

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مد ظله العالی»

«کتاب خمس»

شماره: ۹

قوله ﷺ: الخامس: المال الحلال المخلوط بالحرام على وجه لا يتميز مع الجهل بصاحبه وبمقداره فيحل بإخراج خمسه، ومصرفه مصرف سائر أقسام الخمس على الأقوى^(١).

في المسألة قولان:

الأوّل: ما أفاده الماتن من وجوب الخمس في الحلال المختلط بالحرام وأنه يحل بإخراج خمسه وعليه جماعة من القدماء كما عن الشيخ في النهاية^(٢) وابن زهرة في الغنية^(٣) وابن حمزة في الوسيلة^(٤) ونسبه في المنتهى^(٥) إلى أكثر علمائنا.

الثاني: عدم وجوب الخمس فيه بالمعنى المصطلح (بل يجب عزل ما تيقن انتفائه عنه والتفحص عن مالكة إلى أن يحصل اليأس فيتصدق به على الفقراء...) وهذا القول هو المنسوب إلى المحقق الأردبيلي^(٦) وصاحب المدارك^(٧) وتبعه المحقق الكاشاني^(٨) بل والخراساني^(٩).

١- العروة الوثقى ٢: ١٩٥.

٢- النهاية: ١٩٧.

٣- غنية النزوع: ١٢٩.

٤- الوسيلة: ١٣٧.

٥- منتهى المطلب ١: ٥٤٨.

٦- مجمع الفائدة والبرهان ٤: ٣٢١.

٧- مدارك الأحكام ٥: ٢٨٧.

٨- مفاتيح الشرائع ١: ٢٢٧.

٩- ذخيرة المعاد: ٤٨٤.

أمّا القول الأوّل فقد استدل له بعدة من النصوص :

منها : معتبرة عمار بن مروان قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : « فيما يخرج من المعادن والبحر والغنيمة والحلال المختلط بالحرام إذا لم يعرف صاحبه ، والكنوز الخمس »^(١) .

منها : رواية الحسن بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إن رجلاً أتى أمير المؤمنين عليه السلام فقال : يا أمير المؤمنين إنني أصبت مالاً لا أعرف حاله من حرامه ، فقال له : أخرج الخمس من ذلك المال ، فإن الله عزّ وجلّ قد رضي من المال بالخمس ، واجتنب ما كان صاحبه يعلم »^(٢) .

منها : موثقة عمار عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل ؟ قال : « لا ، إلا أن لا يقدر على شيء يأكل ولا يشرب ولا يقدر على حيلة ، فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بـخمسه إلى أهل البيت »^(٣) .

منها : ما رواه الصدوق رسلاً قال : جاء رجل إلى أمير المؤمنين عليه السلام فقال : يا أمير المؤمنين أصبت مالاً أغمضت فيه أفلي توبة ؟ قال : « إئتني بـخمسه » فأتاه بـخمسه فقال : « هو لك ، فإن الرجل إذا تاب تاب ماله معه »^(٤) .

١ - وسائل الشيعة ٩ : ٤٩٤ / أبواب ما يجب فيه الخمس ب ٣ ح ٦ .

٢ - وسائل الشيعة ٩ : ٥٠٥ / أبواب ما يجب فيه الخمس ب ١٠ ح ١ ، التهذيب ٤ : ٣٥٨ / ١٢٤ و ٣٩٠ / ١٣٨ .

٣ - وسائل الشيعة ٩ : ٥٠٦ / أبواب ما يجب فيه الخمس ب ١٠ ح ٢ ، التهذيب ٦ : ٩١٥ / ٣٣٠ .

٤ - وسائل الشيعة ٩ : ٥٠٦ / أبواب ما يجب فيه الخمس ب ١٠ ح ٣ ، الفقيه ٢ : ٨٣ / ٢٢ .

منها: معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال: إني كسبت مالاً أغمضت في مطالبه حلالاً وحراماً، وقد أردت التوبة ولا أدري الحلال منه والحرام وقد اختلط عليّ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: تصدّق بخمس مالك، فإن الله رضي من الأشياء بالخمس وسائر المال لك حلال»^(١).

منها: ما رواه في المقتعة في الزيادات أنه أرسل عن الصادق عليه السلام عن رجل اكتسب مالاً من حلال وحرام ثم أراد التوبة من ذلك، ولم يتميز له الحلال بعينه من الحرام، فقال عليه السلام: «يخرج منه الخمس وقد تاب، إن الله تعالى طهر الأموال بالخمس»^(٢).

أما الرواية الاولى: فقد أشكل فيها النزاع بأن «رواية الخصال فلأن الرواية على النحو المذكور إنما هو ما نقله عنه بعض المتأخرين^(٣). وقال بعض مشايخنا المحققين: وذكر الصدوق في الخصال - في باب ما يجب فيه الخمس - رواية كالصحيحة إلى ابن أبي عمير عن غير واحد عن الصادق عليه السلام قال: «الخمسة على خمسة أشياء: على الكنوز، والمعادن، والغوص، والغنيمة» ونسي ابن أبي عمير الخامس^(٤).

قال مصنف هذا الكتاب: الخامس الذي نسيه مال يرثه الرجل، وهو

١ - وسائل الشيعة ٩: ٥٠٦ / أبواب ما يجب فيه الخمس ب ١٠ ح ٤، الكافي في ٥: ١٢٥ / ٥.

٢ - وسائل الشيعة ٩: ٥٠٧ / أبواب ما يجب فيه الخمس ب ١٠ ذيل الحديث ٤، المقتعة: ٢٨٣.

٣ - كما في الحدائق الناضرة ١٢: ٣٦٤.

٤ - وسائل الشيعة ٩: ٤٩٤ / أبواب ما يجب فيه الخمس ب ٣ ح ٧.

يعلم أنّ فيه من الحلال والحرام، ولا يعرف أصحاب الحرام فيؤدّيه إليهم، ولا يعرف الحرام بجنسه فيخرج منه الخمس^(١). انتهى.

وأنا تفحصت الخصال فوجدت الرواية فيه في باب ما فيه الخمس من بعض نسخه هكذا: «الخمس في المعادن والبحر والكنوز»، ولم أجد الرواية بالطريقين المذكورين فيه مع التفحص عن أكثر أبوابه، وفي بعض آخر كما نقله بعض مشايخنا ولعل نسخ الكتاب مختلفة، ومع ذلك لا تبقى فيه حجة^(٢).

وأجاب عنه في مستند العروة بـ «أنّه ﷺ لم يعط الفحص حقّه أو أنّ النسخة التي عنده كانت مغلوطة، وإلا فلا شبهة في وجودها في الخصال على اختلاف نسخها، وقد رواها عنه في الوسائل بسنده المتصل وكذا في الحدائق^(٣)، فلا ينبغي الاستشكال فيه، واحتمال الدس والزيادة في النسخ الموجودة التي روى عنها في الوسائل والحدائق موهون جداً، كما لا ينبغي التأمّل في أنّ الفهم العربي قرينة على أنّ المراد بالمال المختلط بالحرام ما لا يعرف مقدار الخلط فقدّر بالخمس تعبداً، وأمّا إذا علم أنّه أقل أو أكثر وأنّ ديناراً واحداً من عشرة آلاف - مثلاً - حرام أو حلال فهو خارج عن مدلول الرواية جزماً، فتختص بالمجهول مالاً وصاحباً^(٤) انتهى كلام المستند.

وكيف كان فالاستدلال بهذه الرواية على وجوب الخمس فيه وأنّ

١ - غنائم الأيام: ٣٧٣.

٢ - مستند الشيعة ١٠: ٣٩ - ٤٠.

٣ - الحدائق الناضرة ١٢: ٣٤٣.

٤ - موسوعة الإمام الخوئي ٢٥: ١٢٥.

مصرفه مصرف سائر موارد تعلق الخمس مما لا بأس به كما أن السند لا بأس به بما تقدم.

وأما الرواية الثانية: فقد اشكل فيها سنداً ودلالة^(١)؛ أما السند ففيه حكم بن بهلول فإنه مجهول.

وأما الدلالة فظاهر الرواية المال المختلط بالحرام قبل الانتقال إليه بإرث أو هبة ونحوهما من أسباب النقل فكان مخلوطاً عند المنتقل عنه لا أنه اختلط بعد ذلك، فوردها المال المنتقل من الغير لا مطلقاً.

ويمكن المناقشة بأننا سلمنا ما أفاده من وجوب الخمس فيما انتقل إليه مختلطاً وهذا هو أحد مصاديق المختلط، فلا يمكن طرح الرواية بالإشكال في الدلالة كما أن ما أشكله المحقق الهمداني^(٢) من الاستظهار منها باختصاصها بما كان وجود الحرام في المال محتملاً لا معلوماً مندفع، لأن قوله: «إني أصبت مالاً لا أعرف حلاله من حرامه...» اليقين بوجود الحلال والحرام وأن المال مشتمل على كليهما ولكنه لا يقدر على التمييز.

وأما الرواية الثالثة: (موثقة عمار) فالظاهر منها خروجها عن محل الكلام لعدم فرض الاختلاط فيها بوجه، لاحتمال كون المال الواصل منه حلالاً كونه كما احتتمل حرمة كلاً، فمع القول بعدم ملكية السلطان غير العادل فالمال الواصل كله من مجهول المالك، وحكمه التصديق لا وجوب الخمس،

١ - موسوعة الإمام الخوئي ٢٩: ١٢٦.

٢ - مصباح الفقيه ١٤: ١٥١.

وعلى القول بملكيته لا وجه للخمس فكيف بالتصدق.

أما الرواية الرابعة: فقد أشكل المحقق الهمداني^(١) بأن الظاهر من ذيل الرواية كون التوبة سبباً لمحلية ماله لا تخميسه، فيحتمل ورود الرواية فيمن لم يكن محترزاً عن مثل الربا.

ولكن الإشكال مندفع لأن الظاهر منها كون التوبة حاصلة بإعطاء الخمس والسؤال عن إمكان التوبة والسبيل إليها. والإشكال بأن الاستدلال بها موقوف على القول برجوع الضمير في قوله: «هو لك» إلى المال لا إلى الخمس المأتي به وهذا ظاهر، يدفع بأن الظاهر من الأمر بإتيان الخمس إليه وإتيانه به ثم الحكم بأنه «هو لك» رجوع الضمير إلى المال ولا إشكال إلا أنه مع التنزل والقول برجوع الضمير إلى ما أتاه من الخمس فبالأولوية تدل الرواية على المدعى، لأن حكمه عليه السلام بأن هذا الخمس لك بعد إتيانه إليه يقتضي أن دفع الخمس يوجب تطهير المال، فعلى هذا يجب في المختلط التخميس.

أما الرواية الخامسة: وهي معتبرة السكوني. وأشكل في دلالتها الشيخ الأنصاري في رسالته^(٢) مستظهراً منها إرادة المعنى اللغوي بملاحظة الأمر بالتصدق لأن التصديق وإن أُطلق في كثير من الأخبار على الخمس إلا أن ظهوره في غيره أقوى من ظهور لفظ الخمس في المعنى المعهود بل أمره بالتصدق من دون طلب نصفه المختص قرينة على عدم إرادة الحق الخاص.

١ - مصباح الفقيه ١٤: ١٥٢.

٢ - كتاب الخمس للشيخ الأعظم الأنصاري رحمته الله: ٢٥٨.

ويمكن الذب عن الإشكال: بأنّ قرينية عدم مطالبته النصف المختص بالإمام عليه السلام على أنّ المراد بالخمس في الرواية هو الخمس بمعناه اللغوي محلّ تأمل لأنّ في كثير من الروايات الآمرة بالخمس في موارد مختلفة لم يوجد المطالبة بالنسبة إلى النصف أو التمام كما في رواية ابن أبي عمير ومعتبرة عمار بن مروان، وكذلك رواية الحسن بن زياد، وهكذا صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل من أصحابنا يكون في أوانهم فيكون معهم فيصيب غنيمة، قال: «يؤدي خمسنا ويطيب له»^(١).

بل لا توجد الإشارة بمورد المصرف واكتفى عنه بالروايات الواردة في مورد المصرف خاصة، فمقتضى وحدة السياق في جميع هذه الروايات إرادة الخمس المصطلح من هذه الرواية أيضاً، فلا مجال للأخذ بظاهر قوله عليه السلام: «تصدّق بخمس مالك...» هذا وقد اشكل على الاستدلال بها ببيان آخر وهو أنّ المرتكز عند العرف عدم جواز التصرف في مال الغير إلاّ بإذنه ووجوب رد مال الغير الواقع تحت يده إلى مالكه إذا أمكنه، وهذا أصل عقلائي وافقه الشرع وأمر بردّ مال الغير إليه مع معرفة المالك والظفر به ومع عدم التمكن كان المال مجهول المالك ودل الدليل على وجوب التصديق عنه وهذا أمر معروف ومعلوم عند المشرعة ومرتكز في أذهانهم، فمع العلم بمقدار المال فلا إشكال في وجوب التصديق به بخصوصه، وأمّا مع الجهل يبقى الإشكال في المقدار الذي يجب التصديق به بعد العلم بوجوب أصل التصديق، وعليه فإذا سئل

١ - وسائل الشيعة ٩: ٤٨٨ / أبواب ما يجب فيه الخمس ب ٢ ح ٨، التهذيب ٤: ١٢٤ / ٣٥٧.

الشخص عما أصابه من المال المختلط وأنه كيف يصنع به يحمل سؤاله على السؤال عن مقدار التصدق بعد الفراغ من العلم بأصل وجوبه، فيحمل الجواب بقوله عليه السلام: «أخرج الخمس من ذلك المال فإن الله عز وجل قد رضي من المال بالخمس» على أن المقدار الذي يجب إخراجه بعنوان التصدق عن قبل المالك إنما هو خمس المال لا أزيد، فهذا الجواب تصريح بالمقدار لأن السؤال والجهالة متعلق به والسكوت في بعضها عن التصدق إحالة على ارتكازه وعلمه مع أنه صرح في بعضها بالتصدق كما في رواية السكوني، وبالجملة مع هذا التقرير لم يبق ظهور لكلمة الخمس في هذه الروايات في الخمس المصطلح بل تكون ظاهرة في معناه اللغوي إلا أن تمامية هذا التقرير موقوف على التأمل في الروايات الواردة في المال المجهول المالك:

منها: صحيحة يونس بن عبد الرحمان قال: سئل أبو الحسن الرضا عليه السلام - وأنا حاضر - إلى أن قال: فقال: رفيق كان لنا بمكة، فرحل منها إلى منزله ورحلنا إلى منازلنا فلما أن صرنا في الطريق أصبنا بعض متاعه معنا فأبى شيء نصنع به؟ قال: «تحميلونه حتى تحملوه إلى الكوفة»، قال: لسنا نعرفه، ولا نعرف بلده، ولا نعرف كيف نصنع، قال: «إذا كان كذا فبعه وتصدق بثمانه» قال له: على من جعلت فداك؟ قال: «على أهل الولاية»^(١).

منها: رواية نصر بن حبيب صاحب الخان قال: كتبت إلى عبد

١ - وسائل الشيعة ٢٥: ٤٥٠ / أبواب اللقطة ب ٧ ح ٢، التهذيب ٦: ٣٩٥ / ١١٨٩.

صالح عليه السلام لقد وقعت عندي مائتا درهم (وأربعة دراهم) ^(١) وأنا صاحب فندق ومات صاحبها ولم أعرف له ورثة فأرأيت في إعلامي حالها وما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعاً، فكتب: «اعمل فيها وأخرجها صدقة قليلاً قليلاً حتى تخرج» ^(٢).

منها: خبر علي بن أبي حمزة قال: كان لي صديق من كتاب بني أمية فقال لي: استأذن لي على أبي عبد الله عليه السلام فاستأذنت له فأذن له، فلما أن دخل سلم وجلس، ثم قال: جعلت فداك إنني كنت في ديوان هؤلاء القوم فأصبت من دنياهم مالا كثيراً وأغمضت في مطالبه، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «لولا أن بني أمية وجدوا لهم من يكتب ويجيب لهم الفية ويقاتل عنهم ويشهد جماعتهم لما سلبونا حقنا، ولو تركهم الناس وما في أيديهم ما وجدوا شيئاً إلا ما وقع في أيديهم»، قال: فقال الفتى: جعلت فداك فهل لي مخرج منه؟ قال: «إن قلت لك تفعل»؟ قال: أفعل قال له: «فاخرج من جميع ما كسبت في ديوانهم فمن عرفت منهم رددت عليه ماله، ومن لم تعرف تصدقت به وأنا أضمن لك على الله عز وجل الجنة» فأطرق الفتى طويلاً ثم قال له: لقد فعلت جعلت فداك. قال ابن أبي حمزة: فرجع الفتى معنا إلى الكوفة فما ترك شيئاً على وجه الأرض إلا خرج منه حتى ثيابه التي كانت على بدنه قال: فقسمت له قسمة واشترينا له ثياباً وبعثنا إليه بنفقة،

١ - في التهذيب: وأربعون درهماً (هامش المخطوط).

٢ - وسائل الشريعة ٢٦: ٢٩٧ / أبواب ميراث الخنثى ب ٦ ح ٣، الكافي ٧: ١٥٣/٣، التهذيب ٩: ١٣٨٩/٣٨٩.

قال : فما أتى عليه إلا أشهر قلائل حتى مرض ، فكنا نعوده ، قال : فدخلت يوماً وهو في السوق قال : ففتح عينيه ثم قال لي : يا علي وفي لي والله صاحبك ، قال : ثم مات فتولينا أمره فخرجت حتى دخلت على أبي عبدالله عليه السلام ، فلما نظر إلي قال لي : « يا علي وفينا والله لصاحبك » ، قال : فقلت : صدقت جعلت فداك هكذا والله قال لي عند موته ^(١) .

وأما الروايتان الأوليان أجنيبان عن روايات الخمس لورودهما مورد المال المتميز ، وأما الأخيرة إن لم نقل بأن الموضوع حرمة جميع المال كان موضوعها المال غير المتميز لكن لا تختص بها بل هي مطلقة بالإضافة إلى غير المتميز .

فيمكن تقييدها بما دل على الخمس في المال غير المتميز فإنه أخص ، فبالنتيجة يختص الحكم بالتصدق في المال المتميز ، والمقيد إنما هو خبر عمار حيث عدّ المال المختلط في عداد موارد تعلق الخمس ، ودلالته على وجوب التخميس في المال المختلط صريحة فلا يمكن الأخذ بإطلاق نصوص الصدقة ، وهكذا بظهور رواية السكوني لأنه ليس لها أكثر من الظهور إلا أن خبر عمار أقوى ظهوراً في الخمس المصطلح من رواية السكوني في الخمس اللغوي لولا نقول بالصراحة والنصوصية في خبر عمار ، والذي يؤكد ويقوي الظهور في خبر عمار وعليه يحمل رواية السكوني ما جاء في ذيل رواية السكوني «... فإن الله قد رضي من الأشياء بالخمس...» حيث إن الحكم بوجوب

١ - وسائل الشيعة ١٧ : ١٩٩ / أبواب ما يكتسب به ب ٤٧ ح ١ ، الكافي ٥ : ١٠٦ / ٤ .

الخمس في غيره من الروايات غير معهود في الأحكام الشرعية، وهذه قرينة أو تصلح للقرينية لحمل لفظ التصدق في رواية السكوني، هذا مضافاً إلى احتمال وحدة هذه الرواية مع ما رواه الصدوق والمفيد مرسلًا وما رواه الشيخ بإسناده عن الحسن بن زياد لأنّ الوسائل بعد نقله الرواية قال: «ورواه الشيخ بإسناده عن محمد بن يعقوب^(١) ورواه الصدوق^(٢) بإسناده عن السكوني ورواه البرقي في المحاسن^(٣) عن النوفلي ورواه المفيد في المقنعة^(٤) مرسلًا نحوه»، فيظهر من ذلك أنّها رواية واحدة إلا في بعضها^(٥) ذكر بدل قوله **إِنَّا**: «تصدق»، «أخرج الخمس»، وبدل قوله **إِنَّا**: «إنّ الله قد رضي من الأشياء بالخمس»، «إنّ الله قد رضي من الإنسان بالخمس».

فعلى هذا لو أخذ بهذه النسخ «أخرج الخمس و أنّ الله قد رضي من الإنسان بالخمس» خرجت الرواية عن المعارضة بل المضمون يعضد ما رواه عمار بن مروان من وجوب الخمس المصطلح في المال المختلط، فبما ذكر اتضح أنّ الخمس الواجب في المال المختلط هو الخمس المصطلح، فمصرفه مصرف سائر أقسام الخمس كما أفتى به السيّد في المتن وعليه المشهور لأنّه هو الظاهر من رواية عمار، وعدم الدليل على جعل حكم في المقام مغايراً في الغنيمة

١- التهذيب ٦: ٣٦٨ / ١٠٦٥.

٢- الفقيه ٣: ١١٧ / ٤٩٩.

٣- المحاسن: ٣٢٠ / ٥٩.

٤- المقنعة: ٢٨٣.

٥- الفقيه ٣: ١١٧ / ٤٩٩.

ما يجب فيه الخمس / المال المختلط بالحرام ١٥٩

والكنز والمعادن وغيرها، فإفاده المدارك^(١) والمحقق الأردبيلي^(٢) وغيرهما من الالتزام بالصدقة ظهر ضعفه إلا أن المحقق الهمداني^(٣) ذهب إلى التخيير بين الأمرين أي بدفعه خمساً كما يجوز له الدفع صدقة، بيان ذلك ملخصاً:

إنّ ما في أخبار التصدق ليس إلا جواز التصدق بعين المال الذي يعرف صاحبه أو ثمنه، وهذا شيء لا ينافيه أخبار الخمس فإن مفاد أخبار الخمس ليس إلا صرف خمس مجموع ذلك المال المختلط إلى أرباب الخمس بمعنى أنّ الخمس ليس ملك فعلي لأربابه أي السادة بحيث إنّ بمجرد الخلط أوجب انتقال هذا الكسر من المال إليهم ابتداءً كسائر الموارد من الغنيمة والكنز والمعدن بل الخمس هنا مطهر ويكون الباقي له بعد التخميس، فعلى هذا لا يكون التخميس واجباً تعيينياً بل له التصدق بجميعه على الفقير من باب الاحتياط أو دفع جميعه إليه على أن يكون ما فيه من مال الغير صدقة ثم صالحه عما فيه من حقه بشيء.

فالأمر بإخراج خمس ذلك المال خصوصاً مع الاقتران بالتعليل بأنّ الله قد رضي... ليس إلا بمنزلة ما لو قال: (لو أخرجت خمس مالك يجل لك الباقي لا أنه يجب عليك إخراج خمسه تعبداً) ورواية السكوني أيضاً غير ظاهرة في الوجوب التعييني بل هي في مقام دفع توهم الحظر من أجل تخيل

١ - مدارك الأحكام ٥ : ٢٨٧ .

٢ - مجمع الفائدة والبرهان ٤ : ٣٢١ .

٣ - مصباح الفقيه ١٤ : ١٥٩ .

عدم جواز التصرف في مال الغير حتى بنحو التصدق عن صاحبه، فغاية ما هناك أنها ظاهرة في الجواز، وأنه يجوز الاكتفاء بالتصدق بمقدار الخمس من غير أن يتعين في ذلك بل يجوز التخلّص بالتصدق بنحو آخر، فالنتيجة هو التخيير بين الأمرين.

واشكّل عليه أولاً^(١): بأنّ حمل الأمر في رواية السكوني في الجواز خلاف المتفاهم العرفي لآئنه ليس كل أمر محرّم يمنع عن ظهور الأمر المتعلق به في الوجوب، لأنّ السؤال عن الوظيفة العملية الفعلية في مقام تفرّغ الذمة وأجاب بالتصدق، فهذا ظاهر في انحصار الوظيفة الفعلية وتعيينها لا جواز العمل بها.

وثانياً: ما أفاده في ذيل رواية عمار من جواز التصدي للتفريغ والتطهير بغير التخميس أي التصدق فلا يمكن تصديقه بوجه. ضرورة أنّ التصدق بمال الغير والاجتزاء به في مقام التفريغ يحتاج إلى الدليل، ولو لا الدليل في مجهول المالك غير المتمكن إيصال ماله إليه لم يكن أيّ وجه للصدقة، وإنّما التزمنا به من أجل الروايات الخاصة. وكيف ما كان الالتزام بالتصدق والاكتفاء به في مقام التفريغ إنّما كان من أجل تلك الروايات، فإذن وردت رواية معتبرة دلّت على وجوب الخمس في مورد خاص كما فيما نحن فيه، فتكون هذه الرواية مقيدة لإطلاقها، فالصناعة تقتضي الجمع بين الأخبار بحسب الإطلاق والتقييد كما قدمناه.

قوله ﷺ: وأما إن علم المقدار ولم يعلم المالك تصدق به عنه، والأحوط أن يكون بإذن المجتهد الجامع للشرائط، ولو انعكس بأن علم المالك وجهل المقدار تراضيا بالصلح ونحوه، وإن لم يرض المالك بالصلح ففي جواز الاكتفاء بالأقل أو وجوب إعطاء الأكثر وجهان، الأحوط الثاني، والأقوى الأول إذا كان المال في يده وإن علم المالك والمقدار وجب دفعه إليه^(١).

أما الصورة الثانية: بأن علم بالمقدار ولم يعلم المالك ففي المسألة أقوال: أحدها: ما استظهره الشيخ الأعظم^(٢) من اتفاق الأصحاب بوجوب التصدق.

ثانيها: وجوب التخمس ثم التصدق بالباقي إن كان المعلوم أكثر ونسب الحدائق^(٣) هذا القول إلى بعضهم.

ثالثها: الحكم بالتخمس مطلقاً سواء كان المعلوم أقل أو أكثر واختار هذا القول صاحب الحدائق^(٤).

وأشكل في القول الثاني أي التخمس والتصدق بالزائد^(٥): بعدم إمكان التزام به بوجه وعدم القائل به وإن حكى الحدائق عن البعض لأنه إن

١- العروة الوثقى ٢: ١٩٦.

٢- كتاب الخمس للشيخ الأعظم الأنصاري ﷺ: ٢٥٢.

٣- الحدائق الناضرة ١٢: ٣٦٤.

٤- الحدائق الناضرة ١٢: ٣٦٤.

٥- موسوعة الإمام الخوئي ٢٥: ١٣٤.

قلنا بشمول أدلة التخميس للمقام فهي واضحة الدلالة على حلية الباقي كما يظهر من رواية عمار وصرح به في رواية السكوني، فلا حاجة إذن إلى التصدق، وإن لم تشمل فلا موجب للتخميس أبداً، فهذا القول ساقط. فالأمر يدور بين القول الأول والثالث أي التصدق مطلقاً والتخميس مطلقاً.

أمّا القول الثالث: وهو الذي ذهب إليه الحدائق بدعوى أنّ روايات التخميس كمعتبرة عمار تشمل ما إذا كان المعلوم أقل أو أكثر من الخمس وروايات التصدق بمجهول المالك خاص بالمال المتميز، وأمّا المخلوط فلم يرد التصدق به ولا في رواية واحدة فتشمله أخبار التخميس.

ولكنه أشكل عليه أولاً^(١): من أنّ القول باختصاص أخبار التصدق بالمال المتميز وعدم شمولها للمختلط وإن كان صحيحاً إلا أنّ هناك رواية علي بن أبي حمزة تشمل بإطلاقها للمتميز وغيره.

وثانياً: مع النزول وتسلم ضعف الرواية الأخيرة، يكون القول بالاختصاص أو التعميم لا أثر له فيما نحن فيه، لأننا إذا بنينا على شمول أدلة التخميس لهذه الصورة (صورة العلم بالمقدار) فلا يفرق بين كون تلك النصوص مطلقة أم لا؟ أمّا على القول بعدم الإطلاق فواضح، وعلى الأول أي القول بالإطلاق تقيد هذه الأدلة برواية عمار والسكوني فيلتزم بالتصدق في مجهول المالك مطلقاً إلا في خصوص المقام أي ما إذا جهل بالمقدار فإنّه يحمّس ويصرف الخمس في مصرفه أو في الصدقة على اختلاف المتقدم.

وأما إذا بنينا على عدم الشمول فلا دليل على التخمس حتى مع فرض اختصاص نصوص التصدق في المال المتميز، ضرورة أن مجرد عدم شمولها للمخلوط لا يقتضي التخمس فيه بوجه، لأن تمام العبرة في وجوب التخمس بشمول أدلته للمقام وعدمه، لا بالإطلاق أو الاختصاص في أدلة الصدقة.

والأقوى عدم شمول أدلة التخمس للمقام لقصورها في حد أنفسها، إذ لا يكاد يحتمل وجوب التخمس على من يعلم بوجود دينارين محرّمين في ضمن عشرة آلاف من دنائره المحلّلة، كما لا يكاد يحتمل الاكتفاء بالتخمس لمن يعلم بوجود دينار أو دينارين محلّلين قد اختلطا في ضمن عشرة آلاف من الدنانير المغتصبة بحيث يحل له الباقي بعد أداء خمس المجموع. أقول: ما أفاده من قصور أدلة التخمس للمقام على وفق القاعدة لأن مقتضى التناسب بين الحكم والموضوع في معتبرة عمار اختصاصها بصورة الجهل بالمقدار.

وأما الاحتياط بالاستئذان من الحاكم الشرعي: فلعلّ المتيقن من جواز التصرف في ملك الغير بعد أن كان مقتضى الأصل والدليل عدم جواز التصرف فيه بغير إذنه هو ما إذا استأذن من الحاكم الشرعي. نعم يمكن أن يقال بأن نصوص التصدق المشتملة على الأمر به تعطي الولاية لذي اليد أو أنها إذن من الإمام عليه السلام إلا أن يشكل بأنها ليست بصدد البيان من هذه الناحية، بل هي مسوقة لبيان كيفية التصرف فقط أو أنه يجب

التصدّق على الوجه المقرر الشرعي .

وأما الصورة الثالثة : وهي ما إذا كان المقدار مجهولاً والمالك معلوماً؛
 قد يقال بوجوب إعطاء الخمس وإن احتمل الزيادة أو النقص، وفي القبال
 قول بوجوب دفع الأكثر، وقول آخر بجواز الاقتصار على الأقل .
 أمّا القول الأوّل (وهو المنقول عن التذكرة)^(١) : قد يقرب بأنّ الاستفادة
 من قوله ﷺ : «...إن الله قد رضي من الأشياء (أو المال) بالخمس» أنّ الخمس
 تحديد شرعي للحرام الممتزج بالحلال فإن علم مالكة أعطاه وإلا تصرف في
 مصرف الخمس .

لكن الإشكال فيه واضح بعد ورود الأدلّة الدالّة على الخمس في مورد
 مجهول المالك كرواية عمار بن مروان « والحلال المختلط بالحرام إذا لم يعرف
 صاحبه » فالتعدي منه إلى الموارد المعلوم مالكة مع كون المال المختلط أقل من
 الخمس أو أكثر مما لا وجه له قطعاً، وسائر الأدلّة وإن كانت ساكتة عن
 التصريح إلا أنّها مفسرة برواية عمار .

بقي الكلام في وجوب دفع الأكثر أو الاكتفاء بالأقل مع عدم وقوع التصالح
 بينهما، ذهب إلى كلّ فريق .

أمّا القائل بوجوب إعطاء الأكثر فستنده اقتضاء تنجز العلم الإجمالي
 المردد بين الأقل والأكثر وجوب الاحتياط بدفع الأكثر .

ولا يقال مع كون المال تحت يده تكون اليد أمانة للملكية لأنّ يده على

ما يجب فيه الخمس / المال المختلط بالحرام ١٦٥
مقدار من المال تكون يداً غير مالكية قطعاً، ومثل هذه اليد لا تكون أمانة
الملكية.

ولكن القائل بجواز الاكتفاء بالأقل يقول: بأننا سلّمنا سقوط اليد
بالنسبة إلى كل واحد من الأفراد بالمعارضة لأنّه طرف للعلم الإجمالي
فلا يمكن التمسك بقاعدة اليد، إلا أنّ المسألة مبتنية على كبرى أصولية وهي
جواز الرجوع إلى الأصل في الواحد لا بعينه من أطراف العلم الإجمالي
وعدمه؟ وفيما نحن فيه بالنسبة إلى عنوان الكلي أي الزائد على المقدار المعلوم
مما كان دائراً بين الأقل والأكثر كما لو كان مجموع ما عنده عشرة دنانير ويعلم
أنّ بعضاً منها حرام وهو مردد بين الإثنين والخمسة، فقاعدة اليد بالنسبة إلى
كل شخص ساقطة لمكان العلم الإجمالي، وأمّا بالنسبة إلى الجامع الزائد على
الإثنين أعني: الثمانية الباقية يشك أنه هل فيها حرام أو لا؟ مقتضى قاعدة
اليد ملكيته لها وفتكون الثمانية له والإثنان لغيره.

هذا ما أفاده في مستند العروة،^(١) والمسألة كما قدمنا مبنائية ومع عدم
القول بهذا المبنى يحكم أيضاً بجواز الاكتفاء لأنّ المورد من موارد التردد بين
الأقل والأكثر الاستقلايين فينحل العلم الإجمالي ويجب دفع الأقل لعدم
العلم بكون الزائد ملكاً للغير ومقتضى اليد كونه ملكاً له.

نعم لو لم يكن تحت اليد فهل تقتضي القاعدة القرعة أو يحتمل التنصيف
والتوزيع؟ احتمل السيّد في المسألة الآتية الأخير بدعوى أن أدلّة القرعة لا

١ - موسوعة الإمام الخوئي ٢٥: ١٤٣.

يمكن العمل بها ما لم يوافق عليها المشهور للزوم تأسيس فقه جديد من الأخذ بإطلاقها، ففي كل مورد وردت فيه بالخصوص كالشاة الموطوءة المشتبهة في قطيعة من الغنم أو عمل بها المشهور يؤخذ بها وإلا فلا. وبما أنّ المقام فاقد لكلا الأمرين فلا مناص من التنصيف بمقتضى قاعدة العدل والانصاف التي جرت عليها السيرة العقلائية فإنّ فيه إيصالاً للمال إلى مالكة ولو في الحملة.

وربما يؤيد ذلك بما ورد في الدرهم التالف عند الودعي المردد بين كونه لصاحب الدرهم أو الدرهمين، وهكذا كما ورد فيما لو تداعيا شخصان مالاً وأقام كل منهما البينة على أنّه له من أنّهما يحلفان المال حلفاً أو نكلاً قسّم بينهما نصفين.

ويشكل: بأنّ الالتزام بالقاعدة تام فيما لو لم يكن المكلف ضامناً كما في الودعي هذا أولاً، وثانياً: إنّ القاعدة في نفسها غير تامة إذ لم يثبت بناء من العقلاء ولا سيرة منهم على ذلك حتى تكون ممضاة لدى الشارع. وثالثاً: إنّ الروايات واردة في موارد خاصة من التداعي أو الودعي فالتعدي عنها إلى غيرها مشكل جداً.

وأما ما أفاده من لزوم فقه جديد من الالتزام بأدلة القرعة فهو أيضاً مما لا أساس له، لا اختصاص أدلة القرعة بمورد لم يظهر حكمه الواقعي ولا الظاهري المعبر عنها في الأخبار بالمشكل، فمع وجود الدليل أو الأصل فلا سبيل للرجوع إليها، ولكن مع عدم دليل وسقوط الأصل كما في موارد العلم

الإجمالي لا بد من الرجوع إلى القرعة لصحة أدلتها إجمالاً.

م ٢٨ - قوله ﷺ: لا فرق في وجوب إخراج الخمس وحلية المال بعده بين أن يكون الاختلاط بالإشاعة أو بغيرها^(١).

لأن إطلاق النصوص الواردة يشمل جميع الصور، أمّا الشمول لفرض الإشاعة فواضح، وأمّا فرض الاختلاط بغير الإشاعة كما إذا اختلط بين الأعيان الخارجية مع بقاء كل عين على ملك مالكة وكانت الأعيان متميزة كالزبيب والحمص وتردد مال الغير بين الزبيب والحمص.

م ٢٩ - قوله ﷺ: لا فرق في كفاية إخراج الخمس في حلية البقية في صورة الجهل بالمقدار والمالك بين أن يعلم إجمالاً زيادة مقدار الحرام أو نقيصته عن الخمس، وبين صورة عدم العلم ولو إجمالاً، ففي صورة العلم الإجمالي بزيادته عن الخمس أيضاً يكفي إخراج الخمس فإنه مطهر للمال تعبداً وإن كان الأحوط مع إخراج الخمس المصالحة مع الحاكم الشرعي أيضاً بما يرتفع به يقين الشغل وإجراء حكم مجهول المالك عليه، وكذا في صورة العلم الإجمالي بكونه أنقص من الخمس، وأحوط من ذلك المصالحة معه بعد إخراج الخمس بما يحصل معه اليقين بعدم الزيادة^(٢).

ولكنه قد مر أن مقتضى الأدلة الواردة في وجوب الخمس في المال المختلط الاقتصار على ما لم يعلم بمقدار الحرام زيادة ونقيصة لعدم ثبوت

١ - العروة الوثقى ٢: ١٩٦.

٢ - العروة الوثقى ٢: ١٩٦.

الإطلاق في الأدلة المذكورة، هذا أولاً، وثانياً: «لو اكتفى بإخراج الخمس هنا لحل ما علم من ضرورة الدين خلافه إذا فرض زيادته عليه كما أنه لو كلف به مع فرض تقيصته عنه وجب عليه بذل ماله الخالص له».

وهذا نص الجواهر^(١) وكذا المحقق الهمداني «في إيجاب الخمس فيما لو كان الحرام المختلط أقل قليل كواحد من الألف، أو الاكتفاء بالخمس في عكسه ما لا يخفى...»^(٢).

م ٣٠ - قوله ﷺ: إذا علم قدر المال ولم يعلم صاحبه بعينه لكن علم في عدد محصور ففي وجوب التخلص من الجميع ولو بإرضائهم بأي وجه كان أو وجوب إجراء حكم مجهول المالك عليه أو استخراج المالك بالقرعة أو توزيع ذلك المقدار عليهم بالسوية وجوه أقواها الأخير، وكذا إذا لم يعلم قدر المال وعلم صاحبه في عدد محصور فإنه بعد الأخذ بالأقل كما هو الأقوى أو الأكثر كما هو الأحوط يجري فيه الوجوه المذكورة^(٣).

احتمل ﷺ وجوهاً أربعة:

أما الأول: وهو وجوب إرضاء الجميع بأن نقول: إن مقتضى العلم الإجمالي بوجود المالك في ضمن عدد محصور يوجب تنجز التكليف برد المال إلى مالكه فيجب الاحتياط بالتخلص من الجميع.

١- جواهر الكلام ١٦: ٧٤.

٢- مصباح الفقيه ١٤: ١٧٢.

٣- العروة الوثقى ٢: ١٩٧.

والثاني : أن يعامل معه معاملة مجهول المالك لأنّ العنوان المأخوذ في لسان الأدلّة عدم المعرفة إنّما هو عدم المعرفة تفصيلاً في المقام يجري حكم المال المجهول مالكة .

والثالث : القرعة ولأنّها لكل أمر مشكل أو مشتبه والمقام كذلك .

والرابع : قاعدة العدل والإنصاف أي التوازيح بينهم بالسوية استناداً إليه واختار الماتن الأخير .

أمّا الأخير : فقد تقدم الإشكال فيه بوجوه من عدم ثبوت السيرة العقلائية والشرعية واختصاص الروايات الواردة بموردها ، ومع التنزل والقول بالتعدي فنتعدي إلى موارد لا ضمان فيها .

وأمّا القول بوجوب التصديق ومعاملة المال المجهول مالكة ، ففيه : أنّ أدلّتها تختص بالمجهول المطلق الذي لا يمكن إيصال المال إلى المالك بوجه والمفروض في المقام هو التمكن من الإيصال إليه ولو بالاحتياط .

وأمّا القرعة : فإن قلنا بشمول أدلّتها بالنسبة إلى ما نحن فيه فلا إشكال إلّا أنّها تختص بالأمر المشكل أي الذي لم يتضح فيه التكليف الواقعي والظاهري ، والمقام لا يكون من هذا القبيل لإمكان الخروج عن المشكل باسترضاء الجميع بالاحتياط ، والقول بأنّ أدلّة نفي الضرر نافية لوجوب الاحتياط بإرضاء الجميع غير تام لأنّ القاعدة تتكفل نفي الضرر الناشيء من قبل الحكم بنفسه أي كل حكم كان في تشريعه ضرر على المكلف فهو منفي بها حكومة .

وأما إذا لم يكن الحكم بنفسه ضررياً وإنما الضرر نشأ من إحراز الامتثال فلا تشملها القاعدة، ومع التنزل والقول بشمولها للمقام فالمرجع القرعة.

م ٣١ - قوله ﷺ: إذا كان حق الغير في ذمته لا في عين ماله فلا محل للخمس وحينئذٍ فإن علم جنسه ومقداره ولم يعلم صاحبه أصلاً أو علم في عدد غير محصور تصدق به عنه بإذن الحاكم، أو يدفعه إليه، وإن كان في عدد محصور ففيه الوجوه المذكورة، والأقوى هنا أيضاً الأخير، وإن علم جنسه ولم يعلم مقداره بأن تردّد بين الأقل والأكثر أخذ بالأقل المتيقن ودفعه إلى مالكه إن كان معلوماً بعينه، وإن كان معلوماً في عدد محصور فحكمه كما ذكر، وإن كان معلوماً في غير المحصور أو لم يكن علم إجماليّاً أيضاً تصدّق به عن المالك بإذن الحاكم أو يدفعه إليه، وإن لم يعلم جنسه وكان قيمياً فحكمه كصورة العلم بالجنس إذ يرجع إلى القيمة ويتردد فيها بين الأقل والأكثر، وإن كان مثلياً ففي وجوب الاحتياط وعدمه وجهان^(١).

لأن موضوع الحكم إنما هو المال المختلط والاختلاط يتصوّر في الأعيان الخارجية دون ما هو في الذمة، لأنها تشتغل بالحرام نفسه ولا موقع فيها لاختلاط الحلال بالحرام حتى يتعلق بها الخمس، ولكن الكلام فيما إذا أتلّف المخلوط فهل يجري عليه حكم الثابت في الذمة ابتداءً أو يجري عليه حكم

المختلط قبل التلف؟ ذهب الشيخ^(١) إلى عدم الفرق في وجوب التخمس بين العين الخارجية وبين ما انتقل إلى الذمة بعد الاختلاط، وناقشه المحقق الهمداني^(٢) وأنكر الخمس في المقام واختار الأوّل (أي جريان حكم الثبوت في الذمة ابتداءً).

والظاهر أنّ كلا القولين مبني على تنقيح المختار في المقام في كون الخمس ملك فعلي لأرباب الخمس وإنّ المال مشترك بين المالك وأرباب الخمس بنسبة معيّنة؟ أو أنّ مناط التشريع في المال المختلط يفرق مع سائر الموارد وأنّه في المقام لتفريغ الذمة وتطهير المال وإلا فالحرام ملك للمالك الواقعي ولا شركة لأرباب الخمس في المختلط به بل يملكه عند إرادة التصرف بعد التطهير.

فعلى الثاني لا وجه للتخمس لعدم استقراره في الذمة قبل التصدي للأداء خارجاً إلاّ نفس الحرام الواقعي قلّ أم كثر ولا تكون الذمة مشغولة إلاّ به والمفروض عدم الأداء فلا يجب عليه إلاّ الخروج عن واقع ما اشتغلت به الذمة، وهذا بخلاف الأوّل من القول باتحاد السنخ في الجميع وأنّ الشارع جعل الخمس لأرباب الخمس في المال المخلوط بالولاية الشرعية، إذ عليه يكون حال هذا المال حال ما لو أتلّف الكنز والمعدن ونحوهما مما تعلق به الخمس في الانتقال إلى الذمة واشتغالها به وكونه ضامناً له كما كان يجب في العين الخارجية، هذا ما أفاده بعض الأعلام^(٣) تحريراً وتنقيحاً لمحل النزاع

١- كتاب الخمس للشيخ الأعظم الأنصاري^{رحمته}: ٢٦٨.

٢- مصباح الفقيه ١٤: ١٨٠.

٣- موسوعة الإمام الخوئي ٢٥: ١٥٥.

فاستنتج صحة ما ذهب إليه الماتن من الاختصاص بالعين وعدم الجريان في الدين في خصوص ما إذا كان ثابتاً في الذمة ابتداء لا ما لو كان مختلطاً فأتلف فإنه يجب حينئذٍ الخمس فيه أيضاً، فالفروع المترتبة خاصة بما إذا كان حق الغير ثابتاً في الذمة، فتارة (الصورة الاولى) يعلم جنسه ومقداره ولم يعلم صاحبه، أو علم به في عدد غير محصور فقد حكم الماتن بالتصدق. ووجهه الروايات الواردة كصحيحتي يونس^(١) ومعاوية بن وهب^(٢) الآمرة بالتصدق مضافاً إلى عدم جريان الوجوه المذكورة فيما إذا علم لصاحبه من التوزيع أو القرعة أو الإرضاء.

وتارة (الصورة الثانية) يعلم جنسه ولم يعلم مقداره بأن تردد بين الأقل والأكثر من غير فرق بين القيمي والمثلي فهنا يقتصر على المقدار المتيقن لبراءة الذمة عن ضمان الزائد.

وتارة (الصورة الثالثة) ما إذا لم يعلم جنسه أيضاً، ففي هذه الصورة فقد يكون قيمياً وقد يكون مثلياً، والمردد بينهما ملحق به والقيمي كما لو علم أنه غصب حيواناً مردداً بين الشاة والبقرة ففيه قد حكم الماتن بالحقاق هذا الفرض إلى صورة العلم بالجنس إذ يرجع إلى القيمة ويتردد فيها بين الأقل والأكثر.

واشكك عليه^(٣): بأن هذا يتم لو قلنا بانتقال الضمان في القيميات من

١- وسائل الشيعة ٢٥: ٤٥٠ / أبواب اللقطة ب ٧ ح ٤.

٢- وسائل الشيعة ٢٦: ٢٩٧ / أبواب ميراث الخنثى ب ٦ ح ٢.

٣- المرتقى / كتاب الخمس: ١٣٩.

العين التالفة إلى القيمة بمقتضى صحيحة أبي ولاد^(١) وغيرها، فالذمة غير مشغولة بعد التلف إلا بنفس القيمة وحينئذٍ إن لم تتساوى القيمتان فليقتصر على المقدار المتيقن دفعاً لانتقال الذمة بالقيمة الزائدة بالبرائة أو بأصالة العدم، ولكنه لو قلنا بأنّ الثابت في العهدة نفس العين والقيمة حين الخروج عن العهدة من باب الأداء والمعاوضة لا وجه لما أفاده لأنّ الأمر يدور حينئذٍ بين المتباينين، ومجرّد الاشتراك في القيمة لا يجعل ذلك من الدوران بين الأقل والأكثر، والظاهر أنّ السيّد الماتن رحمته الله بنى على هذا المبني في الحاشية على المكاسب.

مضافاً إلى أنّ ما أفاده في المتن يتم في باب الضمانات دون ما إذا كان الاشتغال بسبب عقد المعاوضة فإنّ الذمة تشتغل حينئذٍ بنفس العين حتّى في القيميات فضلاً عن المثليات، ونبه على ذلك بعض المحدثين المحشين على المتن بقوله: «ورجوع القيمي إلى القيمة عند ثبوته في الذمة إنّما هو في باب الضمانات فقط وإلا فقد تشتغل الذمة بنفس الأجناس القيمية بسبب العقود»^(٢).

فتحصل أنّه مع عدم العلم بالجنس وكان الجنس يرجع إلى القيمة في باب الضمانات فقط أي إذا اشتغلت الذمة بالقيمة، وأمّا فيما إذا اشتغلت الذمة بنفس العين كما في العقود فالحكم فيه حكم المثليين.

١ - وسائل الشيعة ٢٥ : ٣٩٠ / كتاب الغصب ب ٧ ح ١ .

٢ - القائل هو السيّد العلامة البروجردي رحمته الله .

وأما المثلي يكون الضمان فيه بنفس المثل حتى بعد التلف لا بالقيمة والمردد بين المثلي والقيمي ملحق بالمثلي لعدم إمكان الانحلال لأنه من الدوران بين المتباينين ومقتضى القاعدة هو الاحتياط بتحصيل رضا المالك وإلا فالفرعة كما قدمناه.

م ٣٢- قوله ﷺ: الأمر في إخراج الخمس إلى المالك كما في سائر أقسام الخمس فيجوز له الإخراج والتعيين من غير توقف على إذن الحاكم كما يجوز دفعه من مال آخر وإن كان الحق في العين^(١).

وهذا الحكم مبني على القول بعدم الفرق بين هذا المورد وسائر موارد تعلق الخمس، فإن لم نقل فيها بالاحتياج إلى الاستئذان من الحاكم للإفراز والتصرف أو الأداء من مال آخر لم نقل به هنا أيضاً لعدم الفرق لأنّ الدليل الخارجي الذي يدل على الجواز شامل لكل حيث إنّ الاستفادة من قوله تعالى: ﴿... فَأَنَّ لِلَّهِ حُمُسَهُ...﴾ تعلق الخمس بنفس العين إلا أنه يجوز الدفع بدليل آخر وسنبحث عن هذا الحكم في المسألة ٧٥ إن شاء الله.

م ٣٣- قوله ﷺ: لو تبين المالك بعد إخراج الخمس فالأقوى ضمانه كما هو كذلك في التصدق عن المالك في مجهول المالك فعليه غرامته له حتى في النصف الذي دفعه إلى الحاكم بعنوان أنه للإمام^(٢). استدلل للحكم بالضمان في الفرض المذكور بقاعدة الإتلاف لأنه أتلفه

١- العروة الوثقى ٢: ١٩٨.

٢- العروة الوثقى ٢: ١٩٨.

بإخراج الخمس، ومجرد إذن الشارع لا يوجب سقوط الضمان كما أنّ في إيجاب الأكل لحفظ النفس من مال الغير لم نقل بعدم الضمان لأنّ غاية الإذن سقوط الحرمة التكليفية ولا أكثر سيما بعد القول بأنّ الموضوع في قاعدة الإلتلاف أعم من المحرم كالإلتلاف في النوم أو في الصغر أو باعتقاد أنّه مال شخصه، هذا مضافاً إلى الاستناد بقاعدة اليد وأنّ الإذن في التخمس في مقام بيان سبب إياحة التصرف في الباقي وهو لا يفيد رفع الضمان وغايته رفع الإثم.

وأشكل^(١): بعدم إمكان الالتزام بالضمان لا في الخمس ولا في الصدقة لأنّ الأدلّة الواردة في التخمس في المختلط ظاهرة في عدم الضمان بعد الأداء للتصريح في رواية السكوني^(٢) وغيرها بحلّيّة بقية المال بعد التخمس وأنّ الباقي له، والشارع بمقتضى ولايته قد حكم بدفع الخمس وحلّية الباقي للمالك، فالإلتلاف قد حصل بأمر من الشارع فلا وجه لبقاء الضمان وإن كان المال لم يصل إلى مالكة الواقعي.

وهكذا في التصدق بمجهول المالك لعدم ورود الحكم بالضمان في روايات الصدقة لأنّ التصدق وإن كان إلتافاً إلاّ أنّه لا يستوجب الضمان بعد أن استند إلى إذن الولي الشرعي بالتصدق من قبل المالك نعم، ورد الأمر في باب اللقطة بالضمان وهذا ليس من باب الضمان المتعارف بل إنّ هذا الضمان

١ - موسوعة الإمام الخوئي ٢٥: ١٦٠ - ١٦١.

٢ - وسائل الشيعة ٩: ٥٠٦ / أبواب ما يجب فيه الخمس ب ١٠ ح ٤.

يتحقق بمطالبة المالك بتعبد من الشارع، فلا ضمان قبل المطالبة. ويمكن تحكيم القول بعد الضمان بتقرير آخر: وهو أن مقتضى القاعدة الأولى إنما هو عدم وجوب رد المال الخليط إلى مالكة لأن المال المختلط الذي هو موضوع الخمس إنما هو المال الخليط الذي حصل اليأس بوصوله إلى مالكة عادة نظراً إلى أن عدم المعرفة بالمالك مأخوذ في الموضوع وقد تقدم أن العلة الوضعية أي الملكية منقطعة بحصول اليأس عن وصول المال إلى مالكة، إذ لا مجال لاعتبار العلة المذكورة بقاءً فإنه لغو محض إلا أن الشارع بمقتضى أدلة التخمين قد فرض الخروج عن عهدة المال المذكور بإعطاء الخمس، فيكون ذلك من قبيل الحكم الثانوي الذي يقتضي إطلاق دليله الأجزاء عن الحكم الأولي.

فتحصل: أن مقتضى أمر الشارع بالتخمين إنما هو وجوب الخروج عن عهدة المال المذكور بإعطاء الكسر الخاص من المال، فكان المقدار المذكور قد جعل وعين مكان المقدار غير المعلوم الموجود في ضمن المال. وعلى هذا لا وجه للقول بالضمان، ولا سيما مع التعبير بقوله عنه: «فإن الله قد رضي من الأشياء بالخمس وسائر المال لك حلال».

ولا يبعد دعوى التفريق بين اللقطة وغيرها لأن تشريع الضمان لأجل عدم تصدي المكلف لأخذ المال عن المكان الذي وقع فيه المال وهو مظنة للوصول إلى مالكة غالباً، ولا قطع بعدم الفرق كي يتعدى بها عن موردها.

وحيث إنّ المسألة ذات قولين ذهب إلى القول بالضمان الشهيدان^(١) وإلى عدمه المدارك^(٢) والذخيرة^(٣) والرياض^(٤) لا بأس بتعقبها لتنقيح الحق في المقام وقد تقدم أنّ القائل بالضمان استند إلى قاعدة الإلتلاف واليد مع أنّه أشكل في شمول القاعدتين للمقام بالتقريرين المتقدمين، ولنا في المسألة تقرير آخر:

إنّ الظاهر من روايات الباب كون الباقي بعد أداء الخمس ملكاً له واقعاً لأنّ المالك يصير أجنياً بعد أن نزل الشارع نفسه منزلة المالك، وصرح بأنّ التخميس بمنزلة وصول المال إلى مالكة، ولم يبق لجريان القاعدتين مورد أصلاً لأنّ قاعدة الإلتلاف لا تشمل ما إذا تلفه بإذن المالك كما لو أمره بالإلقاء في البحر، ففيما نحن فيه لا شمول لها لما إذا كان الإلتلاف بإذن وليه وهو الشارع سيّما مع القول بأنّ التخميس متعين ولم نقل بأنّ حكم التخميس شرطياً، هذا مضافاً إلى أنّ قوله عليه السلام: «وسائر المال لك حلال» وقوله عليه السلام: «إنّ الله طهر الأموال بالخمس» وقوله عليه السلام: «إنّ الله قد رضي من ذلك المال بالخمس» ظاهر في ملكية الباقي بعد الأداء له، ولا يكون الغرض من هذه التعابير حلية التصرف فقط، والذي نستظهره من الأدلّة مصالحة الشارع بالخمس وتمليك الباقي له، فإن قلنا ببقاء الضمان بعد تبين المالك يكشف عدم

١- الروضة البهية ١: ١٧٨، البيان: ٢١٨.

٢- مدارك الأحكام ٥: ٣٨٩.

٣- ذخيرة المعاد: ٤٨٤.

٤- رياض المسائل ٥: ٢٤٩.

التصالح الظاهر من الأدلة، ولا يبعد أن يقال إن دليل الخمس حاكم على دليل وجوب رد المال ببيان أنه لو لا دليل الخمس يلزم عليه الخروج عن عهدة المالك، ودليل الخمس يتكفل علاج المشكلة بالخمس بدل اضطراري عن أداء عين المال، وهذا من صغريات أجزاء الأمر الاضطراري عن الواقعي الأولي، مع أن عمدة الوجوه في الأجزاء هو الحكومة بتوسعة دائرة الامتثال. فتحصل أن الأظهر عدم الضمان في المقام وفي باب التصدق والله العالم.

م ٣٤ - قوله ﷺ: لو علم بعد إخراج الخمس أن الحرام أزيد من الخمس أو أقل لا يسترد الزائد على مقدار الحرام في الصورة الثانية، وهل يجب عليه التصدق بما زاد على الخمس في الصورة الأولى أو لا، وجهان أحوطهما الأول وأقواها الثاني^(١).

لا إشكال في عدم جواز استرداد الزائد فيما إذا كان الحرام أقل من الخمس، لأن التخمس كان بأمر الشارع مع اعتبار قصد القرينة فيه بناءً على اتحاد السنخية في أقسام الخمس وقد ورد عنهم ﷺ: «إن ما كان لله لا يرجع»^(٢) مضافاً إلى أن الأدلة مطلقة تشمل صورة انكشاف الزيادة، على أن الزيادة لم تذهب عبثاً ومجاناً بل دفع الخمس عوضاً عن حلية الباقي له بعد أن كان ممنوعاً حذراً عن الوقوع في الحرام، ولا يقاس بجواز استرجاع الخمس فيمن دفعه بتخييل وجوبه لدى انكشاف الخلاف عند بقاء العين لأن الأمر في المقام واقعي وفي المقيس عليه تخيلي ووهمي.

١ - العروة الوثقى ٢: ١٩٨.

٢ - مستدرک الوسائل ١: ١١٣ / أبواب مقدمات العبادات ب ١٢ ح ١٤.

وأما الصورة الاولى : وهي التي ظهرت أكثرية الحرام على مقدار الخمس فقد قوى الماتن عدم وجوب دفع الزائد واحتياط بوجوب الدفع صدقة .

والوجه للقوة للقول بعدم وجوب دفع الزائد هو ما تقدم من أنّ الأدلة مطلقة تشمل صورتي الأقلية والأكثرية ، فكما حكمنا في الصورة الاولى بعدم جواز الاسترداد وقلنا بأنّ الأمر بالتنخيس حكم واقعي لتحليل الباقي فكذلك في الفرض الآخر وهو أكثرية الحرام عن الخمس . وأنّه بدفع الخمس يحل له الباقي ولا شيء عليه ، إلاّ أنّه اشكل فيه ^(١) : بأنّ الموضوع في الأدلة «من لا يدري الحلال عن الحرام» فالحكم بالإجزاء بالخمس خاص بصورة الجهل بالمقدار ومراعى بعدم انكشاف الخلاف وأما من تبين له الحال وعلم بالمقدار ووجود الحرام بعد التنخيس أيضاً فالنص منصرف عن مثله جزماً لارتفاع الموضوع حينئذٍ وانقلابه بموضوع آخر .

ولكن المناقشة في الإشكال : أنّ دعوى الانصراف بالنسبة إلى هذه الصورة وصورة انكشاف كون المدفوع أكثر من الخمس مشتركة كما أنّ دعوى الاطلاق كذلك ، ولا فرق بين الموردين فإن قلنا هنا بوجوب دفع الزائد لانقلاب الموضوع يلزم علينا القول بجواز الاسترداد في تلك الصورة لانقلاب الموضوع فيها أيضاً فالحق قوة ما أفاده الماتن إلاّ أنّ الاحتياط في وجوب دفع الزائد .