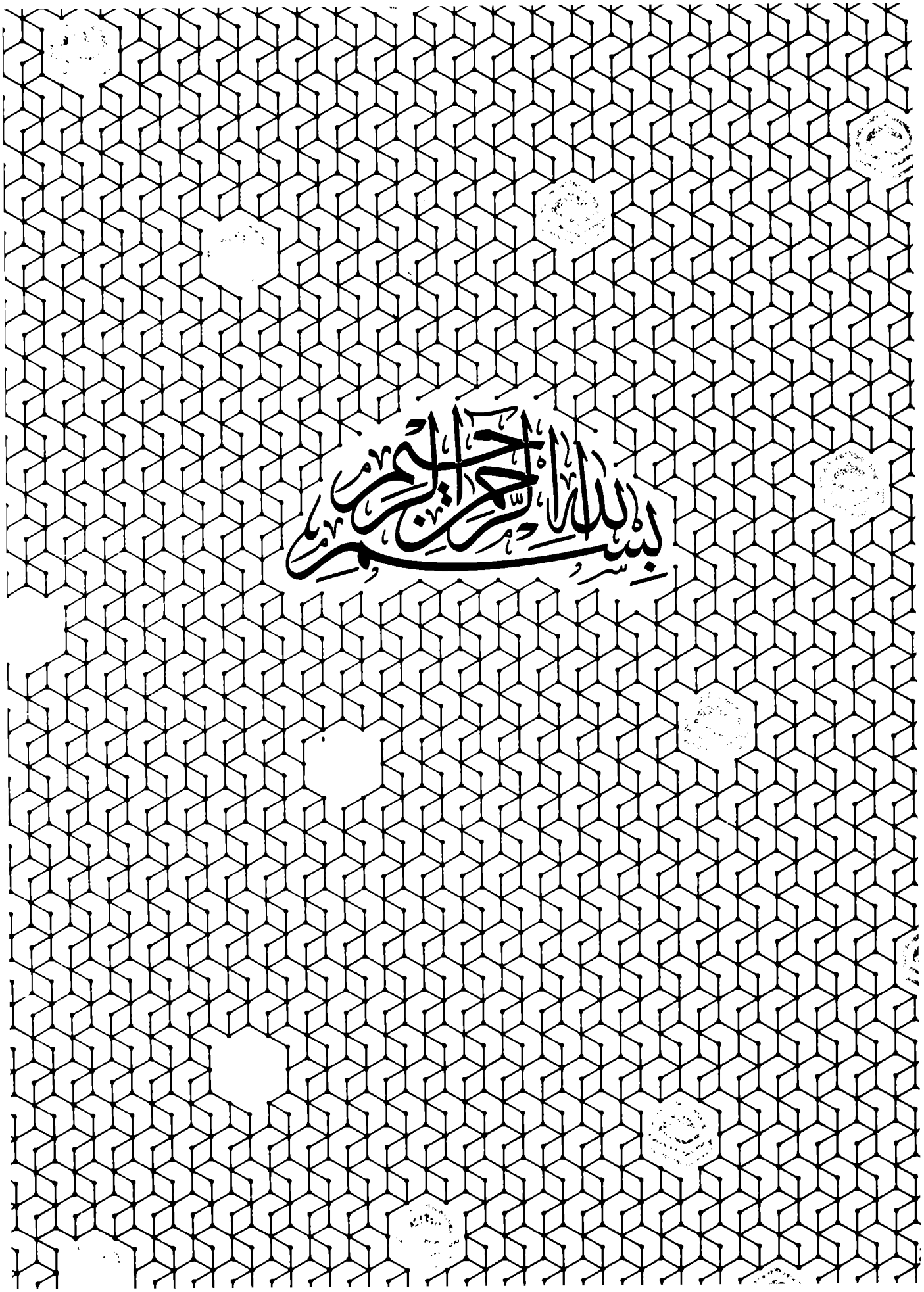
مرکز تدوین متون و منابع درسی
حوزه‌های علمیه

# بحوث فقهیة

## من محاضرات آیة الله العظمی الشیخ حسین الحلی رحمه الله

دراسات و تحقیقات و تدوین و تألیف


بسم الله الرحمن الرحيم

شبكة الفكر
alfeker.net

# بحوث فقهية

من محاضرات آية الله العظمى الشيخ حسين الحلي رحمه الله

# بحوث فقهية

مناسب لدرس الفقه (٥و٦) في المستوى الثالث

المؤلف: شيخ حسين حلي دام ظله
المحاضر: عزالدين بحر العلوم
المصحح و المحقق: محمدرضا فلاحي

المشرف العلمي: هادي فاضل
مصمم جرافيک: مجتبى قانوني - مسعود مهدوي
منسق الصفحات: هادي عبدالمالكي
المراجع العلمي: حسين بهرامیان

الناشر: دار النشر التابع لمركز إدارة الحوزات العلمية
الطبعة: الأولى/ ١٤٠٥ ش
عدد النسخ: ٥٠٠ نسخة
الرقم الببليوغرافي:
ردمك: ٥-٢٩-٣٥٨-٦٢٢-٩٧٨
تصنيف ديوي:
تصنيف الكونغرس:

متمم امركز تدوين متون و منابع درسی)

يمكن للخبراء والأساتذة والطلبة الكرام التعبير عن انتقاداتهم البناءة ومقترحاتهم حول الكتب الدراسية في الحوزة عن خلال المنصة التالية: www.Nashrehowzeh.ir

رقم التواصل لمركز إعداد وتأليف الكتب الدراسية: ٠٢٥٣٢٩١٠٩٧٠

رقم التواصل لمركز لنشر: ٠٢٥٣٧٧٣٥٥٤٧

موقع النشر: www.nashrehowzeh.ismc.ir

التواصل مع الحوزة عبر Instagram و Nashre_Howzeh

مرکز تدوین متون و منابع درسی
حوزه‌های علمیه



مدیریت محترم در برابر خود مسائل و مشکلات فراوان و نیز حوادث پی‌درپی و متوقع و نامتوقع خواهد یافت که شایسته است در این میان نخستین مهم خود را تشخیص اولویت‌ها و فوریت‌ها قرار دهد. برخی از این مسائل عبارت‌اند از: طبقه‌بندی مراحل تحصیلی طلاب در قم، تعیین رشته های اختصاصی و مواد درسی آن، تهیه کتب درسی مناسب و در صورت امکان تغییر در کتب درسی کنونی....

پیام به جامعه مدرسین
حوزه علمیه قم
۱۳۷۴/۱۹



زندگی در دنیای امروز زندگی در مدرسه اراده است و سعادت و شقاوت هر انسانی به اراده همان انسان رقم می‌خورد. اگر بخواهید عزیز و سربلند باشید باید از سرمایه‌های عمر و استعدادهای جوانی استفاده کنید. با اراده و عزم راسخ خود به طرف علم و عمل و کسب دانش و بینش حرکت نمایید که زندگی زیر چتر علم و آگاهی آن قدر شیرین، و انس با کتاب و قلم و اندوخته‌ها آن قدر خاطره‌آفرین و پایدار است که همه تلخی‌ها و ناکامی‌های دیگر را از یاد می‌برد.

صحیفه امام
ج ۲۱، ص ۱۳۷ - ۱۳۸.

## كلمة المركز

يتمتّع الفقه باعتباره أحد الركائز الأساسية للإسلام بتاريخ غنيّ ومثمر يعود إلى القرون الماضية. وهذا العلم لا يبين أحكام الشريعة الإسلامية فحسب، بل له أيضًا تأثير عميق وكبير على الحياة الاجتماعية والثقافية والاقتصادية للشيعة. ومن جهة أخرى فإنّ الفقه باعتباره علماً حيّاً وديناميكياً يتغير ويتطور دائماً، فهو يستخرج ويطرح أحكاماً جديدة بحسب احتياجات المجتمع، بحيث تظهر آثارها بوضوح في الحياة الاجتماعية للشيعة. فجميع الأحكام الإسلامية من أحكام العبادات إلى قواعد المعاملات والعلاقات الاجتماعية، كلها تدلّ على تأثير الفقه العميق على حياة المسلمين اليومية. إنّ الفقه كنظام قانوني وأخلاقي، يوجّه السلوك الفردي والاجتماعي، وبطريقة ما يشكّل الهوية الثقافية والدينية للمجتمع الشيعي.

يحظى الفقه والفقاهة في العالم الإسلامي، وخاصة في المجتمعات الشيعية بأهمية خاصة، حيث أنّ فقهاء الشيعة المشهورين، كالشيخ الطوسي، والمحقق الحلّي، والشهيد الأول، والشهيد الثاني، والوحيد البهبهاني، وصاحب الجواهر، والشيخ الأنصاري، والإمام الخميني رحمهم الله أجمعين، لم يكتفوا بتبيين الأحكام الشرعية من خلال أعمالهم وفتاواهم، بل ساعدوا أيضًا ومن خلال تقديم الآراء والحلول العلمية في حلّ مشاكل وتحديات عصرهم. وقد كان هؤلاء الأعلام بسبب اجتهادهم وجهودهم العلمية بمثابة سراج للأجيال القادمة.

وجاء كتاب «بحوث فقهية» كعمل علمي وبحثي استمراراً لنفس الطريقة، حيث إنّ محتويات هذا الكتاب -وهو من مؤلفات الشيخ حسين الحلّي من علماء النجف رحمه الله (المتوفى عام ١٣٩٧هـ)- هي نتيجة مباحثات المؤلف ومناقشاته حول بعض فروع الفقه، والتي كتبها تلميذه السيد علي بحر العلوم استجابةً للاحتياجات الجديدة للمجتمع الإسلامي، وبالنظر إلى التحديات الفقهية المعاصرة، يتناول هذا الكتاب القضايا التي يحتاج إليها عالم اليوم وتتم مناقشتها فيه. وقد حاول المؤلف بفهمه العميق لضرورات العصر تقديم الأحكام المتعلقة بالقضايا الجديدة، وذلك باستخدام قوة الاجتهاد وبناءً على القواعد والأدلة الفقهية.

وقد دفعت هذه الميزة الخاصة المجلس الأعلى للحوزات العلمية إلى أن يقرّر عبر القرار رقم ١٦٤٩ استخدام هذا الكتاب إلى جانب الكتب المدرسية الأخرى. ولذلك، قام مركز إعداد وتأليف الكتب الدراسية للحوزات العلمية بإعادة بناء النص وفق الأهداف التعليمية، وذلك باستخدام أحدث نسخة متاحة من الكتاب. ومن التعديلات التي أُجريت على الطبعة الجديدة من الكتاب يمكن ذكر ما يلي:

- تنظيم فهرست الكتاب والعناوين الرئيسية والفرعية داخل النص وفق المعايير التعليمية،

- إضافة توضيحات إضافية داخل النص وفي الحواشي،
- إدراج العبارات التوضيحية في هوامش الكتاب،
- تصحيح الأخطاء المطبعية، وذكر المراجع والمصادر التي استخدمها المؤلف.

لا تقتصر هذه الطبعة من كتاب «بحوث فقهية» على موضوعات فقهية جديدة فحسب، بل تمّ بذل جهود لتحسين محتواه العلمي من خلال إضافة التوضيحات اللازمة. نتمنّى أن تساهم هذه الجهود في فهم أفضل وأعمق للأحكام الشرعية ومساعدة القراء في فهم الأحكام الدينية وممارستها.

يرى مركز إعداد وتأليف الكتب الدراسية للحوزات العلمية من واجبه أن يشكر الأستاذ حجةالإسلام محمد رضا فلاحي الذي تولّى إعداد الجانب التعليمي للكتاب، كما نتقدّم بجزيل الشكر للأستاذ الفاضل حجة الإسلام والمسلمين هادي فاضل الذي قام بتقييم محتوى الكتاب.

إن النقد العلمي من قبَل أصحاب الرأي والأساتذة الكرام هو فرصة نغتنمها لاتخاذ الخطوات اللاحقة في تحسين واستكمال هذه المجموعة. ولذلك، نأمل أن تشاركونا آراءكم التصحيحية والتكميلية عبر موقع www.Mtadvin.ir.

مركز إعداد وتأليف الكتب الدراسية للحوزات العلمية

# الفهرس


مقدمة الطبعة الثانية ..... ١٥
مقدمة الطبعة الأولى ..... ١٦

✡ الفصل الأول: التأمين ..... ١٩
حقيقة التأمين وحاجة المجتمع اليه ..... ١٩
ما هو التأمين؟ ..... ١٩
تاريخ التأمين ..... ٣٠
تاريخ عقود التأمين ..... ٣١
أنواع التأمين ..... ٣١
الشروط والأركان المطلوبة في عقد التأمين ..... ٣٢
أركانها ..... ٣٢
شروطها ..... ٣٣
بيان أركان عقد التأمين ..... ٣٣
بيان شروط عقد التأمين ..... ٣٤
التأمين عقد رضائي ..... ٣٥
وثيقة التأمين (البوليصة) ..... ٣٦
طبيعة هذه العملية من الناحية الدينية ..... ٣٦
عرض التأمين على المعاملات الشرعية ..... ٣٦
عرض التأمين على الضمان ..... ٣٧
أشكال عقد التأمين ..... ٣٩
عرض التأمين على القواعد ..... ٤١
عرض التأمين على الأصول العملية ..... ٤٣
تنبيهات ..... ٤٣
١. التأمين بالتقابل ..... ٤٣
٢. التأمين المختلط مع الاشتراك في الأرباح ..... ٤٤
٣. موقف الشريعة من الفوائد الربوية في التأمين ..... ٤٤
٤. اعادة التأمين ..... ٤٦

✡ الفصل الثانى: اليانصيب ..... ٤٧
اليانصيب حقيقته وانواعه ..... ٤٧
اليانصيب غير المعوض ..... ٤٧
اليانصيب المعوض ..... ٤٨
بحث فى شرعية اليانصيب ..... ٤٨
الجهة الاولى: بذل المال بإزاء البطاقة ..... ٤٩
الوجه الأول ..... ٤٩
الوجه الثاني ..... ٥٠
الوجه الثالث ..... ٥٠
الوجه الرابع ..... ٥٠
الوجه الخامس ..... ٥٠
الجهة الثانية: صلاحية أخذ الأموال المجموعة ..... ٥١
الوجه الأول ..... ٥١
الوجه الثاني ..... ٥١
الوجه الثالث ..... ٥٣
الجهة الثالثة: حلية المال لمن يخرج السحب على رقمه ..... ٥٣
الجهة الرابعة: الوجوه المتصورة لفساد هذا النوع من المعاملات ..... ٥٤
الوجه الأول: الآيات الكريمة ..... ٥٤
الوجه الثاني: الروايات الشريفة ..... ٥٥
الوجه الثالث: اعتبار هذا النوع من المعاملات سفهيا ..... ٥٦
الوجه الرابع: اعتبار هذا النوع معاملة غررية ..... ٥٦
الوجه الخامس: كون هذه المعاملة قمارية ..... ٥٧
الوجه السادس: اعتبار هذه المعاملة من الاستقسام ..... ٥٨
✡ الفصل الثالث: الأوراق النقدية ..... ٦٧
تمهيد وتوطئة للبحث عن الأوراق النقدية وأحكامها ..... ٦٧
الربا ..... ٦٨
مالية المال ..... ٦٨
النحو الأول: ما كانت ماليته ذاتية ..... ٦٩

النحو الثاني: ما كانت ماليته بالجعل ..... ٦٩
الوجوه المتصورة لغطاء العملة ..... ٧٠
الوجه الأول من وجوه التغطية ..... ٧٠
الصورة الأولى ..... ٧٠
الصورة الثانية ..... ٧١
الوجه الثاني من وجوه التغطية ..... ٧٢
الوجه الثالث من وجوه التغطية ..... ٧٢
هل يتحقق الربا في هذه الأوراق؟ ..... ٧٣
الأوراق النقدية وما ماثلها بعد سقوط اعتبارها المالي ..... ٧٤
التقاط الأوراق النقدية ..... ٧٦
ما هو المال المجهول المالك ..... ٧٦
القسم الأول ..... ٧٦
القسم الثاني ..... ٧٧
القسم الثالث ..... ٧٧
القسم الرابع ..... ٧٨

**✡ الفصل الرابع: اعمال البنوك والمصارف ..... ٨٣**

كلمة لا بد منها ..... ٨٣
أقسام البنوك والمصارف ..... ٨٤
البنوك الحكومية ..... ٨٤
البنوك الأهلية ..... ٨٥
البنوك المشتركة ..... ٨٦
أعمال البنوك ..... ٨٧
١. الأمانات ..... ٨٧
[طرق التملك] ..... ٨٨
٢. التوفير ..... ٩٠
٣. الكفالات ..... ٩١
أخذ الكفيل العمولة من المكفول ..... ٩٢
إلزام الكفيل بدفع ما على المكفول للمكفول له ..... ٩٣

رجوع الكفيل على المكفول فيما دفعه عنه ..... ٩٦
٤. الحوالات ..... ٩٧
٥. تحصيل الشيكات ..... ٩٨
٦. تحصيل الأوراق التجارية ..... ٩٨
٧. الحسابات الجارية ..... ٩٩
٨. بيع وشراء الأسهم والسندات ..... ١٠٠
٩. خصم الأوراق التجارية (الكمبيالات) ..... ١٠٠
النوع الأول: وهي المعبرة عن وجود قرض حقيقي ..... ١٠٠
النوع الثانى: الكمبيالات الصورية ..... ١٠٢
الفوائد التأخيرية ..... ١٠٦
١٠. الاعتمادات المستندية ..... ١٠٨
١١. خطاب الاعتماد ..... ١١٣
١٢. معاملات مصارف الرهون ـ والعقار ـ والصناعي ..... ١١٤
الجهة الاولى: الوجه في أخذ المال من المصرف ..... ١١٤
الجهة الثانية: إعطاء الفوائد للمصرف ..... ١١٥
الجهة الثالثه: بيع العين المرهونة ..... ١١٥
الجهة الرابعة: شراء العين المرهونة ..... ١١٩

**✡ الفصل الخامس: السرقفليّة (الخلو) ..... ١٣١**
ما هي السرقفلية؟ ..... ١٣١
[انواع السرقفلية] ..... ١٣١
النوع الأول من السرقفلية ..... ١٣١
أخذ المال إزاء السرقفلية ..... ١٣٢
موقف المالك من السرقفلية: ..... ١٣٤
والخلاصة ..... ١٣٤
النوع الثاني من السرقفلية ..... ١٣٥
المستأجر والسرقفلية ..... ١٣٥

**✡ الفصل السادس: تصفية الوقف الذُرّي ..... ١٣٩**
عرض وحديث ..... ١٣٩

التصفية والمذاهب الخمسة ..... ١٣٠
والخلاصة ..... ١٣٤
المدار في جواز تصفية الوقف ..... ١٣٥
استملاك الدور والبساتين ..... ١٣٦
نهاية المطاف ..... ١٣٧

✡ الفصل السابع: البيع القهري أو ازالة الشيوع ..... ١٣٩
موضوع البحث ..... ١٣٩
كلمات الأعلام ..... ١٤٠
موارد البيع الإجباري ..... ١٤٤

✡ الفصل الثامن: الحقوق الزوجية وآثارها الوضعيّة ..... ١٤٩
الرباط المقدس ..... ١٤٩
حقوق الزوج ..... ١٥٠
أما حقوق الزوجة ..... ١٥٠
أما الآثار المترتبة على تخلف الزوجة عن أداء حقوق الزوج ..... ١٥٠
وأما الآثار المترتبة على تخلف الزوج عن أداء الحقوق الزوجة ..... ١٥١
الروايات ..... ١٥٥
القسم الاول ـ ما تتطرق إلى التقصير بالنفقة وبيان ما يلزم على ذلك من الأحكام..... ١٥٥
القسم الثاني من الاخبار ما تعرض لحكم المولى، والمظاهر ..... ١٥٧
القسم الثالث من الأخبار ما تعرض لحكم من ترك وطء زوجته لأكثر من أربعة أشهر .... ١٥٨
مدى إمكانيات الحاكم الشرعي ..... ١٧٣
الزوج معلوم المحل..... ١٧٣
لو كان الزوج مجهول المحل ..... ١٧٣
طرق التبليغ الحديثة..... ١٧٤

✡ الفصل التاسع: الشوارع المفتوحة من قبل الدولة..... ١٧٧
موضوع البحث ..... ١٧٧
الأرض المفتوحة عنوة ..... ١٧٧
[النظر إلى التصرفات]..... ١٨١

التصرفات غير الناقلة ..... ١٨١
التصرفات الناقلة ..... ١٨١
تعقيب ..... ١٨٤
الخلاصة ..... ١٨٤
معاملة الإمام أو الفقيه للناس في هذه الأراضي ..... ١٨٤
الأنفال ..... ١٨٩
الخلاصة ..... ١٩١
خلاصة شاملة وعود إلى الموضوع الأصلي ..... ١٩٤
المساجد الواقعة في الشوارع ..... ١٩٩
ما هي المسجدية؟ ..... ١٩٩
الفرق بين وقف المساجد والوقف على المسلمين ..... ٢٠١
الآثار المرتبة على بقاء عنوان المسجدية ..... ٢٠١
البيع والكنائس وما يتبعها ..... ٢٠٦
البيع والكنائس قبل الإسلام ..... ٢٠٦
الجهة الأولى: ويتناول البحث فيها عن أن مثل هذه الوقف إنما هو وقف على عباداتهم ... ٢٠٩
الجهة الثانية: إن مثل هذا الوقف وقف على طائفة مخصوصة ..... ٢٠٩
الجهة الثالثة: إن الوقف محتاج إلى قصد القربة لأن الوقف من العبادة ..... ٢٠٩
مقابر المسلمين الواقعة في الشوارع ..... ٢١٤

**✡ الفصل العاشر: قاعدة الإلزام ..... ٢١٥**

تعريف القاعدة ..... ٢١٥
أدلة القاعدة ..... ٢١٥
ما تدل عليه القاعدة من الحكم الواقعي أو الإباحة ..... ٢١٧
أما القول بالإباحة ..... ٢٢٠
تنبيه ..... ٢٢٣
بقي في البين شيء ..... ٢٢٤
موارد قاعدة الإلزام ..... ٢٢٦
المورد الأول: النكاح ..... ٢٢٦
الفرع الأول: الإشهاد على النكاح ..... ٢٢٦

الفرع الثاني: الجمع بين العمة والخالة وبنت الأخ أو الأخت ..... ٢٢٧
الفرع الثالث: العدة على اليائسة ..... ٢٢٩
المورد الثاني: الطلاق الفاسد ..... ٢٣٠
الفرع الأول: طلاق الثلاث من غير رجعة ..... ٢٣٠
الفرعان الثاني والثالث: الطلاق في حالة الحيض، وطلاقها في طهر واقعها فيه ..... ٢٣٣
الفرع الرابع: طلاق السكران: ..... ٢٣٤
الفرع الخامس: طلاق المكره: ..... ٢٣٥
الفرع السادس: الطلاق المعلق ..... ٢٣٧
الفرع السابع: الحلف بالطلاق ..... ٢٣٨
الفرع الثامن: الطلاق بالكتابة ..... ٢٣٨
الفرع التاسع: طلاق من كان جاهلا بالحكم ..... ٢٣٩
المورد الثالث: البيع ..... ٢٤٠
الفرع الأول: الشراء بالوصف ..... ٢٤٠
الفرع الثاني: الزيادة المتميزة ..... ٢٤١
المورد الرابع: الخيار ..... ٢٤٣
الفرع الأول: خيار الشرط ..... ٢٤٣
الفرع الثاني: خيار الغبن ..... ٢٤٣
الفرع الثالث: خيار التصرية ..... ٢٤٤
المورد الخامس: الميراث ..... ٢٤٥
الفرع الأول: التعصيب ..... ٢٤٥
الفرع الثاني: إرث الزوجة ..... ٢٤٧
المورد السادس: الوصية لوارث ..... ٢٤٩
المورد السابع: السلم ..... ٢٥١
المورد الثامن: الوديعة عند عيال الشخص ..... ٢٥٣
المورد التاسع: في الحج ..... ٢٥٣
الفرع الأول: طواف النساء ..... ٢٥٣
الفرع الثاني: العقد في حال الإحرام ..... ٢٥٥
المورد العاشر: الشفعة بالجوار ..... ٢٥٦

✡ المصادر ..... ٢٥٩

# مقدمة الطبعة الثانية

ما كنت متوقعا يوم قدر لهذا الكتاب ان يرى النور في عام ١٣٨٣ هجرية أن ينال مثل هذا الإقبال الذي حصل عليه: فقد نفذت كافة نسخة في فترة قصيرة، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على مزيد عناية أولاها طلاب الفضيلة، ورواد العلم لمثل هذه البحوث التي فرضتها حاجة العصر، وطبيعة المجتمع المتطور. وكان على الفقيه ـ والحالة هذه ـ أن يضع لها أحكاما نتيجة إعمال ملكته الاجتهادية، وحسبما لديه من القواعد، والأدلة الفقهية.

ولقد أضفت للكتاب بحثا جديدا يتناول عملية اليانصيب، حيث أصبح هذا الموضوع في الوقت الحاضر مثار نقاش لدى علماء المسلمين في تصحيح حكمه الشرعي نظرا؛ لأنه من الأمور التي شاع استعمالها في المجتمع الإسلامي إلى درجة اضطرت الفقيه أن يتوجه لها بمنظاره الفقهي ويستخرج حكمها الشرعي.

ولم يكن هذا البحث بالجديد على أخواته من البحوث التي ضمها الكتاب، إنما كان تأخره نتيجة احتمال أن يكون نواة للجزء الثاني منه. ولكن ظروف استأذنا المعظم الصحية منعته من الاستمرار بالبحث، لذا قررت إضافته إلى الكتاب عند إعادة طبعه.

كما وسوف يرى القارئ الكريم بعض الزيادات والايضاحات والشروح المقتضية، وأرجو أن لا أكون أثقلت الكتاب بها، وختاما املي وطيد بأن أكون قد أديت واجبا جديرا بعناية واهتمام القراء.

ومن الله وحده أطلب التوفيق

النجف الأشرف في ٢٧ رجب ١٣٩٣

عز الدين السيد على بحر العلومى

# مقدمة الطبعة الأولى

لم تكن الشريعة الإسلامية كبقية الشرائع السماوية السابقة محددة من حيث الزمن، أو هي مختصة بأمة من الناس؛ بل هي خاتمة الرسالات الإلهية إلى البشر حتى يختار الله لهذا الكون نهايته المقدرة؛ ولهذا فهي كفيلة باسعاد 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 فحلال محمد ﷺ حلال إلى يوم القيامة، وحرامه حرام إلى يوم القيامة.

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

وشعورا بهذه الحاجة تقدمت مع عدد من إخواني طلاب العلم والمعرفة إلى سماحة شيخنا الأكبر آية الله العظمى الشيخ حسين الحلي ﷺ نلتمس منه التفضل بإبداء رأيه في البحوث في إطار 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 العصرية وآراء أهل الخبرة من الفنيين فيها.

ثم رأيت أن بعض المواضيع - وهي من مواضيع الساعة أيضا وحاجة المجتمع إليها كبيرة - لم يبحثها ﷺ باعتبار أن الوقت المحدد لأمثال هذه الدروس قد انتهى، وحرصا على الاستفادة منه تتبعت آراءه عن طريق المذاكرة والاستفتاء، وأخرجتها بعد هذا كله للقراء حيث أضعها بين أيديهم. عساني أن أكون قمت بخدمة دينية لإخواني ممن يهمهم الوقوف على هذه الحقائق.

والله من وراء القصد

النجف الأشرف

في ٨ ذي الحجة ١٣٨٣

عز الدين السيد على بحر العلومى

# الفصل الأول




من المعاملات المستحدثة، والتي لم تكن في معرض التداول على عهد المشرّع الإسلامي عملية التأمين (البيمة). والبحث عن هذا الموضوع من ناحيتين:

١. حقيقة التأمين وحاجة المجتمع اليه؛

٢. طبيعته من الناحية الدينية ورأي شيخنا الحلي ﷺ فيه.

## حقيقة التأمين وحاجة المجتمع اليه

حقيقة التامين

كل شيء في هذه الحياة معرض إلى الخطر بأوسع ما تشتمل عليه كلمة «كل شيء» من الأموال، والنفوس، وغيرهما. والإنسان مدفوع بدافع خفي من غريزته إلى تحاشي الخطر وبذل أقصى ما يمكن في سبيل تبعيد الأخطار عنه وعن ممتلكاته.

ولذا كانت فكرة التأمين من جملة الأشياء التي تبعد شبح الأخطار عن الإنسان ـ سواء في نفسه، أو ممتلكاته ـ من غرق، أو حريق، أو سرقة، أو وفاة، وما شاكل هذه من الحوادث مما يؤمن له، أو لأفراد عائلته قسطا وافرا من المال، والراحة بحيث تكون بمثابة التعويض عما يلحق الفرد من الخسائر والإضرار في تلك المناسبات.

## ما هو التأمين؟

لا يخرج التأمين في حقيقته عن كونه تعويضا للإنسان عن نتائج ما يقع عليه، أو على الغير

بواسطة حادثة من حوادث القضاء، والقدر، وذلك بمقتضى نظام تعاوني يقوم على القوانين، والاحصائيات الحديثة. ولهذا عرف: بأنه اتفاق بين المؤمَّن ـ الشركة ـ من جهة وبين شخص، أو عدة اشخاص يعبر عنهم بالمؤمَّن له، أو لهم ـ طالب التأمين ـ من ناحية أخرى. وبمقتضى هذا الاتفاق يتعهد المؤمِّن ـ الطرف الأول ـ بأن يدفع له ـ الطرف الثاني ـ مبلغا معينا من المال، أو ما يساويه بمجرد وقوع حادث معين مبين في وثيقة العقد في مقابل أن يدفع المؤمَّن له، أو يتعهد بدفع مبلغ يتفق عليه الطرفان يسمى بقسط التأمين.[١]

## تاريخ التأمين

والتأمين بنظرته البدائية لم يكن وليد الأيام المتأخرة؛ بل هو موجود من زمن بعيد وإن لم يكن معروفا لدى العامة كفكرة، لها قوانينها ونظمها الخاصة ولنأخذ لذلك مثلا، فإن هذه المساعدات التي تصل إلى الإنسان من أقاربه وأصدقائه عند مرضه، أو حلول كارثه به لهي نفسها فكرة التأمين بشكلها البدائي.

وكذلك العادات العشائرية القاضية بجمع الدية لذوي القتيل لو صدر اعتداء من أحد أفراد العشيرة على الغير هي نفسها فكرة التأمين أيضا، وضمان حياة القاتل من القتل الذي يكون بمثابة الاقتصاص منه. هذا، وأمثاله أنواع أخر من أمثلة التأمين بشكله البدائي.

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

جذور الفكرة في التاريخ

وقد ذهب المتتبعون من الذين واصلوا البحث عن تأريخ هذه الفكرة إلى دعوى وجودها من أيام الاغريق،[٢] حيث وجدت جماعات من ملاك العبيد كانوا يدفعون أقساطا معينة عن

---

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 المؤمِّن أن يؤدي إلى المؤمَّن له أو إلى المستفيد مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمَّن ضده وذلك في مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمَّن له للمؤمِّن» بديع (سيفي، التأمين علما وعملا، ص٣٧).
وهذا التعريف يقابل نص المادة «٧٤٧» مدني مصرى كما جاء في: قسطو، التأمين نظرية وتطبيقا، ص١٦.

٢. اغريق: يونان [مصحح]

عبيدهم إلى الجمعيات التي كانت قد أنشئت لهذا الغرض، في مقابل أن تدفع الجمعية لهم ثمن العبد لو هرب من سيده.

و في بلاد الاغريق وجدت جماعات من ملاك العبيد يدفعون أقساطا عن عبيدهم. فإذا هرب أحد العبيد من صاحبه عوضته الجمعية ثمن العبد. كما أسس الرومان جمعيات تعاونية لنقل الموتى. والغرض من تأسيس هذه الجميعات هي أن تقوم بدفع مصاريف الجنازة كلها في مقابل أن يدفع كل عضو مبلغا ضئيلا من المال كل أسبوع. وهذه الجميعات لم تزل موجودة إلى الآن في إنجلترا.[1و2]

## تاريخ عقود التأمين

ومن ناحية عقود التأمين فإن قدمها يكشف لنا عن تنظيم هذه الجمعيات بشكل يخضع إلى الأنظمة الخاصة من ذلك الوقت. وأقدم عقد ايطالي للتأمين صدر في سنة ١٣٤٧ ميلادية. ومحتمل أن يكون هناك أقدم منه. وأقدم قضية للتأمين البحري يرجع تاريخها إلى سنة ١٣٦١ ميلادية. وأول شركة لتأمين الحريق تأسست في لندن سنة ١٦٦٦ ميلادية. أما تأمين الحوادث فهو أحدثها عهداً، وأول صورة من صوره كان ضد الحوادث الشخصية سنة ١٨٤٥ ميلادية».[3]

## أنواع التأمين

ليس من الممكن حصر التأمين في أنواع معينة ما دام الإنسان عرضة للأخطار، فهي تزداد مع مرور الزمن. وكلما دعت الحاجة إلى أنواع جديدة منه ويمكننا أن نذكر قسما منها. والتي توفرت لدينا أسماؤها:

---

١. انجلترا: انگلستان [مصحح]

٢. محاضرات ألقاها الأستاذ 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 «٣٠٠٠ ـ ٤٠٠٠» قبل الميلاد». (قسطو، التأمين نظرية وتطبيقا، ص١١)

٣. المصدر السابق، وقيل أن تأمين الحريق جاء في أعقاب الحريق الهائل الذي وقع في لندن يوم الجمعة الثاني من أيلول عام ١٦٦٦ ميلادية والذي استمر أربعة أيام بلياليها، وأتى على ٨٥٪ من مباني المدينة كما دمر ممتلكات هائلة. (لاحظ: سيفي، التأمين علما وعملا، ص٧)

ـ التأمين على الحياة؛

ـ التأمين على الحريق، السرقة، وما شاكل؛

ـ التأمين على النقل البحري، البري والجوي؛

ـ التأمين على حوادث السيارات، الطائرات، المراكب وغيرها.

وهناك أنواع كثيرة منه تتشابه، ولكن بالإمكان إرجاع بعضها إلى البعض الآخر فلا داعي إلى التطويل.[١]

## الشروط والأركان المطلوبة في عقد التأمين

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

### أركانها

١. الإيجاب والقبول؛

٢. المؤمَّن عليه: شخص، ثروة مرض وما شاكل؛

٣. مبلغ التأمين: الذي تدفعه الشركة عند حدوث الخطر وما يدفعه طالب التأمين إلى الشركة من المال.[٢]

---

١. بعض المصادر المختصة بالموضوع قسم التأمين إلى 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 إلزاميا». (قسطو، التأمين نظرية وتطبيقا، ص٣٣)

٢. ذكرت بعض المصادر الحديثة للتأمين هذه الأركان الثلاثة ولكن بشكل آخر من التسمية يعبر عن معنى الإيجاب، والقبول (بركن التراضي) فقالت «و أما وجود التراضي فيتحقق بالتعبير عن الإرادتين بالإيجاب والقبول».
وعن المؤمن عليه عبرت (بركن المحل) حيث جاء «و محل التأمين في القانون العراقي هو ما نصت عليه الفقرة (١) من المادة ٩٨٤ من القانون المدني، إذ قالت: يجوز أن يكون محلا للتأمين كل شيء مشروع يعود على الشخص بنفع من عدم وقوع خطر معين».
وعن الركن الثالث (مبلغ التأمين) عبرت (بركن السبب) فجاء «و السبب هو الدافع أو الباعث الذي يدفع كلا من طرفي العقد على إبرامه وعلى الالتزام بالآثار التي تترتب عليه. ولقد نص القانون على ركن السبب وقضى بأن يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقدون دون سبب، أو لسبب ممنوع قانونا، أو مخالف للنظام العام أو للآداب».
(لاحظ: سيفي، التأمين علما وعملا، ص٣٢ ـ ٣٣)

## شروطها

١. بيان الخطر المؤمَّن ضده: حريق، وفاة سرقة، عجز، مرض؛

٢. القسط الذي يدفعه طالب التأمين إلى الشركة لو أراد التقسيط وكيفية تسديد الأقساط المرتبة على المؤمَّن له؛

٣. مدة العقد: تأريخ ابتدائه، وانتهائه.

هذه هي أهم الشروط المطلوبة في عقد التأمين بين الطرفين.

ولا بد لنا من دراسة لهذه الأركان والشروط توضيحا لها عما يكتنفها من الغموض.

## بيان أركان عقد التأمين

### ١. الإيجاب والقبول

بيان الأركان

وهما ركن في عملية التأمين.

الإيجاب: ويتم من قبل طالب التأمين بعد أن تقدم الشركة له استمارة تحتوي على بيان النوع الذي يؤمن الشخص عليه: ثروة أو نفسا أو ما شابه وعلى القسط الذي يتفق عليه الجانبان ليدفعه المؤمَّن له مرتبا، وعلى مبلغ التأمين الذي يجب على الشركة دفعه كتعويض عند حلول الخطر المؤمَّن عليه إضافة إلى بقية الشروط المتفق عليها بين الشركة وبين طالب التأمين. ويكون توقيع هذه الاستمارة من قبل طالب التأمين إيجابا منه بذلك.

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

### ٢. المؤمَّن عليه

وبيان المؤمَّن عليه من أساسيات التأمين، حيث تتوقف عليه المعاملة التأمينية؛ إذ يختلف المؤمَّن عليه: فمرة يكون حياة طالب التأمين، وثانية بعض الطواري العارضة عليه، وثالثة أموال الشخص، وممتلكاته، ولكل من هذه خصوصياته، وأوضاعه. ولا بد للشركة من تقدير ظروف كل

---

١. مراجع بصورة موضحة لعملية الإيجاب والقبول المذكورة هنا (قسطو، التأمين نظرية وتطبيقا، ص٣٩ ـ ٤٠) حيث يتم الإيجاب من قبل طالب التأمين، والقبول من الشركة، أو الجمعية.

من هذه الخصوصيات، وملاحظة ما تدفعه إزاء ما يؤمن عليه وعند عدم ذكره لا تتحقق عملية التأمين؛ إذ تقف شركة التأمين مكتوفة اليد، فعلى أي شيء ترتب دفع الأموال؟

### ٣. مبلغ التأمين

وهذا أيضا 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 بعد ما أغفل هذا الركن من البين، فلا بد من وجود هذا الركن، وبيان ما تدفعه الشركة إلى 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 التعويض بإزائه، وما يقصد طالب التأمين من المبلغ ليكون بإزاء ذلك التعهد الصادر من شركة التأمين.[1]

## بيان شروط عقد التأمين

### ١. بيان الخطر

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

---

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 قانونا، ولأطراف العقد التمسك بانعدام الفائدة أو المصلحة في عقد التأمين لإبطال العقد. كما أن هذا الركن يفرضه القانون فرضا، فللمحكمة عند استعراض القضية إن وجدت انعدام الفائدة أو المصلحة في عقد التأمين فمن واجبها أن تعتبر العقد باطلا». (قسطو، التأمين نظرية وتطبيقا، ص٥١ ـ ٥٢)

### ٢. اقساط التأمين

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

### ٣. مدة العقد، تاريخ ابتدائه، وانتهائه

ومن الشروط المطلوبة أن يذكر الجانبان مدة التأمين، وهل أنها تبقى نافذة المفعول إلى الأخير أو يرغب طالب التأمين بإجراء عقد لمدة معينة؟ ولا يجوز أن يبقى هذا الشرط مجهولا؛ 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،[1] والتي يتم فيها الإيجاب والقبول بينما أخذت المعاوضة بعين الاعتبار من قبل القوانين الوضعية عامة، ذلك لأن كلا طرفي المعاملة مأخوذ بنظرة ما يعطي.

تتمة في حقيقة التأمين

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

---

١. لدى إعادة النظر فيما كتبناه عن شيخنا تحت هذا العنوان لم نجده مطابقا لما يرمز اليه، ولم يكن تطابق بين العنوان والمعنون موجودا. فالعنوان يرمز إلى كون التأمين لا بد فيه من توفر عنصر الرضا من الطرفين، بينما الشرح يوضح كون هذه العملية عملية معاوضة وفرق 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 كافة الشروط التي لا بد منها في المعاملات العقدية، ومن تلك الشروط الرضا بما يقدم عليه كل طرف من الأطراف المعنية في هذه المعاملة، وأن لا يكون أحدهما مكرها على إجراء مثل ذلك العقد. هذا ما يعود إلى العنوان المذكور من كون التأمين عقدا رضائيا. وأما الشرح فلا بد لنا أن نعنونه بما يلي: التأمين عقد معاوضي فإنه من العقود التي يتم إلخ.

## وثيقة التأمين (البوليصة[1])

لزوم التعاقد والبوليصة بين الطرفين

أما الوثيقة التي تثبت وجود التعاقد بين الطرفين فإنها تعتبر رصيدا ضخما لصاحبها تبعا لضخامة المبلغ المؤمَّن عليه. ولهذه الوثيقة أهميتها التجارية في 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 إلى البضاعة المستوردة من الخارج بغير النظرة التي ينظر بها إلى البضاعة غير المؤمنة مكفولة من قبل الشركة وهي ملزمة بإيصال المال اليه، وعند حدوث التلف مستعدة لتعويضه عن الإضرار التي حلت ببضاعة.

## طبيعة هذه العملية من الناحية الدينية

أن شيخنا الأستاذ ﷾ يرى التأمين:

اتفاق بين الطرفين المؤمِن ـ الشركة ـ أو من يقوم مقامها، وبين المؤمَّن له ـ طالب التأمين أو المأذون من قبلة ـ نتيجته أن المال إذا تلف تكون خسارته على المؤمِن في قبال أن يدفع المؤمَّن له مبلغا من المال يتفق عليه الطرفان من حيث القدر، والتسديد.

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

ترتيب استخراج الحكم الشرعي في العقود المستحدثه

**أولا:** عرض هذه المعاملة على المعاملات الشرعية التي كانت قائمة في ذلك الوقت لعلنا نجد من بين تلك ما يماثل ما نحن فيه من معاملة التأمين.

**ثانيا:** تطبيق إحدى القواعد العامة على معاملتنا التأمينية لو لم نجد لها ما يماثلها في عهد المشرع الأعظم.

**ثالثا:** وبعد العجز عن هذين الطريقين فلا بد من الانتقال إلى الأصول العملية.

وسنذكر موجزا لتعريف الأصول العملية ومتى نحتاج إليها.

## عرض التأمين على المعاملات الشرعية

إذا عرضنا عملية التأمين على باب الضمان نرى أنه يستفاد من ملاحظة التأمين، وتعاريفه وجود ما يشبه الضامن، والمضمون؛ وعلى هذا فيلزمنا البحث عن حقيقة المعاملة الضمانية، وكيفية تصوير الضمان بالنسبة إلى كل من النفوس والأعيان الخارجية، ومدى التقائه مع معاملتنا هذه.

---

١. البوليصة: بيمه‌نامه [مصحح]

وبتمامية ذلك يكون التأمين من صغريات باب الضمان ويجري على التأمين ما يجري على الضَمان.

### عرض التأمين على الضمان

ومما سبق، عرفت أن الأركان التي تتألف منها عملية التأمين هي:

١. الإيجاب والقبول؛

٢. المؤمَّن عليه؛

٣. مبلغ التأمين.

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

### ما هو الضمان؟

ولا بد أن نبحث مصطلح الضمان من الناحيتين اللغوية، والفقهية.

### الضمان في اللغة

اختلفت كلمات اللغويين في الضمان؛ فذهب البعض إلى أنه مأخوذ من ضمم، ومعناه ضم شيء إلى آخر بينما ذهب آخرون إلى أن الضمان مأخوذ من ضمن، ومعناه إدخال الشيء في العهدة، والحيازة. فإذا قال: «ضمنت ثوبك»، فمعناه أني أدخلت الثوب في عهدتي وحيازتي، وضمني. وإلى هذا الرأي الثاني ذهب صاحب القاموس حيث قال: «ما جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه».[١] وقال: «ضمن الشيء وبه كعلم ضمانا، وضمنا فهو ضمين كفله».

وفي تاج العروس قال: «و يقال: ضمن الشيء بمعنى تضمنه، ومنه قولهم: مضمون الكتاب كذا وكذا ـ إلى قوله ـ وناقة ضامن ومضمان حامل».[٢]

وفي لسان العرب قال: «و ضمن الشيء إذا أودعه إياه كما تودع الوعاء المتاع والميت القبر وقد تضمنه هو. قال ابن الرقاع يصف نافة حاملا:

أوكت عليه مضيقا من عواهنها  كما تضمن كشح الحرة الحبلا[٣]

---

١. فيروزآبادى، القاموس، مادة ضمن.

٢. زبيدى، تاج العروس، مادة ضمن.

٣. ابن‌منظور، لسان العرب، مادة ضمن.

ومن هذا العرض لآراء اللغويين نعرف أن الضمان مأخوذ من «الضمن» لا من «الضم». فإذا قال: «ضمنت مالك»، فمعناه أني أدخلت في حيازتي، وعهدتي، لا أنني ضممت مالك إلى مالي لما يرد على هذا الرأي من أنه لو كان أصل «ضمن» هو «ضم» بالميمين فلا وجه لتجريده من أحد ميميه وإبدالها بالنون، فالمتعين أن «ضمن» أصل برأسه.

## [الضمان] في اصطلاح الفقهاء

فان الضمان هو إدخال المضمون في عهدة الضامن، والقيام من جانبه بكافة ما يترتب على هذا الإدخال، والجعل من أحكام. وبهذا يكون قريبا من مفهومه اللغوي.[1]

ومعنى القول الثاني هو أن الضامن يكون شريكا 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. الاصطلاح المذكور للضمان ذهبت إليه الشيعة الإمامية. قال الشهيد في المسالك: «الضمان عندنا مشتق من الضمن؛ لأنه يجعل ما كان في ذمته من المال في ضمن ذمة أخرى، أو لأن ذمة الضامن تتضمن الحق فالنون فيه أصيلة بناء على أنه ينقل المال من الذمة إلى الذمة» كتاب الضمان.

وأما فقهاء العامة: فالغالبية منهم لا يرون هذا الرأي، بل يرون الضمان مأخوذا من الضم والنون فيه زائدة. ويتحصل من ذلك الفرق بين المصطلحين كالآتي:

أن فقهاء الشيعة يرون الضمان ناقلا للدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن بحيث تفرغ ذمة المضمون عنه من المال، وإلى مثل هذا ذهبت بعض المذاهب المهجورة منهم. كأبي ليلى، وابي ثور، وداود حسبما جاء في كتاب رحمة الأمة بهامش، الميزان للشعراني، (ج١، ص١٩٤)

أما بقية المذاهب: فحيث أخذوا الضمان مشتقا من الضم فإنهم لا يرونه ناقلا؛ بل إنما يفيد اشتراك الذمتين الضامن والمضمون عنه في المطالبة أمام المضمون له لا النقل. فالدين باق على ذمة المضمون عنه وإنما للمضمون له المطالبة لأي منهما 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، ج١، ص١٩٤) نعم، ذهبت الحنفية إلى الترديد بين التشريك في أصل الدين، أو المطالبة، ولكنهم رجحوا التشريك في المطالبة. قال عالمگير بادشاه الحنفي في الكفالة: «قيل هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وقيل في الدين، والأول أصح» (برهان‌پوری، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٢٥٢).

## أقسام الضمان

ينقسم الضمان بحسب النظر الأولي إلى قسمين:

الأول: ما كان تحققه متوقفا على فعل خارجي. كضمان اليد، والتلف؛

الثاني: ما كان محتاجا في حصوله على الإنشاء. كضمان الديون.

مصاديق القسم الأول من الضمان

**ضمان اليد:**

حيث يتحقق الضمان بمجرد وضع اليد على شيء، «فان على اليد ما أخذت حتى تؤدى»[1] كفيلة بلزوم إرجاع ذلك الشيء إلى صاحبه لو كانت العين باقية،أو أداء بدله من المثل، أو القيمة[2] لو تلفت العين قبل إرجاعها، ويكون وجوب الأداء من آثار كون العين في عهدة من وضع يده عليها من دون توقف إلى إنشاء من أحد الطرفين.

ويلحق بذلك:

**ضمان التلف**

فإن قاعدة «من أتلف مال غيره فهو له ضامن»[3] قاضية بأداء البدل لو كان لذلك التالف بدل

---

١. راجع الحديث النبوي في كتب الشيعة: النورى، المستدرك: كتاب الغصب، باب ١. ومن كتب السنة: البيهقي، السنن للبيهقي، ج٦، ص٩.

٢. التدرج المذكور من أداء العين أولا، أو المثل عند تعذرها، أو القيمة عند انتفاء المثل أمر يوحي به العقل والعرف ذلك؛ لأن من استولى على شيء مخاطب برد ذلك الشيء إلى مالكه والتخلي عنه. وفي صورة تلف العين، أو عدم إمكان ردها، لا بد من الانتقال إلى أداء الشيء الذي يماثل العين المذكورة لو كان لها مثلا. أما لو تعذرت المثلية فإن الانتقال يكون حتميا إلى أداء المالية، وهو المعبر عنه في لسان الفقهاء بالقيمة.

ومن الواضح أن التمكن من أداء المثل لا يفقد من الشيء إلا 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.

٣. هذه القاعدة بهذا النص تستفاد من خلال كلمات الفقهاء، وقد اتفقت كلماتهم عليها واستدل عليها بآيات من الكتاب الكريم من قوله تعالى ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ (بقره:١٩٤)، و ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾. (شورى: ٤٠)

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

أو القيمة لو كان قيميا.[1] ولا حاجة في هذا النوع من الضمان إلى إنشاء من أحد الطرفين، بل نفس الفعل الخارجي من ضع واليد أو الإتلاف، وما شاكل يكون موجبا لتحقق الضمان.

وهذا كله من النوع الأول الذي يتوقف تحققه على فعل خارجي.

مصاديق القسم الثاني من الضمان

وإذا انتقلنا إلى النوع الذي يحتاج في حصوله إلى الإنشاء، نرى ما يكون أحد الطرفين موجبا، والطرف الآخر قابلًا بذلك الإيجاب. وهذا القسم لو لاحظناه لرأينا منه ما هو مسلم تحقق الضمان فيه عند الفقهاء بينما وقع الخلاف في القسم الآخر.

## [ما كان مسلّماً عند الفقهاء]

النوع الاول من القسم الثاني: ما كان مسلّماً تحقق الضمان بين الفقهاء

أما ما كان مسلماً تحقق الضمان فيه عند الفقهاء فهو:

### ضمان الديون

ويتحقق هذا بضمان ما في الذمم كما لو كان لزيد بذمة عمرو مبلغ قدره خمسون دينارا، فيأتي شخص ثالث ليضمن لزيد مسألة 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 إلى ذمة الضامن. وبهذا المقدار لم يخالف أحد من فقهائنا. إلا أن البعض منهم حصر الضمان الإنشائي في هذا النوع، وهو ضمان الديون ولم يجر الضمان الإنشائي في غيره من الأعيان والنفوس.

قال المحقق رحمه الله في الشرائع: «الثاني في الحق المضمون وهو كل مال ثابت في الذمة».[2] وعقب الشيخ صاحب الجواهر رحمه الله على ذلك بقوله: «و مرجعه إلى ما في القواعد من أن شرطه

---

١. تصدى الفقهاء لتعريف كل من البدلين المثلي والقيمي. فعرفوا المثلي: «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 إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار». (الأنصاري، المكاسب، ص١٠٥). ويمثل لذلك بالحنطة ـ مثلا ـ 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.

٢. الحلي، شرائع الإسلام، ص١٢٧.

المالية والثبوت في الذمة وإن كان متزلزلا كالثمن في مدة الخيار، والمهر قبل الدخول. بل قيل: أن على الأول الإجماع معلوم ومحكي في ظاهر الغنية وغيرها. بل فيها، وغيرها أيضا الإجماع صريحا على الثاني. وفي محكي التذكرة: لو قال لغيره: مهما أعطيت فلانا فهو على لم يصح إجماعا».[1]

وإنما لم تصح هذه الصورة الأخيرة بالإجماع؛ لأن الذمة حين الإنشاء لم تكن مشغولة بشيء ليتحقق الضمان.

**[ما كان مختلفاً في كلمة الفقهاء]**

النوع الثاني من القسم الثاني من الضمان: ما كان مختلفاً تحقق الضمان فيه

وأما ما اختلفت كلمة الفقهاء فيه بالنسبة إلى الضمان، فهو:

**١. ضمان الأعيان المغصوبة**

وتصويره بأن يغصب 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: «و الأشبه الجواز».[2]

ومنعه آخرون: ومنهم صاحب الجواهر حيث علق على عبارة المحقق هذه بقوله: «للعمومات ولأنه مال مضمون على المضمون عنه»،[3] ثم أشكل عليه بما حاصله: إنكار العموم[4] وما يروي عن النبي ﷺ من (أن الزعيم غارم) ليس من أخبارنا،[5] فلا يكون حجة عندنا، وأن (عموم الوفاء

---

١. النجفي، جواهر الكلام، ج٢٦، ص١٣٥.

٢. (حلي، شرائع الإسلام، ص١٦٧). ونقل الجواز عن علمائنا المتقدمين كالشيخ المفيد والشيخ الطوسي والعلامة الحلي (راجع: مفتاح الكرامة، ج٥، ص٣٧٢). أما فقهاء السنة فقد أجاز الأحناف ضمان الأعيان المغصوبة حيث قال عالمگير بادشاه الحنفي: «تجوز الكفالة بتسليم المبيع وبالديون وبالأعيان المضمونة كالمغصوب والمهور في يد الزوج». (برهان‌پوری، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٢٥٤)

وقال ابن قدامة الحنبلي: «و يصح ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب، والعارية، وبه قال أبوحنيفة والشافعي في أحد القولين». (ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٤٨٤)

٣. المصدر السابق، ص٤٠٩.

٤. الذي استند اليه المحقق في قوله والأشبه الجواز.

٥. ذكره ابن قدامة في المغني، ج٤، ص٤٨٠ وقال عنه: «رواه أبوداود والترمذي وقال: حديث حسن».

بالعقد) لا يمكن انطباقه على ما نحن فيه على مذهبنا من كون الضمان موجبا للانتقال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن؛ إذ ليست العين من المال في ذمة الغاصب. فلو طبقناه على ما نحن فيه لكان مقتضاه كون الضمان ضم ذمة إلى أخرى ونحن لا نقول به.[1]

المختار في المسأله

وحاصل ما أفاده شيخنا ﷺ في هذا المقام هو: إمكان القول بأن ضمان العين المغصوبة يوجب انتقال ضمانها من الغاصب إلى الضامن. وحينئذ فلو انتقل الضمان فيكون بقاؤها بيد الغاصب من قبيل الأمانة، غايته أنه يجب على الغاصب إعادة العين إلى مالكها فورا. 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 ضامنا من جديد. ولو تلفت في هذا الدور كان عليه بدلها.

اشكال وإيجاب في جريان الضمان في الأعيان المغصوبه على قول المانعين

وقد يعترض على المانعين من جريان الضمان في الأعيان المغصوبة بأنه ما الفرق بين ضمان الدين، فأجيز وكان موجبا لانتقال الضمان من ذمة المدين إلى ذمة الضامن، وبين ضمان العين المغصوبة فمنع، ولم يكن موجبا لانتقال الضمان من ذمة الغاصب إلى ذمة الضامن.

وقد أجاب شيخنا الأستاذ ﷺ عن ذلك: بأن الدينار الكلي الذي لزيد في ذمة عمرو يكون من قبيل الكلي في المعين، فاذا جاء الضامن ليضمن ذلك الدينار كان محصل 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 يملكهما معا، الدينار الذي في ذمة المدين، والذي هو في ذمة الضامن.

ولا مخرج لنا إلا القول بأن ذلك الدينار الكلي الذي كان لزيد في ذمة عمرو يكون بواسطة الضمان قد انتقل من ذمة عمرو إلى ذمة الضامن. هذا في ضمان الدين، وأما في ضمان العين المغصوبة، فلا يتحقق هذا المعنى ليحصل الضمان، وذلك لأن ضمان المغصوب لا يخرج عن أن

---

١. وقد منع الشافعي ضمان الأعيان المغصوبة في أحد قوليه معللا ذلك «بان الأعيان غير ثابتة في الذمة، وإنما يضمن ما يثبت في الذمة، ووصفنا له بالضمان إنما معناه: انه يلزمه قيمتها إن تلفت والقيمة مجهولة». (ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٤٨٤)

تلك العين في عهدة الضامن كما هي في عهدة الغاصب، والمالك لم يتبدل ملكه من عين إلى أخرى، كما تبدل مملوكة الكلي من كلي إلى كلي آخر. وأقصى ما في البين: أن هذه العين التي هي ملكه كانت في عهدة الغاصب فصارت في عهدة الضامن، فكان المملوك له شيئا واحدا 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 المديون.

وإن شئت فقل: إن الضامن يسحب الكلي الذي في ذمة المدين إلى ذمته وضامن العين وإن سحب العين إلى ذمته إلا أن ذلك لا ينافي بقاء نفس العين التي هي في يد الغاصب على ملك مالكها، وإن صارت أيضا بعهدة الضامن، فكان الضامن والغاصب من قبيل توارد الأيدي.

ولو تنزلنا وقلنا: إن ضمان الكلي في ذمة المديون لا يزيد على ضمان العين الشخصية التي هي في عهدة الغاصب، فلا يكون موجبا لكون الضامن الثاني مسقطا للضمان عن الأول سواء كان ضمان الثاني باليد أو بالجعل إن جوزناه، إلا أن الإجماع 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 إلى القول: بأن ممن أجاز ضمان الأعيان المغصوبة هو السيد الفقيه الطباطبائي ﷺ حيث قال: «اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغضب، والمقبوض بالعقد الفاسد، ونحوهما على قولين، ذهب إلى كل منها جماعة والأقوى الجواز».[1]

ومما وقع الاختلاف فيه من حيث الضمان هو ضمان الأمانة:

### ٣. ضمان الأمانة

حيث يضمن الشخص الوديعة التي عند الشخص الآخر. وقد منعه كثير من الفقهاء متمسكين على ذلك بالإجماع، وقد نسبه في التذكرة إلى علمائنا أجمع.[2]

---

١. ضمان العروة الوثقى مسألة ٣٨.

٢. وبذلك قال الأحناف معللين عدم ضمان الأمانة بأنها غير مضمونة لا عينها، ولا تسليمها. (برهان پورى، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٢٥٤) وأما الحنابلة فقد فصل فيها في المغني: بأن الأخذ ان ضمنها من غير تعد فيها لم يصح

وقال المحقق رحمه الله في الشرائع: «و لو ضمن ما هو أمانة كالمضاربة، والوديعة لم يصح لأنها ليست مضمونة بالأصل».[1] وهكذا نرى العلامة رحمه الله يمنع منه في قواعده[2] أو كذا جامع المقاصد، والمسالك وغيرهم. أما السيد الطباطبائي فقد قال في عروته ما يلي:

> و أما ضمان الأعيان غير المضمونة كمال المضاربة، والرهن، والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط فلا خلاف بينهم في عدم صحته،[3] والأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضا.[4]

الوجه في منع ضمان الأمانة: عدم تمامية أركان الضمان

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، فان فيه أركانا أربعة وهي:

١. المضمون له، وهو الدائن؛

٢. والمضمون عنه، وهو المدين؛

٣. والمضمون، وهو الدين؛

٤. والضامن، وهو الشخص الجديد.

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

١. المضمون له، وهو صاحب العين؛

---

ضمانها؛ لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذلك على ضامنه، وإن ضمنها إن تعدى فيها فظاهر كلام أحمد يدل على صحة ضمانها. (ابن قدامه، المغني، ج٤، ص ٤٨٤)

١. الحلي، شرائع الإسلام؛ ج٢، ص٩٠.

٢. حيث يقول: «و لا ضمان الأمانة كالوديعة، والمضاربة». وعلق عليه في مفتاح الكرامة قائلًا: كما في الشرائع، والتحرير، والإرشاد، وجامع المقاصد، والمسالك، ومجمع البرهان والكفاية». (الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة، ج٥، ص٣٧١).

٣. استند المانعون من فقهاء المسلمين إلى 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.

٤. اليزدي، العروة الوثقى، 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 الجعالة قبل الإتيان بالعمل لقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾. (يوسف: ٧٢)

٢. ومضمون عنه، وهو الغاصب؛

٣. ومضمون، وهو نفس المغصوب؛

٤. وضامن، وهو الشخص الجديد.

ولذلك يقال: لا بد فيه من انتقال الضمان من الغاصب إلى الشخص الجديد. أمّا ضمان الأمانة فيفتقر إلى أحد هذه الأركان، حيث لا يوجد فيه المضمون عنه؛ بل يشتمل على أركان ثلاثة، وهي:

١. مضمون له، صاحب الأمانة؛

٢. ومضمون، وهو نفس الأمانة؛

٣. وضامن، وهو الشخص الجديد.

أما المضمون عنه، فليس بموجود؛ لأن من بيده العين أمين ولا علاقة له بالعين ليكون شخص ضامنا عنه، وحيث لم توجد الأركان الأربعة بكاملها لم يكن الضمان في الأمانة جاريا.

المختار في أركان الضمان

وقال شيخنا الأستاذ ﷾ معقبا 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 ﷾ عقب على الموضوع بقوله على أننا يمكننا القول بأن ضمان الأعيان المغصوبة لا يشتمل على وجود المضمون عنه، لإمكان القول بأن ضمان العين المغصوبة لا يكون ضمانا عن الغاصب، بل هو ضمان ابتدائي لا عن الغاصب، بل عن المالك. وما هو إلا من قبيل ضمانك للعين التي هي في قعر البحر لصاحبها بأن تتعهد بها، إما بإخراجها أو بأداء بدلها في عدم الاحتياج إلى المضمون عنه. ولأجل ذلك لو أقدم شخص وغصب العين في يد الغاصب، يكون ضامنا لنفس العين لكنه ضمان ابتدائي منه لا عن الغاصب، و- حينئذ - يكون الحاصل أن ضمان العين مطلقا لا يدخل في حقيقة الضمان عن ضامن، وأن ذلك انما هو في ضمان الدين فقط. فان الضامن يضمن الدين الذي في ذمة الدائن، بخلاف ضمان العين التي هي في ضمان الغصب، فان ضمانها لا يكون عن الغاصب، فلا يكون موجبا لانتقال الضمان من الغاصب إلى الضامن.

٣. ضمان الأعيان الشخصية

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

وعلى توسعة باب الضمان إلى 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 صغريات الضمان يتوقف على توسعة الضمان وشموله لكل فرد، سواء كان المضمون دينا أو عينا بيد الغاصب، أو أمانة أو عينا شخصية خارجية بيد صاحبها، أو نفسا سواء كانت مملوكة أو غير مملوكة.

٤. الضمان الانشائي في الأعيان الخارجية

وهذا النوع من الضمان على نحوين:

الأول: أن 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 عوضا عن هذا الضمان، يدفعه المضمون له إلى الضامن.

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

وبتصحيح هذا النحو الثاني من الضمان الإنشائي في الأعيان الخارجية يتم لنا ما نريده من إدراج عملية التأمين في باب الضمان، حيث توجد في هذا النحو نفس الأركان الموجودة في التأمين وهي: الإيجاب والقبول؛

والمؤمَّن عليه ـ وهو معبر عنه هنا بالمضمون، والذي هو العين الخارجية أو النفس؛

ومبلغ التأمين ـ وهو موجود هنا حيث يجعل المضمون له تعويضا يدفعه إلى الضامن ـ كما بيناه في المثال المتقدم.

وبحصول هذه الأركان في عملية الضمان أمكننا إدراج التأمين في معاملة الضمان من هذه الجهة. ويبقى علينا البحث عن تصحيح الضمان الإنشائي في الأعيان الخارجية، والنظر إلى أن الضمان مقتصر على موارد خاصة كالضمان على الديون وبعض ما اختلف فيه كالمغصوب وغيره، أو أنه ليس بمقتصر على ذلك، بل يشمل جميع الإفراد؟

الضمان العقدي يجري في الامور المتعددة

قال شيخنا ﷺ: أن منطقة الضمان العقدي أوسع من الاقتصار على فرد دون آخر، فكما يجري في الديون كذلك يجري في الأعيان الخارجية من الأموال، والعقارات، وغيرها من النفوس مملوكة وغير مملوكة. فيمكن للشركة ـ حينئذ ـ أن تضمن هذه الأشياء؛ لأن الضمان ـ كما بيناه ـ ليس إلا التعهد وإدخال الشيء في العهدة، وهو اعتبار يقره العقلاء، حيث يدخل الضامن المضمون في عهدته، وحيازته.

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

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

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

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

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

هل الضمان انشائي عقد أو ايقاع؟

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

وقد تصدى شيخنا الأستاذ ـ حفظه الله ـ للإجابة عن ذلك بأن هذا النوع من المعاملات ليس بمعاملة ايقاعية؛ 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 لإملائها 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 العقدي 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 سابقا 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،[1] وبذلك تخرج عن الإيقاعات. فلا يكون الشرط في ضمنها من قبيل الشرط في الإيقاع الذي هو محل الاشكال؛ بل تكون من العقود مؤلفة من الإيجاب من ناحية الشركة، والقبول من ناحية المضمون له. إذ لو نزلناها على مجرد الإيقاع لكان الموقع لها هو الشركة، ولا وجه على كل حال لكون الابتداء من ناحية المضمون له؛ لأن المنشأ هو الضمان، وانما ينشئه الضامن دون المضمون له.

ولو قلنا بتحمل الإيقاع الاشتراط لأمكننا القول به هنا، ويكون المجعول هو ضمان الشركة بالشروط فان قام المضمون له بالشروط كان اللازم على الشركة الوفاء بالضمان الذي أخذته على عاتقها، وان لم يقم المضمون له بالشروط فليست الشركة ملزمة بالضمان ولكنه لا يخلو عن

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

اشكال لانحلاله إلى 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 إلى لفظ مخصوص بكل يكفي فيها كل ما هو موجد لها.

ومن المعلوم أن الإنشائيات من الأمور الاعتبارية التي لها تحقق في وعاء الاعتبار. ومعنى إنشائها هو جعلها وإيجادها في عالم الاعتبار وبأي سبب وأي لفظ أراد أن يوجدها الإنسان توجد، ولا تتوقف على لفظ خاص كبعث وما شاكل بل تصح بكل لفظ يؤدي هذا المؤدى.

**الخلاصة:**

حصيلة البحث في العقود

إذا مما تقدم عرفت أن معاملتنا التأمينية قابلة للاندراج في باب الضمان ليجري عليها ما يجري على الضمان من أحكام. لكن لو أبيت عن اعتبارها ضمانية لشبهة أن الضمان لا يكون إلا على ما في الذمم، وقد وقع الخلاف في بعض الموارد الأخر، وليس منها ضمان الأعيان الخارجية، فإن علينا عرض ما نحن فيه ـ أعني التأمين ـ على بقية المعاملات التي كان لها وجود على عهد المشرع الإسلامي، لنرى مدى انطباقها عليها، حتى يمكن تجويزها لنا.

## أشكال عقد التأمين

### الهبة بشرط تحمل الخسارة

لا الهبة بشرط الضمان وإلا جاء الإشكال السابق في صحة ضمان الأعيان؛ بل إن 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 مقدارا من المال شهريا على أن تتحمل كذا مقدارا من المال خسارة لمدة عشر سنوات ـ مثلا ـ لو حدث حادث بمالي، أو نفسي»، ويأتي دور الشركة لتقبل بهذه الهبة، وتسجل على نفسها ما اشترطه الواهب من تحمل الخسارة المذكورة. فتكون الهبة من طالب التأمين إيجابا منه، وموافقة الشركة تقريرا على نفسها بقبول هذه الهبة المشروطة، وليس هذا الشرط من الشرط المخالف ليبطل الشرط، وتقع الهبة غير مشروطة؛ بل هو شرط سائغ 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 صغريات هذه المعاملة ويجري عليه ما يجري عليها من الأحكام.

**الصلح بشرط تحمل الخسارة**

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

وبهذه الطريقة أمكننا أن نهرب من الضمان وإشكالاته، فكان تحمل الخسارة هو المصحح لمعاملتنا التأمينية. وليس هذا بجديد، فقد ذكر السيد الطباطبائي ﷺ لتصحيح ما لو 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 بالتعدي 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.[1]

ومن الواضح أن هذه الطرق المذكورة من الهبة أو الصلح لا يفرق فيها بين أن يكون الموضوع دينا أو عينا خارجية أو نفسا؛ لعدم وجود ضمان في البين لتأتي الإشكالات السابقة فيه. هذا كله في الطريق الأول. وهو عرض المعاملة التأمينية على المعاملات التي كانت موجودة في الزمن السابق ليؤخذ حكمها من تلك المعاملات.

---

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

## عرض التأمين على القواعد

أصح الوجوه وفق القواعد: عقد التأمين عقد مستقلة

وهل هناك وجه يصحح لنا ما نحن فيه؟ وذلك بأن نعتبر هذه المعاملة عقدا مستقلا مؤلفا من إيجاب وقبول، كما هو الحال في باقي المعاملات الإنشائية، فتكون حينئذ مشمولة للعمومات الكتابية القاضية بالوفاء بالعقد. كقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.[1] أو قوله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾.[2] بناء على أن أوفوا بالعقود لا يكون مختصا بالعقود الموجودة سابقا؛ بل هو جار في كل ما يتعاقد عليه الطرفان ما لم يكن فيه خلل ممنوع من قبيل الربا، ونحوه مما منعه الشارع المقدس؛ لأن القاعدة في كل عقد لزومه، ووجوب الوفاء، وان لم يكن راجعا إلى العقود الموجودة.

ولا يفرق في البين بالنسبة إلى الالتزام بألفاظ خاصة حيث تنشأ بها المعاملة سواء في الإيجاب أو القبول ولا داعي إلى 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؛ لأنا نرى التاجر يتطوع بطيب نفسه لتسجيل أمواله، ويوقع وثائق عديدة في هذا الصدد، وتنظم الشركة له كشوفا على المال لو كان المؤمَّن عليه مالا ويمكن مشاهدته، أو على النفس لو كان نفسا، ويقر الطرفان ويعترفان بالتعاقد بينهما بموجب وثيقة تصدرها الشركة لهذا الغرض، وتذكر فيها جميع الشروط المطلوبة، فتشتمل المعاملة حينئذ على الإيجاب 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 غررية لو قلنا أن قوله عليه السلام: «نهى النبي عن بيع الغرر»[3] شامل لهذا النوع من المعاملات؛ لعدم وجود أي خطر فيها على المتعاملين.

---

١. المائدة: ١.

٢. النساء: ٢٩.

٣. روي هذا الحديث بلسانين: أحدهما ـ بلسان النهي عن بيع الغرر، وثانيهما النهي عن الغرر. اما الأول: فجاء من طرق الشيعة في الوسائل، باب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، ح٣، وفي المستدرك، باب ٣١ من نفس الأبواب ح١، وأرسله العلامة في التذكرة في القسم الثالث من اقسام البيوع المنهى عنها (طبعة قديمه) ص٢٣٦. ومن

## 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 تصل النوبة حينئذ إلى التماس الحكم من الأصل العملي إلا أنا ـ كما بينا ـ لو أردنا ملاحظة المسألة من الوجهة العلمية، لرأينا الأصل العملي لا يصحح لنا هذا النوع من المعاملات؛ لأن أصالة الفساد ههنا تقتضي عدم ترتب الأثر على المعاملة المذكورة؛ لأنا لو بقينا نحن والمعاملة مع عدم وجود ما يصححها، فلا ندري أنها صحيحة ليترتب الأثر عليها، أو باطلة فلا يترتب عليها الأثر المطلوب، وفي مثل هذه الحالة يكون المرجع هو أصالة عدم ترتب الأثر على المعاملة المذكورة.

عدم جريان الأصل العملي في المقام

## تنبيهات

ولا بد لنا ونحن على أبواب الختام من التعرض لملاحظات 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 الأخر 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 بعد ما ذكر تعريفا للتأمين قائلًا:

«و التعريف المذكور أعلاه ينطبق على التأمين في مقابل أجرة معينة. وبعبارة أخرى مقابل جعل يدفعه طالب التأمين للمؤمن، وغالبا ما يدفع الجعل على هيئة اقساط، ويقع التأمين عادة

---

طرق السنة فقد قال عنه في منتق الاخبار بهامش نيل الأوطار للشوكاني، ج٥، ص١٦٦: رواه الجماعة إلا البخاري، وكذلك في صحيح الترمذي، ج٥، ص٢٣٧، وكنز العمال، ج٢، ص٢٢٩ حديث ٤٩٢٠ ـ و٤٩٢٣. وأما الثاني فقد روته الشيعة، جاء في التذكرة في المسألة الثانية من الركن الثالث من الفصل الثاني من الإجارة، ومن طرق العامة ذكره ابن الأثير في النهايته مادة غرر.

لدى إحدى الشركات، وهو من جانب الشركة عمل تجاري، أما من جانب طالب التأمين فقد يعتبر عملا تجاريا أو مدنيا على حسب الأحوال».[١]

تعريف التأمين بالتقابل

وقد عرفنا حكم هذا النوع من التأمين ولا غموض فيه، ولكن هناك نوعا آخر من التأمين أشار إليه المؤلف المذكور بقوله:

«و قد يكون التأمين بالتقابل تفاديا لكارثة قد تلم بأحد أطراف التأمين، وصورة ذلك أن تتفق جماعة من التجار على تكوين رأس مال مشترك لتعويض ما يحيق بأحدهم من الخسارة، وظاهر أن هذا النوع من التأمين يعد تجاريا أيضا؛ لأنه يؤدي إلى تجنب الخسائر».[٢]

ونحن مع هذا النوع من التأمين الذي يذكره المؤلف للفرق بينه وبين ما ذكرناه من تصحيح صورة التأمين سابقا؛ لأن ما سبق بيانه هو أن تتحمل الشركة الخسارة بإزاء أن يدفع طالب التأمين مبلغا معينا من المال يتفق عليه الطرفان، أو يخرج ذلك على الصلح، أو العقد المستقل المشمول للعمومات 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 إلى الجمعية.

اما وجهة نظر شيخنا الأستاذ ﷾ في تصحيح هذا التأمين فتنحصر بتخريجه على الصلح الجاري في كل تعاقد وتعاهد، أو يكون تصحيحه مبنيا على أساس كون ذلك التعاقد منهم داخلا في عمومات الوفاء بالعقود والعهود ويكون المال المجموع من تلك الرسوم مشاعا بين الجمعية، ويكون ريعة للجميع سواء كان ما يتلافى به الخطر الطارئ على أحدهم من نفس ذلك المال المشترك بينهم، أو كان من أموالهم الخاصة.

---

١. علوش، التأمين، ص١١.

٢. المصدر السابق.

## 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 ما يلي: «التأمين المختلط مع الاشتراك في الأرباح

تعريف الإشتراك في الأرباح

يدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمَّن عليه، أو عند انتهاء مدة التأمين، وتدفع الأقساط لغاية الوفاة، وعلى الأكثر حتى انتهاء مدة التأمين، وللمؤمَّن 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 ﷾ 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 مقدارا 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 غالبا في هذا النوع من المعاملات.

وجه تصحيح هذا النوع

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 يمليها الطرفان في وثيقة العقد فيصح ذلك، ويكون من قبيل الهبة المشروطة، وعند تخلف الشرط للواهب فسخ الهبة واسترجاع ما دفعه إليهم.

## ٣. موقف الشريعة من الفوائد الربوية في التأمين

تقدم أن بينا فيما سبق أنه من الصعب حصر أنواع التأمين في إفراد معينة، والمهم هنا بيان أننا نتمكن أن نتخلص من ملاحظة تلك الأنواع أن كثيرا منها لا تترتب عليه فوائد تدفعها الشركة لطالب التأمين. فمثلا في التأمين على الأموال التجارية تستعد الشركة بدفع مبلغ التأمين المتفق عليه بين الطرفين عند حدوث الخطر المؤمَّن ضده، كالحريق، والغرق، أو السرقة، وما شابه.

ولكن هناك في بعض الأنواع الأخر تقوم الشركة بدفع فوائد سنوية أو شهرية اضافة إلى مبلغ التأمين المتفق على تسليمه إلى 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، فإن الشركة تستوفي منه أقساطا شهرية قدرها خمسة دنانير في قبال دفعها المبلغ المذكورة عند حدوث خطر عليه في ضمن المدة إلى ورثته أو دفعه له عند انتهاء المدة المذكورة وبهذا المقدار لا تختلف شركات التأمين.

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

ويؤيد ذلك ما جاء في اختيار رقم «١» لدفع الفوائد:[1]

> تدفع فائدة سنويا أو نصف سنوي، أو ربع سنوي أو شهريا 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 إلى 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 ﷾ أن هذه الزيادات المدفوعة ما هي إلا فوائد ربوية؛ لأن هذا النوع من المعاملات منزل على القرض الربوي، حيث يكون دفع المال من قبل المؤمَّن له، والذي هو طالب التأمين قرضا إلى الشركة وتكون دفع الفوائد إنما هي في قبال المال الذي أقرضه إلى الشركة.

وطبيعي أن هذا النوع من التأمين يكون مشكلا من الوجهة الشرعية، ولا يمكن توجيهه ما دام أن المعاملة نزلت على صورة القرض، وأخذ الفائدة في قبال ذلك. فان هذه المعاملة ربوية، ولا طريق إلى تصحيحها بإحدى الطرق الشرعية التي تسوغ مثل هذه المعاملات فرارا من الربوية.[2]

---

١. من نموذج لبوليصة صادرة من الشركة الاميركية للتأمين على الحياة.

٢. وطبيعي أن هذا انما يكون بالنسبة إلى الشركات الأهلية، حيث يكون أخذ الفائدة ربا.

وأما لو كانت الشركات حكومية فالمسألة تبتني على القول بمالكية الدولة. فمن لا يرى من الفقهاء مالكيتها لما تحت يدها من الأموال، فإن المأخوذ منها بعنوان الفوائد انما هو من المال المجهول المالك، ويعود أمر التصرف به إلى

## ٤. اعادة التأمين

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

ولم ير شيخنا الأستاذ ﷾ بأسا في هذه الإعادة؛ لأن ما بيناه من الوجوه السابقة لتصحيح معاملة التأمين تجري هنا أيضا، فتكون شركة التأمين بمنزلة طالب التأمين والشركة الجديدة هي المؤمِن الجديد في هذه المعاملة الجديدة. وهكذا الحال فيما لو تعددت الشركات في الإعادة فكل معاملة يشملها (الوفاء بالعقود) وتصحح ما تعاقدت عليه جديدا، أو أنها تكون من تحمل الخسارة بالطرق التي تقدم ذكرها.[1]

---

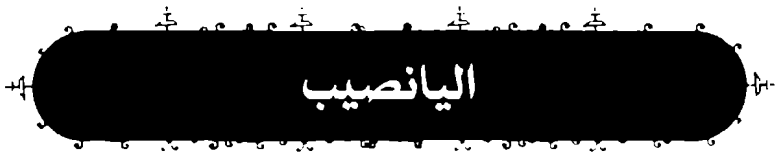
الحاكم الشرعي، وبالإمكان تصحيحه بأخذ الإجازة منه للتصرف بذلك المال. أما من يرى مالكية الدولة، فان الشركات الأهلية، وغيرها من هذه الجهة على حد سواء، ويكون أخذ الفوائد منها من مصاديق الفوائد الربوية.

١. عملية اعادة التأمين لم تكن جديدة، ومستحدثة، بل قد تحدثت بعض المصادر التأمينية بأن أقدم وثيقة لإعادة التأمين ترجع إلى 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 أول شركة مستقلة متخصصة في إعادة التأمين، وكانت شركة المانية هي شركة (كولونيا) لإعادة التأمين. راجع لذلك التأمين علما، وعملا: ٥٢٣ وتسمى هذه العملية بالاصطلاح الذي تنظمه المصادر التأميلية (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 بمبدإ توزيع الخسائر وتحمل الأخطار. تقوم فكرة إعادة التأمين حيث تتسع رقعة المسؤولية فتشمل أكبر عدد في هذا المضمار، ويكون ذلك عاملا مهما في زيادة عدد الشركات التأمينية حيث تخف نسبة الخسارة عن المجموع. فكما أن الفرد يجد من يقف بجانبه عند حلول الخطر لو تعاقد مع شركة تأمينية، فكذلك شركة التأمين تجد من يأخذ بيدها لو حصلت المخاطر، والكوارث لتوزع الخسارة على أكثر عدد ممكن. ولا يختلف عقد إعادة التأمين من الناحية الفقهية عن نفس عملية التأمين، ومن جهة كل الأخطار أو جزئها لا يختلف الحكم لو حصل التعاقد بين الشركتين بعد أن صححت بشمول الوفاء بالعقود لها أو الهبة بشرط تحمل الخسارة، فان حجم المعقود عليه سعة وضيقا لا يؤثر في المعاملة بعد القول بصحتها.

# الفصل الثانى




## اليانصيب حقيقته وانواعه

ـ اليانصيب ـ 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.

## اليانصيب غير المعوض

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

وقد ذكر المؤرخون لذلك قضايا عديدة:

منها ـ ما صنعه المأمون حينما عقد ولاية العهد للإمام علي بن موسى الرضا عليه السلام.

ومنها ـ ما حصل في عصر الدولة الفاطمية سنة ٥٠٠ وما حولها من نثر الفستق الملبس بالذهب، أو مقدار من المال، ويسمى «بافطن له» لان بعض الخدم أشار إلى بعض الحاضرين بالأخذ منه بقوله: «افطن له» أي التفت اليه، وخذ منه فإن فيه من الذهب والمال. ومن الواضح أن هذا النوع

من اليانصيب لا يقابله شيء يدفعه الطرف الآخر، بل هو تبرع من الشخص بما يملكه لآخرين.

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

## اليانصيب المعوض

واليانصيب المعوض قد شاع أخيرا في هذه العصور وتصويره أن تتألف لجنة خاصة تأخذ على عاتقها طبع عدد معين من «البطاقات» تحمل كل بطاقة رقما خاصا، 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 رقمه.

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

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

## بحث في شرعية اليانصيب

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

الاولى: في بذل المال بإزاء البطاقة، وما يقابل المدفوع؛

الثانية: في صلاحية اللجنة لأخذ الأموال 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.

## الجهة الاولى: بذل المال بإزاء البطاقة

هذه الجهة هي بذل المال بإزاء البطاقة وما يحصله الدافع للمال في مقابل هذا الدفع والإعطاء ففيه وجوه:

**الوجه الأول**

أن يكون بذل المال بإزاء نفس البطاقة، ويكون البيع والشراء واقعا على هذه الأوراق، ولكنه مشروط بالسحب أي اجراء عملية السحب، ويكون كل من الطرفين قد دفع شيئا في قبال ما أخذ، فصاحب المال قد دفع المال بإزاء هذه الورقة، والتي يترتب عليها حق الدخول في جملة من يجري السحب على أرقامهم.

والبطاقة وإن كانت في حد نفسها لا قيمة لها، إلا أنها مما يترتب عليها شيء له أهميته عند العقلاء، وهو ما بيناه من حق الدخول في عملية السحب، ونفس ترتب هذا الأثر على هذه الأوراق يكسبها قابلية مبادلتها بالمال بنحو الصلح أو البيع أو غيرهما من أنواع المعاوضات. وليس هذا بغريب، فرب شيء لا يكون بنفسه قابلًا للمبادلة، إلا أن قابليته لذلك انما تكون نظرا إلى ما يترتب عليه من الآثار المعتد بها عند العقلاء، وان كان ذلك يجعل من ظالم. ومثال ذلك «طوابع البريد» و«طوابع المالية»، فإن هذه من حيث هي أوراق لا أهمية لها، إلا أن أهميتها بالنظر إلى الأثر المترتب عليها من إيصال رسائل أو إعطاء الصفة الرسمية للاوراق التي تلصق عليها.

وهكذا إجازات الاستيراد التي تمنحها الحكومة إلى التجار حيث تخول حاملها من استيراد البضاعات المختلفة من الخارج. ويأخذ الشخص الممنوح له تلك الإجازة ليبيعها إلى الآخرين، وتكون تلك الورقة قابلة للمعاوضة عليها بالمال نظرا 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 سلوك أحد طريقين:

**الأول**: إلزام اللجنة بالسحب بأي صورة كانت؛

**الثاني**: فسخ تلك المعاملة البيعية، أو الصلحية، واسترجاع ماله من المال. وهذا الشرط وأعني به الدخول في السحب، وإن لم يصرح به في متن العقد، إلّا أنه من قبيل الشروط الضمنية المستفادة من القرائن الحالية، أو 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 طرفا للمعاوضة لا البطاقة المترتب عليها الأثر، فيبذل الإنسان المال بإزاء ذلك الحق الذي يخوله من الدخول في عداد من يجري السحب على أرقامهم.

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

### الوجه الثالث

ويتصور ذلك فيما لو كان هدف الجمعية مشروعا خيريا كبناء مستشفى، أو دار للأيتام، أو مكتبة عامة، أو ما شاكل هذه من المشاريع التي تعود على أبناء المجتمع بالنفع. وفي هذه الصورة يمكن تصور أن الباذل يجعل المال أمانة بيد الجمعية تتصرف فيه لصالح ذلك المشروع مع بقائه على ملكه حتى يطرئه الاستهلاك، إذ لم يكن هم الباذل في هذه الصورة إلا المساعدة الصرفة لتلك الجمعية من دون ان ينتظر من وراء ذلك الحصول على الجائزة. وفي الوقت نفسه، لا يمتنع عن قبولها لو خرج السحب على رقمه.

### الوجه الرابع

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

### الوجه الخامس

ويتصور في اليانصيب الذي يجريه البعض على بضاعته كداره، أو سيارته، حيث يريد بيعها بطريقة اليانصيب. ففي هذه الصورة من الممكن أن لا تكون في البين معاوضة بين المال والبطاقة، بل يمكن تنزيله على أن الشخص يقدر القيمة التي يريدها ثمنا لحاجته فيعتبر (السيارة) الف حصة وبسعر الحصة دينارا واحدا فتكون كل بطاقة معبرة عن حصة واحدة بنسبة الواحد إلى الألف وبعد بيع تمام (البطاقات) تكون السيارة مشاعة بين الجميع وهم أولئك الألف، وتكون البطاقة بيد كل منهم كسهم يعبر عن مالكية حاملها لحصة واحدة من

ألف حصة من هذه السيارة، وتكون اعمال اليانصيب بالكيفية الخاصة كشرط من الدافعين على صاحب السيارة حينئذ، فتكون تلك البضاعة بتمامها بعد الشرط المذكور ملكا لمن يخرج السحب على رقمه، وتسقط حصص الباقين بنحو التباني من الجميع على ذلك بما فيهم أصحاب 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 نسبيا.

## الجهة الثانية: صلاحية أخذ الأموال المجموعة

صلاحية اللجنة لأخذ الأموال

وقد عرفت أن البحث فيها يكون في صلاحية أخذ تلك الأموال المجموعة من ثمن البطاقات، وما هي الصفة التي تخول الآخرين باستلام تلك المبالغ؟ والكلام في هذا البحث إنما يتأتى إذا كان طرف المعاملة في اليانصيب جهة أو هيئة؛ أما إذا كان الطرف الثاني فردا كما في مثال السيارة المتقدم الذكر فالأمر فيها هين؛ لأن الفرد بعد صحة المعاملة لا شبهة في صحة تسلمه المال المذكور، وتملكه إياه. ويتصور البحث في هذه الجهة على وجوه:

### الوجه الأول

ان نقول بمالكية الجهة وأن الجهات تملك كما يملك الفرد، فالجهة حينئذ تتصرف في ذلك المال كيف تشاء حسبما تقتضيه المصلحة المأخوذة بنظرها، وهذا إنما يتم مع فرض أن 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 خيريا ـ كما مثلنا به سابقا ـ فيبقى الدينار المدفوع إلى اللجنة امانة بيد الجمعية، وتتصرف فيه حسب وكالتها عنه فهو ملكه، وهم مأذنون عنه في التصرف لصرفه في تلك الجهة الخيرية فيبقى الدينار، أو ما تشتريه اللجنة من المواد بذلك الدينار ملكا لدافعة إلى أن يطرأ الاستهلاك عليه كما يستهلك المأكول.

ويتنقل هذا الحق إلى الورثة لو مات الدافع قبل تحقق الاستهلاك، ولكل من الدافع، أو الورثة الحق في الرجوع لغرض كون المال أمانة بيد الجمعية أو اللجنة.

**الوجه الثالث**

أن يكون استلامهم للمال كصدقة بأيديهم فيتصدق الإنسان بدينار لهذه الجهة الخيرية، ولا يكون من قبل الوقف، بل للجمعية التسلط على تبديله بما تشاء على أن يحافظ الدينار، أو ما يقابله من المثمن على عنوان الصدقة إلى أن يطرأ الاستهلاك ويحتاج القبض من اللجنة لمثل هذه الصدقات إلى الإذن من الحاكم الشرعي بحيث يخولهم باستلام هذا النوع من الصدقات. وحيث صححنا دفع المال بإزاء البطاقة، وصححنا استلام اللجنة المشرفة على اليانصيب لتلك الأموال فلا بد من البحث عن حلية الجوائز في عملية اليانصيب.

## الجهة الثالثة: حلية المال لمن يخرج السحب على رقمه

والظاهر انه لا مانع فيه؛ لأن حال هذا يكون حال من قرر على نفسه أن يجعل مقدارا من المال في ظرف، ويخلطه بين عشرين من الظروف الخالية ويدفع لكل شخص ظرفا، 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 لأنها هبة معاطاتية بمعنى أنه عند خروج الجائزة على رقمه يدفع المال له ويعطيه إياه مجانا.

معنى الهبة والجائزة في المقام

وليس المراد أنه يهبه الجائزة قبل السحب ليقال ببطلان هذه الهبة، لعدم تعيين المتهب فيها، كما انه ليس المراد من هذه الجائزة المالية أن تكون ملكا لمن يخرج رقمه أولا على نحو شرط النتيجة، بحيث يكون الشخص مالكا لتلك الجائزة بمجرد خروجها على رقمه من دون حاجة إلى تمليك جديد ليقال: إنه قمار لكونه من قبيل «ان عرفت ما في يدي زوجا أو فردا فهو لك»، أو من قبيل اعمال أداة اليانصيب المسماة (بالفرارة) في أنها إن وقفت على الحاجة الفلانية يكون أحد الطرفين مالكا على الآخر تلك الحاجة، بل المراد أنه يملكه هذه الجائزة إن خرج السحب على رقمه بنحو شرط السبب، وانه قبل السحب ليس له إلا الوعد الابتدائي بالهبة على نحو الكيفية الخاصة، وإن وقوع الهبة خارجا إنما يكون عند خروج الورقة المرسوم عليها نفس الرقم الموجود عنده.

واعلم أن هذا المعنى الذي سميناه وعدا، أو شرطا ابتدائيا لا إشكال في صحته لو أخذناه شرطا في ضمن عقد البيع للورقة بالدينار إن نزلنا دفع الدينار عند أخذ الورقة على ذلك، أو جعله شرطا في ضمن العقد للهبة إن نزلنا دفع الدينار على الهبة المشروط بإن يملكه الجائزة إن خرج رقمه في السحب الأول.

ولا يضر ذلك في الاشتراط كون البيع، أو الهبة من قبيل المعاطاة؛ لأن ذلك الشرط مما قرره الملتزم على نفسه بالسحب عند إعلانه بذلك بأن يكون محصل ذلك الإعلان أنه من اشتري مني ورقة بدينار، أو وهبني الدينار فله علي أن أدخله في جملة من يجري السحب على أرقامهم، وأملكه 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 إجمالا عند أخذ الورقة ودفع المال ما ذكرناه من التسالم. بل نقول إن دفع المال بإزاء ذلك الحق على التفصيل الذي ذكرناه. وبهذا يمكننا تصحيح هذه المعاملة واعتبارها معاملة بيعية بنحو جديد، وإن لم تكن من المعاملات المعروفة في البيع لاشتمالها على الإيجاب والقبول. إيجابها نفس الإعلان المذكور، وقبولها أخذ الدينار ودفع البطاقة بالشرط المذكور، وهو تقرير الملتزم على نفسه بإدخال المشتري في عملية السحب.

ويمكن التمسك على صحتها بعمومات الوفاء بالعقود والتجارة عن تراض، إذ لا يعتبر في التجارة عن تراض تحقق معاوضة من ناحية الملكية كالبيع بل هي معاملة قائمة بين الطرفين الواقعة برضاهما، كما أنه ليست هذه المعاملة من قبيل الأكل بالباطل. كل ذلك سيتضح لنا في البحث عن الجهة الرابعة الاتية.

## الجهة الرابعة: الوجوه المتصورة لفساد هذا النوع من المعاملات

وهذه الجهة كانت تتمحض لبيان الوجوه المتصورة لفساد هذا النوع من المعاملات وهي:

### الوجه الأول: الآيات الكريمة

ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾.[1]

---

١. النساء: ٢٩.

بدعوى أن هذا الأكل ليس بداخل في التجارة عن تراض، فإن المراد بالتجارة هي الأسباب الشرعية التي جعلها الشارع المقدس، واعتبر من جملة تلك الأسباب التراضي، ومن الواضح أن هذه الطريقة ليست من تلك الأسباب المقررة، فتكون داخلة في القسم الأول أعني الأكل بالباطل، لأن الآية الكريمة اشتملت على مقطعين النهي عن الأكل للمال بالباطل، والاستثناء لكون المأكول يصح إذا كان من طريق التجارة عن تراض.

والجواب عن الاستدلال بهذه الآية المباركة:

أولا: بالمنع من عدم دخول ما نحن فيه في التجارة عن تراض، فان الظاهر بقرينة المقابلة في الآية الشريفة بين أكل المال بالباطل وأكله بالتجارة كما في صريح الآية، والتي هي معاملة حاصلة برضاء الطرفين هو أن المراد بأكل المال بالباطل هو أكله بغير طريق المعاملة الواقعة برضاء الطرفين، فكل معاملة واقعة برضاء الطرفين هي داخلة في القسم الثاني.

وثانيا: أنا لو سلمنا أن المراد بالأكل بالباطل هو الأكل بدون سبب من الأسباب الشرعية المسوغة للأكل: إلا أن هذه المعاملة من الأسباب الشرعية المسوغة للأكل فهي خارجة عنها تخصصا لكونها من العقود التي يجب الوفاء بها أخذا بالآيات الكريمة من قوله تعالى﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.[1] وقد سبق توفر أركان العقد فيها من الإيجاب، والقبول.

ومن جملة الآيات التي استدل بها لبطلان هذه المعاملة آية الاستقسام بالأزلام. ونظرا لطول البحث عنها فقد عقد لها شيخنا ﷾ فصلا خاصا بعنوان خاص سيتعرض له فيما سيأتي إن شاء الله.

### الوجه الثاني: الروايات الشريفة

ومن جملة ما استدل به على فساد معاملة اليانصيب الروايات الشريفة، والتي منها قوله عليه السلام «لا يحل مال إلا من وجه أحله الله تعالى»[2] بتصوير: أن هذه المعاملة لم يكن لها وجود في زمن النبي صلى الله عليه وآله ولا في زمن خلفائه الطاهرين ـ سلام الله عليهم ـ وطبيعي أنه ما لم تثبت سببية المعاملة، وصحتها من جانب الشارع المقدس لم يكن المال المتحصل منها داخلا في الاستثناء وهو قوله عليه السلام «من وجه أحله الله تعالى».

---

١. المائدة: ١.

٢. الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج٩، ص٥٣٨.

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

والجواب عن هذه الرواية: هو أن دخول هذا النحو من المعاملات تحت عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾،[1] وعموم ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[2] كاف في دخول المال المتحصل منها تحت كونه «من وجه أحله الله تعالى» لكونهما محققين لموضوع الحل ورافعين لموضوع حرمة الأكل.

وفي الحقيقة أن هذا الخبر لا ينفعنا فيما نحن فيه بعد تطبيق العمومات المذكورة على معاملاتنا وتحقيق موضوعها. نعم، ينفع الخبر المذكور في مقام الشك في حلية المال من دون أن يكون في البين عموم حاكم بالحلية، ويكون ذلك عبارة أخرى عن أصالة الحرمة في الأموال بناء على أن تعليق الحلية والتي هي حكم ترخيصي على عنوان وجودي أعني كون المال (مما أحله تعالى) يعطي اعتبار إحراز ذلك العنوان الوجودي في ذلك الحكم الترخيص. فما لم يكن ذلك العنوان محرزا لا يكون الترخيص محققا ـ كما حقق في محله ـ من أصالة الحرمة في الأموال، والدماء، والفروج، بل في اللحوم أيضا.

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

**الرواية الثانية:** قوله عليه السلام: **لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه.**[3]

بدعوى أن هذا المال الذي يعطى جائزة لمن خرج السحب على رقمه لم يكن خارجا بطيب نفس مالكه، فلذلك يبقى مشمولا لصدر الرواية من عدم الحلية.

والجواب عنه إنا بعد أن صححنا هذه المعاملة من بذل المال بإزاء البطاقة، وتصحيح أخذ اللجنة لتلك الأموال المجموعة من ثمن البطاقات، واعتبرنا أن ذلك كله حاصل برضا الطرفين، وطيب نفسيهما فلم يكن أخذ المال بعد ذلك كله جائزة باقيا تحت عموم المستثنى منه، بل هو داخل في المستثنى. وفي الوقت نفسه ليس عدم رضا المالك بعد تمامية المعاملة - لو سلمنا انه فعلا ليس براض - الا من قبيل عدم رضا البائع بتسليم المبيع للمشتري بعد تمامية المعاملة.

---

١. المائدة: ١.

٢. النساء: ٢٩.

٣. لاحظ لتخريج الحديث تعليقة السيد المقرم في محاضرات في الفقه الجعفري، ج٢، ص١٥٢؛ الحلي، نهج الحق و كشف الصدق، ص٤٩٣.

**الوجه الثالث: اعتبار هذا النوع من المعاملات سفهيا**

وقد ادعي أن هذا النوع من المعاملة سفهي لأنه من قبيل بذل المال بوجه لا يعتبره العقلاء ولا يقرونه، فان دفع المال لاحتمال تحصيل الجائزة بنسبة واحد إلى الألف أو أكثر حسب ما يطبع من البطاقات خصوصا في هذه الأيام، حيث يضخم عدد البطاقات أمر سفهي لا يرتضيه العقلاء، ولا يقرون التعامل عليه، وليس لهم لاعتباره وجه من الوجوه.

والجواب عنه بالمنع صغرويا، فان العقلاء لا يسفهون من يبذل المال بإزاء احتمال تحصيل مال كثير ولو كانت نسبة الربح كما ذكر واحدا بالألف أو أكثر.

ولو تأملنا لرأينا ذلك جاريا في جميع معاملاتهم اليومية، فالإنسان دائما 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 أن يسفه بعضهم بعضا.

**الوجه الرابع: اعتبار هذا النوع معاملة غررية**

ويعتمد هذا الوجه على اعتبار معاملة اليانصيب من المعاملات الفورية، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر بناء على أن الغرر هو خصوص الخطر دون الجهالة.

وهذه الرواية وإن كانت في خصوص البيع،[1] الا أن الحكم فيها جار في كل معاملة لا يؤمن فيها من الخطر وعدم الحصول على المطلوب.

والجواب عن ذلك أن الخطر الممنوع عنه في الشريعة المقدسة إنما هو المخاطرة في عدم حصول أحد العوضين، وليس الأمر كذلك فيما نحن فيه، فان أحد العوضين إنما هو الدينار المدفوع عند أخذ الورقة، وهي البطاقة والعوض الآخر هو تقرير صاحب البطاقة، والتزامه على نفسه بإن حامل هذه البطاقة ذو حق شخصي في الدخول في جملة من يجري السحب على أرقامهم، وكل

---

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 الغرر»، والثاني «نهى النبي عن الغرر» وكلا الحديثين روي من طرق الشيعة، والسنة. انظر بعض مصادر نهى بيع الغرر: دعائم الأسلام، ج٢، ص٢١؛ عيون اخبار الرضا، ج٢، ص٤٥؛ صحيح مسلم، ج٣، ص١١٥٣، ح١٥١٣، سنن أبي داوود، ج٣، ص٢٥٤، ح٣٣٧٦.

من هذين العوضين حاصل لصاحبه. غاية ما في البين هناك احتمال بأن لا يحصل حامل البطاقة شيئا من المال لو خرج السحب على غير رقمه، ولم يصادفه الحظ بأن يكون هو صاحب الجائزة.

ولكن أين هذا من الغرر الذي نهى النبي ﷺ عنه، والذي هو ـ كما عرفت ـ 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 ان 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. قال الشيخ الأنصاري ﷺ «الخامس عشر: القمار حرام إجماعا ويدل عليه الكتاب، والسنة المتواترة وهو بكسر القاف -كما عن بعض أهل اللغة- الرهن على اللعب بشيء من الآلات المعروفة، وحكي عن جماعة أنه قد يطلق على اللعب بهذه الأشياء مطلقة، ولو من دون رهن، وبه صرح في جامع المقاصد، وعن بعض أن أصل المقامرة المغالبة»[1].

ومن الواضح أنه ليس في هذه المعاني ما يشمل ما نحن فيه من اليانصيب، لعدم وجود رهن في هذه العملية، وليس في البين لعب بآلات القمار المخصصة. وما تقرره اللجنة على نفسها من أن تهب أو تملك من مالها بناء على مالكية الجهة المقدار الفلاني من المال لمن خرج السحب على رقمه فإنما هو لأجل التزامها بما اشترطته على نفسها من الهبة أو التمليك، وليس لأجل الرهن، وقد قدمنا صحة مثل هذا الشرط. نعم في البين دعوى اخرى عهدتها على مدعيها وهي:

دعوى فساد هذه العملية لاستلزام سد باب التجارة والجواب عنه

إن المستفاد من حرمة القرض الربوي، وحرمة القمار وما شاكل هذا النوع من المعاملات المنهي عنها في الشريعة المقدسة، ولو بتنقيح المناط أو استكشاف مذاق الشارع المقدس، هو فساد هذا النوع من المعاملة أيضا لاستلزام سد باب التجارة، والتعاوض على الأموال، بل سد باب الكتب بالأعمال، والضائع.

---

١. الأنصاري، المكاسب، ج١، ص١٨٥.

إلا أن الإنصاف يقتضي عدم الالتفات إلى هذه الدعوى، للمناقشة فيها صغروياً و كبروياً.

أما الصغرى فلعدم استلزم اليانصيب لشيء من ذلك، وما نراه من شيوع هذه العملية، وانتشارها وعدم تأثيرها على شئون الكسب، والتجارة لأكبر شاهد على ذلك.

وأما الكبرى فلعدم قولنا: بتنقيح المناط، والخوض في تلك الشرائع. ومما ذكروه في تعريف القمار من أنه: اللعب مع الرهن أو مطلق اللعب بالآلات المخصوصة، يتضح لنا حال النوع الأول من اليانصيب، وهو اليانصيب غير المعوض، فإنه لا يدخل في شيء من أنواع القمار، بل هو هبة من المالك إلى الحاضرين كل، ونصيبه.

**الوجه السادس: اعتبار هذه المعاملة من الاستقسام**

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

أما الكتاب فقد وردت في حرمة الاستقسام بالأزلام آيتان:

**الأولى:** قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾.[1]

**الثانية:** قوله عزوجل ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ﴾.[2]

ودلالتهما واضحة على التحريم فقد طبقت عليه الآية الأولى عنوان الرجس وحرمته الثانية صريحا.

واما السنة فقد وردت في الأزلام روايات ثلاث.

**الاولى:** عن علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام في قول الله تعالى ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾. قال:

**الخمر فكل مسكر من الشراب - إلى ان قال - وأما الميسر فالنرد والشطرنج، وكل قمار ميسر، وأما الأنصاب فالأوثان التي كانت تعبدها المشركون، وأما الأزلام فالأقداح التي كانت**

---

١. المائدة: ٩٠.

٢. المائدة: ٣.

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.[١]

الرواية الثانية: عن محمد بن يعقوب، عن أبي علي الأشعري، عن محمد بن عبد الجبار عن أحمد بن النظر، عن عمر بن شحر عن جابر، عن أبي جعفر عليه السلام قال:

لما انزل الله تعالى على رسوله صلى الله عليه وآله ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾. قيل يا رسول الله: ما الميسر؟ قال كُلُّ ما تقومر به، حتى الكعاب، والجوز. قيل ما الأنصاب؟ قال: ما ذبحوا لإلهتهم قيل: فما الأزلام؟ قال: قداحهم التي يستقسمون بها.[٢]

الرواية الثالثة: محمد بن الحسن باسناده عن أبي الحسين الأسدى عن سهل عن عبد العظيم الحسني عن محمد بن علي الرضا عليهما السلام في حديث قال قلت له: قوله عزوجل، ﴿وَالْمُنْخَنِقَةُ، وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ، وَالنَّطِيحَةُ، وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾- إلى أن يقول - قلت: ﴿وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ﴾ قال:

كانوا في الجاهلية يشترون بعيرا فيما بين عشرة أنفس ويستقسمون عليه بالقداح، وكانت عشرة، سبعة لها أنصباء، وثلاثة لا أنصباء لها - إلى أن يقول - فلمّا جاء الإسلام حرم الله تعالى، ذكره ذلك فيما حرّم وقال عزوجل: ﴿وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ﴾ يعني حراما.[٣]

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 الإتيان لحرمتها مضافا إلى الأخبار.

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

**المرحلة الأولى**

تفسير كلمة «الأزلام» في كلمات المفسرين

اختلفت كلمة أئمة التفسير في الأزلام، فقال الشيخ الطبرسي عنها ما يلي: و معناه طلب قسم الأرزاق بالقداح التي كانوا يتفائلون بها في أسفارهم، وابتداء أمورهم وهي سهام كانت للجاهلية

١. الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج١٧، ص٣٢١.

٢. المصدر السابق، ص ١٦٥.

٣. المصدر السابق، ج٢٤، ص٢١٨.

مكتوب على بعضها (أمرني ربي) وبعضها (نهاني ربي) وبعضها (غفل) لم يكتب عليه شيء فإذا أرادوا سفرا أو أمرا يهتمون به ضربوا على تلك الأقداح، فإن خرج السهم الذي عليه (أمرني ربي) مضى الرجل لحاجته، وإن خرج الذي عليه (نهاني ربي) لم يمض، وإن خرج الذي ليس عليه شيء أعادوها فبين الله تعالى أن العمل بذلك حرام عن الحسن، وجماعة من المفسرين وروى علي بن إبراهيم في تفسيره عن الصادقين عليهما السلام أن الأزلام عشرة، سبعة لها أنصباء، وثلاثة لا أنصباء لها فالتي لها أنصباء الفذ والتوأم والمسبل، والنافس، والحلس، والرقيب، والمعلى، فالفذ له سهم، والتوأم له سهمان، والمسبل له ثلاثة أسهم، والنافس له أربعة، والحلس له خمسة أسهم والرقيب له ستة أسهم والمعلى له سبعة أسهم والتى لا أنصباء لها السفيح، والمنيح، والوغد، وكانوا يعمدون إلى الجزور فيجزؤنه اجزاء، ثم يجتمعون عليه فيخرجون السهام، ويدفعونها إلى رجل، وثمن الجزور على من تخرج له التي لا أنصباء لها، وهو القمار فحرمه الله تعالى، وقيل هي كعاب فارس، والروم التي كانوا يتقامرون بها عن مجاهد وقيل هو الشطرنج عن أبي سفيان بن وكيع.[1]

وقال في الكشاف في تفسير الآية: كان أحدهم إذا أراد سفرا، أو غزواً أو تجارة، أو نكاحا، أو أمرا من معاظم الأمور ضرب بالقداح، وهي مكتوب على بعضها (أمرني ربي) وعلى بعضها (نهاني ربي) وبعضها (غفل) فإن خرج الآمر مضى لطيته، وإن خرج الناهي أمسك، وإن خرج الغفل أجالها عوداً. فمعنى الاستقسام بالأزلام طلب معرفة ما قسم له مما لم يقسم له بالأزلام، وقيل هو: الميسر، وقسمتهم الجزور على الأنصباء المعلومة.[2]

وتعرض في تفسير الصافي عند وصوله لهذه الآية قائلًا، «كانوا يعمدون إلى الجزور فيجزؤنه عشرة ـ إلى قوله ـ وهو القمار فحرمه الله».[3] وفي الصحاح مادة (يسرة) قال: «و الميسر قمار العرب بالأزلام».[4] وعن الأزهري في لسان العرب ـ مادة زلم ـ «أن الأزلام كانت لقريش في الجاهلية مكتوب عليها، أمر ونهى، وافعل ولا تفعل».[5]

---

١. الطبرسى، مجمع البيان، ج٣، ص٢٧٢.

٢. الزمخشرى، الكشاف، ج١، ص٦٠٤.

٣. الفيض الكاشانى، الصافى، ج٢، ص٨.

٤. الجوهرى، الصحاح، ج٢، ص٨٥٧.

٥. ابن منظور، لسان العرب، ج١٢، ص٢٧٠.

كلام المقدس الاردبيلي في تفسير الآية

أما المقدس الأردبيلي فقد ذكر في آيات الأحكام عند تفسيره لهذه الآية المعنيين الاستخارة والتقسيم على الجزور إلى ان قال: «و قيل على الأول سبب التحريم انه دخول في علم الغيب، وضلال، واعتقاد أن ذلك طريق اليه، وافتراء على الله، وعلى هذا يفهم منه تحريم الاستخارة المشهورة التي قال الأكثر بجوازها بل باستحبابها، ويدل عليه الروايات فهو دليل بطلان الأول أو لا يكون سبب التحريم ما ذكره، بل مجرد النص المخصوص بذلك الفعل الخاص، والوجه الخاص أو تكون الاستخارة خارجة عنه بالنص».[1] ومن كلام المقدس المذكور يفهم أن الآية فسرت بالمعنيين: الاستخارة والتقسيم على الجزور، وفي كنز العرفان بعد أن تعرض للآية، وذكر بأن المفسرين اختلفوا فيها، فبعض جعلها أدوات للقرعة والاستخارة والبعض الأخر جعلها لتقسيم الجزور قال:

> إذا عرفت ذلك فاعلم أنه تعالى حرم العمل بهذه الأزلام، أما على الأول فلأنه نوع من التكهن من غير اذن من الله فيه، وأما القرعة الشرعية كما نقل انه ﷺ كان إذا أراد سفرا يقرع بين نسائه في استصحاب إحداهن فليست من هذا القسم لكون الرسول ﷺ أخذ ذلك بإذن من الله فالقرعة كاشفة عن معلوم الله، وكذا ما يتداولها بين الأصحاب من الاستخارة في الرقاع، والحصى، والسبحة، وما يستعمله الفقهاء في الأمور المشكلة كما نقل عن أهل البيت عليهم السلام (كل أمر مشكل فيه القرعة)، وكل ذلك أمر متلقى من الشارع فلا يطعن فيه و أما على الثاني فلأنه قمار منهي عنه.[2]

كلام ابن قتيبة في المقام

قال ابن قتيبة الذي هو من مشاهير القرن الثالث:

---

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

ومن ذلك تظهر لك الخدشة فيما أفاده أخيرا من كون الاستخارة خارجة بالنص، فإنه مبني على دخول الاستخارة في التفاؤل الممنوع عنه، لكن الدليل الدال على جوازها يكون مخصصا لدليل المنع، وهو في غاية البعد. (مقدس اردبيلي، زبدة البيان في احكام القرآن، ص٤٢٦)

٢. فاضل مقداد، كنز العرفان، ج٢، ص٢٨.

وكانوا إذا أرادوا أن يقتسموا شيئا مختلفا بين قوم تساهموا عليه فما خرج لكل امرء جعلوه حظا له فقيل: «الاستقسام» أي طلب القسم وهو النصيب، وإذا تشاخوا في أمر من الأمور تساهموا عليه ثم جعلوه لمن خرج قدحه.

ثم استشهد على ذلك بقوله تعالى في قصة مريم ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾،[1] وبقوله تعالى في قصة يونس ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾.[2] ثم قال:

وكانوا إذا أرادوا الخروج إلى وجه ضربوا بالقداح فان خرج القدح الآمر نفذ الرجل لوجهه راجيا للسلامة وإذا خرج القدح الناهي أمسك عن الخروج خائفا النكبة، والجائحة.

والاستقسام بها أشبه شيء بالقرعة التي أطلقها لنا رسول الله ﷺ وجعلها بابا من الحكم، ولتقاربهما في الشبه قال ابن سيرين - حين بلغه أن عمر بن عبد العزيز أقرع بين الفُطم -: «ما كنت أرى هذا إلا من الاستقسام بالأزلام». و الفطم جمع فطيم. و كان عمر اقرع بين أطفال المسلمين في العطاء فأنكر ذلك ابن سيرين وشبّهه بالاستقسام بالأزلام، وانما يفترقان، فإن استقسام العرب في الجاهلية كان يكون عند انصابهم، وفي بيوت أصنامهم وكانوا يظنون انها هي التي تخرج لهم في القدح ما يمتثلونه فأما مساهمة يونس وزكريا عليهما السلام فعلى سبيل القرعة إلا انها بقداح، والقرعة بغير قداح.

ثم قال في قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ﴾:[3]

وأما نفع الميسر فان العرب كانوا في الشتاء عند شدة البرد وجدب الزمان وتعذر الأقوات على أهل الضر والمسكنة يتقامرون بالقداح على الإبل، ثم يجعلون لحومها لذوي الحاجة منهم والفقراء. فاذا فعلوا ذلك اعتدلت أحوال الناس وأخصبوا وعاشوا، واستراشوا.

وقال: «وإنما يكون ضربهم على الميسر بالقداح في الشتاء عند جدب البلاد وتعذر الأقوات وكلب الزمان لينعشوا بذلك الفقير والضرير، ولا ييسرون بالصيف».[4]

## النتيجة

من هذا العرض الذي مر من التفاسير لمعنى الاستقسام بالأزلام يمكننا أن نلخص ما يلي:

أن الاستقسام بالأزلام كان على نحوين حسب اختلاف المفسرين:

---

١. آل عمران: ٤٤.

٢. الصافات: ١٤١.

٣. البقرة: ٢١٩.

٤. ابن قتيبة، الميسر والقداح، ص٣٨، ٣٩، ٤٣ و١٠٦.

النحو الأول: ان الأزلام قداح كانوا يتفائلون بها عند الحاجة أو الاستخارة، وقد كتب على بعضها (أمرني ربي)، وعلى البعض (نهاني ربي) ولم يكتب على البعض الآخر شيئا.

النحو الثاني: انها أدوات يستقسم بها على الجزور، ولكل منها اسمه الخاص، ومن مجموع هذه التفاسير نعلم أن هذه الأدوات على أي نحو كانت فهي مقدسة عندهم، وكانوا يعتقدون أنها ترشدهم إلى الخير والصلاح فهي من فروع عبادة الأصنام، وقد عرفت أن العمل بها، وبيعها وشرائها وجميع ما يمت إليها بصلة محرم من غير فرق بين أن تكون آلات قمار فحرمت أو أنها من فروع عبادة الأصنام فنهي عنها، إذ لا أثر لهذا الاختلاف بعد أن كان الحكم الشرعي هو وجوب الاجتناب عنها مطلقا. إذا فهذه العملية الاستقسامية بكلا قسميها محرمة.

والان وبعد أن عرفنا حقيقة الاستقسام بالأزلام، لا بد لنا من البحث في المرحلة الأخرى.

المرحلة الثانية

هل اليانصيب من صغريات باب الاستقسام بالأزلام؟

وهي البحث عن عملية اليانصيب بما فيها من شراء البطاقات، واستلام الجائزة هل أنها من صغريات الاستقسام بالأزلام أم لا؟ لتكون محرمة لو كانت منها، وعلى العكس لو لم تنطبق عليها.

أما شراء البطاقات فمن المعلوم أن البطاقات ليست من آلات القمار ليكون العمل بها محرما، يضاف إلى ذلك أن هذه البطاقات ليست من الآلات المقدسة ليكون العمل بها من فروع عبادة الأصنام فيكون النهي متوجها عليها.

وأما استلام الجائزة فلا يخفى أن المتصور في عملية الجزور تارة: إن صاحب البعير يأخذ ثمن بعيره ممن خسر بعد إجراء عملية الاستقسام، فيكون هذا غرامة من الخاسرين لمن ربح.

وثانية: يكون البعير على نحو الإشاعة، بحيث يشتري الجميع بعيرا، وبعد أن يكون مشاعا بينهم يجرون عليه عملية الاستقسام. وحينئذ يأخذ الرابحون ذلك البعير. وفي كلتا هاتين الصورتين يكون إجراء الاستقسام موجبا لأن يأخذ البعض أكثر من نصيبه، وحيث تكون هذه الزيادة من حصة الباقين، فهي من صغريات القمار، ولذا نهي عنه. مضافا إلى الخصوصية في الاستقسام بتلك الأزلام المقدسة عندهم.

وهذا بخلاف معاملة اليانصيب، فإنك عرفت تمامية مقدمات هذه المعاملة من بذل المال بإزاء البطاقة، واستلام اللجنة للأموال المجموعة من ثمن البطاقات فلم يبق لها مشابهة بعملية

الاستقسام إلا في موضوع أخذ الجائزة من قبل الفائزين. وهذا المعنى المذكور يتم لو نزلنا دفع المال إلى الفائز على كونه غرامة من الباقين له ليكون ذلك من قبيل الإشاعة، وأما لو لم ننزله على ذلك فالظاهر أنه لا مانع منه فإنا بعد أن فرضنا أن إعطاء المال لشراء البطاقة كان شراء للحق المترتب على البطاقة أو انه شراء للبطاقة باعتبار ما يترتب عليها من الحق كما صورناه في الوجهين الأول والثاني، وبعد أن صححنا أخذ اللجنة لتلك الأموال المجموعة من ثمن البطاقات.

وهكذا الحال في اليانصيب على البضائع فإنا لو نزلناه على ذلك يكون دفع المال للفائز من قبيل ما يدفعه المالك من ماله إلى من يخرج السحب على رقمه على نحو ما بيناه من الشرط أو الوعد الابتدائي، ولا شبهة فيه ـ كما عرفته.

عملية الاستقسام لا تشتمل ما نحن فيه

وبتعبير أخر نقول: إن عملية الاستقسام لا تشمل ما نحن فيه من اليانصيب. فإنه يمكن القول بحرمة الاستقسام للخصوصية الموجودة في الأزلام، إما لكونها مقدسة عندهم وأن العمل بها افتراء على الله كما في التفائل بها، وإما لكونها من آلات القمار كما في الاستقسام بها على الجزور.

وإن شئت قلت: أن المحرم هو الاستقسام بالأزلام لا مطلق الاستقسام. وبذلك أخرجنا القرعة، والاستخارة عن أعمال تلك الأزلام المنهي عنها. لأن هذه الأزلام ـ كما عرفت ـ إنها كانت مقدسة عندهم ويرون أنها تهديهم إلى ما فيه الخير والصلاح. وعلى هذا فتكون فرعا من فروع عبادة الأصنام، فيجب الاجتناب عنها في جميع الأعمال. ولا يفرق الحال فيها من هذه الجهة عن الأصنام نفسها، ويدل على ذلك أمور:

بيان الأدلة على عدم انطباق الاستقسام على ما نحن فيه

الأول: ما نقله لسان العرب عن الأزهري: من أن الأزلام كانت توضع في الكعبة، ويتولى شئونها سادن الكعبة. وهكذا ما نقله الطبري[1] من أن محل هذه الأزلام كان هو الكعبة ويقوم سدنة البيت بأعمالها.[2]

والثاني: ما احتمله الكشاف من ذلك، واستشهد بما روي انهم كانوا يجلبونها عند أصنامهم.

والثالث: ما حكي عن أبي الفرج الأصفهاني من أنهم كانوا يستقسمون عند ذي الخليصة، وهو صنم لهم، إلى أن جاء امرؤ القيس فاستقسم عنده للطلب بثأر أبيه فخرج النهي، فحينئذ

---

١. الطبري، تفسير الطبري، ج٢،ص١٧٣.

٢. الزمخشري، الكشاف، ج١، ص٦٧٥

غضب، ورماه بالحجارة وانشد يقول.

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

فلم يتقسم عنده أحد حتى جاء الإسلام.

كل هذا ينبئنا أن لهذه الأزلام خصوصية في تحريمها لكونها مقدسة عندهم، أو لكونها من آلات القمار، ولهذا قلنا لا يفرق من هذه الجهة أن قلنا بأنها قداح يستقسم بها على الجزور، أو أنها أدوات كانت تستعمل للاستخارة أو القرعة، وما شابه فهي محرمة على كل حال.

الخلاصة

إذاً فعملية اليانصيب بعد بيان ما قدمناه من سلامتها من الوجوه 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 أخذ اللجنة، وتسلمها للأموال المجموعة من البطاقات وبعد تصحيح استلام الجائزة من قبل الفائز بعد كل هذا، وذاك لم يبق أمامنا ما يدعو إلى القول ببطلان عملية اليانصيب، وتحريمها.

# الفصل الثالث

# الأوراق النقدية

## تمهيد وتوطئة للبحث عن الأوراق النقدية وأحكامها

يحسن بنا أن نتحدث[1]

---

١. يحدثنا التأريخ 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، ويعيش عليه. ولم يكن للإنسان في هذه الصورة من الفائض عما يحتاجه ليفكر في الطريقة التي يسير عليها لتصريف هذا الفائض. وتطور الوضع وحصل التنوع في الإنتاج، فتفتحت الآفاق أمامه ليزرع ويستفيد من حاصل إنتاجه، والتفت إلى الفوائد التي تحصل من الصيد في بقية مجالاته من الصوف، والعظم الذي يوجد في بعض الحيوانات. فأخذ يتخصص في الإنتاج، ثم بدأ يتطور في عمله، فأخذ يواجه مشكلة جديدة هي مشكلة فائض الإنتاج عما يحتاج اليه.

والتفت من جهة أخرى إلى أنه مدفوع بحسب الغريزة إلى الإنتاج الذي يحصل عند الآخرين مما عجز هو عن إنتاجه أو لم يتخصص فيه.

لذلك فكر في الخروج من هذا المأزق، والخلاص من هذه المشكلة. فوجد في قانون التبادل بفائض الإنتاج ما يؤمن له ما يحتاج اليه مما يعرضه الآخرون: وإذاً بمبدإ المقايضة ينظم حياة المجموعة البشرية من الناحية الاقتصادية ردحا من الزمن، فكان الفرد يقدم للآخرين فائض ما يحتاج اليه من إنتاجه بإزاء أن يأخذ من الآخرين ما يؤمن له حياته المعاشية. وعلى مرور الزمن وتضخم العدد الذي يزداد كل يوم، وتطلع الإنسان، وتطوره لم يكن مبدأ المقايضة محققا للفرد وغباته الحياتية لإدارة معاشه. ـ فمثلا ـ قد لا يجد البائع من يشتري منه ما ينتجه 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 المحدودة لها، وفي هذه الحالة قد تصاب بالتلف خصوصا، وان وسائل التخزين كانت مفقودة لديه،

أولا: عـن الربـا على نحـو الإيجاز لأن الغرض من هـذا البحث هو معرفة ما لو كان في التعامل بهذه الأوراق النقدية ـ كالدينار وما شاكل ـ ربا أو لا؛

ثانيا: بيان حقيقة أصل مالية الأشياء؛

ثالثا: عن الوجوه المتصورة لغطاء العملة.

## الربا

قسم الفقهاء الرباء إلى قسمين:

ربا في المعاملة، وربا في القرض.

واشترطوا في ربا المعاملة اتحاد الجنس، وكون مورد المعاوضة من المكيل أو الموزون، كبيع وزنة من الحنطة بوزنة أخرى، أو كيلو من الحنطة بكيلو آخر.

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

## مالية المال

مالية المال إنما تتقوم بتوفر صفة في الشيء توجب تنافس العقلاء عليه واستنادا إلى هذا فانا نتمكن أن نتصور المال على نحوين:

---

ولربما لا يكون الإقبال على سلعة بنحو يؤمن لصاحبها المقايضة عليها. هذه العوامل كانت سببا لأن يفكر الإنسان فيما ينظم له حياته بشكل يؤمن له إزالة هذه المشاكل من طريقه.

وكما تغلب الإنسان فيما سبق على مشاكله بمبدإ المقايضة، نراه يتجه بعد ذلك إلى التفكير بمبدإ النقود ليتخذ من تلك السلع وحدة نقدية يحصل بها التعاوض بين الأفراد. فكان مما اتخذه الإنسان نقودا سلعية، - كما تقول المصادر النقدية- الحديد، الرصاص، النحاس، الذهب، الفضة، البرنز الحيوان في كثير من أنواعه من الماعز، والأغنام، وغيرهما والصوف، والجلد، والعظام الثمينة وغير هذه من السلع.

والملاحظ أن اختيار السلعة في مجتمع كنقد يتداول فيه كان يعتمد على مراعاة الظروف التي تحيط بذلك المجتمع، والمناخ الذي يعيشه من تكليفات الجوفية، وقابلية السلعة للبقاء، والتداول. مضافا إلى توفر تلك السلعة في تلك المنطقة، والإقبال الذي يحصل من المجموع عليها. فكانت هذه العوامل العديدة تشترك لاختيار السلعة كنقد.

وأخيرا لم يجد الإنسان في هذه السلع ما ينقذه ومتطلبات الظروف التي تحيط به، والتي تتبع بمرور الزمن. وإذاً بفكرة النقود الغير السلعية تنبثق لديه، سواء من المسكوكات، أو العملات الورقية، أو النقود المصرفية. (راجع بغية التوسع في البحث: ابوعلى،محاضرات في اقتصاديات النقود والبنوك، ص٨-٩)

### النحو الأول: ما كانت ماليته ذاتية

وهو كل ما يحتاجه الإنسان بحسب فطرته الأولية من المأكول، والمشروب، والملبوس، وما شاكل هذا. وهذا النوع من المال لا تتوقف ماليته على جعل جاعل لتنافس العقلاء عليه، وإن 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 ماليته بالجعل

وهذا لو لاحظناه لرأيناه على قسمين.

القسم الأول: ما كان فيه الجعل عاما يشترك فيه جميع البشر باختلاف عصورهم وبيئاتهم بدافع من الشعور بالحاجة الجماعية لمثله، وهذا يتصور في الأحجار الكريمة النادرة، كالذهب، والفضة، والماس، وغيرها.

القسم الثاني: ما كان اعتباره خاصا.

وهذا تارة يكون اعتباره من قبل دولة، أو بنك ليقوم مقام القسم الأول كالأوراق النقدية ـ مثلا ـ وكثيرا ما حصلت لها تغطية مما له قيمة ذاتية أو مجعولة بالجعل العام ليعم اعتبارها كما هو الشأن في الدينار العراقي.

وأخرى: ما يكون اعتباره بالنظر لما يترتب عليه من الآثار الخاصة كطوابع البريد، وتذاكر القطار، وبطاقات اليانصيب، 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.

فمثلا ورقة الطابع لا قيمة لها لو لم تتعهد الحكومة في قبالها بأن توصل الرسالة أو الرزمة إلى أي محل شاء المرسل مقابل هذا الطابع.

وكذا الطوابع المالية، فإن 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 فيبذلون بازائها الأموال. وطبيعي أن قوام مالية الشيء ـ كما قلنا ـ أن يكون موضوعا لغرض يبعث على تنافس العقلاء عليه. وقد عرفت

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

الفرق بين نحوين من القسم الثاني في ما كانت ماليته بالجعل

أما الفرق بين هذين النحوين من القسم الثاني هو أن مالية ما كان على شاكلة طوابع البريد ـ مثلا ـ إنما كانت بالاعتبار للأثر المترتب عليها، وهي في نفس الوقت غير معتبرة من جانب العقلاء مالاً بل هي ورقة يترتب عليها أثر خاص في نطاق اعتبار جعلها.

وأما مالية النحو الأول كالدينار ـ مثلا ـ فإن هذه الورقة قد أصبحت بالفعل مالا بواسطة الجعل، والاعتبار فلا فرق بينها وبين المعادن، والأحجار الكريمة، بل قد يرجح العقلاء في كثير من الموارد الأوراق النقدية ويفضلها على المعادن، وما شاكلها. لأن الورق أخف للنقل، والتعامل به من الذهب والفضة وغيرهما.

## الوجوه المتصورة لغطاء العملة

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

## الوجه الأول من وجوه التغطية

وتطالعنا فيه صورتان:

### الصورة الأولى

أن تكون الدولة قد أودعت في خزانتها 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 دينارا ـ مثلا ـ فهو قد ملكه مقدارا معينا من المال تحتفظ به الدولة في البنك الذي تعتمد عليه، وتكون هذه الورقة كسند خاص لتمليكه.

وهل يتحقق الربا في مثل ذلك، لو حصل التعامل بحيث دفع عشرة أوراق في مقابل أحد عشر؟ الجواب عنه: أن الربا يتحقق في ذلك، لأننا فرضنا أن هذه الورقة تعبر عن تلك المقادير الفضية، أو الذهبية فتكون المعاملة واقعة في الحقيقة على ما تعبر عنه تلك الأوراق من النقود المسكوكة المودعة في خزينة الدولة.

أما الزكاة فلا تتحقق، لأن المناط في وجوب الزكاة في النقود هو وجودها تحت التصرف، وفي متناول اليد طول الحول، ولعل هذا لا يكون متحققا بالنسبة إلى النقود المحفوظة لدى الدولة لعدم إمكان 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 يستدعي عملية من طلب وتأخير، وأعمال روتينيات شكلية من شأنها أن تكون موجبة لانسلاخ كون تلك النقود تحت اليد فعلا.

### 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.

اما الربا فيتحقق في هذا النوع لأن الأوراق أصبحت تعبر عن هذه المقادير الذهبية، أو الفضية. فإذا بيع مقدار منها بأزيد كان الزائد فائدة ربوية لعدم اشتراط كون الذهب مسكوكا في صيرورة الزيادة من الربا.

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

والفرق بين هاتين الصورتين ظاهر من ناحية الزكاة فإنا 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 نقودا ذهبية أو فضية. أما في الصورة الثانية فعدم تحقق الزكاة يرجع إلى عدم كون المودع في قبال الأوراق من المسكوكات. وعدم كونه في متناول اليد أيضا.

## الوجه الثاني من وجوه التغطية

أن تكون في قبال هذه الأوراق النقدية مقادير معينة من المال في ذمة من منحها ذلك الاعتبار، وهي الدولة أو البنك، ويكون حال الدينار ـ مثلا ـ كحال سند الكمبيالة. فلو اشترى الشخص بهذا الدينار شيئا 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 ـ كما بيناه ـ 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 مقدارا معينا 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 طنا هي له في ذمة زيد أيضا 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 المخصوصة، 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 بالتعهد الشخصي، والتقرير على نفسها بدفع ما يقابله من المال لو طولبت بذلك من قبل الدول الأخرى أو الشركات الأجنبية.

وحيث كان هذا المقدار أيضا ليس بكاف لمنح الورق السمة المالية الدولية، بل يقتصر اعتباره على الداخل، لذلك تضطر الدولة إلى الدخول في (منطقة الاسترليني)؛ مثلا 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 تنسحب تلك الدولة من منطقة الاسترليني،

فتسحب ما لديها من الاحتياطي وتودعه في البنك الحكومي المؤسس في المملكة، وتعلن هذا المعنى إلى الجميع، وتدعم 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 رصيدا سوقيا في الداخل والخارج.

والظاهر أن دينارنا الورقي في هذه الأيام من هذا القبيل. فماليته ناشئة من الجعل 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 فعلا بدفع ما يقابل الورقة النقدية من تلك السبائك أو النقود الموجودة لديها، إلا أن وجود ذلك - ولو بعيدا عن متناول اليد ومعرض التصرف - رصيد 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 باثنتي عشرة ورقة. الظاهر عدم تحقق ذلك، فلا تكون المعاملة ربوية؛ لأن شرط جريان الربا في المعاملة هو وحدة الجنس الثمن والمثمن أولا وكونه من المكيل والموزون ثانيا، وليست الدنانير من أي من هذين، وهما المكيل 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 بإزاء أحد عشر دينارا يسلمه إياها بعد شهرين، فهل يكون ذلك من صغريات المعاملة الربوية أو لا؟

نتصور لهذه المعامله وجها صحيحا ووجها باطلا

والإجابة على هذا السؤال:

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

فإنا لو اعتبرنا هذه المعاملة من قبيل البيع إلى أجل، كانت المعاملة صحيحة، بخلاف ما لو اعتبرناها من قبيل القرض إلى أجل، فإنها حينئذ تكون من ربا القرض، ويتم فيها البطلان.

بيان ذلك مفصلا: إن الشخص مرة يبيع هذه العشرة دنانير إلى الآخر بأحد عشر دينارا لمدة شهرين فيقبل الآخر ذلك البيع، وتتم المعاملة ولا بأس فيها؛ لأنها معاملة بيعية غاية ما في البين أن أحد العوضين فيها مؤجل إلى 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 فعلا عشرة دنانير ليدفع له عند الأداء بعد شهرين أحد عشر دينارا. ولا شبهة في ربوية هذه المعاملة القرضية؛ لاشتمالها على القرض مع الزيادة فتجري عليها أحكام الربا، وإن لم يكن في البين مكيل أو موزون. إذاً في مقام الإنشاء لا بد من الالتفات إلى الفرق بين هاتين المعاملتين: البيع إلى أجل، والقرض إلى أجل، حيث يتحقق الربا في الثاني دون الأول.

## الأوراق النقدية وما ماثلها بعد سقوط اعتبارها المالي

مما سبق عرفت أن بعض الأشياء لا تكون ماليته ذاتية، بل تكون ماليته تابعة للجعل، كالأوراق النقدية، وطوابع البريد وما شاكلها. وبحثنا في هذا الفرع يتضمن بيان ضمانها لو سقطت العين عن المالية، فمثلا لو غصب شخص من آخر دينارا، وجاء بعد ذلك ليرده إليه 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 مبذولا في المدن.

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

مراتب الضمان الأعيان المغصوبة أو التالفة

ولضمان الأعيان المغصوبة أو التالفة، مراتب ثلاث:

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

ثانيا: إلى ضمان النوع، وهو المثل. فان فقد أو سقط الاعتبار فيه فلا بد من الرجوع.

ثالثا: إلى ضمان الجنس، وهو المالية. ولا يكون الانتقال من مرتبة إلى لاحقتها إلا بعد تعذر السابقة.

والقيمة المالية أيضا 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؟ أقوال عديدة ذكرت في محلها، ولا مجال لبحثها مفصلا بهذه العجالة والمهم هو أن شيخنا ﷺ يختار قيمة يوم الأخذ أو الغصب.

والآن فالورق النقدي وما شاكله 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 لمماثلة بعد أن ألغى الاعتبار المالي لهذا الورق أو لهذا الطابع البريدي. إذاً فلا بد من اعتبار كون المضمون هو الجنس المتمثل بقيمته المالية.

فالدينار ـ مثلا ـ لا بد من أداء قيمته قبل سقوط اعتباره وطابع البريد أو تذاكر القطار لا بد من تسليم قيمتها يوم كان لها الاعتبار المالي. وكذا الماء 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 ﷺ أن الذهب والفضة هما المقياس بالدرجة الأولى. فلو غصب أو أخذ من آخر دينارا وأراد تسليم قيمته بعد سقوط اعتبار العين، فلا بد من تقدير قيمته يوم كان معتبرا ومجعولا وما كان يساوي من الذهب أو الفضة في ذلك اليوم. فلو كانت قيمته تساوي مثقالا من الذهب كان عليه أن يؤدي مثقالا في هذا اليوم وهكذا.

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

## التقاط الأوراق النقدية

وحيث كانت الأوراق النقدية، والطوابع البريدية، وأمثالهما مما لم تكن له علامة فارقة، ولا تمييز لبعضها على الآخر، فما ذا يصنع من يجدها في عرض الطريق؟ وكيف يتوصل إلى معرفة صاحبها مع أنها معدومة الميزات بعضها مع الآخر؟ وترقيم الدنانير، وإن كان موجودا إلا أن الإنسان كثيرا ما لا يلتفت إلى هذه الأرقام ليضبطها لتكون من العلامات الفارقة. إذاً فما هو حكم التقاط هذه الأوراق النقدية وغيرها؟

أوراق النقدية من فروع المال المجهول مالكه

ويرى شيخنا الأستاذ ﷺ أن هذه الأوراق من فروع المال المجهول مالكه ولا بد فيه من الرجوع إلى 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 إلى الحاكم الشرعي إن لم يكن ذلك هو الأقوى.

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

## ما هو المال المجهول المالك

اقسام أربعة في كل مال يعرف صاحبه فعلا ولا طريق إلى تعيينه

والجواب على هذا السؤال أنه كل مال يعرف صاحبه فعلا، ولا طريق إلى تعيينه وجدانا أو تعبدا. والأخبار الواردة عن أهل البيت عليهم السلام في النوع من المال يمكننا تصنيفها إلى أقسام أربعة:

### القسم الأول

ويشتمل على ما يفيدنا لزوم طلب صاحب ذلك المال مع عدم اليأس ظاهرا. ويدخل فيه ما ورد فيمن كان له حق ففقد ولا يدري أ حي هو أم ميت، ولا نعرف له وارثا ولا نسبا ولا ولدا.

كما روي عن حماد بن عيسى عن معاوية بن وهب قال: **سئل أبوعبد الله عليه السلام عن رجل كان له على رجل حق ففقد ولا يدري أ حي هو أم ميت، ولا يعرف له وارث ولا نسب ولا بلد، فقال عليه السلام: أطلبه، قال: إن ذلك قد طال فأصدق به، قال: أطلبه.**[1]

ومن هذا التكرار في الأمر من الامام عليه السلام «بالطلب» يظهر لنا أن من بيده ذلك المال لا بد له

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج١٨، ص٣٦٢.

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.

## القسم الثاني

ومؤداه اعتبار المال أمانة في يد من وجده بعد الطلب واليأس وينتظم فيه ما ورد في أجير مفقود، كما ورد عن هشام بن سالم قال: سأل أبوخطاب الأعور أباإبراهيم عليه السلام وأنا جالس فقال: «إنه كان عند أبي أجير يعمل بالأجر ففقدناه وبقي له شيء من أجره ولا نعرف له وارثا، قال فأطلبه». قال: «قد طلبناه ولم نجده». قال فقال: «مساكين وحرك يديه».[1] قال: «فأعاد عليه»، قال: «اطلب واجهد فإن قدرت عليه وإلا فكسبيل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك فأوص به إن جاء له طالب أن يدفع اليه».[2]

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

## القسم الثالث

ويفيدنا لزوم التصدق بذلك المال المجهول مالكه. ويدخل فيه ما ورد فيمن بقي عنده بعض متاع رفيقه، ولا يعرف صاحبه. كما روى عن يونس قال: «سألت عبدا صالحا 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 تلحقوهم بالكوفة، قال يونس» فقلت له: «لست أعرفهم ولا ندري كيف نسأل عنهم»، قال فقال: «بعه وأعط ثمنه أصحابك»، قال فقلت: «جعلت فداك أهل الولاية؟» قال: «نعم».[3]

ومن هذه الرواية يظهر لنا التصدق بالمال بعد حصول اليأس من صاحبه ومن العثور عليه. فيأمر الإمام عليه السلام بالتصدق ليكون التصدق بالمال هو الطريق للوصول إلى صاحبه.

---

١. علق في الوافي على قول الامام عليه السلام -مساكين- بقوله: «بيان مساكين يعنى أنتم مساكين حيث ابتليتم بهذا أو حيث لم تعرفو أنّه لمن هو». (فيض كاشانى، الوافي، باب ٥٣، المال المفقود صاحبه)

٢. الفيض الكاشانى، الوافي، باب ٥٣، المال المفقود صاحبه، المجلد الثالث، ص٥١.

٣. المصدر السابق.

## القسم الرابع

ويتضمن الإذن بالتصدق بذلك المال، ولكنه مشروط بأخذ الرخصة من الامام عليه السلام بذلك التصدق. ويظهر ذلك جليّا في رواية داود بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام: قال رجل: «**إني قد أصبت مالا، وإني قد خفت فيه على نفسي ولو أصبت صاحبه دفعته اليه، وتخلصت منه**». فقال أبوعبد الله: «**والله أن لو أصبته كنت تدفعه اليه؟**» فقال: «**إي والله**»، قال: «**فأنا والله ماله صاحب غيري**». قال: «**فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره**». قال: «**فحلف**». فقال: «**فاذهب فاقسمه في إخوانك، ولك الأمن مما خفت منه**». قال: «**فقسمته بين إخواني**».[1]

فمن قول الامام عليه السلام (و الله ماله صاحب غيري) يتضح لنا جليّا حكم هذا المال المجهول مالكه الأصلي، وأنه لا بد فيه من إرجاعه إلى الامام؛ لأنه صاحبه ليقول كلمته في ذلك.

تلخيص الأقسام الأربعة

ومن هذا العرض لهذه الأخبار تلخص لدينا أن:

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

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

والقسم الثالث من الاخبار، يدل على جواز التصدق من دون استئذان؛

والقسم الرابع من الاخبار، يدل على التصدق بعد الاستئذان، لأنه مال الامام عليه السلام.

المختار في الأقسام الأربعة

ويقف شيخنا الأستاذ دام ظله ليختار القسم الرابع لكونه مقدما على بقية الأخبار المذكورة؛ إذ أن أمر الإمام عليه السلام في القسم الثاني بالمحافظة على المال وإبقائه أمانة أو أمره في القسم الثالث بالتصدق به. يمكن أن يكون لبيان الحكم الواقع، ويمكن أن يكون إذنا خاصا من الامام في إبقائه أمانة أو في التصدق به. وقوله في هذه الرواية الرابعة: «**و الله ما له صاحب غيري**» ثم امره بالتصدق يكون شارحا لذلك الإجمال في ذينك الخيرين، ومبينا أن المراد به هو المعنى الثاني. وبذلك يكون هذا الخبر الرابع حاكما على الخبرين المذكورين، بمعنى أنه يكون شارحا لهما، ومبينا للإجمال فيهما فتكون الحكومة حكومة شرح وإيضاح.

وبتعبير آخر إن الامام عليه السلام ارجع ذلك اليه فيهما، وقد أمر في ذينك الروايتين بالتصدق، والأمانية، ويكون ذلك إذناً خاصا منه في التصدق أو الحفظ عنده، وإلا فإنه مال يرجع أمره

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٥، ص٤٥٠.

اليه، وليس التصدق لولاية من بيده المال شرعا فلا ولاية له على ذلك، بل الولاية للإمام عليه السلام، وقد سأله عن أمر ذلك المال فأمره الإمام عليه السلام بالتصدق.

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

كل ذلك يظهر من الخبر الوارد في لص أودع متاعا مسروقا عند آخر فجاء الأمين ليسأل الامام الصادق عليه السلام عن حكم هذه الوديعة. والرواية عن حفص بن غياث، قال: «سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا، واللص مسلم هل يرُدُّ عليه؟» فقال عليه السلام: لا يرده فإن أمكنه أن يرده على أصحابه فعل، وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرّفها حولاً فإن أصاب صاحبها ردها عليه وإلا تصدق بها فان جاء طالبها بعد ذلك خيّره بين الأجر والغرم فان اختار الأجر فله الأجر، وإن اختار الغرم غرم له وكان الأجر له».[1]

والجواب عن هذا الاعتراض: إن هذا الحكم ربما كان من مختصات موارد أمانات اللصوص لخصوصية في البين تقتضي التعريف بذلك المال سنة، ومن ثم التصدق به. مضافا إلى أن مجهول المالك لا بد فيه من التعريف إلى حد يحصل اليأس عن العثور على صاحبه. وهذا الخبر أيضا من موارد مجهول المالك، وقد جاء السائل يعرض الموضوع على الامام عليه السلام فأمره بعد مرور السنة بالتصدق. أما التحديد بالسنة فلانة بها يحصل اليأس على العثور غالبا.

بقي عندنا القسم الأول: وهو الخبر الوارد فيمن كان له حق، ولا ندري أين يطلب صاحبه، وهذه الرواية عرفت أنها 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 الإمام عليه السلام بطلب صاحبه ولم يعرض السائل بخدمته انه قد حصل له اليأس، بل أقصى ما في البين أن السائل قد أخبر الإمام عليه السلام بأن البحث عن صاحب المال قد طالت مدته، وهو لا يدل على اليأس، وإلا لألحق قوله إن ذلك قد طال، وقد أيست من صاحبه، ولهذا نرى الامام عليه السلام يكرر عليه الأمر بالطلب، ولا معنى لهذا التكرار مع فرض أن الامام عليه السلام فهم من السائل حصول حالة اليأس من العثور على صاحبه.

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٥، ص٤٦٤.

إذا فلا تكون هذه الرواية دليلا على التوقف في مجهول المالك، ويتحتم علينا الأخذ بالطائفة الرابعة، والتي عرفت أن مفادها هو أن هذا النوع من المال راجع إلى الامام حسبما جاء من قوله عليه السلام: «والله ماله صاحب غيري». غايته: أنه أمره أمرا شخصيا بأن يتصدق به، لا أن حكمه الشرعي هو ولاية التصدق به لمن هو في يده من دون مراجعة الإمام عليه السلام.

وحيث عرفت بعد تقديم الأخبار الدالة على التصدق بمجهول المالك بعد مراجعة الإمام فيه يظهر لنا بوضوح حال الأوراق النقدية، وما شاكلها كطوابع البريد، وتذاكر القطار السارية المفعول فإنها أموال لا يعرف صاحبها، ولا بد فيها من التعريف حتى يحصل اليأس عن العثور على صاحبها، وهذه وان كانت غير معلمة، ومميزة إلا أن بعض القرائن الخارجية قد توجب اطمئنان النفس بصدق لهجة من يدعي أنه صاحبها.

وعلى أى حال فبعد حصول اليأس من غير نظر إلى مرور السنة أو أكثر، ولم يحصل صاحبها لا بد فيها من الرجوع إلى الحاكم الشرعي ليأذن بالتصدق بها عن صاحبها أو يأمر بها في صرفها في جهة أخرى حسب نظره. بعد هذا فلو التقط شخص شيئا من هذه الأوراق النقدية، وما كان على شاكلتها فقد عرفت أنه لا يجوز تملكها ابتداء، بل لا بد فيها من الرجوع إلى الحاكم الشرعي بعد حصول اليأس من مجيء مالكها ليقول كلمته فيها من التصدق 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 أو لا؟ الظاهر عدم ذلك لأن الإمام عليه السلام أو الحاكم الشرعي إنما فعل ذلك بحسب ولايته الشرعية عليه فلا حق له بمطالبته، وهذا بخلاف ما لو كان الملتقط قد تصدق بالمال من دون مراجعة إلى الحاكم الشرعي ليستأذن منه لو قلنا بولاية الملتقط أو من بيده مجهول المالك على التصرف بالمال. فان صاحب المال يتمكن حينئذ من مطالبة ذلك الشخص بماله. ربما يقال بذلك.

ولكن الصحيح أن مجهول المالك حتى لو قلنا بأن ولايته بيد من كان المال عنده فإن هذا المقدار بنفسه كاف في نفوذ التصرف، وان لم تكن له الولاية على نفس المالك كما هي للإمام عليه السلام أو الحاكم الشرعي.

تنبيه

من مطاوي البحث عرفنا أن مجهول المالك هو المالك الذي لا يعرف صاحبه. ولكن شيخنا الأستاذ ﷺ أراد أن ينبه على توسعة هذا التعريف وشموله للمال معلوم المالك، ومجهول محل الإقامة، بحيث لا يشترط في المال أن يكون صاحبه مجهولا من الابتداء ليكون منطبقا على مثل الأمانة التي أودعها اللص عند آخر فجاء الأمين يسأل الإمام عليه السلام عن حال هذه الوديعة التي لا يعلم صاحبها الحقيقي، بل يكون المال مجهولا حتى ولو عرف صاحبه، ولكنه جهل محل الإقامة، وبحث عنه فلم يعثر عليه، كما تضمنته الرواية المتقدمة فيمن بقي عنده بعض متاع رفيقه، فان ذلك المال معلوم مالكه لأنه متاع إلى رفيقه، ولكنه جهل محل إقامة ذلك الرفيق فكان في عداد المال مجهول المالك.

الخلاصة

وبعد هذه التوسعة في المال مجهول المالك نرى أن كل ما كان له اعتبار مالي، ولم يمكن تشخيصه بعلامات فارقة، لو التقطه الشخص أو وصل بيده من دون التقاط، ولم يعرف صاحبه فهو مال مجهول المالك. ولا بد فيه من الرجوع إلى الحاكم الشرعي بعد حصول اليأس عن مجيء مالكه ليقول كلمته فيه.

# الفصل الرابع

## اعمال البنوك والمصارف

### كلمة لا بد منها

لم يكن التعامل السائد الآن في العالم محافظا على طابعه القديم؛ بل أخذ ـ نتيجة للتطور ـ يخضع إلى النظم الاقتصادية الحديثة. وقد اعتمد واضعوا تلك النظم على تركيز الأسس الربوية لبناء التعامل السوقي وبطبيعة الحال إن هذا يبتني على نظام الفوائد. وهذا مما لا تقره الشريعة الإسلامية المقدسة؛ بل وقد كافحته بشتى الوسائل.

وفي الوقت نفسه لا بد من الاعتراف بأن الحياة الاقتصادية أخذت تحتم على الأفراد ـ بما فيهم تجار وغير تجار ـ من التعامل مع المصارف أو البنوك سواء بالمباشرة أو بوسائط عديدة بحيث أصبح من العسير الانفكاك عنها بعد أن أصبح التعامل السوقي مرتبطا ارتباطا كليا 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 ينعزل الشخص ويترك هذا المجتمع ليحافظ على دينه، ومن ثم الابتعاد عن الربا وآثامه؟ أو يترك الباب مفتوحا 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. وإلى جانب ذلك فتح لنا الشارع المقدس طرقاً عديدة لاستحصال الربح من الطرف الآخر تكون بعيدة عن أكل المال بالباطل كالهبة والجعالة 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 نسبه معينة بين الطرفين.

ونتيجة لهذا التقسيم تكون أموال البنوك الحكومية مجهولة المالك، بينما تكون البنوك الأهلية معلومة المالك. أما البنوك المشتركة فإن أموال الدولة فيها تكون مجهولة المالك، 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 مالكه. وأما من يرى من الفقهاء بأن الدولة ـ وان كانت جائرة ـ مالكة، فحينئذ لا يفرق الحال من الوجهة العلمية بين بنوك الدولة أو الأهالي ولا يكون أثر لهذا التقسيم.[1]

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

---

١. لا يسع المقام البحث عن مالكية الدولة أو عدم المالكية. فقد اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك والمهم في البين هو ان شيخنا الأستاذ ﷺ لا يرى مالكية الدولة، وللبحث أدلته ولا مجال للتطرق إليها.

بعد مدة، وهذا كما في الودائع والحوالات والتوفير، وأمثالها. ويكون إعطاء المال في هذه الصور من قبل الشخص إلى البنك بمنزلة من أتلف ماله، وعند الاسترجاع يكون ما يأخذه منهم مع ما يضاف إليه من الفوائد من فروع المال المجهول مالكه. ويحتاج ـ حينئذ ـ إلى إجازة الحاكم الشرعي للتصرف بتلك الأموال المأخوذة، ولا يتحقق في البين قرض، ولا يكون ما يأخذه من الفرع المستحق من الفوائد الربوية.

وهناك في بعض الصور الأخرى يكون البنك هو الدافع الابتدائي للمال ويستلم ما يدفعه بعد مرور مدة معينة من القابض. ويتحقق ذلك في جميع صور الإقراض من جانب البنك، وبعض صور التحويل. ومن الواضح، أن المال المأخوذ من البنك ابتداء يكون من المال المجهول مالكه، ولا بد للتصرف فيه من إجازة الحاكم الشرعي ـكما تقدم ـ.

وأما حين الاستحقاق، ومطالبة البنك للمدين بما دفعه إليه فإن ما يدفعه المدين من الأصل والفروق المستحقة يكون مأخوذا منه على نحو القهر والإجبار، حيث لا يسعه التخلف عن إعطاء ذلك المقدار من المال. ولا بد من الالتفات إلى أن الشخص ـ سواء في حالة القبض للمال، أو في حالة للدفع إليهم ـ لا يصح له نية الاقتراض والقرض، وأخذ الفوائد ودفعها، فان الطرف المقابل لا يملك ما تحت يده من المال، فالمعاملة من الأصل باطلة، ولا يتحقق فيها من ذلك شيء.

## البنوك الأهلية

وتتكون من الأموال التي جمعت من قبل المساهمين، وبعد العمل بها يكون المجموع من الأموال الحلال المختلطة بالحرام. ذلك لأن هؤلاء لم يجروا في معاملاتهم المذكورة على أصول الشركة من التجارة المحللة بتلك الأموال؛ بل أخذوا يجرونها في المعاملات التي يتحقق فيها الربا، كالأمانة وبعض صور التحويل والتنزيل، مع عدم الالتفات منهم إلى الطرق التي يمكن التخلص فيها عن الربا وآثامه. وحينئذ، فتكون معاملات القرص 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 فاسدا؛ أو أنه مال دفعه

إليهم شخص يريد تحويل مبالغ من النقود إلى بلد آخر، ودفع لهم فرقا ـ حيث ينزل ذلك على القرض من المحول للبنك ـ ويكون إعطاء الفرق من ناحية المقرض لا المستقرض، ولا مانع منه ـ كما سيظهر ذلك عند البحث عن صور التحويل ـ.

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

٣. ويحتمل أن يكون مالا حلالا قد اختلط بالحرام.

ففي هذه الصور لو أحرز القابض أن ما بيده من المال من أي من هذه المحتملات الثلاثة، لانتهت المشكلة؛ لأنه بالنسبة إلى ما يعلم حليته فقد ملكه وبالنسبة إلى ما علم حرمته، أو كونه من المختلط فلا بد فيه من إجازة الحاكم الشرعي للتصرف فيه.

ولو لم يحرز، وكان احتمال كونه من أحد المحتملات الثلاثة موجودا، فان يد المعطي كافية لاعتبار ذلك المال حلالا؛ لأن اليد إمارة على ملكية صاحب اليد على ما تحت يده، ويكون هذا كافيا لجواز الأخذ منه وان كان احتمال كون ذلك المال من الحرام، أو كونه من المختلط موجودا. كما هو مضمون رواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال سمعته يقول:

> كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، وذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته وهو سرقة، أوالمملوك عندك ولعله حرّ قد باع نفسه أو خدع فبيع قهرا، أو امرأة تحتك وهي أختك، أو رضيعتك، والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البينة.[1]

## البنوك المشتركة

فان احتياج العميل معهم إلى إجازة الحاكم الشرعي للتصرف بتلك الأموال لازم 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 إليه الإشكال في أصل الخلط للمالين: أموال الدولة وأموال الأهالي فإنه من الخلط بين معلوم المالك ومجهولة، وذلك موجب لعدم صحة المعاملة والمعاوضة عليه.

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج١٧، ص٨٩.

## أعمال البنوك

### ١. الأمانات

وهي المبالغ التي يودعها أصحابها في البنوك والمصارف، حفظا 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 مودعا.

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 ﷾ رأيه في الموضوع بما يلي: الأمانة الشرعية حكمها أن لا يتصرف الأمين بما أودع لديه من المال. وأما لو أذن صاحب المال بأن يتصرف الأمين بالمال المؤمَن ـ كما هو الحال في الودائع لدى البنوك والمصارف ـ سواء كان الإذن حين الإيداع، أو بعده، فلا بد من تحليل هذا الإذن بالتصرف، وما هو المقصود منه؟

الإذن بالتصرف صورتان

ويتصور الإذن بالتصرف على صورتين:

الصورة الاولى:

أن يكون مفاد الإذن المذكور هو بقاء المال على ملك صاحبه، وللبنك حق التصرف فيه وحينئذ، يكون العوض المأخوذ بتلك الأموال ملكا 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:

أن يكون مفاد الإذن بالتصرف راجعا إلى كون العوض المأخوذ بإزاء تلك الأموال راجعا 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 ملكا 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 خارجا من ملكه. أما لو خرج من ملك شخص آخر ـ كما في مفروض هذه الصورة ـ فلم يحصل في البين تعاوض؛ بل يكون الخارج خارجا بلا عوض، والداخل داخلا بلا عوض، فلا تتحقق في البين معاوضة.

وقد حقق شيخنا الأستاذ ﷺ ذلك في باب المعاطاة تحقيقا كاملا.[1]

إذاً فبقاء المال على ملك صاحبه، واعتبار كون العوض المأخوذ بإزائه للمتصرف فيه لا يكون معقولا 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 تصرفا ناقلا، كان ذلك عبارة أخرى عن الإذن في تملك المال، ثم إيقاع المعاوضة عليه من قبل المأذون ويكون المال خارجا عن ملك المأذون وعوضه داخلا في ملكه.

**[طرق التملك]**

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

**الأول ـ 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 شيئا على البنك بعد ذلك لإذنه له بالتملك ودخول العوض في ملك البنك، مع أن صاحب المال لا تسمح نفسه بذلك قطعا.

**الثاني ـ أن يكون تملك المال من قبل البنك تملكا ضمانيا، لا مجانيا**، بمعنى أن المالك يقول

---

١. اعلم ان المعاطاة تارة: تنزل على البيع، ويكون الدافع بائعا والقابض مشتريا ولا يعوزهما إلا التلفظ. فمن دفع دينارا إلى صاحب الطعام، وأخذ صاحب الطعام الدينار، وأعطاه المقدار من ذلك كان الأول مشتريا، والثاني بائعا، وحينئذ تجري على ذلك أحكام البيع ما عدى اللزوم، فان اللزوم إنما يكون بالعقد. أما الفعل المعاطاتي فلا اثر له إلا التمليك والتملك، ويكون لكل منهما حق الرجوع واسترجاع ما دفعه وإرجاع ما قبضه، إلا أن تطرأ أحد الملزمات المذكورة في باب المعاطاة كالتصرف في أحدهما ـ على تفصيل مذكور في محله ـ وثانية تنزل على أن الدافع للدينار ـ مثلا ـ إنما يدفعه لا بعنوان التمليك، بل بعنوان الإباحة فيكون كل منهما قد أباح لصاحبه التصرف فيما دفعه اليه، مع بقائه على ملكه ما لم يطرأ أحد التصرفات الناقلة ـ على أشكال وتفصيل ـ في ذلك. أما شيخنا ﷺ فقد اختار الوجه الأول. ولا مجال لذكر الأدلة على ذلك.

للبنك: «تملك هذا المال عني مضمونا عليك، وتصرف به لنفسك». ولا يخرج هذا عن القرض؛ لأن القرض لا يخرج عن كونه تمليك المال إلى الغير مضمونا عليه، ويكون إعطاء الفائدة بإزاء ذلك القرض المذكور من المدين، والذي هو البنك لصالح الدائن، وهو صاحب المال ـ وهو من الربا ـ وإنما سمي أمانة بلحاظ أن هذا الإقراض ليس لمصلحة المستقرض، وهو البنك فقط، وإنما هو لمصلحة المقرض ـ المودع ـ أيضا؛ لأن البنك يحافظ بهذا الإيداع على المال من السرقة والتلف، ولأجل هذه الجهة يسمى إيداعا. وقد قرروا الفائدة عليه شيئا معينا لا يتجاوز الحد الأعلى له ٤٪ بينما قرروا الفائدة على (الكمبيالات) ٥٪ أو أكثر حسب اختلاف البنوك.

وهذا التفاوت هو الذي يثبت لنا أن الإقراض في باب الودائع ليس لمصلحة المستقرض فقط؛ بل هو لمصلحة المقرض أيضا، والذي هو صاحب المال. أما بقية الأبواب ـ كالكمبيالات ـ أو ما شاكل فان الإقراض فيه يكون لمصلحة المستقرض.

وفي الحقيقة أن هذا القرض لا يتعدى بقية القروض لكنه بحيلة اقتصادية ترغيبا من البنوك إلى الناس في إيداع أموالهم حفظا لها من التلف، وتعويدا لهم على الادخار. فهو قرض حقيقة بعنوان الإيداع، وإلا فهو أجنبي عن الأمانة الشرعية. نعم هناك صورة يصح فيها هذا النوع من الإيداع، ولو كانت نتيجته القرض. وتصويرها: أن لا يكون إعطاء الفائدة من قبل الأمين مأخوذا كشرط في عقد القرض من طرف المقرض؛ بل أن صاحب المال يقرض البنك المبلغ الذي عنده من دون شرط، إلا أن البنك تفضلا منه يخصص مقدارا من الأرباح التي تحصل لدية ليضيفها إلى أصل المال، وليس ذلك من الربا. كما قال المحقق: «القرض إذا شرط فيه المقرض الفائدة كان حراما، وأما لو لم يشترط الفائدة بل التزم المستقرض إعطاء الفائدة فهو ليس من الربا».[1]

وبناء على هذا فتصح هذه المعاملة، ولا تكون من الربا. إلا أنه لا يمكن تنزيل معاملات الودائع في البنوك عليه؛ إذ أن دفع الفرق بإزاء إيداع المال وإن لم يصرح فيه بين المتعاقدين إلا أنه مما تباني عليه الطرفان، فهو منظور أساسي لكلا الطرفين: المودع والمودع عنده، فيكون شرطا ضمنيا. ومع ذلك لا تكون هذه المعاملة صحيحة لاشتمالها على الربا.

---

١. (الحلي، شرائع الإسلام، ص١٢٧) 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 المقترض بزيادة في العين أو الصفة جاز». (كتاب التجارة ـ المقصد الخامس في القرض. ج٢، ص٤١)

وهل يخرج هذا النوع من الإيداع على العارية الشرعية؟ فلم لم يكن هذا المال المودع عند البنك من قبيل العارية الشرعية، والتي يجوز التصرف بها من قبل المستعير ويكون إعطاء الفرق على ذلك المال من قبيل الهبة، أو ما شاكل من الوجوه التي يصحح بها إعطاء الفروق كما تقدم.

ويجاب عن ذلك: بأن العارية وإن كان يجوز للمستعير التصرف بها إلا أن ذلك مشروط ببقاء العين، وتكون التصرفات مختصة بغير التصرفات الناقلة.[1] وإلا فلو كانت التصرفات موجبة لعدم بقاء العين، فلا تكون عارية شرعية ـ كما نحن فيه ـ 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 صحيحا من الوجه الشرعية ـ لما عرفت ـ من أن هذه المعاملة منزلة على القرض وأخذ الفائدة عليه. ولكن يمكن تصحيح هذه المعاملة بنحو إذا قصد الدافع بدل اجراء المعاملة قرضا إجرائها على نحو البيع بينه وبين البنك، فيبيع له الأقل النقدي بإزاء الأكثر المؤجل. مثاله: أن يبيع للبنك مائة دينار نقدية بمائه وثلاثة دنانير مؤجلة لسنة واحدة. فتكون المعاملة صحيحة بناء على ما ذكرناه في البحث عن الأوراق النقدية، وأنها ليست من الجنس الربوي، حيث لم تكن مكيلة 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 بينهما، فلا يجوز لكل منهما الفسخ قبل المدة.

## ٢. التوفير

ولو لاحظنا التوفير، لما وجدناه شيئا خاصا يختلف عن الأمانات التي سبق البحث عنها إلا أن التوفير انشئ من قبل البنوك والمصارف لتشجيع صغار المدخرين، حيث يقبل البنك المبالغ القليلة لإيداعها باسم أصحابها. ولذلك يجري عليه كلما بيناه في البحث السابق. إلا أن هناك فرقا بين الأمانات، والتوفير فالأمانة لا يتمكن 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 ـ وهو البنك ـ.

---

١. راجع في هذا الشرط جميع المصادر الفقهية.

فلو أردنا 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 لتمام السنة هو أربعة دنانير وأرد الفسخ في نصف السنة، كان نفوذ فسخه مشروطا 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 (متعهدا) بينما يكون الطرف الثاني (متعهدا له). وفي هذه الحالة قد يطلب الطرف الثاني من الطرف الأول ضمانات مالية تعوضه عما قد يصيبه من خسائر فيما لو انسحب الطرف الأول دون أن يتم ما تعهد بالقيام به. لذلك يلجأ هؤلاء المتعهدون إلى البنوك والمصارف لتكفلهم وتضمن قيامهم بالعمل الذي اتفقا عليه، وفي هذه الحالة يصدر البنك خطابا إلى المتعهد له يتعهد فيه بكفالة الطرف الأول وضمانه بأن يدفع عنه مبلغا من المال إذا طولب 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 ضمانا ماليا إلى الطرف الآخر بل يمكنه الاستفادة منه في نواحي أخرى من أعماله التجارية.

**والمتعهد له:** تكون فائدته من هذه الكفالة هي ضمان حقه وحصول من يعوضه عما قد يصيبه من الخسائر لو انسحب الطرف الأول ولم يتم ما تعهد به.

**والكفيل:** يستفيد من كفالته لأنه يتقاضى ممن يكفله عمولة يتفق عليها بإزاء كفالته له.

ومن هذا العرض نعرف أن الأركان في هذه المعاملة ثلاثة:

١. المكفول له: وهو المتعهد له.

٢. والمكفول: وهو المتعهد.

٣. والكفيل: وهو البنك أو المصرف.

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

الاولى: في وجه أخذ الكفيل المبلغ المعين من المكفول بإزاء 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 أو لا؟

## أخذ الكفيل العمولة من المكفول

ويمكن تخريج ذلك على أحد الطرق الآتية:

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

الثاني: أن ينزل ذلك على الجعالة بإزاء كفالته له ليكون ملزما بدفع المال المقرر للكفيل بعد صدور الكفالة منه.

الثالث: أن ينزل ذلك على التصالح بين الطرفين.

الرابع: أن ينزل ذلك على العقد بين المكفول والكفيل ليكون المكفول ملزما بدفع المبلغ المقرر ويكون الكفيل ملزما بدفع الكفالة، بناء على ما حققناه في محله من عدم اختصاص العقود المأمور بالوفاء بها في الآية الكريمة ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] بالعقود المعهودة؛ بل هي شاملة للعقود الحادثة التي جرى عليها العقلاء في الأعصار المتأخرة ما لم تكن مشتملة على ما دلت الأدلة على فساده كالربا ونحوه من مفسدات المعاملة. أما شيخنا الأستاذ ﷺ 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 ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ كاف في لزوم الوفاء بها. وتنزيلها على إحدى الصور السابقة لا يخلو من بعد.

---

١. المائدة: ١.

أما قولنا بأن هذا النوع من الكفالات مستحدث ولم يكن له وجود على عهد المشرع الإسلامي، فذلك لأن الكفالة التي يذكرها الفقهاء والتي كانت في الصدر الأول هي أن يتعهد الكفيل بإحضار شخص المكفول لدى المكفول له، وبهذا المقدار لا يستوجب الضمان بحال من الأحوال، ومما سيأتي يتضح لك أن الكفالة مقتصرة على إحضار نفس الشخص لا التعهد بالخسارة في نظر الفقهاء.[1]

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 المأمور بالوفاء بها بالعقود المعهودة؛ بل هي شاملة لكل عقد ما لم يكن فاسدا فلا مانع إذا من أخذ المبلغ من المكفول لصالح الكفيل سواء كان المكفول فردا أو مؤسسة تجارية.

**إلزام الكفيل بدفع ما على المكفول للمكفول له**

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

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 المتعهد له واستعد الكفيل على تحمل الخسارة لو أخل المكفول بما اتفق عليه مع المكفول له. فهنا لو اتفق أن المكفول تخلف عن القيام بما هو ملزم بالقيام به فان

---

١. عرف فقهاء الشيعة الكفالة: بأنها «عقد شرع للتعهد بالنفس» ولم يخالف في ذلك منهم إلا النادر حيث جاء في جامع المقاصد (ج٥، ص٤٣٦): «انه يصح التكفيل بالأعيان المضمونة» كما عن مفتاح الكرامة، الفصل الثاني من كتاب الكفالة، وطبيعي ان الأعيان المضمونة تشمل النفس وغيرها من الأموال، أما الضمان عندهم فهو «عقد شرع للتعهد بالمال» وبهذا يفترق الضمان عن الكفالة. وقد صرحت جميع المصادر للفقه الإمامي بهذا الفرق. أما بقية المذاهب الإسلامية فان الأحناف منهم يخلطون بين هذين المصطلحين فيطلقون الكفالة على التعهدين المالي والنفسي ومصادرهم الفقهية طافحة بهذا المعنى.

فعالم كبير بادشاه الحنفي أطلق تعريف الضمان على الكفالة، حيث قال: «أما تعريفها ـ أي الكفالة ـ 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 أنه قال في أحد قوله. بأن كفالة البدن ضعيفة؛ ولكنه في القول الآخر يذهب إلى جواز كفالة البدن كما يصح الضمان في الحال. لا حظ بذلك المهذب للشيرازي: بحث الكفالة.

الكفيل ملزم بدفع المبلغ إلى المكفول له بحسب العرف التجاري، وفي هذه الجهة الثانية نريد أن نرى أن الجهة الشرعية هل تلزم الكفيل بدفع الخسارة إلى المكفول له أولا؟ بل له أن يتخلف عن ذلك فنقول:

إن طبيعة الكفالة المعروفة عندنا في الشريعة الإسلامية لا تقتضي ضمان الكفيل وخسارته لما على المكفول من حق إلى المكفول له كما سبق بيانه.

ولكن بعض الأجلة من علماء العصر ذهب إلى الضمان فقد قال فقيه عصره السيد أبوالحسن الأصفهاني ﷺ ما يلي:

> و إن كان ـ يعني المكفول ـ 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 ـ إلى ان قال ـ: مسألة ـ 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.[1]

فمن ظاهر كلمات السيد ﷺ نفهم أن المكفول إذا أذن للكفيل بالأداء كان للكفيل الرجوع على المكفول فيما أداه عنه. ومن الواضح أن المكفول في يومنا هذا يأذن للكفيل بأن يؤدي عنه ما يتفق على الخسارة لو أخل هو بما التزم به إلى المكفول له، ولا يقدم الكفيل على ذلك ما لم يعتمد على مقدار الرصيد الذي يدعم المكفول من نقد أو عقار أو ما شاكل.

وقد نبه شيخنا الأستاذ ﷺ بأن هذه التفريعات التي ذكرها الفقيه السيد الأصفهاني ﷺ لعل الأصل فيها ما ذكره صاحب الجواهر ﷺ. حيث قال:

> نعم في المسالك ومحكي التذكرة ومجمع البرهان إنما يجب عليه الإحضار عند إمكانه. أما إذا لم يمكن كما إذا غاب غيبة منقطعة لا يعرف له موضع ولا خبر لم يكلف بإحضاره؛ لعدم الإمكان ولا شيء عليه؛ لأنه لم يكلف المال، بل قيل إنه ظاهر الباقيين أيضا، لكن في القواعد: لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب التزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر. (و عن جامع المقاصد) أن الأول أصح لأن مقتضى الكفالة إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال، والأصل بقاء ذلك

---

١. اصفهانى، وسيلة النجاة، ج٢، ص٢٤٦.

إلى أن يحصل المبرئ وهو المسقط للحق أو موت المكفول وأن الكفيل وثيقة على الحق كالرهن، فاذا تعذر استيفاء الحق من جهة من عليه استوفى من الوثيقة.[١] ـ انتهى.

وقال العلامة الحلي رحمه الله: «و على الكافل دفع المكفول أو ما عليه».[٢] ونحوه عبارة المحقق الحلي صاحب الشرائع رحمه الله.[٣]

والآن فهل أداء المال في عرض الإحضار أو في طوله أو أن أداء المال أجنبي عن الكفالة بالمرة، وإنما يلتجي اليه الكفيل لو حبس على إحضار المكفول فله أن يتخلص من الحبس بأداء ما على المكفول، والظاهر هو الأخير فإن الكفالة كما تجري في الأموال فكذلك تجري في غيرها كما في كفالة المدعى عليه للحضور للمرافعة وكما في كفالة أحد الزوجين للحضور إلى الآخر.

سبب استحداث هذا النوع من الكفالات

هذا وغيره من كلمات الأعلام يعطينا بالنظرة الأولية أن الغرض من الكفالة هو إحضار نفس الشخص المكفول، إلا أن الجماعة بنوا على أحد الاحتمالين الأولين أعني كون أداء المال من مقتضيات الكفالة لكن: إما مطلقا فتكون الكفالة قاضية بالتخيير، أو في طوله بحيث أنه إنما يجب عليه من الحق ـ كما يشعر به تعليل جامع المقاصد ـ؛ لأن الكفيل وثيقة على الحق، لكن كل ذلك لم يقم عليه دليل. نعم إذا تم اعتبار كون هذه المعاملة من المعاملات المستحدثة المشمولة لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٤] فلا مانع حينئذ من تحمل الخسارة، على أنه يمكن توجيهها بما يوجه به الأمر المعاملي الموجب لضمان الآمر كما لو قال الآمر:«ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه»، فيكون الأمر حينئذ بمنزلة الإيجاب وامتثال 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؟

---

١. النجفي، جواهر الكلام، ج١٣، ص٤٢٥.

٢. الحلي، تبصرة المتعلمين، كتاب الكفالة، ص٧٣.

٣. حيث قال. «و ان أقنع كان له حبسه أو يؤدي ما عليه» ص١٢٤.

٤. المائدة: ١.

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

(و بالجملة) الكلمات في المقام مشوشة وفي كتب أهل السنة ما هو أكثر من هذا التشويش كما في بداية المجتهد لابن رشد.[1] قال شيخنا الأستاذ ﷾ معقبا ذلك: بأن الذي يمكن الوثوق به هو كون الكفالة عندنا ـ معاشر الإمامية ـ مقصورة على إحضار شخص المكفول، ولا يدخل فيها أداء ما عليه بوجه من الوجوه.[2]

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

---

١. ابن رشد، بداية المجتهد، ص٢٩١-٢٩٤.

٢. دعوى شيخنا ﷾ بأن الكفالة عند الإمامية مقصورة على إحضار شخص المكفول فقط، لا يلتئم مع ما تقدم من عبارة جامع المقاصد «من التزام الكفيل بالمال معللا بأن مقتضى الكفالة إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال» وكذا ما ذهب إليه العلامة في تبصرته من أنه «على الكافل دفع المكفول، أو ما عليه»، وكذلك عبارة الشرائع المتقدمة من قوله: «و ان امتنع كان له حبسه، أو يؤدي ما عليه» فان هؤلاء لا يقتصرون في الكفالة على النفس بل يجرونها إلى المال خصوصا عبارة العلامة المذكورة.

### ٤. الحوالات

والتحويل الذي تجري عليه المصارف والبنوك على صورتين:

**الصورة الأولى:**

أن يدفع الشخص إلى البنك في النجف ـ مثلا ـ مبلغا قدره مائة دينار ويأخذ بالمبلغ المذكور تحويلا 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 تسليم المبلغ من شخص ثالث أو بنك أو مصرف في بغداد فيدفع البنك المبلغ ليتسلمه من المحول عليه ويأخذ بإزاء ذلك عمولة معينة.

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

فإما أن يكون منزلا على بيع العشرة دنانير المدفوعة في النجف أو مائة 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 منزلا على القرض كأن يقرض البنك المبلغ المدفوع في النجف كاملا ليتسلم وفاء عنه المبلغ بنقيصة معينة، وهذا أيضا لا اشكال فيه؛ لعدم تحقق الربوية في ذلك؛ لأن الربا هو الزيادة التي يأخذها الدائن من المديون لا الزيادة التي يأخذها المديون من الدائن. وفي هذه الصورة كان الشخص الآخر هو المدين والمكلف بإيصال المبلغ إلى بغداد، أما الذي دفع الزيادة فهو الدائن وقد استوفاها المدين فلا يكون هذا القرض ربويا. وقد قلنا فيما تقدم أن الفقهاء اشترطوا في تحقق القرض أن يكون ذلك القرض قد جر نفعا إلى المقرض والقرض المذكور في صورتنا قد جر نفعا للمقرض له، وهو المدين ولا شبهة فيه.

وأما التحويل في الصورة الثانية: فيختلف حكمه حيث يأخذ الشخص في النجف من البنك مائة دينار، ويدفع له تحويلا بالمبلغ المذكور، وزيادة. وحينئذ فإن 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 أن 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 إلى 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 نفعا إلى الدائن ولذلك فهي معاملة ربوية.

## ٥. تحصيل الشيكات

الشيك أو الصك لا يخرج عن كونه ورقة تحويلية على بنك أو مصرف يأمره بموجبه دفع مبلغ معين لحامله، ولذلك فهو يعتبر من الأوراق التجارية القابلة للتظهير. ومعنى التظهير هو أن يوقع حامل الصك خلف الصك ليكون مختصا 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 مثلا لحامل ذلك الصك، ففي هذه الحالة قد لا يرغب حامل الصك تسلم المال بنفسه من الجهة المحول عليها فيتولى أحد الطرفين أو البنوك بتحصيل ذلك المبلغ لحامله. 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 ﷾ هذا النوع من التحصيل من فروع مسألة الحوالة؛ لأن حامل الصك بحول من يشتريه بتسلم المبلغ المذكور من البنك المسحوب عليه فتجري على ذلك أحكام الحوالة ـ وقد تقدم البحث عنها ـ فلا داعي إلى التكرار واعادة ما سبق.

## ٦. تحصيل الأوراق 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 نظرا لما قدمه من خدمة.

ويرى شيخنا﴿ أن مرجع هذه العملية إلى توكيل البنك لقبض المبلغ من المدين وإيصاله إلى الدائن وله على ذلك جعالة أو إجارة معينة وليس في ذلك أي منع شرعي؛ فإن البنك يكون وكيلا من قبل الدائن لمطالبة المدين. فان توقيع السند وتسليمه إلى البنك توكيل له بالمطالبة وتحصيل ما للدائن بذمة المدين.

وتختلف حال هذه العمولة التي تؤخذ من الدائن. فان خرجناها على الجعالة[1] 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: «من وجد ضالتي فله عليّ دنانير» فإن 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 فإن للبنك أو أي جهة تقوم بهذا العمل أخذ المبلغ من الدائن؛ لأن الإجارة كانت على نفس العمل والذي هو المطالبة وقد حصل، وليس ذلك موقوف على النظر إلى 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 أن يسحب أيّ 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 (تبعا 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 إلى ذلك الشخص. ويكون معنى الحساب المكشوف هو أن البنك يقرض عملية نظرا لوجود الثقة فيه مبلغا معينا من المال ويكون ما يتقاضاه البنك من الفائدة على هذه الأموال من الفوائد الربوية كما لا يخفى.

---

١. الجعالة: لا تخرج في المصطلحين اللغوي، والشرعي عن كونها: عوض معلوم على عمل، ودليل صحتها كما يقرره الفقهاء: قوله تعالى ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (يوسف: ٧٣)، ثم إجماع علماء الشيعة عليها. وتصح على كل عمل محلل مقصود.

واختلف الفقهاء في كونها من الإيقاعات فلا تتوقف على القبول، أو انها من العقود فلا بد لها من تعقب القبول.

## ٨. بيع وشراء الأسهم والسندات

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

وقد صحح شيخنا الأستاذ ﷾ أخذ العمولة باعتبارها جعالة من الشركة إلى البنك على بيع تلك الأسهم والسندات أو أنها إجارة على ذلك. فيكون البنك أجيرا على تصريف تلك الأسهم وبيعها ويكون أخذه للعموله 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:

أما الجعالة على البيع، أو الإجارة على البيع، أو الهبة المشروطة بالبيع كل ذلك فيما لو باع البنك شيئا منها. أما لو لم يبع فلا يستحق العمولة ولا شيء له.

## ٩. خصم الأوراق 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:

نوعان من الكمبيالات

أولا: كمبيالات تعبر عن وجود قرض حقيقي

ثانيا: كمبيالات تعبر عن وجود قرض صوري - ويسمى بالمجاملة -

### 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 المداينة بين الطرفين. وفي هذه الحالة، يأخذ زيد الورقة المذكورة لينزلها عند شخص ثالث بمبلغ ثمانية وتسعين دينارا، لا بد لحامل الورقة والشخص الثالث من اعتبار هذه المعاملة بيعية لا قرضية. ويتولى الشخص الثالث بعد ذلك مطالبة المدين بالمبلغ المذكور وهو - مائة دينار - في الموعد المحدد.

ومن الواضح عدم تحقق الربا في هذه الصورة، وإن تحققت الزيادة؛ لأن هذه العملية تكون

من صغريات مسألة بيع الدين بأقل منه مع أن الدين لم يكن من جنس ربوي، بل هو من الأوراق غير المكيلة ولا الموازنة.[1]

وفي الوقت نفسه لا قرض في البين ليتحقق الربا، ليقال: إن وجود القرض مع الفرق يحقق الزيادة حتى ولو لم يكن الموضوع مكيلا أو موزونا؛ بل هو بيع لما له بذمة الآخر إلى أجل. وبتعبير أوضح:

إن الدين لو كان ربويا كما لو كان لشخص بذمة آخر وزنة من الحنطة أو مائة مثقال من الذهب، أو الفضة، وما شاكل هذا مما هو مكيل أو موزون، فإنه لا يجوز بيعه بشيء من جنس ذلك سواء كان بأقل، أو بأكثر؛ لأن الزيادة في أحد المتجانسين المكيلين، أو الموزونين في البيع تكون موجبة لتحقق الربوية وإن لم يكن أحدهما دينا. أما لو كان بيع الدين بغير جنسه، كما في بيع وزنة من الحنطة بوزنتين من التمن، أو كانت المجانسة محفوظة ولكن لم يكونا من المكيل، أو الموزون ـ كما في الأوراق النقدية ـ فلا مانع من بيع هذا الدين بأقل منه، أو بالأكثر؛ إذ لا يكون البيع ربويا 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.

### النوع الثاني: الكمبيالات الصورية

حيث لا يكون لأحد الطرفين قرض بذمة الآخر، بل قد تعارف أن يكتب أحد الطرفين إلى الآخر

---

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 النوع من البيع؛ بل إدعي الشيخ صاحب الجواهر رحمه الله على ذلك الشهرة وأنه من أصول المذهب وقواعده وفي الوقت نفسه فان الروايات المروية في هذا الباب تخالف هذا المعني. ففي رواية محمد بن الفضيل قال: قلت للرضا عليه السلام «رجل أشتري دينا على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له: أدفع إلي ما لفلان عليك فقد اشتريته منه فقال: يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين وبَرئ الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه» ومثلها رواية أخرى عن الباقر عليه السلام وفيها رجل كان له على رجل دين فجائه رجل وأشترى منه بعرض إلخ. (راجع: الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج١٨، ص٣٣٦) ولكن الشيخ صاحب الجواهر رد الروايتين «بأنهما ضعيفتان ولا جابر لهما بل شهرة الأصحاب بقسيمها على خلافهما مخالفتان لأصول المذهب وقواعده». ( النجفي، جواهر الكلام، ج١٣، ص٥١)

ورقة ـ كمبيالة ـ تفيد بأن أحد الطرفين مدين إلى الآخر بمبلغ مائة دينار وأن المدين مستعد للدفع في الموعد المحدد. ولذا أطلقوا عليها (كمبيالة المجاملة)، لذلك كانت المداينة صورية بينهما.

وبعد تمامية هذه المداينة الصورية، يأخذ الدائن ورقة الكمبيالة ليدفعها إلى البنك فيستقطع البنك مبلغا معينا ويدفع البنك اليه ما تبقى اليه. وعند حلول الموعد يتولى البنك مطالبة المدين بالمبلغ المذكور كاملا.

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

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

ولكن الدين في الصورة الثانية منتف ولا حقيقة له؛ لأن ذمة المدين ليست بمشغولة إلى الدائن ليتولى هذا الأخير بيع ماله إلى الآخر؛ وعلى هذا فبازاء أي شيء يدفع البنك المال مع عدم اشتغال ذمة أحدهما؟ ولأجل هذه الجهة ـ وهي عدم وجود دين حقيقي في هذه المعاملة- قد يقال: ببطلان هذا النوع من المعاملات الشائعة في هذه الأيام.

وجوه التصحيح الشرعي لهذا النوع من الكمبيالات

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

تارة ـ تكون على نحو البيع والشراء، وأخرى ـ تكون على نحو القرض. أما لو كان التنزيل فيها على نحو البيع فالمتصور هنا صورتان:

التصحيح الشرعي على نحو البيع صورتان

الأولى: أن يكون توقيع الكمبيالة من قبل المدين الصوري والاعتراف منه بأنه مدين إلى الآخر بالمبلغ لينزلها عند الشخص الثالث راجعا إلى أن المدين بهذه العملية قد وكل الدائن المجير بأن يوقع المعاوضة مع الشخص الثالث على مبلغ قدره ثمانية وتسعون دينارا من ذلك الشخص في قبال مائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر في ذمة المدين، ويدفع الكمبيالة إلى الشخص الثالث ليقبض مائة دينار من المدين عند الاستحقاق، ويستلم الدائن المبلغ المذكور ليدفعه إلى المدين. وبذلك تنتهي المعاملة البيعية ويكون المدين الصوري مشغول الذمة إلى ذلك الشخص الثالث بمائة دينار ولا يكون في البين شيء من الربا.

وفي هذه الصورة لو أراد الدائن أن يستفيد هو بالمبلغ وان كان ملكا للمدين فعليه أن يجرى معاملة جديدة مع المدين فيشتري منه المبلغ المذكور وهو ثمانية وتسعون دينارا نقدية بمائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر ـ مثلا. وبذلك تتم هذه المعاملة ويكون المدين الصوري مدينا للبنك أو الشخص الثالث بمائة دينار، والدائن مدينا للمدين بمائة دينار ولا ربوية في البين.

الصورة الثانية من التنزيل على البيع هي أن يجري الدائن الصوري في الكمبيالة ـ معاملة لنفسه مع الشخص الثالث فيشتري هذا الشخص الثالث من الدائن مبلغا قدره مائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر بثمانية وتسعين نقدية، وحيث تكمل هذه المعاملة البيعية بين الطرفين يحول الدائن الشخص الثالث بتسلم المائة دينار عند الاستحقاق من المدين، ولا يمكن للمدين التخلف عن هذه الحوالة؛ لأن المفروض قبوله لها لتوقيعه ـ الكمبيالة ـ والاعتراف بأنه مدين إلى الآخر بهذا المبلغ وهو مائة دينار.

وهذا المبلغ، لو أراد الدائن أن يتصرف فيه فهو ملكه ويكون مشغول الذمة بمائة دينار إلى المدين، حيث يدفع عنه إلى 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 دينارا 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:

النحو الثانى من التصحيح الشرعى: على نحو القرض

أما لو استقرض الدائن لنفسه من الشخص الثالث مبلغا قدره ثمانية وتسعون نقدا 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 إلى 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 بأن يستقرض له من الشخص الثالث ثمانية وتسعين دينارا نقدية بمائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر، وبعد هذا استقرض الدائن الثمانية والتسعين دينارا على أن 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 دينارا مقابل مائة دينار فيكون المدين دافعا للشخص الثالث زيادة ربوية وآخذا من المدين زيادة ربوية.

والخلاصة

إن تصحيح هذا النوع ـ من كمبيالات المجاملة ـ 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 محققا. فلا بد من الالتفات في مقام تنزيل الكمبيالة والتوجه إلى الابتعاد عن القرض وإجراء المعاملات على نحو البيع.

رجوع الشخص الثالث على المجير

يجرى التعامل في البنوك والمصارف على أن المجير الأخير والذي هو الدائن غالبا 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 ـ الكمبيالة ـ على البيع مع الشخص الثالث كان على صورتين؛ فتارة تجري على ذمة المدين والدائن وكيل في إجراء هذه المعاملة على ذمته وأخرى يجريها الدائن لنفسه وبحول الشخص الثالث بالتسلم على المدين. فلو لم يدفع المدين في كلتا الصورتين المبلغ سواء كان قد ملكه أو محولا عليه فهل في البين ما يلزم الدائن بالتسديد؟

وللجواب على ذلك نقول:

إن القواعد الفقهية لا تلزم الدائن بالتسديد في كلتا الصورتين؛ 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.[1]

---

١. كافة مصادر الفقه الشيعي أو السني، قال المحقق الحوالة «عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله ويشترط فيها رضا المحيل، والمحال عليه والمحتال ومع تحققها يتحول المال إلى ذمة المحال علية، ويبرأ

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 مبلغا قدره ثمانية وتسعون دينارا نقدا بمائة دينار مؤجلة يدفعها لك المدين عند الأجل. ولو لم يدفع عند الأجل فأنا ملزم لك بدفعه عنه ويقبل الآخر بهذه المعاملة ويكون الوكيل ملزما. وفي الصورة الثانية لو قال: بعني ثمانية وتسعين دينارا نقدا بمائة دينار مؤجلة على شرط أن أحولك بالمبلغ على المدين. ولو تخلف المدين عن الدفع بعد قبول الحوالة فأنا متعهد لك بدفع مائة دينار عنه من خالص مالي ويقبل الشخص الثالث بهذه المعاملة على هذه الكيفية المذكورة.

وبعد تصحيح هذا النوع من الشرط لو وقع مصرحا به نلتزم بتصحيحه حتى لو لم يصرح به وكانت المعاملة مبتنية عليه بحيث كان معروفا ومتعارفا عندهم. فان هذا النحو من المعاملات مبني على هذا الاشتراط فيكون من قبيل الشروط الضمنية التي ينصرف إليها إطلاق العقد، نظير الانصراف إلى نقد البلد كما لو اشترى سلعة من بلد بدينار؛ فان المنصرف من ذلك هو كون الدينار حالا غير مؤجل وكونه دينارا عراقيا لو كان البيع قد وقع في العراق ـ مثلا ـ وهذا هو الحال في سائر الشروط الضمنية. وبهذا يكون المجير ملزما بدفع المبلغ لو تخلف المدين عن التسديد.

### تصحيح الكمبيالة على طريق الهبة

وهل يصح تصحيح هذا النوع من الكمبيالات بتخريجها على أن يكون الفرق المدفوع على نحو الهبة من المستقرض، فيما لو استقرض مبلغ عشرة دنانير بعشرة دنانير مؤجلة ويدفع منه هبة دينارا للمقرض؟

---

المحيل». وعلق في الجواهر على هذه العبارة بقوله: «خصوصا بعد العلم باستفاضة هذه العبارة حتى حكي عليها الإجماع غير واحد» وقال ابن قدامة الحنبلي «فإذا اجتمعت شروط الحوالة، وصحت برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء الا ما يروى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة برأيه إلا أن يبرئه، وعن ذمن انه قال لا تنقل الحق». (راجع: الحلي، شرائع الإسلام؛ ج٢، ص٩٣؛ النجفي، جواهر الكلام، ج١٣، ص٤٣٨؛ ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٤٧١)

والجواب عنه:

بأن هذه القروض الجارية في البنوك والمصارف أو الأشخاص الآخرين إنما تبتني على أخذ الفرق على التأخير. ومع وجود هذا التباني لا يمكن أن يقصد الإنسان دفع الهبة منه إلى الشخص الثالث على نحو الاستقلال. نعم، لو استقرض من شخص مبلغا وبعد مضي مدة سلمه المبلغ بنفسه، وبعد ذلك تفضل المستقرض فأعطى شيئا من المال إلى المقرض فان 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 شيئا 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[1] 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 على أنه قد وردت روايات في استعمال بعض 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 ـ مثلا ـ بمائة درهم ويجعل التأجيل شرطا من المدين على الدائن وقد ذكر صاحب الجواهر رحمه الله هذه الروايات في كتاب الدين شارحا قول المصنف وهو: «ولو أخره بزيادة فيه لم تثبت الزيادة ولا الأجل».

---

١. راجع: الانصاري، المكاسب، ص٣٠٦.

قال في الجواهر معلقا «بل هو الربا المحرم بلا خلاف و اشكال».[١] نعم قد يحتال لذلك بجعل الزيادة في ثمن المبيع مثلا وان لم يساوه قد اشترط في عقد تأجيل الحال خاصة أو هو مع ثمن البيع كما نطقت به النصوص، ففي موثق ابن عمار: قلت للرضا ـ عليه السلام ـ : **الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم ويؤخر عليه المال إلى وقت، قال: لا بأس قد أمرني أبي ففعلت ذلك،**[٢] وزعم أنه سأل أباالحسن عليه السلام عنها فقال له مثل ذلك، وفي موثقة الآخر: **قلت لأبي الحسن عليه السلام يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرني وأنا أربحك فأبيعه جبّة تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم، أو قال بعشرين وأؤخره المال، قال: لا بأس**[٣]، وفي مضمر عبد الملك بن عتبة سألته عن الرجل يريد ان أعينه المال، ويكون لي عليه مال، قبل ذلك فيطلب مني مالا أزيده على مالي الذي عليه، أيستقيم أن أزيده مالا وأبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم، فأقول: أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخر ثمنها ومالي عليك كذا وكذا شهرا؟ قال: لا بأس به».[٤]

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 مؤجلا 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 إشكال التأجيل، سواء كان على نحو شرط النتيجة أو شرط السبب. ولكن هل يمكن لنا أن نتخلص من اشكال الربا؟

بالنسبة إلى أخذ الفروق المستحقة بطريق الجعالة وصورتها بأن يجعل المدين للدائن مبلغا معينا يتفق عليه الطرفان في قبال تأجيل الدين أو في قبال عدم المطالبة إلى سنة. وقد توقف

---

١. النجفي، جواهر الكلام، ج٢٥، ص٣٤.

٢. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج١٨، ص٥٥.

٣. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج١٨، ص٥٥، راجع: النجفي، جواهر الكلام، ص٢٩٣.

٤. المصدر السابق.

شيخنا الأستاذ ﷾ في ذلك إلا أنه فصل فيه. ـ فمثلا ـ يقال بالمنع فيما لو كانت الجعالة في قبالة نفس التأجيل وهو عين ما يراد الفرار منه. نعم، قد يقال بالصحة في الصورة الثانية أعني كون مقابل الجعالة هو عدم المالية إلى سنة فان عدم المطالبة ـ مثلا ـ قابل لأخذ الجعل في قباله؛ إذ لا يشترط فيما يكون في قبال الجعالة عمل خارجي خاص من المجعول له، بل يكفي الترك وعدم المطالبة كما لو جعل جعلا معينا لمن يريد مزاحمته في شراء الدار فيجعل لذلك المزاحم مبلغا من المال بإزاء عدم الزيادة وعدم الدخول بينهما وان كان قد يتأمل في هذا التنظير الأخير.

## ١٠. الاعتمادات المستندية

ويقصد بذلك: هو أن يتم العقد بين التاجر والشركة في خارج البلاد أو وكيلها الموجود في البلد على نوع من البضاعة. وبعد أن يتفق الطرفان على الشروط والمواصفات يتقدم التاجر إلى البنك بطلب ـ فتح اعتماد ـ 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.

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

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

ويحفظ الاعتماد ـ عادة ـ 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 وسيطا في تمامية المعاملة؛ لأن الحكومات تمنع تحويل الأموال وإخراجها إلى خارج البلاد ما لم يكن ذلك تحت نظرها وأشرافها وترتيبا على ذلك إن الاستيراد مغلوق في وجه التجار ما لم تكن البنوك هي الواسطة في تمامية هذه المعاملة بين الطرفين.

ويكون البحث في هذه المعاملة في موردين:

**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 مدينا للبنك بالمبلغ المدفوع إلى الشركة ويكون حينئذ أخذه للعمولة والفائدة باطلا؛ لأنه أجرى معاملة قرضية مشتملة على فوائد ربوية، فالمعاملة باطلة ولا يسوغ له حتى أخذ العمولة ويكون تسجيله للبضاعة باسمه من حين التصدير إلى يوم تسلمها من قبل صاحبها كوثيقة بيده بإزاء 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 حاصلا على نحو التبرع من دون أن يكون المدين ضامنا للموفي، 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 مقاولة

بين المدين وبين الموفي بأن يقول المدين إلى الموفي «أدّ عني 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[1] وحيث يكون التاجر مدينا 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 الجعالة على أنه إذا أدى عني ديني أن أدفع له أصل المال والزيادة المقررة.

وحينئذ فيكون التاجر ضامنا للبنك ما دفعه عنه إلى الشركة وضامنا له الزيادة المقررة المأخوذة بإزاء هذه العملية من تسجيل البضاعة باسم البنك وتسجيلها بعد تسليم المبلغ باسم التاجر وما يتخلل ذلك من عمليات توفر على التاجر وقته حيث لا يكون مكلفا بمراقبة البضاعة وتصديرها وشحنها وما شاكل ذلك، بل تكون هذه بعهدة البنك وحيث يصل المال يبلغ التاجر بتسلمه. فتكون هذه المقاولة بين التاجر والبنك مؤلفة من أربع عمليات: يقوم البنك باثنين ويقوم التاجر باثنين أيضا.

أما ما يقوم به البنك فهو:

١. أداء ما على التاجر من الدين؛

٢. تسجيل البضاعة باسمه.

---

١. الظاهر من التعاريف التي ذكرت للاعتمادات السندية هو أن البنك يكون أجنبيا عن العقد بين التاجر والشركة؛ لا أنه هو الذي يكون وكيلا عن المشتري في إجراء معاملة البيع والشراء قال الأستاذ حسن محمد ربيع في كتابه المصارف صفحه٨٣ «و يلاحظ أنه قبل فتح الاعتماد المستندي يجب أن يكون العقد قد تم بين البائع والمشتري وخاصة فيما يتعلق بالكمية فالسعر وشروط الدفع والتسليم. ويتقدم المشتري بعد ذلك إلى مصرفه ويملأ الطلب الخاص بفتح الاعتماد. ويمكن القول بأن الاعتماد المستندي هو اعتماد يفتحه مصرف لمشتر لبضائع من الخارج بضمان مستندات الشحن البحري».

من هذا وغيره نفهم 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.

وأما ما يقوم به التاجر فهو:

١. الضمان للبنك بذلك المقدار الذي دفعه عنه إلى الشركة؛

٢. إعطاء الفرق المقرر على عملية التسجيل المذكورة.

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 إلى الشركة، لا أن ذلك الدفع يكون إقراضا من البنك للتاجر. وأما ذلك المقدار المسمى بالعمولة المحدودة بذلك الحد، فهو إنما يكون مستحقا للبنك على التاجر بإزاء قيامه بتلك الأعمال؛ أعني جعل البضاعة باسم البنك إلى حين ورودها، وتسلمها، لا أن ذلك القدر يكون فرقا 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 إلى اسم صاحبها عند الوصول، ودفع بقية المبلغ وما يتخلل بين هذه من عمليات. ولعل تسميتهم لذلك المقدار الذي يأخذه البنك بالعمولة لا يخلو من إشعار بأنه بإزاء العمل الذي عمله. قال في المنجد «العمالة والعمالة والعمالة أجرة العامل ورزقه والعامة تقول العمولة» إلخ.

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:

بان الأمر وإن كان كذلك إلا أن نفس تسجيل البضاعة من حين التصدير إلى حين الوصول باسم البنك مما يكون موجبا للاهتمام بها وعدم التفريط بها من الجميع؛ لأن أهمية البنك لدى الجميع وسمعته أكثر ما للتاجر من عنوان واعتبار. أضف إلى ذلك ما يجر 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 إلى حين الوصول.

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

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

ومن ذلك كله يظهر لك، أن ما نحن فيه ليس من قبيل إقراض البنك للتاجر مع الاشتراط من البنك على التاجر بأن يجعل له جعلا على تسجيل البضاعة باسمه. لما عرفت أن ما يدفعه البنك إلى الشركة عن دين التاجر ليس إقراضا منه للتاجر بل هو أداء لدين التاجر من مال البنك نفسه وان كان مضمونا على التاجر فلو كان التسجيل والنقل شرطا في ذلك لم يكن من قبيل الشرط النافع للمقرض في ضمن القرض.

وهذه الجهة، أعني إخراج المسألة عن إقراض البنك للتاجر بإزاء هذه المنفعة هي العمدة في تصحيح هذه المقاولة والمعاملة المقررة بين الطرفين البنك من جهة، والتاجر من الجهة الثانية، سواء قلنا إنها من باب الصلح، أو من قبيل العقد المستقل أو قلنا بأنها من مجرد وعد كل منهما لصاحبه بما يقوم به وقد وفي كل منهما لصاحبه بوعده، ولا بأس بذلك وإن لم يكن في البين عقد ومعاملة ملزمة لكل منهما 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 إلى الشركة؟ الظاهر جواز ذلك؛ لأن البنك وكيل عن التاجر ببيع بضاعته عند تخلفه عن دفع ما عليه من بقية ثمنها، وقد جاء ذلك صريحا 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 إبراء ذمتي نحوكم فلكم مطلق الحرية وبدون أشعاري مقدما ببيع البضائع المذكورة».[1]

١. محمد ربيع، المصارف، ص٨٨.

وبمقتضى هذا التصريح يكون البنك وكيلا عن صاحب البضاعة ببيعها واستيفاء حصته من أثمانها، كما يتضح ذلك جليا لمن يراجع المصدر المذكور ويقف على ورقة العقد.

## ١١. خطاب الاعتماد

وقد اعتادت المصارف والبنوك تسهيلا 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 حفظا 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. وحينئذ يزوده البنك بالخطاب المذكور وهو يوجه إلى بنك معين أو البنوك العالمية بتزويد حامل ذلك الخطاب ما يحتاجه من نقود ذلك البلد ـ وكما بينا ـ 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 ﷾ بأسا في ذلك. لأنا سبق وأن بينا في البحث عن الحوالة أنها تنقسم إلى قسمين:

الأول: ما كان الدفع فيه من المراجع إلى البنك فيدفع له المبلغ كاملا ليحوله إلى بلد آخر وقد ذكرنا عدم المنع 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 و جرت نفعا إلى الدائن. وخطاب الاعتماد من هذا القبيل، فان المسافر بإعطائه المبلغ إلى البنك، فقد أقرضه ذلك المبلغ، والبنك يحوله بالمبلغ إلى البلدان الأخرى والعمولة التي يتقاضاها قد جرت نفعا إلى المدين وخرجت من الدائن، فلا ربوية في البين.

## ١٢. معاملات مصارف الرهون ـ والعقار ـ والصناعي

وتختلف الأعمال الجارية في هذه البنوك عن بقية البنوك، حيث يكون تسليف المال فيها بإزاء رهن يوضع لديها من عقار أو ذهب، أو فرش، أو مكائن علما بأن بحثنا الآتي يشمل البنوك الأهلية لو أرادت أن تكون لها مصارف على هذا الغرار.

أما المصارف الحكومية، فان حكمها عرف مما تقدم، حيث يكون تسلم المال منهم ابتداءً 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 تجري على هذا النحو من الرهن والبيع عند التخلف عن تسليم المال.

الجهات الأربع في البحث عن معاملات الرهون والعقار والصناعى

وطبيعة البحث عن هذه المعاملات يستدعي التكلم في جهات أربع:

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

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

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

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

## الجهة الاولى: الوجه في أخذ المال من المصرف

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

وبينا هناك أن المصرف لو كان حكوميا وكان رأي المستلف، أو من يرجع إليه في التقليد هو عدم مالكية الدولة للأموال التي تستحصلها، فإن هذا المقبوض يكون من فروع المال مجهول المالك ويكون التصرف فيه متوقفا على إجازة الحاكم الشرعي. وأما لو كان البنك حكوميا وكان الشخص أو مرجعه التقليدي يرى مالكية الدولة، فإن 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.

### الجهة الثانية: إعطاء الفوائد للمصرف

ولا بد من رعاية الطرق الموجبة لحلية 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.

### الجهة الثالثه: 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 مسلطا على بيع ما بيده من الرهن استيفاء لحقه. وعند ذلك هل يكون مثل هذا الشرط صحيحا؟

ويجيب شيخنا الأستاذ ﷾ عن هذا السؤال: بأن الظاهر صحة مثل هذه الشروط، سواء كان هذا الشرط مخرجاً على نحو شرط النتيجة، أو على نحو شرط السبب.[1]

وذلك فانا لو نزلنا الشرط على نحو شرط النتيجة، فحينئذ لا يتوقف المرتهن على إجراء صيغة الوكالة، بل نفس الشرط يكون كافيا 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

---

١. شرط النتيجة، وشرط السبب اصطلاحان يراد بهما:

شرط النتيجة: إن 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.

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 ليفسح 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 جائزا من دون تخلف بشرط وإن كان عند الرهن لازما 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. إذاً فما يصنع والراهن متهرب من دفع المال أولا ومن توكيله على بيع العين المرهونة ثانيا؟

ويرجعنا شيخنا﵀ إلى الحاكم الشرعي في مثل هذه الأحوال، كما هو الحال لو لم يكن في البين اشتراط للوكالة أصلا، 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 المرهونة 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﵀ بأنه لا إشكال في وجوب الوفاء؛ لأنه مقتضى الشرط ووجوب الوفاء به، مضافا إلى الإجماعات المنقولة في صحة هذا النوع من الشرط. قال المحقق في الشرائع:

«فإذا اشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره أو وضع الرهن في يد عدل معين لزم ولم يكن للراهن فسخ الوكالة».[1]

وحيث يصل صاحب الجواهر﵀ إلى هذه الفقرة «في يد عدل معين» يعلق عليها قائلًا «صحّ بلا خلاف، بل عن الغنية الإجماع عليه لعموم «المؤمنون عند شروطهم» و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وخصوص ما دل على الرهن الشامل لهذا الفرد» وقال معلقا على قوله: (و لزم ولم يكن للراهن فسخ الوكالة) «وفاقا للمشهور بين الأصحاب نقلا وتحصيلا، بل عن السرائر نسبة الخلاف فيه

١. الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، ص٧٠.

إلى أهل الخلاف مشعر بعدمه بيننا ولعله كذلك، فإني لم أجده إلا من الشهيد في اللمعة بناء منه على ما سمعته من مذهبه»[١] وقال صاحب الرياض معلقا على قول المصنف: (و يجوز اشتراط الوكالة في الرهن) عند حلول أجل الدين له ولوارثه وغيره في عقد الرهن وغيره من العقود اللازمة بلا خلاف يعرف، بل عليه الإجماع في الغنية وهو الحجة مضافا إلى الأصل وعمومات الأدلة بلزوم الوفاء بالعقود والشروط السائغة الغير المخالفة للكتاب والسنة وما نحن فيه منها بالبديهة».[٢]

وإذا عرفنا صحة هذا النوع من الشروط وتمامية 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 للراهن، حيث قال: «و إذا اشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره أو وضع الرهن في يد عدل معين لزم ولم يكن للراهن فسخ الوكالة على تردد».[٣]

ولكن صاحب الجواهر رحمه الله أوضح أنه لا مجال للتردد، وقال: «فمن الغريب قول المصنف على تردد» ثم أوضح ذلك بما لا مزيد عليه فراجع[٤] وجرى على ذلك المرحوم الحاج آغا رضا الهمداني كما سيأتي ان شاء الله نقل عباراته والمرحوم السيد الطباطبائي اليزدي.[٥]

ويرى شيخنا الأستاذ دام ظله أن هذا النوع من التوكيل لا يقبل العزل ببيان أن طبع الوكالة وان كانت تنحل بالعزل، إلا أن محصل هذا النوع من الشرط بين الطرفين، حيث يوكل الراهن المرتهن على بيع العين المرهونة ينحل في واقعة إلى أمرين:

الأول: التوكيل من الراهن للمرتهن.

---

١. النجفي، جواهر الكلام، ج٢٥، ص١٦٥.

٢. الطباطبائي الكربلائي، الرياض، ج١، ص٥٨٦.

٣. الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، ص٧٠.

٤. النجفي، جواهر الكلام، ج٢٥، ص٣٢٦.

٥. المسألة ١٣ من كتاب الوكالة من ملحقات العروة.

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 بحثا 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: «و كيف كان فلو شرط الوكالة سواء كان شرط العقد أو كونه وكيلا، 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 مستمرا إلى زمان البيع، فالعزل ينافي المقصود والذي بنوا عليه الأمر» إلى أن يقول: «فالمقصود من الشرط هو إيجاد وصف الوكالة للمرتهن دائما إلى أن يتحقق البيع وهو أمر مقدور وسائغ في ذاته فيجب بمقتضى الشرط إلخ».[1]

وقد ذهب إلى ذلك أيضا أستاذ المحققين الشيخ النائيني ﷺ حيث قال: «و لو شرط وكالة المرتهن أو غيره لم ينعزل».[2]

إذاً فلا يكون صدور العزل من جانب الراهن نافذا لإبطال وكالة المرتهن على بيع العين المرهونة عند التخلف من دفع ما بذمته. هذا من الوجهة العلمية.

أما تطبيق ذلك على ما في الخارج، فإن أغلب البنوك تصرح بهذا الشرط، وهو أن يكون البنك وكيلا عن جانب الراهن في بيعها واستيفاء ما له من المال منها. وحتى لو لم يحصل التصريح بذلك الشرط، فإن تبانى المتعاملين (الراهن والمرتهن) في البنوك يكون على هذا الأساس. فإن الراهن حيث يقدم على وضع العين لدى البنك وبإنشاء تلك المعاملة يكون قد أنشأ في ضمنها هذا الشرط فيصح رهنا عند البيع حينئذ.

---

١. همداني، مصباح الفقيه، كتاب الرهن، ج١٤، ص٦٢٦ و ٦٢٧.

٢. النائيني، الوسيلة، ص٢٣٦.

**الجهة الرابعة: شراء العين المرهونة**

الجهة الرابعة من الجهات الأربعة التي وقع البحث في المعاملات الرهون فيها

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 تبعا لتطور أنظمة البنوك، وهي لو كانت منزلة على القرض والإقراض وأخذ الفائدة ودفعها بإزاء تلك القروض، فان ذلك من الربا المحرم ولا شبهة في تحريمه.

نعم، لو أمكن إجراء المعاملات القرضية على نحو البيع والتبايع ـ بالنحو الذي ذكرناه في البحوث المتقدمة ـ لكان ذلك صحيحا فرارا من الربا والربويات، وعلى الأخص بعد أن تقدم في البحث عن حقيقة الأوراق النقدية بيان جهة تغطية الدينار في هذه الأيام وأنه لا يعبر عن الذهب والفضة ليحصل الربا من التبايع فيه بالأكثر.

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

لأنا نقول: إن الشارع المقدس حيث حرم القرض والاستقراض بالفائدة، فتح لنا طرقا 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 المؤمِن لهم من الخسارة إلا أن هذه الحكمة[1]

---

١. كثيرا 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 العِدّة بأنها لدفع اختلاط المياه، وبتعليل وجوب الصلاة بأنها ناهية عن الفحشاء والمنكر ومثلوا لما كان التعليل فيه من باب العلة بتعليل حرمة الخمر للإسكار. فجعلوا اختلاط المياه من قبيل الحكمة التي دعت الشارع المقدس لأن يشرع العدّة في الموارد المنصوصة. فإن هذا النحو من التعليل لا يكون الحكم دائرا مداره وجودا وعدما، بل يكفي فيه الغلبة. بخلاف الثاني، فإن الإسكار يكون علة للحرمة ويكون الحكم دائرا مداره وجودا وعدما.

وان كانت جارية في هذه الطرق المذكورة للتخلص من الربا، لكنه قد تقرر في محله أنها ليست من قبيل العلة التي يدور الحكم مدارها وجودا وعدما.

فنحن ـ إذاً ـ 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 شرعا.

---

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

## الفصل الخامس

# السرقفليّة (الخلو)

### ما هي السرقفلية؟

ليست كلمة «السرقفلية» عربية، بل هي كلمة فارسية ترمز إلى ما تعارف في أيامنا الأخيرة بأن يتنازل المستأجر عما تحت تصرفه من إيجار المحل الذي يشغله إلى الآخر، ويتقاضى إزاء هذه العملية مقدارا من المال يتفق عليه الطرفان. وربما سمي ذلك في اللغة الدارجة «الخلو» وهو مأخوذ من تخلية ما تحت اليد إلى الغير.

### [انواع السرقفلية]

وهي على أنواع:

### النوع الأول من السرقفلية

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

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

وأخيرا 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 إزاء السرقفلية

الاقوال في التصحيح الشرعي للنوع الأول من 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 ـ مثلا ـ بما لو باع شخص كتابه لآخر بدينار فلا مجال للمشتري من أخذ الكتاب من البائع واحتساب المبلغ دينا بذمته، ذلك لأن نقدية الثمن بإزاء المثمن شرط ضمني لجريان العرف على التسليم، ولأن إطلاق العقد يقتضي ذلك على وجه يكون الانصراف إليه كقرينة نوعية على أخذه في متن العقد، ويكون ذلك التعارف مغنيا عن إدخاله في صريح الإنشاء العقدي، فلا يجوز التأخر عن دفع الثمن إلى البائع، بل لا بد من تسليمه نقدا، وفيما نحن فيه كذلك، فقد جرى العرف في أيامنا هذه على أن من كان قد استأجر محلا من آخر لا يخرجه المالك إلا برضائه ولا يتخلف المالك عن عقد الإيجار معه بعد انتهاء مدة الإيجار مراعاة لأحقيته في الإيجار عرفا. وهذا المقدار من الحق العرفي يكون صالحا للنقل إلى الغير بصلح ونحوه، بل يكون نفس هذا الحق مالا من الأموال يقبل المعاوضة عليه، ويكون من آثاره تحقيق الاستطاعة والانتقال إلى الورثة كبقية الأموال التي تورث.

عدم صحة نظر البعض في التصحيح الشرعي

ولكن هذا الرأي غير صحيح باعتبار أن هذا المقدار من الحق من حقوق المستأجر بدرجة أن المالك يكون ملزما بإجابته على الإجارة لو أراد ذلك بعد انتهاء المدة ـ 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 موجبا لأن يكون عدم إخراجه من الشروط الضمنية التي يجب الوفاء بها من قبل المالك.

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

وعلى فرض أن العرف يرى أن ذلك حقا فإنما 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، فإنا لو أردنا أن نأخذ مثل هذا التباني 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.

النظر الثاني في التصحيح الشرعي

وهكذا الحال لو قلنا: بأن المستفاد من هذا الشرط الضمني هو أن المالك يؤجر المحل على المستأجر لو أراد أن يستأجره منه ويخرج الشرط على نحو شرط السبب. فهذا المقدار أيضا ليس بكاف لتصحيح المعاملة؛ لأنا نقول: إن هذا لو كان فإنه لا يتعدى أن يكون شرطا من الشروط وللمستأجر قابلية إسقاطه بأن لا يستأجر المحل منه في السنة الثانية. أما نقله إلى الغير كحق من الحقوق سواء كان مجانا، 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 الاجارة معه عند حلول الموعد وانتهاء مدة الاجارة فإن هذا الشرط يلزم على المالك إجابته في هذه الجهة. أما أن المستأجر يتنازل عن المحل إلى غيره بأن يأخذ في قبال تنازله مبلغا من المال، فهذا مما لم يكن مستفادا من ذلك الشرط الصريح، فكيف به لو كان ضمنيا وعلى فرض تسليمه.

الرأي الصحيح للتصحيح الشرعي في النوع الأول

إذاً 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 سائغ لا بأس فيه، فان للإنسان أن يهب لآخر مقدارا 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 عوضا عن انتقال الشخص عن المنزل. فيسأله الراوي عن الرجل يرشو الرَّجل الرشوة على أن يتحول عن منزله فيسكنه قال عليه السلام لا بأس به.[1]

وربما نزلنا ذلك على الجعالة بأن يدفع المستأجر الجديد مقدارا من المال كجعالة إلى المستأجر القديم على أن لا يزاحمه في هذا الاستيجار. ويكفي في الجعالة أن لا يعمل شيئا ولا يشترط أن يكون بإزائها عمل من الأعمال بل نفس عدم الاقدام على الإيجار هو أمر معتبر عندهم ويدفع بإزائه الجعل.

طريق ثالث للتصحيح

وهناك طريق ثالث لتصحيح أخذ المال وهو تخريج هذه الاتفاقية بين المستأجرين الجديد والقديم على الصلح، بأن يتصالح الطرفان على أن يدفع المستأجر الجديد إلى المستأجر القديم مبلغا من المال بشرط عدم مزاحمة هذا الطرف للمستأجر الجديد في استيجار المحل.

## موقف المالك من السرقفلية:

هذا كله من ناحية المستأجرين الجديد والقديم، وكيفية دفع الأول المال إلى الثاني، وصلاحية 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 البأس، فإنها لا تدل إلا على نفي البائس بإعطاء المال بإزاء أن يتحول الآخر عن الدار، وأما نفوذ ذلك الاتفاق على المالك، فلا دلالة للأخبار عليه.

## والخلاصة

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

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

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج١٢، ص٢٠٧، ح٢.

## النوع الثاني من السرقفلية

ومن أقسام السرقفلية ما شاع أخيرا 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. فبدلا من أن يتمتع بهذا المال غيره فهو أحق به ـ فمثلا ـ 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 مبلغا 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 «و ثانية» 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 الجعالة، أو الصلح.

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 مبلغا قدره مائتا دينار بذمة المالك فهو حين خروجه من المحل مخير 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 تحويل له بالإيجار لمن يريد عند تركه للمحل، ويكون هذا شرطا ضمنيا في أثناء العقد. ولا وجه لمنع المالك بتقريب: أن الناس مسلطون على أموالهم، لأن السلطنة في مفروض هذا العقد محدودة طبقا للشرط الضمني الذي قبل به وسجله علي نفسه في ضمن عقد الإيجار.

والجواب عن هذا الاعتراض، بأنا 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 قرضة بذمته وإزاء هذه القرضة منحه حق الأسبقية والجلوس في المحل، حيث يتنافس عليه المستأجرون. وأما بعد ذلك فيكون للمستأجر الحق بايجار 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 إذناً منه للمستأجر بإعطائه الحرية في الإيجار لمن يريد، كأن يكون هذا المعنى شرطا ضمنيا في نظرهم فإن المؤمنين عند شروطهم ولا بد من الإمضاء.

طريق تصحيح الشرعي للنوع الثاني

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

أما صورة البطلان فهي: فيما لو أخذ منحه هذا الحق من صلاحيات الإيجار للغير شرطا 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 باطلا. كأن يقول المالك للمستأجر: «أجرتك المحل بخمسين دينارا سنويا واشترط عليك إقراضي مائتي دينار ما دمت جالسا في المحل» فيقبل المستأجر الإجارة المذكورة بقوله: «قبلت». ووفاء بالشرط المذكور يقرضه المبلغ ويشترط عليه في ضمن عقد القرض الجديد بأن له كامل الحرية في إيجار المحل

لمن يشاء. فلو قبل المالك هذا الشرط، لكان باطلا؛ لأنه شرط يجر نفعا للمقرض وهو ملحق بالربا كما تقدم بيان بطلان مثل هذا.

وأما صورة الصحة فهي كما لو أوقع المستأجرون الإيجار على النحو التالي: كأن يقول المالك للمستأجر: «أجرتك المحل بخمسين ديناراً سنويا وشرطت عليك أن تقرضني مائتي دينار وفي الوقت نفسه فقد شرطت على نفسي بأن لا أمنعك من إيجار المحل لمن تشاء عند انتهاء مدتك أو قبلها» فيكون هذا الشرط الذي يعود نفعه إلى المستأجر شرطا في عقد الإجارة، لا في عقد القرض وإنما أخذ هذا الشرط ونفس القرض شرطا في عقد الإجارة فلا مانع منه من هذه الجهة.

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

## الفصل السادس

# تصفية الوقف الذُرّي[1]

### عرض وحديث

من المؤسف له أن يكون الوقف مثار جدل ونقاش في الآونة الأخيرة، فيتصدى الكثير ممن لم يهمه أمر الدين الإسلامي الحنيف للمطالبة بالغاية وتخويل السلطة بتصفية ما هو موجود منه، وقائم بين الناس، متذرعين بحجج وأهمية 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 إدخال التحسينات على العين الموقوفة. وما إلى ذلك من الأعذار غافلين عن جهة دقيقة، هي أن ما يدعونه يعود بالنتيجة إلى سوء تصرف المتولين، والإهمال منهم بشؤون الوقف، وكان الأحرى بهؤلاء أن يطالبوا بتشديد العقوبات والضرب على أيدي العابثين بالوقف، ليكون ذلك أجدر بهم كمسلمين ينظرون إلى الشريعة المقدسة نظر اعتبار وتفهم.

فان ديننا الإسلامي الحنيف لم يكن وليد تفكير سطحي عادي، بعث رسوله ﷺ إلى جماعة من البشر يوم لم يكن للحضارة ما لها اليوم من الترقي والازدهار، بل إنها رسالة السماء إلى

---

١. أي: الوقف للأولاد والأحفاد والأقارب. [مصحح]

الأرض، بعد ما شاءت الحكمة الإلهية أن تكون هذه الرسالة خاتمة الرسالات الإلهية 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 إلى اليوم الذي يختار الله عز وجل للبشرية النهاية المحتومة.

وما ساقنا لهذا الكلام، إلا أن نبين لهؤلاء الذين طالبوا بإلغاء الوقف الذُرّي بان سوء التصرف الذي يصدر من القائمين بشؤون الوقف لا يكون منشأ لتصفية الوقف وتشويه حقيقته ولا إخفاء ما قصده المشرع الأعظم من وراء تشريعه من المنافع التي تعود إلى الصنف البشري.

«فحلال محمد ﷺ حلال إلى يوم القيامة، كما وأن حرام محمد ﷺ حرام إلى يوم القيامة».[1]

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

ولسنا ـ ونحن في هذه العجالة ـ في صدد بيان تعريف الوقف وذكر ما يتعلق به من الأحكام خشية أن يجرنا الكلام إلى التطويل. إنما نحن في صدد بيان لمحة عن تصفية الأوقاف الذرية، ومحاولة تلمس وجه شرعي يصحح لنا هذه التصفية ـ لو كان لنا من الأدلة ما يساعد على ذلك ـ ولهذا يقع البحث في جهتين:

[وجوه البحث]

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

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

## التصفية والمذاهب الخمسة

بيان تصفية الوقف الذرى عند المذاهب الخمسة

ولا بد لنا من ملاحظة جهة لزوم الوقف عند المذاهب الإسلامية، ومتى يكون لازما بحيث لا يتمكن الواقف أو الوارث الرجوع فيه. أما الجعفرية فقد ذهبوا إلى أن لزوم الوقف يتوقف على حصول الإقباض، فلو لم يحصل ذلك الإقباض جاز للواقف أو الوارث الرجوع فيه، ولا يكفي فيه

١. صفار قمي، بصائر الدرجات، ص١٤٨.

مجرد صدور اللفظ من الواقف ما لم يتحقق القبض.[١]

وأما بقية المذاهب من الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية، فمصادرهم الفقهية تحدثنا بأن: «الوقف قربة جائزة بالاتفاق، وهل يلزم أم لا؟ قال مالك والشافعي وأحمد يلزم باللفظ، وإن لم يحكم به حاكم وإن لم يخرجه مخرج الوصية بعد موته وهو قول أبي يوسف، فيصح عنده ويزول ملك الواقف عنه وإن لم يخرجه الواقف عن يده. وقال محمد: يصح إذا أخرجه عن يده بأن يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه، وهي رواية عن مالك. وقال أبوحنيفة: 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 أبوحنيفة فالعبارة المذكورة لا تعطينا رأيه واضحا في بادئ الأمر، فمن قوله «و قال أبوحنيفة الوقف عطية صحيحة ولكنه غير لازم» فهمنا أنه ـ كهبة غير الرحم ـ يجوز له الرجوع فيها مع بقائها، فيكون لزومه متوقفا على حكم الحاكم أو حصول ما علق عليه من الموت مثلا.

ومن قوله (و لا يزول ملك الواقف عن الوقف حتى يحكم به حاكم) نفهم أن الوقف ـ كالصرف ـ حيث يتوقف أصل التمليك فيه على حصول القبض والذي يفهم من رأى أبي حنيفة أنه إما أن يقول ببطلان الوقف ما لم يحكم به الحاكم أو بصحته وعدم لزومه ما لم يحكم به الحاكم.[٣]

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: «و قال

---

١. نقل السيد العاملي آراء فقهاء المذهب الجعفري كاملة، حيث منعوا في تحقق لزوم الوقف قبل الإقباض. (راجع: الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة، ج٩، ص٧)

٢. قاضي صفد، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص١٨٥؛ الشعراني، الميزان الكبرى، ج٢، ص١٠٦.

٣. راجع: شرح أحكام تصفية الاحباس: ٢٣-٢٤ فقد ذكر هذين الوجهين وقال عالمگير الحنفي ولا يلزم ـ أى الوقف ـ الا بطريقين: أحدهما: قضاء القاضي بلزومه.

والثاني: أن يخرج مخرج الوصية فيقول «أوصيت بغلسة داري هذه» فحينئذ يلزم الوقف. (راجع: برهان‌پورى، الفتاوى الهندية، ج٢، ص٣٥٠)

أبوحنيفة: إن حكم الحاكم بالوقف لزم، وإن لم يحكم لم يلزم وكان الواقف بالخيار؛ إن شاء باعه وإن شاء وهبه».[١]

وقال العلامة في التذكرة: «و قال أبوحنيفة الوقف لا يلزم بمجرده، وللواقف الرجوع فيه، وإذا مات رجع فيه ورثته، إلا أن يرضوا به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم».[٢]

حصيلة البحث إلى الان

وإذا أتضح رأي المذاهب الإسلامية في لزوم الوقف فنقول:

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

وأما لو لم تكمل عملية الوقف، كما لو وقف شخص دارا أو بستانا وحصل القبض، ولكن لم يحكم به حاكم، فهنا 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. ومن هذا يظهر لنا، أن فكرة تصفية الوقف اعتمدت على المذهب الحنفي فقط بشرط أن لم يكن الوقف قد حكم به الحاكم، أو لم يكن بطريق الوصية.

أن فكرة التصفية تجرى على مذهب الحنفى فقط

ادعاء الأباضية والجواب عنه

أما الأباضية فقد توقفوا فادعوا أن الوقف منسوخ بما روي عن النبي ﷺ بعد نزول آيات المواريث في سورة النساء حيث قال: «لا حبس عن فرائض الله» أي لا منع عن المواريث التي فرضها الله تعالى[٣] 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 مطلقا يبطل بموت الحابس ويعود ميراثا عينا ومنفعة.

---

١. الطوسى، الخلاف، ج٣، ص٥٣٨.

٢. الحلى، التذكرة، ج٢، ص٤٢٧.

٣. عبدالباقى، شرح أحكام تصفية الاحباس، ص٢٣.

قال المحقق الحلي «أما لو حبس شيئا على رجل معين ولم يعين وقتا ثم مات الحابس كان ميراثا، وكذا لو عيّن مدة وانقضت كان ميراثا لورثة الحابس»[1] ولا مجال لنا في هذه اللمحة العابرة من بيان أحكام الحبس تفصيلا.

**الجواب الثاني:** أنه لا عبرة بقول الأباضية في قبال بقية المسلمين. مضافا إلى أن المؤلف المذكور نقل أوقافا وقعت من الصحابة في عهد النبي الأكرم ﷺ.[2]

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

نقل صاحب كتاب التاج والجواب عنه

نقل صاحب كتاب التاج ما يلي:[3]

قال: كتب معيقيب وشهد عبد الله ابن الأرقم.

بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به عبد الله عمر أميرالمؤمنين: إن حدث به حدث أن ثمغا[4] وصرمة بن الأكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخيبر ورقيقة الذي فيه والمائة التي أطعمه محمد ﷺ بالوادي تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها إلا يباع ولا يشتري ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذي القربى ولا حرج على من وليه إن أكل أو واكل أو أشترى رقيقا منه رواه أبوداود إلى أن يقول في الهامش: وفضلا عما هنا من وقف عثمان وابي طلحة وسعد أمام النبي ﷺ وإرشاده لهم فيما سلكوا قد ثبت الوقف عن ابي بكر وعلي والزبير وسعيد وأنس وحكيم بن حزام وعمرو بن العاص وزيد بن ثابت (رض) كما رواه البيهقي عنهم والله أعلم.

وقد أورد المؤلف في صفحة ١٣ من كتابه المذكور عن ابن عباس: «سمعت رسول الله ﷺ بعد ما نزلت سورة النساء: في المواريث نهى عن الحبس».

**والجواب عنه:** أن هذا المقدار من النهي لا يضر بما نحن فيه من الوقف لما بيناه من أن الحبس

---

١. الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، ص١٧٧.

٢. عبد الباقي، شرح أحكام تصفية الاحباس، ص٧ ـ ١٣.

٣. ناصف، التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول، ج٢، ص٢٢٣.

٤. ثمغ كفلس وصرمة كنعمة ضيعتان كانتا لعمر في خلافته، أو المراد بالصرمة هنا القطعة الخفيفة من النخل والإبل.

شيء والوقف شيء آخر ولكل أحكامه الخاصة ولم يعلم إرادة الوقف من نهي رسول الله ﷺ بمجرد نهيه عن الحبس.

وأما ما جاء في نفس الكتاب المذكور[١] عن شريح القاضي من إبطال الوقف ـ فيقول شيخنا ﷺ في رده ـ أنه لا عبرة بشريح ولا بفتواه في قبال المذاهب الخمسة وبقية فقهاء الأمة الإسلامية.

وقد تعرض المؤلف أيضا تأييدا لما يبتغيه من سداد باب الوقف إلى الفتوى الصادرة من مفتي الإسكندرية الشيخ محمد بن محمود الجزائري المصدرة إلى محمد علي باشا وقد قال في آخرها. وقد ذكر جمع أرباب المعتبرات ومنهم صاحب الدر المختار أن أمر الأمير متى صادف فعلا مجتهدا فيه نفذ أمره أي وجب امتثاله والامتناع عن مخالفته وإذا عرف، هذا فاذا ورد أمر من الأمير بمنع العامة من إيقاف أملاكهم أو تحبيسها فيما يستقبلها من الزمان سدا لذريعة أغراضهم الفاسدة جاز ذلك لأنه مما تقتضيه السياسة الشرعية.[٢]

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

## والخلاصة

إن 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 والا فلو حكم الحاكم به، كان لازما ولا تجوز تصفيته على جميع المذاهب.

---

١. راجع: شرح أحكام تصفية الاحباس، ص١٥-٢٣.

٢. المصدر السابق، ص٢٣ ـ ٢٤.

## المدار في جواز تصفية الوقف

وهل أنه 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 حنفيا، جاز للوارث طلب تصفية الوقف مع عدم حكم الحاكم بالوقف.

بل يمكن أن يقال أن الوارث لو كان غير حنفي يجوز له طلب تصفية الوقف لو كان مقلدا لأحد المذاهب الثلاثة: الشافعي أو المالكي أو الحنبلي بأن يقلد أباحنيفة في هذه المسألة. كما نصوا على ذلك لأن الظاهر منهم أنهم لا يعتبرون الأعلمية في التقليد، أو أن المذاهب الأربعة عندهم سواء في الفضيلة[1] وحينئذ فلو كان غير حنفي وقلد أحد المذاهب الثلاثة، جاز له طلب التصفية تقليدا لأبي حنيفة في هذه المسألة كما تقدم.

وهكذا الحال في المشتري فإنه وان لم يكن حنفيا بل كان من أحد المذاهب الثلاثة فإنه يجوز له الإقدام على الشراء مقلدا أباحنيفة في 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 هذه المسألة. أما لو كان جعفريا فلا يسوغ له ذلك، ولا مورد لقاعدة الإلزام بأن يقوم الجعفري على أخذ ما ورثه أو شراء ذلك الوقف، اعتمادا منه على قاعدة إلزامهم بما ألزموا به أنفسهم، كما هو الحال في نكاح المطلّقة على مذهبهم فان ذلك ليس إلا للأدلة الخاصة على نفوذ طلاقهم الموافق لمذهبهم لقوله عليه السلام لزمته إذا كان معتقدا للثلاث.

عدم جريان قاعدة الإلزام

وتوضيح عدم كون ذلك من باب قاعدة الإلزام هو أن المستفاد من قاعدة الإلزام أنه لو كان مذهب العامي يقتضي ثبوت حق عليه للجعفري ومذهب الجعفري لا يقتضي ثبوت ذلك الحق، فقاعدة الإلزام تقول إن للجعفري إلزامه بما الزم به نفسه، وأخذ منه الحق الذي يعتقد هو، وان كان الجعفري لا يعتقد به كما في مسألة العصبة بالنسبة إلى العم وبنت أخيه لو كان العم جعفريا وبنت أخيه من العامة، فإن العامة يرون أن للعم حق أرث العصبة والعم وإن كان لا يعتقد ذلك الا أنه طبقا لقاعدة الإلزام يجوز له أخذ الحق منها. وأما إذا كان العامي معتقدا

---

١. (راجع: بحر العلوم، دليل القضاء الشرعي، ج٣، ص٦٥٢-٦٩٠). فقد نقل رأي المذاهب في هذه المسألة بما يغني المتتبع عن الالتجاء إلى بقية الكتب.

لجواز البيع للعين الموقوفة مثلا، فلا يجوز للجعفري الإقدام عليه من ناحية الشراء تمسكا منه بهذه القاعدة؛ إذ لا معنى للإلزام في هذه الموارد.

ولذلك لا يجوز لنا أن نشتري النبيذ من الحنفي[١] ولا الحيوان المذبوح الذي لم يذكر اسم الله عليه من الشافعي.[٢]

نعم، لو أقدم الجعفري واشترى ولم يكن عالما بالوقفية، ثم بعد ذلك أدعاها البائع، لم تسمع دعواه. ولو ثبتت بالقطع أو بالطرق الشرعية، أشكل 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 الأوقاف العامة، وكذا إذا كان من الأوقاف الخاصة على الذرية، لما عرفت من أن حلية البيع عند البائع العامي لا توجب حلية الشراء للجعفري ولا مورد فيه لقاعدة الإلزام؛ ـ كما عرفت ـ 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 الأهلين بعد دفع شيء من المال إلى أصحابها من هذا القبيل؛ إذ أن هذا الأخذ من قبل الدولة للأعيان الموقوفة، خاصة كانت أو عامة، يكون حاله كحال الأراضي التي تكون مملوكة لأهلها بالملك الصرف وتأخذها الحكومة لتفتح منها الشوارع وما شاكل ذلك[٣] وهو إشكال آخر غير إشكال تصفية الوقف؛ إذ لو صحت التصفية المذكورة بوجه من الوجوه،

---

١. حيث يرى الحنفية بيعه جائزا. قال السمرقندي الحنفي في تحفة الفقهاء: «وأما بيع هذه الأشربة، وتمليكها فجائز عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف و محمد لا يجوز ذلك» إلى أن قال: «أبو حنيفة يقول:«ان الاخبار تعارضت في هذه الاشربة ـ ويقصد بها ينقع الزبيب والتمر وغيرهما في الأنبذة ـ في الحلل والحرمة فقلنا بحرمة الشرب احتياطا ولا تبطل المالية في الحالة الأولى احتياطا، انشا بنة لان الاحتياط لا يجري في إبطال حقوق الناس». (راجع: السمرقندى، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٤٥٦)

٢. لم ير الشافعي التسمية من شرائط التذكية، فقد قال السمرقندي الحنفي: «ومنها ـ أي من شرائط الحل ـ التسمية حتى لو تركها عامدا لا يحل عندنا وعند الشافعي يحل».(راجع: المصدر السابق، ج٣، ص٧٧)

٣. تعرض شيخنا الأستاذ ﷺ إلى موضوع الشوارع المفتوحة من قبل الدولة في بحث موجود في ضمن هذه البحوث.

لم يصح شراء أمثال هذه الدور والبساتين إلا بإرضاء أصحاب تلك الأراضي أو الموقوف عليهم. وأشكل من الجميع ما لو كان المستملك من الأراضي الموقوفة على الجهات أو كانت وقفا عاما.

## نهاية المطاف

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

# الفصل السابع

## البيع القهري أو ازالة الشيوع

### 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) مثلا وقد خلفها مالكها لجماعة يكثر عددهم، فتخاصموا إلى الحاكم الشرعي وكل يريد حقه، أو دار ورثها جماعة من مورثهم ولا يمكن قسمتها بينهم والاستفادة بكل حصة 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 بـ (إزالة الشيوع).

وقد أفاد شيخنا الأستاذ ﷾ في ذلك:

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

## كلمات الأعلام

كلام صاحب الجواهر

ومن تلك الموارد ما صرح به الشيخ صاحب الجواهر رحمه الله حيث قال:

لكن قد يقال فيما إذا كانت قسمته ممتنعة، انه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر ويؤجره عليهما إن كانت له أجرة، جمعا بين الحقين وصونا للمال عن التلف وجبراً للضرر، كما صرح به في الدروس. ولعل ذلك من السياسيات بناءا على أن للحاكم ذلك ونحوه. وحينئذ لا ينحصر الأمر في ذلك. فله -حينئذ- بيعه عليهم مع كونه مقتضاها كما عن بعض العامة[1] من كون ذلك وجها. أما مع قطع النظر عنها فالمتجه ما صرح به بعضهم من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع وعدم إمكان القسمة وانتفاء المهاياة لأصلي عدم الوجوب وعدم صحة البيع عليهم.[2]

أما ما ذكره في الدروس حيث أشار إليه صاحب الجواهر في كلامه الآنف الذكر، فقد قال الشهيد رحمه الله عند تعرضه لقسمة المهاياة ما يلي:

كلام الشهيد في الدروس

و المهاياة بالزمان والمكان كسكنى أحدهما بيتا والآخر أخر جائزة وليست لازمة، وإن استوفى أحدهما فيغرم الأجرة ولا يجبر الممتنع عليها وان كانت القسمة ممتنعة. نعم، ينتزعه الحاكم ويؤجره إن كان له أجرة.[3]

ولم يتعرض رحمه الله لحكم ما لم تكن له أجرة، كما في مثال الجوهرة التي لا يمكن تقسيمها.

وأما إشارة صاحب الجواهر إلى 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:

---

١. قال ابن رشد في الشركة في الحيوان والعروض ما يلي: «و اختلفوا إذا تشاح الشريكان في العين الواحدة منهما ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع، وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه، فقال مالك وأصحابه: يجبر على ذلك، فإن أراد أحدهما 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 الإجبار ضررا وهذا من باب القياس المرسل، وقد قلنا في غير ما موضع أنه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار الا مالك ولكنه كالضروري في بعض الأشياء». (ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٦٤)

٢. النجفي، جواهر الكلام، كتاب الشركة، ج٢٦، ص٤٥٣.

٣. الشهيد الاول، الدروس، ج٣، ص١١٩.

و القناة والحمام وما لا يقبل القسمة يجري فيها المهاياة» بقوله: «و لا يجب أن يباع المشترك مع التنازع وعدم إمكان القسمة وانتفاء المهاياة، بل يترك حتى يصطلح الشركاء لأصلي عدم الوجوب وعدم صحة البيع عليهم. وللعامة وجه بالبيع عليهم وآخر بالإجارة وتوزيع الأجرة عليهم.[1]

ومن عبارة الدروس السابقة نعرف أن القول بالإجارة لم يكن مختصا بالعامة، بل الشهيد «عليه الرحمة» يقول به. مضافا إلى أن القائل بالبيع أيضا منّا وهو القاضي ابن البراج، وسيأتي نقل كلامه.

ولكنا مع كاشف اللثام في رأيه، حيث ناقشه شيخنا ﷺ، فما معنى الترك حتى يصطلح الشركاء؟ وهل يصح للحاكم الذي ترافعوا اليه أن يتركهم وشأنهم إلى أن يأتي الفرج فيصطلحوا؟ وكيف يقع الصلح بينهم؟ ولو فرض تصالحهم مما هو معنى مراجعتهم للحاكم الشرعي حينئذ كلها أسئلة واستفهامات دون جواب.

كلام العلامة الحلي رحمه الله في التحرير

أما العلامة الحلي رحمه الله فقد قال: «و لو تضمنت القسمة إتلاف العين واتفقا عليها منعهما الحاكم لما فيه من إضاعة المال».[2]

وقال قبيل العبارة السابقة في مورد آخر ما يلي: «و إن اشتملت القسمة على ضرر كالجواهر والعضائد الضيقة والسيف والسكين وشبهه، لم تجز قسمته ولو اتفق الشركاء عليها»[3] والذي يظهر من قوله في التحرير: «منعهما 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 منكرا. وإذاً فلو كانت للحاكم الشرعي صلاحية منع الشركاء من القسمة، كان بيعه عليهم عند التخاصم كذلك من صلاحيته الممنوحة له، بل لعله أولى؛ لإمكان كونه ـ كما هو غير بعيد ـ داخلا في موارد القضاء أو في موارد الصلح القهري.

---

١. فاضل الهندى، كشف اللثام، ج١٠، ص١٧٣

٢. الحلى، التحرير، ج٥، ص٢١٧.

٣. الحلى، القواعد، ج٣، ص٤٦٠.

كلام فاضل المقداد رحمه الله

قال الفاضل المقداد رحمه الله في التنقيح: «هل تدخل القسمة في كل شيء مما لا ضرر فيه؟ قال الشيخ في المبسوط: الزرع إن كان قصيلا تصح قسمته، أما قبل أن يصير قصيلا أو بعد أن يشتد فلا تصح ولم يفرق العلامة في الجواز بين الحالات الثلاث، وقال القاضي (ابن البراج): لا تصح قسمة البقل بل يباع ويقسم ثمنه أو يقسم مجزوزا إما بالوزن أو غيره. وهذا حسن لأنه أبعد من الغبن».[١]

قال شيخنا دام ظله ولعل المراد من قوله: «و هذا حسن» هو أن يجز ويقسم ويبقى الإشكال في إلزامهم يجزه ولعله مثل إلزامهم ببيعه.

كلام العلامة الحلي رحمه الله في المختلف

وفي مختلف العلامة الحلي ـ بعد نقل كلام الشيخ ـ قال: «و الوجه عندي الجواز في الجميع وتعديل الزرع ممكن بالتقويم، وكذا إذا اشتد حبه».[٢] ثم نقل قول ابن البراج ثم قال: «و هو جيد» وفي كتاب الجواهر عند شرحه لقول صاحب الشرائع: «تعم لو طلب قسمة الزرع خاصة»[٣] أنه قال: «قال الشيخ كما فى المحكى عن مبسوطه هنا لم يجبر الآخر لأن تعديل ذلك بالسهام غير ممكن»[٤] وقد تعرض إلى ما ذكر عن ابن البراج فقال: «اذا كان القصيل بين قوم وأرادوا قسمته، لم يصح ذلك إلا ببيعه وقسمة ثمنه فيما بينهم، أو بأن يقطع من الأرض ويقسمونه، كما يقسمون الغلة مثله، أو يكون مما يمكن قسمته مع بقائه زرعا لصعوبة تعديله حينئذ، لعدم معرفة قوة استعداده، وبالجملة يكون نزاعا في موضوع إلى آخر ما ذكره هنا.

أما المرحوم الحاج علي كني فقد قال:

«و في المفتاح ربما قيل كما في الدروس وغيرها بأن الحاكم ينتزعه ويؤجره لهما إن كان له أجرة، وحيث جاء الجبر جاء الوجوب لما علم سابقا من أنه من باب جبر الممتنع عما وجب عليه وأن ولايته للحاكم وبعده للعدول. وبالجملة الوجوب لعروض خارجية من توقف واجب أو الخلوص من محرم عليهما لا يمكن إنكاره، فيجيء الإجبار مع الامتناع ومن الأخير مهايأة البعض» ـ إلى أن قال ـ:

---

١. الحلى، التنقيح، ج٤، ص٢٦٤.

٢. الحلى، المختلف، ج٨، ص٤٥٢.

٣. الحلى، شرائع الإسلام، ج ٤، ص٩٥.

٤. النجفى، جواهر الكلام، ج٤٠، ص٣٣٥.

و قد علم مما فصل أن الحكم بأن المهاياة 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[1] إلى آخر ما بينه.

حصيلة كلمات الأعلام رحمهم الله

ومن هذا العرض لكلمات الأعلام رحمهم الله تبين لنا أنهم لم يدعوا الحاكم الشرعي في معزل عن قضايا الناس ومشاكلهم وحل خصوماتهم، فصاحب الجواهر ـ كما تبين لنا من كلماته السابقة ـ يسوغ تدخل الحاكم الشرعي ويرى أنه من السياسات لحفظ ربط المجتمع وعدم اختلال الوحدة الاجتماعية. ويؤيد ما ذهب اليه من تدخل الحاكم الشرعي لا يجار ما كانت قسمته ممتنعة 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 إتلاف المال.

وحيث كانت للحاكم الشرعي سلطة حل الخصومات والإيجار والمنع من التلف وغير ذلك (فلا بد والحالة هذه) من توسعة سلطاته إلى 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 صغريات شئون 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 لأمور المسلمين وشئونهم. 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 إلى ذلك بواسطة الحكومة الزمنية.

---

١. كنى، كتاب القضاء، ص٤٠٣.

ولا ندري لماذا يظنون على الحاكم الشرعي بتخويله 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 الإجباري

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

١. فيما لو لم يقم 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 الإنسان من رقيق وبهيمة ـ إلى قوله ـ ولو امتنع عن الإنفاق أجبر على بيعه أو الإنفاق».[١]

وحيث يصل إلى الحديث عن الحيوان لو لم يقم المالك بنفقته يقول: «فان امتنع أجبر على بيعها أو ذبحها».[٢] وبمثل ذلك صرح الشهيد الثاني وغيره من الفقهاء رحمهم الله.[٣]

٢. طلاق الزوجة لو لم يقم الزوج بنفقتها: فقد صرحوا بإجبار الزوج على الطلاق أو الإنفاق.[٤]

٣. مسألة اشتباه الثوبين.

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

«و لو كان لواحد ثوب بعشرين درهما وللآخر ثوب بثلاثين ثم اشتبها فإن خيّر أحدهما صاحبه فقد أنصفه، وان تعاسرا بيعا وقسم ثمنهما بينهما، فأعطى صاحب العشرين سهمين من خمسة والآخر ثلاثة.[٥]

وقد شرح صاحب الجواهر هذه العبارة بقوله:

قد أفتى المشهور فيها بذلك لخبر إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام في الرجل يبعضه

---

١. محقق الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، ص٢٩٨.

٢. المصدر السابق.

٣. (الشهيد الاول، اللمعة. كتاب النكاح)؛ البحث عن النفقات في نفقة البهائم. من الموسوعه للشهيد الاول، ج١٣، ص٢٤٠.

٤. راجع في خصوص هذا المورد جميع المصادر الفقهية. لدى المراجعة واعادة النظر لم أجد علاقة لهذا الفرع بموارد البيع الإجباري فالفرعَ يبحث عن طلاق الزوجة عند اقتناع الزوج عن النفقة ولربما كان ذكره من سهو القلم.

٥. الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، ص١٣٠.

الرجل ثلاثين درهما في ثوب وآخر عشرين درهما في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال عليه السلام: يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والآخر خُمُسَي الثمن قلت: فانّ صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اختر أيَّهما شئت، قال: قد أنصفه. المنجبر بالشهرة مع احتمال صحة سندها.[1]

أما العلامة الحلي فقد صرح بذلك في كتاب الصلح فقال: «و لو اشتبه الثوبان بيعا وقسم الثمن على نسبة رأس مالهما».[2]

إذاً فلم يقف الفقهاء مكتوفي الأيدي إزاء هذه القضية التي حصل فيها الاشتباه بين الشريكين في مورد التعاسر بينهما، بل خوّلوا 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 بينهما مشاعا، بل لا بد من بيعه بعد أن عَسرَ تصادقهما على التخيير ويكون ذلك من صغريات مسألتنا وهي (إزالة الشيوع).

ومثل هذا ما لو خُلط وزنة من الحِنطة الرّديّة قيمتها عشرون بوزنة أخرى لغيره جيدة قيمتها ثلاثون، فقد حدثت الإشاعة في البين. فقيل ببيع المجموع وتقسيم الثمن على نحو ما مر في الثوبين. نقول أولا: لو اتفق الشريكان على قسمة العين الخارجية، لم تكن القسمة بينهما على نحو المناصفة، بل على نحو يكون لصاحب الردية خمسان ولصاحب الجيدة ثلاثة أخماس؛ لأن الشركة في العين بعد هذا الخَلط تكون بحسب المالية لا بحسب العين الخارجية.

وقد عرفت أن الروايات عنهم عليهم السلام نصّت على أخذ نسبة الأخماس في هذا النوع من الخَلط والاشتباه، فكما أن لصاحب الردية خمسين من الثمن فكذلك له خمسان من المثمن 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 أخماسا على ما مر في الثوبين.

٤. ما ذكروه في قضية ما لو اشترى شخص بعيرا واشترك الآخر مع المشتري بالرأس والجلد.

---

١. النجفي، جواهر الكلام، ص٤٣١.

٢. الحلي، التبصرة، ص٧٣.

وتفصيل هذه المسألة ما جاء في كتاب الشرائع والجواهر في أوائل بيع الحيوان كما يلي[١]: فلو باع واستثنى الرأس والجلد صح ويكون شريكا مع المشتري في الحيوان بقدر قيمة ثنياه على رواية السكوني عن الصادق عليه السلام قال:

اختصم إلى أميرالمؤمنين عليه السلام رجلان اشترى أحدهما بعيرا واستثنى البايع الرأس والجلد ثم بدا للمشتري أن يبيعه فقال عليه السلام للمشتري هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد.[٢]

وما رواه الصدوق في المحكى عن العيون بسنده إلى الرضا عليه السلام عن آبائه عن الحسين بن علي عليه السلام أنه قال:

«اختصم إلى علي عليه السلام رجلان أحدهما باع الآخر بعيرا فاستثنى الرأس والجلد، ثم بدا له أن ينحره قال عليه السلام هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد».[٣]

إفادة صاحب الجواهر في المسألة

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:

و كذا لو اشترى اثنان أو جماعة حيوانا وشرط أحدهما لنفسه الرأس والجلد كان شريكا بنسبة ما له، لصحيح الغنوي عن الصادق عليه السلام في رجل شهد بعيرا مريضا وهو يباع فاشتراه رجل بعشرة دراهم فجاءَ وأشرك فيه رجلا بدرهمين بالرأس والجلد فَقُضِي أن البعير بَريءَ، فبلغ ثمانية دنانير. قال فقال عليه السلام «لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ» فان قال: «أريد الرأس والجلد ليس له ذلك هذا الضرار وقد أعطى حقه إذا أعطى الخمس».[٤]

ثم عقب صاحب الجواهر رحمه الله عليه 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 أو أنه من قبيل الاشتراك

---

١. النجفي، جواهر الكلام، كتاب التجارة، ص٢٣٧.

٢. كليني، الكافي، ج٥، ص٣٠٤.

٣. الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج١٨، ص٢٧٦.

٤. النجفي، جواهر الكلام، كتاب التجارة، ص٢٣٨؛ طوسي، تهذيب الاحكام، ج٧، ص٧٩.

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 إصرار صاحب الدرهمين على أخذ الرأس والجلد من قبيل الإصرار الذي حكم الامام عليه السلام بأنه مضار في ذلك، فيكون ذلك موجبا لسقوط حقه المذكور، وأنه لو أعطى الخمس من قيمة البعير، يكون ذلك إعطاء لحقه، وان حولته قاعدة نفي الإضرار 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 دفعا للضرر المتوجه إلى من طلب أخذ حقه من المال المشترك غير القابل للقسمة ولا للمهاياة، وأن حديث نفي الضرر والضرار حاكم على حديث السلطنة القاضي بعدم نفوذ بيع حصص الشركاء بغير إذنهم، كما سيأتي الاستدلال بحديث نفي الضرر لما نحن فيه.

### الاستدلال بقاعدة نفي الضرر والضرار

وأخيراً أفاد شيخنا الأستاذ دام ظله أنه بالإمكان أن يستدل لما نحن فيه من حصول التعاسر وعدم إمكان القسمة والمهاياة والإجارة بقاعدة نفي الضرر والضرار، حيث ورد في موثقة زرارة عن الإمام أبي جعفر عليه السلام قال:

> أن سَمرة بن جُندب كان له عَذق[1] في حائط لرجل من الأنصار وكان منزل الأنصاري بباب البستان، فكان يمر به إلى نخلته ولا يستأذن، فكلّمه الأنصاري أن يستأذن إذا جاء، فأبى سمرة، فلمّا تأبّى جاء الأنصاري إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فشكا اليه وخبّره الخبر فأرسل إليه رسول الله صلى الله عليه وآله وخبّره بقول الأنصاري وما شكا وقال: إذا أردت الدخول فاستأذن فأبى فلمّا أبى ساوَمه حتى بلغ به من الثمن ما شاء الله فأبى أن يبيع، فقال: لك بها عذق يُمّد لك في الجنة فأبى أن يقبل، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله للأنصاري: اذهب فاقلعها وارم بها إليه، فإنه لا ضرر ولا ضرار ـ وفي بعض الروايات ما أراك يا سمرة إلا مضارا.[2]

وطريق الاستدلالَ بهذه الرواية هو أن نفي الضرار ليس إلا نفي الحكم مع تعمد من صاحبه

---

١. العذق النخلة بحملها.

٢. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٥، ص٤٢٩.

والإصرار على إيصال الضرر بواسطة ذلك الحكم إلى الطرف الآخر، ولأجل ذلك عقب ﷺ لا ضرر بلا ضرر. وحينئذ فيكون الإصرار من طرف بعض الشركاء على عدم البيع من قبيل الإصرار على إضرار الغير ـ وعليه ـ فتكون سلطنته على ذلك منتفية بالحديث المذكور في نفي الضرر والإضرار.[1]

١. ذكر شيخنا ﷺ حديث نفي الضرر والإضرار واستدل به في البحث عن حقوق الزوجية وآثارها الوضعية وتجد الحديث والاستدلال به مفصلا في موضعه من هذا الكتاب.

## الفصل الثامن

# الحقوق الزوجية وآثارها الوضعيّة

### الرباط المقدس

الزواج رباط مقدس جعله الله بين الزوجين لتنتظم به الحياة البشرية. وهو في الوقت نفسه ميثاق وشركة بين طرفين، ولكل شركة مقررات والتزامات تفرضها طبيعة ذلك التعهد الخارجي، لذلك كان لزاما على كل طرف أن يتقيد بما تقتضيه أصول هذا الميثاق، وتمليه عليه مقررات هذه الشركة الجديدة، فاذا والتزم كل طرف بما فرض عليه، سينعمان بحياة سعيدة رغيدة، هانئة وخالية من المتاعب، وبعيدة عن الصعوبات.

أما الإخلال من أحد الجانبين بما يجب عليه فمعناه الإيذان بحياة شائكة معقدة يشوبها الصخب والضجيج وتحوطها المشاكل الاجتماعية. والزواج وان كان بالنظرة الأولى ـ كما أسلفنا ـ علقة جديدة بين زوجين. إلا أن نتائجه لا تقتصر عليها فحسب بل تتعداهما 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 منهما إزاء صاحبه وهي كما يلي:

## حقوق الزوج

الإطاعة من جانب الزوجة وعدم عصيانه في الأمور التي تتعلق به وهى كما يلى:

١. الخروج من بيته بغير إذنه؛

٢. التصدق بالأموال العائدة له وهبتها ونذرها؛

٣. العبادات التي تمنعه من تحقيق رغبته الجنسية كالصوم تطوعا وما شاكل ذلك؛

٤. أن تمنعه نفسها من الوطء وما يلحق به مما يعود إلى رغباته الجنسية.

## أما حقوق الزوجة

١. النفقة بما فيها الطعام والكساء بما يتفق وشئون الزوجة؛

٢. الوطء مرة واحدة في كل أربعة أشهر؛

٣. المضاجعة ليلة في كل أربع ليال؛

٤. عدم المشاكسة معها بدون مبرر شرعيّ.

هذه هي أظهر الحقوق التي لا بد لكل من الطرفين أن يتقيد بها إزاء شريكه، وقد ذكروا في المقام أمورا أخرى ترجع إلى هذه المذكورات فراجعها في أماكنها.

بيان محل النزاع

والآن فاذا تخلف أحد الزوجين عن القيام بما يجب عليه اتجاه صاحبه، فهل هناك آثار وضعية تترتب على هذه المخالفة وما هي؟

ويقع البحث ـ ونحن في صدد الإجابة عن السؤال المتقدم ـ 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 عن أداء حقوق الزوج

لا بد لنا من فرض الزوج في هذه الصورة مؤديا جميع الحقوق التي لزوجته عليه وفعلا فقد حصل منه القيام بكامل حقوقها، فلو تخلفت عن أداء حقوقه المفروضة عليها فما للزوج حينئذ وما يصنع؟

وقد أفاد شيخنا الأستاذ ﷾ في تحديد موقف الزوج من زوجته مع وجود هذا التمرد من جانبها:

بأن للزوج في هذه الصورة لو لم يرد الطلاق، أن يهجرها ويضربها، عملا بمنطوق الآية الكريمة: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ

سَبِيلًا﴾.[1]

ولسنا الآن في صدد بيان مقدار الضرب وصفته، وهل أن الوعظ والهجران والضرب ترتيبي أو أنها جميعا وسائل تأديبية بأيها شاء بدأ، فإن هذا موكول إلى محله، ولسنا في صدد بحثه بهذه العجالة.

## وأما الآثار المترتبة على تخلف الزوج عن أداء الحقوق الزوجة

فيمكن حصرها في نقطتين:

الأولى: فسح المجال أمام الحاكم الشرعي لإجراء الطلاق.

الثانية: في مقابلته بسلب حقوقه عليها في قبال تخلفه عن حقوقها.

صلاحية الحاكم تولى إجراء الطلاق

أما البحث عن النقطة الأولى، فيجب علينا: قبل الدخول في صلب الموضوع وملاحظته من جميع أطرافه من بيان جهة لها صلتها بما نحن في صدد بيانه، وهي هل للحاكم الشرعي صلاحية تولي إجراء الطلاق جبرا على الزوج متى طلبت الزوجة ذلك منه؟ من غير فرق بين:

١. من لم ينفق على زوجته؛

٢. أو من أصيب بعنن 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 ﷺ ليعطي رأيه في هذه المسألة. حيث يرى التوسعة في صلاحيات الحاكم الشرعي، وشمولها لهذه السلطة وإجراء الطلاق جبرا على الزوج متى طلبت الزوجة ذلك منه، وقد أفاد ﷺ في وجه ذلك مستدلا عليه بالكتاب المجيد وبالسنة الشريفة. و من الآيات الكريمة:

- ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ،فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ

---

١. النساء: ٣٤.

حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ،وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾.[1]

- ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾.[2]

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 عنه بقوله تعالى ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾.

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 ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾. ولا ثالث لهذين الأمرين، بل الأمر دائر بينهما.

ويؤيد ما ندعيه ـ من استفادة هذا الحكم الكبروي ـ ما جاء في نفس الآية الكريمة من قوله تعالى ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾. فان هذه الفقرة من الآية الكريمة لعلها تكون مسوقة لتأكيد الحكم السابق وهو الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان وهو ما نبتغيه.

أو تكون مسوقة لبيان حكم جديد، وهو عدم مشروعية الإمساك الضراري والذي يكون موجبا لإلحاق الضرر بالزوجة بأي شكل كان الضرر، سواء كان بتقصير ناشيء عن اختيار الزوج كعدم قيامه بحقوقها الواجبة عليه رغم قدرته على أدائها، أو كان قهريا عليه وبلا اختيار كالعنن الطاري 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 ﴿لِتَعْتَدُوا﴾ بدعوى ظهورها في أن الغرض من الإمساك المنهي عنه إنما الإضرار الذي يكون على قبيل التعدي على الغير أو من قبيل التعدي على الحقوق الشرعية، أما الإضرار الذي يكون من قبيل العنن وما شاكله، فإنه 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. فان إمساك الزوجة مع عدم قدرته على القيام بحقوقها يصدق عليه أنه إضرار بها، وأنه تعد صريح

---

١. البقرة: ٢٢٩-٢٣١.

٢. الطلاق: ٢.

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:

- ﴿إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾.
- ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾.
- ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا﴾

فإن المراد من الحدود في هذه الموارد ليس هو الحدود والقوانين التكليفية الراجعة لكل شخص بحسبه كحرمة شرب الخمر وما شاكل، بل المراد منها الحقوق التي جعلت لكل من الزوجين تجاه صاحبه، حيث تدل كلها على اهتمام الشارع المقدس بالمحافظة على تطبيق تلك الحقوق لإنشاء حياة سعيدة بين الطرفين. وقد يُدعى أن التسريح بالإحسان هو ترك المرأة حتى تنقضي عدتها والإمساك هو الرجوع بها في العدة كما هو ظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾.

وقد ظهرت الدعوى صريحة في كلام صاحب الجواهر رحمه الله عند ذكره لاستدلال البعض على فسخ الحاكم فيما لو تجدد العجز عن النفقة بقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾

وأجاب عنه بالمنع من كون الإمساك مع عدم التمكن من النفقة إمساكا بغير المعروف، ثم قال: «على أنه قد تقدم في تفسير الآية من النصوص ما ينافي ذلك»[1] ويشير بقوله ـ قد تقدم ـ 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 الرضا عليه السلام: «إن الله عز وجل إنّما أذن في الطلاق مرتين فقال: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾؛ يعني في التطليقة الثالثة».[2]

ورواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن الله تعالى يقول: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ

---

١. النجفي، جواهر الكلام، ج١٥، ص٤٢١.

٢. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٢، ص١٣١.

تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ والتسريح بإحسان هي التطليقة الثالثة».[١]

حصيلة الكلام في الآيات و المختار منها

كل هذه الادعاءات وغيرها لا توجب اختصاص الآيات الكريمة في الموارد المذكورة، بل هي لبيان المورد، ومن الواضح لمن المورد لا يخصص الوارد، والذي هو ما استفدناه من الحكم الكبروي، حيث لا بد للزوج من اختيار أحد المسلكين المذكورين فاما القيام بشؤون الزوجية كاملا، أو التخلي وفك ذلك الرباط الزوجي المقدس. مضافا إلى أن الامام الباقر عليه السلام طبّق هذه الكبرى الكلية على مورد آخر لا علاقة له بالعدّة ولا التطليقة الثانية، وهو مورد الإيلاء. فقد ورد عنه عليه السلام أنه قال: «المولي يوقف بعد الأربعة الأشهر فإن شاء إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان فإن عزم الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتها».[٢]

مؤيدات روائية المختار

فان هذا إيماء من الإمام عليه السلام إلى الآية الكريمة وتطبيق الحكم الكبروي فيها على حكم الإيلاء، وأنه بعد الأربعة أشهر يجبر على اختيار أحد الأمرين: إما الفئة وإما الطلاق. وقد جعل الامام عليه السلام (الفئة) إمساكا بالمعروف، وجعل الطلاق تسريحا بإحسان. وفي هذا التطبيق المذكور من الإمام عليه السلام خير شاهد على عدم اختصاص الآيات الشريفة بموارد العدة أو الإمساك بالرجعة بعد التطليقة الثانية والتسريح بعد الطلاق الثالث.

ومما يشهد بذلك أيضا ما رواه محمد بن علي ابن الحسين بإسناده عن داود بن الحصين بإسناده عن عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام. قال:

سألته عن رجل قال لآخر اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاولت من صداق أو ضمنت من شيء أو شرطت فذلك لي رضا وهو لازم لي ولم يُشهد على ذلك، فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه فلما رجع إليه أنكر ذلك كله قال: يغرم لها نصف الصداق عنه وذلك أنه هو الذي ضيّع حقها فلما لم يُشهد لها عليه بذلك الذي قال له حل لها أن تتزوج ولا يحل للأول فيما بينه وبين الله عز وجل إلا أن يطلقها لأن الله تعالى يقول ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ فان لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه وبين الله عز وجل وكان الحكم الظاهر حكم الإسلام وقد أباح الله عز وجل لها أن تتزوج.[٣]

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٢، ص ١٢٢.

٢. المصدر السابق، ص٣٥١.

٣. المصدر السابق، ج٢١، ص٥٠٩.

ومن هذه الرواية يظهر لنا ما بيناه من أن الترديد بين الإمساك والتسريح حكم كبروي لا يختص بموارد المطلقة اثنتين، لأن الإمام عليه السلام طبّق هذه الآية الكريمة على هذا الشخص مع أنه لم يصدر منه طلاق واحد فضلا عن الاثنين، بل كان كل ما في البين أنه أنكر وكالته لذلك الخاطب مع كونه في الواقع قد وكله لأن يخطب له، وأنها زوجته بمقتضى ذلك التوكيل.

وعلى أي حال ـ مما سبق ـ عرفت أننا استفدنا من الآيات المتقدمة حكما كبرويا، وهو وجوب أحد الأمرين على الزوج ابتداء ولا يجوز له التخلف عن ذلك. إلا أن ذلك لا يفتح لنا بمفرده باب إجراء الطلاق من قبل الحاكم الشرعي جبرا على الزوج.

لذلك يرى شيخنا الأستاذ دام ظله أنه في هذا المورد الذي يتمادى الزوج في امتناعه من القيام بشؤون الزوجية أن يجبر الزوج أولا بأن يوقع الزوج الطلاق بنفسه فإن امتنع اجري الحاكم بنفسه الطلاق جبرا عليه؛ لان الحاكم الشرعي لا يقف مكتوف اليد في مثل هذه الموارد.

وقد سبق لشيخنا دام ظله (ان حقق في بحث خاص) أن الحاكم الشرعي ولي الممتنع، لذلك كان عليه أن يجري الطلاق بنفسه. يضاف اليه ما صرحت به صحيحة أبي بصير من قوله عليه السلام:

**«من كانت عنده امرأة فلم يَكسُها ما يواري عورتها ويُطعمها ما يقيم صُلبها، كان حقا على الامام أن يفرّق بينهما».**[1]

## الروايات

وأما الأخبار الواردة في المقام فهي على أقسام عديدة

### القسم الاول ـ ما تتطرق إلى التقصير بالنفقة وبيان ما يلزم على ذلك من الأحكام

وهي:

١. صحيح الفضيل بن يسار وربعي **عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾. قال: إن أنفق عليها ما يقيم ظَهرها مع كسوة و إلّا فرّق بينهما.**[2]

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢١، ص٥٠٩.

٢. المصدر السابق.

٢. رواية ابن ابي عمير: «إذا كساها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه و إلا طلقها».[١]

ومن هذين الخبرين يتبين لنا ان تأخر الزوج عن النفقة يكون موجبا لفتح باب الطلاق الإجباري أمام الحاكم الشرعي محافظة منه على حقوق الزوجة عند الإخلال بنفقتها. ولكن هناك من يستدل لإخراج من كان مُعسرا عن شمول مثل هذا الطلاق الإجباري له واختصاصه بما إذا كان متمكنا من الإنفاق بما ورد عن أميرالمؤمنين عليه السلام حيث قال: «إن امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها مُعسرا فأبى عليه السلام أن يحبسه وقال: «﴿إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾»».[٢]

تقريب الأستدلال بقسم الأول من الأخبار و الجواب عنه

وقد أجاب شيخنا الأستاذ دام ظله عن هذا الاستدلال بأن الرواية المذكورة ـ كما يظهر لمن لاحظها ـ لم تكن في مقام طلبت الزوجة فيه من الامام عليه السلام الطلاق من زوجها وأن يجري ذلك جبرا عليه، فأبى أميرالمؤمنين عليه السلام عن ذلك، بل أنها جاءت تطلب الإنفاق منه، وكان زوجها معسرا. فهي في الحقيقة دائن جاء إلى الحاكم الشرعي يطالب بدينه من غريمه، مع أن الغريم معسر لا يتمكن من الوفاء. وبطبيعة الحال أن الغريم لو تمادى عن إيفاء ما بذمته، فلا بد من حبسه إذ لا طريق لإخراج الحق منه الا بذلك، فكأن الزوجة جاءت إلى أميرالمؤمنين عليه السلام تطالب بحبس زوجها والتضييق عليه ونحو ذلك مما يلجئه ـ بحسب اعتقادها ـ إلى التكسب والإنفاق عليها ولذلك فرع الراوي عليه بقوله (فأبى أن يحبسه) بالفاء، وقال ﴿إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾ فهي لم تطلب من الامام عليه السلام الطلاق، بل طلبت إخضاع الزوج بأيّ صورة كانت للإنفاق عليها.

وقد يعترض بأنه أما كان اللازم على الامام عليه السلام أن يعلمها بأن لك في مثل هذه الحالة أن تطلبي الطلاق منه؟ فلو كان المقام من صغريات باب الطلاق الإجباري، لكان على الإمام أن يعلمها بذلك.

ويجاب عن هذا الاعتراض بأنه ليس من الوجوب والإلزام على الإمام أن يتصدى لإعلامها بما لها من الحقوق. مضافا إلى إمكان استظهاره عليه السلام بأنها لا تطلب الطلاق وأنها راضية ببقاء الزوجية، إلا أنها جاءت تطلب منه حبسه ليكون ذلك داعيا إلى تكسيه وبحثه وراء العمل والإنفاق من جزاء ذلك عليها.

وعلى هذا فيكون مجرد عدم الإنفاق والإصرار عليه موجبا لفتح باب الطلاق الإجباري أمام

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢١، ص٥١٠.

٢. الطوسي، التهذيب، كتاب القضاء. باب زيادات القضاء، الحديث ٢٥، ج٦، ص٢٩٩.

الحاكم الشرعي من غير نظر إلى حالة الزوج وأنه موسر أو معسر.

**القسم الثاني من الاخبار ما تعرض لحكم المولى، والمظاهر**

فالأول هو الذي يحلف بعدم مقاربة زوجته فيقول (و الله لا أقارب زوجتي) مأخوذا من الألية، حيث يقال فلان آلى أي حلف، والثاني هو الذي يقول لزوجته (أنت عليّ كظهر أمي).

والأخبار في هذين كثيرة وفي كليهما نجد الصراحة في دَوَران الأمر بين الكفارة أو الطلاق، إلا أنها في الظهار بعد مرور ثلاثة أشهر، وفي الإيلاء بعد أربعة أشهر.

أخبار الإيلاء:

١. ما تضمن قوله عليه السلام: «و ان لم يفيء أجبر على أن يطلق».[١]

٢. ما تضمن قوله عليه السلام: «و ينبغي للإمام ان يجبره على أن يفيء أو يطلق».[٢]

٣. ما تضمن قوله: «كان أميرالمؤمنين عليه السلام يجعل له حظيرة من قصب ويجعله فيها و يمنعه عن الطعام والشراب حتى يطلق».[٣]

٤. قوله عليه السلام: «إذا أبى المولى أن يطلق جعل له حظيرة من قصب وأعطاه ربع قوته حتى يطلق».[٤]

٥. ما جاء في قوله عليه السلام: «إن فاء - وهو ان راجع إلى الجماع - و إلا حبس في حظيرة من قصب وشدد عليه في المأكل والمشرب حتى يطلق».[٥]

٦. ما جاء في بعض الروايات من أنه: «إن كان بعد الأربعة أشهر فإن أبى فرق بينهما الامام».[٦]

٧. ما روي من أنه: «متى أمره إمام المسلمين بالطلاق فامتنع ضربت عنقه لامتناعه على أمام المسلمين».[٧]

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٢، ص٣٤٩.

٢. المصدر السابق، ص٣٥٠.

٣. المصدر السابق، ص٣٥٣.

٤. المصدر السابق، ص٣٥٤.

٥. المصدر السابق.

٦. المصدر السابق، ص٣٥١.

٧. المصدر السابق، ص٣٥٤.

٨. وقد ورد في بعضها السؤال «عن رجل آلى من امرأته متى يفرق بينهما؟ قال عليه السلام: إذا مضت أربعة أشهر ووقف. قلت له: من يوقفه؟ قال عليه السلام: الامام، قلت: فإن لم يوقفه عشر سنين قال عليه السلام: هي امرأته».[1]

ويظهر ما ندعيه من أن للإمام إيقاع الطلاق جبرا واضحا من الخبرين السادس والثامن حيث يقول الامام عليه السلام فيها «فإن أبى فرق بينهما» وقول السائل: «متى يفرق بينهما».

وقد يعترض: بأن بقية الاخبار لم يظهر منها ذلك بل غاية ما في البين أنها ذكرت ما يلزم اتخاذه معه حتى يطلق.

وقد أجاب شيخنا الأستاذ دام ظله عن هذا الاعتراض بأن الفقيه يستنبط من هذه التشديدات ومن ذلك التصريح في الخبرين المذكورين. أنه لا بد للحاكم الشرعي هذه السلطة محافظة منه على الحق الزوجي بدرجة أننا نرى أحد الأخبار السابقة يصرح بأنه لو أمتنع الزوج من الطلاق ضرب عنقه، فراجع الخبر السابع.

وقد يعترض ثانيا: بأن هذه الأخبار المذكورة إنما هي في مورد الإيلاء، وهو مورد خاص يتضمن فتح باب الطلاق على من حلف بأن لا يواقع زوجته، ونحن نريد تسرية ذلك الحكم إلى بقية الموارد، والتي منها يكون الزوج متعندا وتاركا لزوجته من دون تقصير صادر منها.

وقد رد شيخنا دام ظله هذا الاعتراض بأننا نتعدى من مورد الإيلاء إلى غيره بقرينة ما في الأخبار المذكورة من أن الامام عليه السلام في صدد بيان الحكم الكبروي، وهو المحافظة الشديدة على حقوق كل من الزوجين توخيا من وراء ذلك المحافظة على المصلحتين العامة والخاصة هذا أولا، وثانيا أن المورد لا يكون مخصصا للوارد، فلا يلزم الاختصاص من هذه الأخبار السالفة الذكر كما هو واضح.

ومثل أخبار الإيلاء أخبار الظهار، فراجع الوافي وغيره من كتب الأخبار ولا داعي للإطالة.

**القسم الثالث من الأخبار ما تعرض لحكم من ترك وطء زوجته لأكثر من أربعة أشهر**

وفيها تصريح بأن للزوجة الاستعداء على زوجها إما أن يقوم بالواجب أو يطلق ومن هذا القسم.

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٢، ص٣٤٨.

١. «إذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين أربعة أشهر استعدت عليه فإما أن يفيء وإما أن يطلق فإن تركها من غير مغاضبة أو يمين فليس بمُؤل».[١]

وقد تعرض كاشف اللثام رحمه الله[٢] فاستثنى من عدم الجواز المذكور لترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر ثلاثة، وهم المسافر والعاجز والمعذور.

وصاحب الجواهر رحمه الله وافقه في العاجز وناقشه في المسافر، ولكنه تأمل أخيرا من جهة السيرة.

ولكن شيخنا الأستاذ دام ظله ناقش صاحب الجواهر في هذا التأمل المذكور بأن السيرة إنما تجري حيث أن الغالب هو رضا الزوجة، أما مع مطالبتها فلم يعلم جريان السيرة عليه كما هو واضح.

وقد علق في الوافي على الخبر المتقدم بقوله:

«(بيان) استعدت: استعانت واستنصرت، (فإما أن يفيء وإما أن يطلق) يعني يجبر على أحد الأمرين؛ لأن حكمه حكم المؤلى في ذلك وإن لم تجب عليه الكفارة بخلاف ما إذا تركها من غير مغاضبة ولا يمين فإنه ليس بمُؤل و لافى حكم المؤلى».[٣]

والجماعة جروا على ذلك فقال في الجواهر في رد الاستدلال بالخبر المذكور لوجوب الوطء لأكثر من أربعة أشهر ما يلي: «فإن فيه أنه ظاهر في إلحاق المغاضبة بالإيلاء، وهو غير ما نحن فيه»،[٤] فحملوا الترك مع المغاضبة على الإيلاء في الحكم، وهو الاستعداء وإجبار الحاكم له على أحد الأمرين وأن لم تكن عليه كفارة لعدم اليمين، ولكن لا أشكال عندهم في أنه لا يجوز تركها أكثر من أربعة أشهر وإن لم يكن عن مغاضبة، بل كان تشهيا منه لانشغاله عن زوجته حاضرا كان أو مسافرا، وفي الحقيقة أن صاحب الجواهر رحمه الله وإن ناقش في الخبر من جهة دلالته، إلا أنه ملتزم بحرمة ترك الوطء في الأربعة استنادا إلى الخبر الآخر، وإلى الإجماع المدعي في المقام، وعبر عن القول بجواز الترك في غير الشابة (بأنه لا يستأهل أن يسطر).وحينئذ فهل للزوجة الاستعداء أو أنه ليس لها ذلك؟ لا سبيل إلى الثاني.

---

١. الحر العاملى، وسائل الشيعه، ج٢٢، ص٣٤٢.

٢. الفاضل الهندى، كشف اللثام عن قواعد الاحكام، ج٧، ص٢٧٠.

٣. الفيض الكاشانى، الوافي، ج٣، ص١١٩.

٤. النجفى، جواهر الكلام، ج٢٩، ص١١٦.

وعليه فما يكون تكليف الحاكم الشرعي لو استعدت عنده المرأة؟ فهل هو مجرد قوله للزوج (باشر زوجتك)؟ وإن لم يطع ـ سيما فيما إذا لم يتمكن من حبسه والتنكيل به والتضييق عليه ـ أو أنه لا بد له من إجباره على اختيار أحد الأمرين ويكون الأمر بالأخير راجعا إلى أن الحاكم بحسب ولايته على فصل الخصومات ـ يجري عليه حكم المولى وأن لم يكن موليا ولا مغاضبا. وقد عقب أخيرا شيخنا الأستاذ على ما تقدم بأنه بامكاننا القول بأن المغاضبة لا تتوقف على إظهارها من الزوج للزوجة، بل يكفي فيها مجرد الترك، أي ترك وطئها مع طلبها ذلك منه، فإنه يكون بتركه لها مع طلبها مغاضبا لها، والرواية ناظرة إلى الترك العادي المجرد عن كل شيء سوى الترك.

روايات تدل عل عدم فتح باب الطلاق الاجبارى في غير النفقة

ولكن قد يستدل على عدم فتح باب الطلاق الإجباري في غير النفقة وما هو منصوص عليه بالروايات الآتية:

١. صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن المفقود فقال عليه السلام:

«المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالي أو يكتب إلى الناحية التي هو غائب فيها، فان لم يوجد له أثر، أمر الوالي وليه أن ينفق عليها، فما أنفق عليها فهي امرأته». قال قلت: «فإنها تقول فإني أريد ما تريد النساء». قال: «ليس ذاك ها ولا كرامة، فإن لم ينفق عليها وليه أو وكيله، أمره أن يطلقها».[١]

٢. خبر أبي الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة غاب عنها زوجها أربع سنين ولم ينفق عليها ولم تدر أ حي هو أم ميت أ يجبر وليه على أن يطلقها؟ قال: نعم، وإن لم يكن له ولي طلقها السلطان، قلت: فإن قال الولي أنا أنفق عليها قال: فلا يجبر على طلاقها قال قلت: أ رأيت إن قالت أنا أريد مثل ما تريد النساء ولا أصبر ولا أقعد كما أنا؟ قال ليس لها ذلك ولا كرامة إذا أنفق عليها.[٢]

٣. خبر بُرَيد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام عن المفقود كيف تصنع امرأته (إلى قوله): دعا ولي الزوج المفقود فقيل له هل للمفقود مال فان كان للمفقود مال أنفق عليها حتى يعلم حياته من موته، وإن لم يكن له مال قيل للولي أنفق عليها، فان فعل فلا سبيل لها أن تتزوج ما أنفق عليها.[٣]

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٢، ص١٥٨.

٢. المصدر السابق.

٣. المصدر السابق، ص١٥٧.

وخبر بريد وإن لم يكن كالخبرين الأولين في الصراحة على عدم الاعتناء بما تريده من الطلاق، لأنها لا تقعد كما هي إلّا ان قوله عليه السلام «فلا سبيل لها أن تتزوج ما أنفق عليها» يعطي ذلك بعموم قوله لا سبيل لها أن تتزوج ما دام الإنفاق حاصلا لها وان كانت تريد ما تريده النساء.

حصيلة الكلام من الأخبار الثلاثة

والخلاصة: ان من مجموع هذه الاخبار الثلاثة نستفيد ما ادعيناه من أنه لا مجال لفتح باب الطلاق الإجباري في غير موارد النفقة وما هو منصوص عليه.

وقد رد شيخنا الأستاذ دام ظله هذا الاستدلال من وجهين:

جواب الإستدلال بالأخبار المذكور

**الأول:** إن هذه الأخبار غير ناظرة إلى الصورة التي يجري عليها المتعندون من هجر الزوجة وتركها، لا لتقصير صادر منها، بل هي ناظرة إلى صورة ما لو كان الزوج مسافرا وقد انقطعت أخباره.

الثاني: إنا نقول إن الإجبار على الطلاق وإن لم يكن من حقوقها، إلا أنه من حقوق الحاكم الشرعي الذي يكون ملزما بسد الخلل في الانتظام وفي الحقيقة هو من حقوق النوع البشري، ومن البيّن أن الحاكم الشرعي هو وليّ النوع كما حقق في محله.

وقد أفاد شيخنا دام ظله بأنا لو أغضينا النظر عن هذين الجوابين، فلا بدلنا من طرح هذه الاخبار المذكورة المانعة من الطلاق، نظرا لما ورد في أخبار عدم جواز ترك الوطء لأكثر من أربعة أشهر، وكذا ما ورد في أخبار الإيلاء والظهار مما يستنبط منه أنه لا بد للحاكم الشرعي أن يحافظ على الحقوق الشرعية وعدم فسح 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 دائرا بين اثنين لا ثالث لهما: فاما أن يفيء وحينئذ فيجد الله توابا رحيما، أو يطلق وعليه فان الله سميع عليم.

بهذا المضمون صرحت الآية الكريمة في قوله تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ،وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾.[1]

وقد عرفت من بعض الأخبار السابقة أن التشديد يصل إلى درجة يجوز الامام فيه ضرب

---

١. البقرة: ٢٢٦.

عنق ذلك الرجل، كما عن خلف بن حماد رفعه إلى الامام الصادق عليه السلام في المؤلى:

«إما أن يفيء أو يطلق فإن فعل والا ضربت عنقه».[1] وبالأخير ما تضمنته بقية الأخبار من أن الامام يطلق عنه، ولعل ضرب الرقبة في خصوص ما لو أمره الإمام 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 الأجل للغائب، فإن حضر فهو وإلا كان علينا أن نطلقها منه قهرا عليه شريطة أن يكون الطلب من الزوجة حاصلا لإجراء الطلاق منه، وأنها لا تبقى على هذه الحالة. ولا بد للرجل من كونه على طبق ما تشير إليه الآية الكريمة من الأربعة أشهر.

## مبدأ الأربعة أشهر

محل الخلاف بين الفقهاء مبدأ الأربعة أشهر

وهذا محل خلاف بينهم. فهل هو بعد رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي، حيث دلت عليه جملة من الأخبار، أو أنه من حين إيلائه كما هو ظاهر الآية الكريمة إذا كان في البين إيلاء أو أنه من حين تركه الوطء وان لم يكن في البين إيلاء أو ظهار؟ ربما قيل بالأول وهو البدء بالأربعة أشهر من حين رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي من باب السير الحكيم والمسامحة مع الزوج، إذ لعل سكوتها قبل رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي كاف في إمضاء ترك الوطء طوال المدة السابقة ولكن شيخنا الأستاذ دام ظله استظهر الوجه الثاني.

## حديث نفي الضرر والضرار

مما تقدم عرفت الأدلة من الآيات والروايات على القول بانفتاح باب الطلاق الإجباري أمام الحاكم الشرعي.

ومما يؤيد ذلك ما استدل به للموضوع نفسه من حديث (نفي الضرر والضرار)، كما جاء عن زرارة عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال:

---

١. فيض الكاشاني، الوافي، باب الإيلاء، ج٢٢، ص٩٤٧.

أن سَمرة بن جُندب كان له عَذق[1] في حائط لرجل من الأنصار وكان منزل الأنصاري بباب البستان، فكان يمر به إلى نخلته ولا يستأذن، فكلّمه الأنصاري أن يستأذن إذا جاء، فأبى سمرة، فلمّا تأبّى جاء الأنصاري إلى رسول الله ﷺ فشكا اليه وخبّره الخبر فأرسل إليه رسول الله ﷺ وخبّره بقول الأنصاري وما شكا وقال: إذا أردت الدخول فاستأذن فأبى فلمّا أبى ساوَمه حتى بلغ به من الثمن ما شاء الله فأبى أن يبيع، فقال: لك بها عذق يُمَد لك في الجنة فأبى أن يقبل، فقال رسول الله ﷺ للأنصاري: اذهب فاقلعها وارم بها إليه، فإنه لا ضرر ولا ضرار - وفي بعض الروايات ما أراك يا سمرة إلا مضارا.[2]

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 إلى الاستدلال بالحديث الشريف لما نحن في صدد إثباته 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 إيصال الضرر من كل طرف إلى 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 الأنصاري؟ فان إيصال الضرر كان صادرا من جهة واحدة وهو سمرة، حيث كان يريد الإضرار بصاحبه في الدخول عليه بلا أستئذان. وفي مقام الجواب عن ذلك نقول: إنه ربما وردت صيغة المفاعلة على خلاف ما يقتضيه وضعها من المشاركة من الطرفين، كما في مثل «سافر» و «هاجر» بمعنى «سفر» و «هجر». ويتم بذلك توجيه قضية سمرة بعد ما صار استعمال صيغة المفاعلة فيه مجازا. وطبيعي أن الالتجاء إلى ذلك يفقدنا روعة المعنى الحقيقي وهو المشاركة من الطرفين، ولم يحصل لنا ذلك المعنى الذي

---

١. العذق النخلة بحملها.

٢. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٥، ص٤٢٩.

تفيده صيغ المفاعلة. وللمحافظة على المعنى الحقيقي في هذه القضية يمكننا أن نعتبر القضية المذكورة في مسألة سمرة أيضا 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 الإضرار بالأنصاري مع أنه لم يشترك معه في إيصال الضرر اليه، يجعل الأنصاري في نظر سمرة كأنه يقابله بالضرر حيث يمنعه من الدخول إلى نخلته فيكون إيصال الضرر من سمرة مكافأة منه بإيصال الضرر إليه في قبال ذلك الضرر الذي يتخيل سمرة حصوله من الأنصاري كل ذلك بعد امتناع سمرة عما أمره النبي صلى الله عليه وآله أولا من الاستئذان من الأنصاري بدخوله عليه، فكان مصرا على الإضرار، وكان إصراره على الإضرار مصححا لاستعمال المضارة في حقه باعتبار هذه العناية المذكورة.

### المراد من النفي في الحديث

من الواضح أن جملة «لا ضرر ولا ضرار» الواردة في كلامه صلى الله عليه وآله قد اشتملت على فقرتين «الضرر» و «الضرار» وقد دخل النفي عليهما معا فما هو المراد به؟

أما نفي الضرر، فمن البين أن النفي الوارد على الطبيعة، تارة: يكون نفيا حقيقيا، وثانية: يكون نفيا تنزيليا. ويمثل للأول: بقولنا «لا رجل في الدار». أما الثاني: فلا بد لتصحيح التنزيل فيه من اعتبار جهة يكون التنزيل بواسطتها معتبرا، وهذه الجهة تختلف: فقد يكون نفي الصحة مصححا وهذا كما في قوله صلى الله عليه وآله «لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل»؛[1] أو تكون نفيا للكمال وذلك كما في قوله صلى الله عليه وآله «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد».[2] 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 الضرار. وسيأتي مزيد توضيح لذلك إن شاء الله تعالى.

نظر صاحب الكفاية رحمه الله في المراد من النفي في الحديث

وقد ذهب صاحب الكفاية رحمه الله إلى اعتبار النفي المتوجه على الضرر في الحديث الشريف انما هو من النفي التنزيلي، والمنفي فيها هو الحكم، لكنه بلسان نفي الموضوع، بمعنى أن النفي

١. الميرزا النوري، مستدرك الوسائل، ج٧، ص٣١٦.

٢. طوسي، تهذيب الأحكام، ج١، ص٩٢.

يكون مسلطا على الفعل الخارجي الذي يوقع في الضرر، ولنفرض ذلك الفعل الخارجي هو الوضوء بالنسبة إلى 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:

رد المسلك صاحل الكفاية

**أولا:** أن كون المراد من الضرر هو الموضوع الضرري - على ما يقوله صاحب الكفاية ﷺ - يستلزم أن لا يكون النفي في هذه الفقرة نفيا حقيقا بل يكون نفيا تنزيليا باعتبار نفي ذلك الموضوع. ومع إمكان اعتبار النفي نفيا حقيقة - كما سنبينه - فلا مجال لاعتبار النفي نفيا تنزيليا تصححه جهة من الجهات.

جواب الأستدلال بالأخبار المذكور

**وثانيا:** أنه ﷺ قد نفي الموضوع بنفيه لحكمه، فصار نفي الحكم عنده مصححا لنفي الموضوع، ولا يمكن الأخذ بإطلاق هذا؛ لأن الحكم الذي يكون مصححا لنفي الموضوع هو الحكم الذي يكون انعدامه موجبا لانعدام الموضوع تنزيلا، كما في مثل الوجوب بالنسبة إلى الوضوء، فان نفيه يمكن أن يقال بكون مصححا لنفي الموضوع، بخلاف ما لو كان الحكم هو الحرمة - مثلا - فإن نفي حرمة الشيء لا تكون مصححة لنفي ذلك الشيء، بل هي على العكس تكون موجبة لفتح باب وجوده لا انها توجب انعدامه.

ويختار شيخنا الأستاذ ﷺ أن النفي المتوجه على الضرر في هذه الفقرة هو النفي الحقيقي، لا التنزيلي؛ إذ الوجوب في مفروض المثال المتقدم، لما كان باعثا للمكلف على الوضوء فيكون الضرر معلولا للوضوء، والوضوء - في نفس الوقت - معلول للوجوب الوارد عليه، فيكون الوجوب علة للضرر، ويكون الضرر مسببا 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 نفيا للحكم ابتداء.

وأما نفي الضرار. فإن النفي فيه تنزيلي والجهة المصححة لهذا التنزيل هي كونه كناية عن التحريم. ونظير ذلك ما ورد في الآية الكريمة: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾.[1] فإن الشيء لو كان محرما كانت حرمته موجبة لصحة انتفائه؛ ليكون

١. البقرة: ١٩٧.

كناية عن نفي مشروعيته على حذو قوله: «لا رهبانية في الإسلام».

**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 مقرونا بتقصد وإصرار من صاحب ذلك الحكم. وأما الضرار: فإنه مسوق لنفي الحكم، مع تعمد من صاحبه والإصرار على إيصال الضرر بواسطة ذلك الحكم إلى الطرف الآخر، ولأجل ذلك عقب ﷺ: لا ضرر بلا ضرار وهذا من قبيل الانتقال من الأدنى إلى الأعلى، كما يشهد به قوله ﷺ قبل ذلك بعد إسداء النصح لسمرة «انك رجل مضار» واليه الاشاره في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾.[1]

وفي قضية سمرة وما تضمنته الرواية الشريفة من الأمر بقلع النخلة وإلقائها فإنه ﷺ لم يأمر بالقلع، إلا بعد أن حَكَمَ على سمرة بالاستئذان عند إرادة الدخول، وأمتنع سمرة من الرضوخ لذلك الحكم الشريف، وحينئذ فيكون استحقاقه لبقاء نخلته ضرارا؛ لكونه سببا لإصرار سمرة على الضرر، فيكون منتفيا.

محل الخلاف بين الفقهاء مبدأ الأربعة أشهر

إذاً ففي المرتبة الأولى كان جواز الدخول لسمرة بلا أستئذان سببا للضرر، فيكون منتفيا «بلا ضرر» وتكون نتيجة ذلك لزوم الاستئذان، وحيث لم يقبل سمرة بذلك الحكم، فقد انتقل المورد من الضرر إلى الضرار وصار استحقاق بقاء النخلة موجبا للضرار؛ لذلك نفاه ﷺ وكانت نتيجة ذلك هو جواز قلع النخلة؛ إذ لا يمكن نفيه إلا بهذا الطريق، حيث أن ذلك الضرار وإن أمكن نفيه بإقامة شخص يمنع سمرة من الدخول بلا أستئذان، إلا أن ذلك لما لم يكن متيسرا له في ذلك العصر، فقد انحصر رفع ذلك الضرر الناشي عن إصراره على الدخول بلا أستئذان برفع ذلك الإضرار، وهو استحقاقه لبقاء نخلته، فنفاه ﷺ بنفي الضرار الذي يكون متولدا عنه.

**الاستدلال بالحديث الشريف لما نحن فيه**

وينحصر الاستدلال بهذا الحديث الشريف بأحد وجهين:

الأول: إجراؤه في لزوم النكاح، فتكون النتيجة هي ثبوت خيار الفسخ للزوجة؛

---

١. البقرة: ٢٣١.

الثاني: الاستدلال به لإثبات الإجبار على الطلاق.

أما الوجه الأول: فيقال في تصويره: أن لزوم النكاح على الزوجة، وعدم الإخلال من جانبها بحقوق الزوج في حال كون الزوج غير قادر على القيام بحقوقها يكون ضررا منفيا بالحديث المذكور، وحينئذ فيكون للزوجة فسخ النكاح. ونظير هذا ما ذهبوا إليه 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 الإخلال بالحقوق التي لها عليه ضرر وهو منفي بالحديث الشريف.

وقد يعترض على هذا الوجه من الاستدلال بأن إعطاء صلاحية الفسخ بيد الزوجة فتح لباب الخيار، وثبوته في عقد النكاح، مع أن الإجماع قائم على عدم دخول الخيار في عقد النكاح، إلا من الطرق الخاصة المنصوص عليها في عيوب الرجل والمرأة.

استدلال صاحب الجواهر على عدم صحت اشتراط الخيار فى النكاح و الجواب عنه

وقد تعرض صاحب الجواهر رحمه الله لهذا المعنى، حيث تطرق إلى الاستدلال على عدم صحة اشتراط الخيار في النكاح، معللا إياه بأن فيه شائبة العبادة التي لا يدخلها الخيار - إلى أن قال - بل في قوله عليه السلام: في خبر ابان: «كان تزويج مقام» اشعار به كقوله في غيره «تزويج البتة»، ونحو ذلك بل لعل منافاته لعقد النكاح من ضروريات الفقه. وحيث يصل المحقق الحلي رحمه الله في شرائعه إلى المسألة الثانية عشرة من المسائل التي ذكرها في باب المهور، يقول صاحب الجواهر في الاستدلال على بطلان شرط الفسخ لمعلومية الخيار ولحصر فسخه 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 أولا؟

ويجيب شيخنا دام ظله:

لقد سبق أن بيّنا في دروس سابقة عدم قابلية النكاح للخيار المجعول ابتداء، أو الناشي 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:[1]

---

١. المعاملة بالنظر إلى اللزوم وعدمه تكون على أقسام:

الأول: ما يكون اللزوم فيها ذاتيا: حيث تقتضيه ذات المعاملة، كما في لزوم الرهن على الراهن. فان عدم لزومه عليه ينافي حقيقة الرهن الذي هو جعل الوثيقة عند الطرف الآخر الموجب لوثوق المرتهن بعدم تلف دينه. فهذا النحو

إن الضرر المتوجه على الزوجة في حال عدم قيام الزوج بحقوقها ليس مسببا توليديا عن نفس لزوم النكاح لينتفي بالحديث المذكور؛ إذ من المعلوم أن اختيار الزوج دخيل في البين، وسيأتي مزيد توضيح لذلك.

تقريب الإستدلال بالحديث نفي الضرر لإثبات الاجبار على الطلاق

الوجه الثاني: من الاستدلال بحديث نفي الضرر: وهو الاستدلال بالحديث المذكور لإثبات الإجبار على الطلاق وعلى سلطنة الحاكم الشرعي عليه وتقريبه: هو ان المستفاد من قوله ﷺ «الطلاق بيد من أخذ بالساق»[1] أن الزوج هو المسلط على إيقاع الطلاق وعلى عدمه. وهذا الحكم، وهو سلطنته على عدم الطلاق ضرري على الزوجة، فينفى بحديث «نفي الضرر» وتكون النتيجة أن الزوج لا يكون مسلطا على عدم الطلاق، بل يكون الطلاق لازما عليه.

---

من العقود والذي يكون اللزوم فيه ذاتيا لا يجوز فيه اشتراط الخيار؛ لأن اشتراط الخيار فيه مناف لحقيقة المعاملة.

الثاني: ما يكون اللزوم فيه حقيقيا. وهذا كما في معاملة البيع إذا وقعت بقالب العقد والتعاهد، فان كلا من المتعاقدين بواسطة وقوع ذلك العقد له الحق على صاحبه بإلزامه بمقتضى ذلك العقد ومنعه من الفسخ.

وهذه الحقيقة إنما جاءت من العقد والتعاهد من كل منهما على ما أوقعاه. ومن الواضح أن اللزوم في هذا القسم لا يكون ذاتيا! لأن مبادلة الكتاب بالدينار ـ مثلا ـ على نحو المعاطاة من دون عقد، لا يكون لزومها من مقتضيات ذاتها، بل لكل منهما الرجوع فيما أوقعه، ويكون إبراز تلك المعاملة بقالب العقد مانعا عن للرجوع. وفي هذا النحو من المعاملات لا مانع من اشتراط الخيار فيها؛ لأن هذا الشرط لا يكون منافيا لذات المعاملة، كما انه لا يكون منافيا للتعاقد عليها. وأقصى ما فيه أنه يكون منافيا لإطلاق التعاقد، وهذا جار في كل شرط، فإن الشرطية إنما تكون منافية للإطلاق لا لذات المشروط.

الثالث ـ ان يكون اللزوم حكميا! حيث يكون بجعل من الشارع المقدس. ومعنى ذلك أن الشارع يحكم على خصوص معاملة بأنها لا خيار فيها لأحد المتعاقدين. فيكون اشتراط الخيار في مثل هذه المعاملة مخالفا للحكم الشرعي، فلا يكون نافذا. وهذا كما في باب النكاح فإن عقده وإن تضمن حقية اللزوم، وهو غير مانع من اشتراط الخيار ـ كما عرفت في البيع ـ إلا أن فيه مانعا آخر وهو الحكم الشرعي التعبدي القاضي بأن النكاح لا يدخله الفسخ والخيار، إلا في موارد خاصة، وهذا الحكم الشرعي يكون مانعا من اشتراط الخيار لأحدهما على الآخر.

١. هذا الخبر نبوي وقد تعرض اليه المحدث النوري في المستدرك باب ٣٥، وذكره صاحب الجواهر (جواهر الكلام، ج٣٢، ص٥)، في أوائل البحث عن الطلاق عند التعرض لطلاق من بلغ عشرا، وأنه لو طلق وليه عنه لم يصح، وكذلك ذكره في الحدائق، (ج٢٤، ص٢٣٥، في مسألة عدم طلاق الولي عن الصبي)، وذكره الشيخ في الخلاف في المسألة المفروضة (ج٢، ص٣٢٣). وعندنا اخبار تدل على مضمونه واردة فيمن شرط لزوجته ان بيدها الطلاق كقوله ﷺ «إن على الرجل النفقة وبيده الجماع والطلاق». (طوسى، التهذيب، ج٧، ص٣٧٠)

وقد يعترض أيضا: 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 إثبات الخيار - من أن سلطنته على عدم الطلاق في حال عدم قيام الزوج بحقوق الزوجة ضرر عليها، فتكون السلطنة منتفية.

المناقشه للتقريب المذكور

والجواب عنه: بأن المستفاد من قوله ﷺ «الطلاق بيد من أخذ بالساق»[1] ليس جعل السلطنة للزوج على كل من الوجود والعدم، بل لا يتعدى ذلك عن كون إيجاد الطلاق من حقوق الزوج الخاصة، وأنه لو أوجده لكان، ولا مانع له فيه حتى لو تضررت الزوجة بطلاقها منه بواسطة بعض الطوارئ. أما عدم الطلاق فليس هو إلا أنه ليس بواجب عليه، فتدخل المسألة حينئذ في أنه لو كان عدم جعل الحكم موجبا للضرر يكون مفاد حديث «نفي الضرر» مشرعا لما يكون رافعا للضرر، ولازم ذلك أنها لو تضررت من عدم الطلاق من ناحية أخرى لا من ناحية عدم قيام الزوج بحقوقها، يكون الطلاق واجبا.

لذلك كان الأولى في الجواب أن يقال:

إن حديث «نفي الضرر» إنما يجري في نفي الحكم الذي يكون بقاؤه مولدا للضرر، بحيث كان الضرر مسببا توليدياً للحكم. أما مع فرض كون الضرر آتيا من عدم قيام الزوج بحقوقها فلا يكون مسببا الا عن الزوج لا من الحكم الشرعي، كما حقق في محله، من أنه يشترط في الأسباب التوليدية أن لا يتوسط اختيار آخر، وحينئذ فلا مورد فيما نحن فيه لحديث (نفي الضرر والضرار).

وربما يعترض: بأن ما ذكرتموه من اعتبار كون الضرر مسببا توليديا عن الحكم الشرعي، وانه لو توسط في البين الاختيار من المكلف، لا يكون (حديث نفي الضرر) جاريا؛ لعدم استناد الضرر إلى نفس الحكم، بل إلى اختيار المكلف. فينبغي أن لا يجري الحديث المذكور في الوضوء أو الصوم إذا كان مضرا؛ لأن الضرر إنما جاء من اختيار المكلف.

ويجاب عن هذا الاعتراض: بأن هذا الاختيار من المكلف - أعني أرادته الوضوء، أو الصوم - لما كان ناشئا عن ذلك الوجوب، كان الضرر مستندا إلى الوجوب، فكان هو الموقع للمكلف في

---

١. ابن ادريس، السرائر، ج٢، ص٦٠٠.

الضرر، فكان الوجوب سببا توليدياً للضرر وكان الضرر مسببا توليدياً عن ذلك الوجوب، فكان حينئذ يصح أن يقال: أن ذلك الوجوب مضر بالمكلف، وبذلك يكون مرتفعا. وهذا بخلاف ما نحن فيه مما لا يكون الحكم الشرعي فيه الا محض عدم وجوب الطلاق عليه كي يكون الإضرار بالزوجة امتثالا له ليكون هو سببا توليدياً للإضرار بها.

التحقيق في المقام

وعلى أي حال فان التحقيق يقتضي لنا أن نقول بإمكان الاستدلال بهذا الحديث الشريف لما نحن فيه من انفتاح باب الطلاق الإجباري أمام الحاكم الشرعي حيث يتمسك بنفي الضرار على ذلك. لأن الزوج لو لم يقم بحقوق زوجته وأمره الحاكم الشرعي بالقيام بتلك الحقوق فامتنع عن ذلك ولم يتمكن الحاكم الشرعي من إجباره، كان إصراره على ذلك من قبيل إصرار سمرة على الدخول لبيت الأنصاري، وحينئذ يكون مضارا للزوجة ويدخل تحت كبرى قوله ﷺ لا ضرار. وينفتح بهذا باب الطلاق الإجباري ويكون الأمر دائرا بين اثنين.

إما أن يجبره الحاكم الشرعي على الطلاق ليخلي سبيل الزوجة أو يتولى الحاكم الشرعي بنفسه ذلك ويجري الطلاق جبرا 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 ادعيناه من توسعة الإلزام المذكور إلى بقية الحقوق التي هي للزوجة على زوجها.

ومن ذلك ما صرح به المحقق القمي رحمه الله باللغة الفارسية في كتابه جامع الشتات ما ترجمته:

كلام المحقق القمي رحمه الله في جامع الشتات في المقام

> ان حقوق الزوجة هي: أن يؤمن الزوج نفقتها، وكسوتها. طبقا 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 ويجبره على الوفاء بحقوق زوجته ويعزره إن تخلف. وإذا لم ترض الزوجة بالبقاء على تحمل نشوز الزوج يتدخل الحاكم الشرعي ليلزم الزوج بالوفاء بالحقوق، أو بالطلاق. وهذا الإجبار لا ينافي صحة الطلاق.[1]

كلام صاحب الجواهر رحمه الله في المقام

وأما صاحب الجواهر رحمه الله فقد ذكر في مسألة الجمع بين الأختين فيما لو اشتبه عقد المقدم

---

١. القمي، جامع الشتات، ج٤، مستفاد من عدة مسائل.

منهما ما يلي:

و لو اشتبه السابق ولم يكن ثمة ما يشخصه ـ ولو علم التأريخ بناء على الحكم بتأخر المجهول عن المعلوم ـ أقرع في وجه قوي، وإن لم أجد من ذكره هنا. نعم، في القواعد الأقرب إلزامه بطلاقهما؛ لأن الواجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان. وإن لم يتمكن من الأول فيتعين عليه الثاني. فإذا امتنع ألزمه الحاكم به، كما في كل من وجب عليه أمر فامتنع منه. وللزم الحرج على المرأتين، ولعل غير الأقرب احتمال العدم، واحتمال فسخها وفسخ الحاكم وبطلانها.[1]

كلام السيد اليزدي رحمه الله في العروة

ومثل ذلك ما صرح به الفقيه الطباطبائي قدس سره في عروته حيث قال:

لو تزوج بالأختين ولم يعلم السابق واللاحق، فإن علم تاريخ أحد العقدين، حكم بصحته دون المجهول، وإن جهل تاريخهما، حرم عليه وطؤهما وكذا وطء إحداهما، إلا بعد طلاقهما، أو طلاق الزوجة الرابعة منهما ثم تزويج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الأخرى عن العدة إن كان دخل بها أو بهما. وهل يجبر على هذا الطلاق دفعا لضرر الصبر عليهما، لا يبعد ذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[2] وربما يقال: بعدم وجوب الطلاق عليه وعدم إجباره وأنه يعيّن بالقرعة، وقد يقال: إن الحاكم يفسخ نكاحهما.[3]

مما تقدم عرفت أن الفقهاء رحمهم الله لم يقتصروا في الإجبار على الطلاق على التقصير بالنفقة، بل توسعوا، فقالوا بذلك في كثير من الموارد كما مر عليك.

وأما بيان تكليف الحاكم الشرعي بعد الرجوع اليه وعدم فائدة إجباره الزوج المقصر على الطلاق فهذا ـ كما تقدم ـ يستفاد من ولاية الحاكم الشرعي على الممتنع، حيث يكون له إجراء مثل هذا الطلاق. و ذلك لما تقدم بيانه من الأدلة التي استفاد منها شيخنا الأستاذ دام ظله توسعة صلاحيات الحاكم الشرعي إلى مثل هذه الموارد مضافا إلى أنه لا خصوصية للإنفاق ليقتصر إجراء الطلاق جبرا عليه، بل إن الحكم في الآية الشريفة جار في جميع حقوق الزوجية، والتي منها المضاجعة والوطء بعد الأربعة أشهر. فيدخل فيه العنين الذي وطأ امرأته مرة واحدة، ثم

---

١. النجفي، جواهر الكلام، ج٢٩، ص٣٨٢.

٢. البقرة: ٢٢٩.

٣. اليزدي، العروة الوثقى، كتاب النكاح، مسألة ٤٣.

طرأه العنن. فان مثل هذه المرأة وإن ورد فيها «متى ابتليت فلتصبر»، الا 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 واجبا عليه وهو التسريح بإحسان. وعلى فرض تخريج من ابتلى زوجها بالعنن بعد الوطء وتحكيم «متى ابتليت فلتصبر» فيها، فان ما نحن فيه غير ذلك المورد؛ للفرق بينهما. فان من ابتلى زوجها بالعنن يقوم زوجها بجميع شئون الزوجية من المضاجعة وغيرها، ولكنه لا يقدر على الإيلاج لما ابتلى به من مرض العنن الطارئ. أما هذه المجهورة فقد حرمت حتى من المضاجعة وتركت إلى غير مأوى، فالفرق بينهما واضح. إذاً فيدور أمر الزوج بالنسبة إلى زوجته بين أمرين:

إما القيام بالشق الأول ـ وهو الإمساك بمعروف ـ أو اختيار الطرف الآخر ـ وهو التسريح بإحسان ـ من غير فرق بين موردي الإنفاق وغيره؛ إذ لا خصوصية للأول ليوجب تقديمه على غيره وعند عدم اختيار الزوج لأحد هذين المسلكين يتدخل الحاكم الشرعي ليجري الطلاق بنفسه.

ولو لاحظنا صاحب الجواهر رحمه الله في موارده العديدة لما رأيناه يقف مكتوف اليد، بل قد توسع ووسع سلطة الحاكم الشرعي في موارد، منها: مورد المهاياة من كتاب القسمة من باب التجارة، حيث تكون قسمة الشيء ممتنعة كالجوهرة والسيف وما شاكل، فإنه قال فيه بلزوم إيجار ذلك الشيء إن كانت له أجرة، جمعاً بين الحقين وصونا للمال عن التلف وجبرا للضرر. وأخيرا يقول «و لعل ذلك من السياسات»[1] إذاً فقد فتح صاحب الجواهر وكثير من الفقهاء باب البيع القهري في قبال قاعدة السلطنة على المال، وبذلك يمكننا فتح باب الطلاق الإجباري في قبال قوله صلى الله عليه وآله: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» في صورة هجر الزوجة وعدم قيام الزوج بكامل حقوق زوجته، وليعتبر هذا من السياسات أيضا. وفي قضية تحريم التنباك من قبل السيد الشيرازي رحمه الله خير شاهد على ما نقول.

---

١. النجفي، جواهر الكلام، ج١٣، ص٥٧٢.

## مدى إمكانيات الحاكم الشرعي

يجب علينا معرفة مدى إمكانيات الحاكم الشرعي في سلطته بالنسبة إلى إجراء الطلاق جبرا على الزوج، وهل أن صلاحياته مطلقة في ذلك أو هي مقيدة بقيود خاصة، والتي منها موضوع ضرب الأجل للزوج؟ إذ لعله يثوب إلى رشده فيعود إلى حياته الزوجية، وعلى تقدير الأجل فما مقداره؟

## الزوج معلوم المحل

وفي هذه الصورة لا بد للحاكم الشرعي من التريث وعدم التسرع بإجراء الطلاق بمجرد دعوى الزوجة تقصير زوجها في حقوقها المفروضة عليه. بل لا بد من تبليغه بدعوى زوجته عليه. وحينئذ فتكون هذه الدعوى كبقية الدعاوي التي تعرض عليه، وعند حضور الزوج وعجزه عن إبطال دعوى زوجته فلابد للحاكم من إعمال صلاحياته في هذا المورد من إجراء الطلاق جبرا عليه. هذا فيما لو امتثل الزوج وحضر مجلس الدعوى وكان هناك طرف 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 موكول إلى نظر الحاكم الشرعي فهو الذي يقدر ذلك ويلاحظ ظروف القضية آخذا بعين الاعتبار ظروف كل من الزوجين.

## لو كان الزوج مجهول المحل

أما لو انقطعت أخبار الزوج وجهل محله، فيدخل هذا تحت عنوان «المفقود» فيشمله ما ورد في الاخبار التي تصرّح بالانتظار لمدة أربع سنين، كما مر فيما تقدم من صحيح الحلبي في قوله عليه السلام: «المفقود إذا مضى له أربع سنين».[1] 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.

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٢، ص١٥٨.

## 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 اليه؟ أو لا يكفي ذلك، بل لا بد من تحرير الرسائل اليه، أو إرسال شخص يقابله فيبلغه الخبر ما دام أنه معروفا محل الإقامة والعنوان.

ولا يرى شيخنا الأستاذ ﷾ فرقا بين كيفية الفحص وطرق الإيصال، وبين ضرب الأجل. فكلاهما موكول إلى الحاكم الشرعي لاختلاف الغائبين في نظره من جهة وصول التبليغ إليهم، فرب شخص له مركزيته المرموقة وهو ممن يتصدى لاستماع الأخبار ومطالعة الصحف اليومية، وهكذا المجلات لذلك يكون التبليغ بواسطة هذه الطرق الحديثة كافيا، ورب شخص نراه بعيدا عن هذه العوالم، فلا بد من تحرير الرسائل اليه، أو إرسال شخص يتكفل بإيصال الخبر اليه. وحينئذ، فلا تنفع هذه الطرق الحديثة بالنسبة إلى هذا الشخص. إذاً فالموضوع موكول 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 ﷾ فسح المجال أمام الحاكم الشرعي لإجراء الطلاق جبرا على الزوج. ولكن الزوجة لو لم ترغب في هذا الإجراء بأن قبلت البقاء مع 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 خرقا منها لحقوقه عليها؟

ولم يتعرض شيخنا الأستاذ ﷾ لهذه الجهة بالصراحة وكان الأنسب ذكرها في نشوز الزوج، إلا أنهم اقتصروا على ذكر ما لو نشز الزوج فليس لها هجره ولا ضربه كما كان الحال على العكس لو نشزت هي. نعم، في الجواهر ذكر ﷺ في باب النفقة عند تعرضه لبيان أن تمكين الزوجة شرط فيها أو أن النشوز مانع منها تعرض لمثل هذا فقال:

«بل ربما يشم قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ ما يشبه معاوضة الاستمتاع بالإنفاق على نحو ما ورد من الإنفاق، على الدابة عوض ما يستوفيه من منافع ظهرها، كما أنه يشم من

نصوص بيان حق كل منهما على الآخر مقابلة كل منهما لصاحبه»[1] ـ انتهى.

وعليه فلو كان هناك ما يشبه المعاوضة بين الاستمتاع والإنفاق، 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: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾.[2] 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 بكون 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، الا 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.

إذاً فتبين أن الآية الشريفة المصرحة بالقوامية لا دلالة فيها على كون القوامية بعوض المال المبذول من قبل الزوج، نفقة كان أو مهرا، بل أقصى ما تدل عليه هو أن الشارع المقدس جعل سلطة الزوج على زوجته، وحكمة هذا الجعل والتشريع لا علته 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 دالا على أنه إذا قصر الزوج 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.

---

١. النجفي، جواهر الكلام، ج٣٦، ص٢٢٨.

٢. النساء: ٣٣.

# الفصل التاسع

## الشوارع المفتوحة من قبل الدولة

### موضوع البحث

وينحصر فيما تستملكه الحكومة جبرا 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 استملكت 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 ـ والحالة هذه ـ من التطرق، وعلى سبيل التمهيد عن حال هذه الأراضي، لنعرف 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: «و هي المأخوذة بالقهر والغلبة المستلزمة للذل والخضوع ومنه قوله تعالى: ﴿وَعَنَتِ الْوُجُوهُ لِلْحَيِّ الْقَيُّومِ﴾[1و2]

اقسام الأراضي المفتوح عنوة

وبطبيعة الحال أن ما فتحه الجيش الإسلامي ينقسم إلى قسمين: قسم منه يكون عامرا يوم الفتح، والقسم الآخر يكون خرابا.

---

١. طه: ١١١.

٢. بحر العلوم، بلغة الفقيه، ص٤٧.

أما القسم الثاني فيدخل فيما عدى العامر من المفتوح عنوة مما يشمله عنوان الأنفال، وسيأتي البحث عنه. وأما ما كان عامرا 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 فضلا عن التخصيص بمن قاتل منهم. وعلى هذا جرى غير واحد من فقهائنا رحمهم الله.

ومن اختار هذا الرأي فقد استدل عليه بأمرين:

الأول: الإجماع:

الثاني: الأخبار.

أما الأخبار فهي كما يلي:

الاستدلال بالروايات

١. صحيحة الحلبي: «قال: سئل أبوعبد 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 تشتري منهم على أن يصيّرها للمسلمين فاذا شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها. قلت: فإن أخذها منه؟ قال يُرد إليه رأس ماله وله ما أكل من غلتها بما عمل».[١]

٢. صحيحة ابن ربيع الشامي: لا تشتر من أرض السواد شيئا ـ إلى أن قال: ـ فإنما هو فيء للمسلمين».[٢]

٣. خبر محمد بن شريح: سألت أباعبد 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 يستحيي من عيب ذلك».[٣]

ولا يخفى أن وجه الاستيحاء 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 المسلمين؟ قال قلت: يبيعها الذي هي في يده قال: ويصنع بخراج المسلمين ماذا، ثم قال: لا بأس اشترى حقه منها ويحوّل حق المسلمين

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج١٧، ص٣٦٩.

٢. المصدر السابق.

٣. المصدر السابق، ص٣٧٠.

عليه ولعله يكون أقوى عليها وأملأَ بخراجهم منه».[١]

٥. مرسلة حماد الطويلة عن أبي الحسن الأول عليه السلام «و... الأرضون التي أخذت عنوة بخيل أو ركاب فهي موقوفة متروكة في يدى من يعمرها ويُحييها ويقوم عليها على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الحق النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صلاحا ولا يضرهم إلى أن قال ويُؤخذ بعد ما بقى من العشر فيقسم بين الوالي و بين شركائه الذين هم عُمّال الأرض وأكرتها فيدفع إليهم أنصبائهم على ما صالحهم عليه، ويُؤخذ الباقي فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله وفي مصلحة ما ينويه من تقوية الإسلام وتقوية الدين في وجوه الجهاد وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة، ليس لنفسه من ذلك قليل وكثير».[٢]

وأخيرا عقب السيد رحمه الله عليه في بلغته بعد هذه الأخبار بقوله: «و الظاهر أنها لهم على جهة الملكية، كما عن صريح بعض، لمكان اللام والإضافة الظاهرين فيها لا على وجه الاختصاص».[٣]

إذاً فعلى هذا الرأي تكون الأراضي العامرة يوم الفتح ملكا 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 وان اشتملت على ما يكون في حد نفسه للملك والاختصاص كما في التعبير عن ذلك (باللام) أو الإضافة إلى المسلمين إلا أن ما جاء في مرسلة حماد الطويلة المارة الذكر لا يساعد على ذلك لقوله عليه السلام فيها - فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها.

ملاحظة الروايات من جهات ثلاث

وعلينا ملاحظة هذه الرواية من جهات ثلاث للاستدلال بها على ما نريد من عدم الملكية الصرفة للمسلمين:

الأول: ما تفيده الرواية وما تدل عليه؛

الثاني: إرسال الرواية؛

الثالث: معارضتها للأخبار المصرحة بالملكية للمسلمين.

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج١٥، ص١٥٥.

٢. المصدر السابق، ص١١٠.

٣. بحرالعلوم، بلغة الفقيه، ص٤٧.

اما دلالتها: فان من التعبير السابق نتمكن أن نستفيد أن المسألة ليست من باب الملكية الصرفة ولا من باب الاختصاص، بل ولا من باب الوقف بالمصطلح الشرعي، بل إن الأمر على خلاف هذه الأمور وليس في البين إلا أن هذه الأرض تبقى على حالها ويكون ريعها للمسلمين.

أما نفس الرقبة فيمكننا القول بأنها ليست بوقف، ولا ملك ولا غيرهما، بل لا يكون حالها إلا كحال الأعيان الشخصية كالدار إذا كان الميت قد أوصى بانحصار ثلثه فيها وإبقائها ليصرف وارداها في جهات قد عينها، غير أن مثل هذه الأرض والدار نقول إنهما باقية على ملك الميت. والأراضي الخراجية لما خرجت بالفتح عن ملك أربابها، كانت باقية بحالها بلا مالك. ولا ضير في بقاء العين إذا كانت منافعها 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 الخير للأعيان الراجعة إليها.

وأما إرسال الرواية فلم ير شيخنا دام ظله بأساً في ذلك، وتعبيرهم بمرسلة؛ لأن عمل الأصحاب بها يكون جابرا لها، ولا يكون الإرسال المذكور موجبا لتوهينها. وإلى ذلك أشار السيد في بلغته بقوله: «و هي إن كانت مرسلة إلا أن الأصحاب تلقوها بالقبول فهي منجبرة».[1]

وأما معارضتها مع بقية الأخبار ـ والتي تصرح بأن الأرض ملك للمسلمين كما صرحت 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 موجودا ومعدوما، فإنّه لو سلمنا معقوليته بالنسبة إلى الطبقات المعدومة فعلا، حيث تأتي، ولو بعد آلاف السنين، إلا أنا لا نتمكن من الالتزام به من لزوم الإشاعة بينهم، القاضي بكون المنافع كذلك، بأن تكون المنافع مشاعة بين قاطبة المسلمين كنفس الرقبة. وهكذا الحال في دعوى كونها موقوفة على المسلمين بالمعنى الاصطلاحي للوقف.

---

١. بحرالعلوم، بلغة الفقيه، ج١، ص٢١٣.

## (النظر إلى التصرفات)

والآن، وبعد أن عرفت معنى الملكية للمسلمين بالنسبة إلى هذه الأراضي المفتوحة أو للجهة الإسلامية ـ كما بيناه ـ 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 شابه ذلك مما لا يكون محققا 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 إن شاء الله.

## التصرفات الناقلة

كالبيع وما شابهه مما يكون محققا 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 ممن 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 تبعا للآثار.

الدليل الثاني: السيرة العقلائية القائمة بين الناس على البيع والشراء ووقفها مساجد ومدارس وما شابه، وما ذلك إلا لأن الأرض تكون مملوكة لمن أحدث فيها آثارا.

اشكال السيد بحر العلوم على السيرة

ولكن السيد بحر العلوم قدس سره أشكل على هذا الدليل في بلغته، أولا بأن السيرة العقلائية على عهدة مدعيها، سيما في غير الدور والعقارات كالمزارع ونحوها، وثانيا إن السيرة المذكورة لا تفيد

أكثر من حق الاختصاص والأولوية بالتصرف في الأرض لمن له الآثار فيها. فاذا بيعت الآثار المملوكة لبائعها حق للمشترى ما كان للبائع في نفس الأرض من حق الاختصاص والأحقية بالتصرف.

ولأجل هذه النقطة الدقيقة نرى السيد رحمه الله استشكل في الأوقاف العامة كالمدارس والمساجد؛ لأن الغرض الأصلي من وقفيتها متعلق بالأرض، ولذا ذكر أن ما ينقذنا من هذا الإشكال المذكور أحد أمرين: فإما 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 صفحه ٥٩.

الطريق 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 الطريق أن الشك المذكور لا يدفع الإشكال فيما علمنا أنه كان عامرا يوم الفتح من المساجد والأوقاف.

الطريق الثاني: أن اليد النوعية ـ كاليد الشخصية فيكون عنوان المسجدية ـ مخرجا للأرض عن ملكية المسلمين العامة، كما إذا رأينا شخصا بيده أرض خراجية مما يعلم كونها عامرة يوم الفتح، وكان قد تصرف فيها تصرف الملاكين بأملاكهم، فان يده تكون أمارة على الملكية له وإن لم يعلم السبب في كيفية ملكه لها.

والرد على هذا الطريق: أن ذلك يتم فيما لو فتحنا الطريق لتملك الأرض الخراجية التي كانت عامرة حين الفتح ولم يبين ذلك فيما ذكره.

الطريق الثالث: أن هذه الأرض لو كانت من العامر حين الفتح، فهذا الشخص يملكها، ولكن ليس دائما، بل إذا زالت آثارها منها خرجت عن ملكه. وأما لو كانت مواتا حين الفتح، فهو قد ملكها بالإحياء ولا تزول ملكيته بزوال الآثار. والآن وحيث ذهبت الآثار نشك في بقاء الملكية، فنستصحب الملكية المرددة بين الملكيتين، الطريق فيثبت أنها الآن ملك ولو زالت آثاره عنه.

وقد أشكل السيد نفسه على هذا الطريق الثالث:

بأنه موقوف على إمكان تملك الأرض الخراجية ولو تبعا، 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 ﷺ على هذا الطريق أيضا:

بأنه لو تم لكان استصحاب الملكية من قبيل استصحاب الكلي المردد بين مقطوع البقاء والارتفاع وهو ليس بحجة، كما تعرض اليه شيخنا في مباحث الاستصحاب.[1]

---

١. الاستصحاب: مأخوذ من المصاحبة لغة. وقد عرفه الأصوليون بتعاريف عديدة لعلها ترجع وترمز إلى معنى واحد وهو إبقاء ما كان ـ كما صرح به الشيخ الأنصاري رحمه الله ـ أو هو الحكم ببقاء حكم أو موضوع ذي حكم شك في بقائه. 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 بقائه من جهة حصول الشك في بقاء ذلك الفرد ومثال ذلك ما لو علمنا بوجود زيد في هذه الدار صباحا وفي المساء حصل لنا الشك في بقائه وعدمه. وفي هذه الصورة يجري الاستصحاب للكلي وهو كلي الإنسان الذي كان موجودا في ضمن زيد، كما يجري استصحاب نفس الفرد الذي هو زيد. فلك أن ترتب آثار الكلي وهو الإنسان أو آثار الفرد وهو زيد.

وثانية: يكون الشك في تعيين الفرد لتردده بين فردين: أحدهما مقطوع البقاء والثاني مقطوع الارتفاع. ويمثل لذلك بالحشرة الصغيرة التي لا طاقة لها على البقاء لأيام عديدة وبالحيوان الكبير ـ كالفيل ـ مثلا، حيث يتحمل البقاء لأيام عديدة في محل خال من معدات الحياة. فبعد مضي الأيام لو حصل لنا الشك في البقاء لما أمكننا استصحاب الفرد؛ لعدم القطع بما كان لنستصحب بقائه أو عدمه، فلو كان الحيوان الكبير لاستصحبنا بقاءه، ولو كان الموجود سابقا هو الحشرة الصغيرة لقطعنا بعدم بقائه.

أما استصحاب الكلي وهو كلي الحيوان لو كانت هناك آثار خاصة تترتب عليه، فقد وقع الخلاف فيه. فالبعض من العلماء أجازه، بينما منعه آخرون.

وثالثة: يكون الشك من جهة الشك في قيام فرد آخر مقام ما كان موجود سابقا مع القطع بارتفاع ذلك الوجود السابق، وهذا ـ كما في المثال المتقدم ـ بعد العلم بموت الحيوان الصغير ولكنا نشك أنه عند موته هل حصل بمكانه الحيوان الكبير أو لا؟ وفي هذه الصورة لا يجوز استصحاب كلي الحيوان ولا الفرد الخاص من الحيوان الصغير أو الكبير. أما الفرد فللقطع بارتفاع الأول والشك في حدوث الثاني. ومنه يظهر عدم جواز استصحاب الكلي؛ لأن الكلي قد ارتفع يقينا بارتفاع الفرد الأول ويشك في حدوثه في ضمن الفرد الثاني فلا مورد لاستصحابه.

## تعقيب

لا يخفى أن القول بالملكية التبعية متفرع ـ على ما ذكره السيد في البلغة ـ في الجهة الأولى، وهي عدم جواز التصرف في هذه الأرض من العمارة ونحوها من البناء والمغروسات إلا بالإذن. فإن لازم الاذن في تعمير هذه العرصة دارا هو كون المعمر مالكا لنفس الأرض عند ما يحدث التعمير فيها. وفي الحقيقة، يكون الإذن بتعميرها دارا منحلا إلى تملكها بالعمارة فيها. فاذا ملك نفس العين بما لها من الآثار ولو تبعا، صح له بيعها، ويكون الحاصل أن الإذن بالعمارة ذات الأعيان عبارة أخرى عن الإذن بالتملك ولو تبعا لآثاره التي أحدثها فيها من البناء والمغروسات. وحينئذ يكون مالكا للعين فيصح له البيع. نعم، الإذن في تعمير هذه الأرض بجعلها صالحة للزراعة مثلا بحرثها 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 خرابا يوم الفتح وقد فتح عنوة، فسيأتي البحث عنه كاملا عند التعرض لحال الأنفال، وأن مرجع ذلك كله إلى الامام عليه السلام.

## الخلاصة

أن هذه الأرض العامرة يوم الفتح يكون مرجعها إلى الإمام من جهة التصرف بها، سواء قلنا بأنها ملك للمسلمين أو أنها وقف عليهم أو اعتبرناها ملكا للجهة الإسلامية، فإن ولاية التصرف في جميع ذلك تكون إلى الإمام عليه السلام في زمن الحضور والى 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

---

وما نحن فيه من قبيل القسم الثاني. وذلك لأن هذه الأرض التي تحت يد هذا الشخص إن كانت عامرة حين الفتح، كان مالكا لها، تبعا لملكيته للآثار التي أحدثها. فإذا زالت الآثار زالت الملكية. وان كانت خرابا حين الفتح وقد أحياها هذا الذي تكون بيده، فهي من الأنفال وهي تملك بالأحياء. فتكون الملكية على هذا مرددة بين مقطوع البقاء ـ لو كانت الأرض أمواتا وقد أحياها ـ أو مقطوع الارتفاع ـ لو كانت الأرض عامرة على التبعية ـ ولذلك لم يجز الاستصحاب، كما تقدم بيانه.

في هذه الأراضي التي استولى عليها؟ ومقتضى القاعدة الأولية هو أن يعامل الإمام عليه السلام من يعمل في هذه الأرض معاملة الملاك مع فلاحيهم. ولنأخذ على سبيل المثال الأرض الزراعية موضوعا لبحثنا فنقول: إن الإمام يكون حكمه حكم المالك لهذه الأرض، وهو بدوره يقوم بمزارعة الشخص الذي أقدم على هذه الأرض فيزارعه على حصة خاصة، كما تضمنته مرسلة حماد المتقدمة في قوله عليه السلام:

**و يؤخذ ما بقي من العشر فيقسمه بين الوالي وبين شركائه الذين هم عمال الأرض وأكرتها فيدفع إليهم أنصباءهم على ما صالحهم عليه ويؤخذ الباقي فيكون أرزاق أعوانه على دين الله وفي مصلحة ما ينويه من تقوية الإسلام... .**[1]

ومثل هذا ما جاء في صحيحة البزنطي من قوله عليه السلام:

**«و ما أخذ بالسيف فذلك إلى الإمام يقبله بالذي يرى كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله بخيبر قبل أرضها ونخلها»** الحديث.[2]

إذاً فالموضوع يناط إلى نظر الإمام في زمان حضوره وإلى الفقيه في زمان غيبته. فهو الذي يتعاقد مع الشخص تبعا للمصلحة، إلا أن هناك طريقة أخرى جرى عليها المتغلبون، فأخذوا يقدرون مقدارا معينا أطلقوا عليه اسم (الخراج)، فيأخذون ذلك ويكون الباقي لمن بيده الأرض وقد أمضى أئمتنا عليهم السلام ذلك. ولكن هذا الإمضاء لا يتعدى كونه تقية أو محافظة على كيان الإسلام أو لأجل التسهيل على شيعتهم أو غير هذا وذاك.

وليس الكلام في هذه الخصوصيات، فقد مضى الأمس بما فيه، وعلينا ملاحظة الحال فعلا 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 جديدا بواسطة الحكومات السابقة أو

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج١٥، ص١١٠.

٢. وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصْرٍ قَالَ: ذَكَرْتُ لِأَبِي اَلْحَسَنِ اَلرِّضَا عَلَيْهِ اَلسَّلاَمُ اَلْخَرَاجَ وَ مَا سَارَ بِهِ أَهْلُ بَيْتِهِ. فَقَالَ ... مَا أُخِذَ بِالسَّيْفِ فَذَلِكَ إِلَى اَلْإِمَامِ يُقَبِّلُهُ بِالَّذِي يَرَى ... وَ قَدْ قَبَّلَ رَسُولُ اَللَّهِ صَلَّى اَللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ خَيْبَرَ، وَ عَلَيْهِمْ فِي حِصَصِهِمُ اَلْعُشْرُ وَ نِصْفُ اَلْعُشْرِ. (الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج١٥، ص١٥٨)

الجديدة من مراجعة الفقيه ليرى تكليفه في تلك الأرض.

هذا كله في التصرفات غير الناقلة كالزرع وكري الأنهار، وكلما يعود إلى تلك الأرض من التعمير والإنشاء.

التصرفات الناقلة

امّا التصرفات الناقلة كالبيع وما شاكله، فقد أجازه بعضهم. قال في بلغة الفقيه في هذا الصدد: «القول بجواز بيعها مطلقا 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 نكير، وبالأخبار الخاصة منها صحيحة الحلبي وغيرها».[٢]

وقال في مفتاح الكرامة «الظاهر جواز التصرف في أرض الخراج بالبناء والغرس والمساجد وجواز بيعها تبعا للآثار بل الظاهر جوازه في رقبتها كما في ظاهر الدروس وجامع المقاصد أو صريحها».[٣]

وقيل بجواز بيعها في خصوص زمان الغيبة، ونسب إلى الدروس واستظهر منه في مفتاح الكرامة جواز بيعها مجردة عن الآثار. وقيل بجواز بيعها تبعا للآثار مع بقاء الملكية بعد زوال الآثار، ونقله السيد في البلغة عن المستند فراجع.

حصيلة الكلام

وعلى كل حال فالذي ينبغي أن يقال هو أنه لو وجد مجتهد يقول بجواز البيع، فعلى من بيده الأرض من المقلدين لذلك المجتهد العمل بما يفتيه فيها، حتى لو رأى أن يبيعها منه كان له ذلك وإن لم يجزه المجتهد الآخر. 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

---

١. بحرالعلوم، بلغة الفقيه، ص٥٧.

٢. الطوسي، المبسوط في فقه الأماميه، ج٢، ص٣٤.

٣. الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة، ج٤، ص٣٤٣.

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 أمارية الملكية، ويحكم بمقتضاها أن الأرض مملوكة لصاحب اليد، فمن كانت في يده أرض مما هو مفتوح عنوة وكانت من قسم العامر يوم الفتح، أمكننا الحكم بمقتضى يده بأنها ملك له، لاحتمال كون هذه اليد منتقلة اليه ولو بوسائط عن شخص اشتراها عن مجتهد في ذلك العصر، بحيث كان ذلك المجتهد السابق قائلًا بجواز بيع مثل هذه الأرض الخراجية فإنا وان خالفناه في الفتوى لكنه لو صدر منه حكم على طبق فتواه لم يجز لنا نقض ذلك الحكم. وكما لا يجوز لنا نقض حكمه، لا يجوز لنا نقض ما صدر منه من البيع ونحوه. فان نقض ذلك البيع وافتانا بفساده يكون داخلا 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. فانا لا يجوز لنا نقض ذلك الحكم إلا إذا علمنا علما وجدانيا قطعيا 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 طريقا 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 طريق يختص بغير الأراضي الزراعية حتى ما يكون موجودا حين الفتح، فلا يبعد القول بصحة بيعها استنادا إلى السيرة على تملكها دورا وحوانيت وخانات، ووقفها للذرية ومساجد ومدارس وما شاكل ذلك.

وهذه السيرة متصلة بزمن المعصومين عليهم السلام ويستظهر شيخنا رحمه الله 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 باشروها ـ صلوات الله عليهم ـ وسكنوها أيضا من غير فرق في إحداث البناء بين أن يكون محدث الدار قد اشترى عرصتها، أو يكون من مجرد الإذن في بنائها دارا، والذي بينا أنه ينحل إلى الاذن بالتملك؛ إذ لو بقيت الأرض على حالها من كونها خراجية، لكان اللازم ضرب ضريبة سنوية على معمرها، ليكون ذلك من قبيل الإجارة، ولما لم يضربوا هذه الضريبة دل على أنهم ملكوا الباني المعمر لها على حد إذنهم 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 عامرا حين الفتح، بل كان من الموات، فلا إشكال في كون مالك البناء مالكا للعرصة، لكونه قد ملكها بالاحياء على ما هو مفصل في كيفية الإحياء.

هذا كله فيما بني في زمن الأئمة عليهم السلام كبغداد وسامراء أو ما كان مبنياً قبل الفتح كالشام ونحوها. وأما ما بني بعد ذلك كما في عصر الغيبة ـ كالحلة ـ مثلا فالأمر فيه سهل جدا؛ لأن المرجع في ذلك ـ كما تقدم بيانه ـ هو الفقيه الجامع للشرائط، ولا شك أن الفقهاء قد أمضوا ذلك، بل جروا عليه في دورهم ومدارسهم وغيرها.

جريان البحث في زمن الغيبة

وأما لو لم نعلم بالبناء سواء في حال الفتح، أو قبله أو بعده، وصلت النوبة إلى الشك في العمارة حين الفتح أو شك في كونه مما فتح عنوة، أو علمت عمارته حين الفتح، ولكن احتملنا كونه عامرا بذاته نظير الآجام[1] 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 صالحا للزراعة بنفسه، إلا أنه قد اتفق عدم زراعته من الكفار، وعدم حيازته منهم إلى أن جاء الفتح ـ وهذا هو المقصود من قولنا عامرا بذاته فدخل فيما هو المفتوح عنوة وهو في حد نفسه ملك للإمام لكونه من الأنفال ـ كما سيأتي تفصيله إن شاء الله، فيكون هذا

١. الآجام جمع أجمة وهي الشجر الكثير الملتف.

النحو خارجا عما دل على أن المعمور حال الفتح هو ملك للمسلمين، فإنه مختص بخصوص ما كان ملكا للكفار حين الفتح.

ولعل الموقع الذي بنيت فيه ـ بغداد ـ بل و ـ الحلة ـ أيضا من هذا القبيل، فتكون أرضهما من جملة الأنفال، وحينئذ فتدخلهما 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 ملكا للمسلمين، كان الشك المذكور كافيا في تحكيم اليد، بل قد عد جماعة من 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 راجعا إلى الإمام عليه السلام. وقد تعرض السيد رحمه الله عليه في «بلغته» فعددها.[1] الا أن الذي يهمنا التطرق اليه من ذلك إنما هو الأرض الخراب، سواء كانت مما فتح عنوة، أو كانت مواتا مما لم يفتح عنوة، كما عليه الإجماع، ودلت عليه النصوص الكثيرة.

المراد بالأنفال

ومن تلك النصوص ما جاء في صحيحة محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابي عمير عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «**الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب أو قوم صالحوا أو قوم أعطوا بأيديهم، وكل أرض خربة و بطون الأودية فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله وهو للإمام عليه السلام من بعده يضعه حيث يشاء**».[2]

ما دلت النصوص على المعنى المراد من الأنفال

ومنها ـ ما تضمنته مرسلة حماد بن عيسى عن العبد الصالح حيث يقول فيها عليه السلام: «... و الأنفال كل أرض خربة قد باد أهلها ـ إلى قوله ـ وكل أرض ميتة لا رب لها».[3]

ومنها ـ ما جاء في خبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: «**قال لنا الأنفال قلت: وما الأنفال؟**

---

١. بحرالعلوم، بلغة الفقيه، ص٧٥.

٢. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٩، ص٥٢٣.

٣. المصدر السابق، ص٥٢٤.

قال عليه السلام: منها المعادن والآجام، وكل أرض لا رب لها وكل أرض باد أهلها فهو لنا».[١]

ومنها ـ ما جاء في خبر إسحاق بن عمار من قوله عليه السلام: في تعريف الأنفال: «و كل أرض لا رب لها».[٢]

ومنها - ما في خبر محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام «...و ما كان من أرض خربة أو بطون أودية فهذا كله من الفيء[٣] والأنفال لله وللرسول فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يجب».[٤] إلى غير هذه من الروايات التي تعرض لها السيد في «بلغته» حيث قال في هذا الصدد:

كلام السيد في بلغة الفقيه

هذا تمام الكلام في عامرة المفتوحة عنوة، وأما مواتها، فهي للإمام عليه السلام على المشهور شهرة عظيمة، بل الإجماع عليه مستفيض النقل مضافا إلى المعتبرة المستفيضة الدالة على أن موات الأرض من الأنفال للإمام عليه السلام، وعمومها الشامل لموات العنوة وغيرها، وإن كان معارضا بالعموم من وجه لعموم أخبار حكم المفتوحة عنوة من كونها للمسلمين عامرة كانت أو مواتا، إلا أنه مرجح على على عموم أخبار العنوة بالشهرة العظيمة والإجماعات المستفيضة.[٥]

التصرفات الناقلة

وقال في أثناء كلام له:

إنه لم يقم دليل في خصوص موات المفتوح عنوة أنها منتقلة من الكفار إلى الامام عليه السلام بالعنوة، كالمحياة المنقولة منهم إلى المسلمين بها، بل الحكم بكونها للإمام عليه السلام مستفاد من العمومات الدالة على أن الموات له عليه السلام بعد تقديمها على عمومات المفتوحة عنوة للمسلمين، حيث كان التعارض بينهما بالعموم من وجه. ومقتضاه بعد الترجيح أن ما كان للكفار من الأراضي، وليس إلا المعمورة منها منتقلة بالعنوة إلى المسلمين، وأما الموات فمن أصلها للإمام عليه السلام وإلا كانت الأرض المفتوحة بقسميها محياتها ومواتها للمسلمين بحكم عمومات أخبار العنوة، واحتجنا في إخراج الموات منها إلى دليل خاص بالنسبة إليها بالخصوص[٦] انتهى.

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٩، ص٥٣٣.

٢. المصدر السابق، ص٥٣١.

٣. الفيء مصدر فاء، وهو الغنيمة والخراج.

٤. المصدر السابق، ص٥٣٦.

٥. بحرالعلوم، بلغة الفقيه، ص٦٧.

٦. المصدر السابق، ص٦٩.

وعقب شيخنا الأستاذ ﷾ على هذا الموضوع:

كلام في المفتوح عنوة

بأننا نتمكن من القول بأن ما دل على أن المفتوح عنوة للمسلمين ظاهر فيما يكون مملوكا للكفار، فيكون ذلك مختصا بما عمَره الكفار فلا يشمل ما كان باقيا على الخراب إلى ان جاء الفتح. وحينئذ يكون تقديم أدلة الأنفال على تلك الأدلة الدالة على كونها للمسلمين من قبيل الورود أو التخصيص، فهي خارجة موضوعا، فلا يحتاج تقديمها إلى عملية تعارض العموم من وجه، وتوجيه التقديم بالإجماع، أو الشهرة أو نحو ذلك. وهذا أمر سهل ولعل هذا هو المراد للسيد بحر العلوم رحمه الله في قوله:

> و لعل إطلاق بعض الأدلة يقضي بدخول غير الآجام من الثلاثة في ملك الامام عليه السلام، وان كانت محياة بنفسها، بل وما كان منها في المفتوح عنوة تحكيما للإطلاق المزبور على ما دل على ملكية المسلمين لعامرها، ولو بترجيحه عليه بناء على تعارض العموم من وجه بينهما. بل قد يقال بعدم المعارضة بينهما فضلا عن الترجيح، بناء على أن إطلاقات المفتوحة عنوة للمسلمين مختصة بما كان مملوكا للكفار، وليس بشيء من ذلك للأدلة المزبورة داخلا في ملكهم حتى يملكه المسلمون بالاغتنام - كما تقدم - نظير ذلك في موات المفتوحة عنوة[1] انتهى.

## 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 الامام عليه السلام في حال الحضور أو بالإذن من الفقيه الجامع للشرائط.

عدم احتياج الإذن في التصرف

وقد يعترض بأن التصرف في هذه الأراضي الموات لا يحتاج إلى الإذن من الامام 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 ظاهرا في تملك شيعتهم لتلك الأراضي. من دون توقف على الأذن الخاصة.

الأمر الثاني: الأخبار الدالة على التملك بالإحياء، حيث صرحت بأن من أحيى أرضا فهي له.

---

١. بحرالعلوم، بلغة الفقيه، ص٧٩.

وأجاب شيخنا عن هاتين الطائفتين بإمكان التصرف بها بالحمل على الإذن العامة في التملك بالإحياء، ومعه لا حاجة إلى الإذن 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 عمن أحيى قناة بعدم ولاية المجتهد على الموات من أرض الأنفال. ولكن الذي يظهر من الشيخ كاشف الغطاء رحمه الله أن للمجتهد الولاية عليها.

ولغرض إصلاح هاتين الطائفتين من الأخبار، لا بد لنا من التوجيه بما تقتضيه قواعد التعارض. فإن أخبار الإحياء تفيد الإذن العامة للشيعة وغيرهم والطائفة الأولى تفيد الإذن لشيعتهم فقط؛ لتصريحها بأن ما كان لنا فهو لشيعتنا.

والجواب عن ذلك: أن هذه الطائفة التي تفيد الإباحة لشيعتهم تكون حاكمة على تلك الأخبار، حكومة المخصص بالنسبة إلى ما تقدمه من العموم. فقد جاء في رواية مسمع بن عبد الملك قول الإمام أبي عبد الله عليه السلام:

بحث في رواية مسمع بن عبد الملك

**كل ما في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون يحل ذلك لهم حتى يقوم قائمنا فيجبيهم طسق 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 صغرة.**[1]

وأمثال هذه الروايات كثيرة فراجع.

بحث جديد: كيف نصنع مع الذين تصرفوا حراما

ومن ملاحظة هذه الرواية انفتح علينا باب جديد، وهو أنا ما نصنع مع هؤلاء الذين تملكوا الأرض وتصرفوا فيها، مع أنه عليه السلام يصرح بأن كسبهم في الأرض حرام عليهم؟

ويجيب شيخنا عن ذلك:

بأنه لا مانع من القول بأن اللازم علينا قبل ظهوره عليه السلام أن نعاملهم معاملة الملاك في أملاكهم، وإجراء الأحكام على مساجدهم وسائر موقوفاتهم مماشاة معهم، فإنا مأمورون بذلك في زمان الغيبة.

قال السيد بحر العلوم في بلغته: «هذا بالنسبة إلى ما كان منه في أيدينا، وأما ما كان منه في أيدي غيرنا، فهو عليهم حرام؛ لعدم الإذن به منهم عليهم السلام. وفي جواز انتزاعه من أيديهم مع الأمن

---

١. الفيض الكاشاني، الوافي، ج١٠، ص٣٨٦.

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».[1]

والظاهر بحسب القواعد هو الوجه الأول وهو: كونه مالا للإمام إلا أن الانتزاع حتى مع الأمن من الضرر مرغوب عنه، بل إنا في عصر الغيبة مأمورون بالمعاملة معهم معاملة الملاك في أملاكهم، ـ كما تقدمت الإشارة اليه ـ وهو الذي بني عليه في البلغة، فإنه رحمه الله بعد أن تشبث للشيعة بأخبار التحليل قال:

وجه آخر لأخبار التحليل

و غيرهم لا يملكونها بالاحياء، لفقدان الشرط وهو الإذن بالنسبة إليهم وان وجب ترتيب أحكام الملكية الظاهرية لهم بالنسبة إلى ما هي تحت أيديهم مما أحيوها كغيره مما استحلوها من أمواله رحمه الله تعالى.[2]

نعم، قد ذكر وجها آخر لأخبار التحليل بحمل التحليل فيه على أجرة المثل للأرض. واستشهد على ذلك برواية الكابلي، عن الامام الباقر عليه السلام قال:

وجدنا في كتاب علي عليه السلام ﴿إن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده﴾ إلى قوله ـ: فمن أحيى أرضا من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها إلى الامام من أهل بيتي وله ما أكل منها حتى يظهر القائم من أهل بيتي ـ إلى قوله ـ: إلا ما كان في أيدي شيعتنا، فإنه يقاطعهم على ما في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم.

الحديث[3] وهكذا صحيحة عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام.

وفيها يقول: وكل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون ويحل ذلك لهم حتى يقوم قائمنا، فيجبيهم طسق 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 صغرة[4]

ورواية يونس أو المعلى:

قلت لأبي عبدالله عليه السلام ما لكم في هذه الأرض فتبسم ـ إلى قوله ـ: فما سقت أو أستقت فهو لنا

---

١. بحرالعلوم، بلغة الفقيه، ص٨٠.

٢. المصدر السابق، ص٧٠.

٣. الفيض الكاشاني، الوافي، ج١٠، ص٢٨٥.

٤. تقدم ذكر هذه الرواية عن مسمع بن عبد الملك.

وما كان لنا فهو لشيعتنا[1] ولا يخفى أن هذه الروايات ـ خصوصا رواية يونس المتضمنة لقوله عليه السلام: فما سقت، أو أستقت فهو لنا، وما كان لنا فهو لشيعتنا ـ ظاهرة في ملكية الشيعة لنفس العين. غايته أنه عليه السلام عند ظهوره يأخذ الطسق منهم بخلاف غير الشيعة فإنهم يعتبرون غاصبين لا يملكون شيئا. إذاً فلا مناص إلا عن الأخذ بالوجه الأول.

## خلاصة شاملة وعود إلى 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، وان من كانت بيده ارض 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 لعبور الناس ومرورهم، فقد ذكروا لتصحيح هذا العبور وجوها:

وجوه التصحيح الشرعي لعبور الناس من الأراضي والمناقشه فيها

**الوجه الأول** ـ التخريج على أن هذه أموال أعرض عنها أصحابها، بناء على أن الإعراض عن الشيء من قبل مالكه يكون موجبا لانسلاخ الملكية عن مالك ذلك المُعرِض عنه.

وقد رد شيخنا رحمه الله هذا القول بجوابين:

أولا: إنه لم يعلم تحقق الإعراض من أصحاب الدور والمحلات، بل غاية ما في البين أنه قد حصل اليأس لهؤلاء، واليأس لا يعبر عن الاعراض بل هو غير الإعراض، كما هو واضح.

وثانيا: إن الإعراض على تقديره لا يكون موجبا لانسلاخ الملكية، حتى ولو صرح المالك بذلك وقال: «نفيتُ ملكيتي عنها» أو قوله: «أعرضتُ عنها» فإن هذا التصريح لا يكون موجبا لزوال الملكية فكيف لو علمنا من حالة عدم الإعراض؟

فإن زوال الملكية له طرقه الخاصة المقررة من قبل الشارع المقدس كالبيع والهبة ونحوهما.

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعة، جزء ٦، كتاب الخمس، ص٣٨٤ و ج٩، ص٥٥٠.

والمفروض أن واحدا من هذه الطرق لم يحصل بالنسبة لما نحن فيه من الدور المعرض عنها. ولا دليل على أن مجرد الإعراض موجب لزوال الملكية.

**الوجه الثاني**ـ أن يقال بأن هذا العبور مسموح من قبل المالك، ولو بشاهد الحال من أن صاحب الملك بعد ما رأى ما ابتُلى به الناس من جهة العبور على ملكه، فإنه يبيح لهم التصرف فيها ولا ينافي ذلك أنه يحقِد على من غصب ملكه وكان السبب في تهديم بيته وجعله في عرض الشارع.

**والجواب عنه:**

إن هذا المقدار من شاهد الحال لا يصحح لنا العبور في الشوارع؛ إذ ربما كان في البين صغير، أو وقف فكيف نحرز رضا هؤلاء؟ وهل يسرى شاهد الحال على هؤلاء؟

**الوجه الثالث:** أن يُدعى لجواز العبور في الشوارع أن تغطى الأرض فرشة من الآجر، أو السمنت أو القير وما شابه ذلك، مما يعد تبليطا للأرض. وحينئذ فإن 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 إلى الآخر.

ولكن شيخنا ﷾ ناقش هذه الدعوى من وجوه:

أولا: إن العبور على الحجر المعتمد على الأرض لا يخلو من كونه تصرفا في نفس الأرض.

وثانيا: إن عدم عد العبور في الفضاء تصرفا في ملك الغير لا يخلو عن تأمل. ولعل ما يرى بحسب الارتكاز في الطائرة من عدم كونه تصرفا، فلعله من جهة علوها الخارق على وجه يخرج تصرفاً الفضاءَ عن كونه مملوكا، نظير العبور تحت الأرض مما يعد خارجا عن المملوك المتعارف، وأن حدوده بكونه من تخُوم الأرض إلى عنان السماء، فإنه لا يخلو عن تسامح. والمدار على الصدق العرفي، وهو متحقق في الفضاء الذي يكون داخل الدار وقريبا من سطحها الأعلى.

وثالثا: 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 يمنعونه أشد المنع لو كان بقائيا كما لو وضع صاحب الدارين اللتين بينهما دار لآخر جسرا من أحدهما إلى الأخري وبنى عليه طابقا. بل لو عبر بالطائرة لكن عند الوصول إلى فضاء الغير سكن حركة الطائرة، بنحو تبقي معلقة

في الفضاء، أو تهبط وتعلو. وعلى أى حال إن هذا الذي يتسامحون فيه هو التصرف العبوري السريع، سواء كان لأجل المسامحة فيه، أو كان لأجل أنه لا يعد تصرفا في نظرهم. أما لو جلس في ذلك الطريق أياما أو بنى فيه محلا، 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:

ثم إن حكم تعذر الإيصال إلى المالك المعلوم تفصيلا حكم جهالة المالك، وتردده بين غير محصورين في التصدق استقلالا أو بإذن الحاكم كما صرح به جماعة ومنهم المحقق في الشرائع وغيره.[١]

أما المحقق رحمه الله فقد قال في هذا الصدد حسبما يشير اليه الشيخ في عبارته المذكورة «جوائز السلطان إن علمت حراما بعينها فهي حرام، وإلا فهي حلال. فان قبضها أعادها على المالك، وأن جهله أو تعذر الوصول اليه تصدق بها».[٢]

والذي يظهر من عبارة الشيخ في مكاسبه ـ حسبما تقدمت ـ أن المال الذي لا يمكن إرجاعه إلى صاحبه المعلوم، يكون بحكم مجهول المالك. وحينئذ فلا بد فيه من الرجوع إلى الحاكم الشرعي.

ولكن 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 معلوما، ولا يمكن إرجاعه إليه، دون ما لم يكن تحت يده، بل كان تحت يد الغاصب الجائر، كما فيما نحن فيه من الشوارع المفتوحة من قبل الحكومة.

[الوجه الخامس] أن يقال: بإباحة العبور في هذه الأراضي، لأنها أرض غير مسورة، وليست بمحجوبه ليمتنع العبور فيها. ويستشهد لذلك بما في العبور في بساتين الناس وأرضيهم الواقعة فيما بين النجف وكربلاء ـ مثلا ـ بل وفي كل مكان. فإن السيرة جرت على الاستطراق في تلك الأراضي مع عدم مراجعة المستطرقين لمالكيها لتحصيل الأذن لهم بذلك.

ويحدثنا شيخنا دام ظله أنه كان قد سمع ذلك من المرحوم السيد أبوالحسن الأصفهاني في معرض الحديث عن العبور في الشوارع المستحدثة من قبل الدولة، وكان تعبيره باللفظ الفارسي

---

١. الانصارى، المكاسب المحرمة، ص٧١.

٢. الحلى، شرائع الإسلام، كتاب التجارة، ج٢، ص٩، المسألة السادسة.

كما يلي: (زمين‌هايى‌كه در وديوار ندارد عبور ومرور از او جائز است) أى إن الأراضي التي ليست مسورة وموبوبة لا مانع من العبور فيها.

والجواب عن هذا الوجه الخامس:

إن هذا المقدار من السيرة غير قابل للإنكار، ولكن الكلام في منشأ هذه السيرة، وهو على نحوين: فمرة ـ نقول: إن المنشأ لذلك إنما هو إحراز العابرين لرضا المالكين باعتبار شاهد الحال، ولو بأن تكون تلك الشواهد حجة عقلائية على رضا المالكين بعبور الناس في أراضيهم 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 وجها آخر يراه شيخنا الأستاذ هو المتعين في البين وهو:

أن الشارع المقدس ـ تلطفا منه، ورعاية للمنة على عبيده ـ قد جعل حقا للغير بهذا النحو من الملكيات المتسعة الحاصلة بالحيازة، أو الإحياء. ولا حق 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 والأنهار. وان الشارع المقدس ـ حيث أنعم على هؤلاء بهذه الأراضي وما شابهها ـ لم يكن ليغمط حق الضعيف، وحق النوع البشري من الاستفادة بهذه الأرض بهذا المقدار من الاستفادة الخفيفة، ولا أقل من اتصال هذه السيرة بالأئمة المعصومين من أهل البيت عليهم السلام وعدم ردعهم عنها. وفي مكان آخر نرى الشارع المقدس راعى حق الغير فأباح للمارة أكل الثمرة الواقعة في عرض الطريق كما صرحت به الاخبار ومن تلك الاخبار ما ورد عن الامام جعفر بن محمد الصادق عليه السلام في جواب السؤال عن أكل تلك الثمرة فيقول: «أمّر بالثمرة فآكل منها قال: كل ولا تحمل».[1]

وزاد في أحد طرقه «قلت: جعلت فداك أن التجار قد اشتروها ونقدوا أموالهم. قال: اشتروا ما ليس لهم».[2]

---

١. الفيض الكاشاني، الوافي، ج١٠، ص١٤٤.

٢. طوسي، التهذيب، ج٧، ص٩٣.

ومن التعبير الصريح يظهر لنا أن المالك ليس له الحق في منع المارة من الأكل من تلك الثمار، وليس له أن يمنعهم من حقهم الذي جعله الله لهم فيها.

وفي مكان آخر يسأل السائل الامام الصادق عليه السلام أيضا «**إن الرجل يمر بالبستان، وقد حيط عليه، أو لم يحط عليه هل يجوز أن يأكل من ثمره؟ ـ إلى قوله ـ قال عليه السلام: لا بأس أن يأكل ولا يحمله ولا يفسده**».[١]

ورواية ابن أبي عمير سأله عن الرجل: «**يمر بالنخل أو السنبل و الثمر فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها من ضرورة أو غير ضرورة قال: لا بأس**».[٢]

وفي رواية عبد الله بن سنان يقول الامام الصادق عليه السلام: «**لا بأس بالرجل يمر على الثمرة ويأكل منها، ولا يفسد قد نهي رسول الله صلى الله عليه وآله من أن يبنى الحيطان بالمدينة لمكان المارة. قال: وكان إذا بلغ نخله أمر بالحيطان فخرقت لمكان المارة**.[٣]

حصيلة الكلام في الأخبار

كل هذه الاخبار، وغيرها ظاهرة بعد ضم بعضها إلى بعض فيما ذكرناه من وجود حق للناس في هذا النوع من الأملاك بدرجة أنه يجوز الأكل حتى ولو صرح المالك بعدم الرضا المعبر عنه بحياطته لتلك البستان. ومن هذا المجموع نفهم نقطة أخرى، وهي أن أصل الملكية في هذه الأرض الواسعة، والتي تقع طرق الناس في ضمنها ملكية مقيدة، وليست بمطلقة. فالرجل يملك الأرض مع وجود حق للغير في العبور فيها، ويملك البستان مع وجود حق للمارة من الاقتطاف من ثمرها، كل هذا صحيح ومسلم. ولكنه لا ينفعنا للعبور فيما نحن في صدد بحثه من الشوارع، والطرق المستملكة من دور الناس ومحلاتهم. فإن الملكية لهذه الدور والمحلات لم تكن مقيدة بالاستطراق فيها؛ لان المسوغ لذلك فيما لو كانت الملكية طارئة على وجود حق الاستطراق والاقتطاف، 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.

الوجه السادس: ما ذهب اليه بعض الأجلة من الماضين، ويعتقد شيخنا رحمه الله أنه المرحوم

---

١. الفيض الكاشاني، الوافي، ج١٠، ص١٤٥.

٢. المصدر السابق.

٣. المصدر السابق، ص٤٤.

الميرزا محمد تقي الشيرازي من إجازة العبور في هذه الشوارع، نظراً إلى المصلحة العامة، ويتولى الحاكم الشرعي باعتباره ناظرا في تلك المصلحة إجارة 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 موقوفا عليه.

وإن شاء نفس المستطرق أن يتصدق لمرة واحدة بشيء قليل من المال عن أصحاب تلك الأرض، وذلك يكون كافيا لعبوره ومروره إلى الأخير. ولكن بإجازة من الحاكم الشرعي.

وقال شيخنا الأستاذ ﷺ إن هذا الوجه هو الأحوط بعد انسداد تلك الطرق الخمسة، نعم، أنه يحتاج إلى إثبات 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 الإمام عليه السلام.

## المساجد الواقعة في الشوارع[1]

بعد ما عرفنا حال الفضلات الباقية من الدور والحوانيت، والخانات فلا بد من ملاحظة الفضلات الباقية من المساجد التي تقع كبقية الدور في الشوارع وما يجري عليها من الأحكام.

### ما هي المسجدية؟

ولمعرفة ما نحن بصدد بحثه لا بد لنا من النظر إلى حال المسجدية وأن زوال عنوان المسجدية بحسب النظر العرفي هل يكون موجبا لانسلاخ عنوان المسجدية بحسب النظر الشرعي أيضا؟. أو أن المسجدية الشرعية لا تكون زائلة، بل هي باقية على حالها وإن انسلخت المسجدية بحسب النظر العرفي؟.

وطبيعي أن القول بتبعية الانسلاخ الشرعي، إلى الانسلاخ العرفي يستلزم سقوط جميع الأحكام التي كانت مترتبة على هذه الأرض حال كونها مسجدا، وحينئذ يكون حال هذه القطعة حال المباحات الأصلية كالأراضي الخرابية، فتعود ملكا لمن أحياها. وعليه فلا مانع من تملكها

---

١. هذا البحث وما يليه من البيع، والكنائس، ومقابر المسلمين مقتبس مما كتبناه في درس الفقه على العروة الوثقى من محاضرات شيخنا الأستاذ ﷺ عند التعرض لحال المساجد والمشاهد المشرفة.

لكل أحد من دون احتياج لمراجعة الحاكم الشرعي ولا أقل من الاستئجار منه، أو الشراء؛ لأن الجميع في جهة التملك على حد سواء، فان من أحيى أرضا فهي له.

ومن هذا يتضح لنا الفرق بين المساجد والموقوفات التي تؤول إلى التلف بحيث يزول عنها العنوان. فان انسلاخ العنوان عنها يوجب بطلان جهة وقفيتها، وإذا بطلت جهة الوقفية فيها فلا بد من رجوعها إلى مالكها الأصلي.

وهذا بخلاف المساجد، فان مجرد طروء الوقف عليها يكون موجبا لتحريرها وانفكاكها عن ملك مالكها الأصلي فتكون مباحة لو طرأ عليها ما يزيل عنها جهة مسجديتها، ويشترك جميع المسلمين بهذه الإباحة من غير خصوصية للمالك الأصلي، لخروجها عنه وعن ملكيته بمجرد الوقف.

هذا الآثار تترتب على القول بانسلاخ المسجدية الشرعية تبعا للانسلاخ بحسب النظر العرفي. وأما القول بعدم الانسلاخ ـ بحسب النظر الشرعي ـ تبعا لزوال المسجدية ـ بحسب نظر العرف ـ فيترتب عليه بقاء جميع الأحكام الشرعية التي كانت مترتبة على عنوان المسجدية، وان لم يكن ذلك الموضع مسجدا عند العرف لاندراس آثاره.

أما شيخنا الأستاذ ﷺ فقد اختار القول بعدم التبعية من الشارع في هذا المورد، بل تكون آثار المسجدية شرعا باقية حتى ولو زالت عنه بحسب النظر العرفي. بتحقيق أن المسجد لا يخرج عن كونه من العناوين الاعتبارية والتي اعتبرها العقلاء وأمضاه الشارع المقدس. فهو من هذه الجهة كسائر الاعتبارات العقلائية الممضاة من قبل الشارع المقدس، والتي لا يطرءُها ما الجعل مرة ثانية. وهذا المقدار لا ينعدم بمجرد خرابه، وزوال مظهره الخارجي. ذلك لان العناوين المجعولة

اقسام العناوين المجعولة

منها ـ ما يطرؤه الجعل مرة ثانية فيزول ما جعل أولا ليحل محله العنوان الجديد، وهذا كما في ـ الزوجية والرقية ـ فإن الرقية يمكن أن يطرؤها الجعل فتزول بجعل الحرية، وقول المالك ـ أنت حر ـ وكذا الزوجية، فإنه يمكن زوالها بجعل الطلاق ممن أخذ بالساق.

ومنها ـ ما لا يطرؤه الجعل مرة ثانية. وهذا كما في الحرية الطارئة بعد الرقية؛ لأن الحر لا يعود رقا بعد صيرورته حرا.

ومن هذا القبيل عنوان المسجدية، فإن المسجد بعد جعله واعتباره مسجدا لا يمكن أن يعود إلى حاله الأول قبل صيرورته مسجدا وإن زالت آثاره بحسب النظر العرفي. إذاً 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 الإخراج عن الملك ـ كالإعراض ـ ليبقى جائز التملك. وفي الوقت نفسه ليس من قبيل التحرير لأجل صلاة المسلمين فيه، ليكون أيضا من موارد تعذر الجهة الموقوف لأجلها عند فقدان المصلين فيه. بل إن المسجدية ـ كما قلنا ـ ليست إلا عنوان اعتباري عقلائي، وقد أمضى الشارع المقدس ذلك العنوان، وذلك الاعتبار. ولا يرتفع هذا النوع من الاعتبار والإمضاء، بل يكون باقيا حتى ولو زالت الآثار الخارجية.

## الآثار المرتبة على بقاء عنوان المسجدية

وحيث اختار شيخنا ﷺ بقاء المسجدية الشرعية، فإن 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 دارا، أو محلا للسكنى، أو الكسب، أو الزرع وما شاكل ذلك فهذه تختلف فيما بينها.

ولكن الميزان الاولى فيها أن لا يكون ذلك الانتفاع منافيا للمسجدية، وإن لم يكن بعمله ذلك مزاحما للمصلين. أما لو نافى 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 لا الانتفاع بما لا ينافي المسجدية، وهذا وحده لا يكون مصححا للإجارة.

وتظهر ثمرة القول بالغصب في هذه الصورة وعدمه في موارد منها الصلاة في ذلك المحل. فإنه لو كان غاصبا 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 ﷾ بقاء عنوان المسجدية الشرعية، فلا بد من القول بوجوب تطهير الفضلات الباقية من المساجد وعدم جواز تنجيسها كما عرفته.

كلام السيد الطباطبائي في التفكيك بين الحكمين

ولكن السيد الطباطبائي ـ في عروته ـ ذهب إلى التفكيك بين هذين الحكمين فقال: «إذا تغير عنوان المسجد بأن غصب، أو جعل دارا، أو صار خرابا بحيث لا يمكن تعميره، ولا الصلاة فيه، ففي جواز تنجيسه وعدم وجوب تطهيره كما قيل اشكال، والأظهر عدم جواز الأول بل وجوب الثاني».[1]

وهذه العبارة تعطينا بالنظرة الأولى إمكان التفكيك بين الحكمين عدم جواز التنجيس ووجوب التطهير. إلا أنه ﷺ بهذا الإضراب 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 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 ـ كما هو رأي شيخنا ﷾ ـ حتى ولا زالت المسجدية العرفية، فإنه لا وجه للتفكيك أيضا؛ لأن هذه البقعة من الأرض لا تزال مسجدا. فكما لا يجوز تنجيسها فكذلك يجب تطهير ما تنجس منها. أو على الأخص لو استفدنا من الأدلة القائلة (جنبوا مساجدكم النجاسة)[2] وما ماثلها لهذا النوع مما ذهبت مسجديته العرفية، وبقيت مسجديته الشرعية، فكما لا يجوز تنجيسها فكذلك يجب تطهيرها؛ لأن هذه القطعة من الأرض مشمولة لهذه الأدلة الآمرة بتجنيب المساجد عن النجاسة.

هذا لو علمنا شمول الأدلة لتلك أو عدم الشمول. وحتى لو حصل لنا الشك ولم نعلم بانسلاخ المسجدية الشرعية تبعا للمسجدية العرفية فأيضا لا يجوز التفكيك، بل لا بد من وجوب التطهير، وعدم جواز التنجيس تمسكا بالاستصحاب القاضي بذلك. بيان الاستصحاب: أن هذه الأرض كانت قبل أن يطرؤها الخراب محطا لكلا هذين الحكمين: عدم جواز التنجيس، ووجوب التطهير. والآن نشك في بقاء هذين الحكمين. وبمقتضى الاستصحاب يثبت لنا أن هذه الأرض بعينها الآن

---

١. اليزدي، العروة الوثقى، بحث المساجد والمشاهد المشرفة، مسألة ١٣.

٢. الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج٥، ص٢٢٩.

أيضا لا يجوز تنجيسها، ويجب تطهيرها. إذاً فعلى جميع الصور تبين لنا عدم وجود وجه للتفكيك بين الحكمين، بل الحال فيهما واحد، فإما أن يرتفعا معا أو يتحققا معا.

ولم يكن السيد الطباطبائي رحمه الله الوحيد الذي يفتح باب التفكيك، بل أن شيخنا الأستاذ المرحوم النائيني أيضا ذهب إلى القول بالتفكيك، لذا قال 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».[1]

كلام المحقق النائيني (ره) في حاشية على العروة

ولا شيء على المرحوم النائيني رحمه الله في هذا التفكيك، حيث استظهر عدم وجوب التطهير؛ خلافا للاستصحاب القاضي بوجوبه. ذلك لأنه يرى هذا الاستصحاب من الاستصحاب التعليقي؛ لأن وجوب التطهير في السابق كان معلقا على تحقق النجاسة ـ بمعنى أنه إذا تنجس يجب تطهيره ـ ومما هو معروف لدى الجميع أن المحقق النائيني رحمه الله لا يرى صحة الاستصحاب إذا كان تعليقا. ولا مجال لنا في هذه العجالة لبيان الوجه الذي يستند عليه الشيخ المحقق النائيني رحمه الله لعدم حجية الاستصحاب التعليقي.[2] 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.

منشأ الإشكال في حرمة التنجيس: عدم معرفة الموضوع

ولعل منشأ الأشكال في حرمة التنجيس بعد أن كان الاستصحاب قاضيا بذلك هو عدم معرفة موضوع هذا الحكم ـ وهو عدم جواز التنجيس ـ. فهل الموضوع فيه هو المسجدية العرفية؟ ومن البين أنها قد زالت؛ لأن العرف لا يرون هذا الطريق مسجدا الآن، وإن كان في السابق مسجدا، وبزوال المسجدية عندهم تزول جميع الآثار المترتبة عليها كما في إكرام الشخص العادل، فان عدم الإكرام متعين لو صار هذا الشخص فاسقا.

---

١. اليزدي، العروة الوثقى و التعليقات عليها، ج٢، ص٢١٥.

٢. لقد تعرض شيخنا الأستاذ دام ظله لبيان وجهة نظر أستاذه 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 ص٥٠٢ تقريرات شيخنا الأستاذ لمؤلفه العلامة الشيخ حسن سعيد الطهراني.

أو أن الموضوع للحكم بعدم جواز التنجيس هو ذات المسجدية وعنوان المسجدية حالة من الحالات الطارئة على الذات. وحينئذ فزوال الحالة لا يكون موجبا لزوال تلك الأحكام الواردة عليها المفروض بقاؤها، وتبعا لبقائها تبقى الأحكام الثابتة لها ـ كما هو الحال ـ في الماء الذي تنجس بالتغير، فان زوال هذه الحالة لا يكون موجبا لزوال الحكم، وهو النجاسة لذلك الماء. هذا هو منشأ الاشكال.

إلا أن الوجه في جريان الاستصحاب، هو أن هذا الحكم وهو حرمة التنجيس كان ثابتا قبل هذا الحال، وعند الشك في بقائه الآن نستصحب، فيثبت لنا عدم جواز التنجيس.

إلا أن الاشكال في هذا النوع من الاستصحاب واضح لان الشك كان في بقاء الموضوع، ومع الشك في بقاء الموضوع لا يجري الاستصحاب.

على أنا نتمكن من القول بان الاستصحاب في طرف وجوب التطهير تنجيزي وليس بتعليقي ـ كما يراه المحقق النائيني رحمه الله ـ. وتقريب ذلك يظهر لنا مما بيناه سابقا من أن حرمة تنجيس المسجد، ووجوب تطهيره حكمان قد استفيدا من دليل واحد استقر عليه رأي شيخنا الأستاذ دام ظله أخيرا، وهو «المنع من تقريب النجاسة إلى المسجد حدوثا وبقاء».

وإن شئت فقل: أن المسجد يجب على المكلفين أن يحافظوا عليه من ناحية طهارته دائما، وعصيان هذا التكليف يتحقق بأحد أمرين:

الأول: أن يعمد المكلف إلى تنجيسه؛

الثاني: أن يترك المكلف تطهيره.

إذاً فليس التكليف إلا واحدا، وإنما الاختلاف في طرق عصيانه. وعليه فليس البين تكليف شرعي بالتطهير على تقدير النجاسة ليكون تعليقيا. 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: فإما أن تكون موضوعا وإما أن تكون حالة وإما أن تكون علة.

أما لو كانت موضوعا 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 جاريا. وأما لو كانت علة، بحيث كان العرف يرى بأن المسجدية علة لطرو الحكم على الذات فحينئذ ينفتح 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 منوطا ببقائها، بل يكون باقيا حتى ولو زالت العلة التي كانت سببا 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 دائرا حول وجود العلة في الحدوث والبقاء.

والعرف مع هذه العلة، وهي المسجدية فإن عرف نوعية هذه العلة، وأنها من أي قسم من المحدثة، 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 ـ في هذه الحالة ـ فيقال: إن هذه الذات كانت محكومة بحرمة التنجيس ووجوب التطهير عند ما كانت مسجدا قائماً معمورا 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 اليه المحقق النائيني ﷺ، بل وجوب التطهير وعدم جواز التنجيس محكوما بحكم واحد. فإما الارتفاع معا، أو البقاء معا.

ولكن بعض الأجلة من الأعلام ذهب إلى التفكيك بين الحكمين مستدلا عليه بوجه آخر. وبيانه:

أن دليل وجوب التطهير مستفاد من الإجماع، ودليل عدم جواز التنجيس لفظي، وإذا وصلت النوبة إلى أن دليل وجوب التطهير مستفاد من الإجماع فإن القدر المتيقن من مورده هو ما كان المسجد فيه عامرا. 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 ﷾ عن هذا الدليل:

بأن دليل كلا هذين الحكمين لفظي، وليس وجوب التطهير قد استفيد من دليل لبي ـ كما تقدم من ثنايا البحث.

وقد يعترض بأن دليل كلا هذين الحكمين لبي مستفاد من الإجماع؛ إذ الأدلة اللفظية كقوله تعالى ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [1] وغير هذه الآية مختص بالمسجد الحرام، لأن هذه أحكام مختصة بذلك المسجد فلا يقربوه، وأما بقية المساجد فأحكامها مستفادة من الإجماع؛ ومن الواضح أن القدر المتيقن من الإجماع ما كان المسجد فيه معمورا. أما ما طرأه الخراب، والتغيير فالجاري فيه هو الأصول. ولكن الجواب عن هذه الدعوى واضح ـ لما تقدم بيانه ـ من أن دليل كل من هذين وجوب التطهير وحرمة التنجيس مستفاد من الأدلة اللفظية والأدلة اللفظية لا تفرق بين ما كان عامرا أو خرابا.

## 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 الإسلامي الحنيف؛

وثانية: فيما استحدث من ذلك بعد الإسلام.

## البيع والكنائس قبل الإسلام

ولا بد لنا من معرفة حقيقة هذه البيع، وهل أنها تشترك مع المساجد في حقيقة واحدة لتجري عليها ما تحكم به المساجد، أم أنهما حقيقتان مختلفتان، فتكون الأحكام الواردة على كل منهما مخالفة لما تقيدت به الطائفة الثانية؟

---

١. التوبة: ٢٩.

ويختار شيخنا الأستاذ ﷾ 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 محلا للعبادة لهم، ومجرد هذا المقدار لا يكفي لإجراء أحكام المسجدية على معابدهم، بل إن نفس المسلمين لو اتخذوا لهم محلا خاصا للعبادة، لأمكننا القول بعدم كون ذلك المكان مسجدا، ولا ينافيه أخذهم له مكانا للعبادة، إذ لم تجر عليه صيغة المسجدية واعتبار كون ذلك مسجدا، بل مجرد معبد فلا تجري الأحكام الواردة على المسجد عليها. فلا يجب تطهير ما تنجس منها، ولا يحرم تنجيس ما كان طاهرا ولا يتقيد بالانتفاع بما بقي 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 ﷾ من كونهما من الحقائق المختلفة.

ولذلك يتحرج من يرى اتفاقهما في الحقيقة، وان 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، والحراجة في ذلك أنه من المعلوم أن للمساجد أحكاما 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 أولا؟ وعلى فرض كونهما من حقيقة واحدة فهل في البين ما يدل على الشمول من عموم أو إطلاق أولا؟ هو الذي دعا السيد الفقيه الطباطبائي ﷺ أن يتوقف بالنسبة إلى تنجيس مساجد اليهود والنصارى، حيث قال «في جواز تنجيس مساجد اليهود والنصارى إشكال».[1]

وربما يشكل علينا بالمساجد الثلاثة (المسجدالحرام) و(المسجدالأقصى) و(مسجدالكوفة)

---

١. اليزدي، العروة الوثقى، البحث عن المساجد والمشاهد المشرفة، مسألة ١٥.

فيقال: بأن هذه المساجد وخصوصا المسجدالحرام والأقصى ليست من المساجد المستحدثة في عهد الإسلام بل هي مساجد قديمة وثابتة من عهد إبراهيم الخليل عليه السلام. إذاً فهي ثابتة قديما 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.

ويجيب شيخنا الأستاذ حفظه الله عن ذلك:

بأن هذه المساجد الثلاثة كانت، ولا تزال مساجد من القديم، من يوم خلق الله عز وجل هذه الأرض، وأوجدها، ولم يكن بناء سعد بن أبي وقاص إلا من المصادفة، حيث أوقع البناء على تلك القطعة التي اختارها مسجدا للعبادة من الأزل. ومع ذلك فلا ملازمة بين هذا وبين إجراء أحكام المساجد على البيع والكنائس لاختلاف الحقيقتين كما عرفته، ولا ينافيه اشتراك الجميع في المعبدية.

وربما يعترض بأن هذه المساجد كيف بقيت محافظة على مسجديتها مع عدم خضوعها للشرائع المقدسة السابقة، كشريعة موسى عليه السلام وعيسى عليه السلام؟ مع أنها لا بد لها من الخضوع إليها 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 صلى الله عليه وآله وآبائه وأجداده الطاهرين، حيث لم يخضعوا ليهودية 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: ﴿فَاتَّبِعُوا مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا﴾.[1]

فهؤلاء كانوا من الطينة الطاهرة التي شرفها الله على جميع البشر. ويشمل البحث البيع والكنائس المستحدثة بعد الإسلام ـ أي في أيام كفرهم ـ وعدم متابعتهم للدين الإسلامي المجيد. علما 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

١. آل عمران: ٩٥.

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:

بحث في جريان الإستصحاب في المقام

**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 محلا لجهة محرمة فيكون الوقف فيها باطلا بالضرورة.

**الجهة الثانية: إن مثل هذا الوقف وقف على طائفة مخصوصة**

لأن اليهود أو النصارى يوقفون بيعهم وكنائسهم على أهل نحلتهم، وكذا بعض فرق المسلمين، حيث يوقفون مساجدهم على من يتبعهم، وحتى بعض الإمامية يوقف مدرسة لطلاب العلوم الدينية وبضمنها مسجد لطلاب تلك المدرسة. فهل مثل هذا الوقف من الانحصار على طائفة مخصوصة صحيح أو لا؟

**الجهة الثالثة: إن الوقف محتاج إلى قصد القربة لأن الوقف 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 شرطا 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 الفاسد هل يوجب فساد المشروط أولا؟ بطبيعة الحال تكون المسألة مبنائية. فمن يرى الفساد يقول بالبطلان، ومن لا يكون مثل هذا الشرط عنده مخلا، 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، فإن المحذور الموجب للتوقف فيه أن وقف المساجد يكون من قبيل التحرير المطلق، فالتقييد بفرقة دون أخرى مناف 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، ولكنا مع هذا نتكلم هنا لحل الاشكال من الوجهة العلمية. لنقول: إنه بناء على كون الوقفية في مثل هذه الأمور إنما هي من التحرير، فما هو الحل لإشكال الاختصاص بفرقة دون أخرى المنافي للتحريرية؟ وبهذه المناسبة نتمكن أن نتصور صورا لمثل هذا الوقف.

صور المختلفة للوقف

**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 التضييق المخالف للتحرير. ولا يختلف حال هذا الوقف عن قول المالك «أعتقت عبدي لخصوص الجهة الفلانية». فالتحرير ليس بمقيد لجهة دون أخرى، والوقف في مثل هذه المحلات لا يختص بطائفة دون غيرها، وإنما يشترك الكل بها.

**الصورة الثانية:** أن يقول المالك: «وقفت هذا المكان بيعة لعباد الله إذا كانوا يهودا، أو مسجدا للمسلمين إذا كانوا مسلمين». معتقدا 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 صحيحا؛ لأن هذا الوقف في الحقيقة لنا نحن المسلمين؛ لأنا عباد الله الحقيقون، وأما أولئك فعباداتهم باطلة وهم كفرة، فليسوا بعبيد الله. وإنما اعتقده اليهودي مثلا ولم يصرح به من أن عباد الله إنما هم جماعتهم لا يخلو عن كونه من قبيل الاعتقاد المقارن المخالف للواقع فهوَ خيال محض لا واقع له.

**الصورة الثالثة:** أن يقول اليهودي ـ مثلا ـ: «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 صغريات مسألة الخطأ في التطبيق؛ لأن الواقف وقف هذا المكان على عباد الله الحقيقيين معتقدا أنهم جماعته، وحينئذ فحيث يتبين خطأه، يكون الوقف صحيحا كصورة الاعتقاد المقارن.

نعم، لو كان قصد الواقف في مثل ذلك من قبيل التقييد في أصل الإنشاء، فيكون انكشاف الخلاف فيها موجبا للبطلان.

وعلى أي حال ففي الصورتين الثانية والأولى يقع الوقف صحيحا؛ لأنه إما من قبيل الاعتقاد المقارن، أو الخطأ في التطبيق.

وقد صحح لنا مثل هذا الوقف كل من كاشف الغطاء وصاحب الجواهر رحمهما الله. فقد قال المرحوم كاشف الغطاء:

> و لو كانت العبادة داخلة في المعاملات من وقف، أو عتق ونحوهما حكمنا بصحتها، فمساجدهم كمساجدنا ومدارسهم، وكتبهم الموقوفة، ونحوها حالنا كحالهم أو هي خاصة لأن الغرض من الوقف الأعمال الصحيحة ولا تقع إلا بنا.[1]

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 لأحد منهم من أهل مذهبهم كي يصح الوقف لها مسجدا. (و فيه) أن مجرد زعمه ذلك، وان لم يكن صرح به بعد أن جعل وقفا للمصلين الذين هم حقيقة أهل الحق لا أهل مذهبه، لا يقتضي الفساد، بل الوقف في نفس الأمر لهم لا لغيرهم، فيحرم صلاتهم فيه دونهم ضرورة صحة وقفهم وفساد ظنهم.[2]

**وأما البحث عن الجهة الثالثة:**

وهي احتياج الوقف لكونه من العبادات إلى قصد التقرب وكيف تحصل القربة من هؤلاء؟

---

١. كاشف الغطاء، كشف الغطاء، ص٥٩.

٢. النجفي، جواهر الكلام، ج١٤، ص٧١.

فمن المعلوم أن من يريد خوض هذا البحث لا بد له من مواجهة أمرين أساسيين:

الأمر الأول: توقف الوقف على قصد القربة لكونه عبادة.

الأمر الثاني: بطلان عباداتهم للمفروغية عن ذلك فتكون النتيجة أن عباداتهم، وجميع وقوفهم باطلة بما فيها من كتب، ومدارس ومعاهد. وهل هناك من يخدش في واحد من هذين الأمرين ليصح الوقف منهم؟ خلاف ونزاع بين الأساطين؟ مثل كاشف الغطاء، وصاحب الجواهر، والمحقق الآخوند، ـ رحمهم الله جميعا ـ ولهذا لا بد من عرض كلماتهم لنسير على ضوئها، فربما 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:

«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 الجل إلى اشتراط الوقف بالقربة، وصحته من الكافر. فإن الجمع لا يتسنى إلا على تقدير كون المراد بالقربة ما ذكر، لا حصول التقرب فعلا، 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 شئونه، 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 إماميا؛ لأن القرب الحقيقي ليس من شئون الواقف الإمامي أيضا. وغاية ما في البين هو قصده التقرب، وهذا أيضا حاصل في المخالف، وهذا لا يمكن الالتزام به وهو تصحيح جملة عباداته. أما صاحب الكفاية قدس سره فقد أجاب عن ذلك قائلًا: «و بصحة الوقف على الكافر حتى الذمي على البيع والكنائس، ومن المخالف المعلوم عدم صحة عبادتهما لفقد إيمانهما. ولا يخفي ما فيه لعدم إحراز كون الوقف عقدا» إلى أن قال: «وأما صحة الوقف من الذمي أو العامي فغايته الدلالة على أن الوقف ليس بعبادة بمعنى ما يعتبر فيه الايمان من غير

دلالة أصلا على عدم اعتبار قصد القربة في صحته أصلا كما لا يخفى». إلى قوله:

وبالجملة اعتبار الإيمان في صحة سائر العبادات لدليل يخصها دون الوقف لا يوجب عدم اعتبار قصد القربة فيه أيضا، وقد عرفت أنه قضية الأصل، وقد ادعى الإجماع، كما أنه لا ريب في عدم اعتبار الايمان منه إجماعا.

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 الكافر من غير تقييد بإيمان، وحينئذ فيكون وقف مساجدهم صحيحا 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 إلي 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. فان ما أوجب صحة وقفية غير الإمامية الأخبار الواردة عن الأئمة عليهم السلام المتعرضة لأحكام المساجد في ذلك الوقت، ومن أن الإمامية لم تكن لهم مساجد في ذلك الوقت، لنحمل تلك الأخبار عليها. فاذا 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 : بخ بخ تيك أفضل المساجد».[1]

إذاً 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 القربة مع أنها لا تتحقق منهم.

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٥، ص٢٠٥.

## مقابر المسلمين الواقعة في الشوارع

وكثيرا ما تقع المقابر في الطرق، والجواد، وتبقى منها فضلات يستولي عليها البعض للاستفادة منها كدور، وحوانيت، وما شاكل. وقد أخذ الناس يستولون أخيرا على المقابر ليجعلوا منها دورا لهم ويمنعوا فيها الدفن فما حكم ذلك؟

وقد استظهر شيخنا ﷺ 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 طرقا وجواداً يثبت العصيان، وكذلك على من استغل الفضلات الباقية منها أو من تجاوز عليها وجعلها دورا. لا فرق في الجميع من جهة العصيان، ولا شيء على من يسير فيها لعدم تحقق الغصب في البين ليكون السير فيها موجبا لتحقق التصرف في مال الغير.

نعم، على رأي المرحوم كاشف الغطاء ﷺ يتحقق الغصب، حيث ذهب إلى أن لكل بلدة توابع، ومرافق، ومنتزهات، ومقابر، ومزابل، وما شاكل هذه، وتكون كل هذه ملكا لأهل تلك البلدة. وحينئذ فتكون حيازة المقابر وبنائها موجبا لغصب ملك المسلمين، وهم أهل تلك البلدة، وتترتب على ذلك جميع الأحكام المترتبة على المحل المغصوب.

ولكن شيخنا الأستاذ ﷺ رد نظرية كاشف الغطاء بأن هذه الأمور تبعيتها ليست من تبعية المملوك لمالكه، 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 مانعا 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 حيازة الدافن ذلك المقدار للمدفون فلا يصح أخذه. وأما ما فوق القبر وكذا بقية الأماكن الأخرى الخالية، فلا محذور في البناء عليها، إلا ـ ما تقدم أن بيناه ـ من المنع من حق المسلمين والحيلولة دون استعمال 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.

## الفصل العاشر

# قاعدة الإلزام

## 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 مخالفا لمذهب أهل البيت عليهم السلام كإلزامهم بأحكام الشفعة، والميراث والطلاق مما ينفردون به عنا.

## أدلة القاعدة

وتنحصر أدلة القاعدة بالأخبار الشريفة الواردة عن الأئمة عليهم السلام وهي كما يلي:

١. مكاتبة إبراهيم بن محمد الهمداني« قال: كتبت إلى أبي جعفر الثاني مع بعض أصحابنا و أتاني الجواب بخطه: فهمت ما ذكرت من أمر ابنتك، وزوجها فأصلح الله لك ما تحب صلاحه فأما ما ذكرت من حنثه بطلاقها غير مرة، فانظر يرحمك الله فان كان ممن يتولانا ويقول بقولنا، فلا طلاق عليه لأنه لم يأت أمرا جهله، و إن كان ممن لا يتولانا، ولا يقول بقولنا، فاختلعها منه، فإنه إنما نوى الفراق بعينه».[1]

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

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، كتاب الطلاق باب ٣٠؛ الطوسي، ج٢٢، ص٧٢؛ الاستبصار، ج٣، ص٢٩١.

امرأته؟ قال عليه السلام: لأنه قد 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: سألته عن رجل طلق امرأته لغير عدّة 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 أباالحسن عليه السلام عن المطلقة على غير السنة أ يتزوجها الرجل، فقال عليه السلام: «ألزموهم من ذلك ما ألزموا أنفسهم وتزوجوهن فلا بأس بذلك».[٤]

٦. وما جاء عن عبد الأعلى، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا فقال عليه السلام: إن كان مستخفا بالطلاق ألزمته ذلك».[٥]

٧. وما عن جعفر بن محمد بن عبد الله العلوي، عن أبيه قال: «سألت أباالحسن الرضا عليه السلام عن تزويج المطلقات ثلاثا، فقال لي: ان طلاقكم لا يحل لغيركم، وطلاقهم يحل لكم، لأنكم لا ترون الثلاث شيئا، وهم يوجبونها».[٦]

٨. ورواية عبد الله بن طاوس قال: «قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام إن لي ابن أخ زوجته ابنتي وهو يشرب الشراب، ويكثر ذكر الطلاق فقال عليه السلام: إن كان من إخوانك فلا شيء عليه، وان كان من هؤلاء فأبنها منه، فإنه عنى الفراق. قال قلت: أ ليس قد روي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: إياكم والمطلقات ثلاثا في مجلس فإنهن ذوات الأزواج؟

فقال عليه السلام: ذلك من إخوانكم لا من هؤلاء، إنه من دان بدين قوم لزمته أحكامهم».[٧]

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٢، ص٧٢؛ الاستبصار، ج٣، ص٢٩١.

٢. الحر العاملي، المصدر السابق، ص٧٣؛ الطوسي، المصدر السابق، ج٣، ص٢٩٢.

٣. الحر العاملي، المصدر السابق، حديث ٤؛ الطوسي، المصدر السابق.

٤. الحر العاملي، المصدر السابق، نفس الموضع، حديث ٥؛ الطوسي، المصدر السابق، و ج٤، ص١٤٨ عن نسخة ألزموهم ما ألزموا به أنفسهم.

٥. الحر العاملي، المصدر السابق، ص٧٤؛ الطوسي، المصدر السابق.

٦. الحر العاملي، المصدر السابق، حديث ٩، الطوسي، المصدر السابق، ص٢٩٣.

٧. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٢، ص٧٥.

٩. وما عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «سألته عن الأحكام قال: يجوز على أهل كل ذي دين بما يستحلون».[١]

١٠. وما عن عبد الله بن محرز «قال: قلت له عليه السلام رجل ترك ابنته، وأخته لأبيه وأمه، قال عليه السلام: المال كله لابنته و ليس للأخت من الأب والأم، شيء فقلت: إنا قد احتجنا إلى هذا والرجل الميت من هؤلاء الناس، وأخته مؤمنة عارفة قال: فخذ لها النصف خذوا منهم ما يأخذون منكم في سنتهم وقضاياهم وأحكامهم..»..[٢]

١١. ما عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سألت الرضا عليه السلام، عن ميت ترك أمه، وأخوة 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 فيما بلغني قد دخلت في هذا الأمر أعني الدين فسكت قليلا، ثم قال: خذه».[٣]

## ما تدل عليه القاعدة من الحكم الواقعي أو الإباحة

هذه الأخبار وان اختلف التعبير فيها، إلا أنها تشترك جميعا 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 الاباحة الصرفة؟ والفرق بين هذين واضح، فإن القول بأن ما تفيده القاعدة هو الحكم الواقعي معناه التصويب. فمثلا: لو طلق السني زوجته طلاقا صحيحا عندهم باطلا عندنا فإن اعتقاده بصحة الطلاق يكون موجبا لجعل الصحة واقعا في حقه، ويكون هذا العنوان عنوانا ثانويا موجبا لانقلاب الحكم الواقعي في حقه، نظير الانقلاب في موارد الاضطرار. فلو اضطر الإنسان إلى شرب الخمر ـ مثلا ـ فان الاضطرار المذكور يوجب حليته له واقعا.

بيان الفرق بين الحكم الواقعي والإباحة الصرفة في القاعدة

---

١. الطوسي، التهذيب، ج٩، ص٣٢٢؛ الطوسي، الاستبصار، ج٤، ص١٤٨.

٢. الطوسي، المصدر السابق، ص٣٢١؛ الطوسي، المصدر السابق، ص١٤٧.

٣. الطوسي، التهذيب، ج٩، ص٣٢٣.

وأما القول بالإباحة فإن الواقع لا يتبدل في حق الشخص السني بواسطة اعتقاده بصحة ما أوقعه من ذلك الطلاق، بل يكون الطلاق فاسدا 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 ـ فيما بعد ـ والاشكال عليه.

ويستظهر شيخنا ﷺ بأن ما تفيده هذه الأخبار، هو الحكم الواقعي الثانوي، ويظهر ذلك جليا من الأخبار المتقدمة. ففي مكاتبة الهمداني نرى الإمام الجواد أباجعفر الثاني عليه السلام يقول: «**وان كان ممن لا يتولانا، ولا يقول بقولنا، فاختلعها منه فإنه إنما نوى الفراق**»[1] وفي رواية عبد الله بن طاوس يقول الإمام الرضا عليه السلام مثل ذلك وفي رواية ابن الهيثم قال عليه السلام: «**إما أنه مقيم على حرام**»[2]. وهكذا الحال في رواية عبد الرحمن البصري يقول الإمام أبوعبد الله عليه السلام «**هذه المرأة لا تترك بغير زوج**».[3]

هذه الفقرات المذكورة دلتنا بصراحة على أن الطلاق الذي وقع من الشخص المخالف يكون صحيحا، واقعا؛ لأن تعبير الإمام عليه السلام بالاختلاع والإبانة لا يناسب بقاء تلك المرأة على زوجيتها، وأن الطلاق منها غير واقع، وكل ما في البين هو إباحة التزوج بها وهكذا قوله عليه السلام ـ «**فإنه إنما عنى الفراق**» ـ أو نوى الفراق ـ فإن نية الفراق ليست إلا قصده، واعتقاده بصحة طلاقه، وحينئذ فيكون مجرد صدور الطلاق منه كافيا بإلزامه به واختلاع الزوجة وإبانتها منه.

بيان المختار

ولو لاحظنا قول الإمام عليه السلام «لا تترك بغير زوج» لرأينا ما ذكرناه واضحا، فان ذوق المتشرع لا يقبل أن يكون حكمهم عليهم السلام بجواز التزويج بتلك المطلقات من قبيل الزواج بتلك المرأة مع كونها لا تزال معلقة بحبالة الزوج الأول، ليكون ذلك من قبيل الإباحة الصرفة.

ولو تأملنا مليا قوله عليه السلام: «أما أنه مقيم على حرام» لرأيناه واضحا في الدلالة على المقصود. فإن الإقامة على الحرام، إنما تتم لو كان الطلاق قد وقع من ذلك الشخص فعلا، فالمرأة إذاً أجنبية عنه وهو مع ذلك يقيم معها، وحينئذ فيصح التعبير بأنه يقيم على حرام، والا فلو كانت الزوجية باقية، والطلاق غير صحيح، فإنه لا يقيم على حرام، بل يقيم مع امرأته.

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٢، ص٧٢.

٢. المصدر السابق.

٣. المصدر السابق، ص٧٣.

وربما توجه الحرمة في قوله عليه السلام: «فإنه مقيم على حرام» بأن هذه الحرمة حاصلة بالتجري الصادر منه؛ لأنه مقيم معها، مع كونه معتقدا لكونها مطلقته.

والجواب عن هذا التوجيه: بأن صرف التحريم إلى التجري تأباه طبيعة التعبير المذكور في الروايات الآنفة 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 أيضا، وربما ترقى صاحب السرائر فادعى الإجماع عليه حيث قال:

«و قد روى أصحابنا روايات متظاهرة بينهم، متناصرة، وأجمعوا عليها قولا، وعملا أنه إن كان المطلق مخالفا، وكان ممن يعتقد لزوم الثلث، لزمه ذلك ووقعت الفرقة، وإنما لا تقع إذا كان الرجل معتقدا للحق».[1]

ومن هذا وأمثاله يظهر لنا جليا، إنهم كانوا يخرجون المسألة على إفادتها للحكم الواقعي الثانوي، بل قد نترقى كما عرفت، ونقول: أننا نستفيد الإجماع على ذلك، حسبما تبين لنا من عبارة السرائر في قوله روى أصحابنا وأجمعوا عليها قولا وعملا.

هذا ولو تنزلنا عن القول، بأن محصل القاعدة المذكورة هو الحكم الواقعي الثانوي، وأن أقصى ما تفيده هو إلزامه بما يدين به، فبالامكان أن نستدل على صحة هذا النوع من الطلاق الفاقد للشروط عندنا مثلا، بما نتصيده من كلمات الأئمة عليهم السلام، حيث نرى الامام الرضا عليه السلام يأمر السائل بالزواج من تلك المرأة التي تركها لسبيلها، وأن لم تكن في البين ممانعة من طرف الزوج، بل كان وقد مضى - كما في رواية علي بن حمزة - أنه: **سأل أباالحسن الرضا عليه السلام عن المطلقة، على غير السنة أ يتزوجها الرجل؟ فقال عليه السلام: «ألزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم، وتزوجوهن فلا بأس».**[2]

فإن أمره عليه السلام بزواجهن، مع عدم فرض الممانعة في كلام السائل وترك الاستفصال من جهة الإمام، لم يكن منزلا على مجرد قاعدة الإلزام، إذ لا ممانعة في البين من طرف الزوج لما هو مفروض ليلزم بما صدر منه، بل لم يكن أمره بالزواج فيما يظهر إلا لأن الطلاق قد حصل، فيجوز حينئذ للغير التزوج بهذه المرأة. والرواية وان ذكرت الإلزام بظاهرها إلا أنه ليس من باب مطالبة الزوج

---

١. ابن ادريس، موسوعة ابن ادريس الحلي، ج١١، ص٤٥٧.

٢. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٢، ص٧٣.

بحق وإرجاع زوجته اليه، بل من باب أنها مطلقة، وأن الطلاق نافذ في حقها. فيسأل الإمام عليه السلام عن حال تلك المطلقة، هل يتزوجها الرجل أو لا؟ فالجواب من الامام عليه السلام بعدم البأس بزواجها لدليل على نفوذ ذلك الطلاق الصادر من الزوج الأول.

هذا ما يمكن الاستدلال به للقول بصحة الطلاق، أو غيره مما هو مورد لقاعدة الإلزام، وأن ما تفيده القاعدة هو الحكم الواقعي الثانوي.

## أما القول بالإباحة

وان غاية ما تدل عليه قاعدة الإلزام هو مشروعية الإلزام بما ألزموا به أنفسهم. فربما ظهر ذلك من صاحب الجواهر، في مورد ذكره لجملة من النصوص حيث قال «و غير ذلك من النصوص الدالة على التوسعة لنا في أمرهم وأمر غيرهم من أهل الأديان».[1]

ومن هذه العبارة نستفيد أن صاحب الجواهر ينظر إلى المسألة بنظر التوسعة، فيكون من قبيل الإباحة لنا، لا من باب الحكم الواقعي الثانوي. ولكن ورود عبارة «و أمر غيرهم من أهل الأديان» في كلامه ربما يشعرنا 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 ـ مثلا ـ الواقع على مذهبهم وإن كان مقتضى الدليل الأول فساده، ولكن الشارع منةً وتوسعةً علينا حكم بصحته، فيكون حال هذه الجملة حال قوله عليه السلام في باب الغنائم: «و قد طيّبنا ذلك لشيعتنا لتطيب ولادتهم و لتزكو أولادهم».[2] وممن اختار القول بالإباحة المرحوم الشيخ محمد حسن آل كاشف الغطاء في كتابه أنوار الفقاهة حسبما نقل عنه المرحوم الشيخ محمد جواد البلاغي في رسالته ـ فقال:

بيان الشيخ محمد جواد البلاغى

«وظهر مما ذكرنا أن طلاق المخالفين يمضي عليهم، وإن كان فاسدا عندنا ... وهذا الحكم عام لكل صور الطلاق على غير السنة، سواء تعلق بمؤمنة، أو بمخالفة. فإنه يحكم بوقوعه على وفق مذهبه بالنسبة إلينا، وان كان باطلاً في الواقع، وكذا بالنسبة إليهم. ولا منافاة بين البطلان الواقعى

---

١. نجفى، جواهر الكلام، ج٣٢، ص٨٩.

٢. الحر العاملى، وسائل الشيعه، ج١، ص٥٤٥.

وبين اجراء حكم الصحة بالنسبة إلينا، لطفا منه. وان كانت زوجة لهم، لكنها حلال لنا، وحرام عليهم، أو يقال هى صحيحة مزوجة، فاسدة من آخر. ولو استبصر المخالف جرت عليه الأحكام الماضية حال خلافه كما تجري علينا، ولا يلزمه إعادة ما فعله من العقود والإيقاعات الباطلة بالنسبة إلينا»[1] إلخ.

وعبارته هذه تعطينا بصراحة رأي الشيخ، وأنه القول بالإباحة. ولكن لنا أن نتساءل عن معنى عبارته السابقة. «و لو استبصر المخالف جرت عليه الأحكام الماضية كما تجري علينا» ومعنى ذلك أن مثل هذا الطلاق بالثلاث يكون نافذا عليه بعد استبصاره، كما أنه نافذ علينا أيضا. فيجوز لنا تزوج تلك المرأة، وإن استبصر زوجها. إلا أن ذلك مناف لكون ذلك من قبيل الإباحة، فإن مقتضى الإباحة، هو عودة الزوجية له بمجرد الاستبصار.

وأحسن ما يقال في توضيح عبارة المرحوم الشيخ حسن كاشف الغطاء، أو توجيهها على القول بالإباحة ما قيل «من أن الأمر بالتزويج والاختلاع والإبانة، والأخذ لا يدل على الصحة، بل من الجائز تشريع تزويج زوجة المخالف فتخرج عن الزوجية بذلك».[2]

وقد تأمل شيخنا ﷺ فيما دلت عليه هذه العبارة متوقفا. فان خروج المرأة عن الزوجية إن كان قبل التزويج، فهو ما ذكرناه من أنها قد بانت منه قبل الزوجية الجديدة، أي بمجرد طلاقه لها. وإن كان بعد التزويج فهذا مما يحتاج إلى دليل؛ لأن عقد التزويج إذا ورد عليها، وهي في حبالة زوجها الأول لا يكون تزويجها موجبا لانسلاخ زوجيتها، فكيف يصح له أن يقول: «فتخرج عن الزوجية بذلك». فإنا إذا صححنا تزويج المخالفة لا يكون التزويج موجبا لخروجها عن الزوجية الأولى، بل ينبغي لنا أن نقول: إن زوجيتها الأولى باقية، وإن كنا قد تزوجناها، فتكون زوجة للأول حقيقة، وتكون زوجة للثاني بمقتضى الإلزام وهذا لا يخلو عن غرابة.

وفي موضع آخر قال مستدلا على الإباحة:

«و من المعلوم أن ارتكاب ذلك في مقام الجمع بين الأدلة أهون من البناء على صحة الطلاق

---

١. كاشف الغطاء، انوار الفقاهه، ج٣٠، ص١٤.

٢. حكيم، مستمسك العروة الوثقى، ج١٤، ص٥٢٦.

الفاقد للشرائط، بل هو مقتضى الجمع العرفي بين الأدلة الأولية وبين هذه النصوص».[١]

ويعلق شيخنا ﷾ على ذلك بأنه لم كان ذلك أهون؟ ولماذا لم نقل أن صحة الطلاق، باعتبار كونه معتقدا لصحته يكون من قبيل الأحكام الواقعية بعناوينها الثانوية الذي لا تخلو روايات الباب من الاشعار به ـ كما مر عليك ـ ؟

ومما يستدل به على القول بالإباحة، وعدم استفادة الحكم الواقعي الثانوي ما ورد في رواية محمد بن عبد الله العلوي:

قال: سألت أباالحسن الرضا ﷺ: «عن تزويج المطلقات ثلاثا» فقال لى: «إن طلاقكم لا يحل لغيركم، وطلاقهم يحل لكم».[٢]

ومحل الشاهد في هذه الرواية هو قوله ﷺ: «إن طلاقكم لا يحل لغيركم».

فيقال: بأن المستفاد من قاعدة الإلزام هو البينونة، وصحة الطلاق. فان طلاق الشيعي الثلاث بنحو ما يعملونه، وان لم يكن صحيحا عندنا ـ أي عند الشيعة ـ إلا أنه صحيح عند السنة؛ لأنه موافق لمذهبه، فعلى هذا لا بد أن يكون حلالا لغيرنا. ومن عدم الحلية نستفيد أن الموضوع لا يخرج عن كون الزوجية باقية، وأن الطلاق لا يقع صحيحا، ولهذا لا يحل لمخالفينا.

إما أن طلاقهم يحل للشيعة، فهو كذلك لعدم حصول الطلاق. إلا أنه توسعة من الشارع المقدس، وإباحة لذلك فقد أجاز لنا التزويج بنسائهم، ويكون حال هذا كحال من لم ير العقد بالفارسية صحيحا، مع أنه عقد بذلك. فان من يرى صحة ذلك العقد، يصح له أن يرتب الآثار، وإن كان الذي صدر منه العقد لا يرى صحة ذلك.

وأجاب شيخنا ﷾ عن هذا الاستدلال بأنا حيث نقول: بأن الطلاق يكون موجبا للبينونة، ويكون حكما واقعيا ثانويا، فإنما هو في خصوص ما لو كان المطلق يعتقد صحة الطلاق. فهذا غير داخل فيما ذكرناه وليس هو من قبيل العقد بالفارسية؛ لأن العقد بالفارسية يكون موجبا لتحقق النقل والانتقال عند كل من يرى أن العقد بالفارسية صحيح، وإن كان موقع العقد لا يعتقد بذلك.

---

١. حكيم، مستمسك العروة الوثقى، ج١٤، ص٥٢٦.

٢. الطوسى، تهذيب الاحكام، ج٧، ص٤٦٩.

هل هذا الحكم الثانوي محدود بما دام الشخص باقيا على خلافه

والآن ـ وبعد أن عرفت أن محصل قاعدة الإلزام، هو الحكم الواقعي الثانوي ـ فلا بد من الانتقال إلى بحث جديد ذلك هو: أن هذا الحكم الثانوي هل هو محدود بما دام الشخص باقيا على خلافه؟ لتكون العلة ما دامية أو أنه لا يكون محدودا بذلك، بل يبقى الحكم المذكور ملزما به، وان ارتفع الوصف عنه، بأن كان قد تشيع بعد ذلك. وـ كما عرفت ـ أن ثمرة هذا البحث تظهر فيما لو تشيع المخالف فيما بعد، فهل تكون الزوجة مبانة منه أو لا؟

اختار شيخنا الثاني، وان الحكم لا يكون محدودا؛ لأن الخلاف علة محدثة ومبقية في الوقت نفسه، ولا ينفع فيه زوال الاعتقاد بعد ذلك بالاستبصار. ويستدل على ذلك برواية عبد الأعلى، **عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا قال عليه السلام: «إن كان مستخفا بالطلاق ألزمته ذلك».**[1]

بناء على أن ظاهر قوله عليه السلام: **«إن كان مستخفا بالطلاق ألزمته ذلك»** حين صدوره منه، بل يمكن دعوى ظهور ذلك في الحينية. وكذلك الحال في مكاتبة الهمداني، في قوله عليه السلام **«فان كان ممن لا يتولانا ولا يقول بقولنا فاختلعها منه، فإنه إنما نوى الفراق»**[2] و رواية عبد الله بن طاوس.[3] وقد عرفت أن المراد من نية الفراق في مثل ذلك هو قصده عن اعتقاد بصحته، وحينئذ فيكون مجرد صدور الطلاق على وفق مذهبه كافيا في إلزامه به، فلا يكون استبصاره بعد ذلك مؤثرا في دفع ذلك الحكم عنه.

مضافا إلى أن هناك ما يوجب كون العلة محدثة، ومبقية، لا أنها ما دامية. هو أن هذا النوع من الأحكام من الطلاق، والبينونة لا يقبل التقييد بالدوام ـ ما دام القيد الفلاني موجودا ـ بل يكون صدور مثل هذه الأحكام موجبا لدوامه ويكون حاله حال العتق والإبراء، ونحوه مما لا يقبل التقيد بالدوام، فلا يصح القول للعبد العادل، أو الأمين (أنت حر ما دمت عادلا) أو (أنت حر ما دمت أمينا) أو (أنت حر ما دمت حيا).

## تنبيه

لا بد لنا من بيان أن: من يقول بأن العلة ما دامية، فيكون الحكم دائرا مدار وجود العلة، لا يقول بذلك على الإطلاق. وإنما يقول به فيما إذا لم يترتب أثر على تلك الأشياء، التي صدرت منه

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٢، ص٧٤.

٢. المصدر السابق، ص٧٢.

٣. المصدر السابق، ص٧٥.

حال وجود الوصف عنده، أما لو ترتب الأثر فلا.

ومثال ذلك: ما لو طلق السني زوجته بطلاق باطل عندنا صحيح عندهم، كأن قال لها «أنت طالق ثلاثا» ولزمت الزوجة عدة لذلك الطلاق، وانقضت العدة، وتزوجت بعد كل ذلك بشخص آخر. فهنا لو تشيع الزوج، فلا يمكن له الرجوع بزوجته؛ إذ لا شك في صحة العقد الجديد، سواء قلنا ببقاء الإلزام أو لم نقل. نعم، لو كان العقد الجديد واقعا في أثناء عدتها، أمكن القول بالبطلان.

ويشهد له ما ورد في صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع المتقدمة: **سألت الرضا عليه السلام عن ميت ترك أمه وأخوةً وأخوات فتقسم هؤلاء ميراثه فأعطوا الأم السدس، وأعطوا الإخوة والأخوات ما بقي، فمات الأخوات فأصابني من ميراثه، فأحببت أن أسألك، هل يجوز لي آخذ ما أصابني من ميراثها على هذه القسمة أم لا؟ فقال: بلى. فقلت: إنّ أم الميت فيما بلغني قد دخلت في هذا الأمر أعني الدين فسكت قليلا، ثم قال عليه السلام: خذه.**[1]

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 الميتة. وحيث كان التملك أثرا، فلا ينفع التشيع بعد ذلك، وعلى الأخص في فرض مسألتنا. فإن التملك كان بدرجتين:

الأولى: تملك الطبقة الأولى من الأخوة والأخوات من الميتة؛

الثانية: تملك ـ ابن بزيع ـ 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

---

١. طوسي، تهذيب الأحكام، ج٩، ص٣٢٣.

البحث عن تصحيح الرجوع إلى الزوجة

سابقا 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 سنيا فتشيع بزوجته وإن قلنا بصحة الطلاق السابق في موارد من طلق في حال السنن أو غير مورد الطلاق من الموارد؟

ويجاب عن ذلك بالإيجاب: فإن لنفس التشيع خصوصية، فيكون رافعا لتمام الآثار التي حصلت في السابق حينما كان سنيا. ويستدل له بما تضمنته مكاتبة علي بن سويد عن أبي الحسن موسى عليه السلام ذكرها في الوسائل في باب من طلق مرتين، أو ثلاثا، أو أكثر مرسلة من غير رجعة ـ إلى ان قال ـ «**فأما من دخل في دعوتنا فقد هدم إيمانه ضلاله، ويقينه شكه**».[1] ويكون موضع الاستشهاد في هذه الرواية قوله ـ عليه السلام ـ: «**و أما من دخل في دعوتنا**»، فهو شامل لجميع الآثار السابقة حتى حرمة الزوجة على زوجها، لو طلقها طلاقا فاقدا لبعض الشروط عندنا جامعا 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. فإنهم لا يقولون بحرمتها على الزاني، وعليه فلو تزوجها، وتشيع بعد ذلك، فالظاهر حرمتها عليه، وان قلنا بصحة نكاحه ما دام سنيا. وكذا لو تزوج بغير هذه ممن كانت حراما عندنا، وحلالا عندهم فان تشيعه يحتم عليه تركها، وإن كان عمله السابق صحيحا، وأولاده يلحقون به.

وهذا يؤيد أن التشيع لا يكون موجبا لرفع جميع الآثار التي كانت مترتبة في السابق. وقد تطرق لمثل ذلك في الجواهر في مواضع منها عند شرح قول المصنف رحمه الله «و إذا أسلم الذمي على أكثر من أربع».[2] ومنها في كتاب الحدود فراجع هناك.

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٢، ص٦١.

٢. الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، ص٢٣٩.

## موارد قاعدة الإلزام

موارد قاعدة الإلزام كثيرة، فكما سبق أن للشيعي إلزام غيره من العامة بما يدين به، وتطبيق ذلك عليه ما دام ملتزما به. وليس من السهل أن تحصى جميع تلك الموارد على سبيل الضبط، ولكننا نتطرق إلى البعض منها على سبيل التوضيح:

## المورد الأول: النكاح

ويشتمل على فروع عديدة:

### الفرع الأول: الإشهاد على النكاح

من المعلوم أن الشيعة الإمامية لا ترى وجود الشهادة مما يتوقف عليه عقد النكاح، بعكسه في الطلاق حيث يوجبون حضور شاهدين عدلين.[1]

وأما العامة فقد ذهبوا إلى ضرورة وجود الشاهدين في عقد النكاح وإلا لما كان العقد صحيحا قال في الفقه على المذاهب الأربعة، «الشرط الرابع من شروط النكاح الشهادة فلا تصح إلا بشهادة ذكرين بالغين عاقلين عدلين» [2و3]

---

١. الاشهاد في النكاح من المسائل التي وقع الخلاف فيها بين الشيعة والسنة، فالشيعة لا يرونه لازما في العقد، بل هو مستحب بينما يرى السنة لزومه. ويستدل الشيعة على ما ذهبوا إليه بالإجماع من الفقهاء، والآيات الكريمة في قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ وقوله عزوجل: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ﴾ ولم يقيد ذلك بشهود بل أطلق.

وكذلك الروايات التي نقلت عن النبي ﷺ في تزويجه لبعض النساء بما مع الزوج من القرآن من غير أن يشترط في البين شهودا.

وأخيرا يضيف العلامة الحلي في مختلفه مستدلا على عدم هذا الشرط بأن الأصل يقتضي عدم الاشتراط، ولأنه ليس بشرط في بقية العقود، فلا يكون شرطا هنا. راجع لذلك الخلاف للشيخ الطوسي، والانتصار للسيد المرتضى، والمختلف للعلامة وكافة مصادر الفقه الشيعي، بحث الإشهاد في النكاح.

٢. الجزيري، الفقه على مذاهب الأربعة، ج٤، ص٣١.

٣. بنفوذ المذهب المالكي عن بقية المذاهب القائلة بلزوم الاشهاد، بان الشرط هو الإعلان دون الشهادة، حتى انه لو تزوجها بحضرة الشهود وشرط الكتمان لا يجوز، ولو تزوجها بغير شهود وشرط الإعلان جاز. ويعتمد القائلون بضرورة الإشهاد على أحاديث مروية عن النبي ﷺ حتى قال عنها السمرقندي الحنفي «إن ما روي

وبناء على هذا فإن قاعدة الإلزام تجري في حق كل سني تزوج امرأة شيعية، ولم يحضر العقد شاهدان، فان هذه المرأة ليست بزوجة على مذهبه ـ وحينئذ ـ 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 تستحقه المطاوعة، وكذلك يحكم بعدم إرثها منه وبعدم استحقاقها بنفقة، بناء على ما فسرناه من كون قاعدة الإلزام حكما واقعيا ثانويا بلحاظ الحكم الوضعي. فإن هذا يعني هدم الزوجية من طرف السني إلزاما، وحيث إنها لا تتبعض فتنهدم الزوجية رأسا.

## الفرع الثاني: الجمع بين العمة والخالة وبنت الأخ أو الأخت

من المحرمات عند العامة الجمع بين العمة وبنت الأخ، والخالة، وبنت الأخت وان نزلت البنت. وقالوا ببطلان العقد على المتأخرة قال في الفقه:

> يحرم الجمع بين اثنتين إذا فرضت كل واحدة منهما ذكراً حرم النكاح بينهما فيحرم الجمع بين الأختين ـ إلى قوله ـ وكذلك الجمع بين البنت، وعمتها، أو خالتها. فاننا لو فرضنا واحدة منهما ذكراً لم يحل له أن ينكح الأخرى.[1]

وأما الشيعة فلم يروا في ذلك بأسا إذا حصل الرضا من الزوجة.

قال المحقق الحلي في شرائعه في الفصل الرابع من كتاب النكاح: «و من توابع المصاهرة تحريم

---

في موضوع شاهدي النكاح أحاديث مختلفة الألفاظ عن أحد عشر صحابيا». ثم شرع في مناقشتها. وقد ذكر الشوكاني بعضا 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 مخالف له من الصحابة، وأنه روي مرفوعا ذكره الدارقطني، وذكر أن في سنده مجاهيل، وكذلك طعن فيه من قبل فقهاء الشيعة.

وقد ناقشه السيد المرتضى في الانتصار بأنه محمول على الاستحباب لجريانه مجرى قوله ﷺ «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» و «لا صدقة وذو رحم محتاج» حيث يكون المنفي في جميع ذلك الفضل، والكمال.

أما الشيخ الطوسي فقد ذكر بأن النفي لعدم ثبوت النكاح عند الحاكم إلا بشهادة شاهدي عدل دون انعقاد العقد في حال التزويج فإنه ينعقد ولا يتوقف على الشهود. (راجع: تحفة الفقهاء، ج٢، ص١٨١ ونيل الأوطار وبداية المجتهد بحث الاشهاد على النكاح والانتصار، ص١١٩، طبعة النجف الحديثة والخلاف مسألة ١٣ من بحث عدم احتياج النكاح إلى شهود)

١. الجزيري، الفقه على مذاهب الأربعة، ج٤، ص٢١.

أخت الزوجة جمعا لا عينا وبنت أخت الزوجة، وبنت أخيها إلا برضاء الزوجة».[١و٢]

---

١. الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، ص٢٣٢.

٢. بالإمكان القول: بأن مما انفردت الشيعة به هو جواز أن يتزوج الرجل المرأة على عمتها وخالتها إذا حصل الإذن من العمة، والخالة، ويجوزون إدخال العمة والخالة على بنت الأخ والأخت وإن لم ترضى المدخول عليها بذلك بينما أجمع أهل السنة على منع ذلك مطلقا، كما تصرح بذلك مصادر فقه الفريقين ولبيان وجهة نظر فقهاء الشيعة في هذه المسألة يقع البحث في مرحلتين:

الأولى: في أصل جواز ذلك في قبال العامة المانعين منه؛

الثانية: في احتياج إدخال بنت الأخ أو الأخت على العمة أو الخالة إلى رضاهما دون العكس.

أما أصل الجواز: فيستدل عليه بالكتاب، والسنة، والإجماع.

فمن الكتاب: قوله تعالى ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ بعد أن عدد المحرمات جميعا وعينا 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 عزوجل قال ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾» (الحرالعاملي، وسائل الشيعة، ج٢٠، ص٤٩٠). وأما رضا العمة والخالة: فهناك أخبار كثيرة بهذا المضمون يأتي في مقدمتها ما عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام: «سألته عن امرأة تزوج على عمتها وخالتها قال: لا بأس، وقال: تزوج العمة والخالة على ابنة الأخ وابنة الأخت ولا تزوج بنت الأخ، والأخت على العمة، والخالة إلا برضاً منهما فمن فعل فنكاحه باطل» (المصدر السابق، ص٤٨٨) وما جاء في بعضها من قصور السنة أجاب عنه في الرياض بقوله: «و قصور السنة منجبر بالأصل وموافقة الكتاب، والسنة، والشهرة العظيمة التي كادت تكون إجماعا خلافا للمقنع فأطلق المنع هنا وهو ضعيف جدا» ويلاحظ للموضوع نفسه مختلف الشيعة والمسالك، والرياض، والمبسوط، والانتصار وكافة مصادر الفقه الشيعي بحث ما يحرم من النكاح بالجمع.

وأما ما ذهب إليه أهل السنة من المنع للجمع بين هؤلاء مطلقا، فقد عبرت مصادرهم الفقهية عن هذا المنع يقول: «عن عامة أهل العلم». (أو لا نعلم بينهم خلافا في ذلك) (أو الإجماع عليه) «أو ليس فيه بحجة الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافا وهم الرافضة، والخوارج لم يحرموا ذلك». (ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٣٦) ويستدلون مضافا إلى إجماعهم على المنع بالأخبار العديدة: منها ما ذكره ابن قدامة الحنبلي في المغني، بقوله «و في رواية أبي داود لا تنكح المرأة على عمتها ولا العمة على بنت أخيها، ولا المرأة على خالتها، ولا الخالة على بنت أختها لا تنكح الكبرى على الصغرى، ولا الصغرى على الكبرى (ابن قدامه، المغنى، ج٧، ص٣٦)، ولأن العلة في تحريم الجمع بين الأختين إيقاع العداوة بين الأقارب، وإفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم وهو موجود فيما ذكرنا».

ويناقش هذا التعليلَ الذي ذكره ابن قدامه: بان مجرد مخافة قطيعة الرحم لا تستلزم حرمة النكاح والإلزام حرمة الجمع بين بنات عمين، وخالين لوجود علة النهي في ذلك. علله الشوكاني في نيل الأوطار بقوله: «و أجيب بأن

وحينئذ فلو كانت للسني زوجة وأدخل عليها بنت أخيها، أو أختها 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 وتحريم ذلك العقد، ولهذا الفساد آثار كثيرة فللشيعي تطبيقها إلزاما لهم بما يدينون به.

## الفرع الثالث: العدة على اليائسة

قال العلامة الحلي رحمه الله في تبصرته، كتاب الطلاق عند التعرض للبحث عن العدد: «لا عدة في الطلاق على الصغيرة واليائسة، وغير المدخول».[1]

وفي الفقه على المذاهب الأربعة، قال:

> تعتد المطلقة اليائسة من المحيض بثلاثة أشهر من تأريخ طلاقها. وقد عرفت أن المطلقات الآيسات من المحيض نوعان: أحدهما الصغيرة التي دون تسع سنين ـ إلى قوله ـ ثانيتهما: الكبيرة في السن وفي سن إياسها التفصيل المتقدم.[2]

وحينئذ فقاعدة الإلزام تلزم من كان من العامة يرى ثبوت العدة على هاتين الآئسة، والصغيرة أن لا يعقد في عدتهم على الأخت، وسائر من يحرم عندهم الجمع بينها، وكذلك لا يجوز عقده على الخامسة ما دامت في العدة، وهكذا بقية أحكام العدة.[3]

---

قطعية الرحم من الكبائر بالاتفاق فما كان مفضيا إليها من الأسباب يكون محرما». (الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص١٦٧-١٦٨) وهذا غريب من الشوكاني، إذ ليس الكلام في حرمة هذا الفعل تكليفا، أو جوازه بالحرمة المفضية إلى بطلان النكاح وعدمه، ومجرد كون الفعل كبيرة لا يوجب بطلان النكاح كما هو واضح.

١. الحلي، تبصرة المتعلمين في أحكام الدين، ص١٤٧.

٢. الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٤، ص٥٤٩.

٣. استدل الشيعة على مذهبهم المذكور بما اشتهر بينهم، بل ربما كان مجمعا عليه ان لم تضر مخالفة بعض معروفي النسب كالسيد المرتضى.

يضاف إلى ذلك وجود اخبار عن أئمة أهل البيت عليهم السلام صرحت بعدم وجود العدة عليها، حتى عبر عنها السيد الطباطبائي في الرياض بأنها: «المستفيضة التي كادت تكون متواترة، منها الصحيح عن التي قد يئست من المحيض والتي لا تحيض مثلها قال: ليس عليها عدة» وفي بعضها يصرح عن هاتين بالصبية والمرأة التي قد يئست من المحيض. راجع لها. (الحر العاملي، وسائل الشيعه، باب ٣، من أبواب العدد)

وأما السنة: فصادرهم الفقهية تطبق على لزوم العدة للصغيرة واليائسة. راجع لذلك: جميع مصادرهم في هذا الخصوص.

## المورد الثاني: الطلاق الفاسد

فيه فروع:

### الفرع الأول: طلاق الثلاث من غير رجعة

فلو طلق السني زوجته بقوله: «أنت طالق ثلاثا» كان عندهم صحيحا وعند الشيعة باطلا، وتجري فيه قاعدة الإلزام قال في الفقه على المذاهب الأربعة: ما يلي:

«فإذا طلق الرجل زوجته ثلاثا دفعة واحدة بأن قال لها «أنت طالق ثلاثا» لزمه ما نطق به من العدد في المذاهب الأربعة وهو رأي الجمهور».[1] 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 قربها فيه وطلاق الثلاث من غير رجعة بينها،

---

وقد استندوا فيما ذهبوا اليه لظاهر الآية الكريمة ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾. (الطلاق: ٤) فيقال: إن اليائسة، والصغيرة إن ارتبتم فلا تدرون حكمهن في فعدتهن ثلاثة أشهر. ويستدل السيد المرتضى على هذا الرأي حيث ذهب اليه بوجهين:

الأول: سبب النزول، وذلك حيث سأل أبي بن كعب فقال: «يا رسول الله ان عددا من عدد النساء لم تذكر في الكتاب: الصغار، والكبار وأولات الأحمال فنزلت هذه الآية».

الثاني: انه تعالى لو أراد ما يقوله المتمسكون بعدم العدم عليهما من الشك في ارتفاع المحيض لكبر أم لعارض لقال الله تعالى: ان ارتبتن لان المرجع في المحيض إليهن.

والجواب: ان الآية وردت في الأيسة ومن لم تحض للشك في كبر أم لعارض منع من الحيض، لا في الأيس ومثلها لا تحيض، وكذلك الصغيرة. واما ما ذكر من الأدلة فمردود:

اما الدليل الأول: للسيد المرتضى فيرد عليه: أن الآية لو كانت كما ادعى من سؤال أبي بن كعب لقالت (ان جهلتم) لا ﴿إِنِ ارْتَبْتُمْ﴾ لأن أبي بن كعب لم يشك في حكم هاتين، بل كان جاهلا ولذا سأل. فالتعليل بقوله ﴿إِنِ ارْتَبْتُمْ﴾ لا يتم مع المورد.

واما الدليل الثاني: فإن تذكير الضمير لا تأنيثه لأجل أن الخطاب مع الرجل كما يشعر به صدر الآية من قوله. ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ﴾. فما هو وجه الانتقال من خطابهن إلى خطابهن؟

١. الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٤، ص٣٤١.

والكل عندنا باطل[١] لا يقع معه طلاق.[٢و٣]

١. قوله المحقق (و الكل عندنا باطل) ومنه طلاق الثلاث يقصد به أن مجموع هذه الطلقات البدعية باطلة من هي مجموع، وإلا فهو من القائلين بوقوع الطلاق الثلاث طلقة واحدة لو قال (أنت طالق ثلاثا).

٢. الحلي، شرائع الإسلام، ج٣، ص١٣.

٣. مسألة الطلاق الثلاث في مجلس واحد من غير رجعة متخللة بين الطلقات من المسائل الخلافية 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 زوجا 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. (ج٦، ص٢٦٠)

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، وطاوس وعطاء وجابر بن زيد، والهادي عن أبي موسى، والقاسم، والباقر، والناصر، وأحمد 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. وقد حكي هذا الرأي عن بعض التابعين، وروي أيضا عن ابن علية وهشام بن الحكم وأبو عبيدة، وبعض أهل الظاهر. ونقل الشوكاني قولا رابعا يفصل فيه بين كون المطلقة مدخولا بها فتقع الثلاث، وغير مدخول بها فواحدة، ولكن من هؤلاء دليله.

استدل من قال بوقوع الطلاق الثلاث بهذا اللفظ من السنة بالقرآن الكريم: حيث قال تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾. بدعوى: أن قوله ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ يدل على جواز جمع الثنتين، وإذا جاز جمع الثنتين دفعة، جاز جمع الثلاثة.

وأجيب عنه، بأنه قياس مع الفارق؛ لأن جمع الثنتين لا يستلزم البينونة الكبرى بخلاف الثلاث.

ونقل الشوكاني عن الكرماني في نيل الأوطار (ج٦، ص١٦٠) مستدلا على ذلك بقوله: إن التسريح بإحسان عام يتناول إيقاع الثلاث دفعة واحدة.

والجواب عنه: بأن التسريح في الآية إنما هو بعد إيقاع الثنتين، فلا يتناول إيقاع الثلاث دفعة واحدة.

وقد استدل بأخبار دلت على وقوع الطلاق ثلاثا 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 للمانعية؛ لأنه مؤكد لكثرة الطلاق وإيقاعه. وهناك أخبار صحيحة استند لها هؤلاء القائلون.

منها ما جاء عن زرارة عن أحدهما عليهما السلام قال: «**سألته عن الذي يطلق في حال الطهر في مجلس ثلاثا قال هي واحدة**» (الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٢٢، ص٦٢)

ويقع البحث في هذا الفرع في صورتين:

الأولى: فيما لو أراد أحد الشيعة الزواج بتلك المطلقة؛

الثانية: لو تشيع الزوج بعد ان كان سنيا، 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 يحللها عليه عملا بمقتضى الآية الكريمة: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1] إلى قوله ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾.[2]

والمفروض أن هذه المرأة مطلقة ثلاثا على مذهبه حين كان سنيا، فيكون ملزما 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 واقعا طبقا للمصلحة الثانوية، ولا يقف شيء في طريق هذا الزوج.

الصورة الثانية: وحيث عرفت ان محل الإلزام هو الحكم الواقعي الثانوي فبهذا يقع الطلاق صحيحا منه. وبما أن هذا الحكم لا يكون محدودا بما دام سنيا، بل أن تسننه يكون علة في تحقق الحكم بالانفصال، وبقائه فحينئذ لا فائدة في تشيعه بعد ذلك، ولا يتمكن من الرجوع إليها بدون محلل يجتمع فيه الشروط الشرعية.

## الفرعان الثاني والثالث: الطلاق في حالة الحيض، وطلاقها في طهر واقعها فيه

قال ابن قدامه في المغني: ما يلي: «فصل فان طلق للبدعة وهو أن يطلقها حائضا، أو في طهر

---

وأمثال هذا الخبر توجد أخبار يرويها الشيعة من عبر عنها في الرياض: (بالصحاح 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 الرياض، الجواهر، مختلف الشيعة و نيل الأوطار في البحث في صيغة الطلاق.

١. البقرة: ٢٢٩.

٢. البقرة: ٢٣٠.

أصابها فيه إثم، ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم».[١و٢]

وقد تقدم في الفرع الأول نص كلام المحقق الحلي في بطلان الطلاق في هاتين الحالتين فراجع. فحينئذ فيجوز للشيعي أن يتزوج بتلك المطلقة إلزاما لهم بما يدينون به من صحة الطلاق، ووقوعه.[٣]

---

١. وعبر ابن رشد عن ذلك بقوله: «أن الجمهور قالوا يمضي طلاقه، وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع» (ابن رشد، البداية، ج٢، ص٧٠) وقال ابن عبد البر: «لا يخالف في ذلك إلا أهل البدع والضلال». (الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص٢٥٢) واستدل القائلون بالوقوع بالإجماع المنقول عنهم ـ كما عرفت التعبير عنه بأنه قول عامة أهل العلم ـ وبالأخبار المروية من طرقهم.

منها: ما عن عبد الله ابن عمر «أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ فقال مره فليرجعها» وقال الشوكاني عن هذا الحديث. رواه الجماعة إلا البخاري، وبهذا المضمون رويت روايات أخرى. (راجع: الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص٢٥٢)

ووجه الاستدلال بها هو أن الأمر بالمراجعة لابن عمر لا يكون الا بعد تحقق الطلاق. وعورض هذا الحديث بما أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي عن ابن عمر بلفظ: «طلق ابن عمر امرأته وهي حائض قال عبد الله: فردها على رسول الله ﷺ ولم يراها شيئا» وصحح هذا الحديث من قبل جماعة كثيرين، وفي رواية اخرى ان رسول الله ﷺ قال: «ليس ذلك بشيء»، وفي أخرى: «لا يعتد بذلك» وقال الشوكاني عن هاتين الطائفتين: «و لا شك أن رواية عدم الاعتداد بتلك الطلقة أرجح من رواية الاعتداد المتقدمة. فاذا صرنا إلى الترجيح بناء على تعذر الجمع، فرواية عدم الاعتداد أرجح لما سلف» وقد تقدم انه بين أسباب الترجيح. (الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص٢٥٤)

يضاف إلى ذلك ما روته العامة من قول النبي ﷺ «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد أو كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد». (ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٧٠) وقيل «تعليقا على هذا الحديث و هو حديث صحيح شامل لكل مسألة مخالفة لما عليه أمر رسول الله ﷺ، ومسألة النزاع من هذا القبيل فان الله لم يشرع هذا الطلاق ولا أذن فيه فليس من شرعه، وأمره». (راجع: الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص٢٥٤)

٢. ابن قدامه، المغنى، ج٧، ص٢٩٩.

٣. يستدل الشيعة على عدم وقوع الطلاق في حالتي الحيض والطهر الذي واقع فيه بالإجماع من فقهائهم على ذلك كما صرح بذلك في الجواهر والرياض وبالأخبار الكثيرة، والتي ورد فيها أن الطلاق على غير السنة باطل، وحيث يتصدى السائل السؤال عن طلاق السنة يجيبه الامام عليه السلام بأن تكون المرأة نقية عن الحيض وفي طهر لم يقاربها فيه. ففي خبر محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام «قال سألته عن رجل طلق امرأته بعد ما غشيها بشاهدين عدلين قال ليس هذا طلاقا فقلت له: فكيف طلاق السنة؟ فقال: يطلقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشيها

**الفرع الرابع: طلاق السكران:**

قال ابن قدامة في المغني: «و عن أبي عبد الله رضي الله عنه في السكران روايات رواية يقع الطلاق ورواية لا يقع ورواية يتوقف عن الجواب ويقول قد اختلف فيه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله».[1]

وفي شرحه للمسألة يقول: وأما التوقف، فليس بقول في المسألة - إلى قوله - ويبقى في المسألة روايتان: إحداهما: يقع طلاقه. اختارها أبوبكر الخلال والقاضي، وهو مذهب سعيد بن المسيب، وعطاء، ومجاهد، والحسن، وابن سيرين والشعبي والنخعي - إلى قوله - والشافعي في أحد قوليه، وشبرمة وأبي حنيفة.

راجع أيضا بداية المجتهد لابن رشد:[2و3]

---

بشاهدين عدلين، فان خالف ذلك رد إلى كتاب الله عزوجل». (الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج٧، ص٢٧٦) ولأدلة المسألة بشكل أوسع راجع: الجواهر، والرياض، والمسالك: بحث من يصح الطلاق.

١. ابن قدامة، المغني، ج٧، ص١١٤.

٢. ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٥٦.

٣. اختلفت كلمات العامة في وقوع الطلاق من السكران. فعن خصوص أئمة المذاهب الأربعة قال صاحب كتاب رحمة الأمة، على هامش الميزان: «فقال أبوحنيفة، ومالك يقع وعن الشافعي قولان: أصحها يقع، وعن أحمد روايتان: أظهرهما يقع». (قاضي صفد، رحمة الأمة، ج٢، ص٥٦٩).

وفي الوقت نفسه فقد ذهب كثير من فقهاء العامة ممن تقدم أصحاب المذاهب، وممن تأخر عنهم إلى القول بعدم الوقوع كما جاء في المغني، ونيل الأوطار نفس الموضع السابق.

وسبب اختلاف القائلين بالوقوع وعدمه هو: هل السكران كالمجنون من حيث التكليف أم أن بينهما فرقا؟

فمن فرق بينهما، اعتبر الطلاق صحيحا منه ولو في حالة السكر؛ لأن السكران في نظر الصحابة كالصاحي في الحد بالقذف، لما روي عندهم عن أميرالمؤمنين علي عليه السلام «أن السكران إذا سكر هذي، وإذا هذي افترى وعلى المفتري ثمانون». ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره صادق ملكه، فوجب أن يقع 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 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، فان 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،

قال المحقق الحلي رحمه الله في شرائعه: «الشرط الثاني: العقل: فلا يصح طلاق المجنون، ولا السكران، ولا من زال عقله بإغماء، أو شرب مرقد، لعدم القصد».[١و٢] وعلى هذا، فإن قاعدة الإلزام تقضي بصحة زواج المطلقة من السكران، وترتيب بقية الآثار الخاصة بطلاقها منه، وتزوجها بغيره.

## الفرع الخامس: طلاق المكره:

قال المحقق في شرائعه من كتاب الطلاق ما يلي: «الشرط الثالث: الاختيار، فلا يصح طلاق المكره»[٣و٤]

---

واختياره أم لا، أو بمعصية أم غير معصية. والمهم أنه الآن غير حائز على شرط التكليف، وهو العقد، فلا يكون قاصدا لعمله وفعله. واستدل على ذلك بمن كسر ساقه فتعذر عليه أن يصلي قائماً، فان حكمه ينتقل إلى الصلاة جالسا، وهكذا من ضربت بطنها فنفست، فإن الصلاة تسقط عنها، وكذا لو استعملت دواء فحاضت، فإن أحكام الحيض تجري عليها، وهكذا في كل مورد يكون التكليف فيه ساقطا وإن كان ذلك السقوط ناشئا من مقدمات أوجدها بنفسه فأدت بالحتم إلى تلك النتائج فإن تحقق الحكم يتبع صدق الموضوع.

١. الحلي، شرائع الإسلام، ج٣، ص٣.

٢. إنما لا يرى الشيعة طلاق السكران معتبرا؛ لعدم حصول القصد فيه. ومن الواضح أن الحكم بالتفريق متوقف على قصده، وما لم يتحقق الموضوع لا مجال لتحقق الحكم. يضاف إلى ذلك وجود الأخبار الصحيحة المستفيضة المصرحة بذلك، كما جاء ذلك عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت أباعبد الله عليه السلام عن طلاق السكران وعتقه فقال: لا يجوز. (الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٧، ص٣٢٨) 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: الحدائق الناظرة، والجواهر، والرياض. البحث عن المطلق، وشروطه. وقال ابن قدامة في المغني (ج ٧، ص٣١٤): «وحد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخلط في كلامه ولا يعرف ردائه من رداء غيره ونعله من نعل غيره». (ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٣١٤)

٣. الحلي، شرائع الإسلام، ج٣، ص٣.

٤. إجماعا كما عن الخلاف، والانتصار، والجواهر، والمسالك، والحدائق، وغير هذه من مصادر الفقه الشيعي، مضافا إلى ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله من الفريقين صحيح عندنا خلافا للشافعي.

وقد اعتمد من قال بوقوع الطلاق من المكره من العامة، على انه طلاق من مكلف في محل يملكه فيقع منه، ولأنه وإن كان مكرها في الواقع، ولكنه بتلفظه ليس بمكره فيقع منه.

أما من قال بعدم الوقوع فقد استدل بالحديث النبوي المتقدم «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»

وجاء في المغني لابن قدامة: ما يلي:

لا تختلف الرواية عن أحمد ان طلاق المكره لا يقع ـ إلى قوله ـ، وأجازه أبوقلابة، والشعبي، والنخعي، والزهري، والثوري، وأبو حنيفة وصاحباه لأنه طلاق من مكلف في محل يملكه فينفذ كطلاق غير المكره.[١و٢]

ومورد الإلـزام في ذلـك، ان المطلـق لو كان تابعا لأبي حنيفة، وغيـره ممن يصحح طلاق المكره فللشـيعي إلزامـه بذلـك، واعتبار زوجتـه منفصلة عنه وإجـراء كافة الأحـكام المترتبة على عدم الزوجية بين الطرفين.

## الفرع السادس: الطلاق المعلق

قال ابن رشد في بدايته:

---

وقد رواه ابن قدامة عن ابن ماجد. (راجع: المغني، ج٧، ص٣١٦) وقد روي أيضا حديثا عن عائشة وفيه قول النبي ﷺ «لا طلاق في إغلاق» وقد فسر الأغلاق بالإكراه؛ لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه.

أما تحديد الإكراه الذي يرتفع منه أثر الطلاق، فقد اتفقت كلمة الفقهاء من الفريقين انه لا بد فيه من تحقق أمور:

منها أن يكون المكره قادرا على إيجاد ما توعد به لغلبة، أو سلطان، أو تغلب؛

ومنها عجز المكره (بالفتح) عن دفع ما توعد به؛

ومنهـا ان يعلـم أو يظـن غالبـا انه لو لم يفعل أو أقنع، أوقع المكره ما توعده به لا انه هازل، وممازح، أو غير ذلك من الدواعي.

قوله «رفع عن أمتي 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 زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن طلاق المكره وعتقه فقال ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق». (الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج٧، ص٣٣١)

وقـد استفاضت الأحاديـث بهـذا المعنى مـن عـدم وقوع الطلاق من المكره لعدم قصـده إلى المعنى الـذي لا بد للمطلاق من تحققه. (راجع: الوسائل نفس الموضع)

١. ابن قدامة، المغني، ج٧، ص١١٨.

٢. قال في رحمة الأمة على هامش الميزان: «و اختلفوا في طلاق المكره وأعتقاه فقال أبوحنيفة يقع الطلاق، ويحصل الإعتاق، وقال مالك، وأحمد والشـافعي لا يقع إذا نطق دافعا به عن نفسـه». (قاضي صفد، رحمة الأمة، ج٢، ص٥٦) وقـال السـمرقندي الحـنفي في تحفـة الفقهـاء: «طلاق المكره ومنهـا ان يكون ما توعد بـه مضرا بالمكره في نفسه أو متعلقيه من قتل أو جرح أو مال على تفصيل بين الفقهاء في مقدار الجرح ونوعه، والحال أيضا.

و أما تعليق الطلاق[1] بالافعال المستقبلة فإن الأفعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب أحدها: ما يمكن أن يقع أو لا يقع على السواء كدخول الدار، وقدم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف.[2]

إلى آخر ما ذكره هنا من وقوع الطلاق المعلق بأنواع. وأما الجعفرية: فقد قال في الجواهر تعليقا على قول صاحب الشرائع في هذا الخصوص في كتاب الطلاق الركن الثالث في البحث عن الصيغة.

«و يشترط في الصيغة تجردها[3] 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، والإيضاح، والتنقيح، والروضة ومحكي السرائر، وغيرها الإجماع عليه وهو الحجة».[4]

ومن البديهي أن العامة تقول بحصول الطلاق لو تحقق ما علق عليه، وبناء على هذا فإن

---

١. تعليق الطلاق تارة: يكون على مشيئة الله، واخرى على غير مشيئته، أما على المشيئة كما لو قال لزوجته: (أنت طالق إن شاء الله) فقد قال مالك، وأحمد يقع الطلاق، وقال أبوحنيفة، والشافعي لا يقع». (قاضى صفد، رحمة الأمة، على هامش الميزان، ج٢، ص٥٦)

وأما بالنسبة إلى غير المشيئة فقد قسم تقييد الطلاق إلى قسمين: تقييد اشتراط أو تقييد استثناء، وقد ذكر ابن رشد تفصيلا في الفرق بين هذين. (ابن رشد، البداية، ج٢، ص٨٥)

٢. ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٧٩.

٣. هذه العبارة ذكرناها مؤلفة من عبارتي الشرائع، وشرحها في الجواهر مندمجة.

٤. العمدة في الدليل على عدم تعليق الطلاق عند الشيعة هو الإجماع المدعى على لزوم تجرد الصيغة من التعليق على الشرط المحتمل، والصفة المعلوم حصولها، ويستفيد الشهيد الثاني في مسالكه من قول صاحب الشرائع في المتن (في قول مشهور) نكتة ذكرها بقوله «نبه بقوله (على قول مشهور على ضعف مستنده فإنه ليس عليه نص، وانما أوردوا عليه أدلة ظاهرية كقولهم: إن النكاح أمر ثابت متحقق، فلا يزول الا بسبب متحقق ووقوعه مع الشرط مشكوك فيه، وقولهم إنه مع عدم الشرط إجماعي لا دليل على صحته بالشرط ونحو ذلك. فان هذا كله يندفع بعموم الأدلة الدالة على ثبوت حكم الطلاق حيث يقع أعم من كونه منجزا و معلقا على شرط، و قول المصنف (لم أقف فيه على مخالف) يخرج به عن دعوى الإجماع عليه. فان عدم الوقوع على المخالف لا يكفي في تحقق الإجماع». (الشهيد الثانى، مسالك الأفهام، ج٩، ص١٩٠)

لغيرهم إلزامهم بذلك، وترتيب جميع الآثار على ذلك.

### الفرع السابع: الحلف بالطلاق

قال ابن رشد في بدايته:

و اتفق الجمهور في الايمان التي ليست أقساما بشيء وانما تخرج مخرج الإلزام الواقع بشرط من الشروط مثل أن يقول القائل: فإن فعلت كذا فعلي مشي إلى بيت الله، أو إن فعلت كذا، وكذا فغلامي حر، أو امرأتي طالق. انها تلزم في القرب، وفيما إذا التزمه الإنسان لزمه بالشرع مثل الطلاق، والعتق واختلفوا هل فيها كفارة أم لا؟[1]

وقال المحقق الحلي: رحمه الله في شرائعه، في البحث عما تنعقد به اليمين من كتاب الايمان. «و لا ينعقد اليمين بالطلاق ولا بالعتاق ولا بالتحريم ولا بالظهار».[2]

وحينئذ فلو حلف العامي أن لا يفعل شيئا وإلا فامرأته طالق وصادف أن فعل ذلك الشيء فإن امرأته طالقة منه، طبقا 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: «و لا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر وهو قادر على التلفظ. نعم، لو عجز عن النطق فكتب ناويا الطلاق صح، وقيل يقع بالكتابة إذا كان غائبا عن الزوجة وليس بمعتمد».[3]

---

١. ابن رشد، بداية المجتهد، ج١، ص٣٩٧ و (راجع: ابن قدامه، المغني لابن قدامة، ج٧، ص٣٢٩)

٢. (الحلى، شرائع الإسلام، ج٣، ص١٣١) وقال معلقا عليه في الرياض بقوله «على الأظهر الأشهر بين الطائفة بل عليه الإجماع في الانتصار». (طباطبايى كربلايى، رياض المسائل، ج٢، ص٣٤٩)

وقد استدل له بالأخبار الصحيحة حيث جاء: «اني حلفت بالطلاق والعتاق والنذر فقال يا طارق ان هذا من خطوات الشيطان». (الحر العاملى، وسائل الشيعة، ج٢٣، ص٢٣)

٣. يفرق الشيعة في الطلاق بالكتابة بين كونه صادرا من مطلق حاضر قادر على النطق أو مطلق غائب قادر على التلفظ. (الحلى، شرائع الإسلام، ج٣، ص٩)

أما الزوج الحاضر القادر، فيعبر فقهاء الشيعة بأنه لا خلاف بين الأصحاب في عدم وقوع الطلاق منه بالكتابة. وأما بالنسبة إلى الغائب، فذهب الأكثر ومنهم الشيخ في المبسوط إلى عدم وقوع الطلاق بالكتابة منه مدعيا

وفي الفقه على المذاهب الأربعة بين رأي المذهب الأربعة بالنسبة إلى كتابة الطلاق ووقوع الفرقة به.[1] والإلزام يتحقق أيضا لو طلق العامي زوجته بأن كتب ذلك لها ولم يتلفظ به مع قدرته على ذلك. فهي مطلقة على مذهبه، وزوجة على مذهب الشيعي، ولكن قاعدة الإلزام تفرض وقوع الطلاق إلزاما لهم بما ذهبوا اليه

## الفرع التاسع: طلاق من كان جاهلا بالحكم

تصوير هذا الفرع يكون فيما لو كان لشخص من الجعفرية زوجة سنية، فطلقها بغير شهود جاهلا ببطلان هذا الطلاق عندنا أو كان ملجئا من قبلها على إيقاع الطلاق. فان هذا الطلاق

---

عليه الإجماع.

يضاف إلى ذلك استصحاب حكم الزوجية إلى أن يثبت المزيل مع الشك في كون الطلاق بالكتابة مزيلا لما ثبت من عقدة النكاح. نعم، التلفظ به ثبت انه مزيل له ولذلك لم يحصل الاختلاف به. ومن وراء كل ذلك الأخبار الواردة عن أهل البيت عليهم السلام المصرحة بعدم الوقوع. فقد جاء في الخبر عن زرارة قال: «**قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته، أو بعتق غلامه ثم بدا له فمحاه. قال: ليس ذلك بطلاق ولا عتاق حتى يتكلم به**». (الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٧، ص٢٩١)

وفي مقابل هذا الرأي ما ذهب اليه الشيخ نفسه في كتاب النهاية، وبعض من تبعه من وقوع الفرقة بهذا النوع من الطلاق الكتبي مستندين إلى رواية عن أبي حمزة الثمالي عن ابي عبد الله عليه السلام وقد سأله فيها عن ذلك فأجاب: «**لا يكون طلاقا ولا عتاقا حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده ويريد به الطلاق أو العتق ويكون ذلك بالأهلة والشهور ويكون غائبا عن أهله**» (المصدر السابق). وحمل البعض هذه الرواية على حالة الاضطرار إلى الكتابة. ولكن الشهيد الثاني في المسالك رد هذا الحمل ورجح هذه الرواية على سابقتها المانعة من وقوع الطلاق بالكتابة. لاحظ البحث مفصلا في المسالك في البحث عن وقوع الطلاق بالكتابة.

١. (الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٤، ص٢٨٩-٢٩٥). يقول ابن قدامة في المغني، «الموضع الثاني: إذا كتب الطلاق فان نواه طلقت زوجته وبهذا قال الشعبي والنخعي والزهري والحكم وأبو حنيفة ومالك وهو المنصوص عن الشافعي، وذكر بعض أصحابه أن له قولا أخر انه لا يقع به طلاق و إن نواه لأنه فعل من قادر على التطليق فلم يقع به الطلاق كالإشارة» ولكن من ذهب إلى وقوع الطلاق به قال: «ان الكتابة حروف يفهم منها الطلاق. فاذا أتى فيها بالطلاق، وفهم منها، ونواه وقع كاللفظ، ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب، بدلالة أن النبي صلى الله عليه وآله كان مأمورا بتبليغ رسالته فحصل ذلك في حق البعض بالقول وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف». (ابن قدامة، المغنى، ج٤، ص٤٢٣)

يكون صحيحا عندهم، باطلا عندنا؛ إذ الإشهاد واجب في النكاح لا في الطلاق على العكس عند الجعفرية، فإنما هو واجب الاشهاد حين الطلاق لا النكاح. وحينئذ فالزوج وان كان مذهبه يقتضي عدم وقوع مثل هذا الطلاق، إلا أن جريان قاعدة الإلزام في الزوجة يكون موجبا لانفصام 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 إلزام السنة بكل طلاق فاسد عندنا، صحيح عندهم وترتيب جميع الآثار على ذلك؛ لأن من دان بدين لزمته أحكامه.

## المورد الثالث: البيع

### الفرع الأول: الشراء بالوصف

قالت الشافعية: «بأن من يشتري شيئا بالوصف فله الخيار عند رؤيته، وإن كان المبيع حاويا على الوصف المذكور». قال في الفقه على المذاهب الأربعة:

الشافعية قالوا: لا يصح بيع الغائب عند رؤية العاقدين أو أحدهما، سواء كان المبيع غائبا عن مجلس العقد رأسا أو موجودا به، ولكنه مستتر لم يظهر لهما إلى قوله فإنه ما دام غائبا عن رؤيتهما فإن بيعه لا يصح على أي حال.[1]

---

١. لا يجيز الشوافع بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها مستندين في ذلك إلى الحديث المشهور عن النبي ﷺ من النهي عن بيع الغرر، وأما لو علم الجنس أو النوع فللشافعي في ذلك قولان:

في القديم: صحة مثل هذا البيع، ويثبت له الخيار، لو كان قد رأه معللا بأنه: بيع على عين فجاز مع الجهل كالنكاح.

وفي الجديد: عدم صحة هذا البيع؛ لأنه غرر وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر. راجع لهذا التفصيل: (الشيرازي، المهذب: ج١، ص٢٧٠) ولان قوله الجديد هو عدم الصحة، لذا نقلت المصادر الفقهية السنية عدم الصحة عنه تاركة قوله القديم. لذلك جاء في تحفة الفقهاء للسمرقندي الحنفي قوله: «قال أصحابنا رضي الله عنهم: 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 مشروعا». (السمرقندى، تحفة الفقهاء: ج ٢، ص١٠٢ دار الفكر)

وأما الشيعة: فقد أجمع فقهاؤهم على أن صحة بيع العين الغائبة انما هو وصفها بما يرفع عنها الجهالة، كما نقل ذلك عنهم السيد العاملي في مفتاح الكرامة. (ص٢٩٠)*

وحينئذ فإن خرج المبيع موافقا للوصف، فقد لزم البيع كتابا وسنة وإجماعا، كما عبر به صاحب الجواهر في البحث

وعلى هذا فيلزم من كان شافعيا بهذه الصورة، ويثبت لنا الخيار عليه، لو اشترينا من أحدهم بالوصف، وعدم الرؤية وإن كان حاويا على الوصف المذكور؛ لان ذلك هو مورد الإلزام لهم بما يدينون به.

## الفرع الثاني: الزيادة المتميزة

لو اشترى الشخص أمة فحملت منه وولدت عنده، ثم وجد بها عيبا سابقا على العقد، فقد قالت المالكية، أنه ليس له ردها وحدها بل يرد الولد معها، أما الحنفية فقد قالوا: بعدم الرد، وعليه الأرش.

قال في كتاب رحمة الأمة على هامش الميزان:

«فصل إذا زاد المبيع زيادة متميزة كالولد والثمرة أمسك الزيادة ورد الأصل عند الشافعي، وأحمد، وقال مالك: ان كانت الزيادة ولدا رد مع الأصل أو ثمرة أمسكها ورد الأصل، وقال أبوحنيفة حصول الزيادة في يد المشتري يمنع الرد بالعيب بكل حال».[1]

أما الجعفرية، فقد منعوا رد الجارية بعد وطئها. قال الشيخ الأنصاري رحمه الله في مكاسبه:

«فرع: لا خلاف نصا وفتوى في أن وطئ الجارية يمنع من ردها عند الجعفرية بالعيب»[2] إذاً فوطئ الجارية يمنع من ردها عند الجعفرية، وأما لو ولدت منه فإنها تنعتق عليه؛ لأنها تكون أم ولده ولا معنى للرد ـ حينئذ ـ.[3]

---

عن خيار الرؤية في كتاب التجارة، والا فإن نقص، تخير المشتري بين الرد، والإبقاء دون البائع بلا خلاف بينهم في ذلك، ولأخبار صحيحة مروية من طرقهم دلت على ذلك.

يضاف إلى ذلك حديث نفي الضرر، ومن الواضح أن عدم فسخ المجال أمام المشترى 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. (الجزيرى، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٢، ص٢١٤)

١. (قاضى صفد، رحمة الأمة، ج٢، ص٢٠٥ لاحظ لذلك أيضا ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص١٩٩وكذلك السمرقندى، تحفة الفقهاء، ج٢، ص١٣٦). أما الشيرازي الشافعي فقد ذكر في المهذب: قائلًا: «و إن كان المبيع جارية فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردها وأمسك الولد لما ذكرناه» ويقصد بما ذكرناه أن الولد نماء منفصل حدث في ملكه، فجاز أن يمسكه ويرد الأصل كفلة العبد. (الشيرازى، المهذب، ج١، ص٢٩٢)

٢. الأنصارى، المكاسب المحرمة، ص٢٥٥.

٣. الوطي يمنع رد الأمة المعيبة بالإجماع والصحاح المستفيضة، كما عبر بذلك في الرياض في البحث عن العيوب

والإلـزام في هـذا الفـرع يتحقق بالنسـبة إلى المالكي، فإنه لو اشـترى جارية ووطئها فحملت منـه، وولـدت لـه ولدا، ووجد بعد ذلك بها عيبا سـابقا فإن الإلزام له يقضـي بإجباره برد الاثنين الأم، والولد لأنه يدين بذلك فيلزم به.

## المورد الرابع: الخيار

### الفرع الأول: خيار الشرط

قالت المالكية:«ان خيار الشرط يجوز بقدر الحاجة»، وقال أبوحنيفة الشافعي: «لا يجوز الخيار أكثر من ثلاثة أيام».

قال في الفقه على المذاهب الأربعة:

المالكية قالوا: تنقسـم مدة خيار الشـرط بالنسبة للمبيع إلى أربعة أقسام. الأول: في بيع العقار، ... والخيار في هذا يمتد إلى ستة وثلاثين يوما وثمانية وثلاثين... (و بقية الأقسام من هذا القبيل) والشافعية، قالوا: مدة الخيار ثلاثة أيام، ... والحنابلة يشترطون في مدة الخيار أن تكون معلومة ولا حد لها. ... إنما الذي لا يصح هو أن يشـترطاه مدة مجهولة، كبعتك بالخيار متى شئت.[1]

---

المـجوزة للـرد. نعـم، لـو كان مـا وجده مـن العيب فيها هو الحبل، فلـه ردها على خلاف في ذلـك بين كونه يرد مطلقا سـواء كان ذلك الحبل من المولى أو غيره، أو أنه يرد لو كان حبلها من مولاها الذي اشـتراها منه. لاحظ لذلك: الرياض، والانتصار والغنية. الموضع المذكور نفسه.

١. (الجزيرى، الفقه على مذاهب الأربعة، ج٣، ص١٧٨) راجع رأي أبي المالكية حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص٧٨ طبعة بولاق فقد نقل رأيهم مفصلا. وأما بقية المذاهب، فقد قال السمرقندي الحنفي في تحفته: «و أما الخيار المشروع فنوع واحد. وهو أن يذكر وقتا معلوما ولم يجاوز عن الثلاثة بأن قال: على أني بالخيار يوما، 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 إن رضيت فأمسك وإن سخطت فأرددها على صاحبها. (السمرقندى، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٨١-٨٣)

هذا هو أصل الخيار الشرط عند الأحناف. وأما لو شرطه فقد قال السمرقندي الحنفي فيه: «و أما إذا شرط الخيار أربعة أيام أو شهرا فقال أبوحنيفة وزفر رحمهما الله: بأن البيع فاسد وقال أبويوسف، ومحمد، والشافعي رحمهم الله: بأنه جائز». (المصدر السابق)

أما الشيعة فلا تقيده بوقت. قال المحقق الحلي رحمه الله في شرائعه بحث 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».[1] وحينئذ فللجعفري إلزام غيره من اتباع هؤلاء بتحديد مدة الشرط وعدم التجاوز عن ذلك.[2]

## الفرع الثاني: خيار الغبن

قال في المغني لابن قدامة: «فصل ويثبت الخيار في البيع للغبن في مواضع» إلى قوله:

> الثالث: المسترسل إذا غبن غبنا يخرج عن العادة، فله الخيار بين الفسخ والإمضاء، وبهذا قال مالك. وقال ابن ابي موسى: وقد قيل قد لزمه البيع وليس له فسخه وهذا مذهب أبي حنيفة، والشافعي؛ لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل، وكالغبن اليسير.[3]

أما الشيعة فقد قال المحقق رحمه الله في شرائعه:

---

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 بجوازه، 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 أبوحنيفة وزفر بأن البيع فاسد). أما الشافعي فيرى جواز البيع، إذ أن رأيه في التحديد لا يتجاوز الثلاثة، كما جاء ذلك في المهذب للشيرازي، حيث قال: «يجوز شرط خيار ثلاثة أيام في البيوع التي لا ربا فيها - إلى قوله - ولا يجوز أكثر من ثلاثة لأنه غرر وإنما جوز في الثلاثة لأنه رخصة فلا يجوز فيما زاد». (الشيرازى، المهذب، ج١، ص٢٦٥)

١. الحلى، شرائع الإسلام، ج٢، ص١٦.

٢. لا يحدد فقهاء الشيعة خيار الشرط بمدة، ولكنهم يلتزمون بضبط المدة ولذا لا يجيزون إناطة ذلك بما يحتمل الزيادة والنقصان، كقدوم الحاج مثلا لوجود الغرر في ذلك، وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر. وحينئذ فهذا النوع من الاشتراط الغير المضبوط مخالف للسنة ولذلك لا يؤخذ به.

ووافق الشيعة على ما ذهبوا إليه من عدم التحديد الحنابلة وغيرهم، حيث قال ابن قدامة في المغني: «و يجوز 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، وابي ثور». (ابن قدامة، المغنى، ج٣، ص٥٢٤)

٣. المصدر السابق، ج٣، ص٥٨٤.

الرابع: خيار الغبن من اشترى شيئا ولم يكن من أهل الخبرة فظهر فيه غبن[1] لم تجر العادة بالتغابن به، كان له فسخ العقد إذا شاء، ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف إذا لم يخرج عن الملك، أو يمنع مانع من رده كالاستيلاد من الأمة والعتق ولا يثبت به أرش»[2] أما الإلزام في ذلك فان المغبون لو كان حنفيا، أو شافعيا الزم بما يدين به من عدم ثبوت الخيار فيسقط خياره لو تبين انه مغبون في معاملة وذلك تطبيقا للقاعدة عليهم.

## الفرع الثالث: خيار التصرية

التصرية: هي جمع اللبن، وحبسه في الضرع، يفعله البائع لتكبير ضرع الشاة فيغتر المشتري بذلك، ويشتريها ظنا منها أن عظم الضرع طبيعي لها. قال في الفقه: «الحنفية قالوا: إذا اشترى المصراة فليس له ردها بذلك مطلقا، وإنما له المطالبة بالتعويض عما نقص من قيمتها بذلك العيب».[3]

وأما الجعفرية: فقد قالوا: بأن للمشتري الخيار في ذلك. ففي كتاب اللمعة حيث تعرض الى

---

١. الغبن: بسكون الباء وأصله الخديعة ويراد به في هذا الباب: البيع والشراء بغير القيمة مع الجهالة، ويقيده الفقهاء بما لو كان الغبن بما لا يتسامح بمثله في العادة.ومستند هذا الخيار عند الشيعة هو إجماعهم عليه، وهو العمدة في المسألة، وإلا فبقية الأدلة المذكورة ناقش فيها الشيخ في الجواهر، فقد استدل له بالنهي عن أكل مال الغير الا أن تكون تجارة عن تراض، وأن الغبن ضرر على المغبون، سواء كان بائعا، أو مشتريا، ولا ضرر ولا ضرار شامل له. يضاف إلى جميع الأخبار الواردة في الباب وفيها «غبن المسترسل سحت» و «غبن المؤمن حرام» و لا ضرر ولا ضرار على مؤمن و خبر تلقي الركبان وانهم مخيرون إذا غبنوا. (لاحظ الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج٦، ص٣٦٣ ـ ٣٦٤) وكما قلنا ناقش في جميع هذه الأدلة صاحب الجواهر واعتمد على الإجماع، حيث قال بعد المناقشة: «و الأمر سهل بعد ما عرفت من الإجماع المزبور». (النجفي، جواهر الكلام، ج١٢، ص٣٥)

٢. الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، ص١٦.

٣. (الجزيري، الفقه على مذاهب الأربعة، ج٢، ص٢٠٢). يمتاز الأحناف من بين بقية المذاهب بالقول بعدم الخيار لمن اشترى المصراة ولم يكن يعلم بذلك سابقا، والا فبقية المذاهب يقولون بالخيار. فقد ذكر آرائهم ابن قدامة الحنبلي في المغني:

«أن من اشترى مصراة من بهيمة الانعام لم يعلم تصريتها ثم علم فله الخيار في الرد والإمساك. روي ذلك عن ابن مسعود، وابن عمر، وابي هريرة، وانس واليه ذهب مالك، وابن ابي ليلى والشافعي، وإسحاق، وأبو يوسف وعامة أهل العلم». (ابن قدامة، المغني، ج٤، ص١٣٣) ويقرب الأحناف وجهة نظرهم لعدم الخيار ان التصرية «ليست بعيب، بدليل أنه لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبنا من أمثالها، لم يملك ردها. والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار، كما لو علفها فانتفخ بطنها، فظن المشتري أنها حامل». (المصدر السابق).

التدليس وأنه به الخيار للمشتري قال: «وكذا التصرية، وهي جمع لبن الشاة وما في حكمها في ضرعها بتركها بغير حلب ولا رضاع، فيظن الجاهل بحالها كثرة ما يحلبه، فيرغب في شرائها بزيادة. وهو تدليس محرم وحكمه ثابت».[1]

وترتيبا على هذا فلو اشترى شخص من العامة شاة[2] وكانت مصراة، فللبائع الامتناع من ردها، لسقوط خيار المشتري إذا كان من العامة وعلى حسب ما يدينون به.

## المورد الخامس: الميراث

### الفرع الأول: التعصيب

التعصيب: هو توريث ما فضل من السهام المقررة في الشريعة الإسلامية إلى عصبة الميت.[3]

---

١. (شهيد ثانى، الروضة البهية، ج١، ص٣٢٩). مستند هذا الخيار عمد الشيعة هو إجماعهم عليه، كما جاء ذلك في الجواهر والمسالك، وغيرهما من مصادر الفقه الشيعي. مضافا إلى أنه تدليس، فتشمله جميع الأدلة التي ترى الخيار في المعاملة التي يكون فيها تدليسا.

وليس للشيعة أخبار خاصة في هذه المسألة، ولكنهم وافقوا العامة فيما رووه من قوله ﷺ «لا تصروا الإبل والغنم فإنها خداع» وجاء في منتقى الأخبار عن أبي هريرة ان النبي ﷺ قال «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها، وان سخطها ردها وصاعا من تمر»: قال عنه: (متفق عليه). (الشوكانى، نيل الأوطار، ج٥، ص٣٤١) وقال في المسالك عن هذه الأخبار: «و الأصل في تحريمه مع الإجماع النص عن النبي ﷺ وهو من طرق العامة، وليس فى أخبارنا تصريح به لكونه في الجملة موضع وفاق».

وقال في الحدائق الناظرة بعد نقله لهذا الخبر «و الظاهر أن الصدوق نقل هذا الخبر من طريق الجمهور لعدم وجوده في كتب الأخبار حسبما اعترف به شيخنا المتقدم ذكره». (بحرانى، الحدائق الناظرة، ج١٩، ص٩٣)

٢. المقصود من العامة هنا هم الأحناف، لأنهم القائلون بعدم الخيار بين بقية المذاهب.

٣. العصبة في اللغة قوم الرجل الذين يتعصبون له، وبنوه، وقرابته لأبيه. وكأنها جمع «عاصب» وان لم يسمع به ثم سمي بها الواحد، والجمع، والمذكر، والمؤنث وقالوا في مصدرها:العصوبة جمع «عصوبات» كذا في أقرب الموارد مادة عصب.

وفي اصطلاح المتشرعة: (هو الوارث بغير تقدير) كما عن ابن قدامة في المغني، ج٦، ص٣٣٦.

والتعصيب: هو توريث ما فضل من سهام ذي الفروض لمن كان من العصبة. كما لو خلف بنتا واحدة أو ابنتين فصاعدا مع أخ، أو أخت فصاعدا مع عم. فللبنت النصف بالفرض، وللأخ الباقي بالتعصيب، وكذلك النصف فرضا للأخت والباقي للعم تعصيبا.

وهم على حسب تقسيم العامة العصبة بالنفس[١] والعصبة بالغير[٢] والعصبة مع الغير.[٣] ولزيادة التوضيح وبيان معرفة هؤلاء تفصيلا راجع كتب العامة.[٤]

ومسألة التعصيب أشهر من أن يطالب لها بدليل. فبتوريث العصبة قالت العامة، وهي من أظهر موارد قاعدة الإلزام. ـ فمثلا ـ لو مات الشخص وخلف أخا وبنتا، فقد ذهبت الجعفرية إلى إعطاء البنت نصف تركة الميت فرضا، وإعطائها النصف الآخر ردا، وعدم إعطاء الأخ والذي هو العم شيئا؛ 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 المتوفى سنيا ـ في المثال المذكور ـ والبنت أيضا سنية والعم جعفريا، فيحق للعم أخذ ما يصله من الميراث تعصيبا، وإن كان لا يستحقه بحسب مذهبه؛ لأنه حق البنت ردا إلا ان إلزامهم بما الزموا به أنفسهم يعطيه هذا الحق، والأخذ منهم ما يورثونه. وعلى هذا يكون الحال في جميع العصبة لو كانوا من الشيعة، فهم يأخذون منهم ما يورثونه طبقا لما تقتضيه قاعدة الإلزام.[٥]

---

١. «و هو كل ذكر لا يدخل في نسبته الى الميت أنثى وهم أربعة أصناف: جزء الميت وأصله، وجزء أبيه، وجزء جده». (عالمگير، الفتاوي الهندية، ج٦، ص٤٥١)

٢. وهي كل أنثى تصير عصبة بذكر يوازيها، وهي أربعة: البنت بالابن، وبنت الابن بابن الابن، والأخت لأب وأم بأخيها، والأخت لأب بأخيها.

وباقي العصبات ينفرد بالميراث ذكورهم دون أخواتهم. وهم أربعة أيضا: العم، وابن العم وابن الأخ، وابن المعتق. (المصدر السابق)

٣. وهي كل أنثى تصير عصبة مع أنثى اخرى، كالأخوات لأب وأم أو لأب يصون عصبة مع البنات أو بنات الابن هكذا (المصدر السابق)

٤. هذه المراحل الثلاث: العصبة بالنفس، وبالغير، ومع الغير كلها تطلق عليها مصادر الفقه السني العصبة النسبية. وهناك نوع أخر وهو العصبة السببية، وهو المعتق ثم عصبته على الترتيب الذي ذكر في العصبات السببية. (عالمگير الحنفي، الفتاوي الهندية: ج٦، ص٤٥٣)

٥. مسألة الميراث بالتعصيب من المسائل التي كانت مسرحا للنقاش والجدل بين الشيعة والسنة حتى أصبح عدم توريث العصبة 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 الإرث «فعدم الإرث بالتعصيب

## الفرع الثاني: إرث الزوجة

التزمت العامة بتوريث الزوجة مما تركه الزوج. وفي هذا الصدد يقول حسين علي الأعظمي في مواريثه:

---

من ضروريات مذهبنا فلا حاجة بنا الى الاستدلال عليه واطالة الكلام في ذلك».(حسيني عاملي، مفتاح الكرامة، ج٢٤، ص٣٣٦) وفي قبال ذلك ما عبر به ابن قدامة الحنبلي في المغني، من قوله: (و هذا قول عامة أهل العلم) أو قوله: (و اليه ذهب عامة الفقهاء). (ابن قدامه، المغني، ج٦، ص٣٣٧) ويعتمد الطرفان على ما يذهب اليه على أدلة يسوقها لإثبات ما يدعيه. والعمدة في الدليل هو دعوى الإجماع التي يتمسك بها كل طرف، والأخبار الخاصة المروية من طرقهم الخاصة.

ولكن الشيعة يطعنون في إجماع 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، في قوله «و اليه ـ أي إلى القول بالتعصيب ـ ذهب عامة الفقهاء الا ابن عباس ومن تابعه فإنه يروي عنه انه كان لا يجعل الأخوات مع البنات عصبة فقال في بنت وأخت: للبنت النصف ولا شيء للأخت. فقيل له: ان عمر قضى بخلاف ذلك جعل للأخت النصف. فقال ابن عباس: أنتم أعلم أم الله؟ يريد قول الله سبحانه ﴿إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ فإنما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد». (ابن قدامه، المغني، ج٦، ص٣٣٧)

وتخلف مثل حبر الأمة ومن تابعه يخدش في الإجماع المدعى على القول بالتوريث المذكور للعصبة.

أما الأخبار الخاصة: فقد رووا أخبارا عديدة في هذا الموضوع، نوقش الكثير منها، ولكن البعض منها متفق عليه فيما بينهم، ومنها ما عن النبي ﷺ «**ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولي رجل ذكر**»: (الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص٦٣) وقد اختلف الروايات في بعض عبارات هذا الحديث.

ولم يسلم هذا الحديث من مناقشات الشيعة له، ولغيره مما كان بهذا المضمون. لا حظ لتلك المناقشات الشهيد الثاني في مسالكه كتاب الإرث 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 إلى المنع من توريث العصمة. فعن حسين الرزاز قال: «**أمرت من يسأل أباعبد الله عليه السلام المال لمن هو للأقرب، أو العصبة؟ فقال: المال للأقرب، والعصبة فيه التراب**».

وفي حديث زرارة عن الامام الباقر عليه السلام: أيهم أولى بالميت وأقربهم إليه أمه (أو أخوه؟) أليس الأم أقرب الى الميت من اخوته وأخواته؟ راجع لهذه الأحاديث (الحر العاملي، وسائل الشيعه، ج١٧، ص٤٣٣-٤٣٤)

وفي المسالك في الموضع السابق تعرض لأغلب هذه الأخبار فلاحظ تفصيلها هناك.

وأخيرا ففقهاء الشيعة يصرحون بأن التعصيب باطل عندهم بضرورة المذهب، وبالروايات التي يعبرون عنها بالمستفيضة، بل المتواترة، مضافا الى آية أولوا الأرحام، حيث قيل عنها إنها نص في المورد. (راجع: طباطبايي كربلايي، الرياض، ج١٤، ص٢٧٥)

«وارث الزوجة يكون من جميع تركة زوجها نقودا أو عروضا أو أراضي مملوكه أو بساتين، أو غيرها. أما عند الشيعة، فإنها لو لم يكن لها ولد من الزوج، فلا ترث لا عينا 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 ألحقها بغير ذات الولد في عدم التوريث الا من القيمة، والبعض الآخر لم يلحقها، بل أعطاها من الميراث ما تشترك به مع الغير عينا، وقيمة»[١].

قال في الشرائع في المقصد الثاني من كتاب المواريث:

«الخامسة إذا كان للزوجة من الميت ولد، ورثت من جميع ما ترك. ولو لم يكن لم ترث من الأرض شيئا وأعطيت حصتها من قيمة الآلات والأبنية».[٢]

أما الإلزام في البين فإنه يكون بالنسبة إلى الزوجة التي لم يكن لها ولد. فإن العامة ـ كما عرفت ـ تورثها والشيعة لا يورثونها من العين. فلو كانت الزوجة منا ومات زوجها - المفروض كونه من العامة - وأعطيت الزوجة الميراث، فلها أخذه منهم، نظرا إلى إلزامهم بما يدينون به. وكذا الحال في ذات الولد، لو كانت تقلد مجتهدا شيعيا يرى إلحاقها بمن لم يكن لها ولد من حيث الميراث، فإنها أيضا تلزمهم، بالأخذ من الميراث.[٣]

---

١. اعظمي، مواريث العظمي و وصاياه، ص١٨٩.

٢. الحلي، شرائع الاسلام، ج٤، ص٣٨.

٣. مسألة إرث الزوجة من مختصات الفقه الإمامي، ذلك لأن الفقه السني لا يتعرض لهذه المسألة بالتفصيل الذي يذهب اليه علماء الشيعة، بل يرونها وارثة كبقية الورثة من جميع ما تركه الزوج.

وقد تضاربت أقوال الشيعة فيما ترث منه الزوجة مما تركه زوجها، وفي الوقت نفسه لهم تفصيل آخر في الزوجة نفسها وتشخيص من تحرم من الزوجات لذلك لا بدلنا من البحث في كلا هذين التفصيلين.

الزوجة المحرومة:

المشهور بين الإمامية أن الزوجة ـ محل البحث ـ هي غير ذات الولد، وبذلك صرحت عبارات كثيرة من متقدميهم ومتأخريهم. أما لو كانت ذات ولد، فإنها لا تكون مشمولة للحكم، وان نسب إلى مثل الشيخ المفيد والسيد المرتضى والشيخ الطوسي في الاستبصار وغيرهم القول بحرمان كل زوجة ذات ولد كانت أم غير ذات ولد، حيث تشترك كلاهما في الحرمان. ولكن هذه النسبة نوقشت من قبل السيد العاملي في مفتاح الكرامة بما بعد هذه النسبة عن هؤلاء المذكورين حتى قال: «فنسبة الخلاف إليهم على البت لعلها لم تصادف محلها فالأولى ان ينسب الى ظاهرهم كما صنع في السرائر، والإيضاح». (حسيني عاملي، مفتاح الكرامة، ج٨، ص١٩٠)

## المورد السادس: الوصية لوارث

قال مالک بن بن أنس في الموطأ

«و سمعت مالکا يقول: السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز الوصية لوارث الا ان يجيز له ذلك ورثة الميت وانه إن أجاز له بعضهم وأبى بعض، جاز له حق من أجازه منهم،

---

ولكن مع كل ذلك، فقد اعترف السيد المذكور أخيرا بأن عبارة الشيخ المفيد في الرسالة صريحة في عدم الفرق بين الزوجتين، وانه ادعى الإجماع على ذلك. وقد تصدى الى الجمع بين هذه الدعوى للإجماع، ودعوى غيره للإجماع على الفرق بالتفصيل بين رأي المتقدمين والمتأخرين فينظر من قال بعدم الفرق إلى اتفاق كلمة المتقدمين على ذلك، ويذهب من قال بالفرق إلى اتفاق كلمة المتأخرين على الفرق.

**الأقوال فيما تحرم منه الزوجة:**

**القول الأول:** حرمانها من نفس الأرض عينا وقيمة، ومما شيد عليها عينا لا قيمة. وحينئذ فتعطى قيمة الآلات، والخشب، والأبنية على تفصيل في تقدير القيمة يذكر في محله. ذهب إلى ذلك جمع من الفقهاء كالشيخ والقاضي وابن حمزة وهو المشهور بين فقهاء الإمامية.

**القول الثاني:** نفس الحرمان المذكور في القول الأول، بإضافة الأشجار إلى 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 متميزا من بين بقية الأقوال، بل اعتبره في عداد القول الأول.

**القول الثالث:** حرمانها من الرباع لا مطلق الأرض ـ والرباع مصطلح لغوي يطلق على الدور، والمساكن، أو المنازل بتعبير آخر ـ. وبناء على هذا فتحرم الزوجة من الدور دون مطلق الأرض والبساتين والضياع. وحرمانها من الرباع انما هو من أرضها عينا وقيمة، دون ما شيد عليها فان ما شيد عليها، تعطى قيمته لا عينه. وفي غير ذلك ترث من جميع ذلك. وممن ذهب إلى هذا القول الشيخ المفيد وابن إدريس 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 فيهما 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 إلى ذلك ابن الجنيد.

أما هذا القول الأخير، فقد تمسك ابن الجنيد على مذهبه فيه بالآيات القرآنية، تاركا جميع الأخبار الواردة في باب حرمان الزوجة من ميراث زوجها. وأما بقية الأقوال الأربعة، فسبب تشعبها هو الأخبار المروية عن أهل البيت عليهم السلام في هذا الخصوص. وتجنبا للإطالة في البحث مما يستلزم عرضها وبيان وجهة نظر كل طرف فيما ذهب إليه، وتفنيده لما يعتمد عليه الآخرون نحيل القارئ الكريم إلى مصادر الفقه الشيعي المفصلة في هذا البحث. لاحظ مفتاح الكرامة، والجواهر، والحدائق، والمسالك بحث ميراث الأزواج.

ومن أبى أخذ حقه من ذلك».[١و٢]

أما الشيعة، فقد قال المحقق الحلي رحمه الله في شرائعه في بحث الوصايا:

«الرابع في الموصى له ـ الى قوله ـ وتصح الوصية للأجنبي وللوارث».[٣]

---

١. مالك بن أنس، الموطأ، ج٢، ص٣٢٥.

٢. راجع: الفقه على المذاهب الأربعة، ج٣، ص٤٣٥ و٤٦٣؛ اعظمى، مواريث الأعظمي ووصاياه، ص٩٣. للمذاهب في مسألة الإيصاء للوارث قولان:

القول الأول: عدم جواز ذلك، والوصية بذلك باطلة. واليه ذهب ابن حزم الظاهري في المحلى، (ج ٩، ص٣٨٦) من غير توقف على اجازة الورثة وعدمها، مستندا في ذلك الى ما روي من طرق العامة عن النبي صلى الله عليه وآله «لا وصية لوارث» وهذا هو أحد قول الشافعي، حيث منع النوع من الوصية، كما جاء في المهذب للشيرازي. (ج١، ص٤٥٨)

القول الثاني: صحة الوصية، ولكنها تقف على اجازة الورثة في ذلك. ذهب اليه الأحناف كله في تحفة الفقهاء للسمرقندي، (ج٣، ص٣٩٠). وكذلك المالكية كما جاء في بداية المجتهد لابن رشد (ج ٢، ص٣٦٤) وبه قالت الحنابلة، حيث صرح بذلك المغني لابن قدامة (ج ٦، ص٨٠) وهو أحد قولي الشافعي، كما جاء في المهذب للشيرازي الشافعي، (ج ١، ص٤٥٨).

ويستند هؤلاء فيما ذهبوا اليه من الصحة بشرط اجازة الورثة على ما روي عن النبي من طرقهم من قوله لا «وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة» وفي رواية أخرى «الا أن يشاء الورثة». لاحظ لتخريج هذه الأحاديث تحفة الفقهاء الموضع السابق. ويمكن الانتصار لهؤلاء القائلين بالجواز إذا أجاز الورثة في قبال المانعين منها، بأنه لا منافاة بين الخبر المروي عنه «لا وصية لوارث» حتى بناء على القول بأن متنه متواتر، كما نقل ذلك عن الشافعي وبين الخبر القائل «لا وصية لوارث الا ان يشاء الورثة، أو يجيز الورثة» فإن الأول مطلق، والثاني مقيد ويحمل المطلق على المقيد خصوصا والشهرة تعضد، فعاد التقييد. لذلك يقدم القول بالجواز عند اجازة الورثة، ويسقط القول بالمنع على الإطلاق.

٣. (الحلى، شرائع الاسلام، ج٢، ص١٩٩). مسألة الوصية للوارث في نظر الشيعة لا تفرق عن الوصية للأجنبي، فكلاهما جائز حتى عبر الشهيد في المسالك عن ذلك بقوله: «اتفق أصحابنا على جواز الوصية للوارث كما تجوز لغيره من الأقارب، والأجانب» (الشهيدالثانى المسالك بحث الوصية للأجنبي والوارث). وقد نقلت كثير من مصادر الفقه الشيعي الإجماع على عدم الفرق بين الوارث، والأجنبي في صحة الوصية إليه، وحتى عبر عنه السيد في مفتاح الكرامة بقوله: «و الحاصل كأنه من ضروريات المذهب». (حسينى عاملى، مفتاح الكرامة، ج١، ص٤١٠) وقد استدل هؤلاء المجوزون مطلقا من غير فرق بين اجازة الورثة لذلك وعدمها بالاية الكريمة في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾. والوالدان لا بد وأن يكونا وارثين، إلا أن يكونا ممنوعين من الإرث بكفرهما ولكن العبارة أعم من ذلك.

وحينئذ فلو كان الوارث الموصي له، أو المقر له من تابعي أحد المذاهب الأربعة، الزم ببطلان الوصية، ويأخذ بقية الورثة ذلك المال إلزاما لهم بما دانوا به.

## المورد السابع: السلم

قال أبوحنيفة: لا يجوز السلم[1] الا أن يكون جنس المسلم فيه موجودا حال العقد ووقت التسليم.

قال صاحب كتاب رحمة الأمة على هامش الميزان:

فصل: يجوز السلم في المعدوم حين عقد السلم عند مالك، والشافعي وأحمد إذا أغلب وجوده عند المحل. وقال أبوحنيفة: لا يجوز إلا أن يكون موجودا من حين العقد الى المحل.[2]

---

وقد رد كثير من العامة هذه الآية الكريمة بأنها منسوخة، وان اختلفوا فيما نسخها فقيل: آية الفرائض، وقيل: حديث «لا وصية لوارث»، وقيل: الإجماع. وقيل: ان الوالدين في الآية هما الممنوعان بالكفر، والأقارب محمول على غير الوارث منهم.

وأجيب عن النسخ أولا: بأن نسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز، والشيعة لا يقولون بأكثر من الجواز؛ لأن الثابت عندهم بإن (كتب) في الآية الكريمة المذكورة مسوق للحث والترغيب لا الفرض.

وثانيا: كما عن المسالك: أن الشيء إنما ينسخ غيره إذا لم يكن الجمع بينهما، وهو ههنا ممكن بحمل الإرث على ما زاد على الوصية أو ما زاد على الثلث كغيرها من الوصايا، وبه يبطل الباقي.

وأجيب عن حديث «لا وصية لوارث» بأنه على تقدير تسليمه يمكن حمله على نفي وجوب الوصية الذي كان قبل نزول الفرائض، أو على نفي الوصية مطلقا بمعنى إمضائها وان زادت على الثلث، كما يقتضيه إطلاق الآية. لاحظ لهذين الجوابين: (الشهيد الثاني، المسالك، بحث الوصية لوارث).

وأجيب عن الإجماع: بأنه ليس بتام مع مخالفة أكثر الفقهاء من العامة، حيث لا يقولون بمنع الوصية لوارث كما يدعيه المانع مطلقا. وأما حمل الوالدين على كونهما ممنوعين بالكفر، أو الأقارب على غير الوارث، فيرده أنه تحكم في الآية وحمل بلا دليل، واللفظ أعم.

ويعتمد الشيعة بعد كل هذا على أخبار صحيحة وردت من طرقهم تجيز الوصية للوارث ولا تفرق بينه، وبين الأجنبي. ففي صحيحة وردت عن أبي بصير «قال: قلت: لأبي عبد الله عليه السلام تجوز للوارث وصية قال: نعم». (الحرالعاملي، وسائل الشيعة، ج١٩، ص٣٨٩)

١. السَلَم: بفتح السين المهملة، واللام كالسَلَف وزنا ومعنى، وحكي في الفتح عن الماوردي أن السلف لغة أهل العراق، والسلم لغة أهل الحجاز. (الشوكاني، نيل الأوطار، ج٥، ص٣٥٥)

٢. قاضي صفد، رحمة الأمة، ص٦٣. ومثل هذا ما جاء في الميزان، ج٣، ص٨٠، وفي بداية المجتهد لابن رشد، ج٣، ص٣٠٣، وفي الفقه على المذاهب الاربعة، ج٣، ص٣٠٦-٣٠٧.

وافق أباحنيفة فيما ذهب إليه الثوري والأوزاعي، واستدلوا له فيما أخرجه أبوداود عن ابن عمر أن رجلا أسلف

وأما الجعفرية وبقية المذاهب،[1] فإنهم لم يشترطوا ذلك، بل يصح عقد السلم، ولو كان جنس المسلم فيه حين العقد معدوما.

قال المحقق الحلي: «الشرط السادس: أن يكون وجوده غالبا وقت حلوله، ولو كان معدوما وقت العقد».[2] وعلى هذا فيلزم الحنفية كلهم بفساد البيع في غير هذه الصورة، وهي فيما لو لم يكن جنس السلم موجودا حال العقد.

## المورد الثامن: الوديعة عند عيال الشخص

الوديعة عندنا ليست بمضمونة مع المحافظة عليها، من غير فرق بين أن يحفظها الإنسان عند ولده أو زوجته أو غيرهما، بل عند كل شخص يحفظ عنده ماله عادة.

قال العلامة الحلي في تبصرته في البحث عن الوديعة: «و يضمن المستودع مع التفريط لا بدونه»[3] وقال المحقق في شرائعه في المورد نفسه:

---

رجلا في نخل فلم تخرج تلك السَنة شيئا فاختصما إلى النبي ﷺ فقال: «بم تستحل ماله اردد عليه ماله» ثم قال: «لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحه». (ابوداود سجستانى سنن ابى‌داود، ج٣، ص٤٣٩) وقالوا: هذا نص في التمر وغيره قياس عليه.

ولكن الشوكاني رد هذا الحديث بان في إسناده رجل مجهول. فإن أباداود رواه عن محمد عن سفيان عن كثير أبي‌إسحاق عن رجل نجراني عن ابن عمر، وأخيرا قال «و مثل هذا لا تقوم به حجة». (الشوكاني، نيل الأوطار، ج٥، ص٣٥٨)

وقد اعتمد القائلون بجواز السلمَ وان لم يكن موجودا حال العقد، وهم غير الأحناف من المذاهب على ما رووه من أن النبي ﷺ قدم المدينة، والناس يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: «من أسلف فليسلف في كيل أو وزن معلوم أو أجل معلوم» ولم يتطرق الى ذكر الوجود للمسلم فيه حال العقد، ولو كان شرطا لذكره ولنهاهم عن السلف سنتين؛ لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة. (لاحظ المصدر السابق؛ ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٣٦٣)

١. سبق أن عرفنا رأي بقية المذاهب فيما تقدم.

٢. الحلى، شرائع الإسلام، ج٢، ص٥٨.

٣. الحلى، تبصرة المتعلمين، ص١٠٩.

«و إذا استودع وجب عليه الحفظ، ولا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط أو أخذت منه قهرا».[١]

أما أبوحنيفة: فقد ذهب الى عدم وجوب الضمان لو أودعها عند من يساكنه من العيال قال في الفقه على المذاهب الاربعة:

الحنفية قالوا ... على أن للوديع ان يحفظ الوديعة عند من يساكنه عادة من عياله ـ الى قوله ـ فاذا دفع الوديعة لولده ونحوه ممن يساكنه من عياله فهلكت عند الثاني، فإن الأول لا يضمن؛ لأنه دفعها لمن يصح أن يحفظ عنده ماله.[٢]

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 إلزاما له بما يدين به من عدم الضمان في هذه الصورة.

## المورد التاسع: في الحج

### الفرع الأول: طواف النساء

من الفروع التي وقع الاختلاف فيها بين الفريقين ـ الشيعة والسنة ـ هو طواف النساء. فبينما السنة لا يوجبونه في الحج، ترى الشيعة يقولون بوجوبه وان لم يكن ركنا من أركان الحج عندهم. وفرعوا على ذلك أن عدم الإتيان به يكون موجبا لعدم حلية النساء عليه.

قال الشهيد الثاني رحمه الله في شرح اللمعة عند التعرض لطواف النساء:

«و لا تحل النساء بدونه مطلقا حتى العقد»[٣].

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 محرما من هذه الجهة.

---

١. الوديعة في الأمر الأول في العقد من كتاب التجارة.

٢. الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٣، ص٣٤٤. أما بقية المذاهب، فإنهم يرون ضمان من استودع لو استودع هو ذلك الشيء عند أخر، ويعللون ذلك بعدم رضا المالك. فان المالك انما أودع ماله عند ذلك الشخص دون غيره. وحينئذ فلو تلفت عند الثاني ضمن. لاحظ لذلك (ابن رشد، بداية المجتهد، ج٣، ص٣٤٠؛ والسمرقندى، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٣٤٠؛ وابن قدامة، المغني لابن قدامة، ج٦، ص٤٣٣).

٣. الشهيد الثاني، الروضه البهية فى شرح اللمعه الدمشقيه، ج١، ص١٨٧.

وطبيعي أن يكون نكاحه باطلا. وترتيبا 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، فان 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 رجلا أو امرأة، وبطبيعة الحال يكون جريان القاعدة المذكورة في حقه موجبا لصحة النكاح في حقه. وإذا صح النكاح في حقه بواسطة الإلزام المذكور، كانت المرأة التي عقد عليها بعد حجه زوجة له بحكم الواقع الثانوي، فتترتب عليه جميع آثار الزوجية في البين.

٢. دعوى إمضاء عملية الازدواج معهم بعد حجهم من قبل الأئمة عليهم السلام، لابتلاء الشيعة بذلك واختلاطهم معهم، مع العلم انه لم يصدر من الأئمة عليهم السلام ما فيه أدنى إشارة إلى بطلان الازدواج مع من حج منهم، سواء كان الازدواج بعد حجه، أو قبله، بل لم يصدر من أحد من أصحاب الأئمة عليهم السلام السؤال عن ذلك، مع اختلاط الكثير من الأصحاب معهم في هذه الجهة. فسكوتهم عليهم السلام وسكوت أصحابهم عن السؤال من أئمتهم عليهم السلام دليل على إمضاء عملية الزواج وصحتها. فيكون ذلك من قبيل السيرة من الأصحاب وعدم الردع منهم عليهم السلام، مع أنها بمنظر، وبمسمع. وذلك دليل الإمضاء 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 أنه واجب ولا بد من الإتيان به. قال في الفقه على المذاهب الأربعة: «أما الطواف فأنواعه ثلاثة: ركن وهو طواف الزيارة ويسمى طواف الإفاضة وقد تقدم الكلام على وقته، وواجب وهو طواف الوداع ويسمى طواف الصدر، وسنة وهو طواف القدوم».[1]

---

١. الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج١، ص٥٣١. و يُسمي بطواف الوداع لأنه لتوديع البيت، و يُسمي بطواف الصدر لأنه عند صدور الناس من مكة، ووقته بعد فراغ المرء من جميع أموره ليكون آخر عهده بالبيت على ما جرت العادة به في توديع المسافر أخواته، وأهله.

وهو عند العامة واجب وليس بركن، ويلزمه عندهم على من تركه دم. ولكن الشافعي لم ير عليه شيئا لو تركه في أحد قوليه معللا ذلك بأنه يسقط عن الحائض، فلم يكن واجبا 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

نسيان طواف النساء

وفي مقام ما لو نسي الشيعي طواف النساء، فما ذا يترتب عليه؟ يقول صاحب الجواهر رحمه الله: «وعلى كل حال فظاهر ما سمعته من النص والفتوى وجوب قضائه، وإن كان قد طاف طواف الوداع، مضافا إلى كونه مستحبا، فلا يجزى عن الواجب. لكن قال الصادق عليه السلام في خبر إسحاق: **لولا ما من الله به على الناس من طواف الوداع لرجعوا الى منازلهم ولا ينبغي أن يمسوا نسائهم**» بل مع إمكان اختصاصه بالعامة الذين لا يعرفون طواف النساء وارادة المنة على المؤمنين بالنسبة إلى نسائهم غير العارفات، وكون المراد أن الاتفاق على فعل طواف الوداع سبب لتمكن الشيعة من طواف النساء؛ إذ لولاه لزمته التقية بتركه غالبا.[1]

من هذه العبارة عرفنا أن علي بن بابويه رحمه الله يقول: بالاكتفاء بطواف الوداع عن طواف النساء لو نسبة الشخص منا. ولكن الذي ظهر من صاحب الجواهر رحمه الله المفروغية عن أن طواف الوداع يكون قائماً مقام طواف النساء لو كان الشخص من العامة لا منا. ولأجل ذلك حمل الرواية عليه، لا على ما استفاده علي بن بابويه رحمه الله من كون ذلك مطلقا حتى بالنسبة إلى 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 إلى العامة. وحينئذ فيجوز لنا الزواج منهم، وكذا فسخ المجال للشيعة للأخذ منهم.

### الفرع الثاني: العقد في حال الإحرام

إذا أحرم الشخص، حرمت عليه أمور عديدة ومنها النساء حتى العقد عليهن. قال المحقق الحلي رحمه الله في شرائعه عند التعرض لتروك الإحرام من كتاب الحج «و النساء وطأ، ولمسا،

---

والا لما كان للدليل الذي روي عن النبي صلى الله عليه وآله عن طرق العامة أي مزية، حيث قال: «أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت إلا انه خففت عن المرأة الحائض». (لاحظ ابن قدامة، المغني لابن قدامة، ج٣، ص٤١١)

١. النجفي، جواهر الكلام، كتاب الحج، المسألة الرابعة من المقصد الثالث.

وعقدا لنفسه، ولغيره، وشهادة على العقد».[1]

أما ابن رشد فيحدثنا عن الحنفية بجواز ذلك حيث قال في بدايته: «و اختلفوا 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 ثابتة وقال أبوحنيفة، والثوري: لا بأس بأن ينكح المحرم أو أن ينكح».[2]

وبناء على هذا، فيلزم من كان حنفيا بترتيب جميع آثار الزوجية لو عقد في حال الإحرام، إلزاما له بما دان به ولا يمكنه التخلف عنه.

## المورد العاشر: الشفعة[3] بالجوار

لم تشفع جميع العامة الجار في بيع ما يجاوره من العقار، بل اختلفت كلمتهم في ذلك.

قال ابن رشد في بدايته: «الركن الأول وهو الشافع، ذهب مالك، والشافعي، وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم. وقال أهل العراق: الشفعة مرتبة، فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم، ثم الشريك المقاسم إذا بقيت في الطرق أو في الصحن شركة، ثم الجار

---

١. (الحلي، شرائع الاسلام، ج١، ص٢٢٤). كما يدل عليه الإجماع الذي يعتمد عليه علماء الشيعة، حيث نقلته مصادر الفقه الشيعي كلها عند تعرضها لتروك الإحرام، والتي منها المذكورات. مضافا الى وجود أخبار صحيحة يعتمدون عليها، وفيها «ليس للمحرم ان يتزوج ولا يزوج فإن تزوج أو زوج محلا فتزويج باطل» وفي البعض الأخر «المحرم لا ينكح ولا ينكح ولا يخطب ولا يشهد النكاح وان فنكاحه باطل». (لاحظ: الجواهر عند التعرض للنساء من تروك الإحرام)

٢. ابن رشد، بداية المجتهد، ج١، ص٣٢.

٣. الشفعة: بضم المعجمة وسكون الفاء، وهي لغةً مأخوذة من الزوج. كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب شريكه، وأصلها التقوية والإعانة ومن ذلك الشفاعة.

أما شرعا: فهي استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته، أو انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى. ولا تكون الشفعة إلا قبل التقسيم. أما إذا قسم المشترك فيه، فلا يرى فقهاء الشيعة مجالا للتقسيم للإجماع على ذلك، حيث نقلته مصادر الفقه الشيعي والأخبار الصحيحة المروية عن أئمة أهل البيت عليهم السلام في ذلك، حتى عبر عنها بالمتواترة، وفي بعضها لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما أو لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم.

الملاصق. وقال أهل المدينة: لا شفعة للجار، ولا للشريك المقاسم».[١]

وقال في الشرائع في كتاب الشفعة:

الثاني في الشفيع: وهو كل شريك بحصة مشاعة قادر على الثمن، ويشترط فيه الإسلام إذا كان المشتري مسلما. فلا تثبت الشفعة الجار بالجوار، ولا فيما قسم، وميز الا مع الشركة في طريقه أو نهره».[٢]

إذاً فالشفعة عند الإمامية لا تكون الا بين شريكين بعد الخضوع لشروط مبينة هناك.[٣] فلا يتمكن الجار من الشفعة بالجوار إلا إذا اشتركا في طريق خاص، على خلاف في هذا أيضا.[٤]

فبناء على هذا، لو كان لسني جار شيعي وأراد السني بيع داره، فللشيعي أن يشفع بذلك البيع وأخذ ذلك العقار منه، إلزاما له بما يدين به، وإن كان في الوقت نفسه لا تكون هذه العملية مما يقرها مذهب الشيعي، ولكن الإلزام قد جعلها حكما واقعيا ثانويا.

هذه هي أهم موارد قاعدة الإلزام ـ وكما أسلفت ـ من العسير أن يحيط الإنسان بتمام موارد القاعدة. بل الضابط هو أن للشيعي أن يلزم غيره من بقية المذاهب بما يدينون به إذا كان ذلك الإلزام في صالحه.

هذا ما تسنى لي جمعه ـ بهذه العجالة ـ من محاضرات شيخنا الأستاذ ﷾ سائلا المولى عز وجل أن يوفقني لنشر بقية محاضراته القيمة. انه ولي التوفيق.

---

١. ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٥٣.

٢. الحلي، شرائع الإسلام، ج٣، ص٢٠٠.

٣. من قدرة الشفيع على الثمن، وبذله للمشتري، فلا شفعة للعاجز والممتنع، وإسلامه إذا كان المشتري مسلما، فلا شفعة للكافر مطلقا وفي اشتراط إمكان قسمة ما يشفع فيه قولان، اختار الشهيد الثاني ذلك. (لاحظ: الشهيد الثاني، الروضة البهية في شرح اللمعة، ج٤، ص٣٩٨).

٤. لما جاء في الخبر الصحيح «عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة فقال: ان كان باع الدار وحوّل بابها الى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم وان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة». (كليني، الكافي، ج٥، ص٢٨٠) لاحظ للموضوع مفصلا الجواهر والرياض وغيرهما من مصادر الفقه الشيعي.

# المصادر


١. قرآن كريم

٢. آخوند خراسانی، محمد كاظم، كتاب الوقف، بغداد، مطبعة الولاية، ١٣٣١ق.

٣. ابن ادريس، محمد بن احمد، موسوعة ابن ادريس حلی، قم، دليل ما، ١٣٨٧ق.

٤. ابن رشد، محمد بن احمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٦ق.

٥. ابن قتيبه، عبدالله بن مسلم، الميسر والقداح، قاهره، لمطبعة السلفية ومكتبتها، ١٣٤٣ق.

٦. ابن قدامة المقدسي، أبومحمد موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغنی، مكتبة القاهره، ١٣٨٨ق.

٧. ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، بيروت، دارصادر١٤١٤ ق.

٨. ابوالعلاء معری، احمد بن عبدالله،رسالة الغفران، قاهره، دار المعارف، ٢٠٠٨ م.

٩. ابوداود سجستانی، سليمان بن اشعث، سنن ابی داود، قاهره، دارالحديث، ١٤٣٠ق.

١٠. اصفهانی، ابوالحسن، وسيلة النجاه،

١١. الانصاری، مرتضی بن محمد امين، المكاسب، قم، دار الذخائر، ١٤١١ ق.

١٢. بحر العلوم، محمد صادق، دليل القضاء الشرعی، نجف اشرف، مطبعة النجف، ١٣٧٥ق.

١٣. بحرالعلوم، السيدمحمد، بلغة الفقيه، تهران، مكتبة الصادق، ١٤٠٣ق.

١٤. بحرانی، يوسف بن احمد، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، قم، مؤسسة نشر الاسلامي، ١٣٦٣ش.

١٥. بديع سيفی، أحمد، التأمين علما وعملا، بغداد، ١٩٧٢ م.

١٦. برهانپوری، نظام، الفتاوى الهندية فی مذهب الإمام الأعظم أبی حنيفة النعمان، بيروت، دار صادر، ١٤١١ق.

١٧. البيهقي، ابوبكر احمد بن حسين، السنن الكبرى، بيروت، دارالكتب العلميه، ١٤٢٤ق.
١٨. الترمذى، محمد بن عيسى، صحيح سنن الترمذى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ١٤٢٠ق.
١٩. الجزيرى، عبدالرحمن بن محمدعوض، الفقه على مذاهب الأربعة، بيروت، دارالثقلين، ١٤١٩ق.
٢٠. الجوهرى، اسماعيل بن محمد، الصحاح، بيروت، دار العلم للملايين، ١٤٠٤ ق.
٢١. الحر العاملى، محمد بن حسن، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، قم، موسسه آل البيت لإحياء التراث، ١٤١٦ ق.
٢٢. الحسينى العاملى، محمد جواد بن محمد، مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة، بيروت، دارإحياء التراث العربى، بى تا.
٢٣. الحكيم، السيدمحسن الطباطبائى، مستمسک العروة الوثقى، دارالإحياء التراث العربي، قم، ١٣٩١ق.
٢٤. الحلى، جعفر بن حسن، (محقق حلى)، شرايع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام، قم، اسماعيليان، ١٤٠٨ ق.
٢٥. الحلى، حسن بن يوسف، تبصرة المتعلمين فى احكام الدين، تهران، وزارت فرهنگ وارشاد اسلامى سازمان چاپ وانتشارات، ١٤١١ق.
٢٦. ـــــــــ، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية، قم، موسسة الامام الصادق عليه السلام، ١٤٢٠ق.
٢٧. ـــــــــ، تذكرة الفقهاء، تهران، مكتبة المرتضويه، بى تا.
٢٨. ـــــــــ قواعد الاحكام، قم، جماعة المدرسين فى الحوزة العلمية بقم، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٤١٣ق.
٢٩. ـــــــــ، مختلف الشيعة فى احكام الشريعة، قم، جماعة المدرسين فى الحوزة العلمية بقم، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٣٧٤ق.
٣٠. ـــــــــ، نهج الحق و كشف الصدق، بيروت، دارالكتاب اللبنانى، ١٩٨٣م.
٣١. الحلى، فخرالدين ابوعبدالله محمدبن احمدبن ادريس، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، قم، مؤسسه نشر اسلامى، ١٤١٠ق.
٣٢. الخويى، سيد ابوالقاسم، م حاضرات فى الفقه الجعفرى، قم، مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامى، ١٤٢٩ق.
٣٣. الزبيدي، المرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، بيروت، ١٤١٤ق.
٣٤. الزمخشرى، محمود بن عمر، الكشاف، بيروت، دار الكتاب العربي، ١٤٠٧ق.
٣٥. السمرقندي، علاء الدين محمد، تحفة الفقهاء، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٠٥ ق.
٣٦. الشعرانى، عبدالوهاب بن احمد، الميزان الكبرى، قاهره، مكتبة الثقافة الدينية، ١٤٢٥ق.
٣٧. الشهيد الاول، ابوعبدالله شمس‌الدين محمد بن مكى، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، قم،

مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين،١٤١٧ ق.
٣٨. الشهيد الثانى، زين الدين بن على، الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية، قم، مكتبة الداورى، ١٤١٠ق.
٣٩. الشوكانى، محمد، نيل الأوطار، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،١٤١٤ق.
٤٠. الشيرازى (ابو اسحاق)، ابراهيم بن على، المهذب فى فقه الإمام الشافعى، بيروت، دار المعرفة، ١٤٢٤ق.
٤١. الطباطبائى كربلائى، على بن محمدعلى، رياض المسائل، قم، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ١٤٠٤ق.
٤٢. الطبرسى، فضل بن حسن، الخلاف، قم، جماعة المدرسين فى الحوزة العلمية بقم، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٤٠٧ق.
٤٣. ـــــــــ، مجمع البيان، بيروت، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، ١٤١٥ق.
٤٤. الطبرى، محمد بن جرير، تفسير الطبرى، بيروت، دارالمعرفة.
٤٥. طوسى، محمدبن حسن، الاستبصار فيما اختلف من الاخبار، تهران، دارالكتب الاسلامية، ١٣٦٣ش.
٤٦. ـــــــــ، تهذيب الأحكام، تهران، دارالكتب الاسلامية، ١٣٦٥ش.
٤٧. علوش، صالح حمود، التأمين من الناحيتين المالية و المحاسبية، بغداد، الأسواق التجارية، ١٩٥٨م.
٤٨. فاضل مقداد، التنقيح الرائع لمختصر الشرايع، قم، مكتبة آية الله العظمى مرعشى نجفى رحمه الله، ١٤٠٤ق.
٤٩. ـــــــــ، جمال الدين مقداد بن عبدالله، كنز العرفان فى فقه القرآن، تهران، مرتضوى، ١٣٧٣ ق.
٥٠. فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام عن قواعد الاحكام، قم، جماعة المدرسين فى الحوزة العلمية بقم، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٤١٦ق.
٥١. الفيروزآبادى، مجد الدين أبوطاهر محمد بن يعقوب القاموس المحيط، بيروت، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٢٦ ق.
٥٢. فيض كاشانى، محمد بن شاه مرتضى، الوافى، اصفهان، مكتبة الإمام امير المؤمنين على عليه السلام العامة، ١٤٠٦.
٥٣. ـــــــــ، محمد بن شاه مرتضى، تفسير الصافى، تهران، مكتبة الصدر، ١٣٧٣ق.
٥٤. قاضى صفد، محمد بن عبدالرحمان، رحمة الأمة في اختلاف الأئمه، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٨ق.
٥٥. قسطو، جليل، التأمين نظرية وتطبيقا، بيروت، دارالصادق، ١٣٦٧ ق.
٥٦. القمى، ابوالقاسم بن محمدحسن، جامع الشتات، تهران، كيهان، ١٣٧١ش.
٥٧. كاشف الغطاء، جعفر بن خضر، كشف الغطاء عن مبهمات شريعة الغراء، اصفهان، مهدوى، بى تا.
٥٨. كلينى، محمدبن يعقوب، الكافى، تهران، دارالكتب الاسلامية، ١٤٠٧ق.
٥٩. كنى، على، كتاب القضاء من كتاب تحقيق الدلائل في شرح تلخيص المسائل، مشهد، آستان

قدس رضوی، ١٤٤٣ ق.
٦٠. مالک بن انس، الموطأ، تصحیح وتعلیق: محمد فؤاد عبدالباقي، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ١٤٠٦ق.
٦١. المتقی الهندی، علی بن حسام الدین، کنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، بیروت، دار الکتب العلمیة، ١٤١٩ق.
٦٢. المحقق الکرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسة آل البیت لإحیاء التراث، ١٤١٤ ق.
٦٣. ناصف، منصور علی، التاج الجامع للأصول فی أحادیث الرسول، قاهره، دار إحیاء الکتب العربیة، ١٣٨١ق.
٦٤. النجفی، محمد بن حسن بن باقر، جواهر الکلام، بیروت، دار إحیاء التراث العربی، بی تا.
٦٥. النوری، حسین بن محمد تقی، مستدرک الوسائل، بیروت، مؤسسة آل البیت لإحیاء التراث، ١٤٠٨ ق.
٦٦. همدانی، آقارضا بن محمدهادی، مصباح الفقیه، قم، المؤسسة الجعفریة لإحیاء التراث، ١٣٧٦ش.
٦٧. الیزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم، العروه الوثقی، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، ١٤٠٩ ق.