

بَلْغَمُ الْفَقِيهِ

مؤلفه الفقيه

الحجة المحقق السيد محمد آل بحر العلوم

قدس سره

الجزء الأول

مكتبة الصادق

طهران ناصر خنرو ناسا اثر مجیدی

مكتبة السيد البعثة
بغداد

٩

بلغة الفقيه

مجموعة بحوث ورسائل وقواعد فقهية لامعة تسد
ضرورة الفراغ في التشريع الاسلامي والفقه
الاستدلالي لا غنى للفقيه والقانوني عن معرفتها

تصنيف

المجته المختص السيد محمد آل بحر العلوم - قدس سره -

شرح وتعليق

الفقيه الورع السيد محمد تقی آل بحر العلوم - دام ظله -

الجزء الاول

مَنْشُورَاتُ مَكْتَبَةِ الصَّادِقِ

طَهْرَانِ نَاصِرْخَسْرُو پَاسِا ثَرْجَمِيدِي

الطبعة الرابعة

١٩٨٤ ميلادي

١٣٦٢ شمسي

١٤٠٣ قمری



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

والصلاة والسلام على أشرف الانبياء والمرسلين محمد وآله الطاهرين
لقد نوهنا - عدة مرات في عامة منشورات (مكتبتنا العامة) عن الاهداف
الباعثة على تأسيسها : من نشر الثقافة العامة في المجتمع ، وتشجيع المؤلفين
والكتاب ، وتحقيق وتأليف الكتب الاسلامية - على اختلاف بحوثها - وتركيز
النوعية الفكرية باعطاء الكتاب الاسلامي مكانته اللائقة به من حيث أناقة
الاخراج وروعة التويب ودقة التحقيق والتعليق ، وإبصاله إلى أهد الحدود
من أنحاء العالم المتحضرا لتوزيع والاهداء ، حتى لقد ناهز سجل إهداء
(المكتبة) - الى حين التاريخ - (العشرة الآف كتاب) من منشوراتها
وغير منشوراتها .

وواصلت (مكتبتنا) سيرها الفكري الإسلامي - قدماً - منذ تاريخ
تأسيسها حتى الآن :- ففي سنة (١٣٨٣ أي في سنة تأسيسها) كانت باكورة
مطبوعاتها : كتاب (تلخيص الشافي - في الامامة) تأليف شيخ الطائفة
أبي جعفر الطوسي - قدس سره - تقديم وتعليق سماحة العلامة الجليل السيد
حسين بحر العلوم ، تم طبعه في أربعة مجلدات .

وفي سنة (١٣٨٥) ظهر المجهود الثاني للمكتبة ، وهو كتاب (رجال
السيد بحر العلوم - المعروف بالفوائد الرجالية) الموسوعة الضخمة في علم
الرجال والحديث والدراية والتراجم ، تأليف سيد الطائفة وصاحب الكرامات
الباهرة السيد محمد المهدي بحر العلوم - قدس سره - أشرف على إخراجة والتعليق
عليه كل " من العلمين : الحجة الثبت السيد محمد صادق بحر العلوم ، والعلامة
المفضال السيد حسين بحر العلوم ، فتم طبعه - بأروع إخراج - في أربعة
مجلدات ضخام ، مفعماً بالشروح والتعليقات القيمة .

وفي مطلع هذا العلم المبارك - ١٣٨٨ هـ - : نقدم الى رواد الفقه وعلماء القانون والتشريع الاسلامي : الكتاب القيم والمجموع الضخم من الرسائل والبحوث الفقهية التي عالجتها ابرار الفقه التي قلَّ أن يتطرق اليها الفقهاء في موسوعاتهم الفقهية . وهو كتاب (بلغة الفقيه) تصنيف الحجة المحقق والعالم المدقق السيد محمد ابن السيد محمد تقي ابن السيد رضا ابن السيد بحر العلوم - تغمدهم الله برضوانه - وشرح وتعليق آية الله الفقيه الورع السيد محمد تقي آل بحر العلوم - دام ظله -

ولنقف وقفة بسيطة بين يدي الكتاب ، ومصنفه ، وشارحه :
(كتاب بلغة الفقيه) : عرض وتحقيق وغور في مجموعة رسائل فقهية وبحر علمية دقيقة ، كان يلقيها بشكل أمالي يومية على تلامذته ، فجمعها في حياته - بعد أن كف بصره - فكانت هذا المجموع القيم والدرث النادر ومجموعة الرسائل التي احتواها الكتاب هي : الفرق بين الحق والحكم وقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، والقبض وحقيقته ، وقاعدة تلف المبيع قبل قبضه ، والاراضي الخراجية ، وأخذ الاجرة على الواجبات وبيع المعاطاة ، وبيع الفضولى ومسألة الضمان ، ومنجزات المريض ، وحرمان الزوجة من بعض الميراث ، والرضاع ، والولايات ، وقاعدة اليد وفروعها وبعض أحكام الدعاوى ، والقرض ، والوصية ، والموارث ...
طبع الكتاب - أولاً - في تبريز سنة ١٣٢٥ في حياة مصنفه ، طبعة غير خالية من الأغلاط بالقطع الصغير .

وطبع - ثانياً - سنة ١٣٢٩ بعد وفاته في طهران - بالقطع الحجري المتوسط في مجلد ضخيم تقارب صفحاته (٥٠٠ صفحة) . ولا تخلو من الاغلاط ايضا .
وحين رأينا ندرة وجوده وكثرة الطلب عليه ، وضرورة ابراز الكتاب على واقعه الدقيق المصحح ، وبحملة قشبية من حيث الاخراج والتبويب

والتعليق - كما يقتضيه عُرف اليوم - :

صممنا - بعون الله - على إعادة طبعه ، فلم نالو جهداً في تصحيحه وعرضه على عامة لسخه المخطوطة والمطبوعة - الموجودة تحت أيدينا - . واكثر اعتمادنا في تصحيحه ومقابلته على النسخة المصححة على نسخة المصنف وعليها تعليقات المصنف - نفسه - أدرجناها تحت الهامش بعلامة هكذا (هـ) وتوجد النسخة في مكتبة الحجّة الثبّت المحقق السيد محمد صادق بحر العلوم - دام تأييده -

وتكملة للفائدة وتوسعة في الأفق العلمي ، عرضنا ملازم الكتاب - قبل إرسالها الى المطبعة - على سماحة آية الله الفقيه الورع السيد محمد تقى آل بحر العلوم - دام ظله - فكان يقف عند كل رسالة رسالة وقفه المتأمل فيعلق على ما يحتاج الى التعليق ، ويترك الآخر ، حتى اذا جهز ما يكفي الى الجزء الأول قدمناه الى المطبعة ، مستعينين بالله تعالى - في إكمال الأجزاء الأخر .

مصنف الكتاب - باقتضاب من مقدمة رجال السيد بحر العلوم - : هو السيد محمد ابن السيد محمد تقى ابن السيد رضا ابن السيد محمد المهدي بحر العلوم - قدس الله أسرارهم - وينتهى نسبه الشريف - بثلاثين واسطة - الى الامام الحسن بن علي بن أبي طالب عليهم السلام - حسباً نستعرضه الشجرة المباركة لأسرة آل بحر العلوم المثبتة بخط زعيم الاسرة وسيد الطائفة السيد بحر العلوم - قدس سره -

ولد - رحمه الله - في النجف الأشرف ليلة الأحد ٢٤ محرم الحرام سنة ١٢٦١ هـ ، ونشأ على أبيه (التقى) نشأة علم وشرف وكرامة ، وكان آية في اللدكاء ، ووقدة في الذهنية .

تلمذ - في ريعان شبابه - في الفقه والأصول على الحجج الاعلام من

أقطاب عصره ، أمثال : عمه السيد علي - صاحب البرهان - والفقيه الشيخ راضي ، والسيد حسين الترك ، واختص في الاصول - أكثر - بالميرزا عبد الرحيم النهاوندي . وفي العلوم العقلية بالحكيم الإلهي الميرزا محمد باقر النجفي وتلمذ عليه جم غفير من جهابذة العلم وعيون الأدب ، لا يسع المجال لاستعراضهم .

وما إن ناهز الثلاثين من عمره ، حتى أصبح من أقطاب العلم والفضيلة ومن أساتذة المنبر العلمي المشار اليهم بالبنان . وتولى - بعد وفاة عمه السيد علي صاحب البرهان - أي سنة ١٢٩٨ - زعامة الحوزة العلمية في النجف الاشرف ، وأنبط به أمر التدريس والبحث العلمي وشؤون المرجعية والتقليد الى أن نقله الله الى حظيرة قدسه .

كان مثابراً على التدريس والبحث والكتابة والمطالعة ، ليل نهار ، وكثيراً ما كان يقطع الليل كله في المطالعة والكتابة حتى كف بصره - في أخريات أيامه -

وكان مطلعاً على عامة العلوم العقلية والنقلية ، قال عنه سيدنا الامين في (اعيان الشيعة) : « ... سمعته - مرة - يقول : نظرت في أكثر العلوم حتى الطب ، ثم تركت النظر فيه ، لأنه ، ليس لي فرصة للتعلم فيه » .

وكان - بالاضافة الى مقامه العلمي - مثال الورع ، أرحمى الطبع مرن السلوك ، بهي المنظر ، ترف اللباس ، دمث الاخلاق ، يملأ المجلس بالهيبة والوقار .

وكانت عنده مكتبة ضخمة من أعظم مكتبات العراق من حيث احتوائها على صنوف الكتب ، وانواع المخطوطات . واقعد أعجب بها وكتب عنها جرجي زيدان في (آداب اللغة العربية) ، وقال عنها السيد الامين

في (أعيانه) : « ولم يكن في العراق أجمع منها لكتب الفقه والاصول والحديث » . ومن المؤسف أنها تبعثرت - بعد وفاته - بالبيع والإهمال : كتب والف وصنف - كثيراً - إلا أن عامة كتاباته كانت مسودات تلفت - بعد وفاته - ولم يحتفظ لنا الزمن إلا بهذه المجموعة القيمة من الفقه الاسلامي التي أسماها بـ (بلغة الفقيه) حيث كانت عنايته بها أكثر حتى طبعت في حياته .

توفي - رحمه الله - ليلة الخميس ٢٢ شهر رجب سنة ١٣٢٦ بموت الفجأة ، فكان لفقده المصاب الجلل والوقع الممض في عامة أنحاء العراق وإيران ، وعطلت لوفاته الدروس العلمية - عدة أيام - وأقيمت على روحه الطاهر عشرات الفوانح ، وراثه جم غفير من شعراء عصره : أمثال الشيخ يعقوب النجفي ، والشيخ محمد حسن سميم والشيخ عبد الحسين الحويزي والشيخ حسن الحلي ، والسيد رضا الهندي ، وغيرهم كثير .
واسقطر في مثواه الأخير في (مقبرة آل بحر العلوم) في النجف الأشرف تغمدته الله برضوانه .

خلف - من المذكور - خمسة ، وهم : السيد مهدي ، والسيد مير علي ، والسيد جعفر - والد الحجة السيد موسى آل بحر العلوم - والسيد عباس ، والسيد حسن .

وأما صاحب التعليق : - باقتضاب من مقدمة رجال السيد بحر العلوم :- فهو السيد محمد تقي ابن السيد حسن ابن السيد إبراهيم ابن السيد حسين ابن السيد رضا ابن السيد محمد المهدي بحر العلوم - قدس الله أسرارهم - ويتصل نسبه الوضاح بائبين وثلاثين واسطة - بالامام الزكي الحسن بن علي (ع) ولد - دام ظله - في النجف الاشرف ، سنة ١٣١٨ هـ ونشأ في بيت والده نشأة علم وشرف .

درس علوم العربية والبلاغة والتفسير وقسما من الرياضيات وسطوح
الفقه والأصول على العلماء المتخصصين لتلك العلوم - يومئذ - .

وما ان بلغ عمره (الثلاثين عاماً) حتى امتطى صهوة (البحث الخارج)
فحضر الأصول والفقه على استاذ العلماء المحقق الثاني - قدس سره - أكثر
من عشر سنين ، وحضر الاصول ايضاً على المحققين الآيتين : الشيخ ضياء
الدين العراقي والشيخ محمد حسين الاصفهاني .

ولازم - أخيراً في الفقه - أستاذه الجليلين الآيتين الورعين : الشيخ
محمد رضا آل ياسين ، والسيد عبد الهادي الشيرازي - تغمدهما الله برضوانه -
وحضر عليه - ولا يزال - جم غفير من رواد العلم وأرباب الفضل
من العرب والفرس بحيث لايسع المجال لاستعراضهم ، فقل أن نجد من
فضلاء العصر - اليوم - إلا وقد حضر عليه قسماً من دروسه الفقهية أو الأصولية
ولقد أصبح - اليوم من مراجع الشيعة وفقهاء الأمة ، يعترف بمكانته
العلمية الخالص والعام . هذا بالاضافة الى ما يتمتع به (سيدنا التقى) من
خلق وورع نادرين . ويقم إمامة الجماعة - صباحاً ومغرباً - في جامع الشيخ الطوسي
- قدس سره - وظهر في جامع الشيخ الانصاري - رحمه الله -

كتب والف في الفقه والأصول وغيرها من العلوم الدينية كثيراً ، من
ذلك : تقريرات أستاذته العظام في الفقه والأصول ، وتعليقه على مكاسب
الشيخ الأنصاري ، وتعليقه على رسالة المغفور له آية الله استاذ الشيرازي ،
وكتاب واقعة الطف ، ورسالة عملية .

وأخيراً طلبنا من سماحته أن يقوم بدور الملاحظة والتعليق على هذا
السفر القيم (بلغة الفقيه) فكان هذا المجهود الثمين نقدمه الى المطبعة مستعينين
بالله تعالى على اكماله والله ولي التوفيق .
إدارة مكتبة العلمين العامة

في النجف الأشرف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله جاعل العلم حياة القلوب من الردى ، ونور الابصار من العمى ، ورافع قدر العلماء بتفضيل مدادهم على دماء الشهداء (١) والشكر له على انتظامنا في عدادهم ، اومكثري سوادهم . وأفضل صلواته وأكمل تحياته على أهل علمه المخزون ، وسره المكنون ، حملة علم الكتاب : محمد وآله الأطهار الأطياب .

وبعدُ فيقول الراجي غفر ربه الغني محمد بن محمد تقي آل بحر العلوم الطباطبائي : إني - وان كنت أول الأمر عند استقبال العمر لم أقصر في طلب العلوم حسب إمكاني ، ولم يضع في غيره إلا القليل من زماني ، فكم سهرت لتحصيلها طوال الليالي ، واستخرجت بغوص الفكر في بحارها غوالي اللثالي ، أجبل في مضاميرها سوابق أفكاري ، وأصيب غوامضها بصواب سهام انظاري - لكنني لم أحفظ بالتحريير ما استحصلته من

(١) هذا مضمون أحاديث نبوية كثيرة متقاربة اللفظ ، منها ما «عن الإمام الصادق عليه السلام عن آبائه عن علي - عليه السلام - قال قال رسول الله (ص) اذا كان يوم القيامة وزن مداد العلماء بدماء الشهداء ، فيرجح مداد العلماء على دماء الشهداء» .

راجع - عن فضل العلم والعلماء - كتاب العلم من (بحار الأنوار ج ١ - ٢) من الطبعة الجديدة . فقد جمع فأوعى كل الآيات والأحاديث الواردة في ذلك الموضوع :

وذكر العجلوني في (كشف الخفاء ج ٢ برقم ٢٢٧٦) الحديث بلفظ «مداد العلماء أفضل من دم الشهداء» واستعرض الفاظ الحديث المختلفة ، فراجع .

للضباع ، اذ كل علم ليس في القرطاس ضاع .
 حتى اذا تألب (١) عليّ صروف الزمان ، واختلف باختلاف أغراض
 الجديدان (٢) وولى من العمر أفضله ، وأدبر مستقبله ، وذهب بصري ،
 فحفت أن يذهب - كذهاب عيني - أثري .
 فهمتُ بتحرير بعض المسائل المهمة - لو ينفع بالشيخ الممّ بذل المهمة -
 أخذاً بقولهم - سلام الله عليهم - : « مالا يدرك كله لا يترك كله » (٣)
 والميسور لا يسقط بالمعسور (٤) .
 قصرت أملي على من حضرني - على اختلاف معرفتهم واختلاف
 شؤونهم في تشتت البال وكثرة المعوقات من الاشتغال - .
 فحيثما عثرت على تعقيد في التعبير ، أو سماجة (٥) في التحرير فقد
 عرفت أمره وأسلفنا لك عذره .
 وقد سميتها (بلغة الفقيه لما يرتجيه) رجاء أن يبلغنا الله تعالى بها
 مبالغ رضاه ، ويجعلها من أحسن الوسائل يوم نلقاه .
 فنقول :

(١) تألب : تجمّع وتحشّد .

(٢) الجديدان والأجدان: الليل والنهار، لأنها لا يلبيان أبداً، وهما لا يفردان
 فلا يقال : للواحد منهما : الجديد أو الأجد .
 (٣) - (٤) الأول حديث نبوي شريف ، ذكره العجلوني في (كشف الخفاء
 ج ٢ رقم ٢٢٥٨) . وذكر ابن أبي جمهور الاحسائي في كتابه (غوالي اللثالي) :
 أنه علوي .

والثاني : علوي - كما ذكره في كتاب (غوالي اللثالي) - راجع الحديثين أيضاً
 في (حاشية الاشتياني على رسائل الشيخ الانصاري ص ١٨٩) طبع ايران .
 (٥) سُمج - بالضم - سماجةٌ وسموجةٌ : قبيح .

رِسَالَةُ
فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الْحَقِّ وَالْحَكِّ

مسألة

لما خفي الفرق على كثير بين الحق والحكم ، والنبس الأمر بينهما ، مع ابتناء كثير من الفروع الفقهية عليهما ، والفرق في الحقوق بين ما يقبل النقل والاسقاط ، وبين مالا يقبلها أو يقبل أحدهما دون الآخر .

أحببت أن أشير الى الفرق بينهما بحسب المفهوم والحقيقة ، وتخصيل ماهو الميزان الفارق بينهما ، والثمرات المترتبة عليهما ، وميزان الفرق في الحقوق بين ما يسقط بالإسقاط ومالا يسقط به ، وما تصح المعاملة عليه - مجاناً - أو بعوض ، وما لا تصح بهما أو بأحدهما ، ومعرفة مصاديق الحكم أو الحق مما وقع الخلاف فيه ، ومصاديق الحقوق القابلة للإسقاط والنقل وغير القابلة لهما أو لأحدهما ، وحكم صورة الشك في كل من الأمرين بحسب ما تقتضيه الأصول والقواعد . فنقول - وبالله المستعان - :

أما الحكم : فهو جعل بالتكليف أو بالوضع ، متعلق بفعل الانسان من حيث المنع عنه والرخصة فيه ، أو ترتب الأثر عليه . فجعل الرخصة - مثلاً - حكم ، والشخص موردده ومحله ، وفعله موضوعه . وهو لا يسقط بالاسقاط ، ولا ينقل بالنواقل - بالبدئية - لأن أمر الحكم بيد الحاكم لا بيد المحكوم عليه . نعم ، لو كان معلقاً على موضوع ، وكان داخلاً فيه ، كان له الخروج عنه ، فيسقط به - حينئذ - لا بالاسقاط .

وأما الحق فهو يطلق - مرة - في مقابل الملك ، وأخرى - ما يرادفه . وهو - بمعنييه - : سلطنة مجعولة للانسان من حيث هو على غيره ولو بالاعتبار : من مال أو شخص أوهما معاً ، كالعين المستأجرة ، فان للمستأجر سلطنة على الموجر في ماله الخاص .

وهو أضعف من مرتبة الملك ، أو أول مرتبة من مراتبه المختلفة في الشدة والضعف .

وله طرفان : أحدهما - طرف النسبة والاضافة ، ويعبر عن المنسوب اليه بصاحب السلطنة ، وذو السلطان ، والآخر - طرف التعلق ، ويعبر عن متعلقه بالسلط عليه .

وهو : قد يكون مستقلا بنفسه كحق التحجير ، وقد لا يكون مستقلا بنفسه ، بل متقوم بغيره كحق الخفي عليه على الجاني ، وحق القصاص ، فهو كالمالك الذي قد يكون متعلقا مستقلا ، وقد لا يكون كالكلي في الذمة وقد يتحدان في المورد ، وإنما يختلفان بالاعتبار كسلطنة الانسان على نفسه ولذا قيل : « الانسان أملك بنفسه من غيره » . ومنه قوله تعالى - حكاية عن كليمه - : « إني لا أملك إلا نفسي وأخي » (١) فما به التعلق عين ما اليه الاضافة ، وإنما يختلف بالاعتبار .

ومن فروع هذه السلطنة : تملكه للمباح الأصلي والعرضي بالحيازة ، الذي مرجعه الى حصول الربط بها بين الحائز والحوز ، وارجاع أمر المال الى نفسه ، وجعل نفسه في وثاق المال وبعهدته ، بحيث لو كان مما يجب عليه الانفاق وكسوته وحفظه لاحترامه ، كان أولى به ، فتعلق المال بالمالك معنى له طرفان : الضم ، والغرم ، وأولويته به ليس في خصوص النفع وكل ذلك من فعل نفسه بنفسه ، وليس إلا لسلطته عليها ، ومنه يظهر الوجه في توقف نفوذ التمليكات المجانية كالهبة والوصية على قبول المتهب والموصى له ، لأن المالك لاسلطنة له على غيره حتى يدخل المال في ملكه قهراً عليه ، وإلا لكان من الإيقاعات لامن العقود . نعم ، له التمليك

(١) ونما الآية : « قال : رب إني لا أملك إلا نفسي وأخي فافرق بيننا

وبين القوم الفاسقين » سورة المائدة : آية ٢٥ .

لأنه من آثار سلطنته على ماله .

وأما التملك ، فمن آثار سلطنة التملك على نفسه . فالسلطنة المحبولة حق ، وصاحبها مالك ، وذو سلطان ، وإن كان جعلها له حكماً . وكذا الآثار العارضة لها والمتعلقة بنفسها بحيث تكون نسبتها إليها نسبة العارض الى المعروض ، فيكون الحق موضوعاً لذلك الحكم ، دون ما كان منزعاً منها ، بحيث تعد من شعبها وتطوراتها ، فإنها من الحقوق ايضاً . وهنا كثيراً ما يقع الاشتباه بين القسمين من الآثار في المصادق وأنه من العوارض على السلطنة أو من شعبها ...

ثم الإسقاط الذي مرجعه الى الغفو : عبارة عن قطع طرف التعلق عن متعلقه ، ومورده الانسان ، وبشبهه في الاعيان الأعراض ، بناء على خروج المعرض عنه عن الملك وعوده الى الإباحة الأصلية ، وإلا - كما هو المقرر في محله من عدم الخروج به عنه كما هو المشهور - انحصر مورده بالحقوق المتعلقة بالانسان ، ولو في ماله ، بناء على ما هو الحق : من أن أولوية السبق في المساجد والمدارس والخانات والرباطات والقناطر والطرق النافذة ، ونحو ذلك من الأحكام التي تنتهي بانتفاء موضوعها بالإعراض عن المحل ، وهو التزاحم الذي هو موضوع المنع والحرمة ، لامن الحقوق التي تسقط بالاعراض .

ولعلك تقف على توضيح ذلك في بيان المصاديق المشتبهة بينها . والنقل : هو تحويل طرف الاضافة منه الى غيره : بهوض ، أو مجانا فكل من النقل والإسقاط من عوارض السلطنة وأحكامها .

ثم الحق قد يضاف اليه تعالى ، فيكون متعلقه ماسواه من الممكن ، وسلطنته عليه من أتم مراتب السلطنة وأكملها ، لأنه سلطنة عليه بالإيجاد والربوبية ، ضرورة افتقار الممكن في تحقيقه الى الواجب ، لعدم الاستقلالية

له في الوجود .

ومن فروع هذه السلطنة وحقه على الممكن أن يعبد ويوحّد .

ومن رشحاتها : ولاية النبي (ص) على المؤمنين (١) وهي - وان لم تكن من منسخ سلطنة الله تعالى - إلا أنها سلطنة عنه تعالى بالاستخلاف . وولاية خلفائه الطاهرين ؛ ونوابهم المجتهدين .

فهي في طول سلطنة الله على خلقه . ولذا كان النبي - صلى الله عليه وآله - خليفته في أرضه والأئمة خلفاءه في أمته ، والعلماء نوابهم في شيعتهم .

وهي أقوى وأشد وأولى وأكمل من سلطنة الانسان على نفسه مع كونها في غاية الشدة والكمال ، لأن منشأ انتزاعها هو كون الشيء نفسه . والى السلطنتين واكلمية الأولى من الثانية أشار (ص) في قوله بغدير خم : « ألت أولى بالمؤمنين من أنفسهم » ثم جعلها بعد الاعتراف منهم نوطنة لبيان ولاية علي عليه السلام ، فقال : - بعده - : « من كنت مولاه فهذا علي مولاه » (٢) فولايته على الأمة التي هي بمعنى الأولوية بالتصرف : مشتقة من أولوية النبي (ص) المشتقة من سلطنته تعالى على خلقه .

ثم إن الحق - بما هو حق - يختلف بحسب اختلافه في سقوطه بالاسقاط ، وعدمه ، ونقله الى غيره مجازاً أو بهوض ، وعدمه ، وانتقاله قهراً بالارث ، وعدمه - الى أنحاء شتى :

(١) قال الله تعالى في كتابه المجيد - سورة الأحزاب / ٦ - : « النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم ... » .

(٢) راجع - في هذا الموضوع سنداً ودلالة - : الجزء الاول من كتاب الغدير للحجة الأميني حفظه الله .

منها - مالا يجوز عليه شيء من ذلك ، فلا يسقط بالاسقاط ، ولا ينقل بالنواقل ، ولا ينتقل بالارث ونحوه : كحق الأبوة ، وولاية الحاكم وحق الاستمتاع بالزوجة للزوج ، وحق الجار على جاره ، والمؤمن على أخيه : فانها حقوق لأربابها لانسقط ، ولا تنتقل الى غيرهم بوجه من الوجوه .

ومنها - مايجوز فيه كل ذلك ، كحق الخيار ، وحق القصاص ، وحق الرهانة ، وحق التحجير ، وحق الشرط المطلق .

ومنها - مايسقط بالاسقاط ، ولا ينقل ولا ينتقل ، كحق الغيبة ، والابذاء بضرب أو شتم أو إهانة أو نحو ذلك - بناء على كونه حقاً - ولذا يجب الاستحلال منه ، ولا يكتفى بالتوبة في التخلص عنه (١) .

ومنها - مايسقط بالاسقاط ، وينتقل بالارث - على قول - ولاينقل بالنواقل كحق الشفعة للشريك المسبب عن بيع شريكه .

ومنها - ما ينقل - مجاناً لا بفوض - كحق القسم بين الزوجات بناء على عدم مقابله بالأعواض .

ومنها - المصاديق المشبهة بين كونها حكماً أو حقاً .

وان وقع الخلاف في ذلك في بعض ما تقدم - أيضاً - كحق الرجوع في المطلقة الرجعية وحق السبق في المسجد ، والأوقاف العامة ، والطرق النافذة ومنشأ هذا الاختلاف : هو ان الموجب للحق : إما أن يكون علة تامة ، فيستحيل انفكاكه عنه بسقوط أو انتقال ، لاستحالة تخلف المعلول عن علته التامة ، كولاية الآباء والأقارب ، والحاكم ، ومنصوبه . والعزال

(١) وربما قيل : إنها محض الحكم بالاثم ، ويكفي بالتخلص عنه بمحض التوبة شأن كل إثم بين العبد وربّه .

المنصوب بالعزل اخراج له عن الموضوع ، لا إسقاط لالحق مع بقاء منشأ انتزاعه .

ولما أن يكون من قبيل المقتضى فيمكن فيه التخلّف بحسب ما يوجب من السقوط أو النقل أو الانتقال ، إلا إذا كان المنع عنه من جهة قصور في كفيته بحسب الجعل ، كأن يكون الحق مقمّوماً بشخص خاص أو عنوان خاص ، كحق التولية في الوقف الى المتولي الخاص أو الحاكم ، فلا يجوز العدول الى غير المجهول له بجعل الواقف من الشخص أو أفراد عنوان آخر وكذا حق الوصاية المجهول من الموصي لشخص خاص من حيث هو هو، أو كان مختصاً له بالشرط ، كحق الخيار المجهول لصاحبه بشرط مباشرته للفسخ بنفسه . فان أمثال هذه الحقوق إنما هي متقومة بذوات مخصوصة او عناوين خاصة ، فلا تنتقل الى غيرها لعدم التقوم إلا بها ، وان جاز إسقاطها لعدم كون الموجب لها من العلة التامة :

فخلص مما ذكرنا : أن الحق : إن كان موجه علة تامة له ، امتنع انفكاكه عنه مطلقاً من غير فرق بين السقوط بالاسقاط ، والنقل بالنواقل والانتقال القهري بالارث .

وان كان من قبيل المقتضى له ، وكان مختصاً ومنقوماً بشخص خاص ، فهو ، وان جاز سقوطه بالاسقاط لكونه مالكا ، وليس الموجب علة تامة حتى يلزم التخلّف المستحيل ، إلا أنه لا يجوز نقله لمناقباته الاختصاص المجهول بالأصل أو بالعارض بشرط ونحوه .

وان لم يكن كذلك بأن لم يكن الموجب علة تامة ، ولا الحق مختصاً ومنقوماً بشخص خاص ، جاز إسقاطه ونقله وانتقاله ، لوجود المقتضي ، وهو كونه مالكا لالحق ، وعدم المانع من علمية الموجب له او الاختصاص بما يوجب الخصوصية ، كحق الخيار المطلق الذي يجوز إسقاطه ونقله وانتقاله .

هذا ، واستفادة ما يتميز به الحكم من الحق وكيفية الحق من بين سائر الحقوق من الموازين المتقدمة ، إنما هي من الأدلة بحسب ما يستفيدة الفقيه منها ، لا ما قبل في إثبات ذلك بالرجوع الى ثبوت الآثار وعده من النقل والسقوط ، لأن ذلك - مع كونه مستلزماً للدور - غير مطرد ، ضرورة أن الحكم مما لا يسقط ولا ينقل ، لا كل ما لا يسقط ولا ينقل كان حكماً ، فان الحقوق بعضها كالأحكام لا يسقط بالاسقاط ولا ينقل بالنواقل - كما عرفت - .

نعم ، لو دل الدليل على السقوط أو الانتقال أفاد كونه حقاً ، لأن الأحكام بأسرها لا تقبل شيئاً من ذلك . وحيثما شك في شيء من ذلك كان المرجع فيه الى ما تقتضيه الأصول والقواعد . فلو شك في شيء بين كونه حكماً أو حقاً نفى كل أثر وجودي مترتب على كل منها بالأصل ، فلا يبنى على السقوط بالاسقاط ، ولا على الانتقال بالنواقل ، لا بثناء ذلك على إحراز كونه حقاً ، ويكفى الشك فيه ، فضلاً عن كون مقتضى الأصل عدمه ، وإن لم يثبت بذلك كونه حكماً ، لأنه من الأصل المثبت . وكذا لو شك في قابلية إسقاط الحق ونقله بعد إحراز كونه حقاً ، للشك في علية الموجب وعدمها ، أو في اعتبار ما يوجب الاختصاص وعدمه ، وإن أحرز كون الموجب مقتضياً ، فإنه لا يترتب عليه شيء مما يتوقف ترتبه على إحراز القابلية - أولاً - . نعم ، يجوز التمسك بالعمومات بعد إحراز الصديق العرفي والقابلية العرفية عند الشك في القابلية الشرعية المنبث عن الشك في تخطئة الشارع لما هو عند العرف ، أو تصرف منه فيه باعتبار شيء فيه ، أو مانعية شيء عنه . فيدفع بالعمومات المتوجهة نحوهم الدالة على إمضاء ماهر المعارف عندهم . إلا أن مانحن فيه ليس من هذا القبيل ، لمعلومية اختلاف الحقوق شرعاً في جواز الاسقاط وعدمه ، وجواز النقل وعدمه . وإنما الشك في اندراج المشكوك في أي قسم منها مصداقاً ، وبالعموم لا يتميز المصداق - قطعاً - .

إذا عرفت ذلك ، فلنذكر المصاديق المشبهة بين كونها حقاً أو حكماً والحق من بين سائر الحقوق :

فمنها - جواز الرجوع في المطلقة الرجعية .

فقد ذهب المحقق القمي - قدس سره - وتبعه بغض من تأخر عنه - إلى كونه حقاً يجوز الصلح عليه ، مستنداً بعمومات أدلة الصلح التي منها : « الصلح جائز بين المسلمين » (١) أي : نافذ ، من : جاز السهم : إذا نفذ :

وأنت خبير بما فيه ، لأن الشك فيه : إن كان للشك في كونه حكماً أو حقاً ، فهو من الشبهات المصادقية التي لا يجوز فيها التمسك بالعمومات - قطعاً - وإن كان للشك في كونه من الحقوق التي تنقل بالصلح أولاً تنقل بعد البناء على كونه حقاً - فرجع الشك فيه إلى الشك في القابلية التي لا يتمسك لاثباتها بالعمومات - أيضاً - اللهم إلا أن يجاب عن تمسكه بها - بعد البناء منه على كونه حقاً كما هو صريح عبارته في كتاب (أجوبة

(١) وهو حديث نبوي - من طريق الخاصة - : وتمة الحديث « . . . إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » راجع : شرح اللمعة للشهيد الثاني ووسائل الشيعة للحر العاملي ، كتاب الصلح : وفي الوسائل : عن أبي عبد الله (ع) : « الصلح جائز بين الناس :: »

والمراد بالمحقق القمي هو الميرزا أبو القاسم القمي . قال في كتابه المشار إليه في المتن بأجوبة المسائل ، المسمى بـ (جامع الشتات) كتاب الطلاق ، هـ جواز الصلح على الطلاق : ص ٥٣٥ طبع حجري إيران : . . . واما اندراج في الصلح فبأن يجعله عوضاً للصلح ، فتقول المرأة : صا لحنك هذه الفدية بأن تطلقني ، وطلقها في عوضه ، ويشمله عمومات أدلة الصلح ، وأنه جائز بين المسلمين إلا ما أحل حراماً أو حرم حلالاً .

(المسائل) (١) بارادة جواز وقوع الصلح عليه ، بمعنى سقوط حق الرجوع الثابت للزوج بالصلح عليه ، لانقله به منه الى غيره ، حتى يقال فيه : من المحتمل أنه من الحقوق المتقومة بالزوج ومختص به ، فلا ينتقل الى غيره ، بل هو من الصلح الواقع في مورد الاسقاط والابراء ، مع منع كون الموجب له علة تامة ، حتى يمنع عن ذلك ايضاً ، فيكون الشك في نفوذ الصلح المتضمن للسقوط وعدمه من الشك في التخصيص الذي يرجع فيه الى العموم ، دون الشك في التخصيص .

نعم ، تبقى المناقشة معه في كونه حقاً ، بل الظاهر أنه من الأحكام لامن الحقوق .

توضيح ذلك : أن المطلقه إن كانت زوجة - بعد - كما يعطيه صدق « وبهولته » الظاهر في الاتصاف الفعلي ، وترتب أحكام الزوجية الظاهر في كونها زوجة حقيقة ، فرجعه الى ضعف سبب الفقرة وهو الطلاق وأنه لم يؤثر قطع علاقة الزوجية بالكلية ، فالقدرة على الرجوع من آثار بقاء علاقة الزوجية التي مرجعها الى إبقاء تلك العلاقة وإرجاعها كما كانت ، وكما أن قطع العلاقة بمعنى فكها عن الزوجية بيده ، كالعنق في فك الملك بيد المالك فكذلك إبقاؤها على الزوجية . فكل من الامساك والتسريح بيد الزوج ومن أحكام سلطنته على الزوجة ، لأنها من عوارضها المتعلقة بها ، فيكون الرجوع في العدة للزوج من قبيل جواز الرجوع في العقود الجائزة الذي هو من الأحكام ، لكونه من آثار علاقة الملكية السابقة ، بناء على ضعف سببية العقد الجائز في قطع علاقة الملكية .

وان قلنا بنجروجها عن الزوجية بالطلاق ، وان ترتب عليها حكم

(١) راجع : جامع الشتات للمحقق القمي المعروف بـ (أجوبة المسائل) كما

في المتن : كتاب الطلاق باب جواز الصلح على الطلاق .

الزوجة - تعبداً - كما يشعر به قوله تعالى : « . . . أحق بردهن » (١) لظهور الرد في الرجوع بعد الخروج . غير أنه تحدث للزوج سلطنة جديدة على إرجاعها وإبطال سببية الطلاق للفرقة . كما تحدث للذي الخيار سلطنة على فسخ العقد اللازم ، وأن زمان العدة - نظير ثلاثة ايام لخيار الحيوان - كان حقاً ، لاحقاً ، كحق الخيار في العقود اللازمة . وحيث أن المستفاد من الأخبار ، وكلمات علمائنا الأخيار : أنها زوجة - حقيقة - لاحقاً تعديلاً ، وان علاقة الزوجية باقية ، لاجرم اتجه كونه حكماً ، لاحقاً ، فلا يسقط بالاسقاط ، ولا ينقل بالنواقل .

هذا ، وقد حكى المحقق المتقدم عن بعض معاصريه : أن اثر الصلح مع الزوج على حق الرجوع ليس الا الحرمة التكليفية ، وإلا فلو رجع بعده نفذ رجوعه في إبطال الطلاق . وتعجب من ذلك غاية العجب .

قلت : وتعجبه في محله ان اراد تأثير الرجوع بعد سقوط حقه بالصلح عليه ، اذ لاحق بالفرض حتى يرجع به . ولكن من المحتمل - قوياً - أن يريد بوقوع الصلح كون المصالح عليه ترك الرجوع ونفس عدم الفعل الذي مرجعه الى مجرد الالتزام بعدم استيفاء حقه ، لاسقوط الحقية من أصله .

وعليه ، فله وجه وجيه يتمسك على صحته بعموم أدلة الصلح بناء على الأقوى من كونه عقداً مستقلاً إن كان المصالح عليه نفس الترك ومجرد عدم الرجوع ، لانفس جوازه الذي هو حكم الحق وأثر من آثاره ، لما عرفت من أن الحكم لا يسقط ولا ينقل لأن أمره بيد الحاكم ، بل ويجوز

(١) تمام الآية: « والمطلقات يربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ماخاقت الله في ارحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر ، ويقولنهن أحق بردهن في ذلك إن ارادوا إصلاحاً ... » : البقرة / ٢٢٨ .

الصلح على هذه الكيفية ، حتى لو قلنا بأن حق الرجوع في العدة من الأحكام لامن الحقوق ، لأن المصالح عليه بالفرض نفس الترك وعدم الرجوع ، لا الحكم بجوازه .

فلا فرق في جواز الصلح على هذا التقرير بين كونه مضداً للحق أو للحكم ، غير أنه على التقديرين ينفذ رجوعه لو رجع بها ، وإن أتم به ، إلا أن الغالب وقوع الصلح في أمثال المقام لئلا يتمكن من الرجوع بحيث لا ينفذ رجوعه لو رجع ، وهو لا يتم إلا بالصلح على الحق ، لا مجرد عدم الرجوع مع بقاء الحق ، فافهم .

ومنها - الخيارات ، فإنها من الحقوق - قطعاً - لكونها سلطنة مجعولة بأحد أسبابها للمتعاقدين أو الأجنبي على إبطال العقد اللازم وحله ، وموردها العقود اللازمة ، وإلا فالعقد الجائز لا خيار فيه مادام جائزاً ، إلا إذا عرض عليه اللزوم بسبب ، فيؤثر - حينئذ - سبب الخيار فيه خياراً .

وكيف كان ، فالظاهر جواز المعاوضة عليه بما يوجب نقله ، فضلاً عن سقوطه لعمومات أدلة المعاوضة ، مضافاً الى عموم «أوفوا بالعقود» (١) بعد إحراز القابلية بما دل على سقوطه بالاسقاط وانتقاله بالارث الكاشفين عن عدم كون الموجب له علة تامة ، وعدم كون الحق متقوماً بذاته من حيث هو ذاته ، وإلا لم يكن لينتقل عنه بالارث .

ومنها - الأولوية بالسبق في المساجد والمدارس والقناطر والرباطات والطرق النافذة ، ونحو ذلك من الحقوق الراجعة الى عموم الناس أو الملتبس بعنوان منهم : فالذي يظهر من كثير منهم أنه من الحقوق ، ولعله نظراً الى إطلاق الحق عليه في حديث : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد كان

(١) تمام الآية : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود . . » ، المائدة / ١

أحق به » وفي آخر : « كان له » بدل قوله « أحق به » (١) بناء على ظهور اللام فيه .

ويحتمل - قوياً ، بل لعله الأقوى - كونها من الأحكام ، بمعنى تحريم مزاحمة السابق فيما سبق إليه مما له فيه حق يجعل الواقف الذي هو وغيره فيه شرع - سواء بذلك الجعل ، ضرورة أن الواقف لم يجعله وقفاً على السابق منهم حتى يختص به هو دون غيره ، ولا أحدث السابق حقاً جديداً له وراء ما جعل له الواقف حتى يكون له حقان : استحق أحدهما بالوقف كغيره ، والآخر استحققه بالسبق دون غيره ، فيسقط هو بالإعراض عنه دون المجعول بالوقف ، بل السبق سبب لحزمة مزاحمته فيه ومدافعته عنه مطلقاً . ولو كان المزاحم من مصاديق عنوان الموقوف عليه ، فتقديم السابق في تزاحم الحقوق كتقديم الأهم في تزاحم الواجبات في كونه من الأحكام . فبالاعراض عن المحل يرتفع النزاحم الذي هو موضوع الحكم بالتحريم ، بل لعله يشعر به التعبير بالأحق في الحديث ، والزيادة لاختصاص الاستيفاء ، واللام لمطلق الاختصاص .

وان أبيت إلا عن كونه حقاً ، كما لعله المشهور أو الأشهر بتقريب أن السبق يوجب تعيين العنوان الكلي في المصداق الخاص مادام سابقاً وشاغلاً للمحل أو غير معرض عنه كتعيين مصداق المالك بالقبض في الخمس والزكاة من السادة والفقراء ، فليس - هناك - للسابق إلا الحق المجعول بالوقف للعنوان أو الجهة المتعينين له بالسبق ، فيكون - حينئذ - من الحقوق ، لامن الأحكام ، فنظهر الثمرة .

مع انه على القولين - يسقط بالاعراض ، ولا ينقل ولا يورث فيما

(١) في (الجامع الصغير للسيوطي) و (كنوز الحقائق للمناوي) - بمادة من -

الحديث هكذا « من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو له » .

لو زوحم ودفع عن المحل كان المزاحم غاصباً ، وصحة الصلاة فيه مبنية على مسألة اجتماع الامر والنهي (١) بناء على كونه حقاً ، وأما على كونه حكماً ، فيصبح تصرفه فيه ، لأنه من التصرف في حقه بجعل الواقف ، وان فعل محرماً يدفع السابق عنه ، بل لعله ينعكس الأمر بعده ، فيحرم على المدفوع مزاحمة الدافع . ولو تنزلنا وقلنا ببقاء الحرمة الملم يعرض المدفوع عنه ، فصحة الصلاة فيه - حينئذ - مبنية على مسألة الضد (٢) لامسألة اجتماع الأمر والنهي . فافهم .

ومنها - جواز الصلح على حق الدعوى ونفوذه . قال في (القواعد): « لو صالح الاجنبي المدعي لنفسه ليكون المطالبة له ، صح - دبناً كانت الدعوى أو عيناً » (٣).

(١) في شخص واحد ومصداق مغين ، لكن مع تعدد الجهة والحشية كالمثال في المتن ، فان شخص الصلاة مأثور بها من حيث كونها صلاة وعبادة ، ومنهي عنها من حيث كونها تعدياً وغصباً والمسألة خلافية ، وان كان المشهور إمتناع ذلك ، بقول الشيخ حسن صاحب المعالم في (معالمه) : « . . الحق امتناع توجه الأمر والنهي الى شيء واحد ، ولانعلم في ذلك مخالفاً من أصحابنا ووافقنا عليه كثير من خالفنا . » راجع في تفصيل ذلك عامة كتب الأصول : باب مباحث الألفاظ (٢) المشهور ان الأمر بالشيء يقتضي النهي عن الضد العام بمعنى الترك ، لا الضد الخاص ، ولا عن احد الاضداد الوجودية لابعينه . وان زعم البعض اقتضاء الامر النهي عن مطلق الامر النهي عن مطلق الاضداد : العامة والخاصة ، والمثال في المتن يمكن تصويره من باب الضد الخاص فان الدافع مأثور باتيان الصلاة ، وذلك الامر يقتضي نهى المدفوع عن إيجادها في الخارج . راجع عن تفصيل هذه المسألة - مباحث الألفاظ من كتب الأصول .

(٣) راجع : قواعد العلامة الحلي : كتاب الصلح ، الفصل الثالث في التنازع

قلت : الصلح مع المدعي : اما أن يكون من الاجنبي لنفسه ، أو من المدعى عليه . وعلى التقديرين ، فاما أن يكون الصلح على المدعى به ، أو على مجرد حق الدعوى لانه من الحقوق لامن الأحكام ، فان كان على المدعى به - وكان من الأججنبي - انتقل اليه حق الدعوى ، تبعاً لما انتقل اليه بالصلح من المدعى به - عيناً كان اوديناً - وان كان من المدعى عليه ، سقط الحق عنه ، لأنه لا يملك على نفسه ، وينتقل اليه المدعى به إن كان عيناً ولم يكن له في الواقع مع فرض صحة الصلح منه . وان كان على حق الدعوى مجرداً عن المدعى به ، فالظاهر بطلان الصلح وعدم نفوذه لعدم استقلالية هذا الحق لنفسه حتى يصبح الصلح عليه ، ضرورة كونه منزعاً من الحق المدعى به ومسبباً عنه ، دائراً مداره وجوداً وعدماً ، فلا استقلالية له في الوجود : بل وجوده وجود عرضي يتحقق بوجود معروضه . كيف ، وما كان كذلك يستحيل تفكيكه عنه ونقله بالصلح ، لأنه من تخلف المعلوم عن علته التامة ، وهو الوجه في عدم جواز الصلح عليه مجرداً ، إلا ما قيل : من أنه لو صالح عليه وأثبت المدعى به ليس له أخذه ، لأنه لم يصالح عليه حتى يجاب عنه - كما في جامع الكركي - بأنه بالصلح يقوم مقام المدعي في اخذ المدعى به بعد اثباته (١).

(١) راجع : جامع المقاصد في شرح قواعد العلامة : ج ١ كتاب الصلح : الفصل الثالث في التنازع ، فانه علق على نفس عبارة العلامة الآنفه بعبارة طويلة آخرها قوله : «... وكذا لقائل ان يقول : لم لا يجوز الصلح على استحقاق الدعوى فقط ، فان ذلك حق ويجوز الصلح على كل حق ، لكن يرد عليه - حينئذ - أنه لو ثبت الحق امتنع اخذه لعدم جريان الصلح عليه . ويجاب بان الصلح لو جرى على أصل الاستحقاق ، فان ثبت الحق اخذه والا كان له استحقاق الدعوى وطلب اليه . وبالجمله : فيقوم مقام المدعى ... »

هذا ، ولكن الأظهر بطلان الصلح على المدعى به قبل اثباته لأنه محكوم ظاهراً بملكيته للمدعى عليه ، وهو مستلزم لبطلان الصلح عليه ظاهراً لأنه من الصلح على مال الغير شرعاً ، وهو باطل . فرجع الصلح - حينئذ - ليس إلا الصلح عن حق الدعوى الذي يكفي في ثبوته احتمال صحته ، وانتقاله اليه بهذا المعنى مستلزم لانتقال متعلقه في الواقع إن كان له ليقوم الاحتمال في حقه ايضاً ، تصحيحاً للمعاملة ، وإن لم يكن له فالمصالح عليه هو نفس هذا الحق المنتزع من احتمال كون متعلقه له .

ولعله مراد (الكركي) في الجواب ، بأنه بالصلح يقوم مقام المدعى في اخذ المدعى به بعد إثباته ، وإلا فكيف يستحق المدعى به بعد الاثبات مع انه لم يجز الصلح عليه ؟ .

وكيف كان ، فالصلح يبطل ان وقع عن المدعى به - فقط - وكذا إن وقع عن حق الدعوى بشرط التجرد عنه ، وإنما يصح لو جرى على حق الدعوى - لا بشرط - هذا ، ولو جرى الصلح على نفس ترك الدعوى دون حقها لم يسقط حقه وكانت دعواه مسموعة ، وإن وجب عليه الترك . ولكن ، هل يجوز له أن ينقله الى غيره ، فيطالب الغير به ؟ الأقرب ذلك ، لعدم منافاته لما التزم به بالصلح من عدم المطالبة - بنفسه أو بوكيله . ولو مات انتقل الحق الى وارثه فله المطالبة به لعدم التزامه بما التزم به مورثه ، ولو مات من كان عليه الدعوى - في الغرض - فله المطالبة من وارثه لأنه غير من التزم له بتركها إن وقع الصلح على ترك مطالبتة ، وإن وقع على ترك الدعوى على العين استمر المنع الى ما بعد الموت - ايضاً - لأن الملتزم به ترك الدعوى على العين لاعلى من كانت بيده ، بخلاف الأول ، ومثله يجري التفصيل بين الاطلاق والتقييد فيما لو نقل العين الى غيره ، فافهم .

ومنها - حق اليمين ، فانه من الحقوق التي يصح الصلح عليها حيث

ما يستحق الاحلاف فيكون مفاد الصلح عليه هو الاسقاط .

ومنها - حق الغيبة ، ومائر أنواع الامانة لأخيه المؤمن مما يوجب لإدخال النقص عليه فانها تسقط بالاستحلال لو أسقط ، ولا ينقل ولا يورث . فالذي يترأى - في بادىء النظر أن هذه الافعال من الغيبة والشتم والايذاء ونحو ذلك ، أسباب توجب حدوث حق جديد للمغتتاب ونحوه . ولكن في الحقيقة ليس الأمر كذلك ، بل هي متلفات للحق الثابت له بأصل الشرع ، فهي من تضييع الحق وإتلافه ، وليس عليه لإلماضيته من الحق التالف .

توضيح ذلك : إن للمؤمن - أو المسلم - حقوقاً على أخيه ، منها واجبة ومنها مندوبة . ومن الأول احترام عرضه ، فانه حق له مستمر على أخيه المسلم واحترام ماله من احترام نفسه . ولذا من لاحرمة له في نفسه لاحرمة لماله ، كالحربي الذي يملك ماله ، ولذا كان مكلفاً بالعبادات المالية كالخمس والزكاة ، وان لم يصح منه إلا بالاسلام ، غير أنه يجوز لنا مزاحمته في ماله ، لعدم احترامه . والمسلم ، وان كان ماله محترماً ، إلا أن زمام احترام ماله بيده ، فله إسقاطه لعدم منافاته لاحترام نفسه ، ولا كذلك احترام عرضه ، فليس بيده زمامه حتى يسقط بإسقاطه . ولذا لا تحل غيبة من جهل الناس في حل من غيبته ، وحرمة عرضه مستلزمة لتحريم كل ما يلزم منه عدمها ، لأنها موجب لانلاف حقه وتضييعه وعنه بدل التالف لاحق جديد ، ووجوب الاستحلال مع عدم المحذور - لو قلنا به - فاعما هو للتخلص عن ضمان البديل الأخروي من تحمل ذنوبه أو تحويل حسناته اليه ، كما ورد في بعض الأخبار ، وهو أمر آخر ، مع أنه يحتمل أن يكون ذلك كله أصلاً وفرعاً من الأحكام ، وان اطلق عليها لفظ الحق فتأمل . ومنها - حق الشفعة الذي دل الاجماع - بقسميه - والسنة المستفيضة

بل المتواترة معنى - على ثبوته للشريك ببيع شريكه حصته ، فله سلطنة انتزاع المبيع - قهراً - من المشتري بنفسه ، وهو يسقط بالاسقاط ، إجماعاً من المسلمين لكونه رخصة ، لا عزيمة ، شرع ارفاقاً للشفيع بدفع ضرر الشركة عن نفسه ، ولعدم كون الموجب له علة تامة ، وينتقل بالارث على الأشهر - بل المشهور - للإجماع المحكي نصاً وظاهراً ، المعتضد بالشهرة العظيمة ، وللنبوي المنجبر : « ماترك الميت من حق فلوارثه » (١) المؤيد بمعمومات أدلة الارث ، كتاباً وسنة .

وأما نقله بمعنى تحويله منه الى غيره ، فلم اعثر على من جوزة ، بل الظاهر ، اتفاقهم على عدمه ، من غير فرق بين نقله مستقلاً او منضمّاً الى حصته . وفي سقوطه ببيع حصته ، فللمشتري الشفعة فيه أو بقاؤه للأصل مع كون الشركة علة الحدوث دون البقاء - وجهان : ولعل الأول هو الأقوى نعم : يصح الصلح المتضمن للاسقاط عليه مطلقاً ، ولو من الاجنبي فيسقط بمجرد من دون حاجة الى إنشاء الاسقاط ، إلا اذا صالحه على نفس الاسقاط فيجب عليه فعله ، ولا يسقط بدونه ، ولكن ، لو تركه وأخذ بحقه ، ملكه ، وإن أثم بالترك . ومثله مالو وقع الصلح على مجرد ترك استيفاء الحق دون نفس الحق ، فله استيفاؤه لبقاء الحق بالفرض ، وإن أثم به .

اللهم إلا أن أن تدعى الملازمة بين السقوط والالتزام بعدم الاستيفاء ولكنه على عهدة مدعيها .

نعم يبقى هنا سؤال الفرق بين الانتقال القهري بالارث والنقل الاختياري الى الاجنبي بأحد النواقل منضمّاً معه حصته - ايضاً - كي ينتقل

(١) راجع : كتاب الرياض للسيد الطباطبائي : ج ١ فصل ٣ الخيار ، باب

أن الخيار يورث .

في الأول ، ولا ينتقل في الثاني مع اتحادهما في تحقيق الشركة وتجدها ، ولعله لكون الارث مرجعه الى قيام الوارث مقام المورث ، وتنزله منزله . ولذا كان له ماترك من حق ، ولا كذلك النقل بالنواقل ، فانه من تحويل الملك من المالك الى غيره ، لامن قيام الغير مقام المالك .

وان أبيت عن ذلك ، فنقول : الفارق بينهما هو قيام الدليل على ثبوت هذا الحكم المخالف للاصول والقواعد في الانتقال القهري من الاجماع وغيره وعدم قيامه في غيره مع منع عموم بقضي بصحة النقل في كل حق إلا ماخرج ، مع أنه قد يقال : إن مرجع الشك - هنا - الى الشك في القابلية التي لا يمكن إجراؤها بالعموم ، او فرض وجوده - فتأمل - .

ومنها - النفقات . والاقرب : أن بعضها حقوق ، وبعضها أحكام أما نفقة الزوجة ، فهي من الحقوق - قطعاً - لاطلاق الحق عليها في بعض النصوص . ولذا تقضى لو أخل بها الزوج مع تمكينه من نفسها - إجماعاً - بقسميه ، ومنقوله فوق الاستفاضة ، معتضداً بدعوى غير واحد عدم الخلاف فيه ، فيسقط بالاسقاط وينقل بالنواقل وينتقل بالارث كغيره من الديون .

وأما نفقة الاقارب من الأبوين - مطلقاً - أو الأدين منها والاولاد ، فالأقرب لإنها من الأحكام ، إذ غاية ما يستفاد من أهلها وجوب البذل للمواساة وسد الخلة ، ولذا لا يقضيها من وجب عليه البذل لو أخل به ، وإن أتم - بلاخلاف - كما عن جماعة بل إجماعاً كما عن غير واحد (١)

(١) قال المحقق في (الشرائع آخر كتاب النكاح باب القول في نفقة الاقارب « .. » ولانقضى نفقة الأقارب لأنها مواساة لسد الخلة فلا تستقر في الذمة » . وقال سيدنا في (الرياض - في هذا الكتاب والباب) « .. » ونقضى نفقتها (اي الزوجة) دون لنفقتهم (اي الاقارب) بلاخلاف في شيء من ذلك ، بل حكى جماعة الاجماع =

وايس إلا لما ذكرناه من كونه حكماً لاحقاً ، والا فاصل في الحقوق المالية أن تقضى ، ودعوى الخروج عنه في المقام بالاجماع وأنه من الاجماع على خلاف القاعدة - كما صرح به شيخنا في (الجواهر) (١) ممنوعة جداً ، إذ لا موجب للالتزام بكونه حقاً ، حتى نلتزم بالخروج عن القاعدة للاجماع . وحينئذ ، فلا تسقط بالاسقاط ولا تنقل بالنواقل . ومثلها نفقة المملوك ، فانها تجب على المالك للمواساة وسد الخلة - ايضاً - مضافاً الى عدم إمكان فرض حق له عليه .

ومنها - الوصية التي هي عبارة عن إعطاء ولاية التصرف للوصي من الموصي في ثلث ماله بعد الموت . فهي من الحقوق ، لأنها منتزعة من سلطنة المالك في ملكه ، بل هي بعد تنزيل الوصي منزلة الموصي بأدلة الوصية ، فانتقل منه ما كان له من ملكية التصرف اليه ، فهي لانسقط ولا تنقل بوجه من الوجوه .

= عليه وهو الحجة فيه مع النص الآتي في الأول مع تأمل يظهر وجهه . وعلموا الثاني بأن وجوب النفقة فيه على وجه المعاوضة في مقابلة الاستمتاع بخلاف نفقة القريب فانها انما وجبت للمواساة ورفع الخلة ... فلا تستقر في الذمة ولا يجب قضاؤها ، وبمثل هذا الحكم والتعليل في اللعنة وشرحها للشهيدين والجواهر - في نفس الكتاب والباب - .

(١) قال شيخنا في (الجواهر - كتاب النكاح ، باب نفقة الاقارب) في شرح قول المحقق (ولا تقضى نفقة الاقارب) « ... نعم قد يشكل أصل عدم وجوب القضاء بأن الأصل القضاء في كل حق مالي لآدمي ، ودعوى كل الحق هنا خصوص السد الذي لا يمكن تداركه ، واضحة المنع بعد اطلاق الأدلة المزبورة وحرمة العلة المستنبطة عندنا ... فالعمدة حكم الاجماع فهو مع فرض تماميته في غير المفروض » :

ولعل مثلها الوكالة على بيع الرهن في ضمن عقد الرهانة ، فانه من التولية عليه دون التوكيل ، ولذا لا يملك عزله - على الأقوى - بخلاف غيره من العقود اللازمة لو اندرجت وكالة فيه ، فانه يملك عزله وينعزل به ، وإن أتم فيه - على رأي قوي - بل ولو شرط عدم نفوذ العزل كان من الشرط الفاسد الموجب للخيار ، ضرورة منافاته لماهية الوكالة وحقيقتها التي هي عبارة عن مجرد الاذن الخاص في التصرف ومحض الرخصة فيه ولذا كان جواز التصرف فيها من الاحكام لامن الحقوق . ولتفصيل الكلام فيه محل آخر . وبالجمله ، غير بعيد دعوى الفرق بين جعله وكيلًا على بيع الرهن في عقد الرهانة ليحصل الوثوق التام بالاستيفاء والوكالة على غيره في سائر العقود اللازمة بجعل الأول من التولية التي لا بأس بها لو قلنا بأنه لا يملك عزله ، والثاني من الوكالة التي ينافيها عدم نفوذ العزل فيه . ومنها - إجازة المالك في بيع الفضولي ، فانها من الاحكام لأن معناها إمضاء البيع الواقع في ملكه ، فهو كما لو باعه بنفسه من الآثار المتعلقة بنفس السلطنة التي هي له ، ومثلها الرد الذي مرجعه الى إبقاء ملكه على ما كان ، وكل من النقل والاهقاء من الأحكام ، لامن الحقوق .

هذا ماوسعني من الكلام في هذا المقام على تشتت البال وضيق المجال وهو الموفق للسداد والهادي الى سبيل الرشاد .

التعليق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على محمد وآله الطاهرين ولعنة الله على أعدائهم أجمعين
من الآن إلى قيام يوم الدين .

قال سيدنا الحجة خاتما المرحوم السيد محمد آل بحر العلوم - تغمده
الله برحمته وأسكنه فسيح جنته - في رسالته في (تحقيق الفرق بين الحق
والحكم) : « أما الحكم فهو جعل بالتكليف أو الرضع » الى أن يقول
- قدس سره - : « وأما الحق فهو يطلق مرة - في مقابل، الملك وأخرى
مايرادفه :.. » الى آخر كلامه - رحمه الله - :

أقول : قد يطلق الحق على عنوان عام شامل لكل ما جعله الشارع
المقدس بالجعل للتأسيسي ، والإمضائي . وهو بهذا الاطلاق عبارة عن
التحقق والثبوت : ويشمل الحكم الشرعي تكليفاً وامضاء :

وله إطلاق آخر أخص من هذا العنوان العام في اصطلاح الفقهاء ،
خصوصاً المتأخرين منهم ، وهو عبارة عن مرتبة ضعيفة من الملك ، وإضافة
ناقصة مجعولة من المالك الحقيقي - تبارك وتعالى - لذي الحق ، أعم من
وجود من عليه الحق أو عدمه :

وعبر عنها بعض المعاصرين بالملكية غير الناضجة ، وهو تعبير حسن
فإن المرتهن للمعين المجعولة من الراهن وثيقة لدينه الذي له عليه - وإن كان
ذا إضافة وسلطنة عايقها - ومن هنا يمنع الراهن من التصرف فيها ملكه من
العين المرهونة - مطلقاً - او خصوص التصرف المنافي لحق المرتهن - على

الخلاف - ولكن ليس للمرتهن بالنسبة الى الرهن من التصرف فيه ، سوى استيفاء دينه منه ببيعته واخذ مقدار حقه من ثمنه عند امتناع تحصيله من المديون . وكذا من له الخيار في عقد البيع - مثلاً - فانه - وان كان ذا حق متعلق بالعقد وسلطنة عليه من حيث القدرة على فسخه وإقراره او متعلق بالعين التي خرجت عن ملكه الى ملك طرفه بالتسلط على إعادتها الى ملكه بفسخ العقد ، ومن هنا يمنع طرفه من التصرفات المنافية لحقه فيما انتقل اليه وملكه بالعقد - لكن حقه المجمول له لا يتجاوز التسلط على فسخ العقد أو إقراره ، او التسلط على استرجاع العين التي نقلها الى طرفه اليه - بناء على تعلق حقه بنفس العين المنقولة الى طرفه -

وهكذا كل من له حق بالمعنى الأخص ، فان له شأناً من شؤون الملك . فان من له حق الشفعة فيما باعه شريكه في شركته ، له أخذ الشقص (١) وتملكه من مشتريه بما اشتراه من الثمن - قهراً عليه - ومن حجر على موات من الأرض ، أو سبق الى وقف على عنوان يشملله ، فأشغله بنفسه أو بمتاعه ، فإله من الحق هو اختصاصه به وعدم الحق لآخر في مزاحمته عليه ، وان كان ممن يشملله عنوان الموقوف عليه - بناء على ماهو المشهور من كون ذلك من قبيل الحقوق - وان احتمل سيدنا المصنف بل قوى كون ذلك من قبيل الأحكام - على ماسبق من رسالته - فراجع ومثله حق الاختصاص فيما لم يكن متمولاً من الأشياء كالخمرة القابلة للتخليل ، ونحو ذلك .

والحاصل : إن العلقمة والاضافة الحاصلة بين المضاف والمضاف اليه اذا كانت نامة صالحة لأنهاء التقلبات تسمى ملكاً . واذا كانت ناقصة

(١) الشقص - بالكسر - السهم والنصيب ، مأخوذ من قولهم : شقص الذبيحة

أي قطعتها سهاماً معتدلة بين الشركاء .

لا تصلح إلا لنحو من التقلب لقصور في نفسها أو متعلقها - تسمى حقاً ، كالإضافة لمرتهن بالنسبة الى الدين المرهونة والحاصلة للشفيع بالنسبة الى حصة شريكه المبيعة في شركته ، فان المرتهن ليس له سوى استيفاء دينه من الرهن اذا لم يفه المديون . والشفيع ليس له من السلطنة الا تملك ما اشتراه المشتري من الحصة بالثمن الذي اشتراه به . وكذا الاضافة الحاصلة لدى الخيار ، فانه - بناء على تعلق حقه بما خرج عن ملكه الى ملك طرفه - ليس له الا التسلط على اعادته الى ملكه بفسخ العقد .

وأما بناء على تعلق حقه بالعقد وتسلطه على فسخه واقراره ، فالقصور في متعلق الاضافة :

ونظيره من هذه الجهة : حق للتحجير على موات من الارض وحق سبق الى مكان مباح أو وقف عام ، فان الموات لا يملك بالتحجير عليه ، والمباح والوقف لا يملكان بالسبق اليهما . وغاية ما يحصل لمن حجر أو سبق حق اختصاص فيما حجر عليه أو سبق اليه لا يجوز غصبه منه ومزاحمته عليه .

ثم ان المائز بين الحكم والحق : هو ان الحكم لا يسقط بالإسقاط اذ هو مجعول من الشارع المقدس على موضوعه ، فزمامه بيده ، وامر وضعه ورفع له بخلاف الحق ، فان قوامه قابليته للإسقاط والعفو ممن جعل له وهو - وان كان كالحكم من حيث الجعل من الشارع الاقدس - إلا أن نحو الجعل مختلف ، فان الحق جعل لصاحبه بنحو يكون زمامه بيده ، فله الأخذ به ، وله العفو والإسقاط ، بخلاف الحكم فانه مجعول من الشارع المقدس على موضوعه بنحو يكون رفعه بيد جاعله كوضعه :

وبالجملة : فان الحق سلطنة مجعول زمامها بيد ذى الحق فله القدرة على الاعمال والاسقاط .

فما ذكره سيدنا الخال - قدس سره - حيث يقول : « منها - أي من الحقوق - : مالا يجوز عليه شيء من ذلك فلا يـمـقط بالاسقاط ولا ينتقل بالنواقل ولا ينتقل بالارث كحق الأبوة وولاية الحاكم ، وحق الاستمتاع بالزوجة وحق الجار على جاره والمؤمن على أخيه فانها حقوق لاربابها لانسقط ولا تنتقل بوجه من الوجوه ، انتهى .

قابل للمناقشة ، اذ الحق للذي هو سلطنة ضعيفة على الشيء ومرتبة ناقصة من الملك بجميع اقسامه وانحائه ، قابل وصالح للاسقاط بمقتضى طبعه - كما حكى ذلك عن شيخنا الشهيد - قدس سره - وجعل ذلك هو الضابط في الفرق بين الحكم والحق ،

وما افاده سيدنا : من تنظير مالا يسقط بالاسقاط بحق الأبوة وولاية الحاكم ، : الى آخر ما ذكره من الامثلة :

غير واضح ، فان جملة ما ذكر من الامثلة ليس من الحق بالمعنى المصطلح الذي هو مرتبة ناقصة من مراتب الملك وانما هي من قبيل الأحكام - فان مامثل به من (حق الأبوة) إن كان مراده بحق الأبوة وجوب إطاعة الولد للاب وحرمة معصيته مما كان مستلزماً لعقوقه وسخطه ، فانه ليس من قبيل ما نحن فيه من الحق الذي هو بمعنى الملكية الضعيفة ، وانما هو حكم شرعي الزامي على الولد بالنسبة الى والديه ثبت بدليله الخاص - احتراماً لهما وجزاء على احسانها اليه ، كما أنه لو كان المراد سلطنته على التصرف في مال ولده الصغير بما يحصل به حفظه عن التلف وما يرجع الى مصلحته من البيع او الشراء له بما له ، ولحق ذلك ، فانه - أيضاً - من الحكم الشرعي الثابت بدليله للاب فيما يرجع الى مال الولد والترخيص في تصرفه فيه ونفوذه عليه ، وليس من الحق الاصطلاحي المذكور لمن له الحق مما يعود فيه لنفع لذي الحق .

نعم ، ثبت للاب عند مسيس الحاجة - جواز أخذ مال الولد وصرفه على نفسه وعلى من يعول به ، مالم يكن مجحفاً ومسرفاً في ذلك .
 فعن الشيخ - قدس سره - باسناده « عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله - صلوات الله عليه - قال : سألته عن الرجل يحتاج الى مال ابنه قال عليه السلام يأكل منه ماشاء من غير سرف » قال وقال - ع - وفي كتاب علي (ع) : إن الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً إلا بإذنه ، والوالد يأخذ من مال ابنه ماشاء . : . الى قوله : وذكر أن رسول الله (ص) قال لرجل : أنت ومالك لأبيك .

وعن أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام : « أن رسول الله (ص) قال لرجل : أنت ومالك لأبيك ، ثم قال أبو جعفر عليه السلام : ما أحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج اليه مما لا يهد منه ، إن الله لا يحب الفساد » (١).

ولعل سيدنا - قدس سره - يريد من حق الأبوة ما ذكرناه - أخيراً - وعلى كل ، فالظاهر كون ذلك - ايضاً - ليس من الملك الضعيف الذي هو حق اصطلاحاً ، وانما هو حكم من الشارع وتوخيص منه بأخذه ما يحتاج اليه من مال ابنه عند الحاجة الماسة اليه ، ولا معنى لسقوطه بالاسقاط ولا نقله بالنواقل ، ولا انتقاله بالإرث .

وأما ولاية الحاكم ، فما لا إشكال فيه كون الفقيه الجامع للشرائط له ولاية التصرف في مال الطفل والغائب - في الجملة - لمصلحةهما - ومباياني

(١) راجع هذين الحديثين في كتاب التهذيب - المكاسب - ج ٦ ص ٣٤٣ طبع النجف الأشرف .

وحديث « انت ومالك لأبيك » تذكره عامة الصحاح عن النبي (ص) راجع كشف الخفاء للعجلوني : ج ١ ص ٢٠٧ حديث (٦٢٨)

بيانه في مبحث الولاية . وهي بالمعنى المذكور ليست من الحق الاصطلاحي ايضاً ، وإنما ذلك حكم من الشارع وترخيص منه للحاكم في التصدي لذلك رعاية لمصلحة المولى عليه ، ولا يعود منه نفع للحاكم غير الأجر والثواب .

وأما حق الاستمتاع للزوج بالنسبة الى زوجته ، فعدم كونه من الحق - بمعنى الملك - واضح ، فان مرجعه الى حكم من الشارع على الزوجة بعدم جواز امتناعها وترفعها عن ذلك عند ارادة الزوج له فيما لو كان ملتزماً بحقوقها الواجبة عليه ، ولا مناسبة بينه بالمعنى المذكور - وبين الحق بمعنى الملك .

كما أن مرجع حق الجار على جاره أو الاخ المؤمن على أخيه : المحافظة على مقام الاخوة والجوار وعدم التصدي الى ما ينافيه .

وبالجملة ، هذه الحقوق ونظائرها ، وما ذكره سيدنا بعد ذلك من حق الغيبة والايذاء بضرب وشم أو إهانة أو نحو ذلك : الظاهر أنها من الأحكام ، وليست من الحقوق بمعنى الملك ، ووجوب الاستحلال من المستغاب أو المتأذي أو المهان - على فرضه - إنما هو من جهة ظلمه بهتك عرضه أو إيذائه ونحوه ، لا لثبوت حق مملوك له عليه .

كما أن حق التولية المجهول من الواقف للمتولي على الوقف وحق الوصاية المجهول من الموصي لشخص خاص على أطفاله أو على التصرف في ثلث ماله ، ونحو ذلك مما يكون من شؤون ولايته على الأطفال وسلطنته على نفسه أو على ماله ، كل ذلك - على الظاهر - أنها من قبيل الحكم لا الحق بالمعنى المصطلح .

وما ثبت بالدليل أن الموصى اليه له رد الوصية في حياة الموصي فتبطل وصايته بشرط بلوغ الرد للموصى ، وإمكان نصبه غيره على وجه موافق للاحتياط

ليس ذلك من حيث كون الوصاية حقاً للوصي والرد إسقاطاً له وإلا لجاز له ذلك وصالح - مطلقاً - بلا شرط .

وبالجملة ، فالظاهر أن الولايات على إطلاقها وشعبها المجعولة ممن له الجعل والنصب لأشخاص أو أنواع من حيث الترخيص في تصرفاتهم في مال الغير أو نفسه وصحتها ونفوذها - ومنها باب الوصاية - من قبيل الأحكام الثابتة لموضوعاتها في مواردنا - ترخيصاً أو إمضاء - ومن هنا لا تقبل الإسقاط ، فهي من قسم الحق بالمعنى العام ، لامن الحق بالمعنى الأخص الذي هو من مراتب الملك القابل للإسقاط بمقتضى طبعه :

فما ذكره سيدنا - قدس سره - : « من أن الوصية من الحقوق ، لأنها منتزعة من سلطنة المالك في ملكه ، بل هي بعد تنزيل الوصي منزلة الموصى بأدلة الوصية ، فانتقل منه ما كان له من ملكية التصرف فهي لانسقط ولا تنتقل بوجه من الوجوه ... »

غير واضح ، فإن أصل سلطنة الشخص على ماله من قبيل الحكم المجعول من الشارع بقوله : « الناس مسلطون على أموالهم » لامن الحق بمعنى الملك الضعيف ، ولذلك لا يسقط بالإسقاط فكيف ما ينتزع منها ويتفرع عليها ؟ . نعم ربما يكون بعض ما هو حق بالمعنى الأخص غير قابل للإسقاط عن من هو عليه ، فيكون - من هذه الجهة - بمنزلة الحكم في عدم قبوله للإسقاط . وذلك كحق الخمس والزكاة المتعلق بمال الغير لأربابه ومستحقه - بناء على كونها من الحق - بالمعنى الأخص كما هو الأقوى -

وقبل بيان وجه عدم قابلية هذا النوع من الحق للإسقاط - مع أننا ذكرنا أن قوام الحق قبوله للإسقاط - : لا بد من توضيح نحو هذا النوع من الحق وكيفية تعلقه بموضوعه ، فنقول :

لا إشكال - بل لا خلاف - في عدم كون الحق المذكور من قبيل

التكليف الصرف ومحض الوجوب على المالك نظير وجوب نفقة الأقارب وإنما هو من قبيل الوضع .

وعليه ، فهل الحق المذكور إنما يتعلق بذمة المالك والعين للزكوية ، مثلاً ليست محققة به ؟ ربما يحكى عن بعض الأصحاب ذلك ، ويلبسب إلى بعض العامة وهو خلاف ظاهر آية الزكاة ، وآية الخمس . بل خلاف صريح بعض الأخبار ، وكلمات الأصحاب ، والفروع المتسالم عليها عندهم فإنها صريحة بتعلق الفريضة بنفس العين .

وعليه ، فهل الحق المذكور المجهول لأربابه من قبيل الملك في العين وأن الفقراء - مثلاً - يملكون قسطاً من مال المالك بنحو الشركة الحقيقية والكسر المشاع - كما نسب إلى ظاهر المشهور - أو من قبيل الكلي في العين كما يظهر من بعض آخر - ولعل ذلك لما يظهر - من بعض الأخبار من قوله - عليه السلام - « ... فيما سقت السماء العشر » (١) و « في كل عشرين مثقالاً من الذهب نصف مثقال » (٢) وقوله عليه السلام : « إن الله تعالى شرك بين الأغنياء والفقراء في الأموال » وقول علي عليه الصلاة والسلام - كما في نهج البلاغة فيما كان يكتبه لمن يستعمله على الصدقات :- « فإن كان له ماشية أو أبل فلا تدخلها إلا بأذنه ، فإن أكثرها له » (٣)

(١) بهذه الالفاظ وبقریب منها يذكر الحديث عن النبي (ص) في عامة كتب الصحاح ، وكتب الأخبار في كتاب الزكاة باب زكاة الغلّة .

(٢) بهذا اللفظ وبهذا المضمون ذكره (الكافي في كتاب الزكاة ، باب زكاة الذهب والفضة) .

(٣) راجع : شرح ابن أبي الحديد (ج ١٥ ص ١٥١) طبع دار احیاء الكتب العربية .

حيث أن الظاهر منه : ان بعضها - وهو ماعد الاكثر - للمسحق ، جعله الله له ...

الى غير ذلك من أخبار الزكاة وأدلة الخمس ، كآية الشريعة « واعلموا أن ماغنم من شيء فإن لله خمسة ... » (١)

وما عن الشيخ والكليني - قدس سرهما - في الصحيح : « عن محمد ابن مسلم - رضي الله عنه - عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن معادن الفضة والصفير والحديد والرصاص ؟ فقال - عليه السلام - عليها الخمس جميعاً » (٢).

وأظهر منها صحيح الحلبي - رض - في حديث قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام - عن الكنز : كم فيه ؟ قال عليه السلام الخمس ، وعن المعادن : كم فيها ؟ قال عليه السلام الخمس ، وعن الرصاص والصفير والحديد وما كان من المعادن كم فيها ؟ قال : (ع) : يؤخذ منها كما يؤخذ من معادن الذهب والفضة ... » (٣).

الى غير ذلك مما هو ظاهر في الشركة في المال بنحو الكسر المشاع هذا ، ولكن الالتزام بذلك والأخذ بهذا الظهور لا يجتمع مع بعض التصريحات والامارات في غير واحد من الاخبار ، وكلمات الاصحاب والفروع المسلمة عندهم على الظاهر ، بل لا يتناسب مع آية الزكاة من قوله تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين ... » الخ فان ظاهرها ومفادها : أن

(١) سورة الانفال / ٤١

(٢) راجع : التهذيب للشيخ الطوسي (ج ٤ ، كتاب الزكاة ، باب الخمس والغنائم) حديث (٣٤٥) طبع النجف الاشرف .

(٣) راجع : التهذيب للشيخ الطوسي (ج ٤ ص ١٢١ باب الخمس والغنائم) طبع النجف الاشرف .

ما فرضه الله تعالى في اموال الاغنياء للفقراء هو صدقة يجب على الغني دفعها من ماله تقريباً الى الله تعالى ، ولا يحصل للتصدق على شخص بما يملكه فعلاً : هذا مضافاً الى أن الظاهر ان استحقاق الفقير في الاموال التي يستحب أداء زكاتها كمال التجارة والخيل والإناث وما يكال أو يوزن من الحبوب عدا الغلظة الأربع وغير ذلك مما يستحب أدائه ، مساوٍ لما فرض فيه الزكاة كالغلظة الاربعة والالعام الثلاثة والنقدين - كما يشهد بذلك إشمال بعض الروايات الواردة في بيان ماثبت فيه الزكاة على الواجب والمستحب (١) فان الظاهر من سياقها لتحديد نحو الاستحقاق غير أن بعضه فرض والآخر ندب وهو ماسوى الأعيان التسعة .

ومن المعلوم عدم امكان الشركة الحقيقية والملكية الفعلية في المستحب أدائه ، على ان المال المشترك بين مالكيين بنحو الاشاعة ليس لأحدهما التصرف فيه إلا باذن الشريك .

ولا إشكال بل الظاهر عدم الخلاف في جواز تصرف المالك فيما عدا مقدار الزكاة من النصاب مع العزم على الأداء من الباقي .

بل الذي يظهر من صحيحة عبد الرحمان ، صحة بيع جميع النصاب ولزومه لو أدى البائع مقدار الزكاة من ماله للآخر - وأن ما يؤديه هو عين الزكاة لا بدلها : قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل لم يترك لبله أو شاته عامين ، فباعها على من اشتراها أن يزكيها لما مضى ؟ قال (ع) : نعم يؤخذ زكاتها ويتبع بها البائع أو يؤدي زكاتها البائع » (٢)

(١) راجع ذلك في كتاب وسائل الشيعة للحر العاملي أوائل كتاب الزكاة بأبواب متفرقة .

(٢) وسائل الشيعة : ج ٦ كتاب الزكاة ، باب لو باع النصاب قبل أداء الزكاة طبع جديد طهران .

ومن الواضح أن يؤدي هذه الصحيحة لايجتمع مع الشركة الحقيقية بل ولا مع الملكية الفعلية ، ولو كانت بنحو الكلي في المعين فان مقتضى ذلك كون البيع المذكور بالنسبة الى مقدار الفريضة فضولياً يتوقف نفوذه على اجازة من له الولاية على الزكاة ، فيأخذ من الثمن للمستحق مقدار حصته ، ولا يجدي في نفوذه اداء البائع مقدار الزكاة من ماله الآخر كما هو مفاد الصحيحة المذكورة .

ثم ان ظاهرها من حيث سكونتها عن نماء حصة المستحق في المدة المذكورة في السؤال : أنه ليس على المالك اداء الموجود منه ، ولا ضمان ما استوفاه اوفات وتلف تحت يده ، وأنه ليس عليه إلا اداء الزكاة فقط ، وهو خلاف ما يقتضيه قاعدة تبعية النماء للملك .

وبالجملة : فالذي يستفاد من الآية الشريفة ، ومجموع الأخبار والفروع المتسالم عليها من الأصحاب : أن فريضة الزكاة متعلقة بالعين لا بالذمة ، وان تعلقها لم يكن بنحو الملك الفعلي في العين - لايبحو الشركة الحقيقية ولا بنحو الكلي في المعين - وانما هو حق معين فرضه الله تعالى على المالك متعلق بماله المعين . وعلى ما استظهره الاستاذ النائبي - قدس سره - في تعليقه على العروة الوثقى : كونه حقاً متعلقاً بمالية النصاب ، لا ملكاً في العين بشيء من الوجهين (١) وعليه فيلزم المالك أدائه من نفس العين أو من ماله الآخر ، فهو ملك للمستحق شأنه لافعلا .

وباصطلاح الفقهاء : حق ، لملك . وعلى ما عبر به البعض : ملك

غير ناضج .

ثم ان الظاهر عدم كونه من قبيل حق الرهانة حيث أن مرجع كونه من قبيله : أن فريضة الزكاة في ذمة المالك ، والعين الزكوية وثيقة عليها

(١) أي الآنفى الذكر ، وهما : الشركة الحقيقية ، والكلي في المعين .

كما أن الرهن وثيقة على الدين الذي هو في ذمة الراهن ، ومن آثاره كون المالك ممنوعاً من التصرف في شيء من النصاب مادام لم يؤد الفريضة ، كما أن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن قبل فكّه من الرهانة ، كما أن مقتضاه كون تلف النصاب بلا تفريط كلاً أو بعضاً إنما يكون من المالك ، ولا يرد شيء منه على المستحق ، كما أن تلف الرهن بلا تفريط إنما هو من الراهن ، ولا ينقص شيء بسببه من دين المرتهن .

وكل ذلك خلاف ما هو المتسالم عليه في باب الزكاة .

أما كون فريضة الزكاة متعلقة بذمة المالك فلم ينقل عن أحد معين من أصحابنا ، نعم عن ابن حمزة نسبته الى بعض غير معين . بل المتسالم عليه بينهم أنها متعلقة بالعين - على اختلاف مشاربهم في نحو التعلق - . وأما منع المالك من التصرف في النصاب قبيل أداء الفريضة فانه لا إشكال في جوازه فيما سوى مقدار الفريضة ، مع العزم على الأداء من الباقي : وامله مما لاخلاف فيه .

نعم مقتضى القول بالشركة الحقيقية توقفه على اذن الحاكم الشرعي . وأما ورود التلف - كلاً أو بعضاً - على المالك فقط فهو مبني على تعلق الحق بالذمة لا بالعين . وأما بناء على تعلقه بالعين ، فظاهر النص والفتوى : أن مايتلف من النصاب بلا تفريط من المالك يرد على المستحق منه بنسبة حصته من النصاب . نعم مع التفريط - ومنه تأخير دفعها وإيصالتها الى المستحق مع التمكن من ذلك - بضمن المالك حصة المستحق .

وبالجملة فالظاهر عدم كون حق الزكاة من قبيل حق الرهانة ، كما انه ليس من قبيل حق الفقير بالمال المنذور التصديق به عليه ، إذ لا إشكال في أن المال المنذور التصديق به لا يجوز التصرف فيه بما ينافي الصدقة ، ويعين على الناذر التصديق به . ولا يجزئ إبداله بمال آخر . ولا إشكال ولا

إشكال ولا خلاف - على الظاهر - في جواز دفع معادل فريضة الزكاة من مال آخر .

هذا ، وليس تعلقها بالعين من قبيل تعلق حق غرماء المبت بتركته فان حق الغرماء غير المستوعب للتركة يتعلق بمجموع التركة بحيث لو تلف منها شيء وكان الباقي بمقدار دينهم على المبت ، كان لهم استيفاء الدين بكامله من الباقي ولا يرد عليهم النقص بسبب التلف - على الظاهر - وهذا بخلاف حق المستحق المتعلق بالنصاب ، فان تعلقه بنحو البسط والسريان في جميع النصاب بحيث لو تلف منه شيء بلا تفريط من المالك يسقط عن المالك جزء من الفريضة نسبتة اليها كنسبة التالف الى مجموع النصاب .

وبعبارة أخصر : ان التلف - هناك - يختص به الوارث ، وهنا يتوزع على المالك والمستحق بالنسبة . ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف منخ الحق في الموردين بحسب ما يستفاد من الأدلة ، فان الغرماء لهم دين معين على المبت اشغلت به ذمته حال الحياة وقد جعل الله تعالى لهم حق استيفاء دينهم بتمامه من تركته - مهما بلغت قليلة كانت أم كثيرة - بقيت أم تلف بعضها - مادامت للتركة وافية بذلك الدين .

وما هو للوارث من تلك التركة - حسب الاستفادة من الأدلة كتاباً وسنة - متأخر عن حق الغرماء ، وفي طوله . ومقتضى ذلك ورود التلف على ما يخص الوارث من المال المتروك وسلامة حق الغرماء ، ولا فرق في ذلك بين القول بأن التركة باقية على حكم مال المبت مادام الدين باقياً - وبين القول بأنها تنتقل الى الوارث محققة للغرماء :

وأما فريضة الزكاة ، فانها متعلقة بنفس النصاب لا بذمة المالك - كما ذكرنا - ولا فرق بين ما يملكه المالك من النصاب وما يستحقه الفقير - مثلاً - منه سوى أن ملكية المالك تامة فعلية ، وملكية المسنوح ناقصة

شأنية معبر عنها بالحق - اصطلاحاً - وعلى كل هما في عرض واحد والتلف الوارد على العين كما يرد على ملك المالك كذلك هو وارد على متعلق حق الفقير - مثلاً - فاختصاص مايتلف من العين بالمالك بلا وجه . نعم لو كان التلف بتفريط المالك - ومنه تأخير دفعها وايبصالها الى المستحق عند التمكن من الدفع والاهمال في الأداء - فقد ذكرنا أن المالك ضامن لحصة المستحق ففي صحيحة محمد بن مسلم - أحسنه - : « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل بعث بزكاة ماله لتقسم ، فضاعت هل عليه ضمانها حتى تقسم ؟ فقال عليه السلام : اذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن حتى يدفعها وان لم يجد لها من يدفعها اليه فبعث بها إلى أهلها فليس عليه ضمان لأنها خرجت من يده وكذلك الوصي الذي يوصى اليه يكون ضامناً لما دفع اليه اذا وجد ربه الذي أمر بدفعه اليه ، وان لم يجد فليس عليه ضمان » (١) .

وصحيحة زرارة قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعث اليه أخ له زكاته ليقسمها فضاعت ، فقال : ليس على الرسول ولا على المؤدي ضمان قلت : فانه لم يجد لها أهلاً ففسدت وتغيرت أيصمونها ؟ قال : لا ولكن اذا عرف لها أهلاً فعطيت أو فسدت فهو لها ضامن حتى يخرجها » (٢) هذا وليس تعلق حق الزكاة بالعين نظير تعلق ارش الجناية برقبة العبد الجاني خطأ ، وان كان يشبهه في الجملة من حيث ان مالك العبد يخبر بين دفعه للمجني عليه أو وليه ليعملكه أو يملك ماقابل الجناية فيما لو كان أرشها أقل من قيمته ، وبين أن يفديه بأرش الجناية أو بأقل الأمرين من الارش وقيمته - على الخلاف ما بين الشيخ قدس سره والمشهور

(١) (٢) الكافي للكليني : كتاب الزكاة ، باب (الزكاة تبعث من بلد الى

بلد . . فتضيع) حديث (١ ، ٤)

وعلى كل يتخير المالك بين دفعه وبين فدائه ، كما ان المالك - في باب الزكاة - يتخير بين دفع الفريضة من العين وبين القيمة - كما ان العبد الحاني يجوز بيعه ، ولكن نفوذه يتوقف على فك رقبته بأداء فدائه ، وإلا كان للمجني عليه أو وليه تملكه ، فيبطل البيع ، وكذلك العين المتعلقة لحق الزكاة لا مانع من بيعها ، وينفذ البيع لو أدى المالك الزكاة من ماله الآخر ، وإلا كان لمن له الولاية على الزكاة أخذها من العين فيبطل البيع بالنسبة الى مقدار الزكاة .

ولكن فرق حق الجنابة عن الزكاة : أن حق الجنابة لبس امرأ مفروضاً على مالك العبد يلزمه أدائه لمستحقه ، وإنما هو كسائر الحقوق موكول لمن له الحق إن شاء أخذ به - وحكمه مذكورنا - وإن شاء عفا فيسقط بخلاف حق الزكاة فإنه فرض من الله تعالى على مالك النصاب ، يلزمه أدائه - من العين أو بدلها - لمستحقه ، وليس لأحد إسقاطه والعفو عنه من غير فرق بين من له الحق ، وبين من له الولاية عليه كالحاكم الشرعي ولعل السر في ذلك : أن من له الحق لم يكن شخصاً معيناً جعل زمام الحق بيده كسائر الحقوق المجعولة لاشخاص معينين لهم الأخذ بالحق وإسقاطه ، وإنما جعل هذا الحق لطوائف وأصناف .

وببيان آخر : الحق المذكور مجعول للكل ، لا لفرد أو أفراد ، وإنما يملك الفرد ما وصل اليه من الحق ملكية فعلية تامة ، فن جعل له الحق - وهو الصنف بنحو الكلي - لامتني لإسقاطه ، والفرد أو الأفراد لا أثر لإسقاطهم ، إذ لم يجعل الحق لهم .

ومن هنا : ليس لهم أخذ الحق من المالك جبراً ، أو استيفاء بنحو من أنحاء الاستيفاءات ، كما يجوز ذلك للمغضوب حقه من الغاصب إلا باذن من الحاكم الشرعي ، وتوكيل خاص له بأخذ الحق من المالك الممتنع .

وأما من له الولاية - على هذا الحق - وهو الحاكم الشرعي - فولايته مقصورة على أخذ الحق ممن هو عليه ، وإبصاله لأربابه وصرفه في مصارفه ، ولا تتعدى ولايته إلى جهة إسقاط الحق الذي هو خلاف مصلحة الأصناف وحكمة جعل ذلك الحق لهم .

ومن هنا : ليس له بنحس حق المستحق بالمصالحة مع من عليه الحق على شيء يصير لايبادل الحق المحمول للمستحق .

والحاصل : إن هذا الحق من هذه الجهة كالحكم الشرعي على موضوعه غير قابل للإسقاط ، كما أنه غير قابل للانتقال إلى الغير - لا بارت ولا بغيره - كما لا يخفى . . .

هذا وقد ظهر لك مما ذكرنا الوجه في عدم قابلية حق الزكاة للإسقاط والانتقال ، كما أنه ظهر أن فريضة الزكاة من منخ الحقوق ، وليست ملكاً في العين لا بنحو الاشاعة ولا بنحو الكلي في المعين .

وظهر أيضاً أنه ليس من قبيل ما ذكرناه من الحقوق وإن كان ربما يشبه بعضها من بعض الجهات ، بل هو حق مستقل متعلق بمالية العين لا بخصوصيتها ، فهو من هذه الجهة يشبه ارت الزوجة مما سوى الارض كالأبنية والنخيل والاشجار فإنه حق متعلق بماليتها غير أنه من قبيل الملك الفعلي للزوجة ، وليس من منخ الحقوق اصطلاحاً مما هو ملك شأناً ، اذ لا شبهة في اتحاد كيفية ارت الزوجة من الاموال المنقولة وغير المنقولة سوى أن ارثها من الأول يتعلق بالعين ، ومن الثاني يتعلق بماليتها وقيمتها ولا اشكال في أن يرثها من المنقول بنحو الملك الفعلي ، فليكن ارثها من غير المنقول كذلك ومقتضاه جواز المصالحة على حقها مع الوارث أو الاجنبي فينتقل ما تستحق من القيمة إليه .

ولا أظن أن فقيهاً يلتزم بجواز المصالحة على الزكاة قبل أخذها ممن

هي عليه : لما ذكرنا من أن الحق المذكور غير صالح للنقل مطلقاً - لا الى من هو عليه ولا الى غيره - :

وفرق آخر بين ارث الزوجة من غير المنقول وبين حق الزكاة ، وهو أنه لا إشكال ولا خلاف في أن الخيار في الزكاة للمالك بين دفعها من العين المتعلقة للحق وبين دفعها من مال آخر للمالك وليس للمستحق ولا للحاكم الشرعي المشاحة مع المالك بخلاف ارث الزوجة من غير المنقول فإن الوارث لو اختار دفع حقها من نفس العين دون القيمة ، ففي إيجاب الزوجة على القبول إشكال وخلاف :

ولعل منشأ الفرق بين الحقين - مع ان كلا منها متعلق بالمالية - هو أن ظاهر أدلة باب الزكاة أنها في العين ، ولكن ثبت أيضاً - نصاً وإجماعاً - جواز دفع المالك القيمة إرفاقاً به ، بخلاف إرث الزوجة ، فإن ظاهر الأدلة تعلقه بنفس القيمة ، وإن ظهر من بعضها : أن علة حرمانها من العين الإرفاق بالوارث لكن لا يبعد كون ذلك من قبيل حكمة الجعل والحرمان من العين :

وبالجملة ، لادليل على جواز إجبارها على أخذ العين بدلا عما تستحقه من القيمة ولم يثبت ذلك بنص أو إجماع ، كما ثبت في باب الزكاة جواز دفع القيمة بدلا عن العين ، فاجبارها على اخذ استحقاقها من العين في غاية الإشكال ، فلا يترك الاحتياط بالمصالحة معها على ذلك :

ثم ان الكلام في الخمس هو الكلام في الزكاة والخيار فيه هو الخيار فيها ، اذ الظاهر أنه حق فرضه الله تعالى لأربابه - وهم بنو هاشم - في أموال خاصة عوضاً عما فرضه لغيرهم من الصدقات التي حرّمها عليهم من غيرهم تكريماً لهم وإعلاء لشأنهم :

وبالجملة ، فالظاهر إتحاد نحو الحقين ، والله تعالى هو العالم .

ثم إن مقتضى ما ذكرنا من أن الحق نحو من الملك ومرتبة من مراتبة : كونه بحسب طبعه قابلاً للانتقال بالارث ، ويشمله النبوي المشهور : « ما ترك الميت من حق فهو لوارثه » (١) وغيره ، مالم يستفد من دليله - أو من الخارج - أنه متقوم بخصوص ذي الحق ، وليس له قابلية الانتقال بالارث فمثل حق القسم الذي هو للزوجة على الزوج - وإن كان قابلاً للنقل إلى ضررتها (٢) بالصلح عليه مجانا فقط - كما عن جماعة من اصحابنا - قدس سرهم - أو حتى إذا كان بالمعاوضة عليه - كما هو مقتضى القاعدة مالم يقيم لإجماع على خصوص الجارية - ولكنه غير قابل للانتقال بالارث ، حتى إلى الضررة ، كما لو تزوج شخص بامرأة ، ثم تزوج بعمتها أو خالتها ، ثم ماتت إحدهما وكان الوارث لها ضررتها ، فإنها لا ترث حق للقسم منها ولعل الفرق بين النقل والانتقال بالارث : أن الحق المذكور إنما هو للزوجة مادام الحياة بمعنى أن قوامه الحياة فلها نقله وتفويضه إلى مثلها ، وبموت الزوجة ينعدم موضوع الحق وينتهي أمده ، فلا متروك حتى يورث وبالجملة ، فظاهرها التسالم على عدم انتقال الحق المذكور إلى الوارث مطلقاً :

ومن الحقوق - غير القابلة للنقل بل ولا الانتقال على الظاهر : - ما كان من قبيل حق الغيبة والشم والضرب والابذاء - بناء على كونها من الحقوق وعدم كفاية التوبة فيها بل لا بد من إرضاء ذي الحق وإبرائه

(١) راجع : كتاب مكاسب الشيخ الانصاري ، باب الخيارات ، الكلام في أحكام الخيار :

(٢) الضررة - بالفتح والتضعيف - : تطلق على كل من زوجتي الرجل أو زوجاته ، فهما ضررتان ، وهن ضرائر :

والاظهر : أنها ليست من الحقوق بالمعنى الذي ذكرناه من الحق وان قلنا بهدم كفاية التوبة فيها ، فإنها لم تكن من مقولة الملك ومن مراتبه ووجوب استحلالات الانسان ممن استغابه أو آذاه بالضرب أو الشتم - على فرضه - إنما هو من حيث ظلمه له بهتك عرضه أو إبدائه ، لا لثبوت حق له عليه بمعنى الملك .

ثم إنه لاملزمة بين قبول الحق للنقل وبين قبوله للانتقال بالارث ، فقد يكون الحق قابلاً للنقل ولا يقبل الانتقال ، كما ذكرنا من حق القسم وقد يقبل الانتقال بالارث ولا يقبل النقل كحق الرهانة وحق الشفعة وحق الخيار - على الاظهر - من عدم قبوله للنقل ، وقد لا يقبلها بل ولا الإسقاط كما ذكرنا من حق الخمس والزكاة ، وقد يقبلها جميعاً كحق التحجير على موات من الارض - مثلاً -

ثم إن ما يقبل النقل قد يكون قابلاً للنقل الى كل أحد كحق التحجير فإنه قابل للنقل الى كل أحد بالمصالحة عليه مع العوض وبدونه ، بخلاف حق القسم للزوجة ، فإنه إنما يقبل النقل الى الضررة - فقط - .

فان قلت : اذا كان حق الرهانة وحق الشفعة وحق الخيار قابلاً للانتقال الى الوارث ، ولم يكن متقوماً بذئ الحق ، فلم لا يكون قابلاً للنقل الى الغير بالمصالحة عليه ... ؟

قلت : وجه الفرق بين انتقال الحقوق المذكورة بالارث وبين نقلها بالمصالحة متوقف على بيان حقيقتها فنقول :

إن حق الرهانة مرجعه الى سلطة المرتهن حاصلة له بعقدها على اسقياء دينه الذي هو على الراهن من العين المرهونة ببيعها وأخذ مقدار دينه من ثمنها عند حلول الدين بالشروط المذكورة في باب الرهن ، وهذه السلطة لا يعقل نقلها الى الراهن - كما لا يخفى - وأما نقلها الى ثالث له دين

أيضاً على الراهن ، وان كان غير ممتنع عقلاً ولكنه يتوقف على أن يكون العقد الواقم بين الراهن والمرتهن مقتضاه كون الرهن وثيقة على ما بعم دينه ودين غيره على البذل ، ليصح للمرتهن تخويل ماله من الحق في العين المرهونة الى غيره ممن له دين على الراهن ، ومن الواضح أن عقد الرهانة الواقع بين الراهن والمرتهن إنما يقتضي كون الرهن وثيقة على خصوص دينه الذي هو على الراهن ، لا الأعم من دينه ودين غيره ، فالسلطنة الحاصلة للمرتهن محدودة غير صالحة للتعدية والتحويل الى الغير :

وبالجملة فكما لا يمكن نقل الحق المذكور وتحويله الى من هو عليه كذلك لا يمكن تحويله ونقله الى ثالث وان كان ذا دين ايضاً على الراهن بل الحق خاص بالمرتهن إن شاء أخذ به ، وان شاء أسقطه .

نعم لو نقل المرتهن الدين الذي له على الراهن الى ثالث بالبيع ونحوه فالظاهر أن الرهن يتبعه في الانتقال الى المنقول اليه ، فيكون ذا الحق في العين المرهونة فان العقد الواقع بين الراهن والمرتهن مفاده ومقتضاه كون الرهن وثيقة على شخص الدين الذي كان للمرتهن على الراهن ، وبانتقال الدين الى مشتريه - مثلاً - لم يكن المنقول الانفس ما كان الرهن وثيقة عليه . لاغيره : غاية الأمر اختلف مالك الدين ، وهو غير ضائر .

وبالجملة ليس هذا كنقل الحق الى ثالث له دين آخر على الراهن الذي منعنا منه - كما لا يخفي - :

وأما حق الشفعة الذي هو عبارة عن ملكية الشريك وسلطنته على المشتري لحصة شريكه المبيعة حال شركته لتملك تلك الحصة وأخذها منه قهراً بالثمن الذي اشتراها به من شريكه ، فهذا المعنى غير قابل للنقل الى من عليه الحق ، وهو المشتري ، إذ هو مالك لتلك الحصة بالاشتراء ، فلا معنى لنقل حق التملك منه اليه . وكذا لا يقبل النقل الى ثالث ، اذ لو كان

النقل اليه بمعنى تسليطه على اخذ الحصّة من المشتري الى ذى الحق ، وهو الشريك نفسه ، فهذا ليس من نقل الحق اليه ، وإنما هو توكيل واستنابة في الأخذ لحق الشفعة لذي الحق وهو الشريك .

وان كان المراد تسليط الغير على اخذ الحصّة من المشتري وتملكها لنفسه ، فهذا للتسليط لم يجعل للشريك ، فان الحق المجهول له من الشارع إرفاقاً به هو السلطنة على تملك الحصّة المبعة في شركته من مشتريها بالثمن الذي اشتراها به و اضافتها الى حصته ، ومن هنا سمي الحق المذكور بحق الشفعة ، اذ الشفيع بأخذه به وإعماله يشفع حصته ويجعلها شفعاً وزوجاً بنصيب شريكه الذي ابتاعه المشتري منه .

وبالجملة ، فليس الذي هو للشريك من الحق مجرد تملك الحصّة من مشتريها قهراً عليه ليتمكن نقل ذلك الى الغير، بل الذي له من الحق تملكها بما أنها شفعة ، وأنه شفيع وجاعلها منضمة الى حصته وشفعاً بها ، والحق بهذا المعنى لا يمكن نقله الى الغير : نعم اذا اخذ بشفعته وتملكها وصارت له فليقلها الى من شاء ، فان للناس مسلطون على أموالهم ، وأما قبل التملك فليس له نقل الحق المذكور وتحويله الى غيره :

هذا ، وأما نقل حق الخيار الى غير من جهل الحق له ، وتحويله اليه ، ففي إمكان ذلك وعدمه خلاف ، فصريح شيخنا الانصاري - قدس سره - في اول كتاب البيع من (مكاسبه) عدم قابليته للنقل ^(١) وصريح سيدنا - قدس سره - فيما سبق من كلامه : قابليته للنقل حيث يقول : « فالظاهر جواز المعاوضة عليه بما يوجب نقله ... »

(١) قال : « ... وأما الحقوق فان لم تقبل المعاوضة بالمال كحق الحضانة

والولاية فلا إشكال ، وكذا لو لم يقبل النقل كحق الشفعة وحق الخيار ... »

وقبل بيان ماهو المختار من الرايين وتحقيق ذلك نقول :

المتبايعان - تارة - ينشآن البيع بينهما بالتعاطي فيعطي كل منهما ماله للآخر قاصداً تملكه إياه بعوض ما يأخذه منه : - وأخرى - ينشآن البيع بالعقد المشتمل على الإيجاب والقبول كبعت واشترت . أما في صورة انشاء البيع بالتعاطي فإن فعلهما الخارجي ، وإن كان على ماهو المختار ، مصداقاً للبيع حيث أن مفهومه تملك عين بعوض أو تبديل طرف لإضافة الملكية بطرف إضافة مثلها لآخر كما هو المختار أو مبادلة مال بمال مع كون المعوض عيناً ، كيف ما كان ، فالمفاهيم المذكورة تنطبق على فعلهما الخارجي وتشمله آية « أحل الله البيع : ... » (١) وآية « التجارة عن تراض » (٢) ويصح بذلك ويحصل الملك لكل منهما فيما أخذه من صاحبه ، ولكنه ملك جائز ليس فيه اقتضاء للزوم ، فإن غاية ما يستفاد من تعاطيها بقصد الملك ملكية كل منهما ما أخذه من الآخر . وأما التعهد والالتزام من كل منهما بالثبات والبقاء على ما ملكه للآخر ، فلا دلالة لفعلها عليه ، والآيتان إمضاء وتصحيح لما يستفاد من فعلهما ، وهو أصل الملكية ليس إلا كما أن السيرة التي استدل بها على حصول الملك بالمعاطاة غاية ما يستفاد منها معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك وترتيب آثاره عليه ، وأما لزوم الملك وعدم جواز الرجوع فيه ، فلا دلالة لها عليه ، ولعل منشأ تسالم الأصحاب ممن قال بإفادتها الملك أو الإباحة على عدم اللزوم : هو القصور في مقتضي لا لوجود دليل على عدمه - من إجماع ونحوه .

هذا إذا كان انشاء البيع بالفعل . وأما في صورة لإنشائه بين المتبايعين

(١) البقرة : ٢٧٥ :

(٢) النساء : ٢٩ .

بالعقد المشتمل على الايجاب والقبول ، فهياة الماضي - مثلاً - الواردة على مادة البيع والشراء ، وان دلت على تمليك العين بالعوض وتملكها به ، كالتعاطي بقصد الملك إلا أن إنشاء التمليك والتملك بالقول كما يدل على ما دل عليه الانشاء بالفعل بالمطابقة وهو تمليك العين وتملكها بالعوض ، كذلك يدل بالدلالة الالتزامية العرفية على التعهد والالتزام من كل من المتعاقدين بهذا المدلول المطابقي ، والاثبات عليه ما لم يكن في البين خيار مجعول له ، ومن هنا أطلق العقد على الانشاء بالقول فانه : العهد الموثق المحكم ، لما فيه من الاحكام . ويشهد لذلك : أن المعاملات الخطيرة ذات الشأن إنما تنشأ - نوعاً - بالعقود دون المعاطاة من جهة فقدان المعاطاة لما كان العقد واجداً له من الالتزام والإحكام . وآية « أوفوا بالعقود » (١) إنما تمضي وتلزم بالوفاء بالعقود باعتبار وجود المدلول الالتزامي فيها ، وهو التزام كل من المتعاقدين لصاحبه بالثبات والبقاء على ما يقتضيه العقد من التمليك والتملك بالعوض .

ودليل الخيار المجعول بأسبابه وموارده - ومنها اشتراط ذلك في ضمن العقد - يكون مخصصاً لعموم « أوفوا بالعقود » :

وحقيقة الخيار نظرة ومهلة لمن هو له فيما التزمه لطرفه بانشاء العقد من الثبات عليه والالتزام بمقتضاه ، وسلطنة له على نقضه وحله أو اقراره وإبرامه ، وهو - بهذا المعنى - حق بالمعنى الأخص لمن له . وهل هو متعلق بالعقد من حيث أنه يملك فسخه وإقراره ، أو أن متعلقه العين الخارجة من ملكه الى طرفه من حيث أن ذا الخيار يملك إعادتها الى نفسه بفسخ العقد ؟ وجهان : - بل قولان - وعليهما يهتني جواز تصرف من

عليه الخيار في العين المنقولة اليه ممن له الخيار تصرفاً منافياً لحق ذي الخيار وعدم جوازه ، كما هو مذكور في فصل أحكام الخيار .

فان قلنا : إن متعلق حق الخيار لمن جعل له ، هو العين الخارجة عن ملكه الى ملك طرفه واله يملك لإرجاعها اليه بفسخ العقد ، فلا يجوز لطرفه التصرف المنافي لحقه فيما الثقل منه اليه ، اذ هو تصرف في متعلق حقه مناف له فانه لو إختار فسخ العقد لا يقدر على إرجاع العين اليه فيما لو كان تصرف من عليه الخيار فيها بالبيع - مثلاً - أو العتق أو الائتلاف نعم لو قلنا بأن متعلق حق ذي الخيار نفس العقد من حيث قدرته على فسخه وإقراره ، فان التصرف بالبيع والعتق ونحوه ممن عليه الخيار لا ينافي حق ذي الخيار من حيث الاقتدار على فسخ العقد لو كان هو المختار : غاية الأمر ان المتصرف يضمن له عند فسخه مثل ما تصرف فيه أو قيمته :

وهل الخلاف بين سيدنا الخال المصنف ، والشيخ الانصاري - قدس سرهما - في جواز نقل الخيار وتحويله الى غير من هوله وعدم جوازه مهني على الخلاف في متعلقه ؟ الظاهر عدم الإبتناء عليه ، فان الشيخ - قدس سره - في فصل أحكام الخيار - يختار - أو يقرب - تعلقه بالعقد ، حيث أنه بعد أن يذكر حجة القول بمنع التصرف وان الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث إرجاعها بحل العقد الى ملكها السابق ، فالحق - بالأخرة - متعلق بالعين التي انتقلت منه الى صاحبه فلا يجوز أن يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق باتلافها أو نقلها الى شخص آخر - يقول : « هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه المنع ، لكنه لا يخلو عن نظر ، فان الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظة جواز التفاوض في حال تلف العينين هي سلطنة ذي الخيار على فسخ العقد المتمكن في حالتي وجود العين وفقدها

فلا دلالة في مجرد ثبوت الخيار على حكم التلف جوازاً ومنعاً ، فالمرجع فيه سلطنة الناس على أموالهم - الى أن يقول - : فالجواز لا يخلو عن قوة في الخيارات الأصلية .

وهنا يجزم بعدم قابليته للنقل ، حيث يقول - في أول كتاب البيع - : « وأما الحقوق فإن لم تقبل المعاوضة بالمال كحق الحصانة والولاية ، فلا إشكال وكذا لو لم تقبل النقل كحق الشفعة وحق الخيار » .

وعلى كل ، فالظاهر عدم قابلية لنقل حق الخيار وتحويله الى غير من جعل له - مطلقاً - سواء قلنا إنه متعلق بالعين المنقولة منه الى صاحبه أم إنه متعلق بالعقد .

أما على القول بتعلقه بالعين ، بمعنى أن ذا الخيار فيما اذا كان هو البائع - مثلاً - يملك لإرجاع المبيع الى ملكه قهراً على المشتري بفسخ العقد فعدم صلاحية نقل الحق المذكور بهذا المعنى الى المشتري من الواضح بمكان ، فانه اذا صار ذا خيار - فرضاً - بنقل البائع خياره اليه ، فرجع ذلك الى أنه يملك لإعادة الثمن اليه قهراً على البائع بفسخ العقد ، وهذا غير ماكان للبائع من الحق ، وإنما هو حق جديد له اذ العلة والاضافة الضعيفة المعبر عنها بالحق كانت بين البائع وبين ما نقله بالمبيع الى المشتري ، وهو المبيع والحادثة اضافة ناقصة بين المشتري وبين الثمن ، وهي غير الاضافة التي كانت للبائع . ومن الواضح ان ذا الحق إنما يتسلط على نقل حقه الى الغير - فيما اذا كان قابلاً للنقل والتحويل ، وليس له جعل حق للغير لم يكن هو المحعول له إذ جعل الحقوق لأربابها من وضائف الشارع المقدس :

هذا اذا قلنا : إن متعلق حق البائع هو العين المبيعة : وأما اذا قلنا إن متعلق الحق هو العقد الواقع بينهما ، فعدم جواز نقله وتحويله الى الغير

وان لم يكن بذلك الوضوح ، فانه يمكن أن يقال : إن العقد الواقع بين البائع والمشتري كان متعلق حق البائع فيما لو كان الخيار له ، فزمame بيده فله حله ولقضه ، وله إقراره ، وإحكامه . وهذا الحق الذي كان للبائع بالمعنى المذكور ، أعني السلطنة على فسخ العقد وإقراره يمكن نقله وتحويله الى المشتري بالمصالحة عليه بعوض أو بدونه ، وعمومات الصلح تشمله ، فيكون المشتري ذا الخيار بعد الصلح ، وتسليم زمام الحق اليه .

هذا ولكن لقائل أن يقول : إنا ذكرنا فيما سبق أن لإنشاء البيع الذي حقيقته تبديل طرف لإضافة مالك المثلث بطرف ، إضافة مالك المثلث اذا كان بالعقد المشتمل على الإيجاب والقبول فانه كما يدل بالمطابقة على تبديل كل من المتعاقدين المثلث بالمثلث في عالم الاعتبار والانشاء ، كذلك يدل بالدلالة الالتزامية على التزام كل منهما لصاحبه بالثبات والبقاء على هذا التبديل وبمقتضى إامضاء الشارع وحكمه يلزوم ما التزمه كل منهما لطفه بالانشاء بقوله تبارك وتعالى « أوفوا بالعقود » يملك كل منهما على صاحبه - مضافاً الى المال الذي ملكه إياه - ثباته والتزامه بعدم التعدي عن حدود التبديل المنشأ بالعقد . ومن هنا سمي اللزوم المذكور « لزوماً حقياً » فان كلا منهما له على طرفه حق الالتزام بما تعهده له من الثبات والبقاء على ما انشأه من التبديل .

هذا اذا لم يكن لأحد المتعاقدين خيار مجعول من الشارع المقدس أو من المتعاقدين بالشرط في ضمن العقد .

وأما لو كان لأحدهما خيار مجعول من الشارع أو من المتعاقدين فن له الخيار منهما كما يملك ما التزم به صاحبه له ، كذلك يملك ما التزمه هو لصاحبه ، فن حيث ملكيته لما التزمه صاحبه له يكون العقد بالنسبة الى صاحبه لازماً لابنفسه بفسخه ، ومن حيث ملكيته لما التزمه لصاحبه يكون

العقد بالنسبة اليه جائزاً :

وبالجملة ، فغاية ما يمكن أن يستفاد من جعل الخيار أن يكون للمجهول له من الحق مهلة النظر في مدة الخيار في التزامه الذي التزمه لصاحبه بأن يحكمه ويبرمه أو ينقضه ويحمله ، وأما نقل هذا الحق وتحويله الى صاحبه الذي هو ملزم بالتزامه والعقد لازم بالنسبة اليه ليكون هو صاحب الحق عليه ، بعد أن كان الحق له عليه ، فاستفادة السلطنة على هذا التحويل من جعل الخيار لشخص من الشارع أو من المتعاقدين بالشرط مشكل غاية هذا ، وأما نقل الخيار الى ثالث ، فتارة يحمله من له الخيار كوكيل عنه في إنشاء الفسخ والاقرار مع رعاية مصلحة ذي الخيار فيما يختاره من الفسخ أو الاقرار ، فالظاهر عدم الاشكال في ذلك ، فانه ليس من نقل حق الخيار وتحويله الى الغير ، بل هو كتوكيل منه على اعمال خياره واعتماد منه على حسن اختياره .

وأما نقله الى الغير على نحو ما ذكرنا من التحويل الى طرفه بمعنى تسليم زمام الحق اليه بأن يكون هو ذا الخيار بعد التسليم ومن كان له الخيار مسلوب الاختيار في أمر العقد ، فهو ما ذكرنا أنه مشكل غاية الاشكال ، بل الظاهر عدم قابلية حقه المجهول له لنقله الى الغير بالمعنى المذكور : فان قلت : أليس للبائع - مثلاً - حين إنشاء البيع جعل الخيار للغير بالشرط في ضمن العقد بنحو يكون المجهول له هو صاحب الحق ، والجعل لالخيار له ، ولا اختيار في أمر عقده ، بل تكون سلطنة الفسخ والاقرار لذلك الغير ، فاذا صح له جعل السلطنة المعبر عنها بالحق عند العقد للغير فلم لا يصبح نقلها الى الغير بعد أن جعلت له عند العقد :

قلت : الفرق بين جعل العاقد الخيار للاجنبي عند العقد ، وبين نقله الخيار للمجهول له اليه بعد العقد واضح ، فانه عند العقد له السلطنة

التامة على ماله ، ومقتضى عموم سلطنته عليه جواز نقله الى الغير بالمبيع
اللازم أو البيع غير اللازم أي المجهول فيه الخيار له أو لغيره بالشرط في
ضمن العقد ، فجواز جهل الخيار للغير حال للعقد من مقتضيات سلطنته
على ماله : أما نقل حق الخيار المجهول له حال العقد وتحويله الى الغير بعد
العقد ، فليس من مقتضيات سلطنته على ماله ، فانه حال نقل الخيار لم
يكن المال له ، بل للمشتري ، والخيار المجهول له حال العقد من الشارع
أو بسبب الشرط في ضمن العقد مقتضاه سلطنته على اقرار العقد او حله
ونقضه ، لا الأعم من ذلك ومن توليته الغير على البذل .

وبالجملة ، لم يتضح قابلية نقل حق الخيار الى الغير كما اختاره سيدنا
المصنف - قدس سره - :

ومع الشك ، فالأصل عدم الانتقال بنقله .

هذا ما كان من أمر نقل الحقوق الثلاثة الى الغير ، وأما قابلية التقاها
الى الوارث ، فيمكن أن يقال في وجهه بأن الوارث يقوم مقام المورث
فيما كان له من مالكية وواجدية اعتبارية ، فيكون له ما كان لمورثه من
ملك وحق بانتقال ذلك منه اليه ، ففيما نحن فيه من حق الشفعة ، كما
تنقل اليه بالارث ملكية الشقص الذي كان مملوكاً لمورثه عند الموت ،
فكذا ينتقل اليه بالارث حق الشفعة الذي كان لمورثه في الشقص المبيع في
شركته .

وعليه ، فله الأخذ بحق الشفعة الذي كان لمورثه وورثه منه الذي
مرجهه السلطنة على تملك حصّة شريكه المبيعة في شركته من مشربها
بالثمن الذي اشتراها به ، قهراً عليه - فيقوم الوارث مقام المورث ويكون
له ما كان لمورثه من حق تملك الشقص من مشربه بذلك الثمن .

وكذا حق الرهانة الذي مرجهه سلطنة المرتهن على استيفاء دينه الذي

له على الراهن من الرهن ببيعته واستيفاء مقدار الدين من ثمنه ، فيرث الوارث ذلك الحق من مورثه ، ويستوفي الدين الذي ورثه منه من الرهن على النحو الذي كان لمورثه .

وهكذا حق الخيار الذي مرجعه سلطنة دى الحق على إقرار العقد وحله ، فالوارث للبائع - مثلاً - يرث حقه ، فيتسلط على ما كان مورثه مسلطاً عليه من إقرار العقد وحله ، فان أقره ورث ماملكه مورثه من ثمن المبيع ، وإن حله بفسخه رجع المبيع الى ملك مورثه ملكية آتية استطراقية الى ملك وارثه ، نظير ملكية الميت لدبه نفسه ، فانها عوض نفسه التي أزهقت بالقتل ، فيملكها ثم يرثها الوارث منه .

وبالجملة ، فلا ملازمة بين قبول الحق للانتقال بالارث وبين قبوله للنقل بالمصالحة عليه فقد يكون الحق قابلاً لأحدهما دون الآخر .

هذا ، ولو شك في شيء مجعول من الشارع أنه من سنخ الأحكام أو من سنخ الحقوق ، فان دل الدليل على قابليته للانتقال او الاسقاط يستكشف من ذلك أنه حق ، اذ الحكم غير قابل لكل منها ، وإلا فالأصل يقضي عدم سقوطه بالاسقاط وعدم انتقاله بالارث ، ولا بالنقل ، كما انه لو علم كونه حقاً وشك في قابليته للنقل أو الانتقال كان الاصل عدمها : بقي شيء ينبغي التنبيه عليه : وهو أنه لو أحرز كون المجعول حقاً قابلاً للنقل والاسقاط كحق التحجير مثلاً - فهل يصح جعله ثمناً في البيع ربما يقال بصحة ذلك بدعوى أن حقيقة البيع تمليك عين بعوض في قبالة الهبة التي هي تمليك مجاني ، وبكفي في العوضية جعل البائع على المشتري شيئاً يحصل منه نفع يعود اليه في قبالة العين الخارجة من ملكه الى المشتري فلو جعل عليه إسقاط حق تحجيريه - مثلاً - على الارض المباعة عوض ماملكه من العين ليسبق اليها البائع فيحجزها له ، كان مصداق تمليك العين

بالعوض ، وأولى بذلك ما لو جعل-ل-العوض نفس الحق لينتقل منه اليه في قبال ما انتقل منه اليه من العين .

هذا ، ولكننا نقول : إن حقيقة البيع ليس مطلق تملك العين بعوض من المشتري ، ولو كان من قبيل إسقاط حق ينتفع به البائع ، بل ولا تبديل لإضافة بإضافة أخرى ولو لم تكن من سنخ إضافة البائع ، بل حقيقته - لغة - والمتبادر منه عرفاً - : إنشاء تبديل عين هي طرف لإضافة مالكية بطرف إضافة مثلها لآخر في ظرف قبوله ذلك ،

توضيح ذلك : إن الملكية التي هي جلة اعتبارية وعلاقة وإضافة بين المالك والمملوك لها طرفان : طرف يرتبط ويتعلق بالمالك ، وآخر بالمملوك فحقيقة الارث انحلال الإضافة والعلاقة من طرفها المتعلق بالمالك وارتباطها بالوارث مع بقاء التعلق من طرفها الآخر المتعلق بالمملوك على ما كان عليه ، فإن الوارث يقوم مقام المورث وبأخذ بزمام ما كان المورث أخذاً به .

وأما البيع ، فحقيقته : حل طرف علاقة المالك للمشتري وإضافته من جانب مملوكه وربطها بطرف إضافة المشتري ، وحل إضافة المشتري من ذلك الجانب أيضاً ، وربطها بمكان علاقة المالك للمشتري المحلولة .

وأما الإضافتان - من حيث اتصاف كل منهما بكونها مالكية - فلم يطرأ عليها تغيير وتبديل ، وإنما التغيير والتبديل في المملوكية ، فالبايع إذا كان أصيلاً قبل البيع ، كان مملوكه المثلث ، وبعد البيع يملك الثمن ، والمشتري بالعكس . وفيما إذا كان وكيلاً أو ولياً ، فهو كله - أو المولى عليه - يكون كذلك .

ومن هنا نقول - على ما هو التحقيق - : لا بد في إنشاء البيع أن يكون البائع - أصيلاً كان أم وكيلاً أم فصولياً - قاصداً دخول

المثمن في ملك مالك الثمن عوضاً عما يخرج من ملك مالك الثمن الى ملك مالك المثمن ، وكذا المشتري بالنسبة الى الثمن ، فيقصد دخوله في ملك مالك المثمن عوضاً عما يخرج من ملك مالك المثمن الى ملك الثمن ، فبيع الغاصب العين لنفسه اذا لم يسبق منه بناء وإدعاء للملكية العين المغصوبة ، وأنها كسائر املاكه - باطل غير صالح للتصحيح باجازه المالك اصلاً - لاله ولا للغاصب ، كما نبهنا عليه في بيع الفضولي :

اذا عرفت ذلك ، تبين لك عدم صحة جعل الحق بالمعنى الأخص ثمناً في باب البيع ، لابعنى جعل الثمن إسقاطه ، اذ هو غير قابل للانتقال الى الغير ، لأنه فعل ذى الحق ، وهو المشتري ، ولا بمعنى جعل أصل الحق ثمناً ، فانه ، وان كان قابلاً للنقل الى الغير حسب الفرض ، ولكنه يتوقف ذلك على أن يكون حقيقة البيع تبديل إضافة باضافة أخرى ، وقد ذكرنا أن حقيقة البيع تبديل طرف إضافة مالكية بطرف إضافة مثلها لآخر فان المتبادر - عرفاً - من لفظ البيع والمركز في اذهانهم أنه تبديل الأموال بعضها ببعض في عالم الانشاء والاعتبار :

ويشهد لذلك تعريف (صاحب المصباح) البيع بأنه : مبادلة مال بمال (١).

وبالجملة ، فجعل ثمن المبيع من سنخ الحقوق مشكل غاية الاشكال فانه من قبيل تبديل المملوك بالملك ، اذ الحق ملك ناقص ، لامن قبيل تبديل المملوك بالمملوك الذي هو معنى البيع - كما ذكرنا - :
نعم : يمكن نقل الحق المذكور الى الغير بالمصالحة معه بعوض -

(١) ونص عبارته - كما في مادة بيع - : « والأصل في البيع : مبادلة مال

بمال . »

عيناً كان أم منفعة أم حقاً مثله قابلاً للنقل وذلك أمر آخر ، فانه من الصلح لامن البيع ، ولا كلام لنا فيه : كما أن جعل الأجرة في باب الاجارة حقاً مشكل كذلك ، فانها كالبيع معاوضة بين مالين غير أن المعوض فيها المنافع أو الاعمال ، وفي البيع : الاعيان : والله تعالى هو العالم .

هذا آخر ماعلقناه على (رسالة الفرق بين الحق والحكم) لسيدنا الخال المصنف - قدس سره - والحمد لله رب العالمين :

رِسَالَةٌ

فِي قَاعِدَةِ مَا يَضْمَنُ بَصِيحُهُ
يَضْمَنُ بَقْلَهُ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسألة : اشتهر بين الفقهاء - سبياً المتأخرين منهم - : أن كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، حتى أمسوها قاعدة كلية وأرسلوها لإرسال المسلمات ، بل صرح بعضهم بكليتها ، طرداً وعكساً ، وهي :
مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده (١).

(١) أقول : هذه قاعدة ذكرها الفقهاء - قدس الله أسيادهم - في مقام بيان الضابط لتمييز ما يضمن فيه مورد العقد الفاسد ومصبه مما لا يضمن فيه - وورده .
وليست هي لبيان سائر موارد الضمان . بل هي خاصة بموارد العقود الفاسدة ، وما كان منها أقرب الى كونه إيقاعاً من كونه عقداً ، كالخلع والجهالة .

ومفادها : أن كل ماصدر من العقود وما يلحق بها على جهة المعاوضة
فالفاسد منه كالصحيح مقتضى للضمان ، وما صدر منها لاعلى جهة المعاوضة ، بل
على وجه الحبان ، ففاسده كصحيحه لا يقتضي الضمان . مثلاً : لو بذلت الزوجة
مالا للزوج ليخلعها ويخلصها عن ربة الزوجية ، فخلعها على ما بذلت ، وكان
الخلع فاسداً لعدم اجتماع شروط صحته ، يضمن لها ما بذلته له لكونها لم تبذله مجاناً ،
بل عوضاً عن خلاص نفسها عن تلك الربة وكذا الكلام في الجمالة في صورة
فسادها ، حيث أن العامل لم يبذل عمله تبرعاً ، وإنما بذله بازاء الجعل ، فيضمن
الجاعل له ما استوفاه من عمله بأجرة مثله :

ثم إن من عبر عن القاعدة بقوله : « كل عقد يضمن بصحيحه يضمن
بفاسده » ومن عبر عنها بقوله : « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » فالمفاد
والمقصود فيها واحد . ولعل المعبر بالعبارة الثانية قصد تعميم القاعدة للإيقاعات
المشتملة على التعهد والضمان - كما ذكرنا -

ثم إن ما ذكرناه أخص مما أطلق بعض في تعداد أسباب الضمان :
القبض بالعقد الفاسد ، فانه يشمل الم يمكن مضمونا بصحيحه كالعارية :
بل وسائر التمليكات المجانية ، فلا بد من حيث تخصيص القاعدة أو تعميمها
من النظر الى مدركها ، فان كان هناك ما يستفاد منه عموم القاعدة كحديث :
« على اليد » (١) وجب تخصيصها بالكليسة الثانية - بعد تسليمها -
لورودها عليه :

وكيف كان ، فهنا قاعدتان : احدها ايجابية ، وهي « كل ما يضمن
بصحيحه يضمن بفساده » والاخرى سلبية وهي : « كل مالا يضمن
بصحيحه لا يضمن بفساده » ،

والكلام في الكلية الايجابية يقع - مرة - في معناها ، واخرى - في
مدركها :

أما معناها ، فنقول - وبالله التوفيق - : أما كلمة (ما) فيحتمل
أن تكون كناية عن المقبوض باعتبار القبض أو بما يحكمه من الاستيفاء للعمل
لأنه الموجب للضمان والسبب له بلا واسطة ، أو عن العقد - كما وقع التعبير
به في بعض العبارات ، لأنه سبب لما يترتب عليه من القبض ، وموجب
له بواسطته ، وبشرط تحققه .

ويجده - مع كونه مرجوحاً - بالنسبة الى الاول ، لما عرفت من
لزوم الواسطة في النسبة - : انه انما يتم في العقد الصحيح ، وأما الفاسد فلا

(١) ونص الحديث هكذا : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ذكره
العجلوني في (كشف الخفاء : ج ٢ حديث ١٧٦٨) عن عامة كتب الصحاح ، ونقل
عن الترمذي وأبي داود بلفظ (تؤدي) . وورد ذكره بصيغته - ايضاً - في عامة
كتب الفقه والحديث - من الفريقين - .

مدخلية له بنفسه في التأثير - بالمرة - (١).

(١) أقول: إن ما ذكره - قدس سره - وإن كان له وجه - ولكن يمكن أن يقال إن الأنسب أن تكون كلمة الموصول في كلام من عبر بها بقوله: « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » كناية عن العقد أو ما يشبهه من الإيقاع ، فإنه - مضافاً الى ما ذكرناه من أن كل من ذكر هذه القاعدة بأي تعبير كان - غرضه بيان الضابط لتمييز الموارد التي يضمن فيها مصب العقد الفاسد مما لا يضمن فيه ذلك . وعليه ، فالأظهر لمن عبر بالموصول : أن يريد به الكناية عن العقد ، لا المقبوض باعتبار القبض :-

إن الموصول في (ما يضمن بصحيحه : ..) الخ مبهم ، تفسره صلته . والأنسب فيما يتصف بالصحة والفساد هو العقد ، لا المقبوض باعتبار القبض .
وأما قوله « وأما الفاسد فلا مدخلية له بنفسه في التأثير بالمرة » .
فهو مبني على أن الباء في قولهم « بصحيحه » و « بفاسده » للسببية التامة . فلم لا تكون لطلاق السببية ، ولو كانت ناقصة .
فإن الموجب للضمين في الفاسد ، وإن كان هو قبض العين ولكن المنشأ له هو العقد .

أو تكون الباء للظرفية ، نحو قوله تعالى « نجيناهم بسحر » (١) وقوله تعالى « ولقد نصركم الله ببدر » (٢) فيكون المراد بقولهم (رحمهم الله) « ما يضمن بصحيحه .. » العقد المضمون مورده ومصبه في صحيحه مضمون ذلك في فاسده ، فيكون استناد المضمونية الى العقد ووصفه بها من قبيل الاسناد الى غير ما هو له والوصف بحال المتعلق .

(١) سورة القمر : ٣٤ :

(٢) سورة آل عمران : ١٢٣ .

= وعلى كل ، فالظاهر اتحاد المفاد في التعبيرين وان الموضوع في كل منهما هو العقد :

ثم إن القاعدة المذكورة - أصلاً وعكساً - لم تكن مورد نص - بالخصوص - ولا إجماع معتبر . وإنما استفيد أصلها من أدلة احترام مال المسلم وعمله . ومن جملتها حديث « على اليد .. » المشتهر بين الفريقين . ولما كان دليل الاحترام مورده ما اذا لم يسقط المالك احترام ماله وعمله ببذله - مجاناً - وتبرعه به ، كما أن عموم « على اليد » مخصص بأدلة التسليطات الخالية ، وأيدي الأمانة ، استفيد من ذلك عكسها . وبما أن مدركها منحصر بأدلة الاحترام الساقط بالاقدام على الخيانة ، وعموم « على اليد .. » المخصص بأيدي الأمانة ، فلا بد أن يختار لها معنى يوافق مدركها :

وعليه فلو فرض أن ظاهرها أن العقد الذي كان له - بالفعل - فردان صحيح ، وفاسد ، وكان الصحيح منها موجباً للضمان ، والفاسد - ايضاً - مقتض للضمان ، فالبيع بلا ثمن ، والاجارة بلا أجرة - بناء على كونها بيعاً فاسداً واجارة فاسدة - مقتضيان للضمان ، اذ البيع الصحيح موجب له : وكذا الاجارة الصحيحة ، ففاسدهما كذلك .

هذا ، ولكن لما كان الضمان فيها لا يوافق المدرك حيث أن التسليط فيها مجاني ، ومقتضاه عدم الضمان فيها ، فلا بد من رفع اليد عن هذا الظهور المفروض واختيار معنى للقاعدة يطابق المدرك بأن يقال : معناها إن كل شخص من العقود لو فرض كونه صحيحاً ، وكان - على الفرض موجباً للضمان - فهو مقتض للضمان في فرض الفساد . أما لو لم يكن - على فرض صحته - موجباً للضمان ، فلا ضمان فيه مع فرض فساده : وهذا ما اختاره البعض في معنى القاعدة ، وان استضعفه الشيخ المحقق الانصاري - قدس سره - حيث قال : - في مكاسبه اوائل كتاب البيع - : « وربما يحتمل في =

= العبارة أن يكون معناها أن كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحاً يضمن به مع الفساد ، ورتب عليه عدم الضمان فيما لو استؤجر بشرط أن لا أجرة - كما اختاره الشهيدان - قدس سرهما - أو باع بثلاثين - كما هو أحد وجهي العلامة في (القواعد) . ويضعف بأن الموضوع هو العقد الذي وجد له - بالفعل - صحيح وفساد ، لاما بفرض تارة صحيحاً واخرى فاسداً - فالمتعين بمقتضى هذه القاعدة : الضمان في مسألة البيع ، لأن البيع الصحيح يضمن به - نعم ، مذكروه بعض من التعليل لهذه القاعدة بأنه أقدم على العين مضمونة عليه ، لايجرى في هذا النوع ، لكن الكلام في معنى القاعدة ، لاني مدرکها » إنتهى :

أقول : بعد ما ذكرنا : من ان هذه القاعدة المذكورة لم ترد في نص ولا إجماع معتبر ، وإنما هي خرجة ومستفادة من أدلة : احترام مال المسلم وعمله ، المختص بصورة عدم إقدام مالكة على اسقاطه والتبرع به ، ومن عموم « على اليد » المخصص بأدلة التسلطات المجانية وأيدى الأمانة : فالمناط والمتبع شمول المدرك للمورد وعدم شموله له ، ولا اعتبار - بعد ذلك - بظاهر لفظ القاعدة اذا كان المدرك خاصاً بصورة الاقدام على الضمان ، ولا يشمل التبرع والمجان فلا بد من التصرف في الظهور - لو كان - مضافاً الى ما قد يقال : بأن قضية كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، شأنها شأن جميع القضايا الحقيقية في كونها منحلة الى شرطية شرطها عقد وضعها ، وجزاؤها عقد حملها . فمعنى « كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » هو انه لو وجد عقد - وكان على تقدير وجوده وصحته مما فيه الضمان - فهو على تقدير فساده ايضاً فيه الضمان . هذا أصلها ، وأما عكسها ، فهو أنه لو وجد عقد ، وكان على تقدير =

ثم الظاهر لإرادة التدارك من الضمان (١) وهو الظاهر من كون الشيء

= وجوده وصحته مما ليس فيه الضمان ، فهو على تقدير فساده ليس فيه الضمان وهذا المعنى الظاهر من القضية الحقيقية ظاهر الانطباق على ما احتمله ذلك البعض - كما لا يخفى - فان البيع بلا ثمن ، والاجارة بلا أجرة لو فرض كونها صحيحين لاضمان. فيهما : فهكذا مع فرض فسادهما .

ثم ان هذا بناء على ان انشاء البيع بلا ثمن ، والاجارة بلا أجرة مصداقان للفساد منها ، وأما بناء على كونها مصداقين للهبة والعارية الصحيحتين بناء على صحة انشاء عقد بلفظ آخر مع نصب قرينة على المراد ، أو أنها مصداقان للفساد منها بناء على عدم صحة ذلك ، فعدم الضمان فيهما واضح ، حيث أنه لاضمان في الهبة والعارية مطلقاً .

(١) الضمان : مصدر : ضمن الشيء - اذا تعهد به ، وهو مأخوذ من دخول شيء في شيء . مثلاً: الدلالة التضمنية يقال لمكان دخول المدلول التضمني في المدلول المطابقي ، وكون الدلالة عليه في ضمن الدلالة المطابقة ، والمراد به - هنا - تعهد الانسان بمال شخص آخر . وإنما سمي (ضماناً) لدخول المال المضمون في عهدة الضامن وذمته ، وهو ملزوم لكون درك المضمون عليه ، وخسارته من ماله ، فليس كون الدرك والخسارة من مال الضامن نفس الضمان ، وإنما هو لازم له .

ثم إن اطلاق الضمان واستعماله في التعهد قد يكون بلحاظ معناه المصدرى ، أعني : نفس التعهد بالمال وجعله في العهدة بما هو فعل الضامن ببذل العوض في مقابله ، وقد يكون بلحاظ معناه الاسم المصدرى المتأخر عن اللحاظ الأول رتبة أعني كون المال في العهدة ، ودخوله فيها الذي هو نتيجة الجعل ، بل ولو لم يكن بجعل منه ، بل كان بسبب غير اختياري للضمان ، كما في ضمان المقبوض بالسوم ، وكضمان المتلف لمال الغير حال النوم - مثلاً - :

وبلحاظ المعنى المصدرى استعمال الضمان في النبوي المعروف : « الخراج =

= بالضمان ، (١) على خلاف ما استفاده أبو حنيفة ، فانه فهم منه المعنى الاسم المصدري ، في مورد صحيحة أبي ولاد - عند اكترائه بغلام الكوفة الى قصر بني هبيرة في طلب غريم له ، فخالف وركبه الى النيل ، ثم الى بغداد ، وارجعه الى صاحبه بعد خمسة عشر يوماً - وتراضيا بأبي حنيفة حكماً فقال لصاحب البغل : ما تريد من الرجل ؟ قال : أريد كراء بغلي ، فانه حبسه علي خمسة عشر يوماً ، فقال أبو حنيفة : إني ما أرى لك حقاً ، لأنه اكتراه الى قصر بني هبيرة ، فخالف فركبه الى النيل والى بغداد فضمن قيمة البغل ، وسقط الكراء . فلما رد البغل سايماً وقبضته لم يلزمه الكراء . فخرج صاحب البغل بسترجم ، فرحمه أبو ولاد مما إفتى به أبو حنيفة واعطاه شيئاً وتحلل منه .

وحج في تلك السنة ، واجتمع بأبي عبدالله الصادق - عليه السلام - واخبره بفتوى أبي حنيفة ، فقال - عليه السلام - : « في مثل هذا القضاء تحبس السماء ماءها والارض بركااتها » فقال له أبو ولاد : فما ترى انت جعلت فداك ؟ قال - عليه السلام - : أرى له عليك مثل كراء البغل : ذاهباً من الكوفة الى النيل ، وذاهباً من النيل الى بغداد ، ومثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة توفيه إياه .. » (٢) الخبر . وبالجملة ، مستند فتوى أبي حنيفة ما فهمه من قوله (ص) « الخراج بالضمان » من أن مطلق دخول الشيء في العهدة مقتضى لاستحقاق منافعه ، ولو كان بغير =

(١) ذكره العجلوني بهذا اللفظ في (كشف الخفاء : ج ١ حديث ١٢٠٥)

عن عامة الصحاح .

(٢) مضمون خبر مفصل يذكره الحر العاملي - قدس سره - في (الوسائل

ج ٣ ، أحكام الاجارة ، باب إن من استأجر دابة الى مسافة فتجاوزها ..) حديث (١)

طهران اسلامية .

= اختياره ، كالضمان باليد ، فإن الخراج ما يخرج من الشيء ، ويتحصل منه من المنافع والنماء ، والباء في قوله « بالضمان » للعوضيّة والبديليّة أو السببية ، فيكون مفاد النبوي المذكور - على هذا - : إن ما يحصل من العين من النماء والمنفعة بدل ضمان العين ، أو بسببه ، ولو كان الضمان بغير اختيار وإقدام ، بل بحكم من الشارع بمقتضى شمول حديث « على اليد » .

هذا ، ولكن المتعين : أن المراد بالضمان في النبوي المذكور ، هو التعهد الاختياري المعاوضي الذي هو فعل الضامن ، وهو ما ذكرنا أنه الضمان بالمعنى المصدري ، فإن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي جعل ملكية المنافع والنماء بدلاً أو مسبباً عن إقدام الشخص على التعهد والضمان المعاوضي بهذا العوض فإن الغرض المهم للتعهد بذلك كون المنافع والنماء له مجاناً ، ولا مناسبة في جعل ملكية المنافع ونظيرها بدلاً أو مسبباً عن الضمان بمعناه الاسم المصدري ، ومجرد كون العين في العهدة ولو لم يكن ذلك بجعل واختيار من الضامن بل بحكم من الشارع بمقتضى عموم « على اليد » وقاعدة الاحترام ، بل بمقتضى ما فهمه أبو حنيفة أن الغاصب لا يضمن المنافع المستوفاة له مما غصبه بعد إرجاع العين له .

ومضافاً إلى المناسبة المذكورة ، يدل على ما ذكرناه رد الصادق - عليه السلام - على فتوى أبي حنيفة بذلك اللسان الشديد حيث أفتى بعدم ضمان منافع البغل عند المخالفة ، فلو كان الضمان في النبوي بمعناه الاسم المصدري كانت تلك الفتوى هي المتعينة . فن رده عليه السلام لها يستكشف تعين لإرادة المعنى المصدري الذي ذكرناه ، ولا شبهة في أن الصادق - عليه السلام - اعرف بمفاد كلام جده (ص) من أبي حنيفة « فإن أهل البيت أدرى بما

= لا يقال : ان مقتضى ما ذكرت من ان مفاد النبوي : أن الاقدام
المعاوضى على الضمان اختياراً موجب للملكية المنافع - كون المنافع للعين
المقبوضة بالعقد الفاسد غير مضمونة لمالك العين ، لوجود الاقدام المعاوضي
بالنسبة الى العين ، مع أنه لا إشكال في ضمان المنافع المستوفاة ، بل الفائدة
تحت يد القابض - على المشهور - .

لأننا نقول : الاقدام بالعقد الفاسد الذي هو كالعدم لا يكون منشأ
للملكية المنافع ، وإنما الموجب للملكيتها هو الاقدام بالعقد الصحيح الممضى
شرعاً .

هذا ، ولكن الغالب الشائع في اطلاق لفظ الضمان في النصوص والفتاوى
إرادة التعهد بالمعنى الاسم المصدري أعني كون المضمون في ذمة الضامن
وعهده ، كباب الغصب والمقبوض بالعقد الفاسد وبالسوم ، وباب إتلاف
مال الغير ، الى غير ذلك من سائر إطلاقات لفظه ، ومنها إطلاقه في قاعدة
« ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » اذ المستفاد منها أن كل عقد أو إيقاع
يكون مورده ومتعلقه في عهدة عاقده وموقعه ، يكون في فاسده كذلك ،
ومالم يكن في الصحيح في عهده لم يكن في الفاسد فيها - ايضاً - .

ثم إن ما يستفاد من القاعدة المذكورة كون الفاسد مساوياً للصحيح
في أصل تحقق الضمان ، وان اختلفا في المضمون وما هو في العهدة ، فانه
في الصحيح : هو المسمى في العقد ، وفي الفاسد المثل أو القيمة ، وأجرة
المثل في الاجارة ونحوها .

وهذا الاختلاف مما يقتضيه الصحة والفساد ، وإمضاء الشارع للمعاملة
وعدم إمضائه ، وهو اختلاف في لازم الضمان ، لافيه نفسه - كما لا يخفى -
بل قد يقال : بأن الضمان في الصحيح والفساد لا يختلف ، اذ هو بالمثل =

= أو القيمة في كليهما فإنه إما يكون بالمسمى في الصحيح قبل القبض وأما بعده فهو بالمثل أو القيمة ، والقاعدة تأسست لموارد ضمان اليد المتحقق بالقبض .

توضيح ذلك : أن عقد البيع - مثلاً - بما أنه موجب لنقل كل من العوضين من ملك المالك إلى ملك طرفه فكل من المتبايعين قبل التقاض يضمن ما انتقل عنه إلى صاحبه بعوضه المسمى في العقد المنتقل من صاحبه إليه ، فلو تلف كل من العوضين قبل قبضه من الآخر ينفسخ البيع ويغرد كل عوض إلى ملك المالك السابق بمقتضى قوله (ص) « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه » (١) على ما تقرر من حكم التلف قبل القبض في محله :

ثم إنه بالقبض ينتقل الضمان من كل من المتبايعين إلى الآخر ، فالبايع قبل القبض كان ضامناً للمبيع بعوض المسمى - كما ذكرنا - وبعد القبض يصير المشتري ضامناً له ، ولكن بعوضه الواقعي من المثل أو القيمة ، وكذا المشتري ، فإنه قبل القبض كان ضامناً للثمن بعوضه المسمى في العقد وهو الثمن ، وبعد قبض البايع له يصير ضامناً له بالمثل أو القيمة ، ومعنى ضمان القابض - مع كون المقبوض ملكه - أنه لو تلف ثم طرأ فسخ للعقد بخيار أو انفساخ بتقابل ، يلزمه رد المثل أو القيمة . وعليه ، فالمثل أو القيمة هو المضمون في الصحيح والفاسد .

والحاصل ، كما أن أصل الضمان ينتقل بالقبض من المالك الأصلي إلى =

(١) راجع : كتاب مكاسب الشيخ الانصاري وعامة الموسوعات للفقهية في

كتاب البيع باب أحكام القبض .

مضموناً عليه بمعنى لزوم الغرامة عليه بالتلف ، والتدارك له بالبدل عنه بحيث يعود الخسران والنقصان في ماله الأصلي ، لاما قيل في معناه : من محض كون التألف في ملكه وفائناً من ماله ، كما لعله يعطيه قورهم : لو تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال البائع ومضمون عليه ، إذ لا معنى لكون الانسان ضامناً لمال نفسه .

فعلى الأول - يختص العقد في الكلية الايجابية بعقود المعاوضات ، ودخل غيرها من التملكيات كالوقوف والصدقات والهبات المجانية وغيرها كالعارية ونحوها في الكلية السلبية ، فتطرد الكليتان حينئذ - أصلاً وعكساً ، كما يظهر من استدلالهم بعدم الضمان في فاسد العقود المجانية بالكلية السلبية ، وهو يدل - أيضاً - على إرادة ما ذكرناه من معنى الضمان في القاعدة .

وعلى الثاني - يعم سائر العقود التمليلية من المعاوضات والمجانبات ، واختص في السلبية بغير العقود التمليلية كالعارية والاجارة بالنسبة الى العين دون المنفعة والوديعة وسائر الامانات مما لا يكون العقد فيه مملكا .

= المالك الفعلي ، كذلك ينتقل به المضمون من العوض الجعلي - اعني المسمى - الى الواقعي ، وهو المثل أو القيمة ، فلا فرق بعد القبض بين المقبوض بالعقد الصحيح ، والمقبوض بالعقد الفاسد .

ثم إنه ، لما كان المناط في الضمان في فاسد ماله كان صحيحاً ، وعدم الضمان ، هو الاقدام عليه وعدم الاقدام ، فلا فرق بين كون الضمان او عدمه باقتضاء نفس العقد أو بواسطة ما اشتمل عليه من الشرط ، فمثل البيع بلا ثمن والاجارة بلا أجرة - بناء على كونهما من البيع والاجارة الفاسدتين - يدخل في عكس القاعدة ، لكون التسليط فيها مجانياً . ومثل الهبة المشروط فيها العوض والعارية المشروط فيها الضمان الفاسدتين يدخل في أصل القاعدة لكون الاقدام فيها على الضمان .

ثم المراد من العوض المدلول عليه بالضمان هو العوض الواقعي مثلاً في المثليات ، وقيمة في القيميات ، لأنه البديل عنه ، ويحصل به تأديته بعد التلف ، لأن تأدية للشيء بعد تلفه بصدق - عرفاً - بتأدية بدله الواقعي من المثل أو القيمة ، فيكون مندرجاً بعد التدارك بذلك في الغاية في حديث « على اليد » وإلا لاختص الضمان فيه بحال بقاء العين في اليد ، والمسمى إنما يكون بدلاً وعوضاً بشرط إمضاء الشارع لما تقارر عليه المتعاقدان ، ومع عدمه فالبديل هو البديل الواقعي : وحينئذ ، فالعين المضمونة بصحيح العقد أو القبض مضمونة بفساده أيضاً ، من غير اختلاف في أصل معنى الضمان فيها . وإن اختلفا في الكيفية بالمسمى في الاول ، والمثل أو القيمة في الثاني :

ثم إن المقيس والمقيس عليه من عقدي الصحيح والفاقد يشترط أن يكونا متحدين - صنفاً - بمعنى أن يكون صنف واحد ، له فردان صحيح وفاقد ، يقاس فاسدهما بصحيحه في الضمان وعدمه ، كعارية الذهب والفضة أو المشروطة يقاس فاسدهما بصحيحه في الضمان ، لا بغيرهما من صنوف العواري غير المضمونة .

هذا ، والذي يظهر من اطلاق كلماتهم ، عدم الفرق في الفاسد بين كون الفساد من جهة نفس العقد أو فوات ما يعتبر في المتعاقدين منها أو من أحدهما أو في العوضين ، كذلك ، وفوات نفس العوض - على اشكال فيه - وسواء كان المتعاقدان عالمين بالفساد أو جاهلين به ، أو أحدهما عالماً والآخر جاهلاً :

هذا كله في بيان معنى القاعدة . وأما مدركها .

فعمدة ما يعول عليه - بعد الاجماع المستفيض ، وإن أمكن أن يقال فيه : إنه من الاجماع على القاعدة - قاعدة الاحترام ، فإن المسلم محترم في

نفسه وعرضه وماله ، وحرمة ماله كحرمة دمه ، وعمله محترم أيضا ، وهو من ضروريات الدين ومدلول عليه بالكتاب والسنة وإجماع المسلمين : ومعنى احترام ماله حرمة مزاحمته فيه والأخذ منه بالقهر عليه ، بخلاف غيره ممن لم يدخل في ذمة الاسلام من الكفار ، فانهم ، وإن ملكوا أموالهم ، ولذا كلّفوا بالفروع من العبادات المالية - أيضا - المتوقفة على تملكهم لها ، لأنه يجوز لنا مزاحمتهم عليها والأخذ منهم بالهبة أو الغلبة . ولا منافاة بين الملكية وعدم الاحترام ، فإن عدم الاحترام أعم من عدم الملكية .

لا يقال : إن غاية ما دل عليه الاحترام حرمة مزاحمة المسلم في ماله وعدم جواز أخذه منه قهراً ، وأين ذلك من الضمان على تقدير المزاحمة بعد التلف ، وإن أثم بها ، وبعبارة أخرى : غاية ما يستفاد منه الحكم التكليفي ، وهو حرمة المزاحمة ، وأما الحكم الوضعي ، وهو الضمان بعد التلف فهو أول الكلام .

لأننا نقول : إن المزاحمة كما يحرم حدوثها يحرم دوامها ، فيجب رفعها بعد حدوثها ، وكما يحصل رفعها بدفع العين المأخوذة مع بقائها ، يحصل - عرفاً - بدفع المثل أو القيمة بعد التلف فيما يقع الضمان بالتأدية الحاصلة برد العين مع بقائها ورد عوضها الواقعي مع التلف كما هو مفاد « ... حتى تؤدي » في حديث « على اليد » .

ودعوى عدم المزاحمة بعد التلف لعدم وجود المال حتى تصدق المزاحمة مردودة بما وقع منها الذي لم يزل إلا بالتدارك ، فإن عدم الرفع به بعده مع القدرة عليه نوع هباء للمزاحمة ودوام لها ، فافهم .

وحيث أن نظام العالم في نقل الناس الأموال وبذل الأعمال فيما بينهم للحصول الأغراض الدينية أو الدنيوية ، لا جرم ألقى الشارع زمام ذلك بيد المالك في ماله بحيث له تملكه لغيره - مجاناً - أو بعوض - عيناً أو منفعة -

أو تسليطه للغير على الانتفاع ماله مع بقاءه في ملكه أو تنزله منزلة نفسه في أعماله وما يتولاه في حاله وإن اعتبر في حصول ذلك أموراً ، وجعل لها أسباباً خاصة كالعقود وما يعتبر فيها ، فإن ذلك غير مناف للسلطنة المجعولة للمالك بحكم « الناس مسلطون على أموالهم » ولا للاحترام المجعول لمال المسلم .

وإن أبيت إلا دعوى عدم الاحترام في التمليكات المجانية ونحوها مما لا يكون هعوض ، فلا بأس بدعوى جعل الشارع إسقاط الاحترام بيد المالك فله أن يسقط احترام مال نفسه ، فعدم الضمان في فساد العقود المضمونة بالعوض بصحيحه مناف للاحترام المجعول في مال المسلم بهعد أن كان النواطيء بين المتعاقدين على تبديل مال بمال مخصوص ، إذ غاية ما أوجب فساد العقد عدم سلامة المسمى له لاسقوط احترام ماله ، ولا كذلك في غير المعاوضات من العقود مما كان القبض فيه مجاناً من التمليكات والأمانات فإن عدم الضمان فيه - كما عرفت - لا ينافي الاحترام بهعد أن كان الاقدام منه على المجانية ، أو لاسقوط الاحترام المجعول له إسقاطه ، فظهر أن كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده ، وبالعكس :

ودعوى أن مرجع التمسك بالاحترام الى التمسك بحديث « على اليد » لأله الاستفادة منه :

فيها - مع أن حديث « على اليد » من جملة ما دل على الاحترام في بعض الموارد ، لا الاستدلال بالاحترام استدلال بحديث اليد - : أن الحديث لظهور اختصاصه بالأعيان أخص من قاعدة الاحترام الأعم من الأموال والأعمال ، ولذا كان عمل الأجبر بالاجارة الفاسدة مضموناً على المستأجر بأجرة المثل - كما هو مضمون بالمسمى في الاجارة الصحيحة ، فلا يتم الاستدلال - كما عن جماعة - بحديث « على اليد » على تمام المدعى من

كلية قاعدة « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » : كما لا يتم الاستدلال عليها بقاعدة الاقدام - كما عن بعض - منهم الشهيد الثاني في (المسالك) في باب الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد القضاء الأجل ، حيث علل الضمان بعد الأجل بأنه دخل القابض على الضمان ، ودفع المالك عليه وان أضاف إليه حديث « على اليد » (١) وكأنه تبع في التعليل بذلك الشيخ فيما حكى عن (مبسوطه) في مواضع ، حيث علل الضمان في موارد كثيرة من البيع والاجارة الفاسدين ، بدخوله على ان يكون المال مضموناً عليه بالمسمى فاذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل أو القيمة ، لأن الاقدام - مع أنه لا دليل على كونه موجباً للضمان ومن اسبابه ، وأن لإقدام المتعاقدين عليه انما هو على تقدير الصحة لا مطلقاً - فيه أن ما أقدمنا عليه بالعقد الفاسد من الضمان بالمسمى لم يثبت لها وما هو ثابت من العوض بالمثل أو القيمة لم يقدمنا عليه . وبعبارة اخرى - لانما أقدمنا على الضمان الخاص ، لا مطلق الضمان ، ومع انتفاء الخصوصية لا يبقى المطلق حتى يتقوم بخصوصية اخرى ، وليست من قبيل الدالين والمدلولين بمعنى الإقدام على الضمان وكوله بالمسمى ، حتى لا ينافي انتفاء أحدهما بقاء الآخر .

هذا مضافاً الى ما قيل من أن الاقدام أعم من الضمان من وجه ، فقد يكون الاقدام موجوداً ولا ضمان كالتالف بعد البيع قبل القبض ، فانه لا ضمان على المشتري ، مع تحقق الاقدام منه عليه ، وقد يتحقق الضمان بالعقد الفاسد مع عدم الاقدام عليه ، كالبيع بلا عوض ، والاجارة بلا

(١) قال - في كتاب الرهن ، شرح قول المحقق : ولو شرط : إن لم يؤد أن يكون الرهن مبيعاً لم يصح ... : « ... والسر في ذلك أنها تراضيا على لوازم العقد فحيث كان مضموناً فقد دخل القابض على الضمان ودفع المالك عليه ، مضافاً الى قوله (ص) : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » .

أجرة ، ومع ذلك كيف يكون الاقدام دليلاً على الضمان .
 اللهم إلا أن يجاب عن الأول بأن الاقدام إنما هو على كون المقبوض
 مضموناً عليه أو العقد المضمون بشرط القبض - كما تقدم -
 وعن الثاني بأن البيع بلا عوض والاجارة بلا اجرة إن أريد التمليك
 البيعي أو الاجارتي منها ، فلا نسلم الاقدام على عدم الضمان الا على تقدير
 حصول التمليك البيعي أو الاجارتي ، لامطلقاً ، وان اريد التمليك المجاني
 - وان عبر عنه بالبيع أو الاجارة من عقود المعاوضات - فلا نسلم الضمان
 حينئذ ، لسقوطه بالاقدام على عدمه ، فيدخل في عقود التمليكات المجانية
 التي لاضمان في صحيحها وفسادها - كما عرفت - ولعله يأتي لذلك مزيد
 توضيح ان شاء الله تعالى .

فظهر مما ذكرنا أن قاعدة الاقدام لا تصلح أن تكون دليلاً ، ولا يبعد
 حمل كلام الشيخ - رحمه الله - ومن تبعه مما ظاهره الاستدلال على الضمان
 عليه ، على إرادة عدم وجود المانع عن الضمان من الاقدام على المجانية ،
 لأنه دخل على أن يكون مضموناً عليه ، لإثبات المقتضي للضمان بالاقدام
 فينحل كلامهم الى ثبوت الضمان لوجود المقتضي : من اليد ، والاحترام ، وعدم
 المانع من الاقدام على المجانية ، لأنه دخل على أن يكون مضموناً عليه ،
 وان كان يكفي في عدم المانع عدم الاقدام على المجانية ، لا الاقدام على
 عدمها ، إلا أنه لما كان في الواقع كذلك ، وكان أكد في بيان عدم المانع
 وقع التعبير به في كلامهم .

فالعمدة في الاستدلال على الكليتين - : الإيجابية والسلبية - : هو
 ما ذكرنا من الاجماع المستفيض وقاعدة الاحترام ، وبهما تم كلية القاعدة
 طرداً وعكساً .

ثم ها هنا نقوض وإشكالان :

أما النقوض ، فنها - النقض على الكلية السلبية باستعارة المحرم الصيد من المحل ، فالهم حكما بوجوب الارسال مع غرامة القيمة للمالك ، فهي عارية فاسدة مضمونة ، مع أن صاحبها غير مضمون .

وفيه - مع أنه مبني على وجوب الارسال ، والغرامة للمالك كما هو أحد القولين في المسألة ، والآخر - وجوب رده الى المالك والفداء لله تعالى ، تقدماً لحق المالك وجمعاً بين الحقين ، وعليه فلا يتم النقض .

مبني أيضاً على الضمان مطلقاً ، ولو بالتلف قبل الارسال ، وهو في حيز المنع وحكمهم بالضمان هنا للاتلاف المنبعث عن وجوب الارسال ، وهو من أسباب الضمان مطلقاً في صحيح العارية وفاسدها ، فالكلام منهم مسوق لبيان حكم الاتلاف بالارسال دون التلف ، دفعاً لما لعله يتوهم من عدم الضمان مطلقاً ، ولو بالاتلاف ، لان المالك اقدم بهذه العارية الواجب على المستعير إتلافها على كونه تالفة عليه .

وبالجملة ، فالصواب أن يقال بعدم الضمان على المحرم مع التلف في يده لكونها عارية فاسدة ، وصاحبها غير مضمون ، ففاسدها كذلك والضمان مع الاتلاف بالارسال لان صاحبها مضمون بالاتلاف ففاسدها مضمون به ايضاً .

وربما يقال - بل قبل - في توجيه الضمان - مطلقاً - بدعوى انتقال القيمة الى ذمة المحرم بمجرد أخذه له من المحل ، وان كان عارية لوجوب الاتلاف عليه ، إما بخروجه عن ملك المالك بذلك ، فتكون القيمة حينئذ بدلا عن العين ، وان لم يملكها المحرم ، أو بدلا عن الخيولولة مع بقائها على المملوكية مطلقاً ، أو الى الارسال ، لان الممتنع شرعا كالممتنع عادة وان جاز للمحل صيده بعد الارسال - على التقديرين - وعليك باستخراج الثمرة بينهما ، أو بدعوى كونها مضمونة عليه مطلقاً ، ولو بالتلف من دون

انتقال القيمة بمعنى كونه في عهده لكونه من الاقدام على الانلاف ،
والعرضة له ، فيكون القبض قبض ضمان مطلقا بالنلاف أو بالانلاف إلا أن
ذلك كله على عهدة المدعي (١)

(١) ينهني ذكر حكم الصيد الذي استعاره المحرم من الحل . ثم لعقبه ببيان صحة
النقض وعدمه ، فنقول : ينسب الى المشهور : أن الصيد المذكور يخرج
عن ملك مالكة باستعارته ويجب على المستعير إرساله ، فلو ارسله على الفور
لا يلزمه الا قيمته للمالك ، ولو أبقاه عنده مقداراً فتلف وجب عليه القيمة
لحق المالك والفداء لحق الخالق ، وأما رده الى المالك فسيأتي بيان حكمه :
أما خروجه عن الملك باستعارته ، فيمكن استفادته مما تسالم عليه
الاصحاب - أو اشتهر بينهم - أن من احرم ومعه صيد كان قد اصطاده
أو ملكه قبل احرامه فانه يخرج عن ملكه ويلزمه ارساله فوراً فان لم يفعل
ومات يجب عليه الفداء :

واستدل لهم على ذلك بخبر عبد الاعلى - أو صحيحه - المسؤول فيه
« عن رجل أصاب صيداً في الحل فشئ برباطه حتى دخل الحرم والرجل
في الحل قال عليه السلام : ثمنه ولحمه حرام مثل الميتة » فان تحريم الثمن
وجعله كالميتة ظاهران في عدم مملوكيته :

ثم ان خروج ما هو معه من الصيد عن ملكه بالاحرام - وان لم يلزم
خروج ملك غيره من الصيد المستعار منه مع إحرام المستعير فيمكن بقاء
ملكية الغير له وان وجب على المستعير ارساله فوراً فان المسئلتين مختلفتان
موضوعاً ، فجاز اختلافهما حكمهما وان اتفقتا في وجوب الارسال - الا
انه يمكن ان يستكشف من الحكم بخروج الصيد عن ملكية الانسان باحرامه
- وهو تحت يده - أن وجوب الارسال ليس لمحض التكليف بل لخروج
الصيد عن ملك المغير وصيرورته من المباحات باستعارة المحرم له فاهقاؤه =

= تحت يده - وهو محرم - بمنزلة اصطيد جديد له حال الاحرام كما هو كذلك فيمن أحرم - ومعه صيد ملكه قبل الاحرام - وليس ذلك ببعيد بل هو قريب .

نعم قد يقال : ان المستفاد من رواية عبد الأعلى : ان خروج الصيد عن الملك وصيرورته من المباحات إنما هو بدخوله الحرم فيجوز كون ذلك انما هو من خصوصيات الحرم لا مجرد احرام من هو بيده ، بل قد يستظهر ذلك وعليه فمجرد احرام المستعير مالم يدخل به الحرم لا يخرج عن الملك الى الاباحة . وعلى كل فالمسئلتان متحدتان حكما وان اختلفتا موضوعاً :

ثم انه - بناء على ما قربناه من خروج الصيد عن ملك المعير وصيرورته من المباحات باستعارة المحرم له او مع الدخول به في الحرم - لا اشكال في ضمان المستعير لقيمته للمعير فيما اذا كان جاهلاً باحرامه أو يكون يده على الصيد موجبة لخروجه عن الملك :

واما مع العلم بالموضوع والحكم فربما يقال - بل قيل - بانتفاء الضمان من حيث أن المالك هو المقدم على ائتلاف ماله بدفعه لمن يجب عليه إرساله . وفيه انه لو فرض عدم توسط فعل فاعل مختار بين السبب - وهو هنا دفع المعير - وبين الأثر المترتب عليه - وهو خروجه عن الملك وصيرورته من المباحات - لكان الأمر كما ذكر ، اذ الأثر حينئذ ينسب الى السبب ولكن فيما نحن فيه يسند الى المباشر وهو المستعير ، فانه لو لم يترتب أخذه للصيد الذي هو باختياره على دفع المعير له لايكون موجبا للتلف بنفسه : ثم إن المستعير لو عصى ولم يرسله بل دفعه الى المعير ، فالظاهر عدم خروجه عن الضمان ، فيأزمه قيمته للمالك لا تلافه واخراجه عن ماله باستعارته وأخذه ، كما يجب عليه الفداء بلا اشكال ، لما ذكرناه من خروجه

• • • • •

عن ملك مالكة ورجوعه الى الاباحة الاصلية بمجرد الاستعارة أو مع الدخول به الى الحرم ، فردده الى المعبر بمنزلة اصطيد جديد له ، فانه بعد عوده الى الاباحة الاصلية يتملكه من شاء بجيازته .

وبالجملة فحدوث الملك الجديد للمعبر بالرد اليه لا يوجب رفع الضمان الثابت على المستعير باخذه له وصيرورته من المباحات .

ولا وجه للقول بارتفاع الضمان بالرد الى المعبر وتنظيره بصيرورة الخل المغصوب خمرأ عند الغاصب ، فانه وان ضمنه للمالك بقيمة الخل لكنه لو رجع الى الخلية بوصوله الى المغصوب منه عند رده اليه فان الغاصب يخرج عن الضمان بذلك .

لانا نقول : مسألة الصيد لا تشبه هذه المسألة ، فان الخل بصيرورته خمرأ لا يخرج عن الملكية العرفية ، وان انتفت شرعاً . ومن هنا مع ضمان الغاصب للمالك قيمة الخل يبقى له حق الاختصاص فلكيته لم تبطل وان ضعفت شرعاً فغير عنها بالحق الذي هو مرتبة ضعيفة من الملك . وعليه فلو عاد الخمر الى الخلية بوصوله الى المغصوب منه أو قبل ذلك يرتفع ضمان الغاصب للقيمة حيث كان لجهة الخمرية وقد ارتفعت بعوده الى الخلية ووصل الى المغصوب منه تمام ما غصب منه ، فلا وجه لبقاء الضمان وعدم ارتفاعه . وهذا بخلاف ما نحن فيه من مسألة الصيد الذي استعاره الحرم ، فانه بناء على ما قربناه من خروجه عن ملك مالكة باستعارة الحرم له أو مع الدخول به الى الحرم وعوده الى الاباحة الاصلية - كما كان قبل اصطيداده يملكه كل من حازه ووضع يده عليه مالم يكن محرماً ، وشأن مالكة السابق - وهو المعبر - شأن غيره بالنسبة اليه ، ولم يبق له حق اختصاص به - أصلاً - وكان ضمان المستعير لقيمته من جهة إتلاف ماليته وملكيته السابقة ، والذي

حصل للمعبر برده اليه وأخذه ملكية ومالية جديدة بعد انعدام الاولى وهي المضمونة ولم تعد : ومن هنا : لو فرض أن المستعبر أرسله ثم اصطاده المعبر ، فهل يمكن القول بارتفاع الضمان من المستعبر بدعوى عود المضمون الى مالكه السابق ؟ لا أظن ان القائل يلتزم بذلك . والسفر فيه أن الاصطياد ملكية جديدة وليست عوداً للملكية السابقة ، وأي فرق بين الاصطياد بعد الارسال والرد الى المعبر وأخذه بناء على عدم توقف الخروج عن المالية على الارسال ، بل حصوله بأخذ المستعبر للصيد أو هادخاله الى الحرم ؟ اذا تمهد ذلك ، فنقول : لأنقض على السالبة الكلية أعني : (مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) بضمان الصيد المستعار للمعبر من المحل ، وقد وجه شيخنا الانصاري - قدس سره - عدم النقض بقوله : « الا أن يقال ان وجه عدم ضمانه بعد البناء على انه يجب على المحرم لإرساله وإداء قيمته ان المستقر عليه قهراً بعد العارية هي القيمة لالعين ، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد لا بسبب التلف ، انتهى :

وحاصل هذا التوجيه : أن الضمان الموجود في مورد النقض - وهو استعارة المحرم للصيد - غير المنفي في القضية السالبة (مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) فان المنفي ضمان العين بقيمتها بتلفها وهذا ضمانها باتلافها فان المتعهد به والمستقر عليه بعد الاستعارة هو قيمة الصيد الثابتة في العهدة قبل تلفه لحكم الشارع بوجوب إتلافه بإرساله فهو ضمان اتلاف للصيد ، والاتلاف وان لم يتحقق بأخذ الصيد ، وانما هو حاصل بالارسال ، ولكن لما وجب على المحرم الارسال - فوراً - فهو - اي الاتلاف - بمنزلة الحاصل فعلاً :

وبالجملة ، فالمنفى في القضية السالبة ضمان تلف العين فيما لا يضمن بصحيحه من العقود المجانية - ومنها مورد النقص - والموجود ضمان إتلافها وهو حاصل في جميع العقود - معاوضة كانت أم مجالية - .

هذا ، ولكن : بناء على ان اتلاف مالية الصيد وإرجاعه الى الاباحة الاصاية لا يتوقف على إرسال المستعير له ، بل هو حاصل باستعارة المحرم وأخذه ، كما نسب الى المشهور - او بادخاله له الى الحرم - كما هو المستفاد من رواية عبد الاعلى - يتم ما ذكره : من المستقر عليه بعد العارية هو القيمة ، فوجوب دفعها ثابت قبل التلف ، وأما لو كان الصيد المستعار باقياً - بعد - على ملك المعير وانما يكون خروجه عن المالية باتلافه بالارسال غاية الامر أنه يجب ذلك على المستعير المحرم بعد الاخذ واداء قيمته الى المعير ، فبأي وجه يمكن ان يقال : ان المستقر عليه - فعلاً - قيمته الذي هو معنى الضمان الوضعي وان وجوب دفع القيمة الذي هو لازم الضمان ثابت قبل التلف بمعنى الارسال والاحال ان الضمان ولازمه مسببان عن الاتلاف وكيف يمكن تحقق المسبب قبل حصول سببه . وما وجهنا به ذلك من ان ايجاب الشارع على المحرم ارساله - فوراً - بمنزلة الاتلاف ، لا يرجع الى وجهه محصل . ولعل تغيير الشيخ الانصاري - قدس سره - بقوله « الا أن يقال » مشعر بضعفه وعدم ارتضائه له .

هذا وما ذكره سيدنا الخال المصنف فيما تقدم من كلامه في دفع النقص بانه مبني على الحكم بضمان المحرم للصيد المستعار مطلقا ولو تلف قبل إرساله وهو ممنوع - الى آخر ما ذكره - فانه وان حصل به دفع النقص عن القاعدة ، لكنه مبني على كون الضمان ولزوم دفع القيمة للمالك بعد الاتلاف بالارسال ، فلو تلف قبل الارسال لم يضممه المستعير : والذي قربناه مانسب

ومنها - النقض بناء المبيع بالبيع الفاسد غير المستوفى (١) فانه مضمون ، مع كونه غير مضمون بصحيحه ، فانه مضمون بسبب الاتلاف = الى المشهور من الحكم بضمان قيمة الصيد عند أخذ المستعير له بسبب سقوط مالته وعوده الى الإباحة الأصلية بأخذه ، وان شئت فقل : وإدخاله الى الحرم - على ما يستفاد من رواية عبد الأعلى - وعليه ، فلا فرق بين إرسال الحرم له اورده الى المعبر او إبقائه تحت يده حتى تلف .

وعلى كل فالضمان الموجود في عارية الحرم للصيد هو بسبب الاتلاف الحاصل بأخذ المستعير للعين المستعارة من المعبر - على ما نسب الى المشهور - او إدخالها بعد أخذه الى الحرم استيفيد من الرواية أو بإرسالها بعد أخذها - كما اختاره سيدنا قدس سره - وصحيح العارية مضمون بالاتلاف كفاسدها والمستفاد من القضية السالبة عدم الضمان فيها بسبب التلف ، فلا نقض عليها .

(١) ربما يرد النقض على القاعدة بناء المبيع بالبيع الفاسد ومنافعه فانه مضمونة على المشتري للبائع مع كونها غير مضمونة في الصحيح :

هذا ، ولكننا ذكرنا - سابقاً - أن القاعدة ليست في مقام بيان كل ما هو مضمون أو غير مضمون في العقود الفاسدة وإنما هي لبيان الضابط لتمييز ما يضمن فيه مورد العقد ومصيبه مما لم يضمن فيه ذلك ، وفي ما سواه يرجع في ضمانه وعدم ضمانه الى القواعد الأخر . وحيث كان مصب العقد في البيع نفس المبيع ، وهو مضمون في صحيحه ، فكأنما يضمن في فاسده ، وأما النماء والمنفعة فالمرجع فيهما قاعدة تبعيتهما للأصل ، وحيث كان المبيع في البيع الفاسد ملك البائع فقتضى تلك القاعدة ضمان المشتري ما تلفه او تلف تحت يده من نمائه وكذا ما استوفاه أو فات تحت يده من منفعته . هذا في المقبوض في البيع الفاسد . وأما المقبوض بالصحيح ، فثأره ومنفعته ملك القابض كالأصل .

نعم لو حصل فسخ في البيع بخيار أو انفساخ فيه باقالة فما يحدث من النماء =

وفيه ان عدم ضمان النماء في البيع الصحيح لكونه من نماء ملكه غير ملحوظ فيه انتقاله بالعقد من المالك حتى يصح اتصافه بكونه مضمونا أو غير مضمون في العقد الصحيح .

ومنها - النقص بحمل المبيع بالبائع الفاسد ، فان المحقق - رحمه الله - في (الشرائع) - مع بئانه على عدم دخول الحمل في بيع الحامل إلا بالشرط - كما هو المشهور - (١) بل حكى الاجماع عليه - جزم بضمانه على المشتري فيه - مع انه غير مضمون في البيع الصحيح لكونه بيد المشتري أمانة مالكية وحكى ذلك عن (المبسوط) أيضاً .

والحق ، أن الحمل غير مضمون على المشتري لكونه أمانة مالكية بيده مطلقا في صحيح البيع وفساده وان كان الحامل مضموناً عليه بالمسمى في الأول وبالقيمة في الثاني .

وعلى الدخول بالشرط ينزل كلام المحقق - رحمه الله - في (الشرائع)

= بعدهما كالأصل مضمون بمثله أو قيمته على القابض لو اتلفه أو تالف تحت يده مالم يستأمنه المالك عليه فلا يضمنه بالتلف وكذا المنفعة الحادثة المستوفاة أو الفائتة فانها مضمونة باجرة المثل مالم يستأمنه المالك على العين ، فلا يضمن الفائت منها وأما السابق عليهما فلا يضمنها - مطلقا -

اللهم الا أن يقال ببطالان المعاوضة من اصلها بالفسخ أو الانفساخ ، لكننه ضعيف ، بل الاقوى البطلان من حينها - فتأمل جيداً - .

(١) حيث يقول - في كتاب التجارة ، الفصل التاسع في بيع الحيوان، الثاني - في احكام الاتباع : - « ... واذا باع الحامل فالولد للبائع على الاظهر ، إلا أن يشترطه المشتري ... » .

كما في (المسالك) (١) وبناء الشيخ في (المبسوط) على أصله فيه من دخوله في المبيع تبعاً كالجزم (٢) وان انكر شيخنا في (الجواهر) كونه أمانة لكون الاذن من المالك في البيع الفاسد من جهة اعتقاد كونه مستحقاً عليه فالاذن مقيد بجهة الاستحقاق ومن حيث البيعية ، والمقيد ينتفي بانتفاء جهة تقييده ، وجعله هو الوجه في إطلاق كلام مصنفه .

وفيه : أن توهم الاستحقاق او اعتقاده من الجهات التعليلية لامن الجهات التقييدية وبعبارة اخرى : من الدواعي ، لامن مشخصات الموضوع وتختلف الداعي عن الواقع لا يخرج الامين عن كونه أميناً .

نعم ، مع علم المالك بتخلف الداعي وخطأ الاعتقاد لم يجعله أميناً ، وابن ذلك من الضمان بعدم جعله أميناً لو تلف بغير تعد وتفریط كما هو المفروض في المسألة .

وبالجملة فالضمان وعدمه في الفرض - يدور مدار الامانة وعدها ، لاصحة العقد وفساده ، لعدم مدخلية الحمل في المبيع ، وليس من متعلقات عقد البيع اصلاً حتى يكون مورد النقص على القاعدة - لو سلم ضمانه في الفاسد - لأن النقص انما يتم في متعلقات العقد دون ما يقارنه ، وان كان مسلولاً له بناء على ارادة العقد من كلمة (ما) في القاعدة دون القبض : ومنها - النقص بالشركة الفاسدة أورده شيخنا المرتضى - رحمه الله -

(١) راجع : الجزء الأول كتاب التجارة - في بيع الحيوان - في شرح قول المحقق الآنف « فاذا باع الحامل ... » حيث يقول : « ... هذا هو المشهور وعليه الفتوى ، وخالف فيه الشيخ ، وتبعه جماعة محتجاً بأنه جزء من الحامل ، فيدخل ، ولا يصح استثنائه ... » حتى حكم بفساد البيع لو استثناه البائع كما لو استثنى جزء معيناً ، وحيث بشرطه المشتري يدخل وان كان مجهولاً لأنه بايع للمعلوم ... » (٢) كما عرفت - آنفاً - من نقل الشهيد عنه في (المسالك) .

في (مكاسبه) بما لفظه : « ويمكن النقض - أيضا - بالشركة الفاسدة بناء على أنه لا يجوز التصرف بها فأخذ المال المشترك - حينئذ - عدواناً موجب للضمان » (١) :

والظاهر ارادة شركة العنان ، لأنها المتصور فيها الصحيح ، والفاسد دون غيرها من أقسام الشركة (٢).

وفيه : أنه إن أراد بالضمان مع عدم الاذن في التصرف من الشريك فهو من التصرف عدواناً وبغير حق - على التقديرين - . وإن كان هاذله فلا ضمان في الشركة الفاسدة - أيضا - لأنه مأذون من الشريك :

ودعوى كون الاذن من جهة الشركة المفروض عدمها في الفاسدة . فيها ما عرفت : من كون الجهة تغلبية ، لانتقيدية ، ومن مشخصات الموضوع ، بل هي من الدواعي - كما تقدم - .

وان أراد كفاية عقد الشركة للاذن بجواز التصرف بناء على ظهوره فيه مالم يمنع عنه من غير حاجة الى اذن مستقل بعد العقد ، وهو إنما يتأتى في العقد الصحيح دون الفاسد الذي يكون وجوده كعدمه من جهة الغاء الشارع له .

ففيه - مع أنه من أصله غير مسلم - (٣).

(١) راجع : كتاب البيع ، مسألة المقبوض بالعقد الفاسد ، في قاعدة (ما لا بضمن بصحيحة لا بضمن بفساده) .

(٢) الشركة : قد تكون بأعيان الأموال - وتسمى شركة العنان - وقد تكون بالمنافع - وتسمى شركة الأعمال - وقد تكون بالمفاوضة في الغنم والغرم ، وقد تكون بالوجوه ... والاولى هي الصحيحة ، والثلاثة الآخرة باطله - كما عليه عامة الفقهاء - ولتفصيل الموضوع راجع : كتب الفقه ، كتاب الشركة () .

(٣) أقول : الشركة : قد تكون واقعية ، عرفوها بأنها اجتماع حقوق =

= الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشباع ، وهي من الاحكام لامن العقود . نعم سببها ربما يكون عقداً ، كما لو اشترى شخصان شيئاً واحداً لها ، وقد يكون سببها لراثاً ، كما لو ورث اثنان شيئاً واحداً ، أو مزجاً - قهرياً أو اختياريّاً - في مالين للمالكين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر : وقد تكون الشركة انشائية عقدية ينشأ بها التعاقد والتعاهد على الاسترباح بالمال المشترك بالتكسب به واستثنائه بالعمل به بمحدود وقيد ذكرت - في بابها من كتب الفقه -

ونسبة الواقعية الى العقدية كنسبة الموضوع الى الحكم ، فان التعاهد على الاسترباح موده المال المشترك :

ثم إن في كفاية عقد الشركة بين المتعاقدين للاذن بجواز تصرف كل منهما في المال الذي تعاقدوا على استرباحه وعدم الاحتياج فيه الى اذن مستقل من كل منهما الآخر ، وعدم الاكتفاء بذلك ، بل لابد من الاذن المستقل به - وجهين - بل قولين - وظاهر سيدنا المصنف - قدس سره - عدم تسليم كفاية عقدها للاذن حيث يقول : « وإن أراد كفاية عقد الشركة للاذن بجواز التصرف - الى أن يقول - : فقيه مع أنه من اصله غير مسلم ... »

ولكن يمكن أن يقال : ان اشتراك المالكين في المال الواحد اذا كان مسبباً عن سببه المقتضى له من ارث أو اشتراء أو مزج - كما تقدم - وكان استحقاق كل من الشريكين من ربح المال المشترك ونمائه بنسبة حصة من المال مما يقتضيه الاشتراك في المال الواحد ، وكذا لو ورد التلف والخسارة عليهما بتلك النسبة :

فلو لم يكن إنشاء عقد الشركة من المالكين كافية في إذن كل منهما =

= لصاحبه في التصرف بالمال المشترك بالتكسب به واستثنائه بالعمل فيه ، بل كان جواز التصرف محتاجاً الى اذن مستقل ، فأى أثر يمكن أن يكون مستفاداً من انشاء التعاقد والتعاقد بين الشريكين ؟

ومن هنا قال المحقق الثاني - قدس سره - في (جامع المقاصد) في مقام الاستدلال على كفاية عقد الشركة في الاذن وعدم الاحتياج الى اذن مستقل بأنه : « لولاه لزم لغوية الشركة » يعني العقدية :

وما ذكره بعض المعاصرين - في تعليقه على مكاسب الشيخ : من لزوم كون الفاظ العقود صريحة - عرفاً - في انشاء مضمونها ، ومن الواضح عدم ظهور لفظ عقد الشركة في إذن الشركاء في حصصهم لكي يكون انشاء للاذن فالالتزام بعدم ترتب الفائدة على العقد أهون من ترتب مالا يكون أثراً له عرفاً - كما لا يخفى - انتهى ..

فيه : ان اعتبار صراحة الفاظ العقود في انشاء مضامينها أو كفاية الظهور العرفي في ذلك ، ولو كان حاصلًا بواسطة القرينة التي اشتمل العقد عليها أو الاعم من ذلك ومن القرينة الخارجية ، إنما هو في العقود اللازمة كالبيع والاجارة والنكاح - مثلاً - دون ما كان منها قولاه الاذن من كل من المتعاقدين للآخر في التصرف فيما هو له فان المناط فيها حصول الاذن والرضا بذلك من أي لفظ استفيد ، ولا ريب في استفادة الاذن بجواز التصرف بالمال المشترك بين المتعاقدين من إنشاء التعاقد والتعاقد بينهما باسترباح المال بالتكسب به واستثنائه بالعمل فيه .

وبالجملة ، فالأظهر كفاية عقد الشركة للاذن بجواز التصرف وعدم الاحتياج الى اذن مستقل وفاقاً للمحقق الثاني وكثير من الأصحاب على ما يظهر =

لا مدخلية لالغاء الشارع سببية العقد للشركة فيما ليس مجبولاً له من ظهور الالفاظ في مدالبها وكشفها عما في ضمير المتكلم فان كان العقد بلفظه أو بمعونة شاهد الحال كاشفاً عن تحقق الاذن ، كان كاشفاً - مطلقاً - الغاه أم أمضاه - وإلا ، فلا كذلك .

وربما يتوهم النقص أيضاً بعامل القراض اذا أخذ المال قراضاً ، وكان عاجزاً عنه ، مع جهل المالك به - بناء على فساد المضاربة - حينئذ - كما هو الاظهر ، وعليه شيخنا في (الجواهر) ، فانهم حكموا بضمان المال عليه - مطلقاً - أو على التفصيل المحرر في محله مع أنها مضاربة ، وصحيتها غير مضمون ، ففاسدها يلغي أن يكون كذلك .

ويدفعه : أن الضمان - هنا - بسبب التعدي بوضع يده على المال على الوجه غير المأذون فيه ، ولذا قال به من قال بصحة المضاربة - أيضاً - كما في (المسالك) وغيرها - لعدم المناقاة بين الضمان وصحة المضاربة ، كما لو عين المالك جهة خاصة ، وخالفها العامل ، فان المضاربة صحيحة ، والربح بينهما على الشرط :

= منهم ، وان ظهر من سيدنا الحال - قدس سره - عدم التسليم لذلك ، وفاقاً غيره :

هذا اذا لم يعين نحو التكسب والعمل بالمال المشترك عند التعاقد عليه بل اطلق واوكل الى ما يراه العامل مما فيه الربح ، والا فمن الواضح عدم جواز التعدي عنه الا برضا الشريكين ، وكذا لو منع احدهما الاخر من تصرف خاص بعد التعاقد عليه ،

وعلى كل فالنقض غير وارد كما ذكر ذلك سيدنا في المتن :

مع كون المال مضموناً عليه بالتعدي (١).

(١) الكلام في المسألة فيما اذا كان رأس المال في المضاربة بمقدار يعجز العامل عن التجارة به ، وكان قادراً على التجارة ببعضه مع اشتراط المالك مباشرته في العمل بلا استعانة بالغير ، او كان عاجزاً ولو مع الاستعانة بالغير ، والمسألة من ناحية صحة المضاربة وعدم صحتها ذات قولين ، والظاهر فسادهما كما اختاره جماعة من اصحابنا ، حيث انه يشترط في العامل في باب القراض أن يكون قادراً على العمل بمال القراض فمع عجزه لاتصح مضاربه ، كما لا يصح استيجاره على العمل اذا كان عاجزاً عنه ، وعليه فيكون ربح ما انجر به من بعض المال للمالك ، ولا نصيب للعامل فيه . نعم له أجره مثل علمه مع جهله بالبطلان فلا ريب :

اما مع علمه به (ففي) استحقاقه اجرة على عمله الذي استوفاه المالك منه بمضاربه مع عدم تبرعه به ، بل كان بذله بأزاء الحصه من الربح التي تعهد بها المالك له على تقدير الحصول ، وقد حصل ، غايته أنه لا يستحقها - شرعاً - لفساد المضاربة بفقد شرطها ، وهو قدرة العامل على العمل بمجموع مال المضاربة ، وذلك لا يقتضي التبرع بالعمل ، فقتضى قاعدة « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » استحقاقه اجرة المثل على عمله (أو عدم) الاستحقاق ، لأنه مع علمه بفساد المضاربة لعدم قدرته على العمل بمال القراض . وعدم استحقاق ما جعله المالك له من الربح شرعاً - يكون كالمتبرع بعمله ، واقدامه على بذله مجاناً :

وجهان : لا يبعد أن يكون أولها أوجه ، إذ لا يلزم من علمه بفساد المضاربة ، وعدم استحقاقه الربح شرعاً كونه متبرعاً بعمله ، فانه لم يبدل للمالك بنحو (المحان) بل بأزاء الحصه من الربح المجعولة له في العقد ، فعمله مضمون على المالك المستوفي له بمضاربه ، وفسادها - شرعاً - =

= لعدم قدرته على العمل بتمام مال المضاربة ، غاية ما يقتضي عدم استحقاقه
 - شرعاً - الحصة من الربح المحبولة له في عقدھا ، لاعدم استحقاق اجرة
 على ما قدر عليه من العمل بالبعض ، مع فرض عدم التبرع بعمله فيه ،
 وكونه مأذوناً في ذلك من المالك لجهله بعجزه كما هو المفروض :
 هذا ، بناء على ما استظهرناه من بطلان مضاربة من لم يقدر على العمل
 بمجموع مال المضاربة ، وان كان قادراً على العمل ببعضه - كما اختاره
 جماعة من الاصحاب - .

وربما يقرب - بل يختار الصحة - فيما قدر عليه من العمل في بعض
 مال المضاربة واستحقاق العامل الحصة من ربحه وقواه بعض
 السادة من العلماء المعاصرين طاب ثراه في تعليقه على هذه المسألة من (العروة الوثقى)
 واصل وجهه أن المعاملة على مجموع رأس المال بالتجارة فيه واسترباحه ، وان
 كانت واحدة ، لكنها لدى التحليل معاملة على كل جزء منه يمكن التجارة به
 واسترباحه بحصة من ربحه وفسادها بالنسبة الى ما كان غير قادر على التجارة
 به ، لا يقتضي الفساد بالنسبة الى ما كان قادراً فيه من العمل ، فيصح ويستحق
 الحصة من ربحه .

وعلى كل فسواء قلنا بأن العاجز عن العمل بمجموع مال المضاربة
 القادر على العمل في البعض تصح مضاربه فيما قدر عليه من العمل ، ويستحق
 الحصة من ربحه أو قلنا بفسادها ، وعدم استحقاقه لها . فالعامل فيما قدر
 عليه ، لم يكن متبرعاً بعمله ، فان المتبرع من لا يبتغي بعمله عوضاً ، وبمجرد
 علمه بفساد المضاربة على فرضه وعدم استحقاقه الحصة من الربح فيما عمل
 فيه شرعاً ما لم يكن هالياً على الالتزام بحكمه الشرعي ، لا يكون متبرعاً بعمله
 فيما تمكن منه من البعض .

ثم على ما استظهرناه : من فساد المضاربة (فقي) ضمان العامل لتلف المال الامع علم المالك بالحال بعد مضاربهته وانه عاجز عن العمل بهام المال (أو عدم) ضمانه - مطلقاً - : وعلى الضمان ، فهل يضمنه كله - لعدم التمييز به مع عدم الاذن في اخذه على هذا الوجه ، أو يضمن القدر الزائد لأن العجز يكون بسببه ، فيختص به ، أو التفصيل بين ما اذا اخذ الجميع - دفعة - فيضمن الكل ، وبين ما اذا أخذ اولاً بقدر مقدوره ، ثم اخذ الزائد ، ولم يمزجه بما أخذه أولاً - فيختص الضمان بالزائد . : وجوه ، وأقوال :

أقواها : عدم الضمان - مطلقاً - كما قواه شيخنا الاستاذ النائفي - رحمه الله - في (تعليقه على العروة الوثقى) - علم المالك بالحال أم لم يعلم ، اخذ المال كله دفعة أم اخذ مقدوره ثم اخذ الزائد عليه ، مزجه مع الاول ام لم يمزجه - لأن يد العامل على المال يد استئمان ، وتسليط المالك له تسليط (مجان) فان دفعه اليه كان لاسترباحه واستئمانه ، لا لدفع شيء بأذنه :

وما وجه به سيدنا - قدس سره - الضمان بأنه بسبب التعدي بوضع يده على المال على الوجه غير المأذون فيه ... الخ وحاصله : أن الأمين إنما لا يضمن اذا لم يتعد ، وهذا متعد ، فهو ضامن :

قابل للمناقشة ، فان التعدي الموجب لضمان الأمين ، هو تعديه عن الحدود والقيود التي عينها له المستأمن ، ففي مسألتنا : لو عين له صاحب المال شراء متاع معين به ، فاشترى غيره ، أو منعه من السفر بمال المضاربة فسافر به ، أو نحو ذلك مما يكون فيه العامل متجاوزاً ومتعدياً عما عينه وحدده صاحب المال ، فانه مع التجاوز يكون ضامناً هلا اشكال ، لعدم اذن المالك بتصرفه في المال على الوجه المذكور ، وليس هو محل كلامنا ، =

= بل هو ما اذا كان العامل عاجزاً عن العمل بجميع مال المضاربة وكان قادراً على العمل ببعضه ، وكان المالك جاهلاً بعجزه حين دفعه اليه واستثنائه عليه ، وعدم قدرته على العمل بالجميع المقتضي ، لفساد المعاملة بناء على ما استظهرناه لا يوجب انتفاء الاذن من المالك ، وكونه متعدداً بوضع يده على المال على الوجه غير المأذون فيه - كما يقول سيدنا - إذ الاذن من المالك حاصل - وجداناً - غايته كان مبنياً على ما تخيله من قدرة العامل على العمل بمجموعه والتجارة به غير الحاصل - حسب الفرض - . ومن هنا كانت المعاملة فاسدة .

ولكن الظاهر أن هذا يتخلف من قبيل تخلف الداعي - غير الموجب لعدم الاذن في الاخذ - لامن قبيل تخلف العنوان .

والحاصل إن المدعى أن جهة قدرة العامل على العمل بمال المضاربة بالنسبة الى صحة المعاملة معه وعدم صحتها ، وان كانت تقييدية واقعية ، فمضاربة القادر على العمل بمال المضاربة صحيحة ، وان اعتقد المالك حين انشاء المعاملة عجزه عن العمل بمجموعه ، ومضاربة العاجز عن العمل بالمجموع فاسدة ، وان اعتقد المالك قدرته على ذلك حين المعاملة معه .

ولكن هي - أي الجهة المذكورة - بالنسبة الى حصول الاذن من المالك في اخذ المال والتصرف فيه ، تحليلية اعتقادية ، فان اعتقاد المالك قدرة العامل على العمل من قبيل الداعي لحصول الاذن منه الذي لا يضر تخلفه في واقع الأمر ، وانه لولا اعتقاده بقدرة العامل على العمل لما حصل الاذن منه ، فان الاذن المذكور لا يرجع الى التقييد ليكون مفاده : انك - أيها العامل - مأذون بالتصرف والاتجار بالمال ان كنت قادراً ، وإلا =

وقد يتوهم النقض - أيضاً - باستعارة العين المغصوبة من الغاصب ،
فالهم حكموا بالضمنان في بعض صور تلف العين .

وجملة صورها : هو أن يقال : إما أن يكون التلف في يد الغاصب
المعبر (١) أو في يد المستعبر : وعلى التقديرين ، فتارة - مع جهل المستعبر
بالغصب ، واخرى - مع العلم به . وعلى التقادير ، فاما أن تكون العارية
مضمونة بالشرط ، أو كانت من الذهب والفضة ، أو لم تكن . وعلى التقادير
كلها ، فاما أن يرجع المالك على الغاصب المعبر ، أو على المستعبر :

وأما أحكامها ، فليعلم - أولاً - ان للمالك الرجوع على اي منها شاء
من غير فرق بين كون العين مثقلة أو تالفة في يد المستعبر او في يد المعبر (٢)
لقاعدة تعاقب الأيدي (٣) . فان رجوع على المستعبر بالعين وما استوفاه
من المنفعة (٤) . رجوع المستعبر بهما (٥) مع جهله بالغصب على المعبر ، ان

= فلست بما أذن ، حتى يضر تخلفه :

وبالجملة : فانه نظير من اذن لشخص بالتناول من طعامه أو الدخول
في داره معتقداً كونه صديقاً له ، وكان في الواقع عدواً له بحيث لو كان
عالماً بذلك لما أذن له ، فان الظاهر جواز تناوله من ذلك الطعام أو دخوله
في الدار ، اعتماداً على الاذن الحاصل من المالك بالتناول منه أو الدخول
فيه ، فتأمل جيداً :

(١) بعد عودها الى المعبر من المستعبر .

(٢) يعني بعد عودها اليه - كما عرفت - .

(٣) المقتضية لضمنان كل من الايدي المتعاقبة على مال الغير :

(٤) بمعنى أخذه عوضها منه .

(٥) أي بما اخذه المالك منه من بدل العين ، وهدل ما استوفاه من المنفعة :

لم تكن العارية مضمونة عليه (١) ولو كانت العين تالفة في يده (٢) لغروره (٣) ولكونها عارية منه (٤) وهي غير مضمونة بصحيحها ، فلا تضمن بفاسدها أيضاً (٥) ولا يعارضها قاعدة (قرار الضمان على من كان التلف في يده) لأنها فرع تحقق أصل الضمان المنفي بقاعدة (مالا يضمن) ضرورة أن مفادها نفي ما هو بمنزلة الموضوع لقاعدة القرار :

ومنه يظهر الوجه في عدم رجوع الغاصب المعبر على المستعير مع جهله ، إن رجع المالك عليه - مطلقاً - (٦) إلا إذا كانت العارية مضمونة على المستعير وكان التلف بيده ، فإنه يرجع عليه ببدل العين دون المنفعة لأنها عارية مضمونة وهي مضمونة بصحيحها ، فتكون مضمونة بفاسدها أيضاً - ومنافعها غير مضمونة - مطلقاً - (٧).

(١) وأما إذا كانت مضمونة عليه فيرجع المستعير على المعبر بما أخذه المالك منه من بدل ما استوفاه من المنفعة أو الفائته تحت يده .

(٢) أي في يد المستعير :

(٣) بمقتضى النبوى المشهور : « المغرور يرجع فيما غرمه على من غره » :

(٤) أي من المعبر .

(٥) بناء على أن المورد مشمول للقاعدة المذكورة ، وأما بناء على ماسيجي

من المصنف من عدم شمول القاعدة للمورد واختصاص ذلك بالعارية المستعارة من المالك ، فينحصر المدرك في عدم ضمانه بقاعدة الغرور .

(٦) يعني : إن المالك لو رجع على الغاصب المعبر بقيمة العين التالفة عند

المستعير وبهوض ما استوفاه من منفعتها مع جهله بكونها مغصوبة ، لا يرجع بما غرمه للمالك على المستعير المفروض كونه مغروراً من قبله ، إذ لا معنى لرجوعه على من لو رجع المالك عليه بذلك رجع به عليه ، لكونه مغروراً من قبله .

(٧) سواء في ذلك العارية الصحيحة والفاسدة ، أما في الصحيحة فواضح =

هذا ، وفي (الشرائع) : جعل الوجه - مع جهل المستعير - اختصاص الضمان بالغاصب - عيناً ومنفعة ، تلفت في يده أو في يد المستعير . (١) وليس بوجه ، لمخالفته الأخبار المنجبة (٢) وقاعدة (تعاقب الأيدي) (٣) ولعل نظره - كما في المسالك - الى ضعف مباشرة المستعير بالفرور والسبب الغار أقوى (٤) لاما علله شيخنا في (الجواهر) : بقاعدة (مالا يضمن ..) إذ لا عارية بين المستعير والمالك حتى يستند عدم تعلق الضمان له عليه الى قاعدة (مالا يضمن) ، نعم تجري القاعدة بين المستعير والمعير لتحقيق العارية بينها .

= وأما في الفاسدة فالتسلط عليها - نجائاً - بناء على أن التسليط المجاني عليها ، ولو كان من غير المالك ، لا يقتضي الضمان .

(١) ونص عبارته - كما في كتاب العارية ، الفصل الأول - : « ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم كان الضمان على الغاصب ، وللمالك إلزام المستعير بما استوفاه من المنفعة ، ويرجع على الغاصب ، لأنه أذن في استيفائها بغير عوض ، والوجه تعلق الضمان بالغاصب - حسب - وكذا لو تلفت العين في يد المستعير » .

(٢) المراد بها : ما في المرسـل : « عن علي - عليه السلام - ، وخبر اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله وأبي إبراهيم - عليهما السلام - : « اذا استعيرت عارية بغير إذن صاحبها فهلكت ، فالمستعير ضامن » .

(٣) على مال الغير بغير استحقاق ، فانما تقتضي ضمان الكـل للمالك ، نعم المغرور يرجع بما غرمه للمالك على غارته .

(٤) قال في (المسالك - كتاب العارية ، تحت عنوان قول المحقق (ولو استعار ...) : « ... ووجه ما اختاره المصنف من اختصاص الضمان بالغاصب حيث لا نكون العارية مضمونة : أن المستعير مغرور فضيقت مباشرته ، فكان السبب الغار أقوى » .

فن الغريب نسبتة الغرابة الى (المسالك) حيث قال : « اللهم إلا أن يقال ان قاعدة (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) تقتضي ذلك ولعلها المدرك للمصنف وغيره في الحكم بعدم الضمان ، لا ما في (المسالك) من الأول ، فن الغريب ما فيها من موافقته على جريانها في المقام ، حتى استدل بجزء الاثبات منها على ضمان الجاهل في العارية المضمولة ، مع إنكاره على المصنف الحكم بعدم الضمان » انتهى (١)

(١) راجع : كتاب العارية من (كتاب متاجر الجواهر) - في شرح قول المحقق - : « وكذا لو تلفت العين في يد المستعير ... » .
ثم إن الكلام في وجه ما اختاره المحقق : من اختصاص الضمان في العين المصنوعة من المالك ، المستعارة لمن جهل بغصبيتها - بالغاصب وعدم ضمان المستعير لها عيناً ، ومنفعة ما استوفاه المستعير منها وما فانت تحت يده ، وما ذكره (صاحب الجواهر - رحمه الله -) : من توجيهه بقوله : « اللهم إلا أن يقال : إن قاعدة (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) تقتضي ذلك ، ولعلها المدرك للمصنف وغيره في الحكم بعدم الضمان » انتهى :

غير واضح ، إذ الكلام في وجه عدم ضمان المستعير للمالك العين لورجع عليه بقيمتها بعد التلف ، وبعرض ما استوفاه من منفعتها أو فانت تحت يده ، واختصاص ذلك بالغاصب ، ولا عارية بين المالك والمستعير ، لتكون قاعدة (ما لا يضمن) مقتضية لعدم ضمانه له . نعم ، العارية بين المعير والمستعير ولا كلام في عدم ضمانه له لو رجع المالك على المعير بعرض ما تلف في يد المستعير ، وبمنفعتي الفاتنة أو المستوفاة له ، ما لم تكن عارية مضمونة ، فله الرجوع عليه بما غرمه للمالك : من قيمة العين دون منفعتها .

وبالجملة ، لم يتضح ما وجهه في (الجواهر) بما عرفت : =

= كما أن ماوجه به الشهيد في (المسالك) ما اختاره المحقق - رحمه الله - بقوله : « ووجه ما اختاره المصنف من اختصاص الضمان بالغاصب حيث لا تكون العارية مضمونة : أن المستعير مغرور ، فضعفت مباشرته فكان السبب الغار أقوى ، انتهى :

لم يتضح - أيضاً - فإن قاعدة أقوائية السبب من المباشر واختصاص الضمان بالسبب ، موردها ما اذا كان استناد تلف المال أو النفس الموجب للضمان الى السبب - عرفاً - ولا ينظر الى دخول المباشر فيه ، نظير من أعطى سكيناً لطفل غير مميز فجرح نفسه ، أو فتح باب الحبس عن مفترس فخرج وافترس لساناً أو حيواناً ، أو حفر بئراً في عمر من الناس ولم يتخذ لها حافظاً وواقياً ، فسقط فيها لإنسان لا يبصر ، أو زاحه حيوان فوقع فيها ، أو أوجج ناراً في عاصف من الريح ، ولم يتخذ لها واقياً ، فاحترق بها مال الغير ، ونحو ذلك مما يكون استناد التلف فيه الى المسبب - عرفاً - ففي جميع ذلك ونظائره صح أن يقال : السبب أقوى من المباشر ، واختص الضمان به :

أما في مثل ما نحن فيه مما كان سبب الضمان فيه استيلاء غير المستحق على مال الغير - وقد اخذه ممن سبقه - في عدم الاستحقاق ، غاية الأمر ان السابق عالم بعدم استحقاقه ، والآخذ منه جاهل به ، فكون ذلك من موارد القاعدة المذكورة ، غير واضح ، نعم هو من موارد قاعدة (الغرور) وليس مفادها عدم ضمان المغرور واختصاص الغاربه ، بل رجوعه على من غره بما خسره لملك العين الثالثة عند رجوعه عليه وأخذه منه ، فهو ضامن كالسابق الغار ، ولكنه يرجع بغرامته عليه بمقتضى النبوي المشهور : « المغرور يرجع بما غرمه على من غره » .

فان مورد إجرائها في (المسالك) بين المستعير والغاصب المعبر
 زهو مجراها ، لتحقق العارية بينهما ، ولا مورد لجريانها بين المالك والمستعير
 الذي لعارية بينهما حتى يصلح أن يجعله مدركاً للحكم .

هذا كله مع جهل المستعير بالغصب . وأما مع علمه به ، فهو ضامن
 للعين والمنفعة ، وقرار الضمان عليه لو تلفت في يده ، ولعله مورد توهم
 نقض القاعدة به ، لكونها مضمونة - حينئذ - من غير خلاف ، مع كونها
 غير مضمونة بصحيحها ، ولا مدخلية للعلم والجهل إلا في الأثم وعدمه
 دون الأحكام الوضعية من الضمانات وعدمها .

ولكنه توهم فاسد ، لأن المستعير لعلمه بالغصب علم يكوئها مضمونة
 عليه - شرعاً - ولو للمالك ، فهو كعارية الذهب والفضة - المضمونة شرعاً
 لا بشرط من المعير ، فهو إقدام منه على الضمان ، والعارية مضمونة بصحيحها
 فهي مضمونة بفاسدها - فتأمل (١) .

(١) قد يقال : إن وجه ضمان المستعير للعين من الغاصب اذا كان عالماً
 بفصبيتها ، إنما هو قاعدة تعاقب الأيدي على مال الغير عدواناً ، فانه لعلمه بالغصب
 يكون غاصباً كالمعير ، فيضمن للمالك العين والمنفعة - مطلقاً :
 وليس الوجه في ذلك كونها عارية مضمونة كعارية الذهب والفضة ، فهو
 إقدام منه على الضمان ، والعارية مضمونة بصحيحها ، فهي مضمونة بفاسدها ،
 كما يقول سيدنا - قدس مره - فان عارية الذهب والفضة إنما يكون المضمون فيها
 للمالك نفس العين دون المنفعة - أيضاً - مضافاً إلى أن عارية الذهب والفضة يضمنها
 المستعير للمالك والمعير على البذل ، بمعنى أن المالك لو رجع ببذل العين الثالفة على
 المستعير خسره له ، ولو رجع على الغاصب المعير وأخذ البذل منه خسره
 المستعير له - أيضاً - فهو مقدم على ضمان العين وبدلها على البذل ، وهذا بخلاف
 المستعير من الغاصب العالم بكونه غاصباً ، فان ضمانه للمالك لو رجع عليه يبذل =

ثم إن ما ذكرنا جرباً على مذاق من أجرى قاعدة العارية بين المستعير والغاصب المعير في الرجوع وعدمه في بعض صور المسألة ، وإلا فيمكن أن يقال بخروج عارية الغصب عن مجرى قواعد العارية وأحكامها ، وإن كانت بصورة العارية .

وما تقدم في بعض صور المسألة من الرجوع وعدمه بين المستعير والغاصب المعير ، فانما هو للفرور ، لا لكونها عارية يتمسك فيها بقاعدة « مالا يضمن » فإن العارية التي تجري فيها قواعدا - وكذا الوديعة ونحو ذلك من العناوين - هي الطارئة على أخذ المال من المالك لا مطلق الأخذ وإن كان من غيره .

ومما يمكن أن يورد على الكايسة الإيجابية : النقض بالبيع من السفه المحجر عليه ، لو تلف المبيع في يده مع كون القبض باذن البائع ، فانه حكم غير واحد - كالعلامة في القواعد ، والمحقق في الشرائع ، وثاني الشهيدين والمحققين في المسالك ، وجامع المقاصد - بفساد البيع ، وعدم تعلق الضمان

= العين التالفة بلا اشكال ، وأما ضمانه للغاصب المعير لورجع عليه المالك ببطل العين التالفة وخسارته البطل له ، فهو لا يخلو عن الاشكال ، فإن علمه بالغصب غاية ما يقتضي كونه ضامناً للمالك العين التالفة وعدم رجوعه بما خسره له على المعير لعدم كونه مغروراً منه كالجاهل بالغصبية .

وأما ضمانه للمعير بدل العين التالفة لورجع المالك عليه وأخذ البطل منه فهو مشكل ، إذ هو قادم على ضمان العين للمالك لو رجع عليه ببطلها ، لاعلى ضمان بدلها للمعير لو رجع عليه المالك وأخذ البطل منه ، لما ذكرناه من جريان قاعدة العارية بين المعير الغاصب وبين المستعير منه ، وانه غير مقدم على الضمان له ما خسره للمالك : ولعل ما ذكرنا هو الوجه في تأمل سيدنا المصنف - قدس سره - .

بالسفيه ، وإن فك حجره (١) فالمبيع - هنا - غير مضمون مع كون صحيحه مضموناً ، وكل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده :
واطلاق كلام المحقق ، وصريح الباقيين : عدم الفرق بين صورتي العلم والجهل بالسفه .

قلت : لا يتم النقض به مع علم البائع بذلك لأنه - حيث لا بد - مقدم على تلف ماله ، ومضيق له ، ومسقط لاحترامه .

نعم يتوجه النقض به مع جهله ، وإن علمه في (المسالك) و (جامع المقاصد) بما يرجع محصله إلى تقصير البائع معه بعدم اختبار حاله . وعلمه بثبوت العوض المبذول له .

وفيه : منع التقصير ، ولزوم الاختبار مع جريان إصاله للصحة والسلامة ، فإنه أصل موضوعي عليه بناء العقلاء ، والسيرة القطعية في معاملاتهم .

(١) ففي كتاب الحجر من (قواعد العلامة - الفصل الثاني في المجنون والسفيه):

« .. فإن اشترى بعد الحجر فهو باطل ، ويسترد البائع سلعته إن وجدها ، وإلا فهي ضائعة إن قبضها باذنه عالمًا كان البائع أو جاهلاً » .

وفي (شرائع المحقق - كتاب الحجر ، الفصل الثاني في أحكام الحجر) :

« المسألة الثانية - إذا حجر عليه ، فباعه إنسان كان البيع باطلاً ، فإن كان المبيع موجوداً استعاد البائع ، وإن تلف وقهضه باذن صاحبه كان تالفاً وإن فك حجره »
وفي (مسالك الشهيد الثاني) - في التعليق على قول المحقق الآنف « إذا حجر

عليه ... » : « ... لا فرق في جواز استعادته مع وجوده بين من باعه عالمًا بحاله وجاهلاً ، لأن البيع في نفسه باطل ، فله الرجوع في ماله متى وجده ، وأما إذا تلف فلا يخلو : إما أن يكون قد قبضه باذن صاحبه أو بغير إذنه ، وعلى التقديرين إما أن يكون البائع عالمًا أو جاهلاً ، فإن كان قبضه باذن صاحبه كان تالفاً عليه لأنه سلط على إتلافه مع كونه سفهياً ، ووجود السفه مانع من ثبوت العوض ... » .

اللهم الا أن يمنع بناء العقلاء على التمسك به في مفروض المسألة من العلم بأصل الجبر ، والجهل بالسبب إن لم نقل بهناتهم على التوقف في نحو ذلك حتى يحرزوا سببه ، لو أرادوا المعاملة معهم ، فإلا من التقصير في الاختبار لا يخلو من وجه .

وعلى كل حال ، لا يكون نقضاً للقاعدة : إما بدعوى الضمان في صورة الجهل ، أو لوجود المسقط له من قاعدة التسليط ، ان قلنا بتقصيره في الاختبار .

وربما يتوهم النقض أيضاً بما لو باع بلا عوض أو أجر بلا أجرة بأن قال : بعثك الدار بلا عوض أو أجرتك بلا أجرة ، فعن الشهيدين في ثاليهما : عدم الضمان مع كون صحيح البيع والاجارة مضموناً ، وكل ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده .

وفيه : ان عدم الضمان فيهما لعله مبني على ظهور لإرادة التملك المجاني كالهبة ونحوها من لفظ (بعث) أو (أجرت) بقريضة قوله «للعوض» أو « بلا أجرة » ، وحينئذ فإن لم نعتبر في صحة ذلك لفظاً خاصاً أو صيغة خاصة كانت هبة صحيحة ، وهي غير مضمونة ، وإلا كانت هبة فاسدة ، وهي غير مضمونة أيضاً لأن صحيحها غير مضمون ففسادها كذلك نعم يحتمل أن يكون المراد من ذلك : نفس البيع لصراحة لفظ (بعث) - مثلاً - فيه ، وكون العوضية مأخوذة في حقيقته ، فارادته مع إرادة عدم العوضية من الجمع بين المتضادين ، وهو محال ، فلا بد من صرف لفظ (بعث) عن ظاهره بحمله على مالا ينافي المجانية كالهبة ونحوها .

وفيه : إن محالية إرادة المتضادين بمعنى لإنشائها مسلم ، إن أراد المعنى الصحيح الشرعي المأخوذ فيه العوضية من البيع الفاسد ، لعدم العوض

بخلاف ماله أراد تنزيل هذا البيع منزلة البيع الصحيح ، وأنه من أفراده بالادعاء ، فيكون لفظ البيع مستعملاً في معناه الحقيقي ويكون من الاستعارة والمجاز في النسبة ، نحو : زيد أسد . أى : فرد منه بالادعاء ، ومنه إطلاق العين على الرتبة . ومن هذا الباب : التشريع الذي مرجعه في الحقيقة - إلى تنزيل مخترعائه منزلة مخترعات الشارع ، وأنه منه بالادعاء ، لأنه من أفراد - حقيقة - فتمام : وعليه ، فالأقوى الضمان ، لأنه بيع فاسد أو إجارة فاسدة ، وصحبيهما مضمون ففاسدهما كذلك (١)

ولا يتوهم سقوطه - مع ذلك - بتسلط البائع له على ماله - مجالاً - لأن ذلك كان بعنوان البيعية ، والحيشة - هنا - تقييدية ، لاتعليلية ، فينتفي المقيّد بانتفاء جهته التقييدية ، فيبقى عموم « على اليد » و « قاعدة الاحترام » سليمين عن المسقط :

وبالجملة لا إشكال في حكم القضية بعد تشخيص المراد منها ، إنما الإشكال والتأمل في ظهور هذا العقد الصادر من البائع في أي الاحتمالين حتى يترتب عليه حكمه واصالة الصحة لادمخلية لها في ظواهر الالفاظ المتبعة في كشفها عن المراد (٢) .

(١) هذا مبني على أن مفاد القاعدة : أن كل صنف من العقود يكون فردة الصحيح موجباً للضمان ، فالفرد الفاسد منه كذلك أيضاً ، وأما بناء على ما قرأناه واخترناه من أن مفادها أن كل شخص من العقد لو فرض كونه صحيحاً وكان على الفرض - منشأ للضمان ، فهو كذلك في فرض فساده وما لم يكن - على تقدير صحته فيه الضمان - فلا ضمان فيه في فرض فساده . فالأقوى عدم الضمان فيه . لأن شخص هذا العقد - بناء على كونه بيعاً فاسداً - لو فرض صحته لاضمان فيه .

(٢) ثم انه ربما يورد على عكس القضية بضمان العين المستأجرة على المستأجر بالاجارة الفاسدة مع عدم ضمانها في الاجارة الصحيحة ، وهو =

= منافع لقضية « ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده » .

أقول : لا ريب في عدم ضمان المستأجر للعين المستأجرة بالاجارة الصحيحة ، وإنما الكلام في ضمانها في الاجارة الفاسدة ، وهو محل خلاف بين علمائنا - قدس الله أسرارهم - وربما ينسب كل فريق ما اختاره من الضمان أو عدمه الى المشهور ، والظاهر : أن هذا الخلاف يبتني على الخلاف في صحة شرط ضمان العين المستأجرة على المستأجر ، وعدم صحته : فن قال بصحة الشرط قال بضمان العين في الاجارة الفاسدة ومن قال بعدم صحة الشرط قال بعدم الضمان .

فنقول : الظاهر هو القول بالتفصيل في صحة الشرط وعدم صحته . بيان ذلك : إن عقد الاجارة : إما ينشأ به تملك منفعة عين بعوض أو ينشأ به تملك عمل بعوض . ثم العمل : إما أن يكون من حر ، أو من غيره ، إنساناً كان أو حيواناً .

أما في صورة كون المملوك بها العمل ، فلا يتوقف استيفاء المستأجر ماملكه بها أن تكون العين الصادر منها العمل تحت يده ، بل لا يتصور ذلك في الحر بناءً على ما هو المشهور : من أنه لا يكون تحت اليد ، ولذا لم يحكم على حابسه بضمان منافعها الفائتة مدة الحبس ، وإن حكم بضمان منافعها المستوفاة بملاك الاستيفاء والاتلاف الذي ليس هو محل الكلام في القاعدة فإن موردها ما يضمن بضمان اليد مما لا يضمن به ، بخلاف استيفاء عمل غير الحر كالعبد والدابة ، فإنه يمكن حصول ماملكه المستأجر من العمل حال كون العبد أو الدابة تحت يده ، كما يمكن حصول ذلك حال كونها تحت يد المالك المورج ، فانتفاع المستأجر بما ملكه من العمل لا يتوقف على كون العين المستأجرة تحت يده .

وأما لو كان المملوك بعقد الاجارة منافع الأعيان ، كاجارة المساكن والحواليت - مثلاً - فانه لا يمكن استيفاء المستأجر مملكه من منفعة المسكن والحيوانات الا بكونها تحت يده ، وتسليط المالك المؤجر لها المستأجر على العين ليستوفي مملكه من المنفعة بعقد الاجارة :

إذا تبين ذلك ، فنقول : أما في إجارة الحر نفسه للعمل ، فلا معنى لشرط ضمان العين مع فرض عدم امكان كونه تحت اليد : وأما في إجارة العبد للخدمة أو الداهة لحمل المتاع - مثلاً - فحيث يمكن إستيفاء منفعتها بكل من النحوين كونها تحت يد المؤجر أو تحت يد المستأجر ، فلا يملك المستأجر باستيجاره كونها تحت يده لكي يكون المؤجر ملزماً بتسليمه لها وتسليطه عليهما مدة الاجارة .

وعليه ، فيصح له - حين العقد - اشترط ضمانها عند تسلم المستأجر وانتفاعه بها حال كونها تحت يده إذا لم يكن الشرط مخالفاً لمقتضى للعقد بل لاطلاقه ولا بأس به . وأما إجارة الدار والحيوانات - مثلاً - فحيث لا يمكن حصول المنفعة للمستأجر إلا بكون العين المستأجرة تحت يده ، فعقد الإجارة المنشأ به تمليك المنفعة للمستأجر يقتضي تسليطه على العين لأن تسليم المنفعة التي ملكها المستأجر بعقدها في هذا القسم متوقف على تسليم المؤجر العين اليه ، وتسليطه عليهما ليستوفي منها مملكه ، فالعقد - هنا - كما اقتضى تمليك منفعة الدار - مثلاً - بالأجرة ، اقتضى أيضاً تسليم العين للمستأجر وتسليطه عليها - مجاناً - ليستوفي منها المنفعة ، وبعبارة أوضح ، فان المستأجر في القسم المذكور استحق بعقد الاجارة المنفعة بالاجرة مدة الاجارة وكون العين تحت يده في تلك المدة - مجاناً - فتضمنه بالعين بالشرط يكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد ، فيبطل .

والحاصل ، المدعى أن الاجارة لا تختلف حقيقتها باختلاف أفرادها بل هي حقيقة واحدة في الجميع وهو تملك المنفعة - بالعوض في قبالة البيع الذي هو تملك العين بالعوض ، ومنفعة كل شيء بحسبه ، فتنفعة الحر عمله ومنفعة العبد خدمته ، ومنفعة الدابة حمل المتاع أو الركوب عليها ، ومنفعة الدار السكنى فيها ، وهكذا . والمضمون بعقد الاجارة بالعوض هو المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد ، وأما العين المستأجرة فنفس العقد لا يقتضي تضمينها ، وإن أمكن اشتراط ضمانها بالنسبة الى بعض أفرادها ، وسيأتي بيانه .

وأما من جهة تسليط المالك للمنفعة على العين ليستوفي ماملكه بعقد الاجارة ، فهالنسبة الى مالا يمكن ويتصور فيه ذلك ، كاجارة الحر نفسه للعمل ، بناء على المشهور من عدم دخوله تحت اليد ، فليس محلاً للكلام وأما بالنسبة الى ما يمكن فيه ذلك كسائر موارد الاجارة ، فما يتوقف استيفاء المستأجر ماملكه بالعقد من المنفعة وانتفاعه بها على كون العين المستأجرة تحت يده مدة الاجارة ، ولا يمكن حصولها بغير ذلك كاجارة المساكن والجوانيت ونظائرها فعقد الاجارة كما يقتضي تضمين المستأجر المنفعة بعوضها كذلك يقتضي تسليطه على العين مدة الاجارة - مجاناً - وعدم تضمينه لها ؛ وعليه فيكون اشتراط ضمانها مخالفاً لمقتضى العقد فيبطل . وأما ما سوى ذلك من موارد الاجارة مما لا يتوقف استيفاء المستأجر وانتفاعه بما ملكه على كون العين تحت يده ، بل يمكن فيه ذلك ، وهي في يد المالك المؤجر - أيضاً - فعقد الاجارة بالنسبة الى التسليط على العين وكونها تحت يد المستأجر لا اقتضاء ، فيصبح للمؤجر أن يشترط على المستأجر في متن العقد ضمانها عند تسلمها :

إذا عرفت ذلك ، وظهر لك ما يصح فيه اشتراط ضمان العين المستأجرة مما لا يصح فيه ذلك ، يتضح لديك أن يد المستأجر على العين المستأجرة بالاجارة الفاسدة لا تكون مقتضية للضمان مطلقاً ، ولا غير مقتضية كذلك بل الأظهر التفصيل بين ما يصح فيه اشتراط الضمان في صحيح العقد ، فيضمن في فاسده العين المقبوضة ، وبين ما لا يصح فيه اشتراط ضمانها في الصحيح فلا يضمنها في العقد الفاسد .

بيان ذلك : إن في مثل إجارة الدار والحانوت مما يكون صحيح عقد الاجارة مقتضياً لضمان المنفعة وعدم ضمان العين المستأجرة تحت يد المستأجر فان المنفعة تكون مضمونة في فاسدها بحكم اصل قاعدة « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » والعين المستأجرة لا تكون مضمونة بحكم عكس القاعدة . وأما ما لا يكون للعقد الصحيح فيه مقتضياً لعدم ضمان العين المستأجرة بل يكون العقد بالنسبة اليه (لا إقتضاء) كما في إجارة العبد للخدمة ، والدابة لحمل المتاع - مثلاً - ونظائرهما مما لا يكون استيفاء المنفعة متوقفاً على كون العين المستأجرة تحت يد المستأجر مدة الاجارة - كما ذكرنا - فعدم ضمان العين في الصحيح لكونها أمانة مالكية مأذوناً فيها شرعاً ، ولم يشترط المالك ضمانها ، ولكنها في الفاسد شرعاً حيث ان يد القابض لها من غير استحقاق شرعي ، فيضمنها ومما ذكرنا من أن مناط صحة اشتراط ضمانه العين المستأجرة على المستأجر وعدم صحته هو توقف استيفاء المنفعة على كون العين تحت يده وعدم التوقف على ذلك : يظهر أن من استأجر غيره لعمل في ملكه كما لو استأجره لحياطة ثوبه - مثلاً - وكان استيفاء العمل من الأجبر غير متوقف على كون الثوب تحت يده واستيلائه ، بل يمكن حصوله مع كونه تحت يد استيلاء المستأجر المالك للثوب - مثلاً - وحينئذ ، فيصح =

ثم إن بعض المحققين من المعاصرين نسب الى الشيخ في (المبسوط)
التمسك لعدم ضمان فاسد عقد لا يضمن بصحيحه ، بالأولوية ، مستشعراً
ذلك من كلمة (فكيف) في عبارته ، حيث قال - معللاً عدم الضمان
في المسألة المتقدمة من الرهن المشروط بكونه مبيعاً بعد القضاء الأجل -
« لأن صحيح الرهن غير مضمون عليه ، فكيف فاسده ، وحاصله : إن سبب
الضمان إما لإقدام المالك عليه ، أو حكم الشارع وامضاؤه لما أقدم عليه
وكلاهما منفي في الرهن الفاسد ، ووجه الأولوية إمكان دعوى عدم ضمان
عقد فاسد يضمن بصحيحه بالانقضاء السبب الموجب له من الحكم بصحة
ما أقدم عليه من الضمان الخاص - شرعاً - بعد أن كان وجود العقد
الفاسد كعدمه ، ولا لإقدام على غيره - كما عرفت سابقاً - فإذا كان ما يضمن
بصحيحه يمكن أن لا يكون مضموناً بفاسده ، فما لا يضمن بصحيحه كالرهن
بطريق أولى لا يضمن بفاسده :

= للمستأجر في ضمن العقد اشتراط ضمان الثوب على الأجير عند تسليمه اليه
لاستيفاء ممتلكه منه بعقد الاجارة من خطاطته :

وعلى كل ، فسواء قلنا : إن العين المستأجرة تضمن في فاسد الاجارة
أم قلنا إنها لا تضمن ، فلا يرد النقض في القضية السلبية :

أما لو اخترنا عدم الضمان ، فذلك واضح ، ولو اخترنا الضمان ، فلا
نقض - أيضاً - لما ذكرنا من أن القاعدة - أصلاً وعكساً - ليست في مقام
بيان كل ما يضمن في العقد الفاسد مما لا يضمن فيه ، وإنما هي لتمييز ما يضمن
فيه مورد العقد ، ومصبه مما لا يضمن فيه ذلك ، ومصبب العقد في الاجارة
هو المنفعة وهي مضمونة في الصحيح والفاسد ، فيرجع في العين المستأجرة
الى (قاعدة اليد) وهي مقتضية لضمانها في الفاسد في مورد عدم انقضاء
صحيح العقد مجايلتها - فتأمل تعرف .

وفيه - مع إمكان أن يقال : إن صحة عقد الرهن والاجارة المستلزمين لتسلط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً ، بل وسائر مالا يضمن به صحيحه مؤثرة في عدم الضمان ، وبعبارة أخرى : السبب في عدم الضمان هو إقصاء الشارع لما أقدم عليه المالك من التسليط الجاني ، بخلاف الفاسد منه ، لانقضاء السبب ولو بانقضاء جزئه ، فلا أولوية في المقام :

أن ذلك مبني على إرادة الأولوية من كلمة (كيف) وبمحتمل إرادته التعجب منها ، دون الأولوية ، ومنشأه توهم الفرق بين صحيح مالا يضمن وفاسده في الضمان ، وعدمه ، مع اشتراكها في عدم علة الضمان أو علة عدمه ، لأن علة الضمان : إما إقدام المالك ، أو حكم الشارع به ، أو المركب منها ، والكل متفق في صحيح مالا يضمن ، فكذا في فاسده ، بعد أن كان وجود العقد كعدمه ، والاشتراك في العلة يستلزم الاتحاد في الحكم وبعد أن كان صحيح الرهن - مثلاً - لا يضمن ، فكيف فاسده ، فالفرق بين صحيح الرهن وفاسده مورد التعجب .

هذا ما حضرني من النقوض التي ربما يتوهم ورودها على القاعدة بكليتها : الإيجابية والسلبية ، وقد عرفت عدم تماميتها . مع أنه لو فرض تخلفها في بعض الموارد لدليل خاص لا ينافي تأسيسها الموجب للتمسك بها في موارد الشك ، وإن هي إلا كالعام المخصص ، وليست هي من القواعد العقلية الآبسية عن التخصيص ، مع أن النقض إنما يتحقق بما اذا كان ما يخالف القاعدة من المتفق عليه والمسلّمات عندهم ، لا فتوى شرذمة منهم وأما الإشكالان :

فالأول منها - إن فاسد عقود المعاوضات اذا كان الفساد من جهة لفظه ، لم لا تكون مضمونة بالمسمى كصحيحها بالمعاطاة ، بعد أن كان وجود العقد لفاسده كعدمه :

والجواب عنه : إن المعاطة يعتبر فيها غير اللفظ ما يعتبر في العقود التي منها قصد التمليك بالإيجاب والقبول الفعلين كالعقود المعتبر فيها قصد التمليك بالإيجاب والقبول اللفظيين ، فالقبض والاقباض في المعاطة يقصد بهما التمليك والتملك ، وفي العقود يترتبان على ما قصد التمليك به من العقد فالعقد الفاسد قصد التمليك به ، لا بما يترتب عليه من القبض والاقباض فما قصد به التمليك من العقد لم يقع ، وما وقع من القبض والاقباض لم يقصد بهما التمليك ، فلم يقع عقد ولا معاطة ، فلا تكون مضمونة إلا بعوضه الواقعي من المثل أو القيمة .

والثاني - إن اطلاق كلامهم في الكليسة الإيجابية يشمل صورة علم البائع مع جهل المشتري ، وحينئذ يقتضي سقوط الضمان للغرور : وفيه : - مع انه غير مطرد إلا اذا استلزم غرامة البذل الواقعي زيادة الضرر على المسمى - أنه لاغرور من البائع حتى يوجب عدم ضمان ماله وسقوط احترامه ، وجهل المشتري لتقصيره في تعليم الأحكام الشرعية غير موجب لسقوط الضمان عنه :

رِسَالَةٌ

فِي الْقَبْضِ وَحَقِيقَتِهِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسألة : لما كان جملة عقود المعاوضات وشطر من المجانيات كالرهن والوقوف والهبات ، يعتبر القبض فيما يترتب عليها من الأحكام ، كان التعرض لمعناه من المهمات ، حيث يترتب عليه كثير من الثمرات .
 للقول فنقول - وبالله المستعان - : القبض - لغة - هو الأخذ والتناول باليد واختلفت عبارات الفقهاء فيما يراد منه في المنقول - بعد اتفاقهم على كفاية التخلية في غيره - والجمود على ظواهرها ينهيه إلى أقوال ثمانية :
 القول الاول - كفاية التخلية فيه - مطلقاً - في المنقول وغيره ، صرح به في (الشرائع) (١) و (مختصر النافع) (٢) وهو المحكي عن (كاشف الرموز) (٣) ونسبه في (الإيضاح) إلى بعض المتقدمين (٤)

(١) للمحقق الحلي . راجع : كتاب التجارة ، الفصل الرابع في احكام العقود النظر الثالث في التسليم - طبع ايران - .

(٢) للمحقق الحلي . راجع : كتاب التجارة ، الفصل الرابع في لواحق البيع

الثالث . في القبض ج ١ ص ١٢٤ طبع دار الكتاب العربي بمصر :

(٣) صاحب (كشف الرموز) هو الحسن ابن أبي طالب اليوسفي الآبي .

وكتابه (كشف الرموز) هو شرح رموز كتاب أستاذه الحق الحلي (المختصر النافع) والكتاب من نفائس المخطوطات ، فرغ من تأليفه سنة ٦٧٢ هـ (راجع - عن الكتاب

ومؤلفه : رجال السيد بحر العلوم ج ٢ ص ١٧٩ - ١٨٠) :

(٤) إيضاح الفوائد في شرح القواعد ، لفخر المحققين محمد بن الحسن =

وحيثهم - على ما قيل - : لزوم الاشتراك أو المجاز لو أريد غيرها في المنقول ، بعد الاجماع - بل الاتفاق - على إرادتها في غيره ، والمراد بها رفع اليد وجميع الموانع عن سلطنة القابض واستيلائه عليه .

القول الثاني - التخلية في غير المنقول كالعقار والدور ، وفي المنقول نقله أي نقل المشتري له ، لأنه الكاشف عن السلطنة والاستيلاء عليه ، والمنتهق به قبضه دون البائع ، اختاره الشيخ - رحمه الله - في (الخلاف) (١) وابن اديريس في (السرائر) - على ما حكى عنه ، وابن زهرة في (الغنية) مدعياً عليه الاجماع (٢) والشهيدان في (اللمعة والروضة) (٣) وغيرهم . ودليلهم عليه - بعد الاجماع المعتضد بالشهرة المحكية - في الجملة - :

فهم العرف ، لأنه المرجع فيما لم يرد في تعريفه نص من الشرع .

القول الثالث - كالثاني - في تحقق قبض المنقول بنقله ، للصدق العرفي إلا في خصوص المكيل والموزون ، فقبضه كيـله أو وزنه معيناً ، لصحيفة معاوية بن وهب ، قال : « سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه ؟ فقال : ما لم يكن كيـل أو وزن ، فلا تبعه »

= ابن العلامة الحلبي المتوفي سنة ٧٧١ هـ وهو شرح مفصل لقواعد والده العلامة - طاب ثراهما - والكتاب من لفائس المخطوطات .

(١) الجزء الأول : كتاب البيع مسألة (١٥٩) طبع طهران سنة ١٣٧٧ هـ

(٢) كتاب الغنية لابن زهرة مطبوع في آخر المجلد الثاني من كتاب جوامع الفقه . قال - رحمه الله - في كتاب البيع فصل فيما يتعلق بالبيع من الأحكام : « ... والقبض فيما لا يمكن نقله كالأرضين : التخلية ورفع الحظر وكذا حكم ما يمكن ذلك فيه مما يتصل بها من الشجر وثمره المتصل به والبناء وفيما عدا ذلك التحويل والنقل كل ذلك بدليل إجماع الطائفة ، »

(٣) راجع : ج ١ كتاب البيع ، الفصل العاشر في الأحكام ، الثاني في القبض .

إلا أن تكيّله أو تزنه إلا أن تولاه الذي قام عليه ، (١) وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام : « لأنه قال في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال ؟ قال : لا يصلح له ذلك » (٢) حيث علق فيها جواز بيع المبيع على الكيل أو الوزن ، سبباً مع وقوع الأولى في جواب السائل عن بيع مالم يقبض أو يكال ، وليس إلا لكونها قبضاً في المكيل والموزون . ذهب إلى هذا القول جماعة ، بل نسبته بعضهم إلى المشهور . وفيه : إن اعتبار الكيل والوزن : ان كان لكونها قبضاً في المكيل والموزون :

فيدفعه : أنها يصدران - غالباً - من البائع في مقام الاقتباس والتسليم ، والقبض والتسلم فعل المشتري ، فكيف يكون ما هو فعل البائع فعلاً للمشتري ؟ فلا أقل من القول بالتفصيل بين ما لو صدرا من البائع أو المشتري في مقام التسلم والقبض ، ومنه يظهر وجه الاشكال في جعل التخلية - التي قد عرفت معناها - قبضاً - مطلقاً - أو في غير المنقول الذي ادعي الاتفاق عليه فيه (٣).

(١ - ٢) راجع : كتاب وسائل الشيعة للحر العاملي : كتاب التجارة ، أبواب العقود ، باب جواز بيع المبيع قبل قبضه - الأول - حديث رقم ١١ ، والثاني حديث رقم ٥ طبع الإسلامية طهران .

(٣) كما هو مفاد القول الأول والثاني الآنفين - من أن المراد بها رفع اليد وجميع الموانع عن سلطنة القابض واستيلائه عليه ، فإنها بالمعنى المذكور من فعل البائع لا من فعل المشتري : فلا يصح تفسير القبض الذي هو فعل المشتري بها - حينئذ - ولكن يمكن رفع الاشكال بتفسير التخلية بما يناسب فعل المشتري ، بأن نقصد منها : التخلية بمعناها الاسم المصدري الذي هو حصيلة المعنى المصدري القائم بالبائع ، فنفس القبض في باب البيع بالتخلية أراد بها : التخلي بالمبيع وكونه =

وان اعتبرهما الشارع شرطاً في رفع المنع - تحريماً أو كراهة - عن بيع مالم يقبض في خصوص الطعام او مطلق المكبل والموزون .
 فيدفعه - مضافاً إلى كونه خروجاً عن فرض كونها قبضاً في المكبل والموزون - : أنه منافع للاجماعات المحكية على جواز البيع بعد القبض فاللازم حمل الصحيحتين ونحوهما على الغالب مما يقرب عليهما من القبض والتسلم :
 ومما ذكرنا بظهر ضعف ما استقر به في (المختلف) : من كون القبض في المنقول لقله ، وفي المكبل والموزون ذلك ، أو كبله ووزنه مخيراً بينهما (١) .

واستند في هذا القول إلى الجمع بين العرف الذي هو المرجع فيما لانص فيه من الشرع مؤيداً برواية عقبة بن خالد عن الصادق - عليه السلام - في رجل اشترى متاعاً من آخر ، وواجبه ، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، وقال : آتاك غداً إن شاء الله ، فسرقت المتاع : من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فإذا أخرجه من بيته ، فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه « حيث جعل - عليه السلام - النقل هو القبض : - وبين صحيحة معاوية المتقدمة (٢) .

= نحلى من قبل البائع بنحو لم يكن له سلطان عليه بعد أن كان ، ولا ريب أن ذلك المعنى قائم بالمشتري ، فيصح تفسير القبض بما هو فعله بها ، ويكون رفع يد البائع وجميع الموانع عن المبيع من مقدمات حصول التخلية للمشتري بالمعنى المذكور وبالجمل ، فالتخلية بمعناها المصدري من فعل البائع ، وبمعناها الاسم المصدري من فعل المشتري ، فتأمل .

(١) وهذا القول اعتبره المصنف رابع الأقوال الثمانية في مسألة القبض :

(٢) الأنفة الذكر في ص ١٢١

ولعل التزامه بكون الكيل والوزن قبضاً دون أن يكون اعتبارهما لمحض كونهما شرطاً في رفع المنع التحريمي أو الكراهي عن بيع المكيل والموزون للتخلص عن لزوم تخصيص الصحة بالاجماع الذي حكاه بعد أن ساقها حيث قال : « فجعل - عليه السلام - الكيل والوزن هو القبض ، لأن الاجماع على تسويغ بيع الطعام بعد قبضه » (١)

هذا ، ومفاد الاجماع المزبور : هو كون القبض مسوغاً للبيع ، لاحصر المسوغ به - كما هو مفاد ما حكاه جدنا (٢) في (الرياض) حيث قال

(١) راجع : مختلف الأحكام للعلامة كتاب التجارة ، الفصل السادس عشر في القبض وحكمه . وتام الموضوع مانصه : « مسألة - قال الشيخ في المبسوط - الى قوله - : والاقرب ، ان البيع ان كان منقولاً فالقبض فيه هو النقل أو الأخذ باليد ، وان كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه هو ذلك ، أو الكيل أو الوزن ، وان لم يكن منقولاً فالقبض فيه : التخلية . لنا : أن العرف يقتضي ما قلناه ، ومن عادة الشرع رد الناس الى ما يتعارفونه من الاصطلاحات فيما لا ينص على مقصوده باللفظ .

ويؤيده : مارواه عقبة بن خالد عن الصادق - عليه السلام - في رجل اشترى متاعاً من آخر وواجهه ، غبر أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، وقال : آتيك غداً إن شاء الله ، فبسرقت المتاع ، من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فاذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه » فجعل النقل هو القبض ، لأنه علل زوال الضمان به . ولا خلاف أنه معمل بالقبض ، فكان هو القبض ، ومارواه معاوية بن وهب - في الصحيح - : قال : سألت أبا عبد الله - عليه السلام - : عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه فقال : ما لم يكن كيلاً أو وزن ، فلا يبعه حتى يكيله أو يزنه ، إلا أن يوليه الذي قام عليه : فجعل - عليه السلام - : الكيل والوزن هو القبض ، والاجماع على تسويغ بيع الطعام بعد قبضه ... » (٢) صاحب الرياض السيد مير علي الطباطبائي هو جد المصنف لأمه

- في جواب المناقشة على الرواية - : « .. ، فليكونا قبضاً ، للاجماع على عدم ارتفاعه الابه ، (١) »

وتبعه - في كيفية نقل الاجماع وحصر المسوّغ بالقبض - الفاضل الجواد في (شرح اللمعتين) حيث قال - في وجه سقوط المناقشة : « .. بالاجماع المدعى على عدم ارتفاع المنع - تحريماً أو كراهة - بدون القبض » (٢) ولا يخفى عليه الفرق الواضح بين النقلين ، واختلاف لزوم التخصيص على الطريقتين .

القول الخامس - مذهب اليه في (المبسوط) حيث قال : « .. »

(١) راجع : كتاب التجارة ، لو احق البيع ، الثالث في القبض وأحكامه وتام عبارته - فيما يخص الموضوع - : « ... والمناقشة فيها : بضعف الدلالة من حيث أن ظاهر الأولى أن البيع قبل القبض لا يجوز حتى يكيل أو يوزن ، وذلك لا يدل على كون القبض ذلك ، ولا يدل على ذلك بضم السؤال ، إذ يصح جواب السائل : هل يجوز قبل القبض ؟ بأنه لا يجوز قبله بدون أحد الأمرين : والثانية : انه يعتبر في انتقال الضمان من البائع الى المشتري : نقل المتاع وإخراجه من يده وليس فيه تفسير القبض بكونه عبارة عن ماذا ، مع أن ظاهرها أنه يعتبر في انتقال الضمان الإخراج من بيت البائع ، ولا قائل به - مدفوعة : بظهور الأولى في ارتفاع المنع تحريماً أو كراهة باحد الأمرين فايكون قبضاً .. » .

(٢) لعل المقصود : شرح اللمعة المسمى بـ (الأنوار الغرورية) للفاضل الشيخ محمد جواد ابن الشيخ محمد تقى ابن الشيخ محمد الأحمدى البيهقي ، الشهير بـ (ملا كتاب) المتوفى بعد سنة ١٢٦٧ هـ وهو كتاب كبير يحتوي على عامة أبواب الفقه في عدة مجلدات ، وتم بعض أبوابه ولده الشيخ حسين في عدة مجلدات أيضاً والكتاب لا يزال مخطوطاً ، توجد نسخته في بعض خزائن المخطوطات في النجف الأشرف .

وان كان مما ينقل ويحول ، فان كان مثل الدراهم والدينارين والجواهر ومما يتناول باليد ، فالقبض فيه هو التناول ، وان كان مثل الحيوان كالعبد والبهيمة ، فان القبض في البهيمة أن يمشي بها الى مكان آخر ، وفي العبد أن يقيمه الى مكان آخر ، وان كان اشتراه جزافاً كان القبض فيه أن ينقله من مكانه ، وان كان اشتراه مكابلة فالقبض فيه أن يكيّله « انتهى (١)

القول السادس - مذهب اليه في (الدروس) قال : « والقبض في غير المتقول : التخلية بعد رفع اليد ، وفي الحيوان نقله ، وفي المعتبر بكيّله أو وزنه أو وعده : ذلك أو نقله ، وفي الثوب : وضعه في اليد » (٢)

ولعل نظره في المكييل والموزون الى الصحيحتين ، وفي النقل الى العرف ، ورواية عقبة المتقدمة ، لكن الفرق بين الحيوان وغيره مشكل وإلحاق المعداد بالمكييل والموزون قياس ، وكلمة (بعد) لعلها زائدة لأن التخلية تحصل برفع اليد والموانع ، لا بعد (٣).

القول السابع - كفاية التخلية في نقل الضمان عن البائع ، لافي زوال المنع عن بيع مالم يقبض : نفى عنه الباس في (الدروس) (٤) :
ومن المحتمل أن يكون ذلك اختلافاً في مناط الحكمين ، لافي تسميته

(١) راجع : كتاب البيع ، فصل في حكم بيع مالم يقبض ، وقبل هذه الجملة مانصه « ... وكيفية القبض ينظر في المبيع : فان كان مما لا ينقل ولا يحول فالقبض فيه التخلية ، وذلك مثل العقار والأرضين ، وان كان مما ينقل ... » .

(٢) راجع : كتاب البيع ، درس في القبض .

(٣) بناء على ما قرأناه فيما سبق : من أن المراد بالتخلية معناها الاسم المصدري القائم بالمشتري وأن رفع يد البائع والموانع عن المبيع من مقدمانها بالمعنى المذكور فلا زيادة في كلمة (بعد) .

(٤) راجع : كتاب البيع ، درس في القبض - حيث يقول : « ... وقبل : =

قبضاً على أن يكون القبض فى نقل الضمان غيره فى زوال المنع ، وعليه لا يكون قولاً آخر فى ماهية القبض وحقيقته : وبقرآه استبعاد كوله قولاً فى معنى القبض مرضياً عنده ، بعد ما اختار قبله بلا فصل : مانقلنا عنه إلا أنه - حينئذ - يمكن أن يقال عليه : كيف نفى البأس عنه مع أن التخلية إن كانت قبضاً ، فقد حصل المستوع للبيع للاجتماع المتقدم المحكى فى (المختلف) وغيره ، وإلا فلم يتحقق نقل الضمان بحكم النبوي المعروف : كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ، بل رواية عقبة المتقدمة دالة بظاهرها على اعتبار النقل فى رفع الضمان عن البائع ، كما فهمه الأصحاب لا كفاية التخلية فيه ، كما فهمه شيخنا المرتضى - قدس سره - فى (المكاسب) وجعلها معارضاً للنبوي وتكلف فى وجه الجمع بينهما (١). ومنشأ قراءة (يقبض) بضم حرف المضارعة ، لابتفتحها ، وجعل فاعل (يخرج) راجعاً الى البائع دون المشتري .

القول الثامن - الاستقلال والاستيلاء عليه باليد وهو . المحكى عن الأردبيلي - رحمه الله - والسبزواري - رحمه الله - (٢) و (المسالك) وإن

= التخلية مطلقاً ولا بأس به فى نقل الضمان ، لافى زوال التحريم أو الكراهية عن البيع قبل القبض . . . »

(١) حيث قال - كما فى كتاب البيع ، القول فى أحكام القبض - « ... فبممكن حمل النبوي على ذكر ماهو مقارن غالبى للتخلية ، واحتمل ورود الرواية مورد الغالب من ملازمة الاخراج للوصول الى المشتري بقريضة ظاهر النبوي . . . »

(٢) قال المحقق السبزواري فى كفاية الأحكام فى الفصل الثالث من أحكام العقود : والأقوى الرجوع فى ذلك (بمعنى القبض) الى العرف حيث لم يثبت له حقيقة شرعية ، قال فى المسالك : العرف يدل على ان إقباض غير المنقول يتحقق بالتخلية مع رفع يد البائع عنه وعدم مانع للمشتري من قبضه ، وأما فى المنقول فلا يتحقق =

اطرده في الأخير في غير المكيل والموزون ، وتبع فيها النصوص المتقدمة (١) لكن لا يكاد يتم ما ذكره هنا وقواه ، مع ما ذكره - أخيراً - بعد ذكر فروع كثيرة بقوله : « والتحقيق هنا أن الخبر الصحيح دل على النهي عن بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما له ، لاعلى أن القبض لا يتحقق بدونها وكون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض - حينئذ - لا ينافي ذلك ، لأن الاعتبار بهما قبض وزيادة ، وحينئذ ، فلو قيل : بالاكفاء في نقل الضمان فيها بالنقل عملاً بمقتضى العرف والخبر الأخير ، ويتوقف البيع ثانياً على الكيل والوزن ، أمكن ، إن لم يكن لإحداث قول النهي فتأمل جيداً ، انتهى : والذي يظهر لي أن القبض معناه أمر واحد في جميع موارد اعتباره وهو الاستيلاء والسلطنة العرفية على الشيء وقيامها بذات المشتري ، بعد أن كانت قائمة بذات البائع : - مثلاً - بحيث لو لم يكن مالكاً أو مأذوناً من مالك لكان غاصباً من غير مدخلية مماسة اليد أو فعل الجوارح في ماهيته واعتبار العرف لشيء من ذلك ، إنما هو لكونه كاشفاً عن حصولها له وتحققها فيه ، فهو معتبر من باب الامارة والطريقة ، لاموضوعية له في = إلا باستقلال يد المشتري به سواء نقله أم لا ، وكذا في طرف البائع بالنسبة إلى الثمن وهو حسن .

(١) راجع : ج ١ كتاب التجارة ، الفصل الرابع في أحكام العقود ، النظر الثالث في التسليم - في شرح قول المحقق : « والقبض هو التخلية . . . » حيث يقول : « والعرف يدل على أن قبض غير المنقول يتحقق بالتخلية مع رفع يد البائع عنه ، وعدم مانع للمشتري من قبضه ، وأما في المنقول فلا يتحقق إلا باستقلال يد المشتري به سواء نقله أم لا ، وكذا في طرف البائع بالنسبة إلى الثمن ، وهذا مظهر في المكيل والموزون وغيرهما ، إلا أنها خرجا بالنص الصحيح فبقى الباقي ، وهذا هو الأقوى .

ماهيته ، بل هي مرتبة على السلطنة ترتب المعلوم على العلة والأثر على المؤثر . نعم هي أسباب لحكم العرف بحصولها للمشتري ، لا لنفس الحصول فلو حصلت التخلية التامة التي هي بمنزلة الاقباض من البائع - مثلاً - مع قبولها من المشتري تحولت تلك السلطنة من المنقول منه الى المنقول اليه ، وقامت بذاته قيام الصفة بالموصوف والعارض بالعروض ، ولذا لو أرجع الغاصب العين المغصوبة الى المغصوب منه ووضعها بين يديه أو في داره بمشهد منه حصلت التأدية منه ، وبرئت ذمته ، وليس إلا لرجوع تلك السلطنة المسلوقة منه اليه بمجرد وضعه بين يديه وحصول القبض منه لماله وكذا الودعي للودعية . ولعل اختلاف عبارات الأصحاب في قبض المنقول عدا من اعتبر الكيل والوزن في المكيل والموزون للتعبد محض اختلاف في التعبير عن الكواشف والامارات ، لاخلاف في أصل معناه . ولذا كل منهم يستند في دعواه الى العرف . فلترجع - حينئذ - جملة من الأقوال بعضها الى بعض .

هذا تمام الكلام في أقوال المسألة

بقي هنا فروع

الأول - انه لو كان المبيع مشغولاً بأمتعة البائع : فاما أن يكون منقولاً^(١) أو غير منقول^(٢) وعلى الاول : فاما أن نعتبر النقل في قبضه^(٣) أو تكفي التخلية أو الاستيلاء ، وعلى التقادير : فقرة - مع إذن البائع لنقل المتاع ، وأخرى - مع عدم إذنه له .

فنقول : أما مع الاذن بنقله^(٤) فلا إشكال في حصول القبض - مطلقاً - بعد حصول ماهو معتبر فيه^(٥) - منقولاً كان أو غير منقول - كالعقار والدور . وأما مع عدم إذن البائع في نقل المتاع مع كونه آذناً في قبض المبيع أو كان اذنه غير معتبر لوصول الثمن اليه (ففي) تحقق القبض قبل تفريره وترتب جميع أحكامه عليه بالاستيلاء عليه ، او نقله بما فيه ، ان كان منقولاً واعتبرنا النقل فيه ، أو عدمه كذلك^(٦) أو ترتب نقل الضمان عن البائع دون غيره من أحكام لعدم كونه قبضاً - : (وجوه

(١) يعني : يمكن نقله من مكان البيع الى حيز آخر .

(٢) مثل الدار والعقار .

(٣) يعني : لا يكفي في تحقق قبضه مجرد التخلية أو الاستيلاء بل يعتبر مع ذلك نقله عن مكان البيع الى مكان آخر .

(٤) اي نقل المتاع :

(٥) من مجرد التخلية أو الاستيلاء عليه او مع نقله الى حيز آخر في المنقول

(٦) يعني : عدم ترتب شيء من أحكام القبض قبل تفريره عن المتاع وان

استولى عليه المشتري أو نقله بما فيه ان كان منقولاً .

واحتمالات) قوى أولها (١) في (الجواهر) ونظره الى عدم مانعية الأثم لتحقق القبض وترتب أحكامه عليه ، وهو حسن ، إن كان المنشأ ذلك لأن النهي لا يدل على الفساد في المعاملة ، وإن أئحد العنوان المحرم معها في الوجود - كما هو محقق في محله - (٢).

(١) يعني بتحقيق القبض قبل تفرغه وترتب جميع أحكامه عليه بالاستيلاء عليه أو نقله بما فيه إن كان منقولاً واعتبر النقل فيه .

(٢) النهي عن المعاملة : تارة يكون من جهة أن الانشغال بها يفوت الحضور الى واجب تضيق وقته ، كالنهي يوم الجمعة عن البيع عند النداء الى صلاتها في الآية الشريفة « يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة . . . » . وأخرى - يكون لاتحاد العنوان المحرم معها في الوجود ، كما في صورة نقل المبيع المشتغل على متاع البائع الحاصل به قبض المشتري له ، فيما لو اذن البائع بنقله ، ولم يأذن بنقل مافيه من المتاع فإن نقله المحرم لعدم اذن مالكة بنقله اتحد مع نقل المبيع المأذون من البائع نقله . والنهي في الصورتين المذكورتين لا يقتضي فساد المعاملة - أعني البيع وقت النداء وقبض المبيع مع مافيه من المتاع الذي لم يأذن مالكة بنقله - اذ النهي فيها إنما هو لجهة خارجة عنها وهي مبغوضية الانشغال بما يفوت الواجب المضيق وقته وفيما نحن فيه مبغوضية التصرف في مال الغير بدون اذنه وهو غاية ما يقتضي حرمتها ، لاعدم ترتب الأثر عليها الذي هو معنى صحة المعاملة إذ ليست المعاملة كالعابادة مما تكون حرمتها كاشفة عن مبغوضيتها للشارع ، وعدم صلاحية التقرب بها الى الله تعالى لاي جهة كانت حرمتها .

نعم ربما تكون المعاملة بذاتها من حيث هي هي متعلقة لنهي الشارع لجهة فيها تقتضي مبغوضيتها لديه ، وعدم إرضائه لها كبيع الخافضة والمزاينة والربا ونظائرها مما تكون المعاملة بذاتها مبغوضة للشارع ومتعلقة لنهي ، فيكون دليلها مخصصاً لعموم آية « حل البيع » و « التجارة عن تراض » و « أوفوا بالعقود » =

ولكن يمكن أن يوجه المنع بعدم تحقق الاستيلاء والسلطنة ، أو التخلية التي قد عرفت أن معناها رفع جميع الموانع التي منها - بل أعظمها - المانع الشرعي لكونه مستلزماً للتصرف في مال الغير بغير إذنه ولو كان منقولاً ، واعتبرنا النقل فيه ، لأن اعتبار النقل اعتباراً للتخلية وزيادة : نعم يتحقق بعد التفريغ وإن أتم فيه ، لا قبله (١).

= فتفسد المعاملة بذلك ولا يترتب عليها الأثر - شرعاً - .

(١) توضيح ذلك: أن القبض الذي هو الاستيلاء المطلق على المبيع - منقولاً كان أم غير منقول - يتوقف تحققه بالنسبة إلى المشتري على رفع جميع الموانع عن استيلائه الذي هو معنى التخلية وتحقيقتها . ومن أعظم الموانع وأهمها : المانع الشرعي المستلزم عدم رفعه للتصرف في مال الغير بدون إذنه .

وعليه فالتخلية بالمعنى المذكور لا بد منها في تحقق القبض ، ولو فسيماً يعتبر في تحقق قبضه نقله ، إذ ليس معناه الاكتفاء بمجرد نقله ، ولو كان ممنوعاً منه - شرعاً - وإلا لما توقف قبضه على إذن البائع بالقبض فيما يعتبر فيه إذنه ، كما في صورة عدم وصول الثمن إليه ، بل اعتبار نقله اعتباراً للتخلية وزيادة .

إذا عرفت ما ذكرنا: من أن الاستيلاء المطلق على المبيع لا يتحقق للمشتري إلا برفع جميع الموانع ، سيما المانع الشرعي ، ففي الفرع المذكور ، وهو مالو اشتمل المبيع على متاع الهائج : رفع المانع الشرعي عن استيلاء المشتري إنما يتحقق باحد أمور ثلاثة : إما بنقل البائع متاعه عنه ، أو إذنه للمشتري بنقله عنه ، أو إذنه بنقله مع المبيع فيما يعتبر في قبضه النقل - فلو لم يتحقق أحد الأمور الثلاثة لا يمكن تحقق القبض المشروع بمعنى الاستيلاء المطلق على المبيع وترتب جميع أحكام القبض عليه من غير فرق بين المنقول وغير المنقول كالدار والعقار . فإن الدار المشغولة بمتاع البائع - ولم يأذن للمشتري بتفريغها عنه - وكان ممنوعاً عنه شرعاً ، لاستلزامه التصرف في مال الغير بدون إذنه - كيف يمكن القول بتحقيق قبضها بمعنى الاستيلاء =

ومنه يظهر وجه القول الأخير (١) ومواقع النظر من كلام شيخنا في (الجواهر) حيث قال : « ... فان كان منقولا كالصندوق المشتمل على أمتعة البائع ، كفى في قبضه - على المختار - حصول تلك السلطنة عليه ولو قبل تفريغه ، بل لو اعتبرنا نقله - ونقله المشتري بالامتعة - كفى في نقل الضمان وغيره ، حتى مع عدم إذن البائع في نقل الامتعة ، بعد أن يكون آذناً في المبيع ، أو كان لإذنه غير معتبر لوصول الثمن اليه ، إذ الائتم في ذلك لا ينافي صحة القبض وترتب أحكامه عليه (٢) واحتمل في (المسالك) توقفه - فضلاً عن غيره من أحكام القبض - على إذن البائع في نقل الامتعة

= المطلق عليها أو تخليقها له مع كونها مشغولة بمتاع البائع ، ولم يأذن بالتصرف فيه ونقله عنها ، سيما إذا كان جل هيوتها مشغولة بالمتاع : نعم يتحقق القبض بعد حصول الائتم بنقل المتاع عنها وتفريغها منه ، لا قبله .

(١) وهو القول بترتب نقل الضمان الى المشتري وعدم ترتب غيره من أحكام القبض الصحيح - فيما لو اذن البائع بنقل المبيع - خاصة - ولم يأذن بنقل ما فيه من المتاع - ونقله المشتري بما فيه .

أما وجه ترتب نقل الضمان الى المشتري ، فلما سيجيء من سيدنا المصنف في الفرع السادس : من أن نقل الضمان من البائع الى المشتري لا يتوقف على صحة القبض ، بل هو من أحكام مطلق قبض المشتري - سواء الصحيح منه والفاسد - وأما عدم غيره من أحكام القبض ، فلما عرفت - آتفاً في توجيه المنع - أنه من آثار القبض الصحيح غير الممنوع فيه شرعاً - والمفروض ان القبض المذكور ممنوع عنه - شرعاً - لاستلزامه التصرف بمال الهائغ غير المأذون بنقله .

(٢) ظهر مما ذكرنا - آتفاً - : أن الاحكام المترتبة على القبض الصحيح غير الممنوع عنه شرعاً لا يترتب عليه . ولما يترتب عليه خصوص نقل الضمان المترتب على مطلق القبض - صحيحاً كان أم فاسداً - :

وفيه من الضعف ما لا يخفى ، وإن كان غير منقول فلا ريب في تحقيق التخلية قبل نقل الامتعة ، فيكتفى بها . واحتمل في (المسالك) عدم الاكتفاء قبل النقل - أيضا - وهو أضعف من سابقه ، (١) انتهى .

وأما الوجه الثالث (٢) فقد يقال : إنه لا موجب لنقل الضمان بعد أن لم يكن قبضاً بالفرض ، مع أنه تالف قبل قبضه « وكل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع » بحكم النبوي المتقدم . .

ودعوى ترتب الضمان على القبض الفاسد - غير الشرعي - كقبض المغصوب وإن لم يترتب عليه سائر أحكامه .

(١) راجع : كتاب البيع من كتاب الجواهر في مبحث ما يتحقق به القبض في شرح قول المحقق : القبض هو التخلية . . .

أما وجه الضعف فيما يتوقف قبضه على نقله ، فقد ظهر بما أشار إليه في (الجواهر) من أن الائتم في ذلك (يعني في نقل المبيع) لا ينافي صحة القبض وترتب أحكامه عليه ، بناء على ما تقدم منا - آنفاً - من أن النهي عن المعاملة - لامن حيث هي بل لجهة خارجة عنها كما في المقام - لا يقتضي فسادها وعدم ترتب الأثر عليها .

وأما وجه أضعفيه ما احتمله في (المسالك) من عدم الاكتفاء بالتخلية في غير المنقول قبل نقل المتاع عن المبيع ، فهو انا لو تنزلنا وسلمنا اعتبار اذن البائع بنقل المتاع فيما يتوقف قبضه على نقله ، ولكن فيما يكون قبضه بالتخلية الحاصلة برفع يد البائع عن المبيع وتفويض أمره الى المشتري ، فعدم الاكتفاء بها في تحقق القبض قبل نقل المتاع وتفريغه ، كاد أن يكون بلا وجه .

هذا ، ولكن ذكرنا - آنفاً - أنه يمكن توجيه ما احتمله في (المسالك) بما أشار إليه المصنف بقوله « ولكن يمكن توجيه ذلك . . » الى آخر كلامه .

(٢) أي : ترتب نقل الضمان الى المشتري دون غيره من أحكام القبض .

: يدفعها : أن الضمان المترتب عليه هو الضمان بالمثل أو القيمة ، دون الضمان بالمسمى ، والمبيع مضمون بالمسمى على بائعة قبل التلف ، لا بالمثل أو القيمة .

إلا أن الأقوى - كما ستعرف - ضمانه بالمسمى ، إن لم يكن فساده منبعثاً عن فساد العقد أو ما يعتبر فيه - كما في المقام - (١) ومنه يظهر قوة ما قواه في (المسالك) (٢) ففي المسألة احتمالات ثلاثة .

الثاني - لو كان المبيع بنفسه مشتركاً بين اللبائع وغيره ، فعلى المختار كفى في تحقق القبض حصول الاستيلاء والسلطنة للمشتري على حسب ما كان

(١) يعني : أن الأقوى ضمان المشتري المقبوض بالقبض الفاسد بالمسمى فيما لم يكن منشأ فساد فساد العقد أو ما يعتبر فيه . فانه بضمنه بالمثل أو القيمة فيما كان المنشأ فساد العقد ، وفي المقام : منشأ فساد القبض عدم إذن البائع بنقل المتاع ، مع فرض صحة العقد وسيأتي من سيدنا - في الفرع السادس - توضيح ذلك :

(٢) حيث قال الشهيد - قدس سره - في مباحث القبض من كتاب البيع - : « الرابع - لو كان المبيع مشغولاً بملك البائع : فان كان منقولاً كالصندوق المشتمل على امتعة البائع واعتبرنا نقله فنقله المشتري بالامتنعة ، كفى في نقل الضمان مطلقاً - ويحتمل توقفه على إذن للبائع في نقله الامتنعة ، وان كان عقاراً كالدار ، ففي الاكتفاء بالتخليصة قبل نقل المتاع وجهان ، أجودهما ذلك ، وهو خيرة التذكرة »

فان ظاهر اكتفائه في نقل الضمان - مطلقاً - ومن قوله أخيراً - أجودهما ذلك قوة الاكتفاء بمطلق النقل .

وقوله - في الفرع الاول « ويحتمل توقفه على إذن البائع في نقله الامتنعة » مجرد احتمال ، لا اختصار .

للبائع - مطلقاً - منقولاً كان المبيع أم غيره-.

وكذا على القول بكفاية التخلية - مطلقاً - إذ ليس للمشتري إلا ما كان للبائع من السلطنة له في المال المشترك ، والمنع من التصرف من جهة الشركة لابتنافى الملكية بالإشاعة ، لوضوح الفرق بين الطلق والمشاع في الملكية والتخلية المطلوبة من المالك ، وإن اعتبرنا النقل في المنقول وكان المبيع المشترك منقولاً ، فغير بعيد الحاقه بغير المنقول في تحقق القبض بالتخلية - كما عن (المختلف) - في كتاب الهبة - (١)

وبحتمل - قوياً - توقف القبض على إذن الشريك أو قبض الحاكم له - أجمع - بعضه أمانة ، وبعضه عن المشتري ، بعد رفع أمره الى الحاكم ، الثالث : قال في (المسالك) - تبعاً للذكر - : « لو كان المبيع في مكان لا يختص بالبائع ، كفي في المنقول نقله من حيز الى آخر ، وإن كان في مكان يختص به ، فإن نقله فيه من مكان الى آخر باذنه كفي أيضاً (٢) »

(١) قال العلامة في المختلف ، في آخر مسألة من الفصل الأول من كتاب الهبة (: مسألة : قال الشيخ في (المبسوط) : هبة المشاع جائزة ، ثم إن كان مما لا ينقل كالارض كان القبض هو التخلية ، وإن كان مما ينقل كان القبض التحويل ، فإن وافق الشريك على أن يقبض المتهب أو المتهب على أن يوكل الشريك في القبض صح ، وإن تعامرا نصب الحاكم أميناً يقبض الكل : نصفه هبة ونصفه أمانة للشريك حتى يتم عقد الهبة ، والوجه عندي : جعل القبض - هنا - التخلية أيضاً لأنه - فيما لا يمكن نقله وتحويله - كأنه لا فرق بين عدم الامكان المستند الى عدم القدرة الحسية أو عدم القدرة الشرعية ، وهو أولى من التحكم في مال الشريك بغير اختياره . »

(٢) يعني في ترتيب جميع آثار القبض على نقله .

وان كان بغير إذنه كفى في نقل الضمان خاصة كما مر ، (١)
قلت : هذا مبني على اعتبار النقل في المنقول ، وعليه فالظاهر حصول
القبض بنقله (٢) من حيز الى آخر ، وان كان مختصا بالبائع وكان بغير إذنه
لتحقق ما هو مناط القبض من التسليط والتسلط والنقل المأذون في أصله ، وإن أتم
باختياره منه الفرد المتحدب مع العنوان المحرم ، سيما مع كون الحيز المنقول
اليه في طريق السلوك الى الخارج ضرورة أن النقل الى ذلك الموضع محلل
لا لثم فيه ، وهو يكفي في تحقق القبض ، وها هنا يتجه كلام شيخنا المقدم
في (جواهره) لافي الفرع المتقدم ، فافهم (٣).

(١) راجع : كتاب المسالك للشهيد الاول ، المبحث السادس من مباحث
القبض في شرح قول المحقق (القبض هو التخلية ..) ويريد مما مر : أي في المبحث
الرابع من مباحث القبض ، كما اشار اليها سيدنا المصنف - آنفاً - ونقلنا - عبارته
بنصها وعلقنا على الموضوع - فراجع .

(٢) وترتيب جميع آثار القبض على نقله .

(٣) يريد سيدنا المصنف - قدس سره - بالفرع المتقدم : الفرع الاول من
فروع القبض ، وهو ما اذا كان المبيع مشغولاً بأمثلة البائع ، ولم يأذن بنقل المتاع
مع كونه آذناً بقبض المبيع ونقله المشتري بما فيه ، وقوى صاحب (الجواهر)
- قدس سره - حصول القبض للمشتري بنقله مع المتاع ، وترتيب جميع آثار القبض
وأحكامه على نقله مع المتاع ، قائلاً : إن الثم بنقل المتاع لا ينافي صحة القبض وترتب
أحكامه عليه ، وذكر سيدنا - قدس سره - أن نظره في حصول القبض : أنه معاملة
والنهي عنها لا يقتضي الفساد .

ثم ذكر - رحمه الله - وجهاً لفساد القبض المذكور ، سبق مناتوضيحه ، وحاصل
الفرق بين هذا الفرع وبين ما سبق من الفرع الأول : أنه في هذا الفرع مناط صحة
القبض حاصل ، وهو إذن البائع بأصله ، وقدرة المشتري - شرعاً - عليه بنقله =

الرابع : لو باع ما هو غير منقول كالدار مع ما فيها من المنقول صفقة فالظاهر كفاية التخلية في قبض المجموع - هنا - وان اعتبرنا النقل في المنقول ، لأن قبض الدار قبض لما بما فيها - عرفاً - .

= الى حيز خارج عما يختص بالبائع مما لم يأذن بنقله اليه ، غاية الأمر : إن المشتري بسوء اختياره طبق القبض المأذون فيه على الفرد المحرم - شرعاً - بأن نقله الى المكان الذي لم يأذن البائع بنقله اليه ، فيتوجه - حينئذ - كلام صاحب الجواهر - قدس سره - بأن النهي عن المعاملة - أعني القبض المتحد مع الحرام في الوجود - لا يقتضي الفساد وعدم ترتب الأثر عليه .

هذا ، ولكن في الفرع السابق لم يكن فساد القبض من حيث اجتماعه مع الحرام في الوجود ، بل من حيث أن البائع لم يأذن بنقل متاعه وتحريكه عن مكانه مطلقاً لا منضمماً الى المبيع ولا مجرداً عنه ، وكل منهما ممنوع عنه شرعاً - لكونه مستلزماً للتصرف في مال الغير بدون إذنه ، ولم يكن شق ثالث يمكن أن يحصل به قبض المبيع بلا مانع شرعي ، فلا أثر لاذن البائع بقبض المبيع في ظرف عدم قدرة المشتري على القبض المشروع .

والحاصل : إن التخلية التي ليست هي مجرد رفع البائع يده عن المبيع ، بل هي : تحويل سلطنته على المبيع الى المشتري ورفع المانع الحاصل من جهته عن قبضه المبيع وتسلاطه عليه - عقلياً كان أو شرعياً - في الفرع المتقدم غير حاصلة ، فتبصر لئلا تقول : إن في كل من الفرعين نقل المبيع الحاصل به قبضه ممنوعاً عنه المشتري شرعاً ، وفي الفرع الذي نحن فيه كذلك ، فما الوجه في كون المنع الشرعي في الفرع المتقدم مانعاً عن تحقق القبض بنقله دون هذا الفرع ؟

نقول : إن القبض المشروع في الفرع السابق غير مقدور للمشتري ، وإنما المقدور له غير المشروع ، وهنا مقدور له بنقله الى حيز خارج عما يختص بالبائع فانهم :

ويحتمل اعتبار النقل في خصوص قبض الحال ، وان كفت التخلية في قبض المحل (١).

الخامس : لو كان المبيع مكبلاً أو موزوناً ، فلا يخلو من صور ثلاث ، لأنه إما أن يكون كبيله أو وزنه معلوماً ، أولاً ، كما لو باعه قدرأ معيناً من صبرة مشتملة عليه . وعلى الأول : فاما أن يكون معلوماً بالمشاهدة - كما لو كبيل أو وزن بمشهد المشتري - قبل العقد عليه ، أو بأن أخبره به ، فصدقه :

أما الثالثة : فهي المتيقنة من مورد النصوص المتقدمة للدالة على المنع تحريماً أو كراهة عن بيع المكيل أو الموزون قبل كبيله أو وزنه :
وأما الأولى : ففي الاكتفاء بالكيل السابق أو وزنه عن تجديدها بعد البيع - ثانياً - وجهان : مبنيان على أن اعتبارهما هل هو من جهة تحقق القبض ، فلا بد من تجديدها بعد البيع إذ لا معنى للقبض قبل البيع - كما قواه في المسالك - ونسبه فيه الى العلامة والشهيد (٢) وعليه ، فلا بد

(١) امام استظهره سيدنا - قده - من كفاية التخلية في قبض المجموع فهو أن ما في الدار - مثلاً - من المتاع بمنزلة التابع لها في البيع فيكفي في قبضه ما يكفي فيها من التخلية : وأما وجه ما احتمله من اعتبار النقل في خصوص المتاع الذي فيها وان كفت التخلية في قبض الدار فباعتبار انها مبيعان انضم كل منهما الى الآخر فلكل منهما حكمه في تحقق قبضه :

(٢) راجع : البحث السابع من مباحث القبض من كتاب المسالك في شرح قول المحقق : والقبض هو التخلية حيث يقول : « ... لو كان المبيع مكبلاً أو موزوناً فلا يخلو : إما أن يكون قد كبيل قبل البيع أو وزن ، أولاً ، بأن أخبر البائع المشتري بكيله أو وزنه ، أو باعه قدرأ منه معيناً من صبرة مشتملة عليه ، فان كان الآخر فلا بد في تحقق قبضه من كبيله أو وزنه للنص المتقدم ، وان كان الاول ، ففي =

من الاعتبار - ثانياً - في الصورة الثانية بطريق أولى ، أو لمحض التعبد في رفع المنع عن بيعه - ثانياً - المحتمل عليه دعوى الاكتفاء بالكيل السابق أو وزنه لاطلاق النصوص المتقدمة الشاملة لما كان الكيل أو الوزن قبل البيع ، ضرورة صدق كونه كيل أو وزن عليه . وعليه ، ففي الصورة الثانية يحتمل الاكتفاء به أيضاً ، ويحتمل العدم ، لعدم الأولوية - حينئذ - مضافاً الى رواية محمد بن حمران « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : اشترينا طعاماً ، فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه وأخذناه بكيله ؟ فقال : لا بأس فقلت : أبجوز أن أبيعه كما اشتريته بغير كيل ؟ فقال : لا ، أما أنت فلا تبعه حتى تكيله » (١).

هذا ، والتعرض للكلمات الأصحاب في هذا الفرع ربما ينجر الى الإطناب :

والذي يخلج بالبال ويخطر في الخيال في تحقيق المسألة : هو أن يقال : كل مبيع بعد تعلق البيع الصحيح به جاز للمشتري بيعه بعد الدخول في ملكه - مطلقاً - وإن لم يقبضه ، لوقوعه من أهله في مجله . إلا المكيل

= الانتقال الى اعتباره - ثانياً - لأجل القبض ، والاكتفاء بالاعتبار السابق وجهان : من اطلاق توقف الحكم على الكيل أو الوزن - وقد حصلنا - وقوله « لا تبعه حتى تكيله أو تنزله » لا يدل على مزيد من حصولها الشامل لما كان قبل البيع ، ومن كون الظاهر أن ذلك لأجل القبض لا لأجل صحة البيع فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد ، وبه صرح العلامة والشهيد وجماعة ، وهو الأقوى .

(١) راجع : وسائل الشيعة للحر العاملي ج ١٢ طبع جديد : كتاب التجارة أبواب عقد البيع وشروطه ، باب جواز الشراء على تصديق البائع ... حديث ؛ والإسناد هكذا : وبإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن أبان عن محمد ابن حمران : الخ .

والموزون ، فانه يمنع عن بيعه مكابلة قبل قبضه ، وان دخل في ملكه للنصوص المتقدمة ، بعد تنزيلها على الغالب من ترتب القبض على الكيل والوزن ، وبعد قبضه يجوز بيعه ، وان تحقق بغير الكيل والوزن ، لما تقدم من الاجماع المحكي في (المختلف) (١) على العقد البيع بعد القبض ، فالقبض هو المناط في جواز البيع - ثانياً - جمعاً بين النصوص والاجماع المتقدم . وإن أبيت إلا الجمود على ظاهر النص وأغضيت النظر عن إجماع (المختلف) أو تمسكت بظاهر معقده المحكي في (الرضا) (٢) و (شرح اللامعنين) (٣) فنقول : خصوص المكيل والموزون يمنع عن بيعه - ثانياً - إلا بعد الكيل والوزن ، وان حصل القبض فيهما بدون ذلك ، كما لو نقله المشتري الى بيته ، وتصرف فيه بجملة التصرفات من دون كيل عليه أو وزن ، فانه - حينئذ - يترتب جميع أحكام القبض عليه حتى دخوله في ضمان المشتري غير أنه لو أراد بيعه - ثانياً - توقف على كيله أو وزنه ، للنصوص المتقدمة

السادس : المقبوض بالقبض الفاسد ، لو تلف بيد المشتري كان مضموناً عليه - مطلقاً - بالمثل أو القيمة ، إن كان الفساد منبعثاً عن فساد العقد أو ما يعتبر فيه ، وبالمسمى إن كان فاسداً فيما لا يكون القبض مستحقاً له على البائع مع وقوعه منه بغير إذنه وفرض كون العقد صحيحاً ، ومعناه انتقال الضمان منه اليه ، لقاعدة الضمان على من تلفت يده .

وقد يتوهم - هنا - كون الضمان على البائع ، بناء على ما تقدم من

(١) راجع - هذا المضمون - فيما مضى من هذا الكتاب : القول الثالث من

أقوال القبض ص ١٢٤

(٢) راجع - ذلك - فيما سبق من الكتاب : ص ١٢٠ .

(٣) راجع ما سبق آنفاً : ص ١٢٤ من الكتاب وذكرنا - هناك - : أن

الصحيح (شرح اللمعة) للفاضل الجواد .

عدم تحقق القبض إلا بعد التخلية الموقوفة على إذنه ، لكون القبض غير مستحق عليه بالفرض ، فهو تالف قبل قبضه ، وكل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه ، بحكم القاعدة المستفادة من النبوي المتقدم .

إلا أنه توهم فاسد ، لأن المراد من القبض المعلق على عدمه التلف مطلق القبض بكلا قسميه : الصحيح والفاسد ، ونفي القبض كذلك معناه كون التلف عند غير المشتري ، فلا يكون المقام مشمولاً للنبوي حتى يتوهم تعارض القاعدتين فيه ، كيف ولو تلف بيد المشتري بعد أن كانت العين مضمونة بالمسمى بالعقد الصحيح ، فإن رجوع البائع على المشتري ببذله الواقعي ، فع أنه غير الضمان بالمسمى مع كون الضمان به بالفرض ، لم يكن الفوات من مال البائع بعد أخذه البذل الواقعي : وإن لم يرجع عليه بشيء من البدلين الواقعي والمسمى ، جمع المشتري بين العوض والمعوض ، فلم يبق إلا كون المبيع فائتاً من المشتري ، بمعنى كون خسارته عليه ونقصانه في ملكه ، وهو المطلوب من انتقال الضمان للمشتري .

نعم لولا النبوي لكان مقتضى القاعدة الأولية غرامة البائع بعد أن كانت العين مضمونة بعقد المعاوضة وتلف عنده المثل أو القيمة للمشتري بدلاً عن ملكه واتخذ المسمى منه ، إلا أن النبوي حاكم على تلك القاعدة الأولية ومتضمن لبطلان البيع وانفساخه ، ورجوع المبيع إلى ملك البائع آناء عند التلف حتى يصدق كون التالف من مال البائع - كما عليه المشهور وإن كان الأقوى - عندنا - موافقة النبوي للقاعدة في إيجابه الانفساخ بالتلف قبل القبض ، كما ستقف عليه عند تحريرنا له في مسألة مستقلة (١) .

وبالجملة : ففاد النبوي عندهم مجرد بيان حكم مالو تلف المبيع عند البائع وكون التلف منه في قبالة ما تقتضيه القاعدة الأولية ، وأين ذلك من المقام المفروض كون التلف بيد المشتري ؟

السابع : قال في (المسالك) : « لو كان المبيع بيد المشتري قبل الابتياح : فإن كان بغير اذن البائع فلا بد من تجديد الاذن في تحققه بالنسبة الى رفع التحريم أو الكراهة . وأما بالنسبة الى نقل الضمان ، فيحتمل - قوياً - تحققه بدونه ، كما لو قبضه بعده بغير اذن البائع . ويحتمل توقف الأمرين على تجديده ، لفساد الأول شرعاً ، فلا يترتب عليه أثر . ولو كان باذنه كالوديعة والعارية لم يقتصر الى تجديد اذن ولا تخلية . » (١) انتهى قلت : ومما ذكرنا ظهر لك وجهه قوة ماقواه في (المسالك) من انتقال الضمان الى المشتري لو كان مقبوضاً بغير إذنه ، إلا أن إطلاق قوله (فلا بد من تجديد الاذن) الشامل لما لو كان القبط مستحقاً له على البائع ، كما لو اشتراه بمال في ذمته ، غير جيد - ضرورة عدم الحاجة إلى الإذن بعد ما كان القبط مستحقاً عليه .

هذا بالنسبة الى البيع . وأما بالنسبة الى ماكان القبط شرطاً في صحته أو لزومه كالرهن والهبة ، فنقول : لو رهن المقبوض بيد المرتهن قبل عقد الرهن عليه ، فلا يخلو : إما أن يكون القبط المتحقق أولاً باذن الراهن ، أو بغير إذنه كالمعصوب . وعلى التقديرين ، ففي اعتبار الاذن مطلقاً أو عدمه كذلك ، أو التفصيل بين المأذون وغيره .

أقوال : اسب ثانيهما الى الأكثر ، ولعل نظرهم الى كفاية تحقق القبط فيما هو معتبر فيه من الصحة أو اللزوم ، لاطلاق قوله (ص) « لارهن إلا مقبوضاً » (٢)

(١) راجع: المبحث الثاني من مباحث القبط في شرح قول المحقق : « القبط

هو التخلية ... » .

(٢) راجع : الوسائل للحر العاملي ، كتاب الرهن ، ٣ - باب اشترك القبط

في الرهن ، حديث (١) محمد بن الحسن ، باسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة عن صفوان عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر - عليه السلام - :

و « رهان مقبوضة » (١) .

وفيه : إن المطلقات مسوقة لبيان أصل اعتبار القبض ، وأما من جهة الكيفية ، فهي مهملة غير ناظرة إليها ، فيبقى الحكم على ما كان عليه قبله من الجواز وعدم ترتب الصحة بحكم الاستصحاب .
وأما وجه القول بالتفصيل ، فلتحقق ما هو معتبر في القبض من الاذن في الأول دون الثاني .

وفيه أن المعتبر هو القبض المأذون بعنوان كونه رهناً ، لا مطلق الاذن بالقبض ، وبالجملته ، بعد اعتبار الاذن والرضا في صورة حدوث القبض المعتبر في الرهن بعد عقده - كما عليه المشهور - لامعنى لعدم اعتباره في القبض المستدام ، كما نسب الى الأكثر أيضا هنا :

ومنه يظهر الاشكال في وجه التفرقة بين المقامين حتى ذهب المشهور الى اعتبار الاذن في الأول وعدم اعتبارهم له في الثاني .

ودعوى تحقق الاذن فيه - بدلالة الارهان عليه - فع أنها ممنوعة من أصلها لعدم الملازمة بين الرضا بكونه رهناً وكونه عند المرتهن بعينه آتٍ في القبض الحادث ، كما لو قبضه المرتهن بدون إذن الراهن بالقبض بمجرد العقد عليه ، فالأقوى في المقامين اعتبار كون القبض مأذوناً فيه وفقاً للمشهور في الاول ، وخلافاً لهم في الثاني - كما عرفت من الاستصحاب بعد كون المطلقات مهملة من حيث الكيفية ، مضافاً الى أن القبض بعد كونه جزء السبب ومتمماً للعقد صحة أو لزوماً يعتبر فيه ما يعتبر في باقي أجزاء السبب من الرضا والاختيار ، أو الى دعوى كون المستفاد من أدلة اعتبار القبض فيما هو معتبر في صحة العقد أو لزومه اعتبار تأكيد الإيجاب

(١) يشير الى قوله تعالى في صورة البقرة ٢٨٣ - : « وإن كنتم على سفر ولم

تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة » .

والقبول اللفظي بالايجاب والقبول الفعلي - كما عن شيخنا المرتضى رحمه الله في بعض تحقیقاته الدراسية فالسبب عنده في الرهن ونحوه ما كان القبض معتبراً في صحته أو لزومه مركب من الايجاب والقبول اللفظي والفعلي، تأكيداً للعقد اللفظي بالمعاطاة الفعلية . وبالجمله ، فلا بد من كون قبض المرتهن عن إقباض الراهن أو إذنه من غير فرق بين القبض الحادث والمستدام ، غير أنه في المستدام بعد الاذن به لا يحتاج الى مضي زمان يمكن فيه تجديد القبض - كما في المسالك عن (التذكرة) مستنداً الى أن القبض إنما يعتبر بعد الرهن ، وهو لا يتم الا باذن ثم الاذن في القبض يستدعي تحصيله ، ومن ضروراته مضي زمان فهو دال على القبض للفعلي بالمطابقة ، وعلى الزمان بالالتزام .

ولما لزم من القبض الفعلي تحصيل الحاصل أو اجتماع الامثال المحالان حمل اللفظ على المعنى الالتزامي لتعذر المطابقة .. انتهى :

وفيه : إن مضي الزمان من لوازم حصول القبض وتحققه ، فيعتبر فيه من باب المقدمة ، فلا يعتبر في القبض الحاصل المتحقق .

نعم ، لا يكفي الاذن ، ولو مع مضي زمان يمكن فيه القبض ، فضلاً عن الاذن - وحده - لو كان المرهون - منقولاً كان أو غيره غائباً - غيبة لا يصدق معها القبض لو خفي بينه وبينه فيما يكفي فيه ذلك ، فضلاً عما لو كان منقولاً واعتبرنا للنقل فيه حتى يحضر المرتهن أو وكيله عند الرهن ويقبضه بما يصدق معه من تخلية أو نقل .

وبهارة أخرى : لو رهن ما هو غائب عن مجلس العقد غيبة لا يصدق معها القبض لم يصير رهناً صحيحاً بناء على اعتباره في الصحة ، أولاً بناء على اعتباره في اللزوم ، بلا خلاف أجده - كما في الجواهر - (١)

(١) راجع : كتاب الرهن من مجلد المتاجر في شرح قول المحقق (لو رهن ما هو غائب .) ففيه نفس العبارة هذه ، بتغيير بسيط .

بل عن (جامع المقاصد) نسبته الى نص الأصحاب (١)
وهذا مما لا كلام فيه ولا شبهة تعتربه . إنما الكلام في تسوية حيلة
توجب صحة رهن ما كان غائباً كذلك أو لزومه .

فقد يقال - بل قيل - بصحة رهنه كذلك لو وكل المرتهن الراهن
على قبضه ، فيكون قبضه له بعد عقد الرهن عليه قبضاً عن المرتهن
والمفروض كفاية القبض المستدام مع الاذن في صحة الرهن أو لزومه ، ولا
يعتبر حدوثه بعده .

وفيه - أولاً - ان القبض بعد اعتباره وكونه جزء من السبب يعتبر
فيه ان يكون مقدوراً للقبض ، وفعلًا من أفعاله الاختيارية وقبض الراهن
في الفرض قبض غير مقدور له لكونه مقهوراً عليه ، فهو من بقاء المال
تحت يده ، لا لإبقاء له كذلك .

وثانياً - إن الوكالة إنما تتحقق بأمرين : حدوث فعل ، مع نيّة
كونه عن الموكل ، إذ لا بدّ لهما من المتعلق . والقبض الناوي عن العين المقبوضة
له ، لم يحدث منه فعل حتى ينوي به عن الموكل ، ولا نيابة إلا في فعل
ومجرد قصد الوكالة غير كافٍ في تحققها .

وبما ذكرنا يتجه الفرق - بل يتضح - بين حضور الرهن عند القبض
وغيبته غيبة تمنع عن الصدق ، ضرورة أن دوام القبض في الأول معناه

(١) راجع : كتاب الدين ، المقصد الثاني في الرهن ، المقصد الخامس في
القبض - قال في شرح قول العلامة - في قواعده : ولو رهن الغائب لم يصر رهنا
حتى يقبضه هو أو وكيله - : « هذا الحكم مبني على اشتراط القبض في الرهن
وحينئذ فلا بد في حصول الرهن من عود الغائب الى موضع الرهن ليتصور قبضه
إياه عادة ، أو توكيله في القبض لمن كان قريباً بحيث يتمكن منه ، سواء في ذلك
ما ينقل وغيره ، نص على ذلك الأصحاب وغيرهم » .

الابقاء ، وفي الثاني هو البقاء ، والابقاء فعل اختياري بخلاف الثاني حتى لو كان القابض النائي هو المرتهن بأن كان مقبوضاً له قبل رهنه وان احتمل فيه الصحة لكونه مقبوضاً له باذنه بناء على ما تقدم من اعتبار كون القبض فعلاً اختيارياً ، فيفرق في القبض المسودام بين ما كان منبعثاً عن الابقاء أو منبعثاً عن البقاء ، فافهم واغتم .

رِسَالَةٌ

فِي قَاعَةِ تَلْفِ الْمَسِيحِيِّينَ الْقَبَضِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين
محمد وأهل بيته المعصومين ، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين من الآن الى
يوم الدين .

مسألة : يظهر من الفقهاء - رضي الله عنهم - اتفاقهم على أن
المبيع الشخصي قبل القبض مضمون على بائه بالمسمى ، وبعده ينتقل للضمان
منه الى المشتري ، بل في (التذكرة) : نفى الخلاف فيه - عندنا - وأنه
من ضمان البائع لو تلف قبل القبض (١) وحكاية الاجماع عليه مستفيضة :
والأصل فيه - قبل الاجماع عليه - النبوي المشهور المتلقى عندهم
بالقبول : « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائه » (٢) وخبر
عقبة بن خالد عن الصادق - عليه السلام - في رجل اشترى متاعاً من آخر
وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، وقال : آتيك غداً إن شاء الله

(١) قال العلامة في (التذكرة ج ١ ، كتاب البيع ، في أحكام القبض) :
« النظر الثالث في حكمه ، وله حكمان انتقال الضمان الى المشتري ، وتسويغ للتصرفات
فهنا مطلبان : الأول - الضمان . ولا خلاف - عندنا - في الضمان على البائع قبل القبض
مطلقاً ، فلو تلف - حيثئذ - انفسخ العقد وسقط الثمن : ، ويكون من ضمان
المشتري : ، ، »

(٢) هذا الحديث للنبوي تقدم الكلام عنه في هذا الكتاب : ص ٧٦ .

فسرق المتاع من مال مَنْ يكون ؟ قال - عليه السلام - من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرّد ماله اليه ، (١).

والمراد بصاحب المتاع هو البائع بقربة ذيل الخبر (٢)

وهذه الكلية - في الجملة - مما لا كلام فيها . وإنما الكلام يقع في أمور : الأمر الأول - في قولها : هل هي على القاعدة ، أو جرت على خلافها تبعداً للدليل الدال عليها ، فيجب الجمود فيها - حينئذ - على مورده من المبيع دون الثمن ، فضلاً عن غير البيع من سائر المعاملات ؟

فتقول : أكثر من تعرض لهذه المسألة - مفصلاً - صرّح بأنها جارية على خلاف القاعدة ، لأن القاعدة الأولية - بناء على انتقال كل من العوضين الى ملك الآخر بالعقد - تقتضي ضمان كل منها لصاحبه لو تلف قبل القبض ببدله الواقعي من المثل أو القيمة ، ان لم نقل بكون يده يد أمانة لا بالمسمى وكوله تالفاً من المشتري (٣) ، وضمانه باليد لعموم دليله ، لامن ضمان المعاوضة ، لكن لما دل الدليل على كون التلف قبله من مال البائع الظاهر

(١) تقدم الكلام عن هذا الخبر - آنفاً - في أوائل هذه الرسالة . وراجع

- أيضاً - في وسائل الشيعة لأحرّ العاملي ، أبواب الخيار ، باب ان المبيع اذا تلف قبل القبض

(٢) وهو قوله - عليه السلام - « فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه

حتى يرّد ماله اليه » .

(٣) يعني وتقتضي القاعدة كون المبيع تالفاً من المشتري وكون ضمانه على

البائع باليد لعموم النبوي المشهور : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » بمعنى أن

على ذى اليد ما استولى عليه من مال الغير يضمّنه له ويتحمل تبعاته من حفظه عن

التلف وتدارك نقصه وضمان منافعه التالفة تحت يده إلى أن يؤديه الى مالكه ، فان

تعذر عليه أدائه لتلفه أو ما هو بمنزلة في عدم إمكان أدائه ضمّنه بمثله أو قيمته :

في كونه مالاً له عند التلف بمعونة ظهور (من) فيه للتبويض ، وإلا فبعد التلف لا يتعقل انصافه بكونه مالاً له ، وجب الحكم بانفساخ العقد قبل التلف بجزء لا يتجزأ من الزمان تصحيحاً لصدق كونه تافلاً من البائع ، ومثل ذلك في سبق الدخول في الملك آنأماً غير عزيز في الشرع ، كما التزموا به (١) فيمن اشترى أحد عموديه ، وفي نحو (أعتق عبدك عني) (٢) وكدخول

(١) الملتزم بذلك : هو المشهور جمعاً بين الأخبار السدال بعضها على ترتب الانعتاق على الملك الظاهر في الترتب الزماني لا مجرد الترتب الظهري : منها مارواه الشيخ - قدس سره - في (التهذيب) عن محمد بن مسلم عن أحدهما - عليها السلام - قال : « اذا ملك الرجل والديه او اخته او عمته او خالته اعتقوا » الخ. وما رواه عن كليب الاسدي قال : « سألت أبا عبد الله عن الرجل يملك أهويه وإخوته ؟ فقال - عليه السلام - : ان ملك الأبوين فقد عتقا » الى غير ذلك من الروايات بهذا المضمون الظاهرة في ترتب العتق على الملك زماناً . نعم بعضها الآخر ينفي أصل الملكية في العمودين وبعض ذوي الأرحام كرواية عبيد بن زرارة المروية في (التهذيب) أيضاً قال : « سألت أبا عبد الله عما يملك الرجل ؟ فقال - عليه السلام - : لا يملك والديه ولا ولده ولا اخته ولا عمته ولا خالته » الخ. وفي (التهذيب) أيضاً عن أبي جعفر - عليه السلام - قال : « لا يملك الرجل والديه ولا ولده » الى غير ذلك مما هو بهذا المضمون من نفي أصل الملك. والمشهور حملوا هذه الرواية على نفي الملكية المستقرة وتلك على ثبوت الملكية المستعقبة للانعقاد وهو معنى الملكية الآتية ، جمعاً بينهما ، مضافاً الى النبوي المشهور : « لا عتق الا في ملك (او بعد ملك) » وسأتي في باب المعاطاة في الدليل الأول من أدلة افادتها الملك استضعاف سيدنا المصنف - قدس سره - ذلك ، واختيار تقريب آخر للجمع بينهما ، يأتي من : استظهار ما اختاره المشهور في الجمع بعد ذكر مجموع ما عثرنا عليه من الروايات لقرائن فيها تؤيد ذلك : (٢) هذا من موارد استيفاء مال الغير بامر معاملي عند استجابة المأمور لامر الأمر توضيح ذلك : ان من طلب من غيره صرف ماله أو عمله في سبيله ومصلحته =

= فيما اذا كان المطلوب صالحاً! لوقوعه عن الغير بأن كان قابلاً للتبرع به عنه فإنه بامر الأمر وطلبه من المأمور لإيجاده واستجابة المأمور لما طلبه منه غير قاصد للتبرع به عنه وبذله له مجاناً، يدخل المال في ملك الأمر ثم ينصرف الى وجهه الذي أراده الأمر من مالكة ويضممته الأمر بما عينته له من العوض ومع عدم التعيين يضممته بمثلته أو قيمته. بيان ذلك : ان الضمان تارة يكون له أطراف أربعة : ضامن ومضمون ومضمون عنه ومضمون له ، وهو الضمان العقدي الموجب لانتقال ما في ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، وأخرى - يكون له أطراف ثلاثة - ضامن ومضمون ومضمون له . وهذا على قسمين : فتارة يكون بحكم الشارع المقدس وتغريم منه للضامن بالزامه بتدارك المضمون عند تلفه أو اتلافه بمثلته أو قيمته ، ويسمى ضمان غرامة كالحاصل باليد العادية على مال الغير أو باتلافه ، وأخرى - يكون باقدام وتعهد من الضامن والزام منه بتدارك المضمون للمضمون له عند استيفائه منه ببذله سواء سّماه له وعيّنه عند الالتزام والتعهد أم لم يعين بذله بل التزم له بضمان ما استوفاه بمثلته أو قيمته بل ولو لم يصرح له بتداركه له بل كان منه مجرد امر واستدعاء لما طلبه منه كما لو قال له : أعتق عبدك عني أو تصدق بمالك عني ، ولم يقل : وعلي ضمانه بكذا ، فلو استجاب مالك العبد أو المال واعتق أو تصدق عنه غير قاصد به التبرع يضممته الأمر بالمثل أو القيمة. وعلى كل فالضمان بالاستدعاء والأمر المعاملي ليس كالقسم السابق مما كان بتغريم وطرح من الشارع المقدس أعني الضمان باليد والاتلاف لا يقتضي دخول المضمون في ملك الضامن قبل التلف بأن ما وان قيل - بل به ايضاً لكنه خلاف المشهور حيث لا موجب له بخلاف الضمان بالاستيفاء فإنه ضمان معاوضي ومقتضاه دخول المضمون في ملك الضامن عند استيفائه له ولو بأن ما ، عوضاً عما يخرج من ملكه الى المضمون له من بذله سواء كان بذله معيناً أم كان هو المثل - أو القيمة. نعم يبقى شيء وهو بيان المدرك لصحة الضمان بالاستيفاء ومشروعيته . =

الدية في ملك الميت قبل موته بأن مّا (١) وحيث كان مفاد الدليل عندهم ذلك ، وكان اخص من القاعدة ، التزموا بتخصيصها به :

= فنقول : مضافا إلى تسالم الأصحاب وعدم خلافهم في أصل صحته يمكن القول بكونه مشمولاً لآية (التجارة عن تراض) فإنه كسب وتكسب من الضامن والمضمون له فان للضامن بالامر المعاملي يكسب المال او العمل من المضمون له بما تعهده له من العوض والمضمون له يكسب ماتعهده الضامن له من بدله ولم يكن الضمان بالزام وتغريم من الشارع بل باقدام واختيار من المتضامنين وبالجملة ، فهو من التجارة عن تراض .

نعم قد يشكل بان المعاملة المذكورة غالباً لم يعين الضامن عوضها وقيمة المضمون في الغالب لم تكن معلومة للمتضامنين حين المعاملة فالمعاملة غرورية ، وقد نهى النبي (ص) عن الغرر .

ويمكن ان يجاب عنه بان دليل الغرر ليس من العمومات غير القابلة للتخصيص فان تم الاتفاق على صحة المعاملة المذكورة مطلقاً كما هو الظاهر يخصص دليل الغرر بالاجماع في المقام .

(١) قوله : « وكمدخول الدية في ملك الميت قبل موته ، انما التزم الاصحاب بدخول الدية في ملك الميت قهل موته بأن مّا لاحد أمرين على سبيل منع الخلو: اما للوجه الاعتباري وهو أن الدية عوض لنفس الميت التي أزهقها القاتل ، وحيث كان الميت - حال الحياة - مالكا لنفسه فيملك عوضها بأن مّا قبل موته ، واما للروايات المستفاد منها أنها ميراث ومتروك منه للوارث ولازم ذلك كونها مملوكة له عند الموت وان الوارث يتلقى الملك من مورثه وذلك كخبر اسحق عن الصادق - عليه السلام - : « إن رسول الله (ص) قال : اذا قبلت دية العمد وصارت مالا فهي ميراث كسائر الاموال » وكخبر يحيى الأزرق عن الكاظم - عليه السلام - : (في رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا فأخذ أهله الدية من قاتله، عليهم أن =

قلت : ان مذكروه مبني على أن مفاد العقد ليس إلا التملك بازاء التملك وأن وجوب القبض إنما هو ليكونه ملك الغير فيجب تسليمه الى مالكه ، لا لاقتضاء عقد المعاوضة ذلك .

وفيه - مضافاً الى مايلزمهم من محذور لزوم تقدم المعلوم على علته بعد أن كان الانفساخ مسبباً عن التلف بعده - وقياسه باجازه الفضيولي بناء على الكشف ، قياس مع الفارق ، لإمكان دعوى كون الشرط في الاجازة هو تعقب العقد بها ، وهو مقارن للعقد ، وليس في المقام ما يصلح أن يكون معقباً بالتلف حتى يصح أن يكون علة للانفساخ ، ولا يتوهم - هنا - كون السبب هو العقد المعقب - أيضاً - لأن مدخلية التلف في التأثير تضاد أثر العقد ومفاده ، فكيف يمكن تركيب السبب منها ، بخلاف الاجازة التي ليس معناها إلا إمضاء مفاد العقد ، وارجاع شرطية التلف الى شرطية بقاء العين الى القبض في الزوم ، فيه من التكلف مالا يخفى وصدق الرجوع والانفساخ ، وان توقف على سبق الملك بالعقد إلا أن استناده لا يمكن الى العقد ، أو ما يتركب منه ومن غيره ومع ذلك لا ينفك عن لزوم المحال من تأخر المعلوم عن علته التامة بالزمان ، بناء على ما هو المسلم عندهم من الانفساخ من حينه لامن حين العقد ، ولذلك كان القول بشرطية التعقب بالاجازة مبنيّاً على القول بأنها كاشفة لا ناقلة .

= يقضوا دينه ؟ قال - عليه السلام - نعم قال وهو لم يترك ، قال : إنما أخذوا الدية فعليه أن يقضوا دينه » وفي خبر السكوني عن أمير المؤمنين - عليه السلام - « من أوصى بثلاثة ثم قتل خطأ فان ثلث دينه داخل في وصيته » وفي خبر محمد بن قيس : « أنه - عليه السلام - قضى في وصبة رجل قتل انها تنفذ من ماله ودينه » وفي صحيح ابن سنان « قضى أمير المؤمنين - عليه السلام - ان الدية يرثها الورثة الا الاخوة والاخوات من الام فانهم لا يرثون من الدية شيئاً » الى غير ذلك من النصوص .

أنه لا ملازمة بين التعبير بكونه من مال البائع ، والقول بالانفساخ فضلاً عن سبقه على التلف حتى يلزم به ، إذ كما يمكن ذلك تصحيحاً للصدق كذلك يمكن أن يكون كناية عن إرادة كونه تالفاً عليه بلا عوض له فأشبهه بماله الذي لو تلف عنده كان التلف عليه وخسرانه منه . وهذا المعنى يكفي - أيضاً - في تحقق الصدق المذكور عليه ، وإن كان الأول هو الأظهر من العبارة ، إلا أن الثاني يمكن ترجيحه عليه هو جوه من المرجحات (١) وعليه ، فيمكن القول بانفساخ العقد وحله بالتلف ، لكن من حينه لاقبله ، فتكون مخالفتها للقاعدة - التي مقتضاها : لزوم العقد - من حيث الانفساخ ورجوع كل من العوضين الى ماله الأول ، أو القول بلزوم العقد وعدم انفساخه الموجب لكون المبيع مضموناً ببدله الواقعي من المثل أو القيمة ، غير أنه بعد قيام الدليل على كونه مضموناً بالمسمى خرجنا به عن القاعدة التي مقتضاها ضمان كل شيء ببدله الواقعي ، وحينئذ فلا حل للعقد ولا انفساخ ، بل رجوع الثمن - حينئذ - الى المشتري إنما هو من باب

(١) لعل الوجه في ترجيحه على الأول هو سلامته من محذور تقدم المعلوم على علته واستلزام التخلص منه لما لا يخلو عن تكلف ولزوم محال كما أشار إليه سيدنا - قدس سره - مضافاً الى أن الالتزام بالمعنى الثاني للنبوي يمكن مع القول بلزوم العقد الموافق لأصلالة اللزوم منه وعدم انفساخه المقتضي لكون المبيع قبل القبض مضموناً على البائع بعوضه الواقعي من المثل أو القيمة غير انه في المقام اقيام الدليل على كونه مضموناً بالمسمى خرجنا به عن القاعدة المقتضية لضمان كل شيء ببدله الواقعي وعليه فرجوع الثمن المملوك للبائع بالعقد الى المشتري إنما هو بدل وغرامة لما تلف من ملكه في يد البائع التي هي يد ضمان على الفرض لا من حيث انفساخ العقد ورجوع كل ملك الى مالكه قبل العقد كما هو مقتضى المعنى الاول للنبوي فتأمل جيداً .

الغرامة والبديلة عما تلف من ملكه ، ولم يقع الانفساخ في متن رواية أو معقد لإجماع حتى يلتزم به ، وإن وقع التعبير به عن الأكثر ، إلا أنه استنباط منهم من ظهور التعبير الواقع في الحديث وغيره في ذلك الممكن إرادة ما ذكرناه منه ، بل هذا هو الأنسب باطلاق الضمان عليه ومرجه في مخالفته للقاعدة الى عدم إمضاء الشارع في المقام لما هو المجعول بدلا عن التالف عند العرف والعقلاء يجعله الثمن المملوك للبائع بخصوصه بدلا عن المبيع التالف قبل القبض ، والالتزام بذلك اولى من رفع اليد عن الأدلة الدالة على لزوم العقد ووجوب الوفاء به إذ ليس هو إلا عدم تقرير وإمضاء من الشارع لما عليه العرف والعقلاء في خصوص المقام من جعل البديل :

وتظهر الثمرة بينه وبين القول بالانفساخ قبل التالف - أو من حينه - فيما لو عاد التالف بالفرض ، أو ما يحكمه من السرقة ونحوها ، بناء على إلحاقه بالتلف في الحكم ، فإنه يرجع كل من العوضين على الأخير الى ملكه بالعقد كما أخذ بدلا عن الحيلولة ، ولا يرجع على الأول ، لانفساخ العقد وحله ، وعوده موقوف على معاوضة جديدة .

هذا ، وما ذكرنا كله جرياً منا على مذاق من بنى على كون الحكم بذلك على خلاف القاعدة ، وإلا فالأظهر - عندي - كما عليه غير واحد من الأصحاب - موافقته لها ، بعد أن كان مقتضى العقد هو تسليط كل من المتعاقدين صاحبه على ما كان مسلطاً عليه من تبديل سلطنة بسلطنة في المتعلق الموجب لحصول الربط بين العوضين ربط البديلة ، بحيث يقوم كل منهما مقام الآخر في تعلق السلطنة الفعلية به وحيث كان مفاد العقد ذلك وجب على كل من المتعاقدين إيجاد ما هو عليه بعد العقد من التمكين الذي هو بمنزلة الجزء الأخير من العلة التامة لحصول التسليط الفعلي ، وحيث لم يوجب القبض والتسليم إنما هو من شؤون العقد ومقتضياته ، ولذا جاز

لكل منهما الامتناع عن التسليم حتى يحصل التقابض ، ولو بالرجوع الى الحاكم عند الشك .

وعليه ، فبالتلف يتحقق الانفساخ المسبب عن عدم الوفاء بنهاية مقتضى العقد (١)

(١) وبتقريب آخر : أن كلامنا من المتعاقدين كما يلتزم الآخر بالمبادلة بين المالكين في عالم الاعتبار الذي هو المدلول المطابق لانشائه كذلك يلتزم له بالمبادلة الخارجية ، وهي : إعطاء ماخرج من ملكه اليه بدلا عما يأخذه منه ، ومرجع ذلك الى التزامه بتسليم ماسماه لصاحبه في عقد المعاوضة بدلا عما يتسلمه منه ، فاذا خرج المسمى في العقد عن صلاحية كونه بدلا وعوضاً عما يتسلمه منه لتلفه أو ما هو بمنزلة التلف - كصيرورة العبد حراً بسبب الزمانة والاقعاد ، وكسرقه المتاع مع عدم معرفة السارق ، أو غصب الظالم له بنحو لا يرجى عوده ، ونحو ذلك - يخرج عوضه عن البدلية ، ويرجع الى ملك المالك ، فيرجع المعوض والمبدل أيضاً الى المالك وهو معنى الانفساخ .

لأن المعاوضة والمهادلة المقتضية لخروج المعوض عن ملك من دخل العوض في ملكه ، ودخوله في ملك من خرج العوض عن ملكه الى مالك المعوض بطلانها مقتضى للعكس ، أعني : دخول ماخرج ، وخروج ما دخل ، فاذا دخل الثمن في ملك المشتري - مثلاً - فلا بد من خروج الثمن عن ملكه ، إذ لا يمكن الجمع بين العوض والمعوض ، فتتفسخ المعاوضة ويرجع كل من العوضين الى مالكه الأصلي . فان قلت : سلمنا أن الانفساخ ورجوع كل من العوضين الى مالكه الأصلي على طبق القاعدة ، ولكن رجوع المبيع الى ملك البائع قبل التلف تأمراً تعهد صرف بمقتضى ظاهر قوله (ص) : « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » فان ظاهره كون التلف يقع في ملك البائع وان المبيع عند تلفه يكون من أمواله ، وانفساخ المعاملة ورجوع المبيع الى ملك البائع اذا كان مسبباً عن التلف ومعلولاً له كيف =

= يتقدم عليه ؟ فلا بد أن يكون ذلك على خلاف القاعدة بل هو تعبد محض .

قلت : يمكن أن يكون ذلك أيضا على طبق القاعدة وأن المعاوضة تقتضي ذلك ، بأن يكون التلف كاشفاً عن انفساخها لاعلة له ، فان عقد المعاوضة اذا كان مقتضاه ضمان المسمى فيه بعوضه المحمول في العقد لا يهدله الواقعي من المثل أو القيمة ، وكان لازم انفساخها رجوع كل من العوضين إلى ملك مالكة الأصلي ، ومقتضاه رجوع الثمن إلى الهائج وبعد تلفه غير صالح للرجوع ، إذ لا قابلية له للعوضية ، وبطلان المعاوضة - كما ذكرنا - مقتضاه دخول ماخرج ، فمع عدم صلاحية الدخول بعد التلف لكونه معدوماً لا بد من الالتزام بما هو صالح للرجوع إلى البايع ودخوله في ملكه ، وللصالح للرجوع والدخول في ملك الهائج إنما هو المبيع قبل تلفه ولو آنأماً ، وهو معنى كون التلف كاشفاً عن الرجوع ، لاعلة له .

ثم إنه - بناء على ماتبين : من أن مقتضى المعاوضة والمبادلة بين المالكين مع إمضاء الشارع لها ، هو انفساخها بتلف كل من العوضين قبل التسليم ، فلا فرق بين تلف الثمن وبين تلف الثمن ، وبين المبيع وبين غيره من سائر المعاوضات . نعم ، لو قلنا : بأن الانفساخ ورجوع المبيع إلى ملك مالكة الأصلي على خلاف القاعدة ، بل لخص التعبد للنبوي المشهور المتلقى بالقبول ، وخبر عقبة بن خالد :

فالتعدي عن البيع إلى سائر المعاوضات وادعاء أن المناط هو المعاوضة مشكل ، إذ المناط غير منقح بل هو من شم الفقهاء .

نعم ، الظاهر عدم الفرق بين تلف المبيع وبين تلف الثمن ، إذ النبوي - وإن اقتص بتلف المبيع - لكن رواية عقبة بن خالد =

= ظاهرة في سرابة الضمان المعاوضي الثابت على البائع الى الثمن - ايضاً -
 فانه (عليه السلام) في صدر جواب سؤال السائل بقوله : « فسرقت المتاع
 من مال من يكون ؟ » قال (ع) « من مال صاحب المتاع الذي هو في
 بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته » فيكون مفاده كالنهي عن حيث
 الضمان ، وكون التالف مضموناً على البائع ببذله المسمى وكون تلفه موجباً
 لانفساخ المعاوضة ورجوع كل من العوضين الى ملك مالكه ، فان ظاهر
 قوله (ع) : « من مال صاحب المتاع » كونه مضموناً ببذله المسمى في
 الاشتراء ، فسرقته المنزلة منزلة تلفه موجبة لانفساخ المعاوضة .

وبالجملة ، فظاهر جواب الامام - عليه السلام - كون ضمان صاحب
 المتاع البائع له : ضماناً معاوضياً ، فقوله - عليه السلام - بعد ذلك : « فاذا
 أخرجته من بيته » الذي هو كناية عن إقباضه للمشتري ، فالمبتاع - أي
 المشتري - ضامن لحقه ، أي : حق البائع ، وهو الثمن حتى يرد اليه
 ماله - (١) لابد أن يراد من ضمان المشتري للثمن : الضمان المعاوضي - ايضاً -
 الذي مقتضاه : كون تلفه قبل الرد موجباً لانفساخ المعاوضة وعوده الى
 ملك مالكه الأصلي ، وهو المشتري كضمان البائع للمتاع قبل الاقباض
 واحتمال - كون ضمان المبتاع للثمن من قبيل ضمان اليد ، لا المعاوضي -
 بعيد غايته :

(١) قوله « حتى يرد اليه ماله » يمكن أن تكون كلمة يرد مضارع رد ، يعني

ان المشتري ضامن للثمن حتى يدفعه ويوصله الى البائع : ويمكن أن تكون مضارع
 ورد ، ولعله الاسب ، يعني ان المشتري ضامن للبائع حقه وهو الثمن حتى يصل الى
 البائع ماله من الثمن :

وبالجملة ، فالقبض شرط في الخروج عن ضمان المعاوضة في جميع عقود المعاوضات ، فيجري مثل تلف المبيع قبل القبض تلف المنفعة قبله في الاجارة بتلف العين بعد مدتها فتتفسخ الاجارة - على المختار - وتكون المنفعة مضمونة بقيمتها - على القول الآخر - اقتصاراً فيما خالف الأصل عندهم على مورد للدليل من البيع دون غيره .

وليس من الحكم بذلك : مالو تلفت العين المستأجرة قبل القبض مع انقضاء مدة لا يمكن فيها الانتفاع ، أو بعده - بلا فصل - كذلك فان الحكم يبطلان الاجارة في صورتين مستند الى تعذر التسليم لكون القدرة عليه شرطاً في صحة العقد - بالاتفاق - ولذا اتفقوا على بطلان الإجارة - هنا - وان اختلفوا في كون مسألة تلف المبيع قبل القبض على القاعدة أو على خلافها .

فن الغريب نوههم بعض الأماطين في استناد حكمهم بالبطلان - هنا - الى ماورد في البيع : من الدليل على الانفساخ فيما لو تلف المبيع قبل القبض .

وها نحن نتلو عليك جملة من عباراتهم لكيلا تغفل عن مستند الحكم : قال في (الجواهر) - في شرح قول مصنفه : ولو استأجر شيئاً فتلف قبل قبضه بطلت الاجارة مالفظة - : «...» فلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به في محكي (التذكرة) لفحوى ما دل عليه في البيع : من النبوي ، وخبر عقبة ، وغيرهما ، بل ظاهر الأصحاب في المقام اتحاد الحكم في المقامين ، وان المنفعة هنا بمنزلة المبيع ، والأجرة بمنزلة الثمن ، ومن هنا يتجه جريان جميع ما تقدم هناك في المقام كالبحث عن تلف للثمن المعين : : « (١)

(١) راجع : كتاب المتاجر منه ، كتاب الاجارة تحت عنوان شرائط الإجارة الرابع - أن تكون المنفعة معلومة : .

وقال الفاضل الجواد في (شرح اللمعتين) - في شرح قوله : ولو طرأ المنع . فان كان قبل القبض فله الفسخ - ماله : « المنع الطارئ » على المنفعة بعد العقد عليها وقبل قبضها إن كان بتلف سماوي بطلت الاجارة وليس مراداً من العبارة ، لحكمه بثبوت خيار الفسخ مع أن الثابت بالتلف هو الانفساخ لكون المنفعة بمنزلة المبيع التالف قبل القبض في الضمان ، وانفساخ العقد - بلا خلاف كما في التذكرة ، وظاهره نفيه بين المسلمين ، بل في (السرائر) وغيره : الاجماع عليه صريحاً ، ولولاه لأشكل الحال في تلبية الحكم من البيع الى الاجارة ، لوجود النص في الأول ، وفقدانه في الثاني - إلى أن قال بعد منع الدليل عليه هنا - فالعمدة الاجماع في المقام ، (١) وقال جلدنا في (الرياض) : « ولو تلفت العين المعين في العقد استيفاء المنفعة منها قبل القبض أو بعده بلا فصل ، أو امتنع المؤجر عن التسليم مدة الاجارة بطلت الاجارة بلا خلاف في الأولين في الظاهر ، وبه صرح في (التنقيح) قيل : لفوات المتعلق ، فتكون كتلف المبيع قبل قبضه ، واستيفاء المنفعة هنا بنهايتها قائم مقام القبض في المبيع ، كما أن استيفاء بعضه كقبض بعضه ، ولولا الاتفاق على هذا الحكم لأمكن المناقشة فيه على إطلاقه ، بل مطلقاً ، لخالفته الأصل الدال على لزوم الأجرة وانتقال المنفعة الى ملك المستأجر بمجرد العقد . فرجوع كل منهما الى مالكما الأول مخالف للأصل ، ولا دليل عليه سوى القياس على المبيع ، وهو فاسد

(١) عرفت - آنفاً ص ١٢٤ - : أن الصحيح (شرح اللمعة) لاشرح اللمعة والروضة معاً ، فان الفاضل الجواد بن الشيخ محمد تقى المعروف - (ملا كتاب) ليس له إلا شرح اللمعة للشهيد الاول : ويؤيد ذلك - هنا - أن هذه الجملة (ولو طرأ) التي أشار اليها سيدنا المصنف ، هي نص عبارة الشهيد الاول في اللمعة في اوائل كتاب الاجارة فراجع .

بعد اختصاص الدليل به ، (١).

وقال في (الحداث) : « الثالث عشر - لو استأجرت شيئاً فعرض له التلف : فاما أن يكون للجميع أو البعض قبل القبض أو بعده ، أو لم يعرض له التلف - الى أن قال : - الأولى - أن تتلف العين المستأجرة لاستيفاء المنافع منها قبل القبض ، ولا اشكال في بطلان الاجارة لأن استيفاء المنفعة أحد العوضين ، فاذا فات قبل قبضه بطل كما في البيع ، فاستيفاء المنفعة - هنا - كالقبض في البيع ، كما أن استيفاء البعض كقبض بعض المبيع » (٢).

وقال في (المسالك) - في شرح ماتقدم من عبارة مصنفه - : « المراد بالتالف المغيث في عقد الاجارة استيفاء المنفعة منه ، كما يرشد اليه ظاهر العبارة ، وبطلان الاجارة - حينئذ - واضح ، لأنه أحد العوضين فاذا فات قيل قبضه بطل كاليبيع ، والاستيفاء - هاهنا - للمنفعة بتمامها ، قائم مقام القبض في المبيع ... » (٣).

وقال في (التذكرة) : « مسألة - إذا فاتت المنفعة بالكلية حساً انفسخ للعقد ولا خيار للمستأجر ، كما لو استأجر دابة معينة للركوب فانت أو استأجر للخدمة أجيراً معيناً فات ، فان كان قبل القبض انفسخ العقد بلا خلاف نعلمه ، لان المعقود عليه تلف قبل قبضه ، فأشبهه مالو تلف المبيع قبل قبضه ، وكذا إن كان عقيب القبض بلا فصل قبل مضي مدة

(١) راجع : الجزء الثاني منه : كتاب الاجارة ، بعنوان : بطلان الاجارة

لو امتنع عن التسليم .

(٢) راجع منه كتاب الاجارة ، المطلب الثالث في الأحكام ، وفيه مسائل :

الثالثة عشرة ...

(٣) راجع : كتاب الاجارة منه في شرائطها - كما عرفت آنفاً - :

لئلا أجرة ، فان الاجارة تنفسخ ، وتسقط الاجرة - أيضاً - في قول عامة الفقهاء ، (١) انتهى .

ومنشأ توهمهم في مستند الحكم بذلك : هو صدق عنوان التلف قبل القبض مع الغفلة عن استناد بعض صور الى فقدان القدرة على التسليم المتفق على اعتبارها في صحة العقد .

اذا عرفت ذلك ، فنقول : تنقيح المسألة هو أن يقال : تلف العين المستأجرة : إما أن يكون قبل القبض ، أو بعده . وعلى التقديرين : فاما أن يكون التلف بعد انتهاء مدة الاجارة ، أو في أثنائها ، أو قبل مضي شيء منها يمكن الانتفاع فيه ، فهنا صور :

الأولى - أن يكون التلف قبل القبض ، ولكن بعد انتهاء مدة الاجارة ففي هذه الصورة نحكم بانفساخ الاجارة ورجوع الأجرة الى المستأجر ، نظير الحكم في تلف المبيع قبل القبض بالانفساخ ورجوع الثمن الى المشتري إن قلنا به على القاعدة ، وإلا فالمنفعة مضمونة على المؤجر بقيمتها للمستأجر لفقدان الدليل على الضمان بالمسمى في الاجارة .

الثانية - لو كان التلف في اثناء المدة ، ولكن قبل القبض أيضاً فحكمها حكم تلف بعض المبيع قبل القبض ، فان المنفعة كالمبيع والأجرة كالثمن ، وتستعرف حكمها .

الثالثة - لو كان التلف قبل القبض ، ولما ينقض زمان يمكن فيه القبض . وهذه الصورة كالصورة :

الرابعة - وهي اذا كان التلف بعد القبض بلا فصل في الحكم ببطلان العقد من أصله ، لتعذر التسليم فيها ، لا للشبوي ، وغيره في البيع .

(١) راجع : المجلد الثاني ، كتاب الإجارة ، فصل في المدة والضمان ، البحث الثاني - في فوات المنفعة بالكلية حساً ، مسألة ...

الخامسة - ما اذا كان التلف بعد القبض لكن في أثناء المدة .
 السادسة - ما اذا كان التلف بعدهما ، والحكم فيها واحد من حيث استحقاق الأجرة الى حين التلف ، غير أنه يستحق من الأجرة الى حين التلف في الأولى لكونه مقبوضاً له ، والتلف في الاثناء يكشف عن تعذر التسليم فيما بقي من المدة ، وفي الأخيرة يستحق الأجرة بتمامها لكون المنفعة بجملتها مقبوضة له ، وان لم يستوفها في تمام المدة أو في بعضها . هذا ، وليعلم أن قبض المنفعة يصدق - عرفاً - بقبض العين ، وان كان حصولها بالتدريج ، فللمؤجر مطالبة الأجرة بمجرد تسليم العين الى المستأجر ولا كذلك في الأجير على عمل ، فليس له مطالبة الأجرة إلا بعد إيجاد العمل وان ملكها بالعقد ، والفرق : ان اليد على العين - عرفاً - يد على منافعها ، فتكون المنافع - بأجمعها وان تجدد حصولها - تحت يده عرفاً لكن بشرط بقاء العين المحرز عندهم باصالة للسلامة من التلف واستصحاب بقائها ، ولذا كانت منافع العبد المملوك مضمونة على من حبسه ، وان لم ينفع بخدمته ، وحيث لا يد على الأجير الحر لا يكون عمله مقبوضاً للمستأجر وتحت يده إلا بعد إيجادها ، فليس له مطالبة الأجرة قبله ، وان ملكها بالعقد ، ولذا لا تكون منافع الحر المحبوس مضمونة على حابسه ، إذ لا يد له عليه حتى يكون له يد على منافعه .

نعم ، لو حبس الأجير على عمل مشخص بمدة مخصوصة كيوم مخصوص غير المستأجر ضمن الحابس منفعة الخصوصية ، لصدق الاتلاف عليه - عرفاً - بعد تموّله عندهم .

ولعلّ فيما ذكرنا - : من الفرق بين الأجير ومؤجر العين في صدق قبض المنفعة وعدمه مع تملك كل منهما الأجرة بالعقد - شهادة أيضاً على ماقويناه : من كون القبض من مقتضيات العقد في سائر عقود المعاوضات .

الأمر الثاني - لو كان المبيع بعضاً من جملة معينة : فاما أن يكون معبراً عنه بأحد الكسور التسع كالنصف والثلث والرابع - مثلاً - من صبرة معينة ، أو يكون معبراً عنه بمقدار مخصوص وزناً أو كيلاً كوزنة منها أو قفيز .

فان كان الأول ، كان المبيع مشاعاً ، ويحقق قبضه بقبض الجميع ضمناً . فاذا تلف الكل بعد قبضه كان من ضمان المشتري ، لأنه تلف بعد قبضه ، ولو تلف بعضه كان التالف منها بالنسبة .

وان كان الثاني ، ففي تحقق قبضه بقبض الجميع ليتخير منه اشكال ينشأ : من الابهام وعدم تعين المبيع إلا بعد تعيينه ، فلم يكن مقبوضاً بعنوانه ، ومن انحصاره في المعين الخارجي فلا يخرج عن كونه مقبوضاً بقبض الجميع ، فعلى الأول ، لو تلف الجميع الفسخ العقد وكان من ضمان البائع لأنه من التلف قبل القبض بالفرض ، ولا يفسخ لو تلف بعضه إن كان الباقي بمقدار المبيع ، ولا يفسخ على الثاني مطلقاً وان تلف جميعه لكونه بالفرض من التلف بعد القبض الموجب لانتقال الضمان به من البائع الى المشتري .

الامر الثالث - لو كان المبيع كلياً في الذمة ، فدفعت الى المشتري اكبر من حقه مقداراً أو مصادقاً ليتخير منه ، ففي تعين الحق في المدفوع لكون التعيين بيد المديون - وفدعيته في الجملة - وان كان يعدّ مبهماً فيه ، وعدمه : وجهان : وعلى الاول - ففي حصول قبضه بقبض المجموع لاشتماله عليه ، وعدمه لابهامه بعد - بالفرض : الاشكال المتقدم : وحكم ماله تلف جميعه في يده - من حيث كونه من ضمانه أو من ضمان البائع - يعرف مما تقدم :

هذا ، ويحتمل لنزول ذلك على الاشاعة بعد فرض التعيين في المدفوع

فيكون مقبوضا بقبض الجميع ، كما صرحت به رواية محمد بن مسلم في الضعيف عن الباقر - عليه السلام - قال : « سألته عن رجل اشترى من رجل عبداً وكان عنده عبدان ، فقال للمشتري : اذهب بهما ، فاختر أيهما شئت ورد الآخر ، وقد قبض المال فذهب بهما المشتري فأبقى أحدهما من عنده ؟ قال : ليرد الذي عنده منهما ويقبض نصف الثمن مما أعطى من البائع ، ويذهب في طلب الغلام فان وجده ، اختار أيهما شاء ، ورد النصف الذي أخذ ، وان لم يجد كان العبد بينهما نصفه للبائع ونصفه للمبتاع » (١) ونحو ذلك خبر السكوني عن الصادق - عليه السلام - (٢) والمبيع في الخبر محمول على كلي في الذمة موصوف بما ترتفع به الجهالة ، وكل من العبدین مصداق لما ينطبق عليه المبيع الكلي ، وإلا فأحد العبدین لو كان مبيعاً لبطل العقد لابهامه .

إلا أن الروایتين - مع ضعف سندهما (٣) وعدم معلومية الخبر لهما - وان نسب الشهيدان في (الدروس ، والروضة) الى الأكثر العمل بهما ،

(١) سند الرواية - كما في الوسائل كتاب التجارة ، أبواب بيع الحيوان ، باب

١٦ حكم من اشترى عبداً ... هكذا : محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي حبيب عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) ... الخ

(٢) وسنده - كما في الوسائل نفس الباب الآنف - هكذا : عن الصفار عن

علي بن ابراهيم عن هاشم عن النوفلي عن السكوني .

(٣) ولعل الضعف المشار اليه في المتن من جانب ابن أبي حبيب ، وهو بكر

- في الرواية الأولى - فقد ذكره الشيخ في (رجاله - في أصحاب الصادق عليه السلام -)

ولم يوثقه . وأما النجاشي فلم يذكره في كتاب رجاله . ومن جانب السكوني ، وهو

اسماعيل بن أبي زياد ، في الرواية الثانية حيث لم يرد فيه من الشيخ والنجاشي توثيق

بل ذكراه في كتابيهما بلا تعرض لذلك .

إلا أن غير واحد أنكر النسبة المذكورة - واضطراب منزيها - : فيها إشكال من وجوه :

الأول - أن ظاهرها تعين الكلي في الذمة في العبدین المقبوضين بتعيينه فيها ، مع أن تشخيص مافي الذمة في الكلي الخارجي في حيز المنع .
الثاني - انها صرحت بالاشاعة الموجبة لكون ملك المشتري نصفاً من كل من العبدین ، ومقتضاها عدم استرداد نصف الثمن لكون المبيع مقبوضاً بجملته في ضمن الكل ، فالتالف منها ، ونلف حقه فيه ، من ضمانه لأنه من التالف بعد القبض ، والموجود لها ، وحقه فيه مقبوض له موجود عنده فلا وجه لاسترداد نصف الثمن .

الثالث - أنها حكمت باسترداد نصف الثمن ، وهو ينافي الاشاعة وموجب لعدمها ، وعليه فيتعين حقه في الموجود من العبدین لخروج التالف عن قابلية تشخيص المبيع فيه ، كبيع صاع من صبرة معينة ، فان المبيع ينحصر في الباقي منها ، وان كان صاعاً واحداً والتالف كله من البائع ، وهو مناف لذيل الخبر ، وهو قوله عليه السلام : « وكان العبد بينهما نصفه للبائع ونصفه للمبتاع » الصريح في الاشاعة وكون التالف منهما والموجود لها .

الرابع - على الاشاعة ينافي رجوع التخيير بعد وجدان الآبق إلا بجمل الاختيار كالفسمة ، وهو ممنوع :

ومن ثم لم يعمل بهما اكثر المتأخرين ، حتى أن صاحب الحقائق رجع في المسألة الى ما تقتضيه القواعد بعد طرح الخبر من جهة المخالفة لها .
اللهم الا أن يتكلف في الجواب عن ذلك كله : أما عن الاول فيمنع امتناع تشخيص مافي الذمة في الكلي الخارجي - مطلقاً - بعد أن كان التعيين بنظر المديون فكما له التعيين في ضمن فرد ، له التعيين في

ضمن أفراد مخصوصة مدفوعة له بعنوان الوفاء ، تخير لإياه في التعيين منها؛
وأما عن الثاني ، فلتنزيل الإبهام في الأفراد المخصوصة منزلة الاشتباه
أو المزج الراجع للتمييز في كونه موجبا للشركة الموجبة للتملك بالاشاعة
وعليه فنصف الآتي ، وإن تملكه المشتري وكان مقبوضاً له ، إلا ان تلفه
من ضمان البائع بعد أن كان الخيار في التعيين للمشتري ، إلحاقاً له بتلف
المبيع في مدة الخيار ، فانه من ضمان من لا خيار له - وهو هنا البائع -
ولا يقدح الفرق بينها بأن الخيار هنا في تشخيص المعقود عليه وهناك
في لزوم أصل العقد بعد وجود المناط من عدم الاستقرار على من
له الخيار ، كما صرح به هناك في (السرائر) أوتنزيله على الاء باقي في
في الثلاثة ، فيكون من خيار الحيوان .

وبذلك يتقدح الجواب عن الثالث : من عدم منافاة استرداد نصف
الضمن للاشاعة بعد ظهور الوجه فيه من كونه في ضمان البائع وان كان
مقبوضاً للمشتري .

وأما عن الرابع ، فرجوع التخير بعد وجدانه مبني على ماهو الحق
كما حقق في محله - : من كون الشركة حكمية لاحقيقية ، فلا يخرج بمزج
المالين كل منهما عن ملك مالكة ، وان جرت عليه احكام الشركة الحقيقية
من جهة المزج والاشتباه . ولذا لو تميزا بعد رفع التميز ارتفع حكمها
واختص كل منها بمالكة .

لكن مع ذلك كله : الأقوى طرح الرواية ، والعمل بما تقضي به
القاعدة : من تعيين الحق بالموجود من العبدین بعد تحقق القبض الوقائي بقبضهما
ان قلنا به . وعدم استرداد شيء من الثمن وكون التالف من ملك البائع ،
وفي كونه مضموناً على المشتري لعموم « على اليد » وإلحاقه بالمقبوض
بالسوم ، بل لعله أقرب منه لتحقيق البيع - هنا - وانطبق المبيع الكلي

عليه وتشخصه فيه بعد الاختيار ، ولم يتحقق بعد في المقبوض بالسوم ، وعدمه بناء على اختصاص دليل اليد برد المأخوذ بنفسه : ورد بدله بعد تلفه مستفاد من دليل آخر : واختصاص دليل ضمان المقبوض بالسوم بالاجماع المحكي المفقود في المقام - :

وجهان ، بل قولان : ولعل الآخر هو الأقوى ، وان قلنا بعموم « على اليد » لخروج يد الأمانة عنه ، والتالف بيد المشتري أمانة لكونه مدفوعاً اليه من المالك .

والأولوية من المقبوض بالسوم ممنوعة : أولاً - لما قبل من الفرق بين المقامين ، فان المقبوض بالسوم مبيع بالقوة بما يؤول اليه ، وصحيح البيع وفاسده مضمون بخلاف صورة الفرض لأن المقبوض ليس كذلك لوقوع البيع سابقاً ، وانما هو محض استيفاء حق اولاًن المقبوض بالسوم يحصل بمطالبة المشتري ، وهنا يدفع البائع من دون سبق المطالبة به : وثانياً - لو سلمت فهي أولوية ظنية لامعول عليها ، بل لعل الحكم بالأمانة - هنا - اولى بالحكم بها فيما لو باع ديناراً بدينار موصوفين في الدمة ، فدفع أحدهما الى الآخر ما يزيد عليه فانه لم يتشخص الزائد المدفوع ثمناً أو مبيعاً وعليه إبداله حيث حكموا بكون ما في يده أمانة لم يضمه لو تلف قبل رده بغير تعد وتفریط من غير فرق بين صورتي تعمد الدافع وغفلة ، إلا في كون المدفوع على الأول - أمانة مالكية وعلى الثاني أمانة شرعية ، بل في (المسالك) دعوى الاتفاق على كونه أمانة في الأول :

الامر الرابع - ما ذكرنا إنما هو فيما اذا كان التلف بنفسه . وأما اذا كان بتسبيب ، فاما أن يكون باتلاف المشتري ، أو البائع ، أو الاجنبي : فان كان من المشتري ، فاتلافه بمنزلة قبضه فيكون من ضمانه مالم يكن مغروراً لوقوع الاتلاف منه على ملكه . كما لو اتلف ماله المغصوب

في يد الغاصب الموجب لخروجه عن الضمان . ولعل التفصيل بين الغرور وعدمه هو مراد الشيخ فيما حكى عنه من التفصيل بين صورتى علم المشتري وجهله .

وان كان الانتلاف من البائع ففي ضمانه بالمسمى لاقتضاء العقد ذلك من غير فرق بين الاختيار وعدمه إلا في الاثم وعدمه ، أولصدق التلف : وان كان بالاختيار فيكون مشمولاً لاطلاق مادل على كونه من مال البائع ، وان اثم بالاختيار ، أو بالمثل والقيمة بناء على انصراف التلف في الدليل المخرج له عن القاعدة الى ما كان بنفسه ، أو تخيير المشتري بين تضمين البائع بالمسمى أو بالمثل لوجود سبب كل من الضمانين الموجب للخيار في اختياره الاخذ بأيهما شاء .

أقوال . والأول - هو الأقوى على المختار ، والثاني - قوي إن قلنا به على خلاف القاعدة ، وفي الثالث - نظر (١).

(١) الظاهر : أن قاعدة التلف قبل القبض وكوله موجباً لالفساخ المعاوضة ورجوع كل عوض الى مالكة الأصلي ، أجنبية عن مورد الانتلاف وانما هي مختصة بالتلف ، وما هو بمنزلة ، كقصب الظالم له - مثلاً - بنحو لا يرجى عوده ، والسرقة مع عدم معرفة السارق ، ونحو ذلك ولا فرق في ذلك بين القول بكونها ثابتة بالتعبد على خلاف القاعدة ، وبين كونها على طبقها .

توضيح ذلك : أنه بناء على أن القاعدة الأولية بعد انتقال كل من العوضين الى ملك مالك العوض الآخر بالعقد تقتضي ضمان كل من المتعاقدين لصاحبه لو تلف ما انتقل منه اليه قبل القبض : البذل الواقعي من المثل أو القيمة ، وكون الضمان ضمان اليد ، لعموم دليله باعتبار أن كلا من =

= المتعاقدين بعد العقد ماتحت يده ملك لطرفه فيضمنه له بعوضه الواقعي إن لم نقل بكون يده يد أمانة ولعله الأقرب ، فإن يده بعد العقد على المال أمانة شرعية يلزم تسليمه للمالكه في أول أزمته الامكان . وعلى كل لو كان ضامناً ، فضمانه ببذله الواقعي متوقف على كون المال عند تلفه ملكاً لطرفه ليضمنه له بمثله أو قيمته .

ولما كان مفاد (النبوي) وخبر عقبة ابن خالد : كون المبيع عند تلفه قبل القبض من مال للبائع ، ومقتضاه أن ضمانه معاوضي ، وأنه مضمون على ذي اليد بعوضه المسمى في العقد ، وكون تلفه موجباً لانفساخ المعاوضة وعود كل عوض الى ملك مالكة الأصلي .

فلا بد من الخروج عن القاعدة وتخصيص عموم « على اليد » بالنبوي والخبر - على ما أفاده سيدنا قدس سره - ولكن لما كان ظاهر الدليل المخرج لمورده عن القاعدة : كون تلف المبيع أو ما هو بمنزلة بلا اختيار من الهائع ، فلا يشمل صورة الاتلاف له ، وعليه فيضمنه بالاتلاف ببذله الواقعي ، سواء قلنا إن يده على المال بعد العقد يد ضمان او يد أمانة .

ولا إشكال في ذلك . إنما الكلام او قلنا : بأن القاعدة تقتضي كون كل من المتعاقدين ضامناً لصاحبه بعد العقد ضماناً معاوضياً ، وكون ماتحت يده من ماله مضموناً بعوضه المسمى الذي مقتضاه انفساخ المعاوضة عند عدم إمكان تسليم المال لطرفه فهل القاعدة المذكورة مختصة بالتلف وما هو بمنزلة أو أنها تعم صورة الاتلاف له ايضاً بلا فرق بينهما سوى الائتم في صورة الاتلاف الاختياري ، كما قواه سيدنا حيث قال : « والأول هو الأقوى على المختار » ومراده بالأول : كون الضمان بالمسمى بلا فرق بين التلف الاختياري وغير الاختياري ، ومراده بقوله « على المختار » هو

القول بكون الضمان المعاوضي المقتضي لانفساخ المعاوضة عند عدم إمكان التسليم على طبق القاعدة ، لاعلى خلافها لنص أو إجماع ، يختص بالتلف وما هو بمنزلة ، ولا يشمل صورة الاتلاف .

هذا ، ولكن الظاهر اختصاص الضمان المعاوضي المقتضي للانفساخ عند عدم إمكان التسليم بالتلف ونحوه سواء قلنا : إنه على القاعدة أو على خلافها لنص أو إجماع .

توضيحه : إن العقد المعاوضي بين المتعاقدين بما أنه مقتض لنقل كل منهما ما يملكه لطرفه يعوض ما يملكه منه الذي هو المدلول المطابق للعقد ، كذلك هو مقتض ومتضمن لالتزام كل منهما تسليم ما انتقل عنه لطرفه عند تسلم عوضه منه حيث ان كلا من المتعاقدين كما التزم لطرفه يجعل ما هو مملوك له تحت سلطنته المطلقة الاعتبارية الذي هو مرجع الملكية أولا زما ، عوضا عما هو مملوك لطرفه المحمول تحت سلطنته المطلقة الاعتبارية أيضا كذلك التزم له بعمله تحت سلطنته الخارجية عند تسلطه الخارجي على عوضه .

فليس مقتضى العقد المعاوضي مجرد التبادل بين العوضين في عالم الاعتبار فقط ، بل ذلك وما يلزمه من جعل كل منهما مكان الآخر خارجا ، وتسليمه لما لملكه بالعقد ، ومقتضى ذلك أنه لو تعذر عليه التسليم لتلف ما لملكه طرفه منه أو ما هو بمنزلة التلف من ذهاب مناط ماليتة انفساخ عقد المعاوضة وعود كل من العوضين الى ملك مالكة الأصلي ، لكون عقد المعاوضة مع إمكان الالتزام بما يقتضيه يبقى ويصح ، ومع عدم الامكان ينفسخ ويبطل لا يقال : تعذر التسليم لا يقتضي الانفساخ بل غايته الخيار والتسلط على الفسخ .

لأنا نقول : إنما يتجه الخيار مع إمكان التسليم وكون تعذر عارضاً يمكن زواله كالأباق والسرقة مع رجاء العود . أما مع عدم بقاء صلاحية التسليم للتلف وما هو بمنزلة فلا معنى للخيار مع بطلان العوضية وامتناع الوفاء بما يقتضيه العقد بمدلوله الالتزامي من تسليم ما وقع للعقد عليه : لا يقال : امتناع الوفاء بمقتضى العقد وتسليم ما وقع عليه لا يقتضي البطلان وانفساخ العقد ، اذ يمكن إبقاء صحته بدفع مثل التالف أو قيمته واخذ بدله المسمى في العقد ، فتبقى المعاوضة ولا تنفسخ :

لأنا نقول : لو كان الالتزام الضمني والمدلول الالتزامي لعقد المعاوضة هو بدلية أحد العوضين خارجاً عن الآخر على تقدير بقاءه وأما مع تلفه فما يكون بدلاً عن المسمى مثل التالف أو قيمته لنتجه ذلك ، وأمكن إبقاء صحته ، ولكنه واضح البطلان ، فان الذي يقتضيه عقد المعاوضة بدلية أحدهما عن الآخر بدلية مطلقة ، فع خروج المعوض عن قابلية البدلية لتلفه أو ما هو بمنزلة لا بد من خروج العوض عن مالك المعوض ، ودخوله في ملك المالك الأصلي لاقتضاء المعاوضة ذلك .

هذا ، اذا كان عدم إمكان تسليم ما انتقل منه الى ما انتقل اليه لتلفه أو ما هو بمنزلة . بأن كان التلف بلا اختيار من الضامن : وأما اذا كان باختيار منه فالتلفه أو ما يحكمه من إذهاب ما يتيه فانه لاموجب للانفساخ بذلك والضمان المعاوضي الذي يقتضيه عقد المعاوضة لا يوجب بل يختص بالتلف ونحوه ، فان اللزوم المستفاد من آية « أوفوا بالعقود » ليس مفاده محض تكليف المتعاقدين بلزوم تسليم ما وقع العقد عليه لما لاه بالعقد وحرمة إنلافه عليه ، بل مفاد ذلك نفوذ العقد عليها وسلب ساطنة كل منهما على حله وإبطاله ، بمعنى عدم تأثير ما يختاره من الشاء فسخ العقد .

.

أو اتلاف متعلقة في إبطال العقد وانفساخه .

وعليه ، فيلزم كلا منهما عند اتلاف متعلقه دفع مثله أو قيمته لطرفه وأخذ العوض منه .

نعم ، لا يبعد ثبوت الخيار للطرف بين فسخ المعاوضة وإعادة العوض إلى ملكه ، وبين امضاءها وقبول البديل الواقعي من المثل أو القيمة ، فإنه إنما يلزم بكون ما يملكه عوضاً عن نفس العين التي أتلّفها المباع ، ولم يكن التزامه بكونه عوضاً للعم من العين ومن بدلها الواقعي .

والحاصل : إن ما اختاره سيدنا : من الفرق بين كون الضمان المعاوضي المقتضي للانفساخ يتلف أحد العوضين قبل القبض مستفاداً من النص على خلاف القاعدة ، وبين كونه على القاعدة ، وأنه على الأول خاص بالتلف وما هو بمنزلة بخلافه - على الثاني - أعني كونه على القاعدة ، فيعم الاتلاف غير واضح بل الأقوى عدم الفرق بين كونه مستفاداً من النص وبين كونه على القاعدة في كونه خاصاً بالتلف وما هو بمنزلة ولا يشمل صورة الاتلاف .

وعليه ، فالاتلاف : - تارة - يكون ممن انتقل المال منه ، وأخرى - يكون ممن انتقل إليه ، وثالثة - يكون من الأجنبي .

ففي الصورة الأولى ، ذكرنا أنه مضمون على الناقل بالبديل الواقعي مع عدم استبعاد ثبوت الخيار للمضمون له بين فسخ المعاوضة وإعادة العوض إلى ملكه وبين امضاءها ، وقبول البديل الواقعي من المتلف :

وفي الصورة الثانية ، يكون الاتلاف من المنقول إليه بمنزلة قبضه ما لم يكن مغروراً ، وأما مع الغرور كما إذا دعاه الناقل إلى طعام وقدم إليه الطعام المنقول إليه - ولم يعلمه بأنه الذي اشتراه منه فأكله - بأنبا على

أنه ملك لمن دعاه بذل له تبرعاً فالظاهر عدم كون إتلافه باكله بمنزلة قبضه ما اشتراه منه ، بل يضمه له البائع الغار .

وان استضعفه شيخنا في (الجواهر) حيث قال في شرح قول المصنف (واذا تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري كان من مال البائع) : « والظاهر أن اتلاف المشتري بمنزلة القبض سواء كان عالماً أو جاهلاً للأصل السالم عن معارضة الخبر المنساق منه غير الفرض بقربة ظهوره في إرادة الرافق بالمشتري ، واحتمل الشافعي عدم كونه بمنزلة القبض في الاول ، فضلاً عن الثاني ، بل في (التذكرة) : هذا اذا كان المشتري عالماً أما اذا كان جاهلاً بأن قدم البائع الطعام المبيع الى المشتري فأكله فالاقرب انه ليس قبضاً وأنه كاتلاف البائع وهو كما ترى » انتهى :

ولكنه في كتاب الغصب قال - قدس سره - ولو غصب مأكولاً - مثلاً - فأطعمه المالك بان قال له : هذا ملكي وطعامي ، أو قدمه اليه ضيافة أو نحو ذلك مما يتحقق به الغرور منه ، أو شاة فاستدعاه وذبحها مع جهل المالك ضمن الغاصب بـلا خلاف ولا اشكال ، وان كان المالك المباشر للاتلاف ، ولتسلم المال الا أنه ليس تسليماً تاماً يتصرف به المالك تصرف المالك في أملاكهم على انه مال له » انتهى .

هذا ولم يتضح وجه الفرق بين البابين وتضعيفه ما قرره العلامة - قدس سره - في التذكرة - : من عدم كون تقديم الطعام المبيع الى المشتري المأكول له في ظرف جهله وغروره بكونه الذي اشتراه من البائع قبضاً له وأنه بمنزلة إتلاف البائع ، مع التزامه - قدس سره - بنظيره في غصب للطعام وأنه ليس تسليماً تاماً للمغصوب من حيث أن تصرف المالك باكله في ظرف جهله بكونه المغصوب منه لم يكن بما هو مال له بل بما هو

لوجوب إلغاء أحد السببين المتضادين في الأثر عند اجتماعهما عن السببية ، فان التلف أثره انفساخ العقد وحله الموجب لضمائه بالمسمى ، والاتلاف أثره الضمان بالمثل أو القيمة ، وهو مبني على بقاء العقد ولزومه فأما أن لا يكون التلف المسبب عن الاتلاف سبباً للضمان بالمسمى أو لا يكون الاتلاف المسبب بالكسر للتلف سبباً للضمان بالمثل والقيمة .

والتعليل له - أيضا - بعد انصراف الدليل الى التلف بنفسه بتعمذر التسليم الموجب للخيار بين الفسخ فيرجع عليه بالمسمى ، والقبول فيرجع ببدله الواقعي .

عليل لأن التعمذر المسبب عن التلف لم يثبت سببته للخيار ، وان قلنا به في بيع الضال ونحوه . وخبر الضرر يدفعه ما وضعه الشارع من الضمان بالبدل الواقعي لمن اتلف مال غيره .

ويجري ما ذكرنا - هنا - من الأقوال الثلاثة ومستنداتها حرفاً بحرف

للغاصب ، قدمه اليه تبرعاً وضيافة فلم يلتزم في باب البيع بما ألزم به في الغصب مع كون المالك واحداً ، فكما لم يكن اكل المالك لطعامه المغصوب في ظرف جهله اداء له ، فينبغي ان يكون كذلك في قبض المبيع فان الاداء والقبض مرجعهما الى وصول المال الى مالكة لاهما هو هو بل بما هو مال له .

وعلى كل فالأظهر فيما نحن فيه تخيير المشتري بين فسخ المعاوضة واسترجاع عوضه وذهاب المبيع من مال البائع ، وبين امضائها وتغريم البائع بالمثل أو القيمة .

وفي الصورة الثالثة يتخير المنقول اليه بين فسخ المعاوضة والرجوع بالمعوض على الناقل فيرجع الناقل ببدل العين الواقعي على من اتلفها وبين امضائها والرجوع على المتلف بالبدل الواقعي من المثل أو للقيمة :

فيما لو كان الانتلاف من الأجنبي ، غير أن وجه القول بالتخيير فيه أقوى بل نسب القول به فيه الى الأشهر - بل المشهور ، بل في (الجواهر) :
ظاهرهم الاتفاق عليه (١) وهو ممنوع جداً .

الأمر الخامس - لو حصل للمبيع قبل التلف نماء ، فهو عند غير الشيخ للمشتري ، لأنه نماء ملكه بعد أن كان الأصل منتقلاً اليه بالعقد والانتفاخ إنما هو من حين التلف ، وقاعدة تبعية النماء للأصل في الملك تقضي بذلك ، بل أرسل أكثر من تعرض للفرع هنا ذلك لإرسال المسلمات إلا أن الشيخ في (المبسوط) حكّم بأن نماء المبيع المردود بخيار الغيب قبل القبض للبائع ، مستدلاً عليه بمحدث « الخراج بالضمآن » مفسراً للخراج بالفائدة ، والضمان بمن يكون المال يتلف من ملكه ، والأصل قبل القبض في ضمان البائع ، فالخراج له (٢)

وكلامه - وإن اختص بالذكر بالمبيع المردود بالخيار - إلا أن التعليل بالخبر يعم المقام .

قلت : المراد بالضمان في الحديث ضمان تكفل ، لا ضمان غرامة ، فالمبيع يدخل في ضمان المشتري بالعقد بالمعنى الأول ، وهو الى القبض في ضمان البائع بالمعنى الثاني . ولا منافاة بين الضمانين .

وتنقيح المسألة : هو ان الملكية ربط بين المالك والمملوك ربط إضافة ونسبة ، فكل منهما مربوط بالآخر ، غير أن أثر الربط في المالك سلطته على المملوك ، فله أنهاء التصرف فيه ، وهو غنمه منه وفي المملوك دخوله في عهدة المالك ، فعليه غرمه من حيث حفظه وإصلاحه ، بحيث لو كان

(١) راجع : متاجر الجواهر ، كتاب البيع ، الفرع الرابع . في شرح قول المحقق : اذا تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري كان من مال البائع .

(٢) راجع : كتاب البيوع ، من المبسوط فصل في أن الخراج بالضمان .

حيواناً لكان عليه نفقته ، لأن (من له الغنم فعليه الغرم) .
ويشهد لما ذكرنا - من تفسير ضمان المال بتكفله من كلام أهل اللغة -
ما قاله محمد بن مكرم بن منظور الانصاري الافريقي في كتابه المسمى :
(لسان العرب) : « الضمين الكفيل ، ضمن الشيء ، وبه ضمناً وضماناً
كفل به ، وضمينه إياه كفله » إلى أن قال في كلام لأبي عبيد في تفسير
حديث (الضامنة من النخل) - : « ماتضمتها أمصارهم ، وكان داخلا
في العمارة ، وأطاف به سور المدينة ، قال أبو منصور : سميت ضامنة ، لأن
أربابها قد ضمنوا عمارتها وحفظها ، فهي ذات ضمان ، كما قال الله
عز وجل « في عيشة راضية » أي : ذات رضى ، والضامنة : فاعلة
بمعنى : مفعولة وفي الحديث : (الامام ضامن ، والمؤذن مؤتمن) أراد
بالضمان - هنا - : الحفظ والرعاية ، لاضمان الغرامة لأنه يحفظ على القوم
صلاتهم ... » انتهى (١)

فاذا كان ضمان المبيع بهذا المعنى على المشتري ، كان خروجه له
لأن الخراج بالضمان ، فيكون الخبر موافقاً لقاعدة تبعية النماء للأصل في
الملك ، بل هو من أدلتها ، ولا ينافي ما ذكرنا خروجه عن ملك المشتري
بالانفصاخ عند التلف وكونه من البائع تقديراً فافهم (٢).

(١) راجع : ذلك باقتضاب في (مادة ضمن) من الكتاب .

(٢) توضيح ذلك : أن المراد بالخراج في الحديث : الفائدة وما يتحصل من
الشيء كمآثمه ومنفعته ، وبالضمان : معناه المصدري ، وهو جعل الضامن ماضمينه
بعهده ، بالتزام عوض للمضمون له بأزائه وتعهد به ، وهاء الخبر الداخلة على لفظ
الضمان للعوضيّة والسببية ففاد الحديث الشريف : أن خراج المضمون وفائده للضامن
بدلاً عن ضمانه المعاوضي أو بسببه .

ثم انه لا كلام في أن خراج المبيع الحاصل بعد قبض المشتري له ملك =

الأمر السادس - صرحوا بأن النماء المتجدد قبل التلف بيد البائع أمانة لم يضمه بغير تعد وتفریط ، وهو كذلك ، لأن الضمان باليد ما كان مسوقاً بملك الغير ، لا ما كان سابقاً على حدوثه ، كما هو صريح جعل الأخذ صلة للموصول في حديث « على اليد » فاليد عند حدوث الملكية

= للمشتري ، كما أنه لا اشكال في أن الخراج الحاصل بعد فسخ المعاوضة ورجوع المبيع الى ملك البائع ملك له ، إنما الكلام فيما حصل من الخراج ما بين العقد وبين قبض المشتري المبيع أو فسخه العقد بالخيار قبله ، فهل هو ملك للمشتري باعتبار تعهده بالمبيع يجعل عوض للبائع بازائه والزامه بتبعاته كنفقته لو كان حيواناً وجناباته فيما لو كان عبداً ، وكون الغرض المهم من اقدمه المعاوضي كون الخراج له ، فمناسبة الحكم للموضوع تقتضى كونه المالك له ، أو أن الخراج للبائع باعتبار أن الأصل قبل القبض في ضمان البائع وكون تلفه من ملكه فخراجه له .

هذا ولكن الظاهر انه لا ينبغي الاشكال في كون المشتري هو المالك للخراج قبل القبض لكون ضمانه المبيع للبائع بعوضه المسمى المقتضى للملكية خراجه ، إنما هو بأصل المعاوضة والعقد الواقع بينهما ، وأما ضمان البائع المبيع للمشتري بعوضه المنتقل منه اليه بالعقد الثابت بالتعبد او للشرط الضمني في العقد فأنما هو فرع وتبع للضمان الحاصل بأصل العقد :

وبالجملة فان فعالية ضمان المشتري المبيع للبائع بعوضه المسمى المقتضى للملكية خراجه إنما هو بنفس العقد المعاوضي بينهما ، وفعالية ضمان البائع المبيع للمشتري بالمسمى المنتقل منه اليه بالعقد إنما هو بانفساخ العقد بتلف المبيع قبل القبض ، وغاية ما يقتضيه الانفساخ عود كل من الغرضين الى مالكة السابق على العقد ، وأما ملكية البائع خراج المبيع الحاصل قبل تحقق الانفساخ وبطلان ملكية المشتري له الاستفادة من قاعدة كون الخراج بالضمان فهو بلا موجب . اللهم إلا أن يقال : إن انفساخ المعاوضة بطلانها من أصلها ، ولكنه خلاف التحقيق ، فتأمل جيداً .

بد أمانة لا يخرج منها الى الضمان إلا بتعد ونحوه .

ومنه يعلم : أن الضمان - هنا - من ضمان المعاوضة لامن ضمان اليد .
توضيح ذلك : أن المبيع مع قطع النظر عن كونه مضموناً باقتضاء
العقد على المختار ، أو بحديث « كل مبيع تلف ... » الخ على القول الآخر
فقتضى القاعدة أن يكون أمانة عند حدوث الملكية لخروجه عن مصب
حديث « على اليد » لما عرفت . ولا يخرج عنها إلا بتبدل عنوان اليد
بأحد أسباب الضمان ، ولا دليل سواه يقتضى بكون الأصل في اليد : الضمان
مطلقاً - غير أن ضمانه بالمسمى ثابت : أما باقتضاء العقد ، أو بحديث
« كل مبيع . . . » وأما نفاؤه ، فإما لم يكن من المبيع ، لم يتعلق به
ما يوجب الضمان من اقتضاء العقد ، أو الحديث ، والمفروض عدم شمول
دليل اليد له ، حتى يكون مضموناً عليه باليد بعد فرض تبعيته للأصل فيما
تقتضيه القاعدة الأولية ، لاجرم كان بيد البائع أمانة لم يضمه بغير تعد
وتفريط ،

الأمر السابع - يلحق بالتلف الظاهر في الهلكة ، ما كان بحكمه مما
يوجب تعذر التسليم كالسرقة والضياع والغصب المتعذر استخلاصه من
الغاصب على المختار ، لوجود المناط الموجب لحل العقد وانفساخه من عدم تمامية
مقتضاه : وفي حقه به على القول بمخالفته الأصل - للنص على السرقة
في خبر عقبة بن خالد ، المحمولة فيه على المثال أو عدمه ، لضعف الخبر
وعدم معلومية الجابر له في هذا الخصوص ، أو يفصل بين السرقة ، كما
في الخبر ونحوها - مما لا يمكن الرجوع على من فعله ، لجهوليته - وبين
الغصب مما كان معلوماً يمكن الرجوع به بالغرامة ، فيلحق الأول بالتلف
في حكمه المخالف للقاعدة ويرجع في الثاني الى ما تقتضيه القواعد - وجوه

أظهرها التفصيل لما عرفت (١) :

الأمر الثامن - قد عرفت أن سبب انفساخ العقد وحله إنما هو التلف قبل القبض ، فلو شك بعد تحقق التلف في كونه من التلف الموجب للانفساخ وعدمه ، ولو للشك في كونه من التلف قبل القبض أو بعده فربما يتوهم فيه الحكم بلزوم العقد للشك في عروض الفاسخ له أو فاسخية العارض ، إلا أنه توهم فاسد ، لأن الشك فيه مسبب عن حصول القبض وعدمه ، لعدم تعقل القبض بعد التلف ، وإصالة عدم تحقق القبض محكمة على إصالة لزوم العقد واستصحاب بقاءه ، ولا يتوهم أن إصالة عدم القبض لاثبت عنوان كون التلف قبل القبض ، والسبب إنما هو للتلف المعنون بعنوان القبلية على القبض لا بعدم القبض بعده لأن القبلية بالنسبة إلى بعدية الغير له غير معقول هنا ، لأن القبض بعد التلف من قبض المعدوم ، وهو محال ، فلا جرم كان معنى تلفه قبل للقبض تلفه بلا قبض (٢)

(١) بين مثال السرقة والضياع فيلحق بالتلف في الحكم بالانفساخ ، وبين مثال غضب الظالم المتعذر استحصال المغصوب منه فيلحقه حكم تعذر التسلم بعد العقد فيتمخبر المشتري بين الفسخ والرجوع بالمسمى على البايع فيضمن الغاصب ما غصبه للبايع ، وبين الامضاء والرجوع بالمغصوب أو ببدله من المثل أو القيمة مع تلفه على الغاصب ، فافهم :

(٢) محصل ما ذكره - قدس سره :- أن سبب انفساخ العقد وحله هو تلف المبيع قبل قبضه ، فلو تحقق التلف وشك في كونه موجبا للانفساخ للشك في حصوله قبل القبض الموجب للانفساخ أو بعده مما لا يوجب ، فربما يحكم بلزوم العقد للشك في وجود الفاسخ أو فاسخية الموجود وهو انصاف التلف بكونه قبل القبض والأصل لزوم العقد وعدم عروض الفاسخ ، أو فاسخية العارض له . هذا ولكن الأصل المذكور مسبب عن الشك في حصول قبض المبيع وعدمه ، والأصل =

الامر التاسع - استثنى بعض الأصحاب كالمفيد في (المقنعة) على ما حكى عنه ، والسيد في (الانتصار) وسلا في (المراسم) (١) من الكلية المتقدمة : ما لو تلف المبيع قبل القبض في الثلاثة التي يثبت فيها خيار التأخير فذهبوا إلى كونه في ضمان المشتري وبعد الثلاثة من ضمان البائع ، لأنه ملكه بالعقد ، وكان التأخير لمصلحته ، بل في (الانتصار) وعن الغنية دعوى الإجماع عليه (٢).

= الجاري في الشك السببي حاكم على الأصل الجاري في الشك المسببي ، فإصالة عدم تحقق قبض المبيع محكمة على إصالة اللزوم واستصحاب بقاءه . (ونوهم) أن موضوع الانفساخ اتصاف التلف بكونه قبل القبض وإصالة عدم القبض لا تثبت العنوان المذكور : (أعني كون التلف قبل القبض) إلا بالأصل المثبت الذي لا نقول به (مدفوع) بأن قبلية التلف للقبض بالنسبة إلى بعدية القبض له غير معقول هنا فانه بعد التلف من قبض المعلوم فلا بد من كون معنى تلف المبيع قبل القبض الذي هو موضوع الانفساخ تلفه بلاقبض المشتري له بمعنى أن موضوع الانفساخ مركب من جزئين تلف المبيع وعدم قبض المشتري له فاحد جزئي الموضوع - وهو التلف - حاصل بالوجدان ، والجزء الثاني - وهو عدم قبض المشتري له - مجرى الأصل ، فافهم .

(١) كتاب المراسم لسلا ، طبع في ضمن (جوامع الفقه) بإيران .
راجع ذلك في أول كتاب المكاسب منه ، ذكر الأول : لا يعضي بيع إلا في ملك الهائج .

(٢) راجع - من الانتصار - : كتاب البيع والصرف والربا - مسألة ٦ - قوله : وما انفردت به الامامية أن من ابتاع شيئاً معيناً بثمن معين ولم يقبض - إلى قوله - « دليلنا على صحة ما ذهبنا إليه الإجماع المتردد » ومن الغنية : كتاب البيع فصل فيما يتعلق بالبيع من الأحكام خلال قوله : « واعلم ان من حكم البيع =

ونسب الى (الوسيلة) (١) وأبي الصلاح الحلي : التفصيل بين ما لو عرض البائع المبيع ، فلم يتسلم المشتري ، فهو من ضمانه ، وعدمه ، فن ضمان البائع .

قلت : ليس التفصيل بين عرض البائع المبيع وتمكينه من التسليم للمشتري ، وعدمه ، قولاً في أصل المسألة ، بل لعله من التلف بعد القبض بناء منهم على تحقيق القبض بذلك ، موضوعاً أو حكماً ، لا استثناء من الحكم بالتلف قبل القبض .

وأما التفصيل بين الثلاثة وبعدها .

فان استند أهل هذا القول الى إجماعي (الانتصار) و (الغنية) فع موهو نيتهما باعراض الأكثر عنهما ، معارض بالاجماع المحكي عن (الخلاف) المعتضد باطلاق النبوي وفتوى المعظم .

وان استندوا الى التعليل المتقدم ، ففيه مع أنه عايل في نفسه أنه غير مختص بالثلاثة ، بل يأتي فيما بعدها - أيضاً - :

وان استندوا إلى قاعدة التلف في مدة الخيار المضمون على من لا خيار له ، والخيار هنا للبائع ، ففيه ، مع أنها مخصوصة بما اذا كان التلف بعد القبض ، كما يأتي (٢) وموقوفة على تقديمها - لو سلم شمولها لما قبله - على قاعدة التلف قبل القبض ، إذ النسبة بينهما - حينئذ - للعموم من وجه : - أنه لا فرق - حينئذ - بين الثلاثة وبعدها في كونه في ضمان المشتري .

= وجوب تسليم المعقود عليه في الحال - الى قوله - : كل ذلك هدايل اجماع الطائفة :

(١) كتاب الوسيلة الى نيل الفضيلة طبع ضمن (جوامع الفقه) في ايران

ذلك كتاب البيع منه ، فصل في بيان بيع الاعيان المرئية :

(٢) في تدبيل الأمور المذكورة بعد العشرين منها .

هل لعل بعد الثلاثة أولى به منه فيها لأنه لا خيار في الثلاثة ، وإنما يحدث بالتأخير بعدها .

الامر العاشر - لا يسقط هذا الضمان عن البائع باسقاط المشتري أو لإبرائه ، لأن الانفساخ بالتلف حكم امضائي من الشارع لما تقرر عليه المتعاملان بعقد المعاوضة ، فهو من أحكامها ، وليس من الحقوق حتى يمكن فيه دعوى السقوط بالاسقاط .

ولو سلم كونه حقاً ، لأنه منعه به وفي عهده كغيره من الأعيان المضمونة على من هي في يده لدخولها في العهدة . غير أن السلطنة هنا بالتلف على الرجوع بالمسمى ، وفي غيره على الرجوع بالمثل أو القيمة ففيه - مع أن الرجوع هنا بالمسمى إنما هو لرفع البدلية عنه بالتلف ، لا لأخذه هدلاً وعوضاً عن التالف ليكون حقاً - : أنه ليس من الحقوق التي تسقط بالاسقاط لو فرض أنه حق بعد أن كان الانفساخ - قهرياً - لما هو محقق في محله من أن الحق إذا كان الموجب له علة تامة لا يسقط بالاسقاط ولا ينتقل بالتناقل لعدم جواز تخلف المعلول عن علته التامة .

هذا ، ولو اشترط في العقد البراءة عنه ، احتمال - قوياً - حصولها لرجوع الاشتراط فيه الى كون مفاد العقد المشروط بها صرف التمليك والتسليط للاقتضائي ، بمعنى الاستحقاق ، دون التسليط الفعلي الذي هو مفاد العقد المطلق ، ضرورة أن العقد المشروط فيه البراءة عنه من الجانبين أو من أحدهما بالنسبة الى ضمان العوضين أو أحدهما مفاده مغاير للعقد المطلق لأن مفاد الأول هو مجرد التمليك بازاء التمليك بحسب الاقتضاء واستحقاق التملك منها أو من أحدهما بحسب الشرط ، ومفاد الثاني هو التسليط الفعلي بازاء التسليط الفعلي ، فان الاقتضائية والفعلية اذا اجتمعتا اتحدتا في الوجود فلا يكون الشرط في الاول منافياً لمقتضى ذات العقد . وهذا لا ينافي ما ذكرنا

من كون التسليم من تمام مقتضى العقد ، فانه من مفاد العقد المطلق لا مطلق العقد . وبذلك ظهر الفرق بين الاشرط في العقد والاسقاط بعده الذي لا أثر له بعد العقد اللازم العمل بنها مقتضاه .

الحادي عشر - : ربما يستثنى من هذه الكلية صور :

منها - مالو أسلم عبد الكافر ، فانه يجبر على بيعه من مسلم ، فلو تلف أو أبق أو سرق بعد بيعه وقبل القبض ، احتمل عدم الانفساخ هنا ، سيما بناء على سبقه على التلف لاستلزامه الدخول في ملك الكافر ، ولو آنأماً وهو ممنوع كالدخول في ملكه ابتداء لعدم الفرق بين التملك الابتدائي والعود الى الملك بعد وجود علة المنع من نفي السبيل وغيره : ويحتمل - أيضاً - استثناءها من كلية منع تملك الكافر للمسلم ، بناء على اختصاصه بالتمليك الابتدائي ، لأن بين الكليتين عموماً من وجه ، فلا بد من ترجيح ولعل الأظهر ترجيح عموم كلية التلف قبل القبض ، لأن العود الى الملك من توابع ملكه قبل الاجبار ، إن لم نقل بانصراف الملك الممنوع الى الملك المستقر ، لمنع السبيل في هذا النحو من الملك .

ومنها - مالو باع العبد ممن يعتق عليه - قهراً - فتلف قبل التسليم فان الانفساخ والرجوع الى ملك البائع متعذر هنا ، لانعاقفه بمجرد العقد ولا يغود الحر ملكاً بل لعل القبض غير معتبر فيه ، لعدم اليد على الحر بل قبضه انعاقفه ، سيما بناء على أن مفاد البيع هنا - هو الانعاق دون التملك ، ليتوقف على تقدم التملك عليه : إما بالطبع أو بالزمان ، ولو آنأماً :

ومنها - مالو باع العبد الآبق مع الضميمة ، فتلف الآبق دون الضميمة قبل اليأس ، لم ينفسخ البيع ، لكون الثمن بازاء الضميمة مع عدم الوجدان ، للنص ، وفي كون التالف من ضمان المشتري أو البائع تردد

ينشأ من كونه من المبيع التالف قبل قبضه ، ومن أن ضمان البائع إنما هو حيث يتحقق الانفساخ ولا موجب له مع بقاء الضميمة ، وكون الثمن - حينئذ - بازائها .

وأما لو تلفت الضميمة قبل القبض ، فإن كان بعد وجدان الآبق وقبضه ، فالأظهر - هل الظاهر - الرجوع بما قابله الضميمة لاجمموع الثمن لأن الآبق لا يوزع عليه الثمن مادام آبقاً ، للنص ، لا بعد حصوله في اليد لأنه جزء من المبيع المبذول بازاء مجموعة الثمن الموجب للتقسيط حينئذ . وان كان تلفها قبله وفي حال فقدانه ، ففي انفساخ العقد في الآبق تبعاً للانفساخ في الضميمة ، أو بقائه بما قابله من الثمن وجهان : من أن العقد على الآبق إنما صح بالعقد على الضميمة ، وبعد فرض كون العقد عليها كأن لم يكن بالتلف قبل القبض ، انتفت الصحة بالنسبة الى الآبق لانقضاء المعلول بانتفاء علته ، ومن أن الضميمة علة التصحيح وحدوث الصحة ، لادوامها .

وتظهر الثمرة في حصوله باليد بعد تلف الضميمة فيرجع بما قابله من الثمن على الثاني ، ولا يرجع به على الأول .

ومنها - مالهو اشترى جارية ، فأولدها ، ولما يحصل القبض بالوطء فنلفت الجارية ، أو أبققت قبل القبض بالفرض ، ففي لزوم العقد - حينئذ - أو انفساخه وجهان : من أن أم الولد لا تنتقل الى غير مالكتها إلا في بعض الصور الذي ليس المقام منه ، ومن أن الانفساخ قهري بحكم عموم هذه الكلية ، والمنع عن بيع أمهات الأولاد مخصوص بالنواقل الاختيارية ، ولا يتوهم من جواز فسخ الهائع بالخيار اذا كان له خيار لسبق حقه على حق المشتري من المنع بالاستيلاء على التلف الذي هو سبب الانفساخ ، فيكون من ضمان المشتري ومستثنى من هذه الكلية ، لأن الانفساخ بالتلف تابع

لعقد المعاوضة السابقة على الاستيلاء ، لوقوعه بين العقد والتلف ، فالعمل بما يقتضيه عقد المعاوضة ، لأنه أسبق السببين .

ومنها - مالم يحصل في العبد المتاع قبل القبض أحد أسباب الانعتاق من الجذام والعمى ونحوهما (١) فربما يتوهم كونه من ضمان المشتري ، قياساً على الانعتاق عليه في شراء أحد عموديه لاتحادهما في الانعتاق القهري ، وان اختلفا في السبب ، إلا أنه توهم فاسد ، لأن الانعتاق - هنا - بعروض المرض بحكم التلف السماوي لعدم الفرق في التلف قبل القبض بين تلف الملك أو الملكية بعد فرض حصول الانعتاق قهراً بحدوث السبب ، كما هو مفاد الأخبار المستفيضة وعليه الفتوى .

نعم ، لو قلنا بكونها أسباباً لوجوب العتق على صاحبه كما هو ظاهر خبر الجعفي عن أبي جعفر - عليه السلام - حيث قال : « اذا عمى المملوك أعتقه صاحبه ولم يكن له أن يمسكه ... » الخبر (٢) ولم يقل : انعتق على صاحبه - لم يفسخ العقد لكونه مملوكاً - بعد - بالفرض ، فاذا قبضه دخل في ضمان المشتري ، وإن وجب عليه عتقه .

ومنها - مالم جنى المملوك قبل القبض بما يوجب استرقاقه حيث لا يكون الخيار للمالك ، فالأقوى كونه من ضمان البائع لتعذر التسليم عليه قبل القبض .

ومثله ما لو جنى على نفسه بقتل ، فانه من التلف قبل القبض وان كان باتلاف منه . ولا كذلك لو ارتد عن فطرة ، وان وجب قتله لبقائه

(١) كالجنون والبرص والقرن في العبد والجارية .

(٢) في الكافي - كتاب العتق والتدبير والكتابة ، باب المملوك اذا عمى أو جذم

ج ٣ - بسند الحديث هكذا : الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الحسن بن علي الوشا عن أبان عن اسماعيل الجعفي عن أبي جعفر (ع) .

على الملك ، فان قتل قبل القبض كان من التلف قبله ، وان قبضه دخل في ضمان المشتري ، وان وجب قتله .

ودعوى كونه بحكم الميت بعد وجوب قتله ، ولذا تبين زوجته وتعند عدة الوفاة وتقسم أمواله في ورثته فهو كالميت قبل القبض .
فاسد ، لأنه يحكمه في الأحكام الخصوصية تعبداً ، لا في مطلق الأحكام .

الثاني عشر - لو ضمن الأجنبي للمشتري درك الثمن لو رجع اليه بتلف المبيع قبل قبضه ، لم يصح الضمان إن كان قبل تلف المبيع مطلقاً قبل قبض البائع الثمن أو بعده ، قبل تلفه عنده أو بعده - تلف المبيع أو لم يتلف - حيث كان الضمان قبل تلفه ، لأنه من ضمان مالم يجب في جميع صوره .

وان وقع الضمان بعد تلف المبيع عند البائع وكان الثمن مقبوضاً له صح مطلقاً - ولو كان الثمن موجوداً حين الضمان . أما مع تلفه فواضح لكونه من ضمان المال - حينئذ - الذي لإشكال في صحته ، وأما مع وجوده فهو من ضمان العين ودرك الثمن الذي لا إشكال في صحته - أيضاً - وان وقع الكلام في كونه على القاعدة أو على خلافها ، وإنما ثبوته بالاجماع وميسر الحاجة اليه ، وقد تقدم منا تحقيقه في بيع الفضولي .
وملخصه : عدم المناقاة بين صحة الضمان الذي معناه - عندنا - تحويل مافي ذمة الى ذمة أخرى وكون المضمون عيناً بعد فرض دخولها في العهدة لعدم الدليل على اختصاص كون المضمون مالا ، والعهدة قابلة للنقل والتحويل
فراجع (١)

(١) يذكر المصنف ذلك فيما يأتي في هذا الكتاب : من رسالة بيع الفضولي ويأتي منا تحقيق حول الموضوع .

الثالث عشر - لو وكل غيره على البيع واقتباس المبيع وفرد الوكيل في الاقتباس ، فتلف المبيع قبل قبضه ، انفسخ العقد ، ورجع الموكل على وكيله بسبب التفريط بالمسمى ، لأنه فوته عليه بعد أن ملكه ويحتمل - قوياً - الرجوع عليه بالمثل أو القيمة ، لأن ضمان الوكيل - حينئذ - من ضمان اليد لامن ضمان المعاوضة ، ويحتمل - فيما لو زاد المسمى على القيمة - تغريم الزائد عليها - أيضاً - بالتفويت والاضرار ، ولا يتوهم أن الضمان بالتفريط حين تعلقه بالوكيل كان للمشتري لكون المبيع ملكه قبل التلف ، فكان حق الرجوع بالمثل أو القيمة للمشتري دون البائع لأن ضمان الوكيل إنما هو للمالك من حيث هو مالك ، وبالتلف يخرج المشتري عن كونه مالكا ويكون من مال البائع الموكل ، فيكون الضمان له ويمر مثل ذلك في بيع الولي - من الحاكم وغيره - مال المولى عليه لو فرد في إقباضه حرفاً بحرف .

الرابع عشر - لو كان المبيع مقبوضاً للمشتري قبل البيع لم يفتقر - حينئذ - الى قبض جديد ولا إلى مضي زمان يسمه فيه من غير فرق بين كون القبض مأذوناً فيه كالوديعة والعارية ونحوها ، أو منهياً عنه كالغصب ، لظهور بيعه في الرضا بقبضه ، فينتقل الضمان الى المشتري فيكون التلف منه ، لأنه من تلف المبيع بعد قبضه بالفرض .

نعم ، لو علم عدم الرضا به حيث كان له الامتناع عن التسليم الى أن يتسلم الثمن ، أو كان مما يعتبر القبض فيه في أصل النقل أو لزومه لم يكن القبض - حينئذ - معتبراً موجباً لنقل الضمان الى المشتري ، فيكون التلف عنده من التلف قبل القبض الموجب لانفساخ العقد .

لكن قد يشكل ذلك فيما لو كان اليد عليه قبل البيع يد ضمان كالغصب ونحوه ، لخروجها عن الضمان بالانتقال اليه لتبدل عنوانها الى يد

مالكية ، ولا دليل على عود الضمان في المقام بعد تلف المبيع لعدم الموجب له من اليد على مال الغير .

إلا أنه يضعف بعدم خروجه بالمبيع عن مطلق الضمان . هل هو من تبدل الضمان بضمان آخر ، فإن المبيع قبل البيع كان مضموناً عليه بضمان اليد بالمثل أو القيمة ، وبعده قبل التلف كان مضموناً بالمسمى ، فإذا انفسخ العقد الموجب لتبدل الضمان عاد الضمان الأول فيرجع المشتري بالثمن لو كان مقبوضاً للبائع ، وبغرم له المثل أو القيمة .

الخامس عشر - لو اتحد المقبض والقابض ، واختلفا بالإعتبار والحديثة ، كما لو باع الولي ماله من الطفل ، أو ابتاع منه لنفسه ، لم يفتقر إلى قبض منوي به عن الطفل في الأول ، ولنفسه في الثاني ، بعد أن كان المبيع مقبوضاً له في الصورتين ، فيكون التلف بعد العقد من المشتري المولى عليه في الأول ، والولي في الثاني ، لكونه بالفرض من التلف بعد القبض . ويحتمل اعتبار القصد في القبض عن المشتري - ولياً كان أو مولى - عليه - ليمتاز عن القبض الأول ، بعد أن كان المبيع في يد الولي وقبضه في الصورتين قبضاً واحداً مستمراً ، فلا يتشخص إلا بالقصد .

واختلف الأصحاب في هبة الولي للصغير : في لزوم قصد القبض عنه وعدمه ، فالمشهور على عدمه ، لما روي في الصحيح : « عن الصادق - عليه السلام - في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا ؟ فقال : إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من لم يدركوا من ولده فهو جائز ، لأن الوالد هو الذي يلي أمره ، (١) وموثقة داود بن الحصين « الهبة والنحلة ما لم يقبض حتى يموت صاحبها ؟ قال : هو ميراث ، فان :

(١) التهمذيب - في الوقوف والصدقات - حديث تسلسل (٦٠٥ - ٥٢)

ومسنن الحديث . . . عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله (عليه السلام) .

كان لصبي في حجره فأشهد عليه فهي جائزة ... ، (١) ورواية جميل :
« عن رجل وهب لابنه شيئاً ، هل يصلح أن يرجع فيه ؟ قال : نعم
إلا أن يكون صغيراً ، (٢)

والجواز في الأولين بمعنى النفوذ بقربة المقابلة للارث ، وعدم تقييده
بالمقبض مع تقييد ما قبله به لتحقيقه فيه بقبض الولي ، لا لعدم اعتبار القبض
في هبة الصغير واعتباره في الكبير ، لأن القبض معتبر في صحة الهبة أولزومها
مطلقاً ، ولو كان المتهب صغيراً ، غير أن قبض الصغير يتحقق بقبض
وليه وإطلاق الرجوع في هبة الكبير في الأخير محمول على الرجوع قبل
القبض ، واستثناء الصغير إنما هو لتحقيقه بقبض وليه الواهب .

وإطلاق هذه الأخبار يعم مالمو قصد القبض عن المولى عليه وعدمه
ولو كان القصد معتبراً وجب التقييد به ، والالزم تأخير البيان عن وقت
الحاجة والعلة المنصوصة في الأولى موجهة للحكم به في غير الهبة من سائر
عقود المعاوضات :

فاذاً الأقوى عدم اعتبار القصد في القبض ، بل يدل عليه - مضافاً
الى ذلك - : أن اليد فيما لو باع الولي على المبيع مالكية وبالمبيع الى المولى
عليه ، فتنتقل اليد عن كونها مالكية الى كونها أمانة جزماً . ومعناها :
ليس إلا كون يده عليه بدلاً عن يد مالكة ، وبالعكس فيما لو ابتاع من
المولى عليه لنفسه فإن اليد تبدلت من الأمانة عن الغير الى المالكية ، بل
الأظهر تحقق القبض - قهراً - وإن قصد عدمه بعد تبدل العنوان ، لأنه
لم تنفك المالكية عن كون القبض لنفسه ، والأمانة عن كونه عن غيره .

(١) التهذيب للشيخ الطوسي - في النحل والهبة - حديث تسلسل (٦٤٨-٢٥)

(٢) المصدر نفسه ، حديث تسلسل (٦٤٦ - ٢٣) :

السادس عشر - اذا تلف بعض المبيع وكان التالف مما يقسط عليه من الثمن ، انفسخ العقد بالنسبة اليه بخصوصه مما يقابله من الثمن ، لكونه من تلف المبيع قبل قبضه ، بعد فرض انحلال البيع الى بيوع متعددة ويتخير المشتري في رد الموجود منه ، والرجوع بمجملة الثمن ، للتبعض وقبوله بما يقابله منه .

نعم ، قد يشكل الحكم بالانفساخ - هنا - وكون التالف بخصوصه من مال الهائغ مع أن ظاهرهم الاتفاق عليه ، على القول بمخالفة الحكم به للقاعدة ، لوجوب الاقتصاد فيه على المتيقن خروجه منها ، وهو تلف جميع المبيع ، ولو بدعوى الانصراف اليه ، دون بعضه ، والرجوع في تلف البعض مع القبول وعدم الرد إلى ما تقتضيه القاعدة من ضمانه بالمثل أو القيمة ولعله من الشواهد - أيضا - على كونه موافقاً للقاعدة ، وإن كان مما لا يقسط عليه شيء من الثمن - جزء كان التالف أو وصفاً - كقطع يد اتعب قبل القبض ونسيانه الكتابة كذلك المشروط اتصافه بها ، فلا خلاف في أن للمشتري الرد . وفي جواز أخذ الأرض بحيث يجبر البائع عليه فيكون المشتري مخيراً بين الرد والأرض قولان : فعن الشيخ في (المبسوط والخلاف) العلم ، بل عن (الخلاف) : دعوى عدم الخلاف فيه ، وهو المحكي عن ابن ادریس ، والمحقق في (النافع) و (كاشف الرموز) في شرحه (١) وعن غير واحد - ومنهم الشيخ في محكي (النهاية) وعن ابن البراج وأبي الصلاح : الجواز ، وهو المحكي عن الشهيدین ، وثاني المحققين ، بل عن (المسالك) : إنه المشهور ، واستدل عليه في (المختلف) وغيره بأن المبيع لو تلف أجمع ، لسكان من ضمان البائع ، فكذا أبعاضه وصفاته قلت : قد يشكل قياس تلف أبعاض المبيع - مطلقاً - وصفاته بتلف جمعه في كونه من ضمان البائع الذي قد عرفت أن معناه انفساخ

العقد بالتلف والرجوع بالمسمى ، لأن الضمان بهذا المعنى إنما يتحقق بتلف الجميع أو بعضه - مما يقابل بشيء من الثمن ، لا مكان تحقق الرجوع - حينئذ - بكل الثمن أو بعضه بالانفساخ في كل المبيع بالتلف أو بعضه وحيث كان التالف جزء لا يقسط عليه من الثمن أو وصفاً ، وهو كذلك كيف يمكن فرض الضمان فيه بهذا المعنى ؟ إذ لارجوع فيهما بشيء من المسمى ، وليس الأرض من المسمى ، حتى يمكن في مورده فرض الانفساخ والرجوع بشيء منه :

إلا أن شيخنا المرتضى - رحمه الله - ذكر وجهاً لتعقل انفساخ العقد وتخيير المشتري بين الرد والأرض فيما لو حدث عيب في المبيع قبل التهض بما يرجع مخصصه - بتوضيح منا - إلى أن الضمان في تلف المبيع وأبعاضه وأوصافه بمعنى واحد ، وهو فرض العقد بالنسبة إلى التالف كأن لم يكن غير أنه يختلف حكمه باختلاف التالف ، فان كان الكل كان الرجوع بهام المسمى ، وان كان بعضاً يقسط عليه من الثمن كأحد العبدین فرض كأن لم يعقد على التالف وعقد على الموجود منها ، فيرجع بما يقابل التالف من المسمى ، ويتخير للتهض بين الرد وقبول الموجود بما يقابله منه ، وان كان التالف بعضاً لا يقسط عليه من الثمن أو وصفاً مشروطاً انصافه به أو يوجب فواته عيباً فيه كان ضمانه بمعنى فرض العقد بالنسبة إليه بخصوصه كأن لم يكن ، ومرجعه إلى تقدير كون العيب في ملك البائع ووقوع العقد على المبيع ، فيجري حكمه من التخيير بين الرد والأرض فيه (١)

وهو تخيير حسن ، لجواز أخذ الأرض من البائع بضمائه لما تلف من أوصاف المبيع قبل القبض ، لكن يشكل ذلك كما اعترف به ، بناء

(١) مكاسب الشيخ الاصابري ، كتاب البيع ، في أحكام القبض ، مسألة

مالو تلف بعض المبيع قبل قبضه .

على كون الحكم به على خلاف القاعدة لوجوب الاختصار فيما يخالفها على المبيعين خروجها منها ، وهو تلف جميع المبيع ، أو بعمه وما يحكمه من تلف بعض يقسط عليه من الثمن دون مطلق أبعاضه وأوصافه .

السابع عشر : يجري في تلف الثمن المعين وأبعاضه وأوصافه قبل القبض مانقدهم في تلف المبيع قبله ، حرفاً بحرف وأنه في ضمان المشتري قبل القبض ، كما أن المبيع في ضمان البائع إلى حصول القبض ، لتساويهما في اقتضاء عقد المعاوضة لزمانها .

نعم ، بشكل تعدي الحكم من المبيع إلى الثمن ، بناء على كونه مخالفاً للقاعدة ، إلا بدعوى إطلاق المبيع على الثمن أيضاً ، كما يقال : « البيعان بالخيار مالم يفرقا » (١)

ويظهر من بعض دعوى الاتفاق على تعدي الحكم إلى الثمن وهو من الشواهد - أيضاً - على كون الضمان من مقتضيات عقد المعاوضة (٢).

(١) لهوي مشهور لدى للفريقين من العامة ذكره المناوي في (كنوز الحقائق بحرف الباء) بهذا النص وذكره المعجاني في (كشف الخفاء باب للباء حديث رقم (٩٣) بلفظ « البيعان بالخيار مالم يفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه آخر » واستعرض ذكر الحديث بوجوهه المختلفة وأسناده الكثيرة ، ومن الخاصة : علامة كتب الأخبار والموسوعات الفقهية - في أبواب الخيار -

(٢) أقول : ذكرنا : أن الظاهر تعدي الحكم من المبيع إلى الثمن ، وإن قلنا إن الحكم على خلاف القاعدة من جهة النص ، فلا حاجة إلى دعوى إطلاق المبيع على الثمن - أيضاً - والاستشهاد بقوله « البيعان بالخيار مالم يفرقا » ، ولا إلى دعوى بعض : الاتفاق على تعدي الحكم إلى الثمن ، بل لما ذكرنا من أن للنبوي - وإن اختص بتلف المبيع - لكن رواية عقبة بن خالد ظاهرة في سريّة الحكم المذكور إلى تلف الثمن قبل القبض - أيضاً - على ما قرره من دلالتها على ذلك :

الثامن عشر: - لو باع ثوباً بعبد - مثلاً ، وقبض الثمن - وهو العبد - فباعه من غيره ، ثم تلف المبيع - وهو الثوب - قبل قبضه ، فإن كان البيع سابقاً على التلف نفذ البيع لوقوعه في ملكه ، ويغرم قيمة العبد للمشتري لانفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه ، وإن كان مسبقاً به لم ينفذ بيع العبد لرجوعه الى المالك الأول بانفساخه من حين التلف ووقوع البيع - حينئذ - منه على ملك الغير ، والحكم في الصورتين واضح ، ومع الشك في السبق واللاحق ، فإصالة تأخر كل منهما معارضة بمثلها في الآخر فيشكل نفوذ البيع في العبد بل يشكّل - أيضاً - لو أثبتنا التقارن بإصالة عدم تقدم كل منهما على الآخر ، وإن قلنا بكونه أمراً عديمياً ، فضلاً عن كونه أمراً وجودياً :

اللهم إلا أن يقال : إن الشك في بقاء الملك للعبد حين بيعه وعدمه مسبب عن سببه على التلف ، ومع تغارض الأصلين في السبب يرجع إلى ما يقتضيه الأصل في المسبب ، وهو بقاء الملك إلى حين البيع الحاكم على إصالة عدم النقل ، لأن الشك فيه مسبب عن الملك وعدمه .

التاسع عشر - قد عرفت الكلام في ما إذا كان الثمن معيناً شخصياً وأما إذا كان كلياً ، سواء كان كلياً خارجياً أو في الذمه - ودفع إلى البائع مازاد على الثمن ليتخير منه ، فالكلام فيه هو الكلام في المبيع الكلي بقسميه - حسبما تقدم - :

العشرون - قد عرفت موافقة الحكم بالضمان قبل القبض بالمسمى للقاعدة الموجبة للتعدي من البيع إلى سائر عقود المعاوضات ولعل ذلك من المسلم عندهم - كما يظهر من بعضهم - :

قال شيخنا المرتضى في (المكاسب) « : ثم إنه هل يلحق العوضان في غير المبيع من المعاوضات به في هذا الحكم ؟ لم أجد أحداً صرح

بذلك نفيّاً أو إثباتاً ، نعم ذكروا في الاجارة والصدّاق وعوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض ، لكن ثبوت الحكم عموماً مسكوت عنه في كلماتهم ، إلا أنه يظهر من بعض مواضع (التذكرة) عموم الحكم لجميع المعاولات على وجه يظهر كونه من المسلمات ، قال - في مسألة البيع قبل القبض وجواز بيع ما النقل بغير البيع - : « والمال المضمون في يد الغير بالقيمة كالعارية المضمونة ، أو بالتفريط ، ويسمى ضمان اليد يجوز بيعه قبل قبضه لتمام الملك - إلى أن قال - : أما ما هو مضمون في يد الغير بعوض في عقد معاوضة ، فالوجه جواز بيعه قبل قبضه كمال الصلح والأجرة المعينة ، وقال الشافعي : لا يصح لتوهم الانفساخ بتلفه كالبيع وظاهر هذا الكلام كونه مسلماً بين الخاصة والعامة » (١) انتهى .

فن الغريب - مع ذلك - ما وقع منه ومن غيره من البناء على كون الحكم مخالفاً للقاعدة الذي مقتضاه الاقتصار فيما خالفها على المتيقن من مورد الدليل من المبيع دون الثمن ، فضلاً عن غير البيع من سائر عقود المعاوضات فالهم واغتنم .

تذييل

يشترط في خروج البائع عن ضمان المبيع بالقبض : أن لا يكون للمشتري خيار يختص به ، فان كان له خيار كذلك - وتلف المبيع في يده - كان من ضمان البائع - ايضاً - وان كان بعد قبضه حسباً كان ضماناً له قبل القبض ، لأن تلف المبيع في مدة الخيار من ضمان من لا خيار له - إجمالاً بقسميه في الجملة - وهي قاعدة مسلمة عند الأصحاب ، وإن وقع من بعض

(١) راجع : كتاب البيع - في أحكام القبض ، مسألة تلف الثمن المعين قبل

القبض :

التأمل في كليتها بحيث نعم الثمن والمثمن وأنواع الخيارات ، بإيعا كان
ذو الخيار أو المشتري :

والأصل فيه - قبل الاجماع - : صحيحة ابن سنان : « عن الرجل
يشترى الدابة أو العبد ويشترط الى يوم أو يومين ، فيموت العبد أو الدابة
أو يحدث فيه حدث ، على من ضمان ذلك ؟ فقال : على البائع حتى ينقضي
الشرط ثلاثة أيام وبصير المبيع للمشتري » (١) شرط له أم لم
يشترط - وان كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري فهو من
مال البائع » (٢)

ورواية عهد الرحمان ابن أبي عهد الله : قال : « سألت أبا عهد الله
عليه السلام عن الرجل : اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين
فمات عنده ، وقد قطع الثمن : على من يكون ضمان ذلك ؟ قال : ليس
على الذي اشترى ضمان حتى يمضي بشرطه » (٣)

ومرسلة ابن رهاط : « إن حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثة أيام
فهو من مال البائع » (٤)

والنهي المروي في (قرب الاسناد) في العهد المشتري بشرط فيموت

(١) وسائل الشيعة للحر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب الخيار ، باب تلف
الحيوان قبل الثلاثة حديث رقم (٢) :

(٢) وهذه الفقرة الأخيرة من رواية أخرى عن ابن سنان أيضاً ، راجع
نفس المصدر باب أن المبيع اذا حصل له نماء في مدة الخيار . : حديث رقم (٢)
(٣) وسائل الشيعة للحر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب الخيار ، باب أن

الحيوان اذا تلف أو حدث فيه عيب في الثلاثة حديث رقم (١)

(٤) المصدر نفسه ، حديث رقم (٥)

قال : « يستحلف بالله مارضيه ، ثم هو بريء من الضمان » (١)

إذا عرفت ذلك ، فاعلم ان الكلام هنا يقع في أمور :

الأول : ان المصرح به في كلام كثير من الأصحاب هو أن تلف المبيع في زمن الخيار من ضمان من لا خيار له ، وقد أرسلوها لإرسال القاعدة وهي - باطلاقها - تعارض القاعدة المتقدمة ، وهي تلف المبيع قبل قبضه تعارض العامين من وجه ، لأنها تعم ما قبل القبض وبعده ، غير أنها مختصة بوجود الخيار ، وتلك القاعدة ، وان اختلفت بما قبل القبض ، إلا أنها عامة بالنسبة إلى صورتَي وجود الخيار ، وعدمه ، وحينئذ فتعارض القاعدتان في صورتَي تلف المبيع قبل قبضه والخيار للبائع فقط ، وتلفه بعد قبضه والخيار للمشتري كذلك ، وتتوافقان في الصورتين - أيضا - في الأولى ، مع كون الخيار للمشتري - فقط - وفي الثانية مع كون الخيار للبائع كذلك :

هذا ولكن الإنصاف عدم استفادة نحو هذه الكلية من الأخبار حتى يقع تعارض بين القاعدتين المذكورتين وإن وقع التعبير بنحو هذه الكلية في كلام الأصحاب ، بل الاستفادة منها اختصاصها بما بعد القبض ، بقوله - عليه السلام - في ذيل الصحيحة المتقدمة : « وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري » وقوله - عليه السلام - « فانت عنده » في رواية عبد الرحمن ، المقيد بهما ، ولو بمعونة فهم الأصحاب إطلاقاً

(١) المصدر نفسه ، حديث رقم (٤) وسند الحديث فيه هكذا : وبأسناده

عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي اسحاق عن الحسن بن أبي الحسن الفارسي عن عبد الله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جعفر بن محمد قال قال رسول الله (ص) : في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيام ، فمات العبد في الشرط وقال ...

الخبرين الأخيرين ، فلا تكون النسبة بين القاعدتين عموماً من وجه حتى يرجع في تخصيص إحداهما دون الآخر الى المرجح .

الثاني - هو أن الأخبار المتقدمة ، وإن اختلفت بظاهرها - بمعونة ذكر الزمان فيها - ببعض الخيارات كخيار الحيوان وخيار الشرط ، أوها وخيار المجلس ، إن اختلفت بالمشتري ولو باسقاط البائع خياره ، بناء على إطلاق الشرط عليه في الأخبار ، فلا تشمل القاعدة غيرها من أنواع الخيارات كخيار العين وخيار العيب ، ونحوها مما يكون فيه على الفورية من غير اعتبار للمدة فيه .

إلا أن الأقوى نعيمها لمطلق الخيار (١) بناء على أن المناط في عدم ضمان ذي الخيار له ، وإن تلف في يده ، هو تنزيل العقد بالنسبة اليه

(١) قد يقال : إن الحكم بضمان الهائج ما يتلف في يد المشتري من المبيع - على خلاف القاعدة المستفادة من عموم قوله تعالى : « أو فوا بالعقود » الدال على لزوم العقد ، وعدم الفساخ بلا موجب ، ومع عدم الانفساخ لا يمكن أن يكون التلف على غير قايضه :

هذا مضافاً الى خصوص رواية عقبة بن خالد عن الصادق - عليه السلام - « في رجل اشترى متاعاً من آخر وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، وقال : آتيك غداً إن شاء الله ، فسرقت المتاع ؟ من مال من يكون ؟ قال - عليه السلام - : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فإذا أخرجه من بيته فالبئاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه » : فإن الظاهر منها أن المال بعد القبض في عهد مالكه ، ولا يضمه غيره ، حتى يقال بالانفساخ ، والقدر المتيقن من قاعدة التلف في زمن الخيار هو خيار الحيوان والشرط ، للشاهدين للمشتري حسبما يستفاد من صحيحة ابن سنان ، ورواية عبد الرحمن ابن أبي عبد الله =

= ومرسلة ابن رباط ، والنبوي المروي في (قرب الإسناد) - على ما ذكر في المتن - .

وهذه الروايات خاصة بخيار الحيوان ، والشرط الثابت للمشتري ، والتعدي إلى سائر الخيارات - بل إلى الخيار الثابت للبائع - بلا وجه ، سوى دعوى تنقيح المناط ، أو دعوى استفادة العلية من قوله - عليه السلام - : « حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري » بناء على أن المراد بصيرورة المبيع للمشتري كونه بنحو الاستقرار ، دون أصل الملك ، وأن الاستفادة منه أن كل من لم يستقر عليه المال لكونه ذا خيار فتلف ماله على من عليه الخيار ، وبالتلف تنفسخ المعاملة ويصير التالف قبل تلفه - آنأما - ملك من عليه الخيار ، ثم يتلف من ماله ، نحو ما ذكرنا في التلف قبل القبض ، بلا فرق بين كون الخيار الثابت له خيار حيوان أو شرط أو مجلس أو تخلف شرط ضمنى ، كخيار الغبن أو العيب أو تخلف الوصف :

والحاصل : أن التعدي عن مورد الروايات ، وهو خيار الشرط والحيوان متوقف على استفادة العلية من قوله : - عليه السلام - « حتى ينقضي الشرط » المراد به الخيار ، وأن العلة في الضمان وجود الخيار لمن تلف عنده المال ، وذلك غير واضح ، بل الظاهر كون المراد من قوله - عليه السلام - « حتى ينقضي الشرط » بيان أن ضمان المال على من عليه الخيار وهو البائع إلى زمان انقضاء خيار الحيوان ، ولا اعتبار بشرط اليوم واليومين ، فقوله - عليه السلام - « حتى ينقضي الشرط » لبيان عامة ضمان البائع لموت العبد والدابة ، وهو الثلاثة أيام .

وأما دعوى كون المناط في الضمان عدم استقرار الملك بسبب مطلق الخيار ، فليس ذلك سوى الظن ، ولا يكون من تنقيح المناط القطعي =

• • • • •

= فهو من قبيل القياس الذي لانقول به :

والحاصل : أن الظاهر من الروايات الواردة في بيان ضمان من عليه الخيار ما يتلف في يد من له الخيار : اختصاص ذلك بصورة كون الخيار مما له أمد محدود ومهدء ومتتهى كخيار الحيوان وللشرط ، فثل خيار العبن والعيب ، وتختلف الوصف مما لم يكن له أمد استفادة حكمها من روايات الباب مشكل غاية الاشكال ، لاسيما مع القول بكون الخيار فيها على الفور ثم إن الروايات الواردة في اللب ، وان كان موردها صورة كون المبيع حيواناً ، وقد قبضه المشتري ، وان تلفه في الثلاثة أيام على البائع وبعد الثلاثة من المشتري ، إلا إذا شرط البائع لنفسه الخيار مدة تزيد على الثلاثة ، فغاية ضمان البائع تلف المبيع انتهاء مدة الشرط ، ولكن الظاهر عدم الخصوصية للحيوان ، فيمكن أن يتعدى منه الى غيره فيما لو كان الخيار المجهول للمشتري بالشرط :

وأما التعدي الى صورة ما اذا كان الخيار المجهول بالشرط للبائع وتلف الثمن في مدة خياره ، فدعوى القطع باتحاد المناط وعدم الخصوصية للمشتري وكون التالف العبن المبيعة غير بعيدة. ولو نوقش في دعوى القطع باتحاد المناط بين تلف المثلن وبين تلف الثمن في ضمن الخيار فيكفي في ذلك استصحاب الضمان الثابت قبل القبض بالنسبة الى الثمن ، إذ لا يلبي الاشكال في أن قاعدة كون تلف المال من مالكة مخصصة بقاعدة التلف قبل القبض بالنسبة الى الثمن ، وكون تلفه من المشتري لحكومة قاعدة التلف قبل القبض على قاعدة كون تلف المال من مالكة ، وبعد قبض البائع للثمن ، وكون الخيار للبائع خاصة ، وحصل الشك في كون تلف الثمن من ماله لقاعدة كوث التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له ، وكونها =

وعدم استقراره عليه وضمائنه على من لاختيار له لأنه قد استقر العقد عليه كما صرح به في (السرائر) حيث قال : « وكل من كان له الخيار فالتناع يهلك من مال من ليس له خيار ، لأنه قد استقر العقد عليه ولزم والذي له الخيار ما استقر عليه العقد ولا لزمه ، فإن كان الخيار للبائع دون المشتري وكان المتناع قد قبضه المشتري وهلك في يده ، كان هلاكه من مال المشتري دون مال البائع ، لأن العقد استقر عليه ولزم من جهته .. » (١) انتهى :

وهو مناط مستفاد مما هو بحكم التعليل في قوله « حتى ينقضي الشرط

= شاملة للثمن أيضاً ، فلو نوقش في دعوى تنقيح المناط ، وكوله ظنياً لا قطعياً ، فاستصحاب ضمان المشتري للثمن الثابت بالنسبة اليه قبل القبض يبدله المسمى في العقد الى ما بعد قبض البائع له في مدة خياره المجعول له بالشرط ، يكون من قبيل استصحاب حكم الخاص الحاكم على عموم العام - كما يظهر بالتأمل - .

وأما التعدي عن مورد الروايات الى خيار المجلس الثابت لأحد المتعاقدين فالكلام فيه هو الكلام في سابقه من التعدي بالنسبة الى الثمن ، فانه ، وان لم يكن الخيار فيه محدوداً بزمان كخيار الحيوان ، والشرط ، ولكن حيث حدد بالافراق فهو بمنزلة التحديد بالزمان .

والحاصل ، أن التعدي الى الخيارات الثلاثة : خيار الغبن ، وخيار العيب ، وخيار تخلف الوصف المشروط في العقد ، مشكل غاية الاشكال لاسيما بناء على المشهور من كون ظهور العيب والغبن والتخلف سبباً للخيار لا كاشفاً عن ثبوت الخيار من حين العقد ، بل لوجه له على هذا المعنى كما لا يخفى .

(١) السرائر لابن إدريس - كتاب البيوع ، باب الشرط في العقود .

ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري « بعد حل صبرورته للمشتري على الملك المستقر كما فهمه المشهور ، دون أصل الملك ، كما عليه الشبيخ ، ومأنيعة التزلزل عن ضمان المقبوض لم تنفك عن مطلق الخيار :

وبهذا التعميم وغيره - كما ستعرف - صرح بعض الأصحاب :

قال في (الدروس) : « ... ولو تلف بعد قبض المشتري فهو من ماله إلا أن يختص بالخيار ، فيكون من البائع . . » انتهى (١) من غير تقييد للخيار في كلامه ، ما يخصه ببعضه .

وقال جدنا في (الرياض) بعد بيان قاعدة ما اذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه - : « ... وكذا لو تلف المبيع أو الثمن بالآفة الالهية بعد قبضه وقبل انقضاء خيار المشتري أو البائع ، فإن التلف في مدة الخيار من لا خيار له بلا خلاف أجده ، لما مر في كل من خياري الشرط والحيوان : من المعتبرة المستفيضة ، وأخصيتها من المدعى مندفعة بهدم القائل بالفرق بين الطائفة ... » (٢)

وقال في (مفتاح الكرامة) : « لقد حكم المصنف - هنا - وفي العذكرة والمحقق الثاني والفاضل الميسي : أنه يكون من المشتري ان كان الخيار للمائع أولهما أو لأجنبي ، وأنه إن كان للمشتري - خاصة - فمن البائع وهو - فيما عدى الأجنبي وما عدى ما اذا كان الخيار لهما - على ما سنعرف الحال فيه - موافق لما في (السرائر) و (جامع الشرائع) لابن سعيد ، و (الارشاد) وشرحه لولده ، (ومجمع البرهان) : من أن التلف إن كان في مدة الخيار ، فهو ممن لا خيار له ، وهو معنى ما في (الشرائع) و

(١) راجع من دروس الشهيد : كتاب البيع ، درس في القبض :

(٢) كتاب التجارة ، الفصل الثالث في الخيار في شرح قول المحقق : الخامسة

اذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه . .

(التحرير) و (التذكرة) و (المسالك) و (المفاتيح) : من أنه إن كان الخيار للبائع فالتلف من المشتري ، وإن كان للمشتري فالتلف من البائع ، ولا أجد في شيء من ذلك خلافاً ، بل إطلاق لإجماع (الغنية) حيث قال : « إذا هلك المبيع في مدة الخيار فهو من مال البائع إلا أن يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثاً يدل على الرضا ، فيكون هلاكه من ماله ، منطبق على الصورة الثانية ، لكنه بشكل بالنسبة إلى ما إذا كان الخيار لها كما ستسمع (١) انتهى .

وبالجملة ، لم أجد من صرح من الأمطيين باختصاص الخيار ببعض أقسامه مع وقوعه بنحو الإطلاق في كلامهم ، وإن وقع التفسير بالمدة والزمان في كلام أكثرهم المنزل على غلبة تصوير التلف في حال الخيار ووجوده بعد أن كان المناط التلف في حال التزلزل من غير مدخلة للزمان في موضوعية المناط ، وإن أخذ - غالباً - طريقاً إلى تحقيقه .

نعم ، الظاهر عدم مالمية التزلزل المسبوق بالزوم عن ضمان المقبوض كخيار تأخير الثمن لحدوث الخيار بعد الثلاثة لاني أنثائها ، ف ضمان المبيع على المشتري لو تلف عنده بعد الثلاثة إنما هو للقاعدة الأولية لكونه تلف في ملكه بعد قبضه ، كما لو تلف في الثلاثة ، لا الخيار البائع وأنه من مال من لا خيار له ، لظهور « حتى ينقضي الشرط » في الصحيحة في اعتبار اتصال التزلزل بالعقد ، وكذا مثله ، بناء على تعميم القاعدة للثمن أيضاً - كما ستعرف - إذا تلف الثمن بعد قبض البائع له لو شرط الخيار عند رد الثمن أو مثله في زمان معين ، فإن الخيار إنما يحدث بعد رد مثل الثمن فيه ، لا قبله ، فيكون تلف الثمن في ملكه ، ولا خيار له حتى يكون في ضمان المشتري ، ومن مال من لا خيار له ، فهو من التزلزل المسبوق

باللزم الذي قد عرفت أنه غير مانع عن الضمان .

نعم لو فرض استمرار الخيار في المدة ، وأن رد مثل الثمن شرط في أعمال الخيار ومباشرة الفسخ على وجه يكون ذلك بجهل بالفرض في أصل العقد ، أشكل الحكم بذلك لاختصاص الخيار بالبائع واقتضاء القاعدة كونه من ضمان من لا خيار له ، وهو المشتري .

الثالث - يظهر مما ذكرنا من عدم كون المقبوض لدى الخيار مضموناً عليه لو تلف في خياره : عدم الفرق بين المبيع والثمن ، لوحدة المناط المتقدم فيهما ، ضرورة أن نسبة الثمن المقبوض للبائع ، والخيار مختص به كنسبة المبيع المقبوض للمشتري اذا كان الخيار مختصاً به :

وإن تأمل في التعميم من هذه الحثية أيضاً - بعض المحققين من المعاصرين ، نظراً الى الاختصار فيما خالف الضوابط الشرعية على المتيقن خروجه منها ، وهو المبيع ، فلا يتعدى منه إلى الثمن :

وأنت خبير بما فيه ، لعدم وقوع لفظ المبيع في شيء من الأخبار كما وقع في النبوي المتقدم في القاعدة المتقدمة حتى يتوهم الاختصار عليه . ودولك في التعميم من هذه الحثية - أيضاً - ما تقدم من كلام جدنا في (الرياض) وغيره :

الرابع - الخيار : إما أن يكون للبائع ، أو للمشتري ، أو لهما ، أو لاجنبي - منفرداً - أو له منضمّاً إليهما ، أو إلى أحدهما ، هائلاً كان أو المشتري وعلى التقادير كلها : فاما أن يكون للتلف قبل القبض أو بعده :

فإن كان قبل القبض كان من ضمان البائع - مطلقاً - في جميع صورها السبع ، لانه من تلف المبيع قبل قبضه الذي قد تقدم كونه مضموناً على الهائس - مطلقاً - حتى لو كان له خيار مختص به فانه لا يكون من ضمان المشتري الذي لا خيار له ، لما عرفت من اختصاص قاعدة تلف المبيع

في مدة الخيار بما إذا كان بعد القبض ، لاقبله ، وان توهم كونه من تعارض القاعدتين فيه :

وأما إذا كان التلف بعد القبض فمن ضمان المشتري في جميع صورها أيضاً - إلا اذا كان الخيار خاصاً بالمشتري ، فإله المتيقن خروجه - بما دل على كون التالف في مدة الخيار من لاخيار له - عن القاعدة الأولية التي مقتضاها كون التالف منه ، لأنه تلف في ملكه وهو مقبوض له :

ويلحق بهذه الصورة في الخروج عن القاعدة الأولية : ما لو كان الخيار للأجنبي ، وكان يجعل من المشتري توكيلاً منه - منفرداً كان أو منضماً الى نفسه - لاتهكياً ، فافهم :

الخامس - المراد بالضمان في هذه القاعدة هو المراد منه في قاعدة تلف المبيع قبل قبضه ، بمعنى انفساخ العقد وحله ، فلا يفتقر بعد التلف الى فسخ ذي الخيار ، لتحقق الانفساخ بمجرد تحقق التلف ، فلم يبق عقد - حيثئذ - حتى تكون له سلطنة على الفسخ والخيار ، وهو واضح

هذا آخر ما أردنا بيانه في هذه المسألة والله للعالم

بمحقق أحكامه

رِسَالَةٌ
فِي الْأَرْضِ الْخَرَجِيَّةِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة على أشرف الأنبياء وخاتم المرسلين محمد (ص) وأهل بيته المعصومين ، وعلى صحبه الأبرار المنتجبين ، ولعنة الله على أعدائهم إلى يوم الدين .

وبعد : فيقول الراجي عفو ربه الغني محمد بن محمد تقي آل بحر العلوم الحسني الحسيني الطباطبائي (١) :

هذه (رسالة في الأراضي الخراجية) وغيرها ، وما يأخذه للسلطان من الخراج والمقاسمة ، وما يؤخذ منه من الجوائز . رتبناها على مقدمة ومقالات وتذليل ، وخاتمة :

أما المقدمة ، ففي تقسيم الأرضين

وهي في الأصل - كما في قاطعة اللجاج (٢) - على قسمين :

(أحدهما) - أرض بلاد الاسلام ، وهي على قسمين - أيضاً - عامر ، وموات . فالعامر ، ملك لأهله لا يجوز التصرف فيه إلا بإذن ملاكه

(١) هو العلامة المحقق سيدنا الخال السيد محمد ابن العلامة السيد محمد تقي

ابن العلامة السيد رضا ابن سيدنا المعظم بحر العلوم الطباطبائي قدس الله تعالى أَسْرَارَهُم

(٢) رسالة قاطعة اللجاج في حل الخراج للشيخ الجليل المحقق الثاني نور الدين

علي بن عبد العالي الكركي صاحب المصنفات الكثيرة المشهورة منها : جامع المقاصد

في شرح القواعد للعلامة الحلي - قدس الله تعالى سرهما - .

طبعت هذه للرسالة القيمة مع جملة من رسائل مختلفة في الرضاع والخراج

في إيران سنة ١٣١٥ هـ .

والموات - إن لم يجر عليه ملك مسلم ، فهو لامام المسلمين ، يفعل به ما يشاء وليس هذا القسم من محل البحث المقصود .

(الثاني) ما ليس كذلك ، وهو أربعة أقسام : الأول - الأرض المفتوحة عنوة ، الثاني - أرض الجزية ، وهي التي صولح عليها ، الثالث الأرض التي أسلم عليها أهلها طوعاً ، الرابع - أرض الأنفال (١).

وهذه القسمة لاتنافي تقسيم أكثر الفقهاء لها الى الأقسام الأربعة ، لأن نظرهم في التقسيم إليها من حيث تعلق بد للكفار بها واستيلائهم عليها .

(تلييه) : جمع الأرض على الأراضي على غير قياس ، لأن (فعل) لا يجمع على (فعالي) ، بل هو جمع (فعلاء) كصحراء وصحاري ، قال في (المسالك) : « ... وربما جمعها - أي الأرض - بعضهم على الأراضي وغلط في ذلك ، (٢) وعن الخواشي المنسوبة الى الشهيد - رحمه الله - : « أن جمع الأرض على الأراضي غلط » .

قلت : هو جمع سماعي على غير قياس ، قال في (الصحاح) : « ... وقد تجمع - أي الأرض - على أروض ، وزعم أبو الخطاب : أنهم يقولون : أروض ، وأراض ، كما قالوا : أهل ، وأهل ، والأراضي - أيضاً - على غير قياس » (٣) وقال في (القاموس) : « ... أرضات وأروض وأرضون وأراض ، والأراضي غير قياسي » (٤) وعن المصباح : « ... قال أبو زيد : وسمعت العرب تقول في جمع الأرض : الأراضي والأروض ، مثل : فلس وفلوس ، وجمع فعل وفعالي في أرض وأراضي »

(١) راجع هذا التقسيم - باقتضاب - في المقدمة الأولى من الرسالة المذكورة.

(٢) راجع : مسالك الأفهام للشهيد ج ٢ أوائل كتاب إحياء الموات :

(٣) راجع : الصحاح للجوهري ، باب الضاد ، فصل الألف بمادة (أرض)

(٤) راجع : تمام المادة - في (القاموس) أول باب الضاد فصل الهمة .

وأهل وأهالي ، وليل وليلي - غير قياسي ، (١).

وكيف كان ، فهاهنا مقالات :

المقالة الأولى : في الأرض المفتوحة عنوة - بفتح العين المهملة وسكون النون - وهي المأخوذة بالقهر والغلبة المستلزمة للذل والخضوع : ومنه قوله تعالى : « وعنت الوجوه للحي القيوم » (٢)

فما كان منها عامراً - يوم الفتح - فهو للمسلمين قاطبة ، ولمن يدخل في الاسلام ولمن يوجد - بعد ذلك - بالسوية ، من غير تفاضل بينهم ، فضلا عن التخصيص بالمقاتلة منهم .

ويدل عليه - بعد الاجماع بقسميه البالغ منقوله فوق حد الاستفاضة المعتضد بدعوى غير واحد الوفاق ، وعدم اختلاف في ذلك ، فلا يعبا بما وقع من التعبير عنه بالمشهور في (الكفاية) - (٣)

الأخبار المستفيضة التي منها : صحيحة الحلبي « عن السواد : ما منزلته ؟ فقال : هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق - بعد - فقلنا : الشراء من الدهاقين ؟ قال : لا يصلح إلا أن يشتري منهم على أن يجعلها للمسلمين ، فان شاء ولي الأمر أن يأخذها

(١) راجع : المصباح المنير للفيومي باب الألف بمادة (الأرض) .

(٢) سورة طه / ١١١ .

(٣) حيث قال في كتاب الجهاد : « القول في احكام الارضين وهي على اقسام أربعة : الاولى - المفتوحة عنوة - الى أن يقول : والمراد بالمفتوحة عنوة المأخوذة بالغلبة والقهر والاستيلاء وحكمها على المشهور انها للمسلمين قاطبة لا يختص بها الغانمون وعند بعضهم انها كذلك بعد إخراج الخمس لاهله الى آخر كلامه « قد » والظاهر عدم الاشكال في تعبيره (قدس سره) بالمشهور اذ هو في قبال قول البعض من انها لجميع المسلمين بعد إخراج الخمس لاهله ، فراجع .

أخذها . قلنا : فان أخذها منه ؟ قال : يرد اليه رأس ماله ، وله ما أكل منها » (١) .

ومنها - صحيحة ابن ربيع الشامي : لا تشتروا من أرض السواد - إلى أن قال - : فانها فيء للمسلمين ، (٢)

ومنها - خبر محمد بن شريح : « سألت أبا عبد الله - ع - عن شراء الأرض من أرض الخراج ؟ فكرهه ، وقال : إنما أرض الخراج للمسلمين فقالوا له : فانه يشتريها الرجل ، وعليه خراجها ؟ فقال : لا بأس ، إلا أن يستحي من عيب ذلك » (٣) .

ومنها - صحيحة صفوان : « قال : حدثني أبو هريرة ، قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : 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 أن يشتري حقه منها ، ويحول حق المسلمين عليه ، ولعله يكون أقوى عليها وأمسلاً بخراجهم منه » (٤)

ومنها - رسالة حماد - الطويلة - : « عن أبي الحسن الأول (ع) :

(١) ذكرها الشيخ - قدس سره - في التهذيب في الجزء السابع كتاب التجارات الباب الحادي عشر باب أحكام الأرضين (٦٥٢) (١) وفي آخرها « وله ما أكل من غلتها بما عمل » فراجع :

(٢) ذكرها الشيخ - قدس سره - في التهذيب في (١١) باب أحكام الأرضين (٦٥٣) (٢) : عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال لا تشتروا من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمة فانما هو فيء للمسلمين .

(٣) ذكره الشيخ - قدس سره - في نفس الباب من التهذيب (٦٥٤) (٣) :

(٤) ذكره الشيخ - قدس سره - فيه في نفس الباب منه (٦٨٦) (٣٥) ،

« الأرض التي أخذت عنوة بنخل وركاب ، فهي موقوفة متروكة بيد من يعمرها ويحييها ويقوم عليها على قدر طاقتهم من الخراج : النصف أو الثلث أو الثلثان ، على قدر ما يكون لهم صلاحاً ، ولا بضربهم ، فإذا خرج منها ثماؤها فأخرج منه العشر من الجميع فيما شقت السماء أو سقي مبيحاً ونصف العشر فيما سقي بالدوالي والنواضع ، فأخذه الوالي ، فوجهه في الوجه الذي وجهه الله له على ثمانية أسهم : للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة وفي الرقاب والغرمين وفي سبيل الله وابن السبيل ، ثمانية أسهم بقسمها بينهم في مواضعهم بقدر ما يستغنون في سنتهم ، فلا ضيق ولا تقير ، فإن فضل شيء من ذلك رد إلى الوالي ، وإن نقص شيء من ذلك ، ولم يكتفوا به كان على الوالي أن يمولهم من عنده بقدر سعتهم حتى يستغنوا ، ويأخذ بعد ما يبقى من العشر ، فيقسمه بين الوالي وشركائه الذين هم عمال الأرض وكرتها ، فيدفع إليهم أنصبارهم على ما يصلحهم عليه ، ويأخذ الباقي فيكون أرزاق أعوانه على دين الله وفي مصلحة ما ينوبه من تقوية الاسلام وتقوية الدين ، وفي وجوه الجهاد ، وغير ذلك مما فيه مصلحة عامة ، وليس لنفسه من ذلك القليل والكثير » (١)

وهي - وإن كانت رسالة - إلا أن الأصحاب تلقوها بالقبول ، فهي منجبرة ، وإن تضمنت تقديم الزكاة على الخراج ، وهو - على ما قيل - خلاف المشهور . إلى غير ذلك من الأخبار :

والظاهر : أنها لم على جهة الملكية - كما عن صريح بعض - لما كان اللام والاضافة الظاهرين فيها ، لأعلى وجه الاختصاص ، وأو من جهة

(١) راجع هذا الحديث - باختلاف بسيط في بعض عباراته - في اصول الكافي للكليني كتاب الحجة باب الفبي والانفال حديث رقم (٤) وفي كتاب مسائل الشيعة لأحر العاملي كتاب الجهاد باب كيفية قسمة الغنائم حديث رقم (٢)

اختصاص ارتفاعها بهم لكونه يصرف في مصالحهم - كما في المستند - تبعاً للمحكي عن بعض فيه - ولعله ظاهر (الكفاية) - أيضاً - بدعوى منع ظهور اللام والاضافة في الملكية ، لصدق الإضافة بأدنى الملاسة ، وكون الاختصاص أحد معاني اللام ، مضافاً الى أن الملكية لا يمكن أن تكون لغير المعين ، لأنها من الصفات اللازم قيامها بالذات المفقودة في الكلي قبل تشخصه في الخارج ، ولذا يحمل (١) عليها في باب الدعاوى والأقارب والمجاز خير من الاشتراك ، أو المنصرف اليها عند الاطلاق ، بناء على انها حقيقة في مطلق الاختصاص الذي هو القدر المشترك بين جهاته : من الملكية أو الاستحقاق أو الاختصاص الخاص ، لأنها المنسب الى الذهن من سائر

(١) هذا من كلام المصنف - قدس سره - لبيان أن اللام في قوله - عليه السلام - في صحيحة الحلبي هو لجميع المسلمين، وان الإضافة في قوله - عليه السلام - في صحيحة صفوان وهي أرض المسلمين، وما كان من قبيلها من الروايات ظاهرهما كون ذلك لهم على جهة الملكية لا على وجه الاختصاص من حيث اختصاص ارتفاعها بهم - كما في المستند وظاهر الكفاية - فانه لولا الظهور في الملك لما حملنا عليه في الدعاوى والأقارب على ما هو المتسالم عليه . ودعوى صدق الإضافة بأدنى الملاسة وكون الاختصاص أحد معاني اللام لا يتنافى ظهورهما في الملكية لا يمكن كون ذلك على وجه المجاز فانه خير من الاشتراك ، ولو قلنا بان اللام حقيقة في مطلق الاختصاص الذي هو القدر المشترك بين الملكية والاستحقاق والاختصاص الخاص ، فلا ينبغي الربب في ان المنسب الى الذهن والمنصرف اليه من الجهات هو الملكية ومقتضاه الحمل عليها عند الاطلاق ، وكفاية أدنى الملاسة في صدق الإضافة غاية مقتضاها امكان ارادة الأدنى منها لا إيجاب الحمل عليها ، وعلى كل فاللام والاضافة ظاهران في الملكية سواء كان المنشأ هو الوضع او الاطلاق والانصراف هذا حاصل مراد سيدنا - قدس سره - وان كان في العبارة نحو من الغموض .

الجهات وكفاية أدنى الملابس في الصدق ، غايته أنها مسوغة لإرادة الأدنى منها ، لا أنه موجب للحمل عليها .

وأما الحكم بعدم إمكان كون الملك لغير المعين ، ففيه : أنه إن أريد منه عدم إمكان كون الملك للمالك الكلي ، وأن المالك لا يلد أن يكون شخصاً خارجياً ، ففيه عدم الفرق في الملكية التي هي عبارة عن العنقة الخاصة الحاصلة بين المالك والمملوك بين طرفيها ، فكما يصح أن يكون المملوك كلياً كالكليات الثابتة في الذمة ، صح أن يكون المالك كلياً - أيضاً - كالخمس والزكاة بعد التعيين وقبل القبض للفقراء والهاشميين والأعيان الموقوفة على العناوين العامة ، كالألماء والمشتغلين ، بناء على أن الوقف - مطلقاً - ملك للموقوف عليه .

والفرق بدعوى صحة كون المملوك كلياً باعتبار أوله ، وإمكان تشخصه في الخارج الموجود ذلك الكلي فيه ومنطبق عليه ، فهو معمول بهذا الاعتبار يصح تعلق الملكية به :

فهو يقال في صحة كون المالك كلياً ، حرفاً بحرف :

وبالجملة ، فالملكية : إما أن تكون بين جزئيين شخصيين ، أو كليين أو يكون أحدهما جزئياً والآخر كلياً ، فالصور أربع :

أما الأولى - فكمالية زيد - مثلاً - للمعين الشخصية الخارجية .

وأما الثانية - فكمالية مقدار من الخمس أو الزكاة الثابتين في ذمة المتلف لها لكلي الفقراء والهاشميين ، ومنه يتضح المثال في الصورتين الأخيرتين - فتأمل (٥) وإن أريد منه لزوم التعيين المقداري ، ففيه - مع إمكان منع كونه معتبراً في أصل الملكية وتحققها ، وإن اعتبرناه في صحة المعاملة ، لتعذر

(٥) وجه التأمل هو إمكان دعوى كون العناوين العامة كالأهشميين أو الفقراء

وغيرها مصرفاً لذلك لأمالكاً له (منه رحمه الله) :

القبض والتسليم مع جهالة المقدار ، فغاياته اعتبار تعيينه في الواقع ونفس الأمر ، وإن لم يكن معلوماً في الظاهر ، وهو متعين في علم الله بالنسبة الى المسلمين المالكين لتلك الأراضي . فإذا : الأقوى إنها لهم على جهة الملكية للرقبة دون الاختصاص ، لكن هل هي لهم بمعنى أنه لكافة أحادهم على سبيل الاستغراق الافرادي كما يعطيه ظاهر النسبة الى جميع المسلمين ، أو لكافةهم أوقاتهم في الصحيحة الأولى ومعقد بعض الاجماع المحكية ، أو هي لهم على الجنسية والنوعية الكلبيين كالأمثلة المتقدمة من الخمس والزكاة - وجهان - ويتبع ملكية الرقبة ملكية ارتفاعها ، ففي تعيين صرفها لخصوص المصالح العامة المستوية فيها آحاد المسلمين ، أو هو لمطلق المصالح الراجعة لنوعهم ، وإن اختصت المصلحة ببعضهم دون بعض : وجهان ، مبنيان - كما عرفت - على كيفية الملكية للرقبة ، فان قلنا بكونها لآحاد المسلمين كافة - كان نماؤها التابع لها في الملكية لآحادهم - أيضا - وحيث يتعلل التوزيع والقسمة بين الكل تعين الصرف في المصلحة الراجعة الى الكل كعمونة الغزاة ومؤنة الولاة والقضاة ومطلق ما يرجع الى تقوية الدين ومصالح كافة المسلمين ، كبناء المساجد والقناطر ، فان الحقبة ثابتة لكل واحد منهم وان لم يتفق له فعلمية الانتفاع ، ضرورة أنه لا معنى لكون الرقبة ملكاً لكل واحد منهم ، ويختص بنائها البعض ، وان قلنا بملكيتها الكلي المسلمين ونوعهم جاز دفع نماؤها للبعض الصادق عليه النوع والكلي ، بل أمكن أن يقال بجواز دفع عين الرقبة - كلا أو بعضاً - له ، لصدق النوع عليه ، فتكون من دفع المملوك الى مالكة ، إلا أن يقال بظهور الأخبار وكلمات الأصحاب على الملكية المؤبدة لهم وصرف ارتفاعها عليهم كالأعيان الموقوفة لغرض تأييد العين وتسجيل المنفعة . لم أر في كلماتهم تنقيحاً لذلك .

وظاهر بعض الأخبار ومعقد الاجماع ، وان اقتضت ملكية الرقبة

لآحادهم الموجبة لاختصاص صرف ثمنائها في المصالح العامة - إلا أنها معارضة بما دل على حاية أخذ جوائز السلطان الشامل باطلاقه لما كان المأخوذ من الخراج والمقاسمة ، من غير تقييد بكونها من غيرها ، بل في بعضه ما هو نص في ذلك ، وبآتي - إن شاء الله - زيادة توضيح لذلك : مع عدم حاية ذلك لو كان المصرف خصوص المصالح العامة ، إذ لا يجوز صرف حق في غير مصرفه ، فيصلح لأن يكون قرينة لصرف تلك الظواهر وحملها على إرادة نوع المسلمين دون آحادهم ، والجمع والتأكيد إنما هو لتعميم النوع وإفادة عدم الاختصاص ببعض منهم دون بعض وطائفة دون أخرى .

وبالجملة ، فحلية ما يؤخذ منها بنحو الهبات والصلوات - كما عليه بعض الاجماع - تكشف عن عدم اختصاص صرفها في المصالح العامة ، وهي إنما تتم على ملكية النوع ، دون الآحاد :

هذا ، ولكن كلمات الأصحاب ، وكذا الأخبار الواردة في بيان المصرف كلها مصرحة باختصاصه في المصالح العامة .

الاهم إلا أن يقال : بذل الجوائز والمطابا لكونها من لوازم الرثاء التي هي من المصالح العامة ، بعد منها أيضا - فهي محسوبة من مؤنة القائم بها .

بقي هنا أمور :

الأول - إن هذه الأراضي ، هل يتعلق بها الخمس ، فيكون الباقي بعد إخراج الخمس منها - وهو الأربعة أخماس - ملكاً للمسلمين ، أو لكل لهم بخمسة أخماسها ؟ قولان :

المشهور هو الأول ، بل في (المبسوط) (١) : إنه يقتضيه المذهب .
بل هو مندرج في معقد إجماع (المدارك) و (الذخيرة) بل في (الحقائق) :
(١) راجع: كتاب الجهاد ، فصل في ذكر مكة هل فتحت عنوة أو صلحا .

« إنه ظاهر كلام الأصحاب » وفي (الجواهر) - بعد نسبته الى ظاهرهم :
 « كأنه من المسلمات عندهم » وحكي عن بعض : التصريح بالثاني ، بل
 في (الحدائق) : (إن اختصاص الخمس بالمنقول من الغنائم هو ظاهر
 الأخبار) : بل فيه : « إنه لم يعرف دليلاً ولا وقف على مستند يوجب
 الخمس في ذلك إلا ظاهر الآية »

قلت : للكلام في هذه المسألة - مرة - من حيث أخبارها ، وأخرى
 من حيث كلمات الأصحاب فيها .

أما الكلام في الأولى : فهنا طوائف من الأخبار :
 واحدة منها - دلت على وجود الخمس في هذه الأراضي بالعموم
 أو الإطلاق :

وأخرى - على عدمه - كذلك - وكونها للمسلمين ؛
 وثالثة - مادل على أن الأرض كلها للإمام - عليه السلام - :
 فن الأولى - رواية أبي حمزة : « إن الله جعل لنا - أهل البيت -
 سهاماً ثلاثة في جميع الفيء - الى أن قال - : وقد حرمناه على جميع الناس
 ما خلا شيعتنا ، والله ، يا أبا حمزة ، مامن أرض تفتح ، ولا خمس بخمس
 فيضرب على شيء منه إلا كان حراماً على من يصيبه ، فرجاً كان
 أو مالا » (١)

وحسنة معاوية بن وهب ، وفيها : « السرية يبعثها الامام فيصيبون
 غنائم ، كيف يقسمون ؟ قال : إن قاتلوا عليها مع أمير أمره الامام

(١) وسند الحديث - كما عن الوسائل للحر العاملي ، كتاب الخمس ، ابواب
 الانفال ، باب لإباحة حصّة الامام من الخمس للشيعة حديث رقم (١٩) - هكذا :
 وعن علي بن محمد ، عن علي بن العباس ، عن الحسن بن عهد الرحمان عن عاصم بن
 حميد عن أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - قال : ان الله جعل :»

- عليه السلام - أخرج منه الخمس لله وللرسول ، وقسم بينهم أربعة أخماس وإن لم يكونوا قاتلوا عليها المشركين كان كلما غنموا للامام (ع) يجعله حيث أحب» (١)

ورواية أبي بصير : « كل شيء قوتلوا عليه على شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، فإن لنا خمسة » (٢)

ومن الثانية - : ما تقدم مما دل على كونها للمسلمين ، ومعارضتها الاولى من تعارض العام والخاص المطلق ، الموجب لحمل العام على الخاص أو المطلق على المقيد ، لأن تلك الأخبار التي هي من الطائفة الأولى كعموم الآية الدالة على وجوب الخمس ، شاملة - بعمومها أو إطلاقها للاراضي وغيرها من منقول الغنائم ، وهذه الأخبار التي هي من الطائفة الثانية الدالة كونها للمسلمين مختصة بخصوص الاراضي ، وما لا يحول وينقل - وإن كانت مطلقة بالنسبة الى جميعها أو الباقية بعد إخراج الخمس منها - إلا أنها - بإطلاقها أخص من الأولى ، والخاص المطلق ، وإن كان بالنسبة الى ما هو مندرج فيه - مطلقاً أو عاماً - مقدّم على العام المطلق الشامل له ولغيره ومع وجود المرجحات الداخلية - من العموم والخصوص المطلقين - لا يرجع الى المرجحات الخارجية من موافقة الكتاب ومخالفة الجمهور :

(١) وسائل الشريعة للحر العاملي ، كتاب الخمس ، أبواب الأنفال وما يختص بالامام حديث رقم (٣) وسند الرواية هكذا : وعنه - أي محمد بن يعقوب - عن أبيه عن معاوية بن وهب قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : ..

(٢) تمام الرواية وسندها - كما عن الوسائل للحر العاملي : كتاب الخمس أبواب الأنفال باب وجوب ايصال حصة الامام حديث رقم (٩) - هكذا محمد ابن محمد في (المقنعة) عن أبي بصير عن أبي جعفر - عليه السلام - قال : « كل شيء قوتل عليه ... » .

فن الغريب : ما وقع من (الفراقي) في (مستنده) حيث جعل التعارض بينها من العامين من وجه ، فقال - بعد أن أورد تلك الأخبار العامة - مالفظه - : « وهي ، وان كانت معارضة مع عموماً الأخبار المصرحة بأنها لجميع المسلمين بالعموم من وجه إلا أن الترجيح لأخبار الخمس لموافقة الكتاب ، ومخالفة العامة (١) .

ومنه يظهر - أيضاً - : ضعف ما ذكره في (الجواهر) من قوله : « كما أن تلك الأخبار الواردة في المفتوحة عنوة ، وأنها ملك المسلمين وكيفية إخراجها ، لا يأتى التقييد بما هنا : من كون ذلك بعد الخمس فان الخلاص المطلق يأتى تقييده بالعام كذلك ، وان كان مطلقاً بالنسبة إلى ما هو مندرج تحته . »

هذا ، مضافاً الى ما يمكن أن يقال : إن الحسنة المقدمة ظاهرة في المنقول من الغنائم بقرينة تقسيم الباقي بعد الخمس الى خصوص المقاتلين . نعم ، ذيل رواية أبي حمزة ، وان صرح بالأرض المفتوحة ، إلا أنها بقرينة قوله - بعده - « أو خمس ينحس » ظاهرة في إرادة الانفال منها ، التي كلها للامام ، لظهور المقابلة لما فيه الخمس في ذلك :

ومع فرض التسليم ، فهي - أيضاً لشمولها عامر المفتوحة وموانئها وروؤس الجبال وهطون الأودية - أعم مطلقاً مما دل على أن المفتوحة للمسلمين ، بعد معلومية تقييدها بالاجاع وغيره - بالحياة عند الفتح منها فلا مناص عن كون التعارض بين الطائفتين من العموم والخصوص المطلق وأما الطائفة الثالثة التي تأتي أخبارها (٢) ، فلا دلالة فيها على وجود الخمس في هذه الأراضي ، بل هي دالة على كونها للامام - عليه السلام -

(١) راجع : كتاب المكاسب منه : المسألة التاسعة فرع (ج) .

(٢) بعد قليل بعنوان (المقالة الرابعة في أرض الأنفال) .

فهو من الانفال ، فتكون معارضة لأخبار كونها للمسلمين ، حتى في القدر المسلم كونها لهم .

هذا ، مع أنه أعم منها - مطلقاً - لشمولها لجميع الأراضي ، فيكون التعارض بينهما من تعارض العام والخاص المطلق أيضاً ، المنتج - بعد الحمل - كون الأراضي كلها للإمام - عليه السلام - إلا المفتوحة - عنوة - فإنها للمسلمين .
وأما الكلام في الحثيثة الثانية - فقد عرفت كلمات الأصحاب فيها ، وأن ثبوت الخمس في هذه الأراضي منسوب - في كلام جماعة - إلى ظاهر الأصحاب ، بل صرح غير واحد - ومنهم خالي المجاهد في (المناهل) (١) بظهور دعوى الاتفاق عليه وعدم الخلاف فيه .

مضافاً إلى ما عرفت : من أنه مقتضى المذهب في (المبسوط) وإياه من الضروريات والمسلمات في (الجواهر) ، وأهل منشأ ذلك ظاهر إطلاق كلام الأصحاب في كتاب الخمس بوجوبه في الغنائم الشامل للمنفول منها وغير المنقول ، وإلا فالمرح به بالخصوص ليس إلا البعض منهم ، وإن نسب إلى المعظم ، نعم في (المدارك) - في شرح قول مصنفه في تعداد ما يجب فيه الخمس : الأول - غنائم دار الحرب مما حواه العسكر وما لم يحويه من أرض وغيرها ما لم يكن غصباً من مسلم أو معاهد - قليلاً كان أو كثيراً - قال : « هذا الحكم مجمع عليه بين المسلمين » (٢) ، ومثله وقع من (الذخيرة) - في شرح قول مصنفه - أيضاً - مع إطلاق معاقدا الإجماعات المحكية فوق الاستفاضة على ثبوت الخمس في الغنائم الشامل لها - أيضاً -

(١) صاحب (المناهل في الفقه) هو السيد محمد المجاهد ابن السيد مير علي الطباطبائي صاحب (الرياض) . ووجه تسميته بالخال : حيث أن والدته سبيلنا المصنف بنت ضاحب الرياض ، فصاحب المناهل خاله بالذات :

(٢) راجع : أول كتاب الخمس من (مدارك الأحكام) للسيد محمد للعالم

هذا، ويخرج بالبال ويخطر في الخيال ، دعوى المناقشة في ذلك كله:
أما ظهور إطلاق كلامهم في الغنائم في كتاب الخمس ، فعارض
بظهور إطلاق كلامهم في حكم المفتوحة عنوة : أنها للمسلمين من غير
تقييد باخراج الخمس منها .

وأما إجماع (المدارك) و (الذخيرة) ، ففيه : إنه ان كان المشار
اليه ثبوت الخمس في كلي الغنائم ، فسلم كونه مجمعا عليه بين المسلمين
لكن لا يجدي في خصوص الأراضي إلا ينحو العموم والإطلاق ، وهو
مخصص كإطلاق معاهد الإجماعات المنقولة على ثبوت الخمس في الغنائم بما
دل على عدمه في الأراضي المذكورة . وان كان ثبوته في كل ما الدرج
في عبارة المصنف ، فمنوع مسلميته بين المسلمين ، كيف ، وقد تقدم
من (المستند) ترجيح أخبار الخمس بموافقة الكتاب ومخالفة العامة :
فلعل نسبتها له الى عموم المسلمين ظاهرة في إرادة المعنى الأول .

وأما إطلاق معاهد الإجماعات المحكية على ثبوت الخمس في الغنائم
فهي - كما عرفت - مخصصة كمعومات الكتاب والسنة بما يعارضها من
الأخبار الخاصة الواردة في المفتوحة عنوة بأنها للمسلمين :
فلم يبق في المقام لثبوت الخمس الا الشهرة التي لا تنهض لاثبات
الحكم بها على تقدير تحققها .

لكن - مع ذلك - الأقوى ثبوت الخمس فيها - أيضاً - كغيرها
من منقول الغنائم ، لظهور الاتفاق من إطلاق كلامهم في كتاب الخمس
المتكفل لبيان مايجب فيه الخمس بثبوته في غنائم دار الحرب ، من غير
تقييد لها بالمنقول منها ، مع كونه مقام بيان التخصيص ، لو كان الثبوت
مختصاً ببعضها .

وهذا بخلاف إطلاقات كلامهم في حكم الأراضي المفتوحة عنوة في

كتاب الجهاد - فانها مسوقة لبيان عدم اختصاصها بالمنقول منها بالمقاتلين وكونها لكافة المسلمين ، واكتفاء منهم في بيان تعلق الخمس بها بما بينوه في محله - من كتاب الخمس - لأنه المقرر لتعيين مايجب فيه الخمس ، دون كتاب الجهاد ، وإحياء الموات .

ومثله الكلام في إطلاق الأخبار المتقدمة الواردة في حكم الأراضي المزبورة وكونها للمسلمين وفيثاً لهم ، دفعاً لما يتوهم من كونها مختصة بالمقاتلين منهم : فلا معارضة بينها وبين عمومات الكتاب والنصوص بعد أن كان موردها بحسب السياق مختصاً بغير الخمس منها ، فتبقى العمومات والإطلاقات من الكتاب والسنة والاجماع سليمة عن المعارض كافية وافية في إفادة المطلوب من ثبوت الخمس فيها ، مؤيدة بالشهرة العظيمة وتصريح الأساطين بذلك ، بل لم نعثر على من صرح بالعدم عدى (الحدائق) ، وإن نسب الى بعض - وبأخبار حل الشيعة ما هو لهم مما في أيديهم مما يأخذونه من السلطان ، بقربة كون المأخوذ - غالباً - من الخراج والمقاسمة ، من غير فرق في الحلية بين حصته وحصة قبيلته ، ولا استبعاد في إباحتهم لحصة قبيلتهم من الأسهم الثلاثة الآخر بعد أن كان زيادتهم له ونقصهم عليه .

الأمر الثاني : على ما هو الأقوى من ملك الرقبة وتعلق الخمس بها فهل يتعين إخراجه من العين - كما عن ظاهر المبسوط والسرائر - أو من حاصلاتها - كما عن ظاهر التحرير - أو التخيير بينهما - كما عن صريح الشرائع والقواعد - احتمالات ، بل لعلها أقوال ، أقواها الأخير . ولعل الأولين يرجعان اليه :

وعلى تقدير الإفراز من العين - كلا أو بعضاً أو قطعة قطعة - فلا بد من التعديل - أولاً - ثم القسمة بعده على حد القسمة في المشتركات .

الامر الثالث - ما يأخذه السلطان من طرف أجرة الأرض باسم الخراج أو المقاسمة ، إنما يأخذه بدلاً عن مجموع الأرض ، لاعتبار غير الخمس منها ، فالخمس في الخراج وداخل في القبالة ، لاني حصّة المتقبل التي هي عوض عمله ، ولا موزع عليها . فلا يتوهم اختصاص صحة التقبيل من السلطان وبراءة ذمة المتقبل بدفع القبالة اليه بغير الخمس من الاربعة أخماس ، اقتصاراً على القدر المتبقن مما أمضاه الشارع بالنسبة الى ما كان راجعاً الى المسلمين - كافة - فيبقى الخمس مندرجاً تحت الأصل وما تقتضيه القواعد العامة ، لاطلاق ما دل على الخراج والمقاسمة المفروض كونها بدلاً وقبالة عن مجموع الأرض ، لاختصاص غير الخمس منها .

الامر الرابع - الأقوى ثبوت الخمس في الخراج - مطلقاً في زماني الحضور والغيبة - وان قلنا بتعميم أخبار التحليل والاباحة منهم لشيعتهم لها ، لاخصاً بما كان مختصاً بهم من أراضي الألفال ، ونحوها ، لأن مفادها - ظاهراً - على تقدير القول به - هو حلية الأخذ وإباحة التناول مما فيه الخمس من الخراج ، لاسقوطه من أصله ، كإباحتهم للخمس في المتاجر بالنسبة الى ما يؤخذ منها مما فيه الخمس ، لاسقوط الخمس من أرباح التجارات .

خلافاً لظاهر المحكي في (الكفاية) عن بعض (حواشي القواعد) : من التفصيل بين زماني الحضور والغيبة ، حيث قال المحشي - في شرح قوله (يخرج منه الخمس) - : « هذا في حال ظهور الامام وأما في حال الغيبة ففي الأخبار ما يدل على أنه لا خمس فيه ، انتهى .

ولعل نظره في ذلك الى أخبار التحليل والاباحة .

وفيه - مع ما عرفت : من مفاد تلك الأخبار على تقدير شمولها

للأراضي الخراجية - : أنه لا ملازمة بين الإباحة والسقوط من أصله ، بل هي على عدمه أدل .

وتظهر الثمرة بينها في جواز السرقة منه بمقداره ، وعدمه ، بناء على القول بوجوب دفع الخراج الى السلطان - مطلقاً - أو مع مطالبته ، وجواز التملك لرقبتها احتساباً من الخمس بمقداره ، فيختص بتملكه المحتسب له وإباحة التصرف فيها ينخص الامام من سهمه منه للشيعه - مطلقاً - بناء على تحليل الشيعة لما ينخصهم من الأراضي كذلك .

مضافاً إلى أن الإباحة والاذن العام منهم وقع ممتداً من زمان حضورهم الى زمان الظهور - عجل الله فرجه - فلا معنى - حينئذ - للتفصيل بين الحضور والغيبة .

الأمر الخامس - ما دل على كون الأراضي كلها للامام عليه السلام بالاطلاق أو العموم ، كخبر عمر بن يزيد : قال رأيت مسمعا بالمدينة - وقد كان حمل إلى أبي عبد الله (ع) مالا ، فردده عليه ، فقلت : لم رده عليك ؟ فقال : « إني قلت - حين حملت اليه المال - : إني وليت البحرين الغوص ، فأصبحت أربعمئة ألف درهم ، وقد جئتكم بخمسمئة ثمانين ألف درهم وكرهت ، أن أحبسها عنك ، وأعرض لها - وهي حقك الذي جعله الله لك في أموالنا - فقال : أموالنا من الأرض ، وما أخرج الله عنها إلا الخمس ؟ إن الأرض كلها لنا ، فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا ، فقلت : وأنا أحمل اليك المال كله ، فقال : يا أبا سيار ، قد طيبناه لك وأحللناك منه ، فضم اليك مالك ، وكل ما في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون يحل ذلك لهم حتى يقوم قائمتنا ، فيجيبهم طسق (١) ما كان

(١) الطسق - بالفتح - : مكيال ، أو ما يوضع من الخراج على الجربان ،

أو شبه ضريبة معلومة وكأنه مولد أو معرب (القاموس للفيروز آبادي) .

في أيديهم ، ويترك الأرض في أيديهم ، وأما ما كان في أيدي غيرهم ، فإن كتبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمتنا ، فيأخذ الأرض من أيديهم . . . الحديث (١) .

يجب تقييدها ، أو تخصيصها بتلك الأخبار المتقدمة الدالة على كون الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين ، لكون المعارضة بينهما من تعارض للعام والخاص المطلق .

نعم ، يمكن أن يقال - بل قيل - : بكولها للامام عليه السلام أيضاً - بوجه آخر ، وهو أنه يشترط في كون المنقول من الغنمة بعد إخراج الخمس للمقاتلين ، وغير المنقول منها كذلك للمسلمين : أن يكون الاغتنام باذن الامام (ع) وإلا فالكل له يختص به وهو من الانفال :

وعليه ، فما وقع من الفتوحات الاسلامية بعد زمن للنبي (ص) مما لم يكن الامام فيه مهسوط اليد يقتضي أن يكون كله للامام عليه السلام سيما وكون الاذن - حيث شك فيه - كان مقتضى الأصل علمه :

قال الشيخ - رحمه الله - في (المبسوط) - بعد ذكر حكم هذه الأراضي من كونها بعد اخراج الخمس منها للمسلمين وغير ذلك - ما لفظه : « وعلى الرواية التي رواها أصحابنا : إن كل فرقة غزت بغير الامام فغنمت تكون الغنمة للامام (ع) خاصة ، وتكون من جملة الانفال التي لا يشاركه فيها غيره (٢) » ، انتهى :

(١) راجع : وسائل الشيعة لأحر العاملي ، كتاب الخمس ، باب لإهابة حصّة الامام من الخمس للشيعة ، حديث رقم (١٢) ، باختلاف بسيط في أوائل الحديث وذكره العراقي باقتضاب في (مستنده ج ٢) آخر كتاب الخمس :

(٢) راجع منه : كتاب الجهاد ، فصل في ذكر مكة هل فتحت عنوة أو صلحاً : . .

وإن سار الإمام عليه السلام فيها بالخراج أبام خلافته الظاهرة سيرة من تقدم عليه من الخلفاء الثلاثة ، لعدم تمكنه من التغيير والتبديل ، سيما في مثل هذا الحكم ، بدعواه اختصاص ارتفاع هذه الأراضي بنفسه دون غيره من المسلمين .

ويناسبه أخبار تحليل الخراج لشيعتهم (١) ، المشعر بكونه مختصاً بهم من غير حاجة إلى تكلف التوجيه لاباحة حصّة قبيلتهم ، فتكون هذه الأراضي بحكم المفتوحة عنوة ، كما حكاه الزراقي في (مستنده) - بعد أن اختاره عن بعض ، بل عن صريح الأكثر - (٢) .

لكن - مع ذلك - الأقوى كونها من المفتوحة عنوة ، موضوعاً لا حكماً - لأن الظاهر تحقق الأذن منهم ، ويكشف عند إخبارهم لها بكونها للمسلمين في تلك الأخبار المتقدمة - بعد تقييدها بما دل على اعتبار

(١) كخبر عمر بن يزيد المتقدم - آنفاً - وبهذا المضمون أخبار كثيرة - في تحليل ما كان لهم عليهم السلام - فهو لشيعتهم : راجع عنها : كتاب الخمس من (مستند الشيعة للزراقي ج ٢) المقصد الثالث في قسمة الخمس ، المسألة الثالثة .

(٢) مراده : أن أخبار تحليل الأئمة عليهم السلام الخراج لشيعتهم المشهر بكون الخراج من مختصاتهم ولا يشاركون فيه غيرهم ، تناسب ما ذكرناه من اشتراط كون الاغتنام باذن الإمام في كون الغنيمة في المنقول بعد اخراج الخمس للمقاتلين وفي غير المنقول منها بعد اخراجه للمسلمين ، وأما في صورة عدم الاذن منه عليه السلام فالكل له وهو من الانفال . وعليه فلا حاجة الى تكلف توجيه تحليل الأئمة عليهم السلام حصّة قبيلتهم من الأسهم الثلاثة التي هي للهاشميين وهو نصف الخمس بأن زيادتهم للإمام عليه السلام ونقصهم عليه وإن لم يكن فيه استبعاد ، ولكن ما ذكرناه من كون ذلك من الانفال المختص بهم عليهم السلام أقرب .

الاذن في ذلك نصاً وفتوى - كما يأتي - :

واختصاص بعضها - سؤالاً وجواباً - بأرض السواد لا يضر مع تعميم الباقي لمطلق أرض الخراج ، سيما مع ورود نحو صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال : « سألت عن سيرة الامام (ع) في الأرض التي فتحت بعد رسول الله (ص) ، فقال : إن أمير المؤمنين (ع) قد سار في أهل للعراق بسيرة ، فهي لإمام لسائر الأرضين : . . » الخبير (١) الدالة على تبعيتها لها في الحكم .

مضافاً إلى ما عن (الخصال) - في الأبواب السبعة - مسنداً إلى جابر الجعفي عن أبي جعفر (ع) : أنه « أتى يهودي أمير المؤمنين (ع) في منصرفه عن وقعة (النهروان) فسأله عن تلك المواطن - وفيه قوله - : وأما الرابعة - يعني من المواطن الممتحن فيها بعد النبي (ص) - فإن للقائم بعد صاحبه - يعني : عمر - كان يشاورني في موارد الأمور ، فيصدرها عن أمري وينظرني في غوامضها ، فيمضيها عن رأيي ، لا يعلمه أحد ولا يعلمه أصحابي ، ولا ينظرني غيره . . . » الخبير (٢) :

ومن المعلوم : أن جهاد الكفار وقمالمهم من أعظم الأمور وأغمض للغوامض :

بل استفاد من النقل في مشاورتهم لأمير المؤمنين - عليه السلام - في

(١) راجع : مكاسب الشيخ الانصاري ، في آن الأراضي المفتوحة بعد النبي باذن الامام لعامة المسلمين : ومنتهى العلامة : كتاب الجهاد آخر أحكام المساجد والاهلية والمساكن :

(٢) راجع : خصال الصدوق - في الأبواب السبعة - : ج ٢ ص ٢١ طبع مطبعة الشافعي ابران سنة ١٣٧٤ هـ .

عظام الأمور ، ولا يعدون رأيه ، سيما في الحروب (١) :
مؤيداً بما اشتهر من وجود أبي محمد الحسن بن علي (ع) في العسكر
وإن كنت لم أتحققه (٢) .

ودخول أصحاب أمير المؤمنين (ع) في أعمهم كعمار بن ياسر ،
وسلمان الفارسي وغيرهما (٣) .

هذا ، وذكر شيخنا (المرتضى) في (مكاسبه) وجوهاً ثلاثة
لإثبات الاذن منهم - عليهم السلام - زيادة على ما ذكرنا :

الأول - ما أشار إليه بقوله : « مضافاً إلى ذلك أنه يمكن الاكتفاء
عن اذن الامام المنصوص في مرسله الوراق - بالعلم بشاهد الحال برضاء
أمير المؤمنين - عليه السلام - وسائر الأئمة بالفتوحات الاسلامية الموجبة
لتأييد هذا الدين ، وقد ورد : أن الله - تعالى - يؤيد هذا الدين بأقوام
لاخلق لهم منه » انتهى (٤) .

ولعل نظره إلى الاكتفاء بالرضا القلبي المستكشف - مرة - بالاذن ،
وأخرى - بشاهد الحال . ولا خصوصية للاذن في مقام الكشف ، وإن

(١) راجع - في تفصيل هذا الموضوع - كتاب علي مع الخلفاء للشيخ المحقق
الثبت نجم الدين العسكري فقد أحصى فيه مواضع رجوع الخلفاء والصحابة إلى
أمير المؤمنين عليه السلام :

(٢) لم نجد - رغم تتبعنا حسب الامكان - مصدراً تاريخياً صحيحاً يذكر ذلك
(٣) فعمار ابن ياسر استعمله عمر بن الخطاب على الكوفة بعد فتح العراق ،
وسلمان الفارسي استعمله على المدائن وابن مسعود قاضياً وأميناً للمال بعد فتح العراق
وغنمها من الفرس :

(٤) مكاسب الشيخ الانصاري : في حكم الأراضي المفتوحة بعد النبي
بأذن الامام .

وقع التعبير به للغلبة ، فالعبرة بالمنكشف دون الكاشف .

وفيه : إن الاستكشاف بشاهد الحال : إن كان عند الاقدام على الجهاد ، فممنوع إحرازه به ، لعدم معلومية تعقب الفتح والغلبة الموجب للقوة ، وإن كان بعد تحقق الفتح المستلزم للرضا القلبي ، فمع أن الرضا المتأخر لا يحدد بالنسبة إلى ما كان هو شرطاً فيه عند الاقدام عليه ، لا يبقى مورد لاعتباره في قسمة الغنائم ، إذ الفتح - حينئذ - لا ينفك عن الاذن ، ومع عدمه لا غنيمة حتى تكون من الانفصال ، ولو فرض مورد لذلك فهو من النادر الذي يأبى جمل اخبار اعتبار هذا الشرط وكلمات الأصحاب عليه :

لا يقال : إن تقوية الدين مرضية عند الامام - عليه السلام - وهي موقوفة على الجهاد والاقدام على القتال ، وما يتوقف عليه الفعل المرضي مرضي ، فالجهاد مرضي .

لأن المتوقف عليه كلي الجهاد ، دون الوقائع الشخصية المعتبر فيها الاذن : ولو سلم ، ففيه ما عرفت من عدم بقاء مورد لاعتبار هذا الشرط لالها - حينئذ - تكون من القضية الدائمة لا ينفك الرضا عنه .

الثاني ما ذكره مما يرجع ملخصه الى التمسك باصالة الصحة في الغزو الصادر من الغزاة ، أى حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح ، حيث قال : « مع أنه يمكن أن يقال بحمل الصادر من الغزاة من فتح البلاد على الوجه الصحيح ، وهو كونه بأمر الامام - عليه السلام - » (١) :

وفيه : أنه لا وجه للحمل على الصحة في نحو هذه الافعال المبينة على أساس يأبى الحمل عليها ، كيف ، وهم لا يرون لهذا الفعل من حيثية اعتبار الاذن وعدمه ، اتصافاً بالصحة والفساد ، حتى يتجنبوا الفرد

(١) المصدر نفسه بعد تلك الجملة .

الفاسد منها ، فافهم .

لثالث - ما ذكره بقوله : « مع أنه يمكن أن يقال : إن عموم مادل من الأخبار الكثيرة على تقييد الأرض المعدودة من الانفصال بكونها ممالا بوجف عليه بنجل ولا ركاب ، وعلى أن ما اخذت بالسيف من الأرضين بصرف حاصلها في مصالح المسلمين ، معارض بالعموم من وجه لمرسلة الوراق ، فيرجع الى عموم قوله تعالى : « واعلموا انما غنمتم من شيء فإن لله خمسة وللرسول ولذي القربى .: » الآية ، فيكون الباقي للمسلمين إذ ليس لمن قاتل شيء من الأرضين نصاً واجماعاً » انتهى (١) .

ولمخص كلامه وخلاصة مرامه : كون المعارضة بين المرسلة وبين الأخبار من تعارض العامين من وجه ، اكون المرسلة موردها مطلق الغنيمة الشاملة للأراضي وغيرها ، وتلك الأخبار ، وإن اختصت بالأراضي إلا أنها مطلقة متى حيث اعتبار الاذن ، وعدمه : وبعد التعارض فليرجع الى عموم الآية ، الدالة على كون الخمس منها للامام ، وحيلته ، فالباقي من الأراضي إما أن يكون لخصوص المقاتلة - ولا قاتل به - فتعين كوله للمسلمين : وفيه : إن المدعى هو وقوع الفتح عن إذلهم ، كما هو صريح كلامه قبل تعداد الوجوه التي اقامها عليه ، وهو لا يثبت بما ذكره من الوجه الأخير لأن الثابت به - على تقدير تماميته - هو كونهما للمسلمين ، وهو أعم من تحقق اذلان المعتبر ، أو عدم اعتباره من أصله ، والعام لا يدل على خصوص الخاص وإن فرض اعراضه عن الدعوى المزبورة ورجوعه إلى أصل المسألة من اعتبار الاذن وعدمه ، فمنع الرجوع إلى عموم الآية بمجرد معارضة الأخبار بالعموم من وجه ، للمرسلة المنجبرة المرجحة بالمرجحات الكثيرة الموجبة لتقييد غيرها من عمومات الأخبار ، بل وعموم

الآية بها - كما ستقف عليه - ان شاء الله - عند تعرضنا له في الإنفال .
 الأمر السادس - ما يفتح من الأراضي عنوة في زمان الغيبة بالجهاد
 دفاعاً اذا امتلزم ذلك كان - أيضاً - للمسلمين ، لأنه من الاغتنام مع إذن
 الامام (ع) بالاذن العام ، لوجوب الدفاع عن بيضة الاسلام ، وأما
 الجهاد - لا عن دفاع - ففي كونها للمسلمين كإفاة أو للامام (ع)
 خاصة وجهان مبنيان على اعتبار الاذن وعدمه ، إذ لم يعلم الاذن منهم
 في الغيبة على الجهاد الابتدائي الا بدعوى العلم بشاهد الحال وقد عرفت
 ما فيه .

الأمر السابع - : لا تخرج الأراضي عن كونها خراجية بتغلب
 الكفار عليها ، فلو عادت الى المسلمين - ثانياً - ضرب عليها الخراج ،
 وان كان العود عليهم لا بالغلبة منهم ، بل بالانجلاء عنها ونحوه ، لدخولها
 في ملكهم - أولاً - بالفتح عنوة وعدم وجود ما يوجب خروجها عنه ،
 وان هي إلا كالأعيان المغصوبة عندهم ، فهي باقية على حكمها الأولي من
 كونها للمسلمين وإن كانت تحت يد الكفار .

الأمر الثامن - : المراد بالمعمورة عند الفتح وكونها للمسلمين : كونها
 لهم بمعاراتها الكائنة فيها ، فما فيها من الدور والقصور وسائر الآثار من
 النخيل والأشجار بأراضيها للمسلمين ، إذ لا فرق في صدق المعمورة بين
 كونها عامرة بنفسها كالمزارع ، أو من حيث وجود العمارة فيها كالدور
 والعقار . نعم العمارات المستحدثة بعد الفتح لأربابها المحدثين لها لا يشاركهم
 فيها غيرهم .

فاذا عرفت أن الأرض - بما فيها من العمارات والآثار الكائنة عند
 الفتح - للمسلمين ، أشكل الحكم في ملكية ما يصنع من تلك الأراضي من
 الآلات والأواني كالجلس والآجر والكيزان المعمولة من طينها ، وأشكل

منه ، تملك ما يستخرجونه من تلك الأبنية القديمة بحفر او قلع مما كانت عمارة قبل الفتح وعند الفتح ، ولو بمهونة لإصالة تأخر الخراب عن الفتح المعلوم تأريخه كالمداخن ، لعل منها (الخورنق) ، وأراضي (هابل) ، ونحو ذلك من الآثار القديمة . فالأبنية المستحدثة بعد الفتح من تلك الآثار القديمة والمعمولة من هذه الأراضي ، ينبغي أن تكون - أيضاً - للمسلمين ، فكيف تكون ملكاً خاصاً ؟ فضلاً عن تملك الأرض تبعاً لها مع إجراء أحكام الملك الخاص على كل من القسمين من النقل والانتقال ونحو ذلك : ولذا اعتبر العلامة - رحمه الله - وجماعة - على ما حكى عنهم - في صحة رهن الآثار المستحدثة في المفتوحة عنوة - أن لا تكون معمولة من تلك الأراضي . ودعوى كونها بالانفصال والمهدم صارت مواتاً ، وبالأعمال فيها عادت محياة ، فيملكها المحيي لها ، لعموم أخبار الإحياء ، مع منع دعوى انصرافها الى غير ذلك لكونه من الانصرافات البدوية التي لا يعمل عليها فاسدة ، لأنه على تقدير تسليم منع الانصراف وشمول الأخبار لمثل ذلك - أرضاً وحياة ومواتاً - أن التملك بالأحياء مشروط بعدم سبق الملك للمالك معلوم بغير الاحياء ، وهما المالك معلوم ، وهم المسلمون ، والملكية لهم بالاعتناء ، فلا تكون مشمولة لأخبار التملك بالاحياء . وحينئذ ، فالقاعدة تقتضي توقف تملكها على الشراء من السلطان أو الحاكم وصرف الثمن في مصالح المسلمين ، أولاً أقل من الاستيذان من أحدهما ، مع امكان أن يقال : لا مداخلية للسلطان فيه ، لأن القدر المأذون في تناوله منفعة الارض ، لا أجزاؤها . إلا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع لا التملك فيجوز ، مع أن عمل الناس وسيرتهم على التملك من دون توقفه على شيء من ذلك .

هذا ولعل الوجه في صحة التملك : هو أن يقال : إن المنفصاة من

أجزاء الأرض لعمل اللبن والأواني وسائر الآلات المحتاج لها والمضطر إليها عموم الناس - تعد من منافعها ، وإن كانت عند الاتصال بها وقبل الانفصال عنها تعد من عين الرقبة ، فعموم الانتفاع بالأجزاء المنفصلة موجب لصدق المنفعة عليها وإن كانت هي من الأعيان الخارجية ، وهذه المنفعة مهذولة للمسلمين - كافة - من غير تخصيص من هذه الحيثية ببعض دون بعض ، وإن كان المأخوذ يختص به الآخذ ، والهبة بعموم البذل في صدق كونها مصروفة في المصالح العامة ، فهو بحكم المباح ، وإن كان ملكاً للجميع ، لعموم البذل ، فيختص به من سبق إليه ، لعموم قوله (ص) « من سبق الى ما لم يسبق إليه أحد : . . » (١) .

ولأن أبيت إلا لزوم تحقق الاذن مع ذلك - أيضاً - فهو متحقق بالسيرة القطعية الكاشفة عن ذلك .

هذا بالنسبة الى ما يعمل من الأرض كاللبن والأواني . وأما المستخرجة منها من تلك العمارات القديمة مما هو مدفون في الأرض بعد هدمها ، فقد يقال : إنها تعد من أجزاء الأرض كالمختلفة في ممر المياه من الطين والرمل من غير فرق بين أساس العمارة في الأرض ومهدومها ، فيكون - حينئذ - حكمه حكم ما مر من الأجزاء المنفصلة . نعم ، الآثار القائمة على الأرض مما لا يعد جزء منها كطاق كسرى ونحوه ، يشكل تملكها بالقلع إلا باذن السلطان أو الحاكم ، ولا حرج في الالتزام بذلك - بخصوصه - ولم تقم سيرة عليه كذلك .

الأمر التاسع - : يتفرع على ما ذكرنا - مما هو المجموع عليه : من كون المفتوحة عنوة للمسلمين - قاطبة - : أنه لا يجوز التصرف فيها

(١) راجع الجامع الصغير للسيوطي في مادة (من) وفيه : الى ما لم يسبقه إليه

مسلم فهو له .

بالبيع والشراء وسائر النوافل المملوكة لها ولا رهنها ولا وقفها ، بل ، ولا يصح
تعميرها بدون إذن ببناء دور ومنازل وسائر الآثار من غرس نخيل وأشجار
قال في (الميسوط) : « ولا يصح بيع شيء من هذه الأراضي
ولا هبته ولا معاوضته ولا تملكه ولا وقفه ولا رهنه ولا إرثه ، ولا يصح أن
يبني دوراً ولا منازل ولا مساجد ولا سقايات ولا غير ذلك من أنواع
التصرف ، ومتى فعل شيئاً من ذلك كان التصرف باطلاً ، وهو باق على
الأصل » انتهى (١) .

وتنقيح هذه المسألة يتم ببسط الكلام في طي مقامين :

الأول - هل يجوز إيجاد العمارة وإحداث الآثار في المفتوحة عنوة
من دون توقف على الاذن من الامام - عليه السلام - أو من يقوم مقامه
أو لا يجوز إلا باذن منه ؟ .

فنقول : مقتضى الأصل الأولي فيما كان مملوكاً للمسلمين - كافة -
هو عدم الحاكم على إصالة الإهانة في الأشياء . ولكن قد يقال بالخروج
عنه ، والحكم بالجواز : إما مطلقاً ، لأخبار التحليل ، أو التفصيل بين
ما عرض له الموت بعد الحياة عند الفتح ، لعموم أخبار الأحياء ، وبين
ما كان باقياً عليها .

وفيهِ : أما أخبار التحليل ، فهي مختصة بما كان لهم من الانفال ،
دون ما كان للمسلمين ، ولهم ولاية النظر فيها . وأما أخبار الأحياء ،
فهي مقيدة بعدم سبق الملكية لمالك معلوم - وفي الفرض مملوك والمالك
معلوم وهو المسلمون :

فاذاً ، لامناص عن القول بالتوقف على إذن الإمام ، أو من يقوم
مقامه ، وهو لا ينافي الحكم بملكية الآثار لمن كانت يده عليها ، حملاً للتصرفات

(١) راجع: كتاب الجهاد منه، فصل في ذكر مكة هل فتحت عنوة أو صلحاً

على الوجه الصحيح : من تحقق الاذن عند ايجادها وإحداثها .
ودعوى سقوط اعتبار الإذن في زمان الغيبة ، أو تحققها فيه ، على
عهدة مدعيها .

وقياسه بالأجزاء المنفصلة منها لعمل الآلات والأواني ، لعموم الانتفاع
ومسبب الحاجة - أيضاً - قياس مع الفارق . والسيرة عليها بدون الاذن
ممنوعة .

الثاني - اختلفت كلماتهم : في عدم جواز بيع المفتوحة عنوة ، وغيره
من النواقل - لعدم التملك مطلقاً - أو جوازه كذلك ، أو التفصيل بين
جواز بيعها تبعاً للآثار - بناء على انها تملك تبعاً لها ، فيدخل في المبيع
بالتبعية أو الجزئية ، أو التفصيل بين زمني الحضور والغيبة - كما نسب الى الدروس
- وان كان في النسبة نظراً - كما مستعزفه عند التعرض لكلامه - : أقوال :
ذهب الى الأول منها - جم غفير ، وهو المحكي عن الشيخ في كتابيه :
النهاية (١) والمبسوط - في مواضع منها (٢) وابن لإدريس - في موضع من
السرائر - حتى أنه أورد على نفسه - بعد المنع عنه مطلقاً - بما نصه :
« فان قيل : تراكم تبيعون ونقفون أرض العراق - وقد أخذت عنوة ،
قلنا : انا نبيع ونقف نحجيرنا وبناءنا ، فأما نفس الأرض لا يجوز

(١) راجع كتاب النهاية - آخر كتاب الزكاة - باب أحكام الأرضين حيث
يقول في تقسيمها : « وهذا الضرب من الأرضين - أي المفتوحة عنوة - لا يصح
التصرف فيه بالبيع والشراء والتملك والوقف والصدقات » ! .
(٢) - كما سبق آنفاً - عن المبسوط كتاب الجهاد ، فصل في ذكر مكة هل
فتحت عنوة أم صلحاً ؟

ذلك فيها ، (١) .

بل قيل : هو المشهور ، ولا سيما بين القدماء ، بل لسب القول بالجواز الى الشذوذ - كما عن موضع آخر من السرائر - نقلا عن الشيخ : انه اذا حجر أرضاً ثم باعها لم يصح بيعها ، وفي الناس من قال : انه يصح وهو شاذ ، وأما عندنا فلا يصح بيعه . . . » الخ (٢) :

بل ظاهر (الغنية) والكركي في (قاطعة اللجاج) دعوى الاجماع : قال - في الأول - : « وهذه الأرض المفتوحة عنوة بالسيف لا يجوز التصرف فيها ببيع ولا وقف ولا غيرها - ثم ذكر أحكامها ، وما يختص بالإمام - عليه السلام - من الألفال - الى أن قال : ودليل ذلك كله الاجماع المتكرر ، (٣) .

وقال - في الثاني - : « . . . » قال الشيخ في المبسوط والنهاية ، وكافة الأصحاب : لا يجوز بيع هذه الأرض ولا هبتها ولا وقفها » انتهى (٤)

(١) راجع من (السرائر) آخر كتاب الزكاة ، باب أحكام الأرضين وما يصح التصرف فيه ، وما لا يصح ، وقبل هذه العبارة وتعامها هكذا : « وهذا الضرب من الأرضين - أي المفتوحة عنوة - لا يصح التصرف فيه بالبيع والشراء والوقف والهبة وغير ذلك . . . » :

(٢) راجع هذه الجملة في آخر باب أحكام الأرضين من السرائر اثناء عرض الآراء في المسألة :

(٣) راجع ذلك في آخر كتاب الجهاد من (الغنية لابن زهرة) المطبوع في ايران ضمن جوامع الفقه :

(٤) راجع : المسألة الثالثة من المقدمة التالية - في حكم المفتوحة عنوة - من الرسالة وهي مطبوعة - كما مر عليك - ضمن مجموعة رسائل رضاعية وخراجية في ايران .

والى الثاني - السبزواري في (الكفاية) (١) والسيد العاملي في (مفتاح الكرامة) (٢) - في ظاهر كلاميهما - .

والى الثالث - جمع كثير - كما عن التحرير ، والمختلف ، والمنتهى (٣) وحواشي الشهيد ، واللمعة ، والروضة ، والمسالك ، وموضع من التذكرة والسرائر . وفي (المسالك) نُسبه الى جمع من المتأخرين (٤) . بل نسبته بعضهم الى مشهورهم . بل عن حواشي الشهيد : دخولها في المبيع بنحو الجزئية ، دون التبعية المحضة حيث قال - : « اذا بيعت نهياً للآثار جاز أن تكون مجهولة ، والأولى أنها جزء المبيع ، فلا بد من العلم بها أيضاً » ، وقال في (الدروس) : « لا يجوز التصرف في المفتوحة عنوة إلا باذن الامام - عليه السلام - سواء كان بالمبيع أو الوقف أو غيرها ، نعم في حال الغيبة ينفذ ذلك ، وأطلق في (المبسوط) : أن التصرف

-
- (١) حيث يقول في كتاب الجهاد المبحث السابع - بعد تعرضه لقول الشيخ في المبسوط ، والشهيد في الدروس بالمنع - « والأقرب القول بالجواز . . . » .
- (٢) راجع ذلك في أوائل كتاب إحياء الموات منه .
- (٣) راجع - من مختلف العلامة - كتاب الجهاد ، آخر الفصل الخامس في أحكام الأرضين . ومن المنتهى للعلامة أيضاً كتاب الجهاد ، البحث الثالث في أحكام الأرضين .
- (٤) قال الشهيد في المسالك في شرح قول المحقق : ولا يجوز بيعها . . . : « فاذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخلت في البيع على سبيل التبع ، وكذا الوقف وغيره ، ويستمر كذلك ما دام شيء من الآثار باقياً ، فاذا ذهب أجمع انقطع حق المشتري والموقوف عليه وغيرهما عنها هكذا ذكره جمع من المتأخرين ، وعليه العمل » .

فيها لا ينفذ » (١) .

وقال ابن ادريس : « إنما يباع تمجبرنا وبنائونا وتصرفنا في نفس الأرض » لانهى (٢) .

ونسب إليه القول بالتفصيل بين زمانى الحضور والغيبة : بعض مشايخنا منهم شيخنا في (الجواهر) والفاضل الجواد في (شرح اللمعة) . بل استظهر منه في (مفتاح الكرامة) : جواز بيعها مجردة عن الآثار :

قلت : وظاهر عبارته - وان أوهم ذلك في بادىء النظر - إلا أنه بعد ادنى للتأمل فيها - تجدها ظاهرة في التفصيل بين الزمانين في أصل التصرف بأحداث الآثار ، والله لا يجوز في زمان الحضور إلا باذن الإمام عليه السلام ويسقط اعتبار الاذن فيه ، فيصح وينفذ في زمان الغيبة . فهو قائل بصحة البيع ، تبعاً للآثار الصحيحة ، غير ان الآثار لا يصح أحداثها في زمان الحضور إلا باذنه ، وتصح في زمان الغيبة ، لسقوط الاذن فيها ثم - بناء على للملكية التبعية - ففي زوالها بزوال الآثار - كما في (المسالك) وغيره (٣) ، أو بقائها - وان زالت - كما في (المستند) (٤) وجهان : مبنيان على ان الملكية - ولو بالتبع - : هل هي متعلقة بنفس الأرض من حيث هي ، فلا بد - حينئذ - في خروجها عنها من مخرج شرعي

(١) راجع كتاب الجهاد منه ، درس في اللوائح

(٢) مضى آنفاً ص ٢٣٦-٢٣٧ نقل هذه العبارة عن (السرائر لابن ادريس)

كتاب الزكاة :

(٣) تقدم - آنفاً - ص ٢٣٨ ما نقلناه عن المسالك في ذلك ،

(٤) راجع منه : كتاب المكاسب ، في بيان جواز بيع الأراضي المفتوحة

حنوة وعدمه :

أو متعلقة بها من حيث انصافها بالوصف العنواني ، وهو التاهية الموجب لزوالها بزوال الآثار ، لانقضاء الموضوع - حينئذ - ولو بانتفاء جزئه ، وهو وصف التاهية ؟ .

ولعل الثاني هو الأظهر . وعليه ، فلا تبقى الملكية بعد زوال الآثار الموجبة لها بالتبعية :

حجة القول بالمنع - مطلقاً - : - مضافاً الى أنه مقتضى الأصل فيما هو ملك المسلمين - قاطبة - وظاهر الإجماع المتقدم - : الأخبار الناهية عن شراء أرض الخراج (١) .

حجة القول بالجواز - مطلقاً - : الأخبار الدالة على جواز شراء تلك الأرض التي :

منها - دلالة الاستثناء في ذيل (صحيحة الحلبي المتقدمة) (٢) : ومنها - صحيحة محمد بن مسلم قال : « سألت عن الشراء من أرض اليهود والنصارى ؟ فقال : ليس به بأس ، وقد ظهر رسول الله (ص) على أهل خيبر ، فخارجهم على أن تترك الأرض في أيديهم ، يعملونها ويعمرونها ، . . . وإما قوم أحبوا شيئاً من الأرض أو عملوه ، فهم

(١) راجع - في ذلك - (مستند التراقي) كتاب المكاسب : المسألة التاسعة

لا يجوز بيع الأراضي المفتوحة عنوة ، فقد استعرض روايات كثيرة في المقام :

(٢) راجع : ص ٢١١-٢١٢ من هذا الكتاب - ونص الصحيحة - كما عن كتاب

البيع من الجواهر - في شرح قول المحقق (وإما الأرض المأخوذة عنوة) : « مثل أبو عبد الله (ع) عن السواد : ما منزلته ؟ فقال : هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد ، فقلت : للشراء من الدهاقين ؟ فقال : لا يصلح إلا أن يشتري منهم على أن يصيرها للمسلمين ، فإذا شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها » .

أحق بها وهي لهم» (١) .

ومنها : - صحيحة محمد بن مسلم ، قال : « سألت عن شراء أراضيهم فقال : لا بأس أن تشتريها فتكون إذا كان ذلك بمنزلتهم ، فتؤدي فيها كما يؤديون فيها » (٢) .

ومنها : - رواية أبي بصير ، قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن شراء الأرضين من أهل الذمة ؟ فقال : لا بأس أن يشتري منهم إذا عملوها وأحبوها فهي لهم . وقد كان رسول الله (ص) حين ظهر على خير وفيها ، خارجهم على امر وترك الأرض في أيديهم يعملونها ويعمرونها » (٣) .

ومنها : - رواية محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) ، قال : « سألت عن ذلك فقال : لا بأس بشرائها ، فأنها إن كانت بمنزلتها في أيديهم يؤدي عنها كما تؤدي عنها » (٤) .

ومنها : - رواية إبراهيم بن أبي زياد قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشراء من أرض الجزية ؟ فقال : اشتريها فإن لك من الحق ما هو أكثر من ذلك » (٥) .

(١) تهذيب الشيخ : كتاب التجارات ، باب أحكام الأرضين ، حديث

تسلسل ٦٥٥ .

(٢) راجع : تهذيب الشيخ الطوسي ، كتاب التجارات ، باب أحكام

الأرض ، حديث تسلسل ٦٥٦ .

(٣) المصدر نفسه ، حديث تسلسل ٦٥٧ .

(٤) المصدر نفسه ، حديث تسلسل ٦٦٢ ، باختلاف بسيط في بعض الكلمات

(٥) راجع كفاية الأحكام للسبزواري كتاب الجهاد ، القول في أحكام

الأرضين المبحث السابع :

ومنها - خبر حرير عن أبي عبد الله (ع) قال : « سمعته يقول : رفع إلى أمير المؤمنين (ع) : رجل مسلم اشترى أرضاً من أراضي الخراج فقال (ع) له مالنا وعليه ما علينا ، مسلماً كان أو كافراً ، له ما لأهل الله وعليه ما عليهم ، (١) » .

ومنها - رواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي ، عن رجل اشترى أرضاً من أراضي الخراج ، فبني بها أو لم يبن ، غير أن أناساً من أهل اللمة زلواها ، أله أن يأخذ منهم أجرة البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم ، قال : يشارطهم ، فما أخذ بعد الشرط . فهو حلال ، (٢) .

ومنها - ذيل رواية صفوان - المتقدمة - الناطقة بعد النهي عنه بقوله قلت : يبيعهما الذي هو في يده ، قال : ويصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ ثم قال : لا بأس ، اشتر حقه منها ، وتحول حق المسلمين عليه ، ولعله يكون أقوى عليه وأملاً بخراجهم منه « (٣) » .

وفيه - مع أن مورد جملة منها - بل أغلبها - أرض الجزية المحتمل فيها لأجملها كون الأرض ملكاً لهم ، ووصلحوا على أنها لهم والجزية فيها على أعناقهم وإن سميت بالأرض الخراجية لكون الخراج للمسلمين - كما في الجواهر - (٤)

(١) راجع - كتاب البيع من الجواهر - في شرح قول المحقق (يجوز بيعها تبعاً لآثار التصرف) والوافي ، أبواب أحكام الأرضين ، باب ١٥٩

(٢) تهذيب الشيخ ، كتاب التجارات ، باب أحكام الأرضين ، حديث تسلسل ٦٦٣ ، و ٦٧٩ باختلاف الطريق إلى اسماعيل بن الفضل .

(٣) راجع الرواية - كاملة - في تهذيب الشيخ ، كتاب التجارات ، آخر باب أحكام الأرضين ، حديث تسلسل ٦٨٦ وتقدمت في هذا الكتاب ص ٢١٢ .

(٤) راجع منه : كتاب الجهاد - في شرح قول المحقق : وكل أرض فتحت صلحاً فهي لأربابها - فإنه يرى ذلك بعد عرضه لقسم من الروايات المذكورة في المتن - وكتاب البيع - في شرح قول المحقق (يجوز بيعها تبعاً لآثار التصرف) .

وان كان فيه من البعد ما لا يخفى - :

أنها لا تدل على ملكيتها - مطلقاً - حتى مع تجردها عن الآثار ، بل لعلها بعد التأمل يظهر كونها عند الشراء مشغولة بالآثار التي هي مملوكة للبائع ، - كما يؤمى اليه ذيل خبر صفوان - بناء على أن المراد من (الحق) هو الآثار المهنبة كيف - ومع التجرد عنها هو كغيره من المسلمين لا يملك بالخصوص شيئاً حتى ينقله الى المشتري .

ولو سلم ظهور بعضها - ولو بالاطلاق - إلى ما كانت مجردة عن الآثار فهو محمول على إرادة صورة الشراء ، ولو بضرب من التسامح بإرادة مجرد رفع ذي اليد بده عنها ، دون الشراء الحقيقي المتوقف على تملك البائع لها ، إذ لا يبيع إلا في ملك . ومثل هذا النحو من اليد يعبر عنه في عرفنا - الآن - بـ «الزمة» وليست هي بدأ تفيد الملكية أو الاختصاص إذ لا شيء له فيها حتى يوجب شيئاً من ذلك :

حجة القول بتملكها - تبعاً للآثار ، فيجوز بيعها كذلك :

هو الجمع بين ما دل على المنع من الأخبار بحمله على بيعها مجردة عن الآثار ، وبين ما دل على الجواز بحمله على بيعها تبعاً لها :

مضافاً إلى دعوى السيرة القائمة بين الناس : خلفاً عن سلف على بيعها وشرائها ، سيما الدور والعقارات ، ووقفها مدارس ومساجد أو غيرها غير وليس إلا لكون الأرض مملوكة للمالك الآثار بالتبع .

وفيه : إن هذا النحو من الجمع يتوقف على وجود شاهد له غير موجود في المقام ، ودعوى السيرة على ذلك على عهدة مدعيها ، سيما في الدور والعقار كالمزارع ونحوها .

والانصاف : انه لا يستفاد من الأدلة - سيما بعد ملاحظة الأخبار الناهية ومقتضى الأصول الأولية - أزيد من ثبوت حق الاختصاص والأولوية

بالتصرف في الأرض لمن له الآثار فيها ، فإذا بيعت الآثار المملوكة لبايعها لحق المشتري ما كان للبايع في نفس الأرض من حق الاختصاص والأحقية بالعصرف .

هذا ، وبشكل الحكم في الأوقاف العامة المبنية على الدوام ، سيما في المساجد لتعلق الغرض الأصلي في وقف المسجد بأرضها ، وإن قلنا بملكية الأرض تبعاً للآثار الموجب لزوال الوقفية بزوالها الموجودة في الأراضي المفتوحة عنوة ، سيما فيما كان معلوماً منها كأرض العراق فضلاً عما لو قلنا بعدم ثبوت غير حق الاختصاص فيها بترتب أحكام المسجدية - حينئذ - في نفس الأرض ، حتى مع وجود الآثار التي لم يتعلق الوقف - حينئذ - إلا بها - خاصة - وهذا الالتزام من الشناعة بمكان كشناعة الحكم ببطلان المساجد المبنية في العراق عند خرابها وزوال آثارها . مع أن السيرة القطعية قائمة بين الخواص والعوام على بقاء الأوقاف - خصوصاً المساجد - على وقفيتها ، وترتيب أحكام مسجديتها وإن زالت الآثار بمحملتها : فلا بد من توجيه ذلك بما ينطبق على ما ذكرناه من حكم المفتوحة عنوة ، فنقول :

أما بناء على بقاء الملكية التبعية في الأرض - بعد زوال الآثار - : فواضح ، وأما بناء على زوالها بزوال الآثار ، فيمكن أن يوجه بوجوه : الأول - : إن المساجد الموجودة في المفتوحة عنوة - مثلاً - مما يشك في كون أرضها بالخصوص كانت عامرة عند الفتح حتى يملكها المسلمون والأصل يقضي عدمه ، وهو كاف في الحكم بدوام الوقفية ، وإن زالت الآثار : نعم ، لو فرض - نادراً - تحقق العلم بذلك في أرض مسجد - مثلاً - فلا نمنع من انقطاع الوقفية بعد الدراسات الآثار بالكلية ، ولا يلزم من الالتزام بذلك - لغاية ندرتها - شناعة ولا مخالفة للسيرة ، إذ نمنع قيامها

على مثل ذلك - أيضاً - :

الثاني - إن اليد النوعية عليه كاليد الشخصية بالنسبة إلى ما هي عليه من الدلالة والامارية والمساجد والمدارس ونحوها من الأوقاف العامة عليها يد المسلمين نوعاً فيحكم بمفادها كما يحكم بمفاد اليد الشخصية ، بناء على اعتبارها في إفادة الملكية المطلقة بالنسبة إلى ما كانت هي عليه في المفتوحة عنوة - كما يأتي - بل اليد النوعية منتهية إلى اليد الشخصية ، وهي يد الواقف الممكن في حقه التملك على بعض الوجوه المصححة له .

الثالث - إن الملكية الكلية المرددة بين ما يقتضي دوامها ، كما لو كانت مواتاً عند الفتح بملكها المحيي لها - دائماً - لكونها للإمام عليه السلام دون المسلمين ، وبين ما لا يقتضي ذلك ، كما لو كانت محياة عنده مستصحبة وهي كافية في الحكم بالدوام ، ضرورة أن الحكم بالقسطاع الوقف بعد زوال الآثار من أحكام الملكية المقيدة بها وجوداً وعدمياً ، دون مطلق الملكية أو الملكية المطلقة .

غير أن هذا الوجه الأخير لا يتم على ما اخبرناه من عدم ثبوت غير حق الاختصاص في الأرض ، إذ لا وقف إلا في ملك :

الأمر العاشر - لإشكال في ثبوت كون الأرض من المفتوحة عنوة ، أو من العامر في وقتها بما يفيد العلم : من التواتر والشيعاء والقرائن القطعية المقيدة له : وهل يثبت بما يفيد الظن من الإمارات الظنية كقول المؤرخين وغيرهم ؟ .

وبعبارة أخرى : هل الظن يقوم مقام العلم وما يحكمه في ثبوت ذلك أولاً ؟ ذهب جماعة - ومنهم شيخنا في الجواهر - إلى عدم اعتبار الظن هنا : وذهب غير واحد - ولعله الأكثر - إلى اعتباره .

حجة المنع عن العمل بالظن : الأصل ، وعدم الدليل عليه ،

بل الدليل على عدمه من الكتاب والسنة ، فيجب الرجوع - حينئذ - مع عدم العلم أو ما في حكمه كالبيئة - إلى ما تقتضيه الأصول المعتمدة .
 وحينئذ ، فما كان الشك في كونها من المفتوحة عنوة ، أولاً ، فمقتضى الأصل عدمه وعدم تحقق ما هو سبب الملكية للمسلمين . وإن كان الشك في عمارتها عند الفتح بعد إحراز كونها منه . فإن علم كونها معمورة قبل الفتح وشك في خرابها قبله أو بعده كان الحياة مستصحبة إلى ما بعده فيكون للمسلمين ، وإن لم يثبت به عنوان المرات بعده ، لكونه من الأصل الملبث ، إذ الحكم المزبور مرتب على الحياة عند الفتح وإن لم يعلم ذلك ، سواء علم بهارته وشك في تقدمها على الفتح أو حدوثها بعده أو لم يعلم بها أصلاً ، وكالت محتملة ، فالأصل يقتضي العدم .

لا يقال : إنا نعلم كون الأراضي منها ما هي عنوة وما بحكمها ، ومنها ما هي ليست كذلك واشتبه علينا وكان من الشبهة المحصورة من الكثير في الكثير ، فيجب الاجتناب عن جميعها ، إذ لا مجرى للأصول في أطرافها - على الأقوى - كما تقرر في محله . ومثله الشبهة في كونها عامرة أو غامرة عند الفتح لعدم الإبقاء بجميع أطرافها بالنسبة إلى من يجرى الأصل في قطعة منها التي هي محل اهتلاؤه .

واستدل : في (الكفاية) على كفاية الظن مطلقاً ، وقيامه مقام العلم بما نصه - في البلد المشكوك - : « فاما ان يجرى عليه خصوص حكم بلا أمر دال عليه أو امارة ظنية ، ففيه ترجيح حكم بلا مرجح ، أو يرجع فيه إلى الظن . وإذا بطل الأول تعين الثاني ، وإيضاً ، إن كان المظنون فيه أمراً كان خلافه مرجوحاً ، فاما أن يعمل فيه بالراجح أو بالمرجوح أولاً يعمل بشيء منها . لا وجه للثالث ، وهو ظاهره ولاوجه للعمل بالمرجوح ، فتعين المصير إلى الأول » انتهى موضع الحاجة من

كلامه (١) ،

وفيه : إن العمل بما تقتضيه الأصول ليس من الترجيح بلا مرجح ، فضلاً عن كونه ترجيحاً للمرجوح بل هو من العمل بالدلائل الشرعي ، واعتبار رجحان الظن أو الكلام ، سيما ومقتضى الأصل عدمه .

هذا ، ولعل الأقوى في المقام ونحوه مما يتغذر العلم وما يحكمه من البينة في تشخيص الموضوعات التي يترتب عليها الأحكام - الرجوع إلى الظن الحاصل من أهل الخبرة في تشخيصها - سواء كان الشك في مفهوم الموضوعات أو في مصاديقها ، فإن المرجع في ذلك العرف الخاص ، كما عليه بناء العقلاء في معرفة ما يتعلق به أغراضهم من ذلك ، ومنه الظنون الرجالية والحاصل من قول اللغويين :

ويرشد إليه صحيحة عمارة الساهطي في معرفة المواقيت عن الصادق عليه السلام ، قال : « يجزئك إذا لم تعرف العقيق أن تسأل الناس والأعراب عن ذلك » (٢) .

وكلمة (يجزئك) ظاهرة في كفاية الظن ، إذ ما وراء العلم من شيء .

(١) قبل هذه العبارة - كما في المبحث الثالث من كتاب الجهاد - القول في أحكام الأرضين « فإن علم كون بلد آخر كذلك (أي مفتوحة عنوة) - فذلك ، وما لم تعلم فيه ذلك وكان مشتبهاً فالظاهر أن يعمل بالظن هنا ، بيان ذلك أنا نعلم أن بعض البلاد كان مفتوحاً عنوة وبعضها صلحاً ، وما كان صلحاً اشتبه أمره في أن الصلح وقع على أن تكون الأرض لهم أو وقع على أن تكون الأرض للمسلمين فيكون حكمه حكم المفتوح عنوة ، فهذا البلد المشتبه إما أن يكون على سبيل الأولين فيكون للمسلمين وعليه الخراج ، أو على سبيل الثالث فلم يكن عليه خراج » .

(٢) وسائل الشيعة للحر العاملي ، كتاب الحج ، باب جواز سؤال الناس

عن الميقات مع الجهل به : : : حديث تسلسل (١) .

ويمكن أن يقرر الدليل بنحو أسد من ذلك بما يرجع إلى دليل الانسداد
وتقريره : هو انسداد باب العلم وما يحكمه في المقام لتطاول الزمان
وخراب العمران وعدم إمكان الرجوع إلى الأصل ، للزوم المخالفة القطعية
- كثيراً - وعدم إمكان تعطيل حكم تلك الأراضي ، والعمل بالاحتياط
متملر أو متعسر ، فلا مناص عن العمل بالظن الحاصل من القرائن والآثار
القديمة وكلام السير والتواريخ المتبعة والتدرج في العمل بالظن إلى الأقوى
فالأقوى كما هو جار في كثير من الموضوعات العامة البلوى التي انسدت فيها
باب العلم وما يحكمه من البيئة كوضوح النسب ونحوه .

والظاهر : عدم التعويل على ضرب الخراج ، وإن عول عليه غير
واحد من الفقهاء لأن اعتباره إن كان من جهة حمل فعل المسلمين على
الصحة ، ففيه : أنها متفقية بفساد أساسه - كما تقدم - فلا صحة حتى يحمل
عليها : ودعوى وجوب الحمل على ما يوجب أخفية الفساد عند الدوران
بينه وبين الأشد والأفسد ، لا دليل عليه :

وإن كان من جهة إفادته الظن ، فالصغرى ممنوعة - بعد أن كان
الخراج مضروباً على الأراضي الخراجية وغيرها من الأتقال والتي صولحوا
عليها ، على أن الأرض لهم والجزية في أعناقهم . ومنه يعلم أن المشكوك
منها الحياة - فعلاً - المردد حالها بين كونها خراجية أو مجهولة المالك أو
هي للإمام عليه السلام من تركة من لا وارث له ، لدورانها في نفس
الأمر بين كونها من عامرة (المفتوحة عنوة) أو من غيرها ، فملكها المحيي
لها ، غير أنه مجهول المالك ، إن كان هو أو وارثه موجوداً لا نعلمه ،
ولما فهو ميراث الإمام لأنه وارث من لا وارث له ، وإن دخل في أطراف
الشك كونها مما أنجلي عنها أهلها ، احتمال كونها للإمام من هذه الجهة
- أيضاً - يرجع في أمرها إلى الحاكم ، وإن كان عليها يد الجائر أو يد

من أخذها منه بالخراج ، إذ لا بد له في الحقيقة عليها لكونها عادة في الخراجية - أيضاً - فلا يثبت كونها خراجية بقول ذي اليد ، ولا بضرب الخراج ، لما عرفت . ويعمل فيها الحاكم : إما بالقرعة ، لكونها لكل أمر مشكل - وإن كان العمل بها مع عدم الجابر لها أشكل - أو بصرف أجرتها فيما ينطبق عليه كل من العناوين المتقدمة :

نعم ، لو كانت تحت يد مدعي الملكية لها حكم بها له ، لليد ، لا مكان تملكها بوجوه من الصحة ، بل يحكم بكونها له ، وإن علم كونها من (المفتوحة عنوة) بعد إمكان فرض للصحة فيها على وجوه ، منها تملكه بالاحتساب عليه من الخمس أو الشراء من المستحق المحسوب عليه خساً ، أو من طرف حصة الامام المباح للشيعة ، وغير ذلك :

الأمر الحادي عشر : يجوز للامام عليه السلام - ومن يقوم مقامه إقطاع شيء من أرض (العنوة) لبعض ، ولا يخرج به عن كونها خراجية لأن معناه كون خراجها له ، لا خروجها عن الخراجية . وهل يجوز له بيع شيء منها ، وإن اقتضت المصلحة ما لم تبلغ نحو حفظ بيضة الاسلام ؟ إشكال . والظاهر العدم ، الاصل ، وظاهر قوله (ع) - فيما تقدم (من بيعها وهي للمسلمين) لظهور كون السبب في انكاره (ع) كونها للمسلمين لا كون البائع غيره ، فإنه في قوة قوله (لا تباع) لكونها للمسلمين ، وقوله عليه السلام في رسالة حماد المتقدمة له : فهي موقوفة متروكة بيدي من يعمرها » (١) الظاهر في إرادة التأييد والدوام وصرف الارتفاع في مصالحهم ولزوم مراعاة الأصاحية عند تعارض المصلحتين ، ومقتضاه العدم - غالباً - .

(١) راجع : ص ٢١٣ من هذا الكتاب . وراجع : مسند الزاقي ج ٢ كتاب

المكاسب المسألة التاسعة - في حكم الأراضي المفتوحة عنوة - :

تنبيه : ما تداول في عصرنا - الآن - في (دولة آل عثمان) مع بيع الأراضي الخراجية وغيرها ، معبرين عنها بـ (الطابو) يجعلونها في مهادن المزايدة ، ويعطونها إن دفع الزيادة ، ثم من بعده لأولاده الذكور والاثلاث بالتساوي بينهم - ليس هو بيعاً حقيقياً ولا تملكاً واقعياً ، بل إنما هو تفويض وتقبل بالمقاسمة على الخمس من حاصلاتها . غير أنه آلى على نفسه السلطان أن لا يغير المتقبل ما دام حياً ، ويقبل أولاده من بعده ذكوراً وإناثاً ، فقبلاً جديداً ، قرر به هذا النحو على نفسه من أول الأمر ولذا يسترد الصكوك المعبر عنها بـ (الأوراق الخاقانية) المدفوعة - أولاً - ويعطي أولاده - مطلقاً كل واحد منهم ورقة خاقانية مستقلة مهيئة فيها بمقدار سهمه بحسب العوزيم على رؤوسهم بالسوية ، وكيفية التقبيل وكية القهالة منوطتان برائيه ، فلا تملك ولا تملك ولا إرث ولا ميراث ، حتى ينكر ذلك بمخالفتها لحكم الأراضي الخراجية وقواعد المواريت .

كما وقع الالتكاز من جماعة ممن لا خبرة له بحقيقة الأمر ، وما يأخذه من النقود - أولاً - عند المزايدة ليس ثمناً - كما توهم - بل هو للتقديم ، في التقبيل ولعله يصرفه في محله - ليس علينا حسابه :

الأمر الثاني عشر : ولاية التقبيل والتسليط للإمام عليه السلام فقبلها ممن يشاء وأي كيفية يشاء من الخراج - وهو للضريبة - بقدر مخصوص من المال يأخذها من طرف أجرة الأرض أو بالمقاسمة ، وهي القدر المخصوص من حاصلاتها : من النصف أو الثلث أو الربع - مثلاً - . وقد يطلق اسم (الخراج) على (المقاسمة) أيضاً ، ويأخذ القهالة ويصرفها في المصالح العامة : وإن عين مدة فله أخذها من المتقبل بعد انقضاء المدة ونقلها من آخر بما يراه من كمية الخراج وكيفية .

وبدل عليه - مضافاً الى أن له الرئاسة الكبرى ، وهي من آثارها وأحكامها - .

جملة من الأخبار التي منها - رواية صفوان ، والبرزطي ، قال : ذكرنا له الكوفة وما وضع عليها من الخراج - إلى أن قال - : « وما أخذ بالسيف فذلك للامام يقبله بالذي يرى ، كما صنع رسول الله (ص) بنخبر ، قبل سوادها وبياضها - يعني أرضها ونخلها - إلى أن قال - : إن أهل مكة دخلها رسول الله (ص) عنوة وكانوا أمرى في يده ، فأعتقهم فقال : اذهبوا التم الطلقاء » (١) :

ومنها - صحيحة البرزطي ، وفيها : « وما أخذ بالسيف فذلك الى الامام (ع) يقبله بالذي يرى ، كما صنع رسول الله (ص) بنخبر ، قبل أرضها ونخلها . . . » الحديث (٢) .

ومنها - ما تقدم من سيرة أمير المؤمنين (عليه السلام) في أهل العراق التي هي لإمام لسائر الأرضين (٣) .

وبالجملة ، فلا كلام في أن النظر وولاية التصرف في هذه الأراضي بالأصل للامام - عليه السلام - في زمان حضوره وبسط يده .

ومع عدمها - كما في زمان الغيبة - ففي سقوط الولاية من أصلها ، فيجوز التصرف لكل أحد بلا توقف على الاذن ، أو ثبوتها للنائب للامام إن كان مهسوط اليد متمكناً من التقبيل وصرف القهالة في وجهها ، بناء على عموم أدلة الولاية وكونه مفوضاً اليه ما هو أعظم من ذلك كإقامة

(١) و (٢) راجع : مستند النراقي ج ٢ كتاب المكاسب ، المسألة

التاسعة من المقصد الرابع في حكم الأراضي المفتوحة عنوة .

(٣) تقدم هذا الحديث ص ٢٢٨ من هذا الكتاب . راجع : مستند النراقي

كتاب المكاسب المسألة التاسعة من المقصد الرابع .

الحدود : ومع عدم بسط يده فالى السلطان - وبعبارة أخرى ، لابد من الاذن في جواز التصرف من الحاكم مع بسط يده ، وإلا فن السلطان :

قولان : المشهور هو الثاني . بل في (الكفاية) : القول به هو قضية كلام الأصحاب (١) . وفي (المسالك) : في حكم هذه الأرضين في زمان الغيبة : « وهل يتوقف التصرف في هذا القسم منها على اذن الحاكم الشرعي إن كان متمكناً من صرفها في وجهها - بناء على كونه نائياً عن المستحق مفوضاً اليه ما هو أعظم من ذلك ؟ الظاهر ذلك ، وحينئذ فيجب عليه صرف حاصلها في مصالح المسلمين : ومع عدم التمكن أمرها إلى الجائر وأما جواز التصرف فيها كيف اتفق لكل أحد من المسلمين ، فبعيد جداً بل لم أفق على قائل به ، لأن المسلمين بين قائل بأولوية الجائر وتوقف التصرف على اذنه ، وبين مفوض الأمر الى الامام العدل عليه السلام ، فع غيبته يرجع الأمر الى نائيه ، فالتصرف بدولها لا دليل عليه . وليس هذا من هاب الأنفال التي أذنوا - عليهم السلام - لشيعتهم في التصرف فيها في حال الغيبة ، لأن ذلك حقهم ، فلهم الاذن فيه - مطلقاً - بخلاف المفتوحة عنوة ، قالها للمسلمين قاطبة ولم ينقل عنهم الاذن في هذا النوع ، انتهى (٢) :

واستدل عليه - أيضاً - بدعوى غير واحد الانفاق على وجوب دفع الخراج إلى السلطان الذي هو بمنزلة العوض وأجرة الأرض ، فاذا كان له الولاية على العوض كان له الولاية على المعوض - أيضاً - :

(١) راجع : كفاية الأحكام للسبزواري ، كتاب الجهاد ، القول في أحكام الأرضين ، المبحث السادس .

(٢) راجع كتاب الجهاد من المسالك - في حكم الأراضي المفتوحة عنوة في شرح قول المحقق « والنظر فيها إلى الامام » .

وذهب بعض إلى الأول ، واحتمله في (الكفاية) بعد أن حكاه عن بعض (١) واختاره في (المستند) ونسب القول به إلى ظاهر الشيخ في (التهذيب) مستظهراً ذلك من عبارته فيه ، وهي قوله : « وأما أراضي الخراج وأراضي الانفال والتي قد انجلى أهلها عنها ، فالأولى قد انجلى - أيضاً - التصرف فيها مادام الامام مستتراً ، انتهى (٢) وان كان في الاستظهار منها تأمل :

قلت : تنقيح المسألة هو أن يقال : إن ما كان منها تحت يد السلطان وكان متولياً عليه ، فيرجع اليه في التقبل ويدفع اليه القبالة على ما خارجه عليه من الخراج والمقاسمة ، لإجماعاً عليه - بقسميه - مع دلالة بعض المعبرة عليه ، بل قيل بعدم جواز منعها وجعلها ، بل صريح غير واحد دعوى الاتفاق عليه - أيضاً - .

(١) راجع ذلك في المبحث السادس من أحكام الأرضين ، ضمنى كتاب الجهاد .

(٢) قال التراقي في (المستند ج ٢ كتاب المكاسب) المسألة التاسعة من المقصد الرابع ، بعنوان ان الموات من الأراضي المفتوحة عنوة مخصوصة بالامام : « والمعروف من مذهب الأصحاب والمدلول عليه بالأخبار : أن تولية هذه الأراضي والنظر فيها الى الامام يصنع فيها ما يراه من تقبيلها ممن يريد كيف يريد ، وظاهر ذلك بل صريح قوله (وذلك للامام وأبيه) ومقتضى إصالة عدم جواز التصرف في ملك الغير بدون إذنه - على ما ذكرنا من ملكية هذه الأراضي فيه سهو حاله أو للامام - عدم جواز التصرف لأحد فيها إلا بإذنه ، وهو كذلك مع ظهوره واستقلاله واما بدونهما فقد وقع الخلاف فيمن له التصرف فيها : فظاهر الشيخ في (التهذيب) جواز التصرف فيها وإباحته لكل أحد من الشيعة ، قال : « وأما أراضي الخراج : . . . »

وأما مالا بداه عليه منها ، فيرجع في التصرف إلى الحاكم مع بسط يده . ومع عدمه : ففي جواز استقلاله بالتصرف ، أو الرجوع إلى السلطان وجهان ، مبنيان على أن إمضاء الشارع لأعماله : هل هو للتقية وتسهيلاً لأمر الشيعة في انتفاعهم بها ، فلا يجب إلا عند الضرورة التي تقتدر بقدرها أو لتنزيله منزلة الامام العادل ، بعد تغلبه وقيامه بمنصب الامامة حدوداً في حفظ البيضة وحماية الحوزة ، صيانة للدين وخوفاً من تفرق كلمة المسلمين ، إلى أن يظهر من يبسطها قسطاً وعدلاً بعد ما ملئت ظلاماً وجوراً ويرجع الأمر إلى أهله وبدور الحق على مركزه - عجل الله فرجه - كما يشعر به سيرة علي - عليه السلام - وأصحابه مع الخلفاء : وعليه ، فيجب الاستئذان منه والرجوع إليه ، ولو مع التمكن من عدمه .

لا يقال : إنه - حينئذ - يجب تقديمه على الحاكم حتى مع بسط يده - أيضاً - :

لأننا نقول : الحاكم وكيل عن الامام ، فإذا فرض بسط يده ، كان كما لو كان الامام - عليه السلام - مبسوط اليد . هذا بالنسبة إلى التصرف في نفس الأرض : وأما في ارتفاعها فهو تابع لها في الانتهاء المذكور ، فيجب دفعه إليه - على الثاني - وإن تمكن من عدمه ولا يجب - على الأول - إن تمكن من ذلك .

ودعوى الاتفاق على عدم جواز منعهما وجحدهما - لو سلمت - فسلمة بالنسبة إلى جحدهما بالكلية ، لا بالنسبة إلى خصوص الجائر ، ولو تنزلنا فهي مسلمة بالنسبة إلى ما كالت تحت يده وخارجة عليها - لا مطلقاً - : وبالجملة ، فالكلام في وجوب ذلك ، وعدمه - أرضاً وارتفاعاً - مبني على ما تقدم من وجهي إمضاء الشارع لأعمال السلطان .

هذا ، ومقتضى التنزيل المتقدم عدم الفرق في التغلب الجائر بين

المخالف والمؤالف من غير مدخلية اعتقاد حلية أخذ الحراج واستحقاق الامرة على المسلمين في ذلك ، بعد أن كان المناط حفظ النظام وإعلاء كلمة الاسلام :

ويحتمل قصر الحكم فيما خالف الأصل من إمضاء عمل الجائر على الأول ، اقتصاراً فيه على القدر المتيقن ثبوته من الشرع ، سيما ولم يكن لغيره سلطان في زمن ورود الأخبار الآمرة بذلك ، ومع تعدد ذي الشوكة والسلطان ، ففي الأخير بينهما أو التوزيع عليهما ، أو تقديم المخالف منهما مع التعالف للاحتياط ، أو تقديم غيره ، أو الأقوى منها شوكة أو الأضعف تقوية له ، أو تعيين الدفع إلى من تقبل منه : - احتمالات ، كلها - عدا الأول منها - استحسانات ضعيفة .

ثم إن ها هنا - كلاماً لشيخنا صاحب (الجواهر) لا يخلو عن تأمل وهو أنه قال : « ثم إن مقتضى السيرة بين العوام والعلماء عدم وجوب صرف ما ينفق حصوله من حاصلها في يد أحد من الشيعة - من جائر أو غيره في زمان الغيبة في المصالح العامة ، بل له التصرف فيه بمصالحه الخاصة ، بل قد يقال بحصول الاذن منهم في ذلك للشيعة من غير حاجة الى رجوع الى نائب الغيبة ، وان كان الأحوط - إن لم يكن أقوى - استئذانه ، والظاهر أن له الاذن - مجاناً - مع حاجة المستأذن ، كما أن الظاهر حل تناوله من الجائر بشراء أو انهباب وغيرهما » (١) ثم قال بعد ذلك في شرح قول مصنفه - : يصرف الامام حاصلها في المصالح العامة . . . الخ - : « وهل تجب مراعاة ذلك إن حصل منها في يده في زمن الغيبة ولو باذن نائبها

(١) راجع هذه الجملة في كتاب الجهاد من (الجواهر) القسم الثاني في أحكام الأرضين ، في أخريات شرح قول المحقق (كمال أرض فتحت عنوة وكانت عناية فهي للمسلمين) .

وجهان ، أحوطهما ذلك ، وأقواهما العدم ، لظاهر نصوص الإباحة والسيرة المستمرة في سائر الأعصار والأمصار بين العلماء والعوام ، بل قد تمكن جملة من علمائنا كالمرتضى والرضي والعلامة - رحمه الله - وغيرهم من جملة منها ، ولم يحك عن أحد منهم التزام الصرف في نحو ذلك ، بل لعل المعلوم خلافه من المعاملة معه معاملة غيره من الأملاك » انتهى .

قلت : وعبارته في المقامين كما ترى - صريحة في جواز صرف ما كان من الخراج والمقاسمة في مصلحته الخاصة ومشعرة بعدم الرجوع إلى الجائر في شيء من ذلك :

مع أن المصرح به في كلمات الأصحاب والمدلول عليه بالأخبار: اختصاص صرفها في خصوص المصالح العامة ، بل لم أعثر على من اكتفى في مصرفها بمطلق المصلحة ، وإن كانت خاصة مستدلاً (يعني صاحب الجواهر قده) على دعواه بنصوص الإباحة ، وبالسيرة :

وفيهما نظر :

أما استدلاله بالأخبار ، فإن أراد به الاستدلال على جواز الاستبداد بالتصرف في الأرض وخراجها من دون إذن بناء على أن ولاية التصرف من حقوق الإمام عليه السلام وما كان لهم فقد أحاطه لشيعتهم :

ففيه أنها من وظائف الإمامة لامن الحقوق المالية حتى تتعلق بها الإباحة . وإن أراد الاستدلال بها على جواز تناوله وصرفه في مصالح نفسه ففيه أنه للمسلمين ، فلا يكون مشمولاً لأخبار الإباحة ما هو لهم لشيعتهم . وأما استدلاله بالسيرة ، ففيه : منع قيامها على مدعاه ، وكيفية عمل المرتضى وغيره ، غير معلوم لنا .

وكان الأحسن له أن يستدل على عدم تعيين الصرف في المصالح العامة بجواز أخذ جوائز السلطان ، ولو كانت من الخراج والمقاسمة ، من

الصلات والهيئات المدلول عليه بمنقول الاجماع ، بل كاد أن يكون جوازه من الضروريات والمسلمات ، مع كون نحو ذلك من العطيات من المصالح الخاصة ، حتى أن من نقل عنه الاحتياط والتوقف من ذلك لم يستند في وجه ذلك إلا لكون الجائر غاصباً وبده يد عدوان ، ولو كان متعيناً صرفه في المصالح العامة لكان الاستناد إلى كونه من صرف المال في غير مصرفه وبذلك لغير مستحقه أولى ، وليس إلا لكون جواز تناول عندهم من المسلمات ودعوى أن ذلك من باب (لنا المهنات وعليه الوزر) بعيدة جداً (١) :
 آللهم إلا أن يحجب عنها بما أشرنا إليه - سابقاً - من كون اعطاء الجوائز الذي هو من لوازم الرئاسة محسوباً من المؤن معدوداً من المصالح العامة ، فهو من قبيل (الاذن في الشيء إذن في لوازمه) .

وأما تمكن المرتضى والرضي وغيرهما من العلماء من تلك الأراضي ومعاملتهم لها معاملة أملاكهم ، فالظاهر أنها كانت من الاقطاعات التي قد تقدم الكلام فيها ، مع إمكان أن يكون على وجوه أخر من الصحة فلا يصلح أن يكون شاهداً له على صحة دعواه .

الأمر الثالث عشر : يلحق بالعمران : حريمها ومرافقها ، وإن كانت وائناً لتبعيتها لها والحاجة إليها - كطرح القمامة ومركز الخيل ومرعى المواشي - بما لا يخرج في البعد عن العادة ، ولعلها بحيث تسرح في الغداة وتروح في العشي .

الأمر الرابع عشر : لو فتحت بلدة بالعنوة من سمت ، وبالصالح من سمت آخر - كما وقع على ما قيل - في زمان للثاني في بعض بلاد الشام دخلها أبو عبيدة بالصالح من باب ، وخالد بن الوليد بالعنوة من باب

(١) مضمون حديث عن الإمام الصادق (ع) ذكره الشيخ في

آخر ، وكل لا يعلم بما فعاه الآخر ، حتى التقى الفريقان عند كنيسة مريم
فرقة بالسيف ، وفرقة بالأمان ، فهل هي من المفتوحة عنوة أو صلحاً ؟ :
لعل للظاهر أنها ليست من العنوة ، لعدم تحقق تمامية الاستيلاء بها ، ولا
عبرة بلوائح الفتح وعلاماته قبل أن تضع الحرب أوزارها ، كما لا عبرة
بالكر والفر في الغلبة قبل ذلك ، ويحتمل أن يكون المدار - حينئذ - على
ما فعله أمير الجيش .

الأمر الخامس عشر : في تعيين المفتوحة عنوة ، وما أخذ بها -
وحيث لم تسعني المراجعة الزامة إلى كتب التواريخ والسير ، فلا جرم اقتصر
في بيان ذلك على ما ذكره (الكركي في قاطعة اللجاج) لكونه مشتملاً
على جملة من كلمات الأصحاب ، وشطر من روايات الباب :

قال المحقق المذكور في (رسالته) (١) : « اعلم ، إن الذي ذكره
الأصحاب من ذلك مكة - زادها الله شرفاً - والعراق والشام وخراسان وبعض
الأقطار ببلاد المعجم . وقد تقدم في بعض الأخبار السابقة : أن البحرين
من الأنفال (٢) :

فأما (مكة) : فإن للأصحاب في كونها فتحت عنوة أو صلحاً
خلافاً ، أشهره أنها فتحت عنوة ، قال الشبـخ في (المبسوط) : ظاهر
المذهب أن النبي (ص) فتح مكة عنوة بالسيف ، ثم آمنهم بعد ذلك ،

(١) راجع هذا الكلام المنقول بطوله في المقدمة الراهقة في تعيين ما فتح عنوة
من الأرضين من الرسالة المذكورة :

(٢) يشير إلى حديث سماعة بن مهران - كما في تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة
باب الأنفال حديث (٣٧٣) : « قال : سأله عن الأنفال ، فقال كل أرض خربة
أو شيء كان للملوك ، فهو خالص للإمام ليس للناس فيها سهم - وقال - : ومنها
البحرين لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب » :

وانما لم يقسم الأرضين والدور ، لأنها لجميع المسلمين قاطبة ومن النبي على رجال من المشركين فأطلقهم ، وعندنا أن الامام عليه السلام أن يفعل ذلك ، وكذلك أموالهم من عليهم بها .

وقال العلامة - رحمه الله - في (التذكرة) : وأما أرض مكة فالظاهر من المذهب أن النبي (ص) فتحها بالسيف ثم آمنهم بعد ذلك : وكذا قال في (المنتهى) ، ونحوه قال في (التحرير) . وشيخنا في (الدروس) لم يصرح بشيء .

واحتج العلامة على ذلك : بما رواه الجمهور عن النبي (ص) : أنه قال لأهل مكة ما تروني صانعاً بكم ؟ فقالوا : أخ كريم وابن أخ كريم فقال : اقول لكم كما قال اخي يوسف لاختوته (لا تثريب عليكم اليوم يغفر الله لكم وهو أرحم الراحمين) انتم الطلقاء ومن طرق الخاصة : بما رواه الشيخ عن صفوان بن يحيى وأحمد بن محمد بن أبي نصر ، قال : « ذكرنا له الكوفة - إلى أن قال - : إن أهل الطوائف أسلموا وجعل عليهم العشر ونصف العشر ، وإن مكة دخلها رسول الله (ص) عنوة ، وكالوا أسراء بيده فأعتقهم وقال : اذهبوا فانتم الطلقاء » (١) :

وأجاب عن حجة القائلين بأنها فتحت صلحاً - حيث أن النبي (ص) - دخلها بأمان - بما ورد في قصة العباس وأبي سفيان ، وقوله (ص) لأهل مكة : (من ألقى سلاحه فهو آمن ومن أغلق بابيه فهو آمن ، ومن تلقى بأستار الكعبة فهو آمن ، ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن) لإجماع معينين وأنه (ص) لم يقسم أموالهم ولا أراضيهم : بأنه - على تقدير تسليم ذلك - إنما لم يقسم الأرضين والدور ، لأنها لجميع المسلمين لا يختص بها الغانمون ، على ما تقرر : من أن الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين - قاطبة - والأموال والأنفس يجوز أن يمن عليهم بها ، مراعاة للمصلحة ، لأن للإمام

(١) ذكره الشيخ في التهذيب ، كتاب الخمس باب الخراج عمارة الأرضين

أن يفعل مثل ذلك : وهذا قريب من كلام (المبسوط) :
 وأما أرض للعراق - وهي التي تسمى بـ (أرض السواد) وهي
 المفتوحة عنوة من أرض الفرس التي فتحت في أيام الثاني - :
 فلا خلاف في أنها فتحت عنوة . وإنما سميت (سواداً) لأن الجيش
 لما خرجوا من البادية ورأوا هذه الأرض والتفاف شجرها سموها (السواد)
 لذلك كما ذكره العلامة في (المنتهى والتذكرة) :

قال في (المبسوط) - وهذه عبارته - : « وأما أرض السواد، فهي
 الأرض المكنومة من الفرس التي فتحها (عمر) وهي سواد العراق . فلما
 فتحت بعث عمر عمار بن ياسر : أميراً ، وابن مسعود : قاضياً ووالياً على
 بيت المال ، وعثمان بن حنيف ماسحاً ، ف مسح عثمان الأرض : فاختلفوا في
 مبلغها : فقال الساجي : اثنان وثلاثون ألف ألف جريب (١) ،
 وهي ما بين (عبادان والموصل (٢)) - طولاً - وبين (القادسية

(١) الجريب - من الأرض والطعام - : مقدار معلوم ونقل عن قدامة الكاتب
 أنه ثلاثة آلاف وستمائة ذراع ، وقيل : إنه عشرة آلاف ذراع (أقرب الموارد) .
 (٢) عبادان - بتشديد ثانيه وفتح أوله : تحت للهجرة قرب البحر الملح ،
 فإن دجلة إذا قاربت البحر انفردت فرقتين عند قرية تسمى (الحرزي) ففرقة
 يركب فيها إلى ناحية البحرين نحو بر العرب وهي اليمن ، فأما اليسرى فيركب فيها
 إلى سراف وجنابة فارس ، فهي مثلثة الشكل ، وعبادان في هذه الجزيرة التي بين
 النهرين فيها مشاهد ورباطات وهي موضع رديء سيخ لاخير فيه وماؤه ملح .

الموصل - بالفتح وكسر الصاد - : المدينة المشهورة العظيمة ، إحدى
 قواعد بلاد الاسلام ، فهي باب العراق ومفتاح خراسان . : قالوا . وسميت
 (الموصل) لأنها وصلت بين الجزيرة والعراق ، وقيل : وصلت بين دجلة والفرات
 (معجم البلدان للحموي) .

وحلوان (٣) - عرضاً - ثم ضرب على كل جريب نخل ثمانية دراهم ،
والرطبة : ستة ، والشجر : كذلك ، والحنطة : أربعة ، والشعير : درهمين
وكتب إلى عمر فأمره :

وروي : أن ارتفاعها كان في عهد عمر مائة وستين ألف ألف درهم
فلما ولي عمر بن عبد العزيز ، رجع إلى ثلاثين ألف ألف في أول سنة ،
وفي الثانية بلغ ستين ألف ألف ، فقال : ان عشت سنة أخرى لرددتها
إلى ما كان في أيام عمر ، فأت في تلك السنة :

وكذلك أمير المؤمنين عليه السلام. ثم لما افضى الأمر إليه أمضى ذلك
لأنه لا يمكنه أن يخالف وبمحكم بما عنده :

والذي يقضيه المذهب : أن هذه الأرضين وغيرها من البلاد التي
فتحت عنوة يكون خمسها لأهل الخمس ، وأربعة أخماسها تكون للمسلمين
- قاطبة - : الغائون وغير الغائين في ذلك سواء ، ويكون للإمام (ع)
التصرف فيها ، وتقبلها وتضمينها بما شاء - هذه عبارته بحروفها - .

(٣) القادسية : بينها وبين الكوفة خمسة عشر فرسخاً وبيلها وبين الغذيب
أربعة أميال . وبهذا الموضع كان يوم القادسية بين سعد بن أبي وقاص والمسلمين
والفرس في أيام عمر بن الخطاب في سنة ١٦ من الهجرة : وحلوان - بالضم - ثم السكون
هي في آخر حدود السواد مما يلي الجبال من بغداد : : وكانت مدينة كبيرة عامرة
قال أبو زيد : أما حلوان فإنها مدينة عامرة ليس بأرض العراق بعد الكوفة والبصرة
وواسط وبغداد وسرمن رأى أكبر منها : : وأما فتحها ، فإن المسلمين لما فرغوا
من جلولاء ضم هاشم بن عتبة بن أبي وقاص وكان عمه سعد قد سيره على مقدمته إلى
جرير بن عهده الله في خيبر ورتبه بجلولاء ، فنهض إلى حلوان فهرب يرد جرد إلى
أصبهان ، وفتح جرير حلوان صلحاً . : وذلك سنة ١٩ من الهجرة (معجم
البلدان لأحموي باقتضاب) :

وقال في (المنتهى) - وهذه عبارته - : « أرض السواد هي الأرض المفتوحة من الفرس التي فتحها عمر بن الخطاب ، وهي سواد العراق وحده في العرض : من منقطع الجبال - (حلوان) إلى طرف (القادسية) المتصل بـ (العذيب) من أرض العرب : ومن تخوم (الموصل) طولاً إلى ساحل البحر ببلاد (عبادان) من شرقي دجلة . وأما العربي الذي تليه البصرة ، فانما هو إسلامي مثل شط عمر بن أبي العاص - إلى أن قال - وهذه الأرض فتحت عنوة فتحها عمر بن الخطاب ، ثم بعث إليها بعد فتحها ثلاثه أنفس : عمار بن ياسر على صلاتهم أميراً ، وابن مسعود قاضياً ، والياً على بيت المال ، وعثمان بن حنيف على مساحة الأرض . وفرض لهم في كل يوم شاة ، شطرها مع السواقط لعمار ، وشطرها للاخبرين ، وقال : ما أرى قرية تؤخذ منها كل يوم شاة إلا أسرع في خرابها . ومسح عثمان أرض الخراج ، واختلفوا في مبلغها : فقال الساجي : اثنان وثلاثون ألف ألف جريب ، وقال ابو عبيدة : ستة وثلاثون ألف ألف جريب ، ثم ضرب على كل جريب نخل عشرة دراهم ، وعلى الكرم ثمانية دراهم ، وعلى جريب الشجر والرطبة سبعة دراهم وعلى الحنطة أربعة دراهم ، وعلى الشعير : درهمين . ثم كتب بذلك إلى عمر فأمضاه . وروى : أن ارتفاعها كان في عهد (عمر) مائة وستين ألف ألف درهم ، فلما كان في زمن الحجاج رجع إلى ثمانية عشر ألف ألف ، فلما ولي عمر بن عبد العزيز : . . ، ثم ساق باقي كلام الشيخ السابق بحروفه ما زاد فيه ولا نقص .

وكذا صنع نحوه في (للتذكرة) - في باب الجهاد ، وأعاد القول بفتح السواد عنوة في باب إحياء الموات . ومثل ذلك صنع في كتاب الجهاد من (التحرير) . ولم يحضرني في وقت كتابتي (هذه الرسالة) : هذا الموضع من (كتاب السرائر) لابن ادريس لأحكي ما فيه . لكن - في باب أحكام

الأرضين من كتاب الزكاة - ذكر : أن أرض العراق مفتوحة عنوة ، وذكر من احكامها قريباً من كلام الأصحاب الذي حكيناه :

وروى الشيخ هاسنده عن مصعب بن يزيد الانصاري - وأورده ابن ادريس - رحمه الله - في السرائر ، والعلامة في المنتهى - : قال استعملني امير المؤمنين علي (ع) اربعة رساتيق (١) : المدائن (والبهقياذات) (٢) ونهر صبر ، ونهر جوبر ، ونهر الملك (٣) ، وأمرني أن أضع على كل جريب زرع غليظ درهما ونصفاً ، وعلى كل جريب وسط : درهماً ، وعلى كل جريب زرع رقيق : ثلثي درهم ، وعلى كل جريب كرم : عشرة دراهم . وأمرني أن ألقى كل نخل شاذ عن القرى : لمارة الطريق وابن السبيل ، ولا آخذ منه شيئاً . وأمرني أن أضع على الدهاقين الذين يركبون البراذين ويتختمون بالذهب : على كل رجل منهم ثمانية وأربعين درهماً ، وعلى أوساطهم والعجار منهم على كل رجل أربعة

(١) جمع (رساتيق) هو (الرزداق) - بالضم - : السواد والقرى والسطر من النخل (القاموس) .

(٢) البهقياذات ثلاثة : أ - الأعلى ، ويشمل بابل والفلوجة العليا والسفلى وهن أردشين وإبرقبار وعين التمر ، ب - الأوسط ، ويشمل نهر البداة وسوداء وبريسما وهاروسما ونهر الملك : ج - الأسفل ، ويشمل خمسة طساسيج ، كانت على الفرات الأسفل حيث يدخل البطائح .

(٣) نهر سمر : من طساسيج كورة أستان أردشير بابكان وهي على امتداد نهر كوفي والنبل . ونهر جوبر هي أيضاً من طساسيج كورة أستان أردشير بابكان : ونهر الملك : هو أحد الأنهر التي كانت تحمل من الفرات الى دجلة ، وأوله عند قرية الفلوجة ، ومصبه في دجلة أسفل من المدائن بثلاثة فراسخ . (باقتضاب عن معجم البلدان للحموي) .

وعشرين درهماً ، وعلى سفلتهم وفقرائهم : اثني عشر درهماً على كل انسان منهم . قال : وجبيتها (١) ثمانية عشر ألف درهم في سنة . قال الشيخ : توظيف الجزية في هذا الخبر لا ينافي ما ذكرناه : من أن ذلك منوط بما يراه الامام من المصلحة ، فلا يمنع أن يكون أمير المؤمنين عليه السلام رأى المصلحة في ذلك الوقت وضع هذا المقدار ، واذا تغيرت المصلحة الى زيادة ونقصان غيره ، وإنما يكون منافياً لو وضع ذلك عليهم ونفى الزيادة عليه والنقصان في جميع الأحوال . وليس ذلك في الخبر (٢) . قلت : ومثله القول في الخراج منوط بالمصلحة وعرف الزمان - كما يأتي - ان شاء الله : وهذا التقدير ليس على سبيل للتوظيف ، بل بحسب مصلحة الوقت : واعلم أن الذي أورده من لفظ الحديث : هو ما أورده الشيخ - رحمه الله - في (التهذيب) ، لكن ، وجدت نسخة مختلفة العبارة في ايراد (الرساتيق) المذكورة ، فهي في بعضها : (نهر سربا) والباء الموحدة والسين المهملة المكسورة ، و (نهر جوبر) بالنون والجيم المفتوحة والياء المثناة من تحت بعد الواو المكسورة . وفي بعضها : (جوبر) بالجيم والياء الموحدة بعد الواو المكسورة .

وقال ابن ادريس - بعد أن أورد الحديث في (السرائر) بعطف (البهقباذات) على (المدائن) بالواو : « نهر سربا - الباء المنقطعة تحتها نقطة واحدة ، والسين غير المعجم ، هي المدائن : والدليل على ذلك : أن الرواي قال : استعملني على اربعة رساتيق ثم عد خمسة ، وذكر المدائن ثم ذكر من جملة الخمسة : نهر سربا ، فعطف على اللفظ دون المعنى ،

(١) هذا نقل مضمون كلام الشيخ في (التهذيب) ، كتاب الزكاة ، ٣٤

باب الخراج وعمارة الأرضين) بعد ذكره للحديث المذكور

(٢) في بعض النسخ الخطية والمطبوعة : (وحسبناها) .

ثم شرع في بيان جواز مثل هذا العطف - إلى أن قال - : « فأما البهقباذات فهي ثلاث : البهقباذ الأعلى ، وهو ستة طساسيج » ثم ذكر أسماءها والبهقباذ الأوسط أربعة طساسيج - ثم ذكر أسماءها ، والبهقباذ الأسفل خمسة طساسيج - وصنع مثل ذلك . والذي وجدته في نسخ (التهذيب) : (المدائن البهقباذات) بغبرواو (١) كما وجدت في نسخة (التهذيب) . . .

ثم ذكر كلاماً لا حاجة لنا في نقله - ثم قال - : « وأما أرض الشام ، فقد ذكر كولها مفتوحة عنوة بعض الأصحاب ، ومن ذكر ذلك العلامة في - كتاب أحياء الموات من التذكرة - ولكن لم يذكر حدودها . وأما البواتي ، فقد ذكر حكمها قطب الدين الراوندي في (شرح نهاية الشيخ) ، واسنده إلى (المبسوط) ، وهذه عبارته : « والظاهر على ما في المبسوط - أن الأرضين التي هي من أقصى خراسان إلى كرمان وخوزستان وهمدان وقزوين وما حواليلها أخذت بالسيف .

هذا ما وجدته - فيما حضرني من كتب الأصحاب ، والله أعلم بالصواب - » (٢) انتهى موضع الحاجة من نقل كلامه ، رفع في الخلد مقامه - :

هذا تمام الكلام في عامرة المفتوحة عنوة .

وأما مواتها : فهي للإمام عليه السلام على المشهور شهرة عظيمة ، يل الإجماع عليه مستفيض النقل . مضافاً - إلى المعتبرة المستفيضة الدالة

(١) وكذلك وجدنا النسخة المصححة المطبوعة في النجف الأشرف سنة ١٣٧٩ هـ

(٢) إلى هنا ينتهي نقل ما في رسالة المحقق الكركي بنصها المدرج في المقدمة

على أن موات الأرض من الأنفال للامام (١) وعمومها الشامل لموات (العنوة) وغيرها . وان كان معارضاً بالعموم من وجه ، لعموم أخبار حكم (المفتوحة عنوة) من كونها للمسلمين عامرة كالت أو مواتاً - إلا أنه مرجع على عموم أخبار (العنوة) بالشهرة العظيمة والاجتماعات المستفيضة . ثم إن مقتضى كون الموات - مطلقاً - من الأنفال للامام عليه السلام يشكل الحكم بكون الحياة عند الفتح على إطلاقه للمسلمين ، لأن ما كان منها حياة بعد شرع الأنفال الى وقوع الفتح كان لإحياء الملك الامام (ع) - حينئذ - بغير إذنه وغاصباً في تصرفه ، والمغصوب من الغنائم مردود الى صاحبه .

فلا بد في التخلص عنه من ارتكاب أحد المحاذير الثلاثة : إما بتخصيص العام المحكوم بكونه للمسلمين بما كان عامراً قبل شرع الأنفال - كما اختاره شيخنا في الجواهر ، في الأنفال من كتاب الخمس (٢) - ونفى عنه البعد

(١) الروايات أندالة على ذلك كثيرة ، يستعرضها الحر العاملي في وسائله كتاب الخمس أبواب الأنفال وما يختص بالامام، من ذلك : رواية حماد بن عيسى عن العبد الصالح (ع) - في حديث طويل - : وللإمام صفو المال أن يأخذ من هذه الأصول - إلى أن قال - : وله بعد الخمس الأنفال ، والأنفال كل خربة ياد أهلها ، وكل أرض لم يوجف عليها بنخل ولا ركاب : : . وله رؤوس الجبال ويطون الأودية والاجام وكل أرض ميتة لا رب لها وبأقي من سيدنا المصنف استعراض تلك الروايات بعنوان المقالة الرابعة في أرض الأنفال :

(٢) قال - فيما يلحق بذلك من المقصد الأول في الأنفال - : « . . . وإطلاق الأصحاب والأخبار ملكية عامر الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين يراد به ما أحياه الكفار من الموات قبل أن جعل الأنفال لنبيه (ص) وإلا فهو له أيضاً وان كان معموراً وقت الفتح . . . » :

بعد أن احتمله الفاضل الجواد في (شرح للمعتين) ، أو يكون الاحياء - مطلقاً - من الأسباب المملكة لها الى المحي ، أو بتخصيص مادل على كون المخصوص مردوداً بغير المخصوص من الامام :

والكل كما ترى ، لا يمكن الالتزام بواحد منه :

أما الأول ، ف لعدم الاشعار به في شيء من الأخبار ، وكلمات الأصحاب ، المشحونة كتبهم يجعل الميزان عندهم في كوله للمسلمين الحياة عند الفتح وعدمه ، لا قبل شرع الأنفال وبعده . ولم نعثر على من نفوه بذلك عند ذكر احكام (المفتوحة) . بل اعترف بذلك شيخنا في (الجواهر) في كتاب لحياء الموات (١) . مع أنه يشكل فيما كان مشكوكاً عمارته بعد شرع الأنفال أو قبله - الحكم بكوله للمسلمين ، لعدم ثبوت العمارة قبله . سيما مع اصاله تأخر الحادث . فلا يثبت بها الموات عند شرع الأنفال ، حتى يحكم به للامام ، لأنها من الأصول المثبتة . فلا يثبت بالأصل كل من العوائين الوجوديين : الحياة قبل شرع الأنفال ، والموات عنده . بل الأصل يقتضي عدم الأول ، ولا يثبت به الثاني . وأما الثاني ، فلأن سببية الاحياء لتملك المحي مشروطة - نصاً وإجمالاً - باذن الامام - عليه السلام - المفقود في المقام :

ودعوى كفاية الاذن العمومي المحقق بعمومات أخبار الاحياء . فيها - أولاً منع شمولها للكفار ، لتقييد بعضها بالمسلمين ، كصحاح الكاهلي : عن الباقر (ع) : « قال : وجدنا في كتاب علي (ع) : أن

(١) قال - في أوائل الكتاب مع درج كلام المحقق - : « وكيف كان فلا خلاف أجده في أن عامر الأرض المفتوحة عنوة وقهراً وقت الفتح للمسلمين قاطبة - الى قوله - : وما كان منها مواتاً وقت الفتح فهو للامام بلا خلاف أجده فيه »

الأرض لله بورئها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين ، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض ، ونحن المقيمون والأرض كلها لنا . فمن أحبي أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي ، وله ما أكل منها حتى يظهر القائم من أهل بيتي بالسيف ، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - ومنعها إلا ما كان في أيدي شيعتنا ، فيقاطعهم على ماني أيديهم ، ويترك الأرض في أيديهم . : . : الحديث (١) .

ولعل القيد - هنا - من القيود الاحترازية ، كالأواقعة في الحدود ، وموارد إعطاء القاعدة ، فينزل عليها إطلاق الأخبار الواردة - مطلقاً - في سببية الاحياء للملكية .

وثالثاً - توقفه على اذن الامام في حال الحضور اتفاقي - كما ستعرف - ولولاه لم يبق مورد لاعتبار اذن الامام في سببية الاحياء ، إذ لم ينفك الاذن منه في زمن النبي (ص) المنقول عنه بعض تلك الأخبار .
وثالثاً - لو تنزلنا وسلمنا ، فيكون المعيار - حينئذ - في الحياة والموات الموجبين لكونه للمسلمين أو للامام : هو زمان صدور الاذن منه بالاحياء ، لا زمان الفتح ولا زمان نزول آية الانفال : وهو - كما ترى - من سخياف الأقوال :

(١) راجع : الجذائق الناضرة للبحراني ج ١٢ ص ٤٣٥ كتاب الخمس طبع النجف الأشرف . وراجع التهذيب للشيخ الطوسي ، كتاب التجارات ١١ باب أحكام الأرضين : وسقط من تمام الحديث بين كلمة (وله ما أكل منها) وبين كلمة (حتى يظهر القائم) هذه الجملة : وان تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فاعمرها وأحياها فهو أحق بها من الذي تركها : فليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي ، وله ما أكل حتى . . .

وأما الثالث : فلأن المغصوب من مسلم أو مسلم مردود عليه ، فكيف بالمغصوب من امام المسلمين ؟ .
واحتمال العطية منه - عليه السلام - للمسلمين بعد رد المغصوب اليه
فيكون تملكهم من الامام - عليه السلام - بالعطية لا من الكفار بالعنوة :
يدفعه ظهور أخبارهم في النصوص بكونها لهم بالأصل لا بالعطية
منهم .

اللهم إلا أن يجاب عن الاشكال باليد بدعوى أن حياة الأرض عند
الفتح مما هي تحت يد الكفار محكومة بالملكية لهم باليد التي لم يفرق في
كونها إمارة عليها بين المسلم والكافر بعد إمكان الصحة بنحو من الوجوه
التي منها إحيائها قبل شرع الأنفال ، فإذا كانت عند الفتح محكومة لهم
بالملكية كانت بالفتح للمسلمين ، وهو حسن ، غير أن مفاده حكم ظاهري
لا يتمشى في مورد لو فرض العلم بحدوث عمارته بعد شرع الأنفال :
أو يجاب عنه بدعوى منع دخول الموات التي تحت يد الكفار المستولين
عليها في الأنفال حتى يشكل الخروج عنه بإحياء الكفار لها بعد تقييد
الموات التي للامام بما لا رب لها - كما يأتي - . ومقتضاه تنويع الموات
عند شرع الأنفال واختصاص نوع منها ، وهو كل موات لا رب له ،
بالامام .

وفيه - مع أن الموات الأصلي لا تملك بمجرد الاستيلاء ، ووضع
اليد عليها حتى لو كانت من المباحات إلا بالاحياء - كما يأتي لذلك مزيد
توضيح إن شاء الله تعالى - أنه لم يقم دليل في خصوص موات المفتوحة
عنوة أنها منتقلة من الكفار الى الامام بالعنوة كالحياة المنقولة منهم الى
المسلمين بها ، بل الحكم بكونها للامام - عليه السلام - مستفاد من العمومات
للدالة على أن الموات له - - بعد تقديمها على عمومات (المفتوحة عنوة)

للمسلمين ، حيث كان التعارض بينهما بالعموم من وجهه . ومقتضاه
- بعد الترجيح - أن ما كان للكفار من الأراضي وليس إلا المعمورة منها
منتقلة العنوة الى المسلمين :

وأما الموات ، فن أصلها للامام ، وإلا كانت الأرض المفتوحة
بتسميتها - محيائها وممانتها - للمسلمين بحكم عمومات أخبار العنوة . واحتجنا
في إخراج الموات منها إلى دليل خاص بالنسبة اليها بالخصوص . ومنه
يعلم أن المملوكة من الأراضي للكفار حينما كانت الموات من المباحات قبل
شرع الأنفال اذا عرض لها الموت بعده واستمر مواتاً الى وقت الفتح
كانت للمسلمين أيضاً كالحياة منها ، وليست من الموات التي لا رب لها
حتى تكون للامام ، بل هي كذلك حتى لو ماتت قبل الأنفال بعد أن
كانت مملوكة عند شرعه ، بناء على سببية الاحياء للتملك - مطلقاً -
واختصاص الموات للامام بما لا رب لها - مطلقاً - ولو كان كافراً - فتأمل - .
ولا يتنافى ذلك كلامهم المنزل على الغالب باختصاص الحياة عند
الفتح بالمسلمين - فافهم - :

وكيف كان ، فالموات للامام - عليه السلام - لا يجوز لأحد
التصرف فيها إلا بإذنه - عليه السلام - وبشروط في تملكها بالاحياء -
الاذن منه ، إجماعاً محكياً في ظاهر (التذكرة) و (التنقيح) وصريح
(الخلاف) و (جامع المقاصد) بل في (المسالك) : دعوى الاتفاق
على اعتباره حال الحضور (١) - مضافاً الى الأصل وقاعدة حرمة التصرف

(١) في أخريات كتاب الخمس - في شرح قول المحقق : مسائل :- الأولى -
لا يجوز التصرف في ذلك بغير إذنه . . . قال . . . اشارة بذلك إلى الأنفال المذكورة
ومنها ميراث من لا وارث له عندها ، وظاهر العبارة تحريم التصرف في ذلك حالة
حضوره وغيبته

في مال الغير بغير إذنه ، ومقتضاه المنع بدونه مطلقاً ولو في زمان الغيبة :
نعم ، بشكل ذلك بما ورد من أخبار إحياء الموات الدالة بظاهرها
على سببية الاحياء للملك من دون توقف على شيء ، وهي مروية عند
الفريقين مسلمة عند الطائفتين .

فن طريق الجمهور : ما عن سعيد بن زيد : أن النبي (ص) قال :
« فن أحبي أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » (١) . وما عن
عائشة : « قال رسول الله (ص) : من أحبي أرضاً ليست لأحد فهو
أحق بها » (٢) . وما عن سمرة : « أن رسول الله (ص) قال : من
أحاط حائطاً على أرض فهي له » (٣) .

ومن طرق الخاصة : ما رواه محمد بن مسلم : « في الصحيح عن
الباقر - عليه السلام - قال : إنما قوم أحبوا أرضاً ميتة أو عمروها فهم
أحق بها وهي لهم » (٤) . وما عن السكوني : « عن الصادق عليه السلام
قال : قال رسول الله (ص) : من غرس شجراً أو حفر بئراً لم يسبقه
أحد إليه أو أحبي أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله عز وجل ورسوله » (٥)
وفي الحسن : « عن زرارة ومحمد بن مسلم وأبي بصير وفضيل وهاشم وحران
وعبد الرحمن ابن أبي عبد الله عن الباقر والصادق عليهما السلام : « قال قال

(١) الجامع الصغير للسيوطي في مادة (من) ويذكر فقرته الأولى : المناوي
في (كنوز الحقائق) في نفس المادة .

(٢) يذكره المناوي في (كنوز الحقائق) بمادة (من) .

(٣) الجامع الصغير للسيوطي في مادة (من) بلفظ : من أعمر أرضاً . . .

(٤) تهذيب الشيخ الطوسي ، كتاب التجارات ، ١١ باب احكام الأرضين

حديث تسلسل (٦٧١ - ٢٠) :

(٥) راجع نفس المصدر ، حديث تسلسل (٦٧٠ - ١٩) .

رسول الله (ص) من أحيى أرضاً مواتاً فهي له « (١) الى غير ذلك .
وهذه الأخبار - كما تراها - ظاهرة في كونه الأحياء سبباً تاماً في الملكية ، حتى أن بعض الأصحاب - بل لعل المشهور - لم يعتبر الاذن في الغيبة ، تمسكاً بهذه العمومات .

وليت شعري ، إن استفيدت السببية التامة منها كان اللازم عدم اعتبار الاذن - مطلقاً - حتى عند الحضور الذي هو زمن ورود هذه الأخبار ، وإلا فلا يسقط اعتباره بها في الغيبة :

فالقول بالتفصيل بين الزمانين ضعيف ، إلا أن يقال باشتراط الاذن في حال الحضور من جهة الاجماع المنقول في (الروضة) على اعتباره فيه بالخصوص : وعليه يحمل إطلاق معقد غيره من الاجماع : وبه تخصص عمومات الأخبار .

هذا ، ويحتمل - قوياً - أن يقال : مفاد هذه الأخبار هو الترخيص منهم بالإحياء ، فالاذن منهم حاصل بها مدلولاً عليه بدلالة الاقتضاء إن لم نقل بالمطابقة او التضمن ، فهو على حد قول مالك للدار : (من دخل داره فله كذا) المستفاد منه حصول الاذن بدخول الدار ، فلا ينافي اعتبار الاذن بالأحياء مطلقاً في زمان الحضور والغيبة . غير أن الاذن منه حاصل بهذه العمومات : فالاذن من الامام معتبر - مطلقاً - وهو حاصل منه كذلك :

وبذلك يجمع بين أخبار الأحياء ، وما دل على اعتبار الاذن : من إطلاقات معاهد الاجماع ، وقاعدة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه :

لكن بشكل - حينئذ - من جهة أخرى ، وهي أن الترخيص بالأحياء

الموجب للملكية المفروض حصوله من النبي (ص) ، مستلزم لنقض الغرض من شرع الموات من الأنفال ، المقصود به التوسعة في مال النبي (ص) والامام ، ضرورة أن الأرض ما دامت مئة لا ينفذ بها ، فاذا أحييت ملكها المحيي ، فتي يكون ذلك توسعة في ماله (ع) ؟ وهو مناف للغرض المقصود من تشريعه .

اللهم إلا أن يقال : إن الاذن الصادر من أحدهم - ولو بالعموم - بنحو « من أحيى أرضاً » لا ينفذ على الامام الآخر ، غير الصادر منه ذلك : إذ ليس الاذن هنا وبيان الترخيص فيه من قبيل الأحكام الآلية المعلوم في بيانها أنهم لسان واحد ، بل هو إذن مالكي في التصرف في ملكه فان انتقل الملك من أحدهم الى آخر توقف التصرف فيه على إذن المنتقل اليه ورضاه .

نعم ، من أحيى في زمن الصادر منه الاذن بالأحياء بعد صدوره منه ، ملكها بالأحياء . واما قبله ، او في زمان من لم يصدر منه ، فيحتاج إلى الاستيذان منه - عليه السلام - . وحينئذ لا تنفع العمومات في زمان الغيبة ، وان استفيد الاذن منها ، إلا اذا ورد نحوها من الحجّة - عجل الله فرجه - .

وحيثئذ ، فيبقى الاشكال في النملك به في زمن الغيبة . إلا أن يثبت للشيعه بأخبار التحليل ، سباً بالنسبة إلى أراضيهم الواردة منهم في ابحاثها لهم - أخبار كثيرة ، وغيرهم لا يملكونها بالأحياء ، لفقدان الشرط وهو الاذن بالنسبة إليهم ، وإن وجب علينا ترتيب أحكام الملكية الظاهرية لهم بالنسبة الى ما هي تحت أيديهم مما أحيوها كغيره مما استحلوه من امواله - عجل الله فرجه - .

مع إمكان أن يقال في الجمع بين أخبار الأحياء ، وما دل على توقف

التصرف في مال الغير على الطيب والرضا ، وعموم سلطنة الناس على امواهم - بعد أن كان التعارض بينهما بالعموم من وجه - بوجه آخر : وهو منع إفادة أخبار الاحياء التملك الجبائي من دون أن يكون للامام عليه السلام فيه حق ، فيكون للامام عليه السلام فيه بحسب ما يقطع المحبي عليها في زمان حضوره وبسط يده ، ومع عدمه فله أجره المثل : ولا ينافي ذلك نسبة الملكية إلى المحبي في أخبار الاحياء : وان هي الاجارية مجرى كلام الملاكين للفلاحين في العرف العام عند تحريضهم على تعمير الملك من عمرائها أو حفر الهارها وكري سواقيها ، فهي له ، الدالة على أحقيته من غيره وتقدمه على من سواه ، لا على نفي الملكية من نفسه وسلب الملكية عن شخصه : فالحصة الراجعة إلى الملاك المعبر عنها (بالملاكة) مستحقة له غير منفية عنه ، وان أضاف الملك إليهم عند الترخيص والاذن العمومي ، غير أن الشيعة محللون بالنسبة إلى ما يرجع إلى الامام مما يستحقه من أجره المثل أو حصة (الملاكة) ويشهد لما ذكرنا من الأخبار : صحيحة الكاظمي المتقدمة المتضمنة لتعلق الخراج والطقس للامام عليه السلام في الحياة من اراضيهم ممتداً إلى ظهور القائم بالسيف (١) .

وصحيحة عمر بن يزيد ، وفيها : « وكل ما في أيدي شيعةنا من الأرض فهم محللون ، كل ذلك حتى يقرم قائمتنا ، فيجيبهم طسق ما كان في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم ، وأما ما كان في أيدي غيرهم فان كسبهم من

(١) وهي مفصلة ، راجعها في : وسائل الحر العاملي ، الباب ٣ من (احياء الموات) ، وفي الخدائق الناضرة كتاب الخمس ج ١٢ ص ٤٣٥ طبع النجف الأشرف وتقدم ذكرها في هذا الكتاب ص ٢٢٨ .

الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمتا ، فيأخذ الأرض من أيديهم (١) ،
ورواية بونس - أو المعلى - : « مالكم في هذه الأرض ؟ فتبسم
- إلى أن قال - : فما سقت - أو استقت - فهو لنا ، وما كان لنا فهو
لشيئتنا » (٢) .

المقالة الثانية - في أرض الصلح .

ويعبر عنها بـ (أرض الجزية) وأرض الذمة : وهي كل أرض لهم
فتحت صلحاً : إما على أن الأرض لهم والجزية فيها عليهم : وإما على
أنها للمسلمين ، والجزية في أعناقهم .

فهى - بهذا الاعتبار - تنقسم على قسمين :

قسم منها - وقوع الصلح معهم على أن أرضهم لهم والجزية فيها
بحسب ما يصلحهم الامام أو نائبه : من النصف أو الثلث أو غير ذلك
وله الزيادة والنقص ، ولكن بعد انقضاء مدة الصلح ، لأنه من الصلح
الجديد يتبع نظره فيه :

وهذه الأرض التي وقع الصلح مع أهلها كذلك ، ملك لأربابها
يتصرفون فيها تصرف الملاك في أملاكهم ، ليس عليهم منها شيء سوى
الضريبة المضروبة فيها بالصلح حتى الزكاة ، لأن مقتضاه إقرارهم على أدبائهم
ومعتقداتهم الذي منه عدم وجوب الزكاة عليهم .

والظاهر أن مواتها للامام عليه السلام كروات (العنوة) إلا إذا اندرجت

(١) راجع : الحقائق الناضرة للبحراني ، كتاب الخمس ج ١٢ ص ٤٣٥

طبع النجف الأشرف ، ولقد مر ذكرها في هذا الكتاب ص ٢٢٦ .

(٢) المقصود : بونس بن ظبيان أو المعلى بن خنيس . والرواية مفصلة ،

ذكرها البحراني في (الحقائق الناضرة كتاب الخمس : ج ١٢ ص ٤٢٤) طبع النجف
الأشرف :

في الصلح ، فتكون لهم يملكونها بالاحياء . وحيث كانت الأرض مملوكة لهم ، جاز لملاكها بيعها وسائر النواقل فيها ، لعموم السلطنة : وحينئذ ، فلو باعها من غيره كان الخراج على البائع منتقلا من الأرض إلى ذمته على المشهور شهرة عظيمة . بل عن ظاهر (الغنية) : الاجماع عليه (١) بل كاد أن يكون مما لا خلاف فيه ، إلا ما يحكى عن الحلبي حيث أوجبه على المشتري لأنه حق على الأرض فيجب على من انتقلت إليه . وفيه منع تعلقه بها مطلقاً ، ومن حيث هي ، بل متعلق بها من حيث كونها للكافر المطلوب منه الجزية المضروبة في نوع مخصوص من ماله ، فاذا انتقل منه انتفى التعاق ، وموضوعه الخاص .

نعم ، ربما يشهد له من الأخبار : صحيحة ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام : عن شراء أهل الذمة ، فقال : « لا بأس ، فيكون ذلك اذا كان ذلك بمنزلاتهم » ونحوها : أخرى مضمرة « يؤدي كما يؤديون » (٢) وخبر ابن شريح المتقدم - وفيه : « سألت أبا عبد الله عليه السلام

(١) قال ابن زهرة في آخر كتاب الخمس من (الغنية) المطبوع ضمن مجموعة (جوامع الفقه) : « وأما أرض الصلح فهي أرض الجزية . . . وتسمى الخراجية ، وقد بينا أن ذلك يختص بأهل الكتاب وهذه الأرض يصح التصرف فيها لأربابها . . . وإذا بيعت الأرض لمسلم يسقط خراجها ، وانتقلت الجزية إلى رأس بايعها به - إلى قوله - : ودليل ذلك كله الاجماع المتكرر وفيه الحجة » .

(٢) الحديث الموجود في (تهذيب الشيخ الطوسي ، كتاب الخمس ، باب الأنفال - في الزيادات حديث (٤٠٨) هكذا : « وعنه عن علي عن حماد عن جرير عن محمد بن مسلم وعمر بن حنظلة عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال : سألت عن ذلك فقال : لا بأس بشرائها ، فإنها اذا كانت بمنزلاتها في أيديهم يؤدي عنها كما يؤدي عنها » وتقدم ذكر الخبر في هذا الكتاب ص ٢٤١ :

عن شراء أهل الحراج ، فكرهه ، وقال : إنما أرض الحراج للمسلمين فقال : إنه يشتريها الرجل وعليه خراجها ؟ قال : لا بأس إلا أن يستحي من عيب ذلك ، (١) بناء على أن الوجه في الاستحياء المستثنى هو التشبه بهم في اعطاء الجزية ، فتكون قرينة على إرادة أرض الذمة من أرض الحراج المسؤول عنه في صدر الخبر :

إلا أنها مع كون الثانية مضمرة موهونة باعراض الأصحاب عنها - غير مكافئة لدليل المشهور : من الاجماع المعتضد بالشهرة العظيمة ، بل بدعوى غير واحد عدم الخلاف فيه إلا منه :

فلتحمل على مالا يتنافى ذلك من المحامل التي منها - إرادة الأراضي الحراجية والترخيص في شراء آثارهم فيها ، ومنها - الحمل على مالو شرط عليه ذلك ، بناء على شمول أدلة الشروط له - ومنها - إرادة الإشارة بقوله : « إذا كان ذلك في الأولى » الى ظهور الحجة - عجل الله فرجه - دون البيع والشراء - كما حكاه عن الوافي في مفتاح الكرامة - :

وفيه - أيضاً - احتمال إرادة الاستحياء من الجائر بمطالبة الحراج دون التشبه بهم في الجزية . وإن كان فيهما بعد - :

وعلى كل حال ، فالحق ما عليه المشهور : من انتقال الحراج الى ذمة البائع - مطلقاً - وإن كان المشتري من أهل الذمة ، إذ لا يجب عليه دفع الجزية عن الغير وتحمل جزيتين ، وإن كان هو من أهل الجزية . وإن كان في بعض العبارات تقييد ذلك بالمسلم ، والاستدلال عليه بأنه جزية ، وهي منتفية عنه ، إلا أن نظرهم في مقابل الحلبي المطلق ، لكونه على المشتري ، لأنه حق على الأرض ، فيجب على من انتقلت اليه .

هذا ، ومثله في الانتقال الى ذمة البائع في البيع : الانتقال الى ذمة

المؤجر أو آجرها للغير ، فإن الأجرة له والخراج عليه من غير خلاف محقق إلا عن الحلبي فيه - أيضاً - وهو على أصله : من أنه حق على الأرض ولو في منفعتها ، فيجب على من انتقلت إليه .

نعم في (الجواهر) حكى الخلاف فيه عن (التذكرة) و (التحرير) (١) وإن كنا لم نتحققه ولعله لبعض نسخ الأول حيث فيها « ويجوز للمسلمين استيجارها منهم لأنها ملك له . وتكون الأجرة والخراج عليه » (٢) انتهى مستشعراً من عطف الخراج على الأجرة المعلوم كونها على المستأجر .

وفيه : إن الظاهر سقوط لفظ (له) بعد (الأجرة) فيكون الخراج على من له الأجرة ، وهو الكافر المؤجر - كما في بعض النسخ المصححة - : وبؤيده : ما في (المنتهى) : « فإذا آجرها كانت الأجرة له والخراج عليه » ومثله في (التحرير) (٣) فلم يتبين منه القول بالتفصيل بين البيع

(١) قال - رحمه الله - في كتاب الجهاد - في شرح قول المحقق : وكل أرض فتحت صالحاً فهي لأربابها هذا كله أي بيع الأرض وغيره من تصرف الملاك - أو صولحوا على أن الأرض لهم ، وفي ملكهم يتصرفون فيها تصرف الملاك في أملاكهم ، إذ هو كالصريح في عدم تعلق حق للمسلمين فيها ، لا في العين ولا في المنفعة ، وحينئذ يتجه اشتغال ذمة البائع بعوض الصلح ، وأولى بذلك - الو آجرها من في يده فإن الأجرة له وعوض الصلح عليه ، لكن في (التذكرة) و (التحرير) : أنه على المستأجر ، كما عن الحلبي

(٢) هذه الجملة بنصها في (التذكرة) المطبوعة في إيران ، راجع : كتاب الجهاد ، البحث الثالث في أحكام الأرضين ، مسألة - إذا نزل الإمام على بلد فحاصره . . .

(٣) وتام الجملة في (منتهى العلامة) كتاب الجهاد ، البحث الثالث في أحكام الأرضين ، القسم الرابع أرض الأنفال ، مسألة إذا نزل الإمام على بلد =

والاجارة .. بل قد يقال بأولويتها منه على القول بكون الخراج على البائع :
 ثم ليعلم : إن مصرف هذا الخراج مصرف منقول الغنيمة - على ما طفحت به عبارات الأصحاب ، لكونه مأخوذاً منه بنوع من (العنوة) فيخرج منه الخمس - أولاً - ثم يعطى الباقي للمجاهدين ولو كان مأخوذاً بالأقساط والدفعات : وفي زمن الغيبة للمتشبهين بهم من الجند والعسكر وحماة الثغور ، لأنهم - اليوم - في الحقيقة بمنزلة المجاهدين في مصافهم في قبال الكفار أو أقرب ما يكون إليهم : ولا أرى وجهاً للدفع الى الفقراء مع وجودهم - كما يظهر من السرائر - حيث قال : « وكان المستحق للجزية على عهد الرسول (ص) المهاجرين دون غيرهم - على ما روى - وهي - اليوم - لمن قام مقامهم مع الامام في نصرة الاسلام والذب عنه ولمن يراه الامام من الفقراء والمساكين من سائر المسلمين » (١) .

ولعله للأصل : وفيه أنه - لو سلم - فقطوع بما رواه الشيخ في الصحيح : (٢) عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام - قال : سألت عن صبرة الامام - عليه السلام - الى أن قال - : إن أرض الجزية لأرفع عنهم الجزية إنما الجزية عطاء المهاجرين والصدقات لأهلها الذين سمى الله تعالى

= فحاصره . . . الى قوله : ويجوز للمسلم استيجارها منهم لأهلها ملك له فجاز له ان يلزمها كما يجوز له أن يؤجر فرسه ، فاذا آجرها . . . » .

ومن (التحرير للعلامة) راجع : كتاب الجهاد ايضاً ، الفصل الرابع في الغنيمة ، القسم الثالث في الأرضين (الرابع - أرض الأنفال اذا نزل الامام على بلد فحاصره . . . يقول : « . . . ويجوز للمسلم استيجارها منهم وتكون الاجرة له والخراج عليه . . . » :

(١) راجع : سرائر ابن ادريس الحلبي ، آخر كتاب الزكاة ، باب الجزية وأحكامها : (٢) تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة - ٣٣ - باب مستحق عطاء الجزية .

في كتابه ليس لهم في الجزية شيء ، الحديث . ومثله : صحيحة ابن أبي يعفور (١) فان الذين سماهم في آية الزكاة منهم الفقراء ، وقد نص فيه على أنه ليس لهم في الجزية شيء .

ولعله لذا قيده في (القواعد) بقوله : وما يؤخذ صلاحاً أو جزية فهو للمجاهدين ، ومع عدمهم لفقراء المسلمين ، انتهى (٢) وهو حسن ؛ هذا بالنسبة الى الجزية الموجودة عوض الصلح عن دفع القتال عن أنفسهم .

وأما جزية المعاوضة ، وهي المأخوذة على وجه المعاوضة لدخول بلاد الاسلام - حقناً لدمائهم وصيانة لأموالهم ، فالقاعدة فيها مساواة المجاهدين مع غيرهم ، ولا وجه لاختصاصهم بها . وإن روي العطاء لهم على عهدة الرسول (ص) فهو حكاية فعل لم يعلم منه الخصوصية لو فرض العلم بكونه كان من القسم الثاني منها ، ومورد الصحيحة المتقدمة هو القسم الأول . ولعل اللام في الجزية ، للعهد الذكري دون الجنس ، فالجزية المأخوذة من القسم الثاني راجعة الى بيت مال المسلمين مصروفة في مطلق مصالحهم غير مختصة بالعامّة منها ، إن لم يقر - كما هو الظاهر - دليل خاص على اختصاصها بالمجاهدين .

(١) فني تهذيب الشيخ آخر كتاب الخمس ٣٩ باب الزيادات حديث رقم (٣٨٠ - ٢) : « عنه (أي محمد بن يعقوب) عن عدة من أصحابنا عن سهل ابن زياد عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله (ع) : إن أرض الجزية لا ترفع عنهم الجزية ، وإنما الجزية عطاء المهاجرين والصدقة لأهلها الذين سماهم الله في كتابه ، وليس لهم من الجزية شيء . . . » .

(٢) راجع من قواعد العلامة : آخر كتاب الجهاد (خاتمة) ما يؤخذ من

أموال المشركين . . .

ومنه يظهر ما في (القواعد) من عطفه الجزية على الصلح - إن أريد تبايرهما - .

وقسم آخر - وقوع الصلح معهم على أن تكون الأرض للمسلمين ولهم السكنى والجزية في أعناقهم فهي بحكم (المفتوحة عنوة) بل هي منها بلاخلاف أجده فيه - كما اعترف به بعضهم - فيكون عامرها للمسلمين - قاطئة - بعد إخراج الخمس منها ، ومواتها للإمام عليه السلام ، والجزية للمقاتلة .

ثم الظاهر عدم مشروعية الصلح الموجب لحقن الدم واحترام المال مع غير أهل الذمة من الكافر الحربي ، لعدم انفكاك الإباحة بالنسبة إلى دمائهم وأموالهم وعدم سقوطها إلا بالاسلام .

ومنه يظهر الوجه في تسمية هذه الأرض بأرض الجزية ، كما عن النهاية ، والغنية ، والوسيلة والمنتهى ، والسرائر ، والتذكرة ، وقاطئة اللجاج (١) وغيرها . بل عن الغنية ، والروضة وموضع من (النهاية) : إن أرض الصلح هي أرض أهل الذمة . ولعل من أطلق العنوان بأرض الصلح كالمحقق في (الشرائع) و (النافع) وغيره ، انكالا على المفروغية عنه ، دون التعميم .

نعم ، لا تمنع لإجراء حكم الصلح الصحيح في مرحلة الظاهر اذا اقتضت مصلحة كلية بوقوع صورة الصلح معهم ، فيكف عن دمائهم وأموالهم مماشاة معهم في الظاهر ، لإجراء لاقتضاء المصاحبة دون عقد الصلح فلا يخرجون بذلك عن كونهم مهلبورين في الواقع ، وإن كانوا محفوظين

(١) النهاية للشبـخ الطوسي ، والغنية لابن زهرة ، والوسيلة الى نبل الفضيلة لابن حمزة . والمنتهى للعلامة ، والسرائر لابن ادريس الحلي ، والتذكرة للعلامة ، وقاطئة اللجاج للمحقق الثاني الكركي .

في الظاهر بسبب المصلحة . وهذا بخلاف الجزية الموجبة للحكم الواقعي في حقهم ماداموا قائمين بشرائط الذمة .

ولعله الى ما ذكرنا أشار المولى الأردبيلي - رحمه الله - في (شرح الارشاد) بقوله : « هذا إنما يكون مع قوم يصح أخذ الجزية منهم وتقديرهم عليها وعلى دينهم ، وهو ظاهر ، وإن فعل مثل ذلك بغيرهم فلا يكون المأخوذ جزية ، ويكون ذلك صلاحاً لمصلحة يعلمها صاحبها (١) وعليه ينزل كلام شيخنا في (الجواهر) حيث قال - في وجه تسمية بعض أرض الصالح بأرض الجزية - : « ولعل المراد : أنه الذي وقع من النبي (ص) وإلا فالظاهر من المصنف وغيره عدم الفرق بينهم وبين غيرهم ، لعدم أدلة الصلح ، وليس ذلك من الجزية المختصة بأهل الكتاب ، اللهم إلا أن يدعى اختصاص مشروعية الصلح بهم كالجزية » انتهى (٢) .

وبعد تحرير هذه الكلمات عثرت على عبارة (المنتهى) وهي : « مسألة اذا حاصر الامام حصناً لم يكن له الانصراف عنه إلا باحد امور خمسة : الأول - أن يسلموا - الى أن قال - : الثاني - أن يبذلوا مالا ، فان كان جزية ، وهم من أهلها قبلت منهم ، لقوله تعالى : « حتى يعطوا الجزية عن يدوهم صاغرون » (٣) وان لم تكن جزية بأن كانوا حربيين اعتبرت المصلحة فان وجد الامام من المصلحة قبوله منهم ، وإلا فلا ، انتهى .

المقالة الثالثة - في أرض من اسلم أهلها - طوعاً - كالمدينة المنورة ، والبحرين ، وبعض بلاد اليمن - على ما قيل - بدعوة كان لإسلامهم أو بدولها

(١) راجع - في ذلك - كتاب الجهاد ، المطلب الثالث في الأرضين - في شرح قول العلامة في الارشاد : (للثاني أرض الصلح لأربابها على الخصوص :)

(٢) راجع ذلك في كتاب الجهاد منه - أحكام الأرضين - في شرح قول المحقق (وكل أرض فتحت صلاحاً فهي لأربابها :) (٣) سورة التوبة ، آية ٢٩ :

فهي لأهلها مملوكة لأربابها ، ليس عليهم فيها شيء إلا الزكاة . اذا اجتمعت شرائطها - فلهم التصرف فيها بالبيع والشراء وغير ذلك من سائر النوافل ما داموا قائمين بعمارتها من غير خلاف فيه كذلك . واذا أهلوها حتى خربت أخذها الامام عليه السلام أو القائم مقامه ودفعها إلى من يهرمها بحصة منها : من النصف أو الثلث - مثلاً - وبأخذ القبالة ويدفع منها طسقة (١) الى المالك ، والباقي في بيت مال المسلمين يصرف في مصالحهم . أفنى بذلك جم غفير من أصحابنا المتقدمين والمتأخرين ، بل في (قاطعة اللجاج للكركي) وغيره : نسبته الى المشهور (٢) . ومقتضاه البقاء على ملك أربابها ، خلافاً لما عن ابني حمزة والبراج ، حيث لم يوجباً دفع الطسق لأربابها ، ومقتضاه الخروج عن ملكهم . بل صريح كلاميهما : كونها - حيلث - للمسلمين .

واحتجوا - على ما في المختلف - بصحيفة معاوية بن وهب ، قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : أبما رجل أتى خربة ، فاستخرجها وكري أنهارها وعمرها ، فان عليه منها الصدقة ، فان كانت أرض رجل قبله ، فغاب عنها وتركها ، وأخربها ، ثم جاء - بعد - يطلبها ، فان الأرض لله عز وجل ولن يعمرها ، (٣) .

(١) الطسق - بالفتح - : مكيال ، أو ما يوضع من الخراج على الجربان أو شبه ضريبة معلومة وكأنه مولد أو معرب (عن القاموس) .

(٢) قال - في المقدمة الأولى من رسالته في أقسام الأرضين - : « وثانيها - أرض من أسلم أهلها عليها طوعاً من غير قتال ، وحكمها أن تترك في أيديهم ملكاً لهم يتصرفون فيها بالبيع والشراء والوقف وسائر أنواع التصرف اذا قاموا بعمارتها ويؤخذ منهم العشر أو نصفه . . على المشهور . . »

(٣) مختلف الشيعة للعلامة الحلي ، كتاب الجهاد ، الفصل الخامس في الاسارى وأحكام الأرضين ، مسألة أرض من أسلم أهلها عليها طوعاً ملك لهم ::

وفيه : إن الرواية - كما ترى - أجنبية عن مدعاهما ظاهرة في تملك المحبي لها من دون شيء غير الزكاة عليه . وأبن ذلك من كونها للمسلمين بصرف الامام عليه السلام قبالتها في مصالحهم ، فلتنزل على الموات من الأصل أو المملوكة بالاحياء - بناء عليه - فيه كما يأتي في الخاتمة :

والأحسن : الاحتجاج لها بما روى في (المختلف) و (قاطعة اللجاج) عن صفوان بن يحيى وأحمد بن محمد بن أبي نصر قالوا : « ذكرنا له الكوفة وما وضع عليها من الخراج وما سار فيها أهل بيته ، فقال : من أسلم طوعاً تركت أرضه في يده ، وأخذ منه العشر مما سقطت السماء والألهار ، ونصف العشر مما كان بالرشاء فيما عمروه منها وما لم يعمر منها أخذه الامام ، فقبله من يعمره ، وكان للمسلمين وعلى المتقبلين في حصصهم العشر أو نصف العشر » .

وفي الصحيح عن أحمد بن محمد بن أبي نصر ، قال : « ذكرت لأبي الحسن الرضا عليه السلام : الخراج وما صار به أهل بيته ، فقال : العشر أو نصف العشر فيما عمر منها ، وما لم يعمر أخذه الوالي فقبله ممن يعمره وكان للمسلمين ، وليس فيما كان أقل من خمسة أوسق شيء ، وما أخذ بالسيف فذلك للامام عليه السلام يقبله بالذي يرى ، كما صنع رسول الله (ص) بنخبر » (١) .

والسؤال - وإن وقع عن أرض الخراج - إلا أن الامام عليه السلام أجاب - أولاً - عن حكم أرض من أسلم طوعاً ، ثم أجاب عن (العنوة) بعده . وظهرهما إهمال عمارتها حتى زالت لا عدم تعميرها من أصلها حتى تكون للامام عليه السلام بقرينة الإضافة الدالة على الملكية لهم دون الامام

(١) راجع هذين الحديثين - في المختلف - المصدر الآنف ، وفي أوائل رسالة

(قاطعة اللجاج) المقدمة الأولى في أقسام الأرضين .

وبقرينة كونها للمسلمين ، مع أن الموات الأصلي مملوكة لمن أحيائها ، وعلى المشهور ، خلافاً للحلي - فنع من التصرف فيها بغير إذن أربابها مطلقاً حيث قال في (السرائر) - بعد نقل ما عليه المشهور - : عن الشيخ أبي جعفر - « والأولى عندي ترك العمل بهذه الرواية ، فانها تخالف الأصول والأدلة العقلية والسمعية ، فان ملك الانسان لا يجوز لأحد أخذه ولا للتصرف فيه بغير إذنه واختباره فلا يرجع عن الأدلة بأخبار الآحاد » انتهى (١) :

وهو حسن على أصله ، إلا أنه قول متروك - كما في الدروس - (٢) وغيره ، محجوج بالأخبار المتضادة التي ادعت شهرتها . غير أنه ليس في الخبرين المتقدمين دفع الطسق لأربابها ، بل ولا صرف ما زاد عليه من حق القبالة في مصالح المسلمين .

إلا أن بعضهم استدل على وجوب الأجرة الى المالك بصحيفة الحلبي المتقدمة ، وفيها : « وعن الرجل يأتي الأرض الخربة الميتة فيستخرجها ويجري انهارها وبعمرها وبزرعها ، ماذا عليه ؟ قال : الصدقة ، قلت : فان كان يعرف صاحبها ؟ قال : فليؤد اليه حقه » القاضية بعدم خروجها عن ملك صاحبها بالموت ، إلا أن مفادها كون الأرض لمن عمرها . وإن وجب عليه دفع الأجرة لما لكها الأول ، دون توقف على تقبيل الإمام ، فلتحمل على الأحقية بها ما دام قائماً بعمارتها .

وبالجملة ، فالروايات مختلفة ، وكلمات الأصحاب في المقام مشنة :

(١) راجع - من سرائر ابن اديس - : كتاب الخمس ، باب أحكام

الأرضين :

(٢) راجع من (الدروس للشهيد) : كتاب الخمس ، في أخريات (درس)

تقسم الغنيمة بعد الحول . . .

والذي يظهر لي منها : أن الأرض : إن كانت مواتاً - بالأصل أو بالعارض - ولم يعرف صاحبها ، جاز لكل أحد إحياؤها والاقدماء على تعميرها ، فإن عرف صاحبها دفع اليه الأجرة - مطلقاً - أو إن كانت مملوكة بغير الإحياء - على الخلاف الآتي - وليس عليه غيرها وغير الصدقة شيء . وإن كان صاحبها معروفاً أو كانت خراجية لا يجوز الاقدام عليه بالأحياء ، لكونه مالا مملوكاً لا يجوز التصرف فيه إلا باذن مالكة . نعم للإمام عليه السلام أو نائبه أخذها وتقبيلها ممن يعمرها بحصة منها وعليه دفع الأجرة الى صاحبها ، لكونه أنفع للمسلمين ، وإحساناً محضاً و(ما على المحسنين من سبيل) (١) وجمعاً بين حق الملكية وإخراجها عن العطفة فإن ذلك ربما يكون من تضييع المال وانلافه .

والمراد بكونها للمسلمين في الخبرين المتقدمين : كونها لهم لإحيائها وتعميرها ، وإن توقف على التقبيل من الإمام عليه السلام أو نائبه أو نائبها دون رقبته . وحينئذ فإن دفعها الإمام لمن يعمرها بحصة مخصوصة دفع منها الأجرة الى مالكةا إن زادت عليها . وكان الزائد في بيت مال المسلمين لانه - في الحقيقة - محيي لها بالولاية العامة وإن دفعها لا بحصة مخصوصة كان على المعمر دفع ما يستحقه المالك من الأجرة اليه . ثم الأجرة المدفوعة للمالك أجرة الأرض قابلة للتعمير لا أجرتها مغمورة حتى يستحق المالك حق القبالة كله لو كان التقبيل بحصة مخصوصة كالنصف والثلث - مثلاً - ولذا قلنا : ما زاد على الأجرة من حق القبالة يجهل في بيت المال .

ومقتضى الجمع المذكور : عدم اختصاص جواز تقبيل الإمام بأرض من أسلم أهلها طوعاً ، بل يعم كل أرض خربة مملوكة لم يعمرها صاحبها كما وقع التعبير بنحو الكلية المزبورة في كلام غير واحد من الفقهاء ، فراجع .

وإن ظهر من بعض : اختصاص الحكم المزبور بأرض من أسلم طوعاً
لخصوص مورد الخبرين . الاخص مطلقاً من غيرهما من الاخبار ، إلا أن
الظاهر عدم الفرق بين أراضي المسلمين من حيث هو كذلك كبف ، ولو
اختص الحكم بها لزم أن تكون أرض من أسلم طوعاً أسوء حالاً من أرض
من أسلم كرهاً لخروجها عن مورد النص الموجب لبقائها تحت القاعدة الكلية
المأنة من جواز التصرف في ملك الغير إلا بإذنه :

هذا ، والظاهر اعتبار عدم كون الترك عن الغفلة والنسيان أو خوف
الظالم ، فضلاً عما لو كان التعطيل لمصلحة الأرض ، لعدم تبادل فهو ذلك
من إطلاقات النصوص ، بل المتبادر منها غيره ، كما لو كان عن عجز
أو مسامحة أو تعبد أو نحو ذلك . خلافاً - في بعض ذلك - لشيخنا في
(الجواهر) (١) :

ثم الظاهر - أيضاً - جواز ذلك للإمام - عليه السلام - لا وجوبه
عليه - كما وقع التعبير به في كلام بعضهم - أيضاً - .
لهم إلا أن يكون من باب : متى ما جاز وجب سياسة - كما احتمله
في الجواهر - بل استظهره من الخبرين ، وبعض عباراتهم (٢) .

(١) فإنه قال - في كتاب الجهاد في شرح قول المحقق (خاتمة) ، كل أرض
ترك أهلها عمارتها (. . .) : « . . . ثم انه ربما قيل باعتبار عدم كون الترك غفلة
أو نسياناً أو خوفاً من ظالم أو عجزاً عن التعمير بدعوى كون المتبادر غير ذلك ،
ولكن فيه منع واضح ، خصوصاً الاخير نصاً وفتوى . . . » .

(٢) قال - رحمه الله - كما في المصدر الآنف بعد تلك الجملة التي أوردناها :
« .. بل الظاهر من الخبرين وبعض العبارات وجوب التقبيل على الامام ، ولو باعتبار
ولايته على المسلمين المقتضية مراعاة مصالحهم ، بل لعله مراد من عبر بالجواز
كابن زهرة والفاضلين والشهيد وغيرهما ، ولو باعتبار أنه متى جاز وجب سياسة
ومراعاة المصلحة المسلمين » .

وفيه ان الأخذ والتقبيل فيها لكونه في مقام توهم الحظر لا ظهور فيه على أزيد من الجواز والاباحة :

والأولى : ابتناء الحكم المزبور من الجواز أو الوجوب - على الوجهين المتقدمين - تسويغ الامام في التصرف من الاحسان ، أو الحفظ من تضييع المال واتلافه ، فيجوز على الأول ، ويجب على الثاني بل ، عليه - حينئذ - يجب على المالك التعمير أو الاذن به ، ومع امتناعها عنها ، فعلى الامام أخذه وتقبيله من غيرهم .

ثم الظاهر : اختصاص ذلك بالامام العادل . ويلحق به - في زمن الهبة - نائبه العام ، بناء على عموم أدلة الولاية له . وأما الجائر ، فلا يجوز له ذلك ، اقتصاراً فيما خالف الأصول والقواعد على مورد النص ، فتأمل : المقالة الرابعة - في أرض الأنفال .

وهي الأراضي المعدودة من الأنفال التي هي لله وارسوله وللإمام القائم مقامه ، وخاصة له ، دون قبيلته . وهي : كل أرض مفتوحة بغير قتال ولا هراقة دم ، بل من غير أن يوجف عليه بخيل ولا ركاب ، سواء أسلموها للمسلمين طوعاً - وهم فيها - أو انجلوا عنها - وتركوها : وكل أرض هلك أهلها وهادوا - مطلقاً : مسلمين كانوا أم كفاراً - معمورة كانت الأرض أم خربة - لأنه وارث من لا وارث له . والأرضون الموات - سواء كانت مواتاً بالأصل كالمفاوز أم بالعارض اذا باد أهلها ولو كانوا مسلمين - بل : وكل أرض لا رب لها - مطلقاً - ولو كانت بحياة بنفسها . والمراد بالموات : عطلتها : إما بامتيلاء الماء عليها أو انقطاعه عنها أو ظهور السبخ ونحوه فيها بحيث لا ينفع بها - والحالة ذلك - وقد مر الكلام فيها - مفصلاً - في (المفتوحة عنوة) .

والأرض المفتوحة من الكفار بغير إذن الامام ، بل مطلق المغنومة

منهم ، كذلك ، فإنه الامام عليه السلام - على المشهور شهرة عظيمة ، وعن بعض حكاية الاجماع عليه . وهو الحجة ، سيما بعد اعتضاده بما عرفت . مضافاً - الى مرسلة الوراق - المنجبر ضعفها به وبالشهرة المستفيضة - وفيها : « اذا غزا قوم بغير اذن الامام فغنموا كانت الغنيمة كلها للامام عليه السلام فاذا غزوا بأمر الامام (ع) فغنموا كان للامام الخمس » (١) والى الحسنه بإبراهيم بن هاشم عن معاوية بن وهب - المتقدمة في المفتوحة عنوة (٢) . وقطائع الملوك ، المعبر بها عن غير المنقول من أموالهم التي اختصوا بها كالأراضي ، وعن المنقول منها بالصوافي ، وهي من الأنفال - أيضاً - ما لم يكن مغصوباً من مسلم أو مسلم فان المغصوب مردود الى صاحبه .

والآجام - الكسر أو الفتح ، مع المد - : جمع أجمة - بالتحريك ، وهو للشجر الكثير الملتف والمراد : ذات الأشجار الكثيرة الملتفة ، ونحوها للقصب ، ورؤس الجبال ، وبطون الأودية ، دون ظهورها ، والمرجع فيها إلى العرف - مطلقاً - ولو كانتا في غير ملك الامام على المشهور - كما قبل - خلافاً للحلي وبآتي الكلام فيه .

وبدل على ذلك كله - بعد الاجماع المحكي صريحاً في بعض منها ، مع عدم ذكر الخلاف في الباقي المؤذن به في الجميع - :

الأخبار المعتبرة المستفيضة التي منها - صحيحة إبراهيم بن هاشم - أو حسنته - المروية في (الكافي) عن أبي عبد الله (ع) قال : « الأنفال

(١) راجع : تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة آخر باب الأنفال ، حديث

رقم (٣٧٨) :

(٢) راجع : ص ٢١١-٢١٣ من الكتاب ، فقد ذكر فيه عامة هذه الروايات

المذكورة هنا .

ما لم يوجف عليها بنخل ولا ركاب ، أو قوم صولحوا ، أو قوم أعطوا بأيديهم ، وكل أرض خربة ، أو بطون الأودية ، فهو لرسول الله وهو للامام من بعده بضعه حيث يشاء ، (١) .

ومرسلة حماد بن عيسى عن العبد الصالح - الى أن قال - : «والانفال كل أرض خربة قد باد أهلها ، وكل أرض لم يوجف عليها بنخل ولا ركاب ، ولكن صولحوا صلحاً وأعطوا بأيديهم على غير قتال ، وله رؤوس الجبال وبطون الأودية والآجام وكل أرض ميتة لا رب لها ، وله صوافي الملوك مما كان في أيديهم من غير وجه الغصب ، لان الغصب كله مردود ، وهو وارث من لا وارث له . : . » (٢) .

وقول الباقر عليه السلام في خبر أبي بصير المروي عن علي (ع) : «لنا الانفال ، وقلت : وما الانفال ؟ قال : منها المعادن والآجام وكل أرض لا رب لها وكل أرض باد أهلها فهو لنا » (٣) :

وقول الصادق - عليه السلام - في خبر اسحاق بن عمار المروي عن تفسير علي بن ابراهيم - بعد أن سأله عن الانفال - فقال : «هي القرى التي خربت ، وانجلى أهلها ، فهي لله وللرسول وما كان للملوك فهو للامام وما كان من الارض الخربة التي لم يوجف عليها بنخل ولا ركاب وكل

(١) راجعها في وسائل الحر العاملي ، كتاب الخمس ، أبواب الأنفال حديث

رقم (١) .

(٢) راجع : وسائل الحر العاملي ، كتاب الخمس ، أبواب الأنفال وما

يختص بالامام باب (١) حديث رقم (٤) وهي طويلة . ذكرها الشيخ في (التهذيب) آخر كتاب الخمس :

(٣) يذكرها الحر العاملي في الوسائل ، كتاب الخمس ، أبواب الأنفال

حديث (٢٨) هكذا : عن أبي بصير ، عن أبي جعفر قال : لنا الانفال . : الخ :

أرض لارب لها . . . : الحديث (١) :

وما رواه الكليني : عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) :
أنه سمعه يقول : « إن الأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة دم
أو قوم صولحوا وأعطوا بأيديهم ، وما كان من أرض خربة أو بطون
الأودية ، فهذا كله من الفبيء ، والأنفال لله وللرسول ، فما كان لله فهو
للرسول يرضه حيث يحب » (٢) :

وصحيفة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال : « سمعته يقول :
للفبيء والأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة الدماء وقوم صولحوا
وأعطوا بأيديهم ، وما كان من أرض خربة أو بطون أودية فهو كله من
الفبيء ، فهذا لله ولرسوله . . . » (٣) :

ورواية داود بن سرحان عن أبي عبد الله (ع) - في حديث -
« قال : قلت : وما الأنفال ؟ قال : بطون الأودية ، ورؤوس الجبال
والآجام والمعادن وكل أرض لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب وكل أرض
مينة قد جلى أهلها ، وقطائع الملوك » (٤)

وموافقة سماعة : « قال : سألت عن الأنفال ؟ قال : كل أرض
خربة أو شيء يكون للملوك فهو خالص للإمام (ع) ليس للناس فيه سهم

(١) راجع : وسائل الحر العاملي ، كتاب الخمس ، أبواب الأنفال وما
يختص بالإمام ، حديث رقم (٢٠) .

(٢) تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ، باب الأنفال ، حديث رقم (٣٧٠)

(٣) تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ، ٣٨ باب الأنفال ، حديث

رقم (٣٧٦) :

(٤) راجع : وسائل الشيعة لآحر العاملي ، كتاب الخمس أبواب الأنفال

وما يختص بالإمام ، حديث رقم (٣٢) إلا أن سنده عن داود بن فرقة . . .

- قال - : ومنها البحرين لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ، (١)
وما رواه الشيخ عن داود بن فرقد : « قال قال أبو عبد الله :
قطائع الملوك كلها للامام وليس للناس فيها شيء » (٢)
ورواية محمد بن مسلم : « قال سمعته قال - وسئل عن الأنفال - :
كل قرية يهلك أهلها أو يملكون عنها فهي نفل لله عز وجل نصفها يقسم
بين الناس ، ونصفها لرسول الله فما كان لرسول الله (ص) فهو
للإمام » (٣)
الى غير ذلك من الأخبار المنجبر ضعف بعضها سنداً بالشهرة فتوى
ورواية :

والتيقيد بالنصف محمول على التقييد - كما في الحدائق - (٤) و
(بالخربة) (٥) في الرسالة ، منزل على الغالب ، وإلا فالأرض - مطلقاً -
وإن كانت معمورة اذا هاد أهلها من الأنفال - كما عرفت - :
وإطلاق جملة منها المتعلقة بالآجام وبطون الأودية ورؤوس الجبال

(١) راجع : وسائل الحر العاملي ، كتاب الخمس ، أبواب الأنفال ، حديث
رقم (٨) . وتهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ، ٣٨ باب الأنفال حديث رقم
(٣٧٣ - ٧) :

(٢) تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ، ٣٨ ، باب الأنفال ، حديث
(٣٧٧ - ١١)

(٣) تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ، ٣٨ ، باب الأنفال ، بسنده : سمعت
أبا عبد الله (ع) يقول . . الخ

(٤) راجع كتاب الخمس من (الحدائق) ج ١٢ ص ٤٧٢ طبع النجف
الأشرف ، عقيب ذكره للخبر الآنف .

(٥) في قول الامام (ع) : « كل أرض خربة . . » :

بعم ما كان منها في ملك الامام وغيره ، خلافاً للمسروب الى ظاهر الحلي في الثلاثة ، فخصها بما اذا كانت في ملك الامام . ورده في البيان بأنه يفضي الى التداخل وعدم الفائدة في ذكر اختصاصه عليه السلام بذلك لكن في (المدارك) - بعد ذكره ما في البيان - : « الله جيد لو كانت الأخبار المتضمنة لاختصاصه بذلك على الاطلاق صالحة لاثبات هذا الحكم ، إلا أنها ضعيفة السند ، فيتجه المصير الى ما ذكره ابن ادريس الحلي ، قصرأ لما خالف الأصل على موضع الوفاق » (١)

وفي (المختلف) : « . . . احتج ابن ادريس بأن الأصل اباحة ذلك للمسلم وعدم تخصيص الامام (ع) به ، فلا يعدل عنه بمثل هذه الأخبار الضعيفة . والجواب : المنع من اصابة الاباحة ، بل الامام أولى ، لأنه قائم مقام الرسول ، وهو أولى بالموثوقين من أنفسهم : . . . » (٢) انتهى . وقال الخال في (المناهل) : « . . . » . و اشار الى هذا الأصل في (المدارك) و (الذخيرة) بقولها : يتجه المصير الى ما ذكره ابن ادريس - رحمه الله - قصرأ لما خالف الأصل على موضع الوفاق : وقد يجاب عما ذكره - اولاً - بالمنع من الأصل المذكور عليه - كما في (المختلف)

(١) ونما عبارته - كما في كتاب الخمس ، المقصد الأول في الأنفال في شرح قول المحقق (ورؤوس الجبال . . .) : « واطلاق النص وكلام أكثر الأصحاب يقتضي اختصاصه (ع) بهذه الأنواع الثلاثة من أي أرض كانت ، ومنع ابن ادريس من اختصاص الامام بذلك على الاطلاق ، بل قيده بما يكون في موات الأرض أو الأرضين المملوكة للامام ، ورده الشهيد في (البيان) بأنه يفضي الى التداخل وعدم الفائدة في ذكر اختصاصه بهذين النوعين ، وهو جيد : (٢) راجع : كتاب الخمس منه ، الفصل الثالث في الأنفال .

بقوله : والجواب المنع ، الى آخر ما تقدم من كلامه - ثم قال - :
وفي حاشية (الروضة) بقوله - بعد الاشارة الى ما ذكره في (المدارك) :
وما ذكره من قصر الحكم المخالف للأصل على موضع الوفاق لا يخلو من
خفاء .

فانه ان اراد: أن النقال رؤوس الجبال الى الإمام مخالف للأصل فيقتصر
فيه على موضع الوفاق - وهو ما كان في الموات والأرضين المملوكة
للإمام (ع) - ففيه : إن ذلك الأصل غير مسلم ، لما عرفت : من
احتمال ان تكون الجبال والأودية دائما - للحجة في زمانه ، وهو يأتي في
الآجام ايضاً اذا كانت مستأجرة في الأصل . ولو سلم هذا ، فانما يتم في
ما كان أسلم عليه أهله طوعاً . وأما المفتوحة عنوة ، فكما أن الانتقال الى
الإمام عليه السلام خلاف الأصل فكذلك الانتقال الى المسلمين ، وليس
بشيء موضع الوفاق فلا ترجيح للثاني على الأول :

وإن أراد: أن الأصل في رؤوس الجبال أن تكون تابعة للأراضي
التي هي فيها ، فالحكم بها لغير صاحب الأرض مخالف للأصل فيقتصر فيه
على موضع الوفاق ، ففيه - بعد تسليم الأصل المذكور : أنه ليس على هذا
موضع وفاق وقع فيه خلاف ، إذ على ما اختاره ، رؤوس الجبال تابعة
للأرض مطلقاً وتكون لأصحابها ، فلم تقع فيه مخالفة لذلك الأصل :
ويمكن اختيار الأول ، بناء على تسليم الأصل المذكور ، بأن يقال :
إن ذلك لمرجح قول ابن ادريس - رحمه الله - فيما أسلم عليه أهله طوعاً
بأن فيه اقتصار الحكم المخالف للأصل ، وهو اختصاص الإمام على موضع
الوفاق ، وأما ترجيحه في (المفتوحة عنوة) فكأنه باعتبار أمر آخر ، وهو
موافقته لأصل تبعيتها للأصل ، بخلاف قول المشهور ، فانهم يحسبون
فيهما بكونهما للإمام عليه السلام مع كون الأرض للمسلمين ، فتدبر ،
انتهى .

قلت : لا يخفى عليك مواقع النظر في ذلك :

أما ما ذكره في البيان : من الرد بالتداخل وعدم الفائدة ، ففيه :
 إن ذلك غير وارد على من لم يعمل بأخبار الأحاد كابن ادريس - رحمه الله -
 المفروض عنده خلو المقام عن الأخبار المخرجة للحكم عن الأصل . نعم ،
 يرد ذلك على من يعمل بهذه الأخبار ، ولو بمعونة جبر ما ضعف منها ،
 ويقول - مع ذلك - باختصاصها بما كان في ملكه . ولكن لم نعتز على
 قائل منهم بذلك : على أن الفائدة كادت أن تكون مهدومة في رؤوس
 الجبال وبطون الأودية ، لعدم انفكاكها - غالباً - عن الموات الموجب
 لكونها - حينئذ - للإمام عليه السلام والموجب بسبب الموات .

وأما ما وقع من (المختلف) في الجواب بالمنع من الأصل المزبور
 بأولوية الامام (ع) بالمؤمنين من أنفسهم ، ففيه : إن ذلك لا يدل على
 الملكية له (ع) وإن كان أولى بالتصرف فيه ، فانه أولى بالمؤمنين في
 التصرف في أملاكهم من أنفسهم . بل لم نجد لما ذكره من وجه المنع
 معنى محصلاً .

اللهم إلا أن يريد به : إن الامام عليه السلام ليس في مرتبة غيره
 من آحاد المسلمين حتى يتمسك عليه باصالة الاباحة عند الشك في امتياز
 عن سواه بالاختصاص .

وفيه : إن الحكم بالأولوية منبسط على المباحات والمملوكات - مطلقاً -
 فلا ينافي التمسك بالأصل لتعيين أحد النوعين ، وإن كان الحكم بها بعمومها
 ومنبسطاً عليهما ، فافهم :

وأما ما ذكره المحشي - رحمه الله - في الحاشية الجالية : من احتمال
 أن تكون الجبال والأودية - دائماً للحجة (ع) في زمانه :

ففيه : انا ننقل الكلام معه الى أول زمان شرع الانفال المدعى نقلها

اليه بالنقل ، فان الاصل عدمه .

وأما ما ذكره من قوله : وأما المفتوحة عنوة فكما أن الانتقال الى الامام عليه السلام خلاف الأصل فكذا الانتقال الى المسلمين .. الخ ففيه : ان الشك في الانتقالين ليس في مرتبة واحدة ، لأن الانتقال الى المسلمين فرع كونها مملوكين للكفار قبل الاغتنام حتى ينتقل به اليهم وكونها للامام فرع عدم كونها لهم .

مضافاً الى ما ذكره من التفصيل في أجزاء الأصل وعدمه بين المفتوحة عنوة وأرض من أسلم عليها طوعاً : بالأول في الثاني ، والثاني في الأول ، مبني على تملك الكفار لها حال الكفر قبل الاسلام أو الاغتنام حتى يقال ببقائه على ملكهم وعدم انتقاله الى الامام عليه السلام في الثاني ، للأصل : ومعارضة الأصل بمثله بعد معلومية الانتقال منهم بالاغتنام في الأول مع كون الدخول في ملكهم ، والحال ذلك بمجرد وضع اليد عليها من دون إحياء لها - أول الكلام : هل مقتضى الأصل عدمه . ودعوى معلومية الانتقال وعدم بقائها على الإباحة الأصلية ، تدفعها معارضة أصالة عدم الانتقال الى الامام عايه السلام بأصالة عدم الانتقال والدخول في ملك الكفار ، إذ هو ايضاً مقتضى الأصل عدمه ، فيجري فيه نظر ما يجري في المفتوحة عنوة من تعارض الأصلين ، فافهم :

وأما ما ذكره - أخيراً - : من التفصيل في معنى الأصل بإراعاة معناه الأول في أرض من أسلم أهلها طوعاً وبمعنى الظاهر في المفتوحة عنوة :

ففيه : أنه تفكيك ركيك : ولعله اليه أشار بالتدبر .

وبالجملة : فكلام ابن ادريس جيد ، بناء على أصله : من عدم العمل بأخبار الآحاد الموجب حينئذ للرجوع الى الأصل ، إلا أنه يجب

الخروج عن مقتضاه بتلك الأخبار الكثيرة المنجبرة ما ضعف سنده منها بالشهرة المستفيضة الحاكمة باطلاقها على ما كان منها ، ومن المستأجرة بالأصل للإمام عليه السلام ، ولو كان في ملك غيره ما لم يكن مملوكاً بالاحياء ، أو مستأجرة في ملكه فانه للملكه :

هذا ، وكلام ابن ادريس - رحمه الله - غير صريح فيما نسب اليه ، بل لعله غير ظاهر فيه ، سيما بالنسبة الى الآجام التي كاد أن يكون فيها كالصريح في خلافه . ولذا عن (البيان) : الاقتصار في نسبة الخلاف اليه على الأولين دون الآجام ، حيث قال في (السرائر) - في تعداد أراضي الأنفال ورؤوس الجبال وبطون الأودية والآجام التي ليست في أملاك المسلمين ، بل التي كانت مستأجرة قبل فتح الأرض والمعادن التي في بطون الأودية التي هي ملكه ، وكذلك رؤوس الجبال - « فأما ما كان من ذلك من أرض المسلمين ويد مسلم عليه ، فلا يستحقه الامام عليه السلام بل ذلك في الأرض المفتوحة عنوة والمعادن التي في بطون الأودية مما هي له . . . » انتهى (١)

إذ لعل الظاهر من كلامه التفصيل في المعادن بين ما كان في ملك الامام عليه السلام كبطون الأودية ورؤوس الجبال ، على أن تقييد البطون في كلامه بالتالي هي ملك الامام (ع) من القيود التوضيحية ، لا الاحترازية ، وكلامه في الآجام موافق لما عليه غيره . بل لعله المشهور من أنه مشروط بما إذا لم تكن مستأجرة في ملك الغير ، فان المستأجرة كذلك مملوكة للملكها ولا أقل من الاجمال في كلامه .

وكيف كان ، فلو فرض - ولو بالاحمال العادي - أنه استجلبت

(١) راجع - من سرائر ابن إدريس الحلي - : كتاب الخمس ، باب ذكر

الأنفال ومن يستحقها . .

الأرض المملوكة أو استودت فهل تنقل إلى الإمام عليه السلام، لاطلاق ما دل على كونها من الإنفال ، أو هي باقية على ملك مالئها ، للأصل مع انصراف المطلقات إلى ما كان كذلك بالأصل وقبل شرع الإنفال ؟ وجهان ، مبنيان على ما عرفت - إلا إذا كانت مملوكة بالأحياء وقتلنا بصيرورتها موتاً بذلك ، فإنها تبني على المسألة الخلافية الآتية في خروج المملوكة بالأحياء بالموت عن الملكية وعدمه ، وإن كان الأقوى عدمه - كما يأتي - :

هذا ، ولعل النزاع في غير الآجام من الثلاثة قليل الحدود ، لعدم انفكاكها - غالباً - عن الموت الموجب لكونها للإمام بذلك ، بخلاف الآجام التي قد يدعى أنها من الحياة لكثرة الانتفاع بأشجارها وأخشابها التي ربما لا تنقص عن جملة من المنافع التي تعد بها الأرض حياة ، بل ، ولعل إطلاق بعض الأدلة بقضي بدخول غير الآجام من الثلاثة في ملك الإمام عليه السلام وإن كانت حياة بنفسها ، بل وما كان منها في المفتوحة عنوة ، تحكيماً 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 ، فضلاً عن الترجيح ، بناء على أن إطلاق المفتوحة عنوة للمسلمين مخصصة بما كان مملوكاً للكفار . وليس بشيء من ذلك للدلالة المزبورة داخلاً في ملكهم حتى يملكه المسلمون بالاغتنام - كما تقدم نظير ذلك في موات المفتوحة عنوة - فراجع .

بقي هنا إشكال : وهو إن مقتضى ملكية الإمام عليه السلام لهذه الأراضي ملكية ما فيها من النباتات والأشجار بتبعية الأرض . ومقتضاه عدم جواز تناول شيء من ذلك إلا بإذنه ، مع أن بناء الناس وسيرتهم جار على المعاملة مع هذه الأشياء معاملة المباحات الأصلية من

التملك بمجرد الحيازة بالاحتشاش والاحتطاب وترتيب آثار الملكية عليها بالبيع او الشراء ، وغير ذلك من غير فرق بين كون الحائز من الشيعة أو غيرهم ، فلا يجدي التملك بأخبار الإباحة والتحليل بالنسبة إلينا بالخصوص في رفع الاشكال وعمومه ، بل ذلك مقتضى ما ورد من قوله (ص) : « الناس شركاء في ثلاثة : النار والماء والكلاء » (١) بل للظاهر منه سيما مع عطف الكلاء على الماء المعلوم كونه من المباحات الأصلية : كون الثلاثة هاقية على الإباحة الأولية . بل قد يقال : لم نجد مصداقاً لما يتحقق معه الإباحة الأصلية من الكلاء والماء والنار المقصود منها - ظاهراً - الشجر والخطب ولو مجازاً ، كيف وإباحة شيء من تلك فرع لإباحة الأرض الناهية فيها . وليس - عندي - من الأراضي ما هي هاقية على لإاحتها الأصلية - بعد ما عرفت من تقسيم الأراضي وأحكامها - .

ودعوى استثناء ذلك من أدلة التبعية في خصوص ما ينبت في أرض الإمام عليه السلام المختصة به بالإمامية ، فيها من الرهن ما لا يخفى .

فلا محيص عن الإشكال ، إلا بما منع بالبال وخطر في الخيال ، يدعوى إمكان : أن يقال - ولو للجمع بين الأدلة - : ان تلك الأشياء - مع كونها مملوكة للإمام - يجب عليه - عليه السلام - بذلها للأنام كافة كما يجب على المعيل بذل ماله لمن يجب عليه نفقته ، حتى يكون جميع الناس مطوقين له بطوق إحسانه متنعمين بسعة فضله وامتنانه ليكون له فضل المنعم ، ويستحق عليهم شكر المنعم ، وهو أتم للحجة وأوضح للمحجة ، فذلك - لسعة البذل وعمومه - بحكم المباحات الأصلية في تملك من سبق

(١) حديث لبوي مشهور بين الفريقين ، يذكره ابن الأثير في (النهاية)

البا بالحيازة ، فلكية الامام لها نظير ملكية الله تعالى الاشياء التي لا تنافي معها ملكية العباد :

لكن هذا الحكم لا يعم أمواله المخصصة به ، ولو بالامامة ، بل يختص منه بما اشتد مسيس حاجة الناس اليه وتوقف ضرورة التعيش عليه كالنار وللكلالة ، فافهم واغتنم :

هذا تمام الكلام في أراضي الانفال من حيث موضوعها

وأما حكمها : فهي للامام عايه السلام - بعد النبي (ص) - القائم مقامه ، فلا يجوز لأحد التصرف فيها إلا بأذنه ، كما تقتضيه اصول المذهب وقواعده - مطلقاً - في زمان الحضور والغيبة ، وجواز التصرف في ذلك لنا في الثاني ، لا لسقوط الاذن بالنسبة الينا ، كما لعله يظهر من (المدارك) وغيره . بل لحصوله منهم لنا بأخبار التحليل والاباحة لشيعتهم وهو - في الجملة - مما لا خلاف فيه ، وإن وقع الخلاف في مقدار ما حللوه : فمنهم من أفرط في ذلك ، وعمم الحكم بالاباحة والتحليل لمطلق ما للامام عليه السلام حتى الخمس ، فأسقطه في زمان الغيبة ، إلا أنه قول متروك ، رماه غير واحد بالندرة والشذوذ (١) ومنهم - من خصه

(١) وهو مذهب (سلاار) من القدماء ، واختاره من المتأخرين : الفاضل المولى محمد باقر في الذخيرة . قال العلامة في (المختلف - آخر كتاب الزكاة) الفصل الثالث في الانفال - وقبل انتهاء الكتاب ييسر فانه بعد استعراض الأقوال في المسألة وذكر احتجاجاتهم فيها ، وعرض احتجاج سلاار وأتباعه ، في سقوط أصل الخمس حال الغيبة - قال : « ... واعلم ان هذا القول بعيد عن الصواب ، لضعف الأدلة المقاومة لنص القرآن ، والاجماع على تحريم التصرف في مال الغير بغير إذنه » .

بخصوص المناكح والمساكن والمتاجر المقصود منها - طاهراً - ما يشترى بالتجارة من الأموال التي فيها الخمس من الظلمة ، كما عن العلامة في كتبه وعن (الحدائق) : نسبته الى المشهور (١) :

ولعل الأقوى : اختصاصه بمطلق الانفال دون الخمس ، جماعاً بينهما وبين ما دل على وجوب دفعه والحث على اخراجه وإيصاله الى أهله ، أو خصوص الثلاثة منها . وتفصيل الكلام فيه موكول الى محله في كتاب الخمس .

وكيف كان ، فالأراضي التي هي من الانفال يجوز لنا التصرف فيها بالزراعة وغيرها من غير توقف على التقبيل من الجائر ، بل ، ومن الحاكم أيضاً - وإن كان نائباً للامام ، وقلنا بعموم ولايته لحصول الاذن من مالكة الحقيقي : وبذلك يفترق حكمها عن حكم الأراضي الخراجية التي هي للمسلمين من المفتوحة عنوة :

هذا بالنسبة الى ما كان منه في أيدينا . وأما ما كان في أيدي غيرنا فهو عليهم حرام لعدم الاذن به منهم ، وفي جواز انتزاعه من أيديهم مع الامن من الضرر : وجهان : من أنه مال الامام عليه السلام في يد من لا يستحق وظالم له في تصرفه وغاصب له في قبضه ، ومن أن المستحق لانتزاعه هو الامام فيتوقف على أمره غير أن ما يأخذه اجائر باسم الخراج والمقاسمة مما كان في أيدي غيرنا من الانفال جاز لنا أخذه منه - بلا إشكال - لانه للامام عليه السلام ، وقد أباحه لنا .

نعم ما يأخذه باسم ذلك مما هو في أيدينا ، ففي جواز أخذه منه ،

(٢) راجع - في تفصيل ذلك ونسبة هذا القول الى الشيخ الطوسي واختيار

حامة المتأخرين له : مختلف العلامة آخر كتاب الخمس ، وحدائق الشيخ البهراي كتاب الخمس آخر ج ١٢ طبع النجف الأشرف :

وعدمه : وجهان : مبنيان على كون المأخوذ باسم ذلك من المستقبل مناماموكأ لكونه بالاباحة والتحليل مستحقاً للارض مجاناً بلا أجرة عليه ، أو هو للامام عليه السلام ، فيكون الجائر غاصباً منه ، دون الزراع ، وإن أبيع له الأجرة أو تساط عليه . ولعله يأتي لذلك مزيد توضيح إن شاء الله تعالى .

هذا ، وقد يسبق إلى الذهن في المقام له إشكال ، وهو : إن غاية مفاد أخيار التحليل والاباحة ، جواز التصرف فيما هو للامام عليه السلام من الأنفال دون التملك ، مع قيام الاجماع على ترتيب آثار الملكية عليه من البيع والشراء وسائر التواقل ووطء الأمة وعنتها الموقوفين على الملكية .

ويدفعه - مضافاً إلى إمكان دعوى أن يقال بدخوله - آنأما - في ملكه عند ارادة وقوع شيء من ذلك كالمعاطة ، بناء على المشهور : من إفادتها الاباحة :

أله لم لا يجوز في أول مرتبة الانتقالات من الفضولي - مع إجازة المالك ، بناء على هجته - مطلقاً - ولو مع وقوعه لنفسه كبيع الغاصب مع إجازته ؟.

وأما جواز وطء الأمة المغنومة لمن اغتنمها ، فمن باب التحليل ، فتأمل .

أو يقال : إن عدم إفادة الاباحة أزيد من جواز التصرف لكونه المتيقن منها دون التملك الذي مقتضى الأصل عدمه لأنها أعم منهما ، والعام لا يدل على خصوص الخاص ، مسلم في الاباحة المجردة عن قربنة التملك دون المحفوفة بها : من التعليل بطيب الولادة ونحوه الظاهر فيه ،

سيا مع ما ورد من قوله عليه السلام « ما هو لنا فهو لشيعتنا » (١) .
الظاهر - ولو بمعونة اللام - في الملكية .

لكن قد يقال : إن التملك لا بد وأن يكون بأحد الأسباب المملوكة
شرعاً ، وليست الإباحة منها .

وقد يجاب عنه بأن السبب المملك شرعاً - هنا - هو اليد بالأخذ
والتناول في مورد الإباحة الكلية من المالك ، كالأخذ بقصد التملك في
مورد الإعراض والتناول من نثار الأعراس ، فيكون بحكم المباحات المملوكة
لمن سبق إليها بالحيازة ، فتأمل (٥)

أو يقال : بأن الإباحة المطلقة الشاملة لجميع التصرفات مرداة للملكية
العين ، بل الإباحة الخاصة مرتبة من مراتب الملكية لها - أيضاً - غير أنها
مرتبة ضعيفة من جهة اختصاصها بالجهة الخاصة بالملكية التي هي بمعنى
السلطنة المتعلقة بالعين ، إن اشتدت قوتها بحيث أحاطت بجميع التصرفات
فيها عبر عنها بملك الرقبة ، للاحاطة المزبورة ، وإن اقتصت ببعض
الجهات دون بعض عبر عنها بملك المنفعة ، وأضعف منها مرتبة ملك
الانتفاع .

فلملكية من حيث الشدة والضعف والأضعف مراتب ثلاثة :

(١) بهذا النص وبمقصود أخرى مختلفة الأداء متحدة المضمون يذكر الحار
العالم في (وسائله ، آخر كتاب الخمس) أبواب الأنفال ، ٤ لإباحة حصّة الامام
من الخمس للشيعة ، روايات كثيرة .

(٥) وجه التأمل : هو أن ذلك إن تم فلا يتم فيما كان الاغتنام الذي هو
تملك الامام حاصلًا بنفس الأخذ ، ضرورة تأخير تملك المغنم في المرتبة عن تملك الامام
بالاغتنام المسبب عنه . اللهم إلا أن يقال : إن التقدم بالعلية لا بالزمان فتأمل (منه
قدس سره) .

يعبر عن الأولى - اصطلاحاً - بملك العين ، وعن الثانية بملك المنفعة وعن الثالثة بملك الانتفاع .

ومن ذلك : ملكية الزوج لبضع الزوجة ودخول بضع الأمة المحللة في ملك اليمين بعد حظر التحليل في قواه تعالى : « إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » (١) والأمة المحللة ليست بزوجة - قطعاً - فهي مملوكة للمحلل له من جهة خصوص الانتفاع ببعضها . ولا ينافي ذلك كونها باقية على ملك مالكةا المحلل المبيع ، ولعلك تقف على مزيد توضيح لذلك في مسألة المعاوضة :

تذنيب : فيما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمة الذي قد عرفت معناهما من الأراضي وباسم الزكاة من الانعام وغيرها وما يؤخذ منه من ذلك من الجوائز أو بالبيع والشراء وغير ذلك :

فنقول : لا اشكال في براءة ذمة المتقبل من الجائر بدفع القبالة اليه ، بلا خلاف أجده بل الاجماع - بقسميه - عليه :

ويدل عليه - مضافاً الى ذلك - : الأخبار المستفيضة الدالة على صحة التقبيل منه ، وان كان هو آثماً في قبضه ، لانه غير مستحق له لكونه وظيفة الامام العادل المتولي لامور المسلمين ؛

وبذلك يخرج عن القاعدة التي لولها لكان مقتضاها عدم تعيين المقبوض أجرة ومقاسمة لفساد القبض والقسمة لكونه غاصباً ظالماً فيها ، فيبقى المقبوض على ملك مالكة ، ويجب - حينئذ - دفع ما عليه من القبالة لمن يستحق القبض منه ، وهو الامام العادل (ع) المتولي لمصالح المسلمين إلا أن الحكم بالبراءة مدلول عليه بالاجماع والسنة المستفيضة الكاشفين عن

(١) سورة المؤمنون ، آية : ٥ ، ٦ ، وتعام الآية : والذين هم لفروجهم

حافظون : إلّا . . .

لمضاء الشارع ليعينه خراجاً للارض :

كما لا اشكال - بل لا أجد خلافاً معتداً به - في جواز أخذ شيء من ذلك منه بالبيع او الشراء وسائر الانتقالات : من الصلات والهبات ، لا لأخهار الإباحة والتحليل - كما توهم - إذ هي أخص من المدعى لظهورها في خصوص ما هو ملكهم كالانفال ، فلا نعم ما هو لغيرهم ، ولهم الولاية عليه ، كخراج المفتوحة عنوة التي هي للمسلمين ، بل لتحقيق الاذن بذلك منهم بالمستفيضة من الروايات ومحكي الاجماع :

فن الاولى - مصبحة الجداء ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن الرجل منا يشتري من السلطان ، من ابل الصدقة وغنمها ، وهو يعلم أنهم يأخذون منهم أكثر من الحق الذي يجب عليهم ، فقال : ما الابل والغنم إلا مثل الخنطة والشعير ، وغير ذلك ، لا بأس به حتى يعرف الحرام بعينه فيعجنب . قلت : فما ترى في متصدق بجيشنا ، يأخذ صدقات أغنامنا ، فنقول : بعناها ، فيبيعنا إياها ، فما ترى في شراء ذلك منه ؟ فقال : إن كان قد أخذها وعزها فلا بأس قليل له : فما ترى في الخنطة والشعير بجيشنا للمقاسم . فيقسم لنا حظنا ويأخذ حظه فنأخذه بكيل فما ترى في شراء ذلك منه ؟ فقال : ان كان قد قبضه بكيل وأنتم حضور فلا بأس ، (١) . : الحديث

(١) ذكر هذه الرواية بنصها الشيخ المرتضى في (مكاسبه - في المكاسب المحرمة) بعنوان : خاتمة تشتمل على مسائل : : : الثالثة : ما يأخذه السلطان المستحل . : وذكرها الحر العاملي في (وسائله ، كتاب للتجارة) أبواب ما يتكسب به ، ٥٢ باب جواز شراء ما يأخذ الظالم من الغلاة . : حديث رقم (٥) بسنده هكذا : محمد بن يعقوب عن عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد جميعاً عن ابن محبوب عن هشام بن سالم عن أبي عبيدة عن أبي جعفر (ع) : :

الظاهرة - بل الصريحة - في جواز شراء ما لم يعلم أنه الحرام بعينه من المقبوض زكاة أو خراجاً المنعين كونه كذلك بالقبض ، وإو بمعونة إمضاء الشارع له ، وأن الحرام هو القدر الزائد عليه ، فيكون باقياً على ملك مالكه ، يجب الاجتناب عنه وعن المشتمل عليه بحيث لا يفرز أو المشبه به بالشبهة المحصورة مع الابتلاء بأطرافها .

والمناقشة فيها - أولاً - بأخصيتها من المدعى لأختصاصها - أولاً - بالشراء فلا يعم غيره من النواقل ، وثانياً - بالزكاة لامكان أن يكون المشتري مستحقاً لها ، وثالثاً - بأن تعليق الجواز ونفي البأس فيها على عدم معلومية الحرام مشعر بالمنع عنه مطلقاً ، بعد أن كان المأخوذ - ولو قدر الحق الواجب - حراماً بالاجماع . ولعل العدول عنه الى التعبير بذلك والاجمال في البيان للتحقية .

ضعيفة جداً ، لانه إن تم في الشراء أو الزكاة ، تم في غيرهما من النواقل والحقوق بعدم القول بالفصل - كما قيل - مع ظهور لفظ (القاسم) في ذيلها في المقاسمة ، سيما مع سبق حكم الزكاة في قوله (الا مثل الخنطة والشعير » ووقوع التعبير عنه بـ (المصدق) فيكون (القاسم) غيره . ولا أقل من الاطلاق ، بل العموم المستفاد من ترك الاستفصال وظهور إرادة الزائد على الحق الواجب عليه من الحرام الواقع غاية في قوله « حتى تعرف الحرام بعينه » وهو المخصوص فيها بالمنع عنه ، دون الحق الواجب وان كان حراماً على الآخذ آنماً في أخذه مضموناً عليه ببذله ممنوعاً عن التصرف في ثمنه ، فلا إجمال حتى يشعر بالتحقية ، ولا موجب للحمل عليها . بل ظاهرهما - سؤالاً وجواباً وتقريراً من الامام - : كون الجواز بالنسبة الى المقبوض مقدار الحق مفروغاً عنه : وإنما وقع السؤال عما يعلم قبضه أكثر من الحق لشبهة الدراج الزائد في المبيع بل مقتضى نفي البأس عن

الشراء المسبب عن حلية المأخوذ به ، ولو بقريئة قوله « حتى تعرف الحرام بعينه » عدم للفرق بينه وبين غيره من النواقل ، لوجود المناط ، وهو الحلية . فالدفع به أيضا دعوى اختصاص الجواز بالشراء ، اقتصاراً فيما خالف الاصل والقواعد على القدر المتيقن وهو الشراء دون غيره - كما عن ههنا - .

وبالجملة : فالصحبة كالصريحة : في أن جهات الاسئلة فيها - هي : أولاً - عن الجواز مع العلم الاجمالي بحصول الحرام في أيدي العمال وثانياً من جهة توهم الحرمة أو الكراهة في شراء ما يخرج في الصدقة ، كما ذكر في هاب الزكاة . وثالثاً - من جهة كفاية الكيل الاول في بيع المكيل والموزون ، وكون أصل الجواز مفروغاً عنه ، والا كان هو أولى بالسؤال عنه (*) .

(*) تنبيه: تقيد جواز الشراء في الفقرة الثانية من للصحبة بالاخذ والعزل الظاهر في كونه عطف بيان لا نسق ، للتعين ورفع الجهالة والابهام في المبيع ، ولذا حكموا ببطلان بيع عبد من العبدین وشاة من الشاتين بل رضاع من صبرة منقسمة الى صبعان متعددة ، وان حكموا بصحة بيعه منها مجتمعة مطلقاً ، لعدم الابهام في الثاني في المبيع المقدر بالصاع ، وان كانت الصبرة مجعولة ، ووجوده في الاول لتردد المبيع بين الصبعان وان كانت معلومة العدد ، وان أشكل بعضهم في وجه الفرق بينهما حتى جعلهما من واحد في عدم الجهالة فيهما ، ولعله واضح لان متعلق البيع في الثاني هو الكلي المقدر المجرد عن لحاظ جميع العوارض للطائفة على نفس الحقيقة التي هي الماهية المعرأة عن جميع القيود والملاحظات الخارجة عنها . مع فرض عدم الابهام فيها وفي مقدارها ، بخلاف الأول الملحوظ فيه مع قبح التشخص بالفردية والانتشار في الافراد الموجب للابهام من هذه الحيثية المفقودة في بيعه من المحتمة ، فافهم (منه رحمه الله) .

ومنها - موثقة اسحاق بن عمار ، قال : « سألته عن الرجل يشتري من العامل ، وهو يظلم ؟ قال : يشتري منه ما لم يعلم انه ظلم فيه أحداً » (١) لظهور السؤال عن الشراء من العامل في شراء ما هو عامل فيه من الحقوق التي يقبضها عن السلطان : ولا أقل من العموم المستفاد من ترك الاستفصال .

وبه يندفع توهم السؤال عن شراء أموال الظلمة - كما عن الشيخ إبراهيم القطيني (٢) - فيكون المراد بالظلم المنسوب الى العامل هو أخذه الأكثر من الحق الواجب دون أصل الحق ، وإلا لم ينفك للعامل عن الظلم - حينئذ - فيكون سياق الرواية سياق للصحيحة المتقدمة ، سؤالاً وجواباً في صدرها .

ونحوه الخبر الموصوف بالصحة ، وفيه : « أشترى من العامل الشيء أعلم إنه يظلم ؟ فقال : اشتر منه » (٣)

بل ، وبترك الاستفصال المفيد للعموم يستدل عليه باطلاق النصوص المحبوزة للشراء من الظلمة ، نحو المرسل كالصحيح : « أشترى الطمام

(١) وسائل الحر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب ما يتكسب به ، باب جواز للشراء من غلات الظالم ، حديث رقم (٢) :

(٢) ذكر ذلك - تفصيلاً - في رسالته الخراجية المسماة (السراج الوهاج في مسألة الخراج) طبعت ضمن مجموعة من الرسائل للخراجية والرضاعية وغيرهما في إيران بقطع صغير سنة ١٣١٥ هـ .

(٣) راجع : للوسائل للحر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب ما يتكسب به ، باب جواز شراء ما يأخذ الظالم من الغلاة ، حديث رقم (٤) بسنده هكذا : محمد ابن الحسن باسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى عن علي بن النعمان عن معاوية بن وهب قال قلت لأبي عبد الله (ع) : أشترى ...

فيجيبني من يتظلم يقول : ظلمتني ؟ فقال : اشتره » (١) .

اللهم إلا أن يدعى في نحو الأخير كون الاطلاق مسوقاً لبيان حكم آخر ومنها - الحسن : « ما يمنع ابن أبي سماك أن يخرج شهاب الشيعة فيكفونه ما يكفيه الناس ويعطيهم ما يعطي الناس قال - ثم قال لي - : لم تركت عطائك ؟ قال قلت مخافة على ديني ، قال : ما منع ابن أبي سماك أن يبعث إليك بعطائك ؟ أما علم أن لك في بيت المال نصيباً » (٢) . وقال جدي في (الرياض) - بعد ذكره الرواية - : ما هذا لفظه : « وهو - مع حسنه واحتمال صحته - واضح الدلالة من حيث تجوزة -أولاً- لشهاب الشيعة أخذ ما يعطي الحاكم الناس المعبين له ، ومن جهة ما يعطون وجوه الخراج والمقاسمة ، وثانياً - للراوي أخذ العطاء من بيت المال الغالب فيه اجتماع وجوهها فيه لندرة الزكوات ، فان لها أرباباً مخصوصة يعطون من دون احرارها فيه ، فاحتالها فيه ضعيف واضعف منه احتمال الوجوه الموصى بها أو المندورة للشيعة : فالمناقشة في الدلالة بما مر ضعيفة انتهى (٣) ،

(١) الوسائل - المصدر الآنف - حديث تسلسل (٣) : وعنه ، عن ابن أبي عمير عن محمد بن أبي حمزة ، عن رجل قال : قلت لأبي عبد الله (ع) . . . وذكره الشيخ في التهذيب : ج ٦ ص ٣٣٧) حديث تسلسل (٩٣٧ - ٥٨) طبع النجف الأشرف .

(٢) وهي رواية أبي بكر الحضرمي - كما عن مكاسب الشيخ مرتضى الانصاري - قال : دخلت على أبي عبد الله (ع) وعنده ابنه اسماعيل - فقال : ما يمنع ابن أبي سماك ... وذكره الحر العاملي في (وسائله ، كتاب التجاره) باب ٥١ إن جوائز الظالم وطعامه حلال . : حديث رقم (٦) .

(٣) راجع : الجزء الأول منه : كتاب التجارة - في جواز الشراء من السلطان الجائر في شرح قول المحقق (الثالثة يجوز أن يشتري من السلطان ما يأخذه باسم المقاسمة)

بل في (قاطعة اللجاج) للكركي - بعد ذكرها - : وهذا نص في الباب ، فانه - عليه السلام - بين للسائل حيث قال : إنه ترك أخذ العطاء للخوف على دينه - بأنه لاخوف عليه ، فانه إنما يأخذ حقه حيث أنه يستحق من بيت المال نصيباً ، وقد تقرر في الأصول تعدي الحكم بالعلة المنصوصة ، انتهى (١) .

إلا أن المقدس الأردبيلي بالغ في الإنكار على المحقق المذكور في دلالتها وأظهر العجب منه حيث قال : « والعجب أنه قال في المنفردة : هذا نص في الباب - الى آخر عبارته المتقدمة - ثم قال : وأنا ما فهمت منها دلالة ما كيف وغاية دلالتها ما ذكره ، وذلك قد يكون من بيت مال يجوز أخذه وإعطاؤه للمستحقين ، مثل أن يكون مندوراً أو وصية لهم بأن يعطيه ابن أبي سماك أو غير ذلك ، ولا يقاس عليه الخراج الذي أخذه الظالم باسم الخراج ظلماً ، لأنه ما علم صيرورته خراجاً بحيث يجوز لكل أحد الأخذ منه هاذن لا بدونها ، كما هو المدعى - نعم لو صار المأخوذ خراجاً يجوز للمولى إعطاء المستحق نصيبه الذي فيه ، إن علم العلة وجواز حصته من المال المشترك لبعض الشركاء ، كل ذلك غير ظاهر فيما نحن فيه » انتهى موضع الحاجة من كلامه :

قلت : الانصاف أن الرواية ظاهرة في المطلوب ، لا بمشابهة النص فيه - كما في الرسالة - ولا أجنبية عنه - كما ادعاه المقدس المزبور - والذي أوقعه في ذلك ، بل تكرر في كلامه : هو عدم تعيين المقبوض عنده باسم الزكاة والخراج زكاة وخراجاً حتى ترتب عليه صحة الشراء أو أخذ المستحق له من بيت المال لعدم قبض المتولي له ، وهو الامام عليه السلام وان فرق (١) راجع ذلك في المقالة السادسة منها في حل الخراج في حال حضور الامام

- أخبراً بين الشراء وغيره ، نظراً الى تحقق العوض العائد الى بيت المال فيه ، بخلاف ما لم يكن له عوض كالهبة ونحوها ، فانه يصير كالنضييع وأنت خبير بما فيه أولاً - لظهور الأخبار في تعيين ما يؤخذ باسمها زكاة وخراجاً ، سيما الصحيحة المتقدمة وأخبار تقبيل الأراضي . وثانياً - بلزوم خروجه عن القاعدة - أيضاً - في تصحيحه الشراء بالأخبار الآمرة به ، والفرقة بينه وبين غيره بما ذكر أوهن من بيت العنكبوت . إلا أن يقال بالانقصار على القدر المتيقن فيما خالف القواعد .

نعم ، قد يدعى ظهور اختصاص الرواية بالزكاة ، لأن الزكاة من الحقوق التي يتعلق بها نصيب أغلب الناس من ذوي الحاجة ، وهي في بيت المال ، وإلا فالخراج لا يتعلق بها وهي كذلك لإلا نصيب من يكون الدفع إليه من المصالح العامة كالغزاة والقضاة وصاحب الديوان ونحو ذلك . ولم نعلم كون الراوي منهم ، بل الظاهر تجنبه عنهم للخوف على دينه . وحملها على خصوص المنذور ، أو الموصى به للشيعة كما احتمله المقدس - بعيداً جداً كدعوى ندرة الزكاة في بيت المال وعدم الاحراز فيه - كما تقدم من (الرباض) تبعاً لصاحب (الحقائق) . . ويكون - حينئذ - لوم الامام عليه السلام لابن أبي سمالك : في عدم إخراج شباب الشيعة ، عدم إخراجهم بالعمالة في جمع الزكاة ليكون لهم منها سهم العاملين : اللهم إلا ان يكون تعلق النصيب في خراج الانفال وما هو الامام عليه السلام من الخمس الذي أباحوه لشيعتهم ، فيكون تعلقه باعتبار ذلك ، بل ويمكن صدق لتعلق بخراج (العنوة) باعتبار اعتبار دفع العطايا والجوائز للناس منها بعلاقة الأول والقوة القريبة .

ومنها - الأخبار الواردة في جواز تقبل الخراج من الأراضي والرؤوس التي : منها : ما عن الصدوق في (الفقيه) : « في الصحيح عن اسماعيل

ابن الفضل عن أبي عبد الله (ع) قال : سألته عن الرجل يتقبل بخراج الرجال وجزية رؤوسهم وخراج النخل والآجام والمصائد والسمك والطير وهو لا يدري لعل هذا لا يكون أبداً ، أو يكون ، أنشتره وفي أي زمان نشتره وتقبل منه ؟ فقال : اذا علمت من ذلك شيئاً واحداً قد أدرك فاشتره وتقبل به . وظاهرها كون أصل الجواز مفروغاً عنه وانما وقع السؤال عن غيره .

ومنها - موثقة اسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله (ع) : « في الرجل يتقبل بجزية رؤوس الجبال وبخراج النخل والآجام والطير ، وهو لا يدري لعله لا يكون . » (١) الخبر المتقدم بأدنى تفاوت : وهي كالأولى في كون السؤال من حيث انه لا يدري أنه يكون من ذلك شيء أم لا . ومنها - صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) - في جملة حديث - « قال : لا بأس بأن يتقبل الرجل الأرض وأهلها من السلطان وعن مزارعة أهل الخراج بالربع والنصف والثلث ؟ قال : نعم لا بأس به ، وقد قبل رسول الله (ص) خيبراً أعطاهها اليهود حين فتمت عليه ... » الخبر (٢) . ومنها - رواية الفيض بن المختار : « قال : قلت لأبي عبد الله (ع) جعلت فداك ما تقول في الأرض أتقبلها من السلطان ثم أو أجزها من أكرني على أن ما أخرج الله تعالى منها من شيء لي من ذلك النصف أو الثلث بعد حق السلطان ؟ قال : لا بأس ، كذلك أعامل أكرني » (٣) .

(١) ذكر هذين الخبرين : الشيخ الانصاري في (مكاسبه) وعامة الفقهاء في (المكاسب المحرمة) .

(٢) ذكرها الشيخ في التهذيب ، كتاب التجارات ، باب المزارعة ، حديث رقم (٨٨) ج ٧ طبع النجف .

(٣) ذكرها الكليني في (الكافي) ، كتاب المعيشة ، باب قبالة أراضي أهل الذمة ... حديث رقم (٢) بسنده هكذا : حميد بن زياد عن الحسن بن محمد عن =

إلى غير ذلك من الأخبار الصريحة في صحة التقبل الموجبة لانتقال الخراج إلى المتقبل ودخوله في ملكه مطلقاً ولو كان الخراج ثابته في الذمة المشعرة بكون حكم تصرف الجائر في هذه الأراضي بحكم تصرف الامام العادل فيها ، ولو بامضاء ذلك منه (ع) لمصلحة هو أعرف بها .

ومنها - ما روى في الصحيح عن جميل بن صالح ، قال : « أرادوا بيع تمر عين أبي زياد ، وأردت أن أشتريه ، فقلت : لا ، حتى استأمر أبا عبد الله (ع) ، فسألت معاذاً أن يستأمره ، فقال : قل له : يشتره ، فإنه ان لم يشتره ، اشتراه غيره » (١) :

واستدل به المحقق الكركي في (رسالته) على حلية الخراج والمقاسمة تبعاً لما حكاه عن العلامة - رحمه الله - في (المنتهى) في ذلك (٢) :

وهو مبني على كون عين أبي زياد من الأراضي الخراجية ، كما لعله يعطيه ما حكى عن (الوافي) بعد ذكر الخبر في باب المناجر : أبو زياد كان من عمال السلطان إلا أنه من المحتمل - قريباً - كون الضيعة المزبورة

=أحمد بن الحسن الميثمي ، قال : حدثني أبو نعيم المسمعي عن الفيض بن المختار ، وكذلك ذكره الشيخ في التهذيب ، كتاب التجارات ، باب المزارعة حديث تسلسل (٨٨١) . والأكرة - بالفتح كعملة - جمع أكار - بالفتح والتشديد : الزراع .

(١) ومائل الحر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب ما يكتسب به ، ٥٣ باب جواز للشراء من غلات الظالم : . . . حديث رقم (١) إلا أن فيه بدل (حتى استأمر) : (حتى استأذن) . ومثله في (تهذيب الشيخ - في المكاسب) ج ٦ ص ٣٧٥ حديث رقم (١٠٩٢ - ٢١٣) طبع النجف الاشرف .

(٢) راجع ذلك في المقالة السادسة من (رسالته) في حل الخراج ، اثناء عرض الأخبار في الباب ، يقول بعد ذكره للحديث - وقلت : قد احتج بهذا الحديث لحل ذلك العلامة في (المنتهى) وصححه .

كانت لأبي عبد الله وغصبت منه ، كما يشعر به ما رواه ثقة الاسلام في (الكافي - في هاب نادر آخر ابواب الزكاة) : « عن يونس - أو غيره - عن أبي عبد الله (ع) قال : قلت له : بلغني انك تفعل في غلة عين زياد شيئاً ، فأنا أحب ان اسمعه منك ، قال : فقال : نعم ، كنت آمر اذا أدركت الثمرة أن يثلم في خبطائها الثلم ليدخل الناس ويأكلون ، فكنت آمر في كل يوم أن توضع عشر بنيات يقعد على كل بنية عشرة كلما أكل عشرة جاء عشرة يلقي لكل نفس منهم مد من رطب ، وكنت آمر ، لجيران الضيعة كلهم : للشيخ والعجوز والمرضى والصبي والمرأة ومن لا يقدر يجيء ، فيؤخذ لكل السان مد فاذا كان الجذاذ فوفيت القوام والوكلاء والرجال أجرتهم ، وأحمل الباقي الى المدينة ، ففرقت في أهل البيوتات والمستحقين الراحلتين والثلاثة والاقبل والاكثر - على قدر استحقاقهم - وحصل لي بعد ذلك أرهمائة دينار ، وكان غلتها أربعة آلاف دينار » .

ولا ينافي فيه لإضافة الضيعة الى أبي زياد - في الاول - والى زياد - في الثاني - فان مثل هذا التجوز - كثير - كما قبل - فيكون استثماره منه - عليه السلام - لكونها له . ولعله لذلك لا يخلو الاستدلال به على المطلوب من وهن .

ومنها - صحيحة عبد الرحمان بن الحجاج : « قال قال لي : ابو الحسن عليه السلام : مالك لا تدخل مع علي في شراء الطعام ، إني اظنك ضيقاً قلت : نعم ، وإن شئت وسمعت علي ، قال : اشتره » (١) بناء على قوة احتمال كون الطعام المشتري من الحقوق المضروبة على الاراضي والزراعة واحتمال كون اللام فيه للعهد والمعهود من غيرها لعله ضعيف :

(١) راجع : وسائل الحر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب ما يتكسب به ،

٥٢ هاب جواز شراء ما يأخذ الظالم من الغلات ... حديث تسلسل (٢٢٣٧٠ - ١)

وكذا استدل به في (التذكرة) على جواز تناول ما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمة . وتبعه عليه في ذلك الكركي في (رسالته) (١) . إلى غير ذلك من الاخبار التي يشرف الفقيه بملاحظتها وانضمام بعضها الى بعض - على القطع بالمسألة .

مضافاً إلى الاجامعات المحكية التي : منها - ما حكاه جدنا العلامة في (المصابيح) حيث قال : « ما يأخذه الجائر من الغلات باسم المقاسمة ومن الاموال باسم الخراج في أراضي الصلح ، والاراضي المفتوحة عنوة وباسم الزكاة مما فيه الزكاة ، في حكم ماله يجوز اتياعه منه وانهايه ، وكذا سائر المعاوضات وان لم يررض المالك ، باجماع علمائنا ورواية أصحابنا » (٢) . وما وقع حكايته مكرراً من الكركي - رحمه الله - في (رسالته) ومن السيد جدنا في (الرياض) مستفيضاً حيث قل - بعد ذكر فتواه في ذلك - : « والاصل في المسألة - بعد عدم الخلاف في الطائفة والاجماع المستفيض حكايته في كلام - جماعة - : « المتبرة المستفيضة » انتهى (٣) . بل في (المسالك) دعوى لطباق العلماء حيث قال : « . . . إلا أن ما يأخذه الجائر في زمن الغيبة قد أذن أئمتنا عليهم السلام في تناوله منه

(١) راجع نفس المصادر الآنف من (الرسالة) فانه بعد استدلاله بالرواية المذكورة يقول : « وقد احتج بها العلامة في (التذكرة) على تناول ما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمة » .

(٢) المصابيح للسيد بحر العلوم - قدس سره - من الموسوعات الفقهية الاستدلالية ولا يزال الكتاب خطياً . راجع هذه العبارة في أوائل كتاب التجارة منه بعنوان (مصباح : ما يأخذه الجائر ...) .

(٣) راجع الجزء الأول من (الرياض ، كتاب التجارة المكاسب المحرمة منها) في شرح قول المحقق (الثالثة - يجوز أن يشتري من السلطان . . .) .

وأطبق عليه علماؤنا لا نعلم فيه مخالفاً وإن كان ظلماً في أخذه « (١) انتهى .
وفي (الجواهر) : « لا خلاف معتداً به في جواز شرائه منه وقبول
هيبته ونحو ذلك مما يقع على المملوك حقيقة » ثم حكى الاجماع عن غير
واحد (٢) . ولعل التقييد في نفي الخلاف إشارة الى مخالفة الاردبيلي
- رحمه الله - تبعاً للشيخ إبراهيم القطيفي .

وفي (الحقائق) : « المسألة الثانية : انه لا خلاف بين الاصحاب
- رضي الله عنهم - في أن ما يأخذه الجائر باسم المقاسمة والخراج من
الاراضي والغلات وما يأخذه باسم الزكاة من الانعام والغلات ونحو ذلك
يجوز شراؤه وقبول انتهائه . بل ظاهر كلام جملة من الاصحاب دعوى
الاجماع على ذلك ، ولم أقف على مخالف في الحكم المذكور إلا المحقق
الاردبيلي - رحمه الله - في (شرح الارشاد) وقبله الفاضل الشيخ ابراهيم
ابن سليمان القطيفي أصلاً ، الحلي مسكناً « انتهى (٣) .

بل يظهر لمن تتبع فتاوى الاصحاب المحررة في كتبهم والمحكية عنهم

(١) راجع - من مسالك الشهيد الأول في شرح الشرائع - : أوائل كتاب
التجارة في شرح قول المحقق (السابعة ما يأخذه السلطان الجائر من الغلات ...) :
(٢) راجع ذلك - في أوائل كتاب المتاجر - في شرح قول المحقق (ما يأخذه
السلطان الجائر ...) وبعده هذه العبارة يقول « وعن جامع المقاصد : إن عليه أي
شرائه منه - إجماع فقهاء الامامية والأخبار المتواترة . وفي (مصابيح العلامة
الطباطبائي) : إن عليه اجماع علمائنا وروايات أصحابنا . وفي (قاطعة اللجاج) :
الاجماع مكرراً على ذلك . وفي (المسالك) : أذن أئمتنا في تناوله وأطبق عليه
علماؤنا ولا نعلم فيه مخالفاً . وفي محكي التنقيح وتعليق الارشاد : الاجماع عليه ... »
(٣) راجع منه : كتاب المتاجر والمكاسب ، المقدمة الرابعة في تحقيق مسائل
تدخل في حيز هذا المقام ... المسألة الثانية - الظاهر أن لا خلاف ...

بالحل وجواز التناول من الجائر لأنه من البديهيّات عندهم حيث أرسلوه لإرسال المسلمات من دون ذكر خلاف في المسألة مع أن ديدتهم التعرض للأقوال النادرة في المسائل الخلافية وإلى قضاء ضرورة التعيش وميسر الحاجة إليه بحيث كاد أن يكون التكليف بالمتجنب عنه من التكليف بما لا يطاق ، ولا أقل من استلزامه العسر والحرج المنفيين آية ورواية ، وحرمان الشيعة من حقوقهم المتعلقة بتلك الأموال المحبولة في أيديهم وتحت سلطنتهم مع عدم الوسيلة لهم للوصول إليها إلا بهم ، ومقتضاه - كما هو مقتضى إطلاق النصوص والفناوى بل إطلاق معقد الاجماع المحكية - عدا الاول منها - : عدم الفرق في للخراج المأخوذ من أرض الأئفال المختصة بالامام عليه السلام وغيرها مما هو للمسلمين كأرض الصلح والمفتوحة عنوة ، مع احتمال الاختصاص بالثاني ، اقتصاراً على المتيقن من إمضاء تصرفات الجائر وعمله ، والمقصوب من الامام عليه السلام كالمغصوب من آحاد المسلمين أو التفصيل في المأخوذ منه ذلك بين الشيعة وغيرهم لكون الأرض - في الاول - مفروضة بلا أجره عليه بحكم الاباحة منهم لشيعتهم ، بخلاف الثاني ، فإنه يجوز لنا أخذه ، اما لكونه أجره الأرض المفروض كونه للامام عليه السلام - أو تقاصاً عن الأجرة الثابتة في ذمته .

ثم إن مقتضى الصحيحة المتقدمة وغيرها (١) الظاهرة بل الصريحة في تعيين ما يقبضه الجائر من المالك باسم الزكاة من الأنعام والغلات زكاة - ولذا أجاز شراؤه منه وإلا كان غصباً باقياً على ملك مالكه الموجب لعدم جواز شرائه قطعاً - سقوطها عن المالك وبراءة ذمته عن أدائها مرة أخرى - كما هو أحد القوانين أو الأقوال في المسألة - : بل أخذ الجائر ذلك منه المتوقف على قسمته معه بحكم العزل المعين كون

المزول زكاة ، هل هو منه حقيقة فاذا أخذه الجائر أخذ ما هو زكاة ، وان كان ظالماً في أخذه لكونه غير مستحق له ولا نائياً عن المستحق كالخراج الظالم في أخذه لذلك مع تعيين كونه خراجاً بحكم الشارع وبرائة ذمة المالك عن دفعه ثانياً بالاتفاق .

مضافاً إلى ما دل على سقوطها - حينئذ - من المعتبرة المستفيضة التي منها :
صحيحة يعقوب ، قال : (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العشور التي تؤخذ من الرجل ، أيحسبه بها من زكاته؟ قال : نعم ان شاء) :
وصحيحة سليمان : « سمعت الصادق (ع) يقول : إن أصحاب أبي أتوه ، فسأروه عما يأخذه السلطان فرق لهم ، وإنه ليعلم أن الزكاة لا تحمل الا لأهلها ، فأمرهم أن يحسبوا به ، فجاز ذلك والله لهم ، يا أباهم ان سمعوا ذلك لم يذك أحد ، فقال : يا بني حق أراد الله أن يظهره » (١)
وصحيحة العيص عن أبي عبد الله (ع) في الزكاة ، قال « ما أخذه منكم بنو أمية فاحسبوا به ولا تطوهم شيئاً ما استطعتم ، فإن المال لا ينبغي أن يزكى مرتين » (٢) :

(١) راجع : الاستبصار للشيخ الطوسي ، كتاب الزكاة ، ١١ - باب ان الزكاة إنما تجب بعد اخراج مؤنة السلطان حديث رقم (٦) ج ٢ طبع النجف الاشرف ، - باختلاف بسيط في بعض كلماته - وسند الحديث فيه هكذا : سعيد بن عبد الله عن أبي جعفر عن الحسين بن سعيد عن محمد بن أبي عمير عن عبد الرحمن ابن الحجاج عن سليمان بن خالد :

(٢) المصدر نفسه ، حديث رقم (٧) بسنده عن سعيد بن عبد الله عن أحمد ابن محمد عن عبد الرحمن بن أبي نجران وعلى بن الحسن الطويل عن صفوان بن يحيى عن عيص بن القاسم عن أبي عبد الله (ع) . وفي آخره : (وإن المال لا يبقى على أن يزكى مرتين) :

مؤيداً بالأخبار الدالة على سقوط الزكاة بعد دفع الخراج إليه التي :
منها ما رواه رفاة : (سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل له
الضيعة : فيؤدي خراجها ، هل عليه فيها العشر قال : لا) (١)
ونحوه صحيحته الأخرى ، وخبر أبي كهمش عنه (ع) : « من أخذ
منه السلطان الخراج فلا زكاة عليه » . (٢)

وخبر أبي قتادة عن سهل بن اليسم حيث أنشأ سهل بسأل أبا الحسن
- عليه السلام - عما يخرج منها : ما عليه إذا كان السلطان يأخذ خراجها ؟ :
« فليس عليك شيء وان لم يأخذ السلطان منها شيئاً فعليك إخراج عشر
ما يكون فيها » (٣) بعد حملها - كما في الحدائق عن بعض - على لإرادة
الزكاة من الخراج ، فتكون - حينئذ - من روايات الباب : وان كان
الأولى حملها على التقية ، لتكون ذلك مذهباً لأبي حنيفة - على ما حكى
عنه - وعليه فتعتبر النية عند الدفع إليه ، كما تعتبر في سائر الزكوات :
والقول الآخر : عدم سقوط الزكاة عنه بدفعها إليه - كما قواه
شيخنا الشهيد الثاني رحمه الله - في (المسالك) معللاً بأن الجائر ليس
لائب المستحقين ، فتعذر النية ، فلا يصح الإخراج بدونها ووجوب دفعه
إليه أعم من كونه على وجه الزكاة أو المعني معهم في أحكامهم والتحرز

(١) المصدر نفسه، حديث رقم (٢) بسنده: عن الحسين بن سعيد عن محمد
بن أبي عمير عن رفاة بن موسى ...

(٢) المصدر نفسه ، حديث رقم (٣) بسنده : عن سعد عن أبي جعفر عن
الحسين بن علي بن فضال عن أبي كهمش عن أبي عبد الله (ع) ..

(٣) راجع : الوسائل ، كتاب الزكاة ، ١٠ باب حكم حصّة السلطان والخراج
حديث رقم (١) بسنده عن محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد
عن عبد الله بن مالك عن أبي قتادة .

عن الضرر بمباينتهم (١)

وبما ذكرنا يظهر لك ضعف هذا القول ومستنده :

نعم ، يدل عليه صحيحة الشحام ، وهي : « قلت للصادق (ع) جعلت فداك ، إن هؤلاء المصدقين بأثوننا فيأخذون منا الصدقة ، فنعطيهم إياها : تجزى عنا ؟ قال : إنما هؤلاء قوم غصبوكم - أو قال ظلموكم - أموالكم وإنما الصدقة لأهلها » (٢)

إلا أن المحكي عن الشيخ - رحمه الله - حملها على استحباب الاعادة وفي (الحدائق) : حملها على ما اذا تمكن من عدم الإعطاء بانكاره ونحوه ولم يفعل : بل لو سلمها اليهم بمجرد الطلب وهو حسن . ولعله يشهد له صحيحة العيص المتقدمة (٣) ، لولا ظهورها (٤) في المقهورة على الدفع وعدم امكان المدافعة ، ولو بمعونة ظهور قوله في الجواب (إنما هؤلاء قوم غصبوكم أو ظلموكم) الموهن للحمل المذكور ، اللهم إلا ان يريد بالغصب أو الظلم من حيث المصرف والمدفوع له ، لا من حيث الأخذ من المالك لكونها من حقوقكم المدفوعة الى غيركم ، وحينئذ يتجه الحمل المذكور .

ولعل الأقوى ، القول بالتفصيل في السقوط وعدمه بين الدفع اليه

(١) راجع ذلك - في كتاب التجارة منه - في المكاسب الحرة ، مسائل

في شرح قول الحق : السابعة - ما يأخذه السلطان من الغلات باسم المقاسمة . : قال : وهل تبرء ذمة المالك من اخراج الزكاة مرة اخرى : يحتمله . :

(٢) ذكرها صاحب الجواهر وغيره ممن شرح الشرائع - في كتاب المتاجر ،

في شرح قول الحق . السابعة ما يأخذه السلطان . . .

(٣) راجع - ص ٣١٨ من هذا الكتاب :

(٤) أي : صحيحة للشحام .

مع امكان منعه وجحدته ، ولو بالانكار عليه ، فالثاني وان تعين المقبوض زكاة بالقسمة والعزل لثبوته بالتفريط في الذمة ، مثلاً ، ان كان مثلياً ، أو قبيحة ان كان قيمياً ، ومع عدم امكانه فالأول لعدم التفريط فيه بالعرض ، وبه يجمع بين الأخبار . وبشهاد له الصحيحة المتقدمة (١) . ولا كذلك الحكم في الخراج ، بل تبرء الذمة منه بالدفع الى الجائر مطلقاً وإن تمكن من جحدته لوجود تقبل الأراضى منه ولو بالتخيير بينه وبين الحاكم - كما هو مدلول الأخبار ، ومعاقد الاجاعات - حسباً تقدم ، ولم يوجد مثله في دفع الزكاة الى الجائر ، فظهر الفرق بما ذكرنا بين الزكاة والخراج بعد دفعهما اليه في السقوط مطلقاً في الثاني ، والتفصيل فيه في الأول :

ودعوى عدم تعيين الزكاة بالعزل الذي يلزم من تحققه التلف ، وإن كانت ولاية العزل والقسمة للمالك إرفاقاً به لكن ما لم يكن كذلك ، وإجبار الشخص على إعطاء الزكاة لا يوجب احتساب المدفوع من حق الفقراء ، لأن المشاع لا يتميز بغير رضا الشركاء ، غاية الأمر أنه يجب على المكره أن يدفع الى المكره ما يكفيه شره ، وأما احتسابه من حق الفقراء فلا ، ومن هنا يعلم أن الاكراه على تعيين قسمة أحد الشريكين لا ينفع في التعيين :

فيها : إن ذلك اجتهاد في مقابل النص . نعم هو مقتضى للقواعد الاولى التي يجب الخروج عنها بظواهر النصوص المتقدمة (٢) . هذا كله في حكم الاخذ من الجائر مما يأخذه باسم الزكاة والخراج :

(١) يشير إلى صحيحة العيص المتقدمة ص ٣١٨ .

(٢) راجع : ص ٣١٨ - ٣٢٠ من هذا الكتاب .

واما حكم جوائزه مما لا يعلم كونه منهما ، بل جوائز الظالم مطلقاً ، فلا يخلو : إما أن يعلم بكونه حراماً بعينه ، أو يعلم بكونه حلالاً كذلك ، أو لا يعلم شيئاً منها بل هو مشتبه الحال :

أما الاول - فلا اشكال في حرمة اخذه وتناوله إلا مع قصد إرجاعه إلى مالكه مع التمكن منه والنصدق عنه مع عدمه ، فيمجاز ذلك - حينئذ - بل يستحب ويكون أمانة في يده لا بضمناها إلا مع التعدي أو التفريط ، ومع عدم قصد ذلك بضمناه لو تلف ولو بغير تفريط مطلقاً ، ولو علم بها بعد القبض ، لأن يده - حينئذ - عادية والقبض لمصلحته :

أما لو تلف في يده مع سبق القبض على العلم بالحرمة مع القصد المذكور عنده ، ففي ضمانه لعموم « على اليد » وعدم منافاة جواز التصرف للضمان ، وعدمه لجواز التصرف مع قصد الإحسان على المالك بالفرض : قولان ، أقربها الاول .

وبالجملة ، فصور المسألة في الضمان وعدمه أربع ، لان المجاز بذلك : إما أن يقصد الإرجاع إلى المالك ، أو لا . وعلى التقديرين : إما أن يعلم بالحرمة قبل القبض ، أو بعده :

لا إشكال في الضمان مع عدم القصد - مطلقاً - ولو كان العلم بها بعد القبض لكونه غاصباً - حينئذ - كما لا يلبي الإشكال في عدمه معه لو سبق العلم بها عليه ، لأنه أمين محسن فلا سبيل عليه : وكون القبض - حينئذ - حسيباً مأموراً به من الشارع رعاية لمصلحة المالك وعدم تضرره ، فكيف يكون ذلك بتضرر القابض حسيباً ، وهل هو إلا من دفع الضرر بالضرر المساوي له في درجة الملاحظة .

وفي ضمانه معه - لو قبض ثم علم بها - قولان : اختار ثانيهما في (المسالك) حيث قال : « والأقوى التفصيل وهو أنه إن كان قد قبضها

من الظالم عالماً بكونها مغصوبة ضمن واستمر الضمان. وإن أخذت منه قهراً وإن لم يعلم حالها حتى قبضها ثم تبين كونها مغصوبة ولم يقصر في إيصالتها إلى مالئها ولا في حفظها ، لم يضمن ، والفرق بين الحالتين واضح فإن يده في الأول عادية فيستصحب حكم الضمان كما لو تلف بغير تفريط ، وفي الثاني يد أمانة فيستصحب كما لو تلف بغير تفريط « (١) وتبعه على ذلك جدنا العلامة - رحمه الله - في (المصباح) حيث قال : « ولو علم بالتحريم لم يجز الأخذ إلا بقصد الاعادة على المالك فيجوز - حينئذ - بل يستحب ، ولا يضمن على تقدير التلف لجواز التصرف كما لو قبضها ثم علم بالتحريم » انتهى (٢).

وظاهرهما - بل صريح الأول - عدم الضمان رأساً . وظاهر السيد جدنا - رحمه الله - في (الرياض) التوقف في المسألة لاقتصاره فيها على نقل القولين من دون اختيار لاحدهما (٣)

والأقوى هو الاول ، لما عرفت من عموم « على اليد » مع منع كونها عند القبض والاستيلاء عليه أمانة. كيف ولم يقبضها إلا لمصلحة نفسه وأقدم في الأخذ على كونها له .

ويؤيده - بل يدل عليه - : إطلاق كلامهم بالضمان في مسألة تعاقب الأيدي من غير تفصيل بين العلم والغصب والجهل به ، مستمراً كان

(١) راجع : كتاب التجارة منه ضمن مسائل : السادسة - جوائز الجائر ، في شرح قول المحقق : ولا يجوز اعادتها ...

(٢) راجع منه : كتاب المتاجر ، مصباح (يجوز أخذ الجوائز من الظالمين وللتصرف فيها ...) .

(٣) راجع ذلك في كتاب التجارة في شرح قول المحقق : السادسة : جوائز

الجهل به أو لا - ورجوع المالك على من شاء منهم :

نعم ربما يحتمل القول بسقوطه عند العلم به مع قصد إرجاعه الى المالك لكن القبض - حينئذ - مأذوناً فيه من الشارع ويكون بالقصد المزبور محسناً على المالك ، فيتبدل عنوان اليد من الضمان الى الامانة الشرعية التي هي من مسقطات الضمان ، بل هو أقوى من القول بعدم الضمان - أصلاً - ،

ولكنه مع ذلك ، فيه - أيضاً - : منع تبدلها الى الامانة بمجرد العلم ، مع قصد المزبور وإن كان مأذوناً فيه . أما بناء على أن القبض المستدام قبض واحد ، بناء على بقاء الاكوان وعدم احتياج الباقي الى المؤثر ، فواضح ، لانه قبض مضمون عليه بالفرض ، فيستصحب ضمانه ، وأما بناء على عدم بقاء الاكوان وأنه قبوضات متعددة متجددة ، ففيه - أيضاً - إن القبض المأذون فيه المتجدد عند العلم - لو سلم - فدايته أنه لا يوجب ضماناً ولا ينافي بثبوته بالقبض الاول .

والذي يجدي في المقام : كونه مسقطاً للضمان ، لا مجرد عدم كونه موجباً له ، إلا بدعوى الملازمة الممنوعة بين عدم سببته للضمان وبين سببته لعدمه ، وليس كل مأذون فيه أمانة شرعية ، فان الاذن لازم أهم للامانة ، لا مساوياً لها .

هذا ، وهل يتقدر الفحص المتوقف عليه الايصال الواجب الى سنة تنزيلاً له منزلة اللقطة ، لخبر حفص بن غياث : « سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو مقاعاً - واللص مسلم - : هل يردّه عليه ؟ فقال : لا يردّه عليه فان أمكنه أن يردّه على صاحبه فعل ، وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة . يصيبها ، فيعرفها حولاً ، فان أصاب صاحبها ردها عليه وإلا تصدق بها ، فان جاء صاحبها

بعد ذلك خبره بين الأجر والغرم ، فإن اختار الأجر فله الأجر ، وإن اختار الغرم فله الغرم ، (١) مع التعدي عن مورده من اللص إلى غيره ، ومن الودعة إلى غيرها .

أو إلى حد اليأس لكونه الأصل فيه ، بعد الاقتصار في الخبر على مورده ؟ وجهان .

ولو توقف الفحص على الأجرة ، فني وجوبها عليه - مطلقاً - ويرجع بها مع الجهل على من غره ، أو ما لم يكن أمناً بأن كانت يده بضمان مطلقاً ، ومع الغرور يرجع به إلى الغار ، أو في خصوص ما لو كانت يده عدواناً إثمياً ؟ فيه احتمالات . فإن عرف المالك بعينه ولو بعد الفحص عنه دفعه إليه مع بقاء العين ، ومع التلف دفع بدله المثل أو القيمة لو كانت مضمونة عليه ، وإلا فإن كان مشتبهاً بين محصورين تخلص عنه بالصالح معهم ، فإن امتنعوا عنه توصل الدفع إلى الحاكم ليجبرهم عليه ، ويحتمل التعيين بالقرعة ، لأنها لكل أمر مشكل . وإن كان في غير المحصورين ، أو كان مجهولاً بالكلبة ، تخير بين الدفع إلى الحاكم - مطلقاً - لأنه وإيه فيكون يده يد المالك المولى عليه ، وبين التصديق عنه بنفسه كذلك ، وأورود الأخبار المستفيضة بالتصدق عنه - حينئذ - فيستفاد منها ثبوت ولائبة التصديق للمتصدق أيضاً ، كما أن ولاية تعيين الزكاة وعزلها للمالك . ويحتمل التفصيل بين العين المتصدق بها وبين الدين الثابت في الذمة ،

(١) من لا يحضره الفقيه للشيخ الصدوق - أبواب القضايا والأحكام ، ٩١ باب ما يكون حكمه حكم اللقطة حديث تـسـلـل (٨٥٦ - ١) ج ٣ طبع النجف الأشرف بسنده : روى سليمان بن داود المنقري عن حفص بن غياث ، وفي آخر الحديث : وإن اختار الغرم غرم له وكان الأجر له .

لأنه كلي لا يتشخص إلا بهض الديان أو وكيله ، فتعين فيه بالخصوص دفعه الى الحاكم ، وبقبضه بتعين كونه للمالك فيتصدق بماله عنه .

اللهم إلا أن يستفاد من إطلاق أخبار الصدقة ثبوت ولاية تشخص العين للمديون هنا - أيضاً - ولا ريب أن الأحوط دفعه الى الحاكم مطلقاً لما يظهر من بعض الروايات : أن مجهول المالك مال الامام ، كرواية داود بن ابي زيد : « إني أصبت مالاً ، واني قد خفت منه على نفسي فلو أصبت صاحبه دفعته اليه ونخلصت عنه ، فقال أبو عبد الله (ع) : لو أصبت كنت تدفعه اليه ؟ فقال : إي والله ، فقال : والله ماله صاحب غيري ، قال فاستلحفه أن يدفعه الى من يأمره ، فحلف ، قال : فاذهب وقسمه بين إخوانك ولك الأمن مما خفته ، قال : فقسمه بين إخوانه » (١)

ولا يجب عليه الحفظ والوصية به ، والاحتياط بحفظه للمالك لعله خلاف الاحتياط لأدائه - غالباً - الى حرمانه عن العين والبدل ، بناء على عدم عموم المنزلة في خبر حفص بن غياث المتقدم ، وأن التنزيل منزلة اللقطة في حد الفحص الى سنة والتصدق بعده ، مؤيداً بنحو أخبار حكم مجهول المالك بالصدقة عن حفظه للمالك ، كما ورد الأمر به ، ولو تخيراً في اللقطة .

فما عن الحلبي : من إبقائها أمانة في يده والوصية بها مع كونهها معرضاً للتلف ، ضعيف لما عرفت .

وكيف كان ، فلو ظهر المالك بعد التصديق فله الخيار بين إمضاء

(١) من لا يحضره الفقيه للصدوق - رحمه الله - في أبواب القضايا والأحكام

٩٠ باب اللقطة والضالة ، حديث تسلسل (٨٥٤) - ١٧ - ج ٣ طبع النجف

الاشرف . وفي بعض النسخ (بين اصحابه) بدل (بين إخوانه) .

الصدقة وقبول الأجر والثواب ، وبين ردها وغرامة المنتصدق المثل أو القيمة . وليس له الرجوع على المنتصدق عليه ولو مع بقاء العين في يده ، لاصالة لزوم الصدقة وثبوت الضمان على المنتصدق بعد التصديق مطلقاً ، ولو كانت يده أمالة ، للاخبار المستفيضة المصرحة بذلك ، وقاعدة الائتلاف مع إمكان المناقشة فيها بالخصوص في المقام ، لكونه من الائتلاف له لا الائتلاف عليه : ولذا يمكن أن يقال : لولا الاخبار كان مقتضى القاعدة عدم الضمان بعد الأمر به ، بناء على أن التصديق به نوع إيصال الى المالك ، ونحوه من الطرق الموصلة اليه :
ولو مات المالك ، ففي قيام وارثه في الخيار مقامه وعدمه احتمالان ، لكل منهما وجه :

ولومات المنتصدق (يعني من عليه التصديق) قبل التصديق به ، فان كانت العين باقية وظهر المالك أخذها وان كانت تالفة مضمونة عليه ولم يتصدق به لها حتى مات ، رجع به على تركته مطلقاً ، ولو بعد القسمة ، وفي ضمانه بعد الصدقة وإجراء حكم ديبونه عليه لو أراد المالك بدله المالي : وجهان ، والأقوى لعدم ، بل تعين عليه قبول الأجر والثواب ، سيما بناء على ثبوت الحق للمالك بظهوره أو بمطالبته ، لا عند التصديق به ، كما عليه غير واحد من الأصحاب . وتفصيل الكلام موكول الى محله في باب اللقطة .

ومما ذكرنا يظهر حكم الظالم نفسه فيما عليه من المظالم المجهولة المالك فانه يجبره الحاكم في أخذ المظالم منه في حال حياته ويتصدق بها عن أربابها وتخرج من أصل تركته بعد موته كالدين مقدماً على موارثه ووصاياه ، خلافاً لشيخنا الأكبر كاشف الغطاء في شرحه على (القواعد) حيث قال ما لفظه : « عازماً على الضمان أي بعد الصدقة : ثم الأداء لو ظهر فاختار انه يرد اليه ثواب للصدقة ويأخذ ماله ولا يحسب من ديبونه - الى

أن قال - : وتؤخذ من الظالم قهراً مع الإمكان ، إن بقيت في يده ، وعرضها مع التلف ، ويقاص بها من أمواله ما لم يجبر على الأخذ - على الأقوى - مع حياته ، ولو كانت ودائع على نحر ما سيجيء في كتاب الغصب ، إلا أن ما في يده من المظالم ثم تلف لا يلحقه حكم للديون في التفريع على الوصايا والموارث ، لعدم انصراف الدين إليه وإن كان منه ، وبقاء عموم الوصية والموارث على حاله ، والسيرة المأخوذة بدأ بيد من مبدأ الاسلام الى يومنا هذا ، فعلى هذا لو أوصى بها بعد التلف خرجت من الثلث ، انتهى .

وتبعه على ذلك ولده في (أنوار الفقاهة) حيث قال : « وضمان المنتدق للصدقة او ظهر أهلها لا يجري فيه حكم الدين في حياته ، ولا يجب أن بوصي به ويعزل عند وفاته ، نعم لو ظهر أهلها بعد موته وقبل تلف التركة قوي جواز الرجوع إلى التركة والأخذ منها ، وأما بعد التلف فلا يبعد سقوط حق الرجوع بها ، وأما الظالم نفسه فيرجع عليه بما أخذه عيناً مع وجود أهله ، ولو أنلفه رجعوا عليه بمثله أو قيمته حياً أو ميتاً ، ويكون عليه كسائر للديون ، وإن كان مجهولاً رجع الحاكم عليه في حياته ، وأما بعد موته فالأظهر أنه لا يؤخذ من تركته ولا يحتسب كديوله الخاصة بحيث تقدم على وصاياه وموارثه ، بل لو أوصى بها خرجت من الثلث ، انتهى .

قلت : دعوى الانصراف غير مسلمة ، ولو سلمت فمن الانصرافات البدوية التي لا يعول عايتها ، والسيرة الكاشفة ممنوعة ، والمنهضة عن عدم المبالاة غير مجدية :

فظهر بما ذكرناه حكم صور المسألة ، وإن الأقوى في إجراء حكم الدين عليه ، وعدمه التفصيل بين ما قبل الصدقة وبعدها . وفي الثانية :

بين ظهور المالك في حياة المنتصدق وبعد موته ، وأنه دين تجري فيه أحكام ديونه قبل التصديق - مطلقاً - ظهر المالك أم لم يظهر ، في حياته أو بعد موته - ولا كذلك بعد الصدقة إلا فيما لو ظهر المالك في حال حياته ، فله الرد والرجوع بالبدل المالي ، للاخبار مع الاتفاق فيها على ظاهرها من الرجوع عليه في حياته وأنه القدر المتيقن من ثبوت الحق للمالك بظهوره أو بعد مطالبته .

ثم إن مصرف هذه الصدقة - كغيرها من الصدقات - هو فقراء المؤمنين حتى لو كان المالك المجهول من غير أهل الحق من محرمي المال ، لأنه المتبادر منها ولاطلاق الامر بها ، وإن لم ينفع بشوابه الأخرى ، لا مكان تعويضه ببدله الديوي أو التخفيف عن عذابه في الجحيم ، كما هو المأمول من لطفه العظيم .

وفي جواز التصديق بها على الهاشمي ، بناء على تحريم مطلق الصدقة الواجبة عليه لا خصوص الزكاة منها ، وعدمه : وجهان ، بل قولان :

ولعل الأقرب هو الأول ، لأنها من المندوبة على المالك ، وإن وجب على من بيده المال دفعه صدقة ، فهو مما يجب دفعه صدقة ، لا من الصدقات الواجبة ، والفرق بينهما واضح .

وأما الثاني - وهو ما لو كان المأخوذ مما علم كونه حلالاً بهينه ، فلا اشكال في حكمه من جواز التصرف فيه ، وإن كان يندب التنزه عنه لأنه موجب لمحبتهم ، فإن النفوس مجبولة على حب من أحسن إليها . ولما ورد في الصحيح : « إن أحكم لا يصيب من دنياهم شيئاً إلا أصابوا من دينه مثله » . ولولا ما قبل من عدم القول بالكراهة لقلنا بها فيه ، وإن كان لا ملازمة بينها وبين ترك المندوب ، بل لاشعار الصحبة بها

مع التسامح في أدلتها وجبيلة النفوس، المتقدمة :

وأما الثالث - وهو المشتبه بين كوله من الحلال أو الحرام أو منها فلا كلام في كوله من الشبهة المحصورة - لو علم في أمواله محرماً - وإن أصر شيخنا في (الجواهر) بخروجه عنها - موضوعاً - وإن أدرجه في الشبهة غير المحصورة بملاحظة كلي الظالم وصنفه من كل ذي مال مختلط حرامه بحلاله كالعشار والسارق والراعي والمرتشى ومن لم يخرج الحقوق ونحوهم الذي منه الجائر - فإن ما في أيدي كل واحد من هؤلاء - وإن كان من الشبهة لو اشتبه الحرام منه بالحلال - إلا أن المجموع من حيث المجموع الملاحظ بلحاظ الوحدة صنفاً مخرج لها من المحصورة إلى غير المحصورة . وإن كان بالنظر إلى آحاد أفرادهم كان من المحصورة حتى صارت غير محصورة ، فيجري عليها حكم عدم الاجتناب .

وفيه - مع لزوم فتح هذا الباب سد باب الشبهة المحصورة - غالباً - أنه - حينئذ - من شبهة الكثير في الكثير المساوي لحكم المتصف بضده في وجوب الاجتناب عنه - على الأقوى - كما تقرر في محله . كما أنه لا كلام أيضاً في خروجه - في الجملة - عن حكم الشبهة المحصورة ، فيجوز تناول ما يعطيه والمعاملة معه عليه إجماعاً بقسميه .

فمن منقوله : ما حكاه جدنا العلامة في (المصابيح) حيث قال : « يجوز أخذ الجوائز من الظالمين والتصرف فيها ما لم يعلم حرمتها - يعنيها - بالاجماع والنصوص المستفيضة » انتهى (١) - المعتضد بدعوى غير واحد - ومنهم السيد جدنا في الرياض - عدم الخلاف فيه، مضافاً

(١) راجع - كتاب التجارة منه ، مصباح : يجوز أخذ الجوائز من

الظالمين : . .

الى النصوص المستفيضة - بل المتواترة معنى ، الصريحة في ذلك (١)
 إنما الكلام في خروج المقام عن حكم الشبهة المحصورة مطلقاً ، أو
 في خصوص ما إذا حصل منهم تصرف خاص كاعطاء وبيع ونحو ذلك :
 وجهان :

قال شيخنا في (الجواهر) : « إنما الكلام في أن ذلك يقتضي
 خروج ما في أيديهم ونحت تصرفهم - وإن علم اشتماله على مجرم - عن
 حكم الشبهة المحصورة ، فيجوز المقاصة منه والاكل للمارة والتصرف بالفحوى
 ونحو ذلك حتى يعلم الحرام منه بعينه فترك أو يختص ذلك بما إذا حصل
 تصرف خاص منهم كاعطاء وبيع وإذن ونحو ذلك مما يحتمل فيه القصد
 إلى الحلال ، فلا تجوز المقاصة وأضرابها ، ويجوز الأخذ مع مقارنة أحد
 تلك الأفعال المحمولة على الصحة شرعاً - من غير فرق بين ما كان في
 صندوق فيه غضب ، أو ليس كذلك ، أو دار أو غيرها ما لم يعلم لإقدامه
 على المشتبه المحصور عنده : احتمالان . ظاهر الاستناد في شرحه : الثاني
 منها : قال : ولو لم يعلم كونها - أي الجوائز - غضباً ، جاز أخذها
 من الجائر مطلقاً ، للاجماع والأخبار ، ومن غيره ما لم يعلم لإقدامه على
 المشتبه المحصور ، لقضاء اليد وإصالة الصحة ، فيجوز الأخذ - حينئذ -
 وإن جاء بها من دار أو دكان أو صندوق فيه غضب ، أو أشار الى
 معين من جملة كذلك ، ولا يعلم حصوله في المدفوع والمعين إلا أن التجنب
 مع الانحصار من شيم الأبرار ، وتختلف مراتب الرجحان باختلافه ، ولو
 أشار الى مبهم قوي المنع كالأخذ للمقاصة والاكل للمارة - أو جاز -

(١) راجع هذا الموضوع في كتاب التجارة منه - في شرح قول المحقق :

السادسة : جوائز السلطان الظالم محرمة إن علمت حرمتها بعينها ، وإلا فهي
 حلال . . .

وللدخول تحت رفع الجناح إلا بعلاج ، عملاً بالأصل في غير محل النص .
والظاهر إرادته من الاطلاق في الجائر بالنسبة إلى كونه سلطاناً أو عاملاً
أو عشاراً ، لا أن المراد - وان علم لإقدامه على المشتبه المحصور حتى
يكون الاشتراط في كلامه مخضاً بفجر الجائر ، بل الظاهر تعميمه لها ،
كما يقضي به التأمل لنظام كلامه .

ويمكن أن يريد اختصاص الجائر بهذا الحكم ، وهو جواز التناول
منه ، وإن علم لإقدامه على المشتبه المحصور ، كما هو مقتضى حال الجائر
للنصوص ، وغيرها مما ستعرفه . وعلى كل حال ، فوجهه : ما
أشار إليه :

ويحتمل الأول ، بل ربما أوهمه التقييد بالعين في المتن ، والنافع ،
ومحكي نهاية الأحكام والدروس والكفاية ومفرد إجماع المصاييح ، انتهى
كلامه رفع في الخلد مقامه (١)

وقال في (المسالك - في شرح قوله : جوائز الظالم : : الخ) :
« التقييد بالعين لإشارة إلى جواز أخذها . وان علم ان في ماله مظالم كما

(١) راجع منه : كتاب المتاجر في شرح قول المحقق : المسألة السادسة -
جوائز الجائر . . .

والنصوص المشار إليها في هذا الموضوع كثيرة ، منها - صحيح أبي ولاد :
« قلت لأبي عهد الله (ع) : ما ترى في الرجل يلي أعمال السلطان ليس له مكسب
إلا من أعمالهم ، وأنا أمر به وأنزل عليه فيعطيني ويحسن إلي ، وربما أمر لي بالدرهم
والكسوة - وقد ضاق صدري من ذلك ؟ فقال لي : « خذ وكل لك المهنا وعليه الوزر » ،
وصحيح محمد بن مسلم وزرارة : قال : « سمعناه يقول : جوائز السلطان
ليس بها بأس ، وغيرهما كثير .

هو مقتضى حال الظالم ، ولا يكون حكمه حكم المال المختلط فى وجوب اجتناب الجميع للنص على ذلك » انتهى (١)

قلت : لم أجد وجهاً لتخصيص القاعدة في حكم الشبهة المحصورة من وجوب الاجتناب عن أطرافها ، بعد تنجز الخطاب بالاجتناب عن الحرام منها المشروط بابتلاء المكلف بجميع أطرافها بما يعطيه الجائر وغيره من الجوائز وغيرها ، بعد أن كان غير الجائزة من أمواله - مثلاً - خارجاً عن ابتلاء المجازء فلا يكون التكليف بالحرام - على تقدير أن يكون غيرها منجزاً في حقه - حتى يجب الاجتناب عن المشتبه به من باب المقدمة ، فالقاعدة لا تقتضي الاجتناب عنه بعد اختصاص الابتلاء به ، وإن كان من الشبهة المحصورة لانتفاء شرط جريان حكمها فيه ، وهو الابتلاء بجميع أطرافها المفروض عدمه - هنا - .

نعم ، لو فرض الابتلاء بأطرافها ، كما لو أراد المقاصة من أمواله ، أو أكل المارة حيث جاز دخوله تحت رفع الجناح في قوله تعالى « ليس عليكم جناح أن تأكلوا . . » الآية (٢) ، أو فيها لو أشار الحبز الى غير معين من أمواله المشتملة على الغصب الموضوعة في صندوق أو قبة ونحوها أو الى مبهم من كيس أو صرة من الصرر المتعددة المشتبه حلالها بحرامها

(١) راجع: كتاب التجارة منه، مسائل ... السادسة- جوائز الجائر إن علمت

بعينها فهي حرام ...

(٢) سورة النور آية ٦١ . ونعم الآية : ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج ، ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت امهاتكم أو بيوت اخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتكم مفاتيحه أو صديقتكم ، ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعاً أو اشتائاً ،

وجب الاجتهاد عنها بالكلفة وحرم أخذ شيء منها ، ولم يعلم ورود دليل على الجواز في أمثال المقام بعد أن كانت للنصوص في حل جوائز الجائر وصحة معاملاته واردة فيها خصص الاهتلاء به من أمواله ، لا مطلقاً .

هذا ، والوجه هو ما ذكرناه ، لا ما ذكره مشايخنا من الوجه المتقدم ذكره في كلامهم : من حمل للفعل على الصحة ، ومنه يظهر جواز الأخذ منه ولو علم الاقدام منه على المشبهة عنده ، خلافاً لما تقدم من مشايخنا من اشتراطه بما لم يكن الاقدام كذلك ، ضرورة وضوح الفرق بين المدركين : ما هو المدرك عندنا ، وما هو المدرك عندهم .
ولما ينتجه اعتبار ذلك بناء على الثاني دون الأول :

ثم إن مقتضى إطلاق النصوص والفناوى عدم الفرق في الحكم المذكور بين ما علم ثبوت مال حلال للظالم أو لا ، وإن كان ربما يوهم اعتبار ذلك فيه بعض الأخبار ، مثل ما عن (الاحتجاج) : « عن الحميري : أنه كتب إلى صاحب الزمان - عجل الله فرجه - يسأله عن الرجل يكون من وكلاء الوقف مستحلاً لما في يده ولا يتورع عن أخذ ماله ، ربما نزلت في قربة ، وهو فيها ، أو أدخل منزله - وقد حضر طعامه - فيدعوني إليه ، فإن لم آكل من طعامه - عاداني ، فهل يجوز لي أن آكل من طعامه وانصديق بصدقة ، وكم مقدار الصدقة ؟ وإن أهدي إلي هذا الوكيل ، فيدعوني إلى أن أزال منها ، وأنا أعلم أن الوكيل لا يتورع عن أخذ ما في يده ، فهل علي شيء إن أنا نلت منها ؟ الجواب : إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما في يده فكل طعامه ، واقتل به ، وإلا فلا ، (١) :

(١) الحديث مفصل يذكره الطبرسي في (الاحتجاج) ج ٢ ص ٣٠٦ طبع

إلا أنه - لقصوره وعدم مقاومته لما تقدم (١) - محمول على ما لو حصل منه العلم بالحكمة .

هذا ، ولكن يستحب الفزه عن نحو هذه الأموال ، بل يكره تناولها بلا خلاف أجده فيه .

مضافاً الى جبلية النفوس على حب من أحسن اليها ، وإلى النصوص المستفيضة ، نحو قوله : « دع ما يريبك الى ما لا يريبك » (٢) وقوله في الصحيحين المتقدم : « ان أحدكم لا يصيب من دلياهم : » وفي الخبر : « عن الورع عن الناس فقال : « الذي يتورع عن محارم الله عز وجل ويتجنب هؤلاء ، واذا لم يتق الشبهات وقع في الحرام وهو لا يعرفه » وقوله : « من ترك الشبهات نجا من الملكات » الى غير ذلك (٣) إلا أن الكراهة ترتفع بأمور :

منها - إخباره بالحلية أو بما يفيدها كقوله : هو من مال تجارتي - كما ادعاه غير واحد من الأصحاب . بل في الرباض : « اني الرب عنه حينئذ » (٣) : « والوجه فيه : هو ما دل على قبول قول ذي اليد . والأولى تقييده بما اذا كان مأموناً في قوله ، وإلا كان قوله كيداً . ومنها - إخراج الخمس منه ، لفحوى ما دل على تطهيره المختلط

(١) من الأخبار المجوزة . راجع عنها ص ٣٠٥-٣٠٨ من هذا الكتاب .

(٢) راجع : كشف الخفاء للمجلوني : ج ٢ رقم الحديث (١٣٠٧) .

(٣) من أمثال هذه الأخبار الدالة على التورع والحيلة ، يذكرها الشيخ الانصاري وعامة الفقهاء في (المكاسب المحرمة : باب جوائز السلطان وعماله) : ويذكر قسماً منها الكليني في باب عمل السلطان وجوائزهم :

(٤) راجع منه . كتاب للتجارة ، المكاسب المحرمة ، باب جوائز السلطان في شرح قول مصنفه : جوائز السلطان الظالم محرمة ان علمت حرمتها هيئتها ، وإلا فهي حلال . . .

بالحرام يقيناً ، وقد تمسك بالأولوية المزورة جماعة ، منهم العلامة في (المنتهى) وجدنا بحر العلوم في (المصابيح) (١) وجدنا السيد في (الرياض) (٢) .

قبل : ويمكن الخدشة في أصل الاستدلال بأن الخمس إنما يظهر المختلط بالحرام حيث أن بعضه حرام وبعضه حلال ، فكأن الشارع جعل الخمس بدل ما فيه من الحرام ، فعنى تطهيره تخليصه باخراج الخمس مما فيه من الحرام ، فكان المقدار الحلال طاهراً في نفسه الا أنه قد تلوث بسبب الاختلاط مع الحرام بحكم الحرام ، وهو وجوب الاجتناب فاخراج الخمس مظهر له عن هذه القدرة العرضية . وأما المال المحتمل لكونه بنفسه حراماً وقدرأ ذاتياً ، فلا معنى لتطهيره باخراج خمسه ، بل المناسب لحكم الأصل - حيث جعل الاختلاط قدرة عرضية - كون الحرام قلدر العين ، ولازمه : أن المال المحتمل الحرمة غير قابل للتطهير ، فلا بد من الاجتناب عنه . انتهى :

وهو حسن ، غير أنه منقوض عليه في المختلط بالحرام يقيناً بما لو كان مقدار الحرام في الواقع اكثر من الخمس المدفوع منه ، فان الزائد عليه - حينئذ - من قدر العين المفروض تطهيره بدفع بعضه :

فالأحسن : التمسك بالأولوية ، سيما مع كون الاحتمال في المشتبه ثلاثياً مردداً بين كونه حلالاً أو حراماً أو مشتملاً عليهما .

بل ، وأولى منه : التمسك بها فيما لو كان ثنائياً مردداً بين الأول

(١) ذكر ذلك في كتاب التجارة ، مصباح : يجوز أخذ الجوائز من

الظالمين : : :

(٢) ذكر ذلك في كتاب التجارة - في شرح قول المحقق : جوائز الظالم

محرمه . . .

والثالث ، فافهمه .

وبدل على نفي الكراهة به من النصوص : الموثق المسؤول فيه عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل ؟ قال عليه السلام : « لا إلا أن لا يقدر فان فعل ، فصار في يده شيء فليبعث بخمسه الى أهل البيت ، (١) فان موردها - وان كان ما يقع في يده بازاء العمل - إلا أن للظاهر عدم الفرق بينه وبين ما يقع في اليد على وجه الجائزة .

ومنها - ما لو قصد بذلك مواساة الاخوان وصرفها في حوائجهم ، بل في مطلق المصالح التي تكون في نظر الشارع أرجح من الاجتناب عنه كما ورد عن الامام الكاظم (ع) - فيما أهدي اليه من قوله : « لو لا أني أرى من أزوجه من عزاب آل أبي طالب لئلا ينقطع نسله ما قبلته ، (٢) :

وعلى ذلك ينزل ما ورد من قبولهم عليهم للسلام لجوائز الأمويين والعباسيين ، أو على الضرورة ، أو بيان الجواز ، أو على كونه تخليصاً لأموالهم المخصصة ، أو غير ذلك من الوجوه التي هم أعرف بها - صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين - .

(١) ذكره (الرياض ج ١) المصدر نفسه .

(٢) يذكره الشيخ الانصاري في (مكاسبه المحرمة باب جوائز السلطان)

وعامة الفقهاء في نفس الباب :

خاتمة في الاراضي المندرسة

وهي التي خربت بعد أن كانت معمورة مملوكة للملكها ، فلا تخلو
إما أن يكون المالك قد ملكها بغير الاحياء من الاسباب الملكية والنواقل
الشرعية ، ولو بالاغتنام كالفتوحة عنوة ، أو ملكها بالاحياء :

فان كان الأول - فالذي يظهر من عبارة غير واحد من الأصحاب
التسالم فيه على بقاء الملكية ، وعدم زوالها بالخراب . بل في (الجواهر)
عن التذكرة : دعوى عدم الخلاف فيه . بل عنه في (المسالك) و
(الروضة) : نقل الاجماع عليه (١) .

قال في (الروضة) : « ولو جرى عليه ملك مسلم معروف فهو
له ولوارثه بعده كغيره من الاملاك ، ولا ينتقل عنه بصيرورته مواناً مطلقاً
لاصالة بقاء الملك ، وخروجه يحتاج الى سبب ناقل ، وهو محصور وليس
منه الخراب . وقبل : يملكه المحيي بعد صيرورتها مواناً ، ويبطل حق
السابق - الى أن قال - : وهذا هو الأقوى . وموضع الخلاف ما إذا
كان السابق قد ملكها بالاحياء ، فلو كان قد ملكها بالشراء ونحوه لم
يل ملكه عنها اجماعاً - على ما نقله العلامة في التذكرة عن جميع أهل
العلم ... » انتهى (٢) :

وقال في (المسالك) : « إذا جرى على الارض ملك مسلم معروف
ومن في حكمه ، فما دامت عامرة فهي له ولورثته بعده ، وإن ترك

(١) راجع ذلك - مفصلاً - في خاتمة كتاب الجهاد منه - في شرح قول

المحقق : كل أرض موات سبق إليها سابق فأحيها كان أحق بها .

(٢) شرح اللمعة للشهيدین ، أوائل كتاب (إحياء الموات) :

الانتفاع بها أصلاً - إجماعاً - فإن خربت ، فإن كان انتقلها اليه بالقهر والغلبة كالمفتوح عنوة بالنسبة الى المسلمين أو بالشراء أو العطية ونحوها ، لم يزل ملكه عنها - أيضاً - إجماعاً ، على ما نقله في (التذكرة) عن جميع أهل العلم ، وإن ملكها بالإحياء ثم تركها حتى عادت موأناً ، فعند المصنف - وقبله الشيخ وجماعة - أن الحكم كذلك - ثم استدل عليه بأدلة - الى أن قال - : وذهب جماعة - منهم العلامة في بعض فتاوى كتبه ، ومال اليه في التذكرة - الى صحة إحيائها وكون الثاني أحق بها من الأول ، ثم استدل على هذا القول بأدلة - ثم قال بعدها - : وهذا القول قوي لدلالة الروايات الصحيحة عليه « انتهى (١) .

وفيما حضرني من نسخ (التذكرة) ما هذا لفظه : « لو لم تكن الأرض التي في بلاد الاسلام معمورة في الحال ، ولكنها كانت قبل ذلك معمورة جرى عليها ملك مسلم ، فلا يخلو : إما أن يكون المالك معيناً أو غير معين . فإن كان معيناً ، فاما أن ينتقل اليه بالشراء أو العطية وشبههما أو بالإحياء ، فإن ملكها بالشراء وشبهه لم تملك بالإحياء ، قال ابن عبدالمعز : أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز لإحيائه لأحد غير أربابه » انتهى .

وليس فيه دعوى عدم الخلاف ، كما حكاه عنه في الجواهر ، ولو سلم ذلك فليس بصريح في الإجماع ، وصريحه منقول عن ابن عبد البر ، ولا نعرفه ، ولعله من العامة . فإن تم في المقام إجماع ، وإلا فللمناقشة فيه مجال .

وأما الثاني ، وهو ما كانت مملوكة بالإحياء ، فاختلفت كلمات الأصحاب فيه على قولين بل أقوال . وصريح الروضة ، وظاهر المسالك ، وغيره - كما تقدم - حصر الخلاف بينهم في هذه الصورة . ولا أرى

(١) راجع هذا الموضوع - مفصلاً - في أوائل كتاب إحياء الموات من المسالك.

وجهاً للتفصيل بين الملكية الحاصلة بغير سبب الإحياء من النواقل الشرعية وبين الحاصلة بالإحياء وحصر موضع الخلاف في الثاني دون الأول ، إلا التثبت بدليل الأخبار تعبداً ان تم ، وهو غير معلوم كما سنعرف . كيف والنواقل الشرعية لا توجب إلا نقل ما كان للمنتقل عنه إلى المنتقل اليه . فإن كانت الملكية الحاصلة للأول ملكية في الجملة وما دامت العمارة موجودة كالملكية بالإحياء - بناء عليه فيه - انتقلت كذلك إلى من انتقلت اليه :

وان كانت الملكية دائمة ، فتنقل كذلك ، فالعقود ونحوها من النواقل تنقل ما كان للأول إلى الثاني ، إن دائماً فدائماً ، وإن كان في الجملة في الجملة ، من غير فرق بين وجود الواسطة وعدمها وتعددتها وعدمه ، والأغلب - بل الغالب - تنتهي سلسلة المملوكات صعوداً إلى المملوكة بالإحياء ، وتندرج الكيفية الحاصلة - أولاً - في التنزل بالسلسلة الطولية بعينها إلى حصول الخراب من دون زيادة في كيفية الملكية . اللهم إلا أن يكون منشأ الخلاف في المملوكة بالإحياء هو الاختلاف في كيفية سببية الإحياء في الموات المملوكة للإمام بالنقل ، وأنه هل يوجب الملكية - كما هو الظاهر من اللام في عموم « من أحيا أرضاً ميتة ... » - (١) وكونه سهياً تاماً للملك ، بناء على سقوط إذن الامام في زمن الغيبة أو تحقق المستفاد من تلك العمومات ، أو لا يوجب إلا الأحقية ، بناء على كون اللام للاختصاص ، وان قلنا بمجازيته ، لقريئة ما دل من الروايات على دفع خراجة للإمام (ع) من أهل بيته وانزاعها من أيديهم عند ظهوره - عجل الله فرجه - إلا ما كان في أيدي شيعتهم فيقاطعونهم عليه (٢) وإلا

(١) راجع هذا الحديث فيما مضى من هذا الكتاب ص ٢٧١

(٢) راجع عنها ما مر من الكتاب ص ٢٦٦، ٢٦٨، ٢٧٤

فلا معنى لانزاع المملوك من يد مالكيه . وحيث قلنا بمفاد الأحقية دون الملكية ، ففقتضى أخبار التحليل للشبهة فيها هو لهم حتى في التصرفات المتوقفة على الملك : هو اما دخوله آناماً في ملكه عند ارادته ذلك ، أو كونه من الفضولي المتحقق معه الاجازة من المالك - كما تقدمت الإشارة اليه - وعلى التقديرين يملكه المنتقل اليه بأحد النواقل الشرعية ملكية تامة ، وان كان الانتقال من المحيي نفسه ، وقلنا له بالأحقية دون الملكية لأحد الأمرين المتقدمين : وحيث تم في أول مرتبة السلسلة تم في جميع مراتبها الطوالة نزولاً ، بخلاف ما لو خربت عند المحيي نفسه غير الثابت له الا الأحقية التي تزول بزوال مناطها وهو الإحياء .

وبالجملة ، فالقول بزوال حق الأول على ثبوت الأحقية له بالإحياء دون الملكية : وعليه يتجه ما عليه أكثر أهل القول الثاني من أنها للثاني من دون شيء عليه من الطسق للأول ، فافهم .

وكيف كان فقد ذهب الى القول ببقاء الملكية وعدم زوالها بالموت جماعة ، منهم : الشيخ في (المهسوط) وصاحب المذهب ، والسرائر ، والجامع ، والتحرير ، والدورس ، وجامع المقاصد - وغيرهم - على ما حكى عنهم - بل عن الأول : نفي الخلاف في أن غامر بلاد الشرك إذا كان لمعين لا يملك بالإحياء : وهو باطلاق يشمل محل البحث مما كان مملوكاً بالإحياء . مضاعفاً الى تصريحه بعدم الفرق بين بلاد الشرك والاسلام باكثر من أن الغامر في بلاد الاسلام لا يملك بالقهر والغلبة والغامر في بلاد الشرك يملك بالقهر والغلبة . بل قبل - كما في الجواهر - : إن لم يعرف الخلاف في ذلك قبل الفاضل في (التذكرة) .

وعلى كل حال : حجتهم على ذلك : عموم قوله (ص) : من

أحيى أرضاً مينة فهي له ، وقوله : « ليس لعرق ظالم حق » (١) بالفتورين أو بالإضافة بناء على ما عن هشام بن عروة في تفسيره : أن يأتي الرجل الأرض المينة لغيره فيغرس فيها .

وخبر سليمان بن خالد - وفيه - : « أنه مثل الصادق (ع) عن الرجل يأتي الأرض الخربة ، فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ، فإذا عليه ؟ قال : الصدقة ، قلت : وإن كان يعرف صاحبها ؟ قال : فليؤد إليه حقه » (٢) بناء على ظهوره في الرقية دون أجرتها ، مضافاً إلى إصالة بقاء الملك على ما كان عليه ، وإلى أنها أرض يعرف مالئها فلا تملك بالإحياء كالتي ملكت بشراء أو عطية . وإلى أن الملكية لا تزول إلا بأسباب مخصوصة ، وليس الخراب منها - كذا قبل - :

وفي الكل نظر : أما الأول - فلا يتم إلا بمعونة الأصل الذي ستعرف ما فيه .

وأما الثاني ، فمع أن التفسير ليس ممن قوله حجة علينا ، فسرره بأن يأتي الرجل الأرض المينة لغيره ، وهو - هنا - غير مسلم ، بل هو عين الدعوى :

وأما الثالث - فمعارضة بأخبار آخر لعلها أقوى منه سنداً .

وأما الأصل ، فيخرج عنه بالأخبار الصحيحة الظاهرة في خلافه :

وأما ما يليه من الأدلة ، فصادرة محضة ، وإن هو إلا عين

الدعوى :

وذهب جماعة أخرى ، منهم العلامة في (التذكرة) وثاني الشهيدين

(١) هاتان الفقرتان حديث واحد ، ذكره السبوطي في (الجامع الصغير -

في مادة من) وور علينا في هذا الكتاب ص ٢٧١

(٢) راجع عنها ما مر من هذا الكتاب ص ٢٨٥

في (الروضة) والمسالك ، وغيرهم ، بل في (جامع المقاصد) : لانه المشهور ، وان كنا لم نتحققه - الى جواز تملك الثاني لها بالاحياء ، لعموم قوله (ص) : « من أحبي أرضاً مئمة فهي له » (١) ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : « أيما قوم أحبوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحق بها وهي لهم » (٢) وغيرها من الأخبار الدالة على تملك المحيي بالاحياء ، ولأن هذه الأرض أصلها مباح ، فإذا تركها حتى عادت إلى ما كانت عليه صارت مباحة ، كما لو أخذ ماء من دجلة ثم رده اليها ولأن العلة في تملك هذه الأرض الإحياء والعمارة ، فإذا زالت العلة زال المعلول وهو الملك ، فإذا أحياها الثاني فقد أوجد سبب الملك فيثبت الملك له ، كما لو التقط شيئاً ثم سقط من يده وضاع منه فالتقطه غيره فإن الثاني أحق به - كذا قيل - .

ومقتضاه زوال ملك الأول بالموت وتملك الثاني بالإحياء الذي مقتضاه عدم وجوب شيء عليه الاول - كما هو ظاهر أكثرهم - .

وفيه : إما عمومات الإحياء ، فمع ان اجراءها في الثاني ليس بأولى من اجرائها في الأول ، وأنه من الترجيح بلا مرجح ، بل المرجوح فقيدة المرسل المنجبر وهو : «من أحبي مئمة في غير حق مسلم فهي له» اللهم إلا أن ينكر كونه لمسلم - والحالة هذه - ولانه من المصادرة : وفيه مع أنه مقتضى الأصل يكفي كونه مشكوكاً ببناء على كونه شرطاً في صحة الاحياء - لا يمكن احرازه في المقام بالأصل .

وأما عودها الى ما كانت عليه - أولاً - من الإباحة ، فهو مصادرة محضة والإحياء الأول علة للملكية التي مقتضاها الدوام الى طرق أحد

(١) مر آنفاً في هذا الكتاب ص ٢٧١

(٢) مر آنفاً ص ٢٤٠-٢٤١ و٢٧١ من هذا الكتاب :

النواقل الشرعية ، فلا نزول بزواله ، وكونه كالماء المأخوذ من دجلة وعورده اليها من القياس الذي لانقول به ، بل لا ينبغي تدوينه في كتبنا وان ذكره في (التذكرة) جرباً على مذاق الجمهور . مع ان الملقى في دجلة من المأخوذ منه يعد ثلثاً واللقاء اليها يعد ثلثاً له .

والقياس باللقطة قياس مع الفارق ، فان الأحكام مترتبة على موضوعاتها ضرورة أن اللقطة موضوعها الضالة ، وليس الملتقط الأول بأزيد من المالك الأصلي حتى تكون ضالته غير ضالة الأول .

والجملة ، فهذه الأدلة كلها مزيفة واهية جداً . والعمدة في المقام

هي النصوص الخاصة التي :

منها - صحيحة معاوية بن وهب قال : « سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : إنما رجل أتى خربة بائدة ، فاستخرجها وكرى انهارها وعمرها ، فان عليه فيها الصدقة ، فان كانت أرضاً لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخربها ، ثم جاء - بعد - يطلبها فان الأرض لله ولمن عمرها » (١)

وصحيحة الكابلي ، عن أبي جعفر (ع) قال : « وجدنا في كتاب علي : ان الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين ، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض ونحن المتقون، والأرض كلها لنا ، فمن أحب أرضاً ميتة من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام (ع) من أهل بيتي ، وله ما اكل منها ، فان تركها أو أخربها فاخذها رجل من المسلمين من بعده فغمرها وأحيها ، فهو أحق بها من الذي تركها ، فليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي ، وله ما أكل منها حتى يظهر القائم عليه السلام من أهل بيتي بالسيف فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله (ص) ومنعها إلا ما كان في أيدي شيعتنا ، فيقاطعهم على

(١) سبق تخريج هذا الحديث وذكره ص ٢٨٣ من هذا الكتاب .

في أيديهم ، ويمرّك الأرض في أيديهم » (١)

وهذان الخبران - وإن عارضهما خبر سليمان بن خالد المتقدم - (٢) ، إلا أن الجمع بين الأخبار يمكن بأحد وجهين - أو وجوه - :
 الأول - أن المعارضة بين خبر سليمان الدال على هقاء الملك الاول والشامل باطلاقة لما لو كانت الارض مملوكة بالإحياء أو بغيره ، وبين صحيحة معاوية الدالة على كونها للثاني المعمر لها ، مع شمول إطلاقها للصورتين - أيضاً - من تعارض المتباينين . غير أن صحيحة الكابلي - لاختصاصها بصورة التملك بالإحياء - أخص مطلقاً من خبر سليمان الموجب لتخصيصه بها حملاً للمطلق على المقيد أو العام على الخاص ، وبعد التقييد أو التخصيص تنقلب النسبة بين خبر سليمان وصحيحة معاوية ، ويكون أخص منها كذلك ، لاختصاصه بعد التقييد بصحيحة الكابلي بما لو كانت الأرض مملوكة بغير الإحياء ، فيجب تقييد الصحيحة بخبر سليمان المقيد بخبر الكابلي . فيكون حاصل الجمع بين الأخبار - حينئذ - : أنه إن كانت مملوكة بالإحياء الأول كانت لمن عمرها ثانياً لصحيحة الكابلي مع دلالة صحيحة معاوية عليه بعد تقييدها بخبر سليمان ، وإن كانت مملوكة بغير الإحياء كانت الاول لخبر سليمان المنزل عليه بالخصوص بعد تقييده بصحيحة الكابلي . وعليه ، فتكون الأرض لمن عمرها ثانياً ، ولا شيء عليه لزوال ملك الاول عنها فيما لو كان ملكها بالإحياء .

وبضعف - مضافاً الى لزومه الترتيب في طريق الجمع الذي فيه كلام موكول الى محله - : أن تقييد خبر سليمان بصحيحة الكابلي فرع ظهورها في ملكية الثاني ، وهو ممنوع ، إذ لبس فيه إلا أن الثاني أحق

(١) مر عليك ذكر هذا الحديث ص ٢٦٨ من هذا الكتاب .

(٢) راجع : ص ٣٤٢ من هذا الكتاب .

من الاول الذي تركها ، وهو أعم من الملكية ، والعام لا يدل على خصوص الخاص . ولو سلم الظهور في الملك بدعوى كونه هو المتبادر من إطلاق الأحقية ، لأن الأحقية المطلقة يتبادر منها الملك ، فانما هو تبادر إطلاقي . وحينئذ يدور الأمر بين تقييد أحد الاطلاقين : إطلاق خبر سليمان وإطلاق الصحيحة ، وترجيح تقييد الأول على الثاني ترجيح بلا مرجح : ومع التنزل - وتسليم كون التهادر وضعياً لا إطلاقياً وأن لإرادة غير الملك من الأحقية لإرادة للمعنى المجازي فيدور الأمر - حينئذ - بين التقييد والحجاز والتقييد أولى ، كما تقرر في محله - فهو مسلم ما لم يستلزم التقييد حل المطلق على الأفراد النادرة ، وإلا فالحجاز حينئذ - ولا سيما للشائع منه - أولى من التقييد ، وهو - هنا - كذلك ، لأن تقييد خبر سليمان بالصحيحة يوجب تقييده لإطلاق صحيحة معاوية المنزل - حينئذ - على الفرد النادر ، وهو المملوك بالإحياء ، فإن الغالب - ولا سيما في البلاد المعمورة - حصول الملك لغيره من الأسباب المملوكة كالشراء والعطية ونحوهما من النواقل الشرعية ، فنأمل :

الوجه الثاني : هو أن يجمع بينهما بمحمل اللام من قوله (ولن عمرها) في صحيحة معاوية بن وهب على مجرد الاختصاص دون الملكية بقرينة ظهور (فليؤد إليه حقه) في خبر سليمان في بقاء الملك للاول على كل من تفسيري الحق فيه : بالرقبة أو أجرتها ، إذ لا معنى لاستحقاق الأجرة مع عدم ملك الرقبة ، مضافاً إلى ظهور التعبير عنه بصاحبها فيه ، ودعوى إشعار الأحقية به في صحيحة الكاهلي . وعليه فتكون الأرض ملكاً للاول ، وللمعمر الثاني الأحقية بها وألوية النصرف فيها وعليه دفع أجرتها للاول : وحينئذ ففي جواز الاقدام على الإحياء - مطلقاً - لإطلاق النصوص وظاهر فتاواهم ، أو مشروطاً بأذنه أو إذن الحاكم ، ومع عدمهما

فيجوز حسبة للجمع بينهما وبين ما يقتضي إبقاء الملكية من القواعد الشرعية - كما عن بعض - : وجهان : ولا ريب أن الثاني هو الأحوط ، إن لم يكن هو الأقوى .

هذا كله بناء على أن الإحياء من الأول موجب للملكية اما دائمة أو مقيدة - بما دامت العمارة باقية . ويحتمل - قوياً عندي كما تقدم (١)، بل هو الأقوى - : إن الإحياء في الموات التي هي للإمام عليه السلام لا يكون سبباً للملك المحيي وخروج الرقبة عن ملك الامام ، ولا يوجب إلا أحقية المحيي بها وأولوبته من غيره بالنصرف فيها فتكون اللام في عومات الإحياء لمجرد الاختصاص - بقربته ما دل على دفع خراجها للإمام (ع) في صحيحة الكاظمي - وان كنا لا نقول به في زمان الغيبة لأخبار الإباحة والتحليل للشيعنة المستفاد منها كونها لهم بلا اجرة عليهم ، وبحيوبها بعد ظهوره - عجل الله فرجه - إلا ما كانت في أيدي شيعتهم ، فيقاطعون عليها (٢) . ولو كانت مملوكة لمن أحيائها من غيرهم ، أشكل الحكم بانتزاعها من أيديهم بعد أن كانت مملوكة لهم لمخالفته لمقتضى قواعد الملكية ، وليس إلا لبقيتها على ملك الامام .

وأما خبر سليمان بن خالد الدال على الملك ودوام الملكية ، فمحمول على ما لو كانت مملوكة بغير الإحياء من أسباب الملك ، وان انتهت مسالقتها بالصعود الى الإحياء غير المملك للمحيي ، لما عرفناك - مكرراً - ان الإباحة منهم أشيعتهم جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، مستلزمة اما لدخوله آناماً في ملكه عند ارادة النصرف الخاص أو يسكون من

(١) راجع هذا الموضوع في ص ٣٤٠ - ٣٤١ من هذا الكتاب .

(٢) هذا هو مضمون أخبار التحليل كمخبر عمر بن يزيد وغيره ، راجع :

الفضولي المتحقق معه الاجازة من المالك ، فتخرج الرقبة - حينئذ - عن ملك الامام عليه السلام ويملكها من انتقلت اليه ، كما لو اشتراه من الامام (ع) نفسه :

ومنه يعلم : أنه لا وجه للاحاق الانتقال بالارث من المحيي لسائر النواقل الشرعية منه كالشراء والعطية وغيرهما - كما وقع من شيخنا في (الجواهر) تبعا للرهاض وجامع المقاصد ، بل لو خربت عند من ورثها من المحيي - ولو هو سائط متعددة بالارث - كان حكمه حكم ما لو خربت عند المحيي نفسه من وقوع الخلاف المتقدم فيه .

وبالجملة ، المملوكة بالارث من المحيي كالمملوكة بالاحياء في وقوع الخلاف فيه ، ضرورة ان الارث لا يوجب انتقال ما كان للموروث من الملك أو الحق الى الوارث ، وليس كالنواقل الشرعية المتوقفة على تحقق عنوان الملك .

وكيف كان ، فعلى ما قويناه ، لا اشكال في جواز الاقدام على تعميره ، ويكون من عمرها أحق بها من غيره لزوال أحقية الأول بزوال مناطها :

ثم ليعلم أنه لا منافاة - كما ربما يتوهم - بين كلامهم هنا ، وتسالمهم في المملوكة بغير الاحياء على عدم جواز مزاحمة المالك والتصرف في ملكه بغير اذنه ، وبين كلامهم في المسألة المتقدمة في المقالة الثالثة : من ذهاب المشهور ، حتى قيل : ان القول بخلافه متروك : من أن ملاك الأرض لهم التصرف فيها ما داموا قائمين بعمارتها ، فإذا أهملوها حتى خربت أخذها الامام (ع) أو نائبه ، وقبلها من غيرهم ليعمروها ، ودفع طسقتها اليهم .

لأن كلامهم - هناك - في ما لو كان الإهمال منبثقاً عن عجز المالك أو تغلره أو نحر ذلك مما يعد معه إبقاء الأرض على العطللة لخصوص الأخبار المتقدمة الدالة عليه ، وإكونه من التضييع المحرم . ولذا قلنا فيه بوجوب الافتصار على القدر المتيقن المتبادر من النصوص مخالفتها للقواعد الأولية .

وبالجملة - وجوب إخراج الأرض عن العطللة - ولو بمزاحمة المالك لو امتنع عنه مسألة ، وجواز مزاحمته في ملكه بمجرد الخراب مسألة أخرى وبينهما فرق واضح ويون بعيد ، فافهم .

هذا تمام الكلام في حكم ما لو كان السبب معلوماً .

وأما لو كان مشكوكاً دائراً بين سببية الأحياء وغيره ، فحكمه - على القول باتحاد حكم الصورتين - واضح ، وعلى القول بعدمه وزوال الملكية بالخراب فيما لو كان مملوكاً بالأحياء ، فقد يتوهم إلحاقه به تمسكاً بعموم دليل الأحياء بالنسبة إلى الثاني بعد عدم إمكان تعيين السبب بالأصل لكونه معارضاً بالمثل ، فيبقى عموم : « من أحبي » بالنسبة إلى المعمر الثاني سليماً عن المعارض :

إلا أنه فيه - مع أن عموم الأحياء أو مطلقاته بعد تقييدها بما لم يكن في حق مسلم بحكم المرسلات المتقدمة المنجبرة (١) وثبوت تنويع أفراد العام ودوران أمر لمشكوك - حينئذ بين كونه مندرجاً في العام أو الخاص مع كونه من الشبهة في المصادق ولا يجوز التمسك بالعمومات في الشبهات المصادقية - :

أنه يمكن إجراء استصحاب كلي الملك المردد بين فردين : أحدهما

معلوم البقاء والآخر معلوم العدم الموجب لدخوله في الموات التي تعلق بها حق مسلم ، فيندرج - حينئذ في الخاص المعلوم فيه حكمه من عدم جواز الاقدام على احيائه وعدم التملك به لو احياه . فبالاستصحاب يدخل في موضوع الخاص او المقيد الذي هو من الدليل الاجتهادي الخاص ، فهو من تخصيص العام بالدليل الاجتهادي الثابت موضوعه بالاستصحاب ، لا من التخصيص بالأصل والاستصحاب ، كما ربما ينوهم :

وأما بناء على ثبوت الأحقية دون الملكية بالاحياء وبقاء الرقبة على ملك الامام (ع) ما لم يطرأ عليه أحد النواقل للشرعية ، فرجع الشك - حينئذ - إلى الشك في خروجها عن ملك الامام بأحد النواقل ولو من المحي وعدمه ، والأصل بقاؤها على ملكه ، فيجوز الاقدام على تعميرها وإحيائها ويكون المحي أحق بها من غيره ، وأولى بالتصرف من دون شيء عليه من اللطس الاول ، لزوال أحقيته بزوال مناطها ، فافهم واغتنم :

تلخيص لما تقدم من الكلام في الأراضي المندرسية :

وهو : ان الموات منها : إما أن لا يكون له مالك معروف - سواء لم يكن له مالك أصلاً لانقراضه وانقطاعه ، أو كان مجهولاً لا يمكن تشخيصه ولو في محصور - وهذه كلها للامام (ع) كالموات بالاصالة يجوز إحيائها مطلقاً وللمسلمين خاصة - على الخلاف - مشروطاً باذن الامام (ع) مطلقاً ، أو في زمان الحضور خاصة - على الخلاف أيضاً - يملكه المحي بالاحياء : أو يكون به أحق من غيره وأولى بالتصرف فيه مع بقاء الرقبة على ما كانت عليه من ملك الامام - على ما تقدم من الخلاف ايضاً - .

ولما أن يكون له مالك معروف . وهو : اما أن يكون قد ملكها
بغير الاحياء من الأسباب المملوكة شرعاً ، أو ملكها بسبب الاحياء ،
وعلى التقديرين : اما أن يكون سبب التملك أو الاحقية معلوماً أو
مشكوكاً .

فها هنا مقامات :

الأول - ما علم كونه مملوكاً بغير الاحياء ، وحكمه البقاء على الملكية
وعدم جواز التصرف فيه بغير إذنه ، مطلقاً - على حد غيره من مملوكاته -
وللظاهر انه عندهم مما لا كلام فيه ولا شبهة تعتربه ، إلا اذا كان ذلك
متبعاً عن إهماله لعجز أو تعذر ، حتى انجرت الى الخراب ، أخذه الامام
أو نائبه للعام وجربها أو جوازاً وقبله من غيره ودفع طسقه الى المالك
- حسباً تقدم الكلام فيه في المقالة الثالثة -

الثاني - ما علم كونه مملوكاً بسبب الاحياء ، ففيه الخلاف المتقدم:
من جواز احيائه للثاني وتملكه له من دون شيء عليه أو ثبوت الاحقية
له كذلك أو مع دفعه الطسق الى الأول مطلقاً - أو مشروطاً بعدم اذنه
وامتناعه من تعميره أو حرمة التصرف فيه - مطلقاً - كما لو كانت مملوكة
بغير الاحياء . كل ذلك مبني على الخلاف في كون الاحياء سبباً للاحقية
والملكية : وعلى الملكية ، فهل هي ملكية دائمة مطلقاً ، أو ما دامت
الحياة باقية فتزول بزوالها ؟ وملشأ الخلاف في ذلك أيضاً : اختلاف
الانظار في مفاد الأخبار ووجوه الجمع بينها حسباً حررناه لك ، وعليك
بالترجيح بعد اعطاء التأمل حقه .

وأما الثالث - وهو ما لو كان مشكوكاً ولم يعلم كونها مملوكة
بالاحياء أو بغيره ، ففي جواز اقدام الثاني على احيائها ، وعدمه ، وجهان

مبنيان على ما تقدم : من أن الاحياء هل هو سبب للملك أو لا يوجب
إلا الأحقية بالتصرف ، وانه على الأول : لا يجوز إحياؤها للثاني لكونها
من الموات المتعلق به حق مسلم بحكم استصحاب الكلي الموجب لاندراجها
في المراسل المقيد لعمومات إحياء الموات . وعلى الثاني : يجوز ذلك
لاستصحاب بقاء الرقبة على ملك الامام عليه السلام ، فيكون كالمات
بالاصالة ، يجوز لكل أحد إحياؤها ، غير أن المحبسي أحق بالتصرف
من غيره .

والله العالم بحقائق الامور



بهذه الرسالة ينتهي الجزء الاول ويليه الجزء الثاني وأوله :

رِسَالَةٌ

في أخذ الحجرة على الوجه

فهرس

مخربات الجزء الاول من الكتاب

(٣ - ٨) كلمة (مكتبة العلمين العامة) : عرض موجز لمطبوعاتها ومشاوربها الفكرية طيلة ستة أعوام ، لمحات سريعة عن الكتاب ومؤلفه والملحق عليه .

(٩ - ١٠) خطبة الكتاب للمؤلف

رسالة في الفرق بين الحق والحكم

(١٣ - ٣٢) المتن : بيان الفوارق المفهومية والمصادقية بين الحق والحكم ، عرض تفصيلي لموارد الحق المختلفة الانحاء ، وللمصاديق المشتبهة بينهما .

(٣٣ - ٣٩) التعليق : شرح مفصل للفوارق بين الحق والحكم التي ذكرها المصنف ، وتعريف كل منهما ، وذكر المائز بينهما ، ومناقشة المصنف فيما يراه من الحق : بأنها في الحقيقة من قبيل الأحكام لأنها غير قابلة للاسقاط ، كحق الابوة وولاية الحاكم الشرعي وحق الاستمتاع بالزوجة وحق الجار وحق التولية من الواقف ، وحق الوصاية من الوصي وعامة الولايات المجعولة ممن له الجعل .

(٤٠ - ٤٩) الخمس والزكاة من الحقوق بالمعنى الأخص ، لكنها غير قابلين للاسقاط ، فهما من هذه الجهة من قبيل الأحكام ، تحقيق مفصل في أن متعلق حق الخمس والزكاة ، الذمة أم العين المحقوقة ، واختيار : أنه العين لا الذمة ، وأنه حق مستقل وليس من قبيل سواء من الحقوق .

(٥٠ - ٥١) ومن الحقوق - غير القابلة للانتقال بالارث - : حق القسم للزوجة ، وان قبل النقل الى الضرة . وما لا يقبل النقل والانتقال : ما كان من قبيل حق الغيبة والشم والضرب والايذاء ، والظاهر عدم كونها من قبيل الحقوق :

(٥١ - ٦٠) حق الرهانة والشفعة والخيار قابل للانتقال الى الوارث وغير قابل للنقل الى الغير بالمصالحة عليه ، بيان الفرق في ذلك ، وذكر الخلاف بين المصنف والشيخ الانصاري حول الموضوع . وبيان جواز التوكيل في إنشاء الفسخ والإقراو . بيان ما هو الأصل في المشكوك كونه قابلاً للنقل والانتقال .

(٦١ - ٦٤) هل يصح جعل الحقوق ثمناً للبيع أم لا ؟ عرض مفصل عن حقيقة الملكية والبيع ، وأخيراً : اختيار عدم صحة جعل الحق ثمناً للبيع . : .

رسالة في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

(٦٧ - ٧٨) ويستنتج من هذه القاعدة الإيجابية : قاعدة سلبية مماكسة لها في المفهوم . بحث مفصل حول القاعدة الكلية طرداً وعكساً من حيث المعنى . وبيان ما هو المقصود بالضمان فيها : (٧٨ - ٨٢) مدرك القاعدتين الإيجابية والسلبية - هو الاجماع وقاعدة الاحترام ، وليس قاعدة الاقدام ،

نقوض واشكالآن :

(٨٣ - ٨٨) وما ينقض على طرد القاعدة : استعارة المحرم الصيد من الحل ، والجواب عن ذلك : والتحقيق في حكم ذلك الصيد :

- (٨٩ -) وينقض على القاعدة الايجابية - أيضاً - إنهاء البيع بالبيع الفاسد المضمون على المشتري ، والجواب عنه :
- (٩٠ - ٩١) وينقض عليها أيضاً بحمل المبيع بالبيع الفاسد المضمون على المشتري ، والجواب عنه :
- (٩١ - ٩٤) ومنها : النقض بالشركة الفاسدة والجواب عنه ، تحقيق في بيان معنى الشركة واقسامها الصحيحة والفسادة
- (٩٥ - ٩٩) وربما ينقض على القاعدة أيضاً بعامل القراض اذا أخذ المال قراضاً وكان عاجزاً عن تأديته ، والجواب عن ذلك ، بيان تفصيلي عن حقيقة المضاربة ، والضمان فيها : والمناقشة مع المصنف في تضمين عامل القراض للعاجز ، واختيار عدم تضمينه :
- (١٠٠ - ١٠٥) وقد يتوهم النقض على القاعدة باستعارة العين المغصوبة من غاصبها . بيان صور المسألة ، والجواب عن ذلك ، وبيان النقاش - تفصيلاً - في ضمان تلك العارية المغصوبة :
- (١٠٦ - ١٠٧) وما ينقض على القاعدة ، بالبيع من السفه المحمور لو تلف المبيع في يده مع كون القبض باذن البائع . والجواب عن ذلك :
- (١٠٨ - ١١٤) وربما يتوهم النقض أيضاً بالبيع بلا عوض ، والاجارة بلا أجر : التفصيل في ذلك ، وبيان الجواب عنه :
- (١١٥ - ١١٦) ذكر الاشكالين على القاعدة ، والجواب عنها .

رسالة في القبض وحقيقته

- (١١٩ - ١٢٨) بيان حقيقة القبض - لغة - وبيان أقوال الفقهاء الثمانية في مصطلحه وأدلتهم عليها : ١ - كفاية التخلية فيه مطلقاً في المنقول وغيره ، ٢ - التخلية في غير المنقول ، وفيه : نقله ، ٣ - القبض في المنقول

اذا لم يكن مكيلا او موزونا محض النقل ، واما فيها فبالكيل أو الوزن ،
 ٤ - القبض في المنقول : نقله وفي الموزون والمكيل : ذلك أو الكيل أو
 الوزن ، ٥ ، القبض هو التناول باليد فيما ينقل وبحول ، وأما في العهد
 فقبضه أن يقيمه ، والبهيمة قبضها أن يمشي بها ، والجزاف قبضه نقله من
 مكان الى آخر ، والمكيل ، قبضة مكابله ، ٦ - التخلية في غير المنقول
 وفي الحيوان : نقله ، وفي المكيل والموزون والمعدود : ذلك أو نقله ، وفي
 الثوب : وضعه في اليد ، ٧ - كفاية التخلية في نقل الضمان عن البائع ،
 لا في زوال المنع عن بيع مالم يقبض ، ٨ - إزاه الاستيلاء على المقبوض
 باليد . وأخيراً استظهار المصنف : أن القبض حقيقة واحدة في جميع
 الموارد ، وهي الاستيلاء والسلطنة العرفية على الشيء :

بقي هنا فروع :

(١٢٩ - ١٤٦) عرض موجز لفروع مسألة القبض : الأول -
 فيما لو كان المبيع مشمولاً بأتمعة البائع ، الثاني - فيما لو كان المبيع بنفسه
 مشتركاً بين البائع وغيره ، الثالث - لو كان المبيع في مكان لا يختص
 بالبائع ، الرابع - لو باع ما هو غير منقول كالدار ، الخامس - لو كان
 المبيع مكيلا أو موزوناً : السادس - لو تلف المقبوض بالقبض الفاسد بيد
 المشتري : السابع - لو كان المبيع بيد المشتري قبل الابتاع : . عرض
 مفصل في تلك الفروع . . :

رسالة في قاعدة تلف المبيع قبل القبض

(١٤٩ -) إتفاق الفقهاء على أن المبيع الشخصي قبل القبض
 مضمون على بائنه بالمسمى ، عرض الأدلة على ذلك :

(١٥٠ - ١٦٤) هذه الكلية مما لا كلام فيها ، وانما يقع الكلام في أمور : الأول - ان ذلك هل هو على القاعدة ، أم على خلافها تعبداً ؟ تحقيق مفصل عن كلية قاعدة الضمان ، وبيان الخلاف في ذلك . بيان مبنى الفقهاء بأن مفاد العقد هو التملك بازاء التملك ، والجواب عن ذلك ، وبيان الثمرة بين القول بضمان البائع في تلف المبيع ، والقول بالإنفساخ قبل التلف ، درج أقوال الفقهاء في ذلك الموضوع .

(١٦٥ -) الأمر الثاني - بيان موارد الضمان والقبض فيما لو كان المبيع بعضاً من جملة معينة .

(١٦٥ - ١٦٨) الأمر الثالث - موارد الضمان والقبض فيما لو كان المبيع كلياً في الذمة ، تحقيق أداة الموضوع .

(١٦٩ - ١٧٦) الأمر الرابع بيان حكم تلف المبيع اذا كان التلف بتسبب من المشتري أو البائع أو الأجنبي ، عرض صور المسألة ، وأقوال الفقهاء فيها ، مع تحقيق مفصل في أدلة ذلك . وبيان أحكامها : . .

(١٧٧ - ١٧٨) الأمر الخامس - فيما لو حصل للمبيع نماء قبل تلفه فهل هو للمشتري أم للبائع ، وبيان رأي الشيخ بأنه للبائع ، مستدلاً بمحدث (الخراج بالضمان) ومناقشة المصنف من قبل المعلق حول الموضوع .

(١٧٩ -) الأمر السادس - في أن النماء المتجدد قبل التلف بيد البائع أمانة غير مضمولة :

(١٨٠ -) الأمر السابع - يلحق بالتلف الظاهر في الهلكة : ما كان بحكمه مما يوجب تعذر التسليم كالسرقة والضياع ونحوهما :

(١٨١ -) الأمر الثامن - فيما لو شك في التالف : أنه من التلف قبل القبض أو بعده ، فالحكم هو انفساخ العقد - على القاعدة - وربما يتوهم لزوم العقد . وتحقيق المصنف والمعلق حول ذلك :

(١٨٢ - ١٨٣) الأمر التاسع - استثنى بعض الأصحاب من قاعدة ضمان البائع تلف المبيع قبل القبض : تلفه ضمن الثلاثة أيام التي يثبت فيها خيار التأخير فحكموا أنه من ضمان المشتري ، وبعد الثلاثة من ضمان البائع (١٨٤ -) الأمر العاشر - لا يسقط هذا الضمان عن البائع باسقاط المشتري أو لإبرائه .

(١٨٥ - ١٨٨) الحادي عشر - ربما يستثنى من هذه الكلية صور : منها - مالو أسلم عبد الكافر وتلف بعد بيعه وقبل قبضه ، ومنها - مالو باع العبد ممن يعتق عليه فتلف قبل التسليم ، ومنها - مالو باع العبد الآبق مع الضميمة ، فتلف الآبق أو تلفت الضميمة . ومنها - مالو اشترى جارية فأولدها ولما يحصل القبض بالوطء ، فتلفت الجارية أو أبقت قبل القبض ومنها - مالو حصل في العبد المبتاع قبل القبض أحد أسباب الانعتاق ومنها - مالو جنى المملوك قبل القبض بما يوجب استرقاقه ، ومثله مالو جنى على نفسه بقتل ، فانه من التلف قبل القبض .

(١٨٨ -) الثاني عشر - لو ضمن الاجنبي للمشتري درك الثمن لو رجع إليه بتلف المبيع قبل قبضه ، فلا يصح ذلك الضمان ان كان قبل تلف المبيع مطلقاً ، ويصح ان وقع الضمان بعد تلف المبيع عند البائع وكان الثمن مقبوضاً له :

(١٨٩ -) الثالث عشر - لو وكل على البيع والاقباض ، وفرط الوكيل فتلف المبيع قبل قبضه ، انفسخ العقد ورجع الموكل على الوكيل .

(١٨٩ -) الرابع عشر - لو كان المبيع مقبوضاً للمشتري قبل بيعه ، لم يفتقر الى قبض جديد .

(١٩٠ - ١٩١) الخامس عشر - لو اتحد المقبض والقباض واختلفا

بالاعتبار لم يفتقر الى نية القبض .

(١٩٢ - ١٩٣) السادس عشر - اذا تلف بعض المبيع وكان مما

يقسط عليه من الثمن ، انفسخ العقد بالنسبة اليه - فحسب - :

(١٩٤ -) السابع عشر - كلما تقدم في تلف المبيع قبل

قبضه يجري فيما لو تلف الثمن المعين أو أعضاه أو أوصافه ، وانه في ضمان المشتري حرفاً بحرف .

(١٩٥ -) الثامن عشر - لو باع ثوباً بعهد - مثلاً - وقبض

الثمن وهو العبد فباعه من غيره ، ثم تلف المبيع وهو الثوب قبل قبضه تحقيق الضمان في المسألة :

(١٩٥ -) التاسع عشر - الحاق الثمن الكلي - خارجياً أم

ذمياً - بالثمن المعين للشخصي في مسألة الضمان .

(١٩٥ - ١٩٦) العشرون - شمول قاعدة الضمان قبل القبض لسائر

عقود المعاوضات .

تذييل

(١٩٦ - ٢٠٦) بشرط في خروج البائع عن ضمان المبيع

بالقبض : أن لا يكون للمشتري خيار يختص به ، وإلا كان الضمان على البائع وان تلف في يد المشتري ، التدليل على ذلك ، وتحقيق المسألة في عرض أمور خمسة ، وعرض أقوال الفقهاء في بيان ذلك :

رسالة في الأراضي الخراجية

(٢٠٩ - ٢١٠) تبويب الرسالة إلى : مقدمة ، ومقالات ،

وتدلييب وخاتمة . أما المقدمة فهي تقسيم الأرضين : إلى أرض بلاد الاسلام

وأرض بلاد الكفر ، وبيان أقسام كل منهما .

(٢١١ - ٢١٧) المقالة الأولى - في الأرض المفتوحة عنوة ،
وانها لعامة المسلمين ، والاستدلال على ذلك بالاجماع والاخبار المستفيضة
والاستظهار منها : أن الأرض للمسلمين على جهة الملكية ، لا على وجه
الاختصاص ، وبيان صور الملكية الأربعة .

(٢١٧ - ٢٢٢) بقي هنا أمر : الأول - هل يتعلق الخمس
بالمفتوحة أم أنها كلها للمسلمين ؟ بيان رأي المشهور في تعلق الخمس بها
والتدليل على ذلك بالأخبار وكلمات الأصحاب ، ومناقشة ذلك ، وأخيراً :
اختبار ثبوت الخمس فيها كغيرها من الفنائم المنفولة .

(٢٢٣ -) الأمر الثاني - بيان الخلاف في تعلق الخمس بعين
الأرض ، أو بمحاصلاتها أو التخيير بينهما ، واختيار التخيير .

(٢٢٤ -) الأمر الثاني - ما يأخذه السلطان باسم الخراج أو
المقاسمة إنما هو بدل عن مجموع الأرض لا عن غير الخمس منها ، فالخمس
في الخراج :

(٢٢٤ -) الأمر الرابع - الأقوى ثبوت الخمس في الخراج
مطلقاً - في زمن الحضور ، أم الغيبة - :

(٢٢٥ - ٢٣١) الأمر الخامس - الأخبار الدالة على كون الأراضي
كلها للإمام بالاطلاق أو العموم يجب تقييدها أو تخصيصها بالأخبار الدالة
على كون الأرض المفتوحة للمسلمين ، وذكر وجوه وتعليقات تثبت تملك
الإمام (ع) للعموم الأراضي المفتوحة وأنها محللة للشبهة بتصرفون فيها
كيفما شاؤوا . استعراض الوجوه التي ذكرها الشيخ الانصاري في ذلك
الموضوع ومناقشتها :

(٢٣٢ -) الأمر السادس - الأرض المفتوحة دفاعاً في زمان

الغلبة أيضاً للمسلمين :

(٢٣٢ -) الامر السابع - لا تخرج الأراضي المفتوحة عنوة عن كونها خراجية بتغلب الكفار عليها .

(٢٣٢ - ٢٣٤) الامر الثامن - المراد بالمعمورة عند الفتح وكولها للمسلمين كولها لهم بعماراتها الكائنة فيها - حينئذ - فيشكل الحكم في ملكية ما يصنع من تلك الأراضي من الآلات والأواني وغير ذلك :

(٢٣٤ - ٢٤٤) الأمر التاسع - يتفرع على ملكية الأرض المفتوحة لعموم المسلمين - عدم جواز التصرف فيها بدون الاذن ، والكلام في مقامين الاول - هل يجوز التصرف والتعمير بدون إذن الامام (ع) أو ناليه ؟
أولاً : واختيار توقف التصرف على إذن الامام أو نائبه . الثاني - ذكر الخلاف في جواز بيع الأرض المفتوحة وعدمه ، أو التفصيل بالجواز تبعاً للآثار ، والعدم من دون ذلك . عرض فروع المسألة وأقوالها في المقامين وأدلتها - تفصيلاً - :

(٢٤٥ - ٢٤٨) الأمر العاشر - ذكر الخلاف في ثبوت كون الأرض من المفتوحة عنوة أو من العامر في وقتها بغير العلم من مراتب اللظن ، وعرض حجية كل من الفريقين واختيار ثبوت ذلك بالظن .

(٢٤٩ - ٢٥٠) الامر الحادي عشر - يجوز للامام (ع) ونائبه إقطاع شيء من أرض (العنوة) لبعض ، ولا تخرج بذلك عن كولها خراجية :

(٢٥٠ - ٢٥٦) الأمر الثاني عشر - ولاية تقبيل الأراضي وتسليطها بيد الامام (ع) في زمن الحضور وبسط اليد ، ومع عدم ذلك - كما في زمن الغيبة - فهل تسقط الولاية من أصلها ، فيجوز التصرف لكل أحد بلا إذن ، أو ثبوتها للنائب العام للامام ؟ قولان في المسألة . تحقيق المسألة مع

عامة فروعها والتدليل على ذلك ، واستعراض كلمات الفقهاء في الموضوع ومناقشتها ، وبيان اختيار المصنف :

(٢٥٧ -) الامر الثالث عشر - يلحق بحكم عمران الارض المفتوحة حریمها ومرافقها ، الامر الرابع عشر - بيان حكم الارض المفتوحة عنوة من جانب ، وصلحاً من جانب آخر .

(٢٥٨ - ٢٥٩) الامر الخامس عشر - في تعيين الاراضي المفتوحة عنوة ، ومنها - مكة المكرمة :

(٢٦٠ - ٢٦٤) ومن الاراضي المفتوحة عنوة : أرض العراق : تقدير مساحتها وكيفية فتحها ، وتقسيمها الى العامرة ، والعامرة حين الفتح وبيان حكم العامرة منها .

(٢٦٥ -) الكلام في أرض الموات المفتوحة عنوة ، وحكمها وأدلة كونها للامام عليه السلام :

(٢٦٦ - ٢٧٤) إشكال التناقض بين كون الموات للامام ، والحكم بكون الحية عند الفتح على إطلاقه لعموم المسلمين ، ومحاولة التخلص من الاشكال بعدة جهات . ويتفرع على ذلك : الاشكال بالأخبار الواردة من الفريقين الدالة بظاهرها على سببية الاحياء للتملك مطلقاً - والجواب عن ذلك بحملها على الترخيص من الامام بالاحياء لا التملك التام : ثم الاشكال على ذلك الحمل أيضاً ، والجواب عنه . . .

(٢٧٥ - ٢٨٠) المقالة الثانية - في أرض الصلح ، تعريفها وتقسيمها قسمين : القسم الأول - وقوع الصلح مع أهل الذمة على أن أرضهم لهم ، وعليهم الجزية بحسب تعيين الامام أو نائبه لها كماً وكيفاً : ويجوز بيعها وإيجارها للمسلمين ولغيرهم على أن ينتقل خراجها الى الهاشمي لا إلى المشتري ، ذكر الخلاف في ذلك الحكم عن بعض الجواب عنه

وبيان ان مصرف هذا الخراج كمصرف الغنيمة .

(٢٨١ - ٢٨٢) القسم الثاني من قسمي أرض الصلح - أن تكون رقبة الأرض للمسلمين وللمصالحين للسكنى والجزية - كارض المفتوحة عنوة - على ان تلك المصلحة الظاهرية لا تخرجهم عن كونهم مهودوري الدم في الواقع .

(٢٨٢ - ٢٨٧) المقالة الثالثة - في أرض من أسلم أهلها طوعاً وأنها مملوكة لأربابها ، الاستدلال على ذلك بالشهرة فتوى ورواية - وذكر الخلاف عن بعض القدماء بانها للمسلمين ، وبيان تضارب الروايات في ذلك ، والجمع بينها وتوجيهها والقول بالتفصيل .

(٢٨٨ - ٢٩٢) المقالة الرابعة - في أرض الأنفال ، تعريفها ، أقسامها ، حكمها بأنها ملك النبي والامام (ع) ، الاستدلال على ذلك بالاجماع والشهرة والاختبار المستفيضة .

(٢٩٣ - ٢٩٩) القول بان أرض الأنفال مباحة لعموم المسلمين والجواب عنه ، وذكر مناقشة صاحب المناهل في دفاعه عن ابن ادريس حول الموضوع ، والجواب عنه ، ذكر الاشكال على ملكية هذه الأرض للامام بأنه يلزم من ذلك ملكية منتجاتها ، ومقتضاه عدم جواز تناول شيء منها إلا باذن الامام وذلك خلاف السيرة ، والجواب عنه :

(٣٠٠ - ٣٠٣) هذا تمام الكلام في أرض الأنفال من حيث موضوعها ، وأما حكمها فهي للامام (ع) أو نائبه بعد النبي (ص) ، ليس لأحد التصرف بها بلا اجازته أو إجازة نائبه في زمانه الحضور والهيبة ذكر الخلاف في إطلاق إجازة الأئمة (ع) لشيعتهم حتى في الخمس ، فاسقطه في الغيبة ، أم أن الاجازة مقيدة فيما وراء الخمس من الأموال والأنفال ، تفصيل الموضوع وتحقيقه : الاشكال بان غاية مفاد أخبار

التحليل هو جواز التصرف ، لا التملك ، والجواب عن ذلك بتوجيه التحليل الى قصد التملك :

(٣٠٤ - ٣١٤) تذييب : في حكم ما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمة في تقبل الأرض منه ، وجواز الاخذ فيه ، وبراءة ذمة المتقبل بدفع القبالة اليه : الاستدلال على جواز ذلك بصحيفة الحذاء ، وذكر المناقشة فيها والجواب عن ذلك . مواصلة الاستدلال على ذلك باخبار آخر والاستنتاج منها - بعد ذكر مناقشتها والجواب عنها - على المقصود ، ومنها الاخبار الواردة في جواز تقبل الخراج من الأراضي والرؤوس :

(٣١٥ - ٣١٧) متابعة الاستدلال على جواز أخذ مال الخراج وتقبله من الظالم وبراءة ذمة المتقبل - بالاجتماعات المحكية عن عامة الفقهاء كالسيد بحر العلوم ، وصاحب الرياض ، والشهيد في المسالك ، وصاحب الجواهر ، والحدائق وغيرهم .

(٣١٨ - ٣٢١) ذكر الخلاف : في سقوط الزكاة عن المتقبل بعد أن أخذ الجائر منها الخراج بعنوان الزكاة ، أو عدم سقوطه عنه ، أو القول بالتفصيل في السقوط وعدمه بين الدفع الى الظالم مع عدم استطاعة حججه وانكاره ، أو استطاعة ذلك : . . .

(٣٢٢ - ٣٢٨) حكم مال الجائر مما لم يعلم كونه من الخراج أو المقاسمة ، بيان أقسامها الثلاثة : اما أن يعلم حرمة بعينه ، أو حليته بعينه أو يكون مشتبها الحال : صور القسم الأول وبيان أحكامها : وذكر الخلاف فيها .

(٣٢٩ -) القسم الثاني فيما لو كان المال معلوم الحرمة ، بيان أحكامها ، وذكر الخلاف فيها :

(٣٣٠ - ٣٣٤) القسم الثالث ، وهو المشتبه الحال ، صور المسألة

وبيان أحكامها ، وبيان أحكام الشبهة المحصورة وغير المحصورة .
 (٣٣٥ - ٣٣٧) ويستحب التنزه عن تناول أموال الجائر في جميع
 للصور ، وبكره للتناول ، وترفع الكراهة بأمر ، منها - إخباره بالحلية
 ومنها - إخراج خمسة ، ومنها - مالر كان قصد الآخذ قضاء حوائج
 الاحوان .

(٣٣٨ - ٣٥٢) خاتمة في الأراضي المندرسة : تعريفها صورها
 بيان أحكامها : ذكر الخلاف في أن الاحياء سبب الملكية أم لا لنقال الاحقية
 من الأول الى الثاني ، مناقشة أدلة للطرفين ، وبيان رأيه في المسألة بعد
 ذلك وذكر الأخبار المتناقضة ، وبيان وجهة الجمع بينها ، تلخيص لما
 تقدم من الكلام في الأراضي المندرسة . وبذلك ينتهي الجزء الأول من
 الكتاب :

جدول التصويب

ص	سطر خطأ	صواب	ص	سطر خطأ	صواب		
٥٣	٣	لحق للشفعة	بحق الشفعة	٢٨٠	٦	الموجودة	المأخوذة
٥٥	١٨	لمن له	لمن هو له	٢٨٠	١٠	عهدة	عهد
٦٢	١٥	المشتري	مالك للثمن	٢٨٦	١٧	مغمورة	معمورة
٧٦	١٣	بعوض	بعوضه	٢٩٤	١٢	بشيء	شيء
٨٨	٨	من المستقر	من أن المستقر	٢٩٦	٧	في أجزاء	في إجراء
٨٩	٩	استفيد	كما استفيد	٢٩٧	٢١	استجبلت	استأجمت
٩١	٢٢	بايع	تابع	٢٩٨	١٧	بشيء	شيء
٩٣	١٩	حصه	حصته	٣٠٢	٦	له إشكال	اشكال
٩٥	١٦	غيزه	لغيره	٣٠٤	٤	مرداة	مردافة
٩٦	٦	فسادها	فسادها	٣٠٤	٦	خطر	حصر
٩٦	١٠	علمه	عمله	٦٠٤	٦	ببعضها	ببضعها
١٠٣	١٦	واضح	واضح	٣٠٧	٢٣	المختمة	المختمة
١١١	١٣	إذا لم	اذ لم	٣٠٩	٩	المعيلين	المعيلين
١١١	١٨	عليها	عليها	٢١٠	١٤	للمولى	للمتولى
١١٣	٢٣	يد استيلاء	يد المستأجر	٣١٩	١٦	أو المعنى	او المضي
١٢٣	١٠	إن البيع	إن المبيع	٣٥٢	١٢	الدفع	بالدفع
١٢٨	٥	بالمعروض	بالمعروض	٣٢٦	٤	للعين	الدين
١٤١	١٦	وأخذه المسمى	وأخذه المسمى	٣٣٣	١٣	دخوله	أو دخوله
١٧٨	٢٠	وباء الخبر	وباء الجر	٣٤٠	١٧	أو تحقيق	أو تحقيقه
٢٢٧	١٠	عند	عنه	٣٤١	٢٠	إن	إنه
٢٣١	١٨	إذلان	الاذن	٣٤١	١٦	فعارضه	في معارضته
٢٧٣	١٧	أن يثبت	أن يتثبت	٣٤٣	٢١	الى طرق	إلى طرو
				٣٤٦	٢٣	أو مشروطاً	أو مشروطاً

مكتبة السيد العبد العبد بمطبعة

• لا تزال نواصل السير - قدماً - في أداء رسالتها الفكرية : من نشر وتأليف وتحقيق الكتب الاسلامية ، فقد طبع لها - حتى الآن - :
١ - كتاب تلخيص الشافي في الامامة ، تأليف الشيخ الطوسي (قدس)

وتقديم وتحقيق سماحة العلامة السيد حسين بحر العلوم :

٢ - رجال السيد بحر العلوم - الموسوعة الضخمة - في علم الرجال والحديث والتراجم - تأليف سيد الطائفة السيد بحر العلوم - قدس سره - وتحقيق العلمين : الحجة السيد محمد صادق بحر العلوم وللعلامة السيد حسين بحر العلوم :

• لا تزال مستمرة في نشر الكتاب الاسلامي باهدائها الى عامة المؤسسات الثقافية - في مختلف أنحاء العالم المتحضر - حتى قارب سجل اهدائها (١٠٠٠٠ عشرة آلاف كتاب) الى حين التاريخ .

• لا تزال فاتحة صدرها الرحب (لكل سؤال جواب) فهي تتلقى الاسئلة الاسلامية - من داخل العراق وخارجه - وتجب عنها برسائل شخصية تطبع بعد حين على شكل (نشرات فصلية) .

• لا يسعها إلا تلمين الفضل لعامة الذوات الخيرة السخية - بما دنتها ومعنوياتها - تجاه مشاريع (المكتبة) التي تلبس من الواقع الاسلامي وتصب فيه .

وتخص بالذكر منهم : الوجيه المحسن السيد حسن السيد حبيب الصراف - من وجوه تجار النجف الأشرف - فقد تبرع - أخيراً - بمبلغ (٦٠٠ ديناراً)

رصيداً للمسابقة الأولى التي أعلنتها (المكتبة) - قبل عدة أشهر -
حول تأليف كتاب عن السيدة الزهراء - عليها السلام - والتي جنى الفكر
الاسلامي من حصيلتها (١٥ كتاباً) حول الموضوع . قبل كتاب محرمين
- داخل العراق وخارجه - جعله الله قدوة صالحة لغيره في مجالات الخير :
ونشكر الوجيه الأستاذ جعفر شعبان مدير معمل التوفيق - في النجف
الاشرف - على تبرعه - أخيراً - بمبلغ (٣٠ دينار) لشؤون إيراد المكتبة
والله ولي التوفيق :

