا غيرها هي التي تصحح لنا بذل المال بإزاء البطاقة ولعل أهمها الوجهان الأولان وعليهما ينزل نوع بناء المتعاملين في معاملات اليانصيب المتداولة ، والوجوه الأخر فروض يمكن تنزيل بعض معاملاته عليها وهي نادرة نسبياً .

صلاحية اخذ الأموال المجموعة :

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

الأموال المجموعة من ثمن البطاقات ، ومسا هي الصفة التي تخول الآخرين باستلام تلك المبالغ ؟ :

والكلام في هذا البحث انما يتأتى اذا كان طرف المعاملة في الانصيب جهة أو هيئة ، اما اذا كان الطرف الثاني فرداً كما في مثال السيارة المتقدم الذكر فالأمر فيها حين لان الفرد بمد صحة المعاملة لا شبهة في صحة تسلمه المال المذكور ، وتملكه اياه .

ويتصور البحث في هذه الجهة على وجوه :

الوجه الاول : ان نقول بمالكية الجهة وأن الجهات ، تملك كما يملك الفرد فالجهة حينئذ تصرف في ذلك المال كيف تشاء حسباً تقتضيه المصلحة المأخوذة بنظرها وهذا انما يتم مع فرض ان المتولي منصوب من قبل الحاكم الشرعي نظير الوقف كما هو التحقيق في ذلك .

الوجه الثاني : أن يكون المبلغ المدفوع لهم كأمانة بأيديهم للتصرف به لو كان المشروع خيراً - كما مثلنا به سابقاً - فيبقى الدينار المدفوع الى اللجنة امانة بيد الجمعية وتتصرف فيه حسب وكالتها عنه فهو ملكه وهم مأذونون عنه في التصرف لصرفه في تلك الجهة الخيرية فيبقى الدينار ، أو ما تشتره اللجنة من المواد بذلك الدينار ملكاً لدافعه الى ان يطرأ الاستهلاك عليه كما يستهلك المأكول .

ويتنقل هذا الحق الى الورثة لومات الدافع قبل تحقق الاستهلاك ، ولكل من الدافع ، أو الورثة الحق في الرجوع لفرض كون المال امانة بيد الجمعية أو اللجنة .

الوجه الثالث : أن يكون استلامهم للمال كصدقة بأيديهم فيتصدق الانسان بدينار لهذه الجهة الخيرية ، ولا يكون من قبل الوقف بل للجمعية التسلط على تبديله بما تشاء على أن يحافظ الدينار ، أو ما يقابله من المثل من على عنوان الصدقة الى ان يطرأ الاستهلاك .

ويحتاج القبض من اللجنة لمثل هذه الصدقات الى الاذن من الحاكم الشرعي بحيث يخولهم باستلام هذا النوع من الصدقات .
 وحيث صححنا دفع المال بازاء البطاقة ، وصححنا استلام اللجنة المشرفة على اليانصيب لتلك الاموال فلا بد من البحث عن :

حلية الجوائز في عملية اليانصيب :

والجهة الثالثة :

وهي حلية المال الموضوع جائزة لمن يخرج السحب على رقمه. والظاهر انه لا مانع فيه لان حال هذا يكون حال من قرر على نفسه ان يحمل مقداراً من المال في ظرف ، ويخلطه بين عشرين من الظروف الخالية ويدفع لكل شخص ظرفاً فمن خرج عنده الظرف الذي فيه المال فهو له ، ويكون هذا من قبيل الوعد ، أو الشرط الابتدائي حيث يخرج من خالص ما له كذا مقدار ليهبه لواحد من هؤلاء العشرين على أن تكون الهبة بهذا النحو الخاص ، ولا اشكال فيها لانها هبة معاطاة بمعنى انه عند خروج الجائزة على رقمه يدفع المال له ويعطيه إياه مجاناً .

وليس المراد انه يهبه الجائزة قبل السحب ليقال ببطلان هذه الهبة لعدم تعيين المتهب فيها كما انه ليس المراد من هذه الجائزة المالية ان تكون ملكاً لمن يخرج رقمه أولاً على نحو شرط النتيجة بحيث يكون الشخص مالكا لتلك الجائزة بمجرد خروجها على رقمه من دون حاجة الى تمليك جديد ليقال : انه قرار لكونه من قبيل « ان عرفت ما في يدي زوجاً أو فرداً فهو لك » ، أو من قبيل اعمال اداة اليانصيب المسماة (بالفرارة) في انها ان وقفت على الحاجة الفلانية يكون احد الطرفين مالكا على الآخر تلك الحاجة ، بل المراد انه يملكه هذه الجائزة ان خرج السحب على رقمه بنحو شرط السبب وانه قبل السحب ليس له الا الوعد الابتدائي بالهبة على نحو الكيفية الخاصة ، وان

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

واعلم ان هذا المعنى الذي سميناه وعداً ، أو شرطاً ابتدائياً لا اشكال في صحته لو اخذناه شرطاً في ضمن عقد البيع للورقة بالدينار ان نزلنا دفع الدينار عند أخذ الورقة على ذلك ، او جمعه شرطاً في ضمن العقد للهبة ان نزلنا دفع الدينار على الهبة المشروط بأن يملكه الجائزة ان خرج رقمه في السحب الأول .

ولا يضر ذلك في الاشتراط كون البيع ، أو الهبة من قبيل المعاوضة لان ذلك الشرط مما قرره الملتزم على نفسه بالسحب عند اعلانه بذلك بأن يكون يحصل ذلك الاعلان انه من اشترى مني ورقة بدينار ، أو وهبني الدينار فله علي أن أدخله في جملة من يجري السحب على ارقامهم ، واملكه الجائزة لو خرجت على رقمه .

ولنا أن لا نلتزم بكون هذه المعاملة من قبيل الصلح أو غير ذلك ولو من جهة أن الداخلين في هذه المعاملات لا يتصورون ولو اجمالاً عند أخذ الورقة ودفع المال ما ذكرناه من التسالم .

بل نقول ان دفع المال بإزاء ذلك الحق على التفصيل الذي ذكرناه وبهذا يمكننا تصحيح هذه المعاملة واعتبارها معاملة بيعية بنحو جديد ، وان لم تكن من المعاملات المعروفة في البيع لاشتغالها على الايجاب والقبول .
ايحابها نفس الاعلان المذكور .

وقبولها اخذ الدينار ودفع البطاقة بالشرط المذكور وهو تقرير الملتزم على نفسه بإدخال المشتري في عملية السحب .

ويمكن التمسك على صحتها بمعمومات الوفاء بالمقود والتجارة عن تراض إذ لا يعتبر في التجارة عن تراض تحقق معاوضة من ناحية الملكية كالبيع بل

هي معاملة قائمة بين الطرفين الواقعة برضاها كما انه ليست هذه المعاملة من قبيل الاكل بالباطل .

كل ذلك سيوضح لنا في البحث عن الجهة الرابعة الآتية :

الوجوه المتصورة لفساد هذا النوع من المعاملات :

والجهة الرابعة كانت تتمحض لبيان الوجوه المتصورة لفساد هذا النوع من المعاملات وهي :

الوجه الاول الايات الكريمة :

ومنها قوله تعالى :

«يا أيها الذين امنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم» (١) .

بدعوى : ان هذا الاكل ليس بداخل في التجارة عن تراض فان المراد بالتجارة هي الاسباب الشرعية التي جعلها الشارع المقدس واعتبر من جهة تلك الاسباب (التراض) ومن الواضح أن هذه الطريقة ليست من تلك الاسباب المقررة فتكون داخلة في القسم الاول أعني الأكل بالباطل لأن الآية الكريمة اشتملت على مقطعين النهي عن الأكل للمال بالباطل والاستثناء لكون المأكول يصح اذا كان من طريق التجارة عن تراض .

والجواب : عن الاستدلال بهذه الآية المباركة :

أولاً - بالمنع من عدم دخول ما نحن فيه في التجارة عن تراض فان الظاهر بقريئة المقابلة في الآية الشريفة بين اكل المال بالباطل واكله بالتجارة كما في صريح الآية ، والتي هي معاملة حاصلة برضاء الطرفين هو ان المراد باكل

المال بالباطل هو اكله بغير طريق المعاملة الواقعة برضاء الطرفين فكل معاملة واقعة برضاء الطرفين هي داخلة في القسم الثاني .

وثانيها - أنا لو سلمنا أن المراد بالاكل بالباطل هو الاكل بدون سبب من الاسباب الشرعية المسوغة للأكل :

الا ان هذه المعاملة من الاسباب الشرعية المسوغة للأكل فهي خارجة عنها تخصصاً لكونها من العقود التي يجب الوفاء بها اخذاً بالآيات الكريمة من قوله تعالى « يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » (١) .

وقد سبق توفر اركان العقد فيها من الايجاب ، والقبول .

ومن جملة الآيات التي استدلت بها لبطلان هذه المعاملة آية الاستقسام بالأزلام ونظراً لطول البحث عنها فقد عقد لها شيخنا - دام ظله - فصلاً خاصاً بعنوان خاص سيتعرض له قيمياً سيأتي - إنشاء الله .

الوجه الثاني الروايات الشريفة:

ومن جملة ما استدلت به على فساد معاملة البانصيب الروايات الشريفة ، والتي منها قوله عليه السلام .

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

ان هذه المعاملة لم يكن لها وجود في زمن النبي (ص) ولا في زمن خلفائه الطاهرين - سلام الله عليهم -

وطبيعي أنه ما لم تثبت سببية المعاملة، وصحتها من جانب الشارع المقدس لم يكن المال المتحصل منها داخلاً في الاستثناء وهو قوله - عليه السلام - « من وجه أحله الله تعالى »

(١) المائدة : آية ١ .

وعليه فهذه المعاملة باقية تحت عموم المستثنى منه ، وهو قوله : لا يحل مال ، فهي باطلة وليست بحلال .

والجواب عن هذه الرواية : هو ان دخول هذا النوع من المعاملات تحت عموم (أوفوا بالعقود) ، وعموم (تجارة عن تراض) كافٍ في دخول المال المتحصل منها تحت كونه من (وجه احله الله تعالى) لكونها محققين لموضوع الحل ورافعين لموضوع حرمة الأكل .

وفي الحقيقة أن هذا الخبر لا ينفعنا فيما نحن فيه بعد تطبيق العمومات المذكورة على معاملتنا وتحقيق موضوعها .

نعم : ينفع الخبر المذكور في مقام الشك في حلية المال من دون أن يكون في البين عموم حاكم بالحلية ويكون ذلك عبارة اخرى عن اصاله الحرمة في الأموال بناء على ان تعليق الحلية والتي هي حكم ترخيصي على عنوان وجودي اعني كون المال (مما احله تعالى) يعطي اعتبار احراز ذلك العنوان الوجودي في ذلك الحكم الترخيص فما لم يكن ذلك العنوان محرزاً لا يكون الترخيص محققاً - كما حقق في محله - من اصاله الحرمة في الأموال ، والدماء ، والفروج بل في المحوم ايضاً .

وقد كان لنا رأي حول هذا المبنى تعرضنا له في مظانه من دروس الفقه والأصول .

الرواية الثانية : قوله (عليه السلام) لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه ^(١) .

بدعوى : أن هذا المال الذي يعطى جائزة لمن خرج السحب على رقه لم يكن خارجاً بطيب نفس مالكة فلذلك يبقى مشمولاً لصدر الرواية من عدم الحلية .

(١) لاحظ لتخريج الحديث تعليق السيد الميرزا في محاضرات في الفقه الجعفري ٢ / ١٥٢ .

والجواب عنه: انا بعد أن صححنا هذه المعاملة من بذل المال بازاء البطاقة وتصحيح أخذ اللجنة لتلك الاموال المجموعة من ثمن البطاقات ، واعتبرنا ان ذلك كله حاصل برضا الطرفين وطيب نفسيهما فلم يكن أخذ المال بعد ذلك كله جائزة باقياً تحت عموم المستثنى منه بل هو داخل في المستثنى .

وفي الوقت نفسه ليس عدم رضا المالك بعد تمامية المعاملة لو سلمنا انه فعلاً ليس براض الامن قبيل عدم رضا البائع بتسليم المبيع للمشتري بعد تمامية المعاملة .

الوجه الثالث اعتبار هذا النوع من المعاملات سفهياً :

وقد ادعي ان هذا النوع من المعاملة سفهي لانه من قبيل بذل المال بوجه لا يعتبره العقلاء ولا يقرونه فان دفع المال لإحتمال تحصيل الجائزة بنسبة واحد الى الالف أو اكثر حسب ما يطبع من البطاقات خصوصاً في هذه الايام حيث يضخم عدد البطاقات امر سفهي لا يرتضيه العقلاء ولا يقرون التعامل عليه وليس لهم لاعتباره وجه من الوجوه .

والجواب عنه : بالمنع صفهياً فان العقلاء لا يسهفون من يبذل المال بازاء احتمال تحصيل مال كثير ولو كانت نسبة الربح كما ذكر واحداً بالالف أو اكثر .

ولو تأملنا لرأينا ذلك جارياً في جميع معاملاتهم اليومية فالإنسان دائماً لا ينفك يبحث عن المال يقدم لذلك مقدمات طويلة قد لا ترجع كلها بالنتائج المطلوبة، وربما استلزم طلبه صرف الأموال الكثيرة في هذا السبيل وحسبنا ما نشاهده من إقبالهم على هذا النوع من المعاملات دون ان يسهه بعضهم بعضاً.

الوجه الرابع اعتبار هذا النوع معاملة غورية :

ويعتمد هذا الوجه على اعتبار معاملة البانصيب من المعاملات الفورية

وقد نهى النبي - صلى الله عليه وآله - عن بيع الفرر بناءً على أن الفرر هو خصوص الخطر دون الجمالة .

وهذه الرواية وإن كانت في خصوص البيع^(١) إلا أن الحكم فيها جارٍ في كل معاملة لا يؤمن فيها من الخطر وعدم الحصول على المطلوب .
والجواب عن ذلك : أن الخطر المنوع عنه في الشريعة المقدسة إنما هو المخاطرة في عدم حصول أحد العوضين وليس الأمر كذلك فيما نحن فيه فإن أحد العوضين إنما هو الدينار المدفوع عند أخذ الورقة وهي البطاقة والعوض الآخر هو تقرير صاحب البطاقة ، والتزامه على نفسه بأن حامل هذه البطاقة ذو حق شخصي في الدخول في جملة من يجري السحب على أرقامهم ، وكل من هذين العوضين حاصل لصاحبه غاية ما في البين هناك احتمال بأن لا يحصل حامل البطاقة شيئاً من المال لو خرج السحب على غير رقمه ، ولم يصادفه الحظ بأن يكون هو صاحب الجائزة .

ولكن أين هذا من الفرر الذي نهى النبي صلى الله عليه وآله عنه ، والذي هو - كما عرفت - المخاطرة في عدم الحصول على أحد العوضين .

الوجه الخامس كون هذه المعاملة قمارية :

بدعوى أن عنوان القمار شامل لهذا النوع من المعاملات ، والنهي عن القمار واضح لا يحتاج إلى بيان للأدلة الناهية عنه .

والجواب عنه : أن القمار لغة وكما عن بعض الفقهاء مأخوذ من المقامرة وهي الرهن على اللعب بشيء من الآلات المخصوصة أو اللعب بتلك الآلات من دون رهن كما هو رأي جماعة :

(١) سبق أن بينا في مبحث التأمين من هذا الكتاب تحت عنوان « عرض التأمين على القواعد العامة » أن هذا الحديث روي بلسانين : أحدهما - « نهى النبي عن بيع الفرر » ، والثاني « نهى النبي عن الفرر » وكلا الحديثين روي من طرق الشيعة ، والسنة .

قال الشيخ الأنصاري - قدس سره - «الخامس عشر: القمار حرام اجماعاً ويدل عليه الكتاب ، والسنة المتواترة وهو بكسر القاف كما عن بعض اهل اللغة الرهن على اللعب بشيء من الآلات المعروفة ، وحكي عن جماعة انه قد يطلق على اللعب بهذه الاشياء مطلقة ولو من دون رهن ، وبه صرح في جامع المقاصد وعن بعض أن اصل المقامرة المغالبة ، .

ومن الواضح انه ليس في هذه المعاني ما يشمل ما نحن فيه من اليانصيب لعدم وجود رهن في هذه العملية ، وليس في البين لعب بالآلات القمار المخصصة . وما تقررره اللجنة على نفسها من أن تهب او تملك من مالها بناء على مالكية الجهة المقدار الفلاني من المال لمن خرج السحب على رقمه فانما هو لأجل التزامها بما اشترطته على نفسها من الهبة أو التملك ، وليس لأجل الرهن وقد قدمنا صحة مثل هذا الشرط .

نعم في البين دعوى أخرى ، عهدتها على مدعيها وهي :

ان الاستفادة من حرمة القرض الربوي ، وحرمة القمار وما شاكل هذا النوع من المعاملات المنهي عنها في الشريعة المقدسة ، ولو بتنقيح المناط واستكشاف مذاق الشارع المقدس هو فساد هذا النوع من المعاملة ايضاً لاستلزام سد باب التجارة ، والتماوض على الأموال ، بل سد باب الكتب بالاعمال ، والضائع . الا ان الانصاف : يقتضي عدم الالتفات الى هذه الدعوى المناقشة فيها صفري ، وكبرى .

أما الصفري : فلعدم استلزام اليانصيب لشيء من ذلك ، وما نراه من شيوع هذه العملية ، وإنتشارها وعدم تأثيرها على شؤون الكسب ، والتجارة لا كبر شاهد على ذلك .

وأما الكبرى : فلعدم قولنا : بتنقيح المناط ، والخوض في تلك الشرائع . ومما ذكرناه في تعريف القمار من انه : اللعب مع الرهن او مطلق اللعب

بالالات المخصوصة يتضح لنا حال النوع الاول من اليانصيب، وهو اليانصيب غير المعوض، فانه لا يدخل في شيء من انواع القمار، بل هو هبة من المالك الى الحاضرين كل، ونصيبه.

الوجه السادس اعتبار هذه المعاملة من الاستقسام :

وهذا الوجه يتلخص في اعتبار هذه المعاملة مما يشمله عنوان الاستقسام بالازلام المنهي عنه بالكتاب، والسنة.

أما الكتاب - فقد وردت في حرمة الاستقسام بالازلام آيتان :

الأولى : قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » (١).

الثانية : قوله عز وجل : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ما ذكيت وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالازلام ذلكم فسق » (٢).

ودلالاتها واضحة على التحريم فقد طبقت عليه الآية الأولى عنوان الرجس وحرمة الثانية صريحاً.

وأما السنة : فقد وردت في الازلام روايات ثلاث.

الأولى : ما عن علي بن ابراهيم في تفسيره عن ابي الجارود عن ابي جعفر (ع) في قول الله تعالى : انما الخمر والميسر والانصاب، والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون قال : الخمر فكل مسكر من الشراب - الى ان قال - وأما الميسر فالنرد والشطرنج، وكل قمار ميسر، وأما الانصاب فالاوذان التي كانت تعبد بها المشركون، وأما الازلام فالاقداح التي كانت تستقسم بها المشركون من العرب في الجاهلية كل هذا بيعه وشرائه والانتفاع به بشيء من هذا حرام من الله محرم، وهو رجس من عمل الشيطان (٣).

(١) المائدة : آية ٩٠ .

(٢) المائدة : آية ٣ .

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

الرواية الثانية : ما عن محمد بن يعقوب ، عن أبي علي الأشعري ، عن محمد بن عبد الجبار عن أحمد بن النظر ، عن عمر بن شعر عن جابر ، عن أبي جعفر (ع) قال : لما أنزل الله تعالى على رسوله (ص) إنما الحمر والميسر ، والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه قيل يا رسول الله : ما الميسر ؟ قال كلما تقوم به ، حتى الكعاب ، والجوز . قيل ما الأنصاب ؟ قال : ماذبوحوا لإلهتهم قيل : فما الأزلام ؟ قال : قداحهم التي يستقسمون بها ^(١) .

الرواية الثالثة : ما عن سهل بن عبد العظيم الحسين عن محمد بن علي الرضا (ع) في حديث قال قلت له : قوله عز وجل ، والمنخنقة ، والموقوذة المتردية ، والنطيحة ، وما أكل السبع إلا ما ذكيتم - إلى أن يقول - قلت . وإن تستقسموا بالأزلام قال : كانوا في الجاهلية يشتركون بعبداً فيما بين عشرة أنفس ويستقسمون عليه بالقداح ، وكانت عشرة ، سبعة لها أنصباء ، وثلاثة لا أنصباء لها - إلى أن يقول - فلما جاء الإسلام حرم الله تعالى ، وقال عز وجل وإن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق يعني حراماً ^(٢) .

وبعد بيان هذه الآيات ، والروايات المتعرضة للاستقسام بالأزلام لا بد لنا من التكلم في مرحلتين :

الأولى : فيما ورد من التفاسير للاستقسام بالأزلام ، والتعرف على هذه العملية التي حرمت الاتيان لحرمتها مضافاً إلى الأخبار .

الثانية : ملاحظة عملية اليانصيب هل هي من الاستقسام بالأزلام أم لا ؟ بل هي بعيدة عنها .

المرحلة الأولى : اختلفت كلمة أئمة التفسير في الأزلام فقال الشيخ الطبرسي عنها ما يلي : « ومعناه طلب قسم الأرزاق بالقداح التي كانوا يتفائلون بها في أسفارهم ، وابتداء أمورهم وهي سهام كانت للجاهلية مكتوب على بعضها (نهائي

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

(٢) الوسائل : الباب ٢٧ / من أبواب الأطمعة ، والأشربة حديث ١ / .

ربي (وبعضها (امرني ربي) وبعضها (غفل) لم يكتب عليه شيء فاذا ارادوا سفراً أو امرأ يهتمون به ضربوا على تلك الاقداح فان خرج السهم الذي عليه (امرني ربي) مضى الرجل لحاجته ، وان خرج الذي (نهاني ربي) لم يمض ، وان خرج الذي ليس عليه شيء اعادوها فبين الله تعالى أن العمل بذلك حرام عن الحسن ، وجماعة من المفسرين ، وروى علي بن ابراهيم في تفسيره عن الصادق (ع) أن الازلام عشر ، سبعة لها انصباء ، وثلاثة لا انصباء لها فالتى لها انصباء الفذ والتوأم والمسبل ، والنافس ، والحاس ، والرقيب ، والمعلى ، فالفذل سهم ، والتوأم له سهان ، والمسبل له ثلاثة اسهم ، والنافس له اربعة ، والمعلى له سبعة اسهم والانصباء لا انصباء لها : السفيح ، والمنيع ، والوغد ، وكانوا يعمدون الى الجزور فيجزؤنه اجزاء ، ثم يجتمعون عليه فيخرجون السهام ، ويدفعونها الى رجل ، وثن الجزور على من تخرج له التي لا انصباء لها ، وهو القهار فحرمه الله تعالى ، وقيل هي كعاب فارس ، والروم التي كانوا يتقامرون بها بل عن مجاهد وقيل الشطرنج عن ابي سفيان بن وكيع ^(١) .

وقال في الكشف في تفسير الآية : كان احدهم اذا اراد سفراً ، او غزوا أو تجارة ، او نكاحاً ، أو امرأ من معاذم الأمور ضرب بالقداح ، وهي مكتوب على بعضها (امرني ربي) وعلى بعضها (نهاني ربي) وبعضها (غفل) فان خرج الآمن مضى لطيه ، وان خرج الناهي امسك ، وان خرج الغفل احالها عوداً فمعنى الاستقسام بالازلام طلب معرفة ما قسم له مما لم يقسم بالازلام ، وقيل هي : الميسر ، وقسمتهم الجزور على الانصباء المألومة .

وتعرض في تفسير الصافي عند وصوله لهذه الآية قائلاً ، « كانوا يعمدون الى الجزور فيجزؤنه عشرة - الى قوله - وهو القهار فحرمه الله » ..

وفي الصحاح مادة (يسرة) قال : والميسر قمار العرب بالازلام .

(١) مجمع البيان : في تفسيره هذه الآية .

وعن الازهري في لسان العرب - مادة زلم - ان الازلام كانت لقريش في الجاهلية مكتوب عليها ، امر ونهى ، وإفعل ولا تفعل .

أما المقدس الاردبيلي فقد ذكر في آيات الأحكام عند تفسيره لهذه الآية المعنيين الاستخارة والتقسيم على الجزور - الى ان قال : « وقيل على الاول سبب التحريم انه دخول في علم الغيب ، وضلال ، واعتقاد ان ذلك طريق اليه واقتراء على الله تعالى ، وعلى هذا يفهم تحريم الاستخارة المشهورة التي قال الاكثرون : يجوزها بل باستحبابها ، ويدل عليه الروايات فهو دليل بطلان الاول إذ لا يكون سبب التحريم ما ذكره بل مجرد النص المخصوص بذلك الفعل الخاص ، والوجه الخاص أو تكون الاستخارة خارجة عنه بالنص »^(١) ومن كلام المقدس المذكور يفهم أن الآية فسرت بالمعنيين الاستخارة والتقسيم على الجزور

وفي كنز العرفان بعد ان تعرض للآية ، وذكر بأن المفسرين اختلفوا فيها فبعض جعلها ادوات للقرعة والاستخارة والبعض الآخر جعلها لتقسيم الجزور قال : « اذا عرفت ذلك فاعلم ان الله تعالى حرم العمل بهذه الازلام أما على الاول فلأنه نوع من التكهن من غير اذن الله ، وأما القرعة الشرعية كما قيل انه (صلى الله عليه وآله) كان اذا اراد سفرأ يقرع بين نسائه في استصحاب احدهن فليس هذا من القسم لكون الرسول (ص) اخذ ذلك باذن الله تعالى فالقرعة

(١) علق شيخنا - دام ظله - على ما ذهب اليه المقدس الأردبيلي قائلاً : أقول : قوله - قدس سره - (فهو دليل بطلان الاول) لا سبيل الى بطلان الاول لما تقدم من الرواية الظاهرة فيه ، وهي المتضمنة لتفسير الازلام بأنها هي التي يستقسمون بها في أمورهم في الجاهلية قوله : بل بمجرد النص المخصوص بذلك الفعل الخاص الظاهر في أن مراده أن القاعدة تقتضي جواز ما ذكر من التفاؤل بالازلام ، وأن الاستخارة من قبيل التفاؤل بالازلام لخصوصية تقتضي تحريمه ، وهي كونها من فروع عبادة الأصنام بخلاف الاستخارة فإنها مبينة للتفاؤل بالازلام كما سيأتي توضيحه . ومن ذلك تظهر لك الحدة فيما أفاده أخيراً من كون الاستخارة خارجة بالنص فإنه مبني على دخول الاستخارة في التفاؤل الممنوع عنه لكن الدليل الدال على جوازها يكون مخصصاً لدليل المنع ، وهو في غاية البعد .

كاشفة عن معلوم الله تعالى ، وكذا ما يتداول بين الاصحاب من الإستخارة في الرقاع ، والحصي ، والسبحة ، وما يستعمله الفقهاء في الامور المشككة كما نقل عن أهل البيت (ع) كل أمر مشكل فيه القرعة ، وكل أمر متلقى من الشارع فلا يطمعن فيه ، وأما على الثاني فلانه قمار منهي عنه ، .

قال ابن قتيبة الذي هو من مشاهير القرن الثالث ، وكانوا اذا ارادوا ان يقتسموا شيئاً مختلفاً بين قوم تساموا عليه فلما خرج لكل امرء جعلوه خطأ له ف قيل : الإستقسام أي طلب القسم وهو النصيب ، واذقشاحوا في أمر من الامور تساموا عليه ثم جعلوه لمن خرج قدحه ثم استشهد على ذلك بقوله تعالى في قصة مريم إذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم ، وبقوله تعالى في قصة يونس : فسام فكان من المدحضين ، ثم قال : وكانوا اذا ارادوا الخروج الى وجه ضربوا بالقداح فان خرج القدح الامر نفذ الرجل لوجهه راجياً للسلام واذا خرج القدح الناهي أمسك عن الخروج خائفاً للنكبة ، والجائحة . ثم قال : والاستقسام بها اشبه شي بالقرعة التي اطلقها لنا رسول الله - ص - وجعلها باباً من الحكم ، ولتقاربها في الشبه قال ابن سيرين : حين بلغه أن عمر بن عبد العزيز اقرع بين اطفال المسلمين في العطاء فانكر ذلك ابن سيرين وشبهه بالإستقسام بالازلام ، وانما يفترقان فإن استقام العرب في الجاهلية كان يكون عند انصائهم ، وفي بيوت أضافهم وكانوا يظنون انها هي التي تخرج في القدح ما يشملونه فاما مساهمة يونس وزكريا عليها السلام - فعلى سبيل القرعة الا انها بقداح ، والقرعة بغير قداح ثم قال في قوله تعالى : ويسألونك عن الحمر والميسر ، وأما نفع الميسر فان العرب كانوا في الشتاء عند شدة البرد وجذب الزمان وتعذر الاقوات على أهل الضر والمسكنة يتقامرون بالقداح على الابل ، ثم يجعلون لحومها لذوي الحاجة منهم والفقراء فاذا فعلوا ذلك اعتدلت احوال الناس فاخصبوا وعاشوا ، واستقراشوا ، وقال : وانما يكون ضربهم على الميسر بالقداح في الشتاء عند جذب وتعذر الاقوات

وكلب الزمان لينعشوا بذلك الفقير والضرير، ولا يسيرون بالصيف^(١).

النتيجة :

من هذا المرض الذي مر من التفسير لمعنى الاستقسام بالازلام يمكننا أن نلخص ما يلي :

أن الاستقسام بالازلام كان على نحوين حسب اختلاف المفسرين :

النحو الاول : ان الازلام قداح كانوا يتفائلون بها عند الحاجة أو الاستخارة وقد كتب على بعضها (امرني ربي) ، وعلى البعض (نهاني ربي) ولم يكتب على البعض الآخر شيئاً .

النحو الثاني : انها ادوات يستقسم بها على الجزور، ولكل منها اسمها الخاص ومن مجموع هذه التفسير نعلم أن هذه الادوات على أي نحو كانت فهي مقدسة عندهم ، وكانوا يعتقدون انها ترشدهم الى الخير والصلاح فهي من فروع عبادة الاصنام ، وقد عرفت أن العمل بها ، وبيعها وشراؤها وجميع ما يمت اليها بصلة محرم من غير فرق بين ان تكون الآث قمار فحرمت او انها من فروع عبادة الاصنام فنهي عنها، اذ لا اثر لهذا الاختلاف بعد أن كان الحكم الشرعي هو وجوب الاجتناب عنها مطلقاً اذا فهذه العملية الاستقسامية بكلا قسميها محرمة .

والان وبعد ان عرفنا حقيقة الاستقسام بالازلام لا بد لنا من البحث في .
المرحلة الثانية: وهي البحث عن عملية اليانصيب بما فيها من شراء البطاقات واستلام الجائزة هل انها من صفريات الاستقسام بالازلام ام لا ؟ لتكون محرمة لو كانت منها ، وعلى العكس لو لم تنطبق عليها .

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

(١) رسالة في اليسر والقдах : ٣٨ و ٣٩ و ٤٣ و ١٠٦ .

ليكون العمل بها محرماً يضاف الى ذلك ان هذه البطاقات ليست من الالات المقدسة ليكون العمل بها من فروع عبارة الأصنام فيكون النهي متوجهاً عليها .
وأما استلام الجائزة : فلا يخفى أن المتصور في عملية الجزور .

قارة : ان صاحب البعير يأخذ ثمن بعيده ممن خسر بعد اجراء عملية الاستقسام فيكون هذا غرامة من الخاسرين لمن ربح .

وقائفة : يكون البعير على نحو الاشاعة بحيث يشتري الجميع بعيراً، وبعد ان يكون مشاعاً بينهما يحرون عليه عملية الاستقسام - وحينئذ - يأخذ الراجحون ذلك البعير .

وفي كلتا هاتين الصورتين يكون اجراء الاستقسام موجباً لان يأخذ البعض اكثر من نصيبه ، وحيث تكون هذه الزيادة من حصة الباقيين فهي من صفريات القمر، ولذا نهى عنه . مضافاً الى الخصوصية في الاستقسام بتلك الازلام المقدسة عندهم .

وهذا بخلاف معاملة البيانصيب فانك عرفت تمامية مقدمات هذه المعاملة من بذل المال بازاء البطاقة ، واستلام اللجنة للأموال المجموعة من ثمن البطاقات فلم يبق لها مشابهة بعملية الاستقسام الا في موضوع أخذ الجائزة من قبل الفائزين .

وهذا المعنى المذكور يتم لو نزلنا دفع المال الى الفائز على كونه غرامة من الباقيين له ليكون ذلك من قبيل الاشاعة، واما لو لم ننزله على ذلك فالظاهر انه لا مانع منه فانا بعد ان فرضنا ان اعطاء المال لشراء البطاقة كان شراء للحق المترتب على البطاقة أو انه شراء للبطاقة باعتبار ما يترتب عليها من الحق كما صودناه في الوجهين الاول والثاني، وبعد أن صححنا اخذ اللجنة لتلك الاموال المجموعة من ثمن البطاقات .

وهكذا الحال في البيانصيب على البضائع فانا لو نزلناه على ذلك يكون

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، ولا شبهة فيه - كما عرفته - .

وبتعبير آخر - نقول :

أن عملية الاستقسام لا تشمل ما نحن فيه من اليانصيب فإنه يمكن القول بحرمة الاستقسام للخصوصية الموجودة في الازلام ، إما لكونها مقدسة عندهم وأن العمل بها افتراء على الله كما في التفائل بها، وأما لكونها من آلات القمار كما في الاستقسام بها على الجزور .

وان شئت قلت : أن المحرم هو الاستقسام بالازلام لا مطلق الاستقسام وبذلك أخرجنا القرعة ، والإستخارة عن أعمال تلك الازلام المنهي عنها لان هذه الازلام - كما عرفت - انها كانت مقدسة عندهم ويرون انها تهديهم الى ما فيه الخير والصلاح ، وعلى هذا فتكون فرعاً من فروع عبادة الاصنام فيجب الاجتناب عنها في جميع الاعمال ، ولا يفرق الحال فيها من هذه الجهة عن الاصنام نفسها ، ويدل على ذلك امور :

الأول : ما نقله لسان العرب عن الأزهري : من أن الازلام كانت توضع في الكعبة ، ويتولى شؤونها سادن الكعبة .

وهكذا ما نقله الطبري ^(١) من ان محل هذه الازلام كان هو الكعبة ويقوم سدنة البيت بأعمالها .

وثانياً : ما احتمله الكشف من ذلك ، واستشهد بما روي انهم كانوا يجلبونها عند اصنامهم .

وثالثاً : ما حكى عن أبي الفرج الاصفهاني من انهم كانوا يستقسمون عند ذي الخليفة ، وهو صنم لهم الى أن جاء أمر القيس فاستقسم عنده للطلب بشار أبيه فخرج النبي فحينئذ غضب، ورماه بالحجارة وانشد يقول .

(١) تفسير الطبري : ١٧٣/٢ .

لو كنت يا ذا الخلصة الموفوراً لم تنه عن قتل المداء زوراً
فلم يتقسم عنده أحد حق جاء الاسلام .

كل هذا ينبئنا أن هذه الازلام خصوصية في تحريمها لكونها مقدسة عندهم
أو لكونها من آلات القمار ، ولهذا قلنا الا يفرق من هذه الجهة ان قلنا بأنها
قداح يستقسم بها على الجزور او انها ادوات كانت تستعمل للاستخارة أو
القرعة ، وما 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 ، ومن بينها القمار .
وبعد أن صححنا بذل المال بإزاء البطاقة بما ذكرناه من الوجوه المصححة
لذلك البذل ، وبعد تصحيح اخذ اللجنة ، وتسليمها للاموال المجموعة من البطاقات .
وبعد تصحيح استلام الجائزة من قبل الفائز .
بعد كل هذا ، وذاك لم يبق أمامنا ما يدعو الى القول ببطلان عملية
اليانصيب ، وتحريمها .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الأوراق النقدية

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



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

تمهيد .

وتوطئة للبحث عن الأوراق النقدية وأحكامها يحسن بنا أن نتحدث : (١)

(١) يحدثنا التاريخ عن المجتمعات البدائية، وكيف كان الفرد فيها يعتمد على الاستهلاك الذاتي حيث يبحث عما يحتاج اليه من غذاء ، وكساء فله من الصيد ما يؤمن له المأكل ، ومن أوراق الأشجار ، وأثمارها ما يتستر به ، ويميش عليه .

ولم يكن للانسان في هذه الصورة من الفائض عما يحتاجه ليفكر في الطريقة التي يسير عليها لتصرف هذا الفائض .

وتطور الوضع وحصل التنوع في الانتاج فتفتحت الافاق أمامه ليزرع ويستفيد من حاصل انتاجه ، والتفت الى الفوائد التي تحصل من الصيد في بقية مجالاته من الصوف، والعظم الذي يوجد في بعض الحيوانات فأخذ يتخصص في الانتاج، ثم بدأ يتطور في عمله فأخذ يواجه مشكلة جديدة هي مشكلة فائض الانتاج عما يحتاج اليه .

والتفت من جهة أخرى الى آفة مدفوع بحسب الغريزة الى الانتاج الذي يحصل عند الآخرين مما عجز هو عن انتاجه أو لم يتخصص فيه .

لذلك فكر في الخروج من هذا المأزق، والخلاص من هذه المشكلة فوجد في قانون التبادل بفائض الانتاج ما يؤمن له ما يحتاج اليه مما يعرضه الآخرون ، وإذا مبدأ المقايضة ينظم حياة المجموعة البشرية من الناحية الاقتصادية رداً من الزمن فكان للفرد يقدم للآخرين فائض ما يحتاج اليه من انتاجه بازاء أن يأخذ من الآخرين ما يؤمن له حياته المعاشية .

وعلى مرور الزمن وتضخم العدد الذي يزداد كل يوم ، وتطلع الانسان ، وتطوره لم يكن مبدأ المقايضة محققاً للفرد وغبانه الحياتية لإدارة معاشه - فمثلاً - قد لا يجد البائع من يشتري منه ما يفتحه في مقابل ما يرغب هو باقتنائه من الآخرين وحينئذ فقد لا تبقى السلعة عنده محافظة على وضعها الطبيعي نتيجة عدم قابليتها للبقاء أكثر من المدة المحددة لها، وفي هذه الحالة قد تصاب بالتلف خصوصاً ، وإن وسائل التخزين كانت مفقودة لديه ، ولربما لا يكون الاقبال على سلعة بنحو يؤمن لصاحبها المقايضة عليها . هذه المآمل كانت سبباً لأن يفكر الانسان فيما ينظم له حياته بشكل يؤمن له إزالة هذه المشاكل من طريقه .

وكما تقلب الانسان فيما سبق على مشاكله مبدأ المقايضة نراه يتجه بعد ذلك الى التفكير بمبدأ النقود ليتخذ من تلك السلع وحدة نقدية يحصل بها التماوض بين الأفراد فكان مما اتخذته الإنسان =

أولاً - عن الربا على نحو الإيجاز لأن الفرض من هذا البحث هو معرفة مالو كان في التعامل بهذه الأوراق النقدية - كالدينار وما شاكل - ربياً أولاً .

ثانياً - بيان حقيقة أصل مالية الأشياء .

ثالثاً - عن الوجوه المتصورة لغطاء العملة .

الربا :

قسم الفقهاء الربا الى قسمين :

رباً في المعاملة ، ورباً في القرض .

واشترطوا في ربا المعاملة اتحاد الجنس ، وكون مورد المعاوضة من المكبل أو الموزون ، كما في بيع وزنة من الحنطة بوزنة ، وكيلو من الحنطة .

وأما ربا القرض فلم يشترطوا ذلك فيه ، بل ذكروا أن كل قرض جر نفماً للقرض فهو من الربا .

مالية المال :

مالية المال : إنما تتقوم بتوفر جهة في الشيء توجب تنافس العقلاء عليه وأستناداً الى هذا فإنا نتمكن أن نتصور المال على نحوين :

==نفوداً سلعية كما تقول المصادر النقدية : الحديد ، الرصاص ، النحاس ، الذهب ، الفضة ، البرنز الحيوان في كثير من أنواعه من الماعز ، والأغنام ، وغيرها والصوف ، والجلد ، والعظام الثمينة وغير هذه من السلع .

واللاحظ ان اختيار السلعة في مجتمع كنقد يتداول فيه كان يعتمد على مراعاة الظروف التي تحيط بذلك المجتمع ، والمناخ الذي يميزه من تكييفات الجوفية ، وقابلية السلعة للبقاء ، والتداول مضافاً الى توفر تلك السلعة في تلك المنطقة ، والاقبال الذي يحصل من المجموع عليها فكانت هذه العوامل العديدة تشترك لاختيار السلعة كنقد .

وأخيراً لم يجد الإنسان في هذه السلع ما ينقذه ومتطلبات الظروف التي تحيط به ، والتي تتبع بمرور الزمن ، وإذا بفكرة النقود الغير السلعية تلبثت لديه سواء من السكوكات ، أو العملات الورقية ، أو النقود المصرفية . راجع بنية التوسع في البحث بمضامير في اقتصاديات النقود والبنوك لـ محمد سلطان أبو علي ٨ - ٩ .

النحو الاول:

ما كانت مالىته ذاتية : وهو كلما يحتاجه الانسان بحسب فطرته الاولى من المأكول ، والمشروب ، والملبوس ، وما شاكل هذا .

وهذا النوع من المال لا تتوقف مالىته على جعل جاعل لتنافس العقلاء عليه ، وان لم يكن في البين جعل من أحد ، أو جهة ، ويلحق بما ذكرناه من المأكول والملبوس ، ما كان كالحديد ، والخشب ، وما شابه .

النحو الثاني :

ما كانت مالىته بالجعل : وهذا لو لاحظناه لرأيناه على قسمين .

القسم الاول - ما كان فيه الجعل عاماً يشترك فيه جميع البشر باختلاف عصورهم وبيئاتهم بدافع من الشعور بالحاجة الجماعية لمثل ، وهذا يتصور في الأحجار الكريمة النادرة ، كالذهب ، والفضة ، والماس ، وغيرها .

القسم الثاني - ما كان اعتباره خاصاً .

وهذا قارة : يكون اعتباره من قبيل دولة ، أو بنك ليقوم مقام القسم الاول كالاوراق النقدية - مثلاً - وكثيراً ما حصلت لها تقطيع مما له قيمة ذاتية أو مجمولة بالجعل العام ليعم اعتبارها كما هو الشأن في الدينار العراقي .

وأخري : ما يكون اعتباره بالنظر لما يترتب عليه من الآثار الخاصة كطوابع البريد ، وتذاكر القطار ، وبطاقات البيانصيب ، وتذاكر مصالح نقل الركاب ، وغير هذه مما كانت الورقة فيه فاقدة للاعتبار المالي لو تجردت عن الآثار الخاصة المترتبة عليها من قبل الدولة ، أو البنك .

فمثلاً ورقة الطابع لا قيمة لها لو لم تتعهد الحكومة في قبالتها بأن توصل الرسالة أو الرزمة الى أي محل شاء المرسل مقابل هذا الطابع .

وكذا الطوابع المالية فان السند الذي يحمل هذه الورقة يعتبر ذا أهمية في نظر الدولة والعرف ، وهكذا الحال في بقية ما كان من هذا القبيل .

وهذه آثار معتبرة توجب أن يتنافس عليها العقلاء فيبدلون بارائها الأموال وطبيعي أن قوام مالية الشيء - كما قلنا - أن يكون موضوعاً لفرض يبعث على تنافس العقلاء عليه .

وقد عرفت : أن هذا التنافس منوط بهذا الأمر الذي رتب عليها وإلا فلا قيمة لتلك الأوراق لو خليت ونفسها مجردة عن تلك الآثار .

أما الفرق بين هذين النوعين من القسم الثاني هو :

أن مالية ما كان على شاكلة طوابع البريد - مثلاً - إنما كانت بالاعتبار للأمر المترتب عليها ، وهي في نفس الوقت غيره معتبرة من جانب العقلاء مالا بل هي ورقة يترتب عليها أثر خاص في نطاق اعتبار جعلها .

وأما مالية النعمو الأول كالدينار - مثلاً - فإن هذه الورقة قد أصبحت بالفعل مالا بواسطة الجمل ، والاعتبار فلا فرق بينها وبين المعادن ، والأحجار الكريمة ، بل قد يرجح العقلاء في كثير من الموارد الأوراق النقدية ويفضلها على المعادن ، وماشاكلها . لأن الورق أخف للنقل ، والتعامل به من الذهب والفضة وغيرها .

وإذا تم هذا التمهيد عدا إلى الأوراق النقدية لنلتبس أحكامها الشرعية : وبما أن مالية هذه الأوراق منحصرة بالجهة التي يمنحها الاعتبار تبعاً لكيفية تغطيتها إن كانت من قبل تلك الجهة كما سبق ببيان ذلك - فمن الجدير أن نبحث عن حقيقة هذه التغطية ، والمعبر عنها بـ (غطاء العملة) لترتب الحكم على أساسها ، وهي لا تخلو من أحد وجوه ثلاث :

الوجه الأول من وجوه التغطية :

وتطالعنا فيه صورتان :

الصورة الأولى : أن تكون الدولة قد اردعت في خزائنها نقوداً مسكوكة من ذهب أو فضة في قبال هذه الأوراق بالقدر الذي طبعت منه وخولت كل

شخص يحمل تلك الأوراق أن يأخذ من البنك ما يقابل ورقته من النقود متى شاء ذلك ، وعلى هذا الوجه تكون المعاملة على تلك النقود المودعة ، والتي كانت مصدر الاعتبار لهذه الأوراق فمن اشترى حاجته ، ودفع للبائع ديناراً - مثلاً - فهو قد ملكه مقداراً معيناً من المال تحتفظ به الدولة في البنك الذي تعتمد عليه ، وتكون هذه الورقة كسند خاص للمليكه .

وهل يتحقق الربا في مثل ذلك ، لو حصل التعامل بحيث دفع عشرة اوراق 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 الاوراق من النقود المسكوكة المودعة في خزانة الدولة .

أما الزكاة : فلا تتحقق لأن المناط في وجوب الزكاة في النقود هو وجودها تحت التصرف ، وفي متناول اليد طول الحول ، ولعل هذا لا يكون متحققاً بالنسبة الى النقود المحفوظة لدى الدولة لعدم امكان التصرف في أعيان تلك النقود الموجودة في خزانة الدولة ، ولكن لا ينافي هذا أن يكون لحامل النقد الحق في المطالبة بما يقابلها من النقود إلا أن ذلك حيث يستدعى عملية من طلب وتأخير ، وأعمال روتينيات شكلية من شأنها أن تكون موجبة لانسلاخ كون تلك النقود تحت اليد فعلاً .

الصورة الثانية : هي نفس الصورة الأولى ، ولكن المودع إنما هو سبائك وقوالب ذهبية أو فضية فبمقدار الورقة تتعهد الدولة بتسليم ما يقابلها من الذهب والفضة من تلك القوالب الموجودة عندها .

أما الربا : فيتحقق في هذا النوع لان الاوراق أصبحت تعبر عن هذه المقادير الذهبية ، أو الفضية فاذا بيع مقدار منها بأزيد كان الزائد فائدة ربوية لعدم اشتراط كون الذهب مسكوكاً في صيرورة الزيادة من الربا .

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

والفرق بين هاتين الصورتين ظاهر من ناحية الزكاة فإما وإن قلنا بعدم تحققها في كلتا الصورتين الأولى والثانية ، إلا أن منشأ عدم تحققها في الأولى لعدم كونها في متناول اليد ، وتحت التصرف بقول مطلق ، وإن كان ما يقابل الأوراق نقوداً ذهبية أو فضية . أما في الصورة الثانية فعدم تحقق الزكاة يرجع إلى عدم كون المودوع في قبالة الأوراق من المسكوكات . وعدم كونه في متناول اليد أيضاً .

الوجه الثاني من وجوه التفطية ،

أن تكون في قبالة هذه الأوراق النقدية مقادير معينة من المال في ذمة من منحها ذلك الاعتبار ، وهي الدولة أو البنك ، ويكون حال الدينار - مثلاً - كحال سند الكميالة ، فلو اشترى الشخص بهذا الدينار شيئاً من الأجناس فقد دفع للبائع ورقة تفيد أن له بذمة الحكومة ما يقابلها من المال ، وتكون الدولة التي منحت تلك الأوراق الاعتبار المالي هي المدينة للبائع بذلك المقدار من المال .

وفي الحقيقة أن التعامل في هذه الصورة يكون على ما في الذمم والأوراق النقدية اسناد بيد الأفراد تثبت وجود الدين في ذمة الحكومة . وهل تتحقق الزكاة لو كانت مالية الدينار من هذا القبيل ؟ .

الظاهر العدم : لأن الزكاة إنما تتحقق في العين النقدية الموجودة تحت التصرف ، وفي متناول اليد - كما بيناه - لا على ما في الذمم .

أما الربا - فالصحيح تحققه : لأن ما يقابل هذا مما هو في ذمة الحكومة إما ذهب أو فضة ، وهما من الموزون فيتحقق الربا فيه فإن الشخص لو باع

عشرة أوراق في قبال أحد عشر فهو في الحقيقة قد باع مقداراً معيناً من الذهب أو الفضة بأكثر ويكون ذلك من قبيل ما لو كان لك في ذمة زيد عشرة أطنان من الحنطة فبعتها إلى عمرو بأحد عشر طنناً هي له في ذمة زيد أيضاً فيتحقق الربا فيه .

الوجه الثالث من وجوه التغطية :

أن تكون مالية هذه الأوراق متقومة بالجهة الاعتبارية الصرفة بأن تقرر الدولة بأن كل ورقة تحمل ذلك الشعار الخاص ، وهذه الألوان والتقاطيع المخصصة فإنها تعتبر بكذا مقدار من المال ، ومن الواضح أن الدولة تلتف إلى أن ذلك الاعتبار وحده ليس بكاف لمنح هذه الأوراق السمة المالية ، لذلك تأخذ على عاتقها موضوع دعم الورق بالتمهيد الشخصي ، والتقرير على نفسها بدفع ما يقابل من المال لو طولبت بذلك من قبل الدول الأخرى أو الشركات الأجنبية . وحيث كان هذا المقدار أيضاً ليس بكاف لمنح الورق السمة المالية الدولية ، بل يقتصر اعتباره على الداخل ، لذلك تضطر الدولة إلى الدخول في (منطقة الاسترليني) مثلاً فتجتمع عدة دول لتودع في أحد البنوك العالمية المقادير اللازمة من الذهب ، ويكون هذا الإيداع هو الرصيد للورق النقدي في مجموعة تلك الدول المشتركة ، وقد تسحب تلك الدولة من منطقة الاسترليني فتسحب ما لديها من الاحتياطي وتودعه في البنك الحكومي المؤسس في المملكة وتعلن هذا المعنى إلى الجميع ، وقدعم هذا الإيداع من جهة أخرى بما تمتاز به تلك الدولة من معادن وثروات طبيعية ، كالنفط ، والكبريت والفحم وما شاكل ذلك من الثروات الطبيعية .

وبعد 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 فتعطي الورقة رصيماً سوقياً في الداخل والخارج .

والظاهر : أن دينارنا الورقي في هذه الأيام من هذا القبيل فماليته ناشئة من الجمل والاعتبار وتكون قيمة هذه الأوراق منوطة بما تعتمد عليه الدولة من الاحتياطي المذخور لديها ، وبما يدعمه من المعادن والثروات الموجبة لاعتبار جعلها في الداخل والخارج ، وإن لم تكن الدولة مستعدة فعلاً بدفع ما يقابل الورقة النقدية من تلك السبائك أو النقود الموجودة لديها ، إلا أن وجود ذلك - ولو بعيداً عن متناول اليد وممرض التصرف - وصيد يدعم تلك الأوراق .

هل يتحقق الربا في هذه الأوراق ؟ .

والآن وبعد أن عرفنا حقيقة الأوراق النقدية ، وأنها لا تحمل إلا جهة الاعتبار الصرف من الدولة التي فرضت التعامل بها فهل يتحقق الربا في صورة بيعها بأكثر ؟ كأن يبيعه عشرة أوراق بائنتي عشرة ورقة . الظاهر عدم تحقق ذلك فلا تكون المعاملة ربوية لأن شرط جريان الربا في المعاملة هو وحدة الجنس الثمن والمثمن - أولاً وكونه من المكييل والموزون ثانياً ، وليست الدنانير من أي من هذين ، وهما المكييل أو الموزون ، وإن كانت وحدة الجنس متحققة فيها إلا أن الشرط الآخر ، وهو الكيل أو الوزن لم يتحقق فيها فلا يجري في بيعه بأزيد منه حكم الربا . هذا إذا كانت المعاملة بيعية صرفة لا أجل فيها بل حصل التسليم .

وأما لو حصلت الزيادة مع أجل كأن دفع له عشرة دنانير بازاء أحد عشر ديناراً يسلمه إياها بعد شهرين فهل يكون ذلك من صفريات المعاملة الربوية أولاً ؟ .

والاجابة على هذا السؤال :

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

فأنا لو اعتبرنا هذه المعاملة من قبيل البيع الى أجل كانت المعاملة صحيحة

بخلاف ما لو اعتبرناها من قبيل القرض الى أجل فانها حينئذ تكون من ربا القرض ، ويتم فيها البطلان . بيان ذلك مفصلاً :

إن الشخص مرة يبيع هذه العشرة دنانير الى الآخر بأحد عشر ديناراً لمدة شهرين فيقبل الآخر ذلك البيع ، وتم المعاملة ولا بأس فيها لانها معاملة بيعية غاية ما في البين أن أحد العوضين فيها مؤجل الى شهرين ، وهذا نظير ما لو باعه داره على أن يدفع ثمنها بعد شهرين ولا مانع في ذلك . هذا لو كانت المعاملة بيعية .

ومرة ثانية تكون المعاملة قرضية ، كأن يقرضه فعلاً عشرة دنانير ليدفع له عند الأداء بعد شهرين أحد عشر ديناراً ، ولا شبهة في ربوية هذه المعاملة القرضية لاشتغالها على القرض مع الزيادة فتجري عليها أحكام الربا، وإن لم يكن في البين مكيل أو موزون .

إذاً في مقام الانشاء لا بد من الالتفات الى الفرق بين هاتين المعاملتين : البيع الى أجل ، والقرض الى أجل حيث يتحقق الربا في الثاني دون الاول .

الأوراق النقدية وما مائلها بعد سقوط اعتبارها المالي :

بما سبق عرفت أن بعض الاشياء لا تكون ماليتها ذاتية بل تكون ماليتها تابعة للجمل ، كالأوراق النقدية ، وطوابع البريد وما شاكلها .

وبحثنا في هذا الفرع يتضمن بيان ضمانها لو سقطت العين عن المالية - فمثلاً - لو غصب شخص من آخر ديناراً ، وجاء بعد ذلك ليرده اليه أخذ من أحد طوابع بريدية ، وبعد ذلك ألغت الدولة اعتبارها .

ويلحق بذلك ما لو غصب من شخص ما كان في وقته ذا قيمة وسقطت قيمته حين الأداء كما لو غصب من شخص ماء في فصل الصيف وكان المكان في الصحراء حيث لا يوجد ماء وأراد بعد ذلك تسليم ما غصبه من الماء في المدينة إذ يكون الماء عادة مبهذولاً في المدن .

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

ولضمان الاعيان المخصوصة أو الثالثة ، مراتب ثلاث :

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

ثانياً - الى ضمان النوع ، وهو المثل .

فان فقد أو سقط الاعتبار فيه فلا بد من الرجوع .

ثالثاً - الى ضمان الجنس ، وهو المالية .

ولا يكون الانتقال من مرتبة الى لاحقتها إلا بعد تعذر السابقة .

والقيمة المالية أيضاً تختلف .

فهل هي 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 ؟

اقوال عديدة ذكرت في محلها ، ولا مجال لبحثها مفصلاً بهذه العجالة

والمهم هو أن شيخنا - دام ظله - يختار قيمة يوم الأخذ أو الغصب .

والآن - فالورق النقدي وماشاكله - بعد انعدام اعتباره المالي .

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

ولا قيمته النوعية المنحصرة في إرجاع مماثلة إذ لا قيمة للمائلة بعد أن الغى

الاعتبار المالي لهذا الورق أو لهذا الطابع البريدي - إذأ - فلا بد من اعتبار

كون المضمون هو الجنس المتمثل بقيمته المالية .

فالدينار - مثلاً - لا بد من أداء قيمته قبل سقوط اعتباره وطابع البريد

أو تذكرة القطار لا بد من تسليم قيمتها يوم كان لها الاعتبار المالي .

وكذا المساء المأخوذ في الصحراء تقدر قيمته في ذلك الموضع مع ملاحظة

بقية الخصوصيات الموجبة لارتفاع قيمته في ذلك الوقت . نعم يبقى علينا أن نتصور ونبين المقياس في المالية فهل يكون الذهب أو الفضة هما المقياس لتقدير المالية أو هناك شيء غيرهما، ويستظهر شيخنا - دام ظله - أن الذهب والفضة هما المقياس بالدرجة الأولى. فلو غصب أو أخذ من آخر ديناراً ، وأراد تسليم قيمته بعد سقوط اعتبار العين فلا بد من تقدير قيمته يوم كان معتبراً ومجوعاً وما كان يساوي من الذهب أو الفضة في ذلك اليوم فلو كانت قيمته تساوي مثقالاً من الذهب كان عليه أن يؤدي مثقالاً في هذا اليوم وهكذا .

أما لو فرضنا إلغاء اعتبار نفس الذهب والفضة من قبل العقلاء أو فرضنا انعدامه من الوجود أو ندرقه على حديد يصعب على الضامن تحصيله فحينئذ ينتقل الى الاجناس الموجودة فيدفع له من الخنطة او غيرها من بقية الحبوب - مثلاً - ما كان يدفع بازاء الدينار في ذلك الوقت يوم كان للدينار او لطابع البريد وأمثالها الاعتبار المالي .

التقاط الأوراق النقدية :

وحيث كانت الأوراق النقدية ، والطوابع البريدية ، وأمثالها مما لم تكن له علامة فارقة ، ولا تميز لبعضها على الآخر فماذا يصنع من يحدها في عرض الطريق ، وكيف يتوصل الى معرفة صاحبها مع انها معدومة الميزات بعضها مع الآخر .

وترقيم الدنانير ، وأن كان موجوداً إلا أن الانسان كثيراً ما لا يلتفت الى هذه الأرقام ليضبطها لتكون من العلامات الفارقة .

إذاً فما هو حكم التقاط هذه الأوراق النقدية وغيرها .

ويرى شيخنا الأستاذ - دام ظله - أن هذه الأوراق من فروع المال المجهول ما لكه ولا بد فيه من الرجوع الى الحاكم الشرعي ليقول كلمته فيه ، ولا يسوغ للملتقط التصرف فيه بعد تعريفه ، وقبل مراجعة الحاكم الشرعي لأن تلك

الأحكام مختصة باللقطة التي يكون لها علامة، ويمكن التعريف بها، ولا أقل من الشك في شمولها لما لا يمكن التعريف والاحتياط يقتضي الرجوع فيها الى الحاكم الشرعي ان لم يكن ذلك هو الأقوى .

ومن المستحسن نحن في هذا الصدد من بيان حقيقة المال المجهول ما لكه ولمن يكون رجوعه .

ما هو المال المجهول المالك :

والجواب على هذا السؤال .

أنه كل مال يعرف صاحبه فعلاً، ولا طريق الى تعيينه، وجداناً أو تعبداً والأخبار الواردة عن أهل البيت عليهم السلام في النوع من المال يمكننا تصنيفها الى أقسام أربعة :

القسم الاول: ويشتمل على ما يفيدنا لزوم طلب صاحب ذلك المال مع عدم اليأس ظاهراً، ويدخل فيه ماورد فيمن كان له حق ففقد ولا يدري أحى هو أم ميت ، ولا نعرف له وارثاً ولا نسباً ولا ولداً .

كما روي عن حماد بن عيسى عن معاوية بن وهب قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كان له على رجل حق ففقد ولا يدري أحى هو أم ميت، ولا يعرف له وارث ولا نسب ولا بلد ، فقال عليه السلام : أطلبه ، قال : إن ذلك قد طال فأصدق به ، قال ، أطلبه ^(١) .

ومن هذا التكرار في الأمر من الامام عايه السلام بالطلب يظهر لنا أن من بيده ذلك المال لا بد له من طلب صاحبه ، وليس ببعيد أن المنظور في هذه الرواية هو الحث على عدم اليأس ، والعثور على صاحبه فيلزمه حينئذ الطلب وإبقاء العين مع المحافظة عليها .

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

القسم الثاني : ومؤداء اعتبار المسال أمانة في يد من وجده بعد الطلب واليأس وينتظم فيه ماورد في أجير مفقود ، كما ورد عن هشام بن سالم قال : سأل أبو خطاب الاعور أبا ابراهيم عليه السلام وأنا جالس فقال : إنه كان عند أبي أجير يعمل بالأجر ففقدناه وبقي له شيء من أجره ولا نعرف له وارثاً، قال فاطلبه ، قال : قد طلبناه ولم نجده ، قال فقال : مساكين وحرك يديه (١) قال : فأعاد عليه ، قال : اطلب واجهد فان قدرت عليه وإلا فكسبيل مالك حتى يحمي له طالب فان حدث بك فأوص به إن جاء له طالب أن يدفع اليه (٢) .

ومن هذا القسم نفهم الأمانة ، وان هذا المال كسبيل مال الواجد من ناحية المحافظة عليه ، وأنه أمانة شرعية يلزمك حفظها لصاحبها .

القسم الثالث : ويفيدنا لزوم التصديق بذلك المال المجهول مالكة .

ويدخل فيه ما ورد فيمن بقي عنده بعض متاع رفيقه ، ولا يعرف صاحبه كما روى عن يونس قال : سألت عبداً صالحاً عليه السلام فقلت : جعلت فداك كنا مرافقين لقوم بمكة ، وارتحلنا عنهم ، وحملنا بعض متاعهم بغير علم ، وقد ذهب القوم ، ولا نعرفهم ، ولا نعرف أوطانهم ، وقد بقي المتاع عندنا فما نصنع به ؟ قال فقال : تحملونه حتى تلتحقوهم بالكوفة ، قال يونس فقلت له : لست أعرفهم ولا ندرى كيف نسأل عنهم ، قال فقال : بعه وأعط ثمنه أصحابك ، قال فقلت : جعلت فداك اهل الولاية ؟ قال : نعم (٣) .

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

(١) علق في الرواقي عل قول الامام عليه السلام - مساكين - بقوله: بيان يعني أقم مساكين حيث ابتليت أو حيث لم تعرفوا لمن هو .

(٢ و ٣) الرواقي ، المجلد الثالث ، ص ٥١ ، باب المال المفقود صاحبه .

ومن العثور عليه فيأمر الامام عليه السلام بالتصدق ليكون التصديق بالمال هو الطريق للوصول الى صاحبه .

القسم الرابع- ويتضمن الاذن بالتصدق بذلك المال، ولكنه مشروط بأخذ الرخصة من الامام (ع) بذلك التصديق ، ويظهر ذلك جلياً في رواية داود بن يزيد عن أبي عبدالله (ع) قال له رجل : اني أصبت مسالاً ، واني خفت فيه على نفسي فلو أصبت صاحبه دفعته اليه ، وتخلصت منه ، فقال أبو عبدالله : لو أصبته كنت تدفعه اليه ؟ فقال : إي والله ، فقال (ع) : فأنا والله ماله صاحب غيري ، قال : فاستحلفه أن يدفعه الى من يأمره ، قال : فحلفت قال : فاذهب فقسمه في إخوانك ، ولك الأمن مما خفت منه ، قال : فقسّمته بين اخواني^(١) .

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

ومن هذا العرض لهذه الاخبار تلخص لدينا أن :

القسم الاول من الاخبار ، يبحث على طلب صاحب المال فقط .

والقسم الثاني من الاخبار ، يدل على كون المال أمانة بيد الواجد .

والقسم الثالث من الاخبار ، يدل على جواز التصديق من دون استئذان .

والقسم الرابع من الاخبار ، يدل على التصديق بعد الاستئذان ، لانه مال الامام (ع) .

ويقف شيخنا الاستاذ - دام ظله - ليختار القسم الرابع لكونه مقدماً على بقية الاخبار المذكورة ، إذ أن أمر الامام (ع) في القسم الثاني بالمحافظة على المال وإبقائه أمانة أو أمره في القسم الثالث بالتصدق به يمكن أن يكون

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

لبيان الحكم الواقع ، ويمكن أن يكون إذناً خاصاً من الامام في ابقائه أمانه أو في التصديق ، به وقوله في هذه الرواية الرابعة : « والله ماله صاحب غيري » ثم امره بالتصدق يكون شارحاً لذلك الاجمال في ذينك الخبرين ، ومبيناً أن المراد به هو المعنى الثاني وبذلك يكون هذا الخبر الرابع حاكماً على الخبرين المذكورين بمعنى أنه يكون شارحاً لهما ، ومبيناً للاجمال فيها فتكون الحكومة حكومة شرح وابطاح ، وبتعبير آخر إن الامام (ع) ارجع ذلك اليه فيها وقد أمر في ذينك الروايتين بالتصدق ، والامانية ، ويكون ذلك إذناً خاصاً منه في التصديق أو الحفظ عنده ، وإلا فانه مال يرجع أمره اليه ، وليس التصديق لولاية من بيده المال شرعاً فلا ولاية له على ذلك ، بل الولاية للامام (ع) ، وقد سأله عن أمر ذلك المال فأمره الامام (ع) بالتصدق .

وقد يعترض : بأن مجهول المالك كاللقطة لا بد فيه من التعريف سنة فان حصل صاحبه ، وإلا فهو لقطة يجري عليه ما يجري عليها ، وليس الحكم فيه هو إرجاعه الى الامام - عليه السلام - .

كل ذلك يظهر من الخبر الوارد في لص أودع متاعاً مسروقاً عند آخر فجاء الأمين ليسأل الامام الصادق - عليه السلام - عن حكم هذه الوديعة والرواية عن حفص بن غياث ، قال : سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم ومتاعاً ، واللص مسلم هل يرد عليه ؟ فقال (ع) : لا يرده فان أمكنه أن يرده على أصحابه فعل ، وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة بصيبتها فيعرفها حولا فان أصاب صاحبها ردها عليه وإلا تصدق بها فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم فان اختار الأجر فله الأجر ، وإن اختار الغرم غرم له وكان الأجر له ، (١) .

والجواب عن هذا الاعتراض .

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

إن هذا الحكم ربما كان من مختصات موارد أمانات اللصوص الخصوصية في البين تقتضي التعريف بذلك المال سنة ، ومن ثم التصديق به . مضافاً إلى أن مجهول المالك لا بد فيه من التعريف إلى حد يحصل اليأس عن العثور على صاحبه وهذا الخبر أيضاً من موارد مجهول المالك ، وقد جاء السائل يعرض الموضوع على الامام (ع) فأمره بعد مرور السنة بالتصدق ، أما التعديد بالسنة فلأنه بها يحصل اليأس على العثور غالباً .

بقى عندنا القسم الاول : وهو الخبر الوارد فيمن كان له حق ، ولا ندري أين يطلب صاحبه ، وهذه الرواية عرفت انها تختلف عن بقية الروايات لأن بقية الروايات إنما تضمنت الحكم بعد اليأس عن حصول صاحب المال ، وهذا المعنى لم يظهر في القسم الأول ، بل أقصى ما فيها أنه لم يعرف صاحبه أو نسبه ، أو وارثه فأمره الامام - عليه السلام - بطلب صاحبه ولم يعرض السائل بخدمته انه قد حصل له اليأس ، بل أقصى ما في البين أن السائل قد أخبر الامام (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 الامام (ع) يكرر عليه الأمر بالطلب ، ولا معنى لهذا التكرار مع فرض أن الامام (ع) فهم من السائل حصول حالة اليأس من العثور على صاحبه . إذاً فلا تكون هذه الرواية دليلاً على التوقف في مجهول المالك ، ويتعتم علينا الأخذ بالطائفة الرابعة ، والتي عرفت أن مفادها هو أن هذا النوع من المال راجع الى الامام حسبما جاء من قوله (ع) : « والله ماله صاحب غيري » .

غايته : أنه أمره أمراً شخصياً بأن يتصدق به لا أن حكه الشرعي هو ولاية التصديق به لمن هو في يده من دون مراجعة الامام (ع) .

وحيث عرفت بعد تقديم الاخبار الدالة على التصديق بمجهول المالك بعد مراجعة الامام فيه يظهر لنا بوضوح حال الأوراق النقدية ، وما شاكلها كطوابع البريد ، وتذاكر القطار السارية المفعول فانها أموال لا يعرف صاحبها ، ولا بد

فيها من التعريف حتى يحصل اليأس عن العثور على صاحبها ، وهذه وإن كانت غير معلومة ، 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 يأمرها 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 ، وتصدق بالمال عن صاحبه بعد الرجوع إلى الحاكم الشرعي ، وبعد هذا حضر صاحب المال فهل له المطالبة بالمال أولاً ؟ .

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 بيده مجهول المالك على التصرف بالمال فإن صاحب المال يتمكن حينئذ من مطالبة ذلك الشخص بماله . ربما يقال بذلك .

ولكن الصحيح أن مجهول المالك حق 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 مطاوي البحث عرفنا أن مجهول المالك هو المال الذي لا يعرف صاحبه ، ولكن شيخنا الأستاذ - دام ظله - أراد أن ينبه على توسعة هذا التعريف وشموله للمال معلوم المالك ، ومجهول محل الإقامة ، بحيث لا

يشترط في المال أن يكون صاحبه مجهولاً من الابتداء ليكون منطبقاً على مثل الأمانة التي أودعها اللص عند آخر فجاء الأمين يسأل الامام - عليه السلام - عن حال هذه الوديعة التي لا يعلم صاحبها الحقيقي بل يكون المالك مجهولاً حتى ولو عرف صاحبه ، ولكنه جهل محل الإقامة ، وبحث عنه فلم يعثر عليه - كما تضمنته الرواية المتقدمة - فيمن بقى عنده بعض متاع رفيقه فان ذلك المال معلوم مالكة لأنه متاع الى 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 مالي ، ولم يمكن تشخيصه بعلامات فارقة لو النقطة الشخص أو وصل بيده من دون التقاط ، ولم يعرف صاحبه فهو مال مجهول المالك ، ولا بد فيه من الرجوع الى الحاکم الشرعي بعد حصول اليأس عن مجيء مالكة ليقول كلمته فيه .

مركز تحقيق کتاب پوز علوم اسلامی

اعمال البنوك والمصارف

كلية لا بد منها ، أقسام البنوك والمصارف
الأمانات ، التوفير ، الكفالات ، الحوالات ، تحصيل
الشيكات ، تحصيل الأوراق التجارية ، الحسابات
الجارية ، بيع وشراء الأسهم والسندات ، خصم
الأوراق التجارية (الكبيالات) الاعتمادات المستندية
خطاب الاعتماد ، معاملات مصارف الرهن والعقار
والصناعي .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

كلمة لا بد منها :

لم يكن التعامل السائد الآن في العالم محافظاً على طابعه القديم ، بل أخذ - نتيجة للتطور - يخضع الى النظم الاقتصادية الحديثة . وقد اعتمد واضعوا تلك النظم على تركيز الأسس الربوية لبناء التعامل السوقي ، - وبطبيعة الحال - ان هذا يبتنى على نظام الفوائد . وهذا مما لا تقره الشريعة الاسلامية المقدسة بل وقد كافحته بشتى الوسائل .

وفي الوقت نفسه لا بد من الاعتراف ، بأن الحياة الاقتصادية أخذت تحتم على الأفراد - بما فيهم تجار وغير تجار - من التعامل مع المصارف او البنوك سواء بالمباشرة او بوسائط عديدة بحيث أصبح من العسير الانفكاك عنها بعد ان أصبح التعامل السوقي مرتبطاً ارتباطاً كلياً بالمؤسسات المصرفية ، وبين هذين يقف الشخص ، والحيرة تأخذ عليه مسالك التفكير فما يصنع ؟ إن ضروريات الحياة تلجئه إلى التعامل المذكور .

والشريعة المقدسة تأمره بالابتعاد عن الربا ، والتعامل فيه ، فهل بالإمكان أن ينغزل الشخص ويترك هذا المجتمع ليحافظ على دينه ، ومن ثم الابتعاد عن الربا وآثامه ؟ .

أو يترك الباب مفتوحاً على مصراعيه فلا يبالي بما تمليه عليه الشريعة المقدسة من التنديد ، بأكل المال بالباطل ، وليكن بعد ذلك ما يكون لكل من هذين المسلكين محاذيره ومشاكله .

ولا بد والحالة هذه من ملاحظة جميع الأعمال التي تجري عليها البنوك والمصارف في يومنا الحاضر ، لنرى مدى التقائها مع الطرق الشرعية الصحيحة والتي تكون بعيدة عن الربا والربوات ، فقد - أحل الله البيع وحرم الربا - . والى جانب ذلك ، فتح لنا الشارع المقدس طرفاً عديدة لاستحصل الربح من الطرف الآخر ، تكون بعيدة عن - أكل المال بالباطل - كالهبة والجمالة وما شاكل .

أقسام البنوك والمصارف :

إذا صنفنا البنوك والمصارف لرأيناها تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

- ١ - حكومية : ويكون رأس مالها مكوناً من أموال الدولة ، ولا حق لشخص معين فيه ، بل هو مصلحة حكومية .
- ٢ - أهلية : ويتكون رأس مال البنك الأهلي من اشتراك عدد من ذوي المال ، وتكون الأرباح مقسمة على نسبة الحصص التي يملكها كل مشترك منهم .
- ٣ - مشتركة بين الحكومة والأهالي : وتكون مجموع الحصص مشتركة بينهم على نسبة معينة بين الطرفين .

ونتيجة لهذا التقسيم تكون أموال البنوك الحكومية مجهزة للمالك ، بينما تكون البنوك الأهلية معلومة المالك . أما البنوك المشتركة فإن أموال الدولة فيها تكون مجهزة للمالك ، وقد اختلطت بأموال معلومة المالك ، وهي أموال الأهلين الذين كانت لهم سهام فيه .

البنوك الحكومية :

وطبيعي أن أفراد البحث ، والكلام فيها كقسم مستقل إنما هو بناء على

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

وعلى اعتبار أن أموال البنوك والمصارف الحكومية مجهولة المالك تختلف طبيعة المعاملة المصرفية ، لأن في بعضها يكون الشخص هو الذي يدفع المال إلى البنك ابتداء ، ليسترجعه منه بعد مدة ، وهذا كما في الودائع والحوالات والتوفير ، وأمثالها .

ويكون إعطاء المال في هذه الصور من قبل الشخص إلى البنك بمنزلة من أئلف ماله ، وعند الاسترجاع يكون ما يأخذه منهم مع ما يضاف إليه من الفوائد من فروع المال المجهول مالكة ، ويحتاج - حينئذ - إلى إجازة الحاكم الشرعي للتصرف بتلك الأموال المأخوذة ، ولا يتحقق في البين قرض ، ولا يكون ما يأخذه من الفرع المستحق من الفوائد الربوية .

وهناك وفي بعض الصور الأخرى يكون البنك هو الدافع الابتدائي للمال ويستلم ما يدفعه بعد مرور مدة معينة من القابض ، ويتحقق ذلك في جميع صور الاقراض من جانب البنك ، وبعض صور التحويل .

ومن الواضح ، أن المال المأخوذ من البنك ابتداء يكون من المال المجهول مالكة ، ولا بد للتصرف فيه من إجازة الحاكم الشرعي - كما تقدم - .

وأما حين الاستحقاق ، ومطالبة البنك للمدين بما دفعه إليه فإن ما يدفعه

(١) لا يسع المقام البحث عن مالكية الدولة أو عدم المالكية . فقد اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك - والمهم في البين - هو أن شيخنا الأستاذ دام ظله - لا يرى مالكية الدولة ، والبحث أدلته ولا مجال للتطرق إليها .

المدين من الأصل والفروق المستحقة يكون مأخوذاً منه على نحو القهر والاجبار حيث لا يسعه التخلف عن إعطاء ذلك المقدار من المال ولا بد من الالتفات إلى أن الشخص - سواء في حالة القبض للمال ، أو في حالة الدفع اليهم - لا يصح له نية الاقتراض والقرض ، وأخذ الفوائد ودفعها ، فإن الطرف المقابل لا يملك ما تحت يده من المال ، فالمعاملة من الأصل باطلة ، ولا يتحقق فيها من ذلك شيء .

البشوك الأهلية :

وتتكون من الأموال التي جمعت من قبل المساهمين ، وبعد 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 وبعض صور التحويل والتزويل ، مع عدم الالتفات منهم إلى الطرق التي يمكن التخلص فيها عن الربا وآثامه .

- وحينئذ - فتكون معاملات القرض كلها باطلة وفاسدة .

وعليه فلا يخرج المال المقبوض منهم عن واحد من محتملات ثلاثة :

١ - أنه مال حلال لاحتمال أن يكون ذلك المقبوض مما أجريت عليه معاملة صحيحة ، أو أنه مال للبنك أرجعه المستقرض عند استحقاقه . وإن كان أصل القرض فاسداً ، أو أنه مال دفعه اليهم شخص يريد تحويل مبالغ من النقود إلى بلد آخر ، ودفع لهم فرقاً - حيث ينزل ذلك على القرض من المحول للبنك - ويكون إعطاء الفرق من ناحية المقرض لا المستقرض ، ولا مانع منه - كما سيظهر ذلك عند البحث عن صور التحويل .

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

٣ - ويحتمل أن يكون مالا حلالاً 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 وبالنسبة الى ما علم حرمة ، أو كونه من المختلط فلا بد فيه من إجازة الحاكم الشرعي للتصرف فيه .

ولولم يحرز، وكان احتمال كونه من أحد المحتملات الثلاثة موجوداً ، فإن يد المعطي كافية لاعتبار ذلك المال حلالاً ، لأن اليد إماراة على ملكية صاحب اليد على ما تحت يده ، ويكون هذا كافياً لجواز الأخذ منه وان كان احتمال كون ذلك المال من الحرام ، أو كونه من المختلط موجوداً . 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، وذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته وهو سرقة ، والمملوك عندك لعله حر قد باع نفسه أو خدع فبيع قهراً ، أو امرأة تحتك وهي أختك ، أو رضيعتك ، والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البينة^(١) .

البنوك المشتركة :

فإن احتياج العميل منهم الى إجازة الحاكم الشرعي للتصرف بتلك الأموال لازمة له ، وذلك 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 وهو مجهول المالك ، ويضاف اليه الاشكال في أصل الخلط للمالين : أموال الدولة وأموال

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

الأهالي فإنه من الخلط بين معلوم المالك ومجهوله ، وذلك موجب لعدم صحة المعاملة والمعاوضة عليه .

أعمال البنوك :

١ - الأمانات

وهي المبالغ التي يودعها أصحابها في البنوك والمصارف، حفظاً لها من التلف. وقد 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 والسحب ، وبإزاء هذا الإيداع يعطي البنك فائدة للمودع تختلف باختلاف المدة التي يكون المال فيها مودعاً .

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

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

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

ويتصور الاذن بالتصرف على صورتين :

الصورة الاولى : ان يكون مفاد الاذن المذكور هو بقاء المال على ملك صاحبه ، وللبنك حق التصرف فيه - وحينئذ - يكون المعوض المأخوذ بتلك الأموال ملكاً لصاحب المال ، لأنه دخل في ملك من خرج المال من ملكه ،

ولا يمكن تنزيل معاملات البنوك على هذه الصورة لأنها لا تستغل هذه الأموال على أن ما تشتريه بإزائها لأصحاب تلك الأموال ، بل هي أعواض راجعه للبنك والبنك يحتسب فوائد معينة يعطيها لصاحب المال .

الصورة الثانية : ان يكون مفاد الإذن بالتصرف راجعاً إلى كون العوض المأخوذ بإزاء تلك الأموال راجعاً إلى المتصرف ، والذي هو البنك فيكون المال لأحدهما ، وهو صاحبه ، والعوض للآخر ، وهو البنك . وهذا غير معقول ، إذ كيف تجتمع اباحة التصرفات الناقلة مع كون العوض ملكاً للمتصرف ، لأنه لا بد أن يدخل أحد العوضين في ملك من خرج العوض الآخر عن ملكه ، إذ أن طبيعة المعاوضة تقتضي ذلك فان من يأخذ العوض لا بد ، وأن يكون المال المدفوع بإزاء ذلك العوض خارجاً من ملكه . أما لو خرج من ملك شخص آخر - كما في مفروض هذه الصورة - فلم يحصل في البين تعاوض ، بل يكون الخارج خارجاً بلا عوض ، والداخل داخل بلا عوض ، فلا تتحقق في البين معاوضة .

وقد حقق شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - ذلك في باب المعاوضة تحقيقاً كاملاً^(١) . إذ أبقاه المال على ملك صاحبه ، واعتبار كون العوض المأخوذ بإزائه

(١) إعلم ان المعاوضة - ثارة : تنزل على البيع ، ويكون الدافع بائناً والقابض مشترياً . ولا يميزهما إلا التلفظ . فمن دفع ديناراً إلى صاحب الطعام ، وأخذ صاحب الطعام الدينار ، وأعطاه المقدار من ذلك كان الأول مشترياً ، والثاني بائناً - وحينئذ - تجري على ذلك احكام البيع ما عدى الزوم ، فان الزوم إنما يكون بالمقصد ، أما الفعل المعاطائي فلا أثر له إلا التملك والتملك ، ويكون لكل منهما حق الرجوع واسترجاع ما دفعه وإرجاع ما قبضه إلا أن تطرأ احد الملزمات المذكورة في باب المعاوضة كالتصرف في أحدهما - على تفصيل مذكور في محله - وغاية تنزل على ان الدافع للدينار - مثلاً - إنما يدفعه لا بعنوان التملك ، بل بعنوان الاباحة فيكون كل منهما قد أباح لصاحبه التصرف فيما دفعه اليه ، مع بقاءه على ملكه ما لم يطرأ أحد التصرفات الناقلة - على أشكال وتفصيل - في ذلك .

أما شيخنا - دام ظلّه - فقد اختار الوجه الأول . ولا مجال لذكر الأدلة على ذلك .

للمتصرف فيه لا يكون معقولاً - وحينئذ - لا مجال لنا إلا اعتبار كون إباحة التصرفات بالمال المودع من قبل صاحبه إنما هي إباحة في تملك المال فإذا أذن صاحب المال أن يتصرف الأمين بالمال تصرفاً ناقلاً كان ذلك عبارة أخرى عن الإذن في تملك المال ، ثم إسقاط المعاوضة عليه من قبل المأذون ويكون المال خارجاً عن ملك المأذون وعوضه داخلاً في ملكه .

وإذا وصلت النوبة إلى التملك لاحظنا أن الطريق هنا إلى التملك منحصر في موردين :

الأول - التملك المجاني كأن يقول صاحب المال للبنك : أنت مأذون في تملك هذا المال والتصرف به بما شئت بعد ذلك ، ولكن لا يمكن تنزيل معاملات البنوك على هذه الصورة لأن لازمه أن صاحب المال لا يستحق شيئاً على البنك بعد ذلك لادنه له بالتملك ودخول العوض في ملك البنك ، مع أن صاحب المال لا تسمح نفسه بذلك قطعاً .

الثاني - أن يكون تملك المال من قبل البنك تملكاً ضمانياً لا مجانياً ، بمعنى أن المالك يقول للبنك : « تملك هذا المال عني مضموناً عليك ، وتصرف به لنفسك » ولا يخرج هذا عن القرض لأن القرض لا يخرج عن كونه تملك المال إلى الغير مضموناً عليه ، ويكون إعطاء الفائدة بازاء ذلك القرض المذكور من المسدين ، والذي هو البنك لصالح الدائن ، وهو صاحب المال - وهو من الربا - وإنما سمي أمانة بلحاظ أن هذا الأقراض ليس لمصلحة المستقرض ، وهو البنك فقط ، وإنما هو لمصلحة المقرض - المودع - أيضاً لأن البنك يحافظ بهذا الإيداع على المال من السرقة والتلف ، ولأجل هذه الجهة يسمى أيداعاً ، وقد قرروا الفائدة عليه شيئاً معيناً لا يتجاوز الحد الأعلى له ٤٪ بينها قرروا الفائدة على (الكمبيالات) ٥٪ أو أكثر حسب اختلاف البنوك .

وهذا التفاوت هو الذي يثبت لنا أن الأقراض في باب الودائع ليس لمصلحة

المستقرض فقط بل هو لمصلحة المقرض أيضاً ، والذي هو صاحب المال . أما بقية الأبواب - كالكمبيالات - أو ماشا كل فإن الأقراض فيه يكون لمصلحة المستقرض .

وفي الحقيقة أن هذا القرض لا يتعدي بقية القروض لكنه بحيلة اقتصادية مرغيباً من البنوك إلى الناس في ايداع أموالهم حفظاً لها من التلف ، وتعويداً لهم على الادخار .

فهو قرض حقيقة بعنوان الإيداع ، وإلا فهو اجنبي عن الامانة الشرعية نعم هناك صورة يصح فيها هذا النوع من الإيداع ، ولو كانت نتيجته القرض وتصويرها : أن لا يكون اعطاء الفائدة من قبل الأمين مأخوذاً كشرط في عقد القرض من طرف المقرض بل أن صاحب المال يقرض البنك المبلغ الذي عنده من دون شرط إلا أن البنك تفضلاً منه يخصص مقداراً من الأرباح التي تحصل لديه ليضيفها إلى أصل المال ، وليس ذلك من الربا كما قال المحقق : « القرض اذا شرط فيه المقرض الفائدة كان حراماً ، وأما لو لم يشترط الفائدة بل التزم المستقرض إعطاء الفائدة فهو ليس من الربا » (١) .

وبناء على هذا فتصح هذه المعاملة ، ولا تكون من الربا . إلا أنه لا يمكن تنزيل معاملات الودائع في البنوك عليه ، إذ أن دفع الفرق بازاء ايداع المال وأن لم يصرح فيه بين المتعاقدين إلا أنه مما تباني عليه الطرفان فهو منظور أساسي لكلا الطرفين المودع والمودع عنده فيكون شرطاً ضمناً ومع ذلك لا تكون هذه المعاملة صحيحة لاشتغالها على الربا .

وهل يخرج هذا النوع من الإيداع على العارية الشرعية ؟

(١) الشرائع - البحث عن الديوان ص ١٢٧ ولدى مراجعتي لعبارة المحقق المذكورة لم أجدها في الشرائع بهذا النص بل وجدت ذلك كما يلي « فلو شرط النفع حرم ولم يفد الملك نعم لو تبرع المقرض بزيادة في العين أو الصفة جاز » كتاب التجارة - المقصد الخامس في القرض

فلم يكن هذا المال المودوع عند البنك من قبيل العارية الشرعية، والتي يجوز التصرف بها من قبل المستعير ويكون أعطاء الفرق على ذلك المال من قبيل الهبة، أو ما شاكل من الوجوه التي يصحح بها إعطاء الفروق - كما تقدم -.

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

إذاً فايداع المال عند البنك وأخذ الفائدة عليه لا يكون صحيحاً من الوجهة الشرعية - لما عرفت - من أن هذه المعاملة منزلة على القرض وأخذ الفائدة عليه.

ولكن يمكن تصحيح هذه المعاملة بنحو إذا قصد الدافع بدل اجراء المعاملة قرضاً اجرائها على نحو البيع بينه وبين البنك فيبيع له الأقل النقدي بازاء الأكثر المؤجل - مثاله - أن يبيع للبنك مائة دينار نقدية - بمائه وثلاثه دنانير - مؤجله لسنة واحدة فتكون المعاملة صحيحة بناء على ما ذكرناه في البحث عن الأوراق النقدية، وانها ليست من المجلس الربوي حيث لم تكن مكيله ولا موزونة فلا مانع من التفاضل فيها كما أنها ليست من النقدين المسكوكين كي يعتبر التقابض فيها في المجلس لتجري عليها أحكام الصرف، وحيث تمت المعاملة البيعية بين الطرفين للمدة المحدودة بينها فلا يجوز لكل منهما الفسخ قبل المدة.

(١) راجع في هذا الشرط جميع المصادر الفقهية

٢ - التوفير

ولو لاحظنا التوفير ، لما وجدناه شيئاً خاصاً يختلف عن الامانات التي - سبق البحث عنها - إلا أن التوفير انشئ من قبل البنوك والمصارف لتشجيع صغار المدخرين ، حيث يقبل البنك المبالغ القليلة لايداعها بإسم أصحابها . ولذلك يجري عليه كلما بيناه - في البحث السابق - .

إلا ان هناك فرقاً بين الامانات ، والتوفير فالامانة لايمكن صاحبها من استرجاعها قبل المدة ، ولكن في التوفير لصاحب المال استرجاع ما أودعه في أي وقت كان ، وتحسب له الفوائد على المدة التي كان المال فيها تحت تصرف الأمين - وهو البنك - .

فلو اردنا تصحيح التوفير بتنزيله على المعاملة البيعية بين الطرفين لما كان بالنظر الاولى لصاحب المال استرجاعه في أي وقت شاء ، ولكنه 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 لتيام السنة هو أربعة دنانير وأرد الفسخ في نصف السنة كان نفوذ فسخه مشروطاً بأن يدفع البنك له دينارين .

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

٣ - الكفالات

ويراد بالكفالة :

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

الحالة قد يطلب الطرف الثاني من الطرف الأول ضمانات مالية تعوضه عما قد يصيبه من خسائر فيما لو أنسحب الطرف الأول دون أن يتم ما تعهد بالقيام به ، لذلك يلجأ هؤلاء المتعهدون الى البنوك والمصارف لتكفلهم وتضمن قيامهم بالعمل الذي اتفقا عليه ، وفي هذه الحالة يصدر البنك خطاباً الى المتعهد له يتعهد فيه بكفالة الطرف الأول وضمانه بأن يدفع عنه مبلغاً من المال إذا طوّل بدفعه وفرض عدم قيام الطرف الأول بما اتفق عليه مع الطرف الثاني .

وتشترك الجهات الثلاث وهي المتعهد والمتعهد له والكفيل 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 .

والمتعهد له : تكون فائدته من هذه الكفالة هي ضمان حقه وحصوله من يعوضه عما قد يصيبه من الخسائر لو أنسحب الطرف الأول ولم يتم ما تعهد به .
والكفيل : يستفيد من كفالته لأنه يتقاضى ممن يكفله عمولة يتفق عليها بازاء كفالته له .

ومن هذا العرض نعرف أن الأركان في هذه المعاملة ثلاثة :

المكفول له : وهو المتعهد له .

والمكفول : وهو المتعهد .

والكفيل : وهو البنك أو المصرف .

ولتوضيح بيان الحكم الشرعي لهذه الكفالة يحسن بنا أن نوسع البحث فيها الى جهات ثلاث :

الاولى - في وجه أخذ الكفيل المبلغ المعين من المكفول بازاء كفالته له أمام المكفول له .

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

الثالثة - في رجوع الكفيل على المكفول فيما دفعه عنه ، وهل للمكفول أن يتأخر عما دفعه الكفيل عنه أولاً ؟

أخذ الكفيل العمولة من المكفول :

وتخرج ذلك يكون على واحد من الطرق الآتية :

الأول : أن نجعل ذلك المال من الوعد الصرف الذي لا يجب الوفاء به

الثاني : أن ينزل ذلك على الجماعة بازاء كفالته له ليكون ملزماً بدفع المال المقرر للكفيل بعد صدور الكفالة منه .

الثالث : أن ينزل ذلك على التصالح بين الطرفين .

الرابع : أن ينزل ذلك على العقد بين المكفول والكفيل ليكون المكفول ملزماً بدفع المبلغ المقرر ويكون الكفيل ملزماً بدفع الكفالة بناء على ما حققناه في محله من عدم اختصاص العقود بالمأمور بالوفاء بها في الآية الكريمة : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، بالعقود الممهودة بل هي شاملة للعقود الحادثة التي يجري عليها العقلاء في الأعصار المتأخرة ما لم تكن مشتملة على مادلت الأدلة على فساد كالربا ونحوه من مفسدات المعاملة . أما شيخنا الأستاذ - دام ظله - فقد رجح الوجه الرابع على بقية الوجوه لكون ما نحن فيه من المعاملات المستحدثة التي لا يمنع من نفوذها مانع شرعي وفي الوقت نفسه فإن إطلاق « أوفوا بالعقود » كاف في لزوم الوفاء بها . وتنزيلها على إحدى الصور السابقة لا يخلو من بعد .

أما قولنا بأن هذا النوع من الكفالات مستحدث ولم يكن له وجود على عهد المشرع الاسلامي فذلك لأن الكفالة التي يذكرها الفقهاء والتي كانت في الصدر الأول هي :

أن يتعهد الكفيل بإحضار شخص المكفول لدى المكفول له وبهذا المقدار

لايستوجب الضمان بحال من الاحسوال ، ومما سيأتي يتضح لك أن الكفالة مقتصرة على أحضار نفس الشخص لا التعمد بالخسارة في نظر الفقهاء^(١)

فاذا اعتبرنا هذا النوع الجديد من الكفالة من جملة العقود التي ينطبق عليها لزوم الوفاء بالعقد بضميمة ما حققناه في محله من عدم اختصاص العقود بالمأمور بالوفاء بها بالعقود المعهودة بل هي شاملة لكل عقد مالم يكن فاسداً فلا مانع إذاً من أخذ المبلغ من المكفول لصالح الكفيل سواء كان المكفول فرداً 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 .

وللتوضيح نقول : لو تعهد شخص ببناء - مدرسة - لآخر واتفق الطرفان على أنه لو تخلف المتعهد بما اتفقا عليه فعليه أن يخسر كذا مقدار من المال إلى

مركز تحقيق وتطوير علوم إسلامي

(١) عرف فقهاء الشيعة الكفالة : بأنها « عقد شرع للتعهد بالنفس » ولم يخالف في ذلك منهم إلا النادر حيث جاء في جامع المقاصد « أنه يصح التكفيل بالأعيان المضمونة » كما عن مفتاح الكرامة : الفصل الثاني من كتاب الكفالة ، وطبيعي أن الأعيان المضمونة تشمل النفس وغيرها من الأموال ، أما الضمان عندهم : فهو « عقد شرع للتعهد بالمال » وبهذا يفرق الضمان عن الكفالة . وقد صرحت جميع المصادر للفقه الإمامي بهذا الفرق أما بقية المذاهب الإسلامية - فإن الأحناف منهم يخلطون بين هذين المصطلحين فيطلقون الكفالة على التعهدين المالي والنفسي ومصادرهم الفقهية طافعة بهذا المعنى .

فعالمكبريا دشاء الحنفي أطلق تعريف الضمان على الكفالة حيث قال : « أما تعريفها - أي الكفالة - فقيل هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وقيل في الدين » الفتاوى الهندية بحث الكفالة . والحال إن هذا تعريف للضمان في بقية المذاهب السنية .

ونقل عن الشافعي عن أنه قال في أحد قوله .. بأن كفالة البدن ضعيفة ، ولكنه في القول الآخر يذهب إلى جواز كفالة البدن كما يصحح الضمان في الحال . لاحظ بذلك المذهب للشيرازي : بحث الكفالة .

المتعهد له واستعد الكفيل على تحمل الخسارة لو أدخل 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 التجاري ، وفي هذه الجهة الثانية نريد ان نرى ان الجهة الشرعية هل تلزم الكفيل بدفع الخسارة الى المكفول له أولا ؟ بل له ان يتخلف عن ذلك فنقول :

إن طبيعة الكفالة المعروفة عندنا في الشريعة الإسلامية لا تقتضي ضمان الكفيل وخسارته لما على المكفول من حق الى المكفول له - كما سبق بيانه - . ولكن بعض الأجلة من علماء العصر ذهب الى الضمان فقد قال فقيه عصره السيد أبو الحسن الأصفهاني - قدس الله روحه - ما يلي :

« وإن كان - يعني المكفول - غائبا غيبة منقطعة لا يعرف موضعه وانقطع خبره لم يكلف الكفيل إحضاره ، وهل يلزم ما عليه الأقرب ذلك خصوصا إذا كان ذلك بتفريط من الكفيل - الى ان قال - : مسألة - إذا لم يحضر الكفيل المكفول فأخذ منه المال فان لم يأذن له المكفول لا في الكفالة ، ولا في الأداء فليس له الرجوع عليه بما أداه ، وإذا أذن له في الأداء كان له أن يرجع به عليه سواء أذن له في الكفالة أيضا أم لا ، وأما إذا أذن له في الكفالة دون الأداء فهل يرجع عليه أم لا ؟ لا يبعد أن يفصل بين ما إذا أمكن له مراجعته وإحضاره للمكفول له فالثاني وبين 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 ، ومن الواضح ان المكفول في يومنا هذا يأذن للكفيل بأن يؤدي عنه ما يتفق على الخسارة لو أدخل هو بما التزم به الى المكفول له ، ولا يقدم الكفيل على ذلك ما لم يعتمد على مقدار الرصيد الذي يدعم المكفول من نقد أو عقار أو ما شاكل .

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

وقد نبه شيخنا الأستاذ - دام ظله - بأن هذه التفريعات التي ذكرها الفقيه السيد الأصفهاني - رحمه الله - لعل الأصل فيها ما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله (١).

حيث قال : « نعم في المسالك ومحكى التذكرة وجمع البرهان انما يجب عليه الاحضار عند امكانه أما إذا لم يكن كما إذا غاب غيبة منقطعة لا يعرف له موضع ولا خبر لم يكلف بإحضاره لعدم الامكان ولا شيء عليه لأنه لم يكلف المال ، بل قيل انه ظاهر الباقيين أيضاً ، لكن في القواعد لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب التزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر (وعن جامع المقاصد) أن الأول أصح لأن مقتضى الكفالة إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال ، والأصل بقاء ذلك الى أن يحصل المبريء وهو المسقط للحق أو موت المكفول وأن الكفيل وثيقة على الحق كالمهرن فإذا تعذر استيفاء الحق من جهة من عليه استوفى من الوثيقة » - انتهى .

وقال العلامة الحلي - رحمه الله - :

« وعلى الكافل دفع المكفول أو ما عليه » (٢)

ونحوه عبارة المحقق الحلي صاحب الشرائع - رحمه الله - (٣).

والآن فهل أداء المال في عرض الاحضار أو في طوله أو أن أداء المال أجنبي عن الكفالة بالمرة ، وإنما يلتجئ اليه الكفيل لو حبس على إحضار المكفول فله ان يتخلص من الحبس بأداء ما على المكفول ، والظاهر هو الأخير فان الكفالة كما تجري في الأموال فكذلك تجري في غيرها كما في كفالة المدعى عليه للحضور للمرافعة وكما 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 . « وان افنع كان له حبه او يؤدي ما عليه » ص ١٢٤ طبعة ايران .

هذا وغيره من كلمات الأعلام يعطينا بالنظرة الأولية أن الغرض من الكفالة هو إحضار نفس الشخص المكفول إلا أن الجماعه بنوا على أحد الاحتمالين الأولين أعني كون أداء المال من مقتضيات الكفالة لكن :

إما مطلقاً فتكون الكفالة قاضية بالتخيير ، أو في طوله بحيث أنه إنما يجب عليه من الحق - كما يشعر به تعليل جامع المقاصد - لأن الكفيل وثيقة على الحق ، لكن كل ذلك لم يقيم عليه دليل ، نعم إذا تم اعتبار كون هذه المعاملة من المعاملات المستحدثة المشمولة لعموم « أوفوا بالعقود » 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 وعلي ضمانه ، فيكون الأمر حينئذ بمنزلة الإيجاب وامتنال الطرف الآخر بمنزلة القبول .

وهذا التوجيه إنما يتم فيما لو قال الكفيل للمكفول له : « بعه أو استأجره وأنا ضامن لحقك » .

رجوع الكفيل على المكفول فيما دفعه عنه :

وتتضمن هذه الجهة الثالثة البحث في رجوع الكفيل على المكفول ، وهل للمكفول أن يتأخر عما دفعه الكفيل أو لا ؟

وقد 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 إلى الطرف الآخر أما إذا لم يأذن بذلك بل أذن له في أصل الكفالة فقط فلا معنى لرجوعه عليه فيما أداه عنه ، ومن هذا يظهر أن الكفالة لها مرحلة خاصة والإذن بالأداء مرحلة أخرى ، ولكن هذا الذي ذكروه من أن الكفيل يرجع على المكفول في صورة تحقق الأذن من المكفول فيما أداه عنه يتنافى مع ما تقدم ذكره من كون الكفالة تقتضي التخيير بين إحضار الشخص المكفول أو أداء ما عليه

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 اخذ المال من الكفيل حتى مع تعذر إحضار المكفول إذا أقصى ما في البين هو كون الكفيل بمنزلة الرهن ، والرهن 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 .

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

قال شيخنا الأستاذ - دام ظله - معقباً ذلك :

بأن الذي يمكن الوثوق به هو كون الكفالة عندنا - معاشرة الامامية - مقصورة على إحضار شخص المكفول ، ولا 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 - الحوالات

والتحويل الذي تجري عليه المصارف والبنوك على صورتين :

(١) دعوى شيخنا - دام ظله - بأن الكفالة عند الامامية مقصورة على إحضار شخص المكفول فقط ، لا يلتزم مع ما تقدم من عبارة جامع المقاصد « من التزام الكفيل بالمال مملا بأن مقتضى الكفالة إحضار التريم أو أداء ما عليه من المال » وكذا ما ذهب اليه العلامة في تبصرته من انه « على المكافل دفع المكفول ، أو ما عليه » ، وكذلك عبارة الشرائع المتقدمة من قوله : « وان امتنع كان له حبه » او يؤدي ما عليه « فان هؤلاء لا يقتصرون في الكفالة على النفس بل يجرئونها الى المال خصوصاً عبارة العلامة المذكورة .

الصورة الأولى : أن يدفع الشخص الى البنك في النجف - مثلاً - مبلغاً قدره مائه دينار ويأخذ بالمبلغ المذكور تحويلاً على البنك في بغداد وبإزاء هذا التحويل يأخذ البنك من المحول عمولة معينة .

الصورة الثانية : أن يأخذ ذلك الشخص المبلغ المعين من آخر في النجف ويحوله على تسلم المبلغ من شخص ثالث أو بنك أو مصرف في بغداد فيدفع البنك المبلغ ليتسلمه من المحول عليه ويأخذ بأزاء ذلك عمولة معينة .

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

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

أو يكون ذلك التحويل منزلاً على القرض كأن يقرض البنك المبلغ المدفوع في النجف كاملاً ليتسلم وفاء عنه المبلغ بنقيصة معينة ، وهذا أيضاً لا اشكال فيه لعدم تحقق الربوية في ذلك لأن الربا هو الزيادة التي يأخذها الدائن من المدين لا الزيادة التي يأخذها المدين من الدائن ، وفي هذه الصورة كان الشخص الآخر هو المدين والمكلف بإيصال المبلغ الى بغداد أما الذي دفع الزيادة فهو الدائن وقد استوفاهما المدين فلا يكون هذا القرض ربوياً ، وقد قلنا فيما تقدم ان الفقهاء اشترطوا في تحقق القرض أن يكون ذلك القرض قد جبر نفعاً الى المقرض والقرض المذكور في صورتنا قد جبر نفعاً للمقرض له ، وهو المدين ولا شبهة فيه .

وأما التحويل في الصورة الثانية : فيختلف حكمه حيث يأخذ الشخص في النجف من البنك المائة دينار ، ويدفع له تحويلاً بالمبلغ المذكور ، وزيادة وحينئذ فان نزلنا هذه المعاملة على البيع ، فلا مانع فيها حيث يبيع العشرة

الحاضرة أو المائة الموجودة بمائة وزيادة أو يبيع المائة بمائة مع اشتراط دفع الزيادة المذكورة ، والسبب في عدم المنع هو ان الدينار ليس من المكيل ولا الموزون فلا ربوية في هذا البيع .

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

هـ - تحصيل الشيكات

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

ما لو أمر شخص بموجب الصك البنك الفلاني بدفع مائة دينار مثلاً 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 وربما كان المحول عليه في بلد آخر ولم يتمكن حامله من السفر إليها ، ولهذا التحويل فوائد كثيرة ، وبإزاء هذا التحصيل يتقاضى البنك أو الصراف عمولة معينة في قبال تحصيله المال إلى حامل الصك .

وقد اعتبر شيخنا الأستاذ - دام ظله - هذا النوع من التحصيل من فروع مسألة الحوالة لأن حامل الصك يحول من يشتره بتسلم المبلغ المذكور من البنك

المسحوب عليه فتجري على ذلك أحكام الحوالة - وقد تقدم البحث عنها - فلا داعي الى التكرار واعادة ما سبق .

٦ - تحصيل الاوراق التجارية

ونعني 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 وتحصيل .

وبإزاء هذه العملية من المطالبة والتعقيب يتقاضى المصرف عمولة من الدائن نظراً لما قدمه من خدمة .

ويرى شيخنا - دام ظله - ان مرجع هذه العملية الى توكيل البنك لقبض المبلغ من المدين وإيصاله الى الدائن وله على ذلك جعالة أو اجارة معينة وليس في ذلك أي منع شرعي ، فان البنك يكون وكيلاً من قبل الدائن لمطالبة المدين فان توقيع السند وتسليمه الى البنك توكيل له بالمطالبة وتحصيل ما للدائن بذمة المدين .

وتختلف حال هذه العمولة التي تؤخذ من الدائن فان خرجناها على الجعالة^(١) فلا بد من تحصيل الوكيل المال من المدين ، وأما لو لم يحصل الوكيل المبلغ من المدين فليس له أخذ تلك العمولة ويكون ذلك من قبيل ما لو قال الشخص

(١) الجعالة : لا تخرج في المصطلحين : اللغوي ، والشرعي عن كونها : عوض معلوم على عمل ، ودليل صحتها كما يقرره الفقهاء : قوله تعالى « ولئن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم يوسف ، الآية ٧٣ ، ثم إجماع علماء الشيعة عليها .

وتصح على كل عمل محتل مقصود .

واختلف الفقهاء في كونها من الايقاعات فلا تتوقف على القبول ، وأنها من العقود فلا بد لها من تعقب القبول .

« من وجد ضالتي فله عليّ عشرة دنانير » فان أخذ هذه العشرة من صاحب الضالة يتوقف على تحصيل الضالة وتسليمها إلى صاحبها؛ أما لو لم يحصل الضالة فليس له أخذ الجعالة ، وأما لو خرجناها على الإجارة فان للبنك أو أي جهة تقوم بهذا العمل أخذ المبلغ من الدائن لان الإجارة كانت على نفس العمل والذي هو المطالبة وقد حصل ، وليس 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 في بنك معين الحق في ان يسحب أي مبلغ على ذلك البنك ، ولكن يشترط أن لا تزيد قيمة المسحوب عما هو له من الرصيد إلا أنه عند وجود الثقة في العميل قد يسمح البنك له بان يسحب مبالغ يعين البنك مقدارها (تبعاً لوجود الثقة) ويسمى ذلك (بالسحب على المكشوف) على أن تحتسب فائدة على المبالغ التي تزيد عن رصيد حسابه .

ويرى شيخنا الأستاذ (مد ظله) أن هذه المعاملة لا تخرج عن كونها معاملة قرضية تكون من البنك الى ذلك الشخص ، ويكون معنى الحساب المكشوف هو أن البنك يقرض عميله نظراً لوجود الثقة فيه مبلغاً معيناً من المال ويكون ما يتقاضاه البنك من الفائدة على هذه الأموال من الفوائد الربوية كما لا يخفى .

٨ — بيع وشراء الأسهم والسندات

كثيراً ما يحدث أن توسط إحدى الشركات المساهمة البنك في بيع الأسهم والسندات التي تملكها لما للبنك من اتصال مباشر مع عملائه فاذا وافق البنك على ذلك فيتفق على العمولة ويتولى بعدها عملية البيع .

وقد صرح شيخنا الأستاذ - دام ظله - بأخذ العمولة باعتبارها جعالة من الشركة الى البنك على بيع تلك الأسهم والسندات أو أنها إجارة على ذلك فيكون البنك

أجيراً على تصريف تلك الأسهم وبيعها ويكون أخذه للعمولة أجره له على عمله أو أنها هبة من الشركة إلى البنك مشروط فيها بيع هذه الأسهم والسندات لها ويكون تخريج هذه العمولة وتصحيحها حينئذ على واحد من هذه الوجوه الثلاثة المتقدمة :

إما الجمالة على البيع :

أو الاجارة على البيع :

أو الهبة المشروطة بالبيع :

كل ذلك فيها لو باع البنك شيئاً منها أما لو لم يبع فلا يستحق العمولة ولا شيء له .

٩ - خصم الاوراق التجارية

(الكمبيالات)

ويراد بالخصم هو أن يدفع البنك للمقترض قبل الموعد المحدد قيمة الكمبيالة مقابل استقطاع مبلغ معين يسمى - بمصاريف القطع - والكمبيالات التي هي في معرض التعامل على نوعين :

أولاً - كمبيالات تعبر عن وجود قرض حقيقي

ثانياً - كمبيالات تعبر عن وجود قرض صوري - ويسمى بالمعاملة -

أما النوع الأول : وهي المعبرة عن وجود قرض حقيقي بين الدائن والمدين فيمثل لها بما لو كان لزيد في ذمة شخص آخر مبلغ قدره مائة دينار وموعد استحقاق هذا القرض بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ حصول المدائنة بين الطرفين . وفي هذه الحالة ، يأخذ زيد الورقة المذكورة لينزلها عند شخص ثالث بمبلغ ثمانية وتسعين ديناراً ولابد لحامل الورقة والشخص الثالث من اعتبار هذه المعاملة بيعية لا قرضية .

ويتولى الشخص الثالث بعد ذلك مطالبة الدين بالمبلغ المذكور وهو
- المائة دينار - في الموعد المحدد .

ومن الواضح عدم تحقيق الربا في هذه الصورة ، وإن تحققت الزيادة لأن هذه
العملية تكون من صفريات - مسألة بيع الدين بأقل منه - مع أن الدين لم
يكن من جنس ربوي ، بل هو من الأوراق غير المكيلة ولا الموازنة ^(١) .

وفي الوقت نفسه لا قرص في البين ليتحقق الربا ، ليقل : إن وجود القرص
مع الفرق يحقق الزيادة حتى ولو لم يكن الموضوع مكيلاً أو موزوناً .
بل هو بيع لما له بذمة الآخر إلى أجل . وبتعبير أوضح :

إن الدين لو كان ربوياً كما لو كان لشخص بذمة آخر وزنة من الحنطة أو مائة
مثقال من الذهب ، أو الفضة ، وما شاكل هذا . مما هو مكيلاً أو موزون
فانه 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
الربوية وأن لم يكن أحدهما ديناً . أما لو كانت 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 ، ونتيجة هذه المعاملة يكون
الشخص الثالث المشتري هو الدائن الجديد ويستفيد منها أنه دفع إلى الدائن القديم أقل مما في ذمة
المدين بينما استحق المبلغ كله على المدين .

وقد أجاز فقهاء الشيعة هذا النزع من البيع بل أدعى الشيخ صاحب الجواهر - رحمه الله -
على ذلك الشهرة وأنه من أصول المذهب وقواعده وفي الوقت نفسه فإن الروايات المروية في هذا
الباب تخالف هذا المعنى . ففى رواية محمد بن الفضيل قال : قلت للرضا عليه السلام
« رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له أدفع إلي ما لفلان عليك ففدا
أشربيته منه فقال يدفع إليه قيمة مادفع إلى صاحب الدين وبرى الذي عليه المال من جميع ما بقي
عليه » ومثلها رواية أخرى عن الباقر عليه السلام وفيها رجل كان له على رجل دين فبعائه رجل
وأشترى منه بعرض الخ . راجع الوسائل : ١٥ / من أبواب الدين / حديث ١٤ - ١٥ ولكن
الشيخ صاحب الجواهر رد الروایتين « بأنهما ضعيفتان ولا جابر لهما بل شهرة الأصحاب بقسبها
على خلافهما مخالفتان لأصول المذهب وقواعده » الجواهر - ٢٩٩ - التجارة

بيع وزنة من الحنطة بوزنتين من التمن ، أو كانت المجانسة محفوظة ولكن 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 - .

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

الكمبيالات الصورية :

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

وبعد تمامية هذه المدائنة الصورية ، يأخذ الدائن ورقة الكمبيالة ليدفعها إلى البنك فيستقطع البنك مبلغاً معيناً ويدفع البنك إليه ما تبقى إليه . وعند حلول الموعد يتولى البنك مطالبة المدين بالمبلغ المذكور كاملاً .

وقد يخفى الفرق بين الصورتين - كمبيالة الدين الحقيقي وكمبيالة المجاملة - في بادئ الأمر ، ولكنه واضح لدى التدقيق .

فان الدين في الصورة الأولى موجود فيبيع أحد الطرفين - والذي هو الدائن - ماله بذمة المدين إلى شخص ثالث فيكون ذلك من بيع الدين بأقل منه مع عدم كون المبيع ربوياً .

ولكن الدين في الصورة الثانية منتف ولا حقيقة له لأن ذمة المدين ليست مشغولة إلى الدائن ليتولى هذا الأخير بيع ماله إلى الآخر ، وعلى هذا فبإزاء أي شيء يدفع البنك المال ؟ مع عدم أنشغال ذمة أحدهما ولاجل هذه الجهة -

وهي عدم وجود دين حقيقى في هذه المعاملة قد يقال : بطلان هذا النوع من المعاملات الشائعة في هذه الأيام .

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

تارة - تكون على نحو البيع والشراء .

وأخرى - تكون على نحو القرض .

أما لو كان التنزيل فيها على نحو البيع فالمتصور هنا صورتان :

الأولى - أن يكون توقيع - الكمبيالة - من قبل المدين الصوري والاعتراف 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 وتسعون ديناراً من ذلك الشخص في قبال مائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر في ذمة المدين ويدفع الكمبيالة الى الشخص الثالث ليقبض المائة دينار من المدين عند الإستحقاق ويستلم الدائن المبلغ المذكور ليدفعه الى المدين . وبذلك تنتهى المعاملة البيعية ويكون المدين الصورى مشغول الذمة الى ذلك الشخص الثالث بالمائة دينار ولا يكون في البين شيء من الربا .

وفي هذه الصورة لو أراد الدائن أن يستفيد هو بالمبلغ وان كان ملكاً للمدين فعليه أن يجرى معاملة جديدة مع المدين فيشتري منه المبلغ المذكور وهو ثمانية وتسعون ديناراً نقدية بمائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر - مثلاً وبذلك تتم هذه المعاملة ويكون المدين الصورى مديناً للبنك أو الشخص الثالث بمائة دينار والدائن مديناً للمدين بمائة دينار ولا ربوية في البين .

الصورة الثانية من التنزيل على البيع :

هي أن يجري الدائن الصورى في الكمبيالة - معاملة لنفسه مع الشخص

الثالث فيشتري هذا الشخص الثالث من الدائن مبلغاً قدره مائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر بثمانية وتسعين نقدية وحيث تكمل هذه المعاملة البيعية بين الطرفين يحصل الدائن الشخص الثالث بتسلم المائة دينار عند الاستحقاق من المدين ولا يمكن للمدين التخلف عن هذه الحوالة لأن المفروض قبوله لها لتوقيعه - الكمبيالة - والاعتراف بأنه مدين الى الآخر بهذا المبلغ وهو مائة دينار .

وهذا المبلغ لو أراد الدائن ان يتصرف فيه فهو ملكه ويكون مشغول الذمة بمائة دينار إلى المدين حيث يدفع عنه الى الشخص الثالث ما حول عليه وأما لو أراد المدين أن يتصرف بالمبلغ كان عليه أن يجري معاملة بيعية جديدة مع الدائن فيشتري منه ثمانية وتسعين ديناراً نقدية بمائة دينار مؤجلة .

هذا لو نزلنا هذه العملية المؤلفة من توقيع المدين والدائن وتنزيلها عند شخص ثالث على المعاملة البيعية بين الطرفين الدائن والمدين من جهة ، والشخص الثالث من جهة أخرى .

وأما لو نزلت المعاملة على القرض لم تسلم من الربا . ولكنه يختلف فمرة يكون ربا من جهة واحدة .

وثانية من جهتين :

أما لو استقرض الدائن لنفسه من الشخص الثالث مبلغاً قدره ثمانية وتسعون نقداً بمائة دينار مؤجلة وبعد اكتمال المعاملة القرضية حول الشخص الثالث على المدين ليقبض منه المبلغ عند الاستحقاق .

فهنا يتحقق الربا من جهة واحدة وهي دفع الدائن الى الشخص الثالث مائة دينار عوض ثمانية وتسعين وان كان الدافع هو المدين المحول عليه إذ المحول عليه يرجع عليه بهذه الحوالة فيكون الربا من جهة واحدة .

وأما لو وكل المدين الدائن بان يستقرض له من الشخص الثالث ثمانية وتسعين ديناراً نقدية بمائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر . وبعد هذا استقرض

الدائن الثانية والتسعين ديناراً على ان يدفع له بعد ثلاثة أشهر مائة دينار فهنا يتحقق الربا من جهتين :

الأولى : بين الشخص الثالث والمدين لأنه يدفع له مائة دينار في قبال ثمانية وتسعين .

الثانية : بين الدائن والمدين الصوريين لأنه استقرض منه ثمانية وتسعين ديناراً مقابل مائة دينار فيكون المدين دافعاً للشخص الثالث زيادة ربوية وأخذاً من المدين زيادة ربوية .

والخلاصة :

أن تصحيح هذا النوع من - كمبيالات المحاملة - يتوقف على أن ينزل هؤلاء الثلاثة الدائن الصوري والمدين الصوري والشخص الثالث معاملتهم على البيع والشراء على النحو المتقدم . أما لو نزلت على الاستقراض لكان البطلان فيها محققاً فلا بد من الالتفات في مقام تنزيل الكمبيالة والتوجه الى الابتعاد عن القرض وإجراء المعاملات على نحو البيع .

رجوع الشخص الثالث على المحير

يجرى التعامل في البنوك والمصارف على أن المحير الأخير والذي هو الدائن غالباً مسؤول عن المبلغ لو تخلف المدين عن دفعه عند الاستحقاق فللشخص الثالث أن يطالبه بتسديد المبلغ بكامله .

فما هو الوجه الشرعي لذلك ؟

وقد عرفت أن تنزيل - الكمبيالة - على البيع مع الشخص الثالث كان على صورتين فتارة تجرى على ذمة المدين والدائن وكيل في اجراء هذه المعاملة على ذمته وأخرى - يجرىها الدائن لنفسه ويجول الشخص الثالث بالتسلم على المدين فلم يدفع المدين في كلتا الصورتين المبلغ سواء كان قد ملكه أو محولاً عليه فهل

في البين مايلزم الدائن بالتسديد ؟ والجواب على ذلك نقول :

إن القواعد الفقهية لا تلزم الدائن بالتسديد في كلتا صورتين لأنه وكيل في المعاملة الأولى ومحول في الثانية مع فرض أن المحول عليه وهو المدين قد قبل الحوالة وبهذا القبول فقد فرغت ذمة المحول والذي هو الدائن كما صرحت به المصادر الفقهية^(١).

ولكن يمكن إلزام الدائن بدفع المبلغ عند تخلف المدين عن دفعه بتخريج ذلك على الشرط الضمني ولكن تصحيحه يتوقف على ملاحظة هذا النوع من الشرط لو صرح فهل يصح أو لا وبعد ذلك ننتقل إلى الشرط الضمني .

ففي الصورة الأولى لو كانت المعاملة جارية على ذمة المدين والدائن وكيل عنه فإنه يصح له القول إلى الشخص الثالث : بع زيدا مبلغاً قدره ثمانية وتسعون ديناراً نقداً بمائة دينار مؤجلة يدفعها لك المدين عند الأجل ولو لم يدفع عند الأجل فانا ملزوم لك بدفعه عنه ويقبل الآخر بهذه المعاملة ويكون الوكيل ملزماً . وفي الصورة الثانية لو قال : بعني ثمانية وتسعين ديناراً نقداً بمائة دينار مؤجلة على شرط أن أحول لك بالمبلغ على المدين ولو تخلف المدين عن الدفع بعد قبول الحوالة فانا متعهد لك بدفع المائة دينار عنه من خالص مالي ويقبل الشخص الثالث بهذه المعاملة على هذه الكيفية المذكورة .

وبعد تصحيح هذا النوع من الشرط لو وقع مصرحاً به نلتزم بتصحيحه حتى

(١) كافة سواء مصادره الفقه الشيعي أو السني قال المحقق الحوالة « عقد شرع لتحويل المال إلى ذمة مشغولة بثله ويشترط فيها رضا المحيل ، والمحال عليه والمحتال ومع تحققها يتحول المال إلى المحال عليه ، ويبرء المحيل » . وعلق في الجواهر على هذه العبارة بقوله : « خصوصاً بعد العلم باستفاضة هذه العبارة حتى حكى عليها الإجماع غير واحد » وقال ابن قدامة الحنبلي « فإذا اجتمعت شروط الحوالة ، وصحت برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء الإمامية عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة برائه إلا أن يبرئه ، وعن ذم أنه قال لا تنقل الحق » . والجواهر . كتاب الففوران ص ٤١٥ ، والمغني : ٤١٤-٤١٥ راجع الشرائع

لو لم يصرح به وكانت المعاملة مبتنية عليه بحيث كان معروفاً ومتعارفاً عندهم فإن هذا النحو من المعاملات مبني على هذا الاشتراط فيكون من قبيل الشروط الضمنية التي ينصرف إليها إطلاق العقد فظهير الانصراف الى نفس البلد كما لو اشترى سلعة من بلد - بدينار - فإن المنصرف من ذلك هو كون الدينار حالاً غير مؤجل وكونه ديناراً عراقياً لو كان البيع قد وقع في العراق - مثلاً - وهذا هو الحال في سائر الشروط الضمنية . وبهذا يكون المحير ملزماً بدفع المبلغ لو تخلف المدين عن التسديد .

تصحيح الكمبيالة على طريق الهبة :

وهل يصح تصحيح هذا النوع من الكمبيالات بتخريبها على أن يكون الفرق المدفوع على نحو الهبة من المستقرض ، فيما لو استقرض مبلغ عشرة دنانير بعشرة دنانير مؤجلة ويدفع منه هبة ديناراً للمقرض والجواب عنه .

بأن هذه القروض الجارية في البنوك والمصارف أو الأشخاص الآخرين إنما تبنتي على أخذ الفرق على التأخير ومع وجود هذا التباني لا يمكن ان يقصد الانسان دفع الهبة منه الى الشخص الثالث على نحو الاستقلال ، نعم لو استقرض من شخص مبلغاً وبعد مضي مدة ساهم المبلغ بنفسه ، وبعد ذلك تفضل المستقرض فأعطى شيئاً من المال الى المقرض فإن هذا حلال لأن المعاملة قرضية صرفة لا تفاوت فيها وقد تمت وجاء موعد الاستحقاق فسلمه نفس المبلغ من دون تفاضل في البين وبعد هذا منحه شيئاً هبة وهذا بخلاف ما لو كان تبانيهم الدائن والمدين والشخص الثالث على أخذ الفائدة .

الفوائد التأخيرية

ونقطة أخرى لا بد من معالجتها وتلك هي الفروق التي يأخذها البنك عند تأخر الدفع بعد حلول الموعد وعدم تسليم المبلغ من قبل المدين الصوري ، وهذا

بالنظرة الأولى لا يصح أخذه لأنه من قبيل أخذ شيء بإزاء التأجيل وهو ربا واضح ، ولأنه من قبيل السكوت عن المطالبة بالدين بإزاء أخذ الفائدة وربوية هذا ظاهرة .

وقد تعرض الشيخ الأنصاري (قده) في كتاب المكاسب لذلك وحققه تحت عنوان - عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه وقد 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 والتي هي في قبال تأجيل الدين الحال فراجع المكاسب ص ٣٠٦ طبع إيران على أنه قد وردت روايات في استعمال بيع الطرق الشرعية للتخلص من الربا في الزيادة في قبال الأجل وذلك في البيع المحاباتي بأن يبيع الدائن على الشخص الثالث حبة من اللؤلؤ قيمتها الشرعية عشرة دراهم - مثلاً - بمائة درهم ويجعل التأجيل شرطاً من المديون على الدائن وقد ذكر صاحب الجواهر - قدس سره - هذه الروايات في كتاب الدين شارحاً قول المصنف وهو :

ولو أخره بزيادة فيه لم تثبت الزيادة ولا الأجل .

قال في الجواهر معلقاً : (١)

« بل هو للربا المحرم بلا خلاف أو اشكال » ، نعم قد يحتال لذلك يجعل الزيادة في ثمن المبيع مثلاً وان لم يساوه قد اشترط في عقد تأجيل الحال خاصة أو هو مع ثمن المبيع كما نطقت به النصوص ، ففي موثق ابن عمار ، قلت للرضا - عليه السلام - : الرجل يكون له المسال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم ويؤخر عليه المال إلى وقت ، قال : لا بأس قد أمرني أبي ففعلت ذلك ، وزعم أنه سأل أبا الحسن - عليه السلام - عنها فقال له مثل ذلك ، وفي موثقه الآخر قلت لأبي الحسن - عليه السلام - يكون لي

(١) الجواهر ، كتاب الدين ، المسألة الثانية ص ٢٩٣ .

على الرجل دراهم فيقول أخواني وأنا أربحك فأبيعه حبة تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم ، أو قال بعشرين وأؤخره المال ، قال : لا بأس ، وفي مضمرة عبد الملك بن عتبة سأله عن الرجل يريد أن أعينه المال ، ويكون لي عليه مال ، قبل ذلك فيطلب مني مالاً أزيد به على مالي الذي عليه ، أيسقيم أن أزيد به مالاً وأبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم ، فأقول : أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخر ثمنها ومالي عليك كذا وكذا شهراً ؟ قال : لا بأس به .

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

بل لعله يمكن جعل الشرط في الهبة نفس تأجيل ذلك الدين الحال إلى سنة بنحو شرط النتيجة كأن يقول له - وهبتك هذا المال بشرط أن يكون دينك الذي علي مؤجلاً إلى سنة أخرى - أو بنحو شرط السبب كأن يقول له وهبتك هذا المال بشرط أن تؤجلني في دينك المذكور إلى سنة .

والأولى - من ذلك أن يكون الشرط هو عدم المطالبة بالدين إلى مدة معينة فإنه أسلم من أشكال التأجيل ، سواء كان على نحو شرط النتيجة أو شرط السبب .

ولكن هل يمكن لنا أن نتخلص من أشكال الربا ؟ بالنسبة إلى أخذ الفروق المستحقة بطريق الجمالة وصورتها بأن يجعل المدين للدائن مبلغاً معيناً يتفق عليه الطرفان في قبال تأجيل الدين أو في قبال عدم المطالبة إلى سنة .

وقد توقف شيخنا الأستاذ - دام ظله - في ذلك إلا أنه فصل فيه .
- فمثلاً - يقال بالمنع فيما لو كانت الجمالة في قبالة نفس التأجيل وهو عين ما يراد الفرار منه

نعم - قد يقال بالصحة في الصورة الثانية أعني كون مقابل الجمالة هو عدم المالية الى سنة فان عدم المطالبة - مثلاً - قابل لأخذ الجعل في قبالة إذ لا يشترط فيما يكون في قبالة الجمالة عمل خارجي خاص من المجهول له ، بل يكفي الترك وعدم المطالبة كما لو جعل جملاً معيناً لمن يريد مزاحته في شراء الدار فيجعل لذلك المزاحم مبلغاً من المال بإزاء عدم الزيادة وعدم الدخول بينهما - وإن كان قد يتأمل في هذا التنظير الأخير .

١٠ - الاهتادات المستندية

ويقصد بذلك : هو ان يتم العقد بين التاجر والشركة في خارج البلاد أو وكيلها الموجود في البلد على نوع من البضاعة . وبعد ان يتفق الطرفان على الشروط والمواصفات . يتقدم التاجر إلى البنك بطلب - فتح اعتماد - وفي هذه الفترة يرسل الوكيل القوائم التي تبين نوعية البضاعة ومقدارها ، والأسعار التي اتفق عليها الطرفان . إلى الشركة يعلمها بذلك أن الاتفاق قد تم بينهما على هذه المعاملة ، أو يقوم التاجر بهذه العملية لو لم يكن للشركة وكيل في البلاد .

وعندما يطلب التاجر من البنك فتح اعتماد له لا بد له من أن يدفع للبنك قسماً من قيمة البضاعة - ويتبع هذا الاتفاق بين الطرفين - ويقوم البنك بعد ذلك بدفع المبلغ بكامله الى الشركة وبإزاء ذلك لا بد من تسجيل البضاعة باسم البنك من حين التصدير . وعند وصولها الى المحل يشعر البنك صاحبها بالوصول ويتم تحويل البضاعة من اسم البنك إلى اسم صاحبها بعد أن يدفع ما دفعه البنك الى الشركة مما تبقى من مبلغ البضاعة .

ويتقاضى البنك عن هذه العملية عمولة مقطوعة إزاء خدماته من تسجيل البضاعة باسمه واعتباره طرفاً آخر في قبالة الشركة المصدرة ، وفائدة تستقطع لقاء دفع المال المتبقي من يوم تسليمه إلى الشركة إلى يوم تسلمه المال من صاحب البضاعة .

ويحفظ الاعتماد - عادة - حقوق كل من المصدرين والمستوردين .
أما المصدر - فلأنه يستلم قيمة البضاعة حين تصديرها . فهو بذلك يضمن حقه .

وأما المستورد - فلأنه يستفيد بالمبلغ المتبقي في بقية مجالاته التجارية الأخرى .
يضاف إلى ذلك . أن التاجر مجبور على جعل البنك وسيطاً في تمامية المعاملة لأن الحكومات تمنع تحويل الأموال وإخراجها إلى خارج البلاد ما لم يكن ذلك تحت نظرها وإشرافها - وترتيباً على ذلك - ان الاستيراد مغلق في وجه التجار ما لم تكن البنوك هي الواسطة في تمامية هذه المعاملة بين الطرفين .
ويكون البحث في هذه المعاملة في موردتين :

الأول : في حلية ما يأخذه البنك من صاحب البضاعة عمولة وفائدة على المبلغ المتبقي طيلة الفترة الواقعة بين يوم تسليم المال من قبل البنك وتسلمه من صاحب البضاعة .

الثاني - في جواز شراء تلك البضاعة لو أعلن البنك عن بيعها وتخلف صاحبها عن تسلمها ودفع ما عليه من المال .
العمولة المأخوذة على المبالغ المتبقية :

ومعاملة الاعتماد يمكن تنزيلها على صورتين تكون صحيحة في واحدة وباطلة بالنسبة إلى الأخرى .

الصورة الأولى : أن يكون دفع المبالغ من جهة البنك كقرضة منه لصاحب البضاعة فيكون صاحب البضاعة مدينًا للبنك بالمبلغ المدفوع إلى الشركة ويكون حينئذ أخذه للعمولة والفائدة باطلاً لأنه أجرى معاملة قرضية مشتملة على فوائد ربوية فالمعاملة باطلة ولا يسوغ له حق أخذ العمولة ويكون تسجيله للبضاعة باسمه من حين التصدير إلى يوم تسلمها من قبل صاحبها كوثيقة بيده بازاء ماله على صاحب البضاعة من الدين ولا شك في فساد هذه المعاملة .

الصورة الثانية : أن تكون المعاملة المذكورة جارية على النحو الآتي :

وهو أن يتم العقد والاتفاق بين التاجر ، والشركة ، أو وكيلها على نوعية البضاعة ، وأوصافها 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 ، ووفاء الدين من شخص لآخر يمكن أن يكون حاصلاً على نحو التبرع من دون أن يكون المدين ضامناً للموفا ، كما لو كنت مشغول الذمة لزيد بمائة دينار وأقدم صديق لك على تسليم هذه المائة من ماله إلى الدائن من دون أن تملكها أنت وبذلك تبرأ ذمتك أيها المدين من الدين المذكور - نعم - لو وقعت مقاوله بين المدين وبين الموفا بأن يقول المدين إلى الموفا - أدعني ديني الذي علي لزيد وأنا ضامن لك مقدار ذلك المال الذي تدفعه للدائن وفاء عن ذمتي .

والظاهر أن معاملات الاعتماد الجارية بين التاجر والبنك من هذا القبيل فإن العقد يتم بين الطرفين ولا يكون للبنك تدخل في ذلك^(١) وحيث يكون التاجر مدينًا للبنك بالمال والشركة 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 وكذلك المستورد فإنه لا يمكنه تحويل الثمن إلا بواسطة البنوك فلا يكون ذلك من باب القرض لتكون الزيادة ربوية بل هي من باب الجمالة على أنه إذا أدى عني ديني أن أدفع له أصل المال والزيادة المقررة .

(١) الظاهر من التعاريف التي ذكرت للاعتمادات المستندية هو أن البنك يكون أجنبياً عن العقد بين التاجر والشركة لا أنه هو الذي يكون وكيلًا عن المشتري في إجراء معاملة البيع والشراء قال الأستاذ حسن محمد ربيع في كتابه المصارف ص ٨٣ « ويلاحظ أنه قبل فتح الاعتماد المستندي يجب أن يكون العقد قد تم بين البائع والمشتري وخاصة فيما يتعلق بالكمية والسعر وشروط الدفع والتسليم . ويتقدم المشتري بعد ذلك إلى مصرفه ويطلب الخاص بفتح الاعتماد ويمكن القول بأن الاعتماد المستندي هو اعتماد يفتحه مصرف لمشتري لبضائع من الخارج بضمان مستندات الشحن البحري » .

من هذا وغيره ففهم أن هذه العملية البيعية لا بد من تمامها في الخارج قبل مراجعة البنك ولا تكون سمة البنك إلا أنه يتكفل بوفاء ديون التاجر إلى الشركة .

وحينئذ فيكون التاجر ضامناً للبنك مادفعه عنه الى الشركة وضامناً له الزيادة المقررة المأخوذة بازاء هذه العملية من تسجيل البضاعة باسم البنك وتسجيلها بعد تسليم المبلغ باسم التاجر وما يتخلل ذلك من عمليات توفّر على التاجر وقته حيث لا يكون مكلفاً بمراقبة البضاعة وتصديرها وشحنها وما شاكل ذلك بل تكون هذه بعهدة البنك وحيث يصل المال يبلغ التاجر بتسلمه .

فتكون هذه المقابلة بين التاجر والبنك مؤلفة من عمليات أربع يقوم البنك باثنين ويقوم التاجر باثنين أيضاً .

أما ما يقوم به البنك فهو :

اداء ما على التاجر من الدين أولاً .

وتسجيل البضاعة باسمه ثانياً .

وأما ما يقوم به التاجر فهو :

الضمان للبنك بذلك المقدار الذي دفعه عنه الى الشركة أولاً وإعطاء الفرق

المقرر على عملية التسجيل المذكورة ثانياً .

والخلاصة :

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 الذي يدفعه عنه الى الشركة لا أن ذلك الدفع يكون إقراضاً من البنك للتاجر وأما ذلك المقدار المسمى بالعمولة المحدودة بذلك الحد فهو إنما يكون مستحقاً للبنك على التاجر بازاء قيامه بتلك الأعمال أعني جعل البضاعة باسم البنك الى حين ورودها ، وتسليمها لا أن ذلك القدر يكون فرقاً على الدين الذي للبنك على التاجر وتكون هذه المقررات بمنزلة تعاهد بين التاجر ، والبنك على القيام بها كل بحسب المقرر عليه وحينئذ فتصح المعاملة . إذاً فيكون أخذ العمولة من طرف البنك في قبال قيامه بتسجيل البضاعة باسمه ، ونقلها الى اسم صاحبها

عند الوصول ، ودفع بقية المبلغ وما يتخلل بين هذه من عمليات . ولعل تسميتهم لذلك المقدار الذي يأخذه البنك بالعمولة لا يخلو من أشعار بأنه بازاء العمل الذي عمله قال في المنجد « العمالة والعمالة وأجرة العامل ورزقه والعمالة تقول بالعمولة » الخ ، وربما يقال :

بأن تسجيل البضاعة باسم البنك لا يستدعي إعطاء الفائدة عليه لأن المال يكون كوثيقة بيده وتسجيلها باسمه يكون للتأكيد على حقوقه ولا معنى لدفع الفائدة على ذلك الجواب عنه .

بأن الأمر وأن كان كذلك إلا أن نفس تسجيل البضاعة من حين التصدير الى حين الوصول باسم البنك مما يكون موجبا للاهتمام بها وعدم التفريط بها من الجميع لأن أهمية البنك لدى الجميع وسميته أكثر ما للتاجر من عنوان وأعتبار أضف الى ذلك مايجر ذلك من عمليات النقل والانتقال والتعرض للأخطار ومطالبة البنك لشركات التأمين لو حل بالبضاعة حادث في الطريق وكل هذه العمليات مما تكون في صلاح التاجر وعدم تكليفه بصرف الوقت وتعقيب المعاملة من حين التصدير الى حين الوصول .

نعم عليه ان يسلم المال حيث يشعره البنك بالوصول ولا بأس بأخذ المال على هذه الأعمال التي يقدمها البنك كمساعدة منه الى التاجر وفي الوقت نفسه يستفيد من ورائها بذلك المال الذي يأخذه .

ولكن لا بد من الالتفات الى هذه الخصوصية وهي أن يكون التباين بين التاجر والشركة على دفع الفرق كعمولة على خدماته لا كفرق على المال اذا كان مدفوعا من قبل البنك بنحو القرض فان وجود القرض ودفع الزيادة بازائه يوجب بطلان المعاملة وعدم صحتها .

ومن ذلك كله يظهر لك أن مانحن فيه ليس من قبيل إقراض البنك للتاجر مع الاشتراط من البنك على التاجر بأن يجعل له جملا على تسجيل البضاعة باسمه . لما عرفت أن ما يدفعه البنك الى الشركة عن دين التاجر ليس إقراضا

منه للتاجر بل هو اداء لدين التاجر من مال البنك نفسه وان كان مضموناً على التاجر فلو كان التسجيل والنقل شرطاً في ذلك لم يكن من قبيل الشرط النافع للمقرض في ضمن القرض .

وهذه الجهة أعني إخراج المسألة عن اقراض البنك للتاجر بإزاء هذه المنفعة هي العمدة في تصحيح هذه المقابلة والمعاملة المقررة بين الطرفين البنك من جهة والتاجر من الجهة الثانية سواء قلنا أنها من باب الصلح، أو من قبيل العقد المستقل أو قلنا بأنها من مجرد وعد كل منها لصاحبه بما يقوم به وقد وفي كل منها لصاحبه بوعده ولا بأس بذلك وإن لم يكن في البين عقد ومعاملة ملزمة لكل منها للآخر .

بيع البضاعة لو تخلف صاحبها عن تسلمها :

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

لأن البنك وكيل عن التاجر ببيع بضاعته عند تخلفه عن دفع ما عليه من بقية ثمنها وقد جاء ذلك صريحاً في العقد الذي يوقع عليه التاجر الحاصل بينه وبين البنك فقد جاء في الشرط الثالث من شروط ذلك العقد ما يلي :

وعند تخلفي عن دفع المبالغ المستحقة لكم أو ابراء ذمتي نحوكم فلكم مطلق الحرية وبدون أشعاري مقدماً ببيع البضائع المذكورة (١) .

وبمقتضى هذا التصريح يكون البنك وكيلاً عن صاحب البضاعة ببيعها وأستيفاء حصته من إثمائها كما يتضح ذلك جلياً لمن يراجع المصدر المذكور ويقف على ورقة العقد .

(١) كتاب المصارف : حسن محمد ربيع ص ٨٨ .

١١ - خطاب الاعتماد

وقد اعتادت المصارف والبنوك تسهيلاً منها لعملائها المسافرين إلى خارج البلاد أن تزودهم بخطاب تخول فيها البنوك والمصارف ، بتزويد حامل ذلك الخطاب ما يحتاجونه من المال بالمقدار الذي تخول فيه الدفع . والغاية من ذلك هو التسهيل على المسافر من حمل النقود معه إلى البلاد التي يريد الإقامة فيها أو المرور عليها حفظاً لها من التلف والضياع .

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 . وعندئذ يزوده البنك بالخطاب المذكور وهو يوجه إلى بنك معين أو البنوك العالمية بتزويد حامل ذلك الخطاب ما يحتاجه من نقود ذلك البلد - وكما بينا - بشرط أن لا يتجاوز ذلك القيمة المنصوص عليها في ذلك الخطاب .

أما الحكم الشرعي لهذه المعاملة من حيث دفع العمولة إلى البنك وأخذها من قبله من المسافر فلم ير شيخنا الأستاذ - دام ظله - بأساً في ذلك .

لأننا سبق وإن بينا في البحث عن الحوالة أنها تنقسم إلى قسمين :

الأول : ما كان الدفع فيه من المراجع إلى البنك فيدفع له المبلغ كاملاً ليحوله إلى بلدة أخرى وقد ذكرنا هناك عدم الوقفة في أخذ هذه العمولة التي يتقاضاها البنك لأن الفائدة قد خرجت من الدائن إلى المدين ، وقد عرفت أن الفائدة الربوية هي ما خرجت من المدين وقد جرت نفعاً إلى الدائن وخطاب الاعتماد من هذا القبيل فإن المسافر بإعطائه المبلغ إلى البنك فقد أقرضه ذلك المبلغ والبنك يحوله بالمبلغ على البلدان الأخرى والعمولة التي يتقاضاها قد جرت نفعاً إلى المدين وخرجت من الدائن فلا ربوية في البين

١٢ - معاملات مصارف

الرهون - والعقار - والصناعي

وتختلف الأعمال الجارية في هذه البنوك عن بقية البنوك حيث يكون تسليم المال فيها بإزاء رهن يوضع لديها من عقار أو ذهب ، أو فرش ، أو مكانن علماً بأن بحثنا الآتي يشمل البنوك الأهلية لو أرادت أن تكون لها مصارف على هذا الفرار . أما المصارف الحكومية فإن حكمها عرف مما تقدم حيث يكون تسليم المال منهم ابتداء بعنوان المال مجهول المالك ويتوقف التصرف فيه على إجازة الحكم الشرعي وحين الدفع يكون أصل المال مع ما يترتب عليه من الفوائد من المال المقبوض من الشخص بالقهر ، والإجبار ولا وجه لبيع العين المرهونة ولا لشرائها من المصارف لأنها ليست مجازة من قبل الحاكم الشرعي . والبحث في هذه الموارد الآتية يتناول البنوك الأهلية والتي تجسري على هذا النحو من الرهن والبيع عند التخلف عن تسليم المال .

وطبيعة البحث عن هذه المعاملات يستدعي التكلم في جهات أربع :

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

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

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

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

الوجه في أخذ المال من المصرف :

وقد تقدم أن شرحنا هذه الجهة في التمهيد الذي ذكرناه في المقدمة لأعمال البنوك والمصارف .

وبينا هناك أن المصرف لو كان حكومياً وكان رأي المستلف ، أو من يرجع إليه في التقليد هو عدم مالكية الدولة للأموال التي تستحصلها فان هذا المقبوض يكون من فروع المال مجهول المالك ويكون التصرف فيه متوقفاً على إجازة الحاكم الشرعي وأما لو كان البنك حكومياً وكان الشخص أو مرجعه التقليدي يرى مالكية الدولة فان هذا المال يكون من فروع الأموال المقبوضة من الجمعيات الخيرية وما شاكلها حيث تكون الجهة مالكة عن من يرى مالكية الجهة .

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

ثانياً : إعطاء القوائد إلى المصرف :

ولا بد من رعاية الطرق الموجبة لخلية الفرق للمصرف وأسهلها هو جعل المعاملة خارجة عن القرض بأن يكون المنشأ هو المصالحة ، أو بيع هذا المقبوض من أوراق العملة ويكون عوضه عند رأس المدة هو المجموع من ذلك المقدار والفرق المقرر .

ثالثاً : بيع العين المرهونة :

ولم 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 ؟

ومن الواضح أنه بالنظرة الأولى لا يجوز للمرتهن بيع ما بيده من الرهن إلا بإجازة الراهن نفسه وذلك لأن الرهن أمانة بيد المرتهن ولا يجوز له التصرف بها ما لم يشترط المرتهن على الراهن أنه إذا حل الأجل ولم يدفع له المال يكون المرتهن مسلطاً على بيع ما بيده من الرهن استيفاء لحقه . وعند ذلك هل يكون مثل هذا الشرط صحيحاً ؟

ويجب شيخنا الأستاذ- دام ظله- على هذا السؤال: بأن الظاهر صحة مثل هذه الشروط سواء كان هذا الشرط مخرجاً على نحو شرط النتيجة ، أو على نحو شرط السبب (١) .

وذلك فإنا لو نزلنا الشرط على نحو شرط النتيجة فحينئذ لا يتوقف المرتهن الى إجراء صيغة الوكالة بل نفس الشرط يكون كافياً لإثبات وكالة المرتهن على بيع العين المرهونة عند تخلف الراهن عن دفع ما تسلمه من المال .

وأما 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 والمفروض أنه متخلف عن أداء ما عليه من المال إلى المرتهن فيكون هذا من قبيل تخلف الشرط .

وعليه فما هو المخرج لإنقاذ أموال المرتهن في مثل هذه الصورة ؟ لا طريق للمرتهن إلا إجبار الراهن على أن يوكله في بيع العين المرهونة واستحصال ما دفعه اليه من المال ولو لم يستفد من الإجبار المذكور أو لم يتمكن منه فحينئذ ينحل الشرط . ومن الواضح أن انحلال الشروط في المعاملات إنما يكون لصالح المشروط له ليفسخ المجال أمامه لفسخ المعاملة . ومن البديهي أن فسخ المعاملة في هذه الصورة لا يكون لصالح المرتهن (البنك) ليستفيد من البطلان . مضافاً إلى أن الرهن من قبله في حد نفسه يكون جائزاً من دون تخلف بشرط وإن كان عند الرهن لازماً من قبل الراهن . ومن 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 ، وشرط السبب اصطلاحان يراد بهما :

شرط النتيجة : أن المرتهن يشترط على الراهن بأنه وكيل عنه في بيع العين المرهونة إذا تأخر عن دفع المبلغ الذي أخذه منه .

شرط السبب : معناه أن المرتهن يشترط على الراهن أن يوكله بعد ذلك على البيع .

إذاً فما يصنع والراهن متهرب من دفع المال أولاً ومن توكيله على بيع العين المرهونه ثانياً ؟

ويرجعنا شيخنا - دام ظله - إلى الحاكم الشرعي في مثل هذه الأحوال كما هو الحال لو لم يكن في البين اشتراط للوكالة أصلاً فإنه عند عدم الوفاء وحلول الأجل يكون الحاكم الشرعي هو المرجع في مثل هذه القضايا .

ونقطة دقيقة تواجهنا ونحن في صدد تصحيح هذا النوع من الشرط حيث يشترط المرتهن على الراهن ببيع العين المرهونه عند تخلف الأخير عن دفع ما بذمته من المال وهي موقف الراهن من هذا الشرط بعد حصوله ، فهل يجب الوفاء به أو لا ؟ وأجاب شيخنا « دام ظله » بأنه لا إشكال في وجوب الوفاء لأنه مقتضى الشرط ووجوب الوفاء به مضافاً إلى الإجماعات المنقولة في صحة هذا النوع من الشرط قال المحقق في الشرائع ^(١) :

(فإذا اشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره أو وضع الرهن في يد عدل معين لزم ولم يكن للراهن فسخ الوكالة) .

وحيث يصل صاحب الجواهر ^(٢) - رحمه الله - إلى هذه الفقرة في يد عدل معين يعلق عليها قائلاً « بلا خلاف بل عن الغنية الإجماع عليه لعموم المؤمنون عند شروطهم وأوفوا بالعقود وخصوص ما دل على الرهن الشامل لهذا الفرد » وقال معلقاً على قوله : « ولزم ولم يكن للراهن فسخ الوكالة » وفاقاً للمشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً بل عن السرائر نسبة الخلاف فيه إلى الخلاف مشعر بعدمه بيننا ولعله كذلك فاني لم أجده إلا من الشهيد في اللمعة بناء منه على ما سمعته من مذهبه « وقال 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 .

معلقاً على قول المصنف : « ويجوز اشتراط الوكالة في الرهن » عند حلول الدين له ولوارثه وغيره في عقد الرهن وغيره من العقود اللازمة بلا خلاف يعرف بل عليه الاجماع في الغنية وهو الحجة مضافاً إلى الأصل وعمومات الأدلة بلزوم الوفاء بالعقود والشروط السائفة غير المخالفة للكتاب والسنة وما نحن فيه منها بالبديهة .

وإذا عرفنا صحة هذا النوع من الشروط وتمايمية 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 وعزل 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 ولم 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) وجرى على ذلك المرحوم الحاج آغا رضا الهمداني كما سيأتي ان شاء الله نقل عباراته والمرحوم السيد الطباطبائي اليزدي (٣) .

ويرى شيخنا الأستاذ - دام ظله - ان هذا النوع من التوكيل لا يقبل العزل ببيان أن طبع الوكالة وان 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 المروة .

الشرط بين الطرفين حيث يوكل الراهن المرتهن على بيع العين المرهونة ينحل في واقعه إلى أمرين :

الأول : التوكيل من الراهن للمرتهن .

الثاني : الإبقاء على تلك الوكالة إلى حين صدور الموكل فيه والذي هو بيع العين المرهونة وليس 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 بحثاً المرحوم صاحب الجواهر « قده » وأوضحه بما لا مزيد عليه المرحوم الحاج آغا رضا الهمداني « قده » حيث تعرض إلى أن هذا النوع من الوكالة غير قابل للعزل فقال : « وكيف كان فلو شرط الوكالة سواء كان شرط العقد أو كونه وكيلاً فالظاهر أنه لا ينعزل 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 مستمراً إلى زمان البيع فالعزل ينافي المقصود والذي بنوا عليه الأمر » إلى أن يقول : « فالمقصود من الشرط هو إيجاد وصف الوكالة للمرتهن دائماً إلى أن يتحقق البيع وهو أمر مقدور وسائق في ذاته فيجب بمقتضى الشرط الخ » (١) .

وقد ذهب إلى ذلك أيضاً أستاذ المحققين الشيخ النائيني قدس سره حيث قال : « ولو شرط وكالة المرتهن أو غيره لم ينعزل » (٢) .

إذاً فلا يكون صدور العزل من جانب الراهن نافذاً 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) الوسيطه ص ٢٣٦ مطبعة المرفان .

وهو أن يكون البنك وكيلًا عن جانب الراهن في بيعها واستيفاء ما له من المال منها ، وحتى لو لم يحصل التصريح بذلك الشرط فإن تباني المتعاملين الراهن والمرتهن في البنوك على هذا الأساس . فإن الراهن حيث يقدم على وضع العين للبنك وبإنشاء تلك المعاملة يكون قد أنشأ في ضمنها هذا الشرط فيصح رهناً عند البيع حينئذ .

رابعاً : شراء العين المرهونة :

وبعد أن عرفت صحة بيع العين المرهونة من قبل المرتهن فلا مانع للأجنبي أن يشتريها منه ولا يتوقف ذلك على رضا الراهن وإمضائه .

الخلاصة :

إن الأعمال الجارية في البنوك والمصارف كثيرة ، وبالإمكان أن تحصل معاملات جديدة في المستقبل تبعاً لتطور أنظمة البنوك ، وهي لو كانت منزلة على القرض والإقراض وأخذ الفائدة ودفعها بأزاء تلك القروض فإن ذلك من الربا المحرم ولا شبهة في تحريمه .

نعم لو أمكن إجراء المعاملات القرضية على نحو البيع والتبائع - بالنحو الذي ذكرناه في البحوث المتقدمة - لكان ذلك صحيحاً فراراً من الربا والربويات وعلى الأخص بعد أن تقدم في البحث عن حقيقة الأوراق النقدية بيات جهة تغطية الدينار في هذه الأيام وأنه لا يعبر عن الذهب والفضة ليحصل الربا من التبائع فيه بالأكثر .

ولا يعترض : بأن النتيجة تكون واحدة حيث تبدل المعاملة القرضية بالمعاملة البيعية ، فيكون هذا من التحايل على الشرع - كما يسمى في العرف الجاري بأنه من - التحايل على القانون - فإن الغرض في المعاملتين واحد وهو إبتزاز الفائدة من الطرف الآخر بأي نحو كان .

لأننا نقول : أن الشارع المقدس حيث حرم القرض والاستقراض بالفائدة فتح لنا طرقاً كثيرة . أساسها أخذ الفائدة والزيادة - ومنها - البيع فإن المعاملة البيعية لا تخلو من أخذ الفائدة والفضل ولكنه بالطريق الذي رسمه لنا الشارع المقدس . وهكذا دفع الزيادة بنحو الهبة . وأمثال ذلك من الطرق المقررة للفرار من الربا فإن الحكمة في تحريم الربا وإن كانت هي انسداد باب التجارة والمعاملات لاتكال المرابين على سلوك هذا الطريق المؤمن لهم من الخسارة إلا أن هذه الحكمة^(١) وإن كانت جارية في هذه الطرق المذكورة للتخلص من الربا لكنه قد تقرر في محله أنها ليست من قبيل العلة التي يدور الحكم مدارها وجوداً وعدمًا.

فنحن - إذاً - لا بد لنا من اتباع النصوص الشرعية فيما أباحه الشارع وفيما حرمه وقد (أحل الله البيع وحرم 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 ولم تكن من أقسام الربا ، تكون مباحة شرعاً .

مركز تحقيق كتاب تبيين علوم إسلامي

(١) كثيراً ما يرد على ألسنة الفقهاء أن هذا التعليل من باب الحكمة وليس من العلة أو العكس . وقد مثلوا لما كان التعليل في القضية من باب الحكمة بتعليل تشريع العدة بأنها لدفع اختلاط المياه ، وتعليل وجوب الصلاة بأنها ناهية عن الفحشاء والمنكر . ومثلوا لما كان التعليل فيه من باب العلة بتعليل حرمة الخمر للاسكار ، 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 وعدمًا ، بل يكفي فيه الغلبة . بخلاف الثاني ، فإن الاسكار يكون علة للحرمة ويكون الحكم دائراً مداره وجوداً وعدمًا .

وفي الحقيقة يكون الحكم وهو التحريم وارداً على عنوان السكر ، وحيث كان الخمر من جملة المسكرات انطبق عليه الحكم المذكور . والضابط في كون التعليل من باب العلة هو ما أمكن أن يؤخذ منه كبرى كلية موجهة الى المكلف وأن تعددت مصاديقها بخلاف الحكمة فإنه لا يصح أن يؤخذ منه كبرى كلية موجهة الى المكلف إذ لا يصح أن يقول الشارع المقدس يجب على المرأة عدم اختلاط المياه أو يجب على المكلف كلما هو ناه عن الفحشاء والمنكر . وتفصيل هذا المطلوب موكول الى محله من مباحث الأصول .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

السرقفلية (اخلو)



مما هي السرقفلية ، النوع الأول أخذ
التمال بإزاء السرقفلية ، موقف الهالك من
السرقفلية ، النوع الثاني المستأجر
والسرقفلية .

مركز تحقيق كاپي پور علم



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

ما هي السرقفلية ؟

ليست كلمة - السرقفلية - عربية بل هي كلمة - فارسية - ترمز الى مآثر عرف في ايامنا الأخيرة بان يتنازل المستأجر عما تحت تصرفه من إيجار المحل الذي يشغله الى الآخر ، ويتقاضى ازاء هذه العملية مقداراً من المال يتفق عليه الطرفان وربما سمي ذلك في اللغة الدارجة - الحلو - وهو مأخوذ من تخلية ما تحت اليد الى الغير . وهي على أنواع :

النوع الأول من السرقفلية :

ما يكون الاتفاق فيه واقعاً بين المستأجر القديم والجديد فيتنازل الأول عما تحت تصرفه الى الثاني وفي قبال هذا التنازل يدفع المستأجر الجديد المبلغ المتفق عليه إلى المستأجر القديم . وبهذا يكون المالك في مجنب عن المعاملة والاستفادة منها .

ولا بد لنا - والحالة هذه - من معرفة الوجه الشرعي في أخذ المال والتصرف به من قبل من كان المحل تحت تصرفه أولاً ، وكيفية إعطاء المال من قبل المستأجر الجديد .

وأخيراً لا بد لنا من تحديد موقف المالك من هذا التنازل من شخص قد استأجر ما هو ملك له وقبول المستأجر الجديد وهل بإمكانه الوقوف في طريق هذه المعاملة أو لا ؟

أخذ المال بأزاء السرقفلية :

وفي صدد المحاولة لتصحيح مثل هذه المعاملة من الطرفين والمالك في معزل

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

ويمثلون للشروط الضمنية والتي لا يجوز التخلف فيها - مثلاً - بما لو باع شخص كتابه لآخر بدينار فلا مجال للمشتري من أخذ الكتاب من البائع واحتساب المبلغ ديناً بذمته ، ذلك لأن نقدية الثمن بازاء الثمن شرط ضمني لجريان العرف على التسليم ، ولأن إطلاق العقد يقتضي ذلك على وجه يكون الانصراف اليه كقرينة نوعية على أخذه في متن العقد ويكون ذلك التعارف مغنياً عن إدخاله في صريح الإنشاء العقدي ، فلا يجوز التأخر عن دفع الثمن إلى البائع بل لا بد من تسليمه نقداً ، وفيما نحن فيه كذلك فقد جرى العرف في أيامنا هذه على أن من كان قد استأجر محلاً من آخر لا يخرج المالك إلا برضائه ولا يتخلف المالك عن عقد الإيجار معه بعد انتهاء مدة الإيجار مراعاة لأحقيته في الإيجار عرفاً ، وهذا المقدار من الحق العرفي يكون صالحاً للنقل إلى الغير بصلح ونحوه ، بل يكون نفس هذا الحق مالاً من الأموال يقبل المعاوضة عليه ويكون من آثاره تحقيق الاستطاعة والانتقال إلى الورثة كبقية الأموال التي تورث .

ولكن هذا الرأي غير صحيح .

باعتبار أن هذا المقدار من الحق من حقوق المستأجر بدرجة أن المالك يكون ملزماً 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 ولا بد للمالك عندها من الإجابة وعدم التخلف ، وأقصى ما في البين أنه قد جرت العادة العرفية على أن المالك لا يتصدى لإخراج مستأجره بل يدعه وطبعه مراعاة لأسبقيته طالما لم يخل بشروط العقد ولكن عدم تصديه لإخراجه لا يكون

موجباً لأن يكون عدم إخراجه من الشروط الضمنية التي يجب الوفاء بها من قبل المالك .

ومن البعيد جداً أن يكون المؤجر حين عقد الإيجار يقصد إنشاء هذا الحق للمستأجر .

وعلى فرض أن العرف يرى أن ذلك حقاً فأنما هو من الحقوق والأحكام الثانوية التابعة لحصول الإجارة بحيث تتحقق بعد حصولها في الخارج فتكون في مرتبة متأخرة عن العقد وإنشائه . وهذا لا يتم للنقض الذي يرد عليه فإننا لو أردنا أن نأخذ مثل هذا التباين العرفي بنظر الاعتبار كشرط من الشروط الضمنية كما هو الحال في موضوع تسليم نقد البلد في المعاملة الواقعة بين الطرفين، أو التسليم والتسلم فلا بد من أن نعتبر خدمة الزوجة في بيت زوجها كربة بيت فلا يجوز - حينئذ - التخلف عن ذلك ولا أخذ الأجرة عليه لو أرادت ذلك في حين أن الزوجة حرة في خدمة بيتها والشارع المقدس لم يوجب عليها ذلك إنما فضل منها في ترتيب بيتها .

ولو فتحنا باب النقض لجأنا بكثير من الأمثلة إليه .

هذا لو خرجنا الشرط المذكور على نحو شرط النتيجة بحيث يكون للمستأجر البقاء في المحل بالأجرة المقررة من دون أن يؤجره المالك من جديد . وهكذا الحال لو قلنا : بأن الاستفادة من هذا الشرط الضمني هو أن المالك يؤجر المحل على المستأجر لو أراد أن يستأجره منه ويخرج الشرط على نحو شرط السبب فهذا المقدار أيضاً ليس بكاف لتصحيح المعاملة . لأننا نقول :

إن هذا لو كان فانه لا يتعدى أن يكون شرطاً من الشروط والمستأجر قابلية إسقاطه بأن لا يستأجر المحل منه في السنة الثانية ، أما نقله إلى الغير كحق من الحقوق سواء كان مجانياً ، أو بعوض . من صلح ونحوه فهذا مما لا دليل عليه ، ولو فرضنا أن المستأجر القديم اشترط بنحو الشرط الصريح على المالك بأن له الحق في تجديد عقد الإيجار معه عند حلول الموعد وانتهاء مدة

الايجار فان هذا الشرط يلزم على المالك إيجابته في هذه الجهة ، أما أن المستأجر يتنازل عن المحل الى غيره بأن يأخذ في قبال تنازله مبلغاً من المال فهذا مما لم يكن مستفاداً من ذلك الشرط الصريح فكيف به لو كان ضمناً وعلى فرض تسليمه .

إذا فلا مجال لتصحيح أخذ المال وإعطائه إلا أن ينزل الأخذ المذكور على الهبة بنحو يشترط الواهب - والذي هو المستأجر الجديد - على المستأجر القديم أن لا يزاحمه في استيجار المحل في المستقبل وهذا أمر سائق لا بأس فيه فان للانسان أن يهب لآخر مقداراً من المال ويشترط عليه أن لا يزاحمه في شراء الدار الفلانية ، أو الحاجة الفلانية وما شاكل . أو نجعل ذلك من قبيل الهبة المعوضة والعوض هو مجرد عدم المزاحمة والتخلي عن الاقدام على استيجار المحل .

وبهذا المضمون وردت الرواية عن الإمام الصادق عليه السلام .

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

وربما نزلنا ذلك على الجمالة بأن يدفع المستأجر الجديد مقداراً من المال كجمالة الى المستأجر القديم على أن لا يزاحمه في هذا الاستيجار . ويكفي في الجمالة أن لا يعمل شيئاً ولا يشترط أن يكون بازائها عمل من الأعمال بل نفس عدم الاقدام على الايجار هو أمر معتبر عندهم ويدفع بازائه الجعل .

وهناك طريق ثالث لتصحيح أخذ المال وهو تخريج هذه الاتفاقية بين المستأجرين الجديد والقديم على الصلح بأن يتصلح 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 .

موقف المالك من السرقفلية :

هذا كله من ناحية المستأجرين الجديد والقديم ، وكيفية دفع الأول المال إلى الثاني ، وصلاحيه أخذ الثاني منه .

أما حال المالك في وسط هذه المعاملة التي عقدت بغير إذنه فهل له المنع منها ، أو لا بد من الرضوخ والقبول ؟

أما ما تقدم من الرواية الواردة : فيمن يرشو المال ليتحول عن المنزل والتي تصرح بنفي البائس ، فإنها لا تدل إلا على نفي البائس باعطاء المال بإزاء أن يتحول الآخر عن الدار ، وأما نفوذ ذلك الاتفاق على المالك فلا دلالة للاخبار عليه .

والخلاصة :

أن قبض المال على سبيل (السرقفلية) وإن كان صحيحاً للمستأجر القديم إلا أن هذه المعاملة لا تنفذ على المالك بل للمالك تمام الحق في التصرف بأمواله إن شاء أجاز الاجارة الجديدة وإن شاء منع ، فإن الناس مسلطون على أموالهم والمفروض عدم ما يحد من هذه السلطة .

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

النوع الثاني من السرقفلية :

ومن أقسام السرقفلية ما شاع أخيراً في أيامنا الحاضرة من أن المالك هو الذي يستلم هذه السرقفلية من المستأجر بعد أن تنبه كثير من الملاك إلى أن موضوع السرقفلية أمر عرفي شائع في الأسواق ، فبدلاً من أن يتمتع بهذا المال غيره فهو أحق به - فمثلاً - يأخذ المالك مائتي دينار كسرقفلية ، وخمسين دينار كإيجار سنوي ، والفرق بين هذا النوع والنوع الأول واضح . ذلك لأن

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

فما هو الحكم في هذا المبلغ المأخوذ من المستأجر الأول ؟ وهل للمالك المنع من إيجار المحل لمستأجر جديد من قبل المستأجر القديم الذي قبض منه السرقفلية أو ليس له ذلك ؟

المستأجر والسرقفلية :

ويختلف حال المستأجر « فمرة » يؤجر المحل على غيره مع أخذ زيادة على ما دفعه إلى المالك « وثانية » يأخذ نفس المبلغ المدفوع وهو في مفروض المثال مائتا دينار .

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

وأما 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 وهو مائتا دينار وحيث يأخذ المستأجر القديم المبلغ من المستأجر الجديد فهو يحوله بالمبلغ على المالك ، وهكذا يفعل كل مستأجر سابق مع المستأجر اللاحق . وفي الحقيقة أن لكل مستأجر يشغل المحل مبلغاً قدره مائتا دينار بذمة المالك فهو حين خروجه من المحل يخير بين الرجوع فيه إلى المالك ليتسلمه منه ، أو ليتسلمه من المستأجر الجديد ويحوله على المالك لأخذ ما له بذمته .

كل هذا وللمالك كامل الحرية في ملكه لو شاء أجاز الإجارة وبقي المبلغ بذمته للمستأجر الجديد وإلا دفع المبلغ وأخرج المستأجر الجديد لأن الناس مسلطون على أموالهم .

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

الجديدة بين المستأجرين الجديد والقديم وذلك لأن أخذه للمال من المستأجر الأول هو في الحقيقة تخويل له بالإيجار لمن يريد عند تركه للمحل ويكون هذا شرطاً ضمنياً في أثناء العقد ولا وجه لمنع المالك بتقريب : أن الناس مسلطون على أموالهم ، لأن السلطنة في مفروض هذا العقد محدودة طبقاً للشرط الضمني الذي قبل به وسجله علي نفسه في ضمن عقد الإيجار .

والجواب عن هذا الاعتراض - بأننا سبق وأن أغلقنا باب هذا النوع من الشروط الضمنية كما عرفت تفصيله في بيان القسم الأول من السرقفلية لأن المالك قد أخذ المال من المستأجر قرضاً بذمته وإزاء هذه القرضة منحه حق الأسبقية والجلوس في المحل ، حيث يتنافس عليه المستأجرون ، وأما 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 اذناً منه للمستأجر بأعطائه الحرية في الإيجار لمن يريد كأن يكون هذا المعنى شرطاً ضمنياً في نظرهم فإن المؤمنين عند شروطهم ولا بد من الامضاء .

وهناك طريقة تصحح هذا النوع من السرقفلية بحيث يكون المالك ملازماً بامضاء الاجارة الجديدة من المستأجر القديم لو أراد ترك المحل تلك الطريقة تنحصر في الالتفات بابرار الشرط في ضمن العقد كأن يصرح به وان كان التصريح به يكون على نحوين : في أحدهما يكون باطلاً ، وفي الآخر يكون صحيحاً . أما صورة البطلان فهي :

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

عليك إقراضي مائتي دينار ما دمت جالساً في المحل - فيقبل المستأجر الاجارة المذكورة بقوله . قبلت . ووفاء بالشرط المذكور يفرضه المبلغ ويشترط عليه في ضمن عقد القرض الجديد بأن له كامل الحرية في ايجار المحل لمن يشاء فلو قبل المالك هذا الشرط لكان باطلاً لأنه شرط يجر نفعاً للمقرض وهو ملحق بالربا كما تقدم بيان بطلان مثل هذا .

وأما صورة الصحة فهي كما لو أوقع المستأجرون الايجار على النحو التالي :
 كأن يقول المالك للمستأجر - أجرتك المحل بخمسين دينار سنوياً وشرطت عليك أن تقرضني مائتي دينار وفي الوقت نفسه فقد شرطت على نفسي بأن لا أمنعك من ايجار المحل لمن تشاء عند انتهاء مدتك أو قبلها - فيكون هذا الشرط الذي يعود نفعه الى المستأجر شرطاً في عقد الاجارة لا في عقد القرض وإنما أخذ هذا الشرط ونفس القرض شرطاً في عقد الاجارة فلا مانع منه من هذه الجهة .

ولكن هذا كما عرفت مخرج على التصريح بهذا الشرط ، أما لو لم يصرح به وبقي الموضوع موكولاً إلى كونه من شروط التباني - كما لا يبعد كون السرقة في هذه الأيام المخرجة على هذا القسم الثاني من هذا النوع من الشروط حيث لم يصرح بمنح صلاحية ايجار المحل للمستأجر بل يوكل إلى التباني - فقد تقدم الإشكال فيه ، وإن المالك يبقى مسلطاً على ماله وله الحق في فسخ الاجارة الجديدة ودفع ما بذمته إلى من أخذت منه السرقة .

تصفية الوقف الذري

مركز تحقیقات کتب پوز علوم اسلامی

عرض وحديث ، التصفية والمذاهب
الحقة ، المدار في تصفية الوقف ، استملاك
الدور والبساتين ، نهاية المطاف .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

عرض وحديث :

من المؤسف له أن يكون الوقف مثار جدل ونقاش في الآونة الأخيرة فيتصدى الكثير ممن لم يمه أمر الدين الإسلامي الحنيف للمطالبة بالغائه وتخويل السلطة بتصفية ما هو موجود منه ، وقائم بين الناس ، متذرعين بحجج واهية لا أساس لها ولا اعتبار .

ومن ذلك ما يصرحون به من أن الوقف أصبح منشأ لوجود الخصومات بين الأسر والجماعات . أو أنه إسقاط للعين الموقوفة عن معرض الازدهار والترقي إذ لا تكون قابلة للانتقال من ملك شخص لآخر ، ومن ثم اجراء ما يقتضيه هذا من ادخال التحسينات على العين الموقوفة . وما الى ذلك من الاعذار غافلين عن جهة دقيقة ، هي أن ما يدعونه يعود بالنتيجة الى سوء تصرف المتولين ، والأهمال منهم بشؤون الوقف ، وكان الاخرى هؤلاء أن يطالبوا بتشديد العقوبات والضرب على أيدي العابثين بالوقف ليكون ذلك أجدر بهم كمسلمين ينظرون الى الشريعة المقدسة نظر اعتبار وتفهم ، فان ديننا الاسلامي الحنيف لم يكن وليد تفكير سطحي عادي بعث رسوله (ص) الى جماعة من البشر يوم لم يكن للحضارة ما لها اليوم من الترقى والازدهار بل إنها رسالة السماء الى الارض بعدما شاءت الحكمة الالهية أن تكون هذه الرسالة خاتمة الرسالات الالهية وآخر 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 هانئة وسعادة أفضل الى اليوم الذي يختار الله عز وجل للبشرية النهاية المحتومة .

وما ساقنا لهذا الكلام إلا أن نبين هؤلاء الذين طالبوا بالغاء الوقف الذري

بأن سوء التصرف الذي يصدر من القائلين بشؤون الوقف لا يكون منشأ لتصفية الوقف وتشويه حقيقته ولا إخفاء ما قصده المشرع الأعظم من وراء تشريعه من المنافع التي تعود الى الصنف البشري .

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

أما الآن وقد انصاعت بعض الحكومات الإسلامية الى سن القوانين الخاصة التي تخول بتصفية الأوقاف الذرية ، فقد تفضل شيخنا الاستاذ - دام ظلّه - برأيه في هذه التصفية ، وكيفية ملائمتها مع المذاهب الإسلامية الخمسة ، وما يتعلق بذلك من المباحث التي لها تمام الصلة بالموضوع .

ولسنا - ونحن في هذه المجالة - في صدد بيان تعريف الوقف وذكر ما يتعلق به من الاحكام - خشية أن يحرنا الكلام الى التطويل .

إنما نحن في صدد بيان لمحة عن تصفية الأوقاف الذرية ، ومحاولة تلمس وجه شرعي يصح لنا هذه التصفية - لو كان لنا من الأدلة ما يساعد على ذلك - ولهذا يقع البحث في جهتين :

الاولى : في أن هذه التصفية المذكورة هل تلتئم مع المذاهب الإسلامية الخمسة أولاً ؟

الثانية : في أن المدار في الجواز على مذهب الوارث أو الواقف .

التصفية والمذاهب الخمسة :

ولابد لنا من ملاحظة جهة لزوم الوقف عند المذاهب الإسلامية ، ومتى يكون لازماً بحيث لا يتمكن الواقف أو الوارث الرجوع فيه .

أما الجعفرية - فقد ذهبوا الى أن لزوم الوقف يتوقف على حصول الأقباض فلو لم يحصل ذلك الاقباض جاز للواقف أو الوارث الرجوع فيه ، ولا يكفي

فيه مجرد صدور اللفظ من الواقف مالم يتحقق القبض ^(١) .

وأما بقية المذاهب من :

الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية .

فمصادرهم الفقهية تحدثنا بأن :

« الوقف قرينة جائزة بالاتفاق ، وهل يلزم أم لا ؟ قال : مالك والشافعي وأحمد يلزم باللفظ ، وإن لم يحكم به حاكم وإن لم يخرج به مخرج الوصية بعد موته وهو قول أبي يوسف فيصح عنده ويزول ملك الواقف عنه وإن لم يخرج الواقف عن يده . وقال محمد يصح إذا أخرجه عن يده بأن يجعل للوقف ولياً ويسلمه إليه ، وهي رواية عن مالك . وقال أبو حنيفة الوقف عطية صحيحة ولكنه غير لازم ولا يزول ملك الواقف عن الوقف حتى يحكم به حاكم أو يعلقه بموته فيقول : إذا مت فقد وقفت داري على كذا » ^(٢) .

إذاً فلزوم الوقف على رأي كل من الشافعي والمالكي والحنبلي يكون بصدور اللفظ . أما أبو حنيفة فبالعبارة المذكورة لاتعطينا رأيه واضحاً في بادئ الأمر فمن قوله « وقال أبو حنيفة الوقف عطية صحيحة ولكنه غير لازم » فهمنا أنه - كعبية غير الرحم - يجوز له الرجوع فيها مع بقائها فيكون لزومه متوقفاً على حكم الحاكم أو حصول ما علق عليه من الموت مثلاً .

ومن قوله (ولا يزول ملك الواقف عن الوقف حتى يحكم به حاكم) نفهم أن الوقف - كالصرف - حيث يتوقف أصل التملك فيه على حصول القبض والذي يفهم من رأي أبي حنيفة أنه إما أن يقول ببطلان الوقف مالم يحكم به الحاكم أو

(١) نقل السيد العاملي آراء فقهاء المذهب الجعفري كاملة حيث منعوا في تحقق لزوم الوقف قبل الاقباض راجع : مفتاح الكرامة : ٧ / ٩ .

(٢) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة : ص ١٨٥ والميزات للشعراني : ج ٢ ص ١٠٦

بصحته وعدم لزومه مالم يحكم به الحاكم^(١).

وعلى أى حال فلزوم الوقف عند أبي حنيفة يتوقف على حكم الحاكم وقد نقل ذلك عن أبي حنيفة كل من الشيخ الطوسي والعلامة الحلي رحمهما الله قال الشيخ في الخلاف : « وقال أبو حنيفة إن حكم الحاكم بالوقف لازم وإن لم يحكم لم يلزم وكان الواقف بالخيار إن شاء باعه وإن شاء وهبه »^(٢).

وقال العلامة في التذكرة : « وقال أبو حنيفة الوقف لا يلزم بمجردة وللواقف الرجوع فيه وإذا مات رجس فيه ورثته إلا أن يرضوا به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم »^(٣).

وإذا أتضح رأي المذاهب الإسلامية في لزوم الوقف فتقول :

إذا اكملت عملية الوقف من حصول الصيغة والقبض وحكم الحاكم بذلك ففي هذا الحال لا يجوز تصفية ذلك الوقف طبقاً لجميع المذاهب الإسلامية ولا وجه - بعد هذا - للتصفية المذكورة بمجرد طلب بعض الموقوف عليهم لها .

وأما لو لم تكمل عملية الوقف كما لو وقف شخص داراً أو بستاناً وحصل القبض ولكن لم يحكم به حاكم فهذا نرى الآراء مختلفة ، فلا تجوز التصفية على مذهب الجعفرية والشافعية والمالكية والحنابلة : لعدم توقف اللزوم عند هؤلاء على حكم الحاكم . أما الحنفية فحيث اشترطوا في لزومه أن يحكم الحاكم بذلك والمفروض عدم حصوله فتجوز والحالة هذه تصفية الوقف على مذهبهم من غير فرق على الظاهر بين الوقفين الذري والخيري

(١) راجع كتاب : شرح احكام تصفية الاحباس : ٢٣ - ٢٤ فقد ذكر هذين الوجهين وقال عالمكبر الحنفى ولا يلزم - أى الوقف - الا بطريقتين : أحدهما : قضاء القاضي بلزومه . والثاني : أن يخرج مخرج الرصية فيقول « أوصيت بفلسة دارى هذه » فعينئذ يلزم الوقف .
يراجع الفتاوى اللندية : ٢ / ٣٥٠ .

(٢) الخلاف ج ٢ ط ايراث مبحث الوقف .

(٣) التذكرة . كتاب الوقف . المسألة الأولى من المقدمة .

ومن هذا يظهر لنا ، أن فكرة تصفية الوقف إعتمدت على المذهب الحنفي فقط بشرط : أن لم يكن الوقف قد حكم به الحاكم ، أو لم يكن بطريق الوصية . أما الإباضية فقد توقفوا فادعوا أن الوقف منسوخ بما روي 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 نفي حبس حرمان بعض ذوي الفرض كالبنات ، وحينئذ فيكون اللازم حمله 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 عيناً ومنفعة قال المحقق الحلي (أما لو حبس شيئاً على رجل معين ولم يعين وقتاً ثم مات الحابس كان ميراثاً ، وكذا لو عين مدة وأنقضت كان ميراثاً لورثة الحابس) ^(٢) ولا مجال لنا في هذه اللمعة العابرة من بيان أحكام الحبس تفصيلاً .

الجواب الثاني : أنه لا عبرة بقول الإباضية في قبالة بقية 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 الاوقاف 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 .

نقل صاحب كتاب التاج ما يلي^(١) قال : كتب معقيب وشهد
عبدالله ابن الأرقم .

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا ما أوصى به عبدالله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمنا^(٢)
وصرمة بن الاكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخير ورقيقة الذي فيه
والمائة التي أطعمه محمد (ص) بالوادي تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي
من أهلها ألا يباع ولا يشتري ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذو القربى
ولا حرج على من وليه إن اكل أو اكل أو أشتري رقيقاً منه رواه أبو داود
إلى أن يقول في الهامش : وفضلاً عما هنا من وقف عثمان وإبي طلحة وسعد أمام
النبي (ص) وأرشاده لهم فيما سلكوا قد ثبت الوقف عن أبي بكر وعلي والزبير
وسعيد وأنس وحكيم بن حزام وعمر بن العاص وزيد بن ثابت (رض) كما رواه
البيهقي عنهم والله أعلم .

وقد 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 .

والجواب عنه : أن هذا المقدار من النهي لا يضرباً نحن فيه من الوقف لما
بيناه من أن الحبس شيء والوقف شيء آخر ولكل أحكامه الخاصة ولم يعلم
أرادة الوقف من نهى رسول الله (ص) بمجرد نهيه عن الحبس .

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

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

(٢) ثمن كفلس وصرمة كنعمة ضيمتان كانتا لعمر في خلافته ، أو المراد بالصرمة هنا القطعة
الخفيفة من النخل والابل .

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

الحسنة وبقية فقهاء الأمة الإسلامية .

وقد تعرض المؤلف أيضاً تأييداً لما يبتغيه من سداد باب الوقف الى الفتوى الصادرة من مفتي الأسكندرية الشيخ محمد بن محمود الجزائري المصدرة الى محمد علي باشا وقد قال في آخرها (١) .

« وقد ذكر جمع أرباب المعتبرات ومنهم صاحب الدر المختار أن أمر الأمير متى صادف فعلاً مجتهداً فيه نفذ أمره أي وجب أمثاله والامتناع عن مخالفته وإذا عرف ، هذا فإذا ورد أمر من الأمير بمنع العامة من إيقاف أملاكهم أو تحبيسها فيما يستقبلها من الزمان سداً لذريعة أغراضهم الفاسدة جاز ذلك لأنه بما تقتضيه السياسة الشرعية » ويجب عن هذه الفتوى .

بان نفوذ أمر الأمير اذا طابق فتوى بعض المجتهدين - لو سلم أنه من باب أطاعة أولى الأمر - فانما هو لو كان ذلك المجتهد جائز التقليد دون من لم يكن له هذه الأهلية ، على أن نقل الفتوى المذكورة لاعلاقة لها بما نحن فيه فنحن بصدد البحث عن جواز تصفية ما صار وقفاً وإبطال ما ازم منه أو عدم جواز ذلك والفتوى المذكورة إنما تمنع الوقف والحبس مجدداً ، ولهذا بحثه الخاص به . ولا علاقة لذلك بما نحن فيه .

والخلاصة :

هي ان الاقدام على التصفية متوقف على متابعة المذهب الحنفي فيما لم يحكم الحاكم بذلك الوقف وما لم يكن بطريق الوصية ، وفي الحقيقة أن الوقف الذي لم يحكم به الحاكم إنما ساغت تصفيته على رأي أبي حنيفة لأنه لم يستجمع شرائط لزومه ومنها الحكم والافلو حكم الحاكم به كان لازماً ولا تجوز تصفيته على جميع المذاهب .

(١) لاحظ ص ٢٣ - ٢٤ من المصدر نفسه .

المدار في جواز تصفية الوقف

وهل انه على مذهب الواقف أو الوارث أو المشتري ؟

الظاهر أن المدار في الجواز على مذهب الوارث والمشتري لا الواقف . فلو كان الواقف غير حنفي لكن الوارث كان حنفياً جاز للوارث طلب تصفية الوقف مع عدم حكم الحاكم بالوقف .

بل يمكن أن يقال أن الوارث لو كان غير حنفي فانه يجوز له أن يطلب تصفية الوقف لو كان مقلداً لأحد المذاهب الثلاثة الشافعي أو المالكي أو الحنبلي بان يقلد أبا حنيفة في خصوص هذه المسألة كما نصوا على ذلك لأن الظاهر منهم أنهم لا يعتبرون الأعلية في التقليد أو أن المذاهب الأربعة عندهم سواء في الفضيلة^(١) وحينئذ فلو كان غير حنفي وقلد أحد المذاهب الثلاثة جاز له طلب التصفية تقليداً لأبي حنيفة في خصوص هذه المسألة - كما تقدم - .

وهكذا الحال في المشتري فانه وإن لم يكن حنفياً بل كان من أحد المذاهب الثلاثة فانه يجوز له الأقدام على الشراء مقلداً 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 جعفرياً فلا يسوغ له ذلك ولا مورد لقاعدة الالتزام بان يقوم الجعفري على أخذ ما ورثه أو شراء ذلك الوقف اعتماداً منه على (قاعدة التزامهم 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 معتقداً للثلاث) .

(١) راجع في خصوص هذا البحث كتاب (دليل القضاء الشرعي لمؤلفه العلامة الجليل السيد محمد صادق بحر العلوم : جزء ٢ ص ٦٥٢ - ٦٩٠ فقد نقل رأي المذاهب في هذه المسألة بما يفني المتبع عن الالتجاء الى بقية الكتب .

وتوضيح عدم كون ذلك من باب قاعدة الالتزام هو أن المستفاد من قاعدة الالتزام أنه لو كان مذهب العامي يقتضي ثبوت حق عليه للجعفري ومذهب الجعفري لا يقتضي ثبوت ذلك الحق ، فقاعدة الالتزام تقول إن للجعفري الزامه بما لزم به نفسه وأخذ منه الحق الذي يعتقد هو وإن كان الجعفري لا يعتقد به كما في مسألة العصبية بالنسبة إلى العم وبنت أخيه لو كان العم جعفرياً وبنت أخيه من العامة فإن العامة يرون أن للعم حق أرث العصبية والعم وأن كان لا يعتقد ذلك إلا أنه طبقاً لقاعدة الالتزام يجوز له أخذ الحق منها وأما إذا كان العامي معتقداً لجواز البيع للعين الموقوفة مثلاً فلا يجوز للجعفري الاقدام عليه من ناحية الشراء تمسكاً منه بهذه القاعدة إذ لا معنى للالتزام في هذه الموارد .

ولذلك لا يجوز لنا أن نشترى النبيذ من الحنفي^(١) ولا الحيوان المذبوح الذي لم يذكر اسم الله عليه من الشافعي^(٢).

نعم لو أقدم الجعفري وأشترى ولم يكن عالماً بالوقفية ثم بعد ذلك أدعاه البائع لم تسمع دعواه .

ولو ثبتت بالقطع أو بالطرق الشرعية أشكال الأمر على المشتري وإن لم يكن للبائع حق الدعوى لأنها منافية لمذهبه فلا يلتفت إليها ولكن يبقى الاشكال على المشتري وكيف يصح له تملك الوقف إذا كان من الاوقاف العامة وكذا إذا كان من الاوقاف الخاصة على الذرية لما عرفت من أن حلية البيع عند البائع

(١) حيث يرى الحنفية بيعة . جائزاً قال السمرقندي الحنفي في تحفة الفقهاء ٤٥٦/٣ : وأما بيع هذه الأشربة ، وتمليكها فجائز عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومن لا يجوز ذلك إلى أن قال يعدل : وأبو حنيفة يقول :

« إن الأخبار تعارضت في هذه الأشربة . ويقصد بها ينقع الزبيب والتمر وغيرها في الإنذة - في الحل والحرمة فقلنا بحرمة الشرب احتياطاً ولا تبطل الحالية في الحالة الأولى احتياطاً لأن الاحتياط لا يجري في أبطال حقوق الناس » راجع تحفة الفقهاء : ٤٥٦ / ٣ .

(٢) لم ير الشافعي التسمية من شرائط التذكية فقد قال السمرقندي الحنفي : ومنها - أي من شرائط الحل - التسمية حتى لو تركها عامداً : لا يجل عندنا وعند الشافعي يجل .

راجع تحفة الفقهاء في شرائط الحل : ٧٧ / ٣

العامي لا توجب حلية الشراء للجعفري ولا مورد فيه لقاعدة الالتزام - كما عرفت - لأن مفادها كما بيناه أخذ الحق منه على مذهبه لا جواز الشراء على مذهبه .
استملاك الدور والبساتين :

وربما تخيل البعض أن استملاك الحكومة للدور والبساتين الموقوفة بالوقف العام أو الخاص وتوزيعها عرصات على الأهليين 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 وتأخذها الحكومة لتفتح منها الشوارع وما شاكل ذلك ^(١) وهو إشكال آخر غير إشكال تصفية الوقف إذ لو صحت التصفية المذكورة بوجه من الوجوه لم يصح شراء أمثال هذه الدور والبساتين إلا بأرضاء أصحاب تلك الأراضي أو الموقوف عليهم وأشكال من الجميع ما لو كان المستملك من الأراضي الموقوفة على الجهات أو كانت وقفاً عاماً .

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 وفي غير الوصية بالوقف ، أما لو كان قد صدر به حكم الحاكم وقد تصرف به الورثة بوجه يصدق عليه القبض والأقباض فلا يجوز تصفية ذلك الوقف على جميع المذاهب الإسلامية الخمسة وأنه بدعة ممنوعة عندنا بل عند جميع المذاهب - كما عرفت - وما جوزوه من موارد بيع الوقف لادخل له بتشريع القانون المخول لتصفية الوقف وحله فإنه تشريع صرف ولم يقل به أحد حتى القائلين بالقياس والاستحسان . فإن فتح باب القياس والاستحسان إنما يقول به صاحبه فيما لم يكن حكمه الشرعي معلوماً من الشارع المقدس لا ما كان حكمه معلوماً وثابتاً عند الجميع .

(١) تعرض شيخنا الأستاذ دام ظله إلى موضوع الشوارع المفتوحة من قبل الدولة في بحث موجود في ضمن هذه البحوث .

البيوع القهري أو إزالة الشيوخ

مركز تحقيق كتاب موضوع البحث ، كلمات الأعلام ، موارد البيوع
الاجباري ، الاستدلال بقاعدة نفي الضرر والضرار .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

موضوع البحث :

والغرض من بحثنا هذا هو ملاحظة الأدلة لفتح باب البيع القهري في كثير من الموارد ومنها (موضوع البحث) فيما لو وقع النزاع والتخاصم بين الشركاء في شيء تمتنع قسمته (كجوهرة) مثلاً وقد خلفها مالکها لجماعة يكثر عددهم فتخاصموا الى الحاكم الشرعي وكل يريد حقه ، أو دار ورثها جماعة من مورثهم ولا يمكن قسمتها بينهم والاستفادة بكل حصّة منها ، فهل نتمكن والحالة هذه من فتح باب البيع القهري وجعل هذه السلطة بيد الحاكم الشرعي فيتصدى لبيع ما وقع النزاع فيه وتقسيم ثمنه عليهم إن لم يكن هناك طريق آخر يستفيدون بواسطته ، وهذا هو المسمى في يومنا هذا (بإزالة الشيوع) وقد أفاد شيخنا الأستاذ « دام ظله » في ذلك :

بأن فتح باب الاجبار على البيع للعاكم الشرعي . أو تولية الحاكم لذلك عند عدم التمكن من الاجبار ليس فيه دليل بالخصوص يصرح بذلك بل لا بد من التماس هذا المعنى من الموارد الخاصة ، والروايات الواردة في تلك الموارد حيث نستفيد منها كون الإمام - عليه السلام - في صدد بيان كبرى كلية لمثل هذه الموارد ، ولو بتطبيق حديث - نفي الضرر والضرار - على الموارد الذي يريد أحد الأطراف إيصال الضرر إلى غيره من غير وجه معتبر ، وإن كان ذلك الغير شريكه .

كلمات الاعلام :

ومن تلك الموارد ما صرح به الشيخ صاحب الجواهر « قدس سره » حيث قال : « لكن قد يقال فيما اذا كانت قسمته ممتنعة انه ينتزعه الحاكم منها مع التعاسر ويؤجره عليها إن كانت له أجرة جمعاً بين الحقين وصوناً للمال عن التلف وجبراً للضرر ، كما صرح به في الدروس ، ولعل ذلك من السياسيات بناءً على أن للحاكم ذلك ونحوه وحينئذ لا ينحصر الأمر في ذلك فله حينئذ أن يبيعه عليهم مع كونه مقتضاهما كما عن بعض العامة ^(١) من كون ذلك وجهاً أما مع قطع النظر عنها فالمتجه ما صرح به بعضهم من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع وعدم امكان القسمة وانتفاء المهايأة لأصالة عدم الوجوب وعدم صحة البيع عليهم » ^(٢) أما ما ذكره في الدروس « حيث اشار اليه صاحب الجواهر » في كلامه الآنف الذكر فقد قال الشهيد رحمه الله عند تعرضه لقسمة المهايأة ما يلي :

« والمهايأة بالزمان والمكان كسكنى أحدهما بيتاً والآخر آخر جائزة وليست لازمة وإن استوفى أحدهما فيغرم الأجرة ولا يجبر الممتنع عليها وإن كانت القسمة ممتنعة نعم ينتزعه الحاكم ويؤجره إن كان له أجرة » ^(٣) .

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

« واختلفوا إذا تشاح الشريكان في العين الواحدة منها ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشباع وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه ، فقال مالك وإصحابه يجبر على ذلك فإن أراد إحداهما أن يأخذه بالقيمة التي أعطي فيها أخذه ، وقال أهل الظاهر لا يجبر لأن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع ، وحجة مالك أن في ترك الاجبار ضرراً وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا في غير ما موضع أنه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار إلا مالك ولكنه كالضروري في بعض الأشياء » بداية المجتهد جزء ٢ ص ٢٦٤ .

(٢) الجواهر كتاب الشركة ص ٤٥٣ .

(٣) الدروس في أواخر القسمة من كتاب القضاء .

ولم يتعرض « رحمه الله » لحكم ما لم تكن له أجرة كما في مثال الجوهرية التي لا يمكن تقسيمها .

وأما 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 « والقناة والحمام مما لا يقبل القسمة يجري فيها المهايآت بقوله : « ولا يجب أن يباع المشترك مع التنازع وعدم إمكان القسمة وانتفاء المهايأة بل يترك حتى يصطلح الشركاء لأصلي عدم الوجوب وعدم صحة البيع عليهم وللعمامة وجهه بالبيع عليهم وآخر بالاجارة وتوزيع الأجرة عليهم » (١) .

ومن عبارة الدروس السابقة نعرف أن القول بالاجارة لم يكن مختصاً بالعمامة بل الشهيد « عليه الرحمة يقول به .

مضافاً إلى أن الفائل بالبيع أيضاً منا وهو القاضي ابن البراج ، وسيأتي نقل كلامه .

ولكننا مع كاشف اللثام في رأيه حيث ناقشه شيخنا دام ظلّه ، فما معنى التترك حتى يصطلح الشركاء ؟ وهل يصح للحاكم الذي ترافعوا اليه أن يتركهم وشأنهم إلى أن يأتي الفرع فيصطلحوا ؟ وكيف يقع الصلح بينهم ؟ ولو فرض تصالحهم مما هو معنى مراجعتهم للحاكم الشرعي حينئذ كلها أسئلة واستفهامات دون جواب . أما العلامة الحلي « رحمه الله » فقد قال (ولو تضمنت القسمة إتلاف العين واتفقا عليها منعها الحاكم لما فيه من إضاعة المال . (٢))

وقال قبيل العبارة السابقة في مورد آخر ما يلي (وإن اشتملت القسمة على ضرر كالجواهر والعضايد الضيقة والسيوف والسكين وشبهه لم تجز قسمته ولو

(١) كشف اللثام كتاب القسمة من تروابع القضاء .

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

اتفق الشركاء عليها^(١) والذي يظهر من قوله في التحرير (منعها الحاكم) أن المنع المذكور إنما هو من باب الحكومة ورفع الخصومة وهو ما نبتغيه في هذا البحث لا من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإلا فلم يكن له اختصاص بالحاكم لو كان من باب الأمر بالمعروف لو سلمنا كون إقدام الشخص على إتلاف ماله منكراً ، وإذا فلو كانت للحاكم الشرعي صلاحية منع الشركاء من القسمة كان بيعه 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 القهري .

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 ولم يفرق العلامة في الجواز بين الأحوال الثلاثة ، وقال القاضي ابن البراج : لا تصح قسمة البقل بل يباع ويقسم ثمنه أو يقسم مجزوزاً إما بالوزن أو غيره ، وهذا أحسن لأنه أبعد من الغبن . »
قال شيخنا - دام ظله - ولعل المراد من قوله (وهذا أحسن) هو أن يجز ويقسم ويبقى الأشكال في إلزامهم بجزءه ولعله مثل إلزامهم ببيعه .

وفي مختلف العلامة الحلي - بعد نقل كلام الشيخ - قال « والوجه عندي الجواز في الجميع وتعديل الزرع ممكن بالتقويم وكذا إذا اشتد حبه . » ثم نقل قول ابن البراج ثم قال (وهو جيد) وفي كتاب الجواهر عند شرحه لقول صاحب الشرائع (نعم لو طلب قسمة الزرع خاصة) أنه قال : (قال الشيخ لم يجبر الآخر لأن تعديل ذلك بالسهم غير ممكن) وقد تعرض إلى ما ذكر عن ابن البراج فقال :

إذا كان القصيل بين قوم وأرادوا قسمته لم يصح ذلك إلا ببيعه وقسمة

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

ثمة فيما بينهم ، أو بأن يقطع من الأرض ويقسمونه كما يقسمون الغلة مثله ، أو يكون مما يمكن قسمته مع بقائه زرعاً لصعوبة تعديله حينئذ لعدم معرفة قوة استعداده ، وبالجملية يكون نزاعاً في موضوع (إلى آخر ما ذكره هنا) أما المرحوم الحاج علي فقد قال :

« وفي المفتاح ربما قيل كما في الدروس وغيرها بأن الحاكم ينتزعه ويؤجره لهما إن كان له أجرة وحيث جاء الجبر جاء الوجوب لما علم سابقاً من أنه من باب جبر الممتنع عما وجب عليه وأن ولايته للحاكم وبعده للعدول ، وبالجملية الوجوب لعروض خارجية من توقف واجب أو الخلو من محرم عليهما لا يمكن إنكاره فيجبي الاجبار مع الامتناع ومن الأخير مهياة البعض - إلى أن قال :

« وقد علم مما فصل أن الحكم بأن المهياة لا تلزم فلا تجب فلا يجبر عليها ولا على الإجارة إنما هو مع قطع النظر عن عروض العوارض الخارجية وإلا فيجبر عليها لو وقع النزاع في بعض الصور ولتوقف واجب عليها في آخر - إلى آخر ما بينه ^(١) ومن هذا العرض لكلمات الأعلام - رحمهم الله - تبين لنا أنهم لم يدعوا الحاكم الشرعي في مجنب عن قضايا الناس ومشاكلهم وحل خصوماتهم فصاحب الجواهر - كما تبين لنا من كلماته السابقة - أنه يسوغ تدخل الحاكم الشرعي ويرى أنه من السياسات لحفظ ربط المجتمع وعدم اختلال الوحدة الاجتماعية ، وبؤيد ما ذهب إليه من تدخل الحاكم الشرعي لا يجار ما كانت قسمته ممتنعه ما ورد عن الشهيد في الدروس وقد عرفته ، أما القاضي ابن البراج فقد صرح بأن للحاكم الشرعي بيع ذلك المتنازع عليه ، أما العلامة الحلي فقد مر عليك أنه يخول الحاكم الشرعي هذه السلطة فيما لو اتفق الطرفان على اتلاف المال وحيث كانت للحاكم الشرعي سلطة حل الخصومات والايجار والمنع

من التلف وغير ذلك (فلا بد والحالة هذه) من توسعة سلطاته الى البيع القهري في الأشياء التي لا يمكن قسمتها ، إذ لو لم نفسح للحاكم الشرعي هذا المجال للزم الهرج والمرج من جانب الشركاء المرغوب عنه من جانب الشارع المقدس ولا أقل من أن يكون تدخل الحاكم الشرعي وفرض سيطرته عليهم من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حال في هذه الجهة كبقية الناس الذين يأمنون الضرر في تدخلهم .

وفي الوقت نفسه يمكن تخريج هذه المسألة على اعتبار تدخل الحاكم الشرعي فيما بين الشركاء من صفريات شؤون القضاء وتوابعه ولوازمه فتكون له السلطة على بيع ما تنازعوا عليه لا من باب الولاية العامة للفقيه ويكون البيع المذكور من لوازم السلطة التي تمنح للقاضي التصدي لأمر المسلمين وشؤونهم ويكون دخول الحاكم الشرعي فيما بين الشركاء وأمره بالتبايع عند امتناع بعضهم من البيع وفرض حصول المحذور الاجتماعي من باب أنه ولي الممتنع ، ولا يفرق الحال بين أن يكون الحاكم الشرعي هو المباشر أو وكيله ، أو أنه يأذن لطالب البيع بأن يتوصل الى ذلك بواسطة الحكومة الزمنية .

ولا ندري لماذا يظنون على الحاكم الشرعي بتحويله هذه الصلاحية من فتح باب البيع القهري أمامه مع أنهم فتحوا أمامه باب الصلح القهري والذي يكون من موارده تنصيف العين المرددة بين شخصين .

موارد البيع الاجباري :

وها نحن نراهم يفتحون باب البيع الإجباري للحاكم الشرعي في موارد عديدة .

١ - فيما لو لم يقيم المولى بنفقة المملوك كالعبد والأمة والحيوان فقد صرحوا هناك بإجبار المالك على البيع . قال المحقق الحلي في البحث عن النفقات « تجب النفقة على ما يملكه الانسان من رقيق وبهيمة - الى قوله - ولو امتنع عن الانفاق

أجبر على بيعه أو الانفاق .

وحيث يصل الى التكلم عن الحيوان لو لم يقيم المالك بنفقته يقول :
« فان امتنع أجبر على بيعها أو ذبحها »^(١).

وبمثل ذلك صرح الشهيد الثاني وغيره من الفقهاء - رحمهم الله -^(٢).

٢ - طلاق الزوجة لو لم يقيم الزوج بنفقتها فقد صرحوا باجبار الزوج على الطلاق أو الانفاق^(٣).

٣ - مسألة اشتباه الثوبين .

قال المحقق الحلي في كتاب الشرائع في بحث الصلاح ما يلي :

« ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً وللآخر ثوب بثلاثين ثم اشتبها فان خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه وان تعامرا بيعهما وقسم ثمنها بينهما فأعطى صاحب العشرين سهمين من خمسة والآخر ثلاثة^(٤).
وقد شرح صاحب الجواهر هذه العبارة بقوله :

« قد أفتى المشهور فيها بذلك لخبر اسحق بن عمار عن الصادق عليه السلام في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب وآخر عشرين درهماً في ثوب فبيعت الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال عليه السلام يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والآخر خمسي الثمن قلت فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين إختار أيهما شئت ، قال قد أنصفه المنجبر بالشبهة

(١) الشرائع . كتاب النكاح البحث عن النفقات في نفقة البهائم .

(٢) اللعة . كتاب النكاح البحث عن النفقات في نفقة البهائم .

(٣) راجع في خصوص هذا المورد جميع المصادر الفقهية . لدى المراجعة واعادة النظر لم أجد علاقة لهذا الفرع بموارد البيع الاجباري فالفرع يبيعت عن طلاق الزوجة عند اقتناع الزوج عن النفقة ولربما كان ذكره من سهو القلم .

(٤) الشرائع ص ١٣٠ .

مع احتمال صحة سندها^(١) .

أما العلامة الحلي فقد صرح بذلك في كتاب الصلح فقال (ولو اشتبه الثوبان بيعا وقسم الثمن على نسبة رأس مالهما)^(٢) .

إذا فلم يقف الفقهاء مكتوفي الأيدي إزاء هذه القضية التي حصل فيها الاشتباه بين الشريكين في مورد التماسر بينهما بل خولوا الحاكم الشرعي بالبيع وتقسيم مجموع المال إلى خمسة أخماس لأن نسبة رأس المال تقتضي ذلك إذ مجموع قيمة الثوبين تكون خمسين فتقسم إلى خمسة أخماس يأخذ صاحب الثلاثين ثلاثة منها وصاحب العشرين اثنين ، وليس المهم من ذلك كيفية التقسيم ، بل المهم هو أن المال لا يبقى بينها مشاعاً بل لا بد من بيعه بعد أن عسر تصادقها على التخيير ويكون ذلك من صفريات مسألتنا وهي (إزالة الشيوع) ومثل هذا ما لو خلط وزنة من الحنطة ردية قيمتها عشرون بوزنة أخرى لغيره جيدة قيمتها ثلاثون فقد حدثت الاشاعة في البين ، فقبل بيع المجموع وتقسيم الثمن على نحو ما مر في الثوبين ، نقول أو لا : لو اتفق الشريكان على قسمة العين الخارجية لم تكن القسمة بينها على نحو المناصفة بل على نحو يكون لصاحب الردية خمسان ولصاحب الجيدة ثلاثة أخماس لأن الشركة في العين بعد هذا الخلط تكون بحسب المالمية لا بحسب العين الخارجية ، وقد عرفت أن الروايات عنهم عليهم السلام نصت على أخذ نسبة الأخماس في هذا النوع من الخلط والاشتباه فكما أن لصاحب الردية خمسين من الثمن فكذلك له خمسان من المثلث وهو العين المختلطة ، هذا إذا كانت القسمة ممكنة ، وأما لو لم يتفق الشريكان على القسمة في العين الخارجية فلا بد من بيع المجموع وتوزيع الثمن بينهما أخماساً على ما مر في الثوبين .

(١) الجواهر كتاب الصلح ص ٤٣١ طبعة ايران سنة ١٣١٢ .

(٢) التبصرة مبحث الصلح ص ٧٣ .

٤ - ما ذكره في قضية ما لو اشترى شخص بغيراً واشترك الآخر مع المشتري بالرأس والجلد وتفصيل هذه المسألة ما جاء في كتاب الشرائع والجواهر في أوائل بيع الحيوان كما يلي : (١) فلو باع واستثنى الرأس والجلد صح ويكون شريكاً مع المشتري في الحيوان بقدر قيمة ثنياه على رواية السكوني عن الصادق عليه السلام قال إختصم رجلان إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجلان اشترى أحدهما بغيراً واستثنى البيع الرأس والجلد ثم بدا للمشتري أن يبيعه فقال عليه السلام للمشتري هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد ، وما رواه الصدوق في المحكى عن العمون بسنده إلى الرضا عليه السلام عن آباءه عن الحسين بن علي عليه السلام أنه قال إختصم إلى علي عليه السلام رجلان أحدهما باع الآخر بغيراً فاستثنى الرأس والجلد ، ثم بدا له أن ينحره قال عليه السلام هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد ، بناء على أن المراد البداية له في أن لا ينحره بقرينة الخبر السابق ثم أن صاحب الجواهر أطال الكلام في هذه المسألة ونقل كلمات الأصحاب فيها ثم قال بعد ذلك : « وكذا لو اشترى اثنان أو جماعة حيواناً وشرط أحدهما لنفسه الرأس والجلد كان شريكاً بنفسه ما له لصحيح الفنوي عن الصادق عليه السلام في رجل شهد بغيراً مريضاً وهو يبيع فاشتراه رجل بعشرة دراهم واشترك فيه رجلاً بدرهمين بالرأس والجلد فقضى أن البعير بريء ، فبلغ ثمنه ثمانية دنانير قال فقال عليه السلام لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ ، فإن قال : أريد الرأس والجلد فليس له ذلك ، هذا هو الضرر وقد أعطى حقه إذا أعطى الخمس » (٢) .

ثم عقب صاحب الجواهر رحمه الله على ذلك بقوله :

(قلت لا يخفى عدم الفرق في الحكم المزبور بين مورد الصحيح وغيره) وقد نبه شيخنا الأستاذ - دام ظله - على نقطة دقيقة هنا وهي أن فقهاءنا رحمهم الله وإن اختلفوا في شرح مفاد الخبر في المسألة الثانية في أن دفع الدرهمين هل هو من قبيل شراء الرأس والجلد ؟

(١) الجواهر كتاب التجارة ص ٢٣٧ طبعة إيران سنة ١٣١٢ .

بحوث فقهية - ١٢٢

(٢) نفس المصدر ص ٢٣٨ .

أو أنه من قبيل الاشتراك في ثمن البعير مع اشتراط كون حصة صاحب الدرهمين هي الرأس والجلد إلى غير تلك الوجوه التي نقلها عنهم صاحب الجواهر رحمه الله .

إلا أن ذلك لا يخرج كون اصرار صاحب الدرهمين على أخذ الرأس والجلد من قبيل الاصرار الذي حكم الامام عليه السلام بأنه مضار في ذلك فيكون ذلك موجباً لسقوط حقه المذكور وأنه لو أعطى الخمس من قيمة البعير يكون ذلك إعطاء لحقه وإن حولته قاعداً نفى الاضرار من عين الرأس والجلد إلى خمس قيمة البعير ، وحينئذ يكون ما تضمنه الخبر المذكور من الحكم الآنف الذكر مما يستأنس به لما نحن فيه من كون الركون إلى البيع وقسمة الثمن فيما نحن فيه دفعاً للضرر المتوجه إلى من طلب أخذ حقه من المال المشترك غير القابل للقسمة ولا للمهاياة وأن حديث نفى الضرر والضرار حاكم على حديث السلطنة القاضي بعدم نفوذ بيع حصص الشركاء بغير إذنه كما سيأتي الاستدلال بحديث نفى الضرر لما نحن فيه .

الاستدلال بقاعدة نفى الضرر والضرار:

وأخيراً أفاد شيخنا الأستاذ - دام ظله - أنه بالإمكان أن يستدل لما نحن فيه من حصول التعاسر وعدم إمكان القسمة والمهاياة والإجارة بقاعدة نفى الضرر والضرار حيث ورد في موثقة زرارة عن الإمام أبي جعفر عليه السلام . أن سمرة بن جندب كان له عذق في حائط (١) لرجل من الأنصار وكان منزل الأنصاري بباب البستان فكان سمرة يمر إلى نخلة ولا يستأذن فكلمه الأنصاري أن يستأذن إذا جاء فأبى سمرة فجاء الأنصاري إلى النبي (ص) فشكا إليه وخبره الخبر فأرسل إليه رسول الله (ص) بقول الأنصاري وما شكاه فقال: إذا أردت الدخول فاستأذن فأبى فلما أبى ساومه حتى بلغ به من الثمن ما شاء الله فأبى

(١) العذق النخلة بحملها .

أن يبيعه ، فقال لك بها عذق في الجنة فأبى أن يقبل ، فقال رسول الله (ص) للأنصاري اذهب فاقلعها وارم بها إليه فإنه لا ضرر ولا ضرار - وفي بعض الروايات ما أراك يا سمرة إلا مضاراً^(١) وطريق الاستدلال بهذه الرواية هو أن نفي الضرر ليس إلا نفي الحكم مع تعمد من صاحبه والاصرار على إيصال الضرر بواسطة ذلك الحكم إلى الطرف الآخر ولأجل ذلك عقب (ص) لا ضرر . بلا ضرر .

وحينئذ فيكون الاصرار من طرف بعض الشركاء على عدم البيع من قبيل الاصرار على إضرار الغير - وعليه - فتكون سلطنته على ذلك منتفية بالحديث المذكور في نفي الضرر والاضرار .^(٢)



(١) الوسائل كتاب احياء الموات باب ١٢ .

(٢) ذكر شيخنا دام ظله حديث نفي الضرر والاضرار واستدل به في البحث عن حقوق الزوجية وآثارها الوضعية وتجد الحديث والاستدلال به مفصلاً في موضعه من هذا الكتاب .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

أحقوق الزوجية وأثارها الوضعية

الرباط المقدس ، حقوق الزوج ، حقوق الزوجة
الآثار المترتبة على تخلف الزوجة ، الآثار المترتبة على تخلف
الزوج ، حديث نفي الضرر والضرار ، الفرق بين الضرر
والضرار ، الاستشهاد بسيرة السلف ، مدى امكانيات
الحاكم الشرعي ، لو كان الزوج مجهول المثل ، طرق
التبليغ الحديثة .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الرباط المقدس :

الزواج : رباط مقدس جعله الله بين الزوجين لتنظيم به الحياة البشرية وهو في الوقت نفسه ميثاق وشركة بين طرفين ، ولكل شركة مقررات والتزامات تفرضها طبيعة ذلك التعهد الخارجي ، لذلك كان لازماً على كل طرف أن يتقيد بما تقتضيه أصول هذا الميثاق ، وتعليه عليه مقررات هذه الشركة الجديدة ، فان تم والتزم كل طرف بما فرض عليه فمعنى ذلك أنها سينعمان بحياة سعيدة رغيدة ، هائلة وخالية من المتاعب ، وبعيدة عن الصعوبات .

أما الإخلال من أحد الجانبين بما يجب عليه فمعناه الايدان بحياة شائكة معقدة يشوبها الصخب والضجيج وتحوطها المشاكل الاجتماعية .

والزواج وان كان بالنظرة الأولى - كما أسلفنا - علفة جديدة بين زوجين . إلا أن نتائجها في جميع الاحوال لا تقتصر عليها فحسب بل تتعداها إلى حلقات أخرى كالبيت والأسرة والمجتمع ، وما إلى ذلك .

لذلك كان من الواجب أن يحترم كل طرف ما تفرضه عليه حياته الجديدة من عهود لا بد لكل من الطرفين الالتزام بها ، وقد تعرض الفقهاء لحقوق الزوجين كل منها إزاء صاحبه وهي كما يلي :

حقوق الزوج :

١ - الإطاعة من جانب الزوجة وعدم عصيانه في الأمور التي تتعلق به كما في :

١ - الخروج من بيته بغير إذنه .

- ٢ - التصديق بالأموال العائدة له وهبتها ونذرها .
- ٣ - العبادات التي تمنعه من تحقيق رغبته الجنسية كالصوم تطوعاً وما شاكل ذلك .
- ٤ - أن تمنعه نفسها من الوطء وما يلحق به مما يعود إلى رغبته الجنسية .

أما حقوق الزوجة :

- ١ - النفقة بما فيها الطعام والكساء بما يتفق وشؤون 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 ، وقد ذكرنا في المقام أموراً أخرى ترجع إلى هذه المذكورات فراجعها في أماكنها .
- والآن فإذا تخلف أحد الزوجين عن القيام بما يجب عليه اتجاه صاحبه فهل هناك آثار وضعية تترتب على هذه المخالفة وما هي ؟
- ويقع البحث - ونحن 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 :

ولا بد لنا من فرض الزوج في هذه الصورة مؤدياً جميع الحقوق التي لزوجته عليه وفعلاً فقد حصل منه القيام بكامل حقوقها ، فلو تخلفت عن أداء حقوقه المفروضة عليها فما للزوج حينئذ وما يصنع ؟ وقد أفاد شيخنا الأستاذ - دام

ظله - في تحديد موقف الزوج من زوجته مع وجود هذا التمرد من جانبها .
بأن للزوج في هذه الصورة لو لم يرد الطلاق أن يهجرها ويضربها عملاً بمنطوق الآية الكريمة .

« واللاقي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً » .^(١)

ولسنا الآن في صدد بيان مقدار الضرب وصفته وهل أن الوعظ والهجران والضرب ترتيبي أو أنها جميعاً وسائل تأديبية بأيا شاء بدأ فان هذا موكول إلى محله ، ولسنا في صدد بحثه بهذه العجالة .

وأما الآثار المترتبة على تخلف الزوج فيمكن حصرها في نقطتين :

الأولى : فسخ المجال أمام الحاكم الشرعي لإجراء الطلاق .

الثانية : في مقابلته بسلب حقوقه عليها في قبالة تخلفه عن حقوقها أما البحث عن النقطة الأولى .

فلا بد لنا : قبل الدخول في صلب الموضوع وملاحظته من جميع أطرافه من بيان جهة لها صلتها بما نحن في صدد بيانه ، وهي أتا نريد من هذا البحث أن نرى هل للحاكم الشرعي صلاحية تولي إجراء الطلاق جبراً على الزوج متى طلبت الزوجة ذلك منه ؟ : من غير فرق بين .

١ - من لم ينفق على زوجته .

٢ - أو من أصيب بعن بعد الوطء ولو مرة واحدة .

٣ - أو من ترك زوجته ولم يباشرها ولم يضاجعها مما ينطبق عليه عنوان

الهجران بلا تقصير صادر منها أو غير ذلك من الموارد التي يعسر معها بقاء للزوجة بدون زوج ، وبعد بيان هذه الملاحظة نعود إلى شيخنا الأستاذ - دام

(١) النساء آية: ٣٤ .

ظله - ليعطي رأيه في هذه المسألة .

حيث يرى التوسعة في صلاحيات الحاكم الشرعي ، وشمولها لهذه السلطة وإجراء الطلاق جبراً على الزوج متى طلبت الزوجة ذلك منه ، وقد أفاد - دام ظله - في وجه ذلك مستنداً عليه بالكتاب المجيد وبالسنة الشريفة

أما الآيات الكريمة فهي :

أولاً : ما جاء في قوله تعالى :

«الطلاق مرتان فأمسك بمعروف أو تمريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون» فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا ان يقيما حدود الله وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون ، وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكنهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكنهن ضراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه» . (١)

وثانياً : ما جاء في قوله تعالى أيضاً :

« فإذا بلغن أجلهن فأمسكنهن بمعروف أو فارقهن بمعروف » (٢) .

والذي يظهر من هذه الآيات الكريمة هو أنها في صدد بيان حكم كبروي وهو أن كل شخص بالنسبة إلى حياته الزوجية لا بد له من سلوك أحد طريقين : إما أن يقوم بكامل حقوق الزوجة بما في ذلك النفقة والوطء والمضاجعة والمباشرة وما إلى ذلك مما يكفل حق المرأة من الوجهة الشرعية ، وهو المعبر

(١) سورة البقرة آية : ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، ٢٣١

(٢) سورة الطلاق آية : ٢ .

عنه بقوله تعالى : « فامسك بمعروف » .

أو يقوم بفك رباط الزوجية لتأخذ الزوجة طريقها في هذه الحياة فتختار من يقوم بشؤونها ويكفل لها حياة سعيدة بعد أن عجز الزوج عن القيام بذلك ويكون إخلاء سبيل هذه الزوجة هو المعبر عنه بقوله تعالى : « أو تسريح بإحسان » .

ولا ثالث لهما من الأمرين بل الأمر دائر بينهما .

ويؤيد ما ندعيه - من استفادة هذا الحكم الكبروي - ما جاء في نفس الآية الكريمة من قوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضرراً لتعتدوا » فإن هذه الفقرة من الآية الكريمة لعلها تكون مسوقة لتأكيد الحكم السابق وهو الامساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان وهو ما نبتغيه .

أو تكون مسوقة لبيان حكم جديد، وهو عدم مشروعية الامساك الضراري والذي يكون موجبا لإلحاق الضرر بالزوجة بأي لون كان الضرر ، سواء كان بتقصير ناشيء عن اختيار من الزوج كعدم قيامه بحقوقها الواجبة عليه مع فرض قدرته على أدائها ، أو كان قهريا عليه وبلا اختيار كالاعتق الظاريء مثلا بعد الوطء ولو مرة واحدة .

أو لعجز عن أداء النفقة والقيام بما تتطلبه حياته المعاشية ، ولا يضر بهذه التوسعة ما ورد في الآية الكريمة من قوله تعالى : (لتعتدوا) بدعوى ظهورها في أن الغرض من الإمساك المنهى عنه إنما هو الاضرار الذي يكون من قبيل التعدي على الغير أو هو من قبيل التعدي عن الحقوق الشرعية ، أما الاضرار الذي يكون من قبيل العن وما شاكله فانه خارج عن ذلك لأنه من الأمور غير الاختيارية فلا يكون مشمولا للنهي المذكور .

والجواب : 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 وأنه تعد صريح على حقوقها المرتبة من قبل الشارع المقدس

ويتبين لنا هذا المعنى بوضوح إذا لاحظنا ما أكدت به هذه الآيات الكريمة من تكرار كلمة الحدود فقد قال عز وجل في الآيات المتقدمة :

« إلا أن يخافا إلا يقيما حدود الله » .

« فإن خفتما إلا يقيما حدود الله »

« تلك حدود الله فلا تعتدوها » .

« ومن يتعد حدود الله »

« إن ظنا إلا يقيما حدود الله »

« وتلك حدود الله نبينها »

فإن المراد من الحدود في هذه الموارد ليس هو الحدود والقوانين التكاليفية الراجعة لكل شخص بحسبه كحرمة شرب الخمر وما شاكل بل المراد منها القوانين المعمولة لكل من الزوجين صاحبه حيث تدل كلها على اهتمام الشارع المقدس بالمحافظة على تطبيق تلك الحدود لإنشاء حياة سعيدة بين الطرفين وقد يدعي بأن التسريح بالاحسان هو ترك المرأة حتى تنقضي عدتها والامساك هو الرجوع بها في المدة كما هو ظاهر قوله تعالى :

« فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف » .

وقد ظهرت الدعوى صريحة في كلام صاحب الجواهر رحمه الله عند ذكره لاستدلال البعض على فسخ الحاكم فيها لو تجدد العجز عن النفقة بقوله تعالى : « فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وأجاب عنه بالمنع من كون الامساك مع عدم التمكن من النفقة إمساكاً بغير المعروف ، ثم قال :

« على أنه قد تقدم في تفسير الآية من النصوص ما ينافي ذلك » ويشير بقوله

« قد تقدم - إلى ما نقله في مسألة الطلاق الثالث من النصوص الدالة على أن

المراد بالتسريح فيه هو الطلاق الثالث أو هو تركها حتى تنقضي عدتها .

وهنا دعوى ثانية : مفادها أن هذه المقابلة بين التسريح والفراق إنما هي في

موارد المطلقة مرتين كما هو ظاهر موثق الحسن بن فضال المروي عن الإمام

وقد أفاد شيخنا - دام ظله - بأننا لو أغضينا النظر عن هذين الجوابين فلا بد لنا من طرح هذه الاخبار المذكورة المانعة من الطلاق نظراً لما ورد في أخبار عدم جواز ترك الوطء لأكثر من أربعة أشهر ، وكذا ماورد في أخبار الإيلاء والظهار مما يستنبط منه أنه لا بد للحاكم الشرعي أن يحافظ على الحقوق الشرعية وعدم فسخ المجال لكل من الزوجين في التقصير بحقوق الطرف الآخر لأن ملاحظة تلك الأخبار تعطينا صورة واضحة عن مدى اهتمام الشارع المقدس بذلك وأنه لا يرضى بالتسامح فيه ، وقد رأينا ما في بعضها من العقاب الصارم لو لم يطلق بحيث يكون أمر الزوج دائراً بين اثنين لاثالث لهما .

فاما أن يفىء وحينئذ فيجد الله تواباً رحماً ، أو يطلق وعليه فان الله سميع علم .

بهذا المضمون صرحت الآية الكريمة في قوله تعالى : « والذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فآؤا فان الله غفور رحيم » وإن عزموا الطلاق فان الله سميع علم ، (١) .

وقد 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 في المولى :

(فاما أن يفىء أو يطلق فان فعل والاضرب عنقه) (٢) . وبالأخير ماتضمنته بقية الأخبار من أن الامام يطلق عنه ولعل ضرب الرقبة في خصوص ما لو أمره الامام عليه السلام بالطلاق فعصى كما في المرسلة المتقدمة .

وعلى هذا فيدور الأمر بين تخييره بالمباشرة والطلاق بعد الأربعة أشهر ولا يقتصر على مولى وغيره بل يعم كل تارك ، وحينئذ فيمكننا تصحيح ضرب

(١) البقرة : آية ٢٢٦

(٢) الوافي باب الإيلاء ص ١٤١ .

الاجل للغائب فان حضر فهو وإلا كان علينا أن نطلقها منه قهراً عليه شريطة أن يكون الطلب من الزوجة حاصلاً لاجراء الطلاق منه وأنها لا تبقى على هذه الحالة .

ولا بد للرجل من كونه على طبق ماتشير اليه الآية الكريمة من الاربعة أشهر .

مبدأ الأربعة اشهر :

وهذا محل خلاف بينهم فهل هو بعد رفع الامر الى 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 وان لم يكن في البين إيلاء أو ظهار ربما قيل بالأول وهو البدء بالأربعة أشهر من حين رفع أمرها الى الحاكم الشرعي من باب السير الحكيم والمساعدة مع الزوج إذ لعل سكوتها قبل رفع الأمر الى الحاكم الشرعي كاف في أمضاء ترك الوطء طوال المدة السابقة ولكن شيخنا الأستاذ دام ظله أستظهر الوجه الثاني .

حديث نفي الضرر والضرار :

بما تقدم - عرفت - الأدلة من الآيات والروايات على القول بانفتاح باب الطلاق الاجباري أمام الحاكم الشرعي .

وبما يؤيد ذلك ما استدل به للموضوع نفسه من حديث - نفي الضرر والضرار - كما جاء عن زرارة عن أبي جعفر الباقر - عليه السلام - قال : إن سمرة بن جندب كان له عذق، وكان طريقه اليه في جوف منزل رجل من الانصار فكان يجيء ويدخل الى عذقه بغير اذن من الأنصاري فقال الأنصاري : يا سمرة لاتزال تفاجئنا على حال لانحب أن تفاجئنا عليه ، فأذا أردت الدخول فأستأذن .

فقال : لا أستأذن في طريق ، وهو طريق الى عذقي . قال : فشكاه الانصاري الى رسول الله (ص) فأرسل اليه (ص) فأثناء فقال : ان فلاناً قد شكاك وزعم انك تمر عليه وعلى أهله بغير اذن ، فأستأذن عليه اذا أردت أن تدخل فقال يارسول الله استأذن في طريقي الى عذقي ؟ فقال رسول الله (ص) خل عنه ولك مكانه عذقي في مكان كذا ، فقال : لا ، قال : فلك أثنان قال : لا أريد ، فلم يزل يزيده حتى بلغ عشرة أعذق فقال : لا قال : فلك عشرة في مكان كذا وكذا فأبى فقال : خل عنه ولك مكانه عذقي في الجنة قال : لا أريد ، فقال له رسول الله (ص) انك رجل مضار ولا ضرر ولا ضرار على مؤمن ثم أمرها رسول الله (ص) فقلعت ورمى بها اليه وقال له رسول الله (ص) انطلق وأغرسها حيث شئت ^(١) والروايات الواردة في - لا ضرر - كثيرة وفي موارد متعددة ، وتتجسم كاملة في قضية سمرة وفي أغلبها يكون التصريح عنهم عليهم السلام بلفظ (لا ضرر ولا ضرار) ولا مجال للتعرض لجميعها بل نكتفي بالحديث المتقدم الوارد عن زرارة في قضية سمرة وقبل التطرق الى الاستدلال بالحديث الشريف لما نحن في صدد اثباته لا بد لنا من بيان لمحة عن الحديث المذكور والمراد من النفي المتوجه على كل من - الضرر والضرار - .

ما هو الضرر والضرار ؟

الضرر : مصدر (ضر) وهو النقص في الحال ، أو النفس ، أو العرض كما تنص عليه كتب اللغة .

الضرار : مصدر ضار ، وهو ايصال الضرر من كل طرف الى الآخر لكونه من باب المفاعلة ، والمفاعلة قاضية بالمشاركة من الطرفين نظير المضاربة والمقاتلة وبناء على اعتبار كون الضرار من باب المفاعلة ، كيف يتم توجيه الضرار في قضية سمرة مع الانصاري ؟ فان ايصال الضرر كان صادراً من جهة واحدة

وهو سمرة حيث كان يريد الضرر بصاحبه في الدخول عليه بلا استئذان وفي مقام الجواب عن ذلك نقول : أنه ربما وردت صيغة المفاعلة على خلاف ما يقتضيه وضعها من المشاركة من الطرفين كما في مثل - سافر وهاجر - بمعنى سفر وهجر ويتم بذلك توجيه قضية سمرة بعد ما صار استعمال صيغة المفاعلة فيه مجازاً وطبيعي أن الالتجاء الى ذلك يفقدنا روعة المعنى الحقيقي وهو المشاركة من الطرفين ولم يحصل لنا ذلك المعنى الذي تقيده صيغ المفاعلة ، والمحافظة على المعنى الحقيقي في هذه القضية يمكننا أن نعتبر القضية المذكورة في مسألة سمرة أيضاً مما حصلت فيها المشاركة من الطرفين والمحافظة على هذا المعنى الحقيقي يستدعينا اعمال عناية في البين ، ليطلق على سمرة عنوان المضار وتلك العناية ، هي أن إصرار سمرة على الاضرار بالانصاري مع أنه لم يشترك معه في ايصال الضرر اليه يجعل الانصاري في نظر سمرة كأنه يقابله بالضرر حيث يمنع من الدخول الى نخلة فيكون ايصال الضرر من سمرة مكافأة منه بايصال الضرر اليه في قبال ذلك الضرر الذي يتخيل سمرة حصوله من الانصاري كل ذلك بعد امتناع سمرة عما أمره النبي (ص) أولاً من الاستئذان من الانصاري بدخوله عليه ، فكان مصرأ على الاضرار وكان أصراره على الاضرار مصححاً لاستعمال المضارة في حقه باعتبار هذه العناية المذكورة .

المراد من النفي في الحديث :

من الواضح أن جملة - لا ضرر ولا ضرار - الواردة في كلامه (ص) قد اشتملت على فقرتين - الضرر والضرار - وقد دخل النفي عليهما معاً فما هو المراد به ؟

أما نفي الضرر . فمن البين أن النفي الوارد على الطبيعة ، تارة : يكون نفياً حقيقياً ، وثانية : يكون نفياً تنزيلياً . ويمثل الأول : بقولنا لا رجل في الدار . أما الثاني : فلا بد لتصحيح التنزيل فيه من اعتبار جهة يكون التنزيل

بواسطتها معتبراً ، وهذه الجهة تختلف . فقد يكون نفي الصحة مصححاً وهذا كما في قوله عليه السلام « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » . أو تكون نفيًا للكمال وذلك كما في قوله عليه السلام « لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد » . أو تكون الجهة المصححة هي نفي الحكم وسيتضح مثالها عند التعرض لرأي صاحب الكفاية - رحمه الله - أو تكون الجهة هي التحريم كما في مثل نفي الضرر وسيأتي مزيد توضيح لذلك انشاء الله تعالى .

وقد ذهب صاحب الكفاية - رحمه الله - الى اعتبار النفي المتوجه على الضرر في الحديث الشريف انما هو من النفي التنزيلي ، والمنفي فيها هو الحكم لكنه بلسان نفي الموضوع ، بمعنى أن النفي يكون مسلطاً على الفعل الخارجي الذي يوقع في الضرر ، ولنفرض ذلك الفعل الخارجي هو الوضوء بالنسبة الى المريض الذي يضره استعمال الماء ، ويكون معنى نفيه هو نفي حكمه ، وعلى هذا فيكون هذا النوع من النفي من قبيل نفي الحكم بلسان نفي الموضوع .

والرد على هذا المسلك يكون من وجوه :

اولا - أن كون المراد من الضرر هو الموضوع الضرري على ما يقوله صاحب الكفاية - قدس سره - يستلزم أن لا يكون النفي في هذه الفقرة نفيًا حقيقياً بل يكون نفيًا تنزيلياً باعتبار نفي ذلك الموضوع ومع امكان اعتبار النفي نفيًا حقيقياً - كما سنبينه - فلا مجال لاعتبار النفي نفيًا تنزيلياً تصححه جهة من الجهات .

وثانياً - أنه - رحمه الله - قد نفي الموضوع بنفيه لحكمه فصار نفي الحكم عنده مصححاً لنفي الموضوع ، ولا يمكن الأخذ باطلاق هذا ، لأن الحكم الذي يكون مصححاً لنفي الموضوع هو الحكم الذي يكون انعدامه موجباً لانعدام الموضوع تنزيلاً كما في مثل الوجوب بالنسبة الى الوضوء فان نفيه يمكن أن يقال بكونه مصححاً لنفي الموضوع بخلاف ما لو كان الحكم هو الحرمة - مثلاً - فإن نفي حرمة الشيء لا تكون مصححة لنفي ذلك الشيء ، بل هي على العكس

تكون موجبة لفتح باب وجوده لا انها توجب أنعدامه .

ويختار شيخنا الأستاذ دام ظله - بأن النفي المتوجه على الضرر في هذه الفقرة هو النفي الحقيقي لا التنزيلي إذ الوجوب في مفروض المثال المتقدم ، لما كان باعثاً للمكلف على الوضوء فيكون الضرر معلولاً للوضوء ، والوضوء - في نفس الوقت - معلول للوجوب الوارد عليه ، فيكون الوجوب -علة للضرر ويكون الضرر مسبباً توليدياً عنه ، فيصح أن نعبر عن الوجوب بعنوانه الثانوي الذي هو المسبب التوليدي عنه ، وهو الضرر فيكون الضرر عبارة عن نفس الحكم الموقع في الضرر . وبهذا يكون النفي نفياً للحكم ابتداء .

وأما نفي الضرر . فإن النفي فيه تنزيلي والجهة المصححة لهذا التنزيل هي كونه كناية عن التحريم ونظير ذلك ماورد في الآية الكريمة :
« الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج »^(١) .

فإن الشيء لو كان محرماً كانت حرمة موجبة لصحة إنتفائه ليكون كناية عن نفي مشروعيته على حد قوله : لا رهبانية في الاسلام .

الفرق بين الضرر والضرار :

وبناء على ما تقدم يكون حاصل الفرق بين الضرر والضرار :
هو أن الضرر : مسوق لنفي الحكم الموجب للضرر ، وإن لم يكن ذلك مقروناً بتقصّد وإصرار من صاحب ذلك الحكم .

وأما الضرار : فإنه مسوق لنفي الحكم ، مع تعمّد من صاحبه والإصرار على إيصال الضرر بواسطة ذلك الحكم الى الطرف الآخر ، ولأجل ذلك عقب - ص - : لا ضرر بلا ضرار - وهذا من قبيل الانتقال من الأدنى الى الأعلى

(١) البقرة : آية ١٩٧ .

كما يشهد به قوله -ص- قبل ذلك بعد أسداء النصح لسمرة (انك رجل مضار)
واليه الأشار في قوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا » وفي قضية سمرة
وما تضمنته الرواية الشريفة من الأمر بقلع النخلة والقائها فانه - ص - لم يأمر
بالقطع ، إلا بعد أن حكم على سمرة بالاستئذان عند إرادة الدخول ، وأمتنع
سمرة من الرضوخ لذلك الحكم الشريف ، وحينئذ فيكون استحقاقه لبقاء
نخلته - ضراراً - لكونه سبباً لاصرار سمرة على الضرر فيكون منتفياً ، إذا
ففي المرتبة الأولى كان جواز الدخول لسمرة بلا استئذان سبباً للضرر فيكون
منتفياً - بلا ضرر - وتكون نتيجة ذلك لزوم الاستئذان ، وحيث لم يقبل
سمرة بذلك الحكم فقد أنتقل المورد من الضرر الى الضرار - وصار استحقاق
بقاء النخلة موجباً للضرار لذلك نفاه - ص - وكانت نتيجة ذلك هو جواز
قلع النخلة ، إذ لا يمكن نفيه إلا بهذا الطريق حيث أن ذلك الضرار وان أمكن
نفيه بإقامة شخص يمنع سمرة من الدخول بلا استئذان إلا أن ذلك لما لم يكن
متيسراً له في ذلك العصر فقد ألحصر رفع ذلك الضرر الناشئ عن أصراره على
الدخول بلا استئذان برفع ذلك الاضرار وهو استحقاقه لبقاء نخلته فنفاه -ص-
بنفي الضرار الذي يكون متولداً عنه .

الاستدلال بالحديث الشريف لما نحن فيه :

وينحصر الاستدلال بهذا الحديث الشريف بأحد وجهين :

الاول - أجراؤه في لزوم النكاح فتكون النتيجة هي ثبوت خيار الفسخ
للزوجة .

الثاني - الاستدلال به لاثبات الاجبار على الطلاق .

أما الوجه الأول : فيقال في تصويره : أن لزوم النكاح على الزوجة ، وعدم
الاخلال من جانبها بحقوق الزوج في حال كون الزوج غير قادر على القيام
بحقوقها يكون ضرراً منفيّاً بالحديث المذكور ، وحينئذ فيكون للزوجة فسخ

النكاح ، ونظير هذا ما ذهبوا اليه في مسألة عدم لزوم البيع على المغبون والاستدلال له بحديث نفي الضرر .

وبهذا ينتج لنا إمكان الفسخ من جانب الزوجة ، حيث يخل الزوج بحقوقها لأن الأخلال بالحقوق التي لها عليه - ضرر - وهو منفي بالحديث الشريف . وقد يعترض على هذا الوجه من الاستدلال .

بأن أعطاء صلاحية الفسخ بيد الزوجة فتح لباب الخيار ، وثبوته في عقد النكاح ، مع أن الأجماع قائم على عدم دخول الخيار في عقد النكاح إلا من الطرق الخاصة المنصوص عليها في عيوب الرجل والمرأة .

وقد تعرض صاحب الجواهر - رحمه الله - لهذا المعنى حيث تطرق الى الاستدلال على عدم صحة اشتراط الخيار في النكاح ، معللاً إياه بأن فيه شائبة العبادة التي لا يدخلها الخيار - الى أن قال - بل في قوله : في خبر أبان كقوله في غيره تزويج البتة ، ونحو ذلك منافاته لعقد النكاح من ضروريات التقيـه . وحيث يصل المحقق الحلي - قدس سره - في شرائعه الى المسألة الثانية عشرة من المسائل التي ذكرها في باب المهور يقول صاحب الجواهر في الاستدلال على بطلان شرط الفسخ لمعلومية الخيار ولحصـر فسـخه بغيره ، ولذا لا يجري فيه إلا ما قاله بخلاف غيره من عقود المعاوضات .

وعلى أي حال فهل يثبت للزوجة الفسخ في النكاح بعد حصول الضرر أولاً ؟

ويجيب شيخنا - دام ظله - :

لقد سبق أن بينا في دروس سابقة عدم قابلية النكاح للخيار المجهول ابتداء أو الناشئ عن تخلف الشرط المصرح بها في العقد أو التي تكون ضمنية ، وهناك ذكرنا أن لزوم النكاح حكمي ، لا أنه مجعول للمتعاقدين

ومع قطع النظر عن ذلك نقول ^(١) :

ان الضرر المتوجه على الزوجة في حال عدم قيام الزوج بحقوقها ليس مسبباً توليدياً عن نفس لزوم النكاح لينتفي بالحديث المذكور ، إذ من المعلوم أن إختيار الزوج دخيل في البين ، وسيأتي مزيد توضيح لذلك .

الوجه الثاني : من الاستدلال بحديث نفي الضرر :

(١) المعاملة بالنظر الى اللزوم وعدمه تكون على اقسام :

الأول - ما يكون اللزوم فيها ذاتياً : حيث تقتضيه ذات المعاملة كما في لزوم الرهن على الراهن ، فان عدم لزومه عليه يناق حقيقة الرهن الذي هو جعل الوثيقة عند الطسرف الآخر الموجب لوثوق المرتهن بعدم تلف دينه ، فهذا النحر من العقود والذي يكون اللزوم فيه ذاتياً لا يجوز فيه اشتراط الخيار لأن اشتراط الخيار فيه منافي لحقيقة المعاملة .

الثاني - ما يكون اللزوم فيه حقيقياً . وهذا كما في معاملة البيع إذا وقعت بقالب العقد والتعاقد فان كلا من المتعاقدين بواسطة وقوع ذلك العقد له الحق على صاحبه بالزامه بمقتضى ذلك العقد ومنعه من الفسخ .

وهذه الحقيقة إنما جاءت من العقد والتمسك به من كل منهما على ما أوقعاه ، ومن الواضح ان اللزوم في هذا القسم لا يكون ذاتياً ١ لأن مبادلة الكتاب بالدينار - مثلاً - على نحو المعاطاة من دون عقد ، لا يكون لزومها من مقتضيات ذاتها بل لكل منهما الرجوع فيما أوقعه ويكون ابراز تلك المعاملة بقالب العقد مانعاً عن الرجوع ، وفي هذا النحر من المعاملات لا مانع من اشتراط الخيار فيها ، لأن هذا الشرط لا يكون منافياً لذات المعاملة ، كما انه لا يكون منافياً للتعاقد عليها واقصى ما فيه انه يكون منافياً لاطلاق التعاقد ، وهذا جار في كل شرط ، فان الشرطية إنما تكون منافية للاطلاق لا لذات الشروط .

الثالث - ان يكون اللزوم حكماً ١ حيث يكون يجعل من الشارع المقدس ومعنى ذلك ان الشارع يحكم على خصوص معاملة بأنها لا خيار فيها لأحد المتعاقدين فيكون اشتراط الخيار في مثل هذه المعاملة مخالفاً للحكم الشرعي ، فلا يكون نافذاً . وهذا كما في باب النكاح فان عقده وان تضمن حقية اللزوم ، وهو غير مانع من اشتراط الخيار - كما عرفت في البيع - إلا ان فيه مانعاً آخر وهو الحكم الشرعي التعبدى القاضي بان النكاح لا يدخله الفسخ والخيار إلا في موارد خاصة ، وهذا الحكم الشرعي يكون مانعاً من اشتراط الخيار لأحدهما على الآخر .

وهو الاستدلال بالحديث المذكور لاثبات الاجبار على الطلاق وعلى سلطنة الحاكم الشرعي عليه وتقريبه .

هو ان المستفاد من قوله (ص) « الطلاق بيد من أخذ بالساق »^(١) ان الزوج هو المسلط على ايقاع الطلاق ، وعلى عدمه وهذا الحكم ، وهو سلطنته على عدم الطلاق ضرري على الزوجة فينفي بحديث - نفي الضرر - وتكون النتيجة ان الزوج لا يكون مسلطاً على عدم الطلاق ، بل يكون الطلاق لازماً عليه .

وقد يعترض أيضاً : بأن الضرر المتوجه على الزوجة لم يأت من ناحية سلطنة الزوج على عدم الطلاق لينتفي عند حصول الضرر ، بل جاء من جهة عدم قيامه بحقوق الزوجة - لما عرفت - في تقريب الاستدلال في أثبات 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 ايجاد 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 موجباً للضرر يكون مفاد حديث - نفي الضرر - مشرعاً لما يكون رافعاً للضرر ، ولازم ذلك انها لو تضررت من عدم الطلاق

(١) هذا الخبر نبوي وقد تعرض اليه الحجة النوري في المستدرک باب ٣٥ وذكره صاحب الجواهر في أوائل البحث عن الطلاق عند التعرض لطلاق من بلغ عسراً ، وأنه لو طلق وليه عنه لم يصح وكذلك ذكره في الحدائق في مسألة عدم طلاق الولي عن الصبي . وذكره الشيخ في الخلاف في المسألة المفروضة ج ٢ ص ٢٢٣ . وعندنا اخبار تدل على مضمونه واردة فيمن شرط لزوجه ان بيدها الطلاق كقوله عليه السلام « إن على الرجل النفقة ويده الجمع والطلاق »

من ناحية أخرى لا من ناحية عدم قيام الزوج بحقوقها يكون الطلاق واجباً .
لذلك كان الأولى في الجواب أن يقال :

ان حديث نفي الضرر إنما يجري في نفي الحكم الذي يكون بقاؤه مولداً للضرر ، بحيث كان الضرر مسبباً توليداً للحكم ، أما مع فرض كون الضرر آتياً من عدم قيام الزوج بحقوقها فلا يكون مسبباً الا عن الزوج لا من الحكم الشرعي ، كما حقق في محله ، من انه يشترط في الأسباب التوليدية أن لا يتوسط اختيار آخر ، حينئذ فلا مورد فيما نحن فيه لحديث (نفي الضرر والضرار) .

وربما يعترض : بأن ما ذكرتموه من اعتبار كون الضرر مسبباً توليداً عن الحكم الشرعي ، وانه لو توسط في البين ، الاختيار من المكلف لا يكون (حديث نفي الضرر) جارياً لعدم استناد الضرر الى نفس الحكم بل الى اختيار المكلف ، فينبغي أن لا يجري الحديث المذكور في الوضوء أو الصوم اذا كان مضراً لأن الضرر إنما جاء من اختيار المكلف .

ويجيب عن هذا الاعتراض : بأن هذا الاختيار من المكلف - أعني أرادته الوضوء ، أو الصوم - لما كان ناشئاً عن ذلك الوجوب كان الضرر مستنداً الى الوجوب ، فكان هو الموقع المكلف في الضرر فكان الوجوب سبباً توليداً للضرر وكان الضرر مسبباً توليداً عن ذلك الوجوب ، فكان حينئذ يصح أن يقال : أن ذلك الوجوب مضر بالمكلف ، وبذلك يكون مرتفعاً . وهذا بخلاف ما نحن فيه مما لا يكون الحكم الشرعي فيه الا محض عدم وجوب الطلاق عليه كي يكون الاضرار بالزوجة امتثالاً له ليكون هو سبباً توليداً للاضرار بها .

وعلى أي حال فان التحقيق يقتضي لنا أن نقول بإمكان الاستدلال بهذا الحديث الشريف لما نحن فيه من انفتاح باب الطلاق الاجباري أمام الحاكم الشرعي حيث يتمسك بنفي الضرر على ذلك . لأن الزوج لو لم يقسم بحقوق زوجته وأمره الحاكم الشرعي بالقيام بتلك الحقوق فامتنع عن ذلك ولم يتمكن

الحاكم الشرعي من إجباره ، كان إصراره على ذلك من قبيل اصرار سمرة على الدخول لبَيْتِ الأنصاري ، وحينئذ يكون مضاراً للزوجة ويدخل تحت كبرى قوله (ص) لا ضرار . وينفتح بهذا باب الطلاق الإجمالي ويكون الأمر دائراً بين اثنين .

إما أن يجبره الحاكم الشرعي على الطلاق ليدخل سبيل الزوجة أو يتولى الحاكم الشرعي بنفسه ذلك ويجري الطلاق جبراً عليه لو امتنع عن فك رباط الزوجية ولم يطلقها لكونه ولي 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 ادعينا من توسعة الإلزام المذكور إلى بقية الحقوق التي هي للزوجة على زوجها .

ومن ذلك ما صرح به المحقق القمي - قدس سره - باللغة الفارسية في كتابه جامع الشتات ما ترجمته :

ان حقوق الزوجة هي : أن يؤمن الزوج نفقتها ، وكسوتها . طبقاً لما تنص عليه الشريعة المقدسة ، وأن لا يتشاكس معها بدون وجه شرعي ، وأن لا يؤذيها . ولو تخلف الزوج عن حقوق زوجته وطالبت الزوجة فلم تر نفعا رجعت إلى الحاكم الشرعي ، ويلزمه بعد ثبوت ذلك عنده ويحبره على الوفاء بحقوق زوجته ويعزره ان تخلف ، وإذا لم ترض الزوجة بالبقاء على تحمل نشوز الزوج يتدخل الحاكم الشرعي ليلزم الزوج بالوفاء بالحقوق ، أو بالطلاق . وهذا الإلزام لا ينافي صحة الطلاق .

وأما صاحب الجواهر - رحمه الله - فقد ذكر في مسألة الجمع بين الأختين فيما لو اشتبه عقد المقدم منها ما يلي :

« ولو اشتبه السابق ولم يكن ثمة ما يشخصه - ولو علم التأريخ بناء على الحكم بتأخر المجهول عن المعلوم - أقرع في وجه قوي ، وإن لم أجد من ذكره هنا نعم في القواعد الأقرب إلزامه بطلاقها لأن الواجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح باحسان . وإن لم يتمكن من الأول فيتعين عليه الثاني ، فإذا امتنع ألزمه الحاكم به كما في كل من وجب عليه أمر فسامتعه منه وللزم الحرج على المرأتين ، ولعل غير الأقرب احتمال العدم ، واحتمال فسخها وفسخ الحاكم وبطلانها » .^(١)

ومثل ذلك ما صرح به الفقيه الطباطبائي - قده - في عروته حيث قال : « لو تزوج بالأختين ولم يعلم السابق واللاحق ، فإن علم تأريخ أحد المعقدين حكم بصحته دون المجهول ، وإن جهل تأريخها حرم عليه وطؤها وكذا وطء إحداهما إلا بعد طلاقها ، أو طلاق الزوجة الرابعة منها ثم تزويج من شاء منها بعقد جديد بعد خروج الأخرى عن العدة إن كان دخل بها أو بهما ، وهل يجبر على هذا الطلاق دفعاً لضرر الصبر عليها لا يبعد ذلك لقوله تعالى : « فإمساك بمعروف ، أو تسريح باحسان » وربما يقال : بعدم وجوب الطلاق عليه وعدم إجباره وأنه يعين بالقرعة ، وقد يقال : إن الحاكم يفسخ نكاحها »^(٢).

مما تقدم عرفت أن الفقهاء - رحمهم الله - لم يقتصروا في الإيجاب على الطلاق على التقصير بالنفقة بل توسعوا فقالوا بذلك في كثير من الموارد كما مر عليك .

وأما بيان تكليف الحاكم الشرعي بعد الرجوع إليه وعدم فائدة إجباره للزوج المقصر على الطلاق فهذا - كما تقدم - يستفاد من ولاية الحاكم الشرعي على الممتنع ، حيث يكون له إجراء مثل هذا الطلاق ولما تقدم بيانه من الأدلة التي استفاد منها شيخنا الأستاذ - دام ظله - توسعة صلاحيات الحاكم الشرعي إلى

(١) الجواهر - كتاب النكاح - مسألة تحريم الجمع بين الأختين .

(٢) العروة الوثقى - كتاب النكاح - مسألة ٣ : .

مثل هذه الموارد - مضافاً إلى أنه لا خصوصية للانفاق ليقصر إجراء الطلاق جبراً عليه بل إن الحكم في الآية الشريفة جارٍ في جميع حقوق الزوجية والتي منها المضاجعة والوطء بعد الأربعة أشهر ، فيدخل فيه العنين الذي وطأ امرأته مرة واحدة ثم طراه العنن فإن مثل هذه المرأة وإن ورد فيها « من أنها متى ابتليت فلتصبر » إلا أن المراد بذلك هو الصبر عن الفسخ، وذلك لا ينافي وجوب الطلاق على الزوج لأنه بعد فرض عدم تمكنه من الإمساك بمعروف الذي هو القيام بحقوقها كاملة والتي منها الوطء في الأربعة أشهر مرة فلا بد من أن يكون الطرف الآخر واجباً عليه وهو التسريح باحسان ، وعلى فرض تخريج من ابتلى زوجها بالعنن بعد الوطء وتحكيم « انها متى ابتليت فلتصبر » فيها فإن ما نحن فيه غير ذلك المورد للفرق بينها ، فإن من ابتلى زوجها بالعنن يقوم زوجها بجميع شؤون الزوجية من المضاجعة وغيرها ولكنه لا يقدر على الإيلاج لما ابتلى به من مرض العنن الطارئ، أما هذه المجهورة فقد حرمت حتى من المضاجعة وتركزت إلى غير ماوى ، فالفرق بينهما واضح إذا فيدور أمر الزوج بالنسبة إلى زوجته بين أمرين :

فاما القيام بالشق الأول - وهو الإمساك بمعروف .

أو اختيار الطرف الآخر - وهو التسريح باحسان .

من غير فرق بين موردي الانفاق وغيره إذ لا خصوصية للأول لنوجب تقديمه على غيره وعند عدم اختيار الزوج لأحد هذين المسكّلين يتدخل الحاكم الشرعي ليجري الطلاق بنفسه ولو لاحظنا صاحب الجواهر - رحمه الله - في موارد العديدة لما رأيناه يقف مكتوف اليد بل قد توسع ووسع سلطة الحاكم الشرعي في موارد منها : مورد المهايأة من كتاب القسمة من باب التجارة حيث تكون قسمة الشيء ممتنعة كالجوهرة والسيف وما شاكل فانه قال فيه بلزوم إيجار ذلك الشيء إن كانت له أجرة جمعاً بين الحقين وصوناً للمال عن التلف وجبراً للضرر وأخيراً يقول « ولعل ذلك من السياسات » إذا فقد فتح صاحب الجواهر وكثير

من الفقهاء باب البيع القهري في قبال قاعدة السلطنة على المال وبذلك يمكننا فتح باب الطلاق الإجمالي في قبال قوله عليه السلام : « الطلاق بيد من أخذ بالساق » في صورة هجر الزوجة وعدم قيام الزوج بكامل حقوق زوجته وليعتبر هذا من السياسات أيضاً ، وفي قضية تحريم التنباك من قبل السيد الشيرازي - قدس سره - خير شاهد على ما نقول .

مدى إمكانيات الحاكم الشرعي :

ولا بد لنا من معرفة مدى إمكانيات الحاكم الشرعي في سلطته بالنسبة إلى إجراء الطلاق جبراً على الزوج وهل أن صلاحياته مطلقة في ذلك أو هي مقيدة بقيود خاصة والتي منها موضوع ضرب الأجل للزوج ؟ إذ لعله يثوب إلى رشفه فيعود إلى حياته الزوجية ، وعلى تقدير الأجل فما مقداره ؟

الزوج معلوم المحل :

وفي هذه الصورة فلا بد للحاكم الشرعي من التريث وعدم التسرع بإجراء الطلاق بمجرد دعوى الزوجة تقصير زوجها بالنسبة لحقوقها المفروضة عليه ، بل لا بد من تبليغه بدعوى زوجته عليه ، وحينئذ فتكون هذه الدعوى كبقية الدعاوى التي تعرض عليه ، وعند حضوره وعجزه عن إبطال دعوى زوجته لا بد للحاكم من إعمال صلاحياته في هذا المورد من إجراء الطلاق جبراً عليه هذا فيما لو امتثل وحضر مجلس الدعوى وكان طرفاً آخر يفند ما تدعيه زوجته أو يعجز عن ذلك .

وأما لو لم يحضر فلا بد من ضرب الأجل له ، وليس لذلك أمد معين بل هو موكل إلى نظر الحاكم الشرعي فهو الذي يقدر ذلك ويلاحظ ظروف القضية أخذاً بعين الاعتبار ظروف كل من الزوجين .

لو كان الزوج مجهول المحل :

أما لو انقطعت أخبار الزوج وجعل محله فيدخل هذا تحت عنوان المفقود فيشمه أخباره التي تصرح بالانتظار لمدة أربع سنين كما مر فيما تقدم من صحيح الحلبي في قوله عليه السلام : « المفقود إذا مضى له أربع سنين » . وفي خبر أبي الصباح « في امرأة غاب عنها زوجها أربع سنين » وهكذا الحال في بقية الأخبار المتعرضة لحكم المفقود ، وبناء على ذلك فيكون الانتظار ضمن هذه المدة من الأحكام التعبدية في خصوص الغائب الذي لم يعثر عليه .

طرق التبليغ الحديثة :

والآن وحيث عرفنا أن الزوج لا بد من تبليغه وإحضاره ليدافع عن نفسه فهل تكفي الطرق الحديثة في التبليغ كالإذاعة والصحف والمجلات وما شاكلها لإيصال الخبر إليه أو لا يكفي ذلك ، بل لا بد من تحرير الرسائل إليه ، أو إرسال شخص يقابله فيبلغه الخبر ما دام أنه معروفاً محل الإقامة والعنوان .

ولا يرى شيخنا الأستاذ - دام ظله - فرقا بين كيفية الفحص وطرق الإيصال وبين ضرب الأجل فكلاهما موكل إلى الحاكم الشرعي لاختلاف الغائبين في نظره من جهة وصول التبليغ إليهم ، فرب شخص له مركزته المرموقة وهو ممن يتصدى لاستماع الأخبار ومطالعة الصحف اليومية ، وهكذا المجلات لذلك يكون التبليغ بواسطة هذه الطرق الحديثة كافياً ، ورب شخص نراه بعيداً عن هذه العوالم ، ولذلك فلا بد من تحرير الرسائل إليه ، أو إرسال شخص يتكفل بإيصال الخبر إليه ، وحينئذ فلا تنفع هذه الطرق الحديثة بالنسبة إلى هذا الشخص ، إذا فالموضوع موكل إلى الحاكم الشرعي من حيث تقدير الظروف التي تخص الزوج في مثل هذه المقامات .

هذا كله في النقطة الأولى من الآثار المترتبة على تخلف الزوج . وقد عرفت أن شيخنا - دام ظله - فسح المجال أمام الحاكم الشرعي لأجراء الطلاق جبراً

على الزوج .

ولكن الزوجة لو لم ترغب في هذا الإجراء بأن قبلت البقاء مع ذلك الزوج على مثل هذه الحالة فهل لها في الإخلال بحقوقه عليها مقابلة له بالمثل كالسفر بدون إذنه أو الخروج من داره بدون رخصة منه أو عدم مطاوعته في تلبية شيء مما يفرضه عليها وما شاكل ذلك مما يعتبر خرقاً منها لحقوقه عليها ؟

ولم يجد شيخنا الأستاذ - دام ظله - من تعرض لهذه الجهة بالصراحة وكان الأنسب ذكرها في نشوز الزوج إلا أنهم اقتصروا على مجرد ذكر ما لو نشز الزوج فليس لها هجره ولا ضربه كما كان الحال على العكس لو نشزت هي .

نعم في الجواهر ذكر - رحمه الله - في باب النفقة عند تعرضه لبيان أن تكين الزوجة شرط فيها أو أن النشوز مانع منها تعرض لمثل هذا فقال : « بل ربما يشم قوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء » ما يشبه معاوضة الاستمتاع بالانفاق على نحو ما ورد من الانفاق على الدابة عوض ما يستوفيه من منافع ظهرها كما أنه يشم من نصوص بيان حق كل منها على الآخر مقابلة كل منها لصاحبه » - انتهى - .

وعليه فلو كان هناك ما يشبه المعاوضة بين الاستمتاع والانفاق 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 : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم »^(١) .

لا صراحة فيه على أن ما يقابل الاستمتاع هو بذل النفقة بل لعل المراد منه هو المهر الذي بذله الزوج لزوجته لكن في آيات الأحكام للجزائري ذكر

رواية تدل على أنه المهر ، وأخرى تدل على أنه النفقة وليس ببعيد أن يكون المراد هو الأعم ، إلا أن الأعمية لا تدل على المعاوضة وأن بذل المال عوض القوامية بل لا يبعد القول بكونه أعني بذل المال حكمة في القوامية والولاية لا علة .

وأما أخبار الحقوق والتي تفيد المقابلة بين الحقين كما يدعيه فليس فيها ما يدل على ذلك على وجه لو أخل أحدهما كان للآخر الإخلال بحقوق صاحبه . ولكن يمكن القول بأن استفادة العلية القاضية بالمقابلة الموجبة لسقوط حقه عند عدم قيامه ببذل النفقة غير بعيدة ، إلا أنها إنما تؤثر في ناحية الاستمتاع والتمكين دون القوامية التي هي من سنح الولاية الموجبة لعدم جواز خروجها بلا إذن منه فلا يكون بذل النفقة إلا من قبيل الحكمة في جعل هذه الولاية لأن الولاية حكم شرعي غير قابل للمعاوضة .

إذا فتبين أن الآية الشريفة والمصرحة بالقوامية لا دلالة فيها على كون القوامية بعوض المال المبذول من قبل الزوج نفقة كان أو مهراً بل أقصى ما فيها هو أن الشارع المقدس جعل سلطة الزوج على زوجته وحكمة هذا الجعل والتشريع لا علة هو أنه قد بذل المال ، ومن المعلوم أن الحكمة لا تكون موجبة لتقييد السلطنة بالبذل المذكور ، بل هي سنح ولاية خاصة عليها ، وحتى لو قلنا بثبوت المعاوضة كما يقوله في الجواهر لما كان ذلك دالاً على أنه إذا قصر في نفقتها أو في أداء مهرها فلها الامتناع من التمكين في الاستمتاع أو الوطء ، وعليه فلا حق للزوجة في تقصيرها بحقوقه إذا قصر بحقوقها بل يجب على كلا الطرفين القيام بوظيفته التي قررها الشارع المقدس عليه .

الشوارع المفتوحة من قبل الدولة

موضوع البحث ، الأرض المفتوحة عنوة ، العامر من الأرض
تعقيب ، الخلاصة ، معاملة الامام أو الفقيه للناس في هذه الأراضي
التصرفات الناقلة ، الأنفال ، خلاصة شامله وعود الى الموضوع
الأصلي ، الوجوه المذكورة لتصحيح العبور ، المساجد الواقعة في
الشوارع ، ماهي المسجدية ، الفرق بين المساجد والوقف على
المسلمين البيع والكنائس وما يتبعها ، البيع والكنائس بعد
الاسلام ، مقابر المسلمين الواقعة في الشوارع .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

موضوع البحث :

وينحصر فيما تستملكه الحكومة جبراً من الدور والمحلات العائدة لأصحابها وتهدمها لتجعلها شوارع لعبور الناس ومرورهم .

وعليه فما يكون حال هذا العبور في مثل هذه الشوارع المستحدثة وكذا بقية الانتفاعات الممكنة من فضلات الدور أو الحوانيت التي استملكث لهذا الغرض .

وبما أن لبحثنا هذا الصلة القوية بالبحث عن حقيقة الأرض من حيث كونها من الأراضي الخراجية المفتوحة عنوة أو من الأنفال ، فلا بد - والحالة هذه - من التطرق ، وعلى سبيل التمهيد عن حال هذه الأراضي لتعرف الحكم في عامة الانتفاعات من موضوعنا الأصلي وهو الشوارع المستحدثة من قبل الدولة .

الأرض المفتوحة عنوة :

وهي الأراضي التي فتحها الجيش الإسلامي وقد عرفت في بلغة الفقيه بما يلي : (وهي المأخوذة بالقهر والغلبة المستلزمة للذل والخضوع ومنه قوله تعالى : وعنت الوجوه للحي القيوم)^(١) .

وبطبيعة الحال أن ما فتحه الجيش الإسلامي ينقسم الى قسمين :
قسم منه يكون عامراً يوم الفتح .

(١) بلغة الفقيه للمرحوم الحجة السيد محمد بحر العلوم ص ٤٧ .

والقسم الآخر يكون خراباً .

أما القسم الثاني فهذا يدخل فيما عدى العامر من المفتوح عنوة مما يشمله عنوان الأنفال ، وسيأتي البحث عنه .

وأما ما كان عامراً منها :

فقد اختار السيد - رحمه الله - في بلغته بأنها ملك للمسلمين قاطبة ولمن يدخل في الإسلام ولمن يوجد بعد ذلك بالسوية من غير تفاضل بينهم فضلاً عن التخصيص بمن قاتل منهم وعلى هذا جرى غير واحد من فقهاءنا - رحمهم الله - .
ومن اختار هذا الرأي فقد استدل عليه بأمرين :

الأول : الإجماع :

الثاني : الأخبار .

أما الأخبار فهي كما يلي :

١ - صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام : « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته ؟ فقال : هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد ، فقلنا الشراء من الدهاقين قال : لا يصلح إلا أن يشتري منهم على أن يجعلها للمسلمين فان شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها . قلنا : فان أخذها منه ؟ قال يرد إليه رأس ماله وله ما أكل من غلتها بما عمل » .^(١)

٢ - صحيحة ابن ربيع الشامي : لا تشتروا من أرض السواد شيئاً - إلى أن قال : - فإنما هو فيء للمسلمين » .^(٢)

(١) الوسائل الباب ٢١ من أبواب التجارة حديث ٤ .

(٢) نفس المصدر حديث ٥ .

٣ - خبر محمد بن شريح : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج فكرهه وقال : إنما أرض الخراج للمسلمين فقالوا له فإنه يشتريها الرجل وعليه خراجها فقال لا بأس إلا أن يستحي من عيب ذلك ^(١) .
ولا يخفى أن وجه الاستيعاء هو التكفل بالخراج كما يفعله أهل الذمة .

٤ - صحيحة صفوان بن يحيى عن أبي بردة بن رجا قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : كيف ترى في شراء أرض الخراج ؟ قال : ومن يبيع ذلك وهي أرض للمسلمين ؟ قال : قلت : يبيعها الذي هي في يده قال : ويصنع بخراج المسلمين ماذا ، ثم قال : لا بأس أن يشتري حقه منها ويحول حق المسلمين عليه ولعله يكون أقوى عليها وأملاً بخراجهم منه ^(٢) .

٥ - رسالة حماد الطويلة عن أبي الحسن الأول عليه السلام « الأرضون التي أخذت عنوة بخيل أو ركاب فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها ويحييها ويقوم عليها على مصالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الخراج النصف أو الثلث أو الثلثان على قدر ما يكون لهم صلاحاً ولا يضرهم فإذا خرج منها ثمانيا فأخرج منه العشر من الجميع فيما سقت السماء أو سقي سبعا ونصف العشر فيما سقي بالدوالي والنواضح فأخذه الوالي فوجهه في الوجه الذي وجهه الله له على ثمانية أسهم يقسم بينهم في مواضعهم بقدر ما يستغنون في سنتهم بلا ضيق ولا تقتير فإن فضل شيء في ذلك رد إلى الوالي وإن نقص شيء من ذلك ولم يكتفوا به كان على الوالي أن يمونه من عنده بقدر سعتهم حتى يستغنوا ، ويأخذ بعدما يبقى من العشر فيقسمه بين الوالي وشركائه الذين هم عمال الأرض وأكرتها فيدفع إليهم أنصبتهم على ما صالحهم عليه ، ويأخذ الباقي فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله وفي مصلحة ما ينويه من تقوية الإسلام وتقوية الدين

(١) الوسائل الباب ٢١ من أبواب التجارة حديث ٩ ،

(٢) الوسائل الباب ٧١ من أبواب الجهاد حديث ١ .

وفي وجوه الجهاد وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة ، وليس لنفسه من ذلك القليل والكثير»^(١).

وأخيراً عقب السيد - رحمه الله - في بلفته بعد هذه الأخبار بقوله : «والظاهر أنها لهم على جهة الملكية كما عن صريح بعض لمكان اللام والإضافة الظاهرين فيها لا على وجه الاختصاص»^(٢).

إذاً فعلى هذا الرأي تكون الأراضي العامرة يوم الفتح ملكاً للمسلمين الموجودين في ذلك الوقت ولمن يدخل ويوجد بعد ذلك بالسوية من غير تخصيص بمن شهد القتال أو لم يقاتل معهم .

ولكن شيخنا الأستاذ - دام ظله - لم يوافق هؤلاء في ما ذهبوا اليه من الملكية الصرفة لذلك ناقش الأخبار المتقدمة بأنها وإن اشتملت على ما يكون في حد نفسه للملك والاختصاص كما في التعبير عن ذلك (باللام) أو الإضافة إلى المسلمين إلا أن ما جاء في رسالة حماد الطويلة المارة الذكر لا يساعد على ذلك لقوله عليه السلام فيها - فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها - .

وعلى ما لاحظنا هذه الرواية من جهات ثلاث للاستدلال بها على ما نريد من عدم الملكية الصرفة للمسلمين :

الأول - ما تفيد الرواية وما تدل عليه .

الثاني - إرسال الرواية .

الثالث - معارضتها للأخبار المصرحة بالملكية للمسلمين .

أما دلالتها - فإن من التعبير السابق نتج أن نستفيد أن المسألة ليست من باب الملكية الصرفة ولا من باب الاختصاص بل ولا من باب الوقف المصطلح الشرعي ، بل أن الأمر على خلاف هذه الأمور وليس في البين إلا أن هذه الأرض تبقى على حالها ويكون ريعها للمسلمين . أما نفس الرقبة فيمكننا

(١) الوسائل الباب ٤١ من أبواب الجهاد حديث ٢ .

(٢) بلمة الفقيه ص ٤٧ .

القول بأنها ليست بوقف ولا ملك ولا غيرهما بل لا يكون حالها إلا كحال الأعيان الشخصية كالدار إذا كان الميت قد أوصى بالتحصير ثلثه فيها وإبقائها ليصرف واردها في جهات قد عينها ، غير أن مثل هذه الأرض والدار نقول أنها باقية على ملك الميت . والأراضي الخراجية لما خرجت بالفتح عن ملك أربابها كانت باقية بحالها بلا مالك . ولا خير في بقاء العين إذا كانت منافعتها ترجع إلى أناس معينين وذلك هو المتحصل من مجموع الأخبار الواردة والسيرة على التصرفات في الأرض من الخلفاء الذين أجرى أئمتنا عليهم السلام الأمور على طبق جملة من تصرفاتهم فيها وهناك رأي لشيخنا الأستاذ - دام ظله - بأن مثل هذه الأراضي تكون مملوكة للجهة المذكورة وهي الجهة الإسلامية بناء على ما حرره في ملكية الجهات الخيرية للأعيان الراجعة إليها .

وأما إرسال الرواية - فلم ير شيخنا - دام ظله - بأساً في ذلك وتعبيرهم بمرسله لأن عمل الأصحاب بها يكون جابراً لها ولا يكون الإرسال المذكور موجباً لتوهينها وإلى ذلك أشار السيد في بلغته بقوله : (وهي إن كانت مرسله إلا أن الأصحاب تلقوها بالقبول فهي منجزة) .

وأما معارضتها مع بقية الأخبار - والتي تصرح بأن الأرض ملك للمسلمين كما صرح به الأخبار المذكورة فالصحيح عدم المعارضة .

ويوجه شيخنا عدم المعارضة : بأن المقصود من ملكية المسلمين في لسان الروايات الشريفة هو ما بينه من بقاء الأرض على حالها وأن ريعها للمسلمين لا أن رقبة الأرض تعود لهم على نحو الإشاعة بينهم ما كان منهم موجوداً ومعدوماً فان ذلك لو سلمنا معقوليته بالنسبة إلى الطبقات المعدومة فعلاً حيث تأتي ، ولو بعد آلاف السنين ، إلا أننا لا نتصالح من الالتزام به من لزوم الإشاعة بينهم القاضي بكون المنافع كذلك بأن تكون المنافع مشاعة بين قاطبة المسلمين كنفس الرقبة وهكذا الحال في دعوى كونها موقوفة على المسلمين بالمعنى الاصطلاحي للوقف

والآن ، وبعد 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 رقبة الأرض بعد أن كان الجميع مشتركين فيها وأن الجهة هي المسؤولة عن ذلك أما ما يرجع إلى :

التصرفات غير الناقلة :

كالبناء والزرع وشق الأنهار وتعميرها وما شاكل ذلك مما لا يكون محققاً للنقل والانتقال فالصحيح أنه لا يجوز إلا بإذن من له الإذن في أمثال ذلك ومن البين أنه هو الإمام عليه السلام في زمن الحضور والفقيه الجامع للشرائط في زمن الغيبة كما سيتضح ذلك انشاء الله ، وأما :

التصرفات الناقلة :

كالبيع وما شاكله مما يكون محققاً للنقل والانتقال فقد اختار السيد في بلغته المنع منه إلا إذا كانت هناك آثار قد أحدثها من بيده الأرض من بناء أو غرس أو شبههما وحينئذ فيتوقف البيع على تحقيق جهة واحدة وهي أن مالك الآثار يكون مالكا لنفس الأرض بالتبع أو لا ؟

فان قلنا بالملكية التبعية صح البيع من بيده الأرض .

وأما لو لم نقل بالملكية التبعية فلا بد من التوقف في ذلك والاقتصار على النوع الأول من التصرفات وهي 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 والجمع بين هاتين الطائفتين يقتضي حمل الأخبار المانعة على البيع المجرد عن الآثار أما الأخبار المجوزة فتحمل على البيع تبعاً للآثار .

الدليل الثاني : السيرة العقلانية القائمة بين الناس على البيع والشراء ووقفها
مساجد ومدارس وما شاكل وما ذلك إلا لأن الأرض تكون مملوكة لمن أحدث
فيها أثراً .

ولكن السيد بحر العلوم - قدس سره - أشكل على هذا الدليل في بلغته
بأن السيرة العقلانية على عهدة مدعيها - أو لا سيما في غير الدور والعقارات كالمزارع
ونحوها، وثانياً - إن السيرة المذكورة لا تنفذ أكثر من حق الاختصاص والأولوية
بالتصرف في الأرض لمن له الآثار فيها فإذا بيعت الآثار المملوكة لبائعها لحق
المشتري ما كان للبائع في نفس الأرض من حق الاختصاص والأحقية بالتصرف
ولاجل 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 بلغته ص ٥٩ .

الأول : أن المساجد والأوقاف الموجودة في الأراضي المفتوحة عنوة مما يشك
بالخصوص أن أراضيها كانت عامرة عند الفتح حتى يملكها المسلمون والأصل
يقتضي عدمه .

ويرد على هذا الوجه - أن الشك المذكور لا يدفع الإشكال فيما علمنا أنه
كان عامراً يوم الفتح من المساجد والأوقاف .

الوجه الثاني : أن اليد النوعية - كاليد الشخصية فيكون عنوان المسجدية -
مخرجاً للأرض عن ملكية المسلمين العامة كما إذا رأينا شخصاً بيده أرض خراجية
مما يعلم كونها عامرة يوم الفتح وكان قد تصرف فيها تصرف الملاكين بأملاكهم
فإن بيده تكون إمارة على الملكية له وإن لم يعلم السبب في كيفية ملكه لها .

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 دائماً بل إذا زالت آثارها منها خرجت عن ملكه . وأما لو كانت مواتاً حين الفتح فهو قد ملكها بالإحياء ولا تزول ملكيته بزوال الآثار والآن وحيث ذهبت الآثار نشك في بقاء الملكية فنستصحب الملكية المرددة بين المالكيتين فيثبت أنها الآن ملك 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 أيضاً :

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 لغة .

وقد عرفه الأصوليون بتعاريف عديدة لعلها ترجع ورمز 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 صباحاً وفي المساء حصل لنا الشك في بقاءه وعدمه وفي هذه -

تعقيب :

لا يخفى أن القول بالملكية التبعية متفرع - على ما ذكره السيد في البلفة - في الجهة الأولى وهي عدم جواز التصرف في هذه الأرض من العمارة ونحوها من البناء والمفروسات إلا بالاذن فإن لازم الاذن في تعمير هذه العرصة داراً هو كون

- الصورة يجري الاستصحاب الكلّي وهو كلّي الانسان الذي كان موجوداً في ضمن زيد كما يجري استصحاب نفس الفرد الذي هو زيد فلك أن ترتب آثار الكلّي وهو الانسان أو آثار الفرد وهو زيد .

وثانية : يكون الشك في تعيين الفرد للردده بين فردين : أحدهما مقطوع البقاء والثاني مقطوع الارتفاع ويمثل لذلك بالحشرة الصغيرة التي لا طاقة لها على البقاء لأيام عديدة وبالحيوان الكبير - كالفيل - مثلاً 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 لاستصحاب بقائه أو عدمه فلو كان الحيوان الكبير لاستصحبنا بقاءه ولو كان الموجود سابقاً هو الحشرة الصغيرة لقطعنا بعدم بقائه .

أما استصحاب الكلّي وهو كلّي الحيوان لو كانت هناك آثار خاصة ترتب عليه فقد وقع الخلاف فيه فالبعض من العلماء أجازوه بينما منعه آخرون

وثالثة - يكون الشك من جهة الشك في قيام فرد آخر مقام ما كان موجود سابقاً مع القطع بارتفاع ذلك الوجود السابق وهذا - كما في المثال المتقدم - بعد العلم بموت الحيوان الصغير ولكننا نشك أنه عند موته هل حصل بمكانه الحيوان الكبير أو لا ؟

وفي هذه الصورة لا يجوز استصحاب كلّي الحيوان ولا الفرد الخاص من الحيوانات الصغير أو الكبير . أما الفرد فللقطع بارتفاع الأول والشك في حدوث الثاني ومنه يظهر عدم جواز استصحاب الكلّي لأن الكلّي قد ارتفع يقيناً بارتفاع الفرد الأول ويشك في حدوثه في ضمن الفرد الثاني فلا مورد لاستصحابه . وما نحن فيه - من قبيل القسم الثاني - وذلك لأن هذه الأرض التي تحت يد هذا الشخص إن كانت عامرة حين الفتح كان مالكاً لها ، تبعاً للملكية للآثار التي أحدثها فإذا زالت الآثار زالت الملكية . وإن كانت خراباً حين الفتح وقد أحيها هذا الذي تكون بيده فهي من الأنفال وهي تملك بالأحياء فتكون الملكية على هذا مرددة بين مقطوع البقاء - لو كانت الأرض امواتاً وقد أحيها - أو مقطوع الارتفاع - لو كانت الأرض عامرة على التبعية - ولذلك لم يجوز الاستصحاب كما تقدم بيانه .

المعمر مالكاً لنفس الأرض عندما يحدث التعمير فيها وفي الحقيقة يكون الإذن بتعميرها داراً منحللاً إلى تملكها بالعمارة فيها فإذا ملك نفس العين بما لها من الآثار ولو تبعاً صح له بيعها ويكون الحاصل أن الإذن بالعمارة ذات الأعيان عبارة أخرى عن الإذن بالتملك ولو تبعاً لآثاره التي أحدثها فيها من البناء والمفروسات وحينئذ يكون مالكاً للعين فيصح له البيع . نعم الإذن في تعمير هذه الأرض يجعلها صالحة للزراعة مثلاً بجرثها وكري 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 .

وأما ما كان من الأراضي خراباً يوم الفتح وقد فتح عنوة فسيأتي البحث عنه كاملاً عند التعرض لحال الأنفال وأن مرجع ذلك كله إلى الإمام 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 ملكاً للجهة الإسلامية فإن ولاية التصرف في جميع ذلك تكون إلى الإمام عليه السلام في زمن الحضور وإلى الفقيه الجامع للشرائط في زمن الغيبة .

معاملة الإمام أو الفقيه للناس في هذه الأراضي :

ويكون هذا السؤال نتيجة ذكر الخلاصة المتقدمة فكيف تكون معاملة الإمام أو نائبه للناس في هذه الأراضي التي استولى عليها ومقتضى القاعدة الأولية هو أن يعامل الإمام عليه السلام من يعمل في هذه الأرض معاملة الملاك مع فلاحهم ، ولتأخذ على سبيل المثال الأرض الزراعية موضوعاً لبحثنا فنقول : إن الإمام يكون حكمه حكم المالك لهذه الأرض وهو بدوره يقوم بمزراعة

الشخص الذي أقدم على هذه الأرض فيزارعه على حصة خاصة كما تضمنته رسالة حماد المتقدمة في قوله عليه السلام :

« ويأخذ ما يبقى من العشر فيقسمه بين الوالي وشركائه الذين هم عمال الأرض واكرتها فيدفع اليهم أنصباؤهم على ما صالحهم عليه ويأخذ الباقي فيكون أرزاق أعوانه على دين الله وفي مصلحة ما ينويه من تقوية الإسلام إلى آخر الرسالة .

ومثل هذا ما جاء في صحيحة البرنطي من قوله عليه السلام :

« وما أخذ بالسيف فذلك للامام يقبله بالذي يرى كما صنع رسول الله (ص) بخيبر قبل أرضها ونخلها » الحديث .

إذا فالموضوع يناط الى نظر الامام في زمان حضوره وإلى الفقيه في زمان غيبته فهو الذي يتعاقد مع الشخص تبعاً للمصلحة إلا أن هناك طريقة أخرى جرى عليها المتغلبون فأخذوا يقدرّون مقداراً معيناً أطلقوا عليه اسم (الخراج) فيأخذون ذلك ويكون الباقي لمن بيده الأرض وقد أمضى أئمتنا (ع) ذلك .

ولكن هذا الإمضاء لا يتعدى كونه تقية أو محافظة على كيان الاسلام أو لأجل التسهيل على شيعتهم أو غير هذا وذاك .

وليس الكلام في هذه الخصوصيات فقد مضى الأمر بما فيه وعلينا ملاحظة الحال فعلاً لتصحيح أعمالنا وتعيين تكليفنا اليوم ونحن في غير زمان الحضور .

وحيث كان المرجع في هذا الزمان هو الفقيه الجامع للشرائط فلا بد من مراجعته لأنه ولي التصرفات في مثل هذه الأمور ولا بد لمن بيده أرض ولم 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 وكري الأنهار وكلما يعود إلى تلك الأرض من التعمير والانشاء .

التصرفات الناقلة :

كالببيع وما شاكله فقد أجازاه بعضهم ، قال في بلغة الفقيه في هذا الصدد :
« القول يجوز بيعها مطلقاً عن ظاهر السبزواري في الكفاية وعن ظاهر مفتاح
الكرامة » (١) .

وقال 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 :

« والأقرب القول بالجواز ثم استدل له بالعمل المستمر من المسلمين من غير
تكثير وبالأخبار الخاصة منها صحيحة الحلبي وغيرها » .

وقال في مفتاح الكرامة : (٢)

« الظاهر جواز التصرف في أرض الخراج بالبناء والغرس والمساجد وجواز
بيعها تبعاً للآثار بل الظاهر جوازه في رقبته كما في ظاهر الدروس وجامع
المقاصد أو صريحها » .

وقيل يجوز بيعها في خصوص زمان الغيبة ونسب إلى الدروس واستظهر
منه في مفتاح الكرامة جواز بيعها مجردة عن الآثار . وقيل يجوز بيعها تبعاً
للآثار مع بقاء الملكية بعد زوال الآثار ونقله السيد في البلغة عن المستند
فراجع .

وعلى كل حال فالذي ينبغي أن يقال هو أنه لو وجد مجتهد يقول يجوز
البيع فعلى من بيده الأرض منا المقلد لذلك المجتهد العمل بما يفتيه فيها حتى لو
رأى أن يبيعها منه كان له ذلك وإن لم يحزه المجتهد الآخر .

(١) بلغة الفقيه ص ٥٧ .

(٢) مفتاح الكرامة للسيد محمد جواد العاملي كتاب التجارة ص ٣٤٣ .

إلا أننا نتمكن أن نقول إن اللازم يحتم على ذلك المجتهد الآخر الذي لا يرى جواز البيع في مثل هذه الأراضي 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 في الفتوى من حيث الإمضاء بل هو كما قلنا عمل صادر من مجتهد وهو من سنخ الأحكام التي لا بد فيها من المتابعة لأن الراد عليه راد على الله . وحينئذ فيكون هذا البيع والجري على طبقة أحد الطرق لتحكيم قاعدة اليد في إمارية الملكية ويحكم بقتضاها أن الأرض مملوكة لصاحب اليد فمن كانت في يده أرض مما هو مفتوح عنوة وكانت من قسم العامر يوم الفتح أمكننا الحكم بقتضى يده بأنها ملك له لاحتمال كون هذه اليد منتقلة إليه ولو بوسائط عن شخص اشتراها عن مجتهد في ذلك العصر بحيث كان ذلك المجتهد السابق قائلاً بجواز بيع مثل هذه الأرض الخراجية فإننا وإن خالفناه في الفتوى لكنه لو صدر منه حكم على طبق فتواه لم يجوز لنا نقض ذلك الحكم وكما لا يجوز لنا نقض حكمه لا يجوز لنا نقض ما صدر منه من البيع ونحوه فإن نقض ذلك البيع واقتنا بفساده يكون داخلاً في الرد عليه إذ ليس ذلك البيع من قبيل الفتوى بجواز البيع لنقول إن فتوانا على خلاف فتواه فلا مانع من النقض بل هو عمل خارجي فلا بد من إمضائه وهذا نظير ما لو أوقع ذلك المجتهد قسمة ميراث على طبق فتواه أو حكم في مقام المنازعة في الشبهة الحكمية على طبق فتواه فإننا لا يجوز لنا نقض ذلك الحكم إلا إذا علمنا علماً وجدانياً قطعياً على خلاف مستنده في ذلك الحكم أو في ذلك العمل .

وربما يقال : إن إلحاق العمل بالحكم في عدم جواز نقضه ، وإن سلمنا به إلا أن أقصى ما في البين هو تحريم نقض عمل الغير والإجهار بذلك . أما لزوم

ترتيب ذلك الأثر من المجتهد الآخر على وجه يصح له شراء تلك الأرض ممن اشتراها من ذلك المجتهد الذي يقول بصحة البيع فهو محل تأمل .

ومن هذا العرض الذي بيناه عرفنا طريقاً لتحكيم قاعدة اليد في الأمارية على الملكية ، وهو يشمل مطلق الأرض المعمورة في حال الفتح زراعية كانت أو غير زراعية .

وهناك طريق آخر يختص بغير الأراضي الزراعية من الدور والخانات الحادثة بعد الفتح ، بل حتى ما يكون موجوداً حين الفتح فلا يبعد القول بصحة بيعها استناداً إلى السيرة على تملكها دوراً وحوانيت وخانات ووقفها للذرية ومساجد ومدارس وما شاكل ذلك ، وهذه السيرة متصلة بزمان المعصومين عليهم السلام ويستظهر شيخنا - دام ظله - إمضاء هذه السيرة من قبلهم كما نشاهد ذلك في معاملاتهم ، ومعاملات غيرهم من أصحابهم في هذه البلدان كبغداد والكوفة وسامراء بل والبصرة والشام وغيرها من البلدان حيث كان أصحابها يسكنونها من دون ردع من الأئمة عليهم السلام على تلك التملكات ، ولا على هاتيك المساجد والأوقاف بل وربما بأشروها - صلوات الله عليهم - وسكنوها أيضاً من غير فرق في إحداث البناء بين أن يكون محدث الدار قد اشترى عرصتها ، أو يكون من مجرد الإذن في بنائها داراً ، 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 الاجارة ، ولما لم يضربوا هذه الضريبة دل على أنهم ملكوا الباني المعمر لها على حد إذنتهم في تعمير الأرض المباحة ، وعليه فلو صححنا هذا البيع وهذا الإذن ولو من مجرد السكوت وعدم الردع منهم عليهم السلام صح تملك الباني لتلك العرصة .

هذا كله فيما علمناه من أنه قد بنى في الأرض العامرة حين الفتح وأما لو لم يكن عامراً حين الفتح ، بل كان من الموات فلا إشكال في كون مالك البناء مالكا للعرصة لكونه قد ملكها بالاحياء على ما هو مفصل في كيفية الاحياء .

هذا كله فيما بني في زمن الأئمة عليهم السلام كبغداد وسامراء أو ما كان مبيناً قبل الفتح كالشام ونحوها .

وأما ما بني بعد ذلك كما في عصر الفبية - كالحلة - مثلاً فالأمر فيه سهل جداً ، لأن المرجع في ذلك - كما تقدم بيانه - هو الفقيه الجامع للشرائط ، ولا شك أن الفقهاء قد أمضوا ذلك بل جروا عليه في دورهم ومدارسهم وغيرها . وأما لو لم نعلم بالبناء سواء في حال الفتح ، أو قبله أو بعده بل وصلت النوبة إلى الشك في العمارة حين الفتح أو شك في كونه مما فتح عنوة ، أو علمت عمارته حين الفتح ، ولكن احتملنا كونه عامراً بذاته نظير الأجسام ^(١) وبطون الأودية ورؤس الجبال ، بل كلما كان على حافتي نهر دجلة والفرات ونحوهما من الأنهار حتى ما يكون حوالي عيون الماء في إيران في أكثر أراضيها ، ونحو ذلك مما يكون صالحاً للزراعة بنفسه إلا أنه قد اتفق عدم زراعته من الكفار ، وعدم حيازته منهم إلى أن جاء الفتح - وهذا هو المقصود من قولنا عامراً بذاته فدخل فيما هو المفتوح عنوة وهو في حد نفسه ملك للامام لكونه من الأنفال - كما سيأتي تفصيله إن شاء الله ، فيكون هذا النحو خارجاً عما دل على أن المعمور حال الفتح هو ملك للمسلمين فإنه مختص بخصوص ما كان ملكاً للكفار حين الفتح .

ولعل الموقع الذي بنيت فيه - بغداد - بل و - الحلة - أيضاً من هذا القبيل فتكون أرضها من جملة الأنفال ، وحينئذ فتدخلها الملكية وتكون 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 ، وتكون ملكاً للمسلمين كان الشك المذكور كافياً في تحكيم اليد بل قد عد جماعة من

(١) الأجسام جمع آجمة وهي الشجر الكثير المتلف .

جملة الأنفال ما عمره الكفار . هذا حكم الأرض العامرة المفتوحة عنوة .
وأما القسم الثاني من الأرض ، وهو ما عدى العامر من المفتوح عنوة وغيره
مما يشمله عنوان الأنفال فنقول فيه :

الأنفال :

ونقصد بهذا العنوان ما كان راجعاً إلى الإمام عليه السلام وقد تعرض السيد
- رحمه الله - في بلغته فعمدها^(١) .

الا أن الذي يهمنا التطرق اليه من ذلك إنما هو الأرض الخراب سواء كانت مما
فتح عنوة ، أو كانت مواتاً مما لم يفتح عنوة كما عليه الإجماع ، ودلت عليه
النصوص الكثيرة .

ومن تلك النصوص ما جاء في صحيحة محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم
عن أبيه عن ابن ابي عمير عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
« الأنفال ما لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب أو قوم صالحوا أو قوم أعطوا
بأيديهم ، وكل أرض خربة أو بطون الأودية فهو لرسول الله (ص) وهو للإمام عليه
السلام من بعده يضعه حيث يشاء »^(٢) .

ومنها - ما تضمنته رسالة حماد بن عيسى عن العبد الصالح حيث يقول فيها
عليه السلام : « والأنفال كل أرض خربة قد باد أهلها - إلى قوله - وكل أرض
ميتة لا رب لها »^(٣) .

ومنها - ما جاء في خبر أبي بصير : « لنا الأنفال قلت : وما الأنفال ؟ قال
عليه السلام : منها المعادن والآجام ، وكل أرض لا رب لها وكل أرض باد أهلها

(١) بلغة الفقيه ص ٧٥ .

(٢) الرسائل الباب ١ من أبواب الأنفال حديث ١

(٣) الرسائل الباب ١ من أبواب الأنفال حديث ٣

فهو لنا»^(١)

ومنها - ما جاء في خبر إسحاق بن عمار من قوله عليه السلام : في تعريف الأنفال : « وكل أرض لا رب لها »^(٢)

ومنها - ما في خبر محمد بن مسلم : « وما كان من أرض خربة أو بطون أو دية فهذا كله من الفبي »^(٣) والأنفال لله وللرسول فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يجب »^(٤)

إلى غير هذه من الروايات التي تعرض لها السيد في بلفته حيث قال في هذا الصدد^(٥) :

« هذا تمام الكلام في عامرة المفتوحة عنوة ، وأما مواتها فهي للامام عليه السلام على المشهور شهرة عظيمة ، بل الإجماع عليه مستفيض النقل مضافاً إلى المعتبرة المستفيضة الدالة على أن موات الأرض من الأنفال للامام عليه السلام وعمومها شامل لموات العنوة وغيرها وإن كان معارضاً بالعموم من وجه لعموم أخبار حكم المفتوحة عنوة من كونها للمسلمين عامرة كانت أو مواتاً إلا أنه مرجع على عموم أخبار العنوة بالشهرة العظيمة والاجتماعات المستفيضة » .
وقال في أثناء كلام له^(٦) :

« إنه لم يبق دليل في خصوص موات المفتوح عنوة أنها منتقلة من الكفار إلى الامام عليه السلام بالعنوة كالحياة المنقولة منهم إلى المسلمين بها بل الحكم

(١) نفس المصدر والموضع حديث ٢٨

(٢) نفس المصدر والموضع حديث ٢٠

(٣) الفبي مصدر قاء ، وهو الغنينة والخراج

(٤) نفس المصدر والموضع حديث ١٠

(٥) بلفة الفقيه ص ٦٧

(٦) بلفة الفقيه ص ٦٩

بكونها للامام عليه السلام مستفاد من العمومات الدالة على أن الموات له عليه السلام بعد تقديمها على عمومات المفتوحة عنوة للمسلمين حيث كان التعارض بينها بالعموم من وجه ومقتضاه بعد الترجيح أن ما كان للكفار من الأراضي ، وليس إلا المعمورة منها منتقلة بالعنوة الى المسلمين ، وأما الموات فمن أصلها للامام عليه السلام وإلا كانت الأرض المفتوحة بقسميها محياتها ومواتها للمسلمين بحكم عمومات أخبار العنوة ، وأحتجنا في إخراج الموات منها الى دليل خاص بالنسبة اليها بالخصوص ، انتهى .

وعقب شيخنا الأستاذ - دام ظله - على هذا الموضوع :

بأننا نتمكن من القول بأن ما دل على أن المفتوح عنوة للمسلمين ظاهر فيما يكون مملوكاً للكفار فيكون ذلك مختصاً بما عمره الكفار فلا يشمل ما كان باقياً على الخراب الى ان جاء الفتح ، وحينئذ يكون تقديم أدلة الأنفال على تلك الأدلة الدالة على كونها للمسلمين من قبيل الورود أو التخصيص فهي خارجة موضوعاً فلا يحتاج تقديمها الى عملية تعارض العموم من وجه ، وتوجيه التقديم بالأجماع ، أو الشهرة أو نحو ذلك ، وهذا أمر سهل ولعل هذا هو المراد للسيد بحر العلوم - رحمه الله - في قوله :

« ولعل إطلاق بعض الأدلة يقضي بدخول غير الآجام من الثلاثة في ملك الامام عليه السلام وان كانت محيية بنفسها ، بل وما كان منها في المفتوح عنوة تحكياً للإطلاق المزبور على ما دل على ملكية المسلمين لعامرها ، ولو بترجيحه عليه بناء على تعارض العموم من وجه بينها بل قد يقال بعدم المعارضة بينها فضلاً عن الترجيح بناء على أن إطلاقات المفتوحة عنوة للمسلمين مختصة بما كان مملوكاً للكفار وليس بشيء من ذلك للدالة المزبورة داخلاً في ملكهم حتى يملكه المسلمون بالاغتنام - كما تقدم - نظير ذلك في موات المفتوحة عنوة » انتهى^(١)

الخلاصة :

هي أن موات الأرض المفتوحة عنوة كسائر الأراضي الموات هي ملك للإمام عليه السلام ومقتضى هذه الملكية أنه لا يجوز التصرف فيها ولا تملكها إلا بعد حصول الأذن من الإمام عليه السلام في حال الحضور أو بالأذن من الفقيه الجامع للشرائط .

وقد يعترض بأن التصرف في هذه الأراضي الموات لا يحتاج الى الأذن من الإمام عليه السلام أو من الفقيه في زمن الغيبة لأمرين :

الأول - الأخبار المصرحة بأن ما كان للأئمة عليهم السلام فهو لشيعتهم ومن البين أن ما كان بهذا اللسان من الأخبار يكون ظاهراً في تملك شيعتهم لتلك الأراضي . من دون توقف على الأذن الخاصة .

الأمر الثاني - الأخبار الدالة على التملك بالأحياء ، حيث صرحت بأن من أحيا أرضاً فهي له .

وأجاب شيخنا - دام ظله - عن هاتين الطائفتين بإمكان التصرف بها بالحمل على الأذن العامة في التملك بالأحياء ، ومعه لا حاجة الى الأذن الخاصة منه عليه السلام في حال الحضور ، أو من نائبه في حال الغيبة . ولعله لأجل ذلك صرح المحقق القمي - رحمه الله - في أجوبة مسائله في باب إحياء الموات في السؤال عن أحيا قناة بعدم ولاية المجتهد على الموات من أرض الأنفال .

ولكن الذي يظهر من الشيخ كاشف الغطاء - قدس سره - أن للمجتهد الولاية عليها .

ولغرض إصلاح هاتين الطائفتين من الأخبار ، لا بد لنا من التوجيه بما تقتضيه قواعد التعارض . فان أخبار الأحياء تفيد الأذن العامة للشيعة وغيرهم والطائفة الأولى تفيد الأذن لشيعتهم فقط لتصريحها بأن ما كان لنا فهو لشيعتنا

والجواب عن ذلك : أن هذه الطائفة التي تفيد الأباحة 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 شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون يحل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا فيجيبهم طبق ما كان في أيديهم ، ويترك الأرض في أيديهم ، وأما ما كان في أيدي غيرهم فان كسبهم من الأرض حرام عليهم ، حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم عنها صفرة^(١) وأمثال هذه الروايات كثيرة فراجع .
ومن ملاحظة هذه الرواية أنفتح علينا باب جديد ، وهو أنا مانصنع مع هؤلاء الذين تملكوا الأرض وتصرفوا فيها ، مع أنه عليه السلام يصرح بأن كسبهم في الأرض حرام عليهم .

ويحيب شيخنا - دام ظله - عن ذلك :

بأنه لا مانع من القول بأن اللازم علينا قبل ظهوره عليه السلام أن نعاملهم معاملة الملاك في أملاكهم ، وأجراء الأحكام على مساجدهم وسائر موقوفاتهم بماشاة معهم ، فانا مأمورون بذلك في زمان الغيبة .

قال السيد بحر العلوم في بلغته : « هذا بالنسبة الى ما كان منه في أيدينا ، وأما ما كان منه في أيدي غيرنا فهو عليهم حرام لعدم الاذن به منهم عليهم السلام وفي جواز انتزاعه من أيديهم مع الامن من الضرر وجهان : من أنه مال الإمام عليه السلام في يد من لا يستحقه ، وظالم له في تصرفه وغاصب في قبضه ومن أن المستحق لانتزاعه هو الامام فيتوقف على أمره^(٢) .

والظاهر بحسب القواعد هو الوجه الأول وهو : كونه مالا للإمام إلا أن الانتزاع حتى مع الامن من الضرر مرغوب عنه ، بل أنا في عصر الغيبة مأمورون

(١) الوافي جزء ٦ مجلد ٢ باب ٣٣

(٢) بلغة الفقيه ص ٨٠

بالمعاملة معهم معاملة الملاك في أملاكهم - كما تقدمت الإشارة اليه - وهو الذي بني عليه في البلغة فانه - رحمه الله - بعد أن تشبث للشيعة بأخبار التحليل قال :

« وغيرهم لا يملكونها بالأحياء ، لفقدان الشرط وهو الاذن بالنسبة اليهم وان وجب ترتيب أحكام الملكية الظاهرية لهم بالنسبة الى ماهي تحت أيديهم مما أحيوها كغيره مما أستحلوها من أمواله عجل الله تعالى فرجه » (١)

نعم قد ذكر وجهاً آخر لآخبار التحليل بحمل التحليل فيه على أجرة المثل للارض ، وأستشهد على ذلك برواية السكاكبي ، عن الإمام الباقر عليه السلام قال : وجدنا في كتاب علي عليه السلام أن الارض لله يورثها من يشاء من عباده الى قوله - : فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي وله ما أكل حتى يظهر القائم من أهل بيتي - الى قوله - : إلا ما كان في أيدي شيعتنا ، فيقاطعهم على ما في أيديهم ويترك الارض في أيديهم ، الحديث (٢)

وهكذا صحيحة عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام .

وفيهما يقول : وكل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون ومحلل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا ، فيجيبهم طبق ما كان في أيديهم ، ويترك الأرض في أيديهم ، وأما ما كان في أيدي غيرهم فان كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا ، فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم منها صفرة (٣)

ورواية يونس أو المعلي :

مالككم في هذه الأرض فتبسم - الى قوله - : فما سقت أو أستقت فهو لنا وما كان لنا فهو لشيعتنا (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 ٢٢٤

(٤) الوسائل جزء ٦ كتاب الخمس ص ٢٨٤ الطبعة الحديثة

ولا يخفى أن هذه الروايات - خصوصاً رواية يونس المتضمنة لقوله عليه السلام : فما سقت ، أو أستقت فهو لنا ، وما كان لنا فهو لشيعتنا - ظاهرة في ملكية الشيعة لنفس العين غايته أنه عليه السلام عند ظهوره يأخذ الطسق منهم بخلاف غير الشيعة فانهم يعتبرون غاصبين لا يملكون شيئاً إذا فلا مناص إلا عن الأخذ بالوجه الأول .

خلاصة شاملة وعود الى الموضوع الأصلي :

بعد هذا العرض الذي مر علينا من بيان حكم الأرض المفتوحة عنوة وغيرها 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 .

وينفتح عندنا باب تحكيم اليد في موارد الشك ، وإن من كانت بيده أرض تكون يده حاكمة بأنها مملوكة له ، وحينئذ يترتب عليها صحة تصرفاته في تلك الأرض من البيع والوقف بأنواعه حتى ما كان من قبيل الأوقاف العامة : كالمساجد والمدارس ونحوها فيكون الحال في تلك الأراضي التي تحت اليد حال المملوكات الشخصية فإذا طرأ عليها الاستملاك من قبل الدولة ، وأصبحت شوارع لمبور الناس ومرورهم فقد ذكروا لتصحيح هذا العبور وجوهاً :

الأول - التخريج على أن هذه أموال أعرض عنها أصحابها بناء على أن الأعراض عن الشيء من قبل مالكه يكون موجباً لانسلاخ الملكية عن مالك ذلك المعرض عنه .

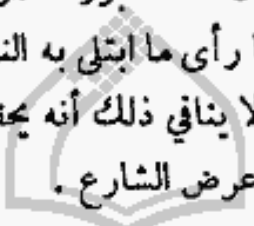
وقد رد شيخنا - دام ظله - هذا القول بجوابين :

أولاً - إنه لم يعلم تحقق الأعراض من أصحاب الدور والمحلات بل غاية ما في البين أنه قد حصل اليأس لهؤلاء واليأس لا يعبر عن الأعراض بل هو غير الأعراض كما هو واضح .

وثانياً - إن الاعراض على تقديره لا يكون موجبا لانسلاخ الملكية حتي ولو صرح المالك بذلك وقال : « نفيت ملكيتي عنها » أو قوله : « أعرضت عنها » فان هذا التصريح لا يكون موجبا لزوال الملكية فكيف لو علمنا من حالة عدم الأعراض .

فان زوال الملكية له طرقه الخاصة المقررة من قبل الشارع المقدس كالبيع والهبة ونحوهما . والمفروض أن واحداً من هذه الطرق لم يحصل بالنسبة لما نحن فيه من الدور المعرض عنها . ولا دليل على أن مجرد الأعراض موجب لزوال الملكية .

الوجه الثاني - أن يقال بأن هذا العبور مسموح من قبل المالك ولو بشاهد الحال من أن صاحب الملك بعدما رأى ما ابتلى به الناس من جهة العبور على ملكه فانه يبيح لهم التصرف فيها ولا ينافي ذلك أنه يحقد على من غصبه ملكه وكان السبب في تهديم بيته وجعله في عرض الشارع .

والجواب عنه :  مركز تحقيق كليات علوم إسلامي

إن هذا المقدار من شاهد الحال لا يصحح لنا العبور في الشوارع إذ ربما كان في البين صغيراً ، أو وقف فكيف نحرز رضا هؤلاء وهل يسرى شاهد الحال على هؤلاء ؟

الوجه الثالث : أن يدعى لجواز العبور في الشوارع أن تغطي الأرض فرشة من الآجر ، أو السمنت أو القير وماشابه ذلك ، مما يعد تبليطاً للأرض وحينئذ فان ما توضع عليه القدم في أثناء العبور ليس هو نفس الأرض وإنما هو ما وضع عليها من أحجار التبليط ، فلم يبق إلا العبور في الفضاء وليس هو بتصرف في المملوك وينظر لذلك بعبور الطائرات في الفضاء في المملوك للناس ، وهكذا في رمي الحجارة من أحد الجانبين الى الآخر .

ولكن شيخنا - دام ظله - ناقش هذه الدعوى من وجوه :

أولاً - إن العبور على الحجر المعتمد على الأرض لا يخلو من كونه تصرفاً في نفس الأرض .

وثانياً - إن عدم عد العبور في الفضاء تصرفاً في ملك الغير لا يخلو عن تأمل ولعل ما يرى بحسب الارتكاز في الطائرة من عدم كونه تصوقاً فلعله من جهة علوها الخارق على وجه يخرج الفضاء عن كونه مملوكاً ، نظير العبور تحت الأرض مما يعد خارجاً عن المملوك المتعارف وأن حدوده بكونه من تخوم الأرض إلى عنان السماء فإنه لا يخلو عن تسامح ، والمدار على الصدق المرفي ، وهو متحقق في الفضاء الذي يكون داخل الدار وقريباً من سطحها الأعلى .

وثالثاً - إنه لعل منشأ التسامح في مثال الطائرة ، ورمي الحجر هو عدم اهتمامهم بذلك التصرف إذ لا يقدر بالمالية لقلته وحقارته ، لا أنه ليس بتصرف ولأجل ذلك يمنونه أشد المنع لو كان بقائماً كما لو وضع صاحب الدارين اللتين بينهما دار لآخر جسراً من أحدهما إلى الآخري وبني عليه طابقاً . بل لو عبر بالطائرة لكن عند الوصول إلى فضاء الغير سكن حركة الطائرة ، بنحو تبقي معلقة في الفضاء ، أو تهبط وتعلو وعلى أي حال إن هذا الذي يتساعجون فيه هو التصرف العبوري السريع سواء كان لأجل المساحة فيه ، أو كان لأجل أنه لا يعد تصرفاً في نظرهم أما لو جلس في ذلك الطريق أياماً أو بني فيه محلاً ، أو صلى فيه كل ذلك غير داخل في العبور المذكور .

الوجه الرابع : من وجوه تصحيح العبور بأن يقال : إن هذه أموال لا يمكن إرجاعها إلى أصحابها ، وحينئذ 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 .

المالك ، وتردده بين غير محصورين في التصديق استقلالاً أو بأذن الحاكم كما صرح به جماعة ومنهم المحقق في الشرائع وغيره .

أما المحقق - رحمه الله - فقد قال في هذا الصدد حسبما يشير إليه الشيخ في عبارته المذكورة : جوائز السلطان إن علمت حراماً بعينها فهي حرام وإلا فهي حلال فإن قبضها أعادها على المالك ، وأن جهله أو تعذر الوصول إليه تصدق بها .^(١)

والذي يظهر من عبارة الشيخ في مكاسبه - حسبما تقدمت - أن المال الذي لا يمكن إرجاعه إلى صاحبه المعلوم يكون بحكم مجهول المالك وحينئذ فلا بد فيه من الرجوع إلى الحاكم الشرعي .

واكن 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 ، ولا يمكن إرجاعه إليه دون مالم يكن تحت يده بل كان تحت يد الغاصب الجائر كما فيها نحن فيه من الشوارع المفتوحة من قبل الحكومة .

خامساً - أن يقال : بأباحة العبور في هذه الأراضي ، لأنها أرض غير مسورة وليسست بمحجبه ليمتنع العبور فيها ، ويستشهد لذلك بما في العبور في بساتين الناس وأرضيهم الواقعة فيما بين النجف وكربلا - مثلاً - بل وفي كل مكان فإن السيرة جرت على الاستطراق في تلك الأراضي مع عدم مراجعة المستطرقين لمالكها لتحصيل الأذن لهم بذلك .

ويحدثنا 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 ، وكان تعبيره باللفظ الفارسي كما يلي : (زمينها نيکه در و دیوار

(١) الشرائع - كتاب التجارة ص ٩٧ المسألة السادسة .

ندارد عبور ومرور أز أو جائز است) أى إن الأراضي التي ليست مسورة وموبوءة لا مانع من العبور فيها .

والجواب عن هذا الوجه الخامس :

إن هذا المقدار من السيرة غير قابل للانكار ، ولكن الكلام في منشأ هذه السيرة وهو على نحوين :

فمرة - نقول : إن المنشأ لذلك إنما هو احراز العابرين لرضا المالكين باعتبار شاهد الحال ، ولو بأن تكون تلك الشواهد حجة عقلانية على رضا المالكين بعبور الناس في ارضهم إلا أن هذا ليس بنافع ، لأن لازمه الامتناع عن العبور في الصورة التالية . لو صرح المالك بعدم الرضا في الاستطراق بأرضه ولو كان في البين وقف ، أو لو كان في البين قاصر . فكيف يسوغ للإنسان العبور في هذه الصور ؟

وثانية : يكون منشأ السيرة وجهاً آخر يراه شيخنا الأستاذ هو المتعين في البين وهو :

أن الشارع المقدس - تلطفاً منه ، ورعاية للجنة على عبده - قد جعل حقاً للغير بهذا النحو من الملكيات المتسعة الحاصلة بالحيازة ، أو الاحياء ولاحق للمالك أن يمنع الناس من هذه التصرفات الخفيفة ، كالعبور في أراضيه ، أو الشرب من النهر الذي كراه لإيصال الماء اليه ، أو الوضوء والغسل ، والغسل من ذلك الماء حيث لا تضر هذه التصرفات بمالكية المالك لتلك الأراضي والانهار . وإن الشارع المقدس - حيث أنعم على هؤلاء بهذه الأراضي وما شاكلها - لم يكن ليغبط حق الضعيف ، وحق النوع البشري من الاستفادة بهذه الارض بهذا المقدار من الاستفادة الخفيفة ، ولا أقل من اتصال هذه السيرة بالائمة المعصومين من أهل البيت عليهم السلام وعدم ردعهم عنها .

وفي مكان آخر : نرى الشارع المقدس راعى حق الغير فأباح للعامة أكل

الثمرة الواقعة في عرض الطريق - كما صرحت به الاخبار - ومن تلك الاخبار ماورد عن الامام جعفر بن محمد الصادق عليه السلام في جواب السؤال عن أكل تلك الثمرة فيقول : « أمر بالثمرة فأكل منها قال : كل ولا تحمل » (١) .

وزاد في أحد طرقه (قلت : جعلت فداك أن التجار قد اشتروها ونقدوا أموالهم . قال : اشتروا ما ليس لهم) .

ومن التعبير الصريح يظهر لنا أن المالك ليس له الحق في منع المارة من الاكل من تلك الثمار ، وليس له أن يمنعهم من حقهم الذي جعله الله لهم فيها .

وفي مكان آخر يسأل السائل الامام الصادق عليه السلام أيضاً (إن الرجل يمر بالبستان ، وقد حيط عليه ، أو لم يحيط عليه هل يجوز أن يأكل ثماره ؟ - الى قوله - قال عليه السلام : لا بأس أن يأكل ولا يحمله ولا يفسده » (٢) .

ورواية ابن أبي 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) .

وفي رواية عبدالله بن سنان يقول الامام الصادق عليه السلام : (لا بأس بالرجل يمر بالثمرة ويأكل منها ، ولا يفسد قد نهى رسول الله - ص - من أن تبقى الحيطان في المدينة لمكان المارة . قال : وكان اذا بلغ نخلة أمر بالحيطان فخربت لمكان المارة (٤) .

كل هذه الاخبار ، وغيرها ظاهرة بعد ضم بعضها الى بعض فيما ذكرناه من وجود حق للناس في هذا النوع من الاملاك بدرجة أنه يجوز الاكل حق ولو صرح المالك بعدم الرضا المعبر عنه بحياطته لتلك البستان ومن هذا المجموع نفهم

(١) الوافي مجلد ٣ جزء ١٠ ص ١٤٤

(٢ ، ٣) نفس المصدر ص ١٤٥

(٤) الوافي - مجلد ٣ - جزء ١٠ ص ٤٤

نقطة أخرى ، وهي أن أصل الملكية في هذه الأرض الواسعة ، والتي تقع طرق الناس في ضمنها ملكية مقيدة ، وليست بمطلقه فالرجل يملك الأرض مع وجود حق للغير في العبور فيها ، ويملك البستان مع وجود حق للمسارعة من الاقتطاف من ثمرها كل هذا صحيح ومسلم . ولكنه لا ينفعنا للعبور فيما نحن في صدد بيعه من الشوارع ، والطرق المستملكة من دور الناس ومحلاتهم ، فإن الملكية لهذه الدور والمحلات لم تكن مقيدة بالاستطراق فيها لان الموسوغ لذلك فيما لو كانت الملكية طارئة على وجود حق الاستطراق والأقتطاف ، وحينئذ فتكون ملكيته من أول الأمر مقيدة بوجود هذا الحق .

وحينئذ فلا تكون السيرة شاملة لما نحن فيه من الشوارع الجديدة المستحدثة من قبل الدولة :

وسادساً - ما ذهب اليه بعض الأجلة من الماضين ، ويعتقد شيخنا - دام ظله - أنه المرحوم الميرزا محمد تقى الشيرازي من أجازة العبور في هذه الشوارع نظراً الى المصلحة العامة ، ويتولى الحاكم الشرعي باعتباره ناظراً في تلك المصلحة أجازة الأرض عن أصحابها لأجل عبور الناس ومرورهم ، وهي منفعة ضئيلة لا تقابل إلا بشيء قليل من المال ويصرف ذلك المال في سبيل الله عن أصحاب تلك الأرض سواء كان المالك لها قاصراً أو موقوفاً عليه .

وإن شاء نفس المستطرق أن يتصدق لمرة واحدة بشيء قليل من المال عن أصحاب تلك الأرض ، وذلك يكون كافياً لعبوره ومروره الى الأخير .

ولكن بإجازة من الحاكم الشرعي . وقال شيخنا الأستاذ - دام ظله - إن هذا الوجه هو الأحوط بعد أنسداد تلك الطرق الخمسة نعم أنه يحتاج الى أثبات ولاية الحاكم الشرعي وعمومها لما يتوقف عليه النظام وقد حققنا في محله عدم قصور أدلة ولاية الحاكم عن مثل ذلك وإن منعنا منها فيما لا يتوقف عليه الانتظام كالحدود ونحوه مما هو من خصائص الأمام - عليه السلام - .

المساجد الواقعة في الشوارع^(١)

بعد ما عرفنا حال الفضلات الباقية من الدور والخوانيت ، والخانات فلا بد من ملاحظة الفضلات الباقية من المساجد التي تقع كبقية الدور في الشوارع وما يجري عليها من الأحكام .

ماهية المسجدية ؟

ولمعرفة ما نحن بصدد بحثه لابد لنا من النظر الى حال المسجدية - وأن زوال عنوان المسجدية - بحسب النظر العرفي - هل يكون موجباً لأنسلاخ عنوان المسجدية بحسب النظر الشرعي أيضاً ؟ .

أو أن المسجدية الشرعية لا تكون زائلة ، بل هي باقية على حالها وإن أنسلخت المسجدية بحسب النظر العرفي ؟ .

وطبيعي أن القول بتبعية الأنسلاخ الشرعي ، الى الأنسلاخ العرفي يستلزم سقوط جميع الأحكام التي كانت مترتبة على هذه الأرض حال كونها مسجداً وحينئذ يكون حال هذه القطعة حال المباحات الأصلية كالأراضي الخرابية فتعود ملكاً لمن أحيّاها ، وعليه فلا مانع من تملكها لكل أحد من دون إحتياج لمراجعة الحاكم الشرعي ولا أقل من الاستئجار منه ، أو الشراء لأن الجميع في جهة التملك على حد سواء ، فإن من أحيى أرضاً فهي له .

ومن هذا يتضح لنا الفرق بين المساجد والموقوفات التي تؤول الى التلف بحيث يزول عنها العنوان ، فإن أنسلاخ العنوان عنها يوجب بطلان جهة وقفيتها وإذا

(١) هذا البحث وما يليه من البيع ، والكنائس ، ومقابر المسلمين مقتبس مما كتبناه في درس الفقه على السيرة الوثقي من محاضرات شيخنا الأستاذ - دام ظله - عند التعرض لحال المساجد والمشاهد المشرفة .

بطلت جهة الوقفية فيها فلا بد من رجوعها إلى مالكةا الأصلي .

وهذا بخلاف المساجد فان مجرد طرو الوقف عليها يكون موجباً لتحريرها وانفكاكها عن ملك مالكةا الأصلي فتكون مباحة لو طرء عليها ما يزيل عنها جهة مسجديتها ، ويشترك جميع المسلمين بهذه الاباحة من غير خصوصية للمالك الأصلي لخروجها عنه وعن ملكيته بمجرد الوقف .

هذا الآثار تترتب على القول بانسلاخ المسجدية الشرعية تبعاً للانسلاخ بحسب النظر العرفي .

وأما القول بعدم الانسلاخ - بحسب النظر الشرعي - تبعاً لزوال المسجدية - بحسب نظر العرف - فيترتب عليه بقاء جميع الأحكام الشرعية السقي كانت مترتبة على عنوان المسجدية ، وان لم يكن ذلك الموضع مسجداً عند العرف لاندراست آثاره .

أما شيخنا الاستاذ - دام ظله - فقد اختار القول بعدم التبعية من الشارع في هذا المورد ، بل تكون آثار المسجدية شرعاً باقية حتى ولو زالت عنه بحسب النظر العرفي . بتحقيق أن المسجد لا يخرج عن كونه من العناوين الاعتبارية والتي اعتبرها العقلاء وأمضاء الشارع المقدس فهو من هذه الجهة كسائر الاعتبارات العقلانية الممضاة من قبل الشارع المقدس ، والتي لا يطرئها الجعل مرة ثانية ، وهذا المقدار لا ينعدم بمجرد خرابه ، وزوال مظهره الخارجي . ذلك لان العناوين المجعولة :

منها - ما يطرئه الجعل مرة ثانية فيزول ما جعل أولاً ليحل محله العنوان الجديد ، وهذا كما في - الزوجية والرقية - فان الرقية يمكن أن يطرئها الجعل فتزول يحمل الحرية ، وقول المالك - أنت حر - وكذا الزوجية فانه يمكن زوالها يحمل الطلاق ممن أخذ بالساق .

ومنها - ما لا يطرئه الجعل مرة ثانية . وهذا كما في الحرية الطارئة بعد الرقية

لان الحر لا يعود رقاً بعد صيرورته حراً .

ومن هذا القبيل عنوان المسجدية فان المسجد بعد جعله واعتباره مسجداً لا يمكن أن يعود إلى حاله الأول قبل صيرورته مسجداً وإن زالت آثاره بحسب النظر العرفي . إذا فتكون نتيجة هذا الرأي هو بقاء جميع الأحكام السابقة والتي كانت مترتبة على المسجد قبل انهدامه من غير فرق بين السابق واللاحق .

الفرق بين وقف المساجد والوقف على المسلمين :

ومما تقدم يعلم أن وقف المساجد ليس من قبيل الوقف على المسلمين ليصلوا فيه ليكون عدم الصلاة ، وعدم المصلين وفقدانهم من قبيل تعذر الجهة الموقوف لأجلها .

كما أنه ليس من قبيل الاخراج عن الملك - كالأعراض - ليبقى جائز التملك وفي 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 إعتباري عقلائي ، وقد أمضى الشارع المقدس ذلك العنوان ، وذلك الاعتبار ولا يرتفع هذا النوع من الاعتبار والامضاء ، بل يكون باقياً حتى ولو زالت الآثار الخارجية .

الآثار المترتبة على بقاء عنوان المسجدية :

وحيث اختار شيخنا - دام ظله - بقاء المسجدية الشرعية فان آثار المسجد تكون باقية بأجمعها ، وأشخص تلك الآثار هو عدم جواز التنجيس لتلك الفضلات التي تقع في الشوارع ، ويجب تطهير ما تنجس منها . أما بقية الآثار : كالانتفاع بما بقي من المسجد من جعله داراً ، أو محلاً للسكنى ، أو الكسب ، أو الزرع وما شاكل ذلك فهذه تختلف فيما بينها .

ولكن الميزان الأولى فيها - أن لا يكون ذلك الانتفاع منافياً للمسجدية وإن لم يكن بعمله ذلك مزاحماً للمصلين . أما لو نافي ما عمله لعنوان المسجدية فهو غير جائز ، ولكن لا يترتب عليه آثار الغصب ، بل ولا أي ضمان للمنافع لما تبين من عدم المضمون له في البين ، وإن المنفعة غير مملوكة له . ولذلك لا يجوز إيجاره على الغير لأن هذا المتصرف لا يملك ما تصرف به ، ولا يملك منفعته بل غاية الأمر أن له الانتفاع بما لا ينافي المسجدية ، وهذا وحده لا يكون مصححاً للإجارة .

وتظهر ثمة القول بالغصب في هذه الصورة وعدمه في موارد منها الصلاة في ذلك المحل فإنه لو كان غاصباً لكانت صلاته قد وقعت في محل مغصوب ، أما على القول بعدم الغصب فتكون صلاته قد وقعت مع فعل محرم قد صدر منه .

والآن وحيث اختار شيخنا الأستاذ - دام ظله - بقاء عنوان المسجدية الشرعية ، فلا بد من القول بوجوب تطهير الفضلات الباقية من المساجد وعدم جواز تنجيسها - كما عرفت - .

ولكن السيد الطباطبائي - في عروته - ذهب إلى التفكيك بين هذين الحكمين فقال : « إذا تغير عنوان المسجد بان غصب ، أو جعل داراً ، أو صار خراباً بحيث لا يمكن تعميره ، ولا الصلاة فيه ففي جواز تنجيسه وعدم وجوب تطهيره كما قيل اشكال ، والأظهر عدم جواز الأول بل وجوب الثاني » (١) .

وهذه العبارة تعطينا بالنظرة الأولى إمكان التفكيك بين الحكمين عدم جواز التنجيس ووجوب التطهير إلا أنه (قدس سره) بهذا الاضراب المتمثل في قوله « بل وجوب الثاني » يختار إلحاق عدم جواز التنجيس بوجوب التطهير . ومن المعلوم أنه لا وجه للتفكيك بين هذين الحكمين : حرمة التنجيس ، ووجوب

(١) العروة الوثقى بحث المساجد والمشاهد المشرقة مسألة ١٣ .

التطهير فمن يقول : بانسلاخ المسجدية الشرعية إضافة إلى الانسلاخ العرفي فلا بد له من القول بارتفاع كلا هذين الحكمين . فلا يجب التطهير ولا يحرم التنجيس .

وأما لو قلنا : ببقاء المسجدية الشرعية - كما هو رأي شيخنا - دام ظله - حتى ولا زالت المسجدية العرفية فإنه لا وجه للتفكيك أيضاً لأن هذه البقعة من الأرض لا تزال مسجداً ، فكما لا يجوز تنجيسها فكذلك يجب تطهير ما تنجس منها ، أو على الأقل لو استفدنا من الأدلة القائلة (جنبوا مساجدكم النجاسة) (١) وما مائلها لهذا النوع مما ذهب مسجديته العرفية ، وبقيت مسجديته الشرعية فكما لا يجوز تنجيسها فكذلك يجب تطهيرها لأن هذه القطعة من الأرض مشمولة لهذه الأدلة الأمر بتجنب المساجد عن النجاسة .

هذا لو علمنا شمول الأدلة لتلك أو عدم الشمول ، وحتى لو حصل لنا الشك ولم نعلم بانسلاخ المسجدية الشرعية تبعاً للمسجدية العرفية فأيضاً لا يجوز التفكيك بل لا بد من وجوب التطهير ، وعدم جواز التنجيس تمسكاً بالاستصحاب القاضي بذلك بيان الاستصحاب : أن هذه الأرض كانت قبل أن يطرأ الخراب محطاً لكلا هذين الحكمين : عدم جواز التنجيس ، ووجوب التطهير . والآن نشك في بقاء هذين الحكمين ، وبمقتضى الاستصحاب يثبت لنا أن هذه الأرض بعينها الآن أيضاً لا يجوز تنجيسها ، ويجب تطهيرها إذا فعل جميع الصور تبين لنا عدم وجود وجه للتفكيك بين الحكمين بل الحال فيها واحد ، فاما أن يرتفعاً معاً أو يتحققاً معاً .

ولم يكن السيد الطباطبائي - رحمه الله - الوحيد الذي يفتح باب التفكيك بل أن شيخنا الأستاذ المرحوم النائيني أيضاً ذهب إلى القول بالتفكيك لذا قال

(١) الوسائل كتاب الصلاة ، أحكام المساجد باب ٢٤ حديث ٢ .

في حاشيته على عبارة العروة المتقدمة .

« إذا خرج عنوان المسجدية ، وبطل رسمه بالكلية ، فالأظهر عدم وجوب تطهيره ، وإن كان جواز التنجيس لا يخلو عن اشكال » .

ولا شيء على المرحوم النائيني - قدس سره - في هذا التفكيك حيث استظهر عدم وجوب التطهير خلافاً للاستصحاب القاضي بوجوبه ذلك لأنه يرى هذا الاستصحاب من الاستصحاب التعليقي ، لأن وجوب التطهير في السابق كان معلقاً على تحقق النجاسة - بمعنى أنه إذا تنجس يجب تطهيره - وبما هو معروف لدى الجميع أن المحقق النائيني - قدس سره - لا يرى صحة الاستصحاب إذا كان تعليقاً ، ولا مجال لنا في هذه المجالة لبيان الوجه الذي يستند عليه الشيخ المحقق النائيني - رحمه الله - لعدم حجية الاستصحاب التعليقي^(١)

وعلى أي حال فحيث كان المرحوم النائيني يرى عدم حجية الاستصحاب التعليقي فلم يقل هنا بوجوب التطهير . ولكن الذي ظهر من عبارته المتقدمة هو إجراء الاستصحاب ، والتمسك به بالنسبة إلى الحكم الثاني ، وهو عدم جواز التنجيس على إشكال في ذلك .

ولعل منشأ الأشكال في حرمة التنجيس بعد أن كان الاستصحاب قاضياً بذلك هو عدم معرفة موضوع هذا الحكم - وهو عدم جواز التنجيس - فهل الموضوع فيه هو المسجدية العرفية ؟ ومن البين أنها قد زالت لأن العرف لا يرون هذا الطريق مسجداً الآن ، وإن كان في السابق مسجداً وبزوال المسجدية عندهم تزول جميع الآثار المترتبة عليها كما في - أكرام الشخص العادل - فإن عدم

(١) لقد تعرض شيخنا الاستاذ - دام ظله - لبيان وجهة نظر استاذ المرحوم الشيخ النائيني في عدم حجية الاستصحاب التعليقي في دروس الفقه على العروة الوثقى ولا مجال لنا هنا للتعرض إلى ذلك وقد تعرض لهذا البحث في الجزء الأول من دليل العروة الوثقى ص ٥٠٢ . تقارير شيخنا الاستاذ لمؤلفه العلامة الشيخ حسن سعيد الطهراني

الأكرام متعين لو صار هذا الشخص فاسقاً .

أو أن الموضوع للحكم بعدم جواز التنجيس هو ذات المسجدية وعنوان المسجدية حالة من الحالات الطارئة على الذات . وحينئذ فزوال الحالة لا يكون موجباً لزوال تلك الأحكام الواردة عليها المفروض بقاءها ، وتبعاً لبقائها تبقى الأحكام الثابتة لها . كما هو الحال - في الماء الذي تنجس بالتغير فإن زوال هذه الحالة لا يكون موجباً لزوال الحكم ، وهو النجاسة لذلك الماء . هذا هو منشأ الاشكال .

إلا أن الوجه في جريان الاستصحاب ، هو أن هذا الحكم وهو حرمة التنجيس كان ثابتاً قبل هذا الحال ، وعند الشك في بقاءه الآن نستصحب فيثبت لنا عدم جواز التنجيس .

إلا أن الاشكال في هذا النوع من الاستصحاب واضح لأن الشك كان في بقاء الموضوع ، ومع الشك في بقاء الموضوع لا يجري الاستصحاب .

على أنا نتمكن من القول بأن الاستصحاب في طرف وجوب التطهير تنجيزي وليس بتعليقي - كما يراه المحقق النائيني - رحمه الله - وتقريب ذلك - يظهر لنا مما بيناه سابقاً - من أن حرمة تنجيس المسجد ، ووجوب تطهيره حكمان قد استفيدا من دليل واحد استقر عليه رأي شيخنا الأستاذ - دام ظله - أخيراً وهو المنع من تقريب النجاسة إلى المسجد حدوثاً وبقاءً .

وإن شئت فقل : أن المسجد يجب على المكلفين أن يحافظوا عليه من ناحية طهارته دائماً ، وعصيان هذا التكليف يتحقق بأحد أمرين .

الأول - أن يعمد المكلف إلى تنجيسه .

الثاني - أن يترك المكلف تطهيره .

إذا فليس التكليف إلا واحداً ، وإنما الاختلاف في طرق عصيانه وعليه

فليس البين تكليف شرعي بالتطهير على تقدير النجاسة ليكون تعليقاً، ويتبين منه أن وجوب التطهير كحرمة التنجيس تنجيزي، وحينئذ فيجري الاستصحاب في الطرفين .

ولجريان الاستصحاب ، وعدم جريانه ، ومعرفة إمكان التفكيك بين هذين الحكمين: وجوب التطهير، وعدم جواز التنجيس لا بد من ملاحظة المسجدية في نظر العرف ، ومعرفة حقيقتها وهي لا تخرج عن واحد من ثلاث .

فأما أن تكون موضوعاً .

وأما أن تكون حالة .

وإما أن تكون علة .

أما لو كانت موضوعاً - فلا معنى لبقاء الحكم لأنه ذاهب بزوال موضوعه فلا معنى لجريان الاستصحاب حينئذ .

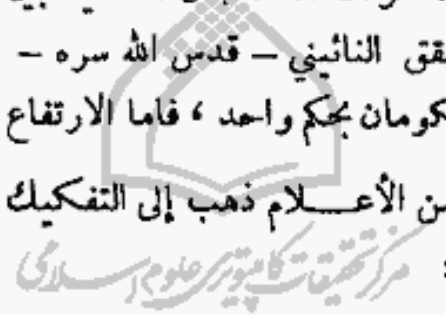
وأما لو كانت حالة - فلا إشكال في بقاء الحكمين ، ولو حصل الشك كان الاستصحاب جارياً .

وأما لو كانت علة - بحيث كان العرف يرى بأن المسجدية علة لظرو الحكم على الذات فحينئذ يفتح علينا مورد جديد للبحث فيه والنظر إلى هذه العلة فهل هي علة محدثة ، أو مبقية ؟ بمعنى أن العلة تارة : تكون بنحو إذا حصلت فالحكم لا يكون وجوده منوطاً ببقائها ، بل يكون باقياً حتى ولو زالت العلة التي كانت سبباً في حصوله ، وتكون العلة حينئذ محدثة ومبقية .

وثانية : تكون علة ما دامية وتسمى علة محدثة فقط ومعنى ذلك أنه لا بد لبقاء الحكم من وجودها وإلا فبزوالها يزول الحكم ، ويكون وجود الحكم في هذه الصورة دائراً حول وجود العلة في الحدوث والبقاء .

والعرف مع هذه العلة ، وهي المسجدية فان عرف نوعية هذه العلة ، وأنها من أي قسم من المحدثه ، أو المبقية فقد انتهت المشكلة وعلى ذلك يرتب الحكم الشرعي .

وأما لو حصل الشك من نوعية هذه العلة ، وهل أنها محدثة أو مبقية ؟ والتبس علينا الأمر جاء دور الاستصحاب ليكون هو المرجع - في هذه الحالة - فيقال : إن هذه الذات كانت محكومة بجرمة التنجيس ووجوب التطهير عندما كانت مسجداً قائماً معموراً والآن وبعد طرو الخراب عليها نشك في بقاء ذلك الحكم بعد زوال العلة ، والتي هي معموريته فنستصحب وجود الحكم ويثبت لنا بفضل ذلك تحريم التنجيس ووجوب التطهير .

والآن وبعد هذه الجولة عرفت أنه لا مجال للتفكيك بين الحكمين المذكورين فلا وجه لما ذهب إليه المحقق النائيني - قدس الله سره - بل وجوب التطهير وعدم جواز التنجيس محكومان بحكم واحد ، فاما الارتفاع معاً ، أو البقاء معاً . ولكن بعض الأجلة من الأعلام ذهب إلى التفكيك بين الحكمين مستنداً عليه بوجه آخر . وبياناه :  مركز تحقيق كاتبيت علوم اسلامی

أن دليل وجوب التطهير مستفاد من الاجماع ، ودليل عدم جواز التنجيس لفظي ، وإذا وصلت النوبة إلى أن دليل وجوب التطهير مستفاد من الاجماع فان القدر المتيقن من مورده هو ما كان المسجد فيه عامراً ، وأما شموله لما نحن فيه حيث زالت الآثار والمعالم الدالة على المسجدية ، فهو محل توقف ولأجله ثبت التفكيك بين الحكمين ، وجوب التطهير ، وحرمة التنجيس .

ويجيب شيخنا الأستاذ - دام ظله - عن هذا الدليل :

بأن دليل كلا هذين الحكمين لفظي ، وليس وجوب التطهير قد استفيد من دليل لي - كما تقدم من ثنايا البحث - .

وقد يعترض بأن دليل كلا هذين الحكمين لي مستفاد من الاجماع إذ الأدلة اللفظية كقوله تعالى : « إنما المشركون نجس »^(١) وغير هذه الآية مختص بالمسجد الحرام ، لأن هذه أحكام مختصة بذلك المسجد فلا يقريوه ، وأما بقية المساجد فأحكامها مستفادة من الاجماع ، ومن الواضح أن القدر المتيقن من الاجماع ما كان المسجد فيه معموراً . أما ما طراه الخراب ، والتغيير فالجاري فيه هو الأصول ولكن الجواب عن هذه الدعوى واضح - لما تقدم بيانه - من أن دليل كل من هذين وجوب التطهير وحرمة التجسس مستفاد من الأدلة اللفظية والأدلة اللفظية لا تفرق بين ما كان عامراً أو خراباً .

البيع والكنائس وما يتبعها

ويتضمن البحث في هذه الجهة عن البيع ، والكنائس ، وما جرى على شاكلتها من معابد اليهود والنصارى ، من حيث إلحاقها بالمساجد والنظر من وراء ذلك فيما إذا وقعت في الشوارع ، أو بقيت منها فضلات يمكن الاستفادة منها كحوانيت وما شابه .
وطبيعة هذا البحث تقتضي تقسيم الموضوع إلى قسمين :
مرة : نتكلم عن البيع والكنائس الموجودة قبل وجود الدين الاسلامي الحنيف .

وثانية : فيما استحدث من ذلك بعد الاسلام .

البيع والكنائس قبل الاسلام :

ولا بد لنا من معرفة حقيقة هذه البيع ، وهل أنها تشترك مع المساجد في حقيقة واحدة لتجري عليها ما تحكم به المساجد ، أم أنها حقيقتان مختلفتان

فتكون الأحكام الواردة على كل منها مخالفة لما تقيدت به الطائفة الثانية ؟

ويختار شيخنا الأستاذ - دام ظله - الرأي القائل باختلاف حقيقة كل من هذين البيع والكنائس من جهة ، والمساجد من جهة أخرى فليس المسجد هو عين حقيقة البيعة أو الكنيسة ، بل هذه وأمثالها اتخذت محلاً للعبادة لهم وبمجرد هذا المقدار لا يكفي لأجراء أحكام المسجدية على معابدهم ، بل إن نفس المسلمين لو اتخذوا لهم محلاً خاصاً للعبادة لأمكننا القول بعدم كون ذلك المكان مسجداً ، ولا ينافيه أخذهم له مكاناً للعبادة إذ لم تجر عليه صيغة المسجدية واعتبار كون ذلك مسجداً بل بمجرد معبد فلا تجري الأحكام الواردة على المسجد عليها . فلا يجب تطهير ما تنجس منها ، ولا يحرم تنجيس ما كان طاهراً ولا يتقيد بالانتفاع بما بقى منها بما ينافي العنوان الذي كانت عليه قبل أن يحصل الخراب لأن هذه الأرض ليست بمسجد ولا تجري عليها أحكام المسجدية .

هذا ما ذهب إليه شيخنا الأستاذ - دام ظله - من كونها من الحقائق المختلفة .

ولذلك يتخرج من يرى اتفاقها في الحقيقة ، وأن حقيقة البيعة هي عين حقيقة المسجد حيث يدعم هذا القول بأن الشائع التعبير عن البيع والكنائس بمساجد اليهود والنصارى ، وإن ما حصل من الاختلاف فإنما هو في الاسم لا أكثر ، والحجاجة في ذلك أنه من المعلوم أن للمساجد أحكاماً مترتبة عليها وليست هي بمقتصرة على حرمة التنجيس ، ووجوب التطهير ، بل هناك جملة الأحكام الأخر فهل يشترك الجميع في هذه الأحكام ؟ وطبيعي أن الاشتراك المذكور يتوقف على العموم المتكفل لسراية الأحكام ، أو وجود إطلاق يدل على الشمول .

أما في صورة عدم وجود ما يدل على الشمول من إطلاق ، أو عموم فلا بد من التنزل إلى الإجماع ، ولا بد لنا من الأخذ بالقدر المتيقن منه ولا يتعدى القدر

المتيقن عن الاقتصار على مساجد المسلمين لا غير وربما كان هذا التردد في أن البيع والكنائس هل تتفق حقيقة مع المساجد أولاً؟ وعلى فرض كونها من حقيقة واحدة فهل في البين ما يدل على الشمول من عموم أو إطلاق أولاً؟ هو الذي دعا السيد الفقيه الطباطبائي - قدس سره - أن يتوقف بالنسبة إلى تنجيس مساجد اليهود والنصارى حيث قال «في جواز تنجيس مساجد اليهود والنصارى إشكال» (١).

وربما يشكل علينا بالمساجد الثلاثة (المسجد الحرام) و (المسجد الأقصى) و (مسجد الكوفة) فيقال: بأن هذه المساجد وخصوصاً المسجد الحرام والأقصى ليست من المساجد المستحدثة في عهد الإسلام بل هي مساجد قديمة وثابتة من عهد إبراهيم الخليل - عليه السلام - إذ أنها ثابتة قديماً وليست من مستحدثات شريعتنا الإسلامية وعليه فما هو الموجب للتفكيك بينها وبين البيع، والكنائس التي أوجدت قبل الإسلام ولا بد من توحيدها في الحكم من جميع الجهات.

مركز تحقيق كامپور علوم اسلامی

ويجيب شيخنا الأستاذ - دام ظله - عن ذلك:

بأن هذه المساجد الثلاثة كانت، ولا تزال مساجد من القديم من يوم خلق الله عز وجل هذه الأرض، وأوجدتها، ولم يكن بناء سعد بن أبي وقاص إلا من المصادفة حيث أوقع البناء على تلك القطعة التي اختارها مسجداً للعبادة من الأزل، ومع ذلك فلا ملازمة بين هذا وبين إجراء أحكام المساجد على البيع والكنائس لاختلاف الحقيقتين كما عرفته، ولا ينافيه إشراك الجميع في المعبدية.

وربما يعترض بأن هذه المساجد كيف بقيت محافظة على مسجديتها مع عدم خضوعها للشرائع المقدسة السابقة، كشريعة موسى - عليه السلام - وعيسى

(١) العروة الوثقى، البعث عن المساجد والمشاهد المشرفة مسألة ١٥.

— عليه السلام — مع أنها لا بد لها من الخضوع اليها فتتحول إلى بيع وكنائس بطبيعة الحال .

ويجاب 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) وآبائه وأجداده الطاهرين حيث لم يخضعوا لليهودية ولا لنصرانية ، ولا لبقية الأديان التي مرت عليهم . بل كانوا متمسكين بالدين الحنيف دين إبراهيم — عليه السلام — كما صرح بذلك دستور الإسلام الخالد القرآن الكريم في قوله تعالى :

« واتبعوا ملة أبيكم إبراهيم حنيفاً » .

فهؤلاء كانوا من الطينة الطاهرة التي شرفها الله على جميع البشر .

البيع والكنائس قبل الإسلام :

ويشمل البعث البيع والكنائس المستحدثة بعد الإسلام — أي في أيام كفرهم — وعدم متابعتهم للدين الإسلامي المجيد .

علماً بأن البحث لا يتناول ما يستحدثه الكفار في بلاد المسلمين من البيع والكنائس الآن ، لأن هذه البيع والكنائس باطلة لمخالفتها لشرائط الذمة فيختص بحثنا بالبيع والكنائس التي يستحدثها الكفار في غير بلاد المسلمين وهذه لو لاحظناها لرأيناها خارجة عن طبيعة بحثنا ولم تتعلق بموضوعنا مباشرة وهو ملاحظة حال الشوارع التي تستحدثها الدولة ، لأنها خارجة عن بلاد المسلمين . إلا أنا نتكلم فيها من الوجهة العلمية ، والبحث عن إمكان قصد التقرب من هؤلاء مع أن القربة لم تتوفر منهم ، والتي هي الأساس في الوقف بالنسبة إلى المساجد والمدارس ونحوها .

ويقع الكلام عن مثل هذه الأوقاف في جهات ثلاث :
الجهة الأولى :

ويتناول البحث فيها عن أن مثل هذه الوقف إنما هو وقف على عباداتهم وعباداتهم لا شك في بطلانها - لما تحقق في محله - من بطلان عبادة هؤلاء الفرق فيكون هذا من قبيل ما لو وقف الإنسان محلاً لجهة محرمة فيكون الوقف فيها باطلاً بالضرورة .

الجهة الثانية :

إن مثل هذا الوقف وقف على طائفة مخصوصة لأن اليهود أو النصارى يوقفون بيعهم وكنائسهم على أهل نحلتهن ، وكذا بعض فرق المسلمين حيث يوقفون مساجدهم على من يتبعهم ، وحتى بعض الامامية يوقف مدرسة لطلاب العلوم الدينية ويضمنها مسجد لطلاب تلك المدرسة . فهل مثل هذا الوقف من الانحصار على طائفة مخصوصة صحيح أم لا ؟

الجهة الثالثة :

إن الوقف محتاج إلى قصد القربة لأنه من العبادة ، وقد قلنا ببطلان عبادة هذه الفرق والركيزة الأولية في الوقف هو حصول التقرب بذلك العمل إلى الله عز وجل ، وكيف يحصل التقرب من هؤلاء ؟ .

جهات ثلاث لا بد من الالتفات إليها .

أما البحث عن الجهة الأولى :

وهي أنهم أوقفوا هذه المحلات لعباداتهم ، وعباداتهم باطلة فنقول فيه : إنه مما لا شك فيه أن الغاية من وقفهم إنما هي عباداتهم ، وهذه العبادة تتصور على نحوين في نظر الواقف .

فمرة : يجعلها الواقف شرطاً في الوقف بحيث يقول :

وقفت هذه الكنيسة أو هذه البيعة ، وشرطت أن تكون للعبادة الفلانية .
وثانية : يجعلها ركنا في الوقف فيقول :
وقفت هذه البيعة أو الكنيسة للعبادة الفلانية .

وعلى النحو الأول : فتكون المسألة من صغريات البحث عن أن الشرط
الفساد هل يوجب فساد المشروط أولا ؟ بطبيعة الحال تكون المسألة مبنائية
فمن يرى الفساد يقول بالبطلان ، ومن لا يكون مثل هذا الشرط عنده مخرلا لم
يقل بالبطلان .

وعلى النحو الثاني : فلا شك في بطلان هذا النوع من الوقف لكونه مخصصا
بشيء محرم ، وهو كما لو أوقف المحل لجهة محرمة .

وأما البحث عن الجهة الثانية :

وهي الوقف على جهة مخصوصة .

فان المحذور الموجب للتوقف فيه أن وقف المساجد يكون من قبيل التحرير
المطلق فالتقييد بفرقة دون أخرى منافي لهذا التحرير . وبتعبير أوضح . وقف
المساجد يكون من قبيل الإيقاعات ، وهي لا تقتضي التقييد ونحوه - وان قلنا -
فيما تقدم . إن الوقف ليس من قبيل التحرير ، ولكننا 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 لأشكال الاختصاص بفرقة دون أخرى
المنافي للتحريرية ، وبهذه المناسبة نتمكن أن نتصور صوراً لمثل هذا الوقف .

الصورة الأولى - أن يقول المالك حيث يريد الوقف : وقفت هذا المكان
لخصوص طائفتنا . ولا شبهة في بطلان مثل هذا الوقف في هذه الصورة لأن
ذلك من أكمل مصاديق التضيق الخالف للتحرير ولا يختلف حال هذا الوقف
عن قول المالك أعتقت عبدي لخصوص الجهة الفلانية فالتحرير ليس بمقيد لجهة
دون أخرى ، والوقف في مثل هذه الحالات لا يختص بطائفة دون غيرها ، وإنما

يشارك الكل بها .

الصورة الثانية - أن يقول المالك : وقفت هذا المكان بيعة لعباد الله إذا كانوا يهوداً، أو مسجداً للمسلمين إذا كانوا مسلمين معتقداً، في المثال الأول اليهودي أن عباد الله إنما هم جماعتهم ، وكذا المسيحي ، وفي المثال الثاني يعتقد الواقف المسلم أن المسلمين إنما هم جماعتهم لا غير .

وفي هذه الصورة يقع الوقف صحيحاً لأن هذا الوقف في الحقيقة لنا نحن المسلمين لأننا عباد الله الحقيقيون ، وأما أولئك فعبادتهم باطلة وهم كفرة فليسوا بعبيد الله ، وإنما اعتقده اليهودي مثلاً ولم 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 ، وهم نحن أو يقول المسلم من بقية الفرق : وقفت هذا المكان على المسلمين وهم نحن الفرقة الفلانية فإن هذه الصورة تكون من صفريات مسألة الخطأ في التطبيق لأن الواقف وقف هذا المكان على عباد الله الحقيقيين معتقداً أنهم جماعته وحينئذ فحيث يتبين خطاه يكون الوقف صحيحاً كصورة الاعتقاد المقارن .

نعم لو كان قصد الواقف في مثل ذلك من قبيل التقييد في أصل الإنشاء فيكون انكشاف الخلاف فيها موجباً للبطلان .

وعلى أي حال ففي الصورتين الثانية والأولى يقع الوقف صحيحاً لأنه إمامن قبيل الإعتقاد المقارن ، أو الخطأ في التطبيق .

وقد صحح لنا مثل هذا الوقف كل من كاشف الغطاء وصاحب الجواهر - رحمهما الله - فقد قال المرحوم كاشف الغطاء : « ولو كانت العبادة داخلة في المعاملات من وقف ، أو عتق ونحوهما حكمنا بصحتها ، فمساجدهم كمساجدنا ومدارسهم ، وكتبهم الموقوفة ، ونحوها حالنا كحالهم أو هي خاصة لأن

الفرض من الوقف الأعمال الصحيحة ولا تقع إلا بنا»^(١).

وأما صاحب الجواهر فقد قال : « لكن هو فاسد من جهة أخرى ، وهي قصدهم المسجد لأجل صلاة أهل مذهبهم ، وهو ما عرفت من منافاة التخصيص للمسجدية القاضي بالفساد لأن لا صلاة لا حد منهم من أهل مذهبهم كي يصح الوقف لها مسجداً ، (وفيه) أن مجرد زعمه ذلك ، وإن لم يكن صرح به بعد أن جعل وقفاً للمصلين الذين هم حقيقة أهل الحق لا أهل مذهبه لا يقتضي الفساد بل الوقف في نفس الأمر لهم لا لغيرهم فيحرم صلاتهم فيه دونهم ضرورة صحة وقفهم وفساد ظنهم » .

وأما البحث عن الجهة الثالثة :

وهي إحتياج الوقف لكونه من العبادات إلى قصد التقرب وكيف تحصل القرية من هؤلاء ؟

فمن المعلوم أن من يريد خوض هذا البحث لا بد له من مواجهة أمرين أساسيين :

الأمر الأول - توقف الوقف على قصد القرية لكونه عبادة .

الأمر الثاني - بطلان عباداتهم للمفروغية عن ذلك فتكون النتيجة أن عباداتهم ، وجميع وقوفهم باطلة بما فيها من كتب ، ومدارس ومعاهد وهل هناك من يחדش في واحد من هذين الأمرين ليصح الوقف منهم خلاف ونزاع بين الأساطين ؟ مثل كاشف الغطاء ، وصاحب الجواهر ، والمحقق الآخوند ، - رحمهم الله جميعاً - ولهذا لا بد من عرض كلماتهم لتسير على ضوئها قريباً وصلنا إلى نتيجة .

أما كاشف الغطاء : فقد صحح وقفية مساجدهم وما يتبعها من المدارس والكتب وما شاكلها حيث جعل محط نظره بأن الوقف من العبادات فقال :

(١) كشف الغطاء المقصد الثالث الإيمان .

« حيث بينا أن اعتبارها لا يمنع من صحته من الكافر بناء على كون المراد بالقربة ههنا قصدها وإن امتنع حصولها كما في العتق لعدم الدليل على اعتبار أزيد من ذلك كما في العبادات بالمعنى الأخص ولذا ذهب الكل ، أو الجمل إلى اشتراط الوقف بالقربة ، وصحته من الكافر فإن الجمع لا يتسنى إلا على تقدير كون المراد بالقربة ما ذكر لا حصول التقرب فعلاً ، لأن الكفر يمنع من التقرب » .

والذي يظهر من كلامه - رحمه الله - أن المعتبر من القربة هنا ليس إلا قصد التقرب إليه تعالى ، لا نفس القرب الحقيقي ، لأنه ليس من شؤونه ، وأعماله وأن الذي يحصل من الكافر هو قصده لذلك التقرب لا أكثر ، وعليه فلا مانع من الوقف في نظره - رحمه الله - .

وشيخنا الأستاذ - دام ظله - رد ما جاء به كاشف الغطاء :

بان لازم ذلك هو تصحيح جميع عباداته ، وعدم الاقتصار على موقوفاته لأن التقرب الواقعي المعبر عن نفس القرب لا يتمكن حصوله حتى ولو كان الواقف إمامياً ، لأن القرب الحقيقي ليس من شئون الواقف الامامي أيضاً وغاية ما في البين هو قصده التقرب ، وهذا أيضاً حاصل في المخالف ، وهذا لا يمكن الإلزام به وهو تصحيح جميع عباداته أما صاحب الكفاية - قدس سره - فقد أجاب عن ذلك قائلاً :

« وبصحة الوقف على الكافر حتى الذمي على البيع والكنائس ، ومن المخالف المعلوم عدم صحة عبادتهما لفقد إيمانها . ولا يخفى ما فيه لعدم إحراز كون الوقف عقداً - إلى أن قال : وأما صحة الوقف من الذمي أو العامي فغاياته الدلالة على أن الوقف ليس بعبادة بمعنى ما يعتبر فيه الايمان من غير دلالة أصلاً على عدم اعتبار قصد القربة في صحته أصلاً كما لا يخفى - إلى قوله : وبالجمله اعتبار الايمان في صحة سائر العبادات لدليل يخصها دون الوقف لا يوجب عدم اعتبار قصد القربة فيه أيضاً ، وقد عرفت أنه قضية الأصل ، وقد ادعى الاجماع كما أنه لا ريب في عدم اعتبار الايمان منه إجماعاً » .

والآن فقد ظهر لنا أن الايمان الذي يكون ركيزة في عدم حصول التقرب من الكافر ليس هو في الوقف، بل هو جار في غير الوقف من العبادات لتصريح الأدلة بجريانه وحصوله من الكار من غير تقييد بايمان أولاً، وحينئذ فيكون وقف مساجدهم صحيحاً لا مانع منه ويؤيده قيام الإجماع عليه .

والذي يرد على هذا :

أن التفصيل بين الوقف ، وغيره واعتبار الإيمان في صحة التقرب إنما هو في غير موارد الوقف ، وأما في الوقف فلا حاجة إلى الإيمان كل ذلك لا دليل عليه . وأما الإجماع المذكور : فربما نوقش فيه من جميع جهاته إلا أن ذلك قد يجبر بما ينبه عليه من اعتضاده بالأخبار الدالة على هذا المعنى فإن ما أوجب صحة وقفية غير الامامية الأخبار الواردة عن الأئمة - عليهم السلام - المتعرضة لاحكام المساجد في ذلك الوقت ، ومن أن الامامية لم تكن لهم مساجد في ذلك الوقت لنحمل تلك الأخبار عليها فإذا حملناها على ذلك لزم أن لا يكون لها مورد فلا بد وأن تكون واردة في مساجد غير الإماميين .

ومن تلك الأخبار ما ورد عن الامام الصادق - عليه السلام - .

حيث يسأله السائل « ما تقول في هذه المساجد التي بنتها الحاج في طريق مكة فقال عليه السلام : بئح بئح تيك أفضل المساجد .

إذا فترتيب الأثر على تلك المساجد لدليل على صحة الوقف فيها مع أنها مساجد لغير الإمامية لكونهم في ذلك الوقت يعتبرون أقلية ومن صحة الوقف في مساجدهم يمكننا القول بصحة بقية موقوفاتهم من مدارس وكتب ، وما شاكل . أما بقية أفعالهم العبادية كالصلاة ، والصوم ، وبقية العبادات فحق لنا أن نتوقف عن القول بصحتها بل هي باطلة لفقدانها لشرط أساسي له أهميته في عالم الوقف وهو القرية مع أنها لا تتحقق منهم .

مقابر المسلمين الواقعة في الشوارع

وكثيراً ما تقع المقابر في الطرق ، والجواد ، وتبقى منها فضلات يستولى عليها البعض للاستفادة منها كدور ، وحوانيت ، وما شاكل وقد أخذ الناس يستولون أخيراً على المقابر ليجعلوا منها دوراً لهم ويمنعوا فيها الدفن فما حكم ذلك ؟ .

وقد استظهر شيخنا - دام ظله - بأن حال هذه المدافن العامة التي يتخذها المسلمون كمقبرة لهم كحال المساجد ، ولا شيء على من استغلها إلا العصيان لأنه منع المسلمين من الدفن فيها ، ولا يتحقق الغصب منه لها ، بل غاية ما في البين أنه منع حقاً ثبت لهم وهو الدفن فعلى من أقدم على جعلها طرقات وجواد يثبت العصيان ، وكذلك على من استغل الفضلات الباقية منها أو من تجاوز عليها وجعلها دوراً لا فرق في الجميع من جهة العصيان ، ولا شيء على من يسير فيها لعدم تحقق الغصب في البين ليكون السير فيها موجباً لتحقيق التصرف في مال الغير .

نعم : على رأي المرحوم كاشف الغطاء - قده - يتحقق الغصب حيث ذهب إلى أن لكل بلدة توابع ، ومرافق ، ومنزهات ، ومقابر ، ومزابل ، وما شاكل هذه ، وتكون كل هذه ملكاً لأهل تلك البلدة وحينئذ فتكون حيازة المقابر وبنائها موجباً لغصب ملك المسلمين ، وهم أهل تلك البلدة ، وتترتب على ذلك جميع الأحكام المترتبة على المحل المصوب .

ولكن شيخنا الأستاذ - دام ظله - .

رد نظرية كاشف الغطاء بأن هذه الأمور تبعيتها ليست من تبعية المملوك للمالك ؟ بل هو من سنخ الحق فإن لأهل كل بلدة أن يتنزهوا في هذه الحدائق ويدفنوا موتاهم في تلك المقابر ، ويلقوا بالقاذورات في تلك المزابل وبحيازة هذه الأماكن يكون الشخص مانعاً لهم من استعمال ذلك الحق المذكور لا أنه غاصب

لما تحت أيديهم من الملك .

نعم القبر الذي دفن فيه الميت لا يصح تملكه ، لأنه ملك للميت باعتبار حياة الدافن ذلك المقدار للمدفون فلا يصح أخذه ، وأما ما فوق القبر وكذا بقية الأماكن الأخرى الخالية ، فلا يحذور في البناء عليها إلا - ما تقدم أن بيناه - من المنع من حق المسلمين والحيولة دون إستعمال حقهم . هذا فيما لو كان بدن الميت وأجزائه باقية وأما لو تلاشى واندرس فللغير أخذ ذلك المكان ، أو الدفن فيه لأنه لم يعد هناك من يملك هذا المقدار من الأرض .



مركز تحقيق كتاب توحيد علوم إسلامي



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

قاعدة الزام

- تعريف القاعدة .
- ادلة القاعدة .
- ما تدل عليه القاعدة من الحكم الواقعي
- أو الإباحة ، تنبيه ، بقي في البين شيء ،
- موارد قاعدة الزام .

مركز تحقيق كتاب پيژش علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

تعريف القاعدة :

تطلق قاعدة الإلزام ويراد بها ترتيب الآثار الوضعية على الأشخاص من غير الشيعة بما يعتقدونه ، ويدينون به متى كان ذلك في غير صالحهم وكان مخالفاً لمذهب أهل البيت - عليهم السلام - كالزامهم بأحكام الشفعة ، والميراث والطلاق مما ينفردون به عنا .

أدلة القاعدة :

وتنحصر أدلة القاعدة بالأخبار الشريفة الواردة عن الأئمة عليهم السلام وهي كما يلي :

١ - مكتبة ابراهيم بن محمد الهمداني ، قال : « كتبت الى أبي جعفر الثاني مع بعض أصحابنا فأتاني الجواب بخطه : فهمت ما ذكرت من أمر ابنتك ، وزوجها أصلح الله لك من أمرك ما تحب صلاحه فأما ما ذكرت من حنثه بطلاقها غير مرة ، فانظر رحمك الله فان كان ممن يتولانا ويقول بقولنا ، فلا طلاق عليه لأنه لم يأت أمر أجهله ، وإن كان ممن لا يتولانا ، ولا يقول بقولنا ، فاختلعا منه ، فإنه إنما نوى الفراق بعينه » (١) .

٢ - ما عن الهيثم ابن أبي 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 وكيف وهي امرأته؟ قال عليه السلام : لأنه قد

(١) الرسائل كتاب الطلاق باب ٣٠ ، الاستبصار ج ٣ ص ٢٩١ .

طلقها ، قلت : كيف طلقها ؟ قال : طلقها ، وذلك دينه فحرمت عليه ^(١) .

٣ - ما عن عبد الرحمن البصري عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : قلت له امرأة طلقت على غير السنة ، فقال عليه السلام : تتزوج هذه المرأة لا تترك بغير زوج ^(٢) .

٤ - وما عن عبد الله بن سنان ، قال : سألت عن رجل طلق امرأته لغير عده ثم أمسك عنها ، حتى انقضت عدتها هل يصلح لي أن أتزوجها ؟ قال عليه السلام : نعم لا تترك المرأة بغير زوج ^(٣) .

٥ - وما عن علي بن حمزة ، أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن المطلقة على غير السنة أيتزوجها الرجل ، فقال عليه السلام : « الزمهم من ذلك ما ألزموا أنفسهم وتزوجوهن فلا بأس بذلك » ^(٤) .

٦ - وما جاء عن عبد الأعلى ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً فقال عليه السلام : إن كان مستخفاً بالطلاق ألزمته ذلك » ^(٥) .

٧ - وما عن محمد بن عبد الله العلوي ، عن أبيه قال : « سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن تزويج المطلقات ثلاثاً ، فقال لي : إن طلاقكم الثلاث لا يحل لغيركم ، وطلاقهم يحل لكم ، لأنكم لا ترون الثلاث شيئاً ، وهم يوجبونها » ^(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 وفي الجزء ٤ منه ص ١٢٨ عن نسخة الزمهم ما ألزموا به أنفسهم .

(٥) الوسائل نفس الموضع حديث ٦ . الاستبصار نفس الموضع .

(٦) الوسائل نفس الموضع حديث ٨ ، الاستبصار نفس الموضع .

٨ - ورواية عبد الله بن طاووس قال : « قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام إن لي ابن أخ زوجته ابنتي وهو يشرب الشراب ، ويكثر من ذكر الطلاق فقال عليه السلام : إن كان من أخوانك فلا شيء عليه ، وإن كان من هؤلاء فأبنيها منه ، فإنه عنى الفراق . قال : قلت أليس قد روي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : إياكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس واحد فانهن ذوات أزواج ؟ فقال عليه السلام : ذلك من أخوانكم لا من هؤلاء ، أنه من دان بدين لزمته أحكامهم » (١) .

٩ - وما عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : « سألت عن الأحكام قال : يجوز على أهل كل دين بما يستحلون » (٢) .

١٠ - وما عن عبد الله بن محرز قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام ترك رجل ابنته ، وأخته لأبيه وأمه ، فقال عليه السلام : المال كله لابنته ، ليس للأخت من الأب والأم ، شيء فقلت : وإنا قد احتجنا إلى هذا والرجل الميت من هؤلاء الناس ، وأخته مؤمنة عارفة قال : فنخذ لها النصف خذوا منهم ما يأخذون منكم في سنتهم وقضايهم وأحكامهم » (٣) .

١١ - ما عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : « سألت الرضا عليه السلام ، عن ميت ترك أمه ، وأخوه وأخوات فقسم هؤلاء ميراثه ، فأعطوا الأم السدس وأعطوا الأخوة والأخوات 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 فيأبلغني - 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 .

الدين .. فسكت قليلاً ، ثم قال : خذه ،^(١) .

ما تدل عليه القاعدة من الحكم الواقعي أو الإباحة :

هذه الأخبار وإن اختلف التعبير فيها إلا أنها تشترك جميعاً في ضابط واحد وهو جواز الأخذ ممن دان بدين بمقتضى ما التزم به في دينه .

وصراحة هذه الأخبار في هذا المقدار من جواز الأخذ لا غبار عليها ، ولا توقف فيها . ولكن الخلاف في أن ما تدل عليه هذه الأخبار الشريفة هل هو الحكم الواقعي أو الإباحة الصرفية ؟ والفرق بين هذين واضح فإن القول بأن ما تفيدته القاعدة هو الحكم الواقعي معناه التصويب فمثلاً : لو طلق السني زوجته طلاقاً صحيحاً عندهم باطلاً عندنا فإن اعتقاده بصحة الطلاق يكون موجباً لجعل الصحة واقعاً في حقه ، ويكون هذا العنوان عنواناً ثانوياً موجباً لانقلاب الحكم الواقعي في حقه نظير الانقلاب في موارد الاضطرار فلا اضطرار للانسان الى شرب الخمر - مثلاً - فإن الاضطرار المذكور يوجب حلته له واقعاً .

وأما القول بالإباحة فإن الواقع لا يتبدل في حق - الشخص السني - بواسطة اعتقاده بصحة ما أوقعه من ذلك الطلاق بل يكون الطلاق فاسداً بالنسبة اليه وتكون الزوجة باقية بعد طلاقه المذكور على الزوجية وأقصى ما في البين أن الشارع المقدس أباح لنا التزويج بتلك المرأة التي وقع عليها ذلك الطلاق - كما سيأتي توضيح ذلك - فيما بعد - والاشكال عليه .

ويستظهر شيخنا - دام ظله - بأن ما تفيدته هذه الأخبار ، هو الحكم الواقعي الثانوي ، ويظهر ذلك جلياً من الأخبار المتقدمة . ففي مكاتبة الهمداني نرى الإمام الجواد أبا جعفر الثاني عليه السلام يقول : « وإن كان ممن لا يتولانا ، ولا يقول بقولنا ، فاختلعه منه فإنه إنما نوى الفراق » وفي رواية عبد الله بن طاووس

يقول الإمام الرضا عليه السلام مثل ذلك وفي رواية ابن الهيثم قال عليه السلام : « إما أنه مقيم على حرام » . وهكذا الحال في رواية عبد الرحمن البصري يقول الإمام أبو عبد الله عليه السلام « هذه المرأة لا تترك بغير زوج » هذه الفقرات المذكورة دللتنا بصراحة على أن الطلاق الذي وقع من الشخص المخالف يكون صحيحاً ، واقعاً لأن تعبير الإمام عليه السلام بالاختلاع والإبادة لا يناسب بقاء تلك المرأة على زوجيتها ، وأن الطلاق منها غير واقع ، وكل ما في البين هو إبادة الزوج بها وهكذا قوله عليه السلام - فإنه إنما عنى الفراق - أو نوى الفراق - فإن نية الفراق ليست إلا قصده ، واعتقاده بصحة طلاقه ، وحينئذ فيكون مجرد صدور الطلاق منه كافياً بإلزامه به واختلاع الزوجة وإبانتها منه .

ولو لاحظنا قول الإمام عليه السلام لا تترك بغير زوج لرأينا ما ذكرناه واضحاً ، فإن ذوق المشرع لا يقبل أن يكون حكمهم عليهم السلام يجاوز التزويج بتلك المطلقات من قبيل الزواج بتلك المرأة مع كونها لا تزال معلقة بحالة الزوج الأول ليكون ذلك من قبيل الإبادة الصرفة .

ولو تأملنا ملياً قوله عليه السلام : - « أما أنه مقيم على حرام » - لرأينا واضحاً في الدلالة على المقصود فإن الإقامة على الحرام ، إنما تتم لو كانت الطلاق قد وقع من ذلك الشخص فعلاً ، فالمرأة إذاً أجنبية عنه وهو مع ذلك يقيم معها وحينئذ فيصح التعبير بأنه يقيم على حرام والافلو كانت الزوجية باقية ، والطلاق غير صحيح ، فإنه لا يقيم على حرام بل يقيم مع امرأته .

وربما توجه الحرمة في قوله عليه السلام : « فإنه مقيم على حرام » بأن هذه الحرمة حاصلة بالتجري الصادر منه لأنه مقيم معها ، مع كونه معتقداً لكونها مطلقته .

والجواب عن هذا التوجيه : بأن صرف التحريم إلى التجري تأباه طبيعة التعبير المذكور في الروايات الآتفة الذكر ، وكان الأنسب التصريح به ، لا القول « بأنه مقيم على حرام » الظاهر في إقامته على الزنى . وهذا المعنى هو

الذي يظهر من الشيخ الطوسي - رحمه الله - في الاستبصار ، والتهذيب ، ومن صاحب السرائر أيضاً ، وربما ترقى صاحب السرائر فادعى الاجماع عليه حيث قال :

« وقد روى أصحابنا روايات متظاهرة بينهم ، متناصرة ، وأجمعوا عليها قولاً ، وعملاً أنه إن كان المطلق مخالفاً ، وكان ممن يعتقده لزوم الثلث لزمه ذلك ووقعت الفرقة ، وإنما لا تقع إذا كان الرجل معتقداً للحق » .
ومن هذا وأمثاله يظهر لنا جلياً ، إنهم كانوا يخرجون المسألة على إفادتها للحكم الواقعي الثانوي ، بل قد نترقى كما عرفت ، ونقول : أننا نستفيد الاجماع على ذلك ، حسباً تبين لنا من عبارة السرائر في قوله روى أصحابنا وأجمعوا عليها قولاً وعملاً » .

هذا ولو تنزلنا عن القول ، بأن محصل القاعدة المذكورة هو الحكم الواقعي الثانوي ، وأن أقصى ما تفيدوه هو الزامه بما يدين به ، فبالامكان ان نستدل على صحة هذا النوع من الطلاق الفاقد للشروط عندنا مثلاً ، بما تنصيده من كلمات الأئمة عليهم السلام ، حيث ترى الامام الرضا عليه السلام يأمر السائل بالزواج من تلك تركها لسبيلها المرأة ، وأن لم تكن في البين ممانعة من طرف الزوج بل كان قد ومضى - كما في رواية علي بن حمزة - أنه : سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المطلقة ، على غير السنة أيتزوجها الرجل ؟ فقال عليه السلام : « ألزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم ، وتزوجوهن فلا بأس » .

فان أمره عليه السلام بزواجهن ، مع عدم فرض الممانعة في كلام السائل وترك الاستفصال من جهة الامام ، لم يكن منزلاً على مجرد قاعدة الالتزام ، 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 .

والرواية وان ذكرت الالتزام بظاهرها إلا أنه ليس من باب مطالبة الزوج

بحق وارجاع زوجته اليه ، بل من باب أنها مطلقة ، وأن الطلاق نافذ في حقها .
 فيسأل الامام 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 ، وأن ما تفيده القاعدة هو الحكم الواقعي الثانوي .

أما القول بالاباحة :

وان غاية ما تدل عليه قاعدة الإلزام هو مشروعية الإلزام بما ألزموا به
 أنفسهم ، فربما ظهر ذلك من صاحب الجواهر ، في مورد ذكره الجملة من النصوص
 حيث قال « وغير ذلك من النصوص الدالة على التوسعة لنا في أمرهم وأمر
 غيرهم من أهل الأديان » .

ومن هذه العبارة نستفيد أن صاحب الجواهر ينظر الى المسألة بنظر التوسعة
 فيكون من قبيل الاباحة لنا ، لا من باب الحكم الواقعي الثانوي ولكن ورود
 عبارة « وأمر غيرهم من أهل الأديان » في كلامه ربما بشعرنا بأنه من قبيل الحكم
 الواقعي ، إذ الظاهر أن باقي الأديان يكون جرياننا على طبقها معهم من قبيل
 الحكم الواقعي .

وهناك وجه آخر : وهو أن تكون التوسعة في كلام صاحب الجواهر من
 قبيل علة التشريع : بمعنى أن الطلاق منهم - مثلا - الواقع على مذهبهم وان
 كان مقتضى الدليل الأول فساد ، ولكن الشارع منة وتوسعة علينا حكم
 بصحته فيكون حال هذه الجملة حال قوله عليه السلام في باب الغنائم : « وأحل
 ذلك لشيعتنا لتطيب بذلك موالدهم » ومن اختار القول بالاباحة المرحوم الشيخ
 حسن آل كاشف الغطاء في كتابه أنوار الفقاهة - حسب نقل عنه المرحوم
 الشيخ محمد جواد البلاغي في رسالته - فقال :

« فظهر مما ذكرنا أن طلاق المخالفين يمضي عليهم ، وإن كان فاسداً عندنا وهذا الحكم عام لكل صور الطلاق على غير السنة سواء تعلق بمؤمنة ، أو بمخالفة فإنه يحكم بوقوعه على وفق مذهبه بالنسبة اليها ، وإن كان فاسداً في الواقع ، وكذا بالنسبة اليهم ، ولا منافاة بين البطلان وبين اجراء حكم الصحة بالنسبة اليها لطفاً 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 تجري علينا ، ولا يلزم إعادة ما نقله من العقود والايقاعات الباطلة بالنسبة اليها » الخ .

وعبارته هذه تعطينا بصراحة رأي الشيخ ، وأنه القول بالاباحة ولكن لنا أن نتسائل عن معنى عبارته السابقة .

« ولو استبصر المخالف جرت عليه الأحكام الماضية كما تجري علينا » ومعنى ذلك أن مثل هذا الطلاق بالثلاث يكون نافذاً عليه بعد استبصاره كما أنه نافذ علينا أيضاً فيجوز لنا تزوج تلك المرأة ، وإن استبصر زوجها - إلا - أن ذلك منافي لكون ذلك من قبيل الاباحة فإن مقتضى الاباحة ، هو عودة الزوجية له بمجرد الاستبصار .

وأحسن ما يقال في توضيح عبارة المرحوم الشيخ حسن كاشف الغطاء ، أو توجيهها على القول بالاباحة ما قيل « من أن الأمر بالتزويج والاختلاع والإبانة ، والأخذ . لا يدل على الصحة ، بل من الجائز 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 بانث منه قبل الزوجية الجديدة ، أي بمجرد طلاقها وإن كان بعد التزويج فهذا مما يحتاج إلى دليل لأن عقد التزويج إذا ورد عليها ، وهي في حباله زوجها الأول لا يكون تزويجها موجباً لانسلاخ زوجيتها ، فكيف يصح له أن يقول :

«فتخرج عن الزوجية بذلك». فإنا إذا صححنا تزويج المخالفة لا يكون التزويج موجباً لخروجها عن الزوجية الأولى.

— بل — ينبغي لنا أن نقول : ان زوجيتهما الأولى باقية ، وإن كنا قد تزوجناها ، فتكون زوجة للأول حقيقة ، وتكون زوجة للثاني بمقتضى الإلزام وهذا لا يخلو عن غرابة .

وفي موضع آخر قال مستدلاً على الإباحة :

« ومن 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 » .

ويعلق شيخنا — دام ظله — على ذلك بأنه لم كان ذلك أهون ؟ ولماذا لم نقل أن صحة الطلاق ، باعتبار كونه معتقداً لصحته يكون من قبيل الأحكام الواقعية بعناوينها الثانوية الذي لا تخلو روايات الباب من الإشعار به — كما مر عليك — ؟ وما 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 ثلاثاً » فقال عليه السلام : « إن طلاقكم الثلاث لا يحل لغيركم ، وطلاقهم يحل لغيرهم » .

ومحل الشاهد في هذه الرواية هو قوله عليه السلام : « إن طلاقكم الثلاث لا يحل لغيركم » .

فيقال : بأن المستفاد من قاعدة الإلزام هو البينونة ، وصحة الطلاق فان طلاق الشيعي الثلاث بنحو ما يعملونه ، وإن لم يكن صحيحاً عندنا — أي عند الشيعة — إلا أنه صحيح عند السنة ، لأنه موافق لمذهبه فعلى هذا لا بد أن يكون حلالاً لغيرنا .

ومن عدم الحلية نستفيد أن الموضوع لا يخرج عن كون الزوجية باقية ، وأن الطلاق لا يقع صحيحاً ولهذا لا يحل المخالفينا .

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 صحيحاً ، 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 موجباً للبينونة ، ويكون حكماً واقعياً ثانوياً ، 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 موجباً 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 الألزام ، هو الحكم الواقعي الثانوي - فلا بد من الانتقال الى بحث جديد ذلك هو : أن هذا الحكم الثانوي هل هو محدود بما دام الشخص باقياً على خلافه ؟ لتكون العلة - ما داميه - أو أنه لا يكون محدوداً بذلك ، بل يبقى الحكم المذكور ملزماً به ، وإن ارتفع الوصف عنه بأن كان قد تشيع بعد ذلك . و - كما عرفت - أن ثمة هذا البحث تظهر فيها لو تشيع المخالف فيها بعد ، فهل تكون الزوجة مبانة منه أو لا ؟

اختار شيخنا : الثاني ، وإن الحكم لا يكون محدوداً لأن الخلاف علة محدثة في ومبقية 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 ثلاثاً قال عليه السلام : إن كان مستخفاً بالطلاق ألزمته ذلك .

بناء على أن ظاهر قوله عليه السلام : « إن كان مستخفاً بالطلاق ألزمته ذلك » حين صدوره منه ، بل يمكن دعوى ظهور ذلك في الحينية . وكذلك الحال في مكاتبة الهمداني ، وعبد الله بن طاووس في قوله عليه السلام فإن كان ممن لا يتولانا ولا يقول بقولنا فاختلمها منه ، فإنه إنما عنى الفراق ، وقد عرفت أن المراد من نية الفراق في مثل ذلك هو قصده عن اعتقاد بصحته ، وحينئذ فيكون مجرد صدور الطلاق على وفق مذهبه كافياً في إلزامه به ، فلا يكون استبصاره بعد ذلك مؤثراً في دفع ذلك الحكم عنه .

مضافاً إلى أن هناك ما يوجب كون العلة محدثة ، ومبقية لا أنها ما داميه . هو أن هذا النوع من الأحكام من الطلاق ، والبينونة لا يقبل التقييد بالدوام - ما دام القيد الفلاني موجوداً - بل يكون صدور مثل هذه الأحكام موجباً لدوامه ويكون حاله حال العتق والإبراء ، ونحوه مما لا يقبل التقييد بالدوام ، فلا يصح القول للعبد العادل ، أو الأمين (أنت حر ما دمت عادلاً) أو (أنت حر ما دمت أميناً) أو (أنت حر ما دمت حياً) .

تنبيه :

لا بد لنا من بيان أن من يقول بأن العلة ما داميه ، فيكون الحكم دائراً 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 ثلاثاً .. 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 الالتزام أو لم نقل . نعم لو كان العقد الجديد واقعاً في أثناء عدتها ، أمكن القول بالبطلان .

ويشهد له ما ورد في صحيحة - محمد بن اسماعيل 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 قليلاً، ثم قال عليه السلام: خذه.

وطريق الاستشهاد بهذه الرواية، هو أن التشيع لم ينفع في إلغاء الآثار السابقة لوجود الأثر، وهو التملك فإن الورثة تملكوا ما وصل إليهم من التعصيب بناء على مذهبهم ومذهب الميت، وحيث كان التملك أثراً، فلا ينفع التشيع بعد ذلك، وعلى الأخص في فرض مسألتنا فإن التملك كان بدرجتين:

الأول: تملك الطبقة الأولى من الأخوة والأخوات من الميت.

الثانية: تملك - ابن بزيع - نفسه من أحد المالكين بواسطة الإرث منها بلا فصل، وهي والدته، وهذه الآثار توجب عدم فائدة التشيع، ويكون حال التملك حال حصول الزواج من المرأة المطلقة

بقي في البين شيء:

وهو أنك بعد أن عرفت أن رأي شيخنا الأستاذ - دام ظله - أن محصل قاعدة الإلزام، هو الحكم الواقعي الثانوي، وأن العلة محدثة ومبقية، 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. ولكن هل لنا طريق نتمكن بواسطته من تصحيح رجوع الشخص الذي كان سنياً فتشيع بزوجه وإن قلنا بصحة الطلاق السابق في موارد من طلق في حال السن أو غير مورد الطلاق من الموارد؟

ويجاب عن ذلك بالإيجاب :

فإن لنفس التشيع خصوصية فيكون رافعاً لتهام الآثار التي حصلت في السابق حينما كان سنياً .

ويستدل 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 مرسل من غير رجعة - إلى أن قال - فأما من دخل في دعوتنا فقد هدم إيمانه ضلاله ، ويقينه شكه ، ويكون موضع الإستشهاد في هذه الرواية قوله - عليه السلام : « وأما من دخل في دعوتنا ، فهو شامل لجميع الآثار السابقة حتى حرمة الزوجة على زوجها ، لو طلقها طلاقاً فاقداً 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 .

ويؤيده فرض ما لو تزوج بمن هي حلال عندهم حرام عندنا كمن زنى بذات البعل ، ثم تزوج بها ، ودخل فانهم لا يقولون بحرمتها على الزاني وعليه فلو تزوجها ، وتشيع بعد ذلك ، فالظاهر حرمتها عليه وإن قلنا بصحة نكاحه ما دام سنياً .

وكذا لو تزوج بغير هذه ممن كانت حراماً عندنا ، وحلالاً عندهم فإن تشيعه يحتم عليه تركها ، وإن كان عمله السابق صحيحاً ، وأولاده يلحقون به .

وهذا يؤيد أن التشيع لا يكون موجباً لرفع جميع الآثار التي كانت مترتبة في السابق .

وقد تطرق لمثل ذلك في الجواهر في مواضع منها عند شرح قول المصنف - قدس سره - :

« وإذا اسلم الذمي على أكثر من أربع » .
ومنها في كتاب الحدود فراجع هناك .

موارد قاعدة الالتزام :

موارد قاعدة الالتزام كثيرة فكما سبق أن للشيعة التزام غيره من العامة بما يدين به وتطبيق ذلك عليه ما دام ملتزماً به وليس من السهل أن تحصي جميع تلك الموارد على سبيل الضبط ولكننا نتطرق إلى البعض منها على سبيل التوضيح :

المورد الأول - النكاح :

ويشتمل على فروع عديدة :

الفرع الأول - الأشهاد على النكاح :

من المعلوم أن الشيعة الإمامية لا ترى وجود الشهادة بما يتوقف عليه عقد النكاح ، بعكسه في الطلاق حيث يوجبون حضور شاهدين عدلين^(١) .

(١) الأشهاد في النكاح : من المسائل التي وقع الخلاف فيها بين الشيعة والسنة فالشيعة لا يرونه لازماً في العقد بل هو مستحب بينما يرى السنة لزومه .

ويستدل الشيعة على ما ذهبوا إليه بالإجماع من الفقهاء ، والآيات الكريمة في قوله تعالى : (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وقوله عز وجل : (وانكحوا الايامى منكم) ولم يقيد ذلك بشهود بل اطلق .

وكذلك الروايات التي نقلت عن النبي - صلى الله عليه وآله - في تزويجه لبعض النساء بما مع الزوج من القرآن من غير أن يشترط في البين شهوداً .

وأخيراً يضيف العلامة الحلي في مختلفه مستدلاً على عدم هذا الشرط بأن الأصل يقتضي عدم الاشتراط ، ولأنه ليس بشرط في بقية العقود فلا يكون شرطاً هنا راجع لذلك الخلاف للشيخ الطوسي ، والانتصار للسيد المرتضى ، والمختلف للعلامة وكافة مصادر الفقه الشيعي ، بحث الإشهاد في النكاح .

وأما العامة فقد ذهبوا إلى ضرورة وجود الشاهدين في عقد النكاح وإلا لما كان العقد صحيحاً قال في الفقه على المذاهب الأربعة جزء ١ ص ٢١: «الشرط الرابع من شروط النكاح الشهادة فلا تصح إلا بشهادة ذكرين بالغين عاقلين عدلين» (١).

وبناء على هذا فإن قاعدة الإلزام تجزئ في حق كل سني تزوج امرأة شيعية ولم يحضر العقد شاهدان فإن هذه المرأة ليست بزوجة على مذهبه - وحينئذ - فيلزم هذا الشخص بتطبيق تمام الآثار المترتبة على بطلان كل نكاح لم تحصل فيه الشهود لأن من دان بدين لزمته أحكامه ، ومن تلك الأحكام أنه لا يرثها ، ولا

(١) بنفوذ المذهب المالكي عن بقية المذاهب القائلة بلزوم الأشهاد بان للشرط هو الاعلان دون الشهادة ، حتى انه لو تزوجها بحضور الشهود بشرط الكتمان لا يجوز ولو تزوجها بغير شهود وشرط الاعلان جاز ، ويعتمد القائلون بضرورة الأشهاد على أحاديث مروية عن النبي - ص - حتى قال عنها السمرقندي الحنفي .

ان ما روي في موضوع شاهدي النكاح أحاديث مختلفة الالفاظ عن أحد عشر صحابياً ثم شرع في مناقشتها .

وقد ذكر الشوكاني بعضاً منها وناقشها .

وان أهم حديث منها ما روي من بعض رواة الشيعة ، وكثير من رواة السنة وقد جاء بلفظ (لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل) وقد قال عنه ابن رشد بأنه لا يخالف له من الصحابة ، وأنه روي مرفوعاً ذكره الدارقطني ، وذكر ان في سنده مجاهيل ، وكذلك طعن فيه من قبل فقهاء الشيعة .

وقد فاقه السيد المرتضى في الانتصار : بأنه محمول على الاستعجاب لجريانه مجرى قوله - عليه السلام - « لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد » (ولا صدقة وذو رحم محتاج) حيث يكون المنفي في جميع ذلك الفضل ، والكمال .

أما الشيخ الطوسي فقد ذكر بأن النفي لعدم ثبوت النكاح عند الحاكم الا بشهادة شاهدي عدل دون انعقاد العقد في حال التزويج فإنه ينعقد ولا يتوقف على الشهود .

براجع تحفة الفقهاء ١٨١/٢ ونيل الاوطار وبداية المجتهد بحث الأشهاد على النكاح والانتصار ١١٩ طبعة النجف الحديثة والخلاف مسألة ١٣ من بحث عدم احتياج النكاح إلى شهود .

تستحق المطاوعة ، وكذلك يحكم بعدم ارثها منه وبعدم استحقاقها بنفقة بناء على ما فسرناه من كون قاعدة الالتزام حكماً واقعياً ثانوياً بلحاظ الحكم الوضعي فان هذا يعني هدم الزوجية من طرف السني الزاماً ، وحيث انها لا تتبعض فتهدم الزوجية رأساً .

الفرع الثاني - الجمع بين العمة والخالة وبنت الاخ والاخت :

من المحرمات عند العامة الجمع بين العمة وبنت الأخ ، والخالة ، وبنت الأخت وان نزلت البنت . وقالوا ببطلان العقد على المتأخرة قال في الفقه جزء ٦٨/٤ : يحرم الجمع بين اثنتين إذا فرضت كل واحدة منها ذكراً حرم النكاح بينها فيحرم الجمع بين الاختين - إلى قوله - وكذلك الجمع بين البنت ، وعمتها ، أو خالتها فاننا لو فرضنا واحدة منها ذكراً لم يحل له أن ينكح الأخرى . وأما الشيعة فلم يروا في ذلك بأساً إذا حصل الرضا من الزوجة .

قال المحقق الحلي في شرائعه في الفصل الرابع من كتاب النكاح « ومن توابع المصاهرة تحريم أخت الزوجة جمعاً لا عيناً وبنت أخت الزوجة ، وبنت أخيها الا برضاء الزوجة » .^(١)

(١) بالامكان القول : بان مما انفردت الشيعة به هو جواز أن يتزوج الرجل المرأة على عمتها وخالتها إذا حصل الاذن من العمة ، والخالة ، ويحوزون ادخال العمة والخالة على بنت الأخ والاخت وان لم ترضى المدخول عليها بذلك بينما اجمع أهل السنة على منع ذلك مطلقاً كما تصرح بذلك مصادره فقه الطرفين وليبيان وجهة نظر فقهاء الشيعة في هذه المسألة يقع البحث في مرحلتين :

الأولى - في أصل جواز ذلك في قبالة العامة المانعين منه .

الثانية - في احتياج ادخال بنت الأخ أو الاخت على العمة أو الخالة إلى رضاها دون العكس .

أما أصل الجواز : فيستدل عليه بالكتاب ، والسنة ، والاجماع .

فمن الكتاب : قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) بعد أن عدد المحرمات جميعاً وعيناً =

وحينئذ فلو كانت للسني زوجة وأدخل عليها بنت أخيها ، أو اختها برضاها فهي زوجة عند الشيعة وليست بزوجة عند السنة لأن عقد هذه متأخر عن الزوجة ، وعليه فلا بد من إلزامهم بجميع الآثار المترتبة على فساد المتأخرة

= ولم يتعرض لهذا النوع راجع الآية .

ومن الاخبار : ما جاء في خبر علي بن جعفر قال : « سألت أخي موسى بن جعفر - عليه السلام - عن رجل يتزوج المرأة على عمتها ، أو خالتها قال : لا بأس لأن الله عز وجل قال وأحل لكم ما وراء ذلكم » وسائل الشيعة باب ٢٠ مما يحرم بالمصاهرة حديث / ١١

وأما رضا العمة والحالة : فهناك اخبار كثيرة بهذا المضمون يأتي في مقدمتها ما عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر - عليه السلام - : « سألت عن امرأة تزوج على عمتها وخالتها قال لا بأس ، وقال : تزوج العمة والحالة على ابنة الأخ وابنة الاخت ولا تزوج بنت الأخ ، والاخت على العمة ، والحالة الا برضاها منهن فعمل ذلك فتكاحه باطل » نفس المصدر حديث ٣

وما جاء في بعضها من قصور السنة أجاب عنه في الرياض بقوله :

« وقصور السنة منجبر بالاصل وموافقة الكتاب ، والسنة ، والشبهة العظيمة السقي كادت تكون اجماعاً خلافاً للمنع فاطلق المنع هنا وهو ضعيف جداً » ويلاحظ للموضوع نفسه مختلف الشيعة والمسالك ، والرياض ، والبسوط ، والانتصار وكافة مصادر الفقه الشيعي بحث ما يحرم من النكاح بالجمع .

وأما ما ذهب اليه أهل السنة من المنع للجمع بين مؤلاء مطلقاً فقد عبرت مصادرهم الفقهية عن هذا المنع بقول : « عن عامة أهل العلم » ، (أو لا تعلم بينهم خلافاً في ذلك) (أو الاجماع عليه) « أو ليس فسيه بحجة الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافاً وهم الرافضة ، والخواارج لم يحرموا ذلك » المغني ٣٦/٧ ويستدلون مضافاً إلى اجماعهم على المنع بالاخبار العديدة : منها ما ذكره ابن قدامة الحنلي في المغني : ٣٦/٧ بقوله « وفي رواية أبي داود لا تنكح المرأة على عمتها ولا العمة على بنت أخيها ، ولا المرأة على خالتها ، ولا الحالة على بنت اختها لا تنكح الكبرى على الصغرى ، ولا الصغرى على الكبرى ، ولأن العلة في تحريم الجمع بين الاختين ايقاع العداوة بين الأقارب ، واقتضاه إلى قطيعة الرحم المحرم وهو موجود فيما ذكرناه .

ويناقش هذا التعليل الذي ذكره ابن قدامة : بأن مجرد مخالفة قطيعة الرحم لا تستلزم حرمة النكاح والالزام حرمة الجمع بين بنات عمين ، وخالين لوجود علة النهي في ذلك =

وتحريم ذلك العقد ، ولهذا الفساد آثار كثيرة فللشيعة تطبيقها التزاماً لهم بما يدينون به .

الفرع الثالث - العدة على اليائسة :

قال العلامة الحلي - رحمه الله - في تبصيرته ، كتاب الطلاق عند التعرض للبحث عن العدد « لا عدة في الطلاق على الصغيرة واليائسة ، وغير المدخول » .

وفي الفقه على المذاهب الأربع : ٥٤٩/٤ قال :

« تعدد المطلقة اليائسة من الحيض بثلاثة أشهر من تأريخ طلاقها وقد عرفت ان المطلقات الآيسات من الحيض نوعان : أحدهما الصغيرة التي دون تسع سنين - إلى قوله - ثانيتهما : الكبيرة في السن وفي سن آياسها التفصيل المتقدم » - وحينئذ - فقاعدة الالتزام تلزم من كان من العامة يرى ثبوت العدة على هاتين الآيسة ، والصغيرة ان لا يعقد في عدتهن على الاخت ، وسائر من يحرم عندهم الجمع بينها وكذلك لا يجوز عقده على الخامسة ما دامت في العدة ، وهكذا بقية أحكام العدة (١)

= علله السوكاني في نيل الاوطار ١٦٧/٦ - ١٦٨ بقوله :

« واجب بان قطعية الرحم من الكبائر بالاتفاق فما كان مفضياً اليها من الأسباب يكون محرماً » .

وهذا غريب من السوكاني اذ ليس الكلام في حرمة هذا الفعل تكليفاً ، أو جوازه بالحرمة المفضية إلى بطلان النكاح وعدمه ، ومجرد كون الفعل كبيرة لا يوجب بطلان النكاح كما هو واضح .

(١) استدل الشيعة على منذهبهم المذكور بما اشتهر بينهم ، بل ربما كان مجمعا عليه ان لم تضر مخالفة بعض معروف في النسب كالسيد المرتضى .

يضاف إلى ذلك وجود اخبار عن ائمة أهل البيت (ع) صرحت بعدم وجود العدة عليها حتى عبر =

المورد الثاني - الطلاق الفاسد :

فيه فروع :

الفرع الاول : طلاق الثلاث من غير رجعة

فلو طلق السني زوجته بقوله : (انت طالق ثلاثاً) كان عندهم صحيحاً

== عنها السيد الطباطبائي في الرياض بأنها : « المستفيضة التي كادت تكون متواترة ، منها الصحيح عن التي قد يشك من الحيض والتي لا تحيض مثلها قال ليس عليها عدة » وفي بعضها يصرح عن هاتين بالضبط والمرأة التي قد يشك من الحيض راجع لها الوسائل : باب ٢/ من أبواب العدد .

وأما السنة : فمصادرهم الفقهية تطبق على لزوم العدة للصغيرة واليائسة

راجع لذلك : جميع مصادرهم في هذا الخصوص .

وقد استندوا فيما ذهبوا اليه لظاهر الآية الكريمة : « واللّائي يشئن من الحيض من فنائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللّائي لم يحضن وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن » سورة الطلاق آية ٤

فيقال : أن اليائسة ، والصغيرة ان ارتبتم فلا تدرون حكمهن في فعدتهن ثلاثة أشهر . ويستدل السيد المرتضى على هذا الرأي حيث ذهب اليه بوجهين :

الاول : سبب النزول ، وذلك حيث سأل ابي بن كعب فقال يا رسول الله ان عدداً من هذه النساء لم تذكر في الكتاب : الصغار ، والكبار وأولات الاحمال فنزلت هذه الآية .

الثاني : انه تعالى لو اراد ما يقوله المتمسكون بعدم العدوم عليها من الشك في ارتفاع الحيض لكبر ام لعارض لقال الله تعالى : (ان ارتبتم) لان المرجع في الحيض اليهن .

والجواب : ان الآية وردت في الآية ومن لم تحض للشك في كبرام لعارض منع من الحيض لا في الأيس ومثلها لا تحيض ، وكذلك الصغيرة . واما ما ذكر من الأدلة فمردود :

اما الدليل الاول : للسيد المرتضى فيرد عليه أن الآية لو كانت كما ادعى من سؤال ابي بن كعب لكانت (ان جهلتم) لا (ان ارتبتم) لان ابي بن كعب لم يشك في حكم هاتين بل كان جاهلاً ولذا سأل فالتعليل بقوله : (ان ارتبتم لا يتم مع المورد)

واما الدليل الثاني : فان تذكير الضمير لا تأنيته لاجل ان الخطاب مع الرجل كما يشعر به صدر الآية من قوله . (واللّائي يشئن من الحيض من فنائكم) فما هو وجه الانتقال من خطابهم إلى خطابهن ؟

وعند الشيعة باطلاً ، وتجري فيه قاعدة الإلزام

قال في الفقه على المذاهب الأربعة : ٣٤١/٤ ما يلي :

فإذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً دفعة واحدة بأن قال لها (أنت طالق ثلاثاً)
لزمه ما نطق به من المسدد في المذاهب الأربعة وهو رأي الجمهور قال المحقق
الحلي رحمه الله في شرائعه كتاب الطلاق عند التعرض لأقسام الطلاق « فالبدعة
ثلاث طلاق الحائض بعد الدخول مع حضور الزوج معها ومع غيبته دون المدة
المشترطة ، وكذا النفساء ، أو في طهر قهرها فيه وطلاق الثلاث من غير رجعة
بينها ، والكل عندنا باطل ^(١) لا يقع معه طلاق ^(٢) »

(١) قول المحقق (والكل عندنا باطل) ومنه طلاق الثلاث يقصد به أن مجموع هذه الطلقات
البدعية باطلة من هي مجموع ، وإلا فهو من القاتنين بوقوع الطلاق الثلاث طلقة واحدة لو قال
(أنت طالق ثلاثاً) .

(٢) مسألة الطلاق الثلاث في مجلس واحد من غير رجعة متخللة بين الطلقات من المسائل
الغلافية بين الشيعة ، والسنة من جهة ، وبين الشيعة أنفسهم من جهة ثانية .

فالسنة : يرون وقوع الطلقات الثلاث به وتبين زوجته منه ولا تحل له حتى تنكح زوجاً
آخر على الشروط التي يقيد بها الزوج الجديد من جانب الشريعة ذهب إلى ذلك جمهور العامة من
« التابعين وكثير من الصحابة ، وأئمة المذاهب الأربعة » على حد تعبير الشوكاني في نيل الأوطار :
٢٦٠ / ٦

أما الشيعة : فلا يرون وقوع الطلاق به لعدم تخلل الرجعة به ولكنهم اختلفوا فالأكثر أنه يقع
طلقة واحدة ونقل الشوكاني في الموضع السابق ذهاب جماعة إليه كابن عباس ، وطاووس وعطاء
وجابر بن زيد ، والمهادي عن أبي موسى ، والقاسم ، والباقر ، والناصر ، واحمد بن عيسى
ومن المتأخرين كابن تيمية ، وابن القيم ، وجماعة من المحققين .

والبعض الآخر من الشيعة ذهب إلى عدم وقوع شيء من الطلاق بهذا اللفظ لا واحدة ولا
أكثر وقصد حكمي هذا الرأي عن بعض التابعين ، وروي أيضاً عن ابن عليه وهشام بن الحكم
وأبو عبيدة ، وبعض أهل الظاهر .

ونقل الشوكاني قولاً رابعاً : يفصل فيه بين كون المطلقة مدخولاً بها فتقع الثلاث وغير =

ويقع البحث في هذا الفرع في صورتين :

الأولى - فيما لو أراد أحد الشيعة الزواج بتلك المطلقة

الثانية - لو تشيع الزوج بعد ان كان سنياً ، وكان قد طلق زوجته على النحو المذكور وأراد التزويج من تلك المرأة بعد ذلك فهل يجوز ذلك . ويسوغ له الاقدام عليها حاله فيها كحال بقية الشيعة أم لا بد لها من زوج يحملها

= مدخول بها فواحدة ولكل من هؤلاء دليله .

استدل من قال بوقوع الطلاق الثلاث بهذا اللفظ من السنة بالقرآن الكريم : حيث قال تعالى : « الطلاق مرتان فأمسك بمعروف أو تسريح بإحسان » .

بدعوى : ان قوله (الطلاق مرتان) يدل على جواز جمع التنتين ، وإذا جاز جمع التنتين دفعة جاز جمع الثلاثة .

واجيب عنه ، بأنه قياس مع الفساق لأن جمع التنتين لا يستلزم البيئونة الكبرى بخلاف الثلاث .

ونقل الشوكاني عن الكرمانى في فيل الأوطار : ١٦٠/١ مستدلاً على ذلك بقوله : « وان التسريح بإحسان عام يقتناول إيقاع الثلاث دفعة واحدة » .

والجواب عنه : بأن التسريح في الآية إنما هو بعد إيقاع التنتين فلا يقتناول إيقاع الثلاث دفعة واحدة .

وقد استدل بأخبار دلت على وقوع الطلاق ثلاثاً رويت من الطرفين ولكنها لم تسلم من المناقشة :

أما الشيعة : فالقول بوقوع الطلقة الواحدة بهذا التعبير هو المشهور عندهم يضاف إلى هذه الشهرة أن الواحدة مقتضى الصيغة المشتملة على شرائط الصحة عدا اشتماله على الزائد وهذا غير صالح للمانعة لأنه مؤكد لكثرة الطلاق وإيقاعه وهناك أخبار صحيحة استند لها هؤلاء القائلون .

منها ما جاء عن زرارة عن أحدهما - عليه السلام - قال : « سألت عن الذي يطلق في حال الطهر في مجلس ثلاثاً قال هي واحدة » الوسائل باب ٢٠/ من مقدمات الطلاق حديث / ٣ .

وأمثال هذا الخبر توجد أخبار يروى بها الشيعة من غير عنها في الرياض :

(بالصحيح المستفيضة) .

أما من قال من الشيعة : بعدم وقوع الطلاق بهذا اللفظ لا واحدة ولا أكثر فقد استدل على دعواه بأخبار كانت مورد هجوم من قبل غالبية الفقهاء ، ورميها بضعف الدلالة ، أو السند .

راجع لها الرياضى ، الجواهر ، مختلف الشيعة ، نيل الأوطار ، في البحث في صيغة الطلاق .

عليه عملاً بمقتضى الآية الكريمة (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان - إلى قوله - (فإن طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره) .
والمفروض أن هذه المرأة مطلقة ثلاثاً على مذهبه حين كان سنياً فيكون ملازماً بما يقتضيه مذهبه السابق .

أما الصورة الأولى : فلا إشكال في جواز التزوج بهذه المرأة لغير الزوج لأن هذا الأثر هو مورد النصوص المتقدمة ، والدالة على أن الزوجة تبين منه واقعاً طبقاً للمصلحة الثانوية ، ولا يقف شيء في طريق هذا الزوج .

الصورة الثانية - وحيث عرفت أن محل الإلزام هو الحكم الواقعي الثانوي فبهذا يقع الطلاق صحيحاً منه وبما أن هذا الحكم لا يكون محدوداً بما دام سنياً ، بل أن تسننه يكون علة في تحقق الحكم بالانفصال ، وبقائه - فحينئذ - لا فائدة في تشييعه بعد ذلك ، ولا يتمكن من الرجوع إليها بدون محلل يجتمع فيه الشروط الشرعية .

الفرعان الثاني والثالث : الطلاق في حالة الحيض ، وطلاقها في طهر واقعاً فيه :

قال في كتاب المغني لابن قدامة ٢/٢٩٩ ما يلي :

« فصل فإن طلق للبدعة وهو أن يطلقها حائضاً ، أو في طهر أصابها فيه إثم ، ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم » (١) .

(١) وعبر ابن رشد عن ذلك بقوله : « أن الجمهور قالوا يمضي طلاقه ، وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع » البداية : ٢ / ٧٠ - طبعة مكتبة الكليات

وقال ابن عبد البر : لا يخالف في ذلك إلا أهل البدع والضلال : نيل الاوطار ٦ / ٢٥٢ واستدل القائلون بالوقوع : بالاجماع المنقول عنهم - كما عرفت التعبير عنه - بأنه قول عامة أهل العلم ، وبالاخبار المروية من طرقهم .

منها : ما عن عبد الله ابن عمر « أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي (ص) -

وقد تقدم في الفرع الأول نص كلام المحقق الحلي في بطلان الطلاق في هاتين الحالتين فراجع - فحينئذ - فيجوز للشيعي أن يتزوج بتلك المطلقة الزاماً لهم بما يدينون به من صحة الطلاق ، ووقوعه ^(١) .

== فقال مره فليرجعها » وقال الشوكاني عن هذا الحديث رواه الجماعة الا البخاري ، وبهذا المضمون رويت روايات أخرى راجع نيل الاوطار الموضع السابق .

وروجه الاستدلال بها هو أن الأمر بالمراجعة لابن عمر لا يكون الا بعد تحقق الطلاق .

وعورض هذا الحديث بما أخرجه أحمد وابو داود والنسائي عن ابن عمر بلفظ :

« طلق ابن عمر امرأته وهي حائض قال عبدالله : فردها على رسول الله - ص - ولم يراها شيئاً » وصحح هذا الحديث من قبل جماعة كثيرين ، وفي رواية أخرى ان رسول الله - ص - قال : (ليس ذلك بشيء) ، وفي أخرى : (لا يمتد بذلك)

وقال الشوكاني عن هاتين الطائفتين : « ولا شك أن رواية عدم الاعتداد بتلك المطلقة أرجح من رواية الاعتداد المتقدمة فاذا صرنا الى الترجيح بنسأه على تعذر الجمع فرواية عدم الاعتداد أرجح لما سلف » وقد تقدم انه بين أسباب الترجيح فراجع في نيل الاوطار ٢٥٤/٦

يضاف الى ذلك ما روثه العامة من قول النبي - ص - « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد أوكل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد بداية المجتهد : ٢ / ٧٠ »

وقيل تعليقاً على هذا الحديث « وهو حديث صحيح شامل لكل مسألة مخالفة لما عليه أمر رسول الله (ص) ومسألة النزاع من هذا القبيل فان الله لم يشرع هذا الطلاق ولا أذن فيه فليس من شرعه ، وأمره » راجع الشوكاني : المصدر السابق .

(١) يستدل الشيعة على عدم وقوع الطلاق في حالتي الحيض والطمهر الذي واقع فيه بالاجماع من فقهاءهم على ذلك كما صرح بذلك في الجواهر والرياضي وبالأخبار الكثيرة والتي ورد فيها أن الطلاق على غير السنة باطل ، وحيث يتصدى السائل السؤال عن طلاق السنة يحيبه الامام (ع) بأن تكون المرأة نقية عن الحيض وفي طهر لم يقاربها فيه ففي خبر محمد بن أبي نصر عن الرضا (عليه السلام) « قال سألت عن رجل طلق امرأته بعدما غشيها بشاهدين عدلين قال ليس هذا طلاقاً فقلت له : فكيف طلاق السنة ؟ فقال يطلقها إذا طهرت من حیضها قبل أن يغشيها بشاهدين عدلين ، فان خالف ذلك رد إلى كسأب الله عز وجل » . وسائل الشيعة : ٢٧٦/٧ طبعة حديثه . ولادلة المسألة بشكل أوسع راجع الجواهر ، والرياض ، والمسالك : بحث من يصح الطلاق .

الفرع الرابع - طلاق السكران :

قال ابن قدامة في المغني ١١٤/٧ .

« مسألة » قال (وعن أبي عبد الله رحمه الله في السكران روايات رواة يقع الطلاق ورواية لا يقع ورواية يتوقف عن الجواب ويقول قد اختلف فيه أصحاب رسول الله - ص -) .

وفي شرحه للمسألة يقول : وأما التوقف فليس بقول في المسألة - إلى قوله - ويبقى في المسألة روايتان : أحدهما : يقع طلاقه اختارها : أبو بكر الحلال والقاضي ، وهو مذهب سعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومجاهد ، والحسن ، وابن سيرين والشعبي والنخعي - إلى قوله - والشافعي في أحد قولي ، وشبهة وأبي حنيفة .

راجع أيضاً بداية المجتهد لابن رشد : ٨١/٢^(١)

(١) اختلفت كلمات العامة في وقوع الطلاق من السكران فمن خصوص أئمة المذاهب الأربعة قال صاحب كتاب رحمة الأمة : ٦/٢ . على هامش الميزان فقال أبو حنيفة ، ومالك يقع وعن الشافعي قولان : إصحها يقع ، وعن أحد روايتان : أظهرهما يقع .

وفي الوقت نفسه فقد ذهب كثير من فقهاء العامة من تقدم أصحاب المذاهب ، ومن تأخر عنهم إلى القول بعدم الوقوع كما جاء في المغني ، وليل الأوطار نفس الموضع السابق . وسبب القائلين بالوقوع وعدمه هو :

إن السكران كالمجنون من حيث التكليف أم أن بينهما فرقاً ؟

فمن فرق بينهما اعتبر الطلاق صحيحاً منه ولو في حالة السكر لأن السكران في نظر الصحابة كالصاحي في الحد بالقذف لما روي عندهم عن أمير المؤمنين علي - عليه السلام - من أن السكران إذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى - وعمل للفترى ثمانون . ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكروه صادف ملكه فوجب أن الطلاق منه ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ويقطع بالسرقة وبهذا فارق المجنون. أما من لم يفرق بينهما فقد ذهب إلى عدم وقوع الطلاق منه =

قال المحقق الحلي رحمه الله في شرائعه : « الشرط الثاني : العقل : فلا يصح طلاق المجنون ، ولا السكران ، ولا من أزال عقله باغماء ، أو شرب مرقد لعدم القصد » كتاب الطلاق (١) .

وعلى هذا فإن قاعدة الإلزام تقضي بالزواج لمطلقه السكران ، وترتيب بقية الآثار الخاصة بطلاقها منه ، وتزوجها بغيره .

== مستدلا على ذلك : بأن العقل شرط في التكليف والسكران لا عقل له فلا يتوجه التكليف لمن لا يفهمه . واعترض على هؤلاء بالفرق بين المجنون ، والسكران من ناحية زوال العقل فإن المجنون ابتلى بمرض خارج عن قدرته والسكران أزال عقله بيده بالشراب والجواب عن ذلك : بأن زوال شرط التكليف موجب لعدم توجه التكليف إلى العبد من غير فرق بين أن يكون زواله بيد الإنسان . واختياره أم لا ، أو بمعصية أم غير معصية والمهم أنه الآن غير حائز على شرط التكليف ، وهو المقدر فلا يكون قاصداً لعمله وفعله . واستدل على ذلك بمن كسر ساقه فتعذر عليه أن يصلي قائماً فإن حكمه ينتقل إلى الصلاة جالساً ، وهكذا من ضربت بطنها فنفتت فإن الصلاة تسقط عنها ، وكذا لو استعملت دواء فحاضت فإن أحكام الحيض تجري عليها ، وهكذا في كل مورد يكون التكليف فيه ساقطاً وأن كان ذلك السقوط ناشئاً من مقدمات أرجعها بنفسه فأدت بالحنم إلى تلك النتائج فإن تحقق الحكم يتبع صدق الموضع .

(١) إنما لا يرى الشيعة طلاق السكران معتبراً لعدم حصول القصد فيه ، ومن الواضح أن الحكم بالتفريق متوقف على قصده وما لم يتحقق الموضع لا مجال لتحقيق الحكم يضاف إلى ذلك وجود الأخبار الصحيحة المستفيضة المصروفة بذلك كما جاء ذلك عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق السكران وعتقه فقال لا يجوز الوسائل : ٣٢٨/٧ الطبعة الحديثة وقد تكرر هذا السؤال في روايات عديدة كان الجواب فيها بعدم الجواز وفي مقام تحديد السكر الذي لا ينفع معه الطلاق يقول فقهاء الشيعة إذا اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم وبحيث لا تنتظم أموره ولا يتوجه إلى أفعاله . راجع الحقائق الناظرة ، والجواهر ، والرياض . البحث عن المطلق ، وشروطه وقال ابن قدامة في المغني ٣١٤/٧ وحد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخلط في كلامه ولا يعرف ردائه من رداء غيره ونعله من نعل غيره .

الفرع الخامس - طلاق المكره :

قال المحقق في شرائعه من كتاب الطلاق ما يلي :

الشرط الثالث : الاختيار ، فلا يصح طلاق المكره ^(١) .

(١) إجماعاً كما عن الخلاف ، والانتصار ، والجواهر ، والممالك ، والحدائق ، وغير هذه من مصادر الفقه الشيعي ، مضافاً إلى ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله - من الفريقين صحيح عندنا خلافاً للشافعي .

وعد اعتمد من قال بوقوع الطلاق من المكره من العامة على انه طلاق من مكلف في محل يملكه فيقع منه ، ولأنه وإن كان مكرهاً في الواقع ولكنه بتلفظه ليس بمكره فيقع منه . أما من قال بعدم الوقوع فقد استدل بالحديث النبوي المتقدم (رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) وقد رواه ابن قدامة عن ابن ماجه راجع المغني : ٣١٦/٧ ، وقد روي أيضاً حديثاً عن عائشة وفيه قول النبي - ص - (لا طلاق في اغلاق) وقد فسر الاغلاق بالاكراه لأنه إذا اكراه انطلق عليه رأيه . أما تحديد الاكراه الذي يرتفع منه أثر الطلاق فقد اتفقت كلمة الفقهاء من الفريقين انه لا بد فيه من تحقق أمور :

منها - أن يكون المكره قادراً على إيجاد ما توعد به لغلبة ، أو سلطان ، أو تغلب .

ومنها - عجز المكره (بالفتح) عن دفع ما توعد به .

ومنها - ان يعلم أو يظن غالباً انه لو لم يفعل أو اقنع أو وقع المكره ما توعد به لا انه هازل ، وممازح ، أو غير ذلك من الدواعي .

قوله « رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »

وطبيعي أن المرفوع من هذه هو الحكم إذ لا يعقل فيها رفع ما وقع منها ويسمى بالاصطلاح الأصولي رفع للحكم بلسان رفع الموضوع .

وهكذا جاءت الأخبار الصحيحة تؤكد رفع عدم وقوع الطلاق المكره كما عن زواره عن أبي جعفر (ع) قال : « سأله عن طلاق المكره وعنته فقال ليس طلاقه بطلاق ولا عنته بعنت » الوسائل الجديدة ٣٣١/٧ .

وقد استفاضت الأحاديث بهذا المعنى من عدم وقوع الطلاق من المكره لعدم قصده إلى المعنى الذي لا بد للمطلاق من تحققه راجع الوسائل نفس الموضع .

وجاء في المغني لابن قدامة: ١١٨/٧ ما يلي :

لا تختلف الرواية عن أحد ان طلاق المكره لا يقع - إلى قوله - ، وأجازه أبو حنيفة قدامة ، والشعبي ، والنخعي ، والزهري ، والثوري ، وأبو حنيفة وصاحبه ، لأنه طلاق من مكلف في محل يملكه كطلاق غير المكره . (١)

ومورد الإلزام في ذلك ان المطلق لو كان تابعاً لأبي حنيفة ، وغيره ممن يصحح طلاق المكره للشيعة الزامة بذلك ، واعتبار زوجته منفصلة عنه واجراء كافة الأحكام المترتبة على عدم الزوجية بين الطرفين

الفرع السادس - الطلاق المعلق :

قال ابن رشد في بدايته : ٧٩/٢ « وأما تعليق الطلاق بالأفعال المستقبلية فان الأفعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب احدها : ما يمكن أن يقع أو لا يقع على السواء كدخول الدار ، وقدم 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 الامة على هامش الميزان : ٥٦/٢ « واختلفوا في طلاق المكره واعتاقه فقال أبو حنيفة يقع الطلاق ، ويحصل الاعتاق ، وقال مالك ، وأحمد والشافعي لا يقع إذا نطق دافعاً به عن نفسه » .

وقال السمرقندي الحنفي في تحفة الفقهاء : ٢٦٨/٢ « طلاق المكره ومنها - ان يكون ما توعده مضرراً بالمكره في نفسه أو متعلقة من قتل أو جرح أو مال على تفصيل بين الفقهاء في مقدار الجرح ونوعه ، والحال أيضاً » .

(٢) تعليق الطلاق ثارة : يكون على مشيئة الله ، وأخرى على غير مشيئته أما على المشيئة : كما لو قال لزوجته : (انت طالق انشاء الله) فقد قال مالك ، وأحمد يقع الطلاق ، وقال أبو حنيفة ، والشافعي لا يقع « رحمة الامة على هامش الميزان : ٥٦/٢ » .

وأما بالنسبة إلى غير المشيئة : فقد قسم تقييد الطلاق إلى قسمين : تقييد اشتراط أو تقييد استثناء وقد ذكر ابن رشد تفصيلاً في الفرق بين هذين البدأية : ٢ | ٨٥ .

وأما الجعفرية: فقد قال في الجواهر تعليقاً على قول صاحب الشرائع في هذا الخصوص في كتاب الطلاق الركن الثالث في البحث عن الصيغة .

« ويشترط في الصيغة تجردها ^(١) عن التعليق على الشرط المتحمل وقوعه نحو ان جاء زيد وعلى الصفة المعلوم حصولها نحو إذا طلعت الشمس في قول مشهور بل لم أقف فيه على مخالف منا بل في الانتصار ، والايضاح ، والتنقيح ، والروضة ومحكي السرائر ، وغيرها الاجماع عليه وهو الحجة » ^(٢) .

ومن البديهي ان العامة تقول بحصول الطلاق لو تحقق ما علق عليه وبناء على هذا فان لغیرهم الزامهم بذلك وترتيب جميع الآثار على ذلك .

الفرع السابع - الحلف بالطلاق :

قال ابن رشد في بدايته : ٣٩٧/١ « واتفق الجمهور في الايمان السقي ليست أقساماً بشيء وإنما تخرج بخروج الالتزام الواقع بشرط من الشروط مثل أن يقول القائل : فان فعلت كذا فعلي مشي إلى بيت الله ، أو ان فعلت كذا ، وكذا فغلامي حر ، أو امرأتي طالق . انها تلزم في القرب ، وفيما إذا التزمه الانسان لزمه

(١) هذه العبارة ذكرناها مؤلفة من عبارتي الشرائع ، وشرحها في الجواهر مندمجة

(٢) العمدية في الدليل على عدم تعليق الطلاق عند الشيعة هو الاجماع المدعى على لزوم تجرد الصيغة من التعليق على الشرط المحتمل ، والصفة المعلوم حصولها ويستفيد الشهيد الثاني في مآلكه من قول صاحب الشرائع في المتن (في قول مشهور) فكتة ذكرها بقوله « نبه بقوله على قول مشهور على ضعف مستنده فانه ليس عليه نص ، وإنما أوردوا عليه أدلة ظاهرية كقولهم : أن النكاح أمر ثابت متحقق فلا يزول الا بسبب متحقق ووقوعه مع الشرط مشكول فيه وقولهم انه مع عدم الشرط اجماعي لا دليل على صحته بالشرط ونحو ذلك فان هذا كله يندفع بعموم الأدلة الدالة على ثبوت حكم الطلاق حيث يقع إعم من كونه معلقاً على شرط ، أو منجزاً ، وقوله (لم أقف فيه على مخالف) يخرج به عن دعوى الاجماع عليه فان عدم الوقوع على المخالف لا يكفي في تحقق الاجماع » .

بالشرع مثل الطلاق ، والعتق واختلفوا هل فيها كفارة أم لا ؟^(١) .

وقال المحقق الحلي : - رحمه الله - في شرائعه ، في البحث عما تنعقد به اليمين من كتاب الايمان . «ولا ينعقد اليمين بالطلاق ولا بالعتاق ولا بالتحريم ولا بالظهار»^(٢) .

وحينئذ فلو حلف العامي أن لا يفعل شيئاً وإلا فامرأته طالق وصادف أن فعل ذلك الشيء فإن امرأته طالقة منه طبقاً لما يدين به ويرتب الشيعي عليها جميع الآثار التي تترتب على الفرقة والطلاق .

الفرع الثامن - الطلاق بالكتابة :

قال المحقق في شرائعه في البحث عن صيغة الطلاق : «ولا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر وهو قادر على التلفظ . نعم لو عجز عن النطق فكتب ثانياً الطلاق صح ، وقيل يقع بالكتابة إذا كان غائباً عن الزوجة وليس يعتمد»^(٣) .

مركز تحقيق كتاب تبيين علوم اسلامی

(١) ولزيادة التوضيح في هذه المسألة راجع المصنف لابن قدامة : ٧ / ٣٢٩ مطبعة الامام .

(٢) وقال معلقاً عليه في الرياض بقوله «على الاظهر الاشهر بين الطائفة بل عليه الاجماع في الاختصار» .

وقد استدلل له بالاخبار الصحيحة حيث جاء :

« اني حلفت بالطلاق والعتاق والنذر فقال ان هذا من خطرات الشيطان » .

(٣) يفوق الشيعة في الطلاق بالكتابة بين كونه صادراً 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 .

وأما بالنسبة إلى الغائب فذهب الأكثر ومنهم الشيخ في المبسوط إلى عدم وقوع الطلاق بالكتابة =

وفي الفقه على المذاهب الأربعة بين رأيي المذاهب الأربعة بالنسبة إلى كتابة الطلاق ووقوع الفرقة به . راجع / ٢٨٩/٤ - ٢٩٥ منه ^(١)

== منه مدعيًا عليه الإجماع .

يضاف إلى ذلك استصعاب حكم الزوجية إلى أن يثبت الزيل مع الشك في كون الطلاق بالكتابة مريلاً لما ثبت من عقدة النكاح نعم التلغظ به ثبت أنه مزيل له ولذلك لم يحصل الاختلاف به

ومن وراء كل ذلك الأخبار الواردة عن أهل البيت عليهم السلام المصروفة بعدم الوقوع فقد جاء في الخبر عن زرارة قال قلت لأبي جعفر - عليه السلام - : رجل كتب بطلاق امرأته ، أو بعث غلامه ثم بدله فمعهه قال ليس ذلك بطلاق ولا عتاق حتى يتكلم به « الوسائل ٧ ٢٩١ الطبعة الحديثة .

وفي مقابل هذا الرأي ما ذهب إليه الشيخ نفسه في كتاب النهاية ، وبعض من تبعه من وقوع الفرقة بهذا النوع من الطلاق الكتابي مستندين إلى رواية عن أبي حمزة الثمالي عن أبي عبد الله - عليه السلام - وقد سأله فيها عن ذلك فاجاب : « لا يكون طلاقاً ولا عتاقاً حتى ينطق به . لسانه أو بخطه بيده ويريد به الطلاق أو العتق ويكون ذلك بالاهلة والشهور ويكون غائباً عن أهله « الوسائل نفس الموضع .

وحمل البعض هذه الرواية على حالة الاضطرار إلى الكتابة .

ولكن الشهيد الثاني في المسالك رد هذا الحمل ، ورجع هذه الرواية على سابقتها المانعة من وقوع الطلاق بالكتابة .

لاحظ البحث مفصلاً في المسالك في البحث عن وقوع الطلاق بالكتابة .

(١) يقول ابن قدامة في المغني : ٢٣/٤ « الموضع الثاني : إذا كتب الطلاق فإن نواه طلقت زوجته وهذا قال الشعبي والنخعي والزهري والحكم وأبو حنيفة ومالك وهو المنصوص عن الشافعي ، وذكر بعض أصحابه قولاً آخر أنه لا يقع لأنه فعل من قادر على التطليق فلم يقع به الطلاق كالأشارة « ولكن من ذهب إلى وقوع الطلاق به قال : « ان الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فإذا أتى منها بالطلاق ، وفهم فيها ، وذواه وقع كاللفظ ، ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدلالة أن النبي - ص - كان مأموراً بتبليغ رسالته فحصل ذلك في حق البعض بالقول وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف « . راجع المصدر السابق نفس الموضع .

والإلزام يتحقق أيضاً لو طلق العامي زوجته بان يكتب ذلك لها ولم يتلفظ به مع قدرته على ذلك فهي مطلقة على مذهبه ، وزوجة على مذهب الشيعي ولكن قاعدة الإلزام تفرض وقوع الطلاق الزاماً لهم بما ذهبوا اليه

الفرع التاسع - طلاق من كان جاهلاً بالحكم :

تصوير هذا الفرع يكون فيما لو كان لشخص من الجعفرية زوجة سنية فطلقها بغير شهود جاهلاً ببطلان هذا الطلاق عندنا أو كان ملجئاً من قبلها على إيقاع الطلاق فان هذا الطلاق يكون صحيحاً عندهم باطلاً عندنا إذ الأشهاد واجب في النكاح لا في الطلاق على العكس عند الجعفرية فانما هو واجب الأشهاد حين الطلاق لا النكاح

وحينئذ فالزوج وان كان مذهبه يقتضي عدم وقوع مثل هذا الطلاق إلا أن جريان قاعدة الإلزام في الزوجة يكون موجبا لانقصاص عرى الزوجية وبينونة كل منهما عن الآخر كحكم واقعي ثانوي فلا يتوارثان ولا نفقة لها عليه بل يترتب جميع الآثار المترتبة على الطلاق .

هذه هي فروع الطلاق : ولو تأملنا لرأينا للطلاق فروعا كثيرة ولكن الضابط هنا هو الزام السنة بكل طلاق فاسد عندنا صحيح عندهم وترتيب جميع الآثار على ذلك لأن من دان بدين لزمته أحكامه .

المورد الثالث - البيع :

الفرع الاول - الشراء بالوصف :

قالت الشافعية : بان من يشتري شيئا بالوصف فله الخيار عند رؤيته وان كان المبيع حاوياً على الوصف المذكور .

قال في الفقه على المذاهب الاربعة : ٢١٤/٢

« الشافعية قالوا : لا يصح بيع الغائب عند رؤية العاقدين أو أحدهما سواء كان المبيع غائباً عن مجلس العقد رأساً أو موجوداً به ولكنه مستتر لم يظهر لهما إلى قوله - فإنه ما دام غائباً عن رؤيتهما فإن بيعه لا يصح على أي حال »^(١)

وعلى هذا فيلزم من كان شافعيًا بهذه الصورة ، ويثبت لنا الخيار عليه لو اشترينا من أحدهم بالوصف ، وعدم الرؤية وان كان حاوياً على الوصف المذكور لأن ذلك هو مورد الإلزام لهم بما يدينون به .

(١) لا يحيز الشوافع بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها مستندين في ذلك إلى الحديث المشهور عن النبي - صلى الله عليه وآله - من النهي عن بيع الغرر وأما لو علم الجنس أو النوع فللشافعي قولان في ذلك :

في القديم : صحة مثل هذا البيع ، ويثبت له الخيار لو كان قد رآه معللاً بأنه : يبيع على عين فجاز مع الجهل كالنكاح .

وفي الجديد : عدم صحة هذا البيع لانه غرر وقد نهى النبي - صلى الله عليه وآله - عن بيع الغرر . راجع لهذا التفصيل : المذهب للشيروازي : ١/٢٧٠ / مطبعة البابي ولأن قوله الجديد هو عدم الصحة لذا نفلت المصادر الفقهية السنية عدم الصحة عنه تاركة قوله القديم لذلك جاء في تحفة الفقهاء للسمرقندي الحنفى قوله : « قال اصحابنا رحمهم الله : ان خيار الرؤية مشروع في شراء ما لم يره المشتري فيجوز الشراء ويثبت الخيار » وقال الشافعي شراء ما لم يره المشتري لا يصح فلا يكون الخيار فيه مشروعاً « تحفة الفقهاء : ٢/١٠٢ / دار الفكر .

وأما الشيعة : فقد اجمع فقواهم على أن صحة بيع العين الغائبة إنما هو وصفها بما يرفع عنها الجهالة كما نقل ذلك عنهم السيد العاملي في مفتاح الكرامة : صفحة ٢٩٠ من كتاب المتاجر .
وحينئذ فإن خرج المبيع موافقاً للوصف فقد لزم البيع كتاباً ومنه واجماعاً كما عر به صاحب الجواهر في البحث عن خيار الرؤية في كتاب التجارة والا فان نقص تخير المشتري بين الرد ، والابقاء دون البائع بلا خلاف بينهم في ذلك ولاخبار صحيحة مسروية من طرقهم دلت على ذلك .

يضاف إلى ذلك حديث نفي الضرر ومن الواضح ان عدم فسخ المجال أمام المشتري للخيار ضرر عليه ، وهكذا الحال لو لم يره البائع ، وباعه . واشترى المشتري منه ذلك بعد وصفه له وتبين بعد ذلك الزيادة على ما تخيله البائع أو وصفه ثالث وباعه على الوصف في كل ذلك للبائع الخيار لعين ما ذكرنا في خيار المشتري لو وصفه البائع له واشتراه فتبينت المخالفة .

الفرع الثاني - الزيادة المتميزة :

لو اشترى الشخص امة فحملت منه وولدت عنده ثم وجد بها عيباً سابقاً على العقد فقد قالت المالكية أنه ليس له ردها وحدها بل يرد الولد معها أما الحنفية فقد قالوا : بعدم الرد ، وعليه الارش .

قال في كتاب رحمة الأمة على هامش الميزان : ٢٠٥/٢ .

« فصل إذا زاد المبيع زيادة متميزة كالولد والثمرة أمسك الزيادة ورد الأصل عند الشافعي ، وأحد ، وقال مالك ان كانت الزيادة ولدأ رد مع الأصل أو ثمره أمسكها ورد الأصل ، وقال أبو حنيفة حصول الزيادة في يد المشتري يمنع الرد بالعيب بكل حال » (١) .

أما الجعفرية فقد منعوا رد الجارية بعد وطئها قال الشيخ الانصاري - قد سره - في مكاسبه : ٢٥٥ / الطبعة الحديثة ايران الحديثة .

« فرع لا خلاف نصاً وفتوى في أن وطئ الجارية يمنع من ردها عند الجعفرية بالعيب » إذا فوطئ الجارية يمنع من ردها عند الجعفرية ، وأما لو ولدت منه فانها تنعتق عليه لأنها تكون أم ولده ولا معنى للرد - حينئذ - (٢) .

(١) لاحظ لذلك أيضاً بداية المجتهد ١٩٩/٢ وكذلك تحفة الفقهاء للسمرقندي ١٢٦/٢ أما الشيرازي الشافعي فقد ذكر في المذهب : ٢٩٢/١ قائلاً : « وإن كان المبيع حارة فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردها وأمسك الولد لما ذكرناه » ويقصد بما ذكرناه أن الولد نساء منفصل حدث في ملكه فيجاز أن يمسه ويرد الأصل كفلة العبد .

(٢) الوطئ يمنع رد الأمة المعيبة بالاجماع والصحيح المستفيضة كما عبر بذلك في الرياض في البحث عن الميوب الموهوبة للرد .

نعم لو كان ما وجدته من العيب فيرا هو الحبل فله ردها على خلاف في ذلك بين كونه يرد مطلقاً سواء كان ذلك الحبل من المولى أو غيره ، أو أنه يرد لو كان حبلها من مولاهم الذي اشتراها منه . لاحظ لذلك الرياض ، والانتصار والغنية . الموضع المذكور نفسه .

والإلزام في هذا الفرع يتحقق بالنسبة إلى المالك ، فإنه لو اشترى جارية ووطئها فحملت منه ، وولدت له ولداً ، ووجد بعد ذلك بها عيباً سابقاً فإن الإلزام له يقضي بإجباره برد الإثنين الأم ، والولد لأنه يدين بذلك فيلزم به .

المورد الرابع - الخيار :

الفرع الأول - خيار الشرط :

قالت المالكية : ان خيار الشرط يجوز بقدر الحاجة ، وقال 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 ، والخيار في هذا يمتد إلى ستة وثلاثين يوماً وثمانية وثلاثين (وبقيّة الأقسام من هذا القبيل) والشافعية ، والحنفية يشترطون ثلاثة أيام ، والحنابلة يشترطون في مدة الخيار أن تكون معلومة ولاحد لها وإنما الذي لا يصح هو أن يشترطاه مدة مجهولة كبعتك بالخيار متى شئت (١) .

(١) راجع رأي أبي المالكية حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧٨/٣ طبعة بولاق فقد نقل رأيهم مفصلاً ، وأما بقية المذاهب فقد قال السمرقندي الحنفي في تحفته : ٨١/٢ - ٨٢ « وأما الخيار الم شروع فنروع واحد . وهو أن يذكر وقتاً معلوماً ولم يجاوز عن الثلاثة بأن قال على أني بالخيار يوماً ، أو يومين ، أو ثلاثة أيام ، وهذا قول عامة العلماء سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري » .

وفي مقام الاستدلال عليه يذهب إلى أن الخيار بطبعه مناف لما يقتضيه العقد وإنما ثبت جوازه بدليل خاص ، وهو حديث حيان بن منقذ وفيه ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال ان رضيت فامسك وان سخطت فأرددها على صاحبها .

هذا هو أصل الخيار الشرط عند الأخناف . وأما لو شرطه فقد قال السمرقندي الحنفي فيه : « وأما إذا شرط الخيار أربعة أيام أو شهراً فقال أبو حنيفة وزفر رحمهما الله بأن البيع فاسد =

أما الشيعة فلا تقيده بوقت قال المحقق الحلي - قدس سره - في شرائعه
ببحث الخيارات من كتاب التجارة ما يلي :

الثالث خيار الشرط وهو بحسب ما يشترطانه أو أحدهما لكن يجب أن
يكون مدة مضبوطة ، ولا يجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة ، والنقصان كقدوم
الحاج ، وحينئذ فللجعفري الزام غيره من اتباع هؤلاء بتحديد مدة الشرط
وعدم التجاوز عن ذلك (١) .

= وقال أبو يوسف ، ومحمد ، والشافعي رحمهم الله : بأنه جائز . التحفة نفس الموضوع السابق .
ويستدل السمرقندي على صحة رأي أبي حنيفة في عدم الجواز لأكثر من ثلاثة أيام بأن الخيار
مناف في نفسه لمقتضى العقد ، وما ورد من الشرع بخوازه فهو لثلاثة أيام فيبقى الزائد على المنع
ولا يخفى أن ما تضمنته عبارة التحفة عن رأي الشافعي بالجواز لأكثر من ثلاثة أيام الظاهر بأنه
يرجع إلى البيع في قبال قول أبي حنيفة حيث يقول بفساد البيع لأن فساد الشرط يوجب فساد
المشروط كما قال السمرقندي في عبارته المذكورة : (فقال أبو حنيفة وزفر بأن البيع فاسد)
أما الشافعي فيرى جواز البيع إذ أن رأيه في التحديد لا يتجاوز الثلاثة كما جاء ذلك في
المذهب للشيرازي ٢٦٥/١ حيث قال :

« يجوز شرط خيار ثلاثة أيام في البيوع التي لا ربا فيها - إلى قوله - ولا يجوز أكثر من ثلاثة
لأنه غرر وإفاجوز في الثلاثة لأنه رخصة فلا يجوز فيما زاد » .

(١) لا يحدد فقهاء الشيعة خيار الشرط بمدة ، ولكنهم يلتزمون بضبط المدة ولذا لا يميزون
انطاة ذلك بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج مثلا لوجود الغرر في ذلك وقد نهى النبي
(ص) عن الغرر ، وحينئذ فهذا النوع من الاشتراط الغير المضبوط مخالف للسنة ولذلك لا
يؤخذ به .

ورافق الشيعة على ما ذهبوا إليه من عدم التحديد الحنابلة وغيرهم حيث قال ابن قدامة في
المغني ٥٢٤/٣ « ويجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة المعلومة قلت ، أو كثرت وبذلك
قال أبو يوسف ، ومحمد ، وابن المنذر ، وحكي ذلك عن الحسن بن صالح ، والعنبري ، وابن
أبي ليلى ، وإسحاق ، وأبي ثور » .

الفرع الثاني - خيار الغبن :

قال في المغني لابن قدامة ٥٨٤/٣ : « فصل ويثبت الخيار في البيع للغبن في مواضع إلى قوله : الثالث : المسترسل إذا غبن غبناً فاحشاً تخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ والإمضاء ، وبهذا قال مالك ، وقال ابن أبي موسى : وقد قيل : وليس له فسخه وهذا مذهب أبي حنيفة ، والشافعي لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل ، وكالمغني اليسير . أما الشيعة فقد قال المحقق - رحمه الله - في شرائعه :

« الرابع : من اشترى شيئاً ولم يكن من أهل الخبرة فظهر فيه غبن لم تجز العادة بالتعاقب به كان له فسخ العقد إذا شاء ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف إذا لم يخرج عن الملك ، أو يمنع مانع من رده كالإستيلاد من الأمة والعقود ولا يثبت به أرش » (١) .

أما الإلزام في ذلك فإن المغبون لو كان حنفياً ، أو شافعياً ألزم بما يدين به من عدم ثبوت الخيار فيسقط خياره لو تبين أنه مغبون في معاملة وذلك تطبيقاً للقاعدة عليهم .

(١) الغبن : بسكون الباء وأصله الخديعة ويراد به في هذا الباب : البيع والشراء بفسير القيمة مع الجهالة . ويقيده الفقهاء بما لو كان الغبن بما لا يتسامح بمثله في العادة ، ويستند هذا الخيار عند الشيعة هو أجماعهم عليه وهو المصدة في المسألة وإلا فبقية الأدلة المذكورة ناقش فيها الشيخ في الجواهر فقد استدلل له بالنهي عن أكل مال الغير إلا أن تكون تجارة عن تراهن وأن الغبن ضرر على المغبون سواء كان بائعاً أو مشترياً . ولا ضرر ولا ضرار شامل له يضاف إلى جميع الأخبار الواردة في الباب وفيها (غبن المسترسل سحت) (وغبن المؤمن حرام) (ولا ضرر ولا ضرار عن مؤمن) (وخبر تلقى الركبان وإنهم يخبرون إذا غبنوا) لاحظ الوسائل ٦ - ٣٦٣ - ٣٦٤ : وكما قلنا - ناقش في جميع هذه الأدلة صاحب الجواهر واعتمد على الإجماع حيث قال بعد المناقشة : (والأمر سهل بعد ما عرفت من الإجماع المزبور) .

الفرع الثالث - خيار التصرية :

التصرية : هي جمع اللبن ، وحجبه في الضرع يفعلُه البائع لتكبير ضرع الشاة فيغتر المشتري بذلك ، ويشتريها ظناً منها ان عظم الضرع طبيعي لها قال في الفقه ج ٢ / ٢٠٢ الحنفية قالوا : إذا اشترى المصرة فليس له ردها بذلك مطلقاً ، وإنما له المطالبة بالتعويض عما نقص من قيمتها بذلك العيب ^(١) .

وأما الجعفرية : فقد قالوا : بأن للمشتري الخيار في ذلك . ففي كتاب اللعة حيث تعرض الى التدليس وانه به الخيار للمشتري قال :

وكذا التصرية ، وهي جمع لبن الشاة وما في حكمها في ضرعها بتوكها بغير حلب ولا رضاع فيظن الجاهل بجاهلها كثرة ما يحلبه فيرغب في شرائها بزيادة وهو تدليس محرم وحكمه ثابت ^(٢) .

(١) يمتاز الاحناف من بين بقية المذاهب بالقول بعدم الخيار ان اشترى المصرة ولم يكن يعلم بذلك سابقاً والا فبقية المذاهب يقولون بالخيار فقد ذكر ارائهم ابن قدامة الحنبلي في المغني ٤ / ١٢٣ :

« ان من اشترى مصرة من بهيمة الانعام لم يعلم تصريتها ثم علم فله الخيار في الرد والامساك روي ذلك عن ابن مسعود ، وابن عمر ، وابي هريرة ، وانس واليه ذهب مالك ، ابن ابي ليلى والشافعي ، واسحاق ، وأبو يوسف وعامة أهل العلم » ويقرّب الاحناف وجهة نظرهم لعدم الخيار ان التصرية ليست بعيب ، بدليل انه لو لم تكن مصرة فوجدوها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار كما لو علقها فانتفخ بطنها فظن المشتري انها حامل . لاحظ المغني نفس الموضع السابق .

(٢) مستند هذا الخيار عند الشيعة هو اجماعهم عليه كاجاب ذلك في الجواهر والمسالك وغيرهما من مصادر الفقه الشيعي مضافاً الى انه تدليس فتشمله جميع الأدلة التي ترى الخيار في المعاملة التي يكون فيها تدليماً .

وليس للشيعة أخبار خاصة في هذه المسألة ولكنهم وافقوا العامة فيما روي من قوله (ص) (لا تصروا الابل والغنم فانها خداع) وجاء في منتقى الأخبار عن ابي هريرة ان النبي (ص) قال « لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضىها امسكها ، وان سخطها ردها وصاعاً من تمر » : قال عنه : (متفق عليه) . نيل الاوطار =

وترتيباً على هذا فلو اشترى شخص من العامة شاة^(١) وكانت مصراة فللبائع الإمتناع من ردها لسقوط خيار المشتري إذا كان من العامة وعلى حسب ما يدينون به .

المورد الخاص - الميراث :

الفرع الأول - التعصيب :

التعصيب : هو توريث ما فضل من السهام المقررة في الشريعة الاسلامية إلى عصة الميت^(٢) وهم على حسب تقسيم العامة العصة بالنفس^(٣) والعصة

= / ٥ / ٣٤١ وقال في المسالك عن هذه الأخبار « والأصل في تحريمه - وهو جمع الحليب - مع الاجماع النص عن النبي (ص) وهو من طرق العامة وليس من أخبارنا تصريح به لكنه في الجملة موضع وفاق » .

وقال في الحداثق الناظرة بعد نقله لهذا الخبر « والظاهر أن الصدوق نقل هذا الخبر من طريق الجمهور لعدم وجوده في كتب الأخبار حسبما اعترف به شيخنا المتقدم ذكره » .

(١) المقصود من العامة هنا هم الاحناف لأنهم القائلون بعدم الخيار . بين بقية المذاهب .
(٢) العصة : في اللغة قوم الرجل الذين يتعصبون له ، وبنوه ، وقرابته لأبيه وكأنها جمع عاصب وإن لم يسمع به ثم سمي بها الواحد ، والجمع ، والمذكر ، والمؤنث وقالوا في مصدرها : العصوبة جمع « عصبوات » كذا في أقرب الموارد مادة هصب وفي اصطلاح المشرعة : (هو الوارث بغير تقدير) كما عن ابن قدامة في المغني : / ٦ / ٣٣٦ .

والتعصيب : هو توريث ما فضل من سهام ذي الفروض لمن كان من العصة كما لو خلف بنتاً واحدة أو ابنتين قصاعداً مع أخ ، أو اخت فصاعداً مع عم فلبنت النصف بالفرض ، وللأخ الباقي بالتعصيب ، وكذلك النصف فرضاً للأخت والباقي للعم تعصيباً .

(٣) « وهو كل ذكر لا يدخل في نسبه إلى الميت أنثى وهم أربعة أصناف : جزء الميت وأصله ، وجزء أبيه ، وجزء جده » كذا جاء في الفتاوي الهندية لعالمكير : / ٦ / ٤٥١ / طبعة المكتبة الاسلامية .

بالغير^(١) والعصبة مع الغير^(٢) ولزيادة التوضيح وبيان معرفة هؤلاء تفصيلاً راجع كتب العامة^(٣).

ومسألة التعصيب أشهر من أن يطالب لها بدليل فبتوريث العصبة قالت العامة وهي من أظهر موارد قاعدة الالتزام - فمثلاً - لو مات الشخص وخلف أخاً وبنتاً فقد ذهبت الجعفرية إلى إعطاء البنت نصف تركة الميت فرضاً وأعطاها النصف الآخر رداً وعدم إعطاء الأخ والذي هو العم شيئاً لأنه يأتي في الطبقة المتأخرة عن الأبناء وإن نزلوا.

أما العامة : فقد ذهبوا إلى إعطاء البنت نصفها ، وإعطاء العم ما فضل من التركة لأنه من عصبة الميت وهو يمنع البنت ما يزيد على سهمها المقرر لها .

والآن فلو كان المتوفي سنياً - في المثال المذكور - والبنت أيضاً سنية والعم جعفرياً فيحق للعم أخذ ما يصله من الميراث تعصباً ، وإن كان لا يستحقه بحسب مذهبه لأنه حق البنت رداً إلا أن الزامهم بما ألزموا به أنفسهم يعطيه هذا الحق والأخذ منهم ما يورثونه .

وعلى هذا يكون الحال في جميع العصبة لو كانوا من الشيعة فهم يأخذون

(١) وهي كل انثى تصير عصبة بذكر يوازيها وهي أربعة : البنت بالابن ، وبنت الابن بالابن ، والأخت لأب ، وأم بأخيها ، والأخت لأب بأخيها .

وباقى المصبات ينفرد بالميراث ذكورهم دون اخواتهم وهم أربعة أيضاً : العم ، وابن العم ، وابن الأخ ، وابن المعتق . المصدر السابق نفس الصفحة .

(٢) وهي كل انثى تصير عصبة مع انثى أخرى كالأخوات لأب وأم أو لأب يصون عصبة مع البنات أو بنات الابن هكذا نفس المصدر .

(٣) هذه المراحل الثلاث : العصبة بالنفس ، وبالغير ، ومع الغير كلها تطلق عليها مصادر الفقه السني العصبة النسبية ، وهناك نوع آخر وهو العصبة السببية ، وهو المعتق ثم عصبته على الترتيب الذي ذكر في المصبات السببية ذكر ذلك عالمكير الحنفي في الفتاوى الهندية :

منهم ما يورثونه طبقاً لما تقتضيه قاعدة الإلزام^(١).

(١) مسألة الميراث بالتعصيب : من المسائل التي كانت مسرحاً للنقاش والجدل بين الشيعة والسنة حتى أصبح عدم توريث العصبية من ضروريات مذهبهم كما أن توريثهم صار من ضروريات مذهبهم ومن الأمور المفروغ عنها في نظر كلا الطرفين قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة من كتاب الارث « فعدم الارث بالتعصيب من ضروريات مذهبنا فلا حاجة بنا الى الاستدلال عليه وإطالة الكلام في ذلك ». وفي قبال ذلك ما عبر به ابن قدامة الحنبلي في المغني : ٦ / ٣٣٧ من قوله : (وهذا قول عامة أهل العلم) أو قوله : (وإليه ذهب عامة الفقهاء) . ويعتمد الطرفان على ما يذهب اليه على أدلة يسوقها لاثبات ما يدعيه والمعدة في الدليل هو دهرى الاجماع التي يتمسك بها كل طرف ، والأخبار الخاصة المروية من طرقهم الخاصة .

ولكن الشيعة يطعنون في اجماع أهل السنة لتخلف ابن عباس ومن تبعه عن موافقتهم في القول بالتعصيب حيث ذهب الى القول بعدم التعصيب كما نقل ذلك عنه المقدسي في المغني : ٦ / ٣٣٧ في قوله « وإليه - أي الى القول بالتعصيب - ذهب عامة الفقهاء الا ابن عباس ومن تابعه فإنه يروي عنه أنه كان لا يحمل الاخوات مع البنات عصبية فقال في بنت وأخت : للبنت النصف ولا شيء للأخت فقيل له : ان عمر قضى بخلاف ذلك جعل للأخت النصف فقال ابن عباس : انتم اعلم أم الله يريد قول الله سبحانه (ان إمرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك) فلما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد » .

وتخلف مثل سحر الأمة ومن تابعه بخدش في الاجماع المدعى على القول بالتوريث المذكور للعصبية .

أما الأخبار الخاصة : فقد روي أخباراً عديدة في هذا الموضوع نوقش الكثير منها ولكن البعض منها متفق عليه فيما بينهم ، ومنها ما عن النبي - ص - « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولي رجل ذكر » : نيل الاوطار / ٦ / ٦٣ وقد اختلفت الروايات في بعض عبارات هذا الحديث .

ولم يسلم هذا الحديث من مناقشات الشيعة له ، ولغيره مما كان بهذا المضمون لاحظ لتلك المناقشات الشهيد الثاني في مسالكه كتاب الارث في البحث عن أدلة التعصيب وفيه ذكر بقية الأدلة التي ساقها القائلون بالتعصيب ومن جملتها بعض الآيات القرآنية .

وأما الشيعة فأخبارهم الخاصة شديدة اللهجة بالنسبة الى المنع من توريث العصبية فمن حسين الرزاز قال : « أمرت من يسأل أبا عبيد الله - عليه السلام - المال لمن هو للأقرب ، أو العصبية ؟ فقال : المال للأقرب ، والعصبية فيه التراب » .

وفي حديث زرارة عن الإمام الباقر - عليه السلام - : إياهم أولى بالميت وأقربهم اليه إياه =

الفرع الثاني - ارث الزوجة :

التزمت العامة بتوريث الزوجة مما تركه الزوج وفي هذا الصدد يقول حسين علي الأعظمي في مواريثه/١٨٩ :

وارث الزوجة يكون من جميع تركه زوجها نقوداً أو عروضاً أو أراضي مملوكة أو بساتين ، أو غيرها .

أما عند الشيعة فإنها لو لم يكن لها ولد من الزوج فلا ترث لأعيناً ولا قيمة وأما من البناء والأشجار والنخيل وسائر ما هو ثابت في الأرض فإنها ترث القيمة لا العين ولو كان لها ولد من الزوج فبعضهم الحقها بغير ذات الولد في عدم التوريث إلا من القيمة والبعض الآخر لم يلحقها بل أعطاه من الميراث ما تشترك به مع الغير عيناً ، وقيمة .

قال في الشرائع في المقصد الثاني من كتاب المواريث :

« الخامسة اذا كان للزوج من الميت ولد ورثت من جميع ما ترك ولو لم يكن له ترث من الأرض شيئاً وأعطيت حقها من قيمة الآلات والأبنية »

أما الالتزام في البين فإنه يكون بالنسبة الى الزوجة التي لم يكن لها ولد فان العامة - كما عرفت - تورثها والشيعة لا يورثونها من العين فلو كانت الزوجة من مات زوجها المفروض كونه من العامة ، وأعطيت الزوجة الميراث فلها أخذه منهم نظراً الى التزامهم بما يدينون به ، وكذا الحال في ذات الولد لو كانت تقلد

= أو أخوه؟ اليس الأم اقرب الى الميت من اخوته واخواته ؟ راجع لهذه الاحاديث الوسائل : ١٧ / ٤٣٣ - ٤٣٤ .

وفي المسالك في الموضوع السابق تعرض لأغلب هذه الأخبار فلاحظ تفصيلها هناك .
وأخيراً ففقهاء الشيعة يصرحون بان التعصيب باطل عندهم بضرورة المذهب وبالروايات التي يعبرون عنها بالمستفيضة بل المتواترة ، مضافاً الى آية أولوا الارحام حيث قيل عنها انها نص في المورد . راجع الرياض : بحث التعصيب من كتاب الإرث .

مجتهداً شيعياً يرى الحاقها بمن لم يكن لها ولد من حيث الميراث فانها أيضاً تلازمهم بالأخذ من الميراث^(١).

(١) مسألة ارث الزوجة من مختصات الفقه الإمامي ذلك لأن الفقه السني لا يتعرض لهذه المسألة بالتفصيل الذي يذهب اليه علماء الشيعة بل يرونها وارثة كبقية الوثة من جميع ما تركه الزوج .

وقد تضاربت أقوال الشيعة فيما تراث منه الزوجه مما تركه زوجها وفي الوقت نفسه لم تفصيل آخر في الزوجة نفسها وتشخيص من تحرم من الزوجات لذلك لا بد لنا من البحث في كلا هذين التفصيلين .
الزوجة المحرومة :

المشهور بين الامامية أن الزوجة - محل البحث - هي غير ذات الولد ، وبذلك صرحته عبارات كثيرة من متقدميهم ومتأخريهم أما لو كانت ذات ولد فانها لا تكون مشمولة للحكم وان نسب الى مثل الشيخ المفيد والسيد المرتضى والشيخ الطوسي في الامتناع وغيرهم القول بحرمان كل زوجة ذات ولد كانت أم غير ذات ولد حيث تشترك كلاهما في الحرمان ، ولكن هذه النسبة فوقشت من قبل السيد العاملي في مفتاح الكرامة بما بعد هذه النسبة عن هؤلاء المذكورين حتى قال فنسبة الخلاف اليهم على البت لعلها لم تصادف محلها فالأولى ان ينسب الى ظاهرهم كما صنع في السرائر ، والايضاح .
ولكن مع كل ذلك فقد اعترف السيد المذكور أخيراً بان عبارة الشيخ المفيد في الرسالة صويحة في عدم الفرق بين الزوجتين ، وانه ادعى الاجماع على ذلك ، وقد تصدى الى الجمع بين هذه الدعوى للاجماع ، ودعوى غيره للأجماع على الفرق بالتفصيل بين رأي المتقدمين والمتأخرين فينظر من قال بعدم الفرق الى اتفاق كلمة المتقدمين على ذلك ، ويذهب من قال بالفرق الى اتفاق كلمة المتأخرين على الفرق .

الأقوال فيما تحرم منه الزوجة :

القول الأول : حرمانها من نفس الأرض عيناً وقيمة وما شيد عليها عيناً لا قيمة وحينئذ فتمطى قيمة الآلات ، والحشب ، والأبنية على تفصيل في تقدير القيمة يذكر في محله . ذهب الى ذلك جمع من الفقهاء كالشيخ والقاضي وابن حمزة وهو المشهور بين فقهاء الامامية .
القول الثاني : نفس الحرمان المذكور في القول الأول بإضافة الاشجار الى الآلات في الحرمان من العين دون القيمة ، وذهب اليه جمع آخر من الفقهاء كالعلامة في قواعده ، والشهيد في دروسه ولكن السيد في مفتاح الكرامة ناقش في هذا القول متميزاً من بين بقية الأقوال بل اعتبره في عداد القول الأول .

المورد السادس - الوصية لو ارث :

قال في الموطاء / ٣ / ٣٣ :

« وسمعت مالكا يقول : السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز الوصية لو ارث الا ان يميز له ذلك ورثة الميت وانه ان أجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من اجازته منهم ومن أبى أخذ حقه من ذلك » راجع الفقه على المذاهب الأربعة / ٣ / ٤٣٥ و ٤٦٣ ، ومواريث الأعظمي ووصاياه / ٩٣^(١) .

= القول الثالث : حرمانها من الرباع لا مطلق الأرض - والرباع مصطلح لغوي - يطلق على الدور ، والمساكن ، أو المنازل بتعبير آخر ، وبناء على هذا فتحرم الزوجة من الدور دون مطلق الأرض والبساتين والضياع ، وحرمانها من الرباع إنما هو من أرضها عيناً بقيمة دون ما شيد عليها فإن ما شيد عليها تعطى قيمته لا عينه وفي غير ذلك ترث من جميع ذلك ، ومن ذهب الى هذا القول الشيخ المفيد وابن ادريس والمحقق في النافع ، وغيرهم .

القول الرابع : حرمانها من عين أرض الرباع ، وتعطى قيمتها وبناء على هذا القول فهي تعطى من كل شيء عدا عين أرض الرباع وما شيد عليها من بناء وتعوض فيها قيمتها - واليه ذهب السيد المرتضى .

القول الخامس : عدم حرمانها من كل شيء بل ترث من كل ما تركه زوجها منقولا وغير منقول من الرباع أم غيره ذهب الى ذلك ابن الجنيد .

أما هذا القول الأخير فقد تمسك ابن الجنيد على مذهبه فيه بالآيات القرآنية تاركاً جميع الأخبار الواردة في باب حرمان الزوجة من ميراث زوجها وأما بقية الأقوال الأربعسة فسبب تشعبها هو الأخبار المروية عن أهل البيت - عليهم السلام - في هذا الخصوص وتجنباً للاطالة في البحث مما يستلزم عرضها وبيان وجهة نظر كل طرف فيما ذهب اليه وتفنيده لما يعتمد عليه الآخرون نحيل القاري، الكريم الى مصادر الفقه الشيعي المفصلة في هذا البحث لاحظ مفتاح الكرامة ، والجواهر ، والحدائق ، والمسالك بحث ميراث الأزواج .

(١) للمذاهب في مسألة الإيصاء للوارث قولان :

القول الأول : عدم جواز ذلك والوصية بذلك باطلة واليه ذهب ابن حزم الظاهري في المحلى / ٩ / ٣٨٦ من غير توقف على اجازة الوثة وعدمها مستنداً في ذلك الى ما روي من طرق العامة عن النبي - ص - (لا وصية لو ارث) وهذا هو أحد قول الشافعي حيث منع النوع من الوصية كما جاء في المهذب للشيرازي / ١ / ٤٥٨ .

« أما الشيعة فقد قال المحقق الحلي - رحمه الله - في شرائعه في بحث الوصايا :
 « الرابع في الموصى له - الى قوله - وتصح الوصية للأجنبي وللوارث » (١) .
 وحينئذ فلو كان الوارث الموصى له ، أو المقر له من تابعي أحد المذاهب
 الأربعة لزم بطلان الوصية ، وبأخذ بقية الورثة ذلك المال إلزاماً لهم بما
 دانوا به .

= القول الثاني : صحة الوصية ولكنها تقف على اجازة الورثة في ذلك ذهب اليه الاحناف كما
 في تحفة الفقهاء للسرقي ٣ / ٣٩٠ .
 وكذلك المالكية كما جاء في بداية المجتهد لابن رشد ٢ / ٣٦٤ وبه قالت الحنابلة حيث صرح
 بذلك المغني لابن قدامة ٦ / ٨٠ وهو أحد قول الشافعي كما جاء في المهذب للشيروازي الشافعي
 ١ / ٤٥٨ .

ويستند هؤلاء فيما ذهبوا اليه من الصحة بشرط اجازة الورثة على ما روي عن النبي من
 طرقهم من قوله لا وصية لوارث الا ان يحيز الورثة وفي رواية أخرى الا أن يشاء الورثة لاحظ
 لتخريج هذه الاحاديث تحفة الفقهاء الموضع السابق ويمكن الانتصار هؤلاء القائلين بالجواز اذا
 أجاز الورثة في قبيل المانعين منها بانه لا منافاة بين الخبر الروي عنه (لا وصية لوارث) حتى
 بناء على القول بان متنه متواتر كما نفل ذلك عن الشافعي وبين الخبر القائل (لا وصية
 لوارث الا ان يشاء الورثة ، أو يحيز الورثة) فان الأول مطلق ، والثاني مقيد ويحمل المطلق
 على المقيد خصوصاً والشهرة تعضد فعاد التقييد لذلك يقدم القول بالجواز عند اجازة الورثة
 ويسقط القول بالمنع على الإطلاق .

(١) مسألة الوصية للوارث في نظر الشيعة لا تفرق عن الوصية للأجنبي فكلاماً جائز حتى
 عبر الشهيد في المسالك عن ذلك بقوله : « اتفق أصحابنا على جواز الوصية للوارث كما يجوز
 لغيره من الأقارب ، والأجانب » المسالك بحث الوصية للأجنبي والوارث . وقد فقلت كثير من
 مصادر الفقه الشيعي الاجماع على عدم الفرق بين الوارث ، والأجنبي في صحة الوصية اليه
 وحتى عبر عنه السيد في مفتاح الكرامة في كتاب الوصية / ٩ / ٤١٠ بقوله : « والحاصل كأنه
 من ضروريات المذهب » وقد استدلل هؤلاء المجوزون مطلقاً من غير فرق بين اجازة الورثة
 لذلك وعدمها بالاية الكريمة في قوله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت الوصية للوالدين والأقربين المعروف
 حقاً على المتقين » .

المورد السابع - المسلم : (١)

قال أبو حنيفة : لا يجوز السلم الا ان يكون جنس المسلم فيه موجوداً حال العقد ووقت التسليم .

= والوالدان لا بد وأن يكونا وارثين الا أن يكونا ممنوعين من الارث بكفرهما ولكن العبارة اعم من ذلك .

وقد رد كثير من العامة هذه الآية العسكرة بأنها منسوخة ، وان اختلفوا فيما نسخها فقليل : آية الفرائض ، وقيل : حديث لا وصية لوارث . وقيل : الاجماع . وقيل : ان الوالدين في الآية هما الممنوعان بالكفر ، والأقارب محمول على غير الوارث منهم واجيب عن النسخ أولاً : بأن نسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز والشبهة لا يقولون بأكثر من الجواز لأن الثابت عندهم بيان (كتب) في الآية الكريمة المذكورة مسوق للبحث والترغيب لا الفرض .

وثانياً : كما عن المسالك : أن الشيء انما ينسخ غيره اذا لم يكن الجمع بينهما وهو ههنا ممكن بحمل الارث على ما زاد على الوصية أو ما زاد على الثلث كغيرها من الوصايا وبه يبطل الباقي .

واجيب عن حديث (لا وصية لوارث) بأنه على تقدير تسليمه يمكن حمله على نفى وجوب الوصية الذي كان قبل نزول الفرائض ، أو على نفى الوصية مطلقاً بمعنى إفضائها وان زادت على الثلث كما يقتضيه اطلاق الآية . لاحظ لذين الجوابين : المسالك بحث الوصية لوارث .

واجيب عن الاجماع : بأنه ليس بتمام مع مخالفة أكثر الفقهاء من العامة حيث لا يقولون بمنع الوصية لوارث كما يدعيه المانع مطلقاً .

وأما حمل الوالدين على كونهما ممنوعين بالكفر ، أو الأقارب على غير الوارث فيرده انه تحكم في الآية وحمل بلا دليل ، واللفظ أعم .

ويعتمد الشيعة بعد كل هذا على أخبار صحيحة وردت من طرقهم تميز الوصية للوارث ولا تفرق بينه ، وبين الأجنبي ، ففي صحيحة وردت عن أبي بصير « قال : قلت : لابي عبد الله - عليه السلام - تجوز للوارث وصية قال : نعم » .

(١) السلم : بفتح السين المهملة ، واللام كالسلف وزناً ومعنى ، وحكي في الفتح عن الماوردي أن السلف لغة أهل العراق والسلم لغة أهل الحجاز كذا في نيل الأوطار للشوكاني . ٣٥٥ / ٥

قال صاحب كتاب رحمة الأمة على هامش الميزان / ٦٣ :

« فصل يجوز السلم في المعلوم حين عقد السلم عند مالك ، والشافعي وأحمد إذا اُغلب وجوده عند المحل ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز إلا أن يكون موجوداً من حين العقد إلى المحل » ومثل هذا ما جاء في الميزان / ٣ / ٨٠ ، وفي بداية المجتهد لابن رشد / ٣ / ٣٠٣ ، وفي الفقه على المذاهب / ٣ / ٣٠٦ - ٣٠٧ ^(١) .

وأما الجعفرية وبقية المذاهب ^(٢) فإنهم لم يشترطوا ذلك بل يصح عقد السلم ولو كان جنس المسلم فيه حين العقد معدوماً .

قال المحقق الحلي : « الشرط السادس : أن يكون وجوده غالباً وقت حلوله ولو كان معدوماً حين العقد » ^(٣) .

(١) وافق أبا حنيفة فيما ذهب إليه الثوري والأوزاعي ، واستدلوا له فيما أخرجه أبو داود عن ابن عمر أن رجلاً أسلف رجلاً في نخل فلم يخرج تلك السنة شيئاً فاختصموا إلى النبي - ص - فقال : « بم تستحل ماله أردد عليه ماله ثم قال : « لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحه » وقالوا : هذا نص في التمر وغيره قياس عليه .

ولكن الشوكاني رد هذا الحديث بأن في إسناده رجلاً مجهول فإن أبا داود رواه عن محمد بن سفيان عن كثير أبي إسحاق عن رجل نجراني عن ابن عمر ، وأخيراً قال « ومثل هذا لا تقوم به حجة » نيل الأوطار / ٥ / ٣٥٨ .

وقد اعتمد القائلون بجواز السلم وإن لم يكن موجوداً حال العقد وهم غير الاحناف من المذاهب ط ما روه من أن النبي - ص - قدم المدينة ، والناس يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال : « من أسلف فليسلف في كيل أو وزن معلوم أو أجل معلوم » ولم يتطرق إلى ذكر الوجود للمسلم فيه حال العقد ولو كان شرطاً لذكره ولنهامهم عن السلف سنتين لأنه يلزم منه انقطاع السلم فيه أوسط السنة . لاحظ المفتي / ٤ / ٣٦٣ ، والشوكاني المصدر السابق

(٢) سبق أن عرفنا رأي بقية المذاهب فيما تقدم .

(٣) شرائع الإسلام كتاب التجارة الشرط السادس من شروط السلم .

وعلى هذا فيلزم الحنفية كلهم بفساد البيع في غير هذه الصورة وهي فيما لو لم يكن جنس السلم موجوداً حال العقد .

المورد الثامن - الوديعة عند عيال الشخص :

الوديعة عندنا ليست بمضمونة مع المحافظة عليها من غير فرق بين أن يحفظها الانسان عند ولده أو زوجته أو غيرها بل عند كل شخص يحفظ عنده ماله عادة .

قال العلامة الحلي في تبصرته في البحث عن الوديعة :

« ويضمن المستودع مع التفريط لا بدونه »

وقال المحقق في شرائعه في المورد نفسه :

« وإذا استودع وجب عليه الحفظ ، ولا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط أو اخذت منه قهراً » (١) .

أما أبو حنيفة : فقد ذهب إلى عدم وجوب الضمان لو أودعها عند من يساكنه من العيال قال في الفقه على المذاهب / ٣ / ٣٤٤ :

« الحنفية قالوا على أن للوديع أن يحفظ الوديعة عند من يساكنه عادة من عياله - إلى قوله - فإذا دفع الوديعة لولده ونحوه ممن يساكنه من عياله فهلك عند الثاني فإن الأول لا يضمن لانه دفعها لمن يصح أن يحفظ عنده ماله » (٢) .

(١) الوديعة في الأمر الأول في العقد من كتاب التجارة .

(٢) أما بقية المذاهب فانهم يرون ضمان من استودع لو استودع هو ذلك الشيء عند آخر ويعطون ذلك بعدم رضا المالك فإن المالك انما أودع ماله عند ذلك الشخص دون غيره .
وحينئذ فلو تلفت عند الثاني ضمن لاحظ لذلك بداية المجتهد - ٣ - ٣٤٠ ، ونجفة الفقهاء للسرقي الحنفي - ٣ - ٣٤٠ ، والمغني لابن قدامة - ٦ - ٤٣٣ .

وبناء على هذا فلو أودع حنفي وديعة عند شيعي وأودعها الشيعي عند زوجته أو من يساكنه من عياله وتلفت فليس للحنفي أن يطالبه بتلك الوديعة ولا بضمانها لأن الشيعي قد أودعها عند من تصح الوديعة عنده ، ولا شيء عليه إلزاماً 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 والسنة هو - طواف النساء - فبينما السنة لا يوجبونه في الحج ترى الشيعة يقولون بوجوبه وإن لم يكن ركناً من أركان الحج عندهم ، وفعروا على ذلك أن عدم الأتيان به يكون موجباً لعدم حلية النساء عليه .

قال الشهيد الثاني - رحمه الله - في شرح اللمعة عند التعرض لطواف النساء : « ولا تحل النساء بدونه مطلقاً حتى العقد » .

ومعنى ذلك أن من حج ولم 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 محرماً من هذه الجهة .

وطبيعي أن يكون نكاحه باطلاً وترتيباً على ذلك فلو حج سني وكانت له زوجة شيعية أو حجت السنية وكان لها زوج شيعي فإن هذا الزوج وتلك الزوجة لا يحل لهما الطرف المقابل .

وهكذا الحال في الحاج السني بعد حجه فإن الشيعة يرون النساء عليه محرمات فلا يسوغ له التزوج بهن وهي مشكلة يبتلي بها كثير من الناس ولحل هذه المشكلة يمكننا ذكر الطرق الآتية :

١ - جريان قاعدة الإلزام في حق السني سواء كان رجلاً أو امرأة وبطبيعة الحال يكون جريان القاعدة المذكورة في حقه موجباً لصحة النكاح في حقه وإذا صح النكاح في حقه بواسطة الإلزام المذكور كانت المرأة التي عقدت عليها بعد حجه زوجة له بحكم الواقع الثانوي فتترتب عليه جميع آثار الزوجية في البين .

٢ - دعوى امضاء عملية الأزواج معهم بعد حجهم من قبل الأئمة عليهم السلام - لابتلاء الشيعة بذلك واختلاطهم معهم مع العلم انه لم يصدر من الأئمة - عليهم السلام - ما فيه ادنى إشارة الى بطلان الأزواج مع من حج منهم سواء كان الأزواج 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 - وسكوت أصحابهم عن السؤال من ائمتهم - عليهم السلام - دليل على امضاء عملية الزواج وصحتها فيكون ذلك من قبيل السيرة من الأصحاب وعدم الردع منهم - عليهم السلام - مع انها بمنظر ، وبسمع ، وذلك دليل الامضاء والرضا به وحينئذ فتكون النساء غير محرمات عليهم بعد حجهم .

٣ - اعتبار طواف الوداع في التأثير كطواف النساء ، فقد اعتبرت العامة في الحج طواف الوداع والأغلب منهم يرون انه واجب ولا بد من الاتيان به قال في الفقه على المذاهب الأربعة / ١ / ٥٣١ .

و أما الطواف فأنواعه ثلاثة ركن وهو طواف الزيارة ويسمى طواف الإفاضة وقد تقدم الكلام على وقته ، وواجب وهو طواف الوداع ويسمى طواف

الصدر ، سنة وهو طواف القدوم ، (١) .

وفي مقام ما لو نسي الشيعي طواف النساء فإذا يترتب عليه ؟ يقول صاحب الجواهر - رحمه الله - :

وعلى كل حال فظاهر ما سمعته من النص والفتوى وجوب قضائه وإن كان قد طاف طواف الوداع مضافاً الى كونه مستحباً فلا يحزى عن الواجب لكن قال الصادق - عليه السلام - في خبر اسحاق « لولا ما من الله به على الناس من طواف الوداع لرجعوا الى منازلهم ولا ينبغي ان يمسا نسايتهم » بل عن علي بن بابويه الفتوى بذلك الا انه قاصر عن المعارضة من وجوه خصوصاً مع امكان اختصاصه بالعمامة الذين لا يعرفون طواف النساء وارادة المنة على المؤمنين بالنسبة الى نسايتهم غير العارفات وكون المراد ان الاتفاق على فعل طواف الوداع سبب لتمكن الشيعة من طواف النساء اذ لولاه لزمته التقية بتركه غالباً ، (٢) .

مركز تحقيق كتاب تبيين علوم اسلامی

(١) سمي بطواف الوداع لأنه لتوزيع البيت ، وبطواف الصدر لأنه عند صدور الناس من مكة ، ووقته بعد فراغ المراء من جميع أموره ليكون آخر عهده بالبيت على ما جرت العادة به في توديع المسافرين اخواته ، وأهله .

وهو عند العمامة واجب وليس بركن ويلزم عندهم على من تركه دم ولكن الشافعي لم ير عليه شيئاً لو تركه في أحد قوليه مطلقاً ذلك بأنه يسقط عن الحائض فلم يكن واجباً كطواف القدوم ولأنه كتحية البيت أشبه طواف القدوم .

وأجيب عن ذلك : بأن سقوطه عن الحائض انما هو لدليل خاص وهذا هو دليل على عدم سقوطه عن غيرها والا لما كان للدليل الذي روي عن النبي - ص - طرق العمامة أي مزية حيث قال : « أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت إلا انه خفف عن المرأة الحائض » . لاحظ المغني لابن قدامة ٣ - ١١٤ .

(٢) جواهر الكلام كتاب الحج المسألة الرابعة من المقصد الثالث .

من هذه العبارة عرفنا ان علي بن بابويه - رحمه الله - يقول: بالاكْتفاء بطواف الوداع عن طواف النساء لو نسبة الشخص منا .

ولكن الذي ظهر من صاحب الجواهر - رحمه الله - المفروغية عن ان طواف الوداع يكون قائماً مقام طواف النساء لو كان الشخص من العامة لا منا ولاجل ذلك حمل الرواية عليه لا على ما استفاده علي بن بابويه - رحمه الله - من كون ذلك مطلقاً حتى بالنسبة الى الشيعة لو نسي أحدهم طواف النساء . وليس 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 وحينئذ فيكون ذلك من قبيل الحكمة في الاكتفاء بطوافهم الوداعي عن طوافهم النسائي ، وعلى هذا فان طواف الوداع يقوم مقام طواف النساء بالنسبة الى العامة ، وحينئذ فيجوز لنا الزواج منهم وكذا فسخ المجال للشيعة للأخذ منهم .

الفرع الثاني - العقد في حال الاحرام :

إذا أحرم الشخص حرمت عليه أمور عديدة ومنها النساء حتى العقد عليهن قال المحقق الحلي - رحمه الله - في شرائعه عند التعرض لتزويج الاحرام من كتاب الحج « والنساء وطأ ، ولمساً ، وعقداً لنفسه ، ولغيره ، وشهادة على العقد » (١) .

(١) كما يدل عليه الاجماع الذي يعتمد عليه علماء الشيعة حيث نقلته مصادر الفقه الشيعي كلها عند تعرضها لتزويج الاحرام والتي منها المذكورات . مضافاً الى وجود أخبار صحيحة يعتمدون عليها وفيها « ليس للمحرم ان يتزوج ولا يزوج فان تزوج أو زوج فلا فتزويجه باطل » وفي البعض الآخر « المحرم لا ينكح ولا ينكح ولا يخطب ولا يشهد النكاح وان نكح فنكاحه باطل » لاحظ الجواهر عند التعرض للنساء من تزويج الاحرام .

أما ابن رشد فيحدثنا عن الحنفية بجواز ذلك حيث قال في بدايته ١ / ٣٢ « واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك ، والشافعي ، والليث ، والأوزاعي : لا ينكح المحرم ولا ينكح فان نكح فالنكاح باطل وهو قول عمر وعلي بن ابي طالب وابن عمر وزيد بن ثابت: وقال أبو حنيفة ، والثوري : لا بأس بان ينكح المحرم أو ان ينكح » .

وبناء على هذا فيلزم من كان حنفياً بترتيب جميع آثار الزوجية لو عقد في حال الاحرام الزاماً له بما دان به ولا 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 وهو الشافع ، ذهب مالك ، والشافعي ، وأهل المدينة الى ان لا شفعة الا للشريك مالم يقاسم وقال أهل العراق : الشفعة مرتبة فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا بقيت في الطرق أو في الصحن شركة ، ثم الجار الملاصق وقال أهل المدينة لا شفعة للجار ، ولا للشريك المقاسم » .

وقال في الشرائع في كتاب الشفعة :

الثاني في الشفيع : وهو كل شريك بحصة مشاعة قادر على الثمن ويشترط فيه الاسلام اذا كان المشتري مسلماً فلا تثبت الشفعة بالجوار ولا فيها قسم ، وغير

الامع الشركة في طريقه او نهره ^(١) .

إذا فالشفعة عند الامامية لاتكون الا بين شريكين بعد الخضوع لشروط مبينة هناك ^(٢) فلا يتمكن الجار من الشفعة بالجوار الا اذا اشتركا في طريق خاص على خلاف في هذا أيضاً ^(٣) .

فبناء على هذا لو كان لسني جار شيعي وأراد السني بيع داره فللشيعي أن يشفع بذلك البيع وأخذ ذلك العقار منه الزاماً له بما يدين به وان كان في الوقت نفسه لا تكون هذه العملية بما يقرها مذهب الشيعي ولكن الإلزام قد جعلها حكماً واقعياً ثانوياً .

(١) الشفعة : بضم المعجمة وسكون الفاء ، وهي لغة مأخوذة من الزوج كأت الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب شريكه ، وأصلها التقوية والاعانة ومن ذلك الشفاعة .

أما شرعاً : فهي استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته ، أو : انتقال حصة شريك الى شريك كانت انتقلت الى اجنبي بمثل العوض المسمى . ولا تكون الشفعة الا قبل التقسيم أما اذا قسم المشترك فيه فلا يرى فقهاء الشيعة مجالا للتقسيم للاجماع على ذلك حيث نقلته مصادر الفقه الشيعي والأخبار الصحيحة المروية عن أئمة أهل البيت - عليهم السلام - في ذلك حتى هجر عنها بالتراترة وفي بعضها لا تكون الشفعة الا لشريكين ما لم يتقاسما اولا شفعة الا لشريك غير مقاسم .

(٢) من قدرة الشفيع على الثمن ، وبذله للمشتري فلا شفعة للعاجز والممتنع واسلامه اذا كان المشتري مسلماً فلا شفعة للكافر مطلقاً وفي اشتراط امكان قسمة ما يشفع فيه قولان اختار الشهيد الثاني ذلك لاحظ الروضة البهية في شرح المعية ٤ - ٣٩٨ - الطبعة الحديثة .

(٣) لما جاء في الخبر الصحيح « عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار قباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق ان يأخذوا بالشفعة فقال ان كان باع الدار وحول بابها الى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم وان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة » لاحظ للموضوع مفصلاً الجواهر والرياض وغيرهما من مصادر الفقه الشيعي .

هذه هي أهم موارد قاعدة الالتزام - وكما أسلفت - من المسير ان يحيط
الانسان بتمام موارد القاعدة بل الضابط هو ان للشيعي أن يلزم غيره من بقية
المذاهب بما يدينون به إذا كان ذلك الالتزام في صالحه .

هذا ما تسنى لي جمعه - بهذه المجالة - من محاضرات شيخنا الاستاذ
- دام ظله - سائلاً المولى عز وجل ان يوفقني لنشر بقية محاضراته القيمة
انه ولي التوفيق .



مركز تحقيق كتاب توير علوم اسلامی