

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۱۲۹

يجوز أكل ما ينثر في الأعراس مع الإذن و لو بشاهد الحال إن كان عامّاً فللعوم وإن كان خاصّاً فللمخصوصين، وكذا يجوز تملكه مع الإذن فيه أو بعد الإعراض عنه فيملك و ليس لملكه الرجوع فيه و إن كان عينه موجوداً، ولكنّ الأحوط لهما مراعاة الاحتياط^(١).

وفي «الشرائع»: «و أكل ما ينثر في الأعراس جائز ولا يجوز أخذه إلا بإذن أربابه نطقاً أو بشاهد الحال، و هل يملك بالأخذ؟ الأظهر نعم»^(٢).

وفي «الجواهر»^(٣): «أنه لا إشكال و لا خلاف في جواز النثر و أكله عملاً بشاهد الحال الذي عليه السيرة في الأعصار و الأمصار من دون فرق بين جعله عامّاً و خاصّاً بفريق معيّن و إن اختص الجواز مع التخصيص بالخواصّ و عدم جواز أكله لغيرهم، وهكذا يجوز أخذه و تملكه (كما في «الشرائع»).

فالكلام في مواضع (على ترتيب الحدائق)^(٤).

الأوّل: لاريب في جواز نثر المال في الأعراس من المأكول كالجوز و اللوز و السكر و الزبيب و التمر، و من النقود كالدراهم و

(١) العروة الوثقى ٢: ٦٣٢.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢١٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٥١.

(٤) الحدائق الناضرة ٢٣: ١١٣.

الدنانير؛ لأصالة الجواز ولما في ذلك من حصول السرور المطلوب في هذه المواضع، إلا أنّ الكلام في اتصاف الموضوع بعد ثبوت الجواز بالمعنى الأعم بشيء من الأحكام الخمسة؟

أمّا الوجوب: فلا ريب في انتفائه؛ لعدم الدليل عليه.

وأمّا الحرمة: فكذلك بعد أن الأصل هو الجواز.

وأمّا الاستحباب: فلأنه حكم شرعي موقوف على تمامية

الدليل عليه فغير ثابت، إلا بالقول بمصداقية إدخال السرور على المؤمنين، ولعله لذلك أثبتته بعض العامة^(١).

والحكم بالكراهة - كما عن بعضهم الآخر معللاً بأنه يؤخذ

باختلاس وانتهاج، وهو يؤدّي الى الوحشة والعداوة، ولأنه قد يأخذه غير من يحبّ صاحبه - محلّ إشكال جدّاً بعد انتفاء هذه العوارض في موارد كثيرة، وأيضاً لم يرد دليل خاص يدلّ على الإباحة، فالموضوع باق على الإباحة الأصلية.

الثاني: في الأكل، وقد صرح المحقّق بجوازه، وتبعه غيره،

والعمدة هو الاستناد باستمرار سيرة الناس في سائر الأعصار و الأمصار على الأكل من الذي ينثر عليهم، والنثر عليهم بمنزلة وضع الطعام بين يدي الضيفان، و سترجع الى هذا الأمر بعد ذكر الروايات الواردة الدالّة على كراهة أكل كلّ ما ينتهب.

(١) الحاوي الكبير ٩: ٥٦٥؛ حلية العلماء ٦: ٥١٩.

الثالث: في الأخذ، وقد حكم المحقق بعدم جواز الأخذ إلا بإذن أربابه نطقاً أو بشاهد الحال، فلا يجوز أخذه واستصحابه إلا بذلك، فالمرجع هو شاهد الحال المحاصل من نحو رميه على جهة العموم من غير وضعه على خوان، ولذلك حكموا بعدم الجواز لو اشتبه الأمران، بمعنى: أنه إذا لم يعلم بشاهد الحال الإذن وعدمه، - كما صرح به المحقق في «الشرائع»: «ولا يجوز أخذه إلا بإذن أربابه....» - فالمتفاهم منه أن جعل الجواز مشروط بالإذن ولو بشاهد الحال، وفي فرض الاشتباه هو غير حاصل، واستحسن قوله في «المسالك» وقال: «لأصالة المنع من التصرف في مال الغير، خرج منه ما إذا استفيد الإذن فيبقى الباقي»^(١)، فما عن العلامة في «التذكرة» من جواز الأخذ ما لم يعلم الكراهة^(٢)، لا يخفى ما فيه؛ بداهة أن الجواز انطبق في كلماتهم بالعلم بالإذن إما بالنطق وإما بشاهد الحال دون عدم العلم بالكراهة.

والاستناد بالعامية المروية عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: أنه ﷺ حضر في إملاك^(٣) فأتي بأطباق عليها جوز ولوز فنثرت فقبضنا أيدينا، فقال: «مالكم لا تأخذون؟» قالوا: لأنك نهيت عن النهب. قال: «إنما نهيتكم عن نهيب العساكر، خذوا

(١) مسالك الأفهام ٧: ٣٢.

(٢) تذكرة الفقهاء (ط.ق) ٢: ٥٨١.

(٣) الإملاك: التزويج وعقد النكاح (النهاية لابن الأثير ٤: ٣٥٩ [مادة ملك]).

على اسم الله تعالى فجاذبناه و جاذبنا»^(١) مضافاً الى ضعف المستند و إن كانت ظاهرة في جواز انتهاب النثار بمجرد نثره، ولكن شاهد الحال في المقام ثابت، وهو أنّ صاحب الإملاك يقدمون النثارات بقدم النبي ﷺ و أصحابه وثوقاً أو سنة فعلوا ما فعلوا من التقديم بالنتار، و مع التنزل قيّدت الجواز بالعلم بالإذن في كلمات الفقهاء كما مرّ.

الرابع: في تملكه بعد الأخذ، فعن المحقق رحمه الله «و هل يملك بالأخذ الأظهر: نعم» بمعنى: أنّ أخذ المباح يملك وهو بمنزلة الحيازة للمباح الأصلي من المالك الحقيقي، و عن «المبسوط»^(٢) و «المهذب»^(٣) و «الإرشاد»^(٤) و «التذكرة»^(٥) مستنداً الى السيرة القطعية في الأعصار و الأمصار على معاملته معاملة المملوك بالبيع و الهبة و الإرث و غيرها، بل هي كذلك في كلّ مال أعرض عنه صاحبه فضلاً عما أباحه مع ذلك سيما بإباحة الملك التي هي محققة فيما نحن فيه، و خالفهم «المسالك» و قال ببقائه على ملك مالكة؛ للأصل حتى يحصل السبب المقتضي

(١) انظر عمدة القاري ١٣ : ٢٥؛ معرفة السنن والآثاره: ٤٢٠ / ذيل الحديث

٤٣٦٣؛ المجموع ١٦ : ٣٩٥.

(٢) المبسوط ٤ : ٣٢٣.

(٣) المهذب ٢ : ٢٢٤.

(٤) الإرشاد ٢ : ٤.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢ (ط.ق): ٥٨١.

لنقل ، و ما وقع إنما يعلم منه إفادة الإباحة ، و قال : «والفرق بينه و بين مباح الأصل واضح ؛ لأن ذلك لا ملك لأحد عليه ، فإثبات اليد عليه مع نية التملك كاف في تملكه ، بخلاف المملوك اذا أبيع بالإذن ، فإن ذلك لا يخرج عن أصل الملك ، و إثبات يد المأذون له فيه ليس من الأسباب الناقلة للملك شرعاً ، فيتمسك بالاستصحاب الى أن يعلم المزيل»^(١).

و أشكل في «الجواهر»^(٢) : بأن الأصل مقطوع بما عرفت و لعل منه الأنفال التي أباحوها عليهم السلام لشيعتهم ، فإنه لا ريب في تملكهم لها بالحيازة بهذه الإباحة ، و من تسلط المالك على ملكه إباحة تملكه .

ثم إن الشهيد رحمه الله - بعد ذكر التفريع على القولين - جوّز الرجوع به مادامت عينه باقية في يد الآخذ ، فلو أ تلفه و لو بالأكل ملك المالك عنه ، قال : «و لو نقله الآخذ عن ملكه يبيع و نحوه فالأقوى زوال ملك المالك عنه» .

و أشكل عليه في «الجواهر» : «و فيه : أنه مع فرض بقائه على ملك المالك لا يزيله البيع ، بل مقتضاه انتقال الثمن اليه ؛ لأنّ الفرض عدم حصول سبب يقتضي ملكه له ، و الثمن يقوم مقام المبيع للمالك ، بل مقتضى ذلك أنه بالموت يرجع الى وريثة المالك

(١) مسالك الأفهام ٧ : ٣٢ .

(٢) جواهر الكلام ٢٩ : ٥٢ .

أيضاً الى غير ذلك من الأحكام المعلوم خلافها فيما نحن فيه و في نظائره من المال الذي غرق في البحر و غيره^(١).

و فرّع أيضاً (في «المسالك»): «و الكلام في أكل الحاضر منه الذي حكم بجوازه في أنه هل يباح الأكل من غير أن يحكم بالملك أم يملك؟ القولان، و على المختار لا يزول ملك المالك إلا بالازدراء و، مثله الطعام المقدم للضيف و يزيد الضيف عن هذا أنه لا يجوز له التصرف بغير الأكل مطلقاً إلا مع علمه بإذن المالك نعم، يرجع في نحو إطعام السائل و الهرة و إطعام بعضهم بعضاً الى قرائن الأحوال و هي مما يختلف باختلاف الأشخاص و الأحوال و الأوقات و جنس الطعام»^(٢).

و أشكل في «الجواهر»: «بأن المباح أكله لا يجري فيه هذا الكلام؛ ضرورة كون الفرض اختصاص الإباحة بالأكل الذي لا يتوقف على الملك، و لا يزيد هذا عن الضيف و إطعام السائل و الهرة و غيرها مما ذكره مما جرت السيرة به و قامت القرائن القطعية على تناول الإذن له»^(٣).

و المتحصّل: أن مسألة التملك للآخذ ذات قولين، و ما يظهر من «الجواهر» موافقته لما ذهب اليه المحقق و الشيخ

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٥٣.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٣٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٥٣.

رحمهما الله من حصول التملك بالأخذ، و مع التنزل و عدم حصوله قال: «فلاريب في أولويته بما يأخذه، فليس لغيره أخذه منه قهراً»^(١).

و في «الحدائق»^(٢) استجود القول الآخر (أي عدم حصول التملك) بل و حرمة الأخذ، و استشهد لإثبات مدّعاه بعدة روايات قائلاً: «و أنت خير بأنّ الأصحاب لم ينقلوا هنا شيئاً من الروايات المتعلقة بهذه المسألة مع أنّ الروايات موجودة في كتب الأخبار المتداولة بينهم».

منها: ما رواه في «الكافي» و «التهذيب» عن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الإملاك يكون و العرس فينثرون على القوم، فقال: «حرام و لكن ما أعطوك منه فخذ»^(٣)، (و في نسخة التهذيب) «ولكن كل ما أعطوك منه».

منها: ما رواه في «التهذيب» عن وهب، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام، قال: «قال علي عليه السلام: لا بأس بنثر

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٥٣.

(٢) الحدائق الناظرة ٢٣: ١١٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ١٦٩ / أبواب ما يكتسب به ب ٣٦ ح ٤؛ الكافي ٥: ٢٢٧ /

٧؛ التهذيب ٦: ٣٧٠ / ١٠٧١.

المجوز و السكر»^(١).

منها: ما رواه في «الكافي» و «الفقيه» عن علي بن جعفر عليه السلام في الصحيح عن أخيه أبي الحسن عليه السلام: سألته عن النثار من السكر واللوز و أشباهه أيحلى أكله؟ قال: «يكره أكل ما انتهب»^(٢).
و في التهذيبين^(٣) (على ما نقله «الحدائق»): أن جواز النثر لا ينافي عدم جواز أخذ المنثور و نهبه فلا ينافي الخبر الأول.
و في «الحدائق»: «و الكراهية هنا في رواية علي بن جعفر) بعني التحريم كما هو شائع ذائع في الأخبار، و لما كانت العادة في النثار في الأعراس هو رميه و نثره في المجلس، و أن من عادتهم أنهم كانوا ينتهبونه كما يشير إليه قوله في صحيحة علي بن جعفر (يكره أكل ما انتهب) بعد السؤال عن النثار».

ثم قوّى القول بتحريم الأخذ؛ لاستفاضة الأخبار بتحريم النهبة و الأخذ على هذه الكيفية؛ حيث إن الأصحاب لم يقفوا على هذه الأخبار و اعتمدوا على ما روي من العامة و استنكروا جعل المواضع منها لخروجه عن مقتضى القواعد الشرعية و قيّدوها

(١) وسائل الشيعة ١٧: ١٧٠ / أبواب ما يكتسب به ب ٣٦ ح ٥؛ التهذيب ٦: ٣٧٠ / ١٠٧٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ١٦٨ / أبواب ما يكتسب به ب ٣٦ ح ٢؛ الكافي ٥: ١٢٣ / ٥؛ الفقيه ٣: ٩٧ / ٣٧٣.

(٣) التهذيب ٦: ٣٧٠ - ٣٧١؛ الاستبصار ٣: ٦٧.

بقيود خارجة قالوا بجواز الأكل منها عملاً بشاهد الحال و جواز الأخذ بل و التملك أيضاً هذا^(١).

ولكن الإشكال في ما أفاده: أن مقتضى الجمع بين الأخبار (الأول والثاني) هو الكراهة؛ للتصريح في الثاني (بعدم البأس بنثر الجوز و السكر) و ما نقل عن «التهديب» بأن جواز النثر لا ينافي عدم جواز أخذ المنثور و نهبه (ولعله في مقام الجمع) يتم لو لم يكن في المقام قرينة على أن نفي البأس عن حلية الأكل و هي رواية علي بن جعفر عليه السلام، مضافاً الى أن السؤال عن صرف النثر في الأعراس مع أن المال مال لمالكه مما لا وجه له، إلا بناءً على أن يكون ذلك سنة في الجاهلية و أراد الإمام عليه السلام نفي مبغوضيته في الشريعة ببيانه، و هذا لا يدل على أكثر من الحرمة التكليفية، و هذا هو الذي نفاه في رواية و هب.

ولعله لذلك أعرض عن الحكم بالحرمة و عدم جواز التملك و قال: و إن أخذ مع العلم بالإذن و الإباحة في أخذه فهو حلال. و استشهد برواية أم أيمن المروية في «البحار» (عن الأمالي للصدوق) قال: قال الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام: «قال أمير المؤمنين صلوات الله عليه: دخلت أم أيمن على النبي صلى الله عليه وآله و في ملحفتها شيء، فقال لها رسول الله صلى الله عليه و آله و

(١) الحدائق الناضرة ٢٣: ١١٧.

سَلَّمَ: ما معك يا أمُّ أيمن؟ فقالت: إنَّ فلانة أملكوها فنثروا عليها فأخذت من نثارهم، ثم بكت أمُّ أيمن وقالت: يارسول الله ﷺ فاطمة زوّجتها ولا تنثر عليها شيئاً، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: يا أمُّ أيمن لِمَ تكذبين، فإنَّ الله عزَّوجلَّ لما زوّج فاطمة عليّاً (عليها السلام) أمر أشجار الجنة أن تنثر عليهم من حلّيتها و حللها و ياقوتها و درّها و زمردّها و استبرقها، فأخذوا منها ما لا يعلمون...»^(١).

ثم قال: «و ربما ظهر من هذا الخبر أنّ النثار سنّة و تقريره ﷺ أمُّ أيمن على ما أخذته من النثار ظاهر في حلّه، و يمكن على هذا أن يقال في الجمع بين هذا الخبر و بين ما تقدّم من الأخبار أنّه إن أخذ النثار على جهة الانتهاب من غير أن يعلم بشاهد الحال و الإباحة و الإذن في أخذه فهو محرّم...، و إن أخذ مع العلم بالإذن و الإباحة في أخذه فهو حلال»^(٢).

و عمدة الكلام في هذا المجال فيما أفاده السيد رحمه الله فيما عنوانه في المسألة التاسعة من العروة في النثار في الأعراس بعد القول بجواز الأكل: «...و كذا يجوز تملكه مع الإذن فيه أو بعد الإعراض عنه فيملك و ليس لمالكه الرجوع فيه و إن كان موجوداً».

(١) البحار ١٠٠: ٢٧٩؛ الأمالي للصدوق: ٢٨٧.

(٢) المحدائق الناضرة ٢٣: ١١٨.

و أنّ صرف الإعراض هل يوجب جواز التملك بالنسبة الى ما أعرض عنه .

و قد تنظر في ذلك المحقق العراقي رحمه الله بالنسبة الى الأمور الخطيرة و قال : بأنّ «القدر المتيقن من السيرة مخرجة الإعراض في الأمور اليسيرة»^(١) .

وهكذا المحقق الخوئي رحمه الله قال : إنّ الإعراض لا يوجب زوال الملك ولا يقتضي أكثر من إباحة التصرف نعم ، لو كان التصرف متوقفاً على الملكية ثبتت له بالتصرف ، و على هذا فللمالك حق الرجوع في العين مادامت موجودة و ليس للآخذ حق الامتناع^(٢) .

ولكن المشهور - كما نسب اليه في «المستمسك» - أنّ مجرد إعراض المالك عن المملوك يجعله كالمباح بالأصل ، فيجوز لكلّ تملكه^(٣) .

و في «العروة» (كتاب الاجارة) قال : «وإن أعرض عنها و قصد صاحب الأرض تملكها كانت له»^(٤) . و أيد «السرائر»^(٥)

(١) العروة الوثقى المحشى ٥ : ١٢٦ .

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٩ : ٣٢ .

(٣) مستمسك العروة الوثقى ١٢ : ١٩٧ .

(٤) العروة الوثقى ٢ : ٤٥٠ .

(٥) السرائر ٢ : ١٩٥ .

قول المشهور بما رواه الشعيري (السكوني) قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر ، فأخرج بعضه بالغوص و أخرج البحر بعض ما غرق فيها ، فقال عليه السلام : «أمّا ما أخرج البحر فهو لأهله ، الله أخرجهم ، و أمّا ما أخرج بالغوص فهو لهم و هم أحقّ به»^(١).

و عنه رواية أخرى عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : «و اذا غرقت السفينة و ما فيها ، فأصابه الناس فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله و هم أحقّ به ، و ما غاص عليه الناس و تركه صاحبه فهو لهم»^(٢).

و كأنه استند الى هاتين الرواتين للقول بأن ما تركه أصحابه آيسين منه فهو لمن وجده أو غاص عليه ؛ لأنّه صار بمنزلة المباح .
«و مثله : من ترك بغيره من جهد في غير كلاً و لا ماء فهو لمن أخذه ؛ لأنّه خلاه آيساً منه و رفع يده عنه فصار مباحاً» ، ثمّ قال : «وليس هذا قياساً ؛ لأنّ مذهبنا ترك القياس ، و إنّما هذا على جهة المثال ، و المرجع فيه إلى الإجماع و تواتر النصوص دون القياس و الاجتهاد ، و على الخبرين إجماع أصحابنا منعقد»^(٣) .
و في «الجواهر» : «لعلّ ذلك هو العمدة في تملك المعرض

(١) وسائل الشيعة ٢٥ : ٤٥٥ / كتاب اللقطة ب ١١ ح ٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٥ : ٤٥٥ / كتاب اللقطة ب ١١ ح ١ .

(٣) السرائر ٢ : ١٩٥ .

عنه ، مضافاً إلى السيرة في حطب المسافر ونحوه ، وإلا فمن المعلوم توقّف زوال الملك على سبب شرعي ، كتوقّف حصوله ولادليل على ارتفاع الملك عن صاحبه بالإعراض على وجه يتملّكه من أخذه كالمباح ، ومن هنا احتمل جماعة إباحة التصرّف في المال المعرض عنه دون الملك ، بل عن ثاني الشهيدين^(١) و المقداد^(٢) : المجزم بذلك ، و عن بعض : أنّه لا يزول الملك بالإعراض إلا في الشيء اليسير كاللّقمة ، و في التالف كمتاع البحر ، و في الذي يملك بغاية قد حصلت كحطب المسافر ، و عن آخر : اعتبار كون المعرض عنه في مهلكة و يحتاج الاستيلاء عليه الى اجتهاد كغوص و تفتيش ونحوهما في حصول التملّك به ، و ربما استظهر من عبارة ابن ادريس المتقدّمة اعتبار اليأس زيادة على الإعراض فيه أيضاً الى غير ذلك من كلماتهم التي مرجعها الى تهجس في ضبط عنوان لذلك ، مع أنّ السيرة عليه في الجملة ، و ليس في النصوص - غير ما عرفت - تعرّض له^(٣) .

و من المعلوم - كما عن السيد الخوئي رحمه الله^(٤) - أنّ في الرواية لم يفرض الإعراض عن ماله و غاية ما تدلّ أنّها ناظرة الى

(١) مسالك الأفهام ١٤ : ٧٧ .

(٢) التنقيح الرائع ٤ : ٢٧٢ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٠١ .

(٤) موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٤٦٠ - ٤٦١ .

المال التالف عرفاً لا الى المال المعرض عنه؛ حيث إنّ المال المغروق من أجل عدم تيسر الوصول اليه عادة يعدّ تالفاً في نظر العرف، اذن فما تضمّنته الرواية من كونه للمخرج حكم تعبدي في مورد خاص، نظير ما ورد في اللقطة من جواز استملاك الشاة المنتقطة في البرّ من قوله عليه السلام في صحيحة هشام بن سالم: «هي لك أو لأخيك أو للذئب؟ حيث قال عليه السلام: جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال: يا رسول الله إنّي وجدت شاة فقال:.....»^(١) فالحكم هناك لما هو في معرض التلف و في المقام حكم للتالف، وكلاهما حكم تعبدي في مورد خاص و لامساس له بباب الإعراض.

فالنتيجة: أنه لم يرد في مسألة الإعراض نصّ خاص يمكن التعويل عليه و لم يمكن منها استفادة قاعدة كلية بأنّ كلّ ما يؤدّي بقاءه الى التلف لو لم يؤخذ يجوز أخذه و تملكه بعد أن نصوص الشاة لم يعمل بظاها عند المشهور و بنوا على جواز أخذها مع الضمان على اختلاف منهم في معنى الضمان و أنّه فعليّ، فيكون في الذمة كسائر الديون أو على تقدير المطالبة كاختلافهم في وجوب التعريف و عدمه، و إن استظهر عدم الضمان و عدم وجوب التعريف، و التفصيل في كتاب اللقطة.

و كيف كان، فلا يظهر من الأدلّة أنّ الإعراض من المالك

(١) وسائل الشيعة ٢٥: ٤٥٧ / كتاب اللقطة ب ١٣ ح ١.

موجب لخروج المال عن ملكه و صيرورته من قبيل المباحات الأصلية . و عمدة المستند للقول المذكور هو السيرة العقلائية الممضاة بعدم الردع .

إلا أنه يشكل المجزم بكون الإعراض مزيلاً للملك بحيث تكون الملكية تحت اختيار الشخص و له إزالتها عن نفسه بمجرد رفع اليد و إلقائه المال في البرّ من دون أيّ سبب شرعي مزيل و يكون بعدئذ بمثابة المباحات الأصلية يسوغ لكلّ أحد تملكه .

و لذلك لو ندم عن إعراضه و عاد اليه و طالبه ممّن أخذه قبل أن يتصرّف فيه لا ينبغي الشك في استقرار السيرة على أنّ الآخذ لم يكن له معارضة المالك في ذلك ، بدعوى : أنه مباح أصلي سبقته في الاستيلاء عليه بعد أن زال حقه بالإعراض عنه ، بل يروونه وقتئذ ملزماً بالتخلية عنه و تسليمه الى المالك بالضرورة ، و هذا كاشف قطعي عن عدم زوال الملك بمجرد رفع اليد و إلا لما كان صاحبه أحقّ به . غاية ما هناك أنّ الآخذ كان يستباح له التصرف لو لامراجعة المالك و مطالبته ، فأقصى ما يترتب على الإعراض هو مدلوله الالتزامي أعني : إباحة التصرف لاملكية المتصرّف ، ولكن هذه الإباحة لم تكن على حدّ الإباحة في باب العارية و نحوها بحيث تتصف بالجواز المطلق و يكون للمالك الرجوع عن إباحته متى شاء ، بل هي شبيهة بالإباحة في باب المعاطاة التي التزم بها جماعة أو أنّها عينها في

الاتصاف - بعد تعلقها بعامة بقائه التصرفات - باللزوم و عدم حق في الرجوع بعد أن أحدث الآخذ حدثاً في العين و تصرف فيه نحو تصرف ، فلو كان ثوباً ففصله أو خشبة فنحتها و جعلها سريراً مثلاً ، بل حتى لو كان التصرف بمثل النقل الى مكان آخر بعيد ، كما لو أخذ أحد ما أعرض عنه المسافر في الطريق و جاء به الى بلده ، فإنه ليس للمالك المراجعة و المطالبة حينئذ بالسيرة العقلائية ، فهذه سنخ إباحة يعبر عنها بالإباحة اللازمة بالتصرف بالمعنى الواسع لمفهوم التصرف .

نعم ربما تستتبع هذه الإباحة للملكية فيما لو كان التصرف المفروض إباحتة متوقفاً عليها كالبيع ؛ حيث إنه لا يبيع إلا في ملك فيلتزم بانتقاله الى ملك الآخذ آنأ ما قبل تحقق البيع بعد أن كان المدلول الالتزامى للإعراض هو الترخيص في عامة التصرفات حتى المتوقفة على الملك .

و بعبارة أخرى : البيع المرخص فيه لم يكن فضولياً موقوفاً على إجازة المعرض ، و نتيجته ما عرفت من الالتزام بانتقال الملك اليه .

و خلاصة الكلام : أن ملاحظة السيرة تقتضي بعدم الخروج عن الملك بمجرد الإعراض ، و من ثم ساع له الرجوع و ليس للآخذ الامتناع ما لم يتصرف ، فلا يترتب على الإعراض بما هو إعراض عدا الإباحة لازوال الملك ، غاية الأمر أن الإباحة

تتصرف باللزوم بعد التصرف، بل تستتبع الملك في التصرف المتوقّف على الملك، فلا يكون استملاك الآخذ بمنأط استيلائه على المباح الأصلي ليُدعى زوال الملك بالإعراض، بل بمنأط دلالته على إباحة عامّة التصرفات حتى المتوقّفة على الملك حسبها عرفت^(١).

ما يستفاد عن كلامه: أنّه بنى مسألة الإعراض وإباحة التصرف في المال المعرض عنه وتملكه على السيرة العقلائية وبنائهم، وقال أوّلاً بجواز رجوع المالك في مال المعرض عنه وأنّه مالك للمال بالملكية السابقة ولا بالملكية الحادثة الجديدة.

و ثانياً: يجوز له الرجوع أيضاً حتى بعد أن أخذه الآخذ و لكن قبل أن يتصرّف فيه بالملكية السابقة أيضاً.

و يمكن توجيه ما أفاده في المطلب الأوّل، بأنّ الإعراض لا يوجب الخروج عن ملكية المالك، أو أنّ الإعراض يوجب الخروج عن ملكية المالك و لكنّه على نحو الشرط المتأخّر بأن لا يرجع الى ماله قبل أن يأخذه غيره.

و ثالثاً: أنّ الإعراض موجب للخروج عن الملكية و لكنّه مراعى بعدم رجوع المالك، فإنّ رجوعه فهو باق على ملكه، و مع عدم الرجوع يصير ملكاً للآخذ كما يمكن توجيه ما أفاده في

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٤٦٣.

المطلب الثاني على الأنحاء الثلاثة المذكورة، مضافاً إلى أن الإعراض وإن لم يكن موجباً للخروج عن الملكية ولكنه يجوز تملكه للآخذ على نحو الشرط المتأخر أو القول بأن الآخذ ملك ولكن ملكيته متزلزلة يلزم بالتصرف، وإن ندم المالك الأول قبل تصرفه يجوز له أخذه من الآخذ.

فيسنتج من جميع الاحتمالات أن جواز رجوع المالك في المال المعرض عنه لا يكون دليلاً على عدم خروجه عن ملك المالك الأول أو عدم دخوله في ملك الآخذ، بل المتراعى من بناءهم أنهم يرون الآخذ مالكاً للمال المعرض عنه إما على نحو الشرط المتأخر أو على نحو الملكية الجائزة، هذا ما أفاده بعض المعاصرين إشكالاً على السيد الخوئي رحمه الله.

ولكن الإيراد: أنه بناءً على القول بجواز الرجوع بقول مطلق وأنه مالكة بالملكية السابقة ولا الملكية الحادثة الجديدة، لا إشكال في عدم زوال ملكه، فلا يمكن الجمع بين هذا الفرض و القول بملكية الآخذ.

ويستفاد من كلام السيد الخوئي رحمه الله: أن إباحة جميع التصرفات مدلول التزامي للإعراض، وأشكل عليه: بأن الإعراض لا معنى له إلا سلب الملكية عن نفسه، ويشهد لذلك أنه لو علم أن الشارع لم يسلب عنه الملكية بالإعراض فهل يرضى بإباحة جميع التصرفات؟

الظاهر أنه لم يكن كذلك في جميع الصور والأحوال،
بمعنى: أنه إذا علم عدم سلب الملكية عنه بهذا الإعراض (من
الشارع) لم يكن مبيحاً لتصرفات الغير، كما إذا كان مالكاً لنصاب
الزكاة فأعرض عن بعض ماله حتى لا يتعلّق به الزكاة، ثم أراد
الرجوع الى المال المعرض عنه وتملكه، فإنه لا يكون راضياً
بتصرّف الغير فيه، فالنتيجة: أنّ الإباحة الحاصلة بالإعراض
لا تتحقّق مع فرض بقاء مالكيته.

فكأنه أراد الحكم بزوال الملكية بالإعراض مستدلاً بأنّه لو
علم من الشارع عدم زوال الملك عن نفسه بالإعراض لا يكون
راضياً ومبيحاً لتصرفات الغير، واستشهد لدعواه بما يقال في
المقبوض بالعقد الفاسد وأنه إن كان رضى المالك البائع للتصرف
في المال مبيحاً على صحة العقد يكون يد المشتري على المال يد
ضمان دون ما إذا كان رضاه غير مبيح على العقد الصحيح، فإنه
عليه لا يكون يد المشتري يد ضمان؛ لأنّ رضى المالك مطلق.

ولكن يرد عليه: بأنّ مبنى الحكم بالإباحة هو بناء العقلاء
وأنهم لا يرون المنافاة بين بقاء الملكية وإباحة التصرف للغير، و
من المعلوم أنّ حكم الشارع في المقام إمضائي وليس من عنده
حكم خاص حتى يقال بتوقّف صحة تصرّف الغير على إحراز
حكم الشارع هذا.

وأما التشبيه بالمقبوض بالعقد الفاسد، ففيه: أنّ هنا يكون

مبنى جواز التصرف هو العقد الذي لم يتحقق صحيحاً، فلا يجوز التصرف مبنياً على سبب غير متحقق، و في المقام أن مبنى جواز التصرف هو الإعراض و هو متحقق بلا إشكال .

فالمتحصّل: أنه لا مانع من القول بأن إباحة جميع التصرفات مدلول التزامي للإعراض مع الالتزام بأن الإعراض مزيلاً للملك، و على هذا يبقى للمالك حق الرجوع في العين ما دامت موجودة و ليس للآخذ حق الامتناع إلا أنه يمكن أن يقال: بأن الإعراض بمنزلة التملك الكلي لمطلق الآخذ، فيكون الإعراض على هذا إيجاب و الآخذ من الآخذ قبول، فيملك الآخذ المال الذي أخذه و هنا يرون العقلاء للمالك حق الرجوع و كأنه بمنزلة الهبة غير المعوضة الذي يصير الموهوب له مالاً للمال الموهوب مع بقاء حق الرجوع للواهب قبل أن يتصرف الموهوب له فيه، فلكية الموهوب له ملكية جائزة متزلزلة، فعلى هذا يمكن القول بأن بقاء حق الرجوع في المال المعرض عنه للمالك لا يستلزم عدم حصول الملكية للآخذ، و أن جواز الرجوع لازم أعم، لعدم حصول الملكية؛ لأنه حاصل أيضاً مع الملكية الجائزة. ولكن الفارق، أن في باب الهبة يكون المبنى حكم الشرع بانتقال الملك من الواهب الى الموهوب له و خروج المال الموهوب من ملكه إلى ملك من وُهب له، مع أن في المقام ليس بأيدينا إلا بناء العقلاء و إنهم لم يحكموا بأكثر من جواز التصرف

للاّخذ ولا الخروج عن ملك المالك الأوّل، و لذلك حكموا
بجواز رجوعه الى الآخذ و ليس له الامتناع .

و بالجملة : يكون الهبة من الأسباب الناقلة عند الشرع و
العرف دون الإعراض؛ لأنّه لم يكن له مبني إلا بناء العقلاء، و
المتيقّن منه ليس إلا الإباحة للاّخذ و لا أكثر .

و في قبال هذا القول ادّعى المحقّق الإيرواني بأنّ بناء العقلاء
قائم على أنّ الإعراض سبب لخروج المال عن ملك المالك و
حيث إنّ الشرع لم يتصرّف في مفهوم المال بل رتبّ عليه الاحكام
فقط، فبما أنّ العقلاء لا يرون للمالك المعرض بقاء ملكيته فلم
يترتب عليه أحكامها .

نعم اذا شكّ في بقاء الملكية للمال يحكم بمقتضى استصحاب
بقاء الملكية على ملكيته حتى بعد الإعراض، إلاّ بضمّ الدليل على
سلب الملكية في مقابل الاستصحاب، و من المحتمل الاستناد الى
وجوه ثلاثه : منها : السيرة المتشرعة، و أنّها قائمة على عدم
اعتداد الوصي أو القيم لصغار الميت لما بقي من (پوست گردو و
پوست بادام) و (دور ريخته شده) و لا يتصدّى لجميع هذه الأشياء
حفظاً لصرفها في الثلث أو الحفظ للصغار، و هذه السيرة كاشفة
عن أنّ الإعراض موجب لسلب الملكية عن المالك .

منها : إطلاق «الناس مسلّطون على أموالهم» يقتضي القول
بأنّ للمالك أن يخرج ماله الذي تحت سلطانه عن ملكه، و إلاّ

يستلزم تحديد سلطنته و تقييد إطلاق «الناس مسلطون...» مع أنه لا دليل على التقييد، فهذا الإطلاق يحكم بثبوت حق الإخراج بالإعراض.

منها: التمسك بالنصوص العديدة، كرواية السكوني في السفينة المغروقه الظاهرة في مالكيه الغواص و استناد السرائر اليها للملكية الآخذ للمال المعرض عنه صاحبه.

ثم أجاب عن هذه الوجوه أولاً: بأن من المحتمل أن عدم اعتداد الوصي بالنسبة الى الأموال المذكورة ليس من باب أن الإعراض موجب لسلب الملكية، بل من باب أن الوصية منصرفه عن هذه الأشياء و أن القيمومة لا تشملها، و بعبارة أخرى: أن أدلة ملكية المالك غير محدودة، بل أدلة الإيضاء و القيمومة محدودة و أن هذه الأشياء خارجة عن مورد الوصية و القيمومة.

و ثانياً: يمكن القول بتخصيص أدلة حرمة التصرف في مال الغير بالنسبة الى هذه الأشياء السيرة بالسيرة المتشعبة؛ لأن حرمة التصرف لا يكون لازم عقلي للملك حتى لا يعقل تخصيصه.

و أضاف اليه بعض المعاصرين أن من المقطوع عقلاً و شرعاً أن الانتفاع بملك الغير من دون تصرف فيه لا يحتاج الى إجازة المالك كالانتفاع بظل الجدار أو الاستضاءة بنور المصباح و

الالتذاذ من النظر الى البستان ، فعلى هذا لا يحكم السيرة العقلانية باختيار المالك في جميع ما يتعلّق بماله ، فكما أنّ الانتفاع بملك الغير جائز من دون رضاه وإجازته فكذلك يمكن جواز بعض التصرفات الأخرى .

و ثالثاً : يمكن القول بخروج هذه الموارد عن أدلة حرمة التصرف تخصصاً وأنها خارجة عنها بالانصراف ، ولذا لو قيل بانصراف أدلة حرمة الغصب و العدوان و الظلم عن مثل هذه التصرفات لم يبعد قوّته .

و أجاب عن الوجه الثاني : أنّ المستفاد من رواية «الناس مسلّطون على أموالهم» هو السلطنة على نفس المال بالحمل الشائع أي بعد فرض تمامية المالية ، و أمّا أنّه مسلّط على سلب عنوان المالية عن المال الخارجي فلا يستفاد منها ، كما أنّه اذا قيل : إنّ للسلطان و الحاكم السلطنة على رعيته فمقتضاه وجوب إطاعتهم منه ولكن لا يستفاد منها أنّ للحاكم إخراج الرعية عن عنوان رعيته ، و بعبارة واضحة : أنّ السلطنة ثابتة على المعنون مع حفظ العنوان لا على نفس العنوان حتى يمكنه سلبه .

ثم أجاب عن الوجه الثالث و سنبحت عنه عاجلاً .
و أشكل عليه أولاً : بأنّ ما أفاده في الوجه الأوّل من ثبوت بناء العقلاء على أنّ الإعراض سبب لخروج المال عن ملك المالك و قال : إنّ الشارع لم يتصرّف في مفهوم المال و لا يكون هنا

حقيقة شرعية، كلام تام متين، إلا أن الاستنتاج من هذا المطلب بأن الشارع رتب عليه الأحكام فقط غير تام؛ لأننا وإن سلمنا عدم تصرف الشارع في مفهوم المال ولكن لانسلم عدم تصرفه في مصاديق الأموال، بمعنى: أنه ليس كل ما يعدّه العقلاء والعرف مالا عدّه الشارع مالا أيضاً، ولا ترديد في ذلك، فعلى هذا لو لم يكن المال المعرض عنه عند العقلاء ملكاً لمالكه لاستفاد منه عدم ترتب الأحكام الشرعية المترتبة على المال المعرض عنه، بل يجب ضمّ مقدمة الى هذا البيان، وهو: أنه بما أن العقلاء يرى خروج المال المعرض عنه عن ملك مالكه، فإن كان للشارع هنا اعتبار خاص يجب عليه بيانه، فمع وصول البيان في المقام الينا يتضح أن الشارع يحكم بالمالية الشرعية بما يراه العقلاء مالا، فالنتيجة مالا يراه العقلاء مالا لا يترتب عليه الأحكام الملكية الشرعية ولا يصير بإمضاء الشارع مالا.

أقول: الذي يخطر بالبال أنه قد اختلط بين المال والملك في كلامه؛ لأن من ادعى أن بناء العقلاء على عدم كون الإعراض مزيلاً للملك لم يقل بخروج الشيء عن المالية، ويشهد لذلك أن المعرض ربما يعرض عن ماله مع العلم بكونه مالا ذا قيمة ومع ذلك أعرض عنه (حتى بالإعراض الاختياري) وكيف بالإعراض القهري، هذا مضافاً الى أن العرف والعقلاء لا يحكم بخروج الشيء عن المالية بعد الإعراض حتى يقال بأن الشارع

الذي شأنه ترتب الحكم على الموضوع المحقق عند العرف، و حيث لا يرى العرف مالية لذلك الشيء فلذلك لم يترتب عليه حكم المال، فيجوز التصرف لغيره في الشيء؛ لسقوط الشيء عن المالية، بل الغاية أن المعرض سلب نسبتته الى المال، وهذا هو الذى صار مثار البحث عن أنه هل له هذه السلطنة أم لا؟

وقد ادعى المحقق الإيرواني^(١) أولاً ثبوت هذه السلطنة للمالك مستدلاً بإطلاق «الناس مسطون...» ثم أشكل فيه: بأن هذه الرواية لا تدل على أكثر من ثبوت السلطنة على المال بعنوانه وبالحمل الشائع، وبعبارة أخرى على نفس العنوان بعنوان المالية وليس له السلطنة على سلب هذا العنوان وإزالته عن المعنون، و في هذا البيان أيضاً خلط بين المالية والملكية، كما هو واضح؛ بداهة أن المتفاهم من الرواية بيان أن للناس السلطنة على ما يعدّ مالا لهم عند العرف والعقلاء وهم نقل ملكه بالبيع والشراء و الهبة والصلح، كما أن لهم العتق والوقف وتحديد هذه السلطنة هو الذي ينافي إطلاق الرواية، ولذا يجوز له إزالة ملكه عن المال الذي تحت يده بدون العوض كالهبة، و لا يقال بعدم جوازه؛ لأنه مستلزم للقول بعدم جواز نقله مع العوض، و مع ذلك كله لا بأس بالقول بجواز قطع العلقة الملكية و الربط عما يتعلّق به من

(١) جمان السالك في الإعراض عن الملك (ضمن حاشية المكاسب): ٢١٧.

الأموال مستنداً الى إطلاق الرواية .

نعم لو قلنا بأن قطع الربط و العلقه محتاج الى السبب كالبيع و الشراء و.... و لاسيما الهبة غير المعوضة يشكل ذلك ، و لعله لذلك يقال : بأنّ للمعرض الرجوع الى المال المعرض عنه و ليس للآخذ الامتناع . و كيف كان ، و لا يمكن بإزالة المالية الثابتة للشيء ، عند العرف استناداً الى الإطلاق المزبور .

و المتحصّل : أنّ الاستناد الى الإطلاق يدور مدار تسلّم بناء العقلاء على سببية الاعراض لزوال الملك ، فإن سلّمنا السيرة المذكورة يكون الاستناد الى هذا الإطلاق تام من باب إمضاء الشارع للبناء المزبور .

و أمّا الكلام في الروايات الخاصّة المستدلّة بها لمسألة

الاعراض :

الأولى : رواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : «و اذا غرقت السفينة و ما فيها فأصابه الناس فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله و هم أحقّ به ، و ما غاص عليه الناس و تركه صاحبه فهو لهم»^(١) .

و قد مرّ أنّ السيّد الخويبي رحمه الله قال بأنّها أجنبية عن بحث الاعراض ، إلا أنّ البيان الصريح في الرواية «..و ما غاص عليه الناس و تركه صاحبه» ينافي ما أفاده : «و لعل المالك لم يطّلع على الغرق أو لم يعلم بوجود ماله في السفينة أو كان متوقّفاً خروجه عن البحر و لو من باب الصدفة»^(٢) .

(١) وسائل الشيعة ٢٥ : ٤٥٥ / كتاب اللقطة ب ١١ ح ١ .

(٢) موسوعة الإمام الخويبي ٣٠ : ٤٦٠ .

نعم يمكن القول بعموم من وجه بين الموضوع المفروض في الرواية (و هو التألف العرفي) و موضوع الإعراض، بمعنى: أنه قد يكون تالفاً و لم يعرض عن ماله، كما اذا غصبه الغاصب، و قد يعرض عنه و لم يعد من التألف، و قد يجتمعان. فالرواية لا تدلّ على أكثر من هذه الصورة الأخيرة دون الصورتين الأخيرتين.

أمّا رواية حريز - الصحيحة -: «لابأس بلقطة العصي و الشظاظ و التود و الحبل و العقال و أشباهه قال: و قال أبو جعفر عليه السلام: ليس لهذا طالب»^(١).

فهي تدلّ على المقام من عموم التعليل فيها «ليس لهذا طالب» بمعنى: أن مالكة لا يطالبه، أو أنه لم يوجد ذي حقّ يطالبه، فمع أنه لم يكن يوجد ذي حقّ فلا بأس لتملك الملتقط، إلا أن هذا لا يدلّ على خروج المال المعرض عنه عن ملك المالك.

و كذا رواية عبدالله بن سنان - الصحيحة - عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «من أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلّت و قامت و سيّبها صاحبها مما لم يتبعه فأخذها غيره، فأقام عليها و أنفق نفقة حتى أحياها من الكلال و من الموت، فهي له و لا سبيل له عليها و إنما هي مثل الشيء المباح»^(٢).

و هذه الرواية لا تشمل جميع صور الإعراض، بل هي شاملة لما هي في معرض التلف، مضافاً إلى أن قوله عليه السلام: «إنما هي مثل الشيء المباح» يستفاد منه عدم خروج المال عن

(١) وسائل الشيعة ٢٥: ٤٥٦ / كتاب اللقطة ب ١٢ ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥: ٤٥٨ / كتاب اللقطة ب ١٣ ح ٢.

ملك المالك وإلا يجب التعبير عنه بأنه «إنما هي شيء مباح». و بالجملة: لم يتم عندنا دليل على خروج المال المعرض عنه عن ملكية مالكة وإن جاز لآخر أخذه وتملكه بشرط أن لا يرجع اليه المالك.

و عندئذ لإشكال في أن الصور المتصورة في الإعراض عن المال عديدة.

فتارة: ينوي الإعراض عن بعض معين من ماله أو أنشأه باللفظ بأن يتلفظ بالقطع بينه وبين ملكية شيء معين من أمواله كما في باب العتق أو الوقف أو الطلاق.

وتارة: أقدم عملاً على إخراج الشيء عن ملكه كأن يلقاه في الفلاة أو يخرج من بيته ويضعه خارج الدار.

وتارة: خرج شيء عن ملكه بالقهر و المالك مأبوس من الوصول اليه.

فعلى الأوّل: يشكل المجزم بتحقيق الإخراج و زوال الملكية بصرف النية، بل الإنشاء المحض؛ و دعوى شمول بناء العقلاء على زوال الملك بالإعراض لهذه الصورة بعيد، لصحة الرجوع اليه بعد الندم، وهذا هو الفارق بينه وبين العتق والوقف و الطلاق حيث إن أسبابها ممضاة من الشارع دون المقام؛ لعدم الدليل لإمضاء الشرع لمثل ذلك.

و على الثاني: فالصور فيه متعددة؛ لأنه تارة يكون الإعراض و الإلقاء بمنزلة الإيجاب الفعلي و يتحقق قبوله بالأخذ الفعلي و العملي.

وتارة: ينوي الإباحة المطلقة للغير، و بعد الأخذ يتحقق الانتقال.

و تارة: يقصد بالإعراض إزالة الملكية .
و تارة: يلقاه و يعرض من دون قصد وثبته خاصة .
و على الثالث: يمكن القول بأن الشيء بمنزلة التالف
العرفي كالأشياء المغروقة و أشباهها في الروايات الواردة في باب
اللقطة كالغنم اللقيط في الفلاة .
لا إشكال في ثبوت الإعراض في الصورة الثانية و في
الفرض الأول؛ لأنه على الأقل يكون بمنزلة المعاطاة، و هكذا في
الفرض الثاني، و لكنّه غير دخيل في مبحث الإعراض بمعناه
الأخص؛ لعدم زوال الملكية بمجردده، بل هو موقوف على أخذ
الآخذ و تملكه منه .
و إنما الكلام في الفرض الثالث و الرابع: فالذي يمكن
استظهاره من العرف تحقّق الإزالة فيهما، إلا أنّ الكلام في ثبوت
السيرة العقلائية له و المتيقّن من السيرة شمولها للموردين على حدّ
جواز تصرفات الغير دون زوال الملك عن المالك لجواز رجوعه
إليه و استرداده عن المتصرّف، و الله العالم .