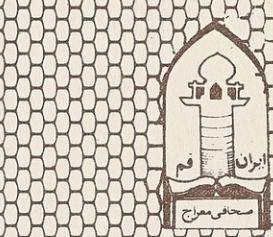


بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ  
الْحُكْمُ لِلّٰهِ رَبِّ الْعٰالَمِينَ  
شَهادَةُ اللّٰهِ تَعَالٰى أَكْبَرُ

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ  
الْحُكْمُ لِلّٰهِ رَبِّ الْعٰالَمِينَ  
شَهادَةُ اللّٰهِ تَعَالٰى أَكْبَرُ

كَانِتْ فِي

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ



Princeton University Library



32101 061870794

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date  
stamped below. Please return or renew  
by this date.*



Mutahharī  
...

آبی‌الله‌العظیمی  
الامام‌الجعفی‌بنینی  
دام‌ظلله‌الوازیف

مُسْتَنِدُ  
لِحَرْبِ الْوَسْیْلَةِ

(كتاب الغصب)

اجْدَلُ الْمُظْهَرَیَّ

(Arab)

KBL

M8715

v. 3

(RECAP)

كتاب : مستند تحرير الوسيلة  
تأليف : الشيخ احمد المطهرى  
طبع : مطبعة الخمام - قم  
التاريخ : ١٤٠٦ هـ  
المدد : ( ٢٠٠ )

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

PAIR>



32101 017422476

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

الْحَمْدُ لِلّٰهِ رَبِّ الْعٰالَمِينَ، وَالصَّلٰوةُ  
وَالسَّلَامُ عَلٰى أَشْرَفِ الْأَنْبٰياءِ  
وَالْمُرْسَلِينَ مُحَمَّدٌ الْمُصَطَّفٌ وَعِزْتُهُ  
الظَّاهِرِينَ



## تقديم

، مما اهتم الشارع القدس به غاية الاهتمام أمر الأموال في الشريعة المقدسة حيث جعلها مما يقوم به الناس في استقلالهم الاقتصادي الذي ربما يستتبع الاستقلال في كثير من الشؤون ، ولذلك ما جوز اعطاءها بيد السفهية الذي ليس له الرشد والتجربة الكاملة في حفظها وانمايتها ، فقال عز من قائل « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً » [ النساء : ٥ ] .

كما نهى الله تبارك وتعالى عن الاسراف والتبذير فيها وحكم بأن المبذرين أخوان الشياطين ، ومنع عن اللعب بالأموال وتحصيلها بالاسباب الباطلة بقوله « يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » [ النساء : ٢٩ ] ولا سيما عن الارشاد لأكل أموال الناس بغير الحق بقوله « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتبذلو ايها الى الحكم لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وانت تعلمون »

[ البقرة : ١٨٨ ] كما قال النبي الكريم صلى الله عليه وآله : الراشي والمرتشي  
كلاهما في النار .

وقد أنكر شديد الانكارأخذ الربا وجعلها في حد المحاربة مع الله سبحانه وتعالى ، كما انكر ومنع عن اكل اموال اليتامي وقال بأن الذين يأكلون اموال اليتامي ظلماً انما يأكلون في بطونهم ناراً، وانحصر طريق تحصيل المال بالاسباب الحقة العقلائية الصحيحة كالتجارة عن تراض لانها الوسيلة لتوزيع الثروة في المجتمع وصبرورة الاموال بحيث يصل اليها يد كل فرد من افراده ، ففي ذلك صلاح المجتمع ولامانع من تحصيل الاموال بها .

كما أن الاموال من جهة محبويتها عند الناس ووفر الرغبة فيها صارت مما يمتحن به الانسان ويستلى به في طريق عبوديته لربه ، فأعلن سبحانه ذلك كراراً .  
ومنها قوله تعالى « لتبولن في أموالكم وأنفسكم » [آل عمران : ١٨٦] .  
وجعل الجهاد بالأموال كالجهاد بالنفس وفي عدده ، فقال تعالى « انفروا اخفافاً ونقاً وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم » [التوبية : ٤١] .

والذي يمكن التعبير عن الاموال أنها كالدم في عروق المجتمع ، ولها أهمية خاصة في حياتها وحرمة مؤكدة في الشريعة المقدسة كما قال صلى الله عليه وآله : حرمة مال المسلم كمحرمة دمه وعرضه .

وجعل المقتول في سبيله في رتبة الشهداء الذين بذروا للجهاد في سبيله وقال بأن من قتل دون ماله وعرضه فهو شهيد .  
ومن أجل هذه الأهمية جعلت الاموال موضوعاً لاحكام عديدة في الشريعة المقدسة ، ومنها حرمة غصبها والاحكام المتفرعة على الغصب .

فإن الغصب مضافاً إلى أنه ظلم - لأن الظلم والعدوان مأمور في مفهومه

فيكون قيحاً عدلاً ومحراً شرعاً - وورد في السنة روايات عن الآئمة عليهم السلام تنبئ عن خطرها وعواقبها .

فمنها ما عن حسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي ص في حديث المنامي قال : من خان جازه شبراً من الأرض جعله الله طوقاً في عنقه من تخوم الأرض السابعة حتى يلقى الله يوم القيمة مطوقاً الآن بذوب ويرجع [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٠٩ ] .

ثم ان الشارع لم يقنع بالعقوبة الأخروية فيها بل يجعل المقصوب في ضمان الناصل وفي عهده مالم يردا المال الى المالك ، كما في الحديث المعروف النبوى « على اليدي ما أخذت حتى تؤديه » ، ويجعل من وظائف الحاكم في الحكومة الإسلاميةأخذ الأموال والحقوق المغصوبة وردها الى صاحبها ، كما في رواية سلمة بن كهيل قال: سمعت علياً عليه السلام يقول لشريح : أنظر الى أهل المعك والمطل ودفع حقوق الناس من أهل المقدرة واليسار ومن يدللي بأموال الناس ( المسلمين ) الى الحكام فخذ للناس بحقوقهم منهم ويع فيهم العقار والديار [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٠٨ ] .

مضافاً الى أنه لم يجعل الحرمة للاعمال المتنفرة على النصب كالعبادات والمعاملات المتنفرة عليه بل ولا السعي في الأرض وبناء العمارة فيها كما في رواية عبدالعزيز قال : سمعت ابا عبدالله عليه السلام من أخذ ارضاً بغير حقها وبني فيها . قال : يرفع بناؤه وتسلم التربة الى صاحبها ليس لمرق ظالم حسناً [ الوسائل ج ١٧ ص ٣١١ ] .

نعم حفظ حرمة الزراعة في أرض مخصوصة فقال : بأن له الزرع وعليه أجراً الأرض ولصاحبها ازالتها .

كما في رواية عقبة بن خالد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل  
أتنى أرض رجل فزرعها بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال  
زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلي ما أنفقت أله ذلك أملا ؟ فقال : للزارع زرعة  
ولصاحب الارض كراء أرضه [ الوسائل ج ١٧ ص ٣١٠ ] .

احمد المطهري

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## كِتَابُ الْغَصْبِ

وهو الاستيلاء على مال الغير من مال أو حق عدواناً<sup>(١)</sup>

١) فالغصب هو لغة أخذ الشيء ظلماً ، كما في القاموس وغيره . قال في الاول : غصبه يغصبه : أخذه ظلماً كاغتصاب ، وفلاناً على الشيء : قهره . وفي الصحاح الفصحى : أخذ الشيء ظلماً ، تقول : غصبه منه وغصبه عليه بمعنى ، الاختصاص به ، والشيء غصب ومحضوب .

نعم في الاسعاد بعض الشافعية زيادة « جهاراً » لخرج السرقة ونحوها .  
وعن ابن الأثير أنه أخذ مال الغير ظلماً وعدواناً .

واليه يرجع ما في القواعد والنافع والارشاد والدروس واللمعة والتنبيح  
من أنه « الاستقلال بثبات اليد على مال الغير عدواناً » .  
بل في المسالك نسبة الى الاكثر ، اذ ليس فيها الاتبديل الاخذ بالاستقلال  
نظراً الى صدق الفصب بذلك وان لم يكن أخذها ، كمالاً كان المال في يده

وقد تطابق العقل والنفل كتاباً وسنة واجماعاً على حرمته<sup>(١)</sup>.

فقصبه . مع أنه يمكن ارادة ما يشمل ذلك من الاخذ الموافق لقوله « ص » : على اليد ما أخذت حتى تؤديه [ المستدرك ] ، الباب ١ من كتاب الغصب ، الحديث ٤ وسنن البيهقي [ ٥٩/٦ ] .

وعلى كل حال فليس للغصب حقيقة شرعية قطعاً ، كما أنه ليس له أحكام مخصوصة زائدة على المضمون بقاعدة اليد و « من أتلف » كي يحتاج الى المتبعة في تنفيح معناه .

وعلى تقديره فالمتجه ملاحظة المعنى اللغوي لا الاصطلاحى بين الفقهاء الذي مبناه ملاحظة الضمان ، لاخصوص كونه غصباً والا فليس المأمور غلطاً او نسياناً مخصوصاً قطعاً .

١) وذلك أما من جهة العقل فلما تقدم في تعريف الغصب عرفاً ، فانه أخذ الشيء ظلماً ، فالغصب مصدق من الظلم والظلم قبيح عقلاً والعقل مستقل في ادراكه . وأما النفل فمن الكتاب يدل على حرمته قوله تعالى « وكان من ورائهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً » [ سورة الكهف : ٧٩ ] وقوله تعالى « ان الذين يأكلون أموال اليتامي ظلماً انما يأكلون في بطونهم ناراً » [ سورة النساء : ١٠ ] وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » [ سورة النساء : ٢٩ ] .

ومن السنة فيدل على حرمته رواية حسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي « ص » في حديث المناهي قال : من خان جاره شيئاً من الأرض جعله الله طوقاً في عنقه من تخوم الأرض السابعة حتى يلقى الله يوم القيمة مطوفاً الا أن يتوب [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٠٩ ، الحديث ٢ ] .

وهو من افحش الظلم الذى قد استقل العقل بقبحه ، وفي النبوى « من غصب شبراً من الارض طرقه الله من سبع ارضين يوم القيمة »<sup>(١)</sup> وفي نبوى آخر « من خان جاره شبراً من الارض جعله الله طوقاً فى عنقه من تخوم الارض السابعة حتى يلقى الله يوم القيمة الا ان يتوب ويرجع »<sup>(٢)</sup> وفي آخر « من اخذ ارضاً بغير حق كلف ان يحمل ترابها الى المحشر »<sup>(٣)</sup> ، ومن كلام امير المؤمنين عليه السلام « الجحجر الغصب فى الدار رهن على خرابها »<sup>(٤)</sup> .

وفي حديث عن صاحب الزمان عليه السلام قال : لا يحل ل احد أن يتصرف في مال غيره بغير أذنه [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٠٩ ، الحديث ٣ ] وهكذا سائر الروايات الدالة على ذلك بنحو التواتر .

وأما الاجماع فلاته من ضروريات الدين ، وفي السدروس وغيره : أن تحريم الغصب عقلي واجماعي وكتابي وسنني ، قال الله تعالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » ، « ويل للمطففين » ، « الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً » ، وقال النبي صلى الله عليه وآلـه وسلم « ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام ... لا يحل دم امرىء مسلم ولا ماله الا بطيب نفسه » الى آخره ، ونحوه غيره .  
 (١) ذكره ابن قدامة في المغني ٣٧٨/٥ والسرخسي في كتاب المبسوط

٤٩/١١

(٢) الوسائل ج ١٧ ص ٣٠٩ ، الحديث ٢

(٣) الوسائل ج ١٧ ص ٣١١ ، الحديث ٢

(٤) الوسائل ج ١٧ ص ٣٠٩ ، الحديث ٥

( مسألة : ١ ) المغصوب اما عين مع المنفعة من مالك واحد او مالكين واما عين بلا منفعة ، واما منفعة مجردة ، واما حق مالى متعلق بعين ، فالاول كغصب الدار من مالكها وكغصب العين المستأجرة من الموجر والمستأجر ، والثانى كما اذا غصب المستأجر العين المستأجرة من مالكها فى مدة الاجارة ، والثالث كما اذا اخذ الموجر العين المستأجرة وانتزعها من يد المستأجر واستولى على منفعتها مدة الاجارة والرابع كما اذا استولى على ارض محجرة او عين مرهونة بالنسبة الى المرتهن الذى له فيها حق الرهانة ، ومن ذلك غصب المساجد والمدارس والرباطات والقنطر والطرق والشوارع العامة ١ ) .

١) وذلك كله لأن الغصب كما تقدم ليس له حقيقة شرعية ، بل الغصب عند الشارع ما هو عند العرف من المفهوم ، والمفهوم عرفاً من الغصب هوأخذ الشيء ظلماً وعدواناً ، أعم من أن يكون عيناً مع المنفعة أو عيناً بلا منفعة أو منفعة مجردة أو حقاً مالياً متعلقاً بعين ، أعم من أن يكون المالك أو ذو الحق واحداً أو متعدداً . وذلك لما جاء في القواعد والتافع والارشاد والدروس واللمعة والتنقية في تعريف الغصب من أنه « الاستقلال بائنات اليدي على مال الغير عدواً » . قال صاحب الجواهر : وأبدل الاستقلال في التحرير والإيضاح بالاستيلاء على مال الغير بغير حق ، كما أنه في التبصرة والروضة وغيرهما من كتب متأخرى المتأخرین تبديل المال بالحق ، فقالوا « الاستيلاء على حق الغير عدواً » وفي الكفاية والمقاييس « الاستيلاء على حق الغير بغير حق » وستعرف الوجه في ذلك كله [ الجواهر ] ٨ / ٣٧ .

ولذلك أيضاً جاء في اللمعة الدمشقية : وبالاستقلال بائنات اليدي على حق

وكذا غصب المكان الذي سبق اليه احد من المساجد والمشاهد على احتمال موافق للاح提اط<sup>١)</sup>.

(مسألة : ٢) المغصوب منه قد يكون شخصاً كما في غصب الاعيان والمنافع المملوكة للأشخاص والحقوق لهم، وقد يكون النوع او الجهة كغصب الرباط المعد لتزول القواقل والمدرسة المعدة لسكنى الطلبة اذا غصب أصل المدرسة ومنع عن سكنى الطلبة ، وكغصب الخمس والزكاة قبل دفعهما الى المستحق ، وكغصب ما يتعلق بالمشاهد والمساجد ونحوهما<sup>٢)</sup>.

---

الغير كالتحجير وحق المسجد والمدرسة والرباط ونحوه مما لا يعده مالا فان الغصب متحقق ، وكذا غصب ما لا يتمول عرفاً كحبة الحنطة فانه يتحقق به أيضاً على ما اختاره المصنف ، ويجب رده على المالكه مع عدم المالية الا أن يراد هنا جنس المال أو يدعى اطلاق المال عليه ويفرق بينه وبين المتمول ، وهو بعيد . وعلى الحر الصغير والمجنون اذا تلف تحت يده بسبب كلدغ الحية ووقوع الحائط ، فانه يضمن عند المصنف وجماعة كما اختاره في الدروس ، فلو أبدل المال بالحق لشمل جميع ذلك [اللمعة الدمشقية ج ٧ ص ١٦ - ٠] .

١) لأن الغصب وان جاء في تعريف كثير من الفقهاء بالاستيلاء على مال الغير أو الحق المتعلق بمال الغير الا أنه جاء في تعريف الاخرين بالاستيلاء على حق الغير عدواً وظلماً ، فلا أقل من احتمال كونه غصباً عرفاً ولغة وان يكون محكوماً بأحكام الغصب شرعاً .

٢) وذلك كله لأن الغصب - على ما هو المرتكب عند العرف والشرع على

( مسألة : ٣ ) للغصب حكمان تكليفيان : وهمما الحرمة ووجوب

الرد الى المغصوب منه اووليه <sup>١</sup> .

ماتقدم في تعريفه - هو الاستيلاء عدواً على مال الغير أونقه ، ولا يشترط في صدق المفهوم أن يكون ذلك الغير شخصاً ، بل يصدق عرفاً وشرعًا على ما اذا كان نوعاً كالرباط المعد لنزول القوافل والمدرسة المعدة لسكنى الطلبة اذا غصب أصل المدرسة ومنع عن سكنى الطلبة .

وكذا الخمس والزكاة قبل دفعهما الى المستحق وأما بعد دفعه فيكون المستحق مالكاً شخصياً لهما .

وكذلك غصب ما يتعلق بالمشاهد والمساجد ونحوهما ، فان المشهد والمسجد لا يكونان قابلاً للمالكية ، فهما جهتان المصرف ، فإذا استعمل الشيء المتعلق بهما في غير جهتما واستولى عليه في ذلك عدواً يكون غصباً عرفاً ويترتب عليه أحكام الغصب شرعاً .

١) أما الحرمة التكليفية فقد تقدم ما يدل عليه في أول الكتاب ، وأما وجوب الرد فهو أيضاً مما لا خلاف ولا اشكال في أنه يجب رد المغصوب على مالكه مادامت العين باقية . ويشهد به مادل على وجوب رد المال الى صاحبه مطلقاً، كم وثق سماعة عن الصادق عليه السلام عن رسول الله «ص» من كانت عنده أمانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فــانه لا يحل دم امرىء مسلم ولا ماله الا بطيب نفسه [الوسائل ، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي ، الحديث ١] .

فإن اطلاق التعليل لوجوب رد الأمانة يشمل الامساك على مال الغير .  
ويدل عليه أيضاً النصوص الدالة على عدم جواز التصرف في مال الغير ومنه الامساك ، ويدل عليه ايضاً النصوص المتفرقة الواردة في ابواب المتفرقة في موارد الامانات المالكية والشرعية وغيرها .

و حكم وضعى وهو الضمان بمعنى كون المغصوب على عهدة الغاصب ، و كون تلفه وخسارته عليه ، و انه اذا تلف يجب عليه دفع بدلله ، ويقال لهذا الضمان : ضمان اليد<sup>١</sup> .

( مسألة : ٤ ) يجري الحكمان التكليفيان في جميع اقسام الغصب فالغاصب آثم فيها ويجب عليه الرد . واما الحكم الوضعي وهو

كما يدل عليه أيضاً جملة من النصوص الخاصة كرواية حماد بن عيسى عن بعض أصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام : قوله صوافي الملوك ما كان في أيديهم على غير وجه الغصب لأن الغصب كله مردود [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٠٩ ، الحديث ٣ ] .

ورواية محمد بن الحسين الرضي في نهج البلاغة قال : قال امير المؤمنين عليه السلام : الحجر الغصب في المدار رهن على خرابها . قال : ويروى هذا الكلام للنبي «ص» [ الوسائل ج ١٧ ص ٩ ] .

( ١ ) ويدل عليه حديث « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » [ سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ وكتنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ ، الرقم ٥١٩٧ ] .

والحديث - وان كان ضعيف السنّد - الا أنـه لاعتماد الاصحاح عليه واستدللاهم به لامجال للمناقشة في سنته .

ويدل عليه أيضاً قاعدة « من أتلف » في مورد الاتلاف المستفادة من النصوص الواردة في موارد خاصة - جملة منها واردة في موارد العقود الاستيمانية كالوكلة والمضاربة والرهن وغيرها - فانه حكم فيها بالضمان مع التعدي والتفريط . وجملة منها في غيرها ، مثل ما ورد في القصار يخرق الثواب ، الدال على أنه ضامن بما جنت به يده [ الوسائل ، الباب ٢٩ من كتاب الاجارة ] .

الضممان فيختص بما إذا كان المغصوب من الأموال عيناً كان أو منفعة  
فليس في غصب الحقوق ضمان اليد<sup>١</sup>.

(مسألة : ٥) لو استولى على حرف بحسه لم يتحقق الغصب  
لابالنسبة الى عينه ولا بالنسبة الى منفعته، وان اثم بذلك وظلمه سواء  
كان كبيراً او صغيراً فليس عليه ضمان اليد الذي هو من احكام الغصب<sup>٢</sup>

١) وذلك لما تقدم من أن دليلاً للضمان هو قاعدة اليد ، فيختص بما يقع  
تحت اليد من الأموال عيناً أو منفعة ، فليس في غصب الحقوق ضمان اليد  
لأنها لا تقع تحت اليد ، والذلك قال الفقهاء بأن الحر لا يضمّن بالغصب عيناً  
ومنفعة لأنّه ليس مالاً فلا يدخل تحت اليد .

ففي الجواهر : والحر لا يضمّن بالغصب ولو كان صغيراً لاعيناً ولامنفعة ،  
بخلاف محقق أجدده فيه ، على معنى كونه كغصب المال الموجب للضمان  
وان مات حتف أنفه بل ولاشكال ، ضرورة عدم كونه مالاً حتى يتحقق فيه الضمان

[الجواهر ج ٣٧ ص ٣٦]

٢) وذلك لأنّ الحر لا يكون مالاً يقع تحت اليد ، ومنافعه أيضاً لا تقع تحت  
اليد كما في اللمعة الدمشقية : والحر لا يضمّن بالغصب عيناً ومنفعة لأنّه ليس مالاً  
فلا يدخل تحت اليد . هذا إذا كان كبيراً عاقلاً اجتماعاً ، أو صغيراً فمات من قبل  
الله تعالى ، ولو مات بسبب كلدغ الحية ووقع الحادث ففي ضمانه قولان للشيخ  
واختار المصنف في الدروس الضمان ، لأنّه سبب الانلاف ، ولأن الصغير  
لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه ، وعرضها أكثرى فمن ثم رجح السبب .  
والظاهر أن حد الصغير العجز عن دفع ذلك عن نفسه حيث يمكن الكبير دفعها

عادة لعدم التمييز [اللمعة الدمشقية ج ٧ ص ٢٧] .

أقول : الذي ينبغي أن يقال في جواب ما ذكره الشيخ : إن قاعدة الاتلاف تختص بما إذا كان الاتلاف مستندًا إلى الشخص مع التلف في المقام لا يستند إلى الغاصب دائمًا ، والمفروض أن ضمان اليد أيضًا في المقام غير متحقق لأنه يكون بالنسبة إلى الأموال والحر لا يكون مالا .

ولذلك قال صاحب الجواهر : وما في النافع من أنه لو كان - أي التلف - لا بسيبه كالموت ولدغ الحية فقولان - لم تتحققه ونحوه ما عن المفاتيح من نسبة ما في المتن إلى القيل والكافية إلى المشهور، ولذا قال في محكى المذهب والمقتصر : «إن الأصحاب على خلافه» أي القول المحكى في النافع كماعن التفريح الاعتذار عنه بالمسامحة، بل فيه وفي الروضة الاجماع على عدم ضمان الصغير إذا كان تلفه بالموت الطبيعي .

ومن هنا طفت عباراتهم بعدم ضمان الحر بالغاصب ، وأنه إنما يضمن عيناً بالجنبانية عليه مباشرة أو تسبيبها ومنفعة بالاستيفاء أو تسبيبها على الوجه الذي سيأتي إنشاء الله .

بل لالأصابع بغرق أو حرق وغيرهما فضلاً عن أن يصييه موت في يد الغاصب من غير تسبيبه لم يضممه للأصل ، كما عن مبوسط الشيخ وايضاح الفخر وغيرهما ، بل في المسالك نسبة إلى الأشهر ، بل عن الكافية إلى المشهور وإن كان لم تتحققه .

بل قال الشيخ في كتاب الجراح من المبوسط : يضممه الغاصب إذا كان صغيراً أو مجنوناً وتلف بسبب كل دغ الحية والعقرب ووقوع الحائط ، بل في الدروس ومحكى الخلاف والمختلف هو قوي ، عن المقتصر هو حسن ،

فلو اصابه حرق او غرق او مات تحت استيلائه من غير تسبب  
منه لم يضمن<sup>١</sup> ، وكذا لا يضمن منافعه ، كما اذا كان صانعاً ولم  
يشتغل بصنعته في تلك المدة فلا يضمن اجرته<sup>٢</sup>.

بل عن التبصرة وتعليق الارشاد وغيرهما اختياره ، وهو المحكى عن ابي حنيفة  
أيضاً ، ولا ترجح في النافع وكشف الرموز والتحrir والارشاد والتذكرة في  
موضوع منها وغاية المراد والتفصي والمذهب البارع والروضة على ما حكى عن  
بعضها .

نعم لا وجه ظاهر يقتضي الضمـان ، اذ دعوى كونه بغضبه صار سبباً شرعاً  
لتلفه كحفر البئر واضحة المنع ، والخبر « من استعار حرراً صغيراً فعيّب ضمن »  
[الوسائل ، الباب ١٢ من أبواب موجبات الضمان ، الحديث ٢] لا جابر له ولا عامل  
به ... ومن الغريب ما عن الفاضل من الجزم في موضوع من محكى التذكرة  
بعدم الضمان في مثله وتردده في المقام ، فالمنتهي عدم الضمان مع فرض عدم  
تقدير منه في حفظه بالأهمال ونحوه [الجواهر ج ٣٧ ص ٣٦ - ٣٧] .

١) وذلك من جهة عدم جريان قاعدة الالتفاف اذا لم يكن من الغاصب  
تسبيب الى الهلاك ، والمفترض عدم مباشرته في ذلك ، فلا وجه لجريان قاعدة  
الالتفاف مع عدم استناد الالتفاف اليه لامباشرة ولا تسبيباً .

٢) وذلك فيما اذا لم يكن المنع عن الاشتغال مستنداً الى الغاصب لعدم  
التسبيب الى ذلك من الغاصب .

نعم ربما يستشكل على الاستدلال برواية ابي جعفر عليه السلام قال : قال  
رسول الله صلى الله عليه وآله : سباب المؤمن فسوق وقاتله كفر وأكل لحمه  
معصية وحرمة ما له كحرمة دمه [الوسائل ، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشرة  
الحديث ٣] .

نعم لو استوفى منه منفعة كما اذا استخدمه لزمه اجرته <sup>١٤</sup> ،

وما أورد عليها وجهان :

الاول : ان الاعمال الحر لبيت بمال . وفيه أن الاعمال الواقعة تحت الاجارة مال عرفاً ، بل الظاهر أن أعمال الحر الكسوب مال ولو لم تقع تحت الاجارة . الثاني : ان الرواية ونظائرها من الادلة منصرفة عن أعمال الحر . وفيه منع الانصراف بل مناسبة الحكم والموضوع تقضي التعميم بلاشكال . فالعمدة في المقام أن مارمنا اثباته لتلك الرواية . وهو ضمان مختلف من المنافع والاعمال بلا اتلاف وتسبيب من المشتري أو البائع - لا يمكن اثباته . ضرورة أن حرمة دم المؤمن أيضاً لا يقتضي ذلك ، فلو فرض أن مؤمناً كان تحت سلطنة شخص قاتل حتف أنفه أو بافة سماوية لم يكن المسلط عليه ضامناً ، فكيف يمكن اثبات الضمان بها للمنافع غير المستوفاة ، والاعمال كذلك مع عدم تسبيب للاتلاف والتلف .

١) وذلك من جهة قاعدة اليد . نعم أورد على التمسك بقاعدة اليد في المقام

بأمرین :

أحدهما : ما أفاده الشيخ الاعظم «ره» ، وهو عدم صدق الاخذ بالإضافة إلى المنافع . وفيه أنه ليس المراد بالأخذ الاخذ بالجارحة الخاصة ، بل الاخذ كنایة عن الاستيلاء على الشيء ، والتعبير عنه بالأخذ باليد من جهة كونه لازماً غالباً له ، والأخذ بهذا المعنى يصدق بالإضافة إلى المنافع ، اذا الاستيلاء على المنفعة انما يتحقق بالاستيلاء على العين .

ثانيهما : ما أفاده المحقق الاصفهاني «ره» ، وهو عدم صدق التأدية في المنافع ، فان ظاهر قوله «حتى تؤدي» كون عهدة المأمور خوذ مغية بأداء نفس

المأخذ ، والمنافع لدرجها في الوجود لاداء لها بعد اخذها في حد ذاتها .  
وفيه ان الغاية في الخبر ليس أداء شخص مأخذ والباقي الضمان في صورة  
التلف وأداء العوض لعدم تحقق أداء الشخص ، بل المراد منها أعم من أداء  
الشخص وأداء العوض ، غاية الامر بنحو الطولية ، فاذا كانت العين موجودة  
لا يرتفع الضمان الا باداء شخصها ، وفي صورة التلف يرتفع باداء عوضها .  
والمنافع والاعمال وان لم يمكن ردها الا أنه يمكن رد عوضها .

ويدل على الضمان أيضاً قاعدة الالتفاف التي هي قاعدة عقلانية لم يرد في  
عنها الشارع ، بل أمضاتها في موارد كثيرة ، بل يمكن استفادتها من الروايات  
الواردة في شهادة الزور ، كصحيحة جمیل عن أبي عبد الله عليه السلام في  
شهادة الزور ان كان قائماً والاضمن بقدر ما اتلف من مال الرجل [ الوسائل ] ،  
الباب ١١ من كتاب الشهادات ، الحديث ٣ ونحوها غيرها .

ومن بعض ما وردت في تلف الرهن بتفريط المرهون، كموثقة اسحاق بن عمار قال: سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثة درهم فيهلك ، أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتي درهم؟ قال: نعم لانه أخذ رهناً فيه فضل فضيحة [الوسائل ، الباب ٧ من كتاب الرهن ، الحديث ٢]

ونحوها رواية الصدوق ، الا أن فيها «فيهلكه» ، فدل التعليل على أن كل من ضيغ مال الغير فهو ضامن . وعلمون أن تمام العلة بنظر العرف هو التضييع لاتضييع الرهن ، فعلى رواية الصدوق عين قاعدة الاتلاف ، وعلى رواية الكليني عينها أو أعم منها .

وكذا لو تلف بتسبيب منه ، مثل ما اذا حبسه فى دار فيها حية فلذغته او فى محل السباع فافتسته ضمه من جهة سببته للتلف <sup>(١)</sup> لالجل الغصب واليد .

(مسألة : ٦) لو منع غيره عن امساك دابته المرسلة او من القعود على فراشه او عن الدخول فى داره او عن بيع متاعه لم يكن غاصباً <sup>(٢)</sup>

١) لأن قاعدة الاتلاف أعم من المباشرة والتسبيب ، فان النصوص الدالة على الضمان كما تشمل مورد المباشرة تشمل مورد التسبيب أيضاً .  
وفي مجمع البرهان : ان الظاهر عدم الفرق بينهما ( الصغير والمحجون ) وبين الكبير اذا حبس بحيث لا يقدر على الملاصق منه ثم حصل في الحبس شيء اهلكه اظلمته وعدم قدرته على الفرار من أذيته ، اذ هو حينئذ كالطفل ، بل كالحيوانات التي لا شعور لها ، فعلة الضمان فيما سواه .

وقال صاحب الجوادر بعد نقل هذا الكلام من مجمع البرهان ما هذا الفظه :  
وربما كان في ذلك نوع ايماء الى ما ذكرنا اذا كان المراد منه أن لحبسه على الوجه المزبور مدخلان في تلفه على وجه يكون سبيلاً وان كان كبيراً قابلاً للدفع عن نفسه الا أنه منعه عن ذلك على وجه صار كالصغير الغير القابل للدفع عن نفسه [ الجوادر ج ٣٧ ص ٣٨ ] .

٢) وذلك لأن الغصب عرفاً هو الاستيلاء على مال الغير أو حقه عدواً أو ظلماً ، والمفروض في المقام ليس استيلاءً على المال ، لأن منع الغير عن امساك دابته أو من القعود على فراشه لا يستلزم الاستيلاء على الدابة والفراش ، وكذلك المنع عن الدخول في داره لا يستلزم الاستيلاء على الدار . نعم في مورد يكون المنع عن الأشياء المذكورة بالاستيلاء على هذه الأشياء يتحقق

وان كان عاصياً وظالماً له من جهة منعه<sup>١</sup> ، فلو هلكت الدابة وتلف الفراش او انهدمت الدار او نقصت قيمة الممتاع بعد المنع لم يكن على المانع ضمان اليدين<sup>٢</sup> .

وهل عليه ضمان من جهة اخرى ام لا؟ اقواهمما العدم في الاخير وهو ما اذا نقصت القيمة<sup>٣</sup> .

مفهوم الغصب لامحاله.

(١) لأن الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم ، فالمنع عن سلطتهم على أموالهم ظلم وعدوان عليهم . ولاشك في قبحه عقلاً وحرمة شرعاً .

(٢) لأن ضمان اليدين مخصوص بما يقع تحت اليدين واستولى عليه اذ الاخذ في قوله صلى الله عليه وآله « على اليديما أخذت » كناتية عن الاستيلاء ، فاذالم يكن استيلاء على المال لم يتحقق الاخذ ، فلام موضوع لضمان اليدين .

(٣) وذلك من جهة عدم وجہ للضمان ، لضمان اليدين ولا ضمان الاتلاف لعدم الموضوع لهما ، كما في الجوادر : وحينئذ فلو منع غيره من امساك دابته المرسلة فتلفت لم يضمن ، وكذلك لو منعه من القعود على بساطه أو منعه من بيع ممتاعه فنقصت قيمته السوقية أو تلفت عينه كما في النافع وممحكي التحرير والتبصرة وشرح الارشاد للفخر وان لم يذكر في بعضها تمام الأمثلة ، بل في المسالك وغيرها نسبة الى المشهور ، للاصل بعد عدم تحقق الغصب بعدم اثبات اليدين . لكن عن التذكرة بعد أن نفى الشك عن عدم تتحقق الغصب في الدابة المزبورة

قال : وهل يضمن ؟ قال بعض علمائنا لا يضمن ، وفيه اشكال . ولعله لهذا قال في المسالك وتبعه عليه غيره : انه ينبغي أن يختص ما ذكره

بملا يكون المانع سبباً في تلف العين بذلك ، بأن اتفق تلفها مع كون السكنى غير معترضة في حفظها والمالك غير معترض في مراعاة الدابة ، كما يتفق لكثير من الدور والدواوب ، أما لو كان متوقفاً على سكنى السدار ومراعاة الدابة لضعفها أو كون ارضها مسبعة مثلًا فان المتوجه الضمان ، نظراً إلى كونه سبباً قوياً مع ضعف المبادر وهو المحكمي عن الشهيد في بعض فتاواه والكركي ، واستحسنه في الرياض لعموم « لضرر ولاضرار » [الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٢ من كتاب أحياء الموات ] .

ثم قال صاحب الجوادر : قلت : لا ينبغي التأمل في عدم ضمان نقصان القيمة السوقية ، لعدم تفويت مال عليه ب مباشرة أو تسبب ، ومن هنالك تضمن منافع الحر اجتماعاً ، مع أن قاعدة « لضرر ولاضرار » تأتي فيه [ الجوادر ] ٣٧ ص ١٤ - ١٥ .

أقول : وبالجملة التي استدل على الضمان في المقام وان لم يكن المورد داخلا في الغصب أمور :

( منها ) قاعدة لضرر التي يستدل بها في هذه المقامات ، بتقرير أن حكم الشارع بعدم الضمان في المقام ضروري على المالك أو على من منع من العمل فينتفي بحديث نفي الضرر فيحكم بالضمان .

وفيه : ان مدلول الحديث نفي الحكم الناشئ من قبله الضرر ، كان الضرر ناشئاً من متعلقه أم كان ناشئاً من نفسه ، كلزوم البيع الغبني ، ولا يدل الحديث على تدارك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعي ، فلو تضرر أحد في تجارتة مثلاً يجب على المسلمين تدارك ضرره . وهذا من الوضوح بمكان .

( ومنها ) أنه قد يستدل على الضمان في المقام بقاعدة احترام مال المسلم الثابتة بمادل على أنه لا يحل مال أمرىء مسلم الا بطيب نفسه [ الوسائل ، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي ، الحديث ١ ] .  
وقوله صلى الله عليه وآله : حرمة ماله كحرمة دمه [ الوسائل ، الباب ٣ من أبواب القصاص في النفس ، الحديث ٣ ] .  
وقوله عليه السلام : لا يصلح ذهاب حق أحد [ الوسائل ، الباب ٤٠ من أبواب الشهادات ، الحديث ١ ] .

اما تقرير دلالة الاول على الضمان أن الحلال ما اتبعة له ، فاذا نسب الى الفعل كان معناه أنه لا يعاقب عليه ، فيستفاد منه الحلية التكليفية ، واذا نسب الى المال كما في المقام كان معناه مالا خسارة من قبله ، فمعنى لا يحل في المقام أنه مع عدم رضا المالك يكون المال مملاه بقائه وخسارة وعوض .

وفيه : ان الحديث يدل على الحل وعدم الممنوعية في موارد طيب نفس المالك ، وعلى عدم الحل والممنوعية في غيرها اذا كان سبباً للضمان ، وجود السبب للضمان في المقام أول الكلام . وبالجملة اثبات سببية الضمان من الحديث في المقام في غاية الاشكال .

وأما حديث حرمة ماله كحرمة دمه ، فتقرير الاستدلال به : ان الحرمة إنما نسبت الى المال وظاهر ذلك ارادة احترام المال من حيث أنه مال ، واحترامه كذلك إنما يكون بالمعاملة معه معاملة ماله مالية ينذر كها ، فعدم تدارك ماليته معناه معاملة الهدر معه فرعية ماليته رده أورد عوضه لوتلف .

وفيه : ان رعاية حرمة مال المسلم يقتضي الضمان في فرض الاستيلاء عليه بضمان اليه ، وكذا في فرض الاقلاف ، وأما اقتضاؤه لثبت الضمان في غير

واما في غيره فان كان الهلاك والتلف والانهدام غير مستند الى منعه بأن كانت بافة سماوية وسبب قهرى لا يتفاوت فى ترتيبها بين ممنوعية المالك وعدمها لم يكن عليه ضمان<sup>١</sup>. واما اذا كان مستندأ اليه كما اذا كانت الدابة ضعيفة او فى موضع السباع وكان المالك يحفظها فلما منعه المانع ولم يقدر على حفظها وقع عليها الهلاك ففى الضمان تأمل<sup>٢</sup> ، لكنه احوط .

---

هذه الموارد أول الكلام .

واما حديث « لا يصلح ذهاب حق أحد » فلا يدل على الضمان ، لأن الكلام انما هو في ثبوت الحق في المقام والحكم لا يصلح لاثبات موضوعه .  
١) وذلك من جهة عدم وجوب للضمان ، لأن الضمان في المقام لو كان جارياً لكان من جهة الالاف ، والالاف لا يكون سبيباً اذا لم يستند الى الشخص لا ب المباشرة ولا بالتسبيب كما هو المفروض .  
٢) وذلك لأن استناد التلف اليه وان كان متحققاً بالتسامح العرفي لكن العرف الدقيق لا يستند التلف اليه في المقام ، بل لا يستند اليه الامجرد منعه عن امساك دابته او القعود على فراشه او الدخول في داره .

نعم قال في المسالك وتبעהه غيره : انه ينبغي أن يختص ما ذكره بما لا يكون المانع سبيباً في تلف العين بذلك ، بأن اتفق تلفها مع كون السكنى غير معتبرة في حفظها والمالك غير معتبر في مراعاة الدابة كما يتطرق لكثير من الدور والدواب ، أما لو كان متوفقاً على سكنى الدار ومراعاة الدابة لضعفها أو كون ارضها مسورة مثلما فان المتوجه الضمان ، نظراً الى كونه سبيباً قوياً مع ضعف المباشر .  
لكنه لا يساعد نظر العرف الدقيق في التسبيب ، والمالك في فهم العرف

## ( مسألة : ٧ ) استيلاء الغاصب على المغصوب وصيرواته

تحت يده عرفاً يختلف باختلاف المغصوبات . والميزان صيروارة الشيء كذلك عدواً ، ففي المنقول غير الحيوان يتتحقق باخذه بيده أو بنقله إليه أو إلى بيته أو دكانه أو انباره وغيرها مما يكون محززاً لامواله ولو كان ذلك لا ب مباشرته بل بأمره <sup>١١</sup> .

---

الدقيق لا العرف المتسامح ، ولكن الضمان موافق لل الاحتياط كما في المتن .

١) وذلك كله لأن المراد من اليد الوارد في الحديث ليست الجارحة المخصوصة ضرورة أن تكون العهدة على اليد لمعنى له ، فالجارحة لا تكون ضامنة ولا عليها شيء ، فلابد أن يراد بها الشخص أما استعارة أو كتابة ، فكأنه قال « من أخذ شيئاً فعليه حتى يرد » .

وأما الأخذ وإن كان ظاهراً في الحسي ، ويكون نحو أحد الميثاق والعقد على نحو من التأويل ، لكن استعماله شائع في الاستيلاء ، وإذا دار الأمر بين تخصيص الموصول بخصوص ما يؤخذ حسماً كالثوب والدرهم والدينار أو الأخذ باطلاقه وحمل الأخذ على الاستيلاء ، فلا شبهة في أن الثاني أولى لشروع استعماله في أحد البيت والملك والدار والبلد وغيرهما ما لا يكون فيها أخذ حسي ، بل مجرد استيلاء عليها .

وان شئت قلت : إن المفاهيم العرفية من قوله صلى الله عليه وآله « على اليد » أنه ضرب قاعدة كلية للضمان لافي خصوص المأخوذ حسماً ، ولهذا ان الشيخ الأعظم « قده » بارتازه العقلائي اعترف شموله لجميع الأعيان ، فلهذا المعنى لجريان الضمان في الغصب بمقتني قاعدة اليد مجرد الاستيلاء ، والاستيلاء

فلو نقل حمال بأمره كان الامر غاصباً وكفى في الضمان ، بل  
 ولو كان المنقول في بيته او دكانه مثلاً وطالب المالك ولم يؤد  
 إليه و كان مستوى ليأ على البيت والدكان يكفى في الضمان بل لو استولى  
 على الفراش مثلاً ولو بعوده عليه كفى<sup>١</sup> ، ولا يكفى مجرد القعود  
 وقصد الاستيلاء مالم يتحقق ذلك عرفاً<sup>٢</sup> وهو مختلف في الموارد  
 كما ان في الحيوان أيضاً هو الميزان ، ويكتفى الركوب عليه  
 لأخذ مقوده وزمامه او سوقه بعد طرد المالك ودفعه او عدم حضوره  
 اذا كان يمشي بسياقه ويكون منقاداً له فلو كانت قطعه غنم في الصحراء  
 ومعها راعيها فطرده واستولى عليها بعنوان القهر والانتزاع من مالكها  
 وجعل

كما يتحقق بأخذه بيده أو ينقله اليه أو الى بيته أود كانه أو انباته مما يكون محروزاً  
 لامواله يكون ذلك بأمره لا ب مباشرته لصدق الاخذ والاستيلاء عرفاً .

١) وذلك كله لصدق الاخذ والاستيلاء على مال الغير المالك في جريان  
 قاعدة اليد كما تقدم .

٢) لعدم تحقق مفهوم الاخذ الموضوع في قاعدة اليد، ولذلك جاء في اللمعة  
 الدمشقية: حيث اعتبر في الضمان الاستقلال والاستيلاء فلومته من سكنى داره  
 ولم يثبت المانع بيده عليها أو منعه من امساك دابته المرسلة كذلك فليس بغاصب  
 لها ، فلا يضمن العين لو تلفت ولا الاجرة زمن المنع لعدم اثبات اليد الذي هو  
 جزء مفهوم الغصب [ اللمعة الدمشقية ج ٧ ص ١٩ ]

يسوقها وصار بمثابة راعيها يحافظها ويمنعها عن التفرق ، فالظاهر  
كفايته في تحقق الغصب لصدق الاستيلاء عرفاً . وأما غير الممنقول  
فيكفى في غصب الدار ونحوها كالدكان والمخان أن يسكنها<sup>(١)</sup> أو يسكن  
غيره من يأتمن بأمره<sup>(٢)</sup> فيها بعد ازعاج المالك عنها أو عدم حضورها .  
وكذا لو أخذ مفاتيحها من صاحبها قهراً وكان يغلق الباب ويفتحه  
ويترد فيها ، وأما البستان فكذلك لو كان له باب وحيطان ، والافيكتى  
دخوله والتردد فيه بعد طرد المالك بعنوان الاستيلاء وبعض التصرفات  
فيه ، وكذا الحال في غصب القرية والمزرعة .

وجاء في الجواهر : وعلى كل حال فلا يكفي في تحقق كون المال مغصوباً  
رفع يد المالك مالم يثبت الغاصب يده كما صرّح به الفاضل وغيره ، بل عن  
التدكرة نفي الشك فيه ، لما عرفت من كونه الاخذ او الاستقلال أو الاستيلاء  
والجميع غير صادق وان أطلق على الشخص نفسه أنه مغصوب بمعنى كونه  
مقهوراً .

وحيثئذ فلو منع غيره من امساك دابته المرسلة فتلت لم يضمن ، وكذا  
لو منعه من القعود على بساطه أو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية أو تلت  
عينه ، كما في النافع ومحكي التحرير والتبصرة وشرح الارشاد للغفر ، وان  
لم يذكر في بعضها تمام الامثلة ، بل في المسالك وغيرها نسبته الى المشهور ،  
للacial . بعد عدم تحقق الغصب بعدم ثبات اليد [الجواهر ج ٣٧ ص ١٤ ] .

١) لحصول الاستيلاء على الدار والدكان والخان بأسكانها .

٢) لاستناد الأخذ والاستيلاء الى الامر حيثش، فيكون هو الأخذ ويجري

هذا كله في غصب الاعيان واما غصب المنافع فانما هو بانتزاع العين المستأجرة اذا اخذها المؤجر او غيره من المستأجر واستولى عليها في مدة الاجارة، سواء استوفى تلك المنفعة التي ملكها المستأجرام لا<sup>١١</sup>.

عليه قاعدة اليد .

١) لأن الاستيلاء على المنافع لا يتوقف على الاستيفاء عرفاً ، بل يصدق بانتزاع العين من مستحق المنفعة ومالكها أيضاً .  
نعم ذهب الشيخ الاعظم الى أن مورد القاعدة مخصوص بالاعيان فلا يشمل المنافع والاعمال المضمنة .

أقول : القول بعدم شمول قاعدة اليد للمنافع يكون لوجوه :  
( منها ) ما يظهر من الشيخ الاعظم « قده » من عدم صدق الاخذ على المنافع ، قال : ولا اشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع ، وحصو لها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الاخذ ، ودعوى أنه كنایة عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الاعيان مشكلة .

( ومنها ) ما نسب الى الشيخ من عدم صدق الاخذ باليد في المنافع لا الاخذ ، وال بالنسبة في غير محلها ظاهراً . وكيف كان فقد ظهر الجواب عنهما مما تقدم آنفأ في تفسير اليد والاخذ في القاعدة .

( ومنها ) ان الاستيلاء على المنافع غير معقول لوفرض أن المراد بالاخذ الاستيلاء ، لانه معنى اضافي يتوقف على المستوى والمستوى عليه ، والمنافع أمور تدريجية الوجود متصرمة التتحقق توجد شيئاً فشيئاً وتندم أو تستوفى ، فلا يكون ما مضى منها وما سيأتي متحققيـن . وفي مثله لا يمكن الاستيلاء فعلا عليه ، لأن

الاضافة بين الموجود والمعدوم غير معقوله ، فمنافع الدار ضرفيتها القابلة للسكنى في عمود الزمان ، ومنافع الدابة ظهرها القابل للركوب ، والحمل في عمود الزمان وهمما امر ان متصرمان يتبعان الزمان ، لأن الظرفية في هذا الان لا تبقى في الان الآخر فلا يعقل الاستيلاء في مثلها .

وأما ما يقال : من ان حيثية سكنتي الدار القائمة بها فعليتها بفعالية مضائقها في طرف الساكن . والمتضائقان متكافئان في القوة والفعالية ، فلا استيلاء حقيقية الا على الدار بالنسبة الى المنافع الفائتة فهو غير وجيه .

لان ظاهره أن سكنتي الدار منفعته ، وهو خلاف الواقع ، لأن منفعة الدار لدى العقلاء عبارة عن أمر قد تستوفى بالسكنة ، وقد تختلف وتتصير هدرأ بتركها حالياً من الساكن وكذا منفعة الدابة ، فمن حبس الدابة فقد أتلف منفعتها على صاحبها عرفاً .

ويمكن الجواب عن الاشكال بأن الشيء المتصرم يوجد شيئاً فشيئاً وينعدم وفي حال وجوده -- ولو وجوداً مستمراً غير مستقر -- يقع تحت اليد ، فيكون الاستيلاء على موجود وان لا يبقى آنين ، فيقع وجوده الانسي المستمر تحت اليد . وبتلغه يصير مضموناً على ذي اليد المستواي عليه ، فذلك الوجود المستمر في عمود الزمان يقع تحت اليد بنحو الاستمرار والانصرام وبانعدامه يصير ضامناً شيئاً فشيئاً .

وربما يقال : ان المنافع قد يقدر وجودها عرفاً فتملك كاما في الاجارة فكما أن تقدير وجودها مصحح لتمليكها وتملكها فكذا الاستيلاء عليها عرفاً وعدم الاستيلاء بالدقة العقلية لابنافي الاستيلاء عرفاً الذي هو المدار هنا .

وفيه : مضافاً الى أن تقدير وجود المنافع في العرف والعادة ممنوع وانما

هو امرأباده العلماء بزعم الامتناع العقلي ، وأما في محيط العقلاء فالاجارة وان كانت بلحاظ المنافع لكن بلحاظ تحققها في ظرفها . وأنت اذا راجعت العرف لاترى تقدير وجودها ، بل الاجارة بلحاظ المنافع التي ستوجد ، والعرف لا يأتى عن مالكية ما هو موجود في ظرفه .

( ومنها ) عدم صدق التأدية في المنافع مطلقاً ، فان ظاهر قوله صلى الله عليه وآله « حتى تؤدي » كون عهدة المأخذوذغية بأداء نفس المأخذوذ ، والمنافع لمدرجها في الوجود لأداء لها بعد أخذها في حد ذاتها ، بخلاف العين التي لها أداء في حد ذاتها وان عرضها الامتناع ابتداء او بقاءاً .

وفيه : ان الظاهر من الخبر « على اليدهما أخذت حتى تؤديه » أن جميع العناية فيه بجعل الضمان على المأخذوذ ، وانما ذكرت الغاية لتحديد الموضوع ومعنى انه الحكم بالضمان تعلق على المأخذوذ من غير نظر الى امكان التأدية وعدمها ، فهذا نظير قوله عليه السلام « كل شئ هولك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه » وقوله « كل شئ نظيف حتى تعلم انه قذر » حيث أن الظاهر منهما جعل حكم الحلية والطهارة للمشكوك فيه من غير نظر الى حصول العلم حتى يدعى ظهوره في امكان حصول العلم أو شаниته .

( ومنها ) أن الظاهر من خبر اليد أن نفس المأخذوذ على عهدة الاخذ في زمان وجوده وفي زمان تلفه وان اختلف حكم العقلاء في الزمانين ، والعين لاستقرار وجودها قابلة لوقعها في العهدة في الزمانين . وأما المنافع والاعمال فلتصرمها لا يمكن أن تقع فيها ، لافي زمان وجودهما ، وهو واضح ولا في حال تلفهما ، لأن التالف ان وقع في الذمة بنحو التصرم والتدرج ، فلا يبقى آنين ولا زمه عدم الضمان وان وقع فيها بنحو الاستقرار واللاتدرج فلا وجيه له ، لأن

( مسألة : ٨ ) لو دخل الدار وسكنها مع مالكها فان كان المالك ضعيفاً غير قادر على مدافعته وآخر اجه فان اختص استيلاؤه وتصرفه بطرف معين منها اختص الغصب والضمـان بذلك الطرف دون غيره<sup>١</sup> وان كان استيلاؤه وتصرفاته وتقلباته في الدار واجزائها بنسبة واحدة وتساوى يد الساكن مع يد المالك عليها فالظاهر كونه غاصباً للنصف<sup>٢</sup>.

اليد على المتردرج لاعلى المستقر الثابت .

وفيه : ان التدرج والتصرم الواقعين من لوازم وجود المنافع والافعال المتردرجة وما وقع في الذمة من الاعيان وغيرها عنوانها اعتباراً، وهو ليس بمتردرج فكما أن الاعيان لاتقع في الذمة بعد تلقيها مع لوازمهما الوجودية كذلك المنافع واعتبار الشيء المتردرج لا يلزم التدرج الواقعى فيما يعتبر .

( ١ ) لعدم تحقق الغصب والاستيلاء والأخذ الذي هو الملك لضمان اليد بالإضافة الى الغير ، فلا وجہ للضمان حيث أنه .

( ٢ ) لأن استيلاء الغاصب هنا على النصف المشاع ، اذ المفروض بقاء استيلاء المالك على الدار لكن لاعلى وجه الاستقلال بل على نحو الاشتراك فيكون يد كل واحد منهمما على النصف ، والغاصب غاصب للنصف فيكون ضامناً له خاصة .

وفي الجواهر : فلو سكن الدار مع مالكها قهراً لم يضمن الاصل اي جميع الدار لعدم استقلاله لثبات اليد ، بل مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين ضعف المالك وقوته ، لأن الفرض عدم رفع يده ، بل هي باقية على نحو

فيكون ضامناً له خاصية بمعنى انه لو انهدمت الدار ضمن الساكن  
نصفها ، ولو انهدم بعضها ضمن نصف ذلك البعض ، وكذا يضمن  
نصف منافعها . ولو فرض أن المالك الساكن ازيد من واحد ضمن  
الساكن الغاصب بالنسبة في الفرض ، فان كانا اثنين ضمن الثالث  
وان كانوا ثلاثة ضمن الرابع وهكذا .

ولو كان الساكن ضعيفاً – بمعنى أنه لا يقدر على مقاومة المالك  
وانه كلما أراد ان يخرجه من داره اخرجه – فالظاهر عدم تحقق

مالو كان قوياً .

ومن هنا قال الشيخ : يضمن النصف مع فرض تساوي يديهما على الدار .  
وبناء الاكثر بل المشهور ، بل لا نجد فيه خلافاً محققاً .

ولكن في المتن وتبعه بعض من تأخر عنه فيه تردد ، من شأنه عدم استقلال  
من دون المالك ، فلا يتحقق الغصب الذي هو الاستقلال بثبات اليد . ولم نجد  
لأحد من تقدمه فضلاً عن الجزم بعده ، وان حكم المصنف قولنا . بل عن  
التفتيح نسبة الى المبسوط الا أنا لم نتحققه . وعلى تقديره فهو واضح الفساد  
ضرورة صدق الغصب بذلك عرف المقتضي لاعتبار الاستيلاء فيه دون الاستقلال  
أو للقول بتحققه هنا ولو بالنسبة الى النصف .

ودعوى اعتباره فيه – على مبني رفع يد المالك ولو على جهة المشاركة  
واضحه الفساد ، لأن العرف أعدل شاهد بخلافها ، بل مقتضى ذلك عدم الضمان  
على الشخصين المشتركين في غصب شيء واحد على وجه الاستقلال لكل  
منهما ، وهو معلوم الفساد . اللهم الا أن يفرق بين شركة المالك وغيره ، ولكن  
العرف على خلافه قطعاً [ الجوادر ج ٣٧ ص ٢٣ ] .

الغصب ولا اليد ولا الاستيلاء فليس عليه ضمان اليد<sup>١</sup> . نعم عليه بدل ما استوفاه من منفعة الدار ما دام كونه فيها<sup>٢</sup> .

(مسألة : ٩) لو أخذ بمقدور الدابة فقادها وكان المالك راكباً عليها ، فإن كان في الضعف وعدم الاستقلال بمثابة المحمول عليها كان القائد غاصباً لها بتمامها<sup>٣</sup> ،

١) وذلك كله واضح مما تقدم ، لأن مفهوم الغصب عرفاً عبارة عن الاستيلاء على مال الغير أو حقه عدواً ، فلو كان الساكن ضعيفاً بحيث لا يقدر على مقاومة المالك - بحيث أنه كلما أراد المالك أن يخرجه من داره فلا يتحقق الاستيلاء من الغير ويختل ركن من أركان مفهوم الغصب عرفاً - فلا يكون غاصباً .

وكذلك الضمان لعدم تحقق الأخذ الذي هو كنایة عن الاستيلاء ، بمقتضى حديث على اليد ، فلا وجہ للضمان أيضاً .

٢) وذلك من جهة قاعدة الاتلاف ، حيث أنه لا يتوقف على الاستيلاء على نفس العين ، بل مقتضى اطلاقه ثبوت الضمان حتى مع عدم الاستيلاء على العين بالوجه المعتبر في اليد .

٣) لأن القاعد حينئذ مستول على الدابة وغاصب لها وآخذها من يد المالكا ولو كان المالك راكباً عليها ، لانه بمنزلة المحمول على الفرض ، بحيث كلما أراد القاعد القاءه من ظهرها فعل ذلك .

وفي الجواهر: وكذا لو مد بمقدور دابة فقادها بقصد الاستيلاء عليها أو ساقها كذلك ضمن وإن كان الكها حاضراً لكن غير مثبت يده عليها ، لانه حينئذ غاصب بمعنى مستقل بائنات يده ومحظوظ وآخذ .

نعم في المتن لا يضمن لو كان صاحبها راكباً لها كما في محكى المبسوط

ويتبعه الضمان<sup>١</sup> ولو كان بالعكس بأن كان المالك الراكب قوياً قادرًا على مقاومته ومدافعته فالظاهر عدم تحقق الغصب أصلًا<sup>٢</sup> فلا ضمان عليه لو تلفت الدابة في تلك الحال<sup>٣</sup>. نعم لاشكال في ضمانه لها لو اتفق تلفها بسبب قوده لها<sup>٤</sup>

ومراد هما على الظاهر كونه مع ذلك قادرًا على منع الغاصب كما في القواعد وجامع المقاصيد والمسالك وغيرها لعدم صدق الاستيلاء فضلاً عن الاستقلال والأخذ.

والإيه يرجع ما في الارشاد، لأن يكون المالك راكباً الامع الاجاء، بمعنى كونه ملجأ غير قادر على دفعه كقوله في غيره «لو يمد بمقدور دابة وصاحبها راكبها فلا استقلال الامع ضعفه عن المقاومة» .

ولعل وجهه حينئذ صيرورة يده بمنزلة العدم في جنب القاعد المفروض كونه قاهراً مستوياً نحو ما سمعته في الداخل القوي على مالك الدار . . .

[الجوامد ج ٣٧ ص ٢٨ - ٢٩]

١) وذلك بمقتضى قاعدة اليد .

٢) لعدم استيلاء القاعد على الدابة في هذا الفرض ، فلا يصدق الغصب عرفاً .

٣) لأن الضمان لو كان في المقام لكان هو ضمان اليد ، والموضوع لحديث اليد هو الانخذ الذي هو كنایة عن الاستيلاء ، والمفروض عدم الاستيلاء في المقام .

٤) لأن القود سبب للاتفاق حينئذ ، وقاعدة الاتلاف تجري في السبب والمبادر ، ومقتضاه الضمان ولو لم يكن هنا استيلاء .

كما يضمن السائق لها لو كان لها جماع فشردت بسوقه فوقيت  
في بشار وسقطت عن مرتفع مثلاً فتلفت أو عيّبت<sup>١</sup>.

(مسألة : ١٠) لو اشترى اثنان في الغصب ضمن كل منهما  
للبعض بنسبة الاستيلاء ان نصفاً فنصف وهكذا<sup>٢</sup>. سواء كان كل  
واحد منهما قوياً قادرًا على الاستيلاء على العين ودفع المالك والقهر  
عليه ام لا ، بل كان كل ضعيفاً بانفراده وإنما استيلاؤهما عليها ودفع  
المالك كان بالتعاضد والتعاون وسواء كان المالك حاضرًا أو غائباً<sup>٣</sup>.

(مسألة : ١١) غصب الأوقاف العامة كالمساجد والمقابر

(١) بخلاف لاشكال ، لقاعدة الالتفاف كما في الجواهر : وعلى كذلك  
حال فلخلاف لاشكال في ضمانه لها لو اتفق تلفها بقوده لها وإن كان الراكب  
قوياً على الدافع ، بل لا يبعد ضمانه لمنفعتها التي فاتت على المالك بقوده ،  
وكذا لو ساق الدابة وكان لها جماع فشردت بسوقه فوقيت في بشر ضمن . والله  
العالم [الجواهر ج ٣٧ ص ٣٠] .

(٢) لأن الغصب كما يتحقق بالاستقلال كذلك يتحقق بالاشراك والاشاعة  
وملك الغصب وضمان اليدي هو الاستيلاء ، فإن كان الاستيلاء على النصف فالغصب  
والضمان يكون على النصف وإن كان على الثالث فعلى الثالث وهكذا .

ولذلك لا شبهة في أن يد الشخص على نصف المدار أمارة للملكية ، أي  
ملكية النصف ، كما أن اليدي على التمام أمارة ملكية الجميع . وبالجملة صدق  
اليدي على النصف كصدقها على الجميع لا ينكر ، فهو يدل على الضمان .

(٣) لتحقق الغصب باستيلائهم في جميع تلك الصور .

والمدارس والقنطر والرباطات المعدة لنزول المسافرين والطرق  
والشوارع العامة ونحوها. والاستيلاء عليها وإن كان حراماً<sup>١</sup> ويجب  
ردها<sup>٢</sup> ، لكن الظاهر أنه لا يوجب ضمان اليد لاعيناً ولا منفعة ،  
فلو غصب مسجداً أو مدرسة أو رباطاً فانهدمت تحت يده دون  
تسبيب منه لم يضمِّن عينها ولا منفعتها<sup>٣</sup> .

(١) لأن الغصب هو الاستيلاء عدواناً على الشيء وهو ظلم والظلم قبيح  
عقلاً وحرام شرعاً بلا خلاف ولاشكال .

(٢) لأن المغصوب كله مردود كما تقدم في أحكام مطلق الغصب ; وفي قول  
ابن الحسن عليه السلام في ذكر ما يختص بالأمام : قوله صوافي الملوك ما كان  
في أيديهم على غير وجه الغصب ، لأن الغصب كله مردود [ الوسائل ، الباب  
١ من كتاب الغصب ، الحديث ٣ ] .

(٣) وذلك لأن العين والمنفعة في الأوقاف العامة مثل المساجد والمقابر  
والمدارس والقنطر والرباطات المعدة لنزول المسافرين والطرق والشوارع  
ال العامة ونحوها لا تكون لها موقف عليهم فلا تكون قابلة للإداء إليهم إما بالإضافة  
إلى العين لأن الوقف يبطل قهراً بانعدام موضوعه . فلا يكون قابلاً للإداء ، فلو  
أوقف الغاصب شيئاً نظير ماتلف بأفة سماوية يكون ايقافاً من جديد لأداءاً للوقف  
السابق إلى الموقف عليهم .

مضافاً إلى أن الجهة في الوقف عامة الناس ، وليس الجهة والعنوان مما  
يمكن الأخذ منه ، وضمان اليد يجري فيما يمكن فيها الأخذ ولازمه استيلاء شخص  
أو أشخاص عليه سابقاً ، والجهة مما لا يتصور فيها الاستيلاء فلا يتصور فيها الأخذ  
واليد وضمانه .

نعم الاوقاف العامة على الفقراء او غيرهم بنحو وقف المنفعة  
يوجب غصبها الضمان عيناً ومنفعة ، فاذا غصب خاناً او دكاناً  
او بستاناناً كانت وقفاً على الفقراء مثلاً على ان تكون منفعتها ونماذجها  
لهم ترتب عليه الضمان كغصب الم المملوك<sup>١١</sup> .

(مسألة : ١٢) لوحبس حراً لم يضمن لانفسه<sup>١٢</sup> ولا منافعه

ومن هذا يظهر الكلام في عدم ضمان المنافع ، لأن المنافع لا تكون مأخوذه  
من شخص في المقام حتى يكلف الاخذ بالرد اليه مع وجوده وجبران خسارته  
مع التلف ، فلا يجري ضمان اليد .

١) لأن العين متعلق لحق الفقراء حيثند ، فأخذه والتسلط عليه عدواً أخذ  
منهم ، والتلف تحت يد الغاصب قابل للجبران بالإضافة الى الموقف عليهم  
وهم الفقراء ، فيكون الغاصب ضامناً بمقتضى قاعدة على اليد . كما أن المنافع  
أيضاً تكون مأخوذه من الموقف عليهم وهي قابلة للاداء ، فيجري ضمان  
اليد حيثند .

٢) بلا خلاف محقق أجدده ، لعدم كونه مالاً حتى يتحقق فيه الضمان . وما  
في النافع - من أنه لو كان التلف لسببه كالموت ولدغ الحية فقولان - لم  
تتحققه ، ونحوه ماعن المفاتيح من نسبة ذلك الى القيل والكافية الى المشهور  
واذا قال في محكى المذهب والمقتصر « ان الاصحاب على خلافه » .

ولفرق في ذلك بين الصغير والكبير ، فما في الخبر « من استعار حراً  
صغيراً فعيّب ضمّن » [ الوسائل ، الباب ١٢ من موجبات الضمان ، الحديث  
٢ من كتاب الديات ] لا جابر له ولا عامل به . ومن الغريب ماعن الفاضل من  
الجزم في موضع من محكى التذكرة بعدم الضمان في مثله وتردداته في المقام .

ضمان اليد حتى فيما اذا كان صانعاً<sup>١</sup> فليس على المhabس اجرة  
صنيعته مدة حبسه .

نعم لو كان اجيرأ لغيره في زمان فحبسه حتى مضى ضمن منفعته  
الفائتة للمستأجر، وكذا لو استخدمه واستوفى منفعته كان عليه اجرة  
عمله<sup>٢</sup> ولو غصب دابة مثلاً ضمن منافعها سواء استوفاها ام لا<sup>٣</sup> .

(١) بخلاف أجره فيه ، لعدم كونها مالا قبل وقوع الاجارة عليها وقبل  
الاستيفاء . بل في الكفاية هو متطوع به في كلام الأصحاب وان عبر في التذكرة  
بلفظ القوى مشمراً باحتمال الضمان فيه ، بل في مجمع البرهان قوة ذلك ،  
لقاءدة نفيضرر مع كونه ظالماً وعادياً ، فيندرج في قوله تعالى « فمن اعتدى  
عليكم فاعتدوا بمثل ما اعتدى عليكم » [سورة البقر : ١٩٤] [« وجزاء سبعة  
سبعين » [سورة الشورى : ٤٠] وغيرهما مماثل على جواز المقاومة والعقاب  
بمثل ما عوقب تكليفاً دون الضمان الوضعي .

(٢) بخلاف ولاشكال ، لأن منفعته متقومة حينئذ ، فهو كمن أخذ مال  
غيره ، ولو لأن المنفعة المزبورة تقابل بمال حيث أن عمل الحر في الصورتين  
وقع تحت يد الغاصب فيكون ضامناً لاجرته المثل .

ولذلك جاء في الجوادر : نعم لو استأجره لعمل في زمان معين فاعتقله  
ولم يستعمله فيه استقرت الاجرة عليه قولًا واحدًا كما عن المهدب البارع ،  
ولازم فيه كما في جامع المقاصد ، ولعله بعد ارادة الاجتماع منه - الحجة  
بعد اقتضاء عقد الاجارة ملك الشمن ، وعدم الاستيفاء إنما كان لتفصير من المستأجر  
وقدفات الزمان . والاصل عدم بطلانها ، كما أن الاصل عدم قيام غير الزمان  
الذي هو متعلق العقد مقامه [الجوادر ج ٣٧ ص ٤١] .

(٣) لأن منفعتها حينئذ مضمونة عليه بمضى فاعدة اليد ، لأن العين كما هو

( مسألة : ١٣ ) لوم من حرأ عن عمل له اجرة من غير تصرف  
واستيفاء لم يضمن عمله ولم يكن عليه اجرته <sup>١</sup> .

واقع تحت اليد فكذا المنافع على ما هو التحقيق المتقدم سابقاً ، أعم من أن استوفاها أم لا ، لأنها تحت يد الغاصب ويضمحل تحت يده فيكون ضامناً لها .

كما في الجوادر : ولا كذلك لو استأجر دابة مثلاً لنقل متساع مثلاً فحبسها بقدر الارتفاع أو بذلت له كذلك فتسليها ولم يستوف لأن منفعتها حيثية مضمونة عليه فتقوم مقام المنفعة المستحقة له بعدد الأجرة ولو بالتهاجر التهري باعتبار كونه مستحفاً عليه من منفعة الدابة المزبورة لأنها مضمونة عليه في يده مقدار ما هو مستحقة له . وهو أقرب من أجرة المثل التي هي بدل ما يغدو من المنفعة لولم يكن له مقدار ماقات في يده مما هو مضمون عليه . فتأمل جيداً فإنه دقيق جداً [ الجوادر ج ٣٧ ص ٤٢ ] .

١) لأن منافع الحر كثيابه في قبضته وباقية على أصله عدم الضمان وان ظلم وأتم بحبسه أو منعه عن العمل .

وفي الممدة الدمشقية : ولو حبس الحر مدة لها أجرة عادة لم يضمن أجرته اذا لم يستعمله ، لأن منافع الحر لا تدخل تحت يده تعالى ، سواء كان قد استأجره لعمل فاعقله ولم يستعمله أم لا . نعم لو كان قد استأجره مدة معينة فمضت زمان اعتقاله وهو باذل نفسه للعمل استقرت الأجرة لذلك ( أي لاجل تفويت المستأجر على العامل وقته وهو باذل نفسه للعمل ) لالغضب ، بخلاف الرقيق لأنه مال محض ومنافعه كذلك [ الممدة الدمشقية ج ٧ ص ٢٩ ] .

ولكن يمكن أن يقال : بأن المالك في المالية العرفية أن يبذل بأذاته المال

(مسألة : ١٤) يلحق بالغصب في الضمان المقبوض بالعقد  
المعاوضي الفاسد<sup>١١</sup> أو كالمعاوضي مثل المهر. ويتحقق به المقبوض  
بمثل الجحالة الفاسدة مما لا يكون عقداً

وفي هذا الملاك لافرق بين عمل الحر وعمل العبد، فكما أن عمل العبد مال بهذا الاعتبار كذلك عمل الحر ، فعليه عدم الضمان في صورة عدم الاستيفاء وعدم وقوع الاجارة انما يكون لاجل عدم اعتبار المالية الواقعية تحت اليد في هاتين الصورتين خاصة .

١) كعقد البيع ونحوه من العقود الموجبة لانتقال الضمان الى القابض  
بخلاف أوجهه فيه ، بل هو المعروف من مذهب الاصحاب ، وفي المسالك هو  
موضع وفاق . لعموم « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » [المستدرك ، الباب  
١ من كتاب النصب ، الحديث ٤ ، وسنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥ ] .  
وقد يستدل عليها بقاعدة « كل عقد يضم بفاسد » وهذه القاعدة وعكسها  
ليستا مورداً نص أو معقد اجماع ، ولذلك فرض عدم مطابقة مضمونهما للقواعد  
والادلة أو عدم معنى صحيح لهما لأنبالي . وربما يستدل على ضمان المقوض  
بالبيع الفاسد بروايات وردت في الأمة المسرورة :

( منها ) حسنة جميل التي هي كالصحيحه عن ابى عبدالله عليه السلام في  
رجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجئه مستحق الجارية . فــ قال :  
يأخذ الجارية المستحق ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ، ويرجع على من باعه  
بشنمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه [ الوسائل ، الباب ٣٦ من أبواب  
القصاص في النفس ، الحديث ٢ ]

والاستدلال بهـا مبني على عدم كون المورد من باب استيفاء المنفعة

والأضمان الأتلاف مباشرةً أو تسببياً . وقد أشار الشيخ الأعظم قدس سره إلى دفع احتمالها بأنه نماء لم يستوفه المشترى ، وليس استيلادها من قبيل اتلاف المال بل من قبيل احداث نماء غيرقابل للملك فهو كالاتلاف لا المخالف .

ولكن ظاهر بعض الروايات أن الضمان لاجل الانتفاع ، كرواية زرارة قال : قلت لابي جعفر عليه السلام : الرجل يشتري الجارية من السوق فيو لدها ثم يجيء الرجل فيقيم البينة على أنها جاريته لم يبع ولسم يهب . فقال : يرد إليه جاريته ويعوضه بما انتفع . قال : كان معناه قيمة الولد [ الوسائل ، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد ، الحديث ٢ ] .

ولعل المفسر هو زرارة ، فيظهر منها أن قيمة الولد لاجل كون الولد من قبيل المنافع المستوفاة .

وفي رواية أخرى عن زرارة قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : رجل اشتري جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً ثم ان أباها يزعم ( ثم اتاهما من يزعم خ ل ) أنها له وأقام على ذلك البينة . قال : يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوضه في قيمة ما أصاب من لبنيها وخدمتها [ الوسائل ، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد ، الحديث ٤ ] .

وفي قوله عليه السلام « ويعوضه » احتمالان : أحد هما أن ما أصاب من لبنيها وخدمتها - أي المنافع المستوفاة منها -- جعل عوضاً من قيمة الولد ، فقدر القيمة بما أصاب منها بعيداً . والثاني ولو بملحوظةسائر الروايات أن قيمة الولد تقدر لما أصاب من اللبن والخدمة ، فقيمتها على هذا ليست لاجل استيفاء المنفعة التي هي الولد ولا بأذاء تفويت منافع الجارية ولا لاجل ضمان اليد على الجارية ويتبعه ضمان المنافع ، بل لاجل استيفاء سائر المنافع ، أي اللبن والخدمة ،

فالبيع الذى يأخذه المشتري والثمن الذى يأخذه البائع فى البيع الفاسد يكون ضمانهما كالمحضوب . سواء كانا عالمين بالفساد أو لا<sup>(١)</sup> التى يأخذها الموجر فى الاجارة الفاسدة<sup>(٢)</sup> . وكذا المهر الذى تأخذه المرأة فى النكاح الفاسد<sup>(٣)</sup> ، والجعل الذى يأخذه العامل فى

لكن لما كما كان قدرهما ربما يكون مجهولاً قدره الشارع بقيمة الولد . وكيف كان لاتدل تلك الروايات على مسامر الشين الاعظم اثباتها . نعم اطلاق حسنة جميل يقتضي الرجوع الى المثمن ولو بعد تلفه بالتلف السماوي لأن الرجوع اليه ليس عرفاً مختصاً بوجوده كما لا يخفى ، فدامت هي على المطلوب في الجملة على اشكال .

١) لأن القبض والاقباض في البيع والثمن في البيع الفاسد لا يكون على وجه المجانية بل يكون على وجه المعاوضة ، فإذا كانت المعاوضة فاسدة لا يكون اذن واباحة في المأْخوذ لامن المالك ولا من الشارع : أما من المالك فلعدم الاقباض على وجه المجانية ، وأما من الشارع فلبطلان المعاملة فحينئذ يكون مقتضى القواعد كقاعدة اليد الضمان ، وكذلك مقتضى قاعدة الاتلاف في صورة وقوع التلف من المشتري والبائع .

٢) بلا خلاف أجدده فيه ، لعموم على اليد وقاعدة من أتلف وأصالة احترام مال المسلم .

٣) كما في الجواهر : ومنه يعلم عدم اختصاص الحكم بالمقبوض للشراء المعتبر عنه بالسوم ، بل المراد منه الاعم من ذلك ، وهو كل مقبوض ، ليكون مضموناً عليه حينئذ ، فيندرج فيه قبض المرأة المال ليكون مهراً والرجل ليكون عوض خلع ونحو ذلك لاتحد المدرك في الجميع . والله العالم [الجواهر

## الجعلالة الفاسدة<sup>١</sup> .

واما المقبوض بالعقد الفاسد غير المعاوضى واشباهه فليس فيه  
ضمان ، فلو قبض المتهب ما وهب له بالهبة الفاسدة ليس عليه ضمان<sup>٢</sup> .  
ويلحق بالغصب ايضاً المقبوض بالسوم ، والمراد به ما يأخذه الشخص  
لينظر فيه او يضم عنده ليطلم على خصوصياته لكي يشتريه اذا وافق  
نظره ، فهو في ضمان آخره فلو تلف عنده ضمه<sup>٣</sup> .

ج ٣٧ ص ٧٣ [ ]

- ١) لأن مصداق من الغصب ويشمله قاعدة على اليدما أخذت حتى تؤديه  
وكذلك سائر أدلة الضمان .
- ٢) لأن تسليم العين أو المنفعة أو الحق لم يكن على وجه المعاوضة ، بل  
كان على وجه المجانية في الفرض ، فكما أن صحيح المقبوض بهذا النوع من  
العقد فاسد أيضاً لا يكون فيه الضمان .
- وبعبارة أخرى : اذن الواهب في الهبة لا يكون مقيداً بالصحيح ، ضرورة  
عدم ملاحظة ذلك لا للواهب ولا للمهتب وان زعماً أو أحدهما الصحة لكنه  
لاعلى وجه تقييد الاذن بها ، بل ليس الصادر منها الا المسمى المشترك بين  
الصحيح وال fasد الذي مقتضاه عدم الضمان .

٣) كما في الجوادر : ومنها أيضاً القبض بالسوم ، فان القابض يضمن عند  
الاكثر بل المشهور كما في المسالك وغيره ، لعموم « على اليد ما أخذت »  
المقتصر في المخروج منها على غير الفرض من الامانة . خلافاً للمحكى  
عن موضع من السرائر والمختلف والايضاح ومجمع البرهان بل في المسالك

(مسألة : ١٥) يجب رد المغصوب إلى مالكه مادام باقياً وان كان في رده مئونة بل وان استلزم رده الضرر عليه ، حتى انه لو ادخل الخشبة المغصوبة في بناء لزم عليه اخراجها وردها لوارادها المالك وان ادى الى خراب البناء . وكذا اذا ادخل اللوح المغصوب في سفينة يجب عليه نزعه ورده<sup>١)</sup>.

---

والكماءة ، وهو متوجه للاصل بعد كون القبض المزبور باذن المالك ، فيكون أمانة كالوديعة .

وفيه : منع اقتضاء ذلك عدم الضمان حتى في مثل الفرض ، خصوصاً بعد الشهرة على الضمان فيه ، بل ربما أرسلوه ارسال المسلمين ، بل المحكى عن كثير - حتى المختلف والايضاح والمسالك ومجمع البرهان - التصرير بالضمان فيما اذا دفع البائع لعبد كلي موصوف عبدين للمشتري ليتخير فأبقي أحدهما لحالقاً له بالمقبول بالسوم ان لم يكن منه ، لعموم «على اليد» [الجواهر ج ٣٨ ص ٧٢ - ٧٣] .

١) بلا خلاف في ذلك كله بيتنا ، والاجماع بقسميه عليه ان لم يكن ضرورة من المذهب ، مضافاً إلى قوله عليه السلام في النصوص السابقة «الغصب كله مردود» [الوسائل ، الباب ١ من أبواب الانفال ، الحديث ٤ من كتاب الخامس] .

والظاهر أن الحكم كذلك ولو تعسر واقتضى هدم البناء أو خراب السفينة ضرورة بقائهما على ملكه ووجوب ردها اليه فوراً وقد سمعت قول امير المؤمنين عليه السلام: ان الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها [الوسائل ، الباب ١ من كتاب الغصب ، الحديث ٥] .

الا اذا خيف من قلعه الغرق الموجب لهلاك نفس محترمة<sup>(١)</sup>  
او مال محترم لغير الغاصب الجاهل بالغصب<sup>(٢)</sup> ، والافقيه تفصيل<sup>(٣)</sup> .

ويدل عليه أيضاً حديث « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » [المستدرك ،  
الباب ١ من كتاب الغصب الحديث ٤ . وسنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥ ] .  
(١) فيجب البقاء على حاله ولو استلزم الغصب المحرم من جهة رعاية  
أهمية حفظ النفس المحترمة .

وفي الجوادر : وعلى كل حال فقد ظهر لك أنه لوأدرج لوحًا مغصوبًا في  
سفينة وجب قلعه ان لم يخف من نزعه هلاك نفس محترمة أو مال كذلك ، لأن  
كانت على وجه الأرض مثلاً أو درجه في أعلىها على وجه لم يخش من نزعه  
الغرق ، وخلاف أبي حنيفة آت هنا . وإن كانت في اللجة وخيف من النزع غرق  
حيوان محترم - آدمي أو غيره - او مال كذلك لغير الغاصب الجاهل بالغصب ففي  
القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر غيرها عدم  
وجوب النزع ، بل في مجمع البرهان لاختلاف فيه جمعاً بين الحدين ،  
ولا احترام روح الحيوان سواء كان الغاصب أو للغاصب أو غيره [ الجوادر ج ٣٧  
ص ٧٦ ] .

(٢) فحيث لا يجبر القلع والرد ، لانه ضرري على الغير ولا ضرر ولا ضرار في  
الاسلام ، فعدم الوجوب في هذه الصورة من جهة العنوان الثانوي ، وهو الضرر  
على الغير .

(٣) حيث أنه في صورة الخوف من قلعه الغرق الموجب لهلاك نفس محترمة  
وأما في صورة الخوف على مال محترم لغير الغاصب الجاهل بالغصب فيراعى  
أقوى الضرين ظاهراً ، فإن كان البقاء مستلزمًا لضرر أعظم على المغصوب منه

وهكذا الحال فيما اذا خاط ثوبه بخيوط مغصوبة ، فان للملك الزامه بردها ، ويجب عليه ذلك وان ادى الى فساد ثوبه<sup>١</sup> . وان ورد نقص على الخشب او اللوح او الخيط بسبب اخراجها ونزعها يجب على الغاصب تداركه<sup>٢</sup> . هذا اذا يبقى للمخرج والمترفع قيمة بعد ذلك ، والافاظ الظاهرة انه بحكم التالف فيلزم الغاصب بدفع البدل وليس للملك مطالبة العين<sup>٣</sup> .

يقلع ، والاقان كان القلع اعظم ضرراً على غير المغصوب منه يبقى اللوح في محله وعلى الغاصب رد مثله أو قيمته ، واما ان كان الضررين متساوين فيرجع الى القرعة لحل المشكلة وترجيع أحدضررين على الآخر .

١) وذلك من جهة قاعدة على اليد ومادل على أن المغصوب كله مردود .  
٢) وذلك من جهة اقتضاء قاعدة اليد وحرمة الاموال ، ففي الجوادر : ولو خاط ثوبه مثلاً بخيوط مغصوبة فان أمكن نزعها على وجه تصل الى مالكتها الزم الغاصب بذلك وان استلزم فساد الثوب وضمن ما يحدث من نقص [الجوادر

ج ٣٧ ص ٧٩ ] .

ونحوه في المسالك ، قال : الخيط المغصوب ان خيط به ثوب ونحوه فالحكم كما في البناء على الخشبة فللملك طلب نزعه وان أفضى الى التلف ويضمن الغاصب النقص ان اتفق ، وان لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة ، ولا يخرج بذلك عن ملك المالك كماسبق ، فيجمع بين العين والقيمة .

٣) اذ لا وجہ لمطالبة العين بعد كونه كالتالف عرفاً ويكون الغاصب ضامناً للمثل أو القيمة بدلاً عن العين بمقتضى قاعدة من اتلف ، فيكون وجوب رد

( مسألة : ١٦ ) لو مزج المغصوب بما يمكن تمييزه ولكن مع المشقة — كما اذا مزج الشعير المغصوب بالحنطة او الدخن بالذرة — يجب عليه ان يميّزه ويرده<sup>١)</sup>.

العين معناه بقاوئه ، فلا وجہ للضمان بالإضافة الى البدل ، لانه يكون حينئذ من الجمع بين العوض والمعوض ، وهو غير ممکن عرفاً وعقلاً بحسب الاعتبار . وفي الجوادر : ولو خشي تلفها بانتزاعها لضعفها ضمن القيمة كما في القواعد والدروس وغيرهما لكونه كالمعدوم باعتبار تuder رده ، وظاهرهم عدم وجوب الاراج حينئذ كما اعترف به في المسالك ، ولكن في جامع المقاصد في شرح عبارة القواعد التي هي كعبارة المصنف « ولو طلب المالك نزعها وان أفضى الى التلف وجب . ثم يضمن الغاصب النقص ولو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك ، كما سبق من أن جنائية الغاصب توجب اكثر الامرين ، ولو استواعت القيمة أخذها ولم تدفع العين » .

... وهو كما ترى مناف لظاهرهم الذي اعترف به في المسالك سابقاً ، ومن هنا جزم في مجمع البرهان بعدم وجوب النزع في مثل الفرض ، بل قال : يمكن أنه لا يجوز ، وتعين القيمة لانه بمنزلة التلف فلتزم القيمة فقط وحينئذ يمكن جواز الصلاة في ذلك الثوب المخاط ، اذا لاغصب فيه يجب رده ، كما قيل بجواز المسح بالزطوبة من الماء المغصوب الذي حصل العلم بحاله بعد الغسل وقبل المسح [ الجوادر ج ٣٧ ص ٧٩ ] .

١) كما هو مقتضى عموم قوله عليه السلام «المغصوب كله مردود» واطلاق قوله صلى الله عليه وآلـه «على اليـد ما أخذـت حتـى تؤديـه» .

(مسألة: ١٧) يجب على الغاصب مع رد العين بدل ما كانت لها من المنفعة في تلك المدة ان كانت لها منفعة ، سواء استوفاها كالدار سكنها والدابة ركبها أم لا وجعلها معطلة<sup>١</sup> .

وفي الجوادر : وكذا الكلام فيما لو مزجه مزجاً يشق تميزه كمزج الحنطة بالشعير أو الدخن بالذرة ، وحيث أنه يكلف تميزه واعادته . نعم لو بلغت حد الفساد على تقدير الارباح بحيث لا يرقى لها قيمة فلاخلاف ولا اشكال فسي وجوب تمام القيمة عليه .

ولكن هل يجبر على اخراجها ؟ ظاهر الدروس العدم ، بل في المسالك ظاهرهم عدم وجوب ردها وانها تنزل منزلة المعدومة . قلت : لكنه مناف لقاعدة «لاضرار ولا ضرار» ومناف أيضاً لملك القيمة التي هي عوض شرعى يقتضي ملكه معارضه للداعع . اللهم الا أن يقال : انها عوض مالية وان بقى هو مملوكاً ، لكنه كما ترى [الجوادر ج ٣٧ ص ٢٥ - ٢٦] .

١) لأن التحقيق أن المنافع أيضاً تقع تحت اليد كما يقع العين تحت اليد وتكون مخصوصة ، كما أن العين تصير مخصوصة ، فمقتضى عموم المخصوص كله مردود ، واطلاق «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وجوب رد المنافع ، بحيث أنها اما مستوفاة او اما تالفة فيجب رد بدلها وهو القيمة .

وعن صاحب الجوادر : وعلى كل حال فلاخلاف ولا اشكال في أن على الغاصب الاجرة ان كان مما له أجرة في العادة من حين الغصب الى حين دفع البدل ، بل الاجماع بقسميه عليه ، لما عرفة فيما تقدم من ضمان كل مآفات في يد الغاصب ولو بآفة سماوية ، اذ المنافع أموال فتضمن كالاعيان .

نعم قول ظاهر المصنف وغيره «فيما له أجرة في العادة» اخراج نحو غصب

## ( مسألة : ١٨ ) لو كانت لالعين منافع متعددة وكانت معطلة

الغم والمعز والشجر، حيث لامنفة له تستأجر عادة ، كما عن المبسوط التصريح به مع أنه قبل أن كلام الحلبي والفالضل والكركي وثاني الشهيدين في كتاب الإجارة في مسألة مالو استأجر تفاحة للشّم أو دراهم أو دنارين للزينة ، ينافي ذلك . الا أن التحقيق خلافه وإن قلنا بصحة الإجارة في مثلها ، لكنها لا تعد عرفاً اتلاف مال على الغاصب مع فرض عدم استعدادها لذلك [ الجوادر ج ٣٧ ص ١٣٨ ] .

ولكن يمكن أن يقال : بأن دليل الضمان في المقام لا يكون قاعدة الاتلاف فقط حتى يقال بأنه لا يصدق اتلاف المال في بعض الموارد ، وثانياً بأن عدم تعارف الاستييجار على منفعة خاصة لا يوجب أن لا يصدق عليه اتلاف المال ، مع أن مقتضى القاعدة الضمان في جميع المنافع وأولم يكن مـاـلاـ بـمـقـضـىـ اطلاق دليل الـيدـ .

ويدل على ضمان المنافع رواية زراره قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام الرجل يشتري الجارية من السوق فيولد لها ثم يجيء الرجل فيقييم البينة على أنها جاريتها لم يبع ولم يهب . فقال : يرداـلـهـ جـارـيـتهـ وـيـعـوـضـهـ بـمـاـ اـنـتـفـعـ [ الوسائل الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد ، الحديث ٢ ] .

وفي رواية أخرى عن زراره قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : رجل اشتري جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً ثم ان اباها يزعم ( ثم انها من يزعم خ ل ) أنها له وأنقام على ذلك البينة . قال : يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوضه في قيمتها ما أصاب من لبنيها وخدمتها [ الوسائل ، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد ، الحديث ٤ ] .

فالمدار المتنعة المتعارفة بالنسبة الى تلك العين ولا ينظر الى مجرد قابليتها البعض منافع آخر ، فمنفعة الدار بحسب المتعارف هي السكنى وان كانت قابلة في نفسها بأن تجعل محرزاً او مسكنأً لبعض الدواب وغير ذلك. ومنفعة بعض الدواب كالفرس بحسب المتعارف الركوب ومنفعة بعضها الحمل وان كانت قابلة في نفسها لأن تستعمل في ادارة الرحى والدواب ايضاً<sup>(١)</sup>.

فالمضمون في غصب كل عين هو المتنعة المتعارفة بالنسبة إليها ولو فرض تعدد المتعارف منها على نحو التبادل كبعض الدواب التي تعارف استعمالها في الحمل والركوب معاً فان لم يتفاوت اجرة تلك المنافع ضمن تلك الاجرة وان كانت اجرة بعضها أعلى ضمن الأعلى<sup>(٢)</sup> ،

---

١) وذلك لأن المتنعة المتعارفة هي التي تقع تحت اليد عرفاً وتتلاف باتفاق من الغاصب دون ما كان المغصوب قابلاً له فقط .

وفي الجوادر : لاختلاف في أن فوائد المغصوب مضمونة بالغصب ، وهي مملوكة للمغصوب منه لأنها نماء ملكه ، وان كان قد تجددت في يد الغاصب أعياناً كانت كاللبن والشعر والولد والثمر أو منافع كسكنى الدار وركوب الدابة بل الاجتماع بقسميه عليه ، بل وعلى عدم الفرق أيضاً في المنافع بين الفوائد والتقويت [الجوادر ج ٣٧ ص ١٦٦]

وعلمون أن القدر المتيقن من الاجتماع الفوائد المتعارفة .

٢) وذلك من جهة شمول قاعدة اليد والاتفاق المتنعة المتعارفة مع قيمتها الأعلى فيكون مقتضاها الضمان بالنسبة إلى الأعلى ، كما في القواعد في موضع

فلو فرض ان اجرة الحمل في كل يوم درهمان واجرة الركوب درهم  
كان عليه درهمان ، والظاهر ان الحكم كذلك مع الاستيفاء ايضاً .  
فمع تساوى المنافع في الاجرة كان عليه اجرة ما استوفاه، ومع التفاوت  
كان عليه اجرة الاعلى ، سواء استوفى الاعلى او الادنى .

---

منها والمنافع المباحة مضمونة بالفوائد تحت اليد والتقويت ولو تعددت المنافع  
كالعبد الخياط الحائث لزمها اجرة أعلىها ، ولا تجب اجرة الكل .

وفي الروضة : لو تعددت المنافع فان امكـن فعلها جملة أو فعل اكـثر من  
واحدة وجـب أجرة ما امـكـن ، والا كالخـياطة والـحـيـاـكـة والـكـتـابـة فـأـعـلـاهـاـ أـجـرـةـ .  
ولـوـ كـانـتـ الـوـاحـدـةـ أـعـلـىـ مـنـفـدـةـ عـنـ مـنـافـعـ مـتـعـدـدـةـ يـمـكـنـ جـمـعـهـاـ ضـمـنـ الـأـعـلـىـ .  
وفي المسالك : ان استعملـهاـ فـيـ الـأـعـلـىـ ضـمـنـهـاـ وـاـنـ استـعـمـلـهاـ فـيـ الـوـسـطـىـ  
أـوـ الـدـنـيـاـ أـوـ لـمـ يـسـتـعـمـلـهاـ فـقـيـ ضـمـانـ أـجـرـةـ مـتـوـسـطـةـ أـوـ الـأـعـلـىـ وجـهـانـ .

ولـكـنـ يـمـكـنـ الـايـرـادـ بـمـاـ فـيـ الـرـوـضـةـ بـأـنـ مـجـرـدـ اـمـكـنـ فعلـاـكـشـ منـ وـاحـدـ  
ماـلـمـ يـكـنـ ذـلـكـ مـتـعـارـفـاـ لـاـيـصـدـقـ التـفـويـتـ عـرـفـاـ وـلـاـوـقـوعـ الـمـنـافـعـ تـحـتـ الـيدـ ،  
بلـ يـعـدـ مـجـرـدـ فـرـضـ عـقـلـيـ غـيـرـ مـتـبـادـرـ فـيـ ذـهـنـ الـعـرـفـ مـنـ دـلـيلـ الـيدـ وـالـاـتـلـافـ .  
كـمـاـ يـمـكـنـ الـايـرـادـ بـمـاـ فـيـ الـمـسـالـكـ : بـأـنـهـ لـفـرـقـ فـيـ نـظـرـ الـعـرـفـ فـيـ تـطـيـقـ أـدـلـةـ

الضـمـانـ بـيـنـ ماـ اـذـاـ استـعـمـلـهـاـ فـيـ الـأـعـلـىـ أـوـ فـيـ الـوـسـطـىـ أـوـ الـدـنـيـاـ أـوـ لـمـ يـسـتـعـمـلـهاـ ،  
حيـثـ أـنـهـ فـوـتـ الـأـعـلـىـ عـلـىـ الـمـالـكـ ، وـمـقـضـىـ التـفـويـتـ وـالـاـتـلـافـ الضـمـانـ .  
وـمـنـ ذـلـكـ يـظـهـرـ توـضـيـحـ ماـ ذـكـرـهـ دـامـ ظـلـهـ فـيـ الـمـتنـ مـنـ أـنـهـ مـعـ التـفـاوـتـ  
كانـ عـلـيـهـ أـجـرـةـ الـأـعـلـىـ أـوـ الـأـدـنـىـ .

(مسألة : ١٩) ان كان المغصوب منه شخصاً يجحب الرد اليه او الى وكيله<sup>١</sup> ان كان كاملاً والى وليه ان كان قصرآ كما اذا كان صبياً او مجنوناً ، فلورد في الشأن الى نفس المالك لم يرتفع منه الضمان<sup>٢</sup> ، وان كان المغصوب منه هو النوع كما اذا كان المغصوب وقفاً على الفقراء وقف منفعة فان كان له متول خاص يرد اليه<sup>٣</sup> والافيرده الى الولي العام ، وهو الحاكم<sup>٤</sup> . وليس له ان يرده الى بعض افراد النوع ، بأن يسلمه في المثال المذكور الى احد الفقراء.

١) لأن المتفاهم العرفي من قوله عليه السلام «المغصوب كله مردود» الرد الى المغصوب منه او وكيله ، اذ الرد الى الوكيل - باعتبار وكتنه نزوله منزلة الموكيل - رد الى الموكيل اعتباراً ، كما أن المتفاهم العرفي من قوله صلى الله عليه وآله «على اليدي ما أخذت حتى تؤديه» الاداء الى شخص المغصوب منه او وكيله .

٢) اذ لا اعتبار بقبض الصبي والمجنون بعد كون أفعالهما ملغى عن التأثير شرعاً جماعاً نصاً كما في حديث رفع القلم، حيث أنه رفع قلم التكليف والوضع عن أفعال الصبي والمجنون حتى يحتمل ويبلغ الصبي وبيقى المجنون .

٣) لأن الولاية على المال الموقوف عليه للمتواري بمقتضى جعل الولاية والولاية له ، فالخصب تصرف في مورد سلطنته وولايته ، ورد الغصب عرفاً لا يتحقق الا بالرد اليه والتسليم له .

٤) اذ الحاكم له الولاية العامة لكل مال لم يكن له المالك ولاولي خاص بل له الولاية عليها أيضاً في طول سلطنة المالك والمتواري ، فمفهوم الرد والاداء

نعم في مثل المساجد والشوارع والقناطر بل الرباطات إذا  
غصبها يكفي في ردها رفع اليد عنها وابقاءها على حالها<sup>١</sup> ، بل  
يتحتمل أن يكون الأمر كذلك في المدارس ، فإذا غصب مدرسة  
يكفي في ردها رفع اليد عنها والتخلية بينها وبين الطلبة<sup>٢</sup> ، والاحوط

---

عرفاً في النصوص الرد والأداء إلى من له الولاية والسلطنة على المال ، لأن  
الغصب كما تقدم تصرف في سلطانولي وولايته ، ولا ينقلب عما هو عليه إلا  
بالرد والأداء إلى من له الولاية والسلطنة .

١) لأن المساجد والشوارع والقناطر بل الرباطات بحسب الطبع على حالها  
وبيد عامة الناس ، فيدخلون ويصلون في المساجد بدون الردع عنهم ، كما  
أنهم ينزلون الرباطات في أثناء الطريق وأبوابها مفتوحة لكل أحد ينزل من  
السفر ويدخل فيه للاستراحة أثناء الطريق .

وفي الشوارع والقناطر كانت السيرة على مرور كل أحد عليهمما من دون  
المنع عن أحد ومن دون الاستجازة من أحد وكأنه بيده كل الناس وسلطتهم  
والرد والأداء عرفاً ليس إلا ارجاعها إلى ما كان عليها قبل الغصب ، فحيث أن  
هذه الأشياء تحت يد عموم الناس عادة وبحسب السيرة فالرد في أمثال ذلك  
لا يكون الابتخلية اليد عنها وابقاءها على حالها .

٢) لأن السيرة في كثير من المحوظات العلمية والمدارس كان على سكونة  
الطلاب فيها ، فالغصب في أمثال ذلك عرفاً ربما يكون غصباً من الطلاب ،  
لان الغرف كانت تحت يدهم وسلطتهم ، والمدرسة عبارة عن مجموع الغرف  
والصحن وسائر المرافق .

الرد الى الناظر الخاص<sup>(١)</sup> لو كان ، والافالى الحاكم . هذا اذا غصبها ولم يكن فيها ساكن ، والا فلا يبعد وجوب الرد الى الظبة الساكنين فيها حال الغصب ان لم يعرضوا عن حقهم .

(مسألة : ٢٠) اذا كان المغصوب والمالك كلاهما في بلد الغصب فلا شكل<sup>(٢)</sup> . وكذا ان نقل المال الى بلد آخر و كان المالك في بلد الغصب فانه يجب عليه عود المال الى ذلك البلد و تسليمه الى المالك<sup>(٣)</sup> ، واما اذا كان المالك في غير بلد الغصب فان كان في بلد المال فله الزمامه بأحد الامرين : اما بتسليميه له في ذلك البلد ، واما بنقله الى بلد الغصب<sup>(٤)</sup> .

---

١) لأن الولاية للطلاب ينتهي الى الناظر الخاص لو كان والا فالى الحاكم والغصب كما تقدم تصرف في سلطان من له السلطة .

٢) في أنه يرد المال الى المالك في بلد الغصب وبه يتحقق الاداء والرد الذي هو غاية الضمان في الغصب والتسلط على مال الغير عدواً .

٣) لأن مقتضى الرد والاداء الذي هو غاية الضمان عود المال الى ذلك البلد وتسليميه الى المالك ، وبدونه لا يتحقق الاداء الذي هو مسقط للضمان .

٤) وذلك لأن المراد بالرد والاداء - في قاعدة المغصوب مردود وقاعدة على اليد ما اخذت حتى تؤديه - ان كان الرد والاداء الى المالك ، فوجوب الرد واضح ، اذ المفروض أن المال موجود في بلد المالك وهو يتطلب منه فلا وجه لعدم الرد اليه . مع أن ما يطلبه مصداق الرد والاداء . وأما ان كان المراد

وهل له الزامه بنقل المال الى البلد الذي يكون فيه المالك ؟

الظاهر انه ليس له ذلك ١١ .

من الرد والاداء ارجاع الشيء الى المحل الذي أخذه منه ، فعدم الرد اليه في ذلك البلد نفي لاحترام ماله وسلب لسلطانه ، والناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم وحرمة مال المسلمين كحربة دمه .

وأما ان لم يطلب المالك بل يطلب الرد اليه في بلد الغصب ، لأن الرد والاداء يتوقف على القبض والاقباض ، ولا دليل على وجوب الاقباض على المالك في غير بلد الغصب ، فله أن لا يقاض الا في بلد الغصب . فمحبتهذ تعين مصداق الرد والاداء الى المالك في تسليم المال الى المالك في بلد الغصب خاصة ، ويجب بمقتضى قاعدة اليد وقاعدة المخصوص بردود لا يسقط الضمان الا بذلك .

وفي الجوواهر : اذا نقل المخصوص الى غير بلد الغصب لزمه اعادته ان كان مالكه فيه بغير اشكال لتوقف الاداء والرد على ذلك ، أما لو كان مالكه في غيره وجاء به الغاصب اليه ففي المسالك « تخير المالك بين أن يقاضه حيث يدفعه اليه وبين أن يأمره بالرد الى المكان الذي غصبه فيه ، لانه عادي بذلك ، فكان الرد عليه حيث يطلب المالك ولو أن يأمره برده الى بعض المسافة ، بل هو أولى » [الجوواهر

ج ٣٧ ص ٢٢١ ] .

١) لانه شيء زائد على طبيعة الرد والاداء الى المالك ، وهو ما غير مقتضيـان لذلك ، فمقتضى الاصل عدم وجوبه ، خصوصاً بعدما قالوا بأن المراد من الرد ارجاع الشيء الى المحل الذي أخذه منه ، وخصوصاً بعد الاغتصاب بفتوىـ من وقفنا عليه من الصحابة .

١) لأن الواجب على الغاصب رد عين المغصوب إلى المالك ما دام موجوداً بمقتضى عموم «المغصوب كله مردود» واطلاق «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، فليس للمالك الزام الغاصب بأداء غير نفس العين ما دام موجوداً .  
نعم حيث أنه ورد نقص على المغصوب تنزل ماليته يجب على الغاصب جران هذا النقص بمقتضى قاعدة اليد، حيث أن الظاهر منه أداء المأخذوذ إلى مالكه بتمامه وكماله ، فإذا ورد نقص على الشيء وعيوب نقص ماليته لا يمكن رد خصوصية من خصوصيات المأخذوذ ، فتنقل الوظيفة إلى أداء بدله وهو القيمة .  
وفي الجوادر : ولو حدث في المغصوب مستقر لسرالية له - مثل تسوييس التمر أو تخريب الثوب - رده مسع الارش ، سواء كان بفعل الغاصب أو غيره، وسواء زال معه الاسم أو غيره بلا خلاف أجده فيه بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه، بل هو مقتضى وجوب رد المغصوب وضممان مافات منه المستفادين من العقل والكتاب والسنة والاجماع .

خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة من أنه اذا غير الغاصب المغصوب تغييراً أزال  
به الاسم والمنفعة المقصودة منه - كما اذا قطع الشوب او طحن الحنطة مثلاً -  
ملكه وضمن قيمته للملك ، بل عنه لودخل لص دار رجل فوجد بغلان وطعماماً  
ورحي فضimed البغل وطحن الطعام ملك الدقيق ، فان انتبه صاحب الدار بعد ذلك  
كان للص ، قتاله عن دقique ، فان أتى الدفع عليه فلا ضمان على اللص . وهو كماترى

ولا فرق على الظاهر بين ما كان العيب مستقرًا وبين ما كان مما يسرى ويترافق شيئاً حتى يتلف المال بالمرة <sup>(١)</sup>.

(مسألة : ٢٢) لو كان المغصوب باقياً لكن نزلت قيمته السوقية رده ولم يضمن نقصان القيمة <sup>(٢)</sup> ما لم يكن ذلك بسبب نقصان في العين .

---

مناف لقاعدة بقاء الملك ، بل وللمعلوم من الشرع . والله العالم [ الجوادر ج

٣٧ ص ٨٢]

١) وذلك لاطلاق ما تقدم من الوجه في صدر المسألة . نعم في الجوادر: ولو كان العيب غير مستقر بل سار لا يزال يزداد الى ال�لاك كعفن الحنطة ، قال الشيخ في المحكي من مبسوطه : الأقوى أنه يضمن قيمة المغصوب لأنه بشرفه على التلف صار كالمستهلك فيضمن الغاصب حينئذ مثله أو قيمته ، بل مقتضى ذلك بناءً على ما قدمناه كون المغصوب ملكاً للغاصب ، وعن التذكرة أنه أظهر قوله الشافعية . لكن قال المصنف : ولو قيل برد العين مع أرش العيب الحاصل ثم كلما ازداد دفع ارش الزيادة حتى يهلك كان حسناً وان فعل ذلك المالك عناداً لعدم كونه تالفاً حقيقة بل جزم به كل من تأخر عنه . . . [ الجوادر ج ٣٧ ص

٧٣]

٢) بلا خلاف أجده فيه بينما ، وفي المسالك نسبة الى اكثر أهل العلم ، لأن الفائت رغبات الناس ، لاشيء من المغصوب . خلافاً لشذاذ من العامة ، وخصوصاً إذا فاتت القيمة ثم عادت الى ما كانت وقت الغصب . نعم لو كان التفاوت بسبب نقصان في العين ضمن ذلك .

(مسألة : ٢٣) لو تلف المغصوب او ما يحكمه كالمغصوب بالعقد الفاسد والمغصوب بالسوء قبل رده الى المالك ضمنه بمثله ان كان مثلياً وبقيمة ان كان قيمياً<sup>١١</sup> ، وتعيين المثل والقيمي موكل الى العرف . والظاهر ان المصنوعات بالمكان في هذا العصر مثيلات او بحكمها ، كما أن المحبوبات والادهان وعقاقير الادوية ونحوها

١) بلا خلاف معتمد به أجرده فيه كما اعترف به بعضهم ، بل هو من قطعيات الفقه ، كما يومئ اليه أخذه مسلماً في سائر أبوابه ، وفي جامع المقاصد الاجتماع عليه ، وفي غاية المراد أطبق الاصحاح على ضمان المثل بمثله الاما يظهر من ابن الجنيد . فانه قال : «إن تلف المضمون ضمن قيمته أو منه ان رضي صاحبه» ولعله يزيد القيمي والمراد من ضمانه بمثله عدم تسلط المالك على الزامه بالقيمة لو أرادها ، كما أنه لا تسلط للغاصب على الزام المالك بقبول القيمة لوبذلها .  
وأما استفادة ذلك من الأدلة فانما هي من وجوه :

(منها) أن مقتضى اطلاقات أدلة الضمان الواردة في المحبوبات والامانات المفترط فيها وغير تلوك المقامية – اي كالما يجب رده الى ما هو المعترف عند الناس – ومن المعلوم أن المعترف عندهم رد العين مع بقائهما ورد ما هو الأقرب اليها بعد عدم امكان ردها . والأقرب هو المثل لكونه تدار كالمالية والخصوصيات الفائنة التي تختلف بها الرغبات .

وفي صورة عدم امكان رده أيضاً لعدم المماثل يراعى ما هو الأقرب الى التالف بعد المثل وهو القيمة من الامانات ، لأن غيرها مشتمل على خصوصيات غير متمولة مغاير لخصوصيات التالف ، ومعلوم أن غير المشتمل على خصوصيات

مثيليات ، وأنواع الحيوان ، كذا الجوادر ونحوها قيميات<sup>١١</sup> .

المغايرة أقرب من المشتمل عليها . وفي المقام وجوه آخر مذكورة في كتب المعاملات .

١) وتوضيح ذلك أن المثل والقيمة لم يرد فيها اصطلاح خاص من الشرع ولا يكون فيما حقيقة شرعية فلذلك يكون المرجع في تشخيصها إلى العرف .

ولذلك قال المقدس الارديلى بعد أن أشـكل ما ذكره من تعاريف المثلـيـ ما حاصلـهـ منـ انـ تـحـقـيقـهـ مشـكـلـ جـداـ،ـ وـهـوـ بـمـبـنىـ أحـكـامـ كـثـيرـةـ .ـ وـالـذـيـ تـقـضـيـهـ القـوـادـعـ أنهـ لـفـظـ عـلـيـهـ أحـكـامـ بـالـاجـمـاعـ وـالـكـتـابـ وـالـسـنـةـ وـلـيـسـ لـهـ تـفـسـيرـ فيـ الشـرـعـ ،ـ وـماـ ذـكـرـ مـجـرـدـ اـصـطـلـاحـ ،ـ فـيمـكـنـ أـنـ يـحالـ إـلـىـ الـعـرـفـ ،ـ وـهـوـ كـلـ مـاـيـقـالـ إـنـلـهـذـاـ مـثـلاـ عـرـفـاـ يـؤـخـذـ بـهـ ،ـ فـانـ تـعـذرـ أـوـلـمـ يـكـنـ أـصـلـاـ فـالـقـيـمةـ .ـ

نعم اعترض عليه صاحب الجوادر بقوله قلت : لكن ذلك كله كماتـرىـ مخالف للجماع بقسميه ،ـ بـلـ وـلـمـ هوـ كـضـرـوريـ الفـقـهـ بـيـنـ الـعـامـةـ وـالـخـاصـةـ فـيمـكـنـ أـنـ يـقـالـ بـمـلـاحـظـةـ ذـكـرـ وـمـلـاحـظـةـ الـأـمـرـ بـالـقـيـمةـ فـيـ الـحـيـوـانـاتـ وـالـمـنـافـعـ وـالـسـفـرـةـ الـمـلـقـطـةـ فـيـ الـطـرـيـقـ وـكـانـ فـيـهـ بـيـضـ وـلـحـمـ وـغـيـرـهـماـ .ـ

وـغـيـرـذـكـرـ مـمـاـ وـرـدـ فـيـ الـأـمـرـ بـالـقـيـمةـ وـلـهـ أـمـثـالـ عـرـفـيـةـ ،ـ إـنـهـ لـاـيـرـادـ المـثـلـ عـرـفـيـ بلـ هوـ شـئـ فـوـقـ ذـكـرـ وـهـوـ الـمـمـائـلـةـ فـيـ غالـبـ مـالـهـ مـدـخـلـيـةـ فـيـ مـالـيـةـ الشـئـ لـالـمـمـائـلـةـ مـنـ كـلـ وـجـهـ الـمـتـعـدـرـةـ وـلـامـطـلـقـ المـثـلـ عـرـفـيـ الذـيـ يـطـلـقـ مـعـ وـجـودـ جـهـةـ الشـبـهـ فـيـ الجـمـلةـ ،ـ وـهـذـاـ لـاـيـكـونـ إـلـاـفـيـ الـأـشـيـاءـ الـمـتـسـاوـيـةـ الـمـتـقـارـبـةـ فـيـ الصـفـاتـ وـالـمـنـافـعـ وـالـمـعـلـومـ ظـاهـرـهـاـ وـبـاطـنـهـاـ .ـ

وـمـنـ هـنـاـ كـانـ الـحـيـوـانـ قـيـمـيـاـ ،ـ باـعـتـبارـ أـنـ وـجـدـ لـهـ مـثـلـ عـرـفـاـ وـلـكـنـ لـمـ

( مسألة : ٢٤ ) انما يكون مثل الحنطة مثلياً اذا لوحظ اشخاص كل صنف منها على حدة ولم يلاحظ اشخاص صنف مع اشخاص صنف آخر منها مبائن له في كثير من الصفات والخصوصيات ، فاذا تلف عنده مقدار من صنف خاص من الحنطة يجب عليه دفع ذلك

---

يعلم باطنه المختلف أشد الاختلاف ، وكذا الثوب بل والارض التي فيها قطع متجاورات والمنافع المختلفة كل الاختلاف باعتبار الاستيفاء وفرض وجود المثل المنطبق على المعنى المصطلح في بعض الافراد لا يوافق اطراد قواعد الشرع ، فلذا كان المدار على النوع بل الصنف .

وبذلك يتضح لك المراد في تعريف المشهور كما في المسالك وغيره للمثلي بأنه هو ما يتساوى قيمة أجزائه ، وزاد بعضهم التمثيل بالحنطة والشعير وغيرهما من الجبوب والادهان وما أشبه ذلك [ الجواهر ج ٣٧ ص ٨٨ - ٨٩ ] .

والذى ينبغي أن يقال : بعد ما لم يرد من الشارع تفسير للمثلي والقيمي قطعاً فيكون المرجع إلى العرف بل لو لم يردد لفظ المثلي والقيمي أيضاً في لسان الشرع، بل أمر بأداء القيمة في بعض الموارد، وذلك لا يوجب اتخاذ تفسير جديد للمثلي والقيمي، بل مقتنصى أدلة الضمان أداء المغصوب إلى المغصوب منه، ومصداق ذلك المفهوم وتطبيق المفهوم ذلك العنوان على مورده انما يكون إلى العرف.

نعم في مورد أمر الشارع بدفع القيمة ولم يكن في المورد خصوصية نلتزم بدفع القيمة في نوعه ، والا فالمرجع في كيفية الأداء إلى العرف ، ففيما يرى الأداء بمثله ويرى وجود المثل للتاليف يكون المأمور به أداء المثل ، وفيما لا يرى الأداء إلا بالقيمة يكون المأمور به هو القيمة ، فيختلف ذلك بحسب الموارد.

المقدار من ذلك الصنف لاصنف آخر . نعم التفاوت الذى بين اشخاص ذلك الصنف لاينظر اليه . وكذلك الارز ، فان فيه اصنافاً متفاوتة جداً ، فأين العبر من المحوزاوي او غيره ؟ فاذا تلف عنده مقدار من العبر يجب عليه دفع ذلك المقدار لامن غيره ، وكذلك الحال في التمر واصنافه والادهان وغير ذلك مما لا يحصى <sup>١</sup> .

(مسألة : ٢٥) لو تعدد المثل في المثلى ضمن قيمته <sup>٢</sup> ، وان

١) وذلك لاعتبار المماثلة عرفاً ، ولاشك فسي أن العرف لا يرى المماثلة بين اصناف نوع واحد مع الاختلاف الكبير في الخصوصيات ورغبات الناس . وفي الجوادر : مماذ كرنا يعلم اندفاع ما أورد في مجمع البرهان بأنه ان أريد التساوي بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف اذ مامن شيء الاول وأجزاءه مختلفة في القيمة في الجملة مثل الحنطة والشعير وجميع ما قبل انه مثلي ، فان قفيزاً من الحنطة يساوي عشرة وآخر يساوي عشرين ، وان أريد التساوي في الجملة فهو في القيمي أيضاً موجود، مثل الارض والثوب ونحوهما وان أريد مقداراً خاصاً فهو حواله على مجهول .

قلت : قد عرفت أن المراد المساواة في غالب ماله مدخلية في المالية وتفاوت أفراد الحنطة وان كان معلوماً لا أنك قد عرفت المساواة في اشخاص الاصناف ولا يكفي الاتحاد في اسم النوع المتنافي لقاعدة لاضرر ولا ضرار وغيرها [الجوادر

ج ٣٧ ص ٨٩] .

(٢) بلا خلاف ولاشك ، لأن مقتضى عموم «المغصوب كله مرسدود» [الوسائل ، الباب ١ من ابواب الانفال ، الحديث ٤ من كتاب الخامس]

تفاوتت القيمة وزادت ونقصت بحسب الأزمة ، لأن كان له حين الغصب قيمة وفي وقت تلف العين قيمة ويوم التعدر قيمة واليوم الذي يدفع القيمة إلى المغصوب منه قيمة ، فالمدار هو الأخير ، فيجب عليه دفع تلك القيمة ، فلو غصب منها من المحتلة كان قيمتها درهمين فألتفلها

---

وكذلك مقتضى اطلاق قاعدة على اليد وجوب اداء المغصوب ورده إلى المغصوب منه ، ومعلوم أنه يكون الاداء والرد عند العرف عند تعذر المثل في المثل باداء القيمة .

بل ربما يظهر من الاخبار ضمان الاشياء بالقيمة مطلقاً مثالية كانت أم قيمة متعددة المثل كانت أملاً ، ولا بد من الخروج عن مقتضاه من دليل مخرج . والظاهر أن المثل الذي وجد مثلاً خارج عنها ، ويكون ضمانه بالمثل كما ادعى الاجماع عليه .

وقال صاحب الجوادر : انه من قطعيات الفقه . وعن غاية المراد : أطبق الاصحاب على ضمان المثل بالمثل الاما يظهر من ابن الجنيد . وأما الروايات الدالة على ذلك فكثيرة :

( منها ) موثقة سماعة قال : سأله عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبي فقال : هذا فساد على أصحابه يقوم قيمة ويضمن الثمن الذي أعتقه لانه أفسد على أصحابه . وقوله منها صحيحه الحلبى عن أبي عبد الله عليه السلام [ الوسائل ] الباب ١٨ من كتاب العنق ، الحديث ٥ - ١ ] اذ يظهر من التعليل أن ضمان الثمن معلول افساد مال الغير مطلقاً ، ولا يختص بهذا النحو من الافساد في الجملة كما هو واضح .

( ومنها ) صحيحه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال :

فى زمان كانت الحنطة موجودة وكانت قيمتها ثلاثة دراهم ثم  
تعذرت وكانت قيمتها أربعة دراهم ثم مضى زمان وارد أن يدفع  
القيمة من جهة تفريغ ذمته وكانت قيمة الجنطة فى ذلك الزمان  
خمسة دراهم يجب دفع هذه القيمة<sup>١١</sup>.

---

سألته عن بختى مغتلام قتل رجلا فقام أخو المقتول فعقر البختى وقتله ما حاله؟  
قال : على صاحب البختى دية المقتول ولصاحب البختى ثمنه على الذي عقر  
بختيه . وقربىب منها صحيحه الحلبي [ الوسائل ، الباب ١٤ من ابواب موجبات  
الضمان ، الحديث ٤ - ١ ] ومقتضى اطلاقهما عدم الفرق بين ما وجد مثل أولا  
وليس غلبة فقدان المثل بحد توجب الانصراف .

( ومنها ) موثقة السكونى في قضية السفرة المطروحة فيها « فان جاء طالبها  
غرموا له الثمن » [ الوسائل ، الباب ٢٣ من كتاب اللقطة ، الحديث ١ ] وفيها  
« فان جاء طالبها غرموا له الثمن » فان التغريم بالقيمة مع أن بعض ما فيها من  
قبيل المثاب دليل على أن الضمان مطلقاً بالقيمة . الا أن يقال : ان ذلك تبعد  
خاص في المورد للذنب في الأكل ، فهو ضمان جعلى لاجل جواز الأكل ،  
فيستقر بالأكل .

وعليها روایات أخرى أعرضنا عن ذكرها رعاية للاختصار .

١) وذلك لأن الضمان والعقد بمقتضى قاعدة على اليد يتعلق بنفس ما  
أخذت ، وأداء القيمة أداء لنفس ما أخذت بتزيل واعتبار عند المعرف ، واداؤه بالقيمة  
يوم الدفع هو أداء ذلك الشيء عرفاً . وأما إداء قيمة يوم القبض أو يوم التلف

أو يوم الاعواز وغير ذلك من الايام لا يكون أداءً لنفس الشيء اعتباراً مع الاختلاف في القيمة .

قال سيدنا الاستاذ دام ظله في المقام: ثم ان الاعتبار في القيمة اما أن يكون بيوم الاداء وهذا هو الاقوى لو قلنا بأن العين في المضمونات على العهدة اما بشخصيتها أو بمطلق خصوصياتها أو بخصوص صياتها الدخيلة فسي الغرامات أو قلنا بأن المثل على العهدة حتى في القيميات، لما قلنا بأن العهدة اذا اشتغلت بالعين او المثل لابد من الخروج عنها، وهو بأداء قيمة يوم الاداء ، فانها نحو اداء لهما. وأما أداء قيمة الايام السائفة أو المستقبلة فلا يبعد أداءً اذا نقصت القيمة عن يوم الاداء وأداء وزيادة اذا زادت [كتاب البيع ج ١ ص ٤٠٤] .

وقال صاحب الجوادر : وعلى كل حال فالمراد قيمته يوم الاقباض - أي حينه -- لا يوم الاعواز ، ولا أقصى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف ، ولا أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب الى الاعواز ، ولا أقصى القيم من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة ولا أقصاها من وقت انقطاعه واعوازه الى وقت المطالبة، ولا أقصاها من وقت تلف المغصوب الى وقت المطالبة ، ولا قيمته يوم التلف ، ولا قيمته يوم المطالبة ولا أنه ان كان متنطعاً في جميع البلاد فالاعتبار بقيمة يوم الاعواز وان كان في تلك البقعة فالاعتبار بقيمة يوم الحكم بالقيمة .

بلغخلاف أجده في شيء من ذلك بيننا ، وانما بعضها وجوه وبعضها أقوال للعامة . نعم في الايضاح ان الاصح ضمانه أقصى القيم من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة ، ولم نعرفه لغيره . بل هو مبني على وجوب ضمان أعلى القيم في المغصوب ، وستعرف ضعفه [المواهر ج ٣٧ ص ٩٤ - ٩٥] .

( مسألة : ٢٦ ) يكفي في التعذر الذي يجب معه دفع القيمة  
فقدانه في البلد وما حوله مما ينفل منه إليه عادة <sup>١</sup> .

نعم في صحيحة أبي ولاد ما يدل على أن الاعتبار بالقيمة يوم الغصب ، ولكنه  
أجنبي عن المقام ومر بوط بالضمان في القيميات المثلية الذي هو المبحوث  
عنه ، واليتك نص هذه الصحيحة :

عن أبي ولاد قال : أكثريت بغلًا إلى قصر ( ابن أبي هبيرة ) ذاهبًا وجائياً  
بكذا وكذا ، وخرجت في طلب غريم لي ، فلما صرت قريب ( قطرة الكوفة )  
خبرت أن صاحبى توجه إلى ( النيل ) ، فتوجهت نحو ( النيل ) فلما أتيت  
( النيل ) خبرت أنه توجه إلى ( بغداد ) فاتبعته ، فظفرت به ورجعت إلى ( الكوفة )  
إلى أن قال : فأخبرت أبا عبدالله عليه السلام فقال : أرى لـه عليك مثل كراء  
البغل ذاهبًا من الكوفة إلى النيل ، ومثل كراء البغل من النيل إلى بغداد ، ومثل  
كراء البغل من بغداد إلى الكوفة وتوفيه إياه . قال : قلت : جعلت فداك قد  
علفته بدرارهم فلي عليه علفه ؟ قال : لا لأنك غاصب .

فقلت : أرأيت لو عطبه البغل أو نفق أليس كان يتلزمني ؟ قال عليه السلام :  
نعم قيمة بغل يوم خالفته . قلت : فان أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر . فقال  
عليه السلام : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده . إلى آخر الحديث  
[ التهذيب الطبعة الحديثة الجزء ٧ ص ٢١٥ - ٢١٦ الباب الثاني كتاب التجارة  
الحديث ٢٥ ] .

١) لأن المراد بالتعذر في معقد الأجماع ليس التعذر العقلي ، بل المراد به  
التعذر العرفي . ولاشك في أنه يصدق التعذر العرفي في مورد فقدان الشيء في  
البلد وما حوله مما ينفل منه إليه عادة .

(مسألة : ٢٧) لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل وجب عليه الشراء ودفعه إلى المالك مالم يؤدى إلى المخرج<sup>١</sup>.

مع أن مقتضى اطلاق النصوص كمانقدم لزوم دفع القيمة في مورد الضمانات مطلقاً، خرجنا عنه في المثليات بالاجماع . وحيث أن الاجماع دليل أبى نقصصر بالقدر المتيقن منه ، وهو ما يوجد مثله في البلد وما حوله ، وفيباقي نرجع إلى اطلاق الأدلة .

كما في التذكرة : « والمراد بالفقدان أن لا يوجد في ذلك البلد وما حواله » وزاد في المسالك كما في المتن « مما ينقل منه إليه عادة كما بين في انقطاع المسلم فيه » ، ونحوه عن الكفاية . ومرجعه إلى ما عن جامع المقاصد من أن المرجع فيه إلى العرف .

وعن صاحب الجواهر اعتراضأ عليه : وفيه أنه ليس في شيء من الأدلة العنوان بذلك حتى يرجع إليه ، بل مقتضى تكليف الغاصب بالاشق لزوم تحصيل المثل ولو من البلاد النائية التي لا ينقل منها عادة إن لم يستلزم التكليف بالمحال . ولعله لهذا قال في التحرير وغيره « لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل فالوجه وجوب الشراء ». وفيه أنه مناف لمادل على نفي الضرار والخرج في الدين ، والخروج عنه في خصوص رد العين المغصبة لا يقتضي الخروج عنه في مثلها ، فالمتجه جعل المدار على ذلك . والله العالم [ الجواهر ج ٣٧ ص

٩٦ - ٩٧ ]

١) وذلك لما سمعت عن التحرير وغيره ، ويقتضيه اطلاق معقد الاجماع بل بمقتضى اطلاق على اليد وقاعدة المغصوب كله مردود ، حيث أنهما يقتضيان رد الشيء بنفسه ورد المثل رد وادع للمغصوب في فرض التلف . ولا يجوز التمسك

(مسألة : ٢٨) لو وجد المثل ولكن تنزلت قيمته لم يكن على الغاصب الا اعطاؤه وليس للمالك مطالبه بالقيمة ولا بالتفاوت ، فلو غصب منها من الحنطة في زمان كانت قيمتها عشرة دراهم وانتفها ولم يدفع مثلها قصوراً او تقصيراً إلى زمان قد تنزلت قيمتها وصارت خمسة دراهم لم يكن عليه الاعطاء من من الحنطة <sup>١</sup> ، ولم يكن للملك مطالبة القيمة ولا مطالبة خمسة دراهم مع من من الحنطة بل ليس له الا الامتناع عن الاخذ فعلاً وابقاءها في ذمة الغاصب الى أن تترقى القيمة اذا كان الغاصب يريد الاداء وتفریغ ذمته فعلاً <sup>٢</sup> .

بفاعة لاضرر في المقام ، لأن نفي الضمان به معارض للزوم الضرر على المالك .  
نعم اذا كان حرجياً يرفع بدليل نفي الحرج .

١) وذلك كله لأن مقتضى قاعدة «المغصوب كله مردود» وقاعدة «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وقاعدة الانلاف أداء المثل في المثلثات عند تختلف المغصوب ، وبأداء المثل ورده ينتهي غایة الضمان ولم يكن مقيداً عند العرف ببقاء ماليته بتمامه وكماله ، كما أنه لا يتفاوت في ذلك لوزادت قيمته السوقية . فالمستفاد من أدلة الضمان في المثلثات ليس الانفس أداء المثل من دون التقييد بشيء آخر من بقاء خصوصياته من جهة القيمة وغيرها ، ولا زمه عدم جواز مطالبه القيمة للملك ولا جواز مطالبة التفاوت بعد رد المثل .

وذلك كما اذا كان نفس العين باقية من دون حدوث شيء فيه الانزال قيمته السوقية ، فإنه حينئذ لا يجب الارده فقط ، ولا يضمن القيمة السوقية ولا التفاوت بلا خلاف أجده فيه بيننا ، بل في المسالك نسبة الى أكثر أهل العلم ، لأن الفائت رغبات الناس لاشيء من المغصوب .

٢) لأن مقتضى اطلاق النصوص ومعقد الاجماع أنه ليس عليه الا أداء

( مسألة : ٢٩ ) لوسقط المثل عن المالية بالمرة من جهة الزمان او المكان فالظاهر انه ليس للغاصب الزام المالك بأخذ المثل ، ولا يكفى دفعه في ذلك الزمان او المكان في ارتفاع الضمان لولم يرض به المالك ، فلو غصب ثلجاً في الصيف واتلفه واراد أن يدفع إلى المالك مثله في الشتاء او قربة ماء في مفازة فأراد ان يدفع اليه قربة ماء عند الشط ليس له ذلك <sup>(١)</sup> .

---

المثل من دون مدخلية شيء آخر ، ولازمه عدم جواز امتناع المالك من الاخذ وابقاؤها في ذمته الى أن تترقى .

١) وذلك لأن دليل اليد كما هو شامل لنفس الشيء المأخوذ غصباً كذلك شامل للاو صاف الدخلية في الرغبات وزيادة القيم ، فكمما أن أصل الشيء مضمون إلى الاداء كذلك الاوصاف ، من غير فرق بين المحقيقة وغيرها او قوعها تحت اليد تبعاً . وهذا غير اختلاف القيمة السوقية فقط .

فازالة الصفة الدخلية في المالية اذا كانت مضمونة لا يفرق فيها ما بين الصفات الحقيقة والاعتبارية والاضافة الدخلية في المالية ، فنقل الماء من المفازة إلى شاطئ الدجلة سلب لصفة دخلية في التقويم وازالت تلك الصفة كازالة الخلية اتلاف للمال ومشمول لدليل الاتلاف .

قال صاحب الجوادر : قد ينقدح من ذلك أن على الغاصب ضمان المثل وان خرج بالزمان أو المكان عن التقويم ، كما او اتلف عليه ماءاً في مفازة ثم اجتمعوا على نهر ، او اتلف عليه جمداً في الصيف ثم اجتمعوا في الشتاء ، وان ذكر فيه في القواعد احتمالين ثانبيهما أن عليه قيمة المثل في تلك المفازة أو

وللمالك الامتناع ، فله ان يصبر و يتظر زماناً او مكاناً آخر فيطال بها  
بالمثل الذى له القيمة<sup>١)</sup> .

الصيف من دون ترجيح ، بل في الدروس قوة الاحتمال الثاني ، بل لعله خيرة الفخر ، بل هو خيرة الفاضل في التذكرة ، بل في جامع المقاصد نسبة الى اختيار الأصحاب وغيره وانه لم يحيد عنه ، وان كناله نعش على من تعرض له بالخصوص غير من عرفت .

لكن قد عرفت أن الثابت في ذمته المثل ، كما هو مقتضى اطلاق الفتوى ومعقد الاجماع والمكان والزمان لامدخلية لهما في حقيقة المثلية وقاعدة الضرار مشتركة بينه وبين المالك وأخذه باشغال احوال انماهو في رد العين المخصوصة للمثال ، ولذا صرخ في جامع المقاصد بل لعله ظاهر غيره أيضاً بعدم ضمانه غير المثل لوبقي له قيمة في الجملة في غير المكان المزبور ، وانما ذلك حيث لا يكون له قيمة [الجواهر ج ٢٧ ص ٩٨ - ٩٩] .

ولكن يمكن أن يقال - مضافاً الى ما تقدم - : ان الثابت على الذمة في جميع موارد الاتلاف القيمة على ما هو المستفاد من النصوص ، وتعلق الضمان بالمثل في المثليات انما هو بالاجماع ، وهو في غير المقام ، حيث أنه يظهر من كلماتهم أن عدم الضمان بالمثل فيما لم يبق له مالية متسالمة عليها بينهم . كما أن مقتضى قاعدة لا ضرر أيضاً نفي الضمان بالنسبة الى المثل للمالك فعلاً ، ودعوى أنه مشترك بين المالك والغاصب من نوع ، لأن القاعدة تبني الضرر المساوي للظلم والاعتداء كما هو المتفاهم عرفاً ، وتعلق الضمان بالقيمة في المقام لا يكون ظلماً وعدواناً على الغاصب .

١) وذلك لازمه اعتداء بالمثل ، وهو جائز بمقتضى قوله تعالى « فمن اعتدى

وله ان يطالب الغاصب بالقيمة فعلاً كما في صورة تعذر المثل<sup>١</sup>  
وحيثندفهل يراعى قيمته في زمان الغصب ومكانه؟ المسألة مشكلة<sup>٢</sup>.  
فالاحوط التخلص بالتصالح .

(مسألة : ٣٠) لو تلف المغصوب وكان قيمياً كالدواب والثياب  
ضمن قيمته ، فإن لم يتفاوت قيمته في الزمان الذي غصبه مع قيمته  
في زمان تلفه فلاشكال ، وإن تفاوت بأن كانت قيمته يوم الغصب

---

عليكم فاعتدوا عليه بممثل ما اعتقدى عليكم » [سورة البقرة : ١٩٤] وقوله  
تعالى « جزاء سيئة سيئة مثلها » [سورة الشورى : ٤٠] وقوله تعالى « وإن  
عاقبتم فعاقبوا بممثل ما عوقبتم به » [سورة النحل : ١٢٦] .

١) وذلك لما تقدم من أن الأداء بالمثل إنما يكون باعتبار أن أداءه إداء  
لنفس المغصوب عرفاً عند التلف أو تعذر رده ، ومعلوم أنه إذا سقط الشيء  
عن المالية والقيمة باعتبار اختلاف الزمان أو المكان لا يكون أداء المثل أداءاً  
ورداً للمغصوب ، بل يرى العرف البيانونة بينه وبين المغصوب ، فأدلة أداء المثل  
منصرفة عن هذا المورد ، ومقتضى ارتکاز العرف أن الضمان يتعلق بالقيمة ،  
كما أن مقتضى عمومات الضمان واطلاقاته أيضاً كذلك .

٢) لأن مقتضى سقوط الشيء عن المالية في زمان الغصب ومكانه وتعلق  
الضمان بالقيمة في ذلك الوقت أن الاعتبار بالقيمة قيمة يوم الغصب ، وأمامقتضى  
كون المغصوب مثلياً في نفسه وللمالك أن يصبر ويتظير زماناً أو مكاناً آخر فيطالها  
بالمثل الذي له القيمة ، فالطلب للقيمة حال الغصب غير جائز ، اذليس عليه  
حيثند إلا أداء المثل . نعم يجوز أن لا يقبض المثل فعلاً اعتداءاً بالمثل ، ولذلك  
احتاط الماتن دام ظله في المقام بالتخليص بـ : لصالح .

ازيد من قيمته يوم التلف او العكس ، فهل يراعى الاول او الثاني ؟  
فيه قولان مشهوران <sup>(١)</sup>.

(١) أحدهما الضمان بالقيمة يوم الغصب كما عن المقدمة والمراسم وموضع  
من المبسوط والنهاية ، وفي النافع وكشف الرموز ، وكأنه مال اليه في الارشاد ،  
بل في التحرير هو اختيار الاكثر ، لانه أول وقت دخول العين في ضمان الغاصب ،  
والضمان انما هو لقيمة فيضمن بالغصب حالة ابتدائه .

وقد يستدل عليه بما في صحيح ابى ولاد المتضمن غصب البغل بمخالفته  
لما وقع بينه وبين صاحبه « أرأيت لو عطب البغل أونفق أليس كان يلزمني ؟  
فقال الصادق عليه السلام : نعم قيمة بغل يوم خالفته » [ الوسائل ، الباب ٧ من  
كتاب الغصب ، الحديث ١ ]

نعم للشيخ في المبسوط ومحكي النهاية في موضع منهما والمخالف والوسيلة  
والغنية والسرائر والايضاح واللمعة والمقتصر والتبصرة على اشكال ، وكذا شرح  
الارشاد للفخر على ما حكى عن بعضها : أنه يضمن أعلى انتقام من حين الغصب  
إلى حين التلف بل في المختلف انه أشهر ، بل عن بيته نسبته إلى علمائنا . وفي  
المتن « وهو حسن » ، وكأنه قال به أو مال اليه في الكفاية ، وكذا المسالك .  
وهذا القول مبني على أن الزائد في كل آن من حين الغصب إلى حين التلف  
مضمون تحت يده .

ثانيهما ما قال به الاكثر على مانقله المصنف في الدروس ، وهو أنه يضمن  
بالقيمة يوم التلف لا غير ، لأن الواجب زمن بقائها انما هورد العين ، والغاصب  
مخاطب بردها حينئذ ، فإذا تلفت وجبت قيمة العين وقت التلف لانتقال الحق  
إليها .

وهنا وجه آخر ، وهو مراعاة قيمة يوم الدفع <sup>(١)</sup> . والاحوط التراضى فيما به التفاوت بين يوم الغصب الى يوم الدفع <sup>(٢)</sup> .

(١) كما هو عن جمع من المحققين ، وذلك من جهة أن الضمان معناه كون المال في عهدة الضامن الى حين الاداء ، ومعنى ذلك وجوب تداركه بيدله عند الاداء حتى يكون الاداء أداءً وتداركًا له .

وتدل عليه صحيحة ابى ولاد لما فيها من سؤال السائل : « قلت : فان أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر ؟ فقال عليه السلام : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده . الى آخر الحديث [ التهذيب ج ٧ ص ٢١٥ - ٢١٦ ، الباب الثاني من كتاب التجارة ، الحديث ٢٥ ] .

وقال في المسالك : ان في خبر ابى ولاد ما يدل على وجوب أعلى القيم بين الواقعين .

وقواه في الروضۃ أيضاً لمكان هذا الخبر الصحيح .

وقال صاحب الجوادر : ولكن لا يخفى عليك بعد الاطلاع بما ذكرناه عدم اشعار في الصحيح المزبور فضلاً عن الدلالۃ ، اللهم الا أن يقال : انه بناءً على تعلق الظرف بالفعل المستفاد من قول « نعم » يكون المراد أن ابتداء الضمان من ذلك اليوم الى يوم التلف ، فيتضمن الاعلى منه حينئذ ، بل ان جعل متعلقاً بالقيمة يكون المراد منه ذلك أيضاً ، لعدم معقولية ضمان القيمة مع وجود العين ، فيكون الحاصل أنه تلزمها القيمة مع العطب من يوم المخالفة [ الجوادر ج ٣٧ ص ١٠٤ ] .

(٢) لأن مقتضى القاعدة - وإن كان على بعض التقاريب هو ضمان اداء القيمة

يوم الاداء - لكن مقتضى التقريب الاخر وظاهر بعض النصوص الضمان يوم التلف ، وكلمات الفقهاء في المقام مختلفة ولذلك الاحتياط في المقام يقتضي الجمع بين الاحتمالات بالتراضي في ما به التفاوت بين يوم الغصب الى يوم الاداء ، جمعاً ل تمام الاقوال في المسألة .

أما بيان مقتضى القاعدة فلان الضمان والعهدة له سابقة عقلائية قبل الشرع والمغصوب كان مضموناً عند العقلاء قبل الشرع ، وكان الضمان عندهم بالنسبة الى نفس المأخوذ، فالمأخوذ بعينه كان في العهدة عندهم، كما أن لاداء ما في العهدة سابقة وارتكاز عندهم، فالاداء عندهم بالنسبة الى شيء كان برد عينه أو لا بالذات الى المغصوب منه ، فلو كان العين تالفاً فأداء مثله اداء للعين في المرتبة المتأخرة ، وعند عدم المثل فأداء القيمة أداء لنفس الشيء في المرتبة الثالثة ، فكما أنه اذا كان الشيء موجوداً كان رده اداء ل تمام ما في العهدة كذلك أداء القيمة يوم الدفع أداء له كاملاً . هذا ما عند العقلاء والعرف ، والشارع لسم يبين طريقاً جديداً لاداء الضمان ، بل حول ذلك الى العرف وبين ما كان عنده ، فأداء القيمة عند الشارع أيضاً لا يكون الا اداء القيمة يوم الدفع .

ولكن الاقوال كما عرفت في غاية الاختلاف ، وأما النصوص فالعمدة في المقام صحيحة ابي ولاد ، فمورد الاستشهاد فيها للمقصود فقرتان منها : أولاهما قوله « ارأيت لو عطب أو نفق أليس كان يلزمني ؟ قال : نعم قيمة بغل يوم خالفته » .

ويمكن الاستشهاد بها لاثبات قيمة يوم التلف ، بأن يقال : ان أبا ولاد سأله عن الضمان اذا عطب أو نفق ، ولا شبهة في أن الذهن المخالي عن المناقشات

ينقدح فيه من قوله « لو عطب أو نفق أليس يلزمني ؟ » أنه يلزمني قيمة البغل حال تلفه ، فإنها قيمته الفعلية لاقية الزمان الماضي أو الاستقبال . واطلاق كلامه لما كان يقتضي ضمان التلف تحت يده مطلقاً أجاب عليه السلام بأن ضمان التلف ثابت لا مطلقاً بل حال الغصب والمخالفة ، فقيد يوم المخالفة لدفع توهם الضمان لو تلف قبل الغصب ، وهو في المثال من الكوفة الى قطرتها .  
ففي الجواب تصدق لقول أبي ولاد من حيث ، وهو لزوم القيمة اذا تلف التي في ارتكازه وارتکاز كل عاقل أنها تعتبر حال التلف ، اذ هي القيمة له فعلاً، وردع من حيث ، وهو الذي لازم اطلاقه من أن الضمان على فرض التلف ثابت من وقت الاخذ ، فقال عليه السلام انه ثابت يوم الغصب والمخالفة ، فقوله عليه السلام « يوم خالفته » قيد لقوله « نعم » أو لل فعل المدلول عليه به كما هو ظاهر التركيب اللغوي ، والقيمة الموردة للتصديق قيمة يوم التلف .

وأما ما أفاده الشيخ العظيم « قده » وبعد لزوم توجيه الوجه الاول - بأن مراده من اضافة القيمة المضافة الى البغل الى اليوم ثانياً هو أن القيمة مضافة الى البغل ، وهو مضاد الى اليوم لا لافادة تقديره ، بل لافادة تقييد القيمة المضافة اليه . وان المضاف الى المضاف الى الشيء مضاد الى ذلك الشيء ثانياً ، أي مع الواسطة . ويشعر به قوله عقب ذلك وتفرعاً عليه ، فيكون اسقاط حرف التعريف من البغل للاضافة - يكون مخالفاً للظاهر جداً .

لان اضافة البغل الى اليوم غير مأنوسه ومخالفة للذوق والفهم العرفي ، فلو أراد اضافة القيمة الى اليوم بعد اضافتها الى البغل - كما يوهم ظاهر كلامه - فهو أبعد لوسلم امكانه ، كما أن اضافة المجموع اليه غير صحيح ، وكونه قيد الاختصاص وان أمكن بلحاظ ثانوي ولاشكال في تقييد المعاني الحرفية عقلاً ، لكنه مخالف للظاهر جداً .

وأما قوله « تعلق الطرف بقوله عليه السلام « نعم » يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل ، بعيد جداً بل غير ممكن ، لأن السائل إنما سأل عما يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان ». ففيه أن الظاهر هو السؤال عن أصل الضمان ، والا كان الحق أن يقول « ما يلزم مني يوم المخالفة ؟ » .

ولعل منشأ السؤال ما سمع عن أبي حنيفة من أن ضمان الأصل لا يلائم ضمان الكراء وإن الخراج بالضمان ، ورأى السائل أن ابا عبد الله عليه السلام اثبت الكراء ، فأراد أن يستفسر منه أنه مخالف لابي حنيفة في الكراء وضمان أصل البغل أو في الكراء فقط .

وبعبارة أخرى : إن ابا حنيفة ادعى الملازمة بين ضمان البغل وسقوط الكراء بتوهم أن الخراج بالضمان ، وحيث رد ابو عبد الله عليه السلام عليه بأن الكراء ثابت رغم ابو ولاد أو احتمل أن ثبوت الكراء كاشف عن عدم ضمان الأصل ، للملازمة بين ثبوت الضمان وسلب الكراء على ما أفتى به ابو حنيفة ، فسأل أنه مع ثبوت الكراء هل يثبت الضمان ؟

وبالجملة سأله ابو ولاد عن ضمان الأصل باحتمال سقوطه مع ثبوت الكراء فأجاب عليه السلام بثبوته ، أي ثبوت هذا المعنى التعليقي أي لوعطه أو نفق يلزمك ، لامطلاقاً بل يوم المخالفة .

وهذا المعنى التعليقي ثابت بالفعل يوم الغصب ، فمضمون الصحيح متوافق الخبر « على اليد » مع اختلاف غير جوهري ، وهو ذكر القيمة لكون المورد من القيميات .

هذا كله في الفقرة الأولى من الصحيح، وأما الفقرة الثانية الموردة للاستشهاد قوله « عليك قيمة ما بين الصحة والعيوب يوم ترده عليه ». والظاهر أن يكون اليوم متعلقاً بـ « عليك » نظير الجملة السابقة . فحيث ليس المراد منه أن الضمان يتعلق بعهده يوم الرد ، ضرورة أن يومه غير دخيل في أصل تعلق الضمان ، فلا بد من حمله على ما تعارف تعبيره ، بأن عليك رد التفاوت يوم ترد البغل ، أي إذا ترده ترد ما به التفاوت أيضاً ، من غير عنایة إلى دخالة يوم الرد في شيء فحيث لا يستفاد منه قيمة يوم التلف والعيوب بعد دفعه قوله « إن أصاب البغل » الخ إليه ، كما مر نظيره في الفقرة السابقة .

هذا كله بحسب حديث أبي ولاد ، وأما من حيث القاعدة أيضاً يمكن أن يقال: بأن التحقيق أن الضمان المعهود المغروس في أذهان العقلاء هو عهدة الغرامه والخسارة ، ففي المثل والمثل وفي القيمة بالقيمة يوم الاتلاف . وان ضمان العين بمعنى أن نفس العين على عهدة الضامن في المثلثيات والقيمتين خلاف المتعارف والمعهود عندهم ، وفي مثله لا بد من ورود دليل صريح مخالف لبنيائهم ودينهم ، كما في دية الكلب التي وردت فيها روايات صريحة معتبرة .

وأما مثل ما ورد في باب الضمانات كضمان اليد والاتفاق كحديث اليد وغيره مما ورد من الدلالة على تعلق الضمان بالاعيان وما ورد في جنایات البهائم ومما هي دون ذلك في الدلالة ، فلا ينقدح في ذهن العرف والعقلاء منها ما يخالف بناءهم في الضمانات ، فلا يفهم من قوله « ص » : « على اليد ما أخذت » أن نفس المأخوذ حال التلف في العهدة ، فضلاً عن سائر الروايات .

فإن البناء على وقوع ما أصابت الدابة على العهدة أمر مستنكر في نظر العرف ، فحمل تلك الروايات على كثرتها على الضمان المعهود المغروس في

هذا اذا كان تفاوت القيمة من جهة السوق وتفاوت رغبة الناس  
واما ان كان من جهة زيادة ونقصان في العين كالسمن والهزال  
فلا اشكال في انه يراعى اعلى القيم واحسن الاحوال<sup>١</sup> ، بل لو فرض

اذهان العقلاء حمل قريب جداً موافق لفهم العرف والعقلاء ، مسع الغض عن  
المعارض ، وبه يدفع التعارض المتشوه بين الروايات .

فيكون الضمان في جميع أبوابه ما هو المعروف بين الاصحاب والمعهود  
عند العقلاء ، وهذا أقرب بنظر الماتن دام ظله وان خالف مامر الى الان يمحو الله  
ما يشاء ويثبت .

فعلى ذلك المراد من قوله صلى الله عليه وآله « على اليد ما أخذت » في  
زمان وجود العين ، لأن الاخذ ضامن للمأخذ ، بمعنى أنه لو تلف تكون خسارته  
عليه . وغاية هذا الامر التعليقى - أي عهدة الخسارة على فرض التلف - هو  
أداء نفس العين ليس الا . وهذا هو الظاهر من حيث اليد الموافق لبناء العقلاء  
في باب الضمان ، فان قوله مثلاً « إن مالك في البحر وعلى ضمانه » أي على  
خسارته لو تلف ، فالضمان عهدة الخسارة للمال بالتلف أونحوه .

(١) لوقوع الصفة والزيادة العينية الموجبة لازدياد القيمة تحت اليد ، فيكون  
الغاصب ضامناً بمقتضى قاعدة على اليد وقوله عليه السلام « المغصوب كله  
مردود » .

وفي الجواهر : وعلى كل حال فقد ظهر لك مما ذكرنا غيرمرة أنه لو  
سمنت الدابة في يد الغاصب أو تعلم المملوك صنعة أو علمًا فزادت قيمة ضمهن  
الغاصب تلك الزيادة ، على معنى دخولها في ضمانه كما لو كانت سمينة كذلك  
عند المالك .

انه لم يتفاوت قيمة زمانى الغصب والتلف من هذه الجهة لكن حصل فيه ارتفاع بين الزمانين ثم زال ضمن ارتفاع قيمته الحالى فى تلك الحال ، مثل ما لو كان الحيوان هازلا حين الغصب ثم سمن ثم عاد الى الهزال وتلف ، فانه يضمن قيمته حال سمنه <sup>١</sup> .

( مسألة : ٣١ ) لو اختلف القيمة باختلاف المكان كما اذا كان المخصوص فى بلد الغصب بعشرة وفى بلد التلف بعشرين وفى بلد الاداء بثلاثين فلا يترك الاحتياط المتقدم فى المسألة السابقة <sup>٢</sup> .

وحيثنى فلو هزلت الدابة أو نسي المملوك الصنعة أو ما علمه فنفقت القيمة لذلك ضمن الارش وهو التفاوت وان رد العين على المالك ، لما عرفته من ضمانه ذلك ولو للمتجدد من فعله مما يكون أثراً تابعاً لعين المالك .

ولو تلفت العين قبل أن يردها يضمن قيمة الاصل والزيادة التي هي الارش كما في غير ذلك من الصفات التي كانت عند المالك أو تجددت عند الغاصب والله العالم [ الجوهر ج ٣٧ ص ١٨٠ ] .

١) وذلك لما تقدم من أن اليد كما هو شامل للاصل شامل للخصوصيات العينية العارضة على الشيء في طول زمان الغصب ، ويكون الاخذ والغاصب ضامناً ولا بد من رده وأدائه ، وحيث أنه لا يمكن من رد عينه فلا بد من رد قيمته ، وهو الارش .

٢) لأن مقتضى الجمع بين الأقوال مقتضي التصالح والتراضي فيما به التفاوت في القيمة بين تلك الأيام . ولاعتبار الضمان بكل يوم من يوم الغصب ويوم التلف ويوم الاداء وجه وجيه ، فلا بد من الجمع بينها بذلك الاحتياط ، خصوصاً مع ملاحظة أن الخصوصيات المكانية والزمانية الموجبة لاختلاف القيمة تكون مضمونة ، لأنها تقع تحت اليد و摩وجة لاختلاف المالية والقيمة .

( مسألة : ٣٢ ) كما انه عند تلف المغصوب يجب على الغاصب دفع بدله الى المالك مثلا او قيمة كذلك فيما اذا تعذر على الغاصب عادة تسليمه ، كما اذا سرق او دفن في مكان لا يقدر على اخراجه او ابقاء العبد او شردت المداية ونحو ذلك ، فانه يجب عليه اعطاء مثله او قيمته مادام كذلك ويسمى ذلك بدل الحيلولة ١١ .

---

١) والظاهر تسالمهم على بدل الحيلولة كما في الجوادر : و اذا تعذر عادة تسليم المغصوب دفع الغاصب البديل مثلا أو قيمة ويملكه المغصوب منه ولا يملك الغاصب العين المغصوبة ، ولو عادت كان اكل منها ارجوع كما صرحت بذلك كله غير واحد من اساطير الاصحاب ، كالشيخ وابن ادريس والفضل والشهيد والكركي وغيرهم ، بل في المسالك نسبة اليهم مشعرأ بالاتفاق عليه ، بل في محكى الخلاف والغنية نفي الخلاف عن ملك المغصوب منه البديل المزبور بل ظاهرهما على ما قبل بين المسلمين [ الجوادر ج ٣٧ ص ١٢٩ ] .

وبإمكان الاستدلال له بقاعدة على اليد ، بتقرير أن يقال : بناءاً على كون نفس العين على العهدة لاتكون انقاعة متکفلة الاعهدة العين ، فمعنى « على اليد » أن ما أخذ على عهدة الاخذ الى زمان الاداء ، وحكم العهدة موكل الى العقلاء . وهو مختلف لديهم ، فان كان المأخذ موجوداً مقدور التسلیم يجب لاقتضاء العهدة ذلك ، ولو كان في محل آخر يحتاج الى النقل والمؤنة ، وان كان تالفاً تقتضي العهدة رد بدله مثلا او قيمة ، وان كان موجوداً لكن انقطع يد الغاصب والمغصوب منه عنه - كما لو غصبه غاصب قاهر لا يمكن ازالته يده عنه الى الابد - تقتضي العهدة أيضاً رد بدله مثلا او قيمة . لان التلف يعني انه غير دخيل في الضمان والغرامة لدى العقلاء .

بل الموضوع لهم انقطاع يد المالك عن ملكه للنال ، ففي المثل المذكور ليست العين تالفة بالوجود و لا تقتضي العهدة ردها بالضرورة ، و حكمها لدى العقلاة الغرامة برد المثل في المثل والقيمة في القيمي ، وكذا العهدة تقتضي البدل مع احتمال الرجوع والعود ، كما احتمل خروج ما القى في البحر بواسطه امواجه .

وبالجملة ليس عنوان التلف مأخوذاً في قاعدة اليد حتى يقع البحث في صدقه ولا صدقه ، بل هي على هذا المبني لاتدل الا على عهدة العين : وحكم العهدة عقلائي وهو ما ذكرناه .

بل لو فرض أخذ الاتلاف والتلف فيها كان الحكم ما ذكرناه ، بل يمكن اسراء ما ذكر الى قاعدة الاتلاف ، بأن يقال : ان اتلاف مال الغير ليس بعنوانه موضوعاً للضمان والغرامة ، بل لكونه وجباً لانقطاع يد المالك عن ملكه أبداً ، ومع فرض انقطاع يده كذلك مع وجوده كان ملاك ضمان الاتلاف موجوداً ، وهو حكم عقلائي . فقاعدة الاتلاف مع لاحظ المناسبات المغروسة في ذهن العقلاة تقييد ضمان ماقطع يد المالك عنه أبداً أو مع احتمال العود من باب الاتفاق كفرق مال الغير . هذا اذا قلنا بأن العين على العهدة .

وأما لو قلنا بأنها تدل على ضمان المثل والقيمة فيمكن أن يقال : ان التلف غير مذكور في القاعدة ، ومناسبات الحكم والموضوع في باب الغرامات والضمادات توجب استفادة ضمان خسارة مال الغير ولو مع وجوده ، كما قلنا في انقطاع يده مطلقاً كمثال الغاصب القاهر ، وكالفرق والباقي والسرقة ، فإن المتفاهم من دليل اليد الدال على لزوم جبر خسارة المالك أن انقطاع يده عنه خسارة يجب جبرها ، وهو برد مثله في المثل والقيمة في القيمي . وعلى هذا

## ويملك المالك البدل مع بقاء المغصوب في ملكه<sup>١١</sup>.

تحمل الروايات الواردة في ضمان العارية اذا سرقت اوضاعت ، فان الضمان فيها ليس الا ضمان اليد لاشيئ آخر خارجاً عن ضمان الانلاف واليد .

١) كما صرخ بذلك غير واحد من اساطين الاصحاب كالشيخ وابن ادريس والفالضل والشهيد والكركي وغيرهم، بل في المسالك نسبة اليهم مشعرأ بالاتفاق عليه ، بل في محكي الخلاف والغنية نفي الخلاف عن ملك المغصوب منه البدل المزبور ، بل ظاهرهما على ما قيل بين المسلمين .

نعم قال الشيخ الاعظم «قده» : لوا لا ظهور الاجماع وأدلة الغرامة في الملكية لاحتملنا أن يكون مباحاً اباحة مطلقة .

قال الماتن دام ظله أقول : تقريب دلالة أدلة الغرامات أن يقال : ان قوله «ص» «على اليـد» بلسان واحد دال على الضمان، فكما أن في التلف يكون أداء المضمون أداءاً لمال المالك ومقتضاه تملكه بالأخذ فكذلك في المقام ، وبهذا التقريب يمكن أن يقال في سائر الأدلة الدالة على الضمان فرضاً .

وفيه : ان تقريب دلالة قاعدة اليـد مثلا على الضمان في باب الحيلولة كما تقدم هو أن المناسبات المغروسة في الذهان توجب الحكم بأن المالك في باب الغرامة انقطاع يد المالك عن ماله . فحينئذ نقول: ان الضمان بدليل اليـد على حسب مقدار الانقطاع، ففي التلف لما كان يده منقطعة من حيث المالية والملكية والسلطنة ونحوها كان على الأخذ غرامته بنحو ذلك .

وهي لا تحصل الا بصيرورة المأخذ ملكاً له والمالك مسلطاً عليه، والحيلولة ان كانت كذلك - كما لو قلنا في المال الذي غرق في البحر أنه صار خارجاً عن ملك مالكه ومباحاً أصلياً يملكه من سبق اليـه كما يشعر أو يدل عليه بعض روايات

اللقطة - كان مقتضى الجبران والغرامة صيرورة البدل ملكاً للملك .

وأما لوم نقل بخروجه عنه مطلقاً أو في بعض صور آخر غير الغرق فلا يقتضي دليل اليد الاجير ما قطعت يد المالك عنه ، والفرض أن المال بقي على ملك المالك ، وما انقطعت يده عنه هي السلطنة عليه بحيث يتصرف فيه كيف شاء ، فلابد من جبران ذلك ، وهو يحصل باعطاء المثل أو القيمة يتصرف المضمون له كيف شاء حتى التصرف الموقوف على الملك ، ولا يتوقف ذلك على صيرورة المال ملكاً له .

وبهذا يظهر الحال في سائر أدلة الضمان ، فدعوى ظهور أدلة الغرامات في الملكية غير ظاهرة ان أريد به الدلالة اللفظية ، وان أريد به الدلالة الالتزامية - بأن يقال: ان دليل الغرامات يدل على لزوم جبر مال الغير وفي المقام ليس العجر إلا بالاباحة المطلقة حتى المتوقفة على الملك وسلب جواز مطلق التصرفات عن الضامن ، وهو ملازم عرفاً لسلب مالكية الضامن وثبوت مالكية المضمون له ، لأن الملكية لا اعتبار لها مع سلب جميع آثارها ، وتعتبر عرفاً مع ثبوت جميع آثارها - فهو أيضاً غير وجيه في المقام ، لأن ذلك لو سلم انما هو في مورد السلب والثبوت على نحو الاطلاق في جميع الازمنة ، وأما مع سلبها مطلقاً في بعض الازمنة أو سلبها في الجملة في جميعها أو ثبوتها كذلك فلا .

والمقام بحسب كثير من صوره يكون السلب والاثبات فيه في بعض الازمنة أو يحتمل كونهما في بعضها ، ومعه لامجال لما ذكر .

وان أريد بالدلالة الالتزامية أن اباحة ما يتوقف على الملك مثل البيع أو الوطء أو العتق ملازم للملكية ، لأن هذه الاباحة اباحة معلولة للملك ، ولا يعقل

وإذا امكّن تسليم المغصوب ورده يسترجع البطل<sup>١٤</sup>.

تحققها الامع ثبوت علتها .

ففيه : ان الاباحة في المقام ليست معلولة للملكية، لأن أدلة الغرامات لا تؤيد كما عرفت الالزوم جبر الخسارة، والمفترض أن المأخذ بقى على ملك صاحبه فهو مال مملوك له انقطعت عنه سلطنته واستفادته منه، فلا بد من جبر هذه الخسارة لغير، وهو يحصل في البيع والانتقالات الاخر باحتتها لا بمعنى اباحتها نقلها عن ملكه ، بل بمعنى اباحتها عن ملك الضامن وأخذ قيمتها المملوكة للضامن والتصرف فيها بماشاء ، وأما البيع لنفسه وعن ملكه فلا تقتضيه أدلة الغرامات . وأما وطى الجارية فلا بد للضامن من تحليل وطئها وسائر الاستمئاعات منها

لوفرض كون الامة بدلا عن امتها لاقيمتها ، كما في سائر القيميات .

وأما العتق فلا بد من اباحتة الضامن عنقه من ماله في الكفارات المتعلقة على ذمة المالك ، وفي العتق الاستحبابي للثواب لا بد من اباحتة واعطاء الثواب له ، فلاتتوقف تلك التصرفات بحسب أدلة الغرامات على كون الشيء ملكاً للمضمون له . فتدبر .

مع أن الوطء والعنق خارجان عن موضوع البحث، لأن العبد والأمة قيميان والصالح في مورد لا يوجب أن يكون بدل الحيلولة . تدبر [ كتاب البيع

ج ١ ص ٤٤٠ - ٤٤٢ ] .

فعلى ذلك يكون العمدة في ثبوت الملكية بالنسبة إلى البطل هو التسالم والاجماع لولم يكن فيه كلام .

(١) والظاهر الاتفاق على أن ملك المغصوب منه متزلزل، بمعنى كونه مراعي بعود المال ، فينفسخ الملك حينئذ قهراً بالاداء الذي هو غاية الضمان ، بل قبل

( مسألة : ٣٣ ) لو كان للبدل نماء و منافع في تلك المدة كان للمغصوب منه <sup>١١</sup> . نعم نماؤه المتصل كالسمن يتبع العين ، فإذا

لأخلف بينهم فيه ، من غير فرق بين مثل الغرق والسرقة والضياع مما يعد تلفاً عرفاً وبين ما لا يعد كذلك الا أنه متعدر المحصول ، بل الظاهر أن الأمر كذلك لوفرض رجوع التاليف الحقيقي بخرق العادة .

انما الكلام في وجهه ، فيحتمل أن يكون الوجه اقتضاء ماهية البدلية والغرامة ذلك ، لأن البدل بدل مالم يتحقق المبدل منه ، ومع تتحققه لامنى البدلية والغرامة .

ويمكن أن يقال : ان أداء القيمة في القيمي والممثل في المثلي أداء لبعض شؤون العين ، بعض شؤونها متعدر الأداء ، وهو هويتها وشخصيتها ، ومقتضى « على اليد » عهدة العين بخصوصيتها الشخصية ، وأداء القيمة أداء لماليتها وأداء المثل أداء لنوعيتها لشخصيتها وهويتها ، فانهما غير مضمونين بالغرامة .

وليس أداء القيمة والممثل غرامة لهما لعدم المالية لهما وعدم كونهما مورد رغبات الناس ، فمع تعذر العين لا يمكن أداؤها ، فإذا زال التعذر وجوب الرد . وأما احتمال المعاوضة المالكية أو القهرية العقلائية أو القهرية التعبدية الشرعية فضعيف .

أما الأول فواضح ، ضرورة عدم انقداح معاوضة في ذهنهما وعدم انشائهما ، والثاني كذلك لعدم اعتبار العقلاء التاليف الحقيقي ملكاً للغرام في مقابل ما يؤدي غرامة ، وليس اعتبار الضمان فيه غيره في التاليف العرفي . وكذا الثالث لأن أدلة الغرامات والضمادات لا تدل على المعاوضة والعرف لا يفهمون منها إلا ما هو المعهود لديهم ، وليس الغرامة لدى المتشربة غير مالدى العقلاء .

١) لأن مقتضى كون البدل ملكاً للمغصوب منه ان النماء والمنافع داخل

استرجعها الغاصب استرجعها بمنتها <sup>١</sup> . اما المبدل فلما كان باقياً على ملك مالكه فنماهه ومنافعه له <sup>٢</sup> ، لكن الغاصب لا يضمن منافعه الغير المستوفاة في تلك المدة على الأقوى .

في ملك المالك الأصل، اذا النماء والمنفعة نماء ومنفعة لذلك الشيء، ولذلك يدخل في ملك من هو مالك للأصل بمقتضى التبعية ، والمفترض أنه لم يوجد سبب موجب لفك الملك بالإضافة الى النماء والمنفعة من اجرة أو غيره .

١) لعدم امكان التفصي بين النماء والاصل حيث أنه ، فمقتضى الاجماع والوجه المتقدم في بيان رجوع البديل الى الغاصب بعد رد المغصوب الى المغصوب منه رجوع البديل الى الغاصب بنياءاتها المتصلة .

٢) وذلك من جهة تبعية النماء للأصل في الملكية ما لم يحدث سبب موجب للمفارقة كما تقدم ، ويظهر من الشيخ الاعظم « قده » وغيره مفروغية ضمان منافع العين المعتبرة ونماءاتها المتصلة والمنفصلة قبل أداء غرامتها ، وجعلوا محل الكلام والاشكال فيها بعد أداء الغرامة ، واختاروا عدمه . وعلمه الشيخ « قده » بصدق الغرامة الموجبة لخروج الغارم عن عهدة العين وضمانها . قال الماتن دام ظله : والتحقيق على فرض كون دليل الضمان قاعدة اليد أنه بالنسبة الى ما قبل أداء الغرامة ان قلنا بأن دليل اليد على الشيء يوجب ضمان توابع المأمور وضمانه مطلقاً ، ولو لم تقع تحت اليد تبعاً ، فيكون مفاد القاعدة أن اليد على الشيء توجب ضمانه وضمان توابعه وضمانه بوقوع اليد عليه لا عليها ولو تبعاً ، فلامحicus عن القول بالضمان وهو واضح .

وأما ان قلنا بأن اليد على العين لاتكفي لضمان ما ذكر ، بل ظاهر من دليل اليد هو ضمان ما وقع تحت اليد وصار مأموراً ، غاية الامر يعم الاخذ الاستقلالي والتباعي ، فضمان النماءات والمنفعة لاجل وقوع اليد عليها تبعاً .

فلا بد وان يقال :

ان التوابع الموجودة حال كون الشيء تحت اليد مضمونة دون ماحدث  
بعد خروجه عن تحت اليد، فلا بد من التفصيل بين المنافع قبل الغرامة والحادية  
بعد التعذر والخروج عن تحت اليد غير مضمونة، لقصور دليل اليد عن اثبات  
الضمان، والظاهر من دليل اليد ذلك، فضمان ما لا يد عليه ولو تبعاً لايثبت بدل لها.  
وبهذا ظهر مبني ضمان المنافع والنماءات المحاصلة للعين في الأيدي المتعاقبة  
ولا ضمانها . والعجب منهم مع ذهابهم الى أن ضمان المنافع لاجل وقوع اليد  
عليها تبعاً قالوا في المقام بضمانته توابع العين المتعذرة قبل أداء غرامتها ، ونفي  
الاشكال بعضهم عنه .

وأما بالنسبة الى ما بعد أدائها فالذي ينبغي أن يقال : انه على المبني الاول  
في معنى «على اليد» ، فإن قلنا بأن الغرامة غرامة عن العين وجميع لواحقها فلا  
ضمانته الى المنافع الحادثة بعدها لاداء غرامتها فرضأ ، وإن قلنا بأنها غرامة  
العين ومنافعها الموجودة قبل الاداء . وأما ما حصلت بعده كالنتائج المحاصل بل لفاح  
بعده وكذا النماءات المتصلة والمنافع الحادثة بعده فلم تكن غرامة لها فعليه  
ضمانتها ، لأن المفروض بقاء العين على ملك صاحبها والنتائج والنماءات تابعة  
لها في الملكية ومضمونة بضمانتها .

بل يمكن أن يقال : ان ما أدى ليست غرامة العين ، لما مر أن دليل اليد  
لا يقتضي أن يكون البديل في الحيلولة ملكاً للمضمون له ، بل هو ملك الغارم  
ويتصرف المضمون له فيه ، أي تصرف شاء ، فيدل الحيلولة ليس غرامة عنها ،  
لانها باقية على ملك مالكتها ، كما أن المدفوع باق على ملك الدافع ، وإنما  
سلطه عليه بدلأ عن قطع سلطنته عن ماله . فعلى هذا لم يخرج الغارم عن عهدة  
العين وضمانتها ، فلو تلفت وكانت قيمتها اكبر من المدفوع يضمنها الغارم . هذا

لَكِنَ الْغَاصِبُ لَا يَضْمِنُ مَنَافِعَهُ الْغَيْرِ الْمُسْتَوْفَةُ فِي تِلْكَ الْمَدْدَةِ عَلَى  
الْأَقْوَى<sup>١٠</sup>.

اذا قلنا بأن حدوث اليد على شيء سبب لضمانته وضمان توابعه ولو احقة .  
وأما على المذهب المنصور فلا ضمان لمال يقع تحت يده ولو تبعاً . نعم  
لو كان دليلاً للضمان قاعدة الفرض يمكن القول بالضمان على اشكال في المبني  
والبناء ، وكذا الحال في آية الاعتداء لو كانت دليلاً فــي المقام [كتاب البيع

ج ١ ص ٤٤٢ - ٤٤٤]

١) لأن الضمان المفروض في المقام هو ضمان اليد دون الاتلاف ، والمفروض  
أن المنافع لم تقع تحت اليد لاستقلالها ولا تتبع العين ، فلا وجہ في ضمانه كما  
قال الماتن دام ظله في الایادي المتعاقبة ما هذا لفظه :

وأما المنافع المستوفاة وغيرها فلا شبهة في ضمان المستوفي ، بل في ضمان  
من تلف تحت يده ، وقد مر الكلام فيها وفي دفع الاشكالات عنها . وأما غيره  
فقد يقال بضمانت كل من كان قبله في السلسلة دون المتأخر ، بدعوى أن مقتضى  
«على اليد» أن يكون ضمان العين مع خصوصياتها من منافعها وصفاتها الموجدة  
والمتتجدة ولو عند من تأخر عن الاستخدام على آخرها .

وفي ما لا يخفى ، فإن الضمان على الفرض ضمان اليد ، فإن كان المدعى  
أن في ضمان المنافع والصفات لا يعتبر اليد حتى تبعاً ويکفي اليد على العين  
 فهو لا يستأهل الجواب ، ضرورة أن الضمان بلا وجہ . ومعه لفرق بين المتقدم  
والمتأخر .

وان كان المدعى أن وقوع اليد على العين وقوع على المنافع والصفات  
تبعاً ولا يلزم الاستيلاء فهو صحيح ، لكن لازمه عدم ضمان غير من استولى

( مسألة : ٣٤ ) القيمة التي يضمها الغاصب في القيميات وفي المثلثيات عند تغدر المثل هو نقد البلد من الذهب والفضة المضروبين بسكة المعاملة وغيرهما مما هو نقد البلد كالاوراق النقدية <sup>١</sup> ، وهذا هو الذي يستحقه المغصوب منه . كما هو كذلك في جميع الغرامات الضمانات ، فليس للضامن دفع غيره <sup>٢</sup> الا بالتراضى بعد مراعاة قيمة

---

على المنافع والصفات بطبع العين ، ومع عدم تحقق الوصف والمنافع الأعنة أحد من في السلسلة لا وجه لضمان غيره ، فلو صار الغنم سميناً عند أحد وصار هزيلاً عنده فو صفت السمن لم يكن موجوداً عند السابق ولا تحت يده ، ضرورة عدم كون المعدوم تحت اليد ، فلامقتضى للضمان بالنسبة الى غيره سابقاً كان أولاً حفأ [كتاب البيع ج ٢ ص ٣٢٨ - ٣٢٩] .

١) كما هو الظاهر المتباذر من النصوص الامرة بدفع القيمة ، مثل صحيح حديث أبي ولاد الحناط قال : اكررت بغلة الى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا ... الى أن قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : فماترى أنت ؟ فقال : أرى له عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفة الى النيل ، ومثل كراء بغل راكباً من النيل الى بغداد ، ومثل كراء بغل من بغداد الى الكوفة توفيه اياه . قال : قلت : جعلت فداك قد علفته بدراجهم ، فلي عليه علفه ؟ فقال : لا لأنك غاصب . قال : قلت : ارأيت لو عطبه البغل ونفق أليس كان يلزمني ؟ قال : نعم قيمة بغل يوم خالقته . قلت : فان أصحاب البغل كسر أو دبر أو غمز . فقال : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده - الخ [الوسائل ، الباب ١٧ من كتاب الاجارة ، الحديث ١] الانه أسقط ذيله وذكر تمامه في [الكافى ج ٥ ص ٢٩٠ - ٢٩١] .

٢) لانه خلاف المتباذر من النصوص . نعم مع التراضى لاشكال ، لانه

ما يدفعه مقيساً الى نقد البلد

(مسألة ٣٥) الظاهر أن الفلزات والمعادن المنطبعة كالذهب والرصاص والنحاس كلها مثالية ، حتى الذهب والفضة مضرر وبين او غير مضرر وبين وحيثند تضمن جميعها بالمثل<sup>١</sup> . وعند التعدّر تضمن بالقيمة كسائر المثلثيات المتنعدّر المثل . نعم في خصوص الذهب والفضة تفصيل ، وهو انه اذا قوم بغير الجنس كما اذا قوم الذهب بالدرهم او قوم الفضة بالدينار فلاشكال<sup>٢</sup> ، واما اذا قوم بالجنس

حق له يجوز رفع اليد عنه مطلقاً او بأخذ شيء في قباه .

١) وذلك لما تقدم أن السرج في باب الضمانات من جهة ما يتعلق بالمهدة ، وكيفية الاداء مو كول الى العرف ، والعرف يرى في المقام أن أداء ما في الذمة انما يكون بالمثل ، خصوصاً بعد ما عرفت من المشهور تعريف المثل بما تساوت أجزاؤه ، وفي المقام كذلك .

وفي الجوادر : وكيف كان فقد عرفت مما ذكرناه في تحقيق المثل أن الذهب والفضة مضرر وبين او غير مضرر وبين اذا لم يكن فيهما صنعة محللة يتضمنان بمثهما كما صرّح به غير واحد ، بل في المسالك نسبة الى المشهور ، ضرورة امكان الحكم بالمساواة في الصنف على الوجه الذي ذكرناه ، ودعوى أن الصلاح من الدرام والدنانير مختلفة في الوزن والاستدارة والاعوجاج ووضوح السكة وخفافتها على وجه يؤثر في القيمة . يدفعها بعد تسليمها ما عرفت من أن المدار على المساواة في الصنف والفرض حصوله ، فلا يقبح اختلاف البعض .

[ الجوادر ج ٣٧ ص ١٠٧ ] .

٢) لعدم لزوم الربا .

بأن قوم الفضة بالدرهم أو قوم الذهب بالدينار فان تساوى القيمة والمجموع وزناً كما اذا كانت الفضة المضمونة المقومة عشرة مثاقيل فقومت بثمانية دراهم وكان وزنها ايضاً عشرة مثاقيل فلاشكال أيضاً<sup>١</sup>.

وان كان بينهما التفاوت بأن كانت الفضة المقومة عشرة مثاقيل مثلاً وقد قومت بثمانية دراهم وزنها ثمانية مثاقيل فيشكل دفعها غرامة عن الفضة ، لاحتمال كونه داخلاً في الربا في حرم كما افتى به جماعة ، فالاحوط ان يقوم بغير الجنس بأن يقوم الفضة بالدينار والذهب بالدرهم حتى يسلم من شبهة الربا<sup>٢</sup>.

١) من جهة لزوم الربا ، اذا المفروض التساوي بينهما وزناً . وفي الجواهر : نعم لو تذر المثل ضمه حيئذ بالنقد كما عرفته في كل مثلي تذر مثله ، فإن كان نقد البلد مخالفًا للمضمون في الجنس - بأن كان أحدهما ذهبًا والآخر فضة - ضمه بالنقد وان اختلافا في الوزن لعدم الربا فيه ، وكذا ان كان من جنسه واتفق المضمون والنقد وزناً صحيحاً أيضاً لما عرفت [ الجواهر ج ٣٧ ص ١٠٨ ] .

٢) نعم رده ابن ادريس بمنع ثبوت الربا هنا ، لانه مختص بالبيع فلا يضر اختلافهما في الوزن . وكذا لو غاب فرده مع أرش النقض من جنسه . والى رده أشار المحقق في الشرائع بقوله : ولا يظن أن الربا يختص بالبيع بل هو ثابت في كل معاوضة على ربوتين متفرقين الجنس .

قال صاحب الجواهر : نعم يمكن أن يمنع كون المقام من المعاوضات ، بل هو من الغرامات التي لا تندرج في أدلة الربا المراد منها الارباء الحاصل

بفعل المتعاملين . بل لو سلم تناول أدله لمثل ذلك كان بيته وبين مادل على أداء  
القيمة العموم من وجه ، ويمكن الترجيح لما هنا باطلاق الفتوى .  
اللهم الا أن يقال : ان المقام من المعاوضة بعد فرض كونه مثلياً ، لمعارف  
من كون الثابت في الذمة المثل والقيمة عـ وض عنه مع التعذر ، خصوصاً اذا  
قلنا بتوقف ذلك على رضا المالك ، وانما يتوجه ذلك على قول الشيخ بكونه  
قيمياً ، مع امكان منع كونه معاوضة مصطدحة على التقدير المزبور ، حتى مع  
اعتبار رضا المالك الذي لا ينافي كونه غرامة برضاه . فتأمل جيداً . والله العالم  
[ الجوامر ج ٣٧ ص ١٠٩ - ١٠٨ ] .  
أقول : أما عدم اختصاص الربا بالبيع وجريانه في كل معاوضة ، فقد صرحت  
به المحقق في الشرائع في باب الغصب وفقاً للمحكي عن السيد والشيخ  
والقاضي وفخر المحققين والشهيدين والأردبلي وغيرهم ، بل نسبة الأخير  
في آيات أحكامه إلى الأكثر ، لاطلاق مادل على حرمتها من الكتاب والسنة .  
وفي صحيح الحلبى : الفضة بالفضة مثلاً بمثيل ليس فيها زيادة ولا نقصان الزائد  
والمستزيد في النار [ الوسائل ، الباب ١ من أبواب الصرف ، الحديث ١ ] وهكذا  
غيرها من النصوص .

وأما المقام فليس من باب المعاوضة ، لعدم الاشكال في أن باب الغرامات والضمادات غير باب المعاوضات ، فمن أتلف مال الغير أذنه العرف بالغرامة من غير اعتبار التالف ملكاً له .

ولو عبر احياناً بالبدل والعوض ليس معناه أن المعاوضة وقعت بحكم العرف  
قهراً على الطرفين بين المعدوم وال موجود، بل باب الغرامات باب جبر الخسارة  
ولا يخطر ببال أحد من العرف المعاوضة والمبادلة كما لا يخطر ببالهم أن الخسارة  
جبر عوض موجب لكون التالف المعدوم ملكاً للغارم أو أن المعدوم حال عدمه

(مسألة : ٣٦) لو تعاقبت الایادي الغاصبة على عين ثم تلقت  
 - بأن غصبها شخص من مالكها ثم غصبها من الغاصب شخص آخر  
 ثم غصبها من الثاني شخص ثالث وهكذا ثم تلقت - ضمن الجميع  
 فللمالك أن يرجع بيدل ماله من المثل أو القيمة على كل واحد منهم ،  
 وعلى أكثر من واحد بالتوزيع متساوياً أو متفاوتاً ، حتى انه لو كانوا  
 عشرة مثلاله أن يرجع على الجميع ويأخذ من كل منهم عشر ما يستحقه  
 من البدل ، وله ان يأخذ من واحد منهم النصف والباقي من الباقين  
 بالتوزيع متساوياً او بالتفاوت<sup>١)</sup>.

ملك لصاحبه ، وإنما هو احتمال أحدهذه بعض المحققين « قده » .  
 هذا حال العرف ، وأما الضمان في الشرع فليس أمرأ مغايراً لما في العرف .  
 والمدليل عليه أن الأدلة الواردة في باب الضمانات لم تتعرض لكيفية الضمان  
 بل أوكله الشارع الأقدس إلى العرف ، وإنما حكم بالضمان في الموارد الكثيرة  
 من غير استشمام اعتبار المعاوضة .  
 فما قد يقال من أن باب الغرامة بباب المعاوضة الشرعية القهورية لا دليل عليه .  
 نعم يمكن أن يستفاد من أدلة الربسا أن حرمة ذلك لا يختص بباب المعاوضات  
 أيضاً ، بل يجري في مثل باب الضمانات والغرامات .

١) وذلك من جهة اطلاق قاعدة « على اليد » ، فإن مقتضى اطلاقها ضمان  
 جميع الایادي الواقعه على المال ، ومع ضمان كل واحد منهم من جهةأخذ  
 مال الغير عدواناً يجوز للمالك الرجوع إلى واحد لأخذ تمام المال ، كما يجوز  
 الرجوع إلى الجميع لأخذ تمام المال بالنسبة ، كما يجوز له الرجوع إلى البعض

هذا حكم المالك معهم ، وأما حكم بعضهم مع بعض فعلى الغاصل الاخير الذى تلف المال عند قرار الضمان ، بمعنى انه لورجع عليه المالك وغرمه لم يرجع هو على غيره بما غرمته بخلاف غيره من الايدي السابقة ، فان المالك لورجع على واحد منهم فله ان يرجع على الاخير الذى تلف المال عند ، كما ان لكل منهم الرجوع على تاليه وهو على تاليه وهكذا الى الاخير<sup>١</sup>.

---

دون البعض بالتساوي أو بالتفاوت . كل ذلك لاقتضاء اطلاق قاعدة « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » .

١) فظهر من تفسير الماتن دام ظله لقرار الضمان أن معنى القرار ليس أن الضمان في الايدي المتقدمة كان بمقتضى ضمان اليد ، وضمان اليد كما تقدم معناه حكم تعليقي ، وهو أنه ان تلف المال يكون على الأخذ غرامته وجبرانه بأداء المثل في المثلثيات والقيمة في القيمتين ، وأما بالنسبة إلى الاخير فعنه هذا المعنى التعليقي صار منجزاً .

وذلك لضرورة أنه عند التلف يصير الحكم التعليقي تنجيزياً بالنسبة إلى جميع الايدي المتعاقبة ، فقرار الضمان على مافسره دام ظله انه لورجع عليه المالك لم يرجع هو على غيره ، بخلاف غيره من الايدي السابقة ، فان المالك لورجع على واحد منهم فله أن يرجع على الاخير الذى تلف المال عند ، كما أن لكل منهم الرجوع على تاليه وهو على تاليه وهكذا الى أن ينتهي الى الاخير .

ثم انه يمكن توجيه الضمان على هذا الوجه كما ذكره الماتن دام ظله :

بأن وصف كونه مضموناً أمر قابل لوقوع اليد عليه كسائر الأوصاف تبعاً للعين ، وصح فيه العهدة وكونه على الأخذ ، وعهدة وصف المضمون على الضامن الثاني للضامن الأول ترجع عرفاً إلى ضمان المخسارة الواقعة عليه من قبل ضمانه ، وليس معنى ذلك أن المضمون له هو المالك ، بل المضمون له هو الضامن لماضمه للمالك . وبالجملة اطلاق « على اليد » يقتضى شموله لكل ما يصدق فيه أنه عليه بوجه ، والمضمون له غير مذكور ومحول إلى فهم العرف والعقلاة . وفي المقام يكون الضامن مضموناً له بالنسبة إلى ضمانه ، ولا يوجب ذلك الضامن رفع ضمان الضامن الأول . ولا يعقل رفع الموضوع بالحكم ، وليس الضامن بالنسبة إلى المالك حتى يقال : معناه النقل أو الأداء عند عدم أداء الأول . بل لازم ضمان الثاني للأول ليس الإجبار خسارته ، وغاية هذا الضمان ارجاع المال المضمون إلى الضامن الأول ، فإنه أداء للوصف المأخوذ . ولعل كلام الشيخ الأعظم « قوله » يرجع إلى ذلك وإن كان بعيداً من ظاهره . ولو قيل : إن الوصف القائم بالعين لابد وأن يكون مضموناً للمالك لا الغير . قلنا : قد أشرنا إلى أن قاعدة اليد لا تكفل لبيان المضمون له ، فحينئذ لو كان المأخوذ قابلاً لكونه على الضامن الثاني للضامن الأول وللمالك أيضاً ، نأخذ بما فنقول : إن الضمان للمالك بمعنى أنه لو لم يؤد الضامن فأنا ضامن على النحو الذي عليه العامة في الضمان العقدي لامعنى له في المقام ، لأن الثاني ضامن للمالك مطلقاً بدليل اليد فلا معنى لضمانه ثانياً عن الضامن بهذا المعنى . وأما بمعنى نقل الضمان إليه - أي نقل هذا المعنى التعليقي إليه ولازمه سلب ضمان الأول بالنسبة إلى المالك وثبت الضمان بالنسبة إلى الثاني - ففضفضاً إلى أن الثاني ضامن للمالك لأخذه العين ولا معنى للضمان فوق أن هذا النحو من الضمان غير عقلائي ، وإنما ذهبنا إليه في الضمان العقدي للتعميد مع

أن موضوع ضمان الثاني هو ضمان الاول ، فلا بد من بقاء ضمان الاول حال  
بقاء الحكم ، هو ينافي التقل .

فتحصل من ذلك أن الضمان للمالك لا وجه له ، وأما الضمان للضامن فله  
وجه ، لتصور العهدة واطلاق الدليل على معرفت . وبعد لاتخلو المسألة عن  
الغموض والاشكال ، وان كان هذا الوجه لا يبعد الاتكال عليه [كتاب البيع ج

٢ ص ٣٧٥ - ٣٧٧] .

اذا عرفت ذلك فنقول : لا اشكال في أن قوله صلى الله عليه وآله « على  
الميد ما أخذت » بصدق بيان الميد الاخذة ، فاطلاقه يقتضى أن يكون الاستيلاء بأي  
نحو حصل والأخذ أي شخص كان ، كما أنه لا اشكال بحسب الاطلاق في شمول  
الايادي المتعاقبة ، فكل أخذ موضوع الضمان بلا وسط أو مع الوسط بحكم  
الاطلاق .

انما الكلام في أن له اطلاقاً بالنسبة الى تضمين غير المالك حتى ينتفع ما  
هو المعروف بينهم في ضمان الايادي المتعاقبة ، فيقال : انه لوفرض ورود دليل  
بأن الاخذ الثاني ضامن للمالك وللضامن ما ضمه للمالك فعليه جبران ضمان  
الضامن لووقعت الخسارة عليه ، والثالث ضامن للثاني ما ضمه لل الاول الذي هو  
ضامن للمالك ، وهكذا .

وحيثند لوفرض اطلاق الدليل الي يكون مقتضى الاطلاق ضمان الجميع  
للمالك ، وضمان كل لاحـق للسابق بما أنه تلقى العين منه بلا وسط أو مع  
الوسط .

لكن الظاهر عدم اطلاق كذائي ، بل هو خارج عن متفاهم العرف والعقلا

بل لنا أن نقول : إن دليل اليد ناظر إلى اليد الأخرى ، وإطلاقه يقتضي أن الأخرى والاستيلاء بأي نحو كان والأخذ أي شخص كان . ومقتضى الإطلاق عدم الفرق بين انحاء الماليات والمخوذات .

وأما المأخذ منه فليس الدليل بصدق بيانه ، ولا إطلاق فيه من هذه الجهة والمتيقن هو الضمان للمالك ، بل لو كان بصدق بيانه أيضاً كان منصرفاً عرفاً إلى الضمان بالنسبة إلى المالك لا الضامن .

إذا عرفت ذلك فيمكن ارجاع كلام الشیع الاعظم « قده » إلى دعوى إطلاق دليل اليد بالنسبة إلى الضامن ، فأراد تصحیح ضمان الأيدي المتعاقبة بنحو ما هو المعروف بواسطة الإطلاق في دليل اليد بنحو ما ذكرناه .

فقوله « السابق اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق » ليس المراد منه الاشتغال بالبدل حال وجود العين ، بل المراد الاشتغال بالأمر التعليقي ، أي ضمان المبدل إذا تلف . ضرورة عدم اجتماع البدل والمبدل ، فعبر عن الضمان بالاشتغال بالبدل .

وقوله « فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدل » يراد منه أنه ضمن شيئاً مضموناً ، وقوله « فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البديل » يراد به أنه إذا حصل المال في يد الثاني ضمن المبدل للمالك بالمعنى التعليقي ، أي عليه دركه إذا تلف بمقتضى دليل اليد وضمن البدل ، أي ضمان اليد الأولى للضامن بمعنى تعليقي أيضاً ، أي إذا تدارك عليه ضمان التدارك ، وذلك أيضاً بدليل اليد وإطلاقه .

وبعبارة أخرى : إذا وضع الثاني يده على العين حصلت قضية تعلقيتان الأولى إذا تلف فعليك جبرها للملك لوقوع يدك على ماله ، والثانية إذا تدارك

( مسألة : ٣٧ ) لو غصب شيئاً مثلياً فيه صنعة محللة كالحلى من الذهب والفضة وكالآلانية من النحاس وشبيهه فتلف عنده او اتلفه ضمن مادته بالممثل وصنعته بالقيمة<sup>١</sup> ، فلو غصب قرطاً من ذهب كان وزنه مثقالين وقيمة صنعته وصياغته عشرة دراهم ضمن مثقالين من ذهب بدل مادته وعشرة دراهم قيمة صنعته . ويحتمل قريباً صيرورته بعد الصياغة وبعد ما عرض عليه الصنعة قيمياً فيقوم القرط مثلاً بمادته

---

الضامن الاول فعليك ضمان التدارك ، لوقوع العين التي ضمنها في يدك من يده او بعد وقوعها في يده ، واذا تلفت العين خرجت القضية الاولى من التعليقية الى التجزئية وتبقى الثانية على تعليقيتها الى أن يؤدي الدرك .

وقوله بعد ذلك « والحاصل ان من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البدل من المالك ومن سبقه في اليد » الى قوله « وهذا اشتغال شخص واحد لشيئين لشخصين على البدل » يؤكد ما ذكرناه ، من أن الاستناد الى دليل اليد في الضمان للمالك ، وهو واضح . وفي الضمان بتلقيه المال منه ، فلو فرض اطلاق لدليل اليد يشمل الامرین ويكون حاصله على اليد ما أخذت من المالك بوسط أو بلا وسط ، وعليها ما أخذت من الضامن بوسط وبلا وسط ، فيكون المالك والضامن كلامهما مضموناً لهما ، لكن لازمه العرف هو ما ذكره القوم في ضمان الايدي المتعاقبة .

وعليه لا يرد اشكال على الشيخ « قده » ، لاما اوردته المحقق الخراساني « قده » ولاما اوردته السيد الطباطبائي « قده » ولا غيرهما . نعم يرد عليه اشكال واحد وهو عدم الاطلاق لدليل اليد .

١) وذلك لما عرفت من أن المادة متساوية الاجزاء من حيث الصنف ،

و صنعته و يعطى قيمته السوقية ، والاحوط التصالح<sup>١</sup> . واما احتمال  
كون المصنوع مثلياً مع صنعته فبعيد جداً . نعم لا يبعد ذلك بل  
قريب جداً في المصنوعات التي لها امثال متقاربة كالمصنوعات  
بالمكائن والمعامل المعمولة في هذه الاعصار من انواع الضروف

---

ولذلك يكون مثلياً بنظر العرف ، بخلاف الصنعة حيث أنه يقع مورد الاختلاف  
في الجودة والرداة من جهة اختلاف الصانعين ، ولذلك يعد الصنعة الواقعه  
على المادة قيمياً . وعن المحقق في الشرائع : ولو كان في المغصوب صنعة محللة  
لها قيمة غالباً كان على الغاصب مثل الاصل وقيمة الصنعة . . . لأن للصنعة قيمة  
تظهر لو ازيلت عدواناً » .

وفي الجوادر : وكيف كان فقد عرفت مماذ ذكرناه في تحقيق المثلي أن  
الذهب والفضة مضرورين أو غير مضرورين اذا لم يكن فيهما صنعة محللة يضمنان  
بمثهما ، كما صرخ به غير واحد ، بل في المسالك نسبة الى المشهور ،  
ضرورة امكان الحكم بالمساواة في الصنف على الوجه الذي ذكرناه .

ودعوى أن الصحاح من الدرهم والدنانير مختلفة في الوزن والاستدارة  
والاعوجاج ووضوح السكمة وخفافتها على وجه يؤثر في القيمة . يدفعها بعد تسلیمهما  
ما عرفت من أن المدار على المساواة في الصنف والفرض حصوله ، فلا يفتح

اختلاف البعض [ الجوادر ج ٣٧ ص ١٠٧ ] .

(١) لاحتمال أن يكون المصنوع من الذهب والفضة وغيرهما قيمياً بنظر  
العرف اذا كانت الصنعة باليد ، لعدم التفكير عند العرف بين المادة والصورة  
بل يكون الشيء اما مثلياً بمادته وصورته او يكون قيمياً كذلك ، والنفكيك

والادوات والاثواب وغيرها ، فتضمن كلها بالمثل مم مراعاة صنفها<sup>١</sup> .

(مسألة : ٣٨) لو غصب المصنوع وتلف عنه الهيئة والصنعة فقط دون المادة رد العين<sup>٢</sup> وعليه قيمة الصنعة<sup>٣</sup> ، وليس للملك

بينهما بعيد عن المتعارف الخارجي .

بل قال الشيخ بأن الذهب والفضة مطلقاً مضر وبين أو غير مضر وبين فيهما صنعة محللة أولاً -- يضمنان بفقد البلد كما لو أتلف مالاً مثل له .

وفي المسالك : لعله نظر الى الاختلاف ، فإنه لا يجري عليه تعريف المثل بأنه ماتساوت أجزاءه لانه اختار في المبسوط هذا التعريف من غير أن يعتبر تقاربها في الصفات ولا يدخل فيه بدونه ، ولكن لا بد من مراعاة ذلك في التعريف والالم يدخل فيه شيء من المثلثيات ، لاختلاف صفات أصنافها الموجب لاختلاف قيمتها من الحبوب والادهان وغيرهما .

وفيه : مع اطلاق الشيخ قيمة الذهب والفضة لاصحوص الدرام والدنانير منها -- انه لاريب في حصول التساوي فسي أجزاء أصنافها على الوجه الذي ذكر ، وعلى كل حال فلا ريب في ضعف هذا القول .

١) وذلك لما تقدم من عدم ورود عنوان المثلثي والقيمي في النصوص حتى نتفحص عن صدقه في مورد دون مورد ، بل الملك أن يكون أداء المثل أداءاً للتاليف بخصوصيته النوعية ، ففي المثال المذكور في المتن لا يبعد أن يكون أداء أمثل المترافقية المصنوعة بالمكانين أداءاً للتاليف . بل هو قريب جداً .

٢) وذلك بمقتضى قاعدة « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » حيث أن مقتضاها وجوب رد نفس العين مادام موجوداً .

٣) لأن الظاهر الاتفاق على الصنعة والهيئة أمر قيمي لعدم تساوي الأجزاء

الزامه باعادة الصنعة كما انه ليس عليه القبول لو بذله الغاصب وقال:  
انى اصنعه كما كان سابقاً<sup>١</sup>.

(مسألة : ٣٩) لو كانت في المخصوص المثلى صنعة محظمة  
غير محظمة - كما في آلات القمار والملاهي ونجوها - لم يضمن  
الصنعة سواء اتلفها خاصة أو مع ذيها ، فيرد المادة لو بقيت وعوضها  
لو تلفت ، وليس عليه شيء لاجل الهيئة والصنعة<sup>٢</sup>.

---

من جهة القيمة بناءً على تفسير المشهور . وعلى كل حال ان المعروف بين  
من تعرض للمسألة كون المفروض مثلي الاصل قيمي الصنعة ، وعن موضع من  
التذكرة أنه قيمي ، وفي المسالك أنه أظهر ، للمنع من بقائه مثلياً بعد الصنعة  
لان أجزاءه ليست متفقة القيمة ، اذ لو انفصلت نقصت قيمتها متصلة كما لا يخفى.

١) لأن المبادر من قاعدة «على اليد» وقاعدة «المخصوص كله مردود»  
بضميمة فهم العرف في كيفية أداء ما في الذمة أداء القيمة فقط ، وعن صاحب  
الجوهر: وظاهرهم الاتفاق على كونها حينئذ قيمية وليس للمالك الازام بعودها  
كما أنه ليس عليه قبول ذلك لو بذله الجاني . وفرق واضح بين المقام وبين  
الالتزام بتسوية الحفر في الأرض الذي هو من قبيل رد المخصوص الى محله .  
والله العالم [المجوهر ج ٣٧ ص ١١٠].

٢) وذلك من جهة عدم المالية والحرمة شرعاً للصنعة في هذا الفرض ،  
بخلاف أجرده فيه . بل في الكفاية نسبة الى قطع الاصحاب ، لأن الغصب لا يصير  
مالاً قيمة له شرعاً اقيمة ، ولا يجعل ما هو محرم - يجب اتلافه على جميع المكلفين  
من غير فرق بين الغاصب وغيره - قيمياً محظماً .

(مسئلة : ٤) ان تعيب المغصوب في يد الغاصب كان عليه ارش النقchan (١) ، ولافرق في ذلك بين المحيوان وغير المحيوان (٢) . نعم اختص العبيد والاماء ببعض الاحكام وتفاصيل لايسعها المقام (٣) .

وفي القواعد : لو أتلفت آنية الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة اشكال ينشأ من مساواة الغاصب غيره وعدمه .

مع أنه قال فيها قبل ذلك : اذا كسرت آلات الملاهي فلا ضمان ، فان أحرقت ضمن قيمة الرصاص ، وكذا الصليب . بل صرخ به غيره ، وفي الكفاية نسبة ذلك كله الى قطع الاصحاب .

١) وذلك لاقتضاء قاعدة « على اليد » ، حيث أن صفة الكمال أيضاً من الاشياء التي وقعت تحت اليد ، فلا بد من أدائه ، وان لم يمكن بنفسه فيما ليته وقيمة، وهو معنى الارش - أي تفاؤت قيمة الصحيح والمعيب - كما أن مقتضى قاعدة « المغصوب كله مردود » كذلك ، كما أن قاعدة الالاف أيضاً تقتضي ذلك .

٢) وذلك من جهة اطلاق القواعد المقتضية للضمان ، وفي الجواهر : ولو نقصت قيمتهـ أي المغصوب - بشيء من ذلك ضمن الارش ، لما عرفته مكرراً من كون يد الغاصب يد ضمان ، كما عرفت فيما تقدم أنه ان لم يمكن رده الى الحالة الاولى فان رده الى المالك بحاله مع ارش النقchan ان كان ، وان أمكن رده الى الحالة الاولى فان رضي به المالك لم يكن للغاصب رده الى ما كان ، وان ألزمه الرد الى الحالة الاولى لزمه ذلك [ الجواهر ج ٣٧ ص ١٥٠ ] .

٣) كما في الشرائع : ولو جنى الغاصب عليه بما دون النفس فـان كان تمثيلاً قال الشيخ : عتق وعليه قيمته . . . وكل جنائية ديتها مقدرة في الحر فهو مقدرة في المملوك بحسب قيمته وما ليست مقدرة في الحر ففيها المحكومة .

(مسألة : ٤١) لو غصب شيئاً تتفق قيمته كل واحد منها منفرداً عنها فيما إذا كانا مجتمعين كمصارعى الباب والخففين فتختلف أحدهما أو تلفه ضمن قيمة التاليف مجتمعاً ورد الباقي مع ما نقص من قيمته بسبب انفراده، ولو غصب خفين كان قيمتهما مجتمعين عشرة و كان قيمة كل منهما منفرداً ثلاثة فتختلف أحدهما عنده ضمن التاليف بقيمة مجتمعاً وهى خمسة، ورد الآخر مع ما ورد عليه من النقص بسبب انفراده وهو اثنان ، فيعطي للمالك سبعة مع أحد الخفين<sup>(١)</sup>، ولو غصب أحدهما وتلف عنده ضمن التاليف بقيمة مجتمعاً وهى خمسة في الفرض المذكور<sup>(٢)</sup>.

وغير ذلك من الأحكام والتفصيات المذكورة في محلها.

١) وذلك لأن وصف كونهما مجتمعاً من الأوصاف الدخيلة فى المالية والقيمة ، وهو قد يقع تحت اليد ، فلا بد من رد عينه أوردهما يتمتع التلف وعدم امكان رده ، فيكون دليلاً الضمان في المقام هو اطلاق دليل « على اليد » بالنسبة إلى المأمور ، وجميع المخصوصيات الراجعة اليد ، كما يدل عليه أيضاً اطلاق قاعدة « من أتلف » في صورة الاتلاف ، وكذلك قاعدة « المغصوب كله مردود » .

٢) بلا خلاف ولاشكال لقاعدة على اليد وغيرها بالتقريب المنقدم . وفي الجوادر : أما لو أخذ فرداً من خفين يساويان عشرة مثلاً فأتلفه أو تلف في يده وبقي الآخر في يد المالك ناقصاً عن قيمة مجتمعاً بسبب الانفراد الحاصل له بعد غصب الآخر رد قيمة التاليف لو كان منضماً إلى صاحبه بلا خلاف ، اذ هو

وهل يضمن النقص الوارد على الثاني وهو اثنان حتى تكون عليه سبعه أم لا ؟ فيه وجهاً بل قولان <sup>١</sup> ، لا يخلو اولهما من وجهاً <sup>٢</sup> .

كما لو أتلف رجل أحدهما والآخر الآخر [ الم Johar ج ٣٧ ص ١٤٠ ] .

١) كما في الم Johar : نعم في ضمان ما نقص من قيمته تردد كما في محكي التحرير ، من أنه لم يدخل تحت يده كي يكون مضموناً عليه كالأول ، ومن عدم انحصار الضمان في الغصب ، بل من التسبب الصادق في المقام كحبس المالك عن ماشيته ، وقواه في محكي الإيضاح وجامع المقاصد ، وفي المسالك هو الأصح ، كفلك أجزاء الباب والسرير ونحوهما مما لسم يعتبر فيهما إلا الجزء الصوري الذي هو كالاجتماع في زوجي الباب والخف . الا أنه قد عرفت تحقيق الحال عندنا في مثل الضمان بذلك ونحوه مما لم يتضح لنا اندرجه في المستفاد من نصوص الضمان ، والأصل البراءة .

وعلى الأول يكون المضمون حينئذ سبعة ، وعلى الثاني خمسة ، ويحتمل كونه ثلاثة وإن لم أجده به قائلاً ، باعتبار أنه قيمة المتألف ، لأن تلفه في يده لم يكن الاحالة التفريق ، فمع فرض اعتبار قيمة يوم التلف يتوجه ضمان الثلاثة التي هي قيمته .

وفيه : أن ضمان الخمسة باعتبار تلفه عنده مضموناً عليه منضماً ، لأن الفرض غصبه كذلك ، وأما الاثنان فضمانهما على تقدير القول به من التسبب الذي لا ينافي ضمان القيمة يوم التلف [ الم Johar ج ٣٧ ص ١٤١ ] .

٢) وذلك لأن وصف الاجتماع أو الهيئة الاجتماعية كان له المالية والقيمة والمفروض أنه قد تلف بالتفريق الحاصل بسبب الغاصب ، وذلك كما في سائر

( مسأله : ٤٢ ) لوزادت بفعل الغاصب زيادة في العين المغصوبة فهى على أقسام ثلاثة :

أحدها - ان تكون اثراً محضًا كخياطة الثوب بخيوط المالك وغزل القطن ونسج الغزل وطحن الطعام وصياغة الفضة ونحو ذلك وثانيها - أن تكون عينية محضة كغرس الاشجار والبناء في الأرض البسيطة ونحو ذلك .

ثالثها - ان تكون اثراً مشوباً بالعينية كصبغ الثوب ونحوه ١٠ .

---

الأشياء التي كان للصورة قيمة وللمادة قيمة أخرى ، ولكل واحد منها ضمان بسبب الاتلاف ، ففي المقام أيضاً كذلك . فعليه لامجال للتمسك بالأصل كما صدر عن صاحب الجواهر « قده » .

١) قد بين الماتن دام ظله حكم الصور الثلاث في المسائل الآتية : أما الحكم المشترك بين الجميع هو أنه لا خلاف عندنا ولا اشكال في أنه لا يملك الغاصب العين المغصوبة بتغييرها بتعديل من الاعمال واخر اجرتها عن الاسم والمنفعة ، سواء كان ذلك بفعل الغاصب أو فعل غيره ، كالحنطة تطحن والكتان يغزل وينسج ، للأصل والاجماع بقصمهيه .

خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة من أنه إذا غير الغاصب المغصوب بتغييراً أزال به الاسم والمنفعة المقصودة منه - كما إذا قطع الثوب أو طحن الحنطة مثلاً - ملكه وضمن قيمته للمالك ، بل عنه لو دخل لص دار رجل مثلاً فوجد بغلاء وطعماماً ورحي فضمد البغل وطحن الطعام ملك الدقيق ، فإن انتبه صاحب الدار بعد ذلك كان للص قتاله عن دقيقه ، فإن أتى الدفع عليه فلا ضمان على اللص [ نقل ذلك في الجواهر ج ٣٧ ص ٨٣ ] .

(مسألة : ٤٣) لوزادت في العين المغصوبة ما يكون اثراً محضأً ردها كما هي ، ولا شيء له لاجل تلك الزيادة ولا من جهة اجرة العمل<sup>(١)</sup> ، وليس له ازالة الاثر واعادة العين الى ما كانت بدون اذن المالك ، حيث انه تصرف في مال الغير بدون اذنه ، بل لوازمه بدون اذنه ضمن قيمته للمالك<sup>(٢)</sup> وان لم يرد نقص على العين<sup>(٣)</sup> وللمالك الزامه بازالة الاثر واعادة العجلة الاولى للعين اذا كان فيه غرض عقلائي<sup>(٤)</sup> ،

وهو كماترى مخالف لقاعدة بقاء الملك ، بل وللمعلوم من الشرع . والله العالم .

١) بـلـاخـلـافـ وـلاـشـكـالـ ، لـعـدـ اـحـتـرـامـ العـمـلـ بـغـيـرـ اـذـنـ مـنـ المـالـكـ ، بـسـلـ كـانـ تـلـكـ الصـفـاتـ مـنـ تـوـابـعـ مـاـلـ الـمـالـكـ ، فـلـوـ أـتـلـفـهـاـ أوـ تـلـفـتـ فـيـ يـدـهـ كـانـ ضـامـنـاـ لـهـاـ كـمـاـ تـسـمـعـ تـحـقـيقـهـ اـنـشـاءـ اللـهـ عـنـدـ تـعـرـضـ الـمـاـتـنـ دـامـ ظـلـهـ .

٢) لأن تلك الزيادة بعد من نماء العين ويكون تابعاً له ، فيدخل في ملك مالك العين بالتابع ويقع تحت يد الغاصب ، فيتتحقق الاخذ الموضوع للضمان فلو أزيل وتلف بيد الغاصب ضمن ماليته وقيمة بمقتضى قاعدة اليد وقاعدة الاتلاف .

٣) لاطلاق قواعد الضمان وشمولها لمورد ورود النقص بازالة الصفة ومورد عدم ورود النقص .

نعم لو ورد نقص على العين بازالة الاشر ضمن الارش بمقتضى قــاعدة  
على اليد وغيره من قواعد الضمان .

٤) وذلك من جهة أن مقتضي الضمان بقاعدة على اليد وغيرها رد العين

ولا يضمن الغاصب حينئذ قيمة الصنعة<sup>١</sup> . نعم لوورد نقص على العين ضمن أرش النقصان<sup>٢</sup> .

كما هو في زمان الاخذ الى المالك ، فعليه ان امکن رده الى الحالة الاولى فان رضي به المالك لم يكن للغاصب رده الى مكان ، لانه تصرف في مال الغير ومخالف لسلطنته على ماله ، وان طلب منه الرد لزمه ذلك من باب العهدة والضمان بالإضافة الى الشيء وجميع الخصوصيات التابعة له كما صرخ بذلك الفاضل في القواعد .

قال فيه : ولو صاغ النقرة حليأً ردها كذلك ، فلو كسر ضمن الصنعة ، وللمالك اجباره على ردها نقرة ولا يضمن أرش الصنعة ، ويضمن ما نقص من قيمة أصل النقرة . ونحوه المحکي عن التحرير والدروس وغيرهما .  
(١) وذلك لانه شيء قد عرض باذن المالك واجازته ، فلا يكون في ازالة ماليته مقصراً وضامناً .

نعم لابد أن يكون فيه عرض عقلائي ، والا فاتلاف المال اذا لم يكن فيه عرض عقلائي يدخل في الاسراف ، والاسراف واتفاق المال من دون وجه منهي عنه بقوله تعالى « كلوا واشربوا ولا تسرفوا » وغيرها من آيات حرمة الاسراف والتبذير .

(٢) لانه ضرر على المالك قدور بفعل الغاصب ، فلا بد من جبر انه وخسارته وهو وان كان باذن المالك واجازته ولكن الاذن والاجازة كان للوصول الى عين ماله كما هو عليه في الحالة الاولى قبل الغصب وكان له حق في ذلك كما يكون له حق استرداد ماله كاملاً ، فمع ورود النقص عليه كان له الارش بمقتضى قاعدة على اليد وغيرها من قواعد الضمان .

(مسألة : ٤٤) لو غصب ارض افرز عنها او غرسها فالزرع او الغرس  
ونماؤهما للغاصب ، وعليه اجرة الارض ، ما دامت مزروعة او  
مغروسة<sup>١)</sup> .

١) هذه المسألة متعرضة للصورة الثانية من الصور التي بينها الماتن دام ظله في المسألة (٤٢) حيث جعل للتغيير فيها ثلاث صور ، والصورة هذه ما إذا كان التغيير عينية والحكم كما ذكره الماتن .

بلا خلاف اجده فيه ، بل في التتفقيح عليه انعقد الاجماع اليوم ، كل ذلك مضافاً الى رواية عقبة بن خالد : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال : زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلي ما أنفقت ، ألم ذلك أمان لا ؟ فقال : للزارع زرعه ولصاحب الارض كراء أرضه [ الوسائل ، الباب ٢ من كتاب الغصب ، الحديث ] .

ويدل عليه موثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل  
أكثرى داراً وفيهاستان فزرع فى البستان وغرس نخلا وأشجاراً وفواكه وغير  
ذلك ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك. قال: عليه الکراء ويقوم صاحب الدار  
الزرع والغرس قيمة عدل ويعطيه الغارس ان كان استأمره في ذلك ، وان لم يكن  
استأمره في ذلك فعليه الکراء وله الزرع والغرس ويقلعه ويدهب به حيث شاء  
[ الوسائل ج ١٧ ص ٣١٠ ، الحديث ٢ ]

وكذلك موافق سمعاء [الوافي ج ١٠ ص ١٤٤ ، الوسائل الباب ١١ من أبواب بيع الشمار، الحديث ٨٧ و ٨٩ من كتاب التجارة] .

بل هو على وفق أصول المذهب وقواعدة ، ضرورة كون الزرع والغرس

ويلزم عليه ازالة غرسه وزرعه وان تضرر بذلك<sup>(١)</sup> ، وعليه أيضاً طم الحفرو ارش النقصان ان نقصت الارض بالزرع والقلع<sup>(٢)</sup> الا ان يرضي المالك بالبقاء مجاناً او بالاجرة<sup>(٣)</sup> . ولو بذل صاحب الارض قيمة الغرس او الزرع لم يجب على الغاصب اجابتة . وكذا لو بذل الغاصب اجرة الارض او قيمتها لم يجب على صاحب الارض قبوله<sup>(٤)</sup> .

ملك الغاصب ، والارض انما هي من المعدات كالماء والهواء ونحوهما .

١) بلا خلاف ولاشكال ، لانه الذي أدخل الضرر على نفسه . ويدل عليه قاعدة « على اليد » وقاعدة « المغصوب كله مردود » ، بضميمة فهم العرف في كيفية أداء المغصوب ورده الى مالكه ، وفي رواية عبدالعزيز بن محمد: سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول : من أخذ أرضاً بغير حقها أو بني فيها . قال : يرفع بناؤه ويسلم التربة الى صاحبها ، ليس لعرق ظالم حق . ثم قال : قال رسول الله « ص » : من أخذ أرضاً بغير حقها كلف أن يحمل ترابها الى المحشر [ الوسائل ، الباب ٣٣ من كتاب التجارة ، الحديث ٣ ] .

٢) بلا خلاف ولاشكال بمقتضى قواعد الضمان بالتفسير المتقدم .

٣) فليس للغاصب التصرف في الارض من دون اذن صاحبه ، لانه خلاف سلطنته المجعلة له شرعاً .

٤) كل ذلك من جهة قاعدة سلطنة الناس على أموالهم ، فالغاصب مسلط على الغرس والزرع وصاحب الارض على أرضه ، فاجبار أحد هما صاحبه خلاف السلطنة وخلاف حرمة الاموال .

ولو حفر الغاصب في الأرض بثراً كان عليه طمها مع طلب المالك <sup>(١)</sup> ، وليس له طمها مع عدم الطلب فضلاً عما لو منعه <sup>(٢)</sup> ، ولو بني في الأرض المغصوبة بناءً فهو كما لو غرس فيها ، فيكون البناء للغاصب أن كان أجزاءً له وللمالك الزامه بالقلم حكم الغرس في جميع ما ذكر <sup>(٣)</sup> .

(مسألة : ٤٥) لو غرس أو بني في أرض غصبها وكان الغراس

(١) لوجوب إعادة العين كما كانت مع الامكان بمقتضى قاعدة « على اليد » وقاعدة « المخصوص كله مردود » .

(٢) لانه تصرف في مال الغير بدون اذنه ، فهو حرام من جهة حرمة الاموال وسلطنة الناس على أموالهم . نعم قال الشيخ وابن زهرة فيما حكى عنهمما : « له طمها نهاد المالك امل ينده ، رضي ألم يرض ، تحفظاً من درك التردي ». وفيه : ان ذلك لا يقتضي جواز التصرف في مال الغير ، وإنما اقصاه الضرر عليه ، وهو الذي أدخله على نفسه . على أنه يمكن زوال الضمان عنه بالرضا بالبقاء على وجه يرتفع عدواه بناءً على اعتبار ذلك في الضمان .

بل هو المحكي عنه في ديات المبوسط ، قال : لو حفر بثراً عدواً ثم ان المالك رضي ببقائها بعد الحفر العدواني سقط الضمان . بل عنه هنا التصریح بأن الصحيح براعته بالأبراء .

(٣) وذلك لما تقدم من أن الحكم في الغرس والزرع مطابق القاعدة ، وليس فيها اعمال تعبد من الشارع ، فيكون حكم البناء أيضاً حكم الغرس اذا كانت أجزاءً للغاصب .

## واجزاء البناء لصاحب الارض كان الكل له ١٤ .

١) وذلك من جهة استصحاب الملكية السابقة مع الشك، مع أنه لا شك في بقاء الملكية لعدم وجوب لزوال الملكية السابقة . واما الهيئة الحاصلة من البناء او الغرس فهو وان كان حاصلاً بعمل الغاصب الا أن الهيئة تابعة للمادة من جهة أنها عارضة لها ، فهي كسائر النماءات الحاصلة للعين في أنها صاحب العين من جهة التبعية .

ولذلك جاء في المسألة السادسة من الجوادر : اذا غصب حباً فزرعه او بيضاً فاستفرخه قيل - والسائل الشیخ في المحکی من غصب خلافه ومبسوطه وابن حمزة في الوسیلة : الزرع والفرخ للغاصب ، محتاجاً عليه بأن عین المغضوب قد تلفت ، فلا يلزم الغاصب سوى قيمتها أو مثيلها ، بل عنده في المخلاف من يقول : ان الفرح عین البيض وان الزرع هو عین الحب ، مکابر بـل المعلوم خلافه .

وقيل - والسائل الاكثر بل في الدروس انه فتوى من سبق الشیخ --- انه للمغضوب منه ، بل عن الناصرية نفي المخلاف فيه ، بل عنها وعن السرائر الاجماع عليه ، بل عن المخلاف في بـاب الدعاوي والمبوسط في بـاب العارية التصریح بما عليه الاصحـاب ، ومن هنا أساء الادب ابن ادریس بقوله « فقد دخل رحمة الله في جملة من يکابر » .

وعلى كل حال فهو أشبه بأصول المذهب وقواعدـه التي منها استصحابـ الملك وان تغيرـت الصورةـ التي هي ليست عنوانـ الملكـية ، ولذا لا شـكلـ في بـقائـهما علىـ الملكـ لوـفرضـ استـحالـتهـماـ الىـ ذلكـ منـ دونـ غـصبـ ، ضـرورةـ كـونـ الاستـحالـةـ بـالنـسـبةـ الىـ ذلكـ كـتـغيـيرـ صـفـاتـ الشـئـ منـ السـمـنـ وـنـحوـهـ .  
بلـ منـ القـطـعيـاتـ عـنـهـمـ عـدـهـمـ عـدـمـ خـروـجـ الثـوبـ مـثـلاـ عـنـ الملكـ بـقطـعـ الغـاصـبـ

وليس للغاصب قلعها او مطالبة الاجرة<sup>١</sup> وللملك الزامه بالقلع  
والهدم ان كان له غرض عقلائي في ذلك<sup>٢</sup> ، وعلى الغاصب ارش  
نفق الارض وطم حفرها<sup>٣</sup> .

( مسألة : ٤٦ ) لو غصب ثوباً وصبيحة بصبيحة<sup>٤</sup> فان امكن ازالته

له قطعاً متعددة ، حتى قيل : ان الشيخ نفسه من المصرحين بذلك مع أنه أولى  
بصدق اسم التلف عليه [ الجواهر ج ٣٧ ص ١٩٨ ] .

١) وذلك اما القلع فلانه تصرف في مال الغير من دون اذنه ، فهو حرام  
بمقتضى حرمة الاموال وسلطنة المالك على ماله دون غيره ، فهو تصرف في  
سلطان الناس بالإضافة الى اموالهم ، وهو حرام شرعاً . وأمادعم مطالبة الاجرة  
لان عمل الغاصب مع صدوره على وجه الحرمة والمعصية شرعاً وبدون الاذن  
من المالك لا يكون له حرمة ، فلا وجہ لمطالبة الاجرة مع عدم موجب  
للاستحقاق .

٢) وذلك لاقتضاء قاعدة « على اليد » وقاعدة « المغصوب كله مردود »  
العود الى المالك كما كان عليه من الصورة ، ولكن اذا كان في القلع والهدم  
اسراف واتلاف للمال أو عمل سفهی فقاعدة الضمـان منصرفة عن مثله ، بل  
النهي عن الاسراف والتبذير وعدم اعطاء الاموال للسفهاء في الآية المباركة  
« ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً » [ سورة النساء : ٥ ]  
يوجب تقييد أدلة الضمان بما اذا لم يكن السؤال والطالب من المالك سفهياً .

٣) لما تقدم من أنه مقتضى الضمان والعهدة الثابتة بقاعدة على اليد وغيرها  
من أدلة الضمان .

٤) هذه المسألة متعرضة للنوع الثالث من التغيير الحاصل في المغصوب

مع بقاء ماليته له كان له ذلك وليس لمالك التثوب منعه <sup>١٤</sup>.

بيد الغاصب التي أشار المانن دام ظله اليه في المسألة (٤٢) وهي ما اذا كان التغير مشوباً بالعينية كصيغة التثوب ونحوه.

١) وفاماً للشيخ وابني زهرة وادريس والفضل في أكثر كتبه ، والشهيدين والكركي وغيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل في المسالك أنه الاشهر، بل في المختلف والتفريح هو المشهور ، بل في الرياض أنه المشهور خصوصاً بين المتأخرین .

وذلك خلافاً للمحكي عن الاسكافي والفضل في المختلف من أنه ليس للغاصب قلع الصبغ بدون اذن المالك ، فان لم يرض دفع قيمة الصبغ ووجب على الغاصب قبوله . واستجوده في التفريح بل قال: «وعليه الفتوى» . وفي الرياض بعد أن حكا عن حاله العلامة البهبهاني في حاشيته على مجمع البرهان قال: « وهو غير بعيد نظراً الى قواعدهم المقررة في الغصب » .

ويدل عليه قاعدة السلطنة، حيث أن الغاصب - وهو مالك الصبغ - لم تزل ماليته بالإضافة إلى الصبغ مع عينيته وامكان ازالته عن التثوب، ومجرد الغصب والتصرف في مال الغير لا يوجب زوال الملكية السابقة أو انشركة القاهرة ، بل سلطنته على الصبغ توجب جواز ازالته عن التثوب . واستلزم القلع التصرف في مال الغير لا يقتضي سقوط احترام مال الغاصب .

وعن صاحب الجواهر : ودعوى أنه كما أن وقوعه عدواناً لا يقتضي اسقاط ماليه الغاصب فله التصرف فيه بالقلع فكذلك عدوانه لا يقتضي نفي سلطنة المالك عن ملكه . فله أن يمنع الغاصب عن التصرف فيه بالقلع .  
وحيث تعارض الحقان ينبغي أن يترجح جانب المالك ، لعدم تقصيره

كما أن للملك الزامه به . ولو ورد نقص على الثوب بسبب ازالة  
صبعه ضممه الغاصب<sup>١</sup> . ولو طلب مالك الثوب من الغاصب ان يملكه  
الصبع بقيمة لم يجب اجابتة كالعكس لأن يطلب الغاصب منه ان  
يملكه الثوب<sup>٢</sup> .

---

وتدار كه مال الغاصب بالقيمة ، بل هو أولى كما مضى ( لا يخفى عليك ) ما فيها  
من عدم اقضاء ذلك ترجيح الملك على وجه يتقبل اليه مال الغاصب بالقيمة  
قهراً على مالكه .

بل أقضاه عدم تسلط أحدهما على الآخر في ذلك ، فتبقى قاعدة تسلط الناس  
على أموالهم وقاعدة اتصال كل مال الى صاحبه وغيرهما على حالها ، ولكن  
يولي الحاكم من يخلص كل مال عن الاخر ويوصله الى صاحبه ، أو نقول بولاية  
ذلك الى المالك ، باعتبار دخول الغاصب عليه ، فهو كمن ألقى في دار غيره  
 شيئاً ، فان للملك ازالته [ الجوادر ج ٣٧ ص ١٥٥ ] .

١) وذلك كله لقاعدة اليد وغيرها من قواعد الضمان والعهدة ، حيث أنها  
مقتضية لرد المال الى صاحبها كما هو عليه قبل الغصب وقبل التصرف فيه عدا وانا  
وازوم الارش لوورد عليه نقص بسبب ازالة الصبع .

ولذا صرخ الفاضل في القواعد والارشاد بل والتحرير ومحكي المبسوط  
ووالايصال باجبار الغاصب على الفصل مع طلب الملك وقبول الصبع لذلك  
وان تصرر الغاصب ببنقص ماله أو هلاكه ، ويدفع الارش لنقص ثوب الملك  
لانه الذي أدخل الضرر على نفسه ، فتبقى قاعدة اتصال الحق الى مستحقه  
بحالها .

٢) لأن وجوب الاجابة على كل الطرفين مناف لمالكيتهم وسلطتهم التامة

هذا اذا امكن ازالة الصبغ . واما اذا لم يمكن الا زالة او تراصيا على  
بقاءه و كان للصبغ عين متمولة اشتراكا في قيمة الثوب المصبوغ <sup>١</sup>  
بالنسبة <sup>٢</sup> فلو كانت قيمة الثوب قبل الصبغ تساوى قيمة الصبغ كانت  
بينهما نصفين ، وان تفاوتت كان التفاوت لصاحب الثوب او الصبغ

على ما لهمما الثابتة بقاعدة السلطة .

وفي الجواهر : و ممما ذكرنا يعلم أيضاً أنه لو أراد أحدهما ما لصاحبه بقيمةه  
لم يجب على أحدهما اجابة الآخر ، وكذا لو وهب أحدهما صاحبه لم يجب  
على الموهوب له القبول لما فيه من المنة . بلا خلاف أجده فيه اذا كان الطالب  
الغاصب وان احتمله في الكفاية ، الا أنه لم نجد له غيره حتى من العامة مع  
وضوح ضعفه .

وأما اذا كان المالك فهو المشهور نقا وتحصيلا ، بل هو مقتضى كل من قال  
باجابته لطلب الازالة . نعم قد سمعت كلام أبي علي ومن وافقه أو مال اليه ،  
بل عن التذكرة ذلك أيضاً اذا كان لا يمكن فصل الصبغ ولا يحصل منه ، لانه  
لا ذريعة الى تصرفه في ثوبه الابدفع قيمة الصبغ . ولا يخفى عليك ما فيه بعد  
الاطلاع بما ذكرنا [ الجواهر ج ٣٧ ص ١٥٧ ] .

١) وذلك أاما الاشتراك في الصورة الاولى لانه قهري بعد عدم امكان الازالة  
وان الثوب شيء وحداني لا يمكن التفكير في مالكيته بالإضافة الى أصل الثوب  
وصبغه ، وأما في الصورة الثانية فمقتضى رضاهما بالبقاء رضاهما بالشركة اذ  
لأنه ولافائدة لهما بدون حصول الشركة .

٢) لانه مقتضى قاعدة العدل والانتصاف المستفاده من بعض النصوص مع  
أنها قاعدة عقلائية .

هذا اذا بقيت قيمتها على ما هما عليها الى ما بعد الصبغ ، والافان زادت قيمة الثوب ونقصت قيمة الصبغ لاجله فالزيادة لصاحب الثوب<sup>١</sup>.

ولو انعكس ضمن الغاصب ارش نقص الثوب<sup>٢</sup> ، ولو زادت قيمة الثوب بالصبغ وبقيت قيمة الصبغ على ما هو عليه كانت الزيادة لصاحب الثوب ، ولو انعكس فالزيادة للغاصب<sup>٣</sup>.

( مسألة: ٤٧ ) لو صبغ الثوب المغصوب بصبغ مغصوب وكانت للصبغ بعده عين متمولة بقيت كل منهما في ملك صاحبه<sup>٤</sup> وحصلت

---

١) لأن الزيادة الحاصلة للثوب في هذا الفرض تابعة للثوب وان حصلت بعمل الغاصب ، فتدخل الزيادة في ملك مالك الثوب . وأما النقص الوارد على الصبغ ليس له جرأن لأنه ضرر أورده الغاصب بنفسه على نفسه .

٢) اذ مقتضى ضمن على اليد وغيره رد الثوب الى المالك مع الخصوصيات الواحدة له حين الاخذ والتصرف فيه ومنها صفة الكمال، فاذا ورد عليه النقص لا بد اما من ارجاعه الى الحالة الاولى لورضي المالك بالتصرف فيه واما من اداء غرامة النقصة وماليتها ، وهو معنى الارش .

٣) لأن زيادة القيمة السوقية أو الخصوصيات التابعة لعين المال تكون لصاحب المال بمقتضى التبعية ، ومالك الاصل هو المالك لتوابعه وخصوصياته عرفاً وشرعأً .

٤) وذلك لعدم مزيل ولا موجب لتغيير المالكية ، اذ هو محتاج الى سبب اختياري او قهري ، والمفروض عدم حدوثه . ومجرد عمل الغاصب في المقام

الشركة لوبيعاين صاحبيهما بنسبة قيمتهما<sup>١</sup> ، ولا غرامة على الغاصب  
ان لم يرد نقص عليهما<sup>٢</sup> ، وان ورد ضمهما لمن ورد عليه<sup>٣</sup> .  
(مسألة : ٤٨) لومزاج الغاصب المغصوب بغيره او امترج في  
يده بغير اختياره مزاجاً رافعاً للتمييز بينهما فان كان بجنسه وكان  
متمااثلين ليس احدهما اجود من الآخر او اردى تشاركاً في المجموع  
بنسبة ما ليهما<sup>٤</sup> ،

---

لابوجب زوال الملكية، مع أنه فضولي وحصل على الوجه المنهي شرعاً، فلا وجہ  
لسيبته للنقل والانتقال الى مالك آخر .

١) لأن الثوب المصبوغ حيثند أمر واحد ، فإذا بيع على شخصين ودفع  
أحدهما مقداراً من قيمته والآخر باقي حصلت الشركة قهراً بالبيع منهمما ، والبيع  
سبب للشركة في المقام .

٢) لعدم موضوع للغرامة بعد عدم ورود النقص .

٣) وذلك بمقتضى ضمان على اليد وغيره ، حيث أن مقتضاها رد المغصوب  
إلى الغاصب على ما هو عليه ، فان ورد عليه نقص فعلية جبران خسارته وضرره  
الذى أورده على المغصوب منه .

٤) بلا خلاف ولاشكال في ذلك ، بل الاجماع على أن المزاج أحد أسباب  
الشركة .

وفي الجوادر : وأما سبب الشركة في الثلاثة فقد يكون ارثاً ، كما اذا  
ورثا مالاً أو منفعة أو حقاً ، وقد يكون عقداً في الثلاثة أيضاً ، كما لو اشتريا داراً  
او استأجرها أو صالحها عن حق تحرير مثلاً ، وقد يكون مزجاً في العين كما هو

وليس على الغاصب غرامة بالمثل أو القيمة<sup>١</sup> ، بل الذي عليه تسليم المال والاقدام على الافراز والتقطيع بنسبة المالين أو البيع وأخذ كل واحد منها حصته من الثمن كسائر الاموال المشتركة<sup>٢</sup> . وان خلط المغصوب بما هو جود او اردى منه تشاركا ايضاً بنسبة

---

واضح [ الجوادر ج ٢٦ ص ٢٩٠ ] .

وقال في موضع آخر : ان المتيقن من الفتاوي ومعاقد الاجتماعات في سبب الشركة المزجية هو ما يتحقق فيها صدق المزج الرافع للامتياز بسببه ... بل ان لم يتم الاجتماع أمكن القول بتحقق الشركة بامتياز الشخصين المتحدين في الاوصاف الخارجية وان كانوا من جنسين ، كالفرمز مع بعض الاصياغ المساوية له في اللون ، والعسل وبعض افراد الدبس ونحو ذلك [ الجوادر ج ٢٦ ص ٢٩٥ ] وأما الشركة بنسبة ما ليهما فهو أيضاً مما لا اشكال فيه بعد ما كان الاصل متفاوتاً في المقدار .

(١) لأن الغرامة بالمثل أو القيمة إنما يكون في فرض تلف العين ، والمفروض في المقام بقاء العين ، فلا وجہ لضمان المثل أو القيمة .

(٢) لأن الشركة أمر قد حصل قهراً بفعل الغاصب ، فلا بد من رد المال المغصوب إلى صاحبه ، وهو لا يمكن إلا بالافراز أو التقطيع بنسبة المالين أو البيع وأخذ كل واحد منها حصته من الثمن كل ذلك بطلب المالكين ورضاهما بذلك كما أنه يجبر على الافراز أو التقطيع لو أراد أحد هما كما في سائر الاموال المشتركة بلا خلاف والظاهر الاتفاق عليه ، ولعله العمدة بعد قاعدة وجوب انصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر والضرار .

المالين<sup>(١)</sup> الا ان التقسيم وتوزيع الشمن بينهما بنسبة القيمة فلو خلط منا من زيت قيمته خمسة بمن منه قيمته عشرة كان لكل منهما نصف المجموع<sup>(٢)</sup> ، لكن اذا بنينا على القسمة يجعل ثلاثة اسهم ويعطى لصاحب الاول سهم ولصاحب الثاني سهمان . واذا باعاه يقسم الشمن بينهما اثلاثاً<sup>(٣)</sup> ، والاحوط في مثل ذلك – اعني اختلاط مختلفي القيمة من جنس واحد – البيع وتوزيع الشمن بنسبة القيمة لا التقسيم بالتفاضل بنسبةهما من جهة شبهة لزوم الربا في الثاني<sup>(٤)</sup> .

- ١) بلا خلاف ولاشكال ، لأن المزج أحد أسباب الشركة الظاهرة من دون خلاف ، وعليه الاجماع بتصميده .
  - ٢) لأن المفروض أن أجزاء الزيت متساوية في المقدار ، فكل مقدار منه يكون نصف أجزائه لصاحب الزيت الرديء ونصف أجزائه لصاحب الزيت الجيد .
  - ٣) لأن القيمة والمالية الموجودة في الزيت سهمان منه لصاحب الزيت الجيد وسهم منه لصاحب الزيت الرديء ، ومقتضى العدل والقسط في التقسيم في هذه الصورة أن يعطى لصاحب الاول سهمان ولصاحب الثاني سهم واحد .
  - ٤) اذ لو كان التقسيم في المقام نحو معاوضة بين المالكين يأتي الربا في جميع المعاوضات ، كما لعله هو الحق . ولكن الحق أن القسمة تميز الحق لكل شريك من غيره ، ولاريب في أنها أمر برأسها ليست بيعاً ولا صلحأ ولا غيرهما ، سواء كان فيها رد أو لم يكن .
- كما لا خلاف أجده فيه ، بل ولاشكال ، ضرورة عدم اعتبار قصد شيء زائد

كما قال به جماعة<sup>١</sup>. هذا اذا مزج المغصوب بجنسه، واما اذا اخْتَلَطَ بغير جنسه فان كان فيما يعد معه تالفاً كما اذا اخْتَلَطَ ماء الورد المغصوب بالزيت ضمن المثل<sup>٢</sup> ، وان لم يكن كذلك كما

١) كما في الجواهر : ولادليل على الشركة في العين بحسب القيمة على وجه يكون لمالك الجيد في العين أزيد قدرًا مما كان له ، بل لعل ظاهر الأدلة خلافه ، بل هو من الربا بناءً على عمومه لمثل ذلك [ الجواهر ج ٣٧ ص ١٦٣ ] .

وقال في موضع آخر : في القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والروضة  
يتحير المالك بين المثل والعين مع الارش ، لانه في حكم المستهلك بالاختلاط  
المزبور . الا ان حق المالك لا يسقط من العين بفعل الغاصب مع امكان التوصل  
الى البعض ، والنقص في الخليط يجب جبره بالارش اذا كانا غير ربوين ،  
او كانا وقلنا بعدم جريان الربا فيه باعتبار أنه غرامة عما جناه الغاصب على ماله  
لابيع بل ولا معاوضة بناءً على عموم الرسائل المعاوضات ، فما في الرياض  
من اشكال الارش في الربويين بذلك لا يخلو من نظر [ الجواهر ] ج ٣٧ ص

٢) لعدم امكان رد العين حينئذ ، فيكون ضامناً لـدر كه وخسارته ويكون التدارك برد المثل في المقام .

لو خلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير او خلط الخل بالعسل فالظاهر انه بحكم الخلط بالاجود والاردى من جنس واحد فيشتري كان في العين بنسبة الماليين ويقسمان العين ويوزعان الثمن بينهما بنسبة القيمةتين كما مر<sup>١١</sup>.

(مسألة : ٤٩) لو خلط المغصوب بالاجود والاردى وصار قيمته المجموع المخلوط انقص من قيمة الخليطين منفردين فوراً بذلك النقص المالي على المغصوب ضمنه الغاصب . كما لو غصب مناً من زيت جيد قيمته عشرة و خلطه بمن منه رديء قيمته خمسة وبسبب

---

١) وذلك من جهة اتحاد الملاك، وهو حصول الشركة القورية بين المالكين في العين الموجود الخارجي بسبب المزج والاختلاط .  
نعم في الجوادر : أما لو خلط بغير جنسه كما اذا خلط الزيت بالشيرج و خلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير لكان مستهلكاً وضمن المثل ، كما صرحت به الفاضل والشهيدان والشيخ فيما حكي عنه وغيرهم . بل في الكفاية أنه أشهر بل لا أجد فيه خلافاً، لانه تالف ببطلان فائدته وخاصيته بخلاف الجيد مع الرديء المتتفقين في الجنس .

نعم احتمل في التذكرة قوياً ثبوت الشركة كما لو مزجاه بالرضا أو امتزجها بأنفسهما ، وفي المسالك له وجه ، لأن اسقاط حقه من العين مع وجودها بعيد .

وهذا هو الحق ، لوجود العين بنظر العرف والعقلاه ففي هذا الفرض لكنه اختلط بغيره ، ومعه لا وجه للحكم بالاستهلاك وضمان المثل أو القيمة .

الاختلاط يكون قيمة المدين اثنى عشر فصار حصة المغصوب منه من الثمن بعد التوزيع ثمانية ، والحال ان زيته غير مخلوط كان يسوى عشرة فور النقص عليه باثنين . وهذا النقص يغرمه الغاصب . وان شئت قلت : يستوفى المالك قيمة ماله غير مخلوط من الثمن ، وما بقى يكون للغاصب ١١.

---

١) وذلك كله لحصول الشركة أولاً بسبب الاختلاط والامتزاج قهراً ، وهذا هو المشهور ومقتضى حصول الشركة أن يكون للمالك من المجموع بنسبة ماله من القيمة .

وذلك خلافاً للشيخ في المبسوط والحلبي فــي أمثال المقام ، حيث أنهما ذهبا إلى تخbir الغاصب في دفع القدر من العين أو غيرها : (وجه الأول) وجود عين مال المالك المقتضي لسلطه على الموجود وعدم الانتقال إلى المثل أو القيمة (وجه الثاني) استهلاك عين مال المالك اذا لا يقدر على الرد لطلبه . ولكن القول بالتخbir بهذا المال يعد من الجمع بين المتناقضين ، اذا لو كان عين المال موجودة فلا معنى للقول باستهلاكه ، ولو كان عين المال مستهلكاً فلا وجه لاسترداد عين المال . فالقول بالتخbir لا وجه له ، بل الأقوى كما ذكرنا أن العين موجودة في المقام ، فلا بد من ردتها بعينها إلى المالك .

نعم ورد عليه النقص بسبب الاختلاف ، فلا بد من جبر انه بمقتضى ضمان على اليد وغيره من أدلة الضمان ، فلا بد للغاصب من جبران الخسارة بدفع ما نقص من القيمة ، أما من ثمن الجنس أو غيره من أمواله .

( مسألة : ٥٠ ) فوائد المغصوب مملوكة للمغصوب منه وان تجددت بعد الغصب ، وهى كلها مضمونة على الغاصب ، اعياناً كانت كاللبن والولد والشعر والثمر ، او منافع كسكنى الدار وركوب الدابة، بل كل صفة زادت بها قيمة المغصوب لوجودها في زمان الغصب ثم زالت وتنقصت بزوالها قيمة ضمانتها على الغاصب وان رد العين كما كانت قبل الغصب فهو غصب دابة هازلة ثم سمنت فزادت قيمتها بسبب ذلك ثم هزلت ضمانتها على الزيادة التي حصلت ثم زالت <sup>١</sup>

---

١) بالخلاف في ذلك كله ، لأنها نماء ملكه ، فتكون مضمونة عند الغاصب كالأصل ، سواء تجددت عنده أم لا . والоснов في ذلك كله حديث « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » [كنز العمالج ٥ ص ٢٥٧ وسنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠] . فإن اليد كما تكون على العين كذلك تكون على الفوائد والمنافع ، ولا يختص الحديث بحدوث اليد بل يشمل بقاعها ، فكل زمان من أزمنة كون العين تحت اليد كذلك مما فعلها فيجب أن يغنم العين وما يتبعها .  
وأما الإبرد على ضمان المنفعة – بأن الحديث مختص بالأعيان ولا يشمل المنافع – كما يظهر من الشيخ « قوله » في الامر الثالث من عدم صدق الاخذ على المنافع ، قال : ولاشك في عدم شمول صلة الموصول للمنافع ، وحصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الاخذ ، ودعوى أنه كنایة عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكلة .

وفيه : ان القرينة قائمة في المقام على أن المراد باليد ليست الجارحة المخصوصة ، ضرورة أن تكون العهدة على اليد لامعنى له . فالجارحة لا تكون

نعم لوزارت القيمة لزيادة صفة ثم زالت تلك الصفة ثم عادت  
بعينها لم يضمن قيمة الزيادة التالفة لأن جبارها بالزيادة العائدة (١) ،

ضامنة ولا عليها شيء ، فلابد أن يراد بها الشخص اما استعارة أو كناية ، فكأنه  
قال : من أخذ شيئاً فعليه رده .

وأما الأخذ وان كان ظاهراً في الحسي ويكون نحو أخذ الميثاق والهد  
على نحو من التأويل ، لكن استعماله شائع في الاستيلاء ، وإذا دار الأمر بين  
تخصيص الموصول بخصوص ما يُؤخذ حسماً كالثوب والدرهم والدينار أو الأخذ  
باطلاً وحمل الأخذ على الاستيلاء . فلا شبهة في أن الثاني أولى ، لشروع استعماله  
في أخذ البيت والملك والدار والبلد وغيرها مما لا يكون فيها أخذ حسي ، بل  
 مجرد الاستيلاء عليها .

وان شئت قلت : ان المتفاهم العرفي من قوله صلى الله عليه وآله وسلم  
« على اليد » بعد فرض صدوره عن رسول الله انه ضرب قاعدة كافية للضمان  
لافي خصوص المأخوذ حسماً ، ولهذا ان الشيخ العظيم « قده » بارتказه العقلائي  
اعترف بشموله بجميع الأعيان وان أنكر شموله للمنافع ، مع أن لازم شموله  
لمطلق الأعيان كونه كناية عن الاستيلاء ، فحيثئذ لانبأي بعدم صدق الأخذ  
أو الأخذ باليد بعد صدق الاستيلاء .

(١) بل كأنها لم تزل ، اذ المتجدد والعائد ليست غيرها بنظر العرف ، كما  
أن العين او انعدمت ثم عادت بسبب سماوي خارق للعادة أو على وجه الاعجاز  
كان رده الى المالك وأداؤه أداءاً لنفس العين المأخوذة أولاً ويكون مبرأ للذمة  
بلاشكال ، فكذلك الصفة اذا عادت تكون رده في اعتبار العرف والعقلاء رداً  
لنفس الصفة المحادثة أولاً .

كما اذا سمنت الدابة في يده فزادت قيمتها ثم هزلت ثم سمنت فانه لا يضمن الزيادة الحاصلة بالسمن الاول الا اذا نقصت الزيادة الثانية عن الاولى ، بأن كانت الزيادة الحاصلة بالسمن الاول درهماً من والحاصلة بالثانى درهماً مثلاً ، فيضمن التفاوت <sup>١٤</sup> .

(مسألة: ٥١) لوحصلت فيه صفة فزادت قيمتها ثم زالت فنقصت ثم حصلت فيه صفة اخرى زادت بها قيمتها لم يزل ضمان زيادة

) لأن الحاصلة ثانية كان مساوياً مع الاول في المالية والقيمة يكون في اعتبار العرف هو الاول والافلا ، كما في الجواهر : نعم لو نقصت الثانية عن قيمة الاولى ضمن التفاوت لعد الجابر حينئذ المنقص الفائت ... ولكن في المسالك « فيه قوله : احدهما أنه ينجبر أيضاً ويسقط الغرم كما لو أبق العبد فعاد أو جنى على عينه فابيضت ثم زال ذلك البياض . والثاني العدم ، لأن السمن الثاني غير الاول والواحد وقع مضميوناً ، والثاني تجدد به من الله تعالى شأنه كالاول لو كان متجدداً فلا يحصل للغاصب بسببه شيء ، وهذا أظهر » .

وفي ما عرفت ... وحينئذ فكل من المحكي عن صريح المبسوط والارشاد من اطلاق الانجبار في مثل السمن كظاهر المصنف ، لاصالة عدم الضمان ، وصريح محكي النذكرة وجامع المقاصد وظاهر الدروس من اطلاق عدم الانجبار لأن الثاني مال متجدد للمالك والواحد مال ذاهب ، ولثبت الضمان بالهزال الاول . ولا دليل على البراءة منه ، فالاصل يقتضي بقاوه . لا يخلو من نظر لما عرفت من التفصيل ... [ الجواهر ج ٣٧ ص ١٧٠ - ١٧١ ] .

الاولى ولم ينجرى نقصانها بالزيادة الثانية ، كما اذا سمنت الدابة المخصوصة ثم هزلت فنقصت قيمتها ثم ارتأست فزادت قيمتها بقدر زيادة الاولى او الازيد لم يزل ضمان الغاصب للزيادة الاولى <sup>١</sup> .  
( مسألة : ٥٢ ) اذا غصب حباً فزرعه او بريضاً فاستفرخه تحت دجاجته مثلما كان الزرع والفرخ للمخصوص منه <sup>٢</sup> ، وكذا لو غصب

١) وذلك واضح بعد ما عرفت مما تقدم أن النماءات والفوائد والصفات الحاصلة للعين تكون للمالك ، ولأن النماء والفائدة والصفة امر تابع للاصل العين ، وبمقتضى تبعية النماء والصفة للاصل تكون الخصوصية والصفة وماليتها للمالك قهراً .

ولكن الخصوصية الحاصلة لو كانت غير الزائلة تحت يد الغاصب لا وجه لأن يكون جابراً للخسارة الواردة على المالك بزوالها ، اذا المفروض أن الخصوصية الزائدة وقعت تحت اليدي ولو بطبع العين وتكون مضمونة لمقتضى قاعدة «على اليدين» وغيرها من أدلة الضمان ، فلا بد من أدائه ، وحيث أن المفروض عدم عودها بعينها في اعتبار العرف فلا بد من جبران خسارته بأداء قيمتها .

ولا يعد الزيادة الثانية وتفاوت القيمة الحاصل بسببيه جبراً لมาفات من المالك ، بل شيء جديد يكون للمالك بمقتضى تبعية النماء للاصل .

وفي الجوادر : أما لو تجددت صفة غيرها – مثل أن سمنت فزادت قيمتها ثم هزلت فنقصت قيمتها ثم تعلمت صنعة مثلاً فزادت قيمتها زادها وما نقص بقواتها الأولى ، بل لخلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه ، بل هو مقتضى الضابط

الذي ذكرناه [الجوادر ج ٣٧ ص ١٧٢ - ١٧٣] .

٢) أما الزرع فلانه نماء ملك صاحب البذر فيتبعه في الملك والارض

خمراً فصارت خلا او غصب عصيراً فصار خمراً عنده ثم صارت  
خلا فانه ملك للمغصوب منه لا الغاصب<sup>١١</sup>.

والماء والهواء من المعدات لصيروة البذر زرعاً، وكذلك الفرخ حيث أنه نماء  
ملك صاحب البيض فيتبعه في الملك، وأما الدجاجة فهي من المعدات للاستفراخ  
تحته.

وفي الجوادر : هو أشبه بأصول المذهب وقواعد التى منها استصحاب  
الملك لهما وان تغيرت الصورة التي هي ليست عنوان الملكية ، ولذا الاشكال  
في بقائهما على الملك لفرض استحالتهم الى ذلك من دون غصب ، ضرورة  
كون الاستحالة بالنسبة الى ذلك كتغير صفات الشيء من السمن ونحوه . بل  
من القطعيات عندهم عدم خروج الثوب مثلًا عن الملك بقطع الغاصب امه  
قطعاً متعددة [ الجوادر ج ٣٧ ص ١٩٨ ] .

وعلى كل حال عن الناصرية نفي الخلاف فيه ، بل عنها وعن السرائر  
الاجماع عليه ، وعن الخلاف في باب الدعاوي والمبسوط في باب العارية  
التصريح بما عليه الاصحاب . نعم قال الشيخ في المحكي من غصب خلافه ومبوسطه  
وابن حمزة في الوسيلة « الزرع والفرخ للغاصب » محتاجاً عليه بأن عين المغصوب  
قد تلقت فلا يلزم من الغاصب سوى قيمتها أو مثلاها .

وفيه ما عرفت من منع صدق التلف عليه عرفاً ، بل المورد استعمال لشيء  
نحو كماله وفي الغاية التي خلق لأجله ، فهو نماء واستكمال لاتفاق واعدام ،  
وبينهما بون بعيد .

(أ) كما صرحت به غير واحد ، وعن رهن غاية المرام والمسالك نفي الخلاف  
فيه ، لأنه عين ماله أو عين ما هو فيه حق الاولوية ، فيكون للغصوب منه ويجب

وأما لو غصب فحلا فأنزاه على الانشى وأولدها كان الولد لصاحب  
الانشى وان كان هو الغاصب<sup>١)</sup>.

رده اليه، اذ كما يجب رد المملوک الى مالكه كذلك يجب رد ما هو متعاق الحق  
الى ذي الحق ، ولو شئك فيه يجري فيه الاستصحاب .

نعم عن الجواهر : ان تم الاجماع في ذلك كله والا فلا يخلو من اشكال ،  
ضرورة أنه بصير ورته خمراً خرج عن ملك المالك وصار في ذمة الغاصب  
المثل ، لانه تلف أو بمنزلته ، فإذا صار خللا دليلاً على عوده الى ملك المالك بل  
يمكن أن يكون من المباح يملكه من يسبق اليه أو يكون من هو في يده أولى به .  
وفيه : نمنع أن يكون التخيير كالتلف . نعم يخرج عن الملكية من جهة  
سلب ماليته شرعاً ولكن لا يخرج عن كونه متعلقاً للحق ولا يجوز غصبه وادا  
غصب يجب رده الى المغصوب منه ، واذا صار خلا وصار قابلاً للملكية فيكون  
ملك لصاحب الحق لعدم المانع من اعتبار ماليته شرعاً وعرفاً الاسلب ماليته  
ومع اعتبار ماليته لامانع من اعتبار ماليته كما كان .

١) كما صرخ به الشيخ والفالضل والشهيدان والكركي وغيرهم على ما  
حكي عن بعضهم ، وفي جامع المقاصد الاجماع عليه على الظاهر ، وفي المسالك  
وغيرها نفي الخلاف فيه ، بل يمكن تحصيل القطع به من السيرة المستمرة  
في سائر الاعصار والامصار ، لأن الولد في غير الانسان تابع للانشى عرفاً من  
غير فرق بين الغاصب وغيره .

وعن الجواهر : فتأمل بعض الناس فيه - بأن الولد من الفحل ، فلا يكاد  
يوجد الفرق بينه وبين الحب اذا نبت في أرض الغير - في غير محله ، اذ  
هو كالاجتهد في مقابلة النص ، على أنه قيل : يمكن الفرق بالنطفة لاقيمة لها

وعليه أجرة الضراب <sup>١</sup>.

(مسألة : ٥٣) جميع ما مر من الضمان وكيفية احكامه وتفاصيله  
جاربة في كل يد جارية على مال الغير بغير حق وإن لم تكن عادلة  
وغاصبة وظالمة ، الباقي موادر الامانات المالكية كانت او شرعية كما  
عرفت التفصيل في كتاب الوديعة <sup>٢</sup>.

وليست مملوكة بعد انفصالها ولا واجبة الرد الى مالك الفحل والنشوء والسماء  
من الانشى ، ولا كذلك الحب فانه مملوك له قيمة ويجب رده وإن كان فيه مافيه.  
والله العالم [ الجواهر ج ٣٧ ص ١٤٦ ] .

١) لازم منفعة استوفاه الغاصب ووقيع تحت اليد فتكون مضمونة بالقيمة  
لعدم المماطل ، وذلك بمقتضى قاعدة على اليد وغيرها من أدلة الضمان .

وعن الجوادر : وعليه أجرة الضراب عند أهل البيت عليهم السلام كما  
في محكي السرائر ، بل فيه « ما قاله شيخنا في مبسوطه من ان أجرة الفحل  
لاتجب على الغاصب ، لأن النبي « ص » نهى عن كسب الفحل فهو حكاية  
مذهب المخالفين ، فلا يتورهم متوجه انة اعتقاده ». ولكن مع ذلك في المتن  
وغيره قال الشيخ في المبسوط لا يضمن الاجرة [ الجواهر ج ٣٧ ص ١٤٦ ] .  
والمراد من نهى النبي ما ورد عن محمد بن علي بن الحسين عليه السلام  
قال : نهى رسول الله « ص » عن عسيب الفحل ، وهو أجر الضراب [ الوسائل  
ج ١٢ ص ٧٧ ، الحديث ٣] ولكنه غير معمول به عند الأصحاب .

٢) وذلك من جهة عدم اختصاص الضمان بالغصب ، بل يجري في كل ما  
يقع تحت اليد ، بمقتضى اطلاق قاعدة على اليد . والخارج منه يد الامانى  
فقط بمقتضى النصوص الواردة في الوديعة والأمانة .

فتجري في جميع ما يقبض بالمعاملات الفاسدة<sup>١</sup>. وما وضعت اليد  
عليه بسبب المجهل والاشتباه — كما إذا لبس مدارس غيرها أو ثوبه اشتباهها  
أو أخذ شيئاً من سارق عارية باعتقاد أنه ما له ، وغير ذلك مما  
لا يحصى<sup>٢</sup>.

(مسألة: ٥٤) كما أن اليد الغاصبة وما يلحق بها موجبة للضمان  
— وهو المسمى بضمان اليد . وقد عرفت تفصيله في المسائل السابقة  
— كذلك للضمان سببان آخران : الاتلاف<sup>٣</sup>.

كما في صحيح البخاري عن أبي عبد الله عليه السلام قال : صاحب الوديعة  
والبضاعة مؤتمنان [الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٧ ، الحديث ١] .  
وفي مرسلة عن أبي جعفر عليه السلام (في حديث) قال : وسألته عن  
الذي يستبعض المال فيهملك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان ؟ فقال : ليس عليه  
غرم بعد أن يكون الرجل أميناً [الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ، الحديث ٥] .  
ورواه في الكافي وفي التمهيد بسند كالصحيح عنه عليه السلام .  
١) كما في حسنة جميل التي هي كالصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام  
في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولد لها ثم يجيء مستحق الجارية . قال :  
يأخذ الجارية المستحق ، ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ، ويرجع على من باعه  
بشنمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه [الوسائل ، الباب ٨٨ من أبواب نكاح  
العييد ، الحديث ٥] .

٢) لما تقدم من اطلاق دليل «على اليد» لجميع تلك الصور .  
٣) بلا خلاف ولاشكال ، ويدل عليه الروايات المعتبرة في الأبواب  
المتفرقة :

والتبسيب<sup>١</sup> . وبعبارة أخرى : له سبب آخر وهو الاتلاف ، سواء كان بال مباشرة أو التبسيب .

( منها ) موثقة اسحاق بن عمار قال : سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن به مائة درهم وهو يساوي ثلاثة عشر درهم فيهملك ، أعلى الرجل أن يردد على صاحبه مائة درهم ؟ قال : نعم ، لأنك أخذ رهناً فيه فضل وضيعة . قلت : فهلك نصف الرهن . قال : على حساب ذلك [ الوسائل ، الباب ٧ من كتاب الرهن ، الحديث ٢ ] .

ويظهر من التعليل أن اتلاف مال الغير مطلقاً موجب لضمانتها في المثلثات والقيميات ، ضرورة أن المتفاهم عرفاً من قوله عليه السلام « لأنك أخذ رهناً فيه فضل وضيعة » أن تمام العلة للضمان هو التضييع من غير دخالة للرهن والفضل فيه ، وهو يفيد قاعدة الاتلاف .

١) وهو كل فعل يحصل التلف بسببه ، كحفر البئر في غير الملك ، وكطرح المعاشر في المسالك ، بلا خلاف أجدده في أصل الضمان به ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، مضافاً إلى مادل عليه من النصوص :

( منها ) صحيح الحلبى عنه عليه السلام أيضاً : سأله عن الشيء يوضع على الطريق فتمر به الدابة فتنفر بصاحبها فتعقره . فقال : كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبها ضامن لما يصيبه [ الوسائل ، الباب ٩ من أبواب موجبات الضمان ، الحديث ١ من كتاب الديات ] .

( ومنها ) صحيح زراره عنه عليه السلام أيضاً قلت له : رجل حفر بئراً في غير ملكه فمر عليها رجل فوقع فيها . فقال : عليه الضمان لأن كل من حفر بئراً في غير ملكه كان عليه الضمان [ الوسائل ، الباب ٨ من أبواب موجبات

( مسألة : ٥٥ ) الاتلاف بال المباشرة واضح لا يخفى مصاديقه كما اذا ذبح حيواناً او رماه بسهم فقتله ، او ضرب على انة فكسره ، او رمى شيئاً في النار فأحرقه وغير ذلك مما لا يخصى . واما الاتلاف بالتبسيب فهو ايجاد شئ يترب عليه الاتلاف بسبب وقوع شئ .<sup>١</sup> كما لو حفر بئراً في المعابر فوق فوقيها انسان او حيوان <sup>٢</sup> . او طرح

الضمان ، الحديث ١ من كتاب الدييات [ ] .

( ومنها ) موثق سماحة سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحفر البئر في داره او في ملكه . فقال : ما كان حفر في داره أو ملكه فليس عليه ضمان ، وما حفر في الطريق او غير ملكه فهو ضامن لما يسقط فيها [ الوسائل ، الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان ، الحديث ٢ من كتاب الدييات [ ] الى غير ذلك من النصوص .

١) فاذه حيثئذ يستند اليه التلف والتضييع وغير ذلك من العناوين الموجبة للضمان الواردة في النصوص ، فهذا الملاك واضح في تفسير التبسيب لاسترته فيه .

٢) لانه مضافاً الى أنه مصدق واضح من التبسيب ، يدل عليه صحيح زرارة المتقدمة وموثق سماحة المتقدمة ، كما في الصحيح « لان كل من حفر بئراً في غير ملكه كان عليه الضمان » وفي الموثقة « وما حفر في الطريق او غير ملكه فهو ضامن لما يسقط فيها » .

وفي رواية ابي الصباح الكناني عن ابي عبدالله عليه السلام أيضاً : من اضر بشئ من طريق المسلمين فهو له ضامن [ الوسائل ، الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان ، الحديث ٢ من كتاب الدييات [ ] .

المعابر والمزالق كفشر البطيخ والرقى في المسالك او اوتدة او تدا في الطريق فأصاب به عطب او جنابة على حيوان او انسان ، او وضع شيئاً على الطريق فتمر به الدابة فتفرق بصحابها فتعقره او اخرج ميزاباً على الطريق فأضر بالحمار<sup>(١)</sup> او القى صبياً او حيواناً بضعف عن الفرار في مساحة فقتله السبع<sup>(٢)</sup> .

ومن ذلك ما لوفك القيد عن الدابة فشردت أو فتح فقصاً عن طائر فطار مبادراً او بعد مكث وغير ذلك ، ففي جميع ذلك يكون فاعل السبب ضامناً<sup>(٣)</sup> ، ويكون عليه غرامة التالف وبدلها ، ان كان مثلياً

(١) كما قد صرخ بذلك كله في النصوص ، كما في رواية أبي الصباح وصحب الحلبى المتقدمتان ، وفي رواية السكونى عنه عليه السلام قال رسول الله « ص » : من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتدة أو تداً أو أوثق دابة أو حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصابه فعطب فهو له ضامن [ الوسائل ، الباب ١١ من أبواب موجبات الضمان ، الحديث ١ من كتاب الدييات ] .

(٢) لاستناد القتل إليه حينئذ عرفاً من دون اشكال ، خلافاً للمحكى عن مبوسط الشيخ من عدم الضمان لأن الحر لا يدخل تحت اليد .

وفيه : عدم انحصر الضمان بذلك ، ضرورة ضمانه ب المباشرة الاتلاف وتسبيبه على الوجه الذي ذكرنا وان لم يكن غصباً ، بل لافرق بين الصغير وغيره كالمحجنة ونحوه من لا يتمكن من التخلص .

(٣) بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل عن الكفاية أنه المعروف من مذهب الأصحاب ، بل عن ظاهر التذكرة الاجماع في الاخير ، أو في الثلاثة

فبالمثل وان كان قيمياً وبالقيمة<sup>١</sup> ، وان صار سبباً لتعيب المال كان عليه الارش كما مرفى ضمان اليد<sup>٢</sup> .

كما عن المبسوط والغنية نفي الخلاف فيها ، وكذا عن المبسوط أنه لوأهاج الدابة فشردت أو الطائر فطار بلا خلاف ، أي منا ومن العامة ، وعن التذكرة : لوأهاج الطائر ضمن قوله واحداً .

وذلك لاستناد التلف إلى فاعل السبب فيدرج في النصوص ، بل هو قاعدة عقلائية في السبب والمباشر ، والنصوص للارشاد إليها ، وذلك لسبق الضمان بالاتفاق عند العقلاء أعم من المباشر والسبب . ولا خفاء في أن هذه المصادرية من مصادر الاتفاق بالسبب .

ويدل عليه مضافاً إلى ما سبق الروايات الواردة في شهادة الزور ، كصحيحة جميل عنه عليه السلام في شاهد الزور قال : إن كان الشيء قائماً بعينه رد على صاحبه ، وان لم يكن قائماً ضمن بقدر ما اتلف من مال الرجل [ الوسائل ، الباب ١١ من كتاب الشهادات ، الحديث ٢ ] .

وصحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور ما توبته؟ قال : يؤدي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله [ الوسائل ، الباب ١١ من كتاب الشهادات ، الحديث ١ ] وهكذا غيرهما من الأحاديث .

(١) كما هو كيفية أداء الضمان عرفاً ، والروايات الواردة في أداء القيمة في القيميات والمثل في المثليات للارشاد إلى ما عليه العقلاء .

(٢) لأن الضمان والعهدة في الأموال كما يكون ل تمام المال عند العقلاء كذلك يكون لبعضه ، وكما أنه لا يصل المال كذلك للخصوصيات الموجودة فيه . ويدل عليه أيضاً النصوص كالصحابيين المتقدمين .

( مسألة : ٥٦ ) لو غصب شاة ذات ولد فمات ولدها جوعاً  
او حبس مالك الماشية او راعيها عن حراستها فاتفاق تلفها لم يضمن  
بسبب التسبيب<sup>١</sup> الا اذا انحصر غذاء الولد بارتضاع من امه وكانت  
الماشية في محال السباع ومظان الخطر وانحصر حفظها بحراسة  
راعيها فعليه الضمان حيثئذ على الا هو .

---

١) لعدم التسبيب عرفاً وعقولاً الا اذا انحصر غذاء الولد بالارتضاع من امه  
وكان الماشية في محال السباع ومظان الخطر وانحصر حفظها بحراسة  
راعيها ، بل يمكن أن يقال في هذه الصورة أيضاً بأن غصب الشاة او حبس  
الملك لا يكون سبباً بل يكون من المعدات ، ولذلك لا تستند الامانة والتلف  
إلى الغاصب .

الآن يقال : بأن العرف يرى ذي سبباً مع الانحصار المذكور ، وفي  
الجواهر : لو غصب شاة فمات ولدها جوعاً في الضمان تردد ، وكذا لو حبس  
مالك الماشية عن حراستها فاتفاق تلفها ، وكذا التردد لو غصب دابة فتبعها الولد  
كما في القواعد والارشاد والكافية ، بل والإباح باعتبار عدم الترجيح فيه ،  
بل والتذكرة وان اقتصر على الثاني ، بل واللمعة وان اقتصر على الاخير .  
نعم قرب في الدروس فيه الضمان ، وفي الروضة انه أقوى . الى أن  
قال : ومما ذكرناه في ذلك المقام وغيره يظهر لك النظر في جملة من هذه الكلمات  
ضرورة أن تكون السبب هو مدلات عليه النصوص المزبورة أو الحق به باجماع  
ونحوه ، وما عداه فالاصل براءة الذمة من الضمان به ، فالمتجه عدم الضمان في  
المسائل المفروضة [ الجواهر ج ٣٧ ص ٦٤ - ٦٥ ] .

( مسألة : ٥٧ ) ومن التسبيب الموجب للضممان مالوفك وكاء ظرف فيه مائع فصال ما فيه ، واما لوفتح رأس الظرف ثم اتفق انه قلبته الريح الحادثة او انقلب بوقوع طائر عليه مثلا فصال ما فيه <sup>١</sup> ففي الضمان تردد واشكال <sup>٢</sup> . نعم يقوى الضمان فيما كان ذلك في حال هبوب الرياح العاصفة او في مجتمع الطيور ومظان وقوعها عليه <sup>٣</sup> .

( مسألة : ٥٨ ) ليس من التسبيب الموجب للضممان ما لوفتح باباً على مال فسرق <sup>٤</sup> او دل سارقاً عليه فسرقه فلا ضمان عليه <sup>٥</sup> .

١) بلا خلاف كما عن المبسوط والسرائر ولاشكال ، بل يمكن أن يقال بأنه يعد مباشراً للاتلاف أو بحكمه .

٢) كما في التحرير والارشاد ، لعدم استناد الاتلاف إلى الفاتح حينئذ وعدم استقلاله في ذلك ، بل عن المحقق في الشرائع : ولعل الاشبه أنه لا يضمن لأن الريح والشمس كالمباشر فيبطل حكم السبب .

٣) لاستناد التلف إليه حينئذ عرفاً .

٤) وذلك لما تقدم في تفسير الاتلاف بالتسبيب بأنه ايجاد شيء يترب عليه الاتلاف بسبب وقوع الشيء ، وأما السرقة فلا يترب على مجرد فتح الباب بل قد يتفق من السارق بارادته .

وفي الجوادر : بل لم أجد خلافاً في الاول منها ، وان أشعر به نسبة الى المشهور في الكفاية ، الا أنالم نتحققه [ الجوادر ج ٣٧ ص ٦٧ ] .

٥) لما عرفت في تفسير التسبيب وعدم استناد السرقة هنا الى الدال عليه

(مسألة : ٥٩) لو وقع الحائط على الطريق مثلاً فتلف بوقوعه  
مال أو نفس لم يضمن صاحبه<sup>١</sup> الا إذا بناء مائلاً إلى الطريق أو مال  
إليه بعد ما كان مستوياً وقد تمكّن صاحبه من الإزالة ولم يزل له ، فعليه  
الضمان في الصورتين على الأقوى<sup>٢</sup> .

(مسألة : ٦٠) لو وضع شربة أو كوزاً مثلاً على حائطه فسقط

لكن الفاضل في الارشاد هنا قال بالضمان ، ونسبة غير واحد من تأخر عنه  
إلى مخالفة جميع الأصحاب ، وفي غاية المراد « قد تصفحت كتب أصحابنا  
فلم أجده أحداً قال بالضمان » .

١) لعدم استناد تلف المال والنفس إلى باني الحائط وعدم ترتب التلف  
على بناء الحائط عرفاً وعادة .

٢) لاستناد اتلاف المال والنفس إليه عرفاً من جهة سقوط الحائط عادة  
مع الميلان ، فيكون ضامناً . خصوصاً بعد ما ورد من النصوص فيمن أضر بطرق  
المسلمين كما في رواية الكلذاني « من أضر بشيء من طريق المسلمين فهو له  
ضامن » [ الوسائل ج ١٩ ص ١٧٩ ] .

وما ورد في من حفر شيئاً في غير ملكه فمر عليها رجل فوقع فيها فعليه  
الضمان كما في صحيح زرارة [ الوسائل ج ١٩ ص ١٧٩ ، الحديث ١ ]  
وغير ذلك من النصوص .

فإن المقام لا يقتصر بما ورد في النصوص في أسباب الضمان ، بل داخل  
في عنوان المضر بطرق المسلمين .

وتلف به مال او نفس لم يضمن<sup>(١)</sup> الا اذا وضعه مائلا الى الطريق او وضعه على وجه يسقط مثله<sup>(٢)</sup>.

(مسألة : ٦١) ومن التسبيب الموجب للضمان ان يشعل ناراً في ملكه وداره فتعدت واحرقته دارجاته مثلا فيما اذا تجاوز قدر حاجته ويعلم او يظن تعديتها لعصف الهواء<sup>(٣)</sup> مثلا ، بل الظاهر كفاية الثاني فيضمن مع العلم او الظن بالتعدي لو كان بمقدار الحاجة<sup>(٤)</sup>. بل لا يبعد الضمان اذا اعتقد عدم كونها متعدية فتبين خلافه ، كما اذا

١) لعدم ترتيب السقوط وتلف المال والنفس به عادة الامن بباب الاتفاق .

٢) لانه اضرار بطريق المسلمين ، فيدخل في النصوص الدالة على الضمان على هذا العنوان .

٣) لاستناد الاحراق والتلف اليه حينئذ عرفاً ، وفي القواعد في كتاب الديات « وان كان الهواء عاصفاً ولا حائل او أرجح اكثرا من قدر الحاجة مع غلبة الظن بالتجاوز ضمن » ونحو ذلك ما عن غصب التذكرة .

٤) اذ لا فرق في الاستناد بنظر العرف مع العلم أو الظن عادة بين ما اذا كان بقدر الحاجة ام لا ، كما عن صاحب الجوادر : والتحقيق ما عرفت من كون المدار على صدق الاتلاف حقيقة ولو بالتوبيخ ان لم يكن اجماع على خلافه من غير فرق بين التجاوز في الحاجة وعدمه وبين العلم أو الظن وعدمه . نعم لو كان ذلك من التسبب لم يكن عليه ضمان مالم يعلم التعدي أو يغلب على ظنه ولو لكونه من شأنه ذلك [الجوادر ج ٣٧ ص ٦١] .

كانت ربيع حين اشتعال النار وهو قد اعتقد ان بمثيل هذه الريح  
لأنسرى النار الى الجار فتبين خلافه<sup>١</sup>. نعم لو كان الهواء ساكناً  
بحيث يؤمن معه من التعدى فاتفاق عصف الهواء بغتة فطارث  
شرارتها يقوى عدم الضمان<sup>٢</sup>.

(مسألة : ٦٢) اذا أرسل الماء فى ملكه فتعدى الى ملك غيره  
فأضربه ضمان ولومع اعتقاده عدم التعدى<sup>٣</sup>. نعم ضمانه فيما اذا

---

١) لاستناد الاتلاف اليه ، والاعتقاد وعدمه لا يكون فارقاً في التسبيب بين  
الصورتين كما عرفت من الجواهر .

٢) لعدم التسبيب كما تقدم تفسيره من أنه ايجادشىء يترب عليه الاتلاف  
لعدم ترتب الاحراق حينئذ على مجرد الاشعال، بل كان الاحراق في هذه الصورة  
غير متربق وقع من باب الاتفاق لعصف الهواء بغتة .

وفي الجواهر : ولو أرسل في ملكه ماءاً فأغرق مال غيره أو اجج ناراً فيه  
فاحرق لم يضمن مالم يتجاوز قدر حاجته اختياراً ولا علم ولاظن التعدى فضلاً  
عما لو علم أوطن عدم التعدى . بلا خلاف أجدده فيه ، بل في المسالك الاتفاق  
عليه ، للاصل بعد عدم التفريط وعموم تسلط الناس على أموالهم [البحارج  
٢ ص ٢٧٢ -- الطبع الحديث ] .

وزاد في المسالك بأن سببته في الاتلاف ضعيفة بالاذن له من قبل الشارع  
في فعل ذلك في ملكه فلا يعقبه ضمان ، وان كان لا يخلو من نظر ان لم يكن اجماعاً  
[الجواهر ج ٣٧ ص ٥٩] .

٣) وذلك لتحقيق التسبيب واستناد الاتلاف الى مرسل الماء .

خرجت من اختيارة في صورة اعتقاده عدم التعدي مجل اشكال<sup>(١)</sup> والاحوط الضمان<sup>(٢)</sup>. ولو كان طريقه الى ملك الغير مسدوداً حين ارسال الماء فدفع بغير فعله فلا ضمان عليه<sup>(٣)</sup>.

(مسألة : ٦٣) لو تعب حمال الخشبة فأسندها الى جدار الغير ليستريح بدون اذن صاحب الجدار فو قم باسناده اليه ضمه وضمن ما تلف بوقوعه عليه<sup>(٤)</sup> ، ولو وقعت الخشبة فأتلفت شيئاً ضمه سواء

١) للتردید في استناد التلف اليه مع احتمال قيام الاجماع على عدم الضمان في المقام .

٢) للاهتمام بأمر الأموال في الشريعة المقدسة الإسلامية ، نعم في الجوواهر والتحقيق ما عرفت من كون المدار على صدق الاتلاف حقيقة ولو بالتوبيخ ان لم يكن اجماع على خلافه ... نعم لو كان من التسبب لم يكن عليه ضمان مالم يعلم التعدي أو يغلب على ظنه ولو لكونه من شأنه ذلك [الجوواهر ج ٣٧ ص ٥٩] .

٣) لعدم الاستناد اليه حينئذ من دون اشكال .

٤) وذلك أما بالنسبة الى الجدار لضمان الاتلاف حيث أنه وقعت منه مباشرة اذ لا فرق في صدق الاتلاف بين القصد وعدمه ، وكذا بين العلم بحصول التلف أو الظن به وعدمه . والمستفاد من النصوص أن الاتلاف قاعدة برأسه موجب للضمان .

وأما بالإضافة الى مائلف بوقوعه عليه لانه كان بالتسبيب والمفروض استناد التلف اليه وهو نوع آخر من الاتلاف واطلاق الاadle شامل لهما ، كما أن في

وقدت في الحال وبعد إذا كان مستندًا إليه<sup>١</sup>.

(مسألة : ٦٤) لوفتح قفصاً عن طائر فخرج وكسر بخروجه  
قارورة شخص مثلاً ضمنها على الأحواء<sup>٢</sup>، وكذا لو كان القفص  
ضيقاً مثلاً فاصطرب بخروجه فسقط وانكسر<sup>٣</sup>.

(مسألة : ٦٥) إذا أكلت دابة شخص زرع غيره أو أفسدته فان  
كان معها صاحبها راكباً أو سائقاً أو قائداً أو مصاحباً ضمن ما اتلفته<sup>٤</sup>.

---

ارتفاع العقلاء لفرق في ضمان الاتلاف بين المباشر والسبب.

ثم انه لامانع من اجتماع الاتلافين أحد هما بال مباشرة والثاني بالتبسيب  
لعدم وجوب للمنع كما وقع في المقام في المجتمع الضمانان .  
(١) لعدم الفرق في الاستناد بينهما .

(٢) لأن كسر القارورة وإن كان غير مترب على خروج الطائر وظير أنه الآمن  
باب الاتفاق ولكن لفاعل مختار مرید بين فتح القفص وبين كسر القارورة غير  
الإنسان ، فضابط التسبیب على ماتفدم وإن كان انتباقه على المقام غير واضح  
أو واضح العدم لكن العرف يرى فاتح القفص مسبباً لذلك .

وفي الجوادر : بل صرخ غير واحد بأنه لو أفسد الطائر مثلاً بخروجه ضمنه  
لأن فعل الطائر منسوب إليه وإن كان لا يخلو من نظر . خصوصاً في مثل اتفاق  
الدابة بعد الفك بعض الأموال ، ضرورة إمكان منع السبيبية الشرعية [الجوادر  
ج ٣٧ ص ٦٦] .

(٣) وذلك بعين الوجه المتقدم .

(٤) لاستناد التلف إلى صاحبها من أجل اهمالها وعدم حفظها ، مع أن  
مثل هذا العمل مما يترب علىه أكل الزرع أو افساده ، فينطبق عليه التسبیب

وان لم يكن معها - بأن انفلتت من مراحتها مثلاً - فدخلت زرع غيره ضمن ما اتلفته ان كان ذلك ليلاً<sup>١</sup> . نعم ضمانه فيما اذا خرجت من اختياره محل اشكال والاحوط الضمان <sup>٢</sup> . وليس عليه ضمان ان كان نهاراً <sup>٣</sup> .

( مسألة : ٦٦ ) لو كانت الشاة او غيرها في يد الراعي او الدابة في يد المستعير او المستأجر فأتلفتا زرعاً او غيره كان الضمان على الراعي والمستأجر والمستعير لاعلى المالك والمعير <sup>٤</sup> .

( مسألة : ٦٧ ) لو اجتمع سببان للاتلاف بفعل شخصين فان لم يكن أحدهما اسبق في التأثير اشتراكاً في الضمان <sup>٥</sup> . والا كان الضمان بالملاء المتقدم .

١) كما تدل عليه النصوص المعتبرة ، ففي معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال : كان علي لا يضمن ما أفسدت البهائم نهاراً ويقول : على صاحب الزرع حفظ زرعه وكان يضمن ما أفسدت البهائم ليلاً [ الوسائل ج ١٩ ب ٤٠ من أبواب موجبات الضمان ، الحديث ١] .

٢) لأن استناد التلف اليه محل ترديد ، ولكن اهتمام الشارع بأمر الاموال يوجب الاحتياط .

٣) كما عليه معتبرة السكوني المتقدمة .

٤) لاستناد الاتلاف ( بالتسبيب ) الى الراعي أو المستعير حينئذ دون المالك .

٥) وذلك من جهة استناد الجنائية اليهما من دون ترجيح . وفي المسالك :

على المتقدم في التأثير ، فلو حفر شخص بثراً في الطريق ووضع شخص آخر حجراً يقربها فعشره انسان او حيوان فوقع في البئر كان الضمان على واضح الحجر دون جافر البئر<sup>١</sup> . ويحتمل قوياً اشتراكهما في الضمان مطلقاً<sup>٢</sup> .

---

ان انقا في وقت واحد اشتراك في الضمان لعدم الترجيح ، وان تعاقبا فالضمان على المتقدم في التأثير ، لاستقلاله بالضمان أولاً ، فكان أولى وهو سبب المسبب فيجب وجود المسبب عنده » .

ولكن الظاهر أن مجرد السبق بحسب الزمان لا يوجب استناد الجنائية الى السابق زماناً وعدم استقلال الاول في التأثير ، فلا وجه للالوبيه ، فالملك هو التأثير والاستناد اليه . ولافرق في ذلك بين الواقعين في زمان واحد والمرتبين بحسب الزمان كما هو واضح .

(١) لاستناد الجنائية الى واضح الحجر كما في التذكرة قال: ولو تعدد المسبب فالضمان على المتقدم منهما ان قررتبا ، كمالاً حفر شخص بثراً في محل عدواً واضح آخر حجراً فيه فعثر انسان بالحجر فوقع في البئر فالضمان على واضح الحجر ، لانه السبب المؤدي الى سبب الاتلاف ، فكان أولى بالضمان ، لأن المسبب يجب مع حصول سببه فيه ، فوضوح الحجر يوجب التردي ، أما لو انتفى الترتيب فالضمان عليهما ، كما لو حفر ووضع الحجر فان الضمان عليهما .

(٢) لأن التأثير لامحالة لمجموع السببين وان كان لاحد السببين سبق في جزء من التأثير ، ولذلك أورد صاحب الجواهر بما ذكره صاحب المسالك

( مسألة : ٦٨ ) لواجتمع السبب مع المباشر كان الضمان على المباشر دون فاعل السبب <sup>١</sup> ، فلو حفر شخص بثراً في الطريق فدفع غيره فيها انساناً . او حيواناً كان الضمان على الدافع دون الحافر .

والعلامة في التذكرة بعد نقله ما تقدم من العبارات بقوله : قلت : لا يخلو كلامهما من خفاء في الجملة ، والذي ذكره غيرهما أنه يقدم الاول في الجنائية وان تأخر حدوثه عن الآخر . وربما احتمل ترجيح الاقوى ، كما لو نصب سكيناً في البشر المذكور . وقد يحتمل قوياً تساوي السبيبين لاشتراكهما في التلف الحاصل خارجاً ، وانه لولا الحجر لم يحصل التردي في البشر ، كما أنه لولا البشر لم يؤثر العثور بالحجر تلفاً . بل لو فرض كون كل من السبيبين لو استقل الانهما اشتراكاً فيما تحقق في الخارج من التلف يتوجه أيضاً فيه الاشتراك في الضمان . وتمام الكلام في ذلك في الديات انشاء الله [ الجواهر ج ٣٧ ص

٥٦ ]

١) لاستناد الالتف والجنائية الى المباشر دون السبب ، بل يظهر من كلماتهم أن الحكم مورد التسالم والاجماع ، كما في الجواهر : لكن اذا اجتمع السبب والمباشر قدم المباشر في الضمان على ذي السبب ، كمن حفر بثراً في ملك غيره عدو انأدفع غيره فيها انساناً ، فضمان ما يجنيه الدافع على الدافع لما عرفته من تقديم المباشرة على التسبب الذي لم أجده فيه خلافاً بينهم . بل أسلوبه ارسال المسلمين في المقام وفي القصاص والديات ، بل عن كشف اللثام الاجماع عليه ، بل في مجمع البرهان « ان من المعلوم عقلاً ونقلأ استناد الفعل الى القريب دون البعيد الذي هو سبب السبب ولو مدخلية ما في ذلك الشيء . وهو ظاهر ، وكأنه مجمع عليه .

نعم لو كان السبب أقوى من المباشر كان الضمان عليه لاعلى المباشر<sup>١</sup> ، فلو وضمن قارورة تحت رجل شخص نائم فمدرج له فكسرها كان الضمان على الواضح دون النائم .

( مسألة : ٦٩ ) لو اكره على اتلاف مال غيره كان الضمان على من اكرهه ، وليس عليه ضمان ، لكون السبب أقوى من المباشر<sup>٢</sup> .

قلت : وهو كذلك ، بل لعل التضمين بما ذكروه من السبب الذي قد عرفت كونه من الشروط باعتبار قربه إلى علة التلف ، فهو أقوى من غيره من الشرائط التي لها مدخلية في التلف أيضاً . الا أن القريب منها سموه بالسبب وجعلوا التضمين . بـ ٤

ولاريب في ان المباشرة أقرب منه ، بل السبب في الحقيقة قد صار من آلات المباشر في مبادرته ، كفته بالسيف والدفع في المبرأ والقائه على السكين المغصوب مثلاً وأغرقه في الماء الذي وضعه الغير وهكذا [ الجوادر ج ٣٧ ص ٥٤ ] .

١) لاستناد التلف والجناية إلى السبب حينئذ دون المباشر ، كما قد استثنى غير واحد من الاصحاب من قاعدة تقديم المباشر ما اذا ضعف المباشر . وفي الدروس والمعنة الاقتصاد على استثناء الغرور والاكراه ، بل في القواعد الاقتصاد على الثاني منهما ، كما في الارشاد الاقتصاد على الاول منهما . الا ان الظاهر ارادة المثال ؛ ضرورة ضعف الريح والشمس والنار والسبع وغيرها مما لا عقل له ولا اختيار .

٢) لأن المباشرة ضعفت مع الاكره ، فكان السبب هنا أقوى ، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك . وفي المسالك « ربما قيل هنا باشتراط زيادة خوف

هذا اذا لم يكن المال مضموناً في يده لأن اكرهه على اتلاف ما ليس تحت يده او على اتلاف الوديعة التي عنده مثلاً، وأما اذا كان المال مضموناً في يده كما اذا غصب مالاً فأكرهه شخص على اتلافه فالظاهر ضمان كلّيهما<sup>١</sup>، فللمالك الرجوع على ايّهما شاء، فان رجم على المكره بالكسر لم يرجع على المكره بالفتح بخلاف العكس<sup>٢</sup>

---

ضرر لا يمكن تحمله . والأشهر الاول « وذلك لصدق عناوين الحكم نصاً وفتوى وان كان الضرر يسير أكما في معتبرة حریز عن ابی عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله «ص» : رفع عن أمتي تسعة أشياء : الخطأ ، والنسيان ، وما أكره هو عليه ، وما لا يعلمون ، وما لا يطيفون ، وما اضطروا اليه ، والحسد ، والطيرة ، والتفكير في الوسوسة في الخلق مالم ينطقوها بشفهه [ الوسائل ج ١١ ص ٢٩٥ ] .

١) وذلك اما ضمان المبادر من جهة استقرار الضمان بالغصب قبل الاكراه حيث أن اطلاق « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » يقتضي الضمان في المقام وكذلك اطلاق «المغصوب كله مردود ». وأما ضمان المكره (بالكسر) فلاجل أنه السبب في اتلاف المال ويستند الاتلاف اليه .

٢) كما في الجوهر : أما اذا كان مضموناً في يده سابقاً فانه يبقى على حكم ضمانه وان اكره على اتلافه حتى لو كان الاكراه بالحكم الظاهري من حاكم الشرع . نعم هو يرجع على المكره الذي قد صار بمنزلة من تلف المال في يده بالنسبة الى قرار الضمان بعد أن رفع الشارع حكم التلف في يد المكره عنه ، وكذا الكلام في المغزور والغار بالنسبة الى ذلك .

هذا اذا اكره على اتلاف المال ، واما لو اكره على قتل احد  
معصوم الدم فقتله فالضمان على القاتل من دون رجوع على المكره<sup>١١</sup>  
وان كان عليه عقوبة ، فانه لا اكره في الدماء .

(مسألة : ٧٠) لو غصب مأكولاً مثلاً فأطعنه المالك مع جهله  
بأنه ماله بأن قال له : « هذا ملكي وطعامي » أو قدمه اليه ضيافة مثلاً  
او غصب شاة واستدعي من المالك ذبحها فذبحها مع جهله بأنه شاته

---

ومنه يعام الوجه حينئذ في تخدير المالك في الرجوع عليهما ، فان رجع  
على المكره بالكسر لم يرجع على المكره بالفتح ، بخلاف العكس على نحو  
ما سمعته في قرار الضمان على من تلف المال في يده فــي الایادي المتعاقبة  
[الجوامـر ج ٣٧ ص ٥٨ - ٥٩]

١) وذلك لاستناد القتل حينئذ الى القاتل ، بل يكون استناده اليه أقوى من  
المسبب ، مع أن دليل الاكره لا يشمل المقام ، حيث أن سياق حديث الرفع سياق  
الامتنان ولا امتنان في رفع أثر التلف عن القاتل اذا اكره بذلك .  
وفي الجوامـر : هذا وــكأن المصنف أشار بالاقتصر على المال الى الاحتراز  
عن النفس ، فــان الاكره على اتلافها لا يوجب سقوط الضمان عن المكره .  
نعم في الجرح اشكال من حيث تناول قوله عليه السلام « لــاتقـة فــي الدماء »  
له وــعدمه [الجوامـر ج ٣٧ ص ٥٩]

وماذ كره قدس سره اشارة الى ماورد من الروايات في باب عدم جواز  
التقـة فــي الدم ، كرواية محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام قال :  
انما جعل التقـة ليتحقق بها الدم ، فــاذ ابلغ الدم فليس تقـة [الوسائل ج ١١ ص  
٤٨٣ ، الحديث ١]

ضمن الغاصب<sup>١</sup> وان كان المالك هو المباشر للاتلاف . نعم لو دخل المالك دار الغاصب مثلاً ورأى طعاماً فـأكله على اعتقاد انه طعام الغاصب فكان طعام الاكل فالظاهر عدم ضمان الغاصب<sup>٢</sup> وقد برأ من ضمان الطعام .

---

١) بخلاف ولاشكال ، وان كان المالك المباشر للاتلاف ، لكن نسبة الاتلاف اليه ضعيفة من جهة الاعتراض ، فكان السبب هنا أقوى . وأما تسليم المال اليه ليس تسليماً تاماً يتصرف به المالك تصرف الملك في أمورهم ، ولذلك لا يوجب رفع الضمان عن الغاصب لعدم تحقق الاداء الذي هو غاية الضمان .  
نعم لو وبه المالك هبة لازمة أو أقر به له كان تسليماً تاماً ، ومن هنا لو دفع اليه عوض حقه الثابت عليه على سبيل الهبة الازمة فأخذه المالك على هذا الوجه ونوى الدافع عن خلقه كان وفاءً على الأقوى كما عن التذكرة .

بل صرخ غير واحد بالاكتفاء في ذلك بالاداء ، ومقتضاه جريان مثله في المقام ، ضرورة عدم الفرق بين الغاصب والمديون بالنسبة الى ذلك بعد أن كان الاعتبار بنيته في التشخيص دون الديان . وبالجملة المدار على صدق الاداء وهو متتحقق في المقام .

٢) لعدم استناد الاتلاف الى الغاصب حينئذ ، فلا وجہ لضمان الاتلاف على الغاصب . وأما ضمان اليد فغايتها الاداء ووصول المال الى المالك ، والمفروض أنه قد وصل اليه وصرفه باختياره ، فلا وجہ لضمان اليد .

بل في القواعد « لو أمر الغاصب المالك بالاكل مع جهله بالحال فباعه أو بالعكس فالاقرب زوال الضمان » لانه قد تصرف باختياره لا يقول الغاصب ، قصادف التصرف ملکه ، ولأن العين لو كانت مملوكة للغاصب لكان على المتصرف

(مسألة : ٧١) لو غصب طعاماً من شخص واطعمه غير المالك على انه ماله مع جهل الاكل بأنه مال غيره كما اذا قدمه اليه بعنوان الصيافة مثلاض من كلامها<sup>١</sup> ، فللملك ان يغرم ايهم شاء ، فان اغرم

بمخالفة الامر الضمان ، وكل ما يقتضي الضمان على تقدير الملك لا يتصور فيه الغرور .

١) أما الاكل فلانه المباشر للاتلاف ، ويشمله قاعدة « من أتلف » ، اذلا تختص القاعدة بمن يكون عالماً ومتوجهاً بأنه مال الغير ، لأن النصوص المتضمنة لقاعدة شاملة لغير صورة العلم والعمد ، وأما الغاصب فلانه غاصب ، ومجرد الغصب والسلط على مال الغير موجب للضمان بمقتضى قاعدة « على اليد » وقاعدة « المخصوص كله مردود ». مضافاً الى أنه السبب للاتلاف عرفاً والسبب ضامن للمباشر :

مضافاً الى أنه غار والغرور موجب للضمان، كما في معتبرة محمد بن سنان قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر الى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل : هي ابنة فلان . فأتى اباها فقال : زوجني ابنتك فزوجه غيرها فولدت منه ، فعلم بعد أنها غير ابنته وأنها أمة . قال : ترد الوليدة على مواليها والولد للرجل ، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولديعطيه موالي الوليدة كما غر الرجل وخدعه [ الوسائل ، الباب ٧ من أبواب العيوب والتدليس ، الحديث ١ من كتاب النكاح ] .

وقدورد في باب تدلisis الجارية بلفظ الغرور في رواية دعائم الاسلام فقال في القرن والجذام ونحوهما : يرجع بالمهر على من غره بها ، وان كانت هي التي غرته رجع به عليها [ المستدرك ، الباب ١ من أبواب العيوب والتدليس

الغاصب لم يرجم على الاكل<sup>١</sup> وان اغرم الاكل رجم على الغاصب  
لأنه غره<sup>٢</sup>.

( مسألة : ٧٢ ) اذا سعى الى الظالم على أحد او اشتكي عليه  
عنه بحق او بغير حق فأخذ الظالم منه مالا بغير حق لم يضمن الساعي  
والمشتكى ما خسره وان اثم بسبب ساعيته او شكايته اذا كانت بغية  
حق ، وانما الضمان على من أخذ المال<sup>٣</sup>.

( مسألة : ٧٣ ) اذا تلف المغصوب وتنزع المالك والغاصب  
في القيمة ولم تكن بيته ففي ان القول قول الغاصب<sup>٤</sup> او المالك<sup>٥</sup>

الحديث [ ٥ ].

١) لاستقرار الضمان عليه بعد كونه غاراً و سبباً للاتلاف مع أنه كان  
غاصباً .

٢) والمستفاد من النصوص كما تقدم أن المغدور يرجع إلى من غره من  
جهة الغرور دون العكس .

٣) لأن المباشر في المثال أقوى من السبب ، فالقاعدة تقضي ضمان المباشر  
في المقام دون السبب .

٤) كما عن المبسوط والخلاف والحلبي والمحقق والعلامة والشهيدين  
وكثير من المتأخرین بل عامتهم ، من جهة أن الغاصب منكر لزيادة القيمة  
والمالك يدعیها ، فقول الغاصب موافق لاصالة البرءة عن الزائد وعلى المدعي  
إقامة البينة ونفي المنكر - وهو الغاصب - الحلف .

٥) كما عن النهاية والمقدمة ، بل قيل عن الاكثر ان القول قول المغصوب

ترددناش من التردد في معنى «على اليد ما أخذت ...» الخ واحتمال  
أن يكون نفس المأخذ على عهده حتى بعد التلف ويكون إداء  
المثل أو القيمة نحو أدائه فيكون القول قول المالك بيمينه واحتمال  
أن ينتقل بالتلف إلى القيمة ، فيكون القول قول الغاصب بيمينه ،

منه ، حيث أن مقتضى ظاهر حديث «على اليد» تعلق الضمان والوعيد بنفس العين  
واداء المثل أو القيمة مرتبة من إداء نفس العين ، فأصلالة بقاء اشتغال الذمة بنفس العين  
بعد إداء الأقل وعدم حصول البراءة اليقينية الا بدفع الاكتسحة مقتضي تقديم قول  
المالك المغصوب منه ، لأن قوله مطابق لاصالة الاشتغال . والغاصب مدع ببراءة  
الذمة بالأقل فعليه اقامة البينة .

مضافاً إلى صحيح أبي ولاد المتقدم : قلت فمن يعرف ذلك ؟ قال عليه  
السلام : أنت وهو أما أن يحلف هو على القيمة فيلزمه فان رد اليمين عليك  
فحلفت على القيمة لزمه ذلك او يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل  
حين اكتري كذا وكذا فيلزمك [الوسائل ، الباب ٧ من كتاب الغصب ، الحديث

[١]

مؤيداً بذلك بالاعتبار ، حيث أن المالك أعرف بقيمة ماله ، مضافاً إلى أنه  
موافق لأخذ الغاصب بأشق الاحوال .

نعم قد يقال : بأن الصحيح في مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض  
مخالفة - قضية البينة على المدعي واليمين على المدعي ائما هي في  
المخالفات وذلك من جهة ظهور السؤال والجواب في ذلك - حيث أن السؤال  
انما يكون عن المعرفة وأجاب «ع» بأنه أما أن يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله ،  
او أن تحلف أنت من جهة كونه عندك في مدة ، أو يقيم المالك البينة لو لم تعرف  
أنت ولم يعرف هـ . فالصحيح غير مربوط بباب النزاع والخصومة ، وذلك

التفسير عن جمع من المحققين كصاحب الجوادر واليزدي والصفهاني  
والإيراني .

وفي الجوادر : ولعل التأمل الجيد يقتضي أن المراد بالصحيح المزبور  
بيان انحصر معرفة القيمة كما هي بهما ، لكن بالحلف على الوجه المزبور أو  
بالشهود . وهو كذلك ، فإن كلاً منها مدع بالنسبة إلى تعيين كون القيمة كذا  
في الواقع .

وقولنا بتقديم قول الغاصب يسرد منه تقديمته بالنسبة إلى نفي شغل ذمته  
بالزائد ، لاعلى تعيين كون القيمة كذا ، فلأدلة في الصحيح المزبور على  
فرض المسألة بما عند الأصحاب من كون المراد شغل ذمة الغاصب بالزاد  
وعدمه .

بل إن لم يحمل الرواية على ما ذكرنا من التراضي بينهما على اليمين لم  
يكن معنى قوله عليه السلام « تعرفها أنت وهو » ضرورة كون المعرفة للملك  
حينئذ ، بناءً على أن القول قوله [الجوادر ج ٣٧ ص ٢٢٤ - ٢٢٥] .  
ولكن ربما يوهن هذا التفسير أن مجرد التراضي على تعيين القيمة بذلك  
والحلف عليه لا يوجب الازام ، فهو خلاف ظاهر قوله « أما أن يحلف هو  
على القيمة فيلزمك » .

والذي يسهل الخطاب ما قال في الرياض « لو أطبق متاخر الأصحاب  
على العمل بالأصل العام واطراح الرواية لكان المصير إليها في غاية القوة » حيث  
أنه يظهر منه عدم عمل الأصحاب بالرواية ، فتكون القاعدة هي المحكم فسي  
المقام في ترجيح أحدهما على الآخر .

ولايخلو هذا من قوة<sup>١</sup> . ولو تنازعا في صفة تزيد بها الشمن بأن  
ادعى المالك وجود تلك الصفة فيه يوم غصبه او حدوثها بعده وان  
زالت فيما بعد وانكره الغاصب ولم يكن بينة فالقول قول الغاصب  
يعينه بلاشكال<sup>٢</sup> .

(مسألة : ٧٤) ان كان على الدابة المغصوبة رحل او علق بها  
حبل واختلفا فيما عليها فقال المغصوب منه : «هولي» وقال الغاصب:  
«هولي» ولم يكن بينة فالقول قول الغاصب مع يعنه لكونه ذايد  
فعليه عليه<sup>٣</sup> .

١) وذلك لما تقدم في تفسير الضمان ، حيث أنه يعني جبران الخسارة  
ودرك الضرر عند التلف ، فالذي يقع على العهد هو القيمة عند التلف ، فالنزاع  
في القيمة عند التلف يرجع إلى الدوران بين الأقل والأكثر ، واشتغال الذمة  
بالأقل معلوم وبما زائد من الأقل مشكوك فيه ، والacial يقتضي البراءة . وقول  
الغاصب موافق للأصل ، وهو أصل البراءة عن الزائد ويعد منكراً عرفاً لأنـه  
ينفي الزيادة ولذلك يقدم قوله .

٢) بخلاف أجده هنا ، لأن المالك مدح لحدوث صفة تزيد بها القيمة  
عند التلف والغاصب ينكره ، فعلى المدعي البينة وعلى المنكر اليمين . نعم  
في الكفاية في عموم صحيح أبي لاود ما يخالفه ، وقد عرفت الحال فيه .

٣) واليد أمارة الملكية شرعاً فيعد الغاصب -- وهو ذو اليد -- منكراً عرفاً ،  
والمالك يعد مدعياً عرفاً ، فعليه البينة . وعلى الغاصب اليمين بمقتضى القاعدة  
المصرح بها في روایات باب القضاء «البینة على المدعي والیمین علی من  
أنکر» .

وفي الجواهر : اذا خلطا فيما على العبد من ثوب او خاتم او نحوهما  
فقال المالك : هو لي ، وقال الفاصل : هو لي ، فالقول قول الغاصب مع بعنه بالخلاف  
أجده فيه ، لأن يده حالة الغصب على الجميع فيقدم قوله . ولا يعارضها سبق  
يد المالك بعد زوالها بطر ويد الغاصب التي حكم بسيبها بضمها للعين والمنفعة .

والله العالم [الجواهر ج ٣٧ ص ٢٣٦]

بل يمكن أن يقال : لامعارضة بين اليد السابقة واللاحقة ، لأن التزاع في  
الثوب والخاتم والرجل والحبيل وأمثال ذلك وثبتت يد المالك عليها قبل ذلك  
مورد الترديد فلا تعارض .

# بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ان الله تبارك وتعالى وصف نفسه بلسان أنبيائه ورسله بأنه الذي جعل لكم الأرض قراراً والسماء بناءاً ، وأنه الذي جعل لكم الأرض مهدأً وسلك لكم فيها سبلاً وأنزل من السماء ماءً فأنخرج به أزواجاً من نبات شتى . ثم قال : كلوا وارعوا أنعامكم ان في ذلك لآيات لا ولی النھی ، منها خلقناكم وفيها نعيدهم ومنها نخرجكم تارة أخرى [ سورة طه : ٥٣ - ٥٥ ] .

ومن آياته تعالى احياء الأرض بعد موتها وانحراف المحبوب وجعل الجنات من تخيل واعناب بقوله « وآية لهم الأرض الميتة أحيinها وأخر جنا منها حباً فمنه يأكلون وجعلنا فيها جنات من تخيل واعناب وفجرنا فيها من العيون ليأكلوا من ثمره وما عملته أيديهم أفلأ يشكرون سبحانه الذي خلق الأزواج كلها مما تنبت الأرض ومن أنفسهم ومما لا يعلمون » [ سورة يس ٣٣ - ٣٦ ] .  
ومن آثار قدرته وعظمته إمداد الأرض واستعدادها لعيشة الإنسان وانبات النبات وارسال الرياح لواحة وانزال الماء من السماء واحياء الأرض وامايتها

كما في قوله تعالى «والارض ملدناها وألقينا فيها رواسي وأنبتنا فيها من كل  
شيء موزون وجعلنا الكلم فيها معايش ومن لست له برازقين وان من شيء الا عندنا  
خزانه وما ننزله الا بقدر معلوم وأرسلنا الرياح لواقع فأنزلنا من السماء ماء  
فأسقيناكموه وما أنتم له بخازنين وانا نحن نحيي ونميت ونحن الوارثون»

[سورة الحجر : ١٩ - ٢٣]

وجعل أيضاً من رحمته تعالى احياء الارض بعد موتها بارسال الرياح  
وارسال السحاب وبسطه في السماء ونزول قطرات الماء من خلاله الى الارض  
التي أراد احياءها بقوله «الله الذي يرسل الرياح فتشير سحاباً فيبسطه في السماء  
كيف يشاء ويجعله كسفراً فتري الودق يخرج من خلاله فإذا أصاب به من يشاء  
من عباده اذاهم يستبشرون \* وان كانوا من قبل أن ينزل عليهم من قبله لمبلسينِ \*  
فانظر الى آثار رحمة الله كيف يحيي الارض بعد موتها ان ذلك لمحي الموتى  
وهو على كل شيء قادر » [سورة الزروم : ٤٨ - ٥٠].

ثم : ان الحياة الارضية وان كانت في الآيات المتقدمة وغيرها مستندة الى  
الله سبحانه و تكون من آياته وآيات عظمته ورحمته، الا أن عمل الانسان ودخانة  
جهده في حياة الارض وعماراتها غير مورد للإنكار كما أشير اليه في خلال الآيات  
المتقدمة بقوله تعالى « وما عملته ايديهم » ولذلك جعل في الشريعة الاسلامية  
وفي متون الروايات احياء الارض بعد موتها موضوعاً لاحكام يأتسي البحث  
عنها في هذا الكتاب ، وقد رغب الى احياء الارض بزرعها وجعل الزراعة مما  
اختار لانبيائه ،

كما في رواية محمد بن عطية قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول :  
ان الله عز وجل اختار لانبيائه الحرف والزرع كيلا يكرهوا شيئاً من قطر السماء  
[أصول الكافي ج ٥ ص ٢٦٠]

وفي رواية احمد بن ابى عبد الله عـن بعض أصحابنا قال : قال ابـو جعفر عليه السلام : كان ابى يقول : خير الاعمال الحرت تزرعه فـي كل منه البر والفاجر أما البر فـما أكل من شيء استغفر لك ، وأما الفاجر فـما أكل من شيء لعنه ويـأكل منه البهائم والطير [ أصول الكافـي ج ٥ ص ٢٦٠ ] .

وفى رواية يـزـيد بن هارون قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول : الزارعون كنوز الانام يـزرـعون طيبا اخرجه الله عـزـوجـلـ وهم يوم القيمة احسن الناس مقاماً واقربـمـ منـلـهـ يـدعـونـ المـبارـكـينـ [ أصول الكافـي ج ٥ ص ٢٦١ ] . كما نهى عـنـ قـطـعـ الاـشـجـارـ لـانـهـ المـوجـبةـ لـخـرـابـ الـارـضـ ، فـفـيـ روـاـيـةـ ابنـ مـضـارـبـ عنـ ابـىـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ قالـ : لـاتـقـطـعـواـ الشـمـارـ فـيـعـثـ اللهـ عـلـيـكـمـ العـذـابـ صـبـاـ [ أصول الكافـي ج ٥ ص ٢٦٤ ] .

واـكـدـ التـرـغـيـاتـ بـجـعـلـ الـاحـيـاءـ فـيـ نـظـامـ الـاـقـتصـادـ الـاسـلـامـيـ سـبـبـاـ لـلـمـلـكـ اوـحـقـ الاـخـتـصـاصـ ، وـذـلـكـ مـنـ اـوـفـرـ الدـوـاءـيـ لـاحـيـاءـ الـارـضـ وـاجـسـراءـ الـانـهـارـ وـغـرسـ الاـشـجـارـ وـبـنـاءـ الـابـنـيـةـ ، وـذـلـكـ فـيـ الرـوـاـيـاتـ الـكـثـيرـةـ .

وـمـنـهاـ روـاـيـةـ خـالـدـ الـكـابـلـيـ عـنـ ابـىـ جـعـفـرـ عـلـيـهـ السـلـامـ قالـ : وـجـدـنـاـ فـيـ كـتـابـ عـلـيـهـ السـلـامـ : اـنـ الـارـضـ لـهـ يـورـثـهاـ مـنـ يـشـاءـ مـنـ عـبـادـهـ وـالـعـاقـبـةـ لـامـتـقـينـ ، اـنـاـ وـأـهـلـ بـيـتـىـ الـدـيـنـ اـوـرـثـنـاـ الـارـضـ وـنـحـنـ الـمـتـقـونـ ، وـالـارـضـ كـلـهـاـنـاـ فـمـنـ اـحـبـيـ اـرـضاـ مـنـ الـمـسـلـمـينـ فـلـيـعـمـرـهاـ وـلـيـؤـدـ خـرـاجـهاـ اـلـىـ الـامـامـ مـنـ اـهـلـ بـيـتـىـ وـلـهـ ماـ اـكـلـ مـنـهاـ ، فـاـنـ تـرـكـهاـ وـأـخـرـبـهاـ فـأـخـذـهـاـ رـجـلـ مـنـ الـمـسـلـمـينـ مـنـ بـعـدـ فـعـمـرـهـاـ وـأـحـيـاهـ فـهـوـ أـحـقـ بـهـاـ مـنـ الـذـيـ تـرـكـهاـ ، فـلـيـؤـدـ خـرـاجـهاـ اـلـىـ الـامـامـ مـنـ اـهـلـ بـيـتـىـ وـلـهـ مـاـ أـكـلـ مـنـهاـ حـتـىـ يـظـهـرـ القـائـمـ [ الوـسـائـلـ جـ ١٧ـ صـ ٣٢٩ـ ] .

وـهـذـاـ الـكـتـابـ الـذـيـ بـيـنـ يـدـيـكـ - أـيـهـاـ الـقـارـئـ الـكـرـيمـ - وـضـعـ لـتـبـيـنـ أـحـكـامـ الـاحـيـاءـ فـيـ الشـرـيعـةـ الـمـقـدـسـةـ الـاسـلـامـيـةـ تـبـعـاـ لـمـاـ أـفـتـاهـ سـيـدـنـاـ وـقـائـدـنـاـ الـامـامـ الـخـمـيـنـيـ

متع الله المسلمين بطول بقائه الشريف .  
وأسأل الله تبارك وتعالى أن يتقبله مني بأحسن القبول ويجعله ذخر أيام  
فاقتني .  
اللهم آمين يا رب العالمين .

احمد المطهرى

# كُلُّ أَجْيَاثٍ حَيَا، مَوْاتٍ قَلِيلٌ مُسْبِكُ الْكَافِرِ

( القول في احياء الموات )

الموات هي الأرض العطلة التي لا ينتفع بها ، اما لانقطاع الماء عنها أو لاستيلاء المياه أو الرمال أو النسخ أو الاحجار عليها ، أو لاستنجامها والتلفاف القصب والاشجار بها أو لغير ذلك<sup>١)</sup> .

---

1) وتفصيل البحث في ذلك : أن ما ذكره دام ظله من الموات لم يرد به نص ولا يكون له حقيقة شرعية ولا مترقبة، بل هو المطابق للعرف. وعرفه به في النافع وجامع الشرائع والتحرير والدروس والملمعة والمسالك والروضه والكافيه على ما حكى عن بعضهم .

ولعله لا ينافي ما في الصحاح ومحكي المصباح من أنه الأرض التي لامالك لها ولا ينتفع بها أحد ، بل عن القاموس انه اقتصر على الاول ، وعن النهاية

انها الارض التي لم تزرع ولم تعمرولاجرى عليها ملك أحد . وما في التذكرة من أن الموات هي الارض الخراب التي باد أهلها واندرس رسمها .  
ضرورة كون مراد الجميع من الموات العطلة المزبورة ، سواء كان لها مالك سابقاً أو لم يكن ، فان ذلك لامدخل له في صدق اسم الموات ، كما أنه لامدخل لبقاء رسوم العمارة وآثار الانهار فيه أيضاً .

واحتمال منع بقاء الآثار عن الاحياء كالتحجيج . مدفوع بالنص والفتوى بعد حرمة القياس على التحجيج المقارن لقصد العمارة فالموات عرفاً مطلق الارض التي لا ينتفع بها، اما لمانع طبيعي أو لعدم وجود المقتضي والسبب لل بحياء . قال الباقر عليه السلام في صحيح الكابلی : وجدنا في كتاب علي عليه السلام : الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الله تعالى الارض ونحن المتقون ، والارض كلها لنا ، فمن أحى أرضًا من المسلمين فليعمرها ويؤد خراجها الى الامام من اهل بيتي ، وله ما أكل منها ، وان تركها أو خربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمراها وأحياناً فهو أحق بها من الذي تركها ، فليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي ، وله ما أكل حتى يظهر القائم من أهل بيتي بالسيف ، فيحويها ويعنها ويخرجهم منها ، كما حواها رسول الله « ص » ومنها ، الا ما كان في أيدي شيعتنا فيقاطعهم على ما في أيديهم ويترك الارض في أيديهم [الوسائل ، الباب ٣ من كتاب احياء الموات ، الحديث ٢] .  
وهذا الحديث ونظائره تدل على عدم منافاة صدق الموات على المعطلة مع بقاء الآثار السابقة لصدق الموات عليه عرفاً ، فإنه كالحي لاحقيقة له شرعاً ومرجعها الى العرف . وكأنه لاجل أن الارض وضع للانعام فكل ما ينتفع به الانعام بيمين .

---

نعم لا يكفي لصدق الموات مطلق استيلاء الماء أو انقطاعه أو الاستنجام من استاجم أي تحول إلى اجم . والاجم : الارض ذات الشجر الكبير الملتف ، والارض ذات القصب الكبير ، والارض المسبيعة بأن تكون مأوى السباع (الروضة ) ١٣٣/٧

بل لا بد أن يكون ذلك على وجه يعد مواتاً عرفاً ، والافقد يتفق بعض ذلك كاستيلاء الماء أو انقطاعه مؤقتاً لمارض في الأرض العامرة عرفاً كما هو واضح .

ويؤكد ما ذكرنا من أن المرجع في تشخيص الموات إلى العرف ما ذكره الفقهاء في كيفية ما يحصل به صدق الأحياء المقابل بين الأرض المحيية وبين الأرض الموات :

قال صاحب الجوادر : لاختلاف بين الأصحاب في أن المرجع فيه إلى العرف ، لعدم التنصيص شرعاً على كيفية خاصة له حتى تقدم عليه ولاغة لوقلنا بتقدمها عليه ، وما كان كذلك فلاشكال فيه أنه راجع إلى العرف .

وما عن ابن نما - من أن التحرير أحياء - ليس خلافاً في ذلك كما مستعرفه إنشاء الله ، الا أنه أما كان هو في بعض الأفراد محتاجاً إلى تنقيح تعرض له الأصحاب ، ولذا قدتعرف أنه إذا قصى سكنى أرض فأحافظ جميع أجزاء الدار ولو بخشب أو قصب أو سقف بعضاً مما يمكن سكانه منها يسمى أحياءاً، بل لاختلاف أجده بين من تعرض له كالشيخ والقاضي ويحيى بن سعيد والفضل والشهيدين والكركي وغيرهم على ماحكى عن بعضهم الا ما مستسمعه من الحلبي .  
وحيثند فلا يعتبر فيه مع ذلك نصب الباب ، خلافاً لبعض العامة فاعتبره .

والعرف شاهد على خلافه وان اعتبرت وضعها للحفظ لااصل المسكنى .  
كما أنه شاهد أيضاً على خلاف ما يحكى عنهم أيضاً من عدم اعتبار السقف  
لقوله صلى الله عليه وآله : من أحاط حائطاً على أرض فهي له [المستدرك ،  
الباب ١ من كتاب احياء الموات ، الحديث ٣ وسنن البيهقي ج ٩ ص ١٤٨] .  
ولأن الحائط حاجز منيع فكان احياءاً ، كما لوجعلها حظيرة للغنم ، اذ  
القصد لااعتبار به ، فإنه لو أرادها حظيرة فبناها بجص وآخر وقسمها بيوتاً فإنه  
يملكها وان كان هذا العمل لايعمل للغنم مثله ، ولأنه لو بناها للغنم ملكها بمجرد  
الحائط ، فإذا ملكها جازله أن يبنيها داراً من غير اشتراط تسقيف ، وان نفي  
عنه البأس في التذكرة ، بل في المسالك وجهه واضح .

الا أنه كماترى مناف لصدق الاحياء عرفاً على متخذ الأرض داراً وملكه  
لها لو اتخاذها حظيرة للصدق باعتبار أن احياء كل شيء بحسب حاله لا يتضمن  
صدقه مع عدم قصدها وان جاز العدول عن القصد في الاول واتخاذها داراً ، كما  
يجوز العدول عن قصد الدار بعد التحويط واتخاذها حظيرة ، فإنه يملكها بذلك  
لصدق الاحياء عليها عرفاً ولو باعتبار اخراجها عن التعطيل الاول وصيورتها

ذات منفعة تخرج بها عن اسم الموات [الجواهر ج ٣٨ ص ٦٥ - ٦٦] .  
وعلى كل حال فمما ذكرنا يظهر لك ما في محكي السائر ، فإنه بعد أن  
ذكر أن الرجوع في الاحياء إلى العرف هو الحق اليقين الذي يقتضيه أصل  
المذهب ، قال : ولا يلتفت إلى قول المخالفين ، فإن لهم تعريفات وتقسيمات ،  
فلا يظن ظان اذا وقف عليها أن يعتقدوها قول أصحابنا وأنها مما ورد بها خبر وقال  
به مصنف من أصحابنا وإنما أورد شيخنا ابو جعفر ذلك بعد ان حقق ما يقتضيه

وهو على قسمين :

الاول - الموات بالاصل ، وهو ما لا يكون مسبوقاً بالملك  
والاحياء وان كان احراز ذلك غالباً بل مطلقاً مشكلاً بل ممنوعاً ،  
ويلحق به مالم يعلم مسبوقيته بهما <sup>١</sup> .

---

مذهبنا وجملة ما عند المخالف في ذلك .

والظاهر أن صدق الموات على الارض المعطلة انما يكون من جهة أن طبيعة الارض كطبائعسائر الاشياء أن يكون ذا آثار وخواص مفيدة للانسان فعلاً ، خصوصاً بعد قوله تعالى « والارض وضعها للانعام » فإذا لم يكن للارض خاصية للانسان بحسب الموانع الموجودة فيها أو لعدم الانتفاع بها خارجاً من جهة عدم السبب والداعي يعد مواتاً .

١) والظاهر أن التقسيم بلحاظ الموت بالاصل والعارض أيضاً ممالم برد به نص وانما جاء في كلمات الفقهاء لاختلاف الاحکم المترتبة عليه ، خصوصاً بعد ملاحظة أن احراز الموات بالاصل ممنوع ، اذ كل أرض نراها مواناً فعلاً نحتمل أن تكون في الأزمنة الماضية الطويلة كانت محياتاً من جهة الا دور المتتمادية الطويلة المجارية على كرة الارض ، فالذى يعد من الموات بالاصل خارجاً هو الملحق بالارض الموات بالاصل ، أي الذي لم يعلم ولم يحرز بحسب التاريخ حياته سابقاً . نعم هو كثير في الخارج ويكون مورداً بعض النصوص خصوصاً أو اطلاقاً هذا القسم .

مثل ما روى عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل وأنا حاضر عن رجل أحبي أرضاً مواتاً فكرى فيها نهرأو بنا فيها بيوتاً وغرس نخلا وشجراً، فقال: هي له وله أجر بيونتها وعليه فيها العشر فيما سقت السماء أو سيل وادي.

الثاني - الموات بالعارض ، وهو ما عرض عليه الخراب  
والموتان بعد الحياة والعمران ، كالارض الدارسة التي بها آثار الانهار  
ونحوها والقرى الخربة التي بقيت منها رسوم العمارة<sup>١</sup> .

(مسألة : ١) الموات بالأصل وان كان للامام عليه السلام حيث  
أنه من الانفال كما مرفق كتاب المخمس لكن يجوز في زمان الغيبة  
لكل أحد أحياوه مع الشروط الآتية والقيام بعمارته ، ويملكه المحبي  
على الأقوى<sup>٢</sup> .

---

أو عين ، وعليه فيما سقط الدواли والغرب نصف العشر [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٧ ، الحديث ٨ ] .

فإن اطلاق هذه الرواية يشمل الموات بالأصل كما يشمل الموات  
بالعارض .

١) كما تعرض لها بعض النصوص :

( منها ) رواية معاوية بن وهب قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول :  
أيما رجل أتى خربة بأئرة فاستخر جها وكرى أنهارها وعمرها فان عليه فيها الصدقة ،  
فإن كانت أرض لرجل قبله فغتاب وتركتها فآخر بها ثم جاء بعد يطلبها فان الأرض لله  
ولمن عمرها [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٨ ، الحديث ١ ] .

٢) توضيح ذلك يقتضي الكلام في أمور :

( الاول ) في أن الموات بالأصل للامام عليه السلام وهو من الانفال ،  
قال صاحب الجواهر : وأما ان الموات أصلاً أو عارضاً بعد أن بادأ هله للامام  
عليه السلام فمما لا خلاف فيه بل الاجماع محصلاً عليه فضلاً عن المنشوق في

الخلاف والغنية وجامع المقاصد والمسالك صريحاً ، وظاهراً في المبسوط والذكرة والتقييح والكافية على ما حكى عن بعض عليه .

مضافاً إلى النصوص التي يمكن دعوى توادرها وفيها الدلالة على أنه من الانفال ، فتدل عليه حينئذ الآية بل جملة من النصوص أن الأرض كلها للإمام عليه السلام [ الجوادر ج ٣٨ ص ١٠ - ١١ ] .

ومراده من الآية المباركة قوله تعالى « يسئلونك عن الإنفال قل الإنفال لله والرسول فاتقوا الله وأصلحوا ذاتي بيتكم وأطیعوا الله ورسوله ان كنتم مؤمنين » [ سورة الإنفال : ١ ] .

والإنفال جمع نقل ساكنأً ومحر كأ بما معنى الغنيمة ، في المصباح وسميت الغنائم بذلك لأن المسلمين فضلاً عنها على سائر الأمم ، وهي هنا عبارة عما يستحقه الإمام عليه السلام من الأموال على جهة الخصوص كما كان للنبي « ص » سميت بذلك لأنها هبة من الله تعالى له زيادة على ما جعله له من الشركة في الخمس ، أكراماً له وتفضيلاً له بذلك على غيره .

والإنفال عند المحقق في الشرائع ومن تابعه خمسة : الأرض التي تملك من غير قتال ، والارضون الموات سواء ملكت ثم باد أهلها أو لم يجر عليها ملك ، وسيف البحار ، ورؤس الجبال وما لا يكون بها ، وكذا بطون الأودية والاجام . . .

كما في معتبرة حفص : الإنفال ما يوجف عليه بخيل ولاركب أو قوم صالحوا أو قوم أعطوا بأيديهم ، وكل أرض خربة وبطون الأودية فهو لرسول الله « ص » وهو للإمام عليه السلام من بعده يضعه حيث شاء [ الوسائل ج ٦ ] .

## الباب ١ من أبواب الانفال ، الحديث ١ [.]

وفي معتبرة محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام أنـه سمعه يقول :  
ان الانفال ما كان من أرض لم يكن فيها هرقة دم أو قوم صولحوا أو اعطوا  
بأيديهم ، وما كان من أرض خربة أو بطون أودية ، فهذا كلـه من الفـي ، والانفال للـه  
وللـرسـول ، فـما كان للـه فهو للـرسـول يـضعـه حيث يـحبـ [ الوسائل ج ٦ ص ٣٦٧ ]

الـحدـيث ١٠ [.]

وفي رواية سماعة بن مهران قال : سـأـلـهـ عنـ الانـفـالـ فـقـالـ : كـلـ اـرـضـ خـربـةـ  
أـوـشـىـ يـكـوـنـ لـلـمـلـوـكـ فـهـوـ خـاـصـ لـلـامـاـمـ وـلـيـسـ لـلـنـاسـ فـيـهاـ سـهـمـ . قالـ : وـمـنـهـ الـبـحـرـينـ  
لـمـ يـوجـفـ عـلـيـهاـ بـخـيـلـ وـلـارـكـابـ [ الوسائل ج ٦ ص ٣٦٧ ] .  
ومقتضى هذه الروايات كـماـتـرـىـ أنـ أـرـضـ الـخـربـةـ وـالـمـوـاتـ لـلـامـاـمـ عـلـيـهـ السـلـامـ  
وـقـدـ يـشـكـلـ بـأـنـ غـاـيـةـ دـلـالـةـ التـصـوـصـ الدـالـلـةـ عـلـىـ أـنـهـ مـنـ الـانـفـالـ هـيـ أـنـ لـلـامـاـمـ  
مـلـكـيـةـ التـصـرـفـ لـاـمـلـكـيـةـ الرـقـبةـ .

وـيمـكـنـ الجـوابـ عـنـهـ بـأـنـ الـانـفـالـ وـأـنـ لـمـ يـكـنـ مـلـكـاـ لـشـخـصـ الـامـامـ بلـ لـجـهـةـ  
الـامـامـةـ لـكـنـ الدـلـالـةـ عـلـىـ مـلـكـ الرـقـبةـ مـمـاـ اـشـكـالـ فـيـهـ كـمـاـ يـشـهـدـ لـهـ سـيـاقـ روـاـيـاتـ  
بـابـ الـانـفـالـ الدـالـلـةـ عـلـىـ أـنـ لـلـامـاـمـ صـفـوـةـ الـمـلـوـكـ وـالـجـارـيـةـ الـحـسـنـاءـ ، فـانـ الـظـاهـرـ  
مـنـهـ أـنـ الصـفـوـةـ وـالـجـارـيـةـ مـلـكـ لـهـ .

نعم لا يـصـحـ الاستـدـلـالـ لـمـالـكـيـةـ رـقـبةـ الـارـضـ بـمـاـ يـدلـ عـلـىـ أـنـ الـارـضـ كـلـهاـ  
لـلـامـاـمـ ، لـاـنـ المـرـادـ مـنـهـ ظـاهـراـ - وـلـاـقـلـ مـنـ اـحـتمـالـهـ - اـثـبـاتـ الـمـلـكـ بـضمـ الـمـيمـ  
لـاـ مـلـكـ بـالـكـسرـ ، فـلـامـنـافـةـ بـيـنـ كـوـنـ الـارـضـ العـامـرـةـ مـلـكـاـ لـلـنـاسـ وـبـيـنـ أـنـ يـكـوـنـ  
لـلـامـاـمـ عـلـيـهـ السـلـامـ وـلـاـيـةـ التـصـرـفـ عـلـيـهاـ وـالـمـلـكـ بـالـضـمـ لـاـنـ الـامـامـ أـوـلـىـ بـالـنـاسـ  
مـنـ اـنـفـسـهـمـ .

(الثاني) انه يجوز لكل أحد احياء الارضي في زمان الغيبة .

قال صاحب الجواهر : واما أن اذنه شرط في تملك المحبة فظاهر التذكرة  
الاجماع ، بل عن الخلاف دعواه صريحاً ، بل في جامع المقاصد « لايجوز  
لأحد الاحياء من دون اذن الامام عليه السلام وانه اجماعي عندنا » .  
وفي التنقح الاجماع على أنه تملك اذا كان الاحياء باذن الامام عليه السلام  
وفي المسالك : لاشبهة في اشتراط اذنه في احياء الموات فلا يملك بدونه  
انفاقاً .

مضافاً الى قاعدة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه ، وفي النبوى : ليس  
للمرء الاما طابت به نفس امامه [كنوز الحقائق المطبوع على هامش الجامع  
الصغير ج ٢ ص ٧٧ - ٧٨ ] بل تقدم في كتاب الخامس ما يدل على ذلك [الجواهر  
ج ٣٨ ص ١١] .

أقول : لاشكال في أن مقتضى القاعدة لزوم الاجازة والاذن في التصرف  
في أراضي الموات بعد ثبوت أنها للامام عليه السلام ، لعدم جواز التصرف  
في اموال الناس من دون الاذن كما تقدم . انما الكلام في أن الآئمه عليهم السلام  
هل اذنوا على نحو العموم للشيعة أو لكل أحد أولاً وانهم هل يصيروا مالكين  
بالاحياء أم لا .

قال صاحب الجواهر في هذا المقام : والاقوى في النظر الاول ، بل  
ينبغي القطع به في الارضي المحبة ، بل في المدارك انه أطبق عليه الجميع ،  
كما أنه في الكفاية نارة الظاهر أنه لا خلاف بينهم في اباحة التصرف للشيعة في  
زمن الغيبة في أراضي الموات وما يجري معها ، وأخرى أنهما صرحو بان  
المحيي يملك الارض الموات في زمان الغيبة بل ادعى بعض المتأخرین اطباق

الاصحاب عليه - الى آخره [ الجواهر ج ١٦ ص ١٣٦ ] .

وتدل عليه صحيحة عمر بن يزيد قال : سمعت رجلا من أهل الجبال يسأل ابا عبدالله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواناً تركها أهلها فعمراها واكري أنهارها وبني فيها بيوتاً وغرس فيها نخلا وأشجاراً . قال : فقال ابو عبد الله عليه السلام : كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول : من أحبي أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسقها يؤديه لللامام في حال الهدنة، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه [ الوسائل ج ١٦ ص ٣٨٢ الباب ٤ من أبواب الانفال ، الحديث

[ ١٣ ]

وفي معتبرة محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام قال : أىما قوم أحبو شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحق بها [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٦ ، الحديث ] .

[ ٣ ]

وفي معتبرته الأخرى قال : سأله عن الشراء من أرض اليهود والنصارى . قال : ليس به بأس - الى أن قال - وأىما قوم أحبو شيئاً من الأرض أو عملوه فهم أحق بها وهي لهم [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٦ ، الحديث ١ ] .

وفي معتبرة زراره عن ابى جعفر عليه السلام قال : قال رسول الله «ص» : من أحبي أرضاً مواناً فهو له [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٧ ، الحديث ٦ ] .  
الى غير ذلك من الاخبار المستفيضة الدالة على ذلك .

(الثالث) في أن المحبى يملك الأرض على الأقوى كما هو ظاهر النصوص المتقدمة ، وعن المحقق في الشرائع : وأما الموات فهو الذي لا ينتفع به لعطلته اما لانقطاع الماء عنه أول استيلاء الماء عليه أول استجاجاته أو غير ذلك من موانع الانتفاع ( على وجه يكون به مينا ) فهو للامام عليه السلام لا يملكه أحد وإن

احياء مالم يأذن له الامام واذنه شرط ، فمتنى أن ملكه المحببي له اذا كان مسلماً ولا يملكه الكافر ، واو قيل يملكه مع اذن الامام كان حسناً .

وقال صاحب الجواهر : فالمنتجه الملك بالاحياء مطلقاً ولو لحصول الاذن منهم عليه السلام في ذلك حال الحضور ، ولعل المصالحة فيه اراده تعمير الاراضي واحتمال أن جميع النصوص لبيان السبب الشرعي - الذي لا ينافيه توافقه بعد ذلك على شرائط آخر - يدفعه أنه لامنافاة فيه بين اراده الاذن منه مع ذلك ولو بطريق من طرق الدلاله .

مضافاً الى ظهور بعضها في الاذن كما أومأ اليه في التذكرة ، قال في موات المفتوحة عنوة وميت الغيبة: وان كان الاحياء حال الغيبة ملكها المحببي لما تضمنه كتاب علي عليه السلام ، فكان الاذن هنا محقق [ الجواهر ج ٣٨ ص ١٦ ] .  
أقول : الظاهر أن مراده قدس سره مما تضمنه كتاب علي عليه السلام  
صحححة ابى خالد الكابلى عن ابى جعفر عليه السلام قال : وجدنا فى كتاب  
علي عليه السلام ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعقاب للمتقين ، انا واهل  
بيتى الذين اورثنا الارض ونحن المتفقون والارض كلها لنا ، فمن أحياي أرضاً  
من المسلمين فليعمرها وليؤود خراجها الى الامام من أهل بيته وله ما أكل منها  
فإن تركها وأخر بها فأخذتها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحياناها فهو  
أحق بها من الذي تركها فليؤود خراجها الى الامام من أهل بيته وله ما أكل  
منها حتى يظهر القائم من أهل بيته بالسيف فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما  
حواله رسول الله « ص » ومنعها ، الا ما كان في أيدي شيعتنا فانه يقاطعهم  
على ما في أيديهم ويترك الارض في أيديهم [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٩ ،  
الحديث ٢ ].

هذا أحد الآراء في المسألة ، وهذا رأي فقهى آخر ، وهو أن عملية الاحياء لا تغير من شكل ملكية الأرض ، بل تتضمن الأرض ملكاً للإمام أو لمنصب الإمامة ولا يسمح للفرد بتملك رقبتها وان أحياها ، وإنما يكتسب بالاحياء حقاً في الأرض دون مستوى الملكية ، ومنع غيره من لم يشاركه جهده وعمله من مزاحمه وانتزاع الأرض منه مادام قائماً بوجهها .

وقد أخذ بهذا الرأي الفقيه الكبير الشيخ محمد بن الحسن الطوسي في بحوث الجهاد من كتابه المبسوط في الفقه ، اذ ذكر : أن الفرد لا يملك رقبة الأرض بالاحياء وإنما يملك التصرف ، بشرط أن يؤدي إلى الإمام ما يلزم منه عليها ... واليكم نص عبارته :

«فاما الموات فانها لاتغنم ، وهى للإمام خاصة ، فان أحياها أحد من المسلمين كان أولى بالتصريف فيها ، ويكون للإمام طسقها » .  
ونفس هذا الرأي نجده في بلقة المحقق الفقيه السيد محمد بحر العلوم ، اذ مال إلى منع افاده الاحياء التملك المجاني من دون أن يكون فيه حق ، فيكون للإمام فيه بحسب ما يقاطع المحيي عليها في زمان حضوره وبسط بيده ومع عدمه فله أجرة المثل . ولا ينافي ذلك نسبة الملكية إلى المحيي في أخبار الاحياء - أي في قولهم من أحى أرضًا فهو له - وان هي الاجارية مجرى كلام الملاكين لل فلاحين في العرف العام عند تحريرضمهم على تعمير الملك « من عمرها أو حفر أنهارها وكرى سوادها فهى له » الدالة على أحقيته من غيره وتقديمه على من سواه ، لاعلى نفي الملكية من نفسه وسلب الملكية عن شخصه . فالحصة المراجعة إلى الملاك المعتبر عنها بالملائكة مستحقة له غير منافية عنه وان أضاف الملك اليهم عند الترخيص والاذن العمومي .

و هذا الرأي الفقهي الذي يقرره الشيخ الطوسي والفقهاء بحر العلوم يستند  
إلى عدة نصوص ثابتة بطرق صحيحة عن أئمته أهل البيت علي وآلـه عليهم  
السلام ، فقد جاء في بعضها «من أحبي أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسفها» ،  
وجاء في بعضها الآخر «من أحبي من الأرض من المسلمين فليعمرها وليؤد  
خرجها إلى الإمام وله ما أكل منها » .

فالأرض في ضوء هذه النصوص لا تصبح ملكاً خاصاً لمن أحياها والالـما  
صح أن يكلف بدفع أجرة عن الأرض للدولة ، وإنما تبقى ربة ملكاً للإمام ،  
ويتمتع الفرد بحق في ربة الأرض يمكنه من الانتفاع بها ومنع الآخرين عن  
انتزاعها منه وللإمام في مقابل ذلك فرض الطسف عليه . وهناروايات غير تلك الرواية:  
( منها ) صحيحة الكابلي المتقدمة : إن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده  
والعاقبة للمتقين أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض ونحن المتقون والأرض كلها  
لنا فمن أحبي أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤد خرجها إلى الإمام من أهل  
بيتي وله ما أكل منها ، فإن تركها وأخر بها فأخذها رجل من المسلمين من بعده  
فعمرها وأحياها فهو أحق بها من الذي تركها فليؤد خراجها إلى الإمام من أهل  
بيتي وله ما أكل منها حتى يظهر القائم من أهل بيتي بالسيف فيحويها ويمعنها  
ويخرجهم منها كما حواها رسول الله «ص» ومنعها الإمام ، إلا ما كان في أيدي  
شيعتنا فإنه يقاطعهم على ما في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم [الوسائل ج ١٧]

ص [ ٣٢٩ ]

فإن الظاهر من قوله « فهو أحق بها من الذي تركها » وقوله « يخرجهم »  
وقوله « يقاطعهم » عدم ملكية المحبى لها ، واحتمال أن الأرض ملك للمحبى ولكن  
عند ظهور القائم عليه السلام تزول ملكيته كما ترى .

(ومنها) صحيحه معاویة بن وهب قال: سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول:  
أيمارجل أتى خربة بائرة فاستخر جها وكرى أنهارها وعمرها فان عليه فيها الصدقة،  
فان كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فآخر بها ثم جاء بعد يطلبها فان  
الارض لله ولمن عمرها [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٨ ] .

وهذه الصحيحة أيضاً تدل على عدم الملكية بالاحياء ، لظهوره - ا في أن  
الارض لا علقة لها بالرجل الغائب اذا أهملها ولو كان محبياً لها . ومن المعلوم  
أن الاعمال لا يكون مزيلة للملكية حتى يقال: ان الصحيحه تدل على زوال الملك  
بالاعمال، فلاتنافي النصوص الدالة على الملك بالاحياء ، كما أنه لا مجال لحملها  
على صورة اعراض الرجل الغائب عنها لاطلاقها .

الا أن يقال: بأن عدم زوال الملك بالاعمال في خصوص الارض ليس أمراً  
مفترضاً من الخارج ، ومقتضى ظهور اللام في الملكية في الكلمة « لمن عمرها »  
زوال الملكية من أهملها حتى أدى الخراب .

( ومنها ) صحيحه حسن بن محبوب عن عمر بن يزيد قال : سمعت رجلاً  
من أهل الجبل يسأل ابا عبدالله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها  
أهلها فعمرها وكرى أنهارها وبنى فيها بيوتاً وغرس فيها نخلا وشجرأ . قال :  
فقال ابو عبدالله عليه السلام: كان أمير المؤمنين « ع » يقول : من أحبي أرضاً من  
المؤمنين فهي له وعليه طسفها يؤديه الى الامام في حال الهدنة ، فاذا ظهر القائم  
فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه [ الوسائل ج ٦ ص ٣٨٢ ] .

لانها ظاهرة أيضاً في أن الارض المحياة باقية على ملك الامام « ع » ، ولذلك  
قال فيه « فليوطن المحبى نفسه على أن تؤخذ الارض منه عند ظهور القائم »

ويُعَضِّدُ ذَلِكَ جَعْلُ الطَّسْقِ ، إِذَا طَسْقُ كَالاْجِرَةِ لَا يُوَافِقُ الْمُلْكَ .

ولكن يشكل بأن ظاهرها وجوب الطلاق مع أن الأصحاب لم يتزموا بها، اللهم إلا أن يقال: إن وجوبه ليس فعلياً جمعاً بينها وبين أخبار التحليل، كالصحيححة السابقة فانها تدل على تحليل كل ما كان في أيدي شيعتهم من الأرض بدون الطلاق.

( ومنها ) صحيحه عمر بن يزيد عن ابي سيار مسمع بن عبد الملك قال :  
قلت لابي عبدالله عليه السلام : اني كنت وليت الغوص فأصبت اربعمائة ألف  
درهم وقد جئت بخمسها ثمانين ألف درهم وكرهت ان أحبسها عنك وأعرض  
لها وهي حرق الذى جعل الله تعالى لك في أموالنا . فقال : مالنا من الارض  
وما أخرج الله منها الا الخمس ؟ يا ابا سيار الارض كلها لنا فما أخرج الله منها  
من شيء فهو لنا . قال : قلت له : أنا أحمل اليك المال كله . فقال لي : يا ابابسيار  
قد طيبناه لك وحللناك منه فضم اليك مالك ، وكل ما في أيدي شيعتنا من الارض  
فهم فيه محملون ومحمل لهم ذلك الى أن يقوم قائمونا فيجب عليهم طلاق ما كان في  
أيدي سواهم ، فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمونا فيأخذ الارض  
من أيديهم ويخرجهم صغرة [ الوسائل ج ٦ ص ٣٨٢ ]

وفي نسخة الكافي: فيجب عليهم طلاق ما كان في أيديهم وترك الأرض في أيديهم  
وأما ما كان في أيدي غيرهم فأن كسبهم من الأرض حرام . . . [الوسائل ج ٣٨٢ ص ٦]

فان ظاهر هذه الصحيحة أيضـاً أن الأرض المحيـاة باقـية على ملك الـامـام ولـكنـها مشـتمـلة على أنـالـارـضـ كلـهـاـ لـلـامـامـ ،ـ ولـذـلـكـ قدـ يـتـبـادـرـ إـلـىـ الـذـهـنـ أنـ يكونـ المرـادـ منـ السـالـكـيـةـ مـالـكـيـةـ أـمـرـالـارـضـ لـاـ مـالـكـيـةـ الرـقـبةـ .ـ وـأـيـضاـ مشـتمـلةـ علىـ أنـاحـيـاءـ غـيـرـ الشـيـعـةـ لـاـ يـفـيدـ شـيـئـاـ بلـ كـانـ كـسـبـهـمـ منـ الـارـضـ حـرـاماـ .ـ وـهـوـ أـيـضاـ فـيـ

غاية الاشكال ، اذ ان المعلوم من سيرة الائمة عليهم السلام والاصحاب خلافه .  
اللهم الا ان يحمل على اأن حكمه الاخلاقي او العقلي الحرمة باعتبار أنه كافر بوالي  
الارض ، وأما بحسب التكلفي الشرعي فهم كالشيعة في كون احيائهم موجباً للحق .  
ثم انه خلافاً لهذا الطائفه من النصوص الدالة بصرامة - على بقاء الارض  
المحيي للارض التي أحياها وعدم كونه مسؤولاً عنها بشيء ، احدهما تعطى هنا  
المعنى على مستوى الظهور والآخر تدل عليه بصرامة .

( أما الطائفه الاولى ) فهي نظير ما جاء في معتبرة محمد بن مسلم عن أهل  
البيت عليهم السلام : أيما قوم أحيو ا شيئاً من الارض فهو أحق بها وهي لهم  
[ الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٦ ، الحديث ١ ]

وهذه المعتبرة تدل على تملك المحيي للارض ، لأن الام في كلمة « لهم »  
تدل على الاختصاص ، وظاهر اطلاقها الاختصاص بنحو الملكية .

( وأما الطائفه الثانية ) فهي نظير رواية عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله  
عليه السلام قال : سئل وأنا حاضر عن رجل أحبني أرضًا مواتاً فكرى فيها نهرًا  
وبنى فيها بيوتاً وغرس نخلا وشجرًا . فقال : هي له أجر بيتهما وعليه فيها  
فيما سقت السماء أو سيل وادي أو عين ، وعليه فيما سقت الدوالي والغرب نصف  
العشر [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٧ ، الحديث ٨ ] .

فإن اقتصره على ذكر العشر ( أي الزكاة ) في مقام تحديد مما عليه ،  
التصريح في نفي المخرج وانقطاع صلة الامام برقبة الارض .  
ولابد من العلاج بين هاتين الطائفتين أو ترجيح أحدهما أو التساقط والرجوع  
إلى العمومات والاصول .

والذى يمكن أن يقال : انه لا تعارض بين نفس هذه الروايات لولم ينضم اليها بعض الامور من الخارج ، بل يمكن الجمع بالاطلاق والتقييد والرجوع الى الروايات الشارحة والمفصلة في كل أمر لم يذكر ولم يتعرض اليها في الروايات الأخرى .

ونقول من باب المثل : الذي يجعل مثل رواية عبدالله بن سنان كالصريح في تملك المحيي للارض التي أحياناً هو اقتصره على ذكر الزكاة في مقام تحديد ما عليه ، مع أنه ظهور اطلاقي يمكن تقييده بصراحة مادل على أن عليه الطبق وقس عليه سائر الامور .

والذي لا يمكن الفرار عنه هو صراحة بعض الروايات أو ظهورها في زوال الملك أو الحق بمجرد خراب الأرض المhabia وعمرانه -ا بيد مسلم أخرى ، فان السيرة المنشورة وكذلك التسالم بين الفقهاء يقتضى تحقيق الملكية بالاحياء وبقاء مالكيـة المحيـي بعد الخـراب ، ولذلك أفتى المـاتـن دـام ظـلهـ بـأنـ الـقوـىـ أـنـ المـحـيـ يـملـكـ بـالـاحـيـاءـ .

قال الشهيد العـلامـةـ آـيـةـ اللـهـ الصـدرـ «ـرضـ»ـ فيـ هـذـاـ المـقـامـ بـعـدـ أـنـ ذـكـرـ نـموـذـجاـ لـلـطـائـفـتـيـنـ مـنـ الـأـخـبـارـ:ـ وـلـابـدـ لـلـمعـارـضـةـ بـيـنـ هـاتـيـنـ الطـائـفـتـيـنـ وـبـيـنـ الطـائـفـةـ المـشـارـيـهاـ فـيـ المـتـنـ،ـ الدـالـةـ عـلـىـ بـقـاءـ الـأـرـضـ عـلـىـ مـلـكـيـةـ الـأـمـامـ بـعـدـ الـاحـيـاءـ ...ـ مـنـ عـلـاجـ .

قد يقال : ان هذه الطائفة مملاً محصل لها بعد استقرار السيرة القطعية على عدم اعطاء المحيي للخارج منذ زمان الائمة الى زماننا هذا ، كما لا معنى لحملها على زمان ظهور الحجـةـ ،ـ فـلـابـدـ مـنـ رـفعـ الـيـدـ عـنـهـ .

ونجيب على ذلك : بمنع جدوى السيرة المشار إليها ، لأنه ان أريد سيرة المتبعدين لنصوص أهل البيت ، فلعل عدم اعطائهم للأجرة بلحاظ أخبار التحليل لا باعتبار انقطاع صلة الأرض بالأمام رأساً بعد الاحياء ، وان أريد سيرة غيرهم من المسلمين فإن ذلك لاجل مشيئم على أساس فقهي آخر .

وقد يقال : ان هذه الطائفة الدالة علىبقاء ملكية الإمام ، قد أعرض عنها الأصحاب فتسقط عن الحجية .

والجواب أولاً : ان الاعراض لا يسقط عن الحجية كما بيننا في الاصول .

وثانياً : ان اعراض الجميع غير ثابت ، وتسالم الجميع على عدم وجوب الطلاق بالفعل لاجل أخبار التحليل لا يدل على اعراض الجميع عن مفادها .

وثالثاً : انه لو سلم اعراضهم عن مفادها فلعله لاعمال قواعد باب التعارض وترجيح المعارض لا لخلل خاص فيها ، وعلى هذا فلا بد من حل التعارض .

ويتصور لذلك وجوه :

الاول : حمل الطائفة الامارة بالخارج على الاستحباب جمعاً بينها وبين ما هو كالتصريح في عدم وجوبه .

ويرد عليه : ان هذا خلط بين الاحكام التكليفية والوضعية ، لأن هذا الجمع انما يصح في الاحكام التكليفية حيث يحمل الامر فيها اذا وردت الرخصة على الاستحباب ، دون الاحكام الوضعية لأن نكتة صحة الجمع هناك غير موجودة هنا ، فان الوجه في حمل دليل الامر التكليفي على الاستحباب بعد مجيء الرخصة : اما بناءً على مبني المحقق النائي في دلالة الامر على الوجوب ، فلان الوجوب والاستحباب على هذا المبني ليسا مدلولين للفظ ، انما ينزع

الوجوب من حكم العقل بلزوم ايجاد مطلوب المولى مالم ترد الرخصة منه ،  
فاذًا جاءت الرخصة ارتفع موضوع الوجوب حقيقة وثبت بضمها الى جامع  
الطلب المدلول للفظ الاستحباب .

وأما بناءً على كون الوجوب ثابتًا باطلاق مدلول الامر فيرجع الحمل على  
الاستجواب الى تقيد الاطلاق الذي هو منشأ الوجوب ، والتقييد على مقتضى القاعدة .  
وأما بناءً على كون الوجوب مدلولاً وضعيفاً بنحو من الانحاء ، فالحمل  
على الاستحباب يتوقف على دعوى وجود ظهور ثانوي للصيغة في الاستحباب  
تصل النوبة اليه ، بعدرفع اليه عن ظهورها الاولى في الوجوب ، ليكون الاستحباب  
ثابتًا بالظهور لا بالتأويل .

وكل هذه الوجوه لا تتم في الامر الظاهر في بيان حكم وضعيف ، كما في  
المقام حيث أن قوله « فليؤد طسقها » أو « فعليه طسقها » بيان عرفاً للاستحقاق  
الوضعبي للامام وليس مجرد طلب تكليف صرف ، فلا يتجه الحمل على الاستحباب .  
الثاني : ان الطائفة الدالة بالصراحة علىبقاء مالكيية الامام تسقط بالمعارضة  
مع الطائفة الصريحة في ارتفاعها وتنتهي النوبة الى الطائفة الاخرى الظاهرة في  
ارتفاعها وتملك المحيي للرقبة بالاطلاق .

والوجه في ذلك : أن هذه الطائفة الظاهرة لا يعقل أن تكون طرفاً للمعارضة  
مع الطائفة الصريحة في بقاء مالكيية الامام ، لأن الظهور الاطلاقي لا يعارض الصراحة  
بل يكون الصريح مقيداً له . وعليه فالمعارضة في المرتبة السابقة تقع بين الصريحين ،  
وتصل النوبة الى الظهور الاطلاقي بلا معارض .

وتقوم هذه الفكرة في هذا البيان على قاعدة عامة في باب التعارض ، وهي :  
انه متى تعارضت طائفتان من الاخبار وكانت احداهما صريحة في النفي مثلاً

وكان في الطائفة الأخرى ما هو صريح في الأثبات وما هو ظاهر فيه . فلا يلزم بسقوط الجميع في درجة واحدة ، لأن ما هو ظاهر في الأثبات لا يمكن أن يعارض ما هو صريح في المفهوم ، إذا كانت الصراحة بدرجة تصلح للقرينة عرفاً ، فالصريح في المفهوم بدون معارض في درجته .

وهذه القاعدة العامة وإن لم تكن مقررة عملياً عند الفقهاء ولكنها في الحقيقة تمديد لقاعدة مقررة عندهم نظرياً وعملياً وهي الرجوع إلى العام الفوقي بعد تساقط الخاصين ، فإن نفس الفكرة التي تبرهن على أن العام لا يقع طرفة للمعارضة في مستوى الخاصين ، تدل على ذلك بالنسبة إلى أمثل المقام . وهذا الوجه يتوقف على تعيين تساقط الصريحين وعدم ترجيح أحدهما ، وسيأتي بيان المرجح

« اقتصادنا ص ٦٥٨ - ٦٦٠ [ ] .

أقول : ومراده قدس سره من بيان المرجح ما ذكره بقوله :

الخامس: إن النص الدال على عدم تملك المحيي للرقبة وبقائه على ملكية الإمام . . . هو المرجح في مقام التعارض ، وذلك لأن النص الآخر المعارض له مخالف لعموم الكتاب ومظنة للتهمة ، أما العموم الكتابي فهو قوله تعالى « لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض » فان هذه الآية حكمت بأن كل سبب للتملك والأكل بالباطل الا التجارة عن تراض .

ومن الواضح أن تملك مال الإمام بالاحياء ليس تجارة عن تراض ، فهو باطل باطلاق الآية الكريمة . فيكون مادل على عدم تملك المحيي لرقبة الأرض موافقاً لاطلاق الكتاب فيقدم . كما أن أصل المواجهة فيه قطعية دون مادل على تملك المحيي . فتذهب جيداً [ اقتصادنا ص ٦٦١ ] .

ولكن يمكن أن يناقش فيما ذكره قدس سره في هذا المقام ، وذلك أما

بالنسبة الى المناقشة في السيرة فيرده أن ما هو المعتبر من السيرة هو المتصل الى زمان المعصومين عليهم السلام . واحتمال ان يكون ذلك بلحاظ أخبار التحليل ، مدفوع بأن أخبار التحليل ممالم يعمل بها والالكان في باب الخمس أيضاً مؤثراً في السيرة ، مع أن السيرة في باب الخمس كان على اعطائها الى الامام أو زائبه .

وأما المناقشة فيما ذكره من أن الأعراض لا يسقط عن الحجية ، ف محله في الأصول وليس هنا مجال تفصيلها . والحق أنه يسقط الرواية عن الاحتجاج بها .

وأما بالإضافة الى ما ذكره قدس سره في الاشكال على حمل الامر في قوله عليه السلام «فليؤد خراجها» على الاستحباب من أن هذا الجمع إنما يصح في الأحكام التكليفية حيث يحمل الامر الظاهر في الوجوب على الاستحباب اذا وردت الرخصة على الترك دون الأحكام الوضعية - انتهى .

ففيه : أن الوضع والتکلیف ليسا معتبرین من الامر والنهی ، بل الامر موضوع للبعث والنهی موضوع للزجر ، والوضع والتکلیف إنما يستفاد من خصوصیة المورد .

مع أنه يمكن أن يقال : إن قوله عليه السلام «فليؤد خراجها» حكم تکلیفی قابل للحمل على الاستحباب . اللهم إلا أن يقال : ظاهر قوله «عليه الطقس» الحكم الوضعي ، فبقرينة ذلك يحمل قوله «فليؤد خراجها» على الحكم الوضعي . ولكنه لاترجح لهذا الحمل ، اذ يمكن أيضاً حمل قوله «عليه الطقس» على الحكم التکلیفی بقرينة قوله «فليؤد خراجها» كما لا يخفى .

وأما ماذكره من الترجيح عند المعارضه للاحبار الدالة على عدم الملكية  
لموافقتها لعموم الكتاب وهو قوله تعالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا  
أن تكون تجارة عن تراضٍ » .

سواء كان في دار الإسلام او في دار الكفر <sup>١</sup> ، وسواء كان في ارض الخراج كأرض العراق او في غيرها <sup>٢</sup> ، وسواء كان المحبي مسلماً أو كافراً <sup>٣</sup> .

الارض وان كان مقتضى الجمع بين الاخبار هو عدم الملكية .

١) وذلك لاطلاق الادلة . وعن صاحب الشرائع : ويستوي في ذلك ما كان من بلاد الإسلام وما كان من بلاد الشرك ، غير أن ما في بلاد الإسلام لا يغنم وما كان في بلاد الشرك يملك بالغلبة عليه .

وفي محكي التذكرة : وان لم تكن - أي أرض بلاد الكفر - معمورة فهـي لللامام عليه السلام لا يجوز لأحد التصرف فيها إلا باذنه عند علمائنا .

بل في الدروس : ان مالم يذبووا عندكم وات الاسلام قطعاً .

وفي الجواهر : كل ذلك مضافاً إلى ما تقتضيه الادلة السابقة التي لافرق فيها بين موات الاسلام وموات الكفر وبين من بلغه الدعوى منهم ومن لم تبلغه

[الجواهر ج ٣٨ ص ٣١] .

٢) وذلك لعموم الروايات الدالة على أن «من أحبي أرضاً ميتة فهي له»

[الوسائل ، الباب ٣ من أبواب احياء الموات] .

٣) لعموم الروايات الدالة على أن الاحياء سبب وضعـي للملك . نعم تخصص

هذه الروايات العامة بصحيـحة الكابلي المتقدمة حيث قال «فمن أحـيـي أرضاً من المسلمين» . وظاهرـها اعتبارـكون المحـبيـ منـ المسلمينـ .

وأظهرـ منهاـ صحيحـة عمرـ بنـ يـزـيدـ المـتـقدـمةـ حيثـ خـصـصـ التـحلـيلـ بماـ كانـ فيـ أيـديـ الشـيـعةـ ،ـ ثمـ قالـ :ـ وـأـمـاـ ماـ كانـ فيـ أيـديـ غـيرـهـ فـإـنـ كـسـبـهـمـ مـنـ الـأـرـضـ حـرـامـ عـلـيـهـمـ حـتـىـ يـقـومـ قـائـمـاـ وـيـأـخـذـ الـأـرـضـ مـنـ أيـديـهـمـ وـيـخـرـجـهـمـ مـنـهاـ صـغـرـةـ

[ الوسائل ج ٣٨٢ / ٦ ]

ولكن الروايتين ممالم يعمل بهما وهو امور دللا على اعراض ، فحيثهذ فالمرجع  
السيرة والاطلاقات المدالة على أن المحبى يملك الارض سواء كان مسلماً أو  
كافراً .

وأما ما في الجواهر من أن صحيح الكابلي لا ينافي مادل على الاعم ، فاعله  
لما يقال من أن العام والخاص كليهما مثبتان فلامنافاة بينهما وبين المطلقات مالم  
يحرز وحدة السبب .

ولكن يشكل عليه بأن قوله فإن كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم  
قائمنا ليس مثبتاً بل هو ينفي الملكية ، الا أن يقال : ان هذه القطعة من الرواية  
معرض عنها كما تقدم .

وفي الجواهر : قد سمعت دعوى الاجماع من الفاضل في المذكرة على  
عدم ترتب الملك على احياء الكافر وان اذن له الامام عليه السلام فيه ، بل  
وفي اثناء كلام الكركي أيضاً . وان كان التحقيق خلافه ، ظهور النص والفتوى  
في كونه سبيباً شرعاً لحصول الملك مع حصول شرائطه التي منها الاذن أيضاً ،  
سواء كان المحبى مسلماً أو كافراً .

بل هو صريح صحيح محمد بن مسلم : سأله عن الشراء من أرض اليهود  
والنصارى . فقال : ليس به بأس ، وقد ظهر رسول الله « ص » على أهل خيبر  
فخارجهم على أن يترك الارض في أيديهم يعملون بها ويعمرونها ، وما بها  
بأس اذا اشتريت منها شيئاً ، وأيما قوم أحياوا شيئاً من الارض أو عملوه فهم  
أحق بها وهي لهم [ الوسائل ، الباب ٧١ من أبواب الجهاد ، الحديث ٢ من  
كتاب الجهاد ] .

( مسألة : ٢ ) الموات بالعارض الذى كان مسبقاً بالملك  
 والاحياء اذا لم يكن له مالك معروف على قسمين :  
 الاول - مباد اهلها وصارت بسبب مرور الزمان وتقادم الايام  
 بلا مالك ، وذلك كالاراضي الدارسة والقرى والبلاد الخربة  
 والقنوات الطامسة التي كانت للامم الماضيين الذين لم يبق منهم  
 اسم ولا رسم ، او نسبت الى اقوام او اشخاص لم يعرف منهم الا  
 الاسم .

الثانى - مالم تكن كذلك ولم تكن بحيث عدت بلا مالك بل  
 كانت لمالك موجود ولا معرف شخصه ، ويقال لها « مجھولة  
 المالك ». .

فاما القسم الاول فهو بحكم الموات بالاصل في كونه من الانفال  
 وانه يجوز احياؤه ويملكه المجيئي <sup>١</sup> .

وصحيح ابي بصير : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن شراء الارضين من  
 أهل الذمة . فقال : لا بأس بأن يشتري منهم اذا عملوها وأحيوها فهي لهم ، وقد  
 كان رسول الله « ص » حين ظهر على خيبر وفيها اليهود خارجهم على أمر  
 وترك الارضين في أيديهم يعلمونها ويعمرونها [ الوسائل ، الباب ٤ من كتاب  
 احياء الموات ، الحديث ١ ] الى غير ذلك من النصوص [ الجوادر ج ٣٨ ص

[ ١٣ ]

١) وذلك لصدق الموات على الارض المذكورة ، فيشمله عمومات مادل

على أن من أحيا أرضاً فهـي له ، فلامدخل لعدم المالك للارض سابقاً في صدق الموات كما أنه لا مدخل لبقاء رسوم العمارة وآثار الانهار فيه أيضاً . واحتمال منع بقاء الآثار عن صدق الاحياء مدفوع بالنص والفتوى .

وهذا النحو من الارضي ملك للامام عليه السلام من الانفال ، كما في صحيح الحلبي عن ابـى عبد الله عليه السلام قال : سأـلـتـه عن الانفال فقال : ما كان من الارضين بـادـهـلـهـاـ وـفـيـغـيـرـذـلـكـ الانـفـالـ هـوـلـنـاـ [ الوسائل ج ٦ ص ٣٦٧ ] . وفي رواية محمد بن مسلم قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول : وسـئـلـ عن الانـفـالـ فقال : كـلـ قـرـيـةـ يـهـلـكـ أـهـلـهـاـ أوـ يـجـلـونـ عـنـهـاـ فـهـيـ نـفـلـ لـلـهـ عـزـ وـجـلـ ، نـصـفـهـاـ يـقـسـمـ بـيـنـ النـاسـ وـنـصـفـهـاـ لـرـسـوـلـ اللـهـ « صـ » ، وـمـاـكـانـ لـرـسـوـلـ اللـهـ فـهـوـ للامام [ الوسائل ج ٦ ص ٣٦٧ ، الحديث ٧ ] .

وفي رواية سماعة بن مهران قال : سـأـلـتـهـ عنـ الانـفـالـ فقالـ : كـلـ أـرـضـ خـرـبةـ أـوـشـىـ يـكـوـنـ لـلـمـلـوـكـ فـهـوـ خـالـصـ لـلـامـ وـلـيـسـ لـلـنـاسـ فـيـهـ سـهـمـ [ الوسائل ج ٦ ، ص ٣٦٧ ، الحديث ٨ ] وهـكـذـاـ غـيـرـهـاـ مـنـ الـاحـادـيـثـ .

قال صاحب الجواهر : وأـمـاـ انـ المـوـاتـ أـصـلـاـ أوـ عـارـضـاـ بـعـدـ بـادـ اـهـلـهـ للامام عليه السلام فـمـاـ لـاخـلـافـ فـيـهـ ، بلـ الـاجـمـاعـ مـحـصـلاـ عـلـيـهـ ، فـضـلـاـ عـنـ المـنـقـولـ فـيـ الـخـلـافـ وـالـغـنـيـةـ وـجـامـعـ الـمـقـاصـدـ وـالـمـسـالـكـ صـرـيـحاـ ، وـظـاهـرـاـ فـيـ الـمـبـسـطـ وـالـتـذـكـرـةـ وـالـتـنـقـيـحـ وـالـكـفـاـيـةـ عـلـىـ مـاـ حـكـيـ عـنـ بـعـضـهـاـ عـلـيـهـ [ الجواهر ج ٤٨ ص ١٠ ] .

وبـالـجـمـلـةـ بـعـدـ مـاـ ثـبـتـ أـنـ هـذـاـ النـحـوـ مـنـ الـارـضـيـ مـلـكـ لـلـامـ وـمـنـ المـوـاتـ يـشـمـلـهـ مـاـ دـلـ مـنـ الـعـمـومـاتـ عـلـىـ أـنـ مـنـ أـحـيـيـ أـرـضـاـمـيـتـاـ فـهـيـ لـهـ ، مـضـافـاـ إـلـىـ الـرـوـاـيـاتـ

فيجوز احياء الاراضي الدارسة التي بقيت فيها آثار الانهار والسوقى  
والمروز<sup>١</sup> وتنقية القنوات والابار<sup>٢</sup> المطمومة<sup>٣</sup> وتعمير المخربة  
من القرى والبلاد القديمة التي بقيت بلا مالك ولا يعامل معها معاملة  
مجهول المالك<sup>٤</sup>. ولا يحتاج الى الاذن من حاكم الشرع او الشراء

---

الم الخاصة الواردۃ فيه كصحیحة الكابلی : وان تركها أو خربھا فأخذھا رجل من  
ال المسلمين من بعده ف عمرھا وأحياناً فهو أحق بها من الذي تركھا [الوسائل،  
الباب ٣ من كتاب احياء الموات ، الحديث ٢] .

وفي رواية معاوية بن وهب قال : سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول :  
أيما رجل أتى خربة بأئرة فاستخر جها وكرى أنھارها وعمرھا فان عليه فيها الصدقة  
فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركھا فأخر بها ثم جاء بعد يطلبھا فان  
الارض لله ولمن عمرھا [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٨ ، الحديث ١] .

وفي رواية سليمان بن خالد قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل  
يأنني الارض المخربة فيستخر جها ويجري أنھارها ويعمرھا ويزرعھا ماذا عليه؟  
قال : الصدقة . قلت : فان كان يعرف أصحابھا . قال : فليؤدّي إليه حقھ [الوسائل  
ج ١٧ ص ٣٢٩ ، الحديث ٣] .

١) المروز فارسی معرب بمعنى الحباس الذي يحبس الماء [اقرب الموارد

ج ٢ ص ١٢٠٠] .

٢) جمع بشر .

٣) المطحوم من طم البئر : سواها ودفنها .

٤) اذ المفروض أنها بحسب مرور الزمان وتقادم الأيام صار بلا مالك فلا  
وجه للمعاملة معه مجهول المالك .

منه بل يملكها المحيي والمعمر بنفس الاحياء والتعمير<sup>١</sup> .  
 وأما القسم الثاني فالاحوط<sup>٢</sup> الاستئذان فيه من الحاكم في  
 الاحياء ، والنقيـام بـتعـميره والتـصرف فيـه ، كـما أنـ الـاحـوط معـاملـة  
 مـجهـولـ المـالـكـ معـه ، بـأنـ يـتفـحـصـ عنـ صـاحـبـهـ وـبـعـدـ اليـأسـ يـشـتـرـىـ  
 عـينـهـاـ مـنـ حـاـكـمـ الشـرـعـ وـيـصـرـفـ ثـمـنـهـاـ عـلـىـ الفـقـراءـ ، وـأـمـاـ انـ

١) لمـادـلـ مـنـ النـصـوصـ عـلـىـ الـاجـازـةـ بـنـحـوـ الـعـومـ بـالـاضـافـةـ إـلـىـ أـرـضـ  
 الـمـوـاتـ مـطـلـقاـ ، أـعـمـ مـنـ الـأـرـضـ الـمـوـاتـ بـالـاـصـلـ أـوـ الـمـوـاتـ بـالـعـرـضـ إـلـىـ لـاـ  
 مـالـكـ لـهـاـ ، وـخـصـوـصـ مـادـلـ عـلـىـ جـواـزـ اـحـيـاءـ الـأـرـضـ الـمـوـاتـ بـالـعـرـضـ ، كـماـ فـيـ  
 الصـحـيـحـ قـالـ : سـمـعـتـ اـبـاـعـبـدـ اللـهـ عـلـيـهـ السـلـامـ يـقـولـ : أـيـمـاـ رـجـلـ أـنـىـ خـربـةـ بـائـرـةـ  
 فـاسـتـخـرـ جـهـاـ وـكـرـىـ أـنـهـارـهـاـ وـعـمـرـهـاـ فـانـ عـلـيـهـ فـيـهـاـ الصـدـقـةـ ، فـانـ كـانـتـ أـرـضـ لـرـجـلـ  
 قـبـلـهـ فـغـابـ عـنـهـاـ وـتـرـكـهـاـ فـأـخـرـبـهـاـ ثـمـ جـاءـ بـعـدـ يـطـلـبـهـاـ فـانـ الـأـرـضـ لـلـهـ وـلـمـ عـمـرـهـاـ  
 [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٨ ، الحديث ١] .

ولـذـلـكـ قـالـ الشـهـيدـ فـيـ الـلـمـعـةـ : وـلـاـ يـعـتـبـرـ فـيـ تـحـقـقـ موـتهاـ الـعـارـضـ ذـهـابـ  
 رـسـمـ الـعـمـارـةـ رـأـسـاـ ، بـلـ ضـابـطـهـ الـعـطـلـةـ وـانـ بـقـيـتـ آـثـارـ الـانـهـارـ وـنـحـوـهـاـ لـصـدـقـهـ  
 عـرـفـاـ مـعـهـاـ خـلـافـاـ اـظـاهـرـ التـذـكـرـةـ [الـلـمـعـةـ طـ جـديـدـ جـ ٧ـ صـ ١٣٤ـ] .  
 أـيـ خـلـافـاـ لـلـعـلـامـةـ فـيـ التـذـكـرـةـ حـيـثـ أـفـادـ رـحـمـهـ اللـهـانـ الـأـثـارـ قـائـمـ مـقـامـ التـحـجـيرـ  
 وـأـنـهـاـ بـمـنـزلـتـهـ .

وقـالـ صـاحـبـ الـجـواـهـرـ : كـماـ أـنـهـ لـاـ مـدـخـلـ لـبـقاءـ رسـومـ الـعـمـارـةـ وـآـثـارـ الـانـهـارـ  
 فـيـ أـيـضـاـ . وـاحـتمـالـ منـعـ بـقـاءـ الـأـثـارـ عـنـ الـأـحـيـاءـ كـالـتـحـجـيرـ ، مـدـفـوعـ بـالـنـصـ وـالـفـتـوـيـ  
 بـعـدـ خـرـمـةـ الـقـيـاسـ عـلـىـ التـحـجـيرـ الـمـقـارـنـ لـقـصـدـ الـعـمـارـةـ .  
 ٢) وـمـنـشـاـ هـذـاـ الـاحـتـيـاطـ وـالـاحـتـيـاطـ فـيـمـاـ بـعـدـ اـخـتـلـافـ الـاقـولـ وـالـنـصـوصـ

يستأجرها منه بأجرة معينة أو يقدر ما هو أجرة مثلها وانتفع بها ويتصدق بها على الفقراء، والاحوط الاستئذان منه.

في المسألة وعدم وضوح الحكم في كلمات الاصحاب .

قال الشهيد في اللمعة : ولو جرى عليه ملك مسلم معروف فهو له ولوارنه بعده كغيره من الاملاك ولا ينتقل عنه بصيرورته مواناً مطلقاً ، لاصالة بقاء الملك وخروجه يحتاج الى سبب ناقل وهو محصور وليس منه الخراب .

وقيل يملكها المحيي بعد صيرورتها مواناً ويبطل حق السابق ، لعموم : من أحيى أرضاً ميتة فهي له [ الوسائل ج ١٧ كتاب احياء الموات ، الباب ١ ] ولصحبيحة ابى خالد الكلبى عن الباقر عليه السلام قال : وجدنا في كتاب علي عليه السلام : ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمرتدين ... الى أن قال : فان تركها وأخر بها وأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها او أحياها فهو أحق بها من الذي تركها [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٣ من أبواب احياء الموات ] وقول الصادق عليه السلام : أيمما رجل أتى خربة بائرة فاستخر جها وكرى انهارها وعمرها فان عليه فيها الصدقة ، فان كانت أرضاً لرجل قبله عنها وتركها وأخر بها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله ولمن عمرها [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٣ ص ٣٣٨ ، الحديث ١ ] .

وهذا هو الاقوى ، وموضع الخلاف ما اذا كان السابق قد ملكها بالاحياء فلو كان قد ملكها بالشراء ونحوه لم يزول ملكه عنها اجماعاً على ما نقله العلامة في التذكرة عن جميع أهل العلم [ اللمعة الدمشقية ج ٧ ص ١٣٨ - ١٣٩ ] .

وفي الجواهر : وكل أرض جرى عليها ملك المسلم فمادامت عامرة فهيه له او لورثته بعده وان ترك الانتفاع بها بخلاف لاشكال ، بل في المسالك

الاجماع عليه وهو كذلك ، بل ان لم يكن لها مالك معروف كانت من مجهول المالك . بل في المسالك « وان خربت فان كان انتقالها بالقهر كالمفتوحة عنوة بالنسبة الى المسلمين او بالشراء والعطية ونحوها لم يزل ملكه عنها الجماعاً على مانقله في التذكرة عن جميع أهل العلم » .

قلت : الموجود فيما حضرني من نسخة التذكرة « لو تكن الارض التي من بلاد الاسلام معמורה في الحال ولكنها كانت قبل ذلك معמורה وجرى عليها ملك مسلم فلا يخلو اما أن يكون المالك معيناً أو غير معين ، فان كان معيناً فاما أن تنتقل اليه بالشراء أو العطية وشبها أو بالاحياء ، فان ملكها بالشراء وشبها لم تملك بالاحياء بخلاف ، قال ابن عبدالبر : أجمع الفقهاء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز احياؤه لاحد غير اربابه - الى آخره

[ الجوادر ج ٣٨ - ص ٢٠ ]

والمحصل من كلماتهم كما ترى أن الموات بالعرض لو كان لها مالك معين في الواقع اذا كان مالكيتها بالاحياء فزوالملك بالخراب فهو محل اشكال وخلاف وكذلك مالكيه المحبي من جديده بالاحياء . واما اذا كان مالكيته بالشراء ونحوه فلا يزول بالخراب ولا يصير المحبي مالكاً بالاحياء بخلاف .

ولكن مقتضى اطلاق النصوص كما عرّفت عدم الفرق بين الصورتين ، ولذلك احتاط الماتن دام ظله في المعاملة معه معاملة مجهول الملك كما هو مقتضى القاعدة كما احتاط بالاستيدان من المحاكم في الاحياء من باب أنه مجهول الملك وأمرها بيد المحاكم ، فلا يكفي فيه الاذن العام باحياء أراضي الموات لأن الظاهر منها الأرض التي لا تكون لها مالك ، وأما في المقام فله مالك ولكنه غير معين ، فحاله حال الملك الذي غاب عنه مالكه .

نعم لو علم أن مالكها قد أعرض عنها أو انجلى عنها اهلها  
وتركتوها لقوم آخرين جاز أحياها وتملكها بلاشكال<sup>١</sup> .  
(مسألة : ٣) إن كان ما طرأ عليه المخراب لمالك معلوم ، فان  
اعرض عنه مالكه كان لكل أحد أحياها وتملكه ، وان لم يعرض  
عنه فان ابقاءه موافقاً للانتفاع به في تلك الحال من جهة تعليف دوابه  
او بيع حشيشه أو قصبه ونحو ذلك ، فربما ينتفع منه موافقاً أكثر مما  
ينتفع منه محياها ، فلاشكال في أنه لا يجوز لأحد أحياها والتصرف  
فيه بدون اذن مالكه<sup>٢</sup> .

١) لأن الأعراض من الأسباب المزيلة للملكية بلاشكال ، فيصير من المباحثات  
الأولية الذي يجوز حيازتها وتملكها لجميع الناس .  
٢) وذلك من جهة انصراف نصوص زوال ملكية الأرض بالموتان عن  
هذا المورد ، بل ظهورها فيما إذا كانت الأرض متوفكة لا ينتفع بها كما هو المتصريح  
به في بعض النصوص .

ففي صحيح معاوية بن وهب : أيمارجل اتى خربة بائرة فاستخرجها  
وكرى أنها رحها وعمرها فان عليه فيها الصدقة ، فان كانت أرض لرجل قبله فغاب  
عنها وتركها فأخر بها ثم جاء بعد يطلبها فان الأرض لله ولمن عمرها [ الوسائل

ج ١٧ ص ٣٢٨ ، الحديث ١ ]

وفي صحيح الكابلاني أيضاً : فان تركها وأخر بها فأخذها رجل من المسلمين  
من بعده فعمرها وأحياها فهو أحق بها من الذي تركها [ الوسائل ج ١٧ ص  
٣٢٩ ، الحديث ٢ ]

وكذا فيما اذا كان مهتماً باحيائه عازماً عليه وانما آخر الاشتغال  
به لجمع الالات وتهيئة الاسباب المتوقعة الحصول ولا نتظر وقت  
صالح له<sup>١</sup>.

واما لو ترك تعمير الارض واصلاحها وأبقاها الى الخراب من  
جهة عدم الاعتناء بشأنها وعدم الاهتمام والالتفات الى مرمتها وعدم  
عزمها على احيائها اما لعدم حاجتها اليها او لاشتغاله بتعمير غيرها  
فبقيت مهجورة مدة معتمداً بها حتى آلت الى الخراب ، فان كان  
سبب ملك المالك غير الاحياء — مثل أنه ملکها بالارث أو الشراء —  
فليس لاحد وضم يده عليها واحياؤها والتصرف فيها الا باذن مالکها<sup>٢</sup>.

---

(١) لعدم صدق الترك في هذا المورد، فالتصوص غير شاملة لهذه الصورة،  
ومقتضى استصحاب الملكية بقاوها وعدم جواز التصرف فيها بدون اذن صاحبها.  
(٢) كما في المسالك : وان خربت فان كان انتقالها بالقهر كالمفتوحة عنوة  
بالنسبة الى المسلمين أو بالشراء والمعطية ونحوها لم يزل ملکها عنها أيضاً اجماعاً  
على ما نقله في التذكرة عن جميع أهل العلم .

وفي التذكرة: لو لم تكن الارض التي في بلاد الاسلام معמורה في الحال  
ولكنها كانت قبل ذلك معמורה جرى عليها ملك مسلم فلا يخلو اما أن يكون المالك  
معيناً أو غير معين ، فان كان معيناً فاما أن ينتقل اليه بالشراء أو المعطية وشبهها أو بالاحياء  
فان ملکها بالشراء وشبهه لم تملک بالاحياء . قال ابن عبد: أجمع العلماء على أن  
ما عرف به المالك غير منقطع أنه لا يجوز احياؤه لاحد غير أربابه . وان  
ملکها بالاحياء ثم ترکها حتى دثرت وعادت موائماً فعنده بعض علمائنا وبه قال الشافعي

ولو احياناً احد وتصرف فيها وانتفع بها بزرع او غيره فعليه اجرتها لمالكها <sup>١</sup> . وان كان سبب ملكه الاحياء بأن كانت ارضاً موافقةً بالاصل فأحياناً وملكها ثم بعد ذلك عطلها وترك تعميرها حتى آلت الى الخراب فجوز احياءها الغير بعضهم ، وهو في غاية الاشكال <sup>٢</sup> بل عدمه لا يخلو من قوة <sup>٣</sup> .

واحمد أنه كالاول لا يصح لاحد احياه ولا يملك بالاحياء والعماره بل يكون للملك أو لورثته ، لقوله عليه السلام : من أحبني أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهو أحق بها ولأنها ارض يعرف مالكها فلم تملك بالاحياء كانت ملكت بشراء أو بعطيه [ تذكرة الفقهاء ج ٢ ص ٤٠١ ] .

١) كما هو مقتضى قوله بباب الضمان في الاموال ، وتفصيله رواية سليمان ابن خالد عن الصادق عليه السلام قال : سأله عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها وبزرعها ماذا عليه . قال : الصدقة (الزكاة) قلت : فإن كان يعرف أصحابها . قال : فليؤدِّيَهُ حقه [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٩ ] .

٢) لما عرفت من التذكرة من الاختلاف في ذلك بحسب الفتوى وكذلك النصوص ، لأن المستفاد من رواية سليمان بن خالد المتقدمة بقاء الملك ومقتضى صحيححة معاوية بن وهب المتقدمة زوال الملك .

٣) لأن مقتضى الاصل بقاء الملك بعد تعارض النصوص في الدلالة على زوال الملك بالموتان في مورد يكون لها مالكاً معيناً بالاحياء . كما في الجواهر : وعلى كل حال فإن ماتت بعد أن كانت معمورة في يد مالكها وعلم أن ملكه لها بالاحياء فضلاً عنمن لم يعلم وهو أو وارثه معلوم ،

( مسألة : ٤ ) كما يجوز احياء القرى الدارسة والبلاد القديمة  
التي بادا هنها وصارت بلا مالك يجعلها مزرعاً أو مسكنأً أو غيرهما<sup>١</sup> ،  
كذا يجوز حيازة اجزائها الباقية من احجارها واخشابها وآجرها  
وغيرها ، ويملكها الحائز اذا أخذها بقصد التملك<sup>٢</sup> .

---

فالمحكى عن المبسوط والمذهب والسرائر والجامع والتحرير والمدروس  
وجامع المقاصد أنها باقية على ملكه أو ملك وارثه ، بل قيل : انه لم يعرف  
الخلاف في ذلك قبل الفاضل في التذكرة فانه حكم نحو ملك ملك المحبى  
الثانى ثم قال : لا بأس بهذا القول عندى [ الجوادر ج ٣٨ ص ٢١ ] .

١) وذلك للعمومات الدالة على ذلك ، مثل صحيحه معاوية بن وهب :  
سمعت ابا عبد الله السلام يقول : أينما رجل أتى خربة بأئرة فاستخر جها وكرى  
أنهارها وعمرها فان عليه الصدقه ، فان كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركتها  
فأخربها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله ولمن عمرها [ الوسائل ج ١٧ الباب  
٣ من كتاب احياء الموات ، الحديث ٢ ] .

٢) لأن مقتضى صيروتها بلا مالك أن يجوز حيازته لكل أحد ويملكها  
الحاiz بمقتضى مادل على أن من حاز ملكه كما ورد عن السكوني عن ابي عبد الله  
عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام قال في رجل أبصر طيراً فتبعده حتى  
وقع على شجرة فجاءه رجل فأخذته . فقال امير المؤمنين : للعين مارات ولليد ما  
أخذت [ الوسائل ج ١٦ ص ٢٤٦ ، الحديث ١ ] .

وفي رواية زراة عن ابي عبد الله عليه السلام قال : اذا ملك الطائر جناحه  
 فهو لمن أخذه [ الوسائل ج ١٦ ص ٢٤٥ ، الحديث ١ ] .

وفي رواية ابي نصر قال : سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل

( مسألة : ٥ ) لو كانت الأرض موقوفة وطرأ عليها الموتى  
والخراب فان كانت من الموقوفات القديمة الدارسة التي لم يعلم  
كيفية وقفها وانها خاص او عام او وقف على الجهات ولم يعلم من  
الاستفاضة والشهرة غير كونها وقفاً على أقوام ما ضيئن لم يبق منهم  
اسم ولا رسم أو قبيلة لم يعرف منهم الا الاسم فالظاهر انها من الانفال<sup>١)</sup>  
فيجوز احياؤها .

يصيد الطير يساوي دراهم كثيرة وهو مستوى الجناحين فيعرف صاحبه أو يجيئه  
فيطلب منه لا يتهمه ، فقال : لا يحل له امساكه بردہ عليه . فقلت له : فان صار  
ما هو مالك لجناحيه لا يعرف له طالباً . قال : هو له [ الوسائل ج ١٦ ص ٢٤٤ ]  
ال الحديث ١ ] وهكذا سائر الاحاديث الدالة على أن المحيازة سبب للملك .  
(١) لأن الأرض الموات سواء أملكت ثم باد أهلها أم لم يجر عليها ملك  
مالك من الانفال بلا خلاف ظاهر ، بل عن جماعة كثيرة دعوى الأجماع عليه .  
والنصوص الدالة عليه كثيرة جداً على اختلاف بينها في ذلك ، فقد أطلق في  
بعضها : كون الأرض الخربة أو الميتة من الانفال ، وقيد في آخر : ببؤاد  
الأهل أو جلائلهم .

والظاهر من التقييد المذكور - كما اعترف به غير واحد - ارادة الاحتراز  
عن الميتة التي لها مالك معروف ، فانها ليست من الانفال بل هي لمالكيها ،  
والظاهر أنه مما لا شکال فيه ، وعن العلامة في التذكرة الأجماع عليه .  
كما في رواية أبي بصير المروية عن المقنعة : لنا الانفال . قلت : وما  
الانفال ؟ قال : منها المعادن والاجام ، وكل ارض لارب لها وكل ارض باد  
أهلها فهو لنا .

كما اذا كان الموات المسبوق بالملك على هذا الحال<sup>١</sup> ، وان علم انها وقف على الجهات ولم تتعين بأن علم انها وقف اما على مسجد او مشهد او مقبرة او مدرسة او غيرها ولم يعلمها بعينها او علم انها وقف على اشخاص لم يعرفهم بأشخاصهم واعيانهم - كما اذا علم ان مالكها قد وقفها على ذريته ولم يعلم من الواقف ومن الذرية - فالظاهر ان ذلك بحكم الموات المجهول المالك الذي نسب الى المشهور القول بأنه من الانفال<sup>٢</sup>

وفي رواية اسحاق بن عمار المروية عن تفسير عايى بن ابراهيم بعد ان سأله عن الانفال ، فقال : « هي القرى التي قد خربت وانجلت أهلها فهى لله وللنرسول « ص » ، وما كان للملوك فهو للأمام عليه السلام ، وما كان من الأرض المخربة لم يوجد عليه بخيل ولا ركاب ، وكل ارض لارب لها [ الاوسائل الباب من أبواب الانفال ج ٢٨ ص ٢٠ ] .

ومقتضى هاتين الروايتين أن الأرض الموات التي لا مالك لها من الانفال ويلمكها المحيي بالاحياء مطلقاً .

١) لما عرفت من وحدة الملك في كونه من الاموات ومن الانفال .

٢) وعن المحقق في الشرائع : وكل أرض جرى عليها ملك مسلم فهي له ولورثته بعده وان لم يكن لها مالك معروف فهي للأمام .

وفي الجوادر : اجماعاً محكياً عن ظاهر المسنائر والذكرة وجامع المقاصد وصريح المفاتيح في الثاني والخلاف في الاول [ الجوادر ج ٣٨ ص ٢٧ ] .

وقد مررنا فيه من الاشكال <sup>١</sup> بل القول به هنا اشكلاً <sup>٢</sup> .  
والاحوط الاستئذان من المحاكم لمن اراد احياءها وتعميرها والانتفاع  
بها بزرع او غيره <sup>٣</sup> ، وان يصرف اجرة مثلها في الاول في وجوه  
البروفى الثانى على الفقراء <sup>٤</sup> ، بل الاحوط خصوصاً في الاول

---

١) وهو في قوله دام ظله في المسألة الثالثة : وان كان سبب ملكه الاحياء  
بأن كانت ارضاً مواتاً بالاصل فأحياتها وملكيتها ثم بعد ذلك عطلتها وترك تعميرها  
حتى آلت الى الخراب فجوز احياؤها لغيره بعضهم ، وهو في غاية الاشكال  
بل عدمه لا يخلو عن قوة .

والوجه فيه ما تقدم من أن الاصل بعد تعارض النصوص يقتضى بقاء  
الملكية السابقة .

٢) وذلك لذهب جمع من الاساطين الى زوال الملك بعرض الموتان ،  
وقد دلت عليه النصوص المعتبرة ، وأما زوال الوقفية بالموتان فلم يكن عليه  
نص ولم يتعرض اليه الفقهاء ، ومقتضى الاصل بقاء الوقفية فيكون القول با انه  
من الانفال في هذه الصورة أشكلاً .

٣) وذلك لاحتمال كونه من الانفال كما ذهب اليه المشهور في الارض  
الموات بالعرض اذا لم يكن لها مالك معروف ، والمفترض أنه لو لم نقل بأنها  
من الانفال ويكون للامام فلا أقل من أن أمره بيد المحاكم بعد عدم معروفة  
الواقف والمحروم عليه ومتروكية الارض الى أن آلت الى الخراب ، فيكون  
الحاكم ولبي ما لا ولبي له .

٤) لأن وجوه البر بعد عدم معرفة جهة الوقف أقرب شيء الى نظر الواقف  
في الصورة الاولى ، وأما في الصورة الثانية حيث أنها وقف على اشخاص لانعلم

## مراجعة حاكم الشرع<sup>١</sup> .

وأما لو طرأ الموتان على الوقف الذي علم مصرفه أو الموقوف عليهم فلا ينبغي الاشكال في انه لواحية أحد وعمره وجب عليه صرف منفعته في مصرفه المعلوم في الاول ودفعها وایصالها إلى الموقوف عليهم المعلومين في الثاني<sup>٢</sup> وان كان المتولى أو الموقوف عليهم

بعينها فيكون من قبيل مجهول المالك والقراء هم المصرف في مال المجهول المالك كما في الجوادر في بحث المقطة « وعلى كل حال فان جاء صاحبها دفعها إليه والتصدق بها او استبقها امانة وايس له تملكها بالخلاف اجده في الاخير الاما سمعته من المحكى عن التقى الذي تقدم الاجماع من الفاضل على خلافه [الجوادر ج ٣٨ ص ٢٩٠]

١) لأن ولاية أمر الوقف بيد المحاكم ، خصوصاً إذا كان المحتمل أنه من الانفال التي لا يجوز التصرف فيها من دون إذن الامام عليه السلام .

٢) وذلك بعد المفروغية عن عدم زوال الوقفية بالموتان بمقتضى الأصل بعد عدم دليل يعتبر على زواله ، فحيثند حيث أن المصرف في الاول والموقوف عليهم في الثاني معلوم فلا وجه للعدول إلى مطلق وجوه البر في الاول والصرف على القراء في الصورة الثانية ، بل بمقتضى اطلاق دليل الوقف على ما يوقفها أهلها لا بد من صرف المنفعة في جهة الوقف في الاول والموقوف عليهم في الثاني .

بل مع معلومية الموقف عليهم لا يكون من قبيل المال المجهول المالك لأن المصرف أو المالك لها معلوم فلامورد للصدقة على القراء .

تاركين اصلاحه و تعميره الى ان آل الى المخراب<sup>١٤</sup>.

لكن ليس لأحد الأحياء والتصريف فيه مع وجود المأمور المعلوم  
الباذنه<sup>(٣)</sup> أو الاستئذان من المحاكم مع عدمه في الأول<sup>(٤)</sup>، ومن  
المأمور الموقوف عليهم أن كان خاصاً<sup>(٥)</sup> أو المحاكم أن كان عاماً  
في الثاني<sup>(٦)</sup>.

١) لأن ترك المتهول أو الموقوف عليهم لا يوجب زوال الوقفية ، بل لا بد من العمل بالوقف بمقتضى اطلاق دليله .

٢) لعدم زوال ولاية المأمور بترك الوقف الى أن صار موائماً وعدم زوال  
الواقفية ، فلا بد من اجازة المأمور في ذلك بمقتضى اطلاق دليل ولاية المأمور  
علي الموقوفة .

(٣) لان الحاكم ولی مالا ولی له ، فمع عدم المتولي يكون أمر الوقف  
بيد الحاكم ، وهو المتولي العام على جميع الاموال والامور التي ليس لها  
ولی خاص شرعاً من باب الولاية العامة الثابتة على الاموال والانفس للنبي «ص»  
والاثمة من بعده .

٤) لان الموقوف عليهم ذي حق على المال الموقوف بعد عدم زوال الوقية  
كما هو المفروض ، ولابد أن يراعى مصلحتهم ، فمع عدم الاذن من المتولى  
لعدمه فلا بد من الاجازة من الموقوف عليهم حتى لا يكون الاحياء تصرفاً فـي  
متعلق حق الغير بدون اذن صاحب الحق ، وذلك للمنافاة بين كـون الارض  
متعلقة لحق الغير وبين كـونها مطالقة من حيث جواز التصرف فيها ، لانه موجب  
لتقويت حق الغير فلا بد من الاجازة رعاية للحق .

٥) وذلك لعدم امكان الاذن من الموقوف عليهم اذا كان عاماً ، فلا بد من

(مسألة : ٦) اذا كان الموات بالاصل حريمأً لعامر مملوك لا يجوز لغير مالكه احياءه وان احياء لم يملكه <sup>١١</sup>.

الاذن عن المحاكم للولاية العامة الثابتة له نيابة عن الامام عليه السلام .

١) لأن من الشروط الخمسة للاحياه أن يكون حريمأً . وفي الجوادر : الشرط الثاني أن لا يكون الموات حريمأً لعامر بستان أو دار أو قرية أو بلد أو مزرع او غير ذلك مما يتوقف الانتفاع بالعامر عليه كالطريق والشرب وحرير البئر والحائط ، بالخلاف أجده كما اعترف به غير واحد ، بل في التذكرة «لانعلم خلافاً بين علماء الامصار أن كل ما يتعلق بمصالح العامر كالطريق والشرب ومسيل ماء العامر ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته ، أو لمصالح القرية كقناتها ومراعي ما شيتها ومحظتها ومسيل مياهها لا يصح لاحدا احياءه ولا يملك بالاحياء ، وكذا حريم الابار والانهار والحائط وكل مملوك لا يجوز احياء ما يتعلق بمصالحة لمفهوم المرسل المزبور [ سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٢ ] . ولأنه لوجاز احياءه أبطل الملك في العامر على أهله ، وهذا مما لا خلاف فيه » بل عن جامع المقاصد الاجماع عليه ، وهو الحجة بعد قاعدة الصدر والمرسل المزبور [ الجوادر ج ٣٨ ص ٣٤ ] .

ويدل عليه صحيح احمد بن عبد الله : سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يكون له الضياعة ويكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلاً وأقل وأكثر يأتيه الرجل فيقول له : أعطني من مراعي ضياعك وأعطيك كذا وكذا درهماً . فقال : اذا كانت الضياعة له فلا بأس [ الكافي ج ٥ ص ٢٧٦ ] . ومثل هذه الرواية خبر ادريس بن زيد أو صحيحه عن ابو الحسن عليه السلام قال : سأله وقلت : جعلت فداك ان لنا ضياعاً ولها حدود وفيها

مراعي وللرجل منـا غنم وابل ويحتاج الى تلك المراعي لابله وغنه أى حل له  
أن يحمى المراعي لحاجةـه اليـها ؟ فقال : اذا كانت الارض أرضـه فلهـأن يحمـي  
ويصـير ذلك الى ما يـحتاج اليـه . قال : وقلـت لهـ الرجل يـبيع المراعـي . فقال :  
اذا كانت الارض أرضـه فلا بـأس [ الكافـي ج ٥ ص ٢٧٦ ]

ثم لا يـخفـى أنـ المحرـمـ بمقدارـ يـتوقفـ الـانتـفاعـ بالـعـامـرـ عـلـيـهـ عـرـفـاـ مـمـالـاـ كـلامـ  
فيـهـ لـانـهـ مـنـ حـقـوقـ مـالـكـ العـامـرـ عـرـفـاـ وـلـمـ يـرـدـعـ عـنـهـ الشـارـعـ ، وـبـعـدـ وـضـوـحـ ذـلـكـ  
لـأـمـجـالـ لـلـتـمـسـكـ بـاطـلـاقـ أـدـلـةـ جـواـزـ اـحـيـاءـ الـمـوـاتـ ، لـانـهـ قـاصـرـ عـنـ شـمـولـ  
الـمـوـارـدـ التـيـ يـتـعـلـقـ بـهـ حـقـ الغـيـرـ ، كـمـاـ يـجـوزـ اـحـيـاءـ الـمـوـاتـ التـيـ تـحـقـقـ التـحـجـيرـ  
فـيـهـ أـوـ الـمـوـاتـ التـيـ كـانـتـ مـحـيـاةـ بـاـحـيـاءـ الـمـسـلـمـ ثـمـ خـرـيـتـ مـنـ دـوـنـ اـهـمـالـ مـعـ  
كـونـ مـالـكـهـ فـيـ صـدـدـ تـعـمـيـرـهـ لـتـعـلـقـ حـقـ الغـيـرـ بـهـ .

بـلـ رـبـماـ يـظـهـرـ مـنـ الرـوـاـيـتـيـنـ الـمـتـقـدـمـيـنـ الـمـلـكـيـةـ بـنـاءـاـ عـلـىـ اـرـادـةـ الـبـيعـ  
وـنـحـوـهـ مـنـ الـاعـطـاءـ فـيـهـاـ كـمـاـ عـنـ الشـيـخـ وـابـنـ الـبـرـاجـ وـحـمـزـةـ وـادـرـيـسـ وـسـعـيدـ  
وـالـفـاضـلـ وـوـلـدـهـ وـغـيـرـهـ ، بـلـ فـيـ الـمـسـالـكـ اـذـهـ الاـشـهـرـ .

مـضـافـاـاـلـىـ أـنـهـ مـكـانـ اـسـتـحـقـهـ بـالـاحـيـاءـ فـمـلـكـ كـالـمحـبـيـ ، وـلـانـ مـعـنـىـ الـمـلـكـ مـوـجـودـ  
فـيـهـ ، لـدـخـولـهـ مـعـ الـمـعـمـورـ فـيـ بـيـعـهـ ، وـلـيـسـ لـغـيـرـهـ اـحـيـاؤـهـ وـلـاـ التـصـرـفـ فـيـهـ بـغـيـرـ  
اـذـنـ الـمحـبـيـ ، وـلـانـ الشـفـعـةـ تـبـثـتـ فـيـ الدـارـ بـالـشـرـكـةـ فـيـ الطـرـيقـ الـمـشـترـكـ الـمـصـرـحـ  
فـيـ النـصـوصـ الـمـذـبـورـةـ بـيـعـهـ مـعـهـ ، وـلـامـ كـانـ دـعـوـيـ كـوـنـهـ مـحـبـيـاـ باـعـتـيـارـ أـنـ اـحـيـاءـ  
كـلـ شـئـ بـحـسـبـ حـالـهـ .

اـلـاـ أـنـ يـقـالـ : بـأـنـ صـدـقـ الـبـيعـ لـيـلـازـمـ الـمـلـكـيـةـ كـصـدـقـهـ عـلـىـ بـيـعـ حـقـ التـحـجـيرـ  
وـحـقـ الـسـرـقـفـلـيـ ، كـمـاـ أـنـ مـجـرـدـ التـبـعـيـةـ وـدـخـولـهـ مـعـ الـمـعـمـورـ فـيـ بـيـعـهـ أـوـ عـدـمـ

وتوسيع ذلك: ان من أحياء مواطن الأحداث شيء من دار او بستان او مزرع او غيرها تبع ذلك الشيء الذي أحدثه مقدار من الأرض الموات القرية من ذلك الشيء الحادث مما يحتاج إليه ل تمام الارتفاع به ويتعلق بمصالحه عادة ، ويسمى ذلك المقدار التابع حريراً لذلك المتبع . ويختلف مقدار الحرير زيادة ونقيصة باختلاف ذي الحرير ، وذلك من جهة تفاوت الأشياء في المصالح والمرافق المحتاج إليها ، فيما يحتاج إليه الدار من المرافق بحسب العادة غير ما يحتاج إليه البئر والنهر مثلاً . وهكذا باقي الأشياء<sup>١١</sup> .

---

جواز احيائه لغيره بدون اذن المحبى لا يلزم الملكية ، لصحة الامور المذكورة مع كونه حقاً أيضاً .

كما أن ثبت حق الشفعة في الطريق المشتركة لا يلزم الملكية ، لأن دليل حق الشفعة كقوله عليه السلام «الشفعة الا شريك غير مقاسم» [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦] مطلق ولا يختص مورد الملك فياتي في الحقوق المشتركة أيضاً .

(١) وعليه فما ورد في حرير الدار بأنه خمسة أذرع أو سبعة حكم سلطاني بحسب اقتضاء المورد فلا استمرار له وليس حكماً تعبدياً مستمراً كما تشهد له نفس اختلاف الروايات في التحديد . ويقرب مما ذكر ماعن جامع المقاصد والمالك من حمل اختلاف الروايات على اختلاف الطرق .

وأما القول بأنه احداث قول ثالث . ففيه ما لا يخفى ، اذ الاجماع في المقام محتمل المدركيه ، فلا يكون كائناً . ويظهر ذلك من ملاحظة الروايات : (منها) ما رواه الشيخ سند موثق عن حماد عن أبي العباس البقياق عن أبي عبدالله

عليه السلام قال : اذا تشاھ قوم في طریق فـ قال بعضهم سبع اذرع وقال بعضهم  
أربع اذرع . فقال ابو عبد الله عليه السلام : بـل خمس اذرع [ التهذیب ج ٢  
ص ١٣٠ ] .

( ومنها ) مارواه في الكافي عن عدة من أصحابنا عن ابى عبد الله عليه السلام  
قال : قال رسول الله « ص » : ما بين بـئر المعطـن أربعون ذراعاً ، وما بين بـئر  
الناضـح ستون ذراعاً ، وما بين العين الى العين خمسـمائة ذراع ، والطـریق اذا  
تشاھ عليه أهله فـحدـه سـبـعة اـذـرع [ الكافـي ج ٥ ص ٢٩٥ ] .  
( ومنها ) مارواه أيضاً في الكافي عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن النوفـلي  
عن السـکـونـي عن ابـى عبدـالـلهـ عـلـيـهـ الـسـلـامـ انـ رسـولـ اللهـ « صـ » قالـ : ماـ بـيـنـ بـئـرـ المـعـطـنـ  
إـلـىـ بـئـرـ الـنـاضـحـ أـرـبـاعـونـ ذـرـاعـاـ ، وـماـ بـيـنـ بـئـرـ الـنـاضـحـ إـلـىـ بـئـرـ الـنـاضـحـ ستـوـنـ ذـرـاعـاـ  
وـماـ بـيـنـ الـعـيـنـ إـلـىـ الـعـيـنـ يـعـنـيـ الـقـنـاءـ خـمـسـمـائـةـ ذـرـاعـ ، وـالـطـرـيـقـ يـتـشـاـھـ عـلـيـهـ  
أـهـلـهـ فـحدـهـ سـبـعةـ اـذـرعـ [ الكافـيـ جـ ٥ـ صـ ٢٩٦ـ ] .

وهـذـهـ الرـوـاـيـاتـ كـمـاتـرـىـ ظـاهـرـةـ فـيـ أـنـ تـعـيـيـنـ الـحـدـانـمـاـيـكـوـنـ فـيـ مـوـرـدـالـنـزـاعـ  
وـأـمـاـ مـعـ دـمـ النـزـاعـ فـلـاـ يـحـتـاجـ إـلـىـ تـعـيـيـنـ الـحـدـ أـوـ لـاـ يـمـكـنـ تـعـيـيـنـ الـحـدـ عـلـىـ نـحـوـ  
الـضـابـطـةـ الـكـلـيـةـ ، لـاـ خـتـلـافـ الـبـلـادـ وـالـعـادـاتـ وـكـيـفـيـاتـ الـمـعـيشـاتـ ، فـهـوـ أـمـرـ مـحـولـ  
إـلـىـ الـعـرـفـ وـالـعـادـةـ ، وـلـذـلـكـ جـعـلـ الـحـدـ مـتـفـرـعاـ إـلـىـ وـقـوـعـ الـنـزـاعـ ، فـلـاـ يـمـكـنـ  
إـلـىـ التـعـدـيـ إـلـىـ غـيـرـ مـوـرـدـ الـنـزـاعـ كـمـاـ هـوـ الـمـتـفـاهـمـ الـعـرـفـيـ مـنـ النـصـوصـ الـتـىـ تـقـدـمـ  
مـنـهـاـ .

( ومنها ) مارواه الشـیـخـ أـيـضاـ فيـ التـهـذـیـبـ : وـالـطـرـیـقـ اـذـھـاـھـ عـلـيـهـ أـهـلـهـ  
فـحدـهـ سـبـعةـ اـذـرعـ [ التـهـذـیـبـ جـ ٧ـ صـ ١٤٥ـ ] .

بل يختلف ذلك باختلاف البلاد والعادات ايضاً فإذا أراد شخص  
احياء حوالى ماله الحرير لا يجوز له احياء مقدار الحرير بدون اذن  
المالك ورضاه ، وان احياء لم يملكه وكان غاصباً<sup>١</sup> .

(مسألة : ٧) حرير الدار مطرح ترابها وكناستها ورمادها  
ومصب مائها ومطرح ثلوجها ومسلك الدخول والخروج منها فى  
الصوب الذى يفتح اليه الياب ، فلو بنى داراً فى ارض موات تبعه  
هذا المقدار من الموات من حواليها ، فليس لاحد أن يحبى هذا  
المقدار بدون رضا صاحب الدار<sup>٢</sup> .

---

(ومنها ) النبوى : اذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبع اذرع .

١) وذلك لأن الحرير أعم من أن يكون مملوكاً أو متعلقاً لحق المالك ذي  
الحرير ، فله نحو اختصاص واضافة إلى المالك . وأدلة الاحياء منصرفة عن  
الحرير ، بل لا يصدق على الحرير الموات ، لأن الانتفاعات المترتبة عليه مانعة  
عن صدق الموات عليه ، حيث أن الموات هو الأرض التي لا ينتفع بها .

٢) وعن المحقق في الشرائع «وقيل للدار مقدار مطرح ترابها ومصب  
مائها ومسلك الدخول والخروج » .

وفي الجوادر: ان ظاهر نسبة المصنف الى القيل التردد فيه ، بل في المسالك  
وغيره عن بعضهم التصريح بعدم حرير لها وإن كان لم تتحققه لاحد مما وإنما هو  
بعض الشافعية ، ولعل وجده عدم الدليل عليه ، بل فعل الناس فيسائر البلدان  
على خلافه لاستبعاد اتفاق احيائهم دفعه .

ثم أورد على الترديد بقوله : وفيه أولاً أن مثله جار في الحائط الذي اعترف

وليس المراد من استحقاق الممrfى قبلة الباب استحقاقه على الاستقامة وعلى امتداد الموات . بل المراد ان يبقى مسلك له يدخل ويخرج الى الخارج بنفسه وعياله واشيائه وما تعلق به من دوابه واحماله وانقاله بدون مشقة بأى نحو كان فيجوز لغيره احياء ما في قبلة الباب من الموات اذا بقى له الممرولو بانعطاف وانحراف<sup>(1)</sup>

بثبت الحريم له، وثانياً بعدم معلومية حال الواقع في البلدان الجاري في الحيطان من التراخي أو الاحياء دفعة أو غير ذلك . ثم قال : فالمنتج هو ثبوت الحريم لها الذي يرجع في أصل ثبوته ومقداره الى العرف ولو بمراعاة قاعدة نفي الضرر فلا يحتاج الى خاص [الجواهر ج ٣٨ ص ٤٦] .

ولكن الذي يمكن أن يقال : بأن ثبوت هذا المقدار من الحرية أمر عقلائي عرفي ، وعليه بناء العقلاء ولا يحتاج اثنانه الى التمسك بقاعدة لا يضرر كما أشار إليه صاحب الجوهر .

وأما لزوم رعاية الحرير لتلك الامور من جميع النواحي فمبني على بناء العرف والعادة ولم يرد عليه دليل خاص ، والمحتاج اليه للدار عند العرف مختلف باختلاف القرى والأهصار ، فالحكم باستثناء المقدار من جميع النواحي في جميع البلاد مشكل . والماقى دام ظله أيضاً لم يرد ذلك كلياً كمماصرح في الفرع السابق باختلاف الحرير بحسب اختلاف البلاد والعادات .

١) كما في المسالك : والمراد بمسلك الدخول والخروج فـ ي الصوب الذي يفتح فيه الباب ، لا بمعنى امتداد الممر في قبالة الباب على امتداد الموات بل ايصاله الى الطريق السالك ولو بازورار وانعطاف لان الحاجة تمس الى

وحرىم الحائط لو لم يكن جزء من الدار بأن كان مثلاً جدار حصار أو بستان أو غير ذلك مقدار ما يحتاج إليه لطرح التراب والآلات وبل الطين لو انتقض وأحتاج إلى البناء والترميم<sup>١</sup>.

وحرىم النهر مقدار مطرح طينه وترابه إذا احتاج إلى التنقية والمجاز على حافتيه للمواظبة عليه ولاصلاحه على قدر ما يحتاج

ذلك.

وفي جامع المقاصد : ليس المراد من استحقاق الممر في صوب الباب في قبالة الباب على امتداد الموات ، بل يجوز لغيره احياؤها في قبالة الباب إذا أبقى له الممر ، فإن احتاج إلى ازورار وانعطاف جاز ، لأن الحاجة تمس إلى ذلك . ذكره في التذكرة لكن ينبغي تقييده بما إذا لم يحصل ضرر كثير عادة لاستدعائه افراط طول الطريق ونحوه .

والظاهر أن هذا الاستحقاق ليس له ضابطة كلية ، بل أمره بيد العرف والمادة والاعصار والأمطار والبلاد مختلفة في ذلك فلابد من مراجعة كل إلى عرف محله لعدم نص له في المقام .

١) كما عن الشرائع « وحرىم الحائط في المباح مقدار مطرح ترابه نظراً إلى امساس الحاجة إليه لو استهدم » .

وذلك لبناء العقلاء عليه نظراً إلى احساس الحاجة إليه في مطرح ترابه وآلاته والطين والجص وغيرها . وقيد الحائط بما إذا لم يكن جزءاً من الدار بأن كان مثل جدار حصار أو بستان أو غير ذلك في المتن ، لعله لأن الحائط الذي كان جزءاً من الدار حرىمه حرىم الدار لاحرىم الحائط .

الىه<sup>١</sup> ، وحريم البئر ما تحتها لاجل السقى منها والانتفاع  
بها من الموضع الذى يقف فيه النازح<sup>٢</sup> ان كان الاستقاء منها باليد.

(١) في الشرائع « وحريم الشرب (والمراد به هنا النهر والقناء وزحومها)  
بمقدار مطرح ترابه والمجاز على حافتيه » وذلك لامر من أن ما يتعلق بمصالح  
العامر لمالكه ، ويؤيد هذه مرفوع علي بن ابراهيم : « حريم النهر حافتاه وما يليها »  
[ الكافي ج ٥ ص ٢٩٦ ].

(٢) لأن هذا المقدار هو الذي يخرج من الأرض بحسب العادة ، لأن المقدار  
المذكور حريمها عرفاً .

وفي المسالك: وبسبب اختلاف الروايات وعدم صحتها جعل بعضهم حريم  
النهر ما يحتاج اليه في السقي منها ، وموضع وقوف الناضح والدولاب وتردد  
البهائم ومصب الماء والموضع الذي يجتمع فيه سقى الماشية والزرع من حوض  
وغيره والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العادة » .

والروايات كما قال صاحب المسالك مختلفة ، ففي بعضها جعل الحد أربعون  
ذراعاً للمعطن وهي التي يستنقى منها لشرب الأبل وستون ذراعاً للناضح وهي  
التي يستنقى عليه للزرع وغيره كمعتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام  
قال رسول الله « ص » : ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعاً ، وما  
بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون ذراعاً . الحديث [ الكافي ج ٥ ص ٢٩٦ ،  
الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٩ ] .

وعن قرب الاسناد أنه روى مثل ذلك الا أنه زاد « وحريم البئر المحدثة  
خمسة وعشرون ذراعاً » [ الوسائل ، الباب ١١ من كتاب احياء الموات ،  
الحديث ٩ ] .

وموضع الدواب ومتعدد البهيمة ان كان الاستقاء بهما ومصب الماء، والموضع الذي يجتمع فيه لسقى الماشية أو الزرع من حوض ونحوه ، والموضع الذي فيه ما يخرج منها من الطين وغيره لواافق

وفي الفقيه : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله أن البئر حريمها أربعون ذراعاً لا يحفر إلى جنبها بئر أخرى لمعطن أو غنم [ الوسائل ، الباب ١١ من كتاب أحياء الموات ، الحديث ٧ ] .

وفي صحيح حماد بن عثمان المروي فسي الكافي : سمعت الصادق عليه السلام يقول : حريم البئر العادية أربعون ذراعاً حولها . قال : وفي رواية أخرى خمسون ذراعاً ، الا أن يكون إلى عطن أو إلى الطريق فيكون أقل من ذلك إلى خمسة وعشرين ذراعاً [ الكافي ج ٥ ص ٢٩٦ ، الوسائل ج ١٧ الباب ١١ من كتاب أحياء الموات ، الحديث ٢ ] .

الا أن الاختلاف في الروايات راجع لامر حفر البئر من دون أن يكون حريراً للحياء كما هو مورد الكلام .

ويظهر ذلك من التأمل في التعبيرات الواردة في الروايات ، كقوله عليه السلام في رواية السكوني : ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن وما بين بئر الماضح إلى بئر الناضح ، وهكذا ظاهر مرسلة الصدوق بل صريحة حيث قال صلى الله عليه وآله : ان البئر حريمها أربعون ذراعاً لا يحفر إلى جنبها بئر أخرى لمعطн أو غنم .

وأما خبر عبدالله بن مقل عن النبي صلى الله عليه وآله : من احتفر بئراً فله أربعون ذراعاً حولها لمعتن ما شئت . فليس بحججة ، ودعوى انجباره بعمل الأصحاب كما ترى لاحتمال استنادهم إلى غيره .

الاحتياج اليه وحرىم العين ماتحتاج اليه لاجل الانتفاع بها او اصلاحها  
وحفظها على قياس غيرها<sup>١</sup>.

(مسألة : ٨) لكل من البشر والعين والقناة اعني بشرها الاخيرة  
التي هي منبع الماء ويقال لها : بشر العين وأم الابار وكذا غيرها اذا  
كان منشأ للماء حرىم آخر بمعنى آخر<sup>٢</sup> ، وهو المقدار الذي ليس  
لاحدان يجده بشرآ او قناة أخرى فيما دون ذلك المقدار بدون اذن  
صاحبها ، بل الا هو ط لاحظ الحرىم كذلك بين القناتين مطلقاً<sup>٣</sup>

---

١) لأن ذلك كلها من الامور التي لابد منها لمصالحة البشر ، فيكون هذا  
المقدار خارجاً عرفاً عن أرض الموات القابلة للاحياه بحسب اطلاقات النصوص  
كما عرفت من المسالك : من أنه جعل بعضهم حرىم البشر ما يحتاج اليه فـي  
السقي منها وموضع وقوف الناضح والدولاب وتردد البهائم ومصب الماء ،  
والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض وغيره ، والموضع  
الذي يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العادة .

٢) وتوضيح ذلك كما ذكرنا في المسألة السابقة أن الحرىم قد يلاحظ من  
جهة الاحياء وقد يلاحظ بلاحظ حفر بشر أخرى جنبه ، والحرىم بلاحظ الاحياء  
هو ما تقدم بيانه في ذيل المسألة السابقة .

وأما الحرىم بلاحظ حفر بشر أخرى فهو في البشر أربعون ذراعاً اذا كان حفرها  
لاجل استقاء الماشية من الابل ونحوه ، ويدل عليه مasisياتي من الروايات .  
٣) أي وان كان بلاحظ سائر الابار لاطلاق الدليل أو من جهة صدق البشر  
عليه وان لم يكن من أم الابار .

وأن كان الجواز في غير ما ذكر أشبهه<sup>١٠</sup>.

وهو في البئر اربعون ذراعاً اذا كان حفراً لاجل استقاء الماشية

من الابل منها وستون ذراعاً اذا كان لاجل الزرع وغيره<sup>(٢)</sup>.

١) لأن المتفاهم العرفي من النصوص أن اعتبار الحريم بهذا النحو لا يكون  
أمراً تعبدياً ، بل لاجل أن لا يوجب حفر البئر أو إقناة ضرراً على القناة الأولى  
ولذا لو فرض أن الثانية تضر بال الأولى وتنقص ماؤها مع الفصل المذكور في  
الروايات كان القول بعدم جواز حفرها قوياً ، كما أنه لو فرض أن الثانية لا تضر  
بال الأولى فيما دون البعد المذكور كان القول بجوازه غير بعيد .

وتدل عليه صحيحه محمد بن الحسين قال : كتبت الى ابى محمد عليه السلام : رجل كانت له قناة في قرية فأراد رجل أن يحفر قناة أخرى على قربه (قرية) له كم يكون بينهما في البعد حتى لا يضر بالآخر في الأرض اذا كانت صبلة أو رخوة؟ فوقع عليه السلام : على حسب ان لا يضر أحدهما بالآخر . انشاء الله [ الكافي ج ٥ ص ٢٩٣ ]

وكذلك روایة محمد بن علي بن محبوب قال : كتب رجل الى الفقيه عليه السلام في رجل كانت له قناعة في قرية فأراد رجل أن يحفر قناعة أخرى فوقه كم يكن بينهما في البعد حتى لا يضر بالآخر في أرض إذا كانت صعبه أو رخوة ؟ ففوجع عليه السلام : على حسب ما يضر أحدهما بالآخر انشاء الله [التهذيب ج ٧ ص ١٤٦ ] وهكذا سائر الروايات .

٢) وذلك لقوى السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله : ما بين بشر المعطن إلى بشر المعطن أربعون ذراعاً ، وما بين

فلو احدث شخص بثراً في موات من الارض لم يكن لشخص آخر<sup>١</sup> احداث بثراً اخر في جنبها بدون اذنه بل مالم يكن الفصل بينهما اربعين ذراعاً او ستين فما زاد على ما فصل. وفي العين والقناة خمسمائة ذراع في الارض الصلبة والف ذراع في الارض الرخوة،

بثر الناضح الى بشر الناضح ستون ذراعاً [ الكافي ج ٥ ص ٢٩٦ . الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٩ ] والمراد بالمعطن هي التي يستنقى منها لشرب الابل والمراد بالناضح هي التي يستنقى منها للزرع وغيره .

ولايعارضها صحيحـة حـمـادـ بنـ عـمـانـ المـرـوـيـةـ فيـ الكـافـيـ : سـمـعـتـ الصـادـقـ عـلـيـهـ ولاـ يـعـارـضـهاـ صـحـيـحةـ حـمـادـ بنـ عـمـانـ المـرـوـيـةـ فيـ الكـافـيـ : سـمـعـتـ الصـادـقـ عـلـيـهـ السـلـامـ يـقـولـ : حـرـيمـ الـبـئـرـ الـعـادـيـةـ أـرـبـاعـونـ ذـرـاعـاـ حـولـهـ . قـالـ : وـفـيـ روـاـيـةـ أـخـرـيـ خـمـسـونـ ذـرـاعـاـ . إـلـاـ أـنـ يـكـوـنـ إـلـىـ عـطـنـ أـوـالـىـ طـرـيقـ فـيـكـوـنـ أـقـلـ مـنـ ذـلـكـ إـلـىـ خـمـسـةـ وـعـشـرـينـ ذـرـاعـاـ [ الكـافـيـ جـ ٥ـ صـ ٢٩٦ـ ] .

والوجه في عدم المعارضة أن اطلاق قوله « حريم البئر العادية أربعون ذراعاً حولها » يقيد بالتفصيل المذكور في قوي السكوني ، فيختص الأربعون ببشر المعطن . وأمّا خمسون ذراعاً فهو روایة مرسلة منضمة إلى صحيحـة حـمـادـ ابنـ عـمـانـ ، فـلاـ عـبـرـةـ بـهـاـ فـيـ مـقـابـلـ قـوـيـ السـكـونـيـ .

ولعل هذه المرسلة عين روایة وهب بن وهب المرویة في الفقيه عن جعفر ابن محمد عن أبيه أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول : حريم البئر العادية خمسون ذراعاً إلّا أن يكون إلى عطن أو إلى طريق فيكون أقل من ذلك إلى خمسة وعشرين ذراعاً [ الفقيه ج ٣ ص ٣٤٩ ] . ولتكنها ضعيفة السنيد فلا يعتمد عليها .

١) لما تقدم من الروايات الدالة عليه ، بل في الجواهر : بلا خلاف معتمد

فإذا استنبط انسان عيناً او قناء في ارض موات صلبة واراد غيره حفر  
اخرى تباعد عنه بخمس مائة ذراع وان كانت رخوة تباعد بـ ألف ذراع<sup>١</sup>

---

به أجدده عندنا في التقدير المزبور ... بل في التذكرة نسبة ذلك إلى علمائنا  
مشعرأ بالاجماع عليه ، كقوله في التتفريح « عليه عمل الاصحاب » ، بل عن  
الخلاف الاجماع على أن حريم البشر أربعون ذراعاً [ الجواهر ج ٣٨ ص

٤١ ]

١) كما في محكى الخلاف عليه اجماع الفرق وأخبارهم ، والتذكرة عند  
علمائنا ، وفي التتفريح عليه عمل الاصحاب ، وفي جامع المقاصد اطباق  
الاصحاب .

وتدل عليه معتبرة السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام ان رسول الله « ص »  
قال : ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن أربعون ذراعاً ، وما بين بئر الناضج  
الى بئر الناضج ستون ذراعاً ، وما بين العين الى العين - يعني القناة - خمس مائة  
ذراع والطريق يتشارح عليه أهل فحده سبعة أذرع [ الكافي ج ٥ ص ٢٩٦ ] .  
ومارواه المشايخ الثلاثة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : يكون بين البشرين  
ان كانت أرضاً صلبة خمس مائة ذراع وان كانت رخوة ألف ذراع [ الكافي ج  
٥ ص ٢٩٦ ] .

وعليه عمل الاصحاب كما في الجواهر ، فلا مجال لتضييف سنه بعد  
العمل به . وبه يقيد اطلاق ما في مرسل حفص عن أبي عبدالله عليه السلام :  
يكون بين العينين ألف ذراع [ الوسائل ج ٥ ص ٢٩٣ ] ، الباب ١٣ من كتاب  
احياء الموات ، الحديث ١ ] .

وهكذا الكلام في اطلاق روایة مسمع بن عبد الملك عن أبي عبدالله عليه

ولوفرض ان الثانية تضر بالاولى وينقص ماؤها مع البعد المزبور فالاحوط لولم يكن الاقوى زيادة البعد بما يندفع به الضرر او التراضى مع صاحب الاولى<sup>١</sup>.

السلام قال : قال رسول الله «ص» : ما بين العين الى العين خمسماة ذراع  
[ الكافي ج ٥ ص ٢٩٥ ]

وذلك لأن التحديد المذكور في النصوص لا يكون أبداً تعبدياً ، بل يكون مبنياً على الغالب ، حيث أن الحرف مع الفصل بالمقدار المذكور لا يوجب ضرراً على البئر الأولى ، بخلاف ما إذا كان الحرف من دون فصل بالمقدار المذكور فإنه يوجب الضرر عليها غالباً ، ولو اوجب الضرر في هذا المقدار أيضاً لابد من فصل أزيد حتى لا يوجب الضرر .

ويدل عليه صحيح محمد بن الحسين قال : كتبت الى ابى محمد عليه السلام :  
رجل كانت له قناة في قريه فأراد رجل أن يحفر قناة أخرى الى قريه أخرى كم  
يكون بينهما في البعد حتى لا يضر بالآخر في الأرض اذا كانت صلبة أو رخوة ؟  
فوقع عليه السلام : على حسب أن لا يضر احداهما بالآخر إنشاء الله تعالى  
[ الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٤ من كتاب احياء الموات ، الحديث ١ ]

ويؤيده رواية عقبة بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام فــي رجل أتى  
جيلاً فشق فيه (منه خ لــ) قناة أخرى فذهب قناة الآخر بماء قناة الأولى . قال :  
فقال : يتقاسمان (يتقاسمان خ لــ) بحقائب البشر ليلة فينظر أيهما أضرت بصاحبتها ،  
فإن رأيت الاخيره أضررت بالاولى فلتغور [الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٦ من كتاب  
احياء الموات ، الحديث ١ ] .

وفي الوسائل ورواه الصدوق بأسناده عن عقبة بن خالد نحوه ، وزاد :

( مسألة : ٩ ) اعتبار البعد المزبور في القناة إنما هو في أحداث  
قناة أخرى كما أشرنا إليه آنفًا<sup>١</sup> .

واما احياء الموات الذي في حواليها لزرع او بناء او غيرهما  
فلا مانع منه<sup>٢</sup> اذا بقى من جوانبها مقدار تحتاج للنزح او الاستقاء  
او الاصلاح والتنقية وغيرها مما ذكر في مطلق البشر. بل لا مانع من  
احياء الموات الذي فوق الابار وما بينها اذا بقى من اطراف حلقاتها  
مقدار ما تحتاج اليه لمصالحها فليس لصاحب القناة المنع عن

---

قضى رسول الله «ص» بذلك وقال : ان كانت الاولى أخذت ماء الاخريرة لـ  
يكن لصاحب الاخريرة على الاول سبيل [الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٦ من كتاب  
احياء الموات ، المحدث ٢] .

(١) وهو قوله دام ظله في المتن «اكل من البشر والعين والقناة» أعني  
بثرها الاخريرة التي هي منبع الماء ويقال لها بثر العين وام الابار ، وكذا غيرها  
اذا كان منشأ للماء حريم آخر بمعنى آخر .

(٢) لأن النصوص متعرضة المفصل بين البشر الى العين والقناة  
الى القناة ، وليس فيها ما يمنع عن الزرع والبناء وغيرها مما يكون فيه احياء  
الارض ، ومقتضى الاطلاقات جوازه .

واما استثناء بقاء مقدار من الجوانب يقتضي الحاجة اليه للنزح او الاستقاء  
او الاصلاح او التنقية وغيرها مما ذكر في مطلق البشر فلاته أمر عادي متعدد  
عليه السيرة العقلائية ، والاطلاقات المجوزة للاحياء منصرفة عن هذا المقدار  
من الحريم لمصلحة البشر والقناة والعين .

الاحياء للزرع وغيره فوقها اذا لم يضر بها<sup>١</sup>.

(مسألة : ١٠) قد مر ان التباعد المزبور في القناة انما يلاحظ بالنسبة الى البئر التي تكون منبع الماء او منشأه ، واما الابار الاخر التي هي مجرى الماء فلا يراعى الفصل المذكور بينها ، فلو أحدث الثاني قناة في ارض صلبة وكان منبعها بعيداً عن منبع الاولى بخمس مائة ذراع ثم تقارب في الابار الاخر التي هي مجرى الماء الى الابار الاخر للاخرى الى ان صار بينها وبينها عشرة اذرع مثلاً لم يكن لصاحب الاولى منعه<sup>٢</sup> . نعم لو فرض ان قرب تلك الابار اضر بتلك الابار من جهة جذبها للماء الجارى فيها او من جهة اخرى تباعد بما يندفع به الضرر<sup>٣</sup>.

---

(١) لعدم الدليل على جواز منع صاحب القناة عن ذلك ، والروايات الدالة على لزوم الفصل أربعين أو ستين أو الف أو خمس مائة ذراع أو بمقدار لا يوجب الضرر بالبئر والقناة الاخر كلها ناظرة الى الفصل المعتبر بين حفر البئر بالمقاييس الى البئر الاخر ثلثاً يوجب الضرر في نشو الماء .

(٢) وذلك لما تقدم من أن المتبدار من النصوص عرفاً أن اعتبار الفصل المعين بين الابار لا يكون أمراً تعبيدياً ، بل انما يكون لاجل عدم تضرر أحدها بالآخر ، فلامحالة انما المؤثر في تقليل الماء وازيداده هو الفصل بين الابار التي تكون منبعاً للماء . واما الفصل بين سائر الابار التي تكون بمنزلة مجرى الماء فقط لا يكون مؤثراً فلامانع من عدم رعاية الفصل المذكور في النصوص بالإضافة اليها .

(٣) كما هو المفروغ عنه بحسب ارتکاز العرف وقاعدة لا ضرر ، كما أنه

(مسألة : ١١) القرية المبنية في الموات لها حريم ليس لأحد  
أحياءه ولو أحياء لم يملكه . وهو ما يتعلق بمصالحها ومصالح اهلها  
من طرقها المسروكة منها واليها ومسيل مائها ومجمع ترابها  
وكناستها ومطرح سعادتها او رمادها ومشروعها ومجمع اهاليها  
لمصالحهم على حسب مجرى عادتهم ومدفن موتاهم ومرعى ماشيتها  
ومحتطبهم وغير ذلك <sup>١)</sup> .

المستفاد من النصوص الخاصة الواردة في المقام ، كما في صحيححة محمد بن  
الحسين قال : كتبت الى ابي محمد عليه السلام : رجل كانت له قناته في قرية  
فأراد رجل أن يحفر قناتاً أخرى إلى قربه (قرية) كم يكون بينهما في الأرض  
إذا كانت صلبة أو رخوة؟ فوقع عليه السلام : على حسب أن لا يضر أحداً هما  
بالآخر إن شاء الله [ الكافي ج ٥ ص ٢٩٣] وعليه روایات أخرى تقدم بعضها .  
١) وذلك كما في الجوادر: الشرط الثاني - أن لا يكون الموات حريراً العامر  
بستان أو دار أو قرية أو مزرع أو غير ذلك مما يتوقف الارتفاع بالعامر عليه كالطريق  
والشرب وحرير البئر والعين والمحاذط ، بلا خلاف أجدده فيه كما اعترف به غير  
واحد ، بل في التذكرة لانعلم خلافاً بين علماء الامصار ان كل ما يتعلق بمصالح  
العامر كالطريق والشرب ومسيل ماء العامر ومطرح قمامته وملقى ترابها ومصالح  
القرية كقناتها ومرعى ماشيتها ومحطتها ومسيل مياهها لا يصلح لأحد أحياءه  
ولا يملك بالاحياء ، وكذا حرير الابار والأنهار والمحاذط وكل مملوك لا يجوز  
احياء ما يتعلق بمصالحه ، لمفهوم المرسل المزبور ، ولا انه لوجاز احياءه  
أبطل الملك في العامر على أهله . وهذا مما لا خلاف فيه ، بل عن جامع المقاصد  
الاجماع عليه [ الجوادر ج ٣٨ ص ٣٤ ] .

والمراد بالقرية البيوت والمساكن المجتمعة المسكونة . فلم يثبت هذا الحريم للفصيحة والمزرعة ذات المزارع والبساتين المتصلة الخالية من البيوت والمساكن والسكنة<sup>١</sup> فلو أحدث شخص قناء في فلاة وأحياء أرضاً بسيطة بمقدار ما يكفيه ماء القناة وزرع فيها وغرس فيها النخيل والأشجار لم يكن الموات المجاور لتلك المعيشة حريراً لها ، فضلاً عن التلال والجبال القرية منها .

بل لو أحدث بعد ذلك في تلك المعيشة دوراً ومساكن حتى صارت قرية كبيرة يشكل ثبوت الحريم لها<sup>٢</sup> . نعم لو أحدثها في جنب

---

أقول : ومراده بالمرسل ما في سنن البيهقي (ج ٦ ص ١٤٢) «من أحى مينة في غير حق مسلم فهي له» قال : وهذا المرسل وإن لم يكن موجوداً في طرقنا ولكنه منجبر بالعمل ، فيمكن أن تزده دليلاً مستقلاً .

(١) لأن ماجرى عليه السيرة من رعاية الحريم لمصالح أهل القرية من الطرق المسماة منها واليها ومسيل مائها ومجتمع ترابها وكناستها ومطرح سعادتها ورمادها ومشروعها ومجتمع أنها ليها على حسب مجرى عادتهم ومدفن موقاهم ومرعى ماشيتهم ومحظتهم وغير ذلك من الأمور ، كل ذلك مترب على كونه قرية فيها بيوتاً ولها سكنة . وأما المزارع والبساتين فليس فيها هذه المصالح ولا يكون فيها السيرة فلم يكن وجهاً لرعايتها حريراً القرية فيها .

(٢) لأن ما يتيقن من السيرة المتعارفة على ثبوت الحريم عرفاً ما إذا أحدث القرية في أرض الموات ، وأما إذا أحدث في أرض المعيشة تدريجاً فثبوت السيرة على رعاية الحريم فيه ترديد ، ولذلك يقع فيها الاشكال .

المزرعة والبساتين في أراضي الموات فالظاهر ثبوته لها<sup>(١)</sup>. بدل  
لابعد ثبوت بعض الحرير من قبيل مرعى الماشية لها مطلقاً<sup>(٢)</sup>، كما  
ان للمزرعة بنفسها ايضاً حريراً وهو ما تحتاج اليه في مصالحها<sup>(٣)</sup>  
ويكون من مرافقها من مسالك الدخول والخروج ومحل بيادرهـا  
وحيثاً رـها ومجمـ سـمـادـها وـتـرابـها وـغـيرـ ذـلـكـ .

١) لثبوت السيرة واحرازها في مثل ذلك المورد كما تقدم .

٢) لثبوت المسيرة والتعارف على رعي الماشية مطلقاً ، أعم من أنأحدث القرية في أرض الموات أو في أرض المحمية وارتكاز العرف على أن لهم حق على ذلك مطلقاً .

٣) لأنها أيضاً مما جرت عليه السيرة العقلائية ولم يردع عنها الشارع ،  
بل لأنه لوجاز أحياء المحرريم لأحد لا بطل الملك على أهله في العامر . وهذا  
مما لا خلاف فيه ، بل عن جامع المقاصد الأجماع عليه .

بل في صحيح محمد بن عبد الله قال : سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضياعة وتكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلاً أو أقل أو أكثر يأتيه الرجل فيقول : أعطني من مراعي ضياعتك وأعطيك كذا وكذا رهماً . فقال : إذا كانت الضياعة له فلا بأس [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٦ ، الحديث ١ ] .

والضياع بالفتح فـ السكون : العقار والارض المغלה ، والجمع ضياع  
ككلاب ، وضياع كبدر [ مجمع البحرين ج ٤ ص ٣٦٧ ] .  
والمستفاد من الرواية مالكية صاحب الضياع بالإضافة الى المرعى ، مع أن  
المرعى لا يعد من مصالح الضياع ولو از منها عرفاً وان يعد من لسوازم القرية  
ومصالحها عرفاً .

(مسألة : ١٢) حد المرعى الذي هو حرير للقرية ومحظتها  
 مقدار حاجة اهاليها بحسب العادة بحيث لومنهم مانع او زاحمهم  
 مزاحم لوقعوا في الضيق والحرج <sup>١</sup>، ويختلف ذلك بكثرة الاهالي  
 وقلتهم وكثرة الماشي والدواب وقلتها . وبذلك يتفاوت المقدار  
 سعة وضيقاً طولاً وعرضأً .

(مسألة : ١٣) ان كان الموات بقرب العامر ولم يكن من حريرمه  
 ومرافقه جاز لكل احياؤه ولم يختص بما يملك ذلك العامر <sup>٢</sup> ولا اولوية  
<sup>٣</sup> له . فاذا طلم شاطئ من الشط بقرب ارض محببة او بستان مثلا  
 كان كسائر الموات ، فمن سبق الى احيائه وحيازته كان له وليس  
 لصاحب الارض او البستان منعه <sup>٤</sup> .

(مسألة : ١٤) لاشكال في ان حرير القناة المقدر بخمسة مائة

) فيدل على ثبوت الحرير مضافاً الى المسيرة الجارية في جميع القرى  
 قاعدة لا ضرر وقاعدة لا حرج وأدلة احياء الموات محکوم للمسيرة والقاعدتين  
 فلا يجوز الاحياء لأحد في هذا الحد .

) وذلك بمقتضى اطلاقات «من أحيى أرضاً ميتة فهو له» .

) لعدم ما يقتضي الاولوية ، بل الاطلاقات نسبتها الى المالك لذلك العامر  
 وغيره على السواء .

) لعدم مجوز المنع والمزاحمة للناس في المباحثات الاولوية .

ذراع او الف ذراع ليس ملكاً لصاحب القناة<sup>١</sup> ولا متعلقاً لحقه<sup>٢</sup>  
المانع عن سائر التصرفات غيره بدون اذنه بل ليس له الحق المعن  
عن احداث قناة أخرى كما مر.

والظاهر ان حریم القریة ايضاً ليس ملکاً لسكنانها واهليها بل  
انما لهم حق الاولوية<sup>(٣)</sup> واما حریم النهر والدار فهو ملک لصاحب  
ذى المحریم على تردد وان لا يخلو من وجه ، فيجوز له بيعه منفرداً  
كسائر الاملاك<sup>(٤)</sup> .

١) لعدم سبب للملكية من الشراء أو الارث أو الحيازة أو غيرها من أسباب الملك.

٢) لعدم الدليل على حق للعامـر المانع عن سائـر التصرفات غير حفر القناة ، ومقتضى الاـدلة الـلفظية أـيضاً عدم جواز التصرف بـحـفـرـ القـناـةـ والـبـئـرـ فقط في ما دون المسافة .

٣) وذلك أما عدم الملك فلعدم موجب له ، وأما ثبوت مجرد حق الاولوية لجريان السيرة المستمرة في الاعصارات والامصار بعدم اجتناب بعض ما هو حريم للقرية عن بعض التصرفات الغير المزاحمة لاهـل القرية ، كما اذا اتفق نزول أحد في مرعى ماشية البلد أو القرية أو مهبطهم لم يكن عليه اعتراض .

وفي الجواهر : فليس هو الالماذكرونا من عدم التسلط على منع التنازل  
وان استلزم بعد بعض الحقوق والالكان بين كل واحد أو جماعة مسافة بعيدة  
[الجواهر ج ٣٨ ص ٣٦] .

٤) وذلك لصدق الاحياء بالإضافة الى حريم النهر والدار أيضاً ، لأن احياء

كل شيء بحسبه . وعن صاحب الجو اهر : مضافاً الى أنه مكان استحقه بالاحياء فملك كالمحبي ، ولا معنى الملك موجود فيه لدخوله مع المعمودة في بيعه وليس لغيره احياء ولا التصرف فيه بغير اذن المحبي ، ولا الشفعة في الدار بالشركة في الطريق المشتركة المصرح في النصوص المزبورة ببيعه معها ، ولا مكان دعوى كونه محبياً باعتبار أن احياء كل شيء بحسب حاله .

خلافاً لظاهر جماعة أو صريحهم من عدم الملك ، بل هي من الحقوق وعدم الاحياء الذي يملك به مثلها . وفيه ما عرفت من منع عدم حصول الاحياء الذي لا يعتبر فيه مباشرته كل جزء جزء ، فان عرصة الدار تملك ببناء الدار دونها ، ومنع توقف الملك على الاحياء ، بل يكفي فيه التبعية للمحبي ، وتظهر الثمرة في بيعها منفردة [ الجو اهر ج ٣٨ ص ٣٥ ] .

أقول : ومراده من النصوص روایات :

( منها ) معتبرة منصور بن حازم قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار فباع بعضهم منزله من رجل ، هل لشر كاته في الطريق أن يأخذوا بالشفعة ؟ فقال : ان كان باع الدار وحول بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم ، وان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة [ الوسائل ج ١٧ ص ٣١٨ ] .

ولكن الاستناد بهذا الحديث لاثبات المالكية بالإضافة الى الطريق المشتركة في جميع الموارد مشكل ، لأن مورد الحديث ما اذا كان الطريق المشتركة عرصة الدار فلا يمكن التعدي الى غيره .

ونظيره معتبرة الكاهلى عن منصور بن حازم قال : قلت لابى عبد الله عليه السلام : دار بين قوم اقسموها فأخذ كل واحد منهم قطعة وبنها وتركتوا بينهم

(مسألة : ١٥) مامر من الحرير لبعض الاملاك انما هو فيما اذا ابتكرت في ارض موات واما في الاملاك المجاورة فلا حرير لها<sup>١١</sup>

ساحة فيها مهرهم ، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم أللـه ذلك ؟ قال : نعم ولكن يسد بابه ويفتح باباً الى الطريق أو ينزل من فوق البيت ويسد بابه ، فان أراد صاحب الطريق بيعه فانهم أحق به والا فهو طريقه يجيء حتى يحيي يجلس ذلك الباب [الوسائل ج ١٧ ص ٣١٨ ، الحديث ٢]

نعم يمكن الاستناد لمالكية الحرير برواية ادريس بن زيد عن ابي الحسن قال : سأله وقلت : جعلت فداك ان لذاضياعاً ولناحدود ولنا الدواب وفيها مراعي وللرجل مناغنم وايل ويحتاج الى تلك المراعي لابله وغنه أريح له أن يحمي المراعي لحاجته اليها . فقال : اذا كانت الارض أرضه فله أن يحمي ويصبر ذلك الى ما يحتاج اليه . قال : وقلت له : الرجل يبيع المراعي . فقال : اذا كانت الارض أرضه فلا بأس [الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٦]

ونظيره صحيحه محمد بن عبد الله المتقدمة « اذا كانت الضيعة له فلا بأس » بناء على ارادة البيع ونحوه من الاعطاء .

(١) لأن اعتبار الحرير من كل جانب مضاد لمالكية الآخر على نحو الطلق ، وما تقدم من الدليل على ثبوت الحرير الذي عمدتها السيرة المستمرة خاص بالارضي الموات التي يحدث فيها الدار أو النهر أو القناة ونحوها كما في الجوادر : وكيف كان بكل ماذكر نامن ثبوت ذلك الحرير له انما يثبت له حرير اذا ابتكر في الموات ، أما ما يعمل في الاملاك المعمورة فلا بل اخلاف أجدده فيه كما عن الشيخ وابنى زهرة وادريس الاعتراف به ، بل في الكفاية نسبة الى الاصحاب مشعرأ بالاجماع عليه . ولعله لقاعدة تسلط الناس على أموالهم وغيرها

فلو احدث المالكان المجاوران حائطاً في البين لم يكن له حريم من الجانبين<sup>(١)</sup> ، ولو احدث احدهما في آخر حدود ملكه حائطاً او نهرأ لم يكن لهما حريم في ملك الآخر ، وكذا لو حفر احدهما قناء في ملكه كان للآخر احداث قناء أخرى في ملكه وان لم يكن بينهما الحد<sup>(٢)</sup> .

( مسألة : ١٦ ) ذكر جماعة انه يجوز لكل من المالكين

المتاجوريين التصرف في ملكه بماشاء وحيث شاء وان استلزم ضررآ على الجار<sup>(٣)</sup> ، لكنه مشكل على اطلاقه والاحوط عدم جواز ما يكون

---

ولانها متعارضة باعتبار عدم أولوية أحدهما من الآخر به . ولذا كان المشاهد في البلدان عدم الحريم لاحدهم ، وان كان يمكن أن يكون تساويهم في الاحياء أو لغيره [ الجواهر ج ٣٨ ص ٤٩ ] .

١) لعدم محل لاعتباره بعد كون تمام الارض لها مالكاً طالقاً مستقلاً .

٢) وذلك بمقتضى سلطنة الناس في أموالهم واعتبار الحريم لكل أحد مناف سلطنة الآخر على ماله .

٣) كما صرخ في القواعد وغيرها بأن لكل منهم التصرف في ملكه بماشاء وان تضرر صاحبه وانه لا ضمان عليه لو جعل ملكه بيت حداد أو قصار أو حمام على خلاف العادة

نعم في التذكرة : هذا اذا احتاط وأحكام الجدران بحيث يليق بما يقصد له ، فان فعل ما يغلب على الظن فيه انه يؤدي الى خلل في حيطان جاره فأظهر الوجهي عند الشافعية الجواز ، وذلك كما اذا يدق الشيء في داره دفأً عنيناً ينزعج منه الحيطان ، او حبس الماء في ملكه بحيث تنشر منه النداوة الى حيطان

سبباً لعراض الفساد في ملك الجار. بل لا يخلو من قرب الا اذا كان في تركه حرج او ضرر عليه ، فجئنـهـ يجوز له التصرف ، كما اذا دق دقاً عنيفاً ازعـجـ منهـ حـيـطـانـ دـارـهـ بماـ اوـ جـبـ خـلـلـاـفيـهاـ ، اوـ حـبـسـ المـاءـ فيـ مـلـكـهـ بـعـيـثـ تـنـشـرـ مـنـهـ النـداـوةـ فيـ حـائـطـهـ ، اوـ اـحـدـثـ بـالـوـعـةـ اوـ كـنـيـفـاـ بـقـرـبـ بـئـرـ الجـارـ اوـ جـبـ فـسـادـ ماـئـهـاـبـلـ وـكـذـاـ لـوـ حـمـرـ بـئـرـاـ بـقـرـبـ بشـرـهـ اـذـاـ اوـ جـبـ نـقـصـ ماـئـهـاـ وـكـانـ ذـلـكـ منـ جـهـةـ جـذـبـ الثـانـيـةـ مـاءـ الاـولـىـ .

الحار .

ولو اتخد داره مدبغة او حانسوته مخبزة حيث لا يعتاد ، فـان قلنا لا يمنع في الصورة السابقة فهنا اولى ، وان قلنا بالمنع فهنا يحتمل عدمه لان الضرر من حيث التأذى بالدخان والرائحة الكريهة وانه أهون .

وكذا البحث في اطلاق البناء ومنع الشمس والقمر، والأقوى أن لارباب الأموال التصرف في أملاكهم كيف شاؤوا ، اذ لو حفر فــي ملكه بئر بالــوعة وفسد بها ماء بئر الجار لم يمنع منه ولا ضمان ولكنه قد يكون فعلاً مكروراً . وبه قال الشافعي ، وقال مالك : يمتنع فان فعل وتلف شيء ضمهنه .

وبناءً على ذلك ، ألم يقال في الأخير «نعم له  
منع ما يضر بحائطه من البغور والشجر ولو ببروز اصلها اليه والضرب المؤدي الى  
ضرر الحائط ونحوه» .

وفي نسخة جامع المقاصد «قال في المذكرة : هذا اذا احتاط وأحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده ، فان فعل مايغاب على الظن انه يؤدي الى خلل في

واما اذا كان من جهة ان الثانية لكونها اعمق ووقوعها في سمت مجاري المياه ينحدر فيها الماء من عروق الارض قبل ان يصل الى الاول فالظاهر انه لا مانع منه<sup>١</sup> . والمائز بين الصورتين يدر كـه أولو الحدس الصائب من اهل الخبرة . وكذا الامانع من اطالة البناء وان كان مانعاً من الشمس والقمر والهواء او جعل داره مدبغة او مخبزة مثلا وان تأذى الجار من الرياح والدخان اذا لم يكن بقصد الایذاء وكذا احداث ثقبة في جداره الى دار جاره موجبة للالشراف او لانجداب الهواء<sup>٢</sup> ، فان المحرم هو التطلع على دار الجار لامجرد ثقب الجدار .

حيطان جاره ففي منعه تردد .

والتردد المزبور في المسألة في محله بل لا يخلو عدم الجواز عن قرب على ما في المتن كما في الكفاية «يشكل هذا الحكم في صوره تضرر الجار تضرراً فاحشاً ، نظراً الى تضمن الاخبار نفي الضرر والاضرار ، وهو الحديث المعمول به بين الخاصة وال العامة المستفيض بينهم ، خصوصاً ما تضمن الاخبار المذكورة من نفي الضرر الواقع في ملك المضار .

١) لعدم حصول الاضرار حينئذ من ناحية الجار .

٢) وذلك من جهة اطلاق دليل السلطة على الاموال بعد سقوط قاعدة الضرر بالعارض بمثابة في ناحية منع المالك عن التصرف في ملكه أولاً جل ان نهي النبي «ص» في قضية سمرة بن جندب قوله «لاضرر ولاضرار» حكم سلطاني

ومن شؤن ولية الحاكم الاسلامي في مورده ، ولا يكون قاعدة فقهية في مقابل دليل السلطنة .

وعن صاحب الجوادر : وقد ينافش بأن حديث نفي الضرر المستفيض معارض بمثله من الحديث الدال على ثبوت السلطنة على الاطلاق لرب المال ، وهو أيضاً معمول به بين الفريقين ، والتعارض بينهما تعارض العموم من وجه ، والترجح للثاني بعمل الاصحاب كما اعترف به ولاسيما اذا استلزم منع المالك عن النصرف ضرراً عليه أشد من ضرر الجار أو مساوياً أو أقل بحيث لم يتناهى عنه ضرره . بل في الرياض «وبنفي القطع في هذه المقدمة بما عليه الاصحاب قال : وأما فيما عدتها فالظاهر أيضاً ذلك ، لما ذكروا أن كان الاحتوط عدم الضرر على الاطلاق . وأما الاخبار الدالة على نفي الضرر في ملك المضار فمع قصور سند بعضها وعدم مكافئته لما مضى يمكن حملها على ما إذا قصد المالك بالنصرف الضرر دون دفع الحاجة كما يشعر به بعض تلك الاخبار على تقدير تسليم ترجيح نفي الضرر ، فلا وجہ لتخصيصه بصورة تفاحش الضرر مع عمومه وشموله للغير .

أقول : يمكن أن يقال : إن جواز المذكورات في المتن للمالك لا يكون من جهة تعارض قاعدة الضرر وقاعدة السلطنة وإن الترجح للثاني بعمل الاصحاب لأن عمل الاصحاب لا يكون من المرجحات في باب التعارض ، ولأن قاعدة لاضر رحامة على قاعدة السلطنة في موردها ، لأن الضرر من العناوين الثانوية للأحكام ، فلاتكون في عرض قاعدة السلطنة حتى يعارضها وتكون النسبة بينهما عموم من وجہ .

بل تكون قاعدة الضرر في نفسها ساقطة فيما نحن فيه ، لأن الدفع عن

الضرر بالجار معارض بلزوم الضرر على النفس من ناحية المنع عن التصرفات في ماله ، وبعد تساقط القاعدة من جهة التناقض في التطبيق على موردها يكون اطلاق دليل السلطنة محكماً في مورده من دون مزاحم ، ومقتضاه جواز التصرف في ملكه وان استلزم الضرر على جاره .

نعم يخرج عن هذا الاطلاق ما اذا كان قصد المتصرف الاضرار دون دفع الحاجة فانها خارجة ، وذلك بمقتضى الاخبار كما في رواية زرارة عن ابى جعفر عليه السلام : الا انه قال : فقال له رسول الله «ص» : انك رجل مضار ولا ضرر ولا ضرار على مؤمن . قال : ثم أمر بها فقلعت ورمي بها اليه ، فقال له رسول الله «ص» : انطلق فاغرسها حيث شئت [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٤١ ] ، الحديث [ ٤ ] .

وهكذا رواية ابى عبيدة الحذاء قال : قال ابو جعفر عليه السلام : كان اسمرة ابن جندي نخلة في حائط بنى فلان ، فكان اذا جاءه الى نخلته ينظر الى شئ من اهل الرجل يكرهه الرجل . قال : فذهب الرجل الى رسول الله «ص» فشكاه فقال : يا رسول الله ان سمرة يدخل علي بغیر اذني ، فلو أرسلت اليه فأمرته أن يستاذن حتى تأخذ اهلي حذرها منه ، فأرسل اليه رسول الله «ص» فدعاه فقال : يا سمرة ماشأن فلان يشكوك ويقول : يدخل بغیر اذني فترى من اهله ما يكره ذلك ، يا سمرة استاذن اذا انت دخلت . ثم قال رسول الله «ص» : يسرك أن يكون لك عذر في الجنة بنخلتك ؟ قال : لا . قال : لك ثلاثة . قال : لا . قال : ما اراك يا سمرة الامضماراً اذهب يا فلان فاقطعها ( فاقلعها ) واضرب بها وجهه [ الوسائل

ج ١٧ ص ٣٤٠ ، الحديث ١ ] .

(مسألة ١٧) لا يخفى أن امر الجار شديد ، وتحث الشرع  
 الأقدس على رعايته أكيد ، والأخبار في وجوب كف الاذى عن  
 الجار وفي المحت على حسن الجوار كثيرة لاتحصى ، فعن النبي  
 صلى الله عليه وآله انه قال : « ما زال جبرئيل يوصيني بالجار حتى  
 ظنت انه سيورثه » <sup>١</sup> وفي حديث آخر « انه صلى الله عليه وآله امر  
 عليه السلام وسلمان واباذر - قال الراوي : ونسبيت آخر وأظنه  
 المقداد - أن ينادوا في المسجد بأعلى صوتهم بأنه لايمان لمن  
 لم يأمن جاره بوائقه فنادوا بها ثلاثاً » <sup>٢</sup> وفي الكافي عن الصادق  
 عن أبيه عليهما السلام قال : « قرأت في كتاب على عليه السلام ان  
 رسول الله صلى الله عليه وآله كتب بين المهاجرين والأنصار ومن  
 لحق بهم من اهل يرب ان المجار كالنفس غير مضار ولا آثم وحرمة  
 الجار كحرمة أمه » <sup>٣</sup> ،

وفي رواية طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ان الجار كالنفس  
 غير مضار ولا آثم [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٤١ ، الحديث ٢ ] .

ولعل خروج مورد قصد الایذاء والاضرار يكون اجتماعياً أيضاً .

١) الوسائل ج ٨ ص ٤٨٨ ، الحديث : ٥ .

٢) الوسائل ج ٨ ص ٤٨٧ ، الحديث : ١ .

٣) اصول الكافي ج ٢ ص ٦٦٦ ، الحديث : ٢ .

وفي رواية عن الكاهلي قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول : ان  
 يعقوب « ع » لما ذهب منه ابن يامين نادى : يارب أما ترحمني أذهبت عيني وأذهبت

وروى الصدوق بأسناده عن الصادق عن علي عليهما السلام  
 عن رسول الله (ص) قال : « من آذى جاره حرم الله عليه ريح الجنة  
 وأماواه جهنم وبئس المصير ، ومن ضييع جاره حرم الله عليه ريح  
 الجنة وأماواه جهنم وبئس المصير ، ومن ضييع جاره فليس مني »<sup>١</sup>  
 وعن الرضا (ع) « ليس منامن لم يأمن جاره بوائقه »<sup>٢</sup> وعن الصادق  
 (ع) انه قال والبيت غاص بأهله : « اعلموا انه ليس منامن لم يحسن  
 مجاورة منجاوره »<sup>٣</sup> وعنده (ع) قال: قال رسول الله صلى الله عليه  
 وآله : « حسن الجوار يعم الديار وينسى في الاعمار »<sup>٤</sup> فاللازم  
 على كل من يؤمن بالله ورسوله (ص) واليوم الآخر الاجتناب عن  
 كل ما يؤذى الجار وان لم يكن مما يوجب فساداً او ضرراً في ملكه  
 الا ان يكون في تركه ضرر فاحش على نفسه<sup>٥</sup>. ولاريب ان مثل

ابني؟ فأوحى الله تبارك وتعالى: لو امتهما لاحيتهما الملك حتى اجمع بينك وبينهما  
 ولكن تذكر الشاة التي ذبحتها وشويتها وأكاكات وفلان الى جانبك صائم ام تنه  
 منها شيئاً [أصول الكافي ج ٢ ص ٦٦٧ ، الحديث ٤] .

(١) الوسائل ج ٨ ص ٤٨٨ ، الحديث : ٥

(٢) الوسائل ج ٨ ص ٤٨٨ ، الحديث : ٦

(٣) الوسائل ج ٨ ص ٤٨٩ ، الحديث : ٥

(٤) الوسائل ج ٨ ص ٤٨٩ ، الحديث : ١

(٥) فلا يلزم مراعاته حينئذ من جهة اطلاق دليل السلطنة وعدم التزام الاصحاب

ثقب المجدار الموجب للإشراف على دارا يذاء عليه ، واي ايذاء وكذا احداث ما يتآذى من ريحه او دخانه او صوته او ما يمنع عن وصول الهواء اليه او عن اشراق الشمس وغير ذلك .

(مسألة : ١٨ ) يشترط في التملك بالاحياء ان لا يسبق اليه سابق بالتحجير ، فان التحجير يفيد الاولوية للمحجر ، فهو اولى بالاحياء والتملك من غيره ، فله منه ولو احياء قهراً على المحجر لم يملكه<sup>١</sup>

بترك ما يؤذى جاره حينئذ .

١) بلا خلاف في شيء من ذلك ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه . وفي الرياض عليه الاجماع في كلام جماعة كالمالك وغيره ، وان كان لم تتحقق في غير المفاتيح التي حکاه فيها على افادته الاولوية دون الملك الا انه يمكن تحصيله .

وعدم ذكره في الدروس شرطاً مستقلاً لدرجته اياده فيما ذكره من الشرط الرابع ، وهو أن لا يكون مملوكاً لمسلم أو معاهد ، إلى أن قيل « والمحجر كالمملوك على ما تقرر » ، بل ذكر سابقاً أن التحجير يفيد الاولوية لاملك ، فلا يصح بيده . نعم يورث عنه ويصبح الصلح عليه .

نعم حکى المحقق عن بعض فقهاء عصره أن التحجير احياء . وعلى كل حال فهو غير مناف لتحقیل الاجماع على عدم تملك المحجر بala حیاء لغير المحجر . نعم يحكى عن جامع الشرائع أنه قال « يملك الآخر ويكون قد أساء » ، ولكنه لا دليل عليه ولم نجد فيما وصل اليانا من النصوص ما يدل على ذلك ، بل الموجود في رواية سمرة بن جندب أن النبي « ص » قال : من أحاط

والمراد بالتحجير ان ي يحدث ما يدل على ارادة الاحياء كوضع  
احجار او جمع تراب او حفر اساس او غرز خشب او قصب او نحو ذلك  
في اطرافه وجوانبه او يشرع في احياء ما يربد احياءه<sup>(١)</sup> كما اذا حفر  
بئراً من آبار القناة الدارسة التي يريد احيائها فانه تحجير بالنسبة

---

حائطاً على ارض فهي له [المستدرك ، الباب ١ من كتاب احياء الموات ، الحديث  
٣ . وسنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٨ ]

ومقتضاه الملك به . الا أن يحمل على ارض يتحقق احياؤها بجعل المحيطان  
لها ، أو يراد باللام - ولو بقرينة الشهرة أو الاجماع - الاحقيقة المزبورة لا  
الملك ، وربما يستفاد الاحقيقة به من صدق حيازة المباح به وان كان لا يملك  
الابالاحياء ومن أنه نحو السبق الى الوقف والسوق والمسجد ونحوها فلا يفيد  
الا الاحقيقة .

وفي حديث ابي داود المرزوقي من طرق العامة وفي الاسعاد أنه صححه  
الصابى «من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو له» [سنن البيهقي ج ٦ ص  
١٤٢ ] وفي بعض كتب الاصحاح رواية «فهو أحق به» [المستدرك الباب ١  
من كتاب احياء الموات ، الحديث ٤ ]

ولكن مع ذلك كله فالانصاف أن العمدة الاجماع المزبور ، والافما في التذكرة  
والمسالك وبعض كتب الشافعية -- من الاستدلال عليه بأنه اذا أفاد الاحياء ملكاً  
فلا بد أن يفيد التحجير الذي هو الشروع فيه أولوية نحو البيع والاستيام -- كما  
ترى ، ضرورة عدم الملزمة ، مع احتمال أن التحجير أعم من الشروع فيه ،  
وان فسره به في القواعد والمسالك وغيرهما .

) وفي الجواهر: وفي المتن وكذا الارشاد التحجير هو أن ينصب عليها

المرroz أو يحوطها بحائط ، وزاد في القواعد « أو بحفر ساقية أو ادارة تراب حول الارض أو أحجار ، ولا يفيد ملكاً فان الملك يحصل بالاحياء لا بالشروع ، والتحجير شروع في الاحياء ، بل يفيد اختصاصاً وأولوية » .

وفي محكي المسوط : التحجير أن يؤثر فيها اثراً لم يبلغ به حد الاحياء مثل أن ينصب فيه المرroz أو يحوط عليها حائطاً أو ما أشبه ذلك من آثار الاحياء .

وعن جامع الشرائع الافتصار على التمثيل بالحائط ، وعن التحرير أنه يكون بنصب المرroz وحفر الخندق .

لكن لا يخفى عليك أن ظاهر بعض الامثلة الاكتفاء في حصوله بنصب ما يدل على ارادة الاحياء وإن لم يكن من آثاره ، نحو ما ذكره العامة من حصوله بالاعلام - أي بنصب علامه تدل على ذلك ، كوضع أحجار أو غرز خشب أو قصب أو حفر أساس أو جمع تراب أو نحو ذلك ، بل في بعض الكتب أو يخط خطوة .

اللهم الا أن يقال : إن ذلك كله من الشروع في الاحياء كما في بعض كتب الشافعية ، بل هو مقتضى ما سمعته من الفاضل ، لكنه كماترى وإن كان هو الموات لما سمعته من تحقق الاولوية بالسبق المحقق بنصب العلامه المزبورة ، مع احتمال القول بأن الاصل عدم ثبوت الاولوية المقتصر في الخروج منه على المتيقن ، وهو التحجير بمعنى الشروع في الاحياء وفعل اثر من آثاره .

وبعض الامثلة المزبورة من بعض ان لم تحمل على الاشتباه من الذاكر لها بأنها من الشروع في الاحياء يمكن حملها على موات تكون هي اثراً من

آثاره ، ولعل هذا لا يخلو من قوة [الجواهر ج ٣٨ ص ٥٨] .  
والذى ينبغي أن يقال : ان عنوان التحجير أو الشروع في الاحياء لم يرد  
في النصوص والادلة ، فلذا لم يقتصر بعض الاصحاب على العناوين المذكورة ،  
وعليه فكل ما يدل على ارادة الاحياء وان لم يكن تحجيراً أو شروعاً في الاحياء  
كوضع الاحجار أو غرز خشب أو قصب يكفي فــي صدق السبقة عليه واعتبار  
العقلاء أولويته من غيره .

فالاولوية في المقام أمر ارتکازي عقلائي عليه بناء العقلاء ولم يرد عــ عنها  
الشارع . نعم لو وضع الاحجار أو غرز الاخشاب أو القصب حول أرض متسع  
لا يمكن له احياءها لمحدودية امكاناته ، فلا يوجب أولويته من غيره بالنسبة الى  
ما زاد عن امكاناته عند العقلاء .

فما في الجواهر من أن الاصل عدم ثبوت الاولوية المقتصر في الخروج على  
المتيقن - وهو التحجير بمعنى الشروع في الاحياء وفعل اثر من آثاره - فقيه  
ما لا يخفي ، اذ لا مجال للاصل المذكور مع صدق السبقة وبناء العقلاء على  
أولويته من غيره .

والحق أن التحجير بذلك المعنى العام لا يفيد الا الاولوية لاملك كما  
عليه بناء العقلاء . وأما رواية سمرة بن جندب : ان النبي «ص» قال : من أحاط  
حائطاً على أرض فهي لــه [الجامع الصغير رقم ٨٣٠٧] وان كان ظاهرها  
الملكية لكن لابد من حملها على مجرد الاولوية بمقتضى الروايات الدالة على  
حصول الملكية في الارض الموات بالاحياء ، اذ لو حصلت الملكية بمجرد  
جعل المحاط لأثر للاحياء حينئذ في حصول الملكية .

الى سائر آبار القناة بل وبالنسبة الى اراضي الموات التي تسقى بما فيها بعد جريانه ، فليس لاحد احياء تلك القناة ولا احياء تلك الاراضي . وكذا اذا اراد احياء أجمة فيها الماء والقصب فعمل على قطع مائها فقط فهو تججير لها ، فليس لاحد احياؤها بقطع قصبهما<sup>١</sup> .

( مسألة : ١٩ ) لابد من ان يكون التججير مضافاً الى دلالة على اصل الاحياء دالا على مقدار ما يريد احياءه ، فلو كان ذلك بوضع الاحجار او جمع التراب او غرز الخشب أو القصب مثلا لابد ان يكون ذلك في جميع الجوانب حتى يدل على ان جميع ما احاطت به العلامة يريد احياءه<sup>٢</sup> . نعم في مثل احياء القناة البائرة يكفي

---

ومن ذلك يظهر حمال رواية ابي داود المرزوقي من طرق العامة : من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو له [ الخراج لابي داود ] .

١) وذلك لما تقدم آنفأ من أن ظاهر بعض الاصحاحات من جهة عدم الاقتصاد على عنوان التججير والشرع في الاحياء ان كل ما يدل على ارادة الاحياء وان لم يكن شرعاً في الاحياء -- كقطع ماء أجمة ( هي مأوى الاسد ) وفيها الماء -- والقصب يوجب اولويته عرفاً من غيره في اعتبار العقلاء ، فليس لاحد قطع قصبهما لاحياؤها ، كما لا يجوز احياء القنوات والاراضي الميتة بمجرد عمل يدل على قصد الاحياء من شخص آخر للسبق وال الاولوية عرفاً .

٢) فلو وضع الاحجار او غرز الاخشاب او القصب حول أرض متسع لا يمكن له احياؤها لمحدودية امكاناته فلا يوجب اولويته من غيره بالنسبة الى

الشرع في حفر احدى آبارها كما اشرنا اليه آنفاً ، فإنه دليل بحسب  
العرف على كونه بقصد احياء جميع القناة<sup>(١)</sup> .

بل الارضي المتعلقة بها ايضاً<sup>(٢)</sup> . بل اذا حفر بثراً في ارض  
موات بالاصل لاجل احداث قناة يمكن ان يقال: انه يكون تحجيراً  
بالنسبة الى اصل القناة والى الارضي الموات التي تسقى بمائتها بعد  
تمامها وجريان مائتها ، فليس لاحد احياء تلك الجوانب حتى يتم  
القناة ويعين ما تحتاج اليه من الارضي<sup>(٣)</sup> . نعم الارض الموات التي

ما زاد عن امكانته عند العقلاء .

كما في الجوادر نقلاب عن الاسعاد : وانما يتحجر ما يطبق احياؤه بل ينبعي  
أن يقتصر على قدر كفایته لثلا يضيق على الناس ، فان تحجير ما لا يطبق احياءه أو  
زادأ على قدر كفایته فلغيره أن يحيى الزائد على ما يطيقه وعلى قدر كفایته ،  
كما قواه في الروضة بعد أن نقله فيها كأصلها عن المتولى [الجوادر ج ٣٨ ص

٦٠]

١) لأن حفر القناة عرفاً انما يكون بمحفر الآبار واحداً بعد واحد لابحفر  
جميع الآبار دفعة واحدة .

٢) لأن الشرع في حفر بئر واحد من تلك القناة البائرة تحجير عرفاً  
بالنسبة الى سائر الآبار من تلك القناة البائرة والارضي المتعلقة بها لاحياء  
تلك القناة ويكون المقدم على الاحياء أولى من سائر الناس بحسب ارتکاز  
العقلاء وبنائهم .

٣) لما تقدم أن عنوان التحجير لم يرد في النصوص والادلة ، والمراد به

ليست من حريم القناة ومما علم انه لا يصل اليها مأواها بعد جريانه  
لابأس باليائتها<sup>١٤</sup>.

( مسألة : ٢٠ ) التحجير كما اشرنا اليه يفيد حق الاولوية ولا  
يفيد الملكية<sup>١٥</sup> ،

---

مطلق ما يدل على ارادة الاحياء ، ويكون صاحب القناة أولى من سائر الناس  
بالاضافة الى الاراضي الموات التي تسقى بماءها بعده تمامها وجريان مائها .

١) لعدم صدق السبق من أحد بالنسبة الى الاراضي التي لا يصل اليها  
ماءها .

٢) كما هو المشهور أو المجمع عليه ، مضافاً الى أنه اذا أفاد الاحياء فلا بد  
أن يفيد التحجير أولوية ، والا فلامعنى لتعليق الملكية على الاحياء لأنها تحصل  
قبله بالتحجير ، فلامورد لقوله «من أحى أرضًا مواتاً فهي له» الا بعض الموارد  
النادرة لحصول التحجير وما يدل على ارادة الاحياء قبل ذلك .

فعلى ذلك مادل بظاهره على حصول الملكية بالتحجير لا بد من أن يحمل  
على مجرد الاولوية أو حصول الاحياء بذلك ، كما في رواية سمرة بن جندب:  
ان النبي «ص» قال : من أحاط حائطاعلى أرض فهي له [ الجامع الصغير رقم  
٨٣٠٧ ] وكذلك حديث أبي داود المروي من طرق العامة : من سبق الى مالم  
يسبق اليه مسلم فهو له [ المخرج لابي داود ] .

مضافاً الى أن رواية سمرة عامية ضعف سندها واستناد الاصحاب اليها  
غير معلوم مع عدم اقتصارهم على الماء في التحجير .

نعم قد يشكل بأن الحيازة اذا تحققت تفييد الملكية ، ولذا ذهب في جامع  
المدارك الى تقوية الملكية في التحجير وقال : فان تم الاجماع فلا كلام والا

فلا يصح بيعه على الاحتياط<sup>١</sup> وإن لا يبعد الجواز<sup>٢</sup> نعم يصح

الصلح عنه ويورث ويقع ثمناً

يشكل لازمه مع اعتبار العقلاه الملكية حيث أن المحجر ليس للغير التصرف فيه ويجوز نقله الى الغير بمثل الصلح ويبدل بازائه المال لسم لا يكون ملكاً مضافاً الى ظهور الخبر المذكور في الملكية .

ولكن قد تقدم آنفًا أنرواية سمرة عامية ضعيفة المسند ، واستناد الأصحاب  
اليها غير معلوم مع اقتصارهم على المهاط في التحجير ، وبأن اعتبار العقلاة  
الملكية في جميع موارد التحجير حتى اذا كان التحجير بعلامة غير معلوم ، وبأن  
دليل الحيازة اما الاجماع فهو في مثل ما نحن فيه مما ادعى الاجماع على الاولوية  
لايدل على ازيد منها . وأما بناء العقلاة في بعض الموارد فهو بعد ما عرفت من عدم  
معلوماتية اعتبار الملكية في جميع موارد التحجير لا يدل على الملكية في جميع  
موارد التحجير .

وأما «من سبق ...» فهو-- بعد تمكّن الأصحاب به لـأولوية من سبق إلى مكان مباح كالمدارس والمساجد لـالملكية الرقبة -- لا يدل على ازيد من الأولوية .

١) بل في الجوادر : وعلى كل حال فلاشكال في عدم بيعه لعدم الملك بل ولاهنته ، وإن قال في القواعد : لم يصح على اشكال ، وفي جامع المقاصد : وجوز نقله بالهبة كالصلح وهما معاً كماترى ، ومن الغريب ما عن التذكرة من احتمال صحة البيع ، لأن الأرض المفتوحة عنوة تباع بمجرد الاولوية تبعاً لللأثار ، ولأنه حتى يقابل بالمال فيجوز المعاوضة عليه ، اذ هو كماترى ، انتهى [ الجوادر

ج ٣٨ ص ٥٨]

٢) لأن حقيقة البيع عرفاً وشرعاً على ماعرفة مصباح اللغة ليس الامبالدة

## في البيع لأنه حق قابل للنقل والانتقال<sup>١٤</sup>.

مال بمال ، ولا يعتبر أن يكون المباع ملكاً ، فإذا جاز نقله إلى الغير بمثل الصلح وبذل المال بأزاره يصدق البيع على مبادلته بالمال وإن لم يكن ملكاً ، كما يصدق البيع على مبادلة السرقة ليات وحق امتياز الهاتف ونحوهما من الحقوق .

١) فلا مانع من المصالحة عليه لعدم اعتبار مورد المصالحة أن يكون ملكاً وإن قيل بذلك في البيع بمقتضى مادل على أنه لا يبيع إلا في ملك ، فلامانع من أن يورث أيضاً بمقتضى مادل على أن ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه .

كما أنه لاشكال في جواز وقوعه ثمناً في المباع ، لعدم اعتبار التمليل فيه حتى يقال انه لا يتحقق في مثل نقل الحق . قال سيدنا الاستاد دام ظله في هذا المقام : الجهة الثانية -- وهي مورد البحث الأصلي -- أنه هل يعتبر في البيع أن لا يكون الحق عوضاً أو معواضاً لخرج عن صدق البيع ، ولابد في صدقه أن يكونا عينين أو منفعتين أم لامطلقاً أو يفصل بين العوض والمعوض ؟

يمكن تقريب الأول : بأن المعتبر في البيع تمليل العوضين ، فيقوم كل منهما مقام الآخر في الملكية ، وهذا المعنى غير متصور في نقل الحقوق ، لأن اعتبار الحق غير اعتبار الملك والسلطنة كمامر . وأيضاً لا يكون الحق مملو كاً الذي الحق بل له إضافة خاصة بها يستحق ، لا إضافة مالكية حتى يكون له إضافتان : إضافة حق وإضافة مالكية الحق . نعم لكل ذي حق وملك سلطنة عليهم ، وهي من الأحكام العقلائية أهما ، فإن لم يكن الحق ملكاً ولا مملوكاً وإن أطلق عليه بنحو

( مسألة : ٢١ ) يشترط في مانعية التحجير أن يكون المحجر متancockاً من القيام بتعديله ولو بعد زمان طويلاً بشرط أن لا يوجب تعطيل الموات ، فلو حجر من لم يقدر على إحياء ما حجره أما لفقره أو لعجزه عن تهيئته أسبابه فلا اثر لتحجيره ، وجاز لغيره أحياوته<sup>١)</sup>

---

من المسامحة لا يكون نقله بيعاً سواء كان من طرف أو طرفين . وفيه منع اعتبار التمليل والتملك في ماهية البيع ، كما مر من صدق البيع على بيع الوقف العام مع عدم دخول ثمنه في ملك أحد ، وكما في بيع الغلات الزكوية بالنقد الذي يرى بناءً على عدم مملوكة الزكاة لاحتبال يكون الأصناف مصارف لها كما لا يبعد .

ففي أمثل ذلك يكون التبادل بين المالين في السلطنة من طرف أو طرفين لافي الملكية مع وضوح صدق البيع عليه ، وهو شاهد على عدم اعتبار التمليل والدخول في الملك في العوضين لدى العقلاة ، وقد مر ضعف التفصيل بين العوض ، والمعوض وتوهم صحة المبادلة بين العينين في السلطنة دون الحقوق في غاية الضعف .

والأنصاف أن نقل الحقوق بالعوض بدل بالحقوق ، والأملاك بها أو بالعكس بيع عرفاً ، فيبيع حق التحجير بالثمن بيع لدى العقلاة [ البيع ج ١ ص ٣١ - ٣٢ ] .

١) كما في الجوادر : ولو اقتصر على التحجير وأهمل العمارة أجبره الإمام على أحد أمرتين : أما الأحياء وأما التخلية بينها وبين غيره . ولو امتنع آخر جها السلطان من يده لثلا يعطلها ، بلا خلاف أجده بين من تعرض له كالشيخ وابن حمزة والفاضلين والشهيدين وغيرهم على ماحكى عن بعضهم ، معللين له بقبح تعطيل العمارة التي هي منفعة الإسلام [ الجوادر ج ٣٨ ص ٥٩ ] .

وكذا لوحجر زائدأ على مقدار تمكنه من الاحياء لا اثر لتحجيره  
الا في مقدار ما تمكمن من تعميره واما في الزائد فليس له منع الغير  
عن احيائه<sup>١</sup> ، فعلى هذا ليس لمن عجز عن احياء الموات تحجيره  
ثم نقل ما حجره الى غيره بصلاح او غيره مجاناً او بالغرض ، لانه  
لم يحصل له

---

ويمكن تقريب ذلك مضافاً الى القواعد بالروايات ، كما ورد في صحيحه  
احمد بن محمد بن ابي نصر ومضمورة صفوان من قوله عليه السلام : وما لم يعمر  
منها أخذه الوالي فقبله من يعمره وكان لل المسلمين [الوسائل ج ١١ ص ١٢٠] .  
ويؤيده - وان لم ينطبق على ما ذكرنا - رواية يونس عن العبد الصالح  
عليه السلام : ان الأرض لله تعالى جعلها وفقاً على عباده ، فمن عطل أرضاً ثلاث  
سنين متواتلة لغير ماعلة أخذت من يده ودفعت الى غيره [الوسائل ج ١٧ ص  
٣٤٥] .

نعم لا يمكن الاستدلال بهذه الرواية لاسنداً ولادلة : أما سندأ فلوقوع  
شبهة الارسال في سند الكافي ، وأما دلالة فلتقييد العطلة بثلاث سنين مع أن  
الفتوى على مجرد صدق العطلة .

هذا مضافاً الى دلاته على أن ترك السابق مطالبة حقه عشر سنين يوجب  
زوال الحق ، مع أن مقتضى الفتوى هو الانتزاع من يده من دون دفع شيء له  
عن حق تحجيره كما اعترف به صاحب الجواهر [الجواهر ج ٣٨ ص ٦٠] .  
(١) لعدم ثبوت حق التحجير له في ذلك المقدار بمقتضى النص والفتوى ،  
فلاموجب للمنع .

حق حتى ينقله إلى غيره <sup>١</sup> .

( مسألة : ٢٢ ) لا يعتبر في التحجير أن يكون بال مباشرة ، بل يجوز أن يكون بتوكييل الغير أو استئجاره ، فيكون الحق الحاصل بسببه ثابتًا للموكيل والمستأجر لالوكييل والاجير <sup>٢</sup> .

---

١) اذا المفروض أنه لا يحصل الحق بمجرد التحجير مالم يتمكن من الاحياء كما عليه النص والفتوى .

٢) اذا ينبغي التأمل في أن الرجوع المرتكز العرفي الذي هو المعيار المائز بين ما تدخله النيابة والوكالة وما لا تدخله - يقتضى البناء على كون عنوان التحجير مما تدخله النيابة ، فإنه عند العرف كذلك ، فإذا كان عمل الوكييل عمل الموكيل اعتباراً يكون حق التحجير له بحسب اعتبار العقلاء .

هذا في التوكيل ، وأما في الاجارة فلان التحجير عمل مباح متمول قابل للتمليك بالاجارة ، فإذا كان العمل مملوكاً للمستأجر يكون الحاصل منه أيضاً ملكاً له من جهة تبعية الشمرة للشجرة وتبعد النماء للأصل عرفاً وارتکازاً . ولذلك قال المحقق في الشرائع في كتاب الشركـة: اذا استأجره للاحتطـاب او الاحتـشاش او الاصطيـاد مدة معينة ، صـحت الاجـارة ، ويـملك المستـأجر ما يـحصل في تلك المـدة .

ثم انه يدل على حصول الاولوية بالتوكييل او الاستئجار للتحجير العمومات والاطلاقات الدالة على حصول الحق بذلك بعد مفروضية أن المرتكزات العرفية قاضية بقبول ذلك للكالة والتمليك بالاجارة ، فحينئذ الاطلاقات تشمل الموكيل والمستأجر لالوكييل والاجير .

كتفو له صلى الله عليه وآله « من أحاط حائطاً على أرض فهـى له » [الجامع

واما كفاية وقوعه عن شخص نيابة عن غيره ثم اجاز ذلك الغير  
في ثبوته للمنوب عنه فبعيد<sup>١٠</sup>.

(مسألة : ٢٣) لو انمحت آثار التحجير بنفسها قبل ان يقوم  
المحجر بالتعديل بطل حقه وعاد الموات الى ما كان قبل التحجير<sup>١١</sup>

---

الصغير رقم ٨٣٠٧ [ وقوله « من سبق الى مالـم يسبق اليه مسلم فهو له » ]  
[ الخراج لابي داود ] ويدل عليه أيضاً مادل على أن من حاز ملك ، فإن المضمون  
المذكور وان لم يرد به نص بلفظه فقد ورد ما يدل على معناه ، مثل قوله عليه  
السلام « لليد ما أخذت وللعين مارأت » [ الوسائل ، الباب ٣٨ من أبواب  
الصيد ، الحديث ١ ] .

١) لعدم استناد التحجير الى المنوب عنه بمجرد قصد النيابة عن الغير من  
دون اذن وتوكييل فيه ، فلا يشمله الاطلاقات والعمومات .

كما أنه جاء في مستمسك العروة الوثقى للسيد الحكيم الطباطبائي قدس  
سره : نعم هنا شيء ، وهو : أن ملك الحيازة هل يحصل بمجرد نية المباشر  
عن غيره كما يحصل بعقد الاجارة أولاً؟ فيه اشكال ، ومتى تضيى أصل الامر عدم ترتب  
الاثر عدمه ، بل العدم مقتضى قاعدة السلطة على النفس ، ومن ذلك يشكل البناء  
على عموم صحة النيابة ولو تبرعاً .

٢) لأن عدة الدليل على ثبوت حق التحجير هو الاجماع وهو دليل ليبي  
والقدر المتيقن من ايجابه لحق الاولية ما اذا كان آثار التحجير بنفسها باقية دون  
ما اذا كانت زائلة بنفسها ، ففي ما اذا كانت آثار التحجير زائلة بنفسها يكون المرجع  
اطلاقات مادل على أن من أحسي أرضأً فهي له .

واما لو كان بفعل شخص غير المحجر فلا يبعد بقاوئه<sup>١</sup> مع قرب زمان المحو ، ومع طول المدة فالظاهر بطلانه مطلقاً<sup>٢</sup> ، بل لا يبعد بقاء الحق مع المحو بنفسها اذا لم يكن ذلك لطول مدة التعطيل ،

كما في الجوادر : ولكن مع ذلك كله فالانصاف أن العمدة الاجماع المزبور والافما في التذكرة والمسالك وبعض كتب الشافعية - من الاستدلال عليه بأنه اذا أفاد الاحياء ملكاً فلابد أن يفيد التحجير الذي هو الشروع فيه أو لوية نحو البيع والاستيام -- كما ترى ضرورة عدم الملزمة ، مع احتمال أن التحجير أعم من الشروع فيه وان فسره به في القواعد والمسالك وغيرهما [ الجوادر ج ٣٨ ص ٥٧ ] .

وقال في موضع آخر : كما أن في جامع المقاصد ومحكم التذكرة من تقييد ذلك بما اذا بقى آثار التحجير والاعادات مواناً كذلك أيضاً ، والافتراضي الاستصحاب ببقاء الحق وان زالت الآثار ، اذهى -- وان كانت سبباً في ثبوت الحق -- لافتراضي زوالها للاصل ، وخصوصاً اذا ازاله الظالم او غيره لاما اذا زالت بنفسها . نعم لو كان ثبوت حق التحجير بها على نحو ما تسمعه في الرجل اتجه حينئذ زوال الحق الا أن ذلك مقطوع بخلافه [ الجوادر ج ٣٨ ص ٦٠ - ٦١ ] .

(١) لانه مقتضى استصحاب بقاء الحق ، بل للارتكاز العرفي على بقاء الحق الاولوية الثابتة قبل الزوال في هذا المورد .

(٢) لان شمول معقد الاجماع لمثل ذلك لولم يكن معلوم العدم فلا أقل من أنه مشكوك ، ومقتضى اطلاق أدلة الاحياء لكل أحد حتى بالإضافة الى غير من حجر الارض عدم الاثر للتحجير هنا .

كما لو حصل بالسيل أو الرياح مثلاً<sup>١</sup>.

(مسألة : ٢٤) ليس للمحجر تعطيل الموات المحجر عليه والاهمال في التعمير، بل اللازم ان يشتغل بالعمارة عقب التهجير، فان أهمل وطالت المدة واراد شخص آخر احياءه ، فالاحوط ان يرفع الامر الى الحاكم مع وجوده وبسط يده الا أن يبدي عذراً موجهاً مثل انتظار وقت صالح له او اصلاح آلاته او حضور العملية فيمهل بمقدار ما يزول معه العذر<sup>٢</sup>.

---

١) لما تقدم من بقاء لحق وال الاولوية بحسب ارتکاز العرف في أمثال المورد، ومقتضى الاصل أيضاً بقاء ذلك .

٢) كما في الجواهر: بلا خلاف أجدوه بين من تعرض له كالشيخ وابن حمزة والفضلين والشهيدين وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، معللين له بقبح تعطيل العمارة التي هي منفعة الاسلام .

نعم ان ذكر عذراً في التأخير كاصلاح الالة أو غيبة العمال أو إبقاء العبد ونحوه أمهله الامام بقدر ما يزول معه العذر ، وان لم يذكر عذراً ألزمه بأحد أمرین ، وان أبقى له مدة قريبة يستعد فيها للعمارة بحسب ما يراه ولا يتقدر عندنا بقدر ، فاذا مضت مدة الاموال ولم يشتغل بالعمارة رفع يده واذن للناس فسيعمارتها . ونحو ذلك ذكر العامة أيضاً. الى أن قال : الى غير ذلك مما ذكره مما يناسب أصولهم التي منها القياس والاستحسان والمصالح المرسلة ومطلق الاجتهاد بخلاف أصولنا التي مقتضاها الوقوف على ماجاء عن أهل بيت الوحي عليهم السلام .

وليس من العذر عدم التمكّن من تهييّة الأسباب لفقره منتظرًا  
للغنّى والتمكّن<sup>١١</sup> الا اذا كان متوقعاً حصوله بحصول اسبابه ، فإذا  
مضت المدة في الفرض المتقدّم ولم يشتعل بالعمارة بطل حقه وجاز

والذى عثّرنا عليه مناسبأً لذلك مضافاً إلى بعض القواعد التي يمكن  
تقريرها هنا : خبر يونس عن العبد الصالح عليه السلام : ان الأرض لله تعالى  
جعلها وفقاً على عباده ، فمن عطل أرضاً ثلاثة سنين متواتلة لغير ماعلة أخذت  
من يده ودفعت إلى غيره - الحديث [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٥ ].  
وان كان هو غير منطبق على تمام ما سمعت والذي مقتضاه هو الانتزاع من  
يده دون دفع شىء له عن حق تحجّره الذي لا ريب في جواز نقله بالصلاح  
ونحوه ويورث [ الجوادر ج ٣٨ ص ٥٩ ].

ويمكن أن يقال : ان الرواية المذكورة لاتصلح لاسندأ ولا دلالة : أمّا  
اسندأ فلو قوع سهل بن زياد في سنته ، مضافاً إلى شبهة الارسال في سند الكافي  
وأما دلالة فلتقييد العطلة بثلاث سنين مع أن الفتوى على مجرد صدق العطلة .  
وعلى ذلك ان تم الاجماع فهو والا فمقتضى القاعدة هو بقاء حقه وعدم جواز  
مزاحمته مالم يوجب عطلته ضرراً على المجتمع الإسلامي ، والافعلى الحاكم  
أن يأمره بالاحياء أو برفع اليدي معأخذ حقه بناءً على ثبوت الولاية العامة للفقيه  
في زمن الغيبة .

١) لانه اهمال للأرض عرفاً وضيقاً ومزاحمة للناس في حق مشترك فيمنع  
منه ، كمال وقف في شارع وذلك مما لا خلاف فيه ظاهراً ولاشكال .  
كما في الجوادر : نفلا عن الاسعاد الذي هو من اجل كتب الشافعية وإنما  
يتحجر ما يطيق احياؤه ، بل ينبغي ان يقتصر على قدر كفايته لئلا يضيق على

لغيره القيام بالعمارة<sup>١</sup> . و اذا لم يكن حاكم يقوم بهذه الشؤون فالظاهر انه يسقط حقه ايضاً لو اهمل في التعمير و طال الاهمال مدة طويلة يعد مثله في العرف تعطيلاً لغيره احياؤه وليس له منه<sup>٢</sup> . والاحوط مراعاة حقه مالم تمض مدة تعطيله و اهماله ثلاثة

سنين<sup>٣</sup> .

(مسألة : ٢٥) الظاهر انه يتشرط في التملك بالاحياء قصد التملك كالتملك بالحيازة مثل الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش ونحوها، فلو حفر بئراً في مفازة بقصدان يقضى منها حاجته مادام

---

الناس ، فان تحجر مالا يطيق احياؤه او زائدأ على قدر كفايته فلغيره ان يحيى الزائد على ما يطيقه وعلى قدر كفايته كما قواه في الروضة بعد ان نقله فيها كأصلها عن المتأوى .

١) وعليه فالحكم متسالم عليه حتى عند العامة .

٢) وذلك لما تقدم من أن عمدة الدليل على ثبوت الحق هو الاجماع والقدر المتيقن منه ما اذا لم يمض عليه مدة يوجب اهمال الارض وتعطيله عرفاً ففي مورد يكون كذلك لا اجماع ومقتضى ارتکاز العرف أيضاً عدم ثبوت الحق ويقتضيه أيضاً رواية يونس المتقدمة .

٣) وذلك لخبر يونس عن العبد الصالح عليه السلام : ان الارض لله تعالى جعلها وفقاً على عباده ، فمن عطل ارضًا ثلاثة سنين متواتية لغير ماعلة اخذت من يده ودفعت الى غيره [الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٥] . والرواية من جهة ضعفها سندأ لا يتم الاستناد بها ، ولذلك احتاط المانن

باقياً لم يملكه ، بل لم يكن له الحق الاولوية مادام مقيماً ، فاذا ارتاحل زالت تلك الاولوية وصارت مباحاً للمجتمع ١٠ .

دام ظله مراعاة الحق ثلاث سنين على نحو الاستحباب .

١) وفي الجوادر : نعم زاد في الدروس على ذلك كله قصد التملك ، وفي المسالك ان المصنف اشار اليه بذكر الشرائط المزبورة للملك الذي هو ارادة الملك فيستلزم القصد بخلاف ما يجعلها شرطاً للملك .

وفيه : انه لا دليل على اشتراط ذلك بل ظاهر الادلة خلافه والاجماع مظنة عدمه لا العكس ، كما ان دعوى الانسياق من النصوص والأقل من واضحة المنع وان مال اليه في الرياض لذلك وعدم ملك الوكيل او الاجير الخاص لالعدم قصد تملكها وقصد تملك غيرهما ، بل لصيرورة الاحياء الذي هو سبب الملك لغيرهما بقصد الوكالة والاجازة ، فيكون الملك له فلا يستفاد من ذلك اشتراط قصد التملك كما توهם ، بل لا يستفاد منه اعتبار قصد العدم فضلاً عن القصد .

ضرورة ظهور الادلة في أنه متى وجد مصادق احياء ترتب الملك عليه وان قصد العدم ، لأن ترتب المسبب على السبب قهري وان كان ايجاد السبب اختيارياً . اللهم الا أن يشك في السبب حينئذ . وفيه منع لاطلاق الادلة ، بل لعل ماسمعته من ملك الموكل والمستأجر بفعل الوكيل والاجير الخاص وان لم يقصد الاحياء دليلاً على ماقلنا . فتأمل جيداً فانه دقيق . فالمنتهى ارادة الملك من التملك وانكار ذلك شرطاً . انتهى [ الجوادر ج ٣٨ ص ٣٢ ] .

وفيه : أولاً ان الاحياء من الاسباب العقلائية للملك كالاصطياد والاحتطاب والاحتشاش ، وترتباً على الاحياء وغيره لا يكون من النتائج القهريه

( مسألة : ٢٦ ) الاحياء المفید للملك عبارة عن جعل الارض

حية بعد الموتان واخراجها عن صفة الخراب الى العمran ، ومن المعلوم ان عمارة الارض اما يكونها مزرعاً او بستانأ ، واما يكونها مسكنأ وداراً ، واما حظيرة للاغنام والمواشى ، او لحوائج آخر كتجهيف الشمار او جمع المحطب او غير ذلك ، فلابد في صدق احياء الموات من العمل وانهائه الى حد صدق عليه احد العناوين العامرة بأن صدق عليه المزرع او الدار مثلاً او غيرهما عند العرف<sup>١</sup> . وبكفى

---

والغير الاختيارية عندهم والالم يحصل الانفكاك حتى في مورد الوكيل والمستأجر بل تكون هذه الاسباب من الاسباب الاختيارية عندهم ، ولذلك لو كان قصد المحبى انتفاع العامة من هذا الارض صارت مباحاً للجميع . والنصوص أيضاً ناظرة الى هذا الارتكاز العقلائي ، فلا إطلاق لها حتى مع قصد عدم التملك أو عدم قصد التملك كي يتمسك باطلاقه .

وثانياً : انه قدس سره ذهب الى عدم لزوم القصد في الاحياء ، مع أن الاحياء الذي هو السبب للملكية كسائر الافعال لا يستند الى الشخص بدون القصد ، ومن المعلوم ان الاحياء مالم يستند الى شخص لا يوجب له الملكية او الاحقية ولا يعني بلزم قصد الاحياء قصد عنوان الاحياء بل يكفي قصد ما يصدق عليه بالحمل الشائع الصناعي عنوان الاحياء ، ولا اقل من الشك في اطلاق الادلة بالنسبة الى الاحياء الذي وقع من دون قصد . فافهم .

١) كما قال المحقق في الشرائع « الطرف الثاني في كيفية الاحياء وان المرجع فيه الى العرف لعدم التنصيص شرعاً ، وقد عرفت انه اذا قصد سكنى

أرض فأحاط ولو بخشب أو قصب أو سقف مما يمكن سكناه سمي أحياءاً ، وكذا لو قصد الحظيرة فاقتصر على الحاجز من دون السقف . وليس تعليق الباب شرطاً .

على ذلك مقتضى صدق الاحياء عرفاً وشمول اطلاق النصوص لجميع الموارد المذكورة في المتن حصول الملك.

١) لشمول الاطلاقات لأول مرتبة من مراتب الاحياء ، فلا يعتبر انهاؤها الى حد الكمال بل المعتبر بلوغها الى حد ينتفع بها عرفاً .

كما في الجوادر [ ج ٣٨ ص ٦٥ ] : لاختلاف بين الأصحاب فـي أن المرجع فيه إلى العرف لعدم التنصيص شرعاً على كيفية خاصة له حتى تقدم عليه ولائحة لو قلنا بتقدمنا عليها ، وما كان كذلك فلا إشكال في الرجوع فيه إلى العرف .

وما عن ابن نما - من أن التحجير أحياء - ليس خلافاً في ذلك كما مستعرض  
إنشاء الله الأأنه لما كان هو في بعض الأفراد محتاجاً إلى تنقية تعرض له الأصحاب  
ولذا قد عرفت أنه إذا قصد سكناً ارض فأحاط جميع أجزاء الدار ولو بخشب  
أو قصب أو سقف بعضاً مما يمكن سكانها منها يسمى أحياءاً بلا خلاف أجده  
بين من تعرض له كالشيخ والقاضي ويحيى بن سعيد والفضل والشهيدين والكركي  
وغيرهم على ما حكى عن بعضهم الاما سمعته من الحلبي .  
ويحيى بن فلان يعتبر فيه مع ذلك نصب الباب ، خلافاً لبعض العامة فاعتبره

## تكميلة :

يختلف ما يعتبر في الاحياء باختلاف العمارة التي يقصدها المحيي ، فما يعتبر في احياء الموات مزرعاً او بستاناً غير ما يعتبر في احياءه مسكنناً وداراً ، وما يعتبر في احياءه قناء او بثراً غير ما يعتبر في احياءه نهرأً وهكذا <sup>١</sup> . ويشترط في الكل ازالة الامور المانعة عن التعمير كالمياه الغالبة او الرمال والاحجار او القصب والاشجار لو كانت متاجمة وغير ذلك <sup>٢</sup> ، وبختصر كل منها ببعض الامور ، ونحن نبيّنها في ضمن مسائل .

---

والعرف شاهد على خلافه وان اعتيد وضعها للحفظ لا لاصل السكتني .  
كما أنه شاهد أيضاً على خلافه ما يحكى عنهم أيضاً من عدم اعتبار السقف لقوله «ص» : من أحاط حائطاً على أرض فهي له [المستدرك ، كتاب الاحياء  
الباب ١ الحديث ٣ ، وسنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٨] .

(١) لأن احياء كل شيء بحسبه ، ولو قصد حضيرة للغنم أو لتجفيف الشمار أو لجمع الحطب ونحوه فاقتصر على الحائط ولو بقصب أو خشب وأن نحوهما من دون السقف يحصل به الاحياء ، بل اخلاف أجده فيه ولاشكال في ذلك .  
كما أنه لو قصد باحياء الأرض الزراعة كفى في تملكتها التحجير بمرز أو مسنة وسوق الماء إليها بساقية أو ما شابهها ، كما في جملة من كتب الفاضل ومحكي المبسوط والمهدب .

(٢) لأن الملائكة في الاحياء عرفاؤهن معداً للانتفاع به فعلاً ، ولاشكال في أن ازالة الامور المانعة دخيلة في امكان الانتفاع به فعلاً .

(مسألة : ١) يعتبر في أحياء الموات داراً أو مسكنًا بعد إزالة الموانع لو كانت ان يدار عليه حائط بما يعتاد في تلك البلاد ولو كان بخشب أو قصب أو حديد أو غيرها ، ويصف ولو بعضه مما يمكن ان يسكن فيه <sup>١</sup> . ولا يعتبر فيه مع ذلك نصب الباب <sup>٢</sup> .

ولا يكفي ادارة الحائط بدون التسقيف <sup>٣</sup> . نعم يكفي ذلك في احياءه حظيرة للغنم وغيرها او لان يجفف فيه الشمار او يجمع فيه الحشيش والحطب <sup>٤</sup> ولو بنى حائطاً في الموات بقصد بناء الدار

---

١) لامكان الانتفاع به حينئذ في السكنى فيصدق عليه الاحياء ، كما في الجواهر : ولذا قد عرف أنه اذا قصد سكنى أرض فأحاط جميع اجزاء الدار ولو بخشب أو قصب أو سقف بعضاً مما يمكن سكناه منها يسمى احياءاً، بلا خلاف أجدده بين من تعرض له [الجواهر ج ٣٢ ص ٦٥] .

٢) لامكان الانتفاع به بدون نصب الباب ، فلا يعتبر فيه مع ذلك نصب الباب خلافاً لبعض العامة فاعتبره ، وفي قوله «ص» : من احاط حائطاً على أرض فهي له [المستدرك ، كتاب احياء الموات ، الباب ١ الحديث ٣ . وسنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٨] .

٣) لعدم صدق الدار عليه حينئذ وعدم امكان استفاده السكنى به في الليل والنهر .

٤) لامكان الانتفاع به في تلك الامور بدون التسقيف وخروجهما عن التعطيل وصيروتها ذات منفعة تخرج بها عن اسم الموات ، ويقتضيه رواية الحائط المتقدمة .

وفي الجواهر: وكذا يتحقق الاحياء عرفاً لو قصد الحظيرة للغنم أو لتجفيف

و قبل ان يسقف عليه بدلالة وقصد كونه حظيرة ملكه كما لو قصد ذلك من اول الامر<sup>١</sup> ، وكذلك ملكه في العكس بأن حوطه بقصد كونه حظيرة بدلالة ان يسقهه و يجعله داراً .

(مسألة : ٢) يعتبر في احياء الموات مزرعاً بعد ازالة الموانع تسوية الارض لو كانت فيها حفرو تلال مانعة عن قابليتها للزراعة وترتيب مائتها اما بشق ساقية من نهر او حفر قناة لها او بشر ، وبذلك يتم احياؤها وهي ملكها المعيني<sup>٢</sup> ، ولا يعتبر في احياءها حرثها فضلاً عن زرعها<sup>٣</sup> .

---

الثمار أول جمع الخطب ونحوه فاقتصر على الحائط ولو بقصب أو خشب أو نحوهما من دون السقف ، بالخلاف بل ولاشك في ذلك [ الجواهر ج ٣٨ ص ٦٨ ] .

١) لحصول الاحياء بذلك وكذلك في الفرع الاتي ، من جهة أن احياء كل شيء بحسبه ، كما في الجواهر : وان جاز العدول عن القصد في الاول واتخاذها داراً كما يجوز العدول عن قصد الدار بعد التحويط واتخاذها حظيرة ، فانه يملكها بذلك لصدق الاحياء عليها عرفاً ولو باعتبار اخراجها عن التعطيل الاول وصيروتها ذات منفعة تخرج بها عن اسم الموات [ الجواهر ج ٣٨ ص ٦٦ ] .

٢) بمقتضى صدق احياء الارض الموات بذلك فيشمله اطلاقات من احياء أرضًا فهي له .

٣) لصدق الاحياء عرفاً بدون الحرث والزراعة والسقي كما في الجواهر : نقلأ عن جامع المقاصد واعتبار تسوية الارض وازالة الارتفاع ليس بعيد ، لعدم صيروتها مزرعاً من دونه ، أما الحرث والسقي فلا دليل على اعتبارهما ، ولأنهما بمنزلة الزرع ، وهو غير شرط .

وان كانت الارض مما لا تحتاج في زراعتها الى ترتيب ماء لانه يكفيها ماء السماء كفى في احيائها اعمال الامور عدا ترتيب الماء وان كانت مهيئة للزراعة بنفسها بان لم يكن فيها مانع عنه مما ذكر ولم تحتاج الا الى سوق الماء كفى في احيائها ادارة التراب حولها مع سوق الماء اليها<sup>١</sup>.

وان لم تحتاج الى سوق الماء ايضاً من جهة انه يكفيها ماء لسماء كبعض الاراضي السهلة التي لا تحتاج في زراعتها الى علاج وقابلة لان تزرع ديمياً فالظاهر ان الاحياء المفيدة لملوكها انما هو بادارة المرز حولها مع حرثها وزراعتها<sup>٢</sup> ، بل لا يبعد الاكتفاء بالحرث

ثم قال : قلت : اعترف هو به ، بل في المتن والقواعد والتحرير والدروس ومحكي المبسوط والمذهب وغيرها انه لا يشترط حراثتها ولا زراعتها ، لان ذلك انتفاع كالسكنى [الجواهر ج ٣٨ ص ٦٩ - ٧٠] .  
١) لامكان الانتفاع به فعلاً فيصدق عليه المحياة .

٢) كما في التذكرة : الثالث ترتيب ماءها اما بشق ساقية من نهر او حفر بئر او قناة وسقيها ان كانت عادتها انها لا تكفى في زراعتها بماء السماء وان اكتفت بفلاحاجة الى سقى ولا ترتب ماء ، واذا احتاجت في السقى الى النهر وجب تهبياً ماء من عين او نهر او غيرهما ، فاذاهيأه فان حفر له الطريق ولم يبق الاجراء الماء فيه كفى ولم يشترط اجراء الماء ولا سقى الارض ، وان لم يحفر بعد فللشافعية وجهاً . وبالجملة السقى نفسه غير محتاج اليه في تحقق الاحياء ، انما الحاجة الى ترتب ما يمكن السقى منه .

فى تملكها، واما الاكتفاء بالمرز من دون حراثة وزراعة ففيه اشكال<sup>١</sup>  
نعم لا اشكال فى كونه تحجيراً مفيدةً للاولوية .

( مسألة : ٣ ) يعتبر فى احياء البستان كل ما اعتبر فى احياء  
الزرع بزيادة غرس النخيل او الاشجار القابلة للنمو<sup>٢</sup> ، ولا يعتبر  
التحويط حتى فى البلاد التى جرت عادتهم عليه على الاقوى<sup>٣</sup> ،  
بل الظاهر عدم السقى ايضاً فمجرد غرس الاشجار القابلة للنمو كاف

---

وأراضي الجبال التى لا يمكن سوق الماء اليها ولا يصيدها الاماء السماء ،  
قال بعض الشافعية : لامدخل للاحياء فيها وبنى عليه، اما اذا وجدنا شيئاً من تلك  
الاراضى فى يد انسان لم يحكم بأنه ملكه ولا يجوز بيعه واجارته، والوجه انه انها  
تملك بالحراثة وجمع التراب على الحدود وكثير من المزارع يستغنى عن  
سوق الماء اليه بالمطر [ نقل الجوواهر ج ٣٨ ص ٦٩ ] .

١) لعدم احراز صدق الاحياء بمثله .

٢) لأن اسم البستان لا يقع على الارض المهيأ له قبل الغرس ، بخلاف  
المزرعة ، فانها تقع على الارض قبل الزراعة ، فلو أراد المحى احياء الارض  
بستانًا لابد له من غرس الاشجار في الارض زيادة على ما اعتبر في الاحياء بالزرع  
من تسوية الارض وترتيب مائها اما بشق ساقية من نهر او قناة لها او بشر .

٣) لأن صدق البستان والانتفاع بالارض بستانًا لا يتوقف على المحافظ حتى  
في البلاد التى جرت عادتهم عليه على الاقوى ، بل المحافظ في هذه البلاد أيضاً  
انما يكون من جهة حفاظة البستان من سرقة ثمارها وضياعها بسبب الحيوانات  
فلا يتوقف صدق كون الارض محياً يجعله بستانًا على التحويط كما هو الظاهر .

. فيه ١٤

(مسألة : ٤) يحصل احياء البشر في الموات بأن يحفرها إلى ان يصل إلى الماء فيملكها بذلك، وقبل ذلك يكون تحجيراً لاحياء<sup>١</sup> واحياء القناة بأن يحفر الآبار إلى ان يجري ماؤها على الأرض<sup>٢</sup>، واحياء النهر بحفره وانهائه إلى الماء المباح كالشط ونحوه بحيث كان الفاصل بينهما يسيرأ كالمرز والمسنة الصغيرة ، وبذلك يتم احياء النهر فيملكه المحافر ، ولا يعتبر فيه جريان الماء فيه فعلا<sup>٣</sup> وان اعتبر ذلك في تملك المياه<sup>٤</sup>.

---

١) اذ قد يكون الأرض المرطوبة التي لا تحتاج إلى السقي أون من الارضي التي يمطر عليها في غالب الأوقات .

٢) لأن قابلية البشر للانتفاع انما يحصل بالوصول إلى الماء ، فقبل ذلك لا يكون قابلاً للانتفاع الذي به يخرج عن كونه مواتاً ودخوله في عنوان الحياة .

٣) لأن جريان الماء على أرض هو الاثر المترتب على عنوان القناة ، فيه يخرج عن كونه مواتاً ويصدق عليه المحيا عرفاً بعد وصوله إلى جريان الماء على الأرض .

٤) لأن امكان الانتفاع بالنهر يحصل بالانهاء إلى الماء المباح كالشط ونحوه ولا يتوقف على جريان الماء فيه فعلاً .

٥) لأن حيازة المباحث الاولية الذي هو سبب تملك الماء يتوقف على جريان الماء في النهر ودخول الماء في سلطة صاحب النهر .

## القول في المشتركات

وهي الطرق والشوارع والمساجد<sup>١</sup> والمدارس والرباطات

١) كما في رواية السكوني عن جعفر بن محمد عن آباءه عليهم السلام  
قال : قال رسول الله «ص» : سوق المسلمين كمسجدهم ، فمن سبق إلى مكان  
 فهو أحق به إلى الليل [البحار ج ١٠٤ ص ٢٥٤] ، والوسائل الباب ٥٦ من  
 أبواب أحكام المساجد من كتاب الصلاة ، والباب ١٧ من أبواب آداب التجارة  
 من كتاب التجارة [ ] .

ولذلك أيضاً في النهاية ومحكي السائر : لو اشتري داراً فيها زيادة من  
 الطريق ولم يعلم المشتري ثم علم بعد ذلك لم يكن عليه شيء اذا تميز ، فاذا  
 تميز وجب عليه ردتها اليه ورجوع على البائع بالدرك .

ولعله لموثق ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام سأله عن رجل اشتري  
 داراً فيها زيادة من الطريق . قال : ان كان ذلك فيما اشتري فلا يأس [ الوسائل ،  
 الباب ٢٧ من أبواب عقد البيع ، الحديث ٤ من كتاب التجارة ] .

وال المياه والمعادن <sup>(١)</sup> .

(مسألة : ١) الطريق نوعان نافذ وغير نافذ <sup>(٢)</sup> فالاول – وهو المسمى بالشارع العام – محبوس على كافة الانماط ، والناس فيه شرع سواء. وليس لأحد أحياوه والاختصاص به ، ولا التصرف في ارضه ببناء دكة او حائط او حفر بئر او غرس شجر او غير ذلك <sup>(٣)</sup> .

١) كما في رواية علي بن ابراهيم : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الانفال فقال : هي التي خربت – الى أن قال .. والمعادن منها [ الوسائل ، الباب ١ من أبواب الانفال ، الحديث ٢٠ من كتاب الخمس ] ويأتي تفصيل تلك الامور المذكورة في المتن طي مسائل ، والمقصود هنا الاشارة الى بعض الادلة . وفي التذكرة : كل رقبة أرض فاما أن تكون مملوكة ومنافعها تتبع الرقبة فلما يملكها الانتفاع بها دون غيره الا باذنه بالاجماع ، واما ان لا تكون مملوكة . فاما ان تكون محبوسة على الحقوق العامة كالشوارع والمساجد والربط او تكون منفكة عن الحقوق الخاصة وال العامة وهي الموات » ونحوه في المسالك .

قال صاحب الجوادر : ومقتضاه عدم ملك المسلمين لها على نحو ملكهم للمفتوحة عنوة وربما يترب على ذلك ثمرة ، كالبيع ونحوه من المحاكم لو اقتضت مصلحة لذلك ، كما أشرنا اليه سابقاً [ الجوادر ج ٣٨ ص ٧٦ ] .

٢) أي عام مسلكه لكل أحد كما في المنجد ص ٨٢٤ ( ونفوذاً ونفاذًا ) الامر او القول : مضى وجرى وتم او -- المنزل الى الطريق : اتصل به او --- الطريق : عم مسلكه لكل أحد فهو نافذ اي عام ) .

٣) كما في الجوادر ج ٣٨ ص ٧٦ : وعلى كل حال ففي المتن وغيره

أما الطرق ففائدتها الاستطراف والناس فيها شرع سواء، فلا يجوز الانتفاع فيها بغيره إلا ما لا يفوته به منفعة الاستطراف كالجلوس غير المضر بالمارة ، لاجماع الناس عليه في جميع الامصار كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضه .  
بل قد يقال: إن السيرة تقتضى جواز الارتفاع بالطرق بغير الاستطراف كوضع الأحمال ووقف الدواب فضلاً عن وقوف الشخص نفسه لاغراض تتعلق له بذلك ، فيتجه حينئذ عدم تسلط المستطرق على ما كان كذلك لاشتراك الجميع في حق الارتفاع .

وحيثئذ فما في المتن كقول الفاضل في الارشاد : لا يجوز الانتفاع بالطرق في غير الاستطراف الا بما لا يفوته معه منفعة الاستطراف لا يخلو من نظر . الى أن قال : انما الكلام فيما أشرنا اليه من تقديم حق الاستطراف على باقي المرافق عند التعارض ، ولعل السيرة خصوصاً في بعض الافراد تقتضي خلافه .  
فيتجه أن يقال : إن جميع ما يعرض للمستطرق من المرافق التي يحتاجها في استطراده من جلوس ووقف ونحوهما لأفرق بينها وبين الاستطراد ، ومنه ما يحتاج اليه من كان بباب داره الى الطريق من ادخال الأحمال والدواب ونحوها باعتبار أن ذلك كله من توابع استطراده . وأما اذا لم يكن كذلك بل كان مرفقاً لامن حيث الاستطراد كالجلوس للبيع ونحوه فلاريـب في تقدم حق الاستطراد عليه عند التعارض . انتهى ولقد أجاد فيما أفاد .

ولكن لا يخفى عليك أن ما قامت عليه السيرة من توابع الاستطراد هي التي يتوقف الاستطراد عليه ، وأما اذا أمكن في غير محل العبور من طرفي الطريق مثلاً فلم يثبت السيرة على جوازه في محل العبور ولو مع المزاحمة فالجلوس للاستراحة أو الصلاة أو النوم أو نحوها اذا أمكن في غير محل العبور

نعم لا يبعد جواز غرس الاشجار واحداث النهر لمصلحة المارة  
لو كان الطريق واسعاً جداً كالشوارع الواسعة المستحدثة في هذه  
الاعصار<sup>١)</sup> ،

من الجانبين للطريق فلا يجوز في محل العبور اذا كان مزاحماً .  
وكيف كان فقد ألمح بعض الاعلام بناء الدكّة أو الحائط أو حفر النهر  
أو غرس الاشجار في أطراف الطريق فيما اذا لم تضر بالمارة بالجلوس الغير  
المضر ، كما يجوز أيضاً التصرف في فضاء الطريق باخراج روشن أو جناح  
أو بناء سباق أو فتح باب أو نصب ميزاب ونحو ذلك اذا لم يضر بالمارة ،  
وأيضاً التصرف في عمق الطريق كحفر سرداد تحته اذا أحکم الاساس والسفف  
بحيث يؤمن معه من التضييع والخسق .

ويمكن أن يقال : ان الطرق العامة ان كانت محبوسة للطريق من مالك يملكها  
فالتصرف فيه كالتصرف في الموقوفات ، فلا يجوز التصرف فيه في غير الاستطرار  
مطلقاً ، سواء كان في فضائه أو عمقه أو سطحه الا بما قامت السيرة عليه .  
واما ان كانت مواداً فتصير طرقاً بكثرة العبور فيها ، فالصرف في فضائه  
أو عمقه أو سطحه باق على الاباحة مالم يكن مزاحماً للاستطرار ، فلا مانع  
منه بلا حاجة الى قيام السيرة عليه كما لا يخفى .

ومما ذكر يظهر ما في دعوى صاحب الجواهر من أن مقنضي الاصل جواز  
الظليل بما لا يضر بالمارة وبناء الدكّة والنسيف ، وذلك لما عرفت من أن  
الطرق العامة لو كانت مملوكة قبل جعلها طرقاً كانت كالموقوفات ، فالاصل عدم  
جواز التصرف فيها بغير الاستطرار الا بما قامت السيرة عليه .

(١) وذلك لأن الطريق ان كان مسبوقاً بالملك وكان وفقاً من صاحبها على

كما ان الظاهر انه يجوز ان يحظر فيه بالوعة ليجتمع فيها ما  
المطر وغيره لكونها من مصالحه ومرافقه لكن مع سدها في غير  
اوقيات الحاجة حفظاً للمستطرقين والمارة ، بل الظاهر جواز حظر  
سرداب تحته اذا احکم الاساس والسقف بحيث يؤمن معه من  
النقض والمخسف<sup>١</sup> واما التصرف في فضائه باخراج روشن او جناح  
او بناء سباق او فتح باب او نصب ميزاب ونحو ذلك فلاشكال في  
جوازه اذا لم يضر بالمارة<sup>٢</sup> وليس لاحد منعه حتى من يقابل داره  
داره ، كما مر في كتاب الصالح :

ذلك فهو غير مانع من التصرفات لمصلحة المارة ، ومتى ضروري الاصل جوازه . وان  
كان أرضاً مواتاً فالاجماع قام على عدم جواز احياؤها للتملك . وأما أحياها  
بغرس الاشجار واحداث النهر لمصالحة المارة لم يقدم دليلاً على منعها ، ومتى ضروري  
الاصل حينئذ جوازه أيضاً .

١) اذا المفروض أنه لا يضر بالطريق ولا ينافي مصلحة المارة ، فمتى ضروري  
الاصل جوازه ولا مانع اذا لم يكن الطريق مسبقاً بملك أحد يوقفها لمصلحة  
المارة ، والا فلا تتجاوز التصرفات التي تقع في غير مصلحة الوقف بمقدسي أن  
الموقفات على ما يوقفها أهلها كما هو المستفاد من أدله .

٢) لانه متضمن الاصل بعد عدم الدليل على منعه ، وذلك كما اذا كان الارض  
مواتاً صارت طريقاً بسبب المارة ، فإنه وان لا يجوز أحياها للتملك ، حيث أن  
الارض وقعت حرفاً للعامر ومصلحة له من جهة أن الطريق منتهية الى دار أو  
بسستان أو غير ذلك من الارض المhabية .

وأما الثاني - أعني الطريق غير النافذ المسمى بالسكة المرفوعة وقد يطلق عليه الدرية وهو الذي لا يسلك منه إلى طريق آخر أو مباح بل أحيط بثلاث جوانب الدور والجيطان والمدران - فهو ملك لارباب الدور التي ابوابها مفتوحة اليه<sup>١</sup> دون من كان حائطاً داره اليه من غير ان يكون بابها اليه<sup>٢</sup>. فيكون هو كسائر الاملاك المشتركة يجوز لاربابة سده وتقسيمه بينهم وادخال كل منهم حصته في داره ولا يجوز لأحد من غيرهم بل ولا منهم ان يتصرف فيه ولا في فضائه الا باذن من يعتبر اذنه<sup>٣</sup> كما يأتي في المسألة الآتية .

(مسألة : ٢) لا يبعد في الدرية ان يشارك الداخل للدخول الى قبالة بابه مما هو معه من يتعارف من المرافق المحتاج اليها

---

واما التصرفات التي لا تكون مزاحماً للمارأة ولا يكون تملك رقبة الارض فلا دليل على منعه ، ومقتضى الاصل جوازه كما تقدم .

١) لانه يعد حريم للدور بحسب الابواب المفتوحة اليه فلو كان أرضاً مواتاً سابقاً تصير محياة بسبب صيرورته طریقاً الى تلك الدور وفتح الابواب اليه، وحيث أن نسبتها الى جميع هذه الدور مساوية تكون مشتركة بين صاحبيها .  
٢) لانه لا تعدد حريماً لهذا النحو من الدور ، فلا وجہ لكونها مملوكة مشتركة بين صاحبيها .

٣) لانه بيد صاحب الدور التي تكون أبوابها مفتوحة اليه ، فيكون محكماً بملكيته لهم بمقتضى قاعدة اليد ، فلا يجوز لغيرهم التصرف فيه الا باذن من يكون مالكاً له ظاهراً .

نوعاً، ولا يبعدان يشارك الدار إلى منتهى جدار داره<sup>١</sup> وينفرد الدار  
 بما بعده<sup>٢</sup>، ومع تعدد الشركاء يشارك الدار إلى الجميع معهم<sup>٣</sup>،  
 وينفرد بما يكون طريقه الخاص فيشتراك الجميع من أول الدرية إلى  
 الباب الأول أو منتهى الجدار ثم يشتراك فيما عدا ما عدا صاحب  
 الباب الأول. وهكذا تقل الشركاء إلى آخر الزقاق ولا يبعد اختصاص  
 الآخر بالفضلة التي في آخر الزقاق. فيجوز لمن هو ادخل من  
 الجميع أي تصرف شاء فيما ينفرد به<sup>٤</sup>. بل وفي الفضلة المذكورة  
 ولا يجوز لغيره التصرف كاخراج جناح او روشن او بناء سا باط او  
 حفر بالوعة او سرداد او نصب ميزاب وغير ذلك الا باذن شركائه<sup>٥</sup>  
 نعم لكل منهم حق الاستطراف إلى داره من اي موضع من  
 جداره ، فلكل منهم فتح باب آخر أدخل من بابه الأول او اسبق مع  
 سد الباب الأول و عدمه<sup>٦</sup> .

١) لانه المقدار المحتاج إليه في حريم الدار ، والسيره جارية على التصرف  
 في الأرض بهذا المقدار .

٢) لانه خارج عن حريم غيره من الدور المتقدمة عليه .

٣) لأن الطريق مشترك بينهم فيكون حريم الجميع الدور وملكاً لجميعهم .

٤) لانه تحت تصرف الآخر وبيده خاصة كما انه يكون حريراً للدار الآخر  
 خاصة .

٥) لانه محكوم بملكية صاحب الدار الاخير خاصة .

٦) لأن الزقاق حريراً للدور عرفاً إلى منتهى جدار الباب وعلى السيره

(مسألة : ٣) ليس لمن كان حائطاً داره إلى الدرية ففتح باب إليها لا يأذن أربابها<sup>١</sup>. نعم له فتح ثقبة وشباك إليها وليس لهم منعه ، لكونه تصرفًا في جداره لافى ملكهم . وهل له فتح باب إليها لا للاستطراق بل لمجرد الاستضاءة ودخول الهواء؟ الأقرب جوازه<sup>٢</sup>، ولصاحب الدرية تحكيم سند المالكية لدفع الشبهة<sup>٣</sup> .

(مسألة : ٤) يجوز لكل من أرباب الدرية الجلوس فيها والاستطراق والتردد منها إلى داره بنفسه وما يتعلق به من عياله ودوابه وأشيائه وعائديه وزائراته<sup>٤</sup> . وكذا وضع الحطب ونحوه فيها لادخاله في الدار ، ووضع الاحمال والاثقال عند ادخالها

الجارية بينهم ، كما أن السيرة جارية على الاستطراق من أي موضع من جداره مع سد الباب الأول وعدمه .

- ١) لأن حق الاستطراق بحسب السيرة العقلائية خاصة بمن كان باب داره في الدرية ، وأما غيره فليس له حق ، فلا بد من الاذن من أرباب الدرية .
- ٢) لأن تصرف في الجدار خاصة وهو ملكه ، ولا يكون للاستطراق حتى يكون تصرفًا في متعلق حق الغير .

(٣) بمقتضى عموم سلطنة الناس على أموالهم وأنفسهم .

- ٤) لأن مثل ذلك من التصرفات من الجلوس فيها والاستطراق والتردد إلى داره بنفسه وما يتعلق به من عياله ودوابه وأشيائه وعائديه وزائراته مما جرت عليه السيرة العقلائية من دون أن يكون مورداً لردع الشارع ومنعه ، فيكون كافياً عن الرضا بها .

واخر اجها من دون اذن الشركاء، بل وان كان فيهم القصر والمولى  
عليهم من دون رعاية المساواة مع الباقيين <sup>(١)</sup>.

(مسألة: ٥) الشوارع والطرق العامة وان كانت معدة لاستطراق  
عامة الناس ومنفعتها الاصلية التردد فيها بالذهاب والاباب الا انه  
يجوز لكل احد الانتفاع بها بغير ذلك من جلوس او نوم او صلاة  
وغيرها بشرط ان لا يتضرر بها احد على الا هو ، ولم يزاحم  
المستطريقين ولم يتضيق على المارة <sup>(٢)</sup>.

(مسألة: ٦) لا فرق في الجلوس غير المضررين ما كان  
للاستراحة <sup>(٣)</sup> او النزهة <sup>(٤)</sup> وبين ما كان للحرفة والمعاملة اذا جلس في

---

١) وذلك كله أيضاً مما جرت عليه السيرة والارتكاز من العقلاء والمتشرعة ،  
مضافاً الى أن مثل وضع الحطب ونحوه لادخاله في الدار ووضع الاحمال  
والانتقال عن داخالها واخر اجها من الامور التي لا بد منها في المعيشة ومن لوازم  
الاستطراق عرفاً ، والسيرة جارية على عدم الاذن من الشركاء فيها وان كان فيهم  
القصر والمولى عليهم ، كما أن بنائهم على عدم رعاية المساواة في مثل هذه  
النصرفات في الدرية .

٢) لجريان السيرة على الانتفاع بالطريق بغير التردد في مثل جلوس او نوم  
او صلاة في أثناء الطريق ، بل لأن هذه الامور مما لا بد منها في أثناء السفر والايام  
الخرج والخرج ما جعل في الشريعة المقدسة .

٣) كما هو القدر اللازم من الجلوس في السفر ، ولا يمكن الاجتناب عنها  
في أثناء السفر ، وقد كانت السيرة القطعية في الاعصار الماضية عليها .

٤) بل قد يكون السفر للنزهة والسياحة . فلا ينفك عن الجلوس للنزهة أثناء

الرحا ب والمواضع المتسعة لثلا يتضيق على المارة ، فلو جس فيها  
بأى غرض من الأغراض لم يكن لأحد ازعاجه <sup>١</sup> .

( مسألة : ٧ ) لو جلس في موضع من الطريق ثم قام عنه فان  
كان جلوس استراحة ونحوها بطل حقه <sup>٣</sup> ، فجاز لغيره الجلوس فيه .  
وكذا ان كان لغرفة ومعاملة وقام بعد استيفاء غرضه وعدم نية العود ،  
فلو عاد اليه بعد ان جلس في مجامسه غيره لم يكن له دفعه <sup>٤</sup> ولو قام

---

الطريق ، وهو أيضاً مما تدل السيرة على جوازه .

١) لأنه أيضاً من التصرفات المتعارفة في الطرق الجارية عليها السيرة ،  
فلا دليل على جواز ازعاجه ومنعه ، بل مقتضى سلطنة الناس على أموالهم وأنفسهم  
حرمة منعهم .

٢) بلاشك ، لأن حق السبق في هذا النحو من الا ما كن التي لا تتعلق  
بشخص خاص لا يقتضي أزيد من ذلك عرفاً ، وبناء العرف والعقلاه على الجلوس  
فيه بعد استيفاء الغرض والقيام عنه .

٣) لأن الجلوس فيه مباح لكل أحد بعد عدم تعلق حق الغير به ، ومن ذلك  
يظهر الكلام فيما اذا كان الجلوس لحرفة ومعاملة وقام بعد استيفاء غرضه وعدم  
نية العود ، ففي مثل ذلك ارتکاز العرف والعقلاه على زوال حقه بذلك ولم يرد  
عنه الشارع .

٤) لأن مزاحمة الناس في اموالهم مع أنهم مسلطون على أنفسهم وأموالهم  
ولا يجوز لأحد مزاحمة غيره في سلطانه على نفسه وما له .

قبل استيفاء غرضه ناوياً للعود ففي ثبوت حق له اشكال<sup>١</sup>. نعم لا يجوز  
جلوس غيره مكانه ، والاحتياط حسن .

---

١) وفي الجوادر : ولو رفعه ناوياً للعود قيل - ولم اعرف القائل به منا -  
كان أحق به ثلاثة تفرق معاملوه فيستضر . نعم في التذكرة عن الجويني من العامة  
أنه ان مضى زمان ينقطع فيه الذين ألقوا المعاملة معه ويستفترون المعاملة مع  
غيره بطل حقه وان كان دونه لم يبطل ، لأن الغرض من تعينه موضع الموضع  
ان يعرف فيعامل فلا فرق بين أن تكون المعاملة لعذر كسفر أو مرض أو لغير عذر .  
وعلى هذا فلا يبطل حقه بأن يرجع بالليل الى بيته ، وليس لغيره مزاحمه في  
اليوم الثاني ، وكذلك الاسواق التي تقام في كل أسبوع أول في كل شهر مرة اذا  
اتخذ منها مقعداً كان أحق به في النوبة الثانية وان تخللت بينهما أيام .  
وهو كما ترى مبني على استحسان ونحوه ، ضرورة عدم مدخلية تضرره ،  
ثبوت الحق المشترك بين الناس أجمع من الذين يتضررون بذلك أيضاً ،  
وخصوصاً من سبق اليه .

ومن هنا قيل - والسائل من عثرنا على كلامه من الاصحاب وان تفاوتوا  
بالاطلاق والتصریح عدا الفاضل في التذكرة : يبطل حقه ، اذ لا سبب للاختصاص  
ولاريب في أنه أولى لاصالة الاشتراك السالمه عن المعارض ، والخبر المزبور  
الذي استند اليه الفاضل في التذكرة في كونه أحق به الى الليل لا جابر له ، مع  
أن مقتضاه وان لم ينبع العود ، بل وان نوى عدمه . الخ [ الجوادر ج ٣٨ ص

٨٤ ]

ولكن الذي ينبغي أن يقال : ان العود فيما اذا كان متعارفاً في تلك الامكنة  
لا يبعد أن يقال ببقاء حق السبق ، خصوصاً بعد أن الاستصحاب أيضاً يتضمن بقاء

الحق ، فلو كان السبق الى ذلك المكان باقياً عرفاً مع نية العود فلا يجوز لغيره مزاحمته ، لأن العرف كما يكون مرجعاً في تشخيص المفاهيم كذلك يكون مرجعاً في تطبيقها على مصاديقها ، والعرف يشهد بصدق السابق على من رفع الرجل مع نية العود اذا كان العود متعارفاً .

ومنه يظهر أن دعوى عدم بطلان حق الجالس للبيع أو الشراء برجوعه في الليل الى بيته ليست مبنية على الاستحسان . ولا يبعد الحال الا سواعق التي تقام في كل أسبوع أو في كل شهر مرة به اذا اتخد منها محللا بحيث يصدق عنوان السابق عليه عرفاً .

ومنه ينقدح عدم صحة دعوى عدم سبب الاختصاص ، اذ مع صدق السابق على الجالس فهو أولى به من غيره ، فلامجال للتمسك بأصلية الاشتراك لجوائز تصرف غيره .

ولا يذهب عليك أيضاً أن بعد كون القاعدة المذكورة - وهي « من سبق الى مكان فهو أحق به » - قاعدة عقلانية مفتى بها لاحاجة الى الاستدلال بخبر ابن بزيع عن بعض أصحابه يرفعه الى ابي عبدالله عليه السلام قال : قلت : نكون بمكة او بالمدينة او الحير او الموضع الذي يرجى فيها الفضل فربما يخرج الرجل يتوضأ فيجيء آخر فيصير مكانه . قال : من سبق الى موضع فهو أحق به يومه وليلته [ البحار ج ١٠٤ ص ٢٥٤ ] .

أو بخبر السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول الله « ص » : سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو أحق به الى الليل [ البحار ج ١٠٤ ص ٢٥٦ ] .

( مسألة : ٨ ) ثبوت الحق للجالس للمعاملات ونحوها مشكل<sup>(١)</sup> بل الظاهر عدمه ، لكن لا يجوز ازعاجه مادام فيه ولا التصرف في بساطه ولا منع من اشغال ماحوله ولو احتاج اليه لوضع متاعه ووقف المعاملين معه . وكذا يجوز له القعود بحيث يمنع من رؤية متاعه او وصول المعاملين اليه ، وليس له منعه . لكن الاحتياط حسن ، ومراعاة المؤمن مطلوب .

---

حتى يورد عليهمما بأنهما لا جابر لضعفهما ، مع ان مقتضاهما اطلاق الحكم بأولوية السابق وان لم ينبع العود بل وان نوى عدمه ، لما عرفت من أن المتبوع هي القاعدة العقلائية . ولعل الخبرين من باب الارشاد اليها بناء على حمل تحديد غاية الحق بالليل من جهة خصوصية سوق ذلك .

هذا مضافاً الى امكان دعوى الوثوق بما رواه السكوني وما رواه ابن بزيع لان الراوي عن ابن بزيع احمد بن محمد الظاهر عند الاطلاق في أنه احمد بن محمد بن عيسى الاشعري الذي أخرج احمد بن محمد بن خالد البرقي من قم لاجل روايته عن الضعفاء واعتماده على المراasil .

١) وذلك لان المستفاد من رواية السكوني « سوق المسلمين كمسجلهم فمن سبق الى مكان فهو أحق به الى الليل » [ البخاري ج ١٠٤ ص ٢٥٦ ] . وكذلك رواية ابن بزيع « من سبق الى موضع فهو احق به يومه وليلته » [ البخاري ج ١٠٤ ص ٢٥٤ ] ليس الاعدم جواز مزاحمة الغير للجالس للمعاملات ونحوها ، وأما ثبوت الحق له حتى يجوز له الانتقال الى الغير بعوض أو غير عوض أو اسقاطه وغير ذلك من الاثار المترتبة على الحقوق العرفية العقلائية

(مسألة : ٩) يجوز للجالس للمعاملة ان يظل على موضعه بما لا يضر بالمارة بثوب او بارية ونحوهما<sup>١</sup> ، وليس له بناء دكة ونحوها فيه<sup>٢</sup> .

(مسألة : ١٠) اذا جلس في موضع من الطريق للمعاملة في يوم فسبقه في يوم آخر شخص آخر وأخذ مكانه فليس للأول ازعاجه

فلا يكون متبرراً من هذا النحو من الأدلة .

كما أن بناء العقلاط أيضاً ليس على أزيد من ذلك ، ولذلك لا يترتب عليه عدم جواز اشغال ما حوله لواحتاج اليه لوضع متعاه أو وقوف المعاملين معه ، اذ لو كان له حق البيع ونحوه لكن لازمه ثبوت الحريم لمكانه كما هو ثابت في مورد حق التحجير .

١) كما نص عليه غير واحد لجريان السيرة القطعية في مثل ذلك من الامور كما أن مقتضى أصلية الاباحة وحلية الاشياء اباحة ذلك اذ لم يكن مضرأً بالمارة ، وأما اذا كان مضرأً ومزاحماً للمارة فلا يجوز لانه خلاف كون الارض طريقاً للمارة ومشتركاً بين الناس والناس فيه سواء ، أعم مما اذا كان مسبوقاً بالملك الشخصي وجعلت وفقاً لذلك وما اذا كان أرضآً مواتاً جعلت طريقاً من جهة كونه حريماً للعامر من جهة انتهائه اليه من دار أو بستان أو غيرهما .

٢) لعدم الدليل على جوازه بعد كون الارض طريقاً للمارة والناس فيه سواء كما ان مقتضى الارتكاز العرفي انكار ذلك .

كما في المسالك « وله ان يظل عليه موضع جلوسه بما لا يضر بالمارة من ثوب وبارية ونحوهما لابناء دكة الامع سعة الطريق بحيث لا يتضرر به المارة اصلاً ، فيتجه الجواز » .

ومزاحمته <sup>١</sup> .

( مسألة : ١١ ) انما يصير الموضع شارعاً عاماً بأمور : الاول -  
بكثرة التردد والاستطراق ومرور القوافل ونحوها في الأرض الموات  
كالجoad المحاصلة في البراري والقفار التي فيها من بلاد إلى بلاد <sup>٢</sup> .  
الثاني - ان يجعل انسان ملكه شارعاً وسبله تسبيلاً دائمياً لسلوك عامة  
الناس <sup>٣</sup> وسلك فيه بعض الناس <sup>٣</sup> ، فإنه يصير بذلك طريقاً عاماً ولم  
يكن للمسبل الرجوع بعد ذلك .

---

١) لأن حق السبق في اليوم الأول قد زال بالقيام منه بعد ما قضى حاجته من  
السبق في هذا اليوم ، وفي اليوم لم يكن له سبق بالإضافة إليه بل السبق يكون  
للثاني فلا يجوز ازعامه ومزاحمته بمقتضى معتبرة السكوني عن جعفر بن محمد  
عن آباء عليهم السلام قال : قال رسول الله «ص» : سوق المسلمين كمسجدهم  
فمن سبق إلى مكان فهو حاصل به إلى الليل [ البخاري ٤ ١٠٤ ص ٢٥٦ ] .

٢) كما هو الطريق الطبيعي لصيروحة الأرض طريقاً، فيخرج به عن كونه  
أرضاً مواتاً يجوز أحياه وتملكه بالاحياء لكل أحد .

٣) وهو مصدق من مصاديق الوقف العام ، لأن الوقف عبارة عن تحبيس  
العين وتسبيل المنفعة كما في النبوي «حبس الاصل وسبل المنفعة» [ المستدرك  
ج ٢ ص ٥١١ ] .

لان عقد الوقف لا يلزم الا بالاقياض كما عن الاسدي فيما ورد عليه من  
جواب مسائله عن العمري عن صاحب الزمان روحه له الفداء : وأما ما سألت  
عنه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنائم يحتاج إليه صاحبه مالم يسلم فصاحبته

الثالث - ان يحيى جماعة ارضاً مواتاً قرية او بلدة ويترکو اسلامکا  
نافذاً بين الدور والمساكن ويفتحوا اليه الابواب<sup>١</sup> ، والمراد بكونه  
نافذاً ان يكون له مدخل ومخرج يدخل فيه الناس من جانب  
ويخرجون من جانب آخر الى جادة عامة او الى ارض موات .

(مسألة: ١٢) لاحريم للشارع العام لوقوع بين الاملاك فلو كانت  
بين الاملاك قطعة ارض موات عرضها ثلاثة او اربعة اذرع مشلا

---

فيه بالختار ، وكل ما سلم فلا خيار فيه لصاحب ، احتاج او لم يحتاج ، افقر اليه  
او استغنى عنه . . . [الوسائل ، الباب ٤ من أبواب الوقوف ، الحديث ٤ و ٨] .  
١) لانه بعد الطريق حيث شد حريم للعامر ، فالطريق حريم حيث شد وقد اشترط  
الفقهاء في التملك بالحياء أن لا يكون الموات حريم لعامر كالطريق والشرب  
وحريم البشر والعين والحائط .

كما أنهم جعلوا له الحدود ، ففي الشرائع « فحد الطريق لمن ابتكرها  
ما يحتاج اليه في الارض المباحة خمسة اذرع وقيل سبع اذرع » .

وفي معتبرة ابى العباس البقياع عن ابى عبد الله عليه السلام قال : اذا تشاھ  
قوم في طريق فقال بعضهم سبع اذرع وقال بعضهم أربع اذرع . فقال ابو عبد الله  
عليه السلام : بل خمس اذرع [التهذيب ج ٧ ص ١٣٠] .

وفي رواية السكوني : قال الصادق عليه السلام : قضى رسول الله «ص» في  
رجل باع نخلا واستثنى عليه نخلة ، فقضى له رسول الله بالمدخل اليها والمخرج  
منها ومدى جرائها [الكافى ج ٥ ص ٢٩٥] .  
ويدل عليه أيضاً جريان السيرة العملية في الطرق النافذة .

واستطرقها الناس حتى صارت جادة لم يجُب على الملاك توسيعها  
وان تضيق على المارة<sup>١)</sup>.

وكذا لوسائل شخص في وسط ملكه او من طرف ملكه المجاور

(١) لأن مورد من التحديدات في الروايات انما يكون راجعاً إلى مقدار الطريق في أرض الموات مع وقوع النزاع والاختلاف ، وأما في الأرض الواقعة بين الأماكن و كان مقدارها معلوماً فلام موقع للنزاع فيها وان وقعت طريقاً عاماً للناس بالاستطراق فيها، فمقتضى قاعدة سلطنة الناس على أموالهم عدم وجوب توسيعها  
وان تضيق على المارة .

ويشهد على ما ذكرنا ملاحظة الروايات الواردة في هذا الباب ، كما في  
رواية مسمع بن عبد الملك عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله «ص» :  
ما بين بشر المعطن أربعون ذراعاً ، وما بين بشر الناضح ستون ذراعاً ، وما بين  
العين إلى العين خمسمائة ذراع ، والطريق اذا تشاَح عليه أهلـه فـحدـه سـبـعة اذـرع  
[ الكافي ج ٥ ص ٢٩٥ ] .

وفي رواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام ان رسول الله «ص»  
قال : ما بين بشر المعطن الى بشر المعطن أربعون ذراعاً ، وما بين بشر الناضح الى  
بشر الناضح ستون ذراعاً ، وما بين العين الى العين يعني القناة خمسمائة ذراع ،  
والطريق يتـشاـح عليه أـهـلـه فـحدـه سـبـعة اذـرع [ الكافي ج ٥ ص ٢٩٦ ] .

فالروايات كما رأيت بعضها شاهد بقرينة السياق على أن الحكم مختص  
بأرض الموات اذا وقعت طريقاً للناس وقعت مورد النزاع ، ففي الأرض  
المملوكة القواعد تقتضى رعاية حرمة الأموال ، فلا يجب على صاحبها التوسيع  
كما لا يجوز لغيره حمل صاحبها على ذلك .

لملك غيره ثلاثة او اربعة اذرع مثلاً للشارع<sup>١</sup> . واما لو كان الشارع محدوداً بالموات بطرفيه او احد طرفيه فكان له حريم<sup>٢</sup> ، وهو المقدار الذى يوجب احياؤه نقص الشارع<sup>٣</sup> .

١) وذلك لما تقدم من اقتضاء حرمة مال المسلم وسلطنة الناس على أموالهم بعد انصراف نصوص التحديد عن مثل ذلك .

٢) ويدل عليه ما تقدم من الروايات الواردة في حد الطريق .

٣) لأن ذلك المقدار من الحقوق المرتكزة عند العرف ، ويختلف ذلك

بحسب اختلاف الامكنته والازمنة ، فما ورد من خمسة اذرع أو السبعة حكم سلطاني فلا استمرار له وليس حكماً تعبدياً مستمراً كما تشهد له نفس اختلاف الروايات في التحديد .

ويقرب مما ذكرنا ماعن جامع المقاصد والمسالك من حمل اختلاف الروايات على اختلاف الطرق ، وان لا يخلو عبارة الثاني عن الاشكال حيث قال : «فيجب مراعاة قدر الحاجة بالنسبة الى الرائد على المقدار اما النقصان فلا ، اذمقتضى ملاحظة مقدار الحاجة هو الحكم بجواز الاقل من التحديد المزبور فيما اذا لا تكون حاجة اليه واما القول بأنه احداث قول ثالث فيه ما لا يخفى اذ الاجماع محتمل المدرك فلا يكون كافياً .

ثم لو أغمضنا عماداً كروجعنا التحديد تعبداً شرعاً فالمتيقن من التحديدات الواردة هو صورة التساح كما يتضح ذلك من ملاحظة الروايات :

منها معتبرة ابي العباس البقياق عن ابي عبدالله عليه السلام قال : اذا تساح قوم في طريق فقال بعضهم سبع اذرع وقال بعضهم اربع اذرع . فقال ابو عبدالله عليه السلام : بل خمس اذرع [ التهذيب ج ٧ ص ١٣٠ ] .

## من سبعة اذرع على الاحوط <sup>١</sup>

فلو ححدث بسبب الاستطرار شارع في وسط الموات جاز احياء طرفيه الى حد يبقى له سبعة اذرع ولا يتتجاوز عن هذا الحد . وكذا لو كان لاحد في وسط المباح ملك عرضه اربعه اذرع مثلا فسبله شارعاً لا يجوز احياء طرفيه بما لم يبق للطريق سبعة اذرع <sup>٢</sup> . ولو كان في احد طرفي الشارع ارض مملوكة وفي الطرف

١) لما يظهر من المختلف شذوذ القائل بالخمس ، حيث قال في الفصل الرابع من كتاب الاجارة وتواجدها : مسألة « حد الطريق في المبتكر سبع اذرع وقيل خمس ، لنارواية مسمع بن عبد الملك الخ » ولذارج في الرياض الروايات الدالة على السبع . وعلى أي حال فالسبعين مطابق للاح提اط ولذلك يكون أحوط .

٢) وذلك كله لمادل من الروايات على ذلك ، مضافاً إلى شذوذ القائل بغير السبع ، ففي رواية مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله « ص » : ما بين بشر المعطن أربعون ذراعاً ، وما بين بشر الناضح ستون ذراعاً ، وما بين العين إلى العين خمسماة ذراع ، والطريق اذا تشاحر عليه أهلها فحده سبعة اذرع [ الكافي ج ٥ ص ٢٩٥ ] .

وفي رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام : ان رسول الله « ص » قال : ما بين بشر المعطن الى بشر المعطن أربعون ذراعاً وما بين بشر الناضح الى بشر الناضح ستون ذراعاً وما بين العين الى العين يعني القناة خمسماة ذراع والطريق يتشاحر عليه أهلها فحده سبعة اذرع [ الكافي ج ٥ ص ٢٩٦ ] .

ورواه في التهذيب هكذا : والطريق اذا تشاحر عليه أهلها فحده سبعة اذرع [ التهذيب ج ٧ ص ١٤٥ ] .

الآخر ارض موات كان الحرير من طرف الموات<sup>١</sup> ، بل لو كان طريق بين الموات وسبق شخص واحيى أحد طرفيه الى حد الطريق اختص الحرير بالطرف الآخر<sup>٢</sup> ، فلا يجوز لآخر الاحياء الى حد لا يبقى للطريق سبعة اذرع ، فلو بنى بناءاً مجاوزاً لذلك الحد ألزم هو بهدمه وتبعيده<sup>٣</sup> دون المحيي الاول .

(مسألة : ١٣) اذا استو جم الطريق او انقطعت عنه المارة زال حكمه بل ارتفع موضوعه وعنوانه<sup>٤</sup> ، فجاز لكل أحد احياءه كالموات ، من غير فرق في صورة انقطاع المارة بين ان يكون

١) لأن المملوكة مانع عن الحرير في جانب الآخر ، فلا بد من رعاية الحرير وهو سبعة اذرع على ما في الروايات من جانب الموات ، لأنه لا يكون مملو كأحد بل يكون مباحاً لكل أحد ، ولا يجوز احياءه إلى الزائد عن هذا الحد بمقتضى مادل من الروايات على أن حد الطريق اذا وقع موقع التساح سبعة اذرع .

ويدل عليه مضافاً إلى ما تقدم من الروايات النبوية «إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبع اذرع » .

٢) لأن السبق بالاحياء في أحد جانبي الطريق يوجب الملكية ، فيكون حاله حال الصورة السابقة .

٣) لأن المتتجاوز بغير حق ولا حرمة لعمله وبنائه دون المحيي الاول .

٤) لأن عنوان الطريق والجادة قائم بالمارة ، فمع استشمام الطريق أو انقطاع المارة عنه لا يصدق عليه الطريق والجادة عرفاً ، خصوصاً في فرض الاستشمام . وعلى فرض الصدق عليه عرفاً يكون محكوماً بحكم الموات بالعارض ويجوز لكل أحد احياءه . ويدل عليه مادل من الروايات على جواز

ذلك لعدم وجودهم او بمنع قاهر اياهم او لعجزهم اياه واستطرافهم  
غيره او بسبب آخر<sup>١</sup>. نعم في المسبل لا يخلو جواز الاحياء من  
اشكال<sup>٢</sup>.

(مسألة : ١٤) لوزاد عرض الطريق المسؤول عن سبعة اذرع  
ففي المسبل لا يجوز لأخذ ما زاد عليها واحياؤه وتملكه قطعاً<sup>٣</sup>  
واما غيره ففي جواز احياء الزائد وعدمه وجهان<sup>٤</sup> ، او جههما

---

احياء الموات بالعارض من الديار والبلاد المخربة التي باد أهلها فانها مشتملة  
على الطرق لامحالة .

ففي صحيح البخاري : فان تركها وآخر بها فأخذها رجل من المسلمين من  
بعده فعمراها واحياءها فهو أحق بها من الذي تركها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٩]  
وهكذا غيرها من الروايات .

١) لعدم الفرق بين تلك الاسباب كلها في صدق الموات بالعارض .  
٢) لانه كسائر الاموال الموقوفة على العامة التي لا يملكها أحد كالمساجد  
والمشاهد والمدارس والمقابر والقناطر ونحوها لا يجوز بيعها بلا اشكال في  
مثل الاولين وعلى الاحتط في غيره .

وان آل الى ما آل عند خرابها واندراسها بحيث لا يرجى الانتفاع بها في  
الجهة المقصودة اصلاً بل تبقى على حالها .

٣) لانه مناف للوقف والحبس ، وأدلة جواز الاحياء منصرفه عن الارض  
المملوكة والموقوفة .

٤) لأن الروايات الواردة في تحديد أرض الطريق اكثر تحديد وارد فيها

العدم ١) الا اذا كان الزائد معرضاً عنه .

( مسألة : ١٥ ) ومن المشتركات المسجد ، وهو من مرافق

المسلمين يشترك فيها عامتهم ، وهم شرع سواء في الانتفاع به ٢)

انما تكون هي السبعة ، فالمستفاد منها عرفاً أن الزائد لا يكون محكماً بحكم الطريق لامحالة . وهذا الوجه مقتض لجواز الاحياء والتملك ، ولكن احتمال ان أمر التحديد في ذلك موكول الى نظر العرف من جهة اختلاف الامكنة والازمنة بحسب الحاجة يمنع عن ذلك .

١) لأن ما يقرب الى النظر أن يكون أمر التحديد موكولاً الى نظر العرف واحتمال تبع الشارع في ذلك مع اختلاف الحاجة بحسب الامكنة والازمنة بعيد جداً، فتكون التحديدات الواردة في الروايات من باب المثال واحتلافها من جهة اختلاف الامكنة بحسب الحاجة ، ويؤيده ورود التحديدات مورد النزاع خاصة .

٢) بلا خلاف ولا اشكال كما تقتضيه السيرة ، وفي رواية طلحة بن زيد عن ابي عبدالله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين «ع» : سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو أحق به الى الليل ، وكان لا يأخذ على بيوت السوق الكراء . رواه الشيخ باسناده عن احمد بن محمد ، ورواه الصدوق مرسلاً [الوسائل

ج ٣ ص ٥٤٢ ] .

وفي رواية محمد بن اسماعيل عن بعض أصحابه عن ابي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : نكون بمكة أو بالمدينة أو الحير أو الموضع التي يرجى فيها الفضل فربما خرج الرجل يتوضأ فيجيء آخر فيصير مكانه ، فقال : من سبق الى موضع فهو أحق به يومه وليلته [ الوسائل ج ٣ ص ٥٤٢ ] .

الا بما لا يناسبه ونهى الشارع عنه كمكث الجنب فيه ونحوه<sup>١</sup> .  
فمن سبق الى مكان منه لصلاة او عبادة او قراءة قرآن او دعاء<sup>٢</sup>  
بل وتدريس او وعظ او افتاء وغيرها ليس لاحد از عاجه ، سواء  
توافق السابق مع المسبوق في الغرض أو تختلف فيه فليس لاحد بأى  
غرض كان مزاحمة من سبق الى مكان منه بأى غرض كان<sup>٣</sup> . نعم

(١) لانه محرم لايجوز لكل أحد ، كما في صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر  
عليه السلام : قلنا له : الحائض والجنب يدخلان المساجد أم لا ؟ قال « ع » :  
الحائض والجنب لا يدخلان المسجد الامجتازين ، ان الله تبارك وتعالى يقول  
« ولا جنباً الا عابري سبيل حتى تغسلوا » [سورة النساء : ٤٣] .

(٢) كما في الآية الكريمة « ومن اظلم من منع مساجد الله أن يذكر فيها  
اسمه » [سورة البقرة : ١١٤] .

(٣) كما في الجوادر : وأما المسجد فلاشك ولا خلاف في أن من سبق  
إلى مكان منه فهو أحق به مادام جالساً فيه ، بل يمكن تحصيل الاجماع أو الضرورة  
عليه ، بل في المسالك وغيره سواء كان جلوسه لصلاة أم لمطلق العبادة أم لتدريس  
العلم والافتاء ونحو ذلك .

قلت : بل وإن لم يكن لشيء من ذلك ، بل لنفس الجلوس فضلاً عن  
الاشغال بأمر آخر . نعم ليس له ذلك مع مزاحمة المسلمين على نحو ما سمعته  
في الطريق [الجوادر ج ٣٨ ص ٨٨] .

ويدل عليه ما تقدم من رواية السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم  
السلام قال : قال رسول الله « ص » : سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى

لابعد تقدم الصلاة جماعة او فرادى على غيرها من الاغراض فلو كان  
جلوس السابق لغرض القراءة او الدعاء او التدريس واراد احد ان  
يصلى فى ذلك المكان جماعة او فرادى يجب عليه تخليه المكان له<sup>١</sup>  
نعم ينبغي تقييد ذلك بما اذا لم يكن اختيار مرید الصلاة فى  
ذلك المكان لمجرد الاقتراح ، بل كان اما لانحصر محل الصلاة  
فيه او لغرض راجح دينى كالالتحاق بصفوف الجماعة ونحوه<sup>٢</sup> ،  
هذا ولكن اصل المسألة لاتخلو من اشكال فيما اذا كان جلوس  
السابق لغرض العبادة كالدعاء والقراءة<sup>٣</sup> لا لمجرد الترفة والاستراحة

مكان فهو أحق به الى الليل [البحار ج ١٠٤ ص ٢٥٦] .  
ويدل عليه السيرة العقلائية ، ولعل الرواية وغيرها في هذا الباب يكون  
من باب الارشاد .

(١) كما عن صاحب الجواهر : وهل الصلاة مقدمة على غيرها من العبادات  
كقراءة القرآن وجهان أقواهما ذلك ، ولكن لم أجده في كلام أحد من الأصحاب  
بل ولا غيره من صور التعارض المتتصورة في المقام [الجواهر- رج ٣٨ ص  
٨٨]

ولعل ذلك من جهة قيام السيرة وارتكاز المسلمين على تقدم الصلاة على  
غيرها من العبادات ويؤيد هذه تعریف المسجد بأنه المكان المعد لصلاة المصليين .  
(٢) لاختصاص السيرة والارتكاز على فرض ثبوته بما اذا لم يكن مریداً  
للصلاحة لمجرد الاقتراح بل كان الداعي للصلاحة موجوداً في نفسه .

(٣) لأن المسجد وقف لتعبد المتعبدين فلا يختص بعبادة دون عبادة ، خصوصاً

فلا ينبغي فيه ترك الاحتياط للمسبوق بعدم المزاحمة وللسابق بتخلية  
المكان له.

والظاهر تسوية الصلاة فرادى من الصلاة جماعة فلا أولوية  
للثانية على الاولى<sup>١</sup> ، فمن سبق الى مكان للصلاة منفردآ فليس  
لمريد الصلاة جماعة ازعاجه لها ، وان كان الاولى له تخلية المكان له  
اذا وجد مكانا آخر له ، ولا يكون مناعا للخير عن أخيه .

---

ان قلنا بأن المسجد عنوان برأسه وقابل للجعل ، لأن حيئية المسجدية أعم  
من الصلاة ، فالمسجد جعل لمطلق العبادة فلا وجـه لتقـدم بعض أصنافها عـلـى  
بعض .

ويقتضيه اطلاق مادل على أولوية السابق كما في رواية السكوني المتقدمة  
«سوق المسلمين ومسجدهم فمن سبق الى مكان فهو أحق به الى الليل» وفي  
رواية ابن بزيع المتقدمة أيضا «من سبق الى موضع فهو احق به يومه وليلته» .  
الا أنه يظهر من الجوادر تقدم الصلاة على غيرها من العبادات ، ولعله  
لادعاء قيام السيرة على تقدم الصلاة في أو قاتها على غيرها من العبادات ، كقراءة  
القرآن والدعاء ، ولكنه مشكل كما في المتن ، لتقـدم العبادة على النـزـهـةـ وـالـاسـتـرـاحـةـ  
بحسب السيرة والارتكاز قطعاً .

(١) لأن كلامهما عبادة وصلاة ، فلا أولوية لل الاولى على الثانية مالم ثبت  
السيرة على تقديم الجماعة على الفرادى ، فليس لمرـيدـ الصـلاـةـ جـمـاعـةـ اـزعـاجـ  
من سـبقـ الىـ المسـجـدـ للـصـلاـةـ فـرـادـىـ ، لـبـقاءـ الـحـقـ بـمـقـتضـىـ اـطـلاقـ دـلـيـلـ السـبـقـ  
بل بـمـقـتضـىـ الـاسـتصـحـابـ ، فـجـواـزـ الـاـزـعـاجـ وـالـمـزـاحـمـةـ مـحـتـاجـ الىـ دـلـيـلـ مـفـقـودـ

(مسألة: ١٦) لو قام الجالس السابق وفارق المكان رافعاً يده منه معرضاً عنه بطل حقه على فرض ثبوت حق له وإن بقى رحله ، فلو عاد إليه وقد أخذه غيره ليس له أزعاجه <sup>١</sup> .  
نعم لا يجوز التصرف في بساطه ورحله <sup>٢</sup> ، وإن كان ناوياً للعود .  
فإن كان رحله باقياً بقى حقه <sup>٣</sup> لو قلنا بشبوبت حق له ، ولكن لا يجوز التصرف في رحله على أي حال ،

في المقام .

١) كما في الجوادر : وعلى كل حال فلو قام مفارقاً رافعاً يده عنه بطل حقه بلا خلاف ولاشكال حتى لوعاد وقد شغله غيره [ الجوادر ج ٣٨ ص ٨٩ ]  
ويدل عليه السيرة والارتكاز مع قصور أدلة السبق عن افاده الحق بعد الأعراض  
ورفع اليد عنه .

٢) لعدم جواز التصرف في مال أحد إلا باذنه ، كما في موثقة سماعة :  
لا يحل دم أمرىء مسلم ولا ماله الابطيبة نفسه [ الوسائل ، الباب ٣ من أبواب  
مكان المصلي ، الحديث ١ ] .

٣) كما في الجوادر : وإن قام ناوياً للعود إليه فإن كان رحله باقياً فيه فهو أحق به والا كان مع غيره سواء كما صرخ به الفاضلان والشهدان والكركي وغيرهم ، بل في جامع المقاصد انه المشهور ، بل في محكى المبسوط تبني المخلاف فيه ، قال « فمن سبق إلى مكان في المسجد كان أحق به فإن قام وترك رحله فيه فحقه باق وإن حول رحله منه انقطع حقه منه ولا خلاف فيه . وفيه نص لتابع عن الآئمة عليهم السلام .

و الا فالظاهر سقوط حقه <sup>(١)</sup> على فرض ثبوته لكن ثبوت حق في امثال ذلك مطلقاً لا يخلو من تأمل <sup>(٢)</sup> و ان

بل ليس فيه نية والا فلا كلاماً رشاد والدروس ، ففي الاول « ولو قام ورحله فيه فهو أولى عند العود والا فلا » وفي الثاني « فإذا فارقه بطل حقه الا ان يكون رحله باقياً » بل في الروضة « هذا الشرط - أي نية العود - لم يذكره كثير » وان كنا لم نتحقققه .

بل ربما مال اليه بعض مشايخنا لنفي الخلاف والممرسل المزبورين في المبسوط المؤيددين بالخبر : اذا قام الرجل من مجلسه ثم عاد اليه فهو أحق به [سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥١] بل والخبر السابق «سوق المسلمين كمسجلهم فمن سبق الى مكان فهو احق به الى الليل» [الوسائل ، الباب ١٧ من أبواب آداب التجارة ، الحديث ١].

لكن فيه: انه لا وجه لبقاء الاحقية مع الاعراض عنه ، ضرورة معلومة اشتراك المماس فيه وبقاء الرجل ليس تحجيراً ، ونفي الخلاف في الفرض غير متحقق . بل لعل عكسه كذلك ، فلا جابر للمرسل المذبور بل ولا للخبرين المذكورين المقتضيين ثبوت الاولوية حتى مع عدم بقاء الرجل [ الم gio اهـ رج ٣٥ ص

• [八九

١) وذلك لتحقيق بقاء الحق بصورة بقاء الرحل كما عرفت في كلمات الفقهاء  
 كما عن الشيخ في المبسوط « فمن سبق إلى مكان في المسجد كان أحق به ، فإن  
 قام وترك رحله فيه فحقه باق وإن حول رحله منه انقطع حقه منه ، وفيه نص لنا  
 عن الأئمه عليهم السلام » وبالجملة يظهر منهم أنه متى سالم عليه كما عليه السيرة .

٢) لأن التعبير الوارد في الروايات أن السابق أحق من اللاحق والاحقية

يظهر منهم التسالم عليه في خصوص المسجد، والاحوط عدم اشغاله  
خصوصاً اذا كان خروجه لضرورة كتجديده طهارة او ازالة نجاسة  
او قضاء حاجة ونحوها<sup>١١</sup>.

### ( مسألة : ١٧) الظاهران وضم الرحيل مقدمة للمجلوس كالجلوس

انما تكون في مورد التزاحم، فعند التزاحم يكون السابق أولى والاحق بالاستفادة  
من المكان وأما مع عدم السابق لدليل على عدم جواز الانتفاع من المكان ،  
فلا يكون المكان متعلق حق الغير، بمعنى أنه لا يجوز الانتفاع به الا مع الاذن السابق  
فليس من قبيل حق التجحير . والسيرة أيضاً لاقتضي أزيد من الاولوية والاحقية  
عند التزاحم لاثبات الحق مطلقاً .

فحينئذ يجوز لغيره الوقوف فيه حال عدم السابق ، فإذا جاء تناهى عنه  
ولو أثناء الصلاة مع فرض عدم اقتضاء ذلك التصرف برحله والالم يجز ذلك  
لا للاحقية المزبورة بل من جهة عدم جواز التصرف في مال أحد الآذنه ،  
لان الناس مسلطون على أموالهم .

١) كما في الشرائع : قيل ان قام لتجديده طهارة أو ازالة نجاسة وما أشبهه  
لم يبطل حقه .

وقال صاحب الجواهر : ولكن لم نعرف القائل ممن تقدمه ، نعم هو للفاضل  
في التذكرة والشافعي في أحد قوله ، لاطلاق الخبر السابق الذي لا جابر له  
فيه بل الموهن متحقق [ الجواهر ج ٣٨ ص ٩١ ] .

وبالجملة ما ذكره من الاحتياط في المتن في صورة رفع الرحيل عن الموضع  
يكون استحباباً من جهة رعاية اطلاق بعض الروايات والاقوال في المسألة .

فی افاده الاولوية<sup>١</sup> لكن ان كان ذلك بمثيل فرش سجادة ونحوها مما يشغل مقدار مكان الصلاة او معظمها<sup>٢</sup> لا بمثيل وضع تربة او سبحة او مسواك وشبهها .

(مسألة : ١٨) يعتبر ان لا يكون بين وضع الرحل ومجيئه طول زمان بحيث استلزم تعطيل المكان ، والا لم يفدي حقاً<sup>٣</sup> فجاز لغيره اخذ المكان قبل مجئه ورفع رحله والصلاه مكانه اذا شغل المحل

---

١) لتحقق السبق الموجب للحق او الاولوية بكل الامرين .

٢) اذ يصدق في ذلك المورد أن المحل تحت يده وفي قبضته، وأما بمثل وضع تربة أو سبحة أو مسواك وشبهها فالصدق المذكور محل تردد واشكال ، ولذلك استشكل صاحب مجمع الرسائل فيما اذا كانت التربة رحلا ، وذلك لما يظهر منهم أن السبق لابد أن يكون على نحو يكون المكان في يده وفي قبضته . الان يقال بعدم لزوم ذلك وتحقق السبق عرفاً بمثل السجاده الصغيرة أو وضع قرطاس وتربة كما عليه المسيرة .

٣) لان وضع الرحل واسغال المكان حينئذ مناف لغرض الواقف وما بني له المسجد ، فلا يوجب الحق ، اذ لا يظن من أحد الالتزام بافاده الحق في تلك الصورة ، ولذلك جاء في التذكرة « ولو فارق لعذر أياماً قليلة فهو أحق اذا عادلاته ألفه ، وان طالت غيبته بطل حقه . وفي جامع المقاصد» الاقرب بقاء الحق ان لم تطول المدة بحيث يؤدي الى التعطيل » ونحوه عن تعليقه الارشاد وحواشى الشهيد .

وفي الروضة «الاقوى أنه مع بقاء الرحل وقصر المدة لا يبطل حقه . وبدون الرحل يبطل الا ان يقصر الزمان بحيث لا يخرج عن الاقامة عرفاً » .

بحيث لا يمكن الصلاة فيه الابرفعه<sup>١</sup> ، والظاهر انه يضمنه الرافع  
الى أن يوصله الى صاحبه<sup>٢</sup> ، وكذا الحال فيما لو فارق المكان معرضاً  
عنه مع بقاء رحله فيه .

(مسألة : ١٩) المشاهد كالمساجد في جميع ما ذكر من الأحكام  
فان المسلمين فيها شرع سواء . سواء العاكس فيها والباد والمجاور  
لها والمتحمل اليها من بعد البلاد<sup>٣</sup> . ومن سبق الى مكان منها  
لزيارة او صلاة او دعاء او قراءة ليس لاحدا زعجه<sup>٤</sup> .

---

١) اذ لم يجوز للتصرف في مال الغير بدون موجب ومحظوظ فيما لا يتوقف  
الاستفادة من المحل على رفع الرحل لمحظوظ للتصرف في حرم لحرمة الاموال في  
الشريعة المقدسة .

٢) وذلك بمقتضى قاعدة اليد بناءً على شمولها لليد المأذونة في التصرف  
أيضاً كما في المقبول بالسوم مع كون المشتري مأذوناً في القبض .

٣) لأنها وضعت لزيارة المسلمين ولا يوجب لامتياز مسلم على الآخر ،  
وعليه سيرة المسلمين أيضاً ، مضافاً الى ما ورد في المسجد الحرام من قوله  
تعالى «والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء العاكس فيه والباد» [سورة  
الحج : ٢٥] حيث أن المسجد الحرام لخصوصية فيه من هذه الجهة، بل يكون  
ذلك حكم جميع البيوت التي وضع لجميع الناس .

٤) وذلك بمقتضى أحقيـةـ السـابـقـ عـرـفـاـ ، وـعـلـيـهـ السـيـرـةـ كـمـاـ فيـ روـاـيـةـ ابنـ  
بـزيـعـ قالـ : قـلـتـ نـكـونـ بـمـكـةـ أـوـ بـالـمـدـيـنـةـ أـوـ الـحـيـرـ أـوـ الـمـوـاضـعـ التـيـ يـرجـىـ فـيـهاـ  
الـفـضـلـ ، فـرـبـمـاـ يـخـرـجـ الرـجـلـ يـتوـضـأـ فـيـجـىـءـ آـخـرـ فـيـصـيرـ مـكـانـهـ . قالـ : مـنـ سـبـقـ

وهل للزيارة اولوية على غيرها كالصلاحة في المسجد بالنسبة إلى غيرها لو قلنا بأوليتها؟ لا يخلو من وجه<sup>(١)</sup> لكنه غير وجيه<sup>(٢)</sup> كأولوية من جاء إليها من البلاد البعيدة بالنسبة إلى المجاورين<sup>(٣)</sup> وإن كان ينبغي لهم مراعاتهم . وحكم مفارقة المكان ووضع الرحل وبقاوته كما سبق في المساجد<sup>(٤)</sup> .

---

إلى موضع فهو أحق به يومه وليلته [البحار ج ١٠٤ ص ٢٥٤] .  
وفي رواية السكوني : سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إلى مكان فهو

أحق به إلى الليل [البحار ج ١٠٤ ص ٢٥٦] .

(١) لأن المكان وضع للزيارة بحسب الطبع فتكون الزيارة أولى من غيرها من العبادات .

(٢) أذلو كان المكان وقفاً لذلك فله وجه من حيث أن الأوقاف على ما يوقفها أهلها، وأما لولم يكن وقفاً من أحد من جهة عدم الملكية خاصة لأحد قبله بل كان أرضاً مواتاً جعل مشهداً لجميع الناس بحسب الطبع من جهة المراجعة إليه لخصوصية للمكان كالطرق لا وجه لا أولوية الزيارة من غيرها من الأعمال .

خصوصاً مع ملاحظة رواية ابن يزيع المتقدمة قال : قلت نكون بمكة أو بالمدينة أو الحير أو الموضع التي يرجى فيها الفضل فربما يخرج الرجل يتوضأ فيجيء آخر فيصير مكانه . قال : من سبق إلى موضع فهو أحق به يومه وليلته .

(٣) لعدم الدليل على تلك الأولوية، مع أن الأولوية منفية في مثله ، كالمسجد الحرام الذي جعله الله للناس سواء العاكس فيه والباد .

(٤) لاتحاد الملائكة ومدرك الحكم .

( مسألة : ٢٠ ) ومن المشتركات المدارس بالنسبة الى طالبي العلم او الطائفه الخاصة منهم اذا خصها الواقف بصنف خاص . كما اذا خصها بصنف العرب او العجم او طالب العلوم الشرعية او خصوص الفقه مثلًا فمن سبق الى سكنا حجرة منها فهو احق بها ما لم يفارقها معرضًا عنها وان طالت مدة السكنا ١ .

١) كما في الجوادر : وأما المدارس والربط - جمع رباط ككتاب وكتب - فمن سكن بيناً منها مثلاً من له السكنا ، بأن كان متخصصاً بالوصف المعتبر في الاستحقاق ، أما في أصله بأن يكون مشتغلًا بالعلم في المدرسة أو بحسب الشرط بأن تكون موقوفة على سبيل مخصوص أو نوع من العلم يتصرف به الساكن ، وحينئذ فهو أحق به ، بمعنى عدم جواز ازعاج أحد له ، بل اخلاف أجده فيه لانه أحد المستحقين لذلك فاز عاجه ظلم قبيح غ فلا ونقا ، وان تطاولت المدة مالم يشترط الواقف أبداً فيلزم المخروج عند انقضائه بلا فصل وان لم يؤمر به .

نعم في الدروس « ويحتمل في المدرسة ودار القرآن الا زعاج اذا تسم غرضه من ذلك ويقوى الاحتمال اذا ترك التشاغل بالعلم والقرآن وان لم يشترطها الواقف ، لأن موضوع المدرسة ذلك ، اما الربط فلا غرض فيه فيجوز الدوام فيه » [ الجوادر ج ٣٨ ص ٩٤ ] .

ثم أورد عليه بقوله : وفيه أنه ان خرج عن الموضوع بتمام الغرض أزعاج قطعاً والا فلاؤجه للاحتمال ، بل ولا لما قواد فيه ، ضرورة انه ان لم يشترطها ولكن كانت هي المنفعة المقصودة فالمتوجه حينئذ عدم معارضته لاهلها كما سمعته في الطريق والمسجد والakan الناس فيها شرعاً سواء .

الا اذا شترط الواقف له مدة معينة كثلاث سنين مثلا ، فيلزمه المخرج بعد انقضائها بلا مهلة وان لم يؤمر به ، او شرط اتصافه بصفة فزالت عنه تلك الصفة ، كما اذا شرط كونه مشغولا بالتحصيل او التدريس فطرا عليه العجز لمرض او هرم ونحو ذلك <sup>(١)</sup> .

(مسألة : ٢١) لا يبطل حق الساكن بالخروج لحاجة معتادة كشراء مأكول او مشروب او كسوة ونحوها قطعاً وان لم يترك رحله ولا يلزم تخليف احد مكانه ، بل ولا بالاسفار المتعارضة المعتادة كالرواح للزيارة او لتجحيل المعاش او للمعالجة مع نية العود وبقاء متاعه ورحله <sup>(٢)</sup> .

---

ثم حكمى عن جامع المقاصد أنه قال : ولو أدى طول المدة الى التباس الحال بحيث يمكن لواحدى الملك أن يتبع على الناس عدم صحة دعواه ، احتمل جواز الازعاج أيضاً لانه مضى بالوقف .

ثم اورد عليه بأنه لا اشكال مع فرض منافاة مصلحة الوقف ، وأما مع عدمها لوجود ما يحترز به عن ذلك فالمتوجه عدم جواز الازعاج .

١) وذلك كله لأن الوقوف على حسب ما يقتضها أهلها المقتضي لعدم جواز سكتى المفروض فيجب عليه الخروج وتفويض المحل الى أهله .

٢) نعم في التذكرة : ولا يبطل حقه بالخروج لحاجة كشراء مأكول او مشروب او ثوب او قضاء حاجة وما اشبه ذلك ولا يلزم تخليف احد في الموضع ولا ان يترك متاعه فيه لانه قد لا يوجد غيره وقد لا يأمن على متاعه سواه . ونحو ذلك في المسالك وبعض اتبعاه مع زيادة لفظ «قطعاً» فيها .

مالم تطل المدة الى حد لم يصدق معه السكنى والاقامة عرفاً<sup>١</sup>  
ولم يوجب تعطيل المحل زائداً على المتعارف<sup>٢</sup> ، ولم يشترط  
الواقف لذلك مدة معينة ، كما اذا شرط ان لا يكون خروجه ازيد  
من شهر او شهرين مثلاً فيبطل حقه لو تعددى زمن خروجه عن تلك

ويدل على ما ذكره الماتن دام ظله سيرة الناس وعملهم في جميع الاعصار  
في المدارس العلمية ، اذا لم يشترط الواقف كيفية خاصة وحالاً مخصوصاً  
ينافي الخروج للسفر او غيره ، والافيلزم مراعاة كيفية الوقف .

فللسايق المستحق أن يمنع من يساكهه مadam متضفأ بما به يستحق السكنى  
اذا كانت العادة او الشرط من الواقف يقتضي انفراد الواحد ، أما لفرض كون  
البيت الواحد معداً لجماعة باشتراط الواقف أو باقتضاء العادة لم يجز لاحمد  
منع غيره ، الا أن يبلغ النصاب فلهم حينئذ منع الزائد .

١) والافيخرج عن كونه أولى وأحق من الآخرين ، بل يكون حاله كحال  
سائر الناس ، ولا ترجح له بالإضافة الى سائر من يمكن أن يشمله شرائط  
الوقف ، ولذلك جاء في التذكرة « ولو فارق لعذر اياماً قليلة فهو أحق اذا عاد  
لانه ألفه ، وان طالت غيبته بطل حقه » واستحسنه في المسالك وقواه في الروضة  
وان يظهر من اللمعة عدم البطلان مطلقاً .

٢) والافيكون منافياً للوقف وغرض الواقف ، ومن هنا جاء في جامع  
المقصود : « الاقرب بقاء الحق ان لم تطل المدة ، بحيث يؤدي الى التعطيل  
ونحوه عن تعليقه على الارشاد وحواشي الشهيد ، وفي الروضة « القوى انه  
مع بقاء الرجل وقصر المدة لا يبطل حقه ، وبدون الرجل يبطل الا ان يقصر  
الزمان بحيث لا يخرج عن الاقامة عرفاً » .

المدة<sup>(١)</sup>.

( مسألة : ٢٢ ) من اقام في حجرة منها يستحق السكنى بها له ان يمنع من ان يشاركه غيره اذا كان المسكن معداً لواحداما بحسب قابلية المحل او بسبب شرط الواقف<sup>(٢)</sup> ، ولو اعدلما فوقه لم يكن له منع غيره<sup>(٣)</sup> الا اذا بلغ العدد الذى اعدله ، فللسكنة منع الزائد<sup>(٤)</sup>.

---

١) لأن الوقوف على حسب مــا يقفها أهلها المقتضي لعدم جواز السكنى المفروض .

٢) وذلك أما في صورة عدم قابلية المحل فلان مشاركة الغير حينئذ تكون مزاحمة لمن أقام فيها ، مع أنه أولى وأحق من جهة السبق ، فيجوز الممانعة دفاعاً عن حقه ، ومن جهة المنع عن مزاحمته في جميع الحقوق المربوطة به عن كل أحد يكون متعرضاً له .

وأما في صورة الوقف لسكنة الواحد فلان الوقوف على حسب ما يقفها أهلها ولا يجوز التعدي عنها .

٣) لأنها مزاحمة للغير من دون مجوز له .

٤) من باب رفع المزاحمة أو رعاية الوقف اذا كان الزائد على خلاف الوقف . وفي الجواهر : وكيف كان فله - أي السابـق المستحق - أن يمنع من ساكنه مادام متتصفاً بما به يستحق السكنى اذا كانت العادة أو الشرط من الواقف يقتضي انفراد الواحد ، أما لفرض كون البيت الواحد معداً لجماعة باشتراط الواقف او باقتضاء العادة لم يجز لاحد منع غيره الا ان يبلغ العدد النصاب فلهم حينئذ منع الزائد . والله العالم [ الجواهر ج ٣٨ ص ٩٧ ] .

(مسألة : ٢٣) يلحق بالمدارس الرباطات<sup>١</sup> ، وهي المواقع  
المبنية لسكنى الفقراء والملحوظ فيها غالباً للغرباء فمن سبق منهم  
إلى اقامة بيت منها كان أحق به<sup>٢</sup> وليس لاحد ازعاجه<sup>٣</sup> ، والكلام  
في مقدار حقه وما به يبطل حقه وجواز منع الشريك وعدمه فيها كما  
سبق في المدارس<sup>٤</sup> .

(مسألة : ٢٤) ومن المشتركات المياه<sup>٥</sup> ، والمراد بها مياه  
الشوط والانهار الكبار كدجلة والفرات والنيل أو الصغار التي لم  
يجرها أحد، بل جرت بنفسها من العيون أو السيوول أو ذوبان الثلوج

---

١) جمع رباط ككتاب ، وهي المعاهد المبنية والمؤوقة للفقراء (المنجد  
ص ٢٤٥) .

٢) وذلك بمقتضى السابق ، لأن السابق أحق عرفاً وبحسب السيرة العقلائية  
ويدل عليه النصوص ، كما في رواية المسكوني «سوق المسلمين كمسجدهم فمن  
سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل» [البحار ج ٤ ص ٢٥٦]  
ورواية ابن بزيع المتقدمة «من سبق إلى موضع فهو أحق به يومه وليلته  
[البحار ج ٤ ص ٢٥٤] .

٣) لازم إبداء ومزاحمة من دون حق مع أحقيّة السابق ، فيكون الأزعاج  
اعتداءاً ، وهو منهي عنه في الكتاب الافي الاعتداء بالمثل .

٤) لأن المالك في الحق عمومات السابق والسيرورة العملية المشتركة في  
المدارس والرباطات ، كما أن الموجب لبطلان الحق والملاك لجواز منع الشريك  
وعدمه كان متخدأً مع الرباطات .

٥) كما في الجوادر [ج ٣٨ ص ١١٦] : وأما الماء الذي هو أحد المشتركات

و كذلك العيون المنفجرة من الجبال او في اراضي الموات ،  
وال المياه المجتمعة في الوهاد من نزول الامطار ، فان الناس في جميع ذلك  
شرع سواء ، ومن حاز منها شيئاً بآنية او مصنوعاً او حوضاً ونحوها ملكه<sup>١)</sup>

---

للأصل والاجماع بقسميه والنبوى «الناس شر كاء في ثلاثة : النار والماء والكلاء»  
[المستدرك ، الباب ٤ من كتاب احياء الموات ، الحديث ٢] .  
والكافظمي «ان المسلمين شر كاء في الماء والنار والكلاء» [الوسائل ،  
الباب ٥ من كتاب احياء الموات ، الحديث ١] .

وروى جابر أن النبي صلى الله عليه وآلـهـ نهى عن بيع فضل الماء [المبسوط  
ج ٣ ص ٢٨١ - ٢٨٢]

والدليل على ذلك أنه لم يحصل ما يوجب الملك لأحد كالحيازة أو العمل  
بعنوان الاحياء ، وقد أكـدـ على ذلك الشيخ الطوسي في المبسوط ، قال : ان  
المباح من ماء البحر والنهر الكبير - مثل دجلة والفرات ومثل العيون النابعة  
في موات السهل والجبل - فكل هذا مباح ولكل واحد أن يستعمل منه ما أراد  
وكيف شاء ، بالخلاف لخبر ابن عباس المتقدم عن رسول الله «ص» : ان الناس  
شر كاء في ثلاثة الماء والنار والكلاء » ، وان زاد هذا الماء فدخل الى أملاك  
الناس واجتمع فيها لم يملكونه .

١) كما في الجواهر : قد يعرض له الملك بالاحراز في آنية او مصنوع  
او حوض او نحوه بالخلاف فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل لعله ضروري  
وان حكي عن بعض العامة عدم الملك بذلك وانما يفيد الاولوية ، لاطلاق النص  
المزبور ، الا أن مثل ذلك لا ينافي الضرورة المزبور ، كما أن الخبر المزبور  
لا ينافي عروض الملك بالحيازة التي هي أحد اسبابه .

و جرى عليه احكام الملك من غير فرق بين المسلم والكافر<sup>(١)</sup>.  
وأما مياه العيون والبار والقنوات التي حفرها أحد في ملكه  
أو في الموات بقصد تملك مائتها فهي ملك للحاور<sup>(٢)</sup> كسائر الأملاك  
لأنه لا يجوز لأحد أخذها والتصرف فيها إلا باذن الملك.

---

مضافاً إلى قوله صلى الله عليه وآله «من سبق إلى ماله يسبق إليه ماله  
 فهو له» وغير ذلك من السيرة المستمرة في سائر الأعصار والأوصاف على تملك  
ذلك وبيعه وجريان جمع احكام الملك من غير فرق بين المسلمين وغيرهم  
[ الجوامد ج ٣٨ ص ١١٦ ] .

ولأوجه لاشترط المحيازة بمقدار الحاجة ، بل له أن يحوز ماله يوجب  
ضرراً وضيقاً على الآخرين ، والأفادلة المحيازة قاصرة عن شموله ، لأنها دليل  
ليقتصر فيه على المتيقن ، وهو المقدار الذي لا يكون ضرراً على الآخرين .  
(١) لاشتراك الوجه بين الكافر والمسلم كما هو مملاً خلاف فيه .  
(٢) كما في الجوامد : إن من حفر بئراً في ملكه أو (في خ) مباح لملكها  
فقد اختص بها كالمحجر ، فإذا بلغ الماء فقد ملك الماء والبئر ، بل لأحد خلافاً  
في التحجير المزبور وإن كان هو غير واضح الوجه في الملك .

إلى أن قال : وأما ملك الماء ببلوغه الذي نسبه غير واحد إلى الإصحاب  
مشعرأً بالاجماع عليه ، بل لعله كذلك نظراً إلى السيرة المستمرة ، فقد يقال :  
إن الوجه فيه إمكان دعوى أنه نماء ملكه ، كثمرة الشجرة ولبن البدابة مثلاً ،  
أو دعوى أن ذلك حيازة له أو سبق إلى ماله يسبق إليه ماله فيكون له ، وفحوى  
ما تسمعه من نصوص بيع الشرب أو أنه أحياه للارض بالسرابية على نحو ما  
سمعته في المعدن ، أو أن ملك الأرض يقتضي ملك الماء الكامن فيها وإن لم

يكن من أجزائها ، أو غير ذلك [الجواهر ج ٣٨ ص ١١٦ - ١١٧] .

وبالجملة يدل على ما ذكره الماتن دام ظله مضافاً إلى قيام بناء العقلاء والسيرة المستمرة عليه : أنه أحياء للارض ، إذ بعد بلوغ الماء صارت هذه القطعة من الأرض وهي البئر محيّة ، ولا فرق بين أن تكون الارضي التي تجاوره قابلاً للزراعة أم لا ، فإذا ملك الأرض بالاحياء ملك ما يمكن فيها من الماء بالطبعية .

على أن ما اجتمع في بئر من الماء يصدق عليه أنه ما يحوزه بالبئر فيما يحفي بالحيازة ، وأما الاستدلال بفحوى ما يدل على جواز الشرب . ففيه ما لا يخفى بعد إمكان بيع الحقوق .

ثم لا يخفى أن بعض الأجلة ناقش في السيارة العقلائية بأنه لابد لدى الاستدلال بها من الجزم بعدم صدور الردع ليتحقق العلم بالأمضاء والجزم بعدم صدور الردع لا يتحقق مع وجود ما يحتمل دلالته في الاخبار على الردع ولو لم يكن تاماً سندأ ، لأن مجرد احتمال وروده بنحو الردع من الشارع يكفي لعدم حصول الجزم بالأمضاء . فالخبر الضعيف وإن لم يكن حجة ولكنه يكفي في جملة من الموارد لاسقاط حجية السيارة والمنع عن الجزم بالأمضاء .

إلى أن قال : وبناء عليها نقول في المقام : إن الروايات العديدة الواردة تارة بلسان « إن الناس شركاء في الماء » وأخرى بلسان النهي عن منع فضل الماء وثالثة بلسان النهي عن بيع الفناة بعد الاستغناء عنها ، تؤدي على الأقل تقدير ورود الردع عن الاختصاص المسمى بالملكية [اقتاصادنا ج ٢ ص ٦٧٠] وفيه : إن اللازم هو الجزم بعدم الردع في مقام الأثبات لافي مقام التثبت فإذا لم يصل الردعلينا بوصول حجة في مقام الأثبات كانت السيارة حجة ، لانه

عذاب بعض التصرفات التي مرت بها في كتاب الطهارة<sup>١</sup> وينتقل  
إلى غيره بالتوافق الشرعية قهرية كانت كالارث او اختيارية كالبيع

لو أراد الشارع الردع عن السيرة الجارية المستمرة لكان عليه البيان الواصل  
بالصراحة بأعلى صوت بحيث لا يبقى تردید لاحد في ذلك ، والا كان هو مقصراً  
في عدم الوصول إلى مراده ومقصوده ، كما أن العموم باق على حجيته مال  
يصل الخاصلين ، ومجرد احتمال ورود المخصوص لا يضر بحجية العام .  
فعليه لو أكتفى الشارع بمجرد الاحتمال فــي مقام ردع بنائهم كان ذلك  
نفطاً لغرضه من ارتداعهم ، فعليه أن يذكر ما يكون صريحاً أو ظاهراً في الردع  
حتى يرتدعوا .

على أن الاحتمال الذي يكون خلاف الظاهر من النصوص مطروحاً بالسيرة  
القطعية ، فلا يعني بالاحتمال ورود الردع عن الاختصاص المطلق المسمى بالملكية  
بقوله : « الناس شركاء في الماء » بعد امكان الجمع بينه وبين ما يدل على سبيبة  
الاحياء لتملك له لتملك الارض وما يتبعها . بحمله على الحكم الحيشي او  
الاولي .

وهكذا لا يعني بالاحتمال المذكور بنفيه عن منع فضل الماء أو بيع القناة  
بعد امكان الجمع بينها وبين ما يدل على جواز البيع بحملها على الكراهة أو  
على المياه المباحة التي لا يعرضها وجه مملوك ، فتدبر جيداً .

(١) كما في مسألة (٢.) من القول في شرائط الموضوع « يجوز الموضوع  
والشرب وسائر التصرفات اليابسة مما جرت السيرة عليه من الانهار الكبيرة من  
القنوات وغيرها وان لم يعلم رضى المالكين ، بل وان كان فيهم الصغار والمجانين  
نعم مع النهي منهم أو من بعضهم يشكل الجواز ، واذا غصبها غاصب يبقى الجواز  
لغيره دونه » .

## والصلح والهبة وغيرها<sup>١)</sup>.

(١) لأن الانتقال بالأسباب الظاهرة أو الاختيارية من آثار الملك ، فيجوز كسائر الأملاك الشخصية ، وذلك خلافاً للشيخ قدس سره حيث ذهب في المبسوط إلى وجوب بذل الفاضل عن حاجته بلا عوض ، حيث قال :

« فَكُلْ مَوْضِعَ قَلْنَا أَنَّهُ يَمْلِكُ الْبَشَرَ فَإِنَّهُ أَحَقُّ مِنْ مَا يَأْتُهَا بِقَدْرِ حاجَتِهِ لِشَرْبِهِ وَشَرْبِ مَا شَيْتُهُ وَسَقَيْ زَرْوَعَهُ ، فَإِذَا فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ شَيْءًا وَجَبَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ بِلَا عَوْضٍ لِمَنْ احْتَاجَ إِلَيْهِ لِشَرْبِهِ وَشَرْبِ مَا شَيْتُهُ مِنَ السَّابِلَةِ وَغَيْرِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ مَنْعِ المَاءِ الْفَاضِلِ مِنْ حاجَتِهِ حَتَّى لا يَتَمَكَّنَ غَيْرُهُ مِنْ رَعْيِ الْكَلَامِ الَّذِي يَقْرَبُ ذَلِكَ المَاءَ وَانْمَا يَجُبُ عَلَيْهِ ذَلِكَ لِشَرْبِ الْمُحْتَاجِ وَشَرْبِ مَا شَيْتُهُ ، فَأَمَّا سَقَيْ زَرْعَهُ فَلَا يَجُبُ عَلَيْهِ ذَلِكَ لَكُنَّهُ يَسْتَحِبُ .

وفيه من قال يستحب ذلك لشرب ما شيته وسقي زروعه ولا يجب ، وفيهم من قال يجب بذله له بلا عوض لشرب الماشية ولسقي الزرع ، وفيهم من قال يجب عليه بالعوض فأما بلا عوض فلا .

وانما قلنا ذلك لما رواه ابن عباس أن النبي «ص» قال : الناس شركاء في ثلاثة : النار والماء والكلام ، وروى جابر أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع فضل الماء .

إلى أن قال : هذا في ماء البشر ، وأما العين الذي على ظاهر القراء على صاحب القراء بذل الفاضل عن حاجته لماشية غيره مثل البشر سواء . انتهى [المبسوط ج ٣ ص ٢٨١ - ٢٨٢] .

وأورد عليه في المسالك بأن هذه الأخبار كلها عامية ، وهي مع ذلك أعم من المدعى ، ومدلولها من النهي عن منع فضله مطلقاً لا يقول به بل ولا غيره من يعتمد هذه الأحاديث ، وهي ظاهرة في ارادة الماء المباح الذي لم يعرض له

وجه مملك كمياه الانهار العامة والعيون الخارجة في الموات ، والسابقة إلى احياء الأرض الموات ، ومياه العيون والأبار المباحة ، فان الناس في هذه شرع سواء .  
إلى أن قال : ويمكن حمل النهي في هذه الاخبار فيما يتناول الماء المملوك على الكراهة بل هو أولى بدلاته . انتهى .

واستشكل فيه صاحب الجواهر بقوله : وفيه أن الاخبار المذكورة كما هي موجودة في طرق العامة موجودة في طرق الخاصة بسند معتبر كما سترف ، وما دل على الاشتراك منها غير مانع من الملك بسببه كحيازة أو احياء أو نحو ذلك ، كما أن مادل منها على منع الفضل منزل على منع مباح الماء وبيعه بالغصب أو على الكراهة .

وفي جامع المقاصد : وفي وجوب بذل الفاضل من الماء عن قدر الحاجة نظر ، لأن الاشتراك في الاصل لا ينافي تجدد الملك والاختصاص كالمحرر في الانية ، ولأن المفرد المحلى باللام لا يعم ، وماورد من الاخبار من النهي عن فاضل الماء ونحوه فهو محمول على الكراهة . انتهى .

ولقد أجادوا فيما أفادوا رحمة الله في تبييض ما ذهب إليه الشيخ قدس سره ، اذلا دليل على وجوب البذل بعد كون الماء ملكاً له أو مختصاً به ، وما دل على كون الماء من المشتركات العامة لainافي عروض الملكية له بالأسباب الشرعية .

نعم يمكن الاستدلال لو جوب البذل بموثقة أبي عبدالله عليه السلام قال :  
نهى رسول الله صلى الله عليه وآلـه عن النطاف والاربعاء . وقال : والاربعاء أن يسنم مسنـة فيحمل الماء فيسقى به الأرض ثم يستغنى عنه ، فقال : فلاتبعه ولكن أعره جارك ، والنطاف أن يكون له الشرب فيستغنى عنه ، فيقول : لاتبعه أعره أخاك أو جارك [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٣ ] .

(مسألة : ٢٥) اذا شق نهرأ من ماء مباح كالشط ونحوه ملك ما يدخل فيه من الماء ويجرى عليه احكام الملك <sup>(١)</sup> كالماء المحوز في آنية ونحوها.

وبما وثقه في الجوادر من خبر عبد الرحمن البصري عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : والنطاف شرب الماء ليس لك اذا استغنت عنه أن تبعه جارك تدعه له ، والاربعاء المسنة تكون بين القوم فيستغنى عنها صاحبها قال : يدعها لجاره ولا يبيعها اياده [الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٨]

فانهما يدلان على وجوب البذل بلا عوض ، ولكن يعارضهما مصححة سعيد الاعرج عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأله عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناته فيها شر كاء فيستغنى بعضهم عن شربه أبيع شربه . قال : نعم ان شاء باعه بورق وان شاء باعه بحنطة [الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٨]

وموثقة عبدالله الكاهلي قال : سأله رجل ابا عبدالله عليه السلام وأنا عنده عن قناته بين قوم لكل رجل منهم شرب معلوم فاستغنى رجل منهم عن شربه أبيعه بحنطة أو شعير ؟ قال : يبيعه بما شاء هذا مما ليس فيه شيء [الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٨] ونظيرهما ما رواه في قرب الاسناد «نعم لا يأس» [الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٩]

ويمكن الجمع بينهما بحمل النهي على الكراهة ، اذ موضوع الا خبار واحد وهو بيع الشرب ، وحمل النهي على الكراهة بقرينة قوله «لا يأس» وقوله «هذا مما ليس فيه شيء» حمل عرفي كما لا يخفى .

(١) لانه حيازة للماء المباح ، والحيازة سبب للملك . نعم قال في الشرائع «وهنا مسائل . الاولى : ما يفيضه النهر المملوك من الماء المباح . قال الشيخ :

وتتبع ملكية الماء ملكية النهر فان كان النهر لواحد ملك الماء  
بالت تمام ، وان كان لجماعة ملك كل منهم من الماء بمقدار حصته من  
ذلك النهر ، فان كان لواحد نصفه ولا خر ثلثه ولثالث سدس ملكو الماء  
بتلك النسبة وهكذا <sup>١</sup> .

---

لا يملكه الحافر كما اذا جرى السيل الى ارض مملوكة ببل الحافر اولى بعائه  
من غيره لأن يده عليه » .

ولكن التحقيق أن التعليل المذكور مما يبرهن صدق الحيازة ، ومع صدقها  
لامانع من القول بالملكية . ولذا قال في الجوادر : لم نجد للشيخ موافقاً على  
ذلك الامايحكي عن بعض العامة . نعم عن أبي علي اعتبار عمل ما يصلح لسده  
وفتحه في تملك الماء ، ولعله لتوقف صدق الحيازة التي هي فعل من أفعال المكلف  
المقدور له فعلاً وتركاً على ذلك ، لكن فيه منع واضح ، ضرورة صدقها بدونه  
كوضوح الفرق بين الفرض وبين ماء السيل في ملك الغير الذي لم يقصد حيازته  
إلى أن قال : ومن هنا اتفق من عداته من الأصحاب ومن تعرض لذلك على  
الماء بذلك [ الجوادر ج ٣٨ ص ١٢٦ ] .

ثم استدل في الجوادر مضافاً إلى الحيازة بخبر اسماعيل بن الفضل قال :  
سألت ابا عبد الله عليه السلام عن بيع الكلاء اذا كان سيفاً فيعدم الرجل الى مائه  
فيسوقه الى الأرض فيسوقه الحشيش ، وهو الذي حفر النهر وله الماء يزرع به  
ماشاء . فقال : اذا كان الماء له فليزرع به ماشاء وليبعه بما أحب - الحديث  
[ الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٦ ] وبغيره من النصوص السابقة في القناة .

١) لأن الحيازه التي هي سبب للملك انما تكون بسبب النهر ، فيكون  
ملكية الماء بحسب ملكية النهر ، كما عن صاحب الشرائع « وان كان فيه جماعة

ولايتبغ مقدار استحقاق الماء مقدار الارضى التى تسقى منه ،  
فلو كان النهر مشتركاً بين ثلاثة اشخاص بالتساوى كان لكل منهم  
ثلث الماء وان كانت الارضى التى تسقى منه لاحدهم الف  
جريب ولاخر جريباً ولاخر نصف جريب فيصرفن ما زاد على  
احتياج ارضهما فيما شاء ، بل لو كان لاحدهما رحى يدور به ولم  
يكن له ارض اصلاً يساوى مع كل من شريكه في استحقاق الماء<sup>(١)</sup>.

---

فإن وسعهم أو تراضاوا فيه فلابحث وإن تعاسروا قسم بينهم على سعة الضياع .  
ولو قيل يقسم على قدر انصباتهم من النهر كان حسناً »

والمراد من قدر الانصباء هو قدر النفقه على العمل كما في الجواهر ، فهم  
شركاء في الماء المملوك بحسب ما انفقوا على احداث النهر ، وقسم الماء بينهم  
على قدر سهمهم من الماء . ولاؤجه لتقسيمه بينهم على سعة الضياع .

ولعله يقاس المقام باشراب الدور من الماء المباح ، اذلكل دار أن يشرب  
بمقدار حوضه وسعته ، ولكنه في غير محله بعد فرض صيروحة الماء ملكاً لهم  
باحداث النهر المملوك .

(١) وذلك كله لما تقدم من أن المالكية للماء إنما يكون بالحيازة والحيازة  
لاتكون إلا بالنهر ، فالمالكية للماء تابعة لمالكية النهر ان كان نصفاً فنصف وان  
كان ثلثاً فثلث وهكذا ، أو لأن النماء تابع للاصل فاحداث النهر بما أنه نوع  
من احياء الأرض بوجب المالكية بالإضافة إلى النهر ولكل من الجماعة المشتركة  
في الاحياء سهم بمقدار ماله سهم في احياء النهر . والمالكية للماء أيضاً تابعة  
لمالكية النهر ، لانه متفرع على ظرفية النهر واستعداده وتحمله ولاؤجه لتقسيمه

( مسألة : ٢٦ ) انما يملك النهر المتصل بالمباح بحفره في الموات بقصد احياءه نهراً من نية تملكه الى ان يوصله بالمباح <sup>١</sup> كما مر في احياء الموات ، فان كان الحافر واحداً ملكه بال تمام ، وان كان جماعة كان بينهم على قدر ما عملوا ، فمع التساوى بالتساوي ومع التفاوت بالتفاوت <sup>٢</sup> .

---

بينهم على سعة الضياع .

ثم ان للقسمة كيفيات ، منها ما ذكره في الجوادر من أن توضع خشبة صلبة لا يحصل فيها التفاوت بمرور الا زمانة ، أو صخرة ذات ثقبة متساوية على قدر حقوقهم في صدر الماء على وجه لا يكون دخول الماء في تلك الثقوب متفاوتاً ويجري كل منهم ساقية لثقوبه ويجعل الثقوب على أقلهم سهماً ، فإذا كان لأحد هم نصفاً ولآخر ثلثه ولثالث سدسه جعلت الثقوب ستة ، ثلاثة منها لذى النصف واثنان لذى الثلث وواحد لذى السادس ، ومنها أن يكون التقسيم بحسب الأيام وال ساعات فيكون لصاحب النصف ثلاثة أيام من المسته ولذى السادس يوم واحد وهكذا .

١) كما في الشرائع « الثانية -- اذا استجد جماعة نهراً في بالحفر يصيرون أولى به فإذا وصلوا متنزع الماء ملكوه » .

لان بالوصول الى الماء المباح يصدق على محل النهر انه أرض مhabia ، فيشمله قوله « من أحبي أرضاً فهي له » ، وانما الاشكال في صدقه عليه قبل الوصول اليه .

٢) اذا المدار على العمل الصادر من كل واحد من الشركاء بال مباشرة أو التسبب بذلك ان من عمل بنفسه كان شريكاً مع من أنفق أجرة عامل ليعمل له مع أنه لم ينفق شيئاً .

( مسألة : ٢٧ ) لما كان الماء الذي يفيضه النهر المشترك بين جماعة مشتركة بينهم كان حكمه حكم سائر الاموال المشتركة ، فلا يجوز لكل واحد منهم التصرف فيه وأخذه والسداد به الا باذن باقى الشركاء<sup>١</sup> ، فان لم يكن بينهم تعاسرو ويبيع كل منهم سائر شركائه ان يقضى منه حاجته في كل وقت وزمان فلا بحث ، وان وقعت بينهم تعاسرون تراضوا بالتناوب والمهاية بحسب الساعات او الايام او الاسابيع مثلا فهو<sup>٢</sup> والافلام محيسن من تقسيمه بينهم

واما اشتراط نية تملكه فلما تقدم من اشتراطه في الاحياء ، ولذلك جاء في الجوادر : اذا استجد جماعة نهر ايملكوه فالحرف يصيرون أولى به لانه تحجير اذا وصلوا متنزع الماء ومجراه على وجه اذا أريد اجراؤه فيه جرى ملكوه سواء جرى فيه الماء اولا بعد أن تهيأ له فان ذلك احياؤه [ الجوادر ج ٣٨ ص ١٢٩ ] .

وقال في موضع آخر في مورد حفر البشر : ولو حفرها في المباح للتملك بل للانتفاع بها مادام في ذلك المكان فهو أحق بهامدة مقامه عليها ، كما صرحت به الشيخ وابن ادريس والفضل والشهيدان والكركي على ما حكى عن بعضهم معللين له بأنه لا ينقص عن التحجير بعد انتفاء الملك بعدم قصده للمحيي ،

وحيثند فإذا تركها حل لغيره الانتفاع بها [ الجوادر ج ٣٨ ص ١٢٢ ] .

١) لعدم جواز التصرف في مال أحد الا بطيبة نفس منه ، لأن التصرف في تمام الماء تصرف في مال الغير ولا يحل مال امرىء مسلم الا بطيبة نفس منه ، مضافة الى قاعدة السلطة ، ومتضمنا هما عدم جواز تصرف الشريك في مال شريكه الا باذنه .  
٢) لأن الناس مسلطون على اموالهم كما هم مسلطون على أنفسهم ، ومتضمنا

بالجزاء<sup>١</sup>.

بأن توضع على فم النهر خشبة أو صخرة أو حديدة ذات ثقب متساوية السعة حتى يتساوى الماء الجارى فيها ، ويجعل لكل منهم من الثقب بمقدار حصته ويجرى كل منهم ما يجرى في الثقبة المختصة به في ساقية تختص به فإذا كان بين ثلاثة وسهامهم متساوية فإن كانت الثقب ثلاثة متساوية جعلت لكل منهم ثقبة وإن كانت ستة جعلت لكل منهم ثقبتان وإن كانت سهامهم متفاوتة يجعل الثقب على أقلهم سهماً فإذا كان لأحدهم نصفه ولآخر ثلثه ولثالث سدسه جعلت الثقب ستة ثلات منها لذى النصف وأشتران لذى الثلث وواحدة لذى السادس وهكذا<sup>٢</sup> وبعد ما افرزت حصة كل منهم من الماء يصنع بمائة مأشاء<sup>٣</sup>.

---

جواز الاباحة منهم لشر كائهم أن يتصرفوا في المال المشتركة كيف شاءوا، كما أن لهم المهايأة في تقسيم الماء بحسب الساعات أو الأيام أو الأسابيع .

(١) لأن مال مشاع في كل زمان ، فمع عدم الاتفاق منهم على شيء منها لطريقة أخرى للتقسيم بحسب الأجزاء وبحسب قبول التقسيم بهذه الصورة مع عدم الاتفاق على الطرق الأخرى من دون خلاف بينهم لأن الطريق العدل ، مضافاً إلى لزوم الضرر لو لم يقبلوا بذلك التقسيم أيضاً .

(٢) لأن الطريق العدل في التقسيم كما عن صاحب الجواهر [ ج ٣٨ ص

[ ١٢٧ ]

(٣) لأن القسمة مملوكة لازمة ، ومقتضاه خروج المال المشترك عن الإشاعة

(مسألة : ٢٨) الظاهر أن القسمة بحسب الأجزاء قسمة اجبار، فإذا طلبها أحد الشركاء يجبر الممتنع منهم عليها<sup>١</sup> ، وهي لازمة ليس لأحد them الرجوع عنها بعد وقوعها. وأما المهايأة فهي موقوفة على التراضى وليس بلازمة فلبعضهم الرجوع عنها حتى فيما إذا استوفى تمام نوبته ولم يستوف الآخر نوبته<sup>٢</sup>.

---

واستقلال كل واحد منهم في الملكية ، ومع الاستقلال في الملكية يكون للمالك التصرف في ملكه كيف شاء لقاعدة « الناس مسلطون على أموالهم » وحيثند لا يكون لأحد them الرجوع بعد التراضي .

نعم ذهب صاحب الجوادر إلى أن له الرجوع في المهايأة التي لاشكال في صحتها مع الاتفاق منهم عليها لكونها غير لازمة للأصل وغيره ، فلاحدthem الرجوع قبل استيفاء الآخر نوبته وإن كان المراجع قد استوفى سابقاً تمام نوبته . ويمكن أن يقال : إن المهايأة المذكورة الموجبة لتقديم بعض على بعض في استيفاء حقه هي نوع وكيفية من القسمة ، ومقتضى لزوم القسمة هو عدم جواز الرجوع فيها أيضاً مع كونها نوعاً من القسمة لامجال اللتمسك بالأصل في جواز الرجوع .

نعم لو كانت المهايأة في قوة الإباحة فللتمسك بالأصل مجال .

- ١) لأن كل ما لاضرر في قسمته على أحد الشركاء - ولو من جهة الاحتياج إلى رد - يجبر الممتنع مع التماس الشريك أو وليه القسمة ، بل اختلاف أجده فيه أيضاً ، بل الظاهر الاتفاق عليه . ولعله العمدة بعد قاعدة وجوب اتصال الحق إلى مستحقة مع عدم الضرر والضرار كما في الجوادر [ ج ٢٦ ص ٣٠٩ ] .
- ٢) كما في الجوادر : بل الظاهر عدم جواز رجوع أحدهم بعد استيفاء

وان ضمن حينئذ مقدار ما استوفاه بالمثل مع امكانه والا  
فبالقيمة ١٠ .

الآخر ، نعم له ذلك في المهايأة التي لاشكال في صحتها مع الاتفاق منهم عليها الا أنها غير لازمة ، للاصل وغيره ، فلاحدهم الرجوع قبل استيفاء الآخر نوبته وان كان الراجح قد استوفى سابقاً تمام نوبته [ الجوادر ج ٣٨ ص ١٢٧ ] .  
وذلك لعله من جهة أن المهايأة في قوة الاباحة ، ولا أول من الشك ، فمقتضى  
الاصل جوازه .

الا أن يقال : بأن المهايأة المذكورة الموجبة لنقدم بعض على بعض في  
استيفائه حقه هي نوع وكيفية من القسمة ، ومقتضى لزوم القسمة هو عدم جواز  
الرجوع فيها أيضاً ، ومع كونها نوعاً من القسمة لامجال للتمسك بالاصل في  
جواز الرجوع . بل لو كانت المهايأة في قوة الاباحة فهي اباحة معوضة ، وهي  
في قوة البيع ، فلامجال فيها للتمسك بالاصل أيضاً .

( ) وذلك بمقتضى قاعدة الاتلاف ، حيث أنه استوفى مال الغير وأتلفه  
فيكون ضاماً بالمثل مع الامكان والا بالقيمة لانه جبران له اتلف بعد تعذر  
المثل .

وفي الجوادر : قيل : يضمن له أجراً مثل نصيبه من النهر للمدة التي أجرى  
الماء فيها ، لانه لما تعذر ضبط الماء المستوفى بالكيل والوزن امتنع ايجاب  
مثله وان كان مثلياً ، وأولى منه قيمة فلم يبق الا الرجوع الى الزمان الذي استوفى  
فيه ، فوجبت الاجرة على حسابه .

الا انه كما ترى لا يصلح مخصصاً للماطل على ضمان المثلي بمثله ، ومع التعذر  
فقيمته وان أدى ذلك هنا الى الرجوع للصلح ونحوه . والله العالم .

( مسألة : ٢٩ ) املاك على ماء مباح من عين او واد او نهر ونحوها  
 بأن احياتها اشخاص عليه ليسقوها منه بواسطة السواقى او الدوالى  
 او النواير او المكائن المتداولة فى هذه الاعصار كان للجميع حق  
 السقى منه <sup>١</sup> ، فليس لاحد ان يشق نهراً فوقها يقبض الماء كله او ينقصه  
 عن مقدار احتياج تلك الاملاك ، وحينئذ فان وفي الماء لسقى الجميع  
 من دون مزاحمة فى البين فهو ، وان لم يف وقع بين اربابها فى  
 التقدم والتأخر التشاحر يقدم الاسبق فالاسبق فى الاحياء ان علم  
 السابق <sup>٢</sup> .

- ١) لأن الاحياء في جانب العين أو الوادي أو النهر يوجب تعلق الحق به بحسب اعتقاد العرف والسيرة ، بل بمقتضى دليل السبق « من سبق إلى مالا يسبق إليه مسلم فهو أحق به » [ المستدرك ، الباب ١ من كتاب احياء الموات ، الحديث ٤ . وسنن البيهقي ٦ ص ١٦٢ ] لأنه نوع من السبق .
- ٢) لأن السابق بالاحياء قد تعلق حقه بالماء قبل غيره وان كان في آخر النهر لبناء العقلاء بل للعموم المتقدم ان لم يكن ارشاداً إلى هذا البناء العقلائي والا فلا يكون دليلاً آخر .

ولايعارضه عموم قوله صلى الله عليه وآله « يحبس الأعلى الأسفل » لأنصرافه  
 بما إذا كان الأسفل سابقاً إليه كما ينصرف قوله صلى الله عليه وآله « من أحى  
 أرضاً فهي له » عن أرض سبق إليها أحد قبل من يريده أحياءه .

ثم على فرض تسليم المعارضية بين الخبرين ذهب صاحب الجواهر إلى الرجحان  
 لتقديم قوله عليه السلام « من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » بالشهرة .

والا يقدم الاعلى حاجته ثم يرسله الى ما يليه وهكذا<sup>١٠</sup>.

واورد عليه في جامع المدارك بأن الخبر المذكور المستدل به لمقامنا  
كيف يؤخذ بعمومه ، الا ترى أنه اذا سبق أحد برعي غنمه في برهل يجب سبقة  
ممنوعية غيره بالنسبة الى ذلك المحل وكذا سبقة أحد بالصلة في مكان من  
المسجد وسبقة أحد بأخذ تراب أو أحجار من البر .

ثم قال: ولم يظهر وجه التقاديم، حيث أنه لا حيازة بالنسبة الى نفس الماء حيث  
أنه لم يتكون بعد بل لابد من نزول الثلج والمطر غالباً ، ولا بالنسبة الى المحل  
الذي يكون منبع الماء مع البعد المفترط .

ثم قال : وعلى فرض تمامية ما ذكر لم يظهر وجه ترجيح الخبر المذكور  
بالنسبة الى الاخبار السابقة بمجرد الشهرة المذكورة ، وعلى فرض الترجيح  
لامجال للأخذ بالاخبار المذكورة في صورة عدم العلم كما ذكر بناءً على المعروف  
من عدم جواز التمسك بالعام في الشبهات المصداقية الابجриان الاصل بتوجيهه .  
انتهى .

ولا يخفى عليك ما فيه من المناقشات ، اذ عدم ممنوعية غير من سبق الى  
بر لم يرعى غنمه لكون البر وافياً لهما ولغيرهما ، والافلا اشكال في ممنوعية غيره  
بالنسبة الى المحل المسبوق اليه ، وهكذا الكلام في السبقة الى مسجد أو أرض  
لأخذ ترابه أو أحجاره .

وأما وجه التقادم فللقضاء عرف العقلاء بكون السبقة موجباً للحق في الشرب  
من النهر أو سيل الوادي ، وحيث كان الحق المذكور تعلق بالشرب قبل تعلق  
حق آخر به فالتقادم له في صورة عدم وفاء الماء .

(١) بلا خلاف أجده في أصل الحكم ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه ،

.....

مضافاً الى النصوص من طرق العامة والخاصة .

فمن طريق العامة « ان النبي صلى الله عليه وآلـه قضى في شرب نهر في سيل أن للإعلى أن يسقي قبل الأسفـل ثم يرسله إلـى الأسفـل » [ سنن البيهـقـي ج ٦ ص ١٥٤ ] .

وفي آخر : أنه « ص » قضى في السـيل ان يمسـك حتى يـبلغ إلـى الكـعبـين ثم يـرسل إلـى الأسفـل [ سنن البيهـقـي ج ٦ ص ١٥٤ ] .

وفي ثالـث : ان رجـلاً من الـانـصارـ خـاصـمـ الرـبـيرـ فـي شـرـاجـ الـحـرـةـ التـيـ يـسـقـونـ بـهـاـ ، فـقـالـ النـبـيـ « صـ » : اـسـقـ يـاـزـبـيرـ ثـمـ أـرـسـلـ المـاءـ إـلـىـ جـارـكـ . فـغـضـبـ الـانـصارـيـ فـقـالـ : انـ كـانـ اـبـنـ عـمـتـكـ ، فـتـلـوـنـ وـجـهـ رـسـولـ اللهـ « صـ » ثـمـ قـالـ : يـاـزـبـيرـ اـسـقـ وـاحـبـسـ المـاءـ حتـىـ يـصـلـ إـلـىـ الجـدـرـ ثـمـ أـرـسـلـهـ [ سنن البيهـقـي ج ٦ ص ١٥٣ و ١٥٤ ] .

ومن طـرقـ المـخـاصـيـةـ مـارـواـهـ المـشـايـخـ الـثـلـاثـةـ وـفيـ سـنـدـ اـبـنـ اـبـيـ عـمـيرـ الذـيـ هـوـ مـنـ اـصـحـابـ الـاجـمـاعـ وـمـرـاسـيـلـهـ كـالـصـحـاحـ فـضـلـاـ عـنـ مـسـانـيدـهـ ، قـالـ : سـمعـتـ اـبـاـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ يـقـولـ : قـضـىـ رـسـولـ اللهـ « صـ » فـسـيـ سـيلـ وـادـيـ مـهـزـورـ « لـلـزـرـعـ إـلـىـ الشـرـاكـ وـلـلنـخـلـ إـلـىـ الـكـعـبـ ثـمـ يـرـسـلـ المـاءـ إـلـىـ أـسـفـلـ مـنـ ذـلـكـ » . وـيـظـهـرـ مـنـ قـوـلـهـ « ثـمـ يـرـسـلـ المـاءـ » أـنـ لـلـأـعـلـىـ هـوـ التـقـدـمـ فـيـ الشـرـبـ ، كـمـاـ صـرـحـ بـهـ فـيـمـاـ رـوـاهـ الشـيـخـ حـيـثـ قـالـ اـبـوـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ : قـضـىـ رـسـولـ اللهـ « صـ » فـيـ سـيلـ وـادـيـ مـهـزـورـ أـنـ يـحـبـسـ إـلـىـ الـأـعـلـىـ عـلـىـ الـأـسـفـلـ لـلـنـخـلـ إـلـىـ الـكـعـبـينـ

وـالـزـرـعـ إـلـىـ الشـرـاكـينـ [ الـوـسـائـلـ جـ ١٧ـ صـ ٣٣٤ـ ] .

وـمـنـهـ مـوـثـقـةـ عـقـبةـ بـنـ خـالـدـ عـنـ اـبـيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ قـالـ : قـضـىـ رـسـولـ

لكن لا يزيد للنخل عن الكعب اى قبة القدم على الاوسط<sup>١</sup>  
وان كان الجواز الى اول الساق لا يخلو من قوة<sup>٢</sup>.

الله «ص» في شرب النخل بالسيل أن الاعلى يشرب قبل الاسفل يترك من الماء  
إلى الكعبين ثم يسرح الماء إلى الأسفل الذي يليه وكذلك حتى ينقضي الحوائط  
ويفنى الماء [الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٥].

١) كما في رواية ابن أبي غمير المتقدمة «قضى رسول الله «ص» في سيل  
واد مهزور ان يحبس الاعلى على الاسفل للنخل الى الكعبين».

٢) كما في مرسلة الصدوق حيث قال : وفي خبر آخر والنخل الى الساقين  
[الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٤].

وفي الجوادر بعد تنزيل «الكعبين» على ارادة العظميين النابتين المتصلين  
بالساق فيكون الوصول إليه هو الوصول إلى مبتده الساق كما عن الغنية أو  
على أن وصوله إلى الكعب الذي هو العظم الثاني في ظهر القدم يستلزم وصوله  
إلى ذلك ، قال :

ولام يحيى حديث عن العمل بالمرسلة المعتمدة بشهرة الأصحاب وبأصالته  
بقاء الحق وعدم سلطنة الاسفل على الا على في منعه عن القدر الزائد عن  
المجمع عليه [الجوادر ج ٣٨ ص ١٣٥].

وفي الغنية قضى رسول الله «ص» أن الأقرب إلى الوادي يحبس الماء للنخل  
إلى أن يبلغ في أرضه إلى أول الساق وإلى الزرع إلى أن يبلغ الشراك ، وفي  
محكي المبسوط «روى أصحابنا أن الاعلى يحبس إلى الساق للنخل وللشجر  
إلى القدم وللزرع إلى الشراك . ومثله في محكي السراائر .

وللشجر عن القدم<sup>١</sup> ، وللزرع عن الشراك<sup>٢</sup> .

(مسألة : ٣٠) الانهار المملوكة المنشقة من الشطوط ونحوها

اذا وقع التعاسر بين اربابها بأن كان الشط لايفي في زمان واحد  
باملاء جميع تلك الانهار كان حالها كحال اجتماع الاملاك على الماء  
المباح المتقدم في المسألة السابقة ، فالاحق ما كان شقه اسبق ثم  
الاسبق<sup>٣</sup> ، وان لم يعلم الاسبق فالمدار هو الاعلى فالأعلى ، فيقبض  
الاعلى ما يسعه ثم ما يليه وهكذا<sup>٤</sup> .

---

١) كما في المحكي عن المبسوط المتقدم ومثله في محكي السائر .

٢) كما في رواية ابن ابي عمير المتقدمة « قضى رسول الله في سيل وادي  
مهزورأن يحبس الاعلى على الاسفل للنخل الى الكعبين والزرع الى الشراكين »  
وفي محكي المبسوط « روى أصحابنا ان الاعلى يحبس الى الساق للنخل وللشجر  
الى القدم وللزرع الى الشراك » ومثله في محكي السائر وكذلك عن الغنية .

٣) وذلك لاحقية السابق ، وهو الذي استقر عليه السيرة العقلائية وقد امضاه  
الشارع وأرشد اليه بقوله « من سبق الى ما لا يسبق عليه مسلم فهو أحق به »  
[المستدرك ، الباب ١ من كتاب احياء الموات ، الحديث ٤ . وسنن البيهقي ج

٦ ص ١٤٢ ] .

٤) كما في الجواهر: اذا اجتمعت املاك على ماء واحد مباح لم يف ذلك  
النهر المباح مثلاً أو سيل الوادي يسكنى ما عليه دفعه وقع في التقدم والتأخر  
تشاح بدءاً بالاول ، وهو الذي يلي فوهته - أي أصله - فأطلق الماء اليه على  
قدر حاجته ... بل اخلاف أجدده في أصل الحكم ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه

( مسألة : ٣١ ) لواحتاج النهر المملوک المشترك بين جماعة الى تنقية او حفر او اصلاح او سد خرق ونحو ذلك فان أقدم الجميع على ذلك كانت المؤنة على الجميع <sup>١</sup> بنسبة ملكهم للنهر ، سواء كان اقدامهم بالاختيار أو بالاجبار من حاكم قاهر جائز او بالزام من الشرع ، كما اذا كان مشتركاً بين المولى عليهم ورأى الولي المصلحة الملزمة في تعميره مثلاً ، وان لم يقدم الا البعض لم يجبر المجتمع وليس للمقدمين مطالبته بمحضته من المؤنة ما لم يكن اقدامهم

---

[ الجوادر ج ٣٨ ص ١٣١ ] .

ويقتضيه أيضاً الروايات السابقة بعد عدم الخصوصية عرفاً كما عن بعض طرق العامة ان النبي « ص » قضى في شرب نهر في سيل أن لا على أن يسقي قبل الاسفل ثم يرسله إلى الاسفل [ سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٤ ] .

١) وذلك من جهة قاعدة الاقدام اذا كان باختيار منهم ، والا فمن جهة قاعدة العدل والانصاف لو كانت قاعدة مستقلة مستفادة من الادلة ، ومن جهة قاعدة نفي الضرر والاضرار في تمام الصور .

وفي الجوادر : ولو احتاج هذا النهر الى حفر واصلاح وسد خرق ونحو ذلك فالظاهر كونه كالنهر المملوک الذي صرخ في القواعد بأنه عليهم على حسب ملكهم ، فهنا أيضاً على حسب استحقاقهم . نعم قد تقدم في تزاحم الحقوق انه لو امتنع بعض الشركاء من الاصلاح لم يجبرو ان كان لا يخلو من نظر خصوصاً مع ملاحظة قاعدة نفي الضرر والاضرار وقاعدة حفظ المال والنهي عن ضياعه

[ الجوادر ج ٣٨ ص ١٤٠ ] .

بالتماس منه وتعهده ببذل حصته<sup>١</sup>. نعم لو كان النهر مشتركاً بين القاصر وغيره وكان اقادام غير القاصر متوقفاً على مشاركة القاصر أما لعدم اقتداره بدونه أو لغير ذلك وجب على ولد القاصر مراعاة لمصلحته تشاركيه في التعمير وبذل المؤونة من ماله بمقدار حصته<sup>٢</sup>. (مسألة : ٣٢) ومن المشتركات المعادن<sup>٣</sup> وهي أما ظاهرة وهي ما لا تحتاج في استخراجها والوصول إليها إلى عمل ومؤنة كالملح والقير والكبريت والموميا والكحل والنفط إذا لم يحتاج كل

(١) لأن خلاف قاعدة سلطنة الناس على أموالهم وأنفسهم .

(٢) لوجوب حفظ مال القاصر عن الضياع والفساد والخراب، وجعل الولاية

انما يكون لهذه المصلحة .

(٣) جمع معدن الذي عرف في المحكى عن نهاية ابن الأثير والمتهى والتذكرة والتحرير بكل ما خرج من الأرض مما يخلق فيها مماله قيمة، والمعتبر بما استخرج من الأرض مما كان فيها ، والبيان وتعليق النافع بأنه كل أرض فيها خصوصية يعظم الانتفاع بها .

وفي التنقيح عرف بأنه ما أخرج من الأرض مع زيادة مما كانت أصله ثم اشتمل على خصوصية يعظم الانتفاع بها، ونحوه المسالك من دون ذكر ما كانت أصله ، وفي القاموس عرف بأنه منبت الجوادر من ذهب ونحوه .

وفي الجوادر قبل : إن المجتمع من كلمات الفقهاء واللغويين هو ما استخرج من الأرض مما كانت أصله واحتوى على خصوصية يعظم الانتفاع بها، واليه يرجع ما في المسالك من أنها هي البقاع التي أودعها الله شيئاً من الجوادر

المطلوبة [الجوادر ج ٣٨ ص ١٠٠] .

منها الى المحرف والعمل المعتبده<sup>١</sup> واما باطنة وهي مala تظهر الا بالعمل والعلاج كالذهب والفضة والنحاس والرصاص وكذا النفط اذا احتاج في استخراجه الى حفر آبار كما هو المعمول غالباً في هذه الاعصار .

١) نعم قال بعض الاجلة : المراد من المعدن الظاهر هو كل معدن تكون طبيعة المعدنية بارزة سواء احتاج الانسان الى حفر وجهد كبير للوصول الى آباره وعيونه في أعماق الطبيعة او وجده بيسر وسهولة على سطح الارض [ اقتصادنا ج ٢ ص ٤٣٩ ] .

وفيه : أنه يخالفه ظواهر كلمات الاصحاب ، منها تصريح صاحب جامع المقاصد من أن المراد من المعدن الظاهرة ما يكون على وجه الارض ولا يتوقف الوصول اليها على عمل .

ولذا فسره في المجواهر بما ذكر ، حيث قال في ذيل قوله « التي لا يفتقر الى اظهاره » : بمعنى عدم احتياج الوصول اليها الى مؤنة كالملح والنفط والقار والكبريت والموميا والكحل والبرام وغيرها مما هي ظاهرة بلا عمل وانما السعي والعمل لاخذه .

ولعل وجه توهם ماقيل هو بعض عبارات العلامة قدس سره في التذكرة حيث قال : والمراد بالظاهر ما يبدو جوهرها من غير عمل وانما السعي والعمل لتحصيله اما سهلاً أو متيناً ولا يفتقر الى اظهار .

ولكن مقتضى التأمل في مجموع عباراته هو خلافه كما قال في تفسير المعدن الباطنة : هي التي لا تظهر الا بالعمل ولا يصل اليها الا بعد المعالجة والمؤنة عليها كمعدن الذهب والفضة وال الحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج

فأما الظاهرة فهى تملك بالحيازة<sup>١</sup> لا بالاحياء<sup>٢</sup> . فمن اخذ منها شيئاً ملك ما اخذه قليلاً كان او كثيراً وان كان زائداً على ما يعتاد لمثله وعلى مقدار حاجته<sup>٣</sup> . ويبقى ممالم يأخذه على الاشتراك

---

والياقوت وسائر الجوادر المشوهة في طبقات الارض كحجارة البرام وغيرها مما يكون في بطون الارض والجبال .

فإن قوله « مما يكون في بطون الارض والجبال » يوضح أن مراده من المعادن الظاهرة هي التي تكون جوهرها على سطح الارض لأن طبيعتها المعدنية بارزة ولو كانت تحت أعمق الارض .

١) بخلاف ولاشك بمقتضى عموم دليل الحيازة من السيرة والنصوص كما في الجوادر : لعدم تصور الاحياء بعد أن كان هو الحفر ونحوه لظهوره كما ستر فيه في المعادن الباطنة والفرض هنا ظهوره . نعم لو أراد احياءها داراً مثلاً أو غيرها مملاً ينافي كونها معدناً أمكن القول بصحته ، فيملكه حينئذ ان لم يكن اجماع على خلافه ، ولو لاتفاقهم عدم احيائها ولكن لم أجده ذلك محرراً في كلامهم .

وأيضاً قال في نفي اختصاص المعادن بالمحجر : انه هو الشارع في الاحياء الذي عرفت انتفاعه .

ولقد أجاد فيما افاد ، وان كان ذهابه الى امكان القول بصحمة تملك المعدن الظاهرة لو أراد احياءها داراً . لا يخلو عن نظر ، لعدم شمول أدلة سببية الاحياء لتملك الارض لمثل المعادن الظاهرة .

٣) وذلك لما عرفت من عدم شمول أدلة سببية الاحياء لتملك الارض وأدلة

ويبقى الباقي ممالم يأخذه على الاشتراك<sup>١)</sup>.

سببية التحجير للأولوية لمثل المعادن الظاهرة صغرى وكبرى ، فلادليل الامادل على سببية الحيازة للملك . وحيث أنه دليل لبى فيقتصر فيه على الفدر المتيقن والمتيقن منه هو المقدار المأخوذ ، سواء كان بمقدار حاجته أو زائداً عليه بمقدار لاي Zahm الآخرين .

نعم جاء في جامع الشرائع والايضاح : أنه لو قام الفرد لأخذ الزيادة عن حاجته منع . وفي المبسوط والسرائر والشرائع والارشاد وللمعمة ما يوثّك هذا المنع ، اذ جاء في هذه المصادر : ان من سبق أخذ قدر حاجته .

وقال العلامة في التذكرة : ان هذا هو رأي اكثراً أصحابنا ، ولم يبينوا لنا حاجة يومه أو سنته .

١) لعدم تحقق ما يوجب الملكية الخاصة من الحيازة أو غيرها ، فيبقى على الاشتراك بين الناس شرعاً سواء .

نعم في الشرائع « ومن فقهاؤنا من يخص المعادن بالأمام عليه السلام فهـي عنده من الانفال وعلى هذا يملـك ما ظهر منها ولا مابطن ولو صـحت تملـكها بالاحياء ولزم من قوله اشتراط اذن الامام وكل ذلك لم يثبت » .

وتدل عليه رواية اسحاق بن عمار المرورية عن تفسير علي بن ابراهيم :

سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الانفال فقال : هي التي خربت . الى أن قال :

والمعادن منها [ الوسائل ، الباب ١من أبواب الانفال ، الحديث ٢٠ من كتاب الخامس ] .

وفي المرسل عن الانفال فقال : منها المعادن والاجام [ الوسائل ، الباب ١ من أبواب الانفال ، الحديث ٢٨ من كتاب الخامس ] .

ولايختص بالسابق في الأخذ<sup>١١</sup> ، وليس له على الأحوط ان

ولكن في الجوادر : كل ذلك لم يثبت لعدم جابر للخبر المزبور ، بل الموهن متحقق ، فان المشهور نقا وتحصيلا على أن الناس فيها شرع سواء ، بل قد يلوح من محكي المبسوط والمرائر نفي الخلاف فيه .

مضافاً إلى السيرة المستمرة في سائر الأعصار والأوصاف في زمن تسلفهم وغيره على الأخذ منها بلا إذن ، حتى ما كان في الموات الذي قد عرفت أنه لهم منها ، أو في المفتوحة عنوة التي هي للمسلمين ، فإنه وإن كان ينبغي أن يتبعهما ، فيكون ملكاً للأمام عليه السلام في الأول وللمسلمين في الثاني - لكونه من أجزاء الأرض المفروض كونها ملكاً لهما ، بل لو تجدد فيه ما في ذلك أيضاً - الان السيرة المزبورة عاصدة للشهرة المذكورة .

ولقوله تعالى « خاق لكم ما في الأرض » ولشدة حاجة الناس إلى بعضها على وجه يتوقف عليه معاشهم نحو الماء والنار والكلاء ، وفي خبر أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام « لا يحل منع الملح والنار » وغير ذلك مما لا يخفى على الساردين لأخبارهم يوجب الخروج عن ذلك [الجوادر ج ٣٨ - ١٠٩]

(١) لأن مجرد السبق لا يكون حيازة مالم يحصل الأخذ ، فلا وجہ للاختصاص  
نعم يكون السابق أولى للأخذ مع التزاحم كما في الجوادر :  
بل لو تسايق اثنان مثلا فالسابق أولى ، بلا خلاف ولا إشكال لعموم « من سبق إلى مالا يسبق إليه مسلم فهو أحق به » [المستدرك ، الباب ١ من كتاب أحياء الموات ، الحديث ٤] ولغيره مما تقتضيه من حرمة الظلم ونحوه بعد أن كان الشيء مشتركاً بين الجميع وسبق إليه أحدهم فيأخذ حيث شد بغيةه وإن زاد

يَحْوِزْ مَقْدَاراً يُوجِبُ الضَّيْقَ وَالْمُضَارَةَ عَلَى النَّاسِ<sup>(١)</sup>.  
وَإِنَّ الْبَاطِنَةَ فَهِيَ تَمْلِكُ بِالْأَحْيَاءِ بِأَنَّ يَنْهَا الْعَمَلُ وَالنَّقْبُ وَالْحَفْرُ  
إِلَى أَنْ يَبْلُغْ نِيلَهَا<sup>(٢)</sup> فَيَكُونُ حَالُهَا حَالُ الْأَبَارِ الْمُحْفُورَةِ فِي الْمَوَاتِ  
لِأَجْلِ اسْتِبْطَاطِ الْمَاءِ ، وَقَدْ مَرَانِهَا تَمْلِكُ بِحَفْرِهَا حَتَّى يَبْلُغْ الْمَاءَ  
وَيَمْلِكُ بِتَبَعُّهَا الْمَاءَ .

---

عَلَى مَا يَعْتَدُ لِمُثْلِهِ ، وَفَاقَ لِلْفَاضِلِ وَالشَّهِيدِينَ وَالْكَرْكَيِّ وَمَحْكَى الْمُبَسوَطِ وَغَيْرِهِمْ  
خَلَافَ لِلْمَحْكَى عَنْ بَعْضِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ الْأَمَّا يَعْتَدُ لِمُثْلِهِ وَلَا رِيبٌ فِي ضَعْفِهِ لِاطْلاقِ  
الْأَحْقِيقَةِ [الجواهر ج ٣٨ ص ١٠٤] .

(١) وَذَلِكَ لِحَدِيثِ لَا ضَرُرَ وَلَا ضَرَارٌ فِي الْإِسْلَامِ ، وَفِي الْجَوَاهِرِ : وَالْأُولَى  
مِنْ ذَلِكَ مَا ذُكِرَ نَاهَ الْأَمْمَعُ وَصُولُ الْأَمْرِ إِلَى حَدِ الْمُضَارَةِ بِالْغَيْرِ ، وَلِعُلُمهِ إِلَى ذَلِكَ  
يَرْجِعُ مَا فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ مِنِ التَّقْيِيدِ بِمَا إِذَا لَمْ يَصُرْ مَقِيمًا . كَمَا أَنْ مَرْجِعَ  
قُولِّ بَعْضِ الْأَصْحَاحَابِ «أَخْذُ بِغِيَتِهِ وَحَاجَتِهِ» وَنَحْوُهُمَا إِلَى شَيْءٍ وَاحِدٍ ، وَهُوَ جَوَازُ  
الْأَخْذِ وَلَوْ زَانَهُ عَلَى الْحَاجَةِ مَالِمَ تَحْصُلُ الْمُضَارَةُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ [الجواهر ج  
الْأَخْذِ وَلَوْ زَانَهُ عَلَى الْحَاجَةِ مَالِمَ تَحْصُلُ الْمُضَارَةُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ [الجواهر ج  
٣٨ ص ١٠٤] .

(٢) لَأَنَّ الْعَمَلَ الْمُتَنَاهِي إِلَى النَّيلِ يَصْدِقُ عَلَيْهِ الْأَحْيَاءِ الَّذِي سَبَبَ لِلْمُلْكِ ،  
فَإِنَّ الْأَحْيَاءَ كُلَّ شَيْءٍ بِحَسْبِهِ ، وَمِنْ هَنَاكَ يَمْلِكُ بِمَيْرِ بِلُوغَهِ الْمَاءَ الَّذِي هُوَ فِيهَا ، إِذْ  
هُوَ كَالْجَوَاهِرِ الْكَائِنِ فِيهَا وَيَبْلُغُهُ بِحَفْرِهَا .

وَعَنْ صَاحِبِ الْجَوَاهِرِ : بِلَا خِلَافٍ أَجْدَهُ بَيْنَ مَنْ تَعْرَضَ لَهُ كَالْشِيَخُ وَابْنِي  
الْبَرَاجِ وَادْرِيسِ وَالْفَاضِلِ وَالشَّهِيدِينَ وَالْكَرْكَيِّ وَغَيْرِهِمْ عَلَى مَا حَكَى عَنْ بَعْضِهِمْ  
بِلْ عَنْ ظَاهِرِ الْمُبَسوَطِ وَالْمَهْذَبِ وَالسَّرَايْرِ الْأَجْمَاعِ عَلَى ذَلِكَ [الجواهر ج  
٣٨ ص ١١٠] .

ولو عمل فيها عملاً لم يبلغ به فيها كان تحجيراً أفاد الاحقية  
والاولوية دون الملكية<sup>١١</sup>.

وأورد عليه بعض الاجلة بأن الأحياء لم يثبتت في الشريعة حق خاص على أساسه إلا في الأرض للنص التشريعى القائل «من أحى أرضاً فهي له» والمعدن ليس أرضاً حتى يشمله النص ، بدلليل أن الفقهاء حيث بحثوا أحكام أراضي الفتح العامرة وقالوا إنها ملك عام للمسلمين لم يلحوظوا معادن تلك الأرضي بها في هذه الملكية معترفين بأن المعدن ليس أرضاً . كما ان الحيازة لا يوجد دليل في الشريعة على أنها سبب لتملك المصادر الطبيعية .

وعلى ضوء هذا الاتجاه الفقهي لا يتأتى للفرد أن يملك شيئاً من المنجم مادام في موضعه الطبيعي ، وإنما يملك المادة التي يستخرجها خاصة . وهذا يعني أن علاقته بالمنجم لا تختلف من الناحية التشريعية عن علاقة أي فرد آخر ، بل هو بالرغم من أنه لا يملك المعدن يعتبر شرعاً أولى من غيره بالاستفادة من المعدن وممارسة العمل فيه عن طريق الحفرة التي حفرها لاكتشافه [ راجع اقتصادنا

ج ٢ ص ٤٤٧ ]

ولكن يمكن أن يقال : إن المقصود من قياس حفر الأرض للمعدن بحفر البئر للوصول إلى الماء واضح ، وهو أنه كما يصدق أحياء الأرض على حفر البئر بالوصول إلى الماء فيشمله قوله «من أحى أرضاً فهي له» ويحكم بكون البئر وما فيه من الماء للحافر ، كذلك يصدق أحياء الأرض على الحفرة التي تنتهي إلى المعدن فيملك الحفرة مع المعدن الذي في منتهاه .  
وليس المقصود صدق أحياء الأرض على إخراج الماء ولا على إخراج المعدن حتى يرد عليه ما ذكر .

(١) اذ يصدق عليه الشروع في الأحياء والتحجير أيضاً مصداق من مصاديق

( مسألة : ٣٣ ) اذا شرع في احياء معدن ثم اهمله وعطله اجبر على اتمام العمل او رفع يده عنه . ولو أبدى عذراً انظر بمقدار زوال عذرها ثم الزم على احد الامرين ، كما سبق ذلك كله في احياء الموات <sup>١</sup> .

الشروع في الاحياء .

١) كما عن المحقق وصاحب الجوادر فيه « ولو اقتصر على التحجير وأهمل العمارة أجهزه الامام على أحد امررين : اما الاحياء وأما التخلية بينها وبين غيره ولو امتنع اخر جها السلطان من يده نثلا بعطلها » بلا خلاف أجهزه بين من تعرض له ، كالشيخ وابن حمزة والفضلين والشهيدين وغيرهم على ماحكى عن بعضهم معللين له بقبح تعطيل العمارة التي هي منفعة الاسلام .

نعم ان ذكر عذراً في التأخير كاصلاح آلاته أو غيبة العمال او ابقاء العبد ونحوه أمهله الامام بمقدار ما يزول معه العذر ، وان لم يذكر عذراً الزمه بأحد الامرين ، وان بقي له مدة قريبة يستعد فيها للعمارة بحسب ما يراه - ولا يتقدر عندنا بقدر - فاذا مضت مدة الامهال ولم يستغل بالعمارة رفع يده واذن للناس في عمارتها . ونحو ذلك ذكر العامة أيضاً [ الجوادر ج ٣٨ ص ٥٩ ] .

ومنه يظهر أن الحكم جار في جميع مصاديق الاحياء ، والعمدة فيه الاجماع والتسالم الفقهي . نعم في رواية يونس عن العبد الصالح عليه السلام : ان الأرض لله تعالى جعلها وقفاً على عباده ، فمن عطل أرضاً ثلث سنين متواتلة للغير ماعلة أخذت من يده ودفعت الى غيره [ الوسائل ، الباب ١٧ من كتاب احياء الموات ، الحديث ١ ] .

(مسألة : ٣٤) لو احبي ارضاً او مسكنًاً مثلًا فظهر فيها معدن ملكه تبعًا لها ، سواء كان عالماً به حين احيائه ام لا<sup>١</sup> .

(مسألة : ٣٥) لو قال رب المعدن لآخر : «اعمل فيه ولك نصف الخارج» مثلًا بطل ان كان بعنوان الاجارة وصح لو كان بعنوان الجعالة<sup>٢</sup> .

---

وهي منطبقة على ما عليه الاجماع والتسالم ان كان المراد بالتعطيل ثلاث سنوات فيها بيان المثال ومصداق عرفي من التعطيل دون أن يكون المراد منها بيان الحد .

١) لأن التبعية في المقام أمر تكويني لا يدور مدار العلم به ، بل المالكية أرقبة الأرض تقتضي المالكية لما فيها من توابعها كما عليه السيرة . مع أن اطلاق مادل على أن «من أحبي أرضاً فهي له» يدل على أنها للمحبى بما هي مشتملة على الماء والمعادن الموجودة تحتها .

٢) لاعتبار معلومية الاجرة في الاجارة دون الجعالة . نعم في القواعد وجامع المقاصد ومحكمي المبسوط والتذكرة بطل لجهالة العوض ، اجارة كان أو جعالة . وهو كذلك في الاول ، أما في الثاني فلامانع من الصحة بعد فرض كون المعدن مملوًّا للجاعل بالاحياء أو بغيره .

# كتاب القطرة

وهي بمعناها الاعم<sup>١</sup> كل مال ضائع عن المالكه ولم يكن  
يد عليه<sup>٢</sup>.

---

١) في مقابل اللقطة بالمعنى الاخص ، وهو لقطة غير الحيوان .

٢) وفي الجواهر [ ج ٣٨ ص ٢٧١ ] « اللقطة لغة وعرفاً : كل مال غير الحيوان الذي هو القسم الثاني ضائع أخذ ولا يد عليه ولو يد ملتفت سابق ، فانه وان صدق عليه أنه مال ضائع الا انه سبقت عليه يد الانتقاد . وبذلك يظهر لك وجه الحاجة الى القيد الثاني الذي هو لا يغني عن الاول ، ضرورة صدقه بدوره على مجهول المالك الذي لا يد عليه ولكنه غير ضائع من المالكه . وحيثنى فالفرق بين موضوعي مجهول المالك والقطة هو اعتبار صدق اسم الضياع من المالك في الثاني دون الاول ، بل الاصل عدم ترتيب احكام اللقطة مع عدم تحقق

وهي اما حيوان او غيّر حيوان<sup>١٠</sup>.

اسم الضياع . ولذا قال في جامع المقاصد لا بد منه فيها فليس منها ما يؤخذ من يد السارق والغاصب ونحوهما ، لعدم صدق اسم الضياع من المالك كما سنتسمع . »

١) وهى المعبر عنها بالضالة ، فهى كما في الجواهر: كل حيوان مملوكاً لامثل الخنزير ونحوه ضائع في الفلاة عن مالكه لاغير الصائع عنه أخذ ولا يد لم تقطع عليه الاما سترف ويسمى الحيوان المأخوذ ضالة . ولا خلاف بيننا في أن أخذه في صورة الجواز مكرر و ، بل عن المبسوط والخلاف نسبة ذلك الى رواية أصحابنا ، وفي التذكرة نسبة كراهة الالتفاق الى علمائنا في موضوعين [ الجواهر

ج ٣٨ ص ٢١٥ [

وفي محكي السرائر « اخذ اللقطة عند اصحابنا على الجملة مكروه لانه قد روي في الاخبار « انه لا يأخذ الضالة الا الضالون » [ الوسائل ، الباب ١ من كتاب اللقطة ، الحديث ٥ و ٧٠ ] .

وفي الصحيح في الصالحة «ما أحب أن أمسها» [الوسائل ، الباب ١٣ من كتاب اللقطة ، الحديث ٥] .

## القول في لقطة الحيوان

وهي المسماة بالضالة<sup>١</sup> :

(مسألة : ١) اذا وجد الحيوان في العمران<sup>٢</sup> لا يجوز اخذه  
ووضع اليد عليه ، اي حيوان كان<sup>٣</sup> .

---

١) كما عرفتها في الاخبار المقدمة ، وفي النبوى المروى من طرق العامة  
«لاياوى الضالة الا ضال» وفي آخر «ضالة المؤمن من حريق جهنم» أي اهبها  
[سنن البيهقي ج ٦ ص ١٩٠] .

وفي الخبر «اياكم وللقطة فانها ضالة المؤمن وهو حريق جهنم» [الوسائل  
الباب ١ من كتاب اللقطة ، الحديث ٨] .

٢) العمران أي البنيان اسم لما يعمربه المكان وتحسن حاله من كثرة الاهالي  
ونجح الاعمال والتمدن [المنجد ص ٥٢٩] .

٣) وذلك للاصل ، وهو عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير رضاه ،  
وفي العلل المذكورة في النصوص اشارة اليه .

فمن أخذه ضمه ويرجع عليه حفظه من التلف والانفاق عليه  
بما يلزم وليس له الرجوع على صاحبه بما انفق<sup>(١)</sup>.

وفي الجوادر : لو وجد الضوال في العمران الذي هو المأهول ومرجعه الى  
العرف لا الى نصف فرسخ ، فإنه ربما يكون كذلك وربما يكون أزيد أو أقصى .  
وبالجملة هي ليست في فلادة يخشى عليها التلف من صغار السباع ، بل هي مأمونة  
من هذه الجهة ، فمتي كانت كذلك لم يحل أخذها ممتنعة كانت كala بل أو لم تكن  
كالصغير من الأبل والبقر كما في المتن وغيره .

بل حكى غير واحد الشهرة عليه ، بل عن التذكرة نفي الخلاف فيه الامع  
خوف التلف والنهب ، بل ينبغي القطع به في الممتنع ، ضرورة أولويته من  
الفلاة الممنوع أهاجته فيها ، ولذا نفي الشبهة فيه في المسالك [الجوادر ج ٣٨

ص ٢٤٦]

وحيثند فيما في محكي المسوط - من أنه إذا كان في العمران وما يتصل به  
إلى نصف فرسخ أو أقل له أخذه سواء كان ممتنعاً أو غير ممتنع ، ومثله في الوسيلة .  
لایخفى عليك ما فيه .

(١) وذلك بمقتضى قاعدة « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » [المستدرك  
الباب ١ من كتاب الغصب ، الحديث ٤ ] كما في الجوادر : وحيثند فالمنجه على  
هذا ضمان الأخذ له ، وعدم الرجوع بالنفقة على نحو ما سمعته فيمن أخذ البعير  
الضال حيث لا يجوز له أخذه ، اذهو كالغاصب ، لعدم الاذن الشرعية والماليكية  
فلا يجري عليه حكم الانتقام [الجوادر ج ٣٨ ص ٢٤٧]

لكن في المسالك بعد أن جزم بعد أن جواز أخذ غير الشاة قال : يجب مع  
أخذك كذلك تعريفه سنة . كغيره من الاموال عملا بالعموم ويحفظه لمالكه أو

نعم ان كان شاة حبسها ثلاثة ايام فان لم يأت صاحبها باعهـا  
وتصدق بثمنها ١١ .

يدفعه الى المحاكم من غير تعريف .

وفيه : ان آلة التعريف في غير المفروض الذي هو مخصوص أو كالمخصوص  
لاسيما بعد كون التعريف مقدمة لجواز تملكه المعلوم عدمه هنا ، ولذالـم اجد  
أحداً ذكره في من التقط البعير وما ألحـق به مما عرفت عدم جواز التقاطه .  
ويدل على عدم جواز الـأخذ أيضاً ما ورد في عدم جواز البعير اذا وجـدـفي  
كلـاء وماء كـمعـتـبرـة هـشـامـ بنـ سـالـمـ عنـ الصـادـقـ عـلـيـهـ السـلـامـ جاءـ رـجـلـ اـلـىـ النـبـيـ  
«صـ» فـقـالـ : يـارـسـوـلـ اللهـ اـنـيـ وـجـدـتـ شـاهـ . فـقـالـ رـسـوـلـ اللهـ «صـ» : هـىـ لـكـ  
أـوـ لـاخـيـكـ أـوـ لـلـذـئـبـ . فـقـالـ : يـارـسـوـلـ اللهـ اـنـيـ وـجـدـتـ بـعـيـراـ . فـقـالـ : خـفـهـ حـذـاؤـهـ  
وـكـرـشـهـ سـقاـؤـهـ فـلـاتـهـجـهـ .

وفي صحيح معاوية بن عمـار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سـأـلـ رـجـلـ  
رسـوـلـ اللهـ «صـ» عـنـ الشـاهـ الضـالـةـ بالـفـلـةـ . فـقـالـ لـلـسـائـلـ : هـىـ لـكـ أـوـ لـاخـيـكـ أـوـ  
لـلـذـئـبـ . قـالـ : وـمـأـحـبـ أـنـمـسـهـاـ ، وـسـأـلـ عـنـ الـبـعـيـرـ الضـالـ فـقـالـ لـلـسـائـلـ : مـالـكـ  
وـلـهـ ، خـفـهـ حـذـاؤـهـ وـكـرـشـهـ سـقاـؤـهـ خـلـ عـنـهـ [ الـوـسـائـلـ ، الـبـابـ ١٣ـ منـ كـتـابـ الـلـقـطـةـ]  
الـحـدـيـثـ ١ـ -- ٥ـ .

١) كما في رواية ابن ابي يغور عن الصادق عليه السلام قال: جاءـ رـجـلـ  
منـ أـهـلـ الـمـدـيـنـةـ فـسـأـلـنـيـ عـنـ رـجـلـ أـصـابـ شـاهـ قـالـ : فـأـمـرـتـهـ أـنـ يـحـبـسـهـ عـنـهـ ثـلـاثـةـ  
أـيـامـ وـيـسـأـلـ عـنـ صـاحـبـهـ ، فـانـ جـاءـ صـاحـبـهـ وـالـبـاعـهـ وـتـصـدقـ بـثـمـنـهـ [ الـوـسـائـلـ  
الـبـابـ ١٣ـ منـ كـتـابـ الـلـقـطـةـ ، الـحـدـيـثـ ٦ـ ] .

والـيـهـ أـشـارـ المـحـقـقـ فـيـ الشـرـائـعـ بـقـولـهـ «ـاـنـ كـانـ شـاهـ حـبـسـهـ ثـلـاثـةـ اـيـامـ ، فـانـ

والظاهر ضمانها لوجاء صاحبها ولم يرض بالتصدق<sup>١</sup> . ولا يبعد جواز حفظها لصاحبها أو دفعها إلى المحاكم أيضاً<sup>٢</sup> .

---

لم يأت صاحبها باعها الواحد وتصدق ثمنها » .

والرواية وإن كانت ضعيفة وغير خاصة بال عمران إلا أنها منجبرة بقوى الاساطين كالشيخ والمحلي الذي لا يعمل إلا بالقطعيات والفضلين والغفار والشهدىين وابي العباس والمقداد والكركي على ما حكى عن بعض ، بل نسبة غير واحد إلى الشهرة ، بل إلى الأصحاب مشعرأ بالاجماع .

بل في الرياض « قد حمله الأصحاب على المأخذ من العمران » وظاهرهم الاطياف على العمل بها ، واطلاقه مقيد بالنصوص المعتبرة المشتملة على حكمها في الفلاة المقابلة لل عمران ، فتعين المراد بها فيه كما هو واضح .

١) كما في الصحيح المروي عن قرب الاسناد عن رجل أصاب شاة في الصحراء هل تحل له ؟ قال : قال رسول الله « ص » : هي لك أولاً خيلك أو للذئب فخذها وعرفها حيث أصبتها ، فإن عرفت فردها إلى صاحبها ، وإن لم تعرف فكلها وأنت لها ضامن أن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردها [ الوسائل ، الباب ١٣ من كتاب !القطة ، الحديث ٧ ] .

٢) أما جواز حفظها لصاحبها فلانه احسان الى صاحبها ولا اشكال في جوازه ، وأما جواز دفعها إلى المحاكم أيضاً لأنه ولـي الغائب ومن صوب للمصالح ، فالدفع إلى المحاكم ايصال إلى نائب المالك .

وقد ذكر المحقق في شاة وجدت في الفلاة « إن شاء احتبسها أمانة في يده لصاحبها ولا ضمان ، وإن شاء دفعها إلى المحاكم ليحفظها أو بيعها ويوصل ثمنها إلى المالك » .

ولو كان الحيوان في معرض الخطر لمرض أو غيره جاز له اخذه<sup>١</sup>  
من دون ضمان ويجب عليه الانفاق عليه<sup>٢</sup>.

وجاز له الرجوع بما انفقه على مالكه لو كان انفاقه عليه بقصد

وقال صاحب الجواهر في ذيله : وان نسبة بعض الناس الى الاكثر مشعرة بالخلاف فيه لكن لم تتحققه ، على أنه موافق للقواعد العامة في الاخرين ، ضرورة الاحسان اليه والايصال الى نائبه ، وكون ذلك حكم مطلق اللقطة [الجواهر ج ٣٨ ص ٢٣٣]

(١) بخلاف ظاهر ، بل عن التذكرة عليه الاجماع . ويشهد له جملة من النصوص :

( منها ) رواية قرب الاسناد عن موسى بن جعفر عليه السلام قال : سأله عن رجل أصاب شاة في الصحراء هل تحل له ؟ قال : قال رسول الله « ص » : هي لك أو لأخيك أو للذئب ، فخذها وعرفها حيث أصبتها ، فإن عرفت فردها إلى صاحبها - الخ [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٥ ، الحديث ٧ ] .

( منها ) معتبرة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : جاء رجل إلى النبي « ص » فقال : يارسول الله اني وجدت شاة . فقال رسول الله « ص » : هي لك أو لأخيك أو للذئب [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٣ ، الحديث ١ ] .

(٢) وذلك من جهة وجوب حفظ الاموال التي جعلت قياماً للناس بمقتضى الآية الكريمة « ولا تنطوا السفهاء أموالكم التي جعل لكم قياماً » [ سورة النساء ٥ ] كما منع عن الاسراف والتبذير بقوله تعالى « كلوا واشربوا ولا تسرفو » [ سورة الاعراف : ٣١ ] .

الرجوع عليه<sup>١</sup> وان كان له منفعة من ركوب او حمل عليه اول بن ونجوه جاز له استيفاؤها واحتسابها باذاء مَا افق<sup>٢</sup> ، ويرجم الى صاحبه ان كانت النفقة اكثراً ويؤدي اليه الزيادة ان زادت المنفعة عنها .

(١) لانه محسن ومأمور من قبل الشارع بالاتفاق ، ففي صحيح ابى ولاد قال : قلت له : جعلت فداك فقد علقة بدر اهم فلي عليه علقة . قال «ع» : لا لأنك غاصب [الوسائل ، الباب ٧ من كتاب الغصب ، الحديث ١] والمستفاد منه بمقتضى المفهوم أن غير الغاصب له الرجوع بما أنفق على الضالة . ولقوله عليه السلام في خبر علي بن جعفر : إنما يحل لـه بيعها بما أنفق عليها [الوسائل ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٨] حيث أنه يدل على جواز البيع لأخذ ما أنفق عليها .

وفي خبر المدائني : فان طلب منه الذي رباه النفقة وكان مدوسراً رد عليه وان كان معسراً كان ما انفق عليه صدقة [الوسائل ، الباب ٢٢ من أبواب اللقطة ، الحديث ٢] .

فالمحصل أنه مع اذن الشارع في الاخذ أو العلم برضى المالك به يرجع فيما أنفق عليها ولا يرجع بدون ذلك .

(٢) بخلافه ، ويعضده صحيح محمد بن احمد عن الصادق عليه السلام عن القبيطة : لاتبع ولا تشرى ولكن تستخدمها بما أنفقت عليها [الوسائل ، الباب ٢٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٤] .

ومقتضى الجمع بين تلك الصحيحة وبين ما تقدم من الروايات الدالة على عدم مجانية الانفاق بل المفهوم من نفس تلك الصحيحة أن المنفعة لو كانت أقل

( مسألة : ٢ ) بعد ما اخذ الحيوان في العمران وصار تحت يده يجب عليه الفحص عن صاحبه في صورتي جواز الاخذ وعدمه<sup>١</sup> ، فإذا يئس من صاحبه تصدق به او يئمه كغيره من مجهول المالك<sup>٢</sup> .

---

من الانفاق يرجع بالزائد الى صاحبه ، كما أن المستفاد من تلك الصحيحة عدم مجانية استيفاء المنافع فلا بد من رد الزائد الى صاحبه .

١) وذلك لانه طريق إيصال المال الى صاحبه عرفاً وعقلاً ، ويبدل على

وجوبه مضافاً الى قاعدة عموم النصوص :

( منها ) صحيحه علي بن جعفر عنه عليه السلام عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوباً أو دابة كيف يصنع ؟ قال «ع» : يعرفها سنة فان لم يعرف صاحبها جعلها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها ايه ، وان مات أو صُرَى بها فان أصحابها شئ فهو ضامن [ الوسائل ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ١٣ ] .

( منها ) صحيحه الحلبى عن ابي عبدالله عليه السلام فــي حديث قال : واللقطة يجدها الرجل ويأخذها . قال : يعرفها سنة فان جاء لها طالب والأفهى كسبيل ماله [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٩ ، الحديث ١ ] .

( منها ) رواية المدائني عن ابي عبدالله عليه السلام قال : الضوال لا يأكلها الا الضالون اذا لم يعرفوها [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠ ، الحديث ٤ ] وعليه روايات أخرى في الوسائل في باب وجوب تعريف اللقطة .

٢) اذ مع اليأس عن الوصول الى صاحبه لا وجه لوجوب التعريف لانصراف الاطلاقات عنه ، فحيثند لاطريق لوصول المال الى صاحبه أقرب من التصدق به او يئمه عن صاحبه .

### ( مسألة : ٣ ) ما يدخل في دار الانسان من الحيوان كالدجاج

ويدل عليه النصوص :

كما في رواية ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام قال: جاء رجل من أهل المدينة فسألني عن رجل أصاب شاة ، قال : فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثة أيام ويسأل عن صاحبها فان جاء صاحبها والاباعها وتصدق بثمنها [الوسائل ، الباب ١٣ من كتاب اللقطة ، الحديث ٦ ] .

وفي رواية يونس بن عبد الرحمن قال : سئل ابوالحسن الرضا عليه السلام وأنا حاضر . الى أن قال : فقال رفيق كان لذابحة فرحل منها الى منزله ورحلنا الى منازلنا ، فلما أتى صرنا في الطريق أصبنا بعض متاعه معنا فرأى شيء نصنع به ؟ قال : تحملونه حتى تحملوه الى الكوفة ، قال : لنسانعرفه ولا نعرف بلده ولا نعرف كيف نصنع ؟ قال : اذا كان كذا فبعه وتصدق بثمنه . قال له : على من جعلت فداك ؟ قال : على أهل الولاية [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٧ ، الحديث ٢] .  
وفي معتبرة زرارة قال : سألت ابا جعفر عليه السلام عن اللقطة فرأني خاتماً في يده من فضة قال : ان هذا مما جاء به السيل وانا أريد أن أتصدق به [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٨ ، الحديث ٣] .

وفي موثق اسحاق بن عمار : سألت ابا ابراهيم عليه السلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجده نحوسبعين درهماً مدفونة فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع ؟ قال : فاسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها .  
قلت : فان لم يعرفوها . قال : يتصدق بها [الوسائل ، الباب ٥ من كتاب اللقطة الحديث ٣] .

والحمام ممالم يعرف صاحبه الظاهر خروجه عن عنوان اللقطة<sup>١</sup>، بل هو داخل في عنوان مجهول المالك. فيتحقق عن صاحبه وعند اليأس منه يتصدق به<sup>٢</sup>.

والفحص اللازم هو المتعارف في أمثال ذلك ، لأن يسأل من الجيران والقريبة من الدور والعمران<sup>٣</sup>، ويجوز تملك مثل الحمام اذا ملك جناحيه ولم يعلم ان له صاحباً ولا يجب الفحص<sup>٤</sup>.

---

١) وذلك لاعتبار صدق اسم الضياع من المالك عرفاً في صدق اللقطة وشرعاً ، فلا يصدق على الدجاج والحمام في المثال أنهما قد ضياعا ، فلا يصدق عليهما اللقطة ولا يترتب عليهما أحكام اللقطة . نعم يصدق عليه أنه مال مجهول المالك فيترتب عليه أحكامه .

ودعوى أن اللقطة هي كل مال لا يد عليه وإن لم يعلم تحقق وصف الضياع فيه . فليس له شاهد ، بل اللقطة عرفاً ولغة المال الضائع لامطلق مال الأيد عليه من المال وإن لم يعلم كونه ضائعاً .

٢) كما يدل عليه موثقة اسحاق بن عمار المتقدمة .

٣) وذلك لأن المطلق ينطبق على الفرد المتعارف في أمثال ذلك خصوصاً مع ملاحظة موثقة عمار المتقدمة « فاسأله عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها ».

٤) وذلك لجريان الأصل والسلية عليه ، ويدل عليه الروايات كما في صحيحه أبي نصر قال : سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل بصيد الطير الذي يسوى دراهم كثيرة وهو مستوى الجناحين وهو يعرف صاحبه أين حل له امساكه ؟ فقال : اذا عرف صاحبه رده عليه ، وإن لم يكن يعرفه وملك جناحه

والاحوط فيما اذا علم ان له مالكاً ولو من جهة آثار اليد أن  
يعامل معه معاملة المجهول المالك ١٤ .

(مسألة : ٤) ما يوجد من الحيوان في غير العمران من الطرق  
والشوارع والمفاوز والصباري والبراري والجبال والأجام ونحوها  
ان كان مما يحفظ نفسه بحسب العادة من صغار السباع مثل الشعالب  
وابن آوى والذئب والضبع ونحوها – اما لكبر جثته كالبعير او لسرعة  
عدوه كالفرس والغزال او لقوته وبطشه كالجاموس والثور – لا يجوز  
أخذه ووضع اليد عليه ان كان في كلام وماء ١٥ .

---

فهو له ، وان جاءك طالب لاتهمه رده عليه [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٦] .  
وفي معتبرة السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن علي عليه  
السلام أنه سأله عن رجل أبصر طيرًا فتبعه حتى وقع على شجرة فجاءه رجل آخر  
فأخذته . قال: للعين مارات ولليد ما أخذت [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٦] ، الحديث  
[٢] وعليه روایات أخرى .

١) لاحتمال انتصار النصوص عمما إذا كان له مالك ، بل في ذيل الصحيحية  
المتقدمة «وان جاءك طالب لاتهمه رده عليه» . نعم مقتضى اطلاق قوله عليه  
السلام «إذا عرف صاحبه رده عليه وان لم يكن يعرفه وملك جناحه فهو له»  
أنه مع عدم معرفة صاحبه ولو من جهة الأجمال يجوز امساكه وتملكه .

٢) وذلك أما في البعير فكما في الجوادر : فالبعير لا يؤخذ اذا وجد في  
كلام وماء يتمكن من التناول منهما وان لم يكن صحيحاً ، بلا خلاف أجدده  
بين القدماء والمتاخرين منا ، بل في الكفاية نسبة الى الاصحاب مشعرآ بالاجماع

عليه ولعله كذلك [الجواهر ج ٣٨ ص ٢١٨].

وفي الغنية «من وجد ضالة الأبل لا يجوز له اخذها باجماع الطائفه». ويدل عليه النصوص؛ كمعتبرة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام جاء رجل الى النبي «ص» فقال : يا رسول الله اني وجدت شاة . فقال رسول الله : هي لك او لأخيك او للذئب . فقال : يا رسول الله اني وجدت بعيراً ، فقال : خفه حداوه وكرشه سقاوه فلاتوجه [الوسائل ، الباب ١٣ من كتاب المقطة ، الحديث ١].

وفي صحيح معاوية بن عمارة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأله رجل رسول الله «ص» عن الشاة الضالة بالفلاة . فقال للسائل : هي لك او لأخيك او للذئب . قال : وما أحب ان أمسها . وسأل عن البعير الضال فقال للسائل : ما لك وله خفه حداوه وكرشه سقاوه خل عنه . ونحوه مرسلاً الفقيه وصحيح الحلبي [الوسائل ، الباب ١٣ من كتاب المقطة ، الحديث ٥ - ٤ - ١].

و كذلك حكم الدابة التي هي الفرس في كلامهم بلا خلاف أجمعده فيه ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، كما أشعر به بعض العبارات . ويدل عليه روایة مسموع عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ان امير المؤمنين «ع» كان يقول في الدابة اذا سرحتها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها فهي للذى أحياها . قال : وقضى امير المؤمنين «ع» في رجل ترك دابة بمضيغة . فقال : ان كان تركها في كلامه وماء وأمن فهي له يأخذها متى شاء ، وان كان تركها في غير كلامه ولا ماء فهي لمن أحياها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٤ ، الحديث ٣].

وفي روایة عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين «ع»

او كان صحيحاً يقدر على تحصيل الماء والكلاء<sup>١١</sup> . وان كان

قضى في رجل ترك دابتة من جهد . فقال : ان كان تركها في كلاء وماء وأمن فهـي لـه يأخذـها حيث أصابـها ، وان تركـها في خوف وعلـى غير ماء ولا كـلاء فـهي لـمن أصابـها [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٤ ، الحديث ٤ ] .

ومما ذكرنا يظهر حـكم غير البعـير والفرـس من الغـزال والجامـوس والثـور لأنـ المفـهوم من فـحوى المـنـع من أـخذـ البعـير والدـابة انـ كلـ حـيـوانـ يكونـ مـأـمـونـاً منـ خـطـرـ صـغـارـ السـبـاعـ منـ جـهـةـ قـدرـتـهـ عـلـىـ الـامـتـنـاعـ وـيـكـونـ مـحـفـظـاًـ منـ خـطـرـ التـلـفـ منـ جـهـةـ وـجـودـ المـاءـ وـالـكـلـاءـ لـاـيجـوزـ أـخـذـهـ ، وـلـاخـصـوـصـيـةـ لـبـعـيرـ وـالـدـابـةـ بلـ حالـ سـائـرـ الـحـيـوانـاتـ حـالـهـماـ معـ الاـشـتـراكـ فـيـ المـلاـكـ .

ولـذـلـكـ جاءـ فـيـ الجـواـهـرـ : وـكـيـفـ كـانـ فـيـ جـريـانـ الـحـكـمـ المـزـبـورـ فـيـ الـبـقـرةـ وـالـحـمـارـ تـرـدـ يـنـشـأـ مـاـ عـرـفـ أـظـهـرـهـ الـمـساـواـةـ فـيـ الـأـوـلـ ، وـفـاقـاًـ لـلـشـيخـ وـالـأـبـيـ وـالـفـاضـلـ وـالـشـهـيدـينـ وـالـكـرـكيـ وـالـمـقـدـادـ وـظـاهـرـ الـحـلـبـيـ عـلـىـ مـاـحـكـيـ عـنـ بـعـضـ ، لـانـ ذـلـكـ فـهـمـ مـنـ فـحـوىـ المـنـعـ مـنـ أـخـذـ البعـيرـ باـعـتـبارـ استـغـنـائـهـ بـالـرـعـيـ وـالـشـرـبـ وـكـوـنـهـ مـحـفـظـاًـ مـنـ صـغـارـ السـبـاعـ . نـعـمـ لوـ فـرـضـ تـحـقـقـ التـلـفـ لـبـعـدـ المـاءـ وـالـكـلـاءـ عـلـىـ وـجـهـ لـاـيـصـلـ إـلـيـهـ وـلـاـيـهـتـدـيـ إـلـيـهـ لـمـ يـحـرـمـ الـأـخـذـ [ الجـواـهـرـ

ج ٣٨ ص ٢٢٥ ] .

١) بلا خلاف أـجـدهـ فـيـ أـيـضاًـ . بلـ فـيـ غـايـةـ المـرـامـ دـعـوىـ الـاجـمـاعـ صـرـيـحاًـ قالـ : وـقـعـ الـاجـمـاعـ عـلـىـ عـدـمـ جـواـزـ أـخـذـ البعـيرـ إـذـ تـرـكـ مـنـ غـيرـ جـهـدـ مـطـلـقاًـ ، سـوـاءـ كـانـ فـيـ كـلـاءـ اوـ مـاءـ اوـ لـمـ يـكـنـ ، وـكـذاـ إـذـ تـرـكـ مـنـ جـهـدـ فـيـ كـلـاءـ اوـ مـاءـ .

وـفـيـ الـرـيـاضـ أـيـضاًـ دـعـوىـ الـاجـمـاعـ ، وـيـدـلـ عـلـيـهـ النـصـوصـ الـمـتـقـدـمةـ مـنـ جـهـةـ التـعـليـلـاتـ الـوـارـدـةـ فـيـهاـ .

مما تغلب عليه صغار السباع كالشاة واطفال البعير والدواب جاز  
اخذه<sup>١)</sup>.

فإذا أخذه عرفه على الأحوط في المكان الذي أصابه وحوليه  
ان كان فيه أحد فان عرف صاحبه رده اليه والا كان له تملكه وبيعه  
واكله مع الضمان لمالكه لو وجد<sup>٢)</sup>.

(١) أما في الشاة فلخلاف فيه ظاهراً، وعن التذكرة الاجماع عليه . ويشهد  
به جملة من النصوص المتضمنة لقوله صلى الله عليه وآلـه «هي لك أو لا ينفك  
أو للذئب» كما في معتبرة هشام بن سالم المتقدمة «إني وجدت شاة فقال  
رسول الله «ص» : هي لك أو لا ينفك أو للذئب [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٣] .  
ومثله صحيح البخاري ورواه احمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن  
أبيه سئل رسول الله «ص» وذكر مثله انه قال بعد قوله «او للذئب» : وما أحب  
ان أمسكها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٣] .

وأما في مطلق مالا يمتنع من صغير السباع كأطفال الابل والبقر والخيل  
والحمير والدجاج والأوز وما شاكل فالمشهور المحقق بالشاة في حكمها ، وعن  
التذكرة نسبة الى علمائنا وهو الحجة فيه .

ويؤيده أن المستفاد من النصوص الواردة في البعير والشاة أن المدار على  
الامتناع والاستغفاء حتى يأتي صاحبه وعدمه .

(٢) كما في الصحيح المروي عن قرب الاسناد عن رجل أصاب شاة في  
الصحراء هل تحل له ؟ قال : قال رسول الله «ص» : هي لك أو لا ينفك أو  
للذئب ، فخذها وعرفها حيث أصبتها ، فان عرفت فردها الى صاحبها وان لم

تعرف فكلها وأنت لها ضامن ان جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردها [الوسائل،  
الباب ١٣ من كتاب اللقطة ، الحديث ٧] .

ولكن في المحكى عن المذهب قال «يجوز تملكها في الحال من غير  
تعريف بجماع العلماء» كالمحكى في التحرير من اجماعهم أيضاً على جواز  
أكلها في الحال .

وفي الجوادر : لخلاف أجده في أن الأخذ بالخيارات شاء ملكها ويضمن  
مطلقاً حين النية على وجه يكون ديناً من ديونه كما هو المشهور ، او اذا جاء  
صاحبها وطالب ، او أنه يغرم له غرامة اذا جاء وطالب على تردد وخلاف سترقه  
إنشاء الله ، وان شاء احتبسها أمانة في يده لصاحبها ولاضمان ، وان شاء دفعها  
إلى الحاكم الذي هو ولـي الغائب ومنصوب للمصالح ليفعل فيها مايراه من  
المصلحة بأن يحفظها أو يبيعها ويوصل ثمنها إلى المالك ، وان نسبة بعض  
الناس إلى الأكثر مشعرأ بالخلاف فيه لكن لم تتحققه . على أنه موافق للقواعد  
العامة في الآخرين ، ضرورة الاحسان إليه والايصال إلى نائبه وكون ذلك حكم  
مطلق اللقطة [الجوادر ج ٣٨ ص ٢٣٣] .

ويدل عليه أيضاً اطلاقات الروايات الدالة على أنها هي لك أو لا يملك  
أو للذئب ، كما في معتبرة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال :  
 جاء رجل إلى النبي «ص» فقال : يا رسول الله أني وجدت شاة . فقال رسول  
الله : هي لك أو لا يملك أو للذئب [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٣] وهكذا غيرها  
من الروايات .

والمشهور أفتوا بهذه الروايات ولم يفتوا بوجوب الفحص والتعريف ،

كما ان له ابقاءه وحفظه لمالكه ،<sup>١</sup> ولا ضمان عليه<sup>٢</sup> .  
 (مسألة : ٥) لو اخذ البعير ونحوه في صورة لا يجوز له اخذه  
 ضمه<sup>٣</sup> ويجب عليه الانفاق عليه<sup>٤</sup>؛ وليس له الرجوع بما انفقه على  
 صاحبه وان كان من قصده الرجوع عليه<sup>٥</sup> كما مر فيما يؤخذ من  
 العمران .

---

ولذلك احتاط الماتن دام ظله نظراً الى ذهاب المشهور الى عدم وجوب الفحص  
 والتعريف، والا كان مقتضى الجمع بين صحيح علي بن جعفر المتقدمة واطلاق  
 سائر الروايات القول بوجوب التعريف أولاً وبالتحيير ثانياً بعد عدم الوصول  
 الى صاحبها .

١) بلا خلاف ولاشكال لانه احسان الى صاحب المال ، فلا شکال في جوازه  
 ويقتضيه اطلاقات مادل على أنها لك أو لأخيك أو للذئب .  
 ٢) لانه أمين ومحسن في حفظه وابقائه ومأذون من قبل الشارع ، فلا وجہ  
 لضمانه .

٣) وذلك بلا خلاف ولاشكال لعموم على اليد [المستدرك] ، الباب ١ من  
 كتاب الغصب ، الحديث ٤ وسنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥ مع عدم الاذن لاشرعاً  
 ولا مالكاً .

٤) لوجوب حفظها عن التلف حتى يردها الى مالكها عملاً بمقتضى اليد .  
 ٥) لانه لم يكن مأذوناً في الاخذ لاشرعاً ولا مالكاً ، وهو غاصب فلا يجوز  
 له الرجوع بما أنفق كما في صحيح ابي ولاد : قال قلت له : جعلت فداك فقد  
 علقته بدر ابراهيم فلي عليه علفه ؟ قال عليه السلام : لا لانك غاصب [الوسائل] ،

( مسألة : ٦ ) اذا ترك الحيوان صاحبه وسرحه في الطرق او المصخاري والبراري فان كان بقصد الاعراض عنه جاز لكل احد اخذه وتملكه كما هو الحال في كل مال اعرض عنه صاحبه<sup>١</sup> .  
وان لم يكن بقصد الاعراض بل كان من جهة العجز عن اتفاقه او من جهة جهد الحيوان وكلاله كما يتفق كثيراً ان الانسان اذا كل دابته في الطريق والمفاواز ولم يتمكن من الوقوف عندها يأخذ رحلها

الباب ٧ من كتاب الغصب ، الحديث ١ .

١) لانه مضافاً الى كونه مطابقاً لقاعدة مورد النصوص أيضاً ، كما في رواية السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام : ان أمير المؤمنين «ع» قضى في رجل ترك دابته من جهد . فقال : ان كان تركها في كلام وماء وأمن فهي له يأخذها حيث أصابها ، وان تركها في خوف وعلى غير ماء ولا كلام فهي لمن أصابها [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٤ ] .

وفي رواية مسموع عن ابى عبدالله عليه السلام قال : ان امير المؤمنين «ع» كان يقول في الدابة اذا سرحتها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها : فهي للذى أحياها . قال : وقضى أمير المؤمنين «ع» في رجل ترك دابة بمضيعة . فقال : ان كان تركها في كلام وماء وأمن فهي له يأخذها متى شاء ، وان كان تركها في غير كلام ولا ماء فهي لمن أحياها [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٤ ، الحديث ٣ ] .  
تقريب الاستدلال بالروايتين : نـ من يترك دابته في غير كلام وماء وفي مورد الخطر يكون معارضأً عنه لامحالة ، ولا أقل من أنه القدر المتيقن من الروايات .

أو سر جها ويسر حها ويذهب . فان تركه فى كلامه وماء وامن ليس  
لأخذ ان يأخذه<sup>١</sup> . فلو اخذه كان غاصباً ضامناً له<sup>٢</sup> . وان ارسله  
بعد ما اخذه لم يخرج من الضمان<sup>٣</sup> . وفي وجوب حفظه والاتفاق  
عليه وعدم الرجوع الى صاحبه ما مسر فيما يؤخذ من العمران . وان  
تركه فى خوف وعلى غير ماء وكلامه جاز اخذه وهو للاخذ اذا  
تملكه<sup>٤</sup> .

(١) بخلاف أجده بين القدماء والمتاخرين منا ، بل في الكفاية نسبته الى  
الاصحاب مشعرًا بالاجماع عليه ، وفي غایة المرام دعوى ذلك صريحاً ، قال  
« وقع الاجماع على عدم جواز أخذ البعير اذا ترك من غير جهد مطلقاً ،  
سواء كان في كلامه أو ماء أو لم يكن وكذا اذا ترك من جهده في كلامه أو ماء » .  
ويدل عليه رواية مسمى المتفقمة « وان كان تركها في كلامه وماء وامن وهي  
له يأخذها متى شاء » [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٣] وكذلك رواية السكوني  
المتفقمة « ان كان تركها في كلامه وماء وامن فهي له يأخذها حيث أصابها »  
[الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٤] .

(٢) اذ المفروض عدم الاخذ في الاخذ لامن الشارع ولا من المالك ، فيكون  
غاصباً .

(٣) وذلك بمقتضى عموم على اليد ، حيث أن غايتها الاداء إلى المالك  
لا الارسال .

(٤) كما في الشرائع « أما لو ترك البعير من جهد في غير كلامه وماء جاز  
أخذه لانه كالثالث ويلكه (ملكه خ ل) الاخذ ، ولا ضمان لانه كالمباح ، وكذا

( مسألة : ٧ ) اذا صاب دابة وعلم بالقرائن ان صاحبها قد تركها بقصد الاعراض او بسبب آخر كانت بحكم الثاني <sup>(١)</sup> ، فليس له اخذها وتملكها الا اذا كانت في مكان خوف بلاماء ولا كلام <sup>(٢)</sup> .

( مسألة : ٨ ) اذا صاب حيواناً في غير العمran ولم يدر ان صاحبه قد تركه بأحد النحوين او لم يتركه بل ضاعه او شرد عنه كان بحكم الثاني من التفصيل المتقدم فان كان مثل البعير لم يجز اخذه

حكم الدابة والبقرة والحمار اذا ترك من جهد في غير كلام وماء » .

ويدل عليه صحيحه عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام قال : من اصحاب مالاً وبعيراً في فلاته من الأرض قد كللت وقامت وسيبها صاحبه ممالم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقة حتى أحياها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل لها عليها وانما هي مثل الشيء المباح [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٤ ] .

الحديث ٢ [ ]

١) وذلك لأن مقتضى استصحاب الحالة السابقة عدم الاعراض ، فلام جوز للأخذ والتملك بعد عدم احراز الاعراض الموجب لصيروته كسائر المباحات.

ويدل عليه اطلاقات الروايات الواردة في البعير ، كما في معتبرة هشام ابن سالم المتقدمة فقال : يارسول الله اني وجدت بعيراً . فقال : خفه حذاؤه وكرشه سقاوه فلا تهجه [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٣ ] وهكذا غيرها من الروايات.

٢) وهو كالثالث حينئذ ، ومقتضى النصوص الواردة في الشاة والبعير جواز اخذه وتملكه ، كما في معتبرة هشام بن سالم « اني وجدت شاة . فقال رسول الله « ص » : هي لك او لأخيك او للذئب » .

و تملكه ١) الا اذا كان غير صحيح ولم يكن في ماء و كلامه ٢).

---

(١) لأن أخذه و تملكه مبني على ترك الحيوان على نحو الاعراض أو في مورد الخوف على غير ماء و كلام ، ومع عدم احراز أحد الوجهين فلامجوز للأخذ والتملك ، بل مقتضى الاطلاقات الواردة في البعير «خذاؤه خفه و سقاوه كرشه فلاتنهجه » عدم جواز الأخذ والتملك .

(٢) فيجوز أخذه و تملكه اذا لم يكن صحيحاً ، فترك من جهد و عطب لمرض أو كسر أو غيرهما ولم يكن في ماء و كلام ، على الظاهر الاشهر بل عليه عامنة من تأخر - كذا في الرياض .

وفي الجوادر : أما لو ترك البعير من جهد في غير كلام و ماء جاز أخذه ، لانه كالنالف و يملكه (ملكه خ ل) الأخذ ولا ضمان لانه كالimbah ، و كذا حكم الدابة والبقرة والحمار اذا ترك من جهد في غير كلام و ماء ، بلا خلاف صريح أجده بين القدماء والمتاخرين الا ما في الوسيلة [الجوادر ج ٣٨ ص ٢٢٧] .

ويدل عليه صحيح عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام : من أصاب مالاً أو بغيرآ في فللة من الأرض قد كلت و قامت و سببها صاحبها ممالم م يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقته حتى احياها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها ، وإنما هو مثل الشيء المباح [الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٣ من كتاب اللقطة ، الحديث ٢] .

والمراد من قوله عليه السلام «سببها » أي تركها كما في المنجد ص ٣٦٦ (سبب ، تركه بسبب واهله) و مقتضى اطلاق الرواية أنه مع الجهد والكلل اذا كان ترك الحيوان في غير ماء و كلام يجوز أخذه و احياؤه و تملكه ، أعم من ان كان الجهد والكلل شيئاً من المرض أو من كسر العضو أو غيرهما ،

وان كان مثل الشاة جاز اخذه مطلقاً ١١ .

---

والملائكة أن يصيير الحيوان كالثالث عرفاً .

١) بخلاف ظاهر ، بل عن التذكرة عليه الاجماع ، ويشهد به جملة من النصوص المتقدم بعضها المتضمنة لقوله صلى الله عليه وآله : هي لك أو لا ينفك أو للذئب . وما ذكروه من أنها لا تمنع من صغير السبع فهي معرضة للتلف فكانت بحكم الثالثة .

وفي الجواد : وكذا لاختلاف أوجهه في أن الأخذ بال الخيار ان شاء ملكها ويضمن مطلقاً حين النية على وجه تكون ديناً من ديونه كما هو المشهور ، أو اذا جاء صاحبها وطالب ، أو انه يغرم له غرامة اذا جاء وطالب . على تردد وخلاف ستعرفه انشاء الله تعالى ، وان شاء احتبسها أمانة في يده لصاحبها ولا ضمان وان شاء دفعها الى الحاكم الذي هو ولد الغائب ومنصوب للمصالحة ليفعل فيها ما يراه من المصلحة بأن يحفظها أو يبيعها ويوصل ثمنها الى المالك ، وان نسبه بعض الناس الى الاكثر مشعرأ بالخلاف فيه لكن لم أتحققه [ الجواد ] ٣٨

## القول في لقطة غير الحيوان

وهي التي يطلق عليها اللقطة عند الاطلاق واللقطة بالمعنى الاخص<sup>(1)</sup> ويعتبر فيها عدم معرفة المالك، فهذا قسم من مجهول المالك لها احكام خاصة.

١) وهي المعتبر عنها أيضاً بلقطة المال الصامت ، وهي لغة وعرفاً كل مال غير الحيوان ضائع ولا يد لأحد عليه ولو كانت هي يد ملقط سابق . وبالقييد الأخير يخرج المال المجهول مالكه .

وان شئت قلت : ان المجهول مالكه الذي لا يد لأحد عليه تارة يكون  
ضائعاً عن مالكه مثل ما يوجد في الطريق وشبهه وأخرى لا يكون ضائعاً منه مثل  
ما يوجد من يد السارق والغاصب وما جعل أمانة ثم فقد مالكها وما شاكل .  
والاول هو اللقطة بالمعنى الاخص ، والثاني هو مجهول المالك . فالفرق بين  
العنوانين هو اعتبار صدق اسم الضياع ولو بشاهد الحال من المالك في اللقطة  
دون مجهول المالك .

(مسألة : ١) يعتبر فيها الضياع عن المالك فما يؤخذ من يد الغاصب والسارق ليس من اللقطة لعدم الضياع من مالكه<sup>١</sup>، بل لا بد في ترتيب أحكامها من احراز الضياع<sup>٢</sup> ولو بشاهد الحال<sup>٣</sup>.

. ١) وذلك كما يتضمنه مفهوم اللقطة عرفاً.

٢) كما أن ترتيب جميع الأحكام على موضوعاتها يتوقف على احراز تلك الموضوعات بالوجود أو الأصل.

٣) لأن احراز الضياع بالقطع واليقين في مواردها مما لا يمكن الانادرأ ، والسيرة العقلائية وبناء العرف في أمثال ذلك على الاعتماد بشاهد الحال والشارع لم يرد العرف والعقلاء عن ذلك.

وفي الجواهر : نعم الظاهر كفاية شاهد الحال فيها ، فمتى لم يكن لسم يحكم بأنه لقطة ، ولعله لذا أمر بالصدقه بمثله في موثق اسحاق بن عمار : سألت ابا ابراهيم عليه السلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فسجد فيه سبعين درهماً مدفونة ، فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع ؟ قال : فاسأله عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها . قلت : فان لم يعرفوها ؟ قال :

يتصدق بها [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٥ من كتاب اللقطة ، الحديث ٣ ] .

ثم قال : وأما دعوى أصالة الحكم باللقطة في كل مال لا يد عليه وان لم يعلم تحقق وصف الضياع فيه ولو بشاهد الحال فلا أجد لها شاهداً ، بل لعل ظاهر الاadle خلافها ، ضرورة كون العنوان فيها اللقطة ، وهي عرفاً ولغة المال الضائع لامطلق مالا يد عليه من المال وان لم يعلم كونه ضائعاً .

بل الظاهر عدم جوازأخذ المال المزبور مع عدم مظنة تلفه لاصالة حرمة الاستيلاء على مال الغير بعد عدم اندراجه في عنوان المأذون شرعاً في نناوله

فالمدارس<sup>١</sup> المتبدل بمدارسه في المساجد ونحوها يشكل ترتيب أحكام اللقطة عليه، وكذا الثوب المتبدل بثوبه في الحمام ونحوه لاحتمال تعمد المالك في التبديل<sup>٢</sup>. ومعه يكون من مجهول المالك لامن اللقطة<sup>٣</sup>.

(مسألة : ٢) يعتبر في صدق اللقطة وثبوت أحكامها الأخذ<sup>٤</sup> والانتقاط فلورأى غيره شيئاً وأخبر به فأخذه كان حكمها على الأخذ دون الرأي وإن تسبب منه ، بل لو قال ناو لنيه فهو المأموم الأخذ لنفسه كان هو الملتفط دون الامر ولو اخذه لالنفسه وناوله إياه ففي كون الامر ملتفطاً إشكال فضلاً عن اخذه بأمره ونيابته من دون ان يناوله إياه<sup>٥</sup>.

فإذا قبضه كان له ضامناً [الجوامر ج ٣٨ ص ٢٧٢]

- ١) المدارس : الحذاء الذي يلبس في الرجل (المجده ص ٢٢٩).
- ٢) فلا يكون الضياع من مالكه محرزًا مع أنه يعتبر في صدق اللقطة عرفاً الضياع والفقدان من المالك.
- ٣) فلابد من ترتيب أحكام مجهول المالك عليه دون اللقطة .
- ٤) كما جاء في تعريف اللقطة عن المحقق في الشرائع «القطة كل مال ضائع أخذ ولا يد عليه» .
- ٥) كما في الجوامر : يعتبر فيها الانتقاط والأخذ ، فلو رآها وأخبر غيره بها فال نقطتها كان حكمها على الأخذ دون من رأى وإن تسبب منه ، ضرورة صدقه

عليه كالاحتطاب والاصطياد دونه بلالخلاف ولا اشكال ، بل لو قال له : ناو لنها  
فنوى المأمور الاخذ لنفسه كان هو الملتفظ دونه أيضاً .

بل قد يشكل جريان الحكم على الامر لو اسم ينوه وناولها اياده بناءً على عدم ثبوت مشروعية التوكيل في نحو ذلك ، فيجري الحكم حينئذ على الاخذ دون الامر وان نوى أنه له .

وهو قد سره قد بحث عنه في كتاب الوكالة (ج ٢٧ ص ٣٨٠ - ٣٨١) من الجوادر .

ويدل على ماذكره المأظن دام ظله من اعتبار الاخذ في ترتيب أحكام اللقطة  
الروايات الواردة فيها ، كما في صحيححة الحلبـي عن ابـي عبد الله عليه السلام  
قال : وللقطة يجدها الرجل ويأخذـها . قال : يعرفـها سـنة فـان جاء طـالبـها والـا  
فـهي كـسبـيل مـالـه [ الوـسـائـل جـ ١٧ صـ ٣٤٩ ، الـحدـيـث ١ ] .

وفي رواية محمد بن علي بن الحسين قال : قال الصادق عليه السلام : أفضـل ما يستعمله الإنسان في اللقطة اذا وجدـها أن لا يأخذـها ولا يتعرض لها ، فلو أن الناس ترـكوا بما يجـدونه ل جاءـ صاحـبـه فأخذـه [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥١ ، الحديث

ولو اخذه لانفسه وناوله اياه ففي كون الامر ملتفطاً اشكال  
فضلا عن اخذه بأمره ونيابته من دون ان ينأله اياه<sup>١</sup>.  
(مسألة : ٣) لورأى شيئاً مطروحاً على الارض فأخذه بظن  
انه ماله فتبين انه خاتم عن غيره صار بذلك لقطة وعليه حكمها<sup>٢</sup>،

[ ٩ ]

وأما اعتبار الاخذ في صدق اللقطة عرفاً محل اشكال كما يشهد عليه الروايات  
المتقدمة وبعض الروايات الأخرى الواردة في المقام .  
ثم انه يترب على ما ذكر أن حكم اللقطة متوجه إلى الاخذ وان كان المسبب  
والامر شخصاً آخر ولكن أخذ لنفسه ، كما هو مقتضى اطلاق الروايات التي  
تقدم بعضها .

١) لأن مقتضى قبول النيابة والوكالة في أمثال ذلك أن الالتفاظ مستند  
إلى المنوب عنه والامر لا المباشر لعدم استقلاله عرفاً ، بل حكم المباشر في  
المقام حكم الآلة المتوسطة بين الفاعل وعمله .

ولكن يقتضي الجمود على ظاهر النصوص أن الحكم مترب على المباشرة  
لاعتبار الاخذ في ترتيب أحكام اللقطة على ما صرحت به النصوص ، وهو فعل  
المباشر دون الامر والمسبب .

وفي الجوادر : وأما الالتفاظ بمعنى ترتيب حكم التعريف ونحوه عليه فقد  
يظهر من بعضهم عدم الجواز فيه ، ولعله لظهوره أدلة في اعتبار المباشرة فيه  
الا انه لا يخفى عليك ما فيه ان لم يكن اجمالاً [ الجوادر ج ٢٧ ص ٣٨١ ] .  
٢) وذلك بمقتضى الاطلاقات بعد عدم الدليل على اعتبار القصد بعنوان التقاط  
مال الغير ، ولضرورة صدق اللقطة على ما يجده الانسان بدون اعتبار العلم بأنها

وكذا لو رأى مالا ضائعاً فنحاه بعد اخذه من جانب الى آخر<sup>(١)</sup> ،  
نعم لو دفعه برجله او بيده من غير اخذ ليتعرف فالظاهر عدم صيرورته  
بذلك ملتفطاً<sup>(٢)</sup> ، بل ولا ضامناً لعدم صدق اليد والأخذ<sup>(٣)</sup> .

(مسألة : ٤) المال المجهول المالك غير الضامن لا يجوز اخذه  
ووضع اليد عليه<sup>(٤)</sup> فان اخذه كان غاصباً ضامناً<sup>(٥)</sup> الا اذا كان في معرض

مال ضائع من غيره . نعم ترتيب الاحكام بعد تبين أنها اللقطة كسائر الموضوعات  
التي يترتب عليها الاحكام بعد الاحراز .

١) لأن مقتضى النصوص ترتيب الاحكام بمجرد الأخذ ولا يسقط ذلك بطرحه  
أو جعله في جانب آخر بمقتضى استصحاب بقاء التكليف كما في صحيح الحلبى  
عن الصادق عليه السلام قال : واللقطة يجدها الرجل ويأخذها . قال «ع» :  
يعرفها سنة فان جاء لها طالب والا فهي كسبيل ماله [ الوسائل ج ١٧ ، الباب  
٣ من كتاب اللقطة ، الحديث ١] .

٢) وذلك لاعتبار الأخذ في وجوب التعريف كما عرفت في صحيححة الحلبى  
المتقدمة ، ودفعه برجله أو بيده لا يصدق عليه الأخذ .

٣) والمعتبر في ضمان اليد الـأخذ ، كما جاء في القاعدة المشار اليها «على  
اليد ما أخذت» .

٤) وذلك لقاعدة السلطنة وحرمة مال المسلمين ، فالأخذ كسائر التصرفات مما  
يحتاج الى اذن المالك ، فلا يجوز بدون احراز الاذن والرضاء به .

٥) لأن مقتضى قاعدة اليد الضمان مالم يكن الـأخذ مأذوناً لامن قبل المالك  
ولامن قبل الشارع .

التلف فيجوز بقصد الحفظ<sup>١</sup> ، ويكون حينئذ في يده امانة شرعية، ولا يضمن الا بالتعذر او التفريط . وعلى كل من تقديرى جواز الأخذ وعده لو اخذه يجب عليه الفحص عن مالكه الى أن يبئس من الظفر به<sup>٢</sup> وعند ذلك يجب عليه ان يتصدق به او يشمنه<sup>٣</sup> .

---

١) لانه محسن حينئذ ولا ضمان مع الاحسان ، مضافاً الى مادل على جواز أخذ الحيوان اذا كان في معرض التلف ، كما في صحيحه علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن رجل أصاب شاة في الصحراء هل تحل له ؟ قال : قال رسول الله «ص» : هي لك أولاً خيتك أو للذئب فخذلها [ الوسائل ج ١٧ الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ١٣ ] .

٢) كما في صحيحه علي بن جعفر المتقدمة « فخذلها فعرفها حيث أصببها فان عرفت فردها الى صاحبها » لأن التعريف في الرواية مصدق للفحص عن المالك ، ومعلوم أن الامر به مغيبي بر جاء معرفة صاحبها ، اذ مع اليأس يكون التعريف لغوا في نظر العرف والامر المحكيم لا يأمر به .

٣) ويدل عليه موثق اسحاق بن عمار : سألت ابا ابراهيم عليه السلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيه نحو سبعين درهماً مدفونة فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع ؟ قال : فسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها . قلت : فان لم يعرفوها ؟ قال : يتصدق بها [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٥ من كتاب اللقطة ، الحديث ٣ ] .

وكذلك رواية العبيدي عن يونس : سألت عبداً صالحأ «ع» فقلت : جعلت

ولو كان مما يعرض عليه الفساد ولا يقى بنفسه يبيعه او يقوم به  
ويصرفه<sup>١</sup>، والاحوط ان يكون البيع باذن الحاكم مع الامكان<sup>٢</sup>  
ثم بعد اليأس عن الظفر بصاحبها يتصدق بالشمن<sup>٣</sup>.

فذاك كنامرأفين لقوم بمكة وارتحلنا عنهم وحملنا بعض متعتهم بغير علم وقد  
ذهب القوم ولانعرفهم ولانعرف أوطانهم وقد بقى المتعاع عندنا فما نصنع به؟  
قال : فقال : تحملونه حتى تلحوthem بالكوفة . قال يونس : فقلت له : لست  
أعرفهم ولا ندري كيف نسأل عنهم ؟ قال : فقال : بعد واعط ثمنه أصحابك .  
قال : فقلت : جعلت فذاك أهل الولاية . قال : نعم [ الكافي ج ٥ ص ٣٠٩ ] .  
وذكر قريراً منه في ( الوسائل ج ١٧ ، الباب ٧ من كتاب اللقطة ، الحديث

٤ )

١) ويدل عليه معتبرة السكوني عن ابى عبدالله عليه السلام: ان امير المؤمنين  
« ع » سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها  
وببعضها وفيها سكين ، فقال امير المؤمنين « ع » : يقوم ما فيها ثم يؤكل لانه  
يفسد وليس له بقاء ، فان جاء طالبها غرمواله الشمن . فقيل : يا امير المؤمنين لا يدرى  
سفرة مسلم أو سفرة مجوسي . فقال : هم في سعة حتى يعلموا [ الوسائل ج ١٧  
ص ٣٧٢ ، الحديث ١ ] .

٢) لأن الحاكمولي الغيب والقصر ، فعدم التعرض للاستجازة من الحاكم  
في الرواية لعله كان من جهة أن المورد مما لا امكان فيه الوصول الى الحاكم .

٣) ويدل عليه موثقة اسحاق بن عمار المتقدمة ، وأما الامر بالأكل والغرامة  
على تقدير مجىء الطالب في معتبرة السكوني كان من جهة أن المورد داخل  
في اللقطة لالمجهول المالك .

(مسألة : ٥) كل مال غير الحيوان أحرز ضياعه عن مالكه المجهول ولو شاهد الحال — وهو الذي يطلق عليه اللقطة كما مر — يجوز اخذه والتقاطه على كراهة<sup>١</sup>.

وان كان المال الصائم في الحرم اي حرم مكة زادها الله شرفاً وتعظيمًا اشتدت كراهة التقاطه ، بل لا ينبغي ترك الاحتياط بتركه<sup>٢</sup>.  
(مسألة : ٦) اللقطة ان كانت قيمتها دون الدرهم جاز تملكها

١) ويشهد به نصوص كثيرة ، ك الصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام عن اللقطة قال : لاترفعها فان ابتليت بها فعرفها سنة .

و صحيح علي بن جعفر عن أخيه « ع » في حديث قال : و كان علي بن الحسين يقول لأهله : لاتمسوها .

وفي مرسى الصدق قال الصادق عليه السلام : أفضل ما يستعمله الإنسان في اللقطة اذا وجدها أن لا يأخذها ولا يتعرض لها ، فلو أن الناس ترکوا بما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه ، وان كان اللقطة دون الدرهم فهي لك . الحديث [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ، ١٠ - ١٢ - ٩ ] .

والنهي في تلك النصوص محمول على الكراهة للاجماع على عدم الحرمة ،

وفي الجوادر : بل يمكن دعوى القطع بفساد القول بالحرمة أو الضرورة فضلاً عن الاجماع ، ويدل عليه أيضاً صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام عن اللقطة ، فأراني خاتماً في يده من فضة وقال : ان هذا مما جاء به السيل وأنا أريد أن أتصدق به [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٧ من أبواب اللقطة ، الحديث ٣ ] .

٢) وذلك للخلاف الواقع في لقطة الحرم ، وفي المسالك : اختلف

## في الحال من دون تعريف وفحص عن مالكها<sup>١)</sup>.

الاصحاب في لقطة الحرم على أقوال منتشرة - حتى من الرجل في كتاب واحد - وعلى هذا فلابد من ملاحظة الاadle ، فقد استدل على الحرمة بوجوه : ( منها ) قوله تعالى « أولم يروا أننا جعلنا حرمآ آمنا » [ سورة العنكبوت : ٦٧ ] بدعوى ان مقتضاه أن يكون الانسان آمناً فيه على نفسه وماله ، وهو ينافي جواز أخذه . ويرد عليه أن جواز الانتقاط مع البناء على التعريف وايصالها على صاحبها لاينافي كون الحرم آمناً .

( ومنها ) معتبرة فضيل بن يسار عن ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يجد المقطة في الحرم . قال « ع » : لا يمسها واما انت فلا يأس لأنك تعرفها [ الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف من كتاب الحج ، الحديث ٥ ] . وفيه : ان التصريح فيها بعدم البأس معللاً بأنك تعرفها يدل على جواز الاخذ . والروايات الأخرى الواردة في المقام اما ضعيفة السند واما ضعيفة الدلالة وعلى أي حال فالاقوى هو الجواز بعد التصريح في معتبرة الفضيل بعدم البأس معللاً بأنك تعرفها .

ويدل عليه أيضاً أويؤيده رواية فضيل بن يسار عن ابي جعفر عن لقطة الحرم فقال عليه السلام : لاتمس أبداً حتى يجيء صاحبها فإذاخذها . قلت : فان كان مالا كثيراً . قال : فان لم يأخذها الامثلك فليعرفها [ الوسائل ، الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف من كتاب الحج ، الحديث ٢ ] .

فإن قوله عليه السلام « فان لم يأخذها الامثلك فليعرفها » يدل على الجواز اذ لو كان حراماً لساوى معه غيره . فعليه أخذ اللقطة حتى من الحرم جائز إلا ان الاحتياط خصوصاً مع كون المسألة محل الخلاف مما لاينبغي تركه .

١) بلا خلاف أجده فيه كما في الجواهر ، وعليه الاجماع كما عن التذكرة

ولايملکها قهراً بدون قصد التملک على الاقوى<sup>١</sup> ، فان جاء  
مالكها بعد ما التقطها دفعها اليه مع بقائها وان تملکها على الاوسط  
لولم يكن الاقوى<sup>٢</sup> .

---

وغيره ، ويشهد به مرسل الصدوق المتقدم « وان كانت اللقطة دون الدرهم فهی  
لك فلا تعرفها فان وجدت في الحرم ديناراً مطلساً فهو لك لا تعرفه » [ الوسائل  
ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٩] .

ويدل عليه أيضاً الصحيح بابن ابى عمير عن ابى عبدالله عليه السلام قال :  
سألته عن اللقطة قال : تعريف سنة قليلاً كان أو كثيراً . قال : وما كان دون الدرهم  
فلا يعرف [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٤ ، الحديث ١] .

(١) لأن مقتضى اطلاق معتبرة ابن ابى عمير « وان كانت دون درهم فهی لك  
فلا تعرفها » وان كان التملک حتى بدون القصد وكذلك مقتضى اطلاق رواية  
ابى بصير عن الباقر عليه السلام: من وجد شيئاً فهو له فليتمتع حتى يأتيه طالبه  
فإذا جاء طالبه ردہ اليه [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٤ من كتاب اللقطة ، الحديث  
[ ١]

ولكن الظاهر عدم الفرق بين القليل والكثير وما دون الدرهم وما فوقه في  
كيفية التملک بحسب الارتكاز العرفي ، ولاشك ولا خلاف ظاهراً في اعتبار  
قصد التملک في الصورة الثانية وكذلك في الصورة الاولى .

(٢) وذلك لأن مقتضى القاعدة بعد حصول الملكية للأخذ لا وجه للرد ،  
الآن مقتضى رواية ابى بصير المتقدمة « فإذا جاء طالبه ردہ اليه » وجوب  
الرد مع بقاء العين اذا جاء طالبها .

واما ما عن الايضاح والتفصيغ من أن الخبر بعد الاجماع على عدم وجوب

وان كانت تالفة لم يضمنها الملنقط ، وليس عليه عوضها ان  
كان بعده التملك وكذا قبله ان تلفت من غير تفريط منه<sup>١</sup> . وان كانت  
قيمتها درهماً او ازيد وجب عليه تعريفها والفحص عن صاحبها<sup>٢</sup>

---

رد العين يحمل على ارادة القيمة - غريب اذ لا اجماع على عدم وجوبه ،  
وعلى فرضه يطرح الخبر او يحمل على الرجحان لأنّه يحمل على ارادة معنى  
آخر ، ولذلك قال صاحب الجواهر : واجماع الفخر والتفقيق لم تتحققه ، بل  
لعل المتحقق خلافه ، لاطلاق الخبر المزبور [الجواهر ج ٣٨ ص ٢٨١] .

١) كما هو ظاهر التبصرة والارشاد والمحكي عن الشيختين والمديلمي وابن  
حمزة ، بل عن النهاية والغنية التصریح بذلك ، بل في محکي المختلف أنه  
المشهور ، وعن الغنية الاجماع عليه ، للاصل وظاهر قوله عليه السلام في معتبرة  
الصدق «أفضل ما يستعمله الانسان في اللقطة اذا وجدتها أن لا يأخذها ولا يتعرض  
لها ، فلو أن الناس ترکوا بما يجدونه ل جاء صاحبه فأخذته ، وان كانت اللقطة  
دون درهم فهي لك فلا تعرفها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥١ ، الحديث ٩] .

٢) بالخلاف ، بل عليه الاجماع في جملة من الكلمات ، ويشهد به صحيح  
الحلبي عن الصادق عليه السلام في حديث قال : واللقطة يجدها الرجل ويأخذها.  
قال «ع» : يعرفها سنة فان جاء لها طالب والافهي كسبيل ماله [الوسائل ج ١٧  
ص ٣٤٩ ، الحديث ١] .

ورواية كثير سأل رجل امير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة فقال : يعرفها  
فان جاء صاحبها دفعها اليه والاحبسها حولا ، فان لم يجيء صاحبها او من  
يطلبها تصدق بها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٩ ، الحديث ٢] .

فإن لم يظفر به فإن كانت لقطة الحرم تخيير بين امرتين التصدق بها مع الضمان كاللقطة في غير الحرم أو اباقاؤها وحفظها لمالكها فلا ضمان عليه ، وليس له تملكها <sup>١٠</sup> .

(١) بلا خلاف في شيء من ذلك الا في عدم جواز التملك ، فقد جوزه الحلبى ، ويدل على جواز التصدق روایة علي بن ابى حمزة عن الكاظم عليه السلام عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذته . قال عليه السلام : بشس ما صنعت ما كان ينبغي له أن يأخذ . قال : قلت قد ابتنى بذلك . قال «ع» : يعرفه . قلت : فإنه قد عرفه فلم يجد له باغياً . فقال «ع» : يرجع إلى بلده فيتصدق به على أهل بيته من المسلمين فان جاء طالبه فهو له ضامن [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٧ من كتاب اللقطة ، الحديث ١ ] .

ورواية اليماني عن الصادق عليه السلام : اللقطة لقطتان لقطة الحرم وتعرف سنة فان وجدت صاحبها والاتصدق بها ، ولقطة غيرها تعرف سنة فان جاء صاحبها والا وهي كسبيل مالك [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف ، الحديث ٤ ] .

وظاهر الروايتين وان كان تعين الصدقة الا أنه يمكن أن يقال : بأن ورود الامر بالصدقة موقع توهם الحضر لا يستفاد منه اكثراً من جواز ذلك ، وأما جواز استيقائهماأمانة وحفظها لمالك فلاشكال فيه ، وهو مقتضى الاصل والقاعدة، فيتخير بين الصدقة واستيقائهماأمانة .

واما عدم جواز تملكها بعدم الدليل عليه ، ومقتضى القاعدة عدم جوازها في ملك الغير . نعم قد يستدل له تارة باطلاق مادل على تملك اللقطة بعد التعريف وأخرى بخبر الفضيل بن غزوان قال : كنت عند ابى عبدالله عليه السلام فقال له الطيار بن حمزة وقد وجد ديناراً في الطواف قد انسحقت كتابته . قال

وان كانت لقطة غير الحرم تخير بين امور ثلاثة: تملكها والتصدق بها مع الضمان فيهما وابقاءها امانة بيده من غير ضمان<sup>(١)</sup>.

عليه السلام هو له [الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ١]

واستدل ثالثة بمرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام : فان وجدت في الحرم ديناراً مطلساها فهو لك لا تعرفه [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٩]

ولكن التمسك باطلاق الروايات ممنوع ، لأنها تقيد بما يأمر بالصدقة في لقطة الحرم . وأما الخبران فلن يعمل بهما أحد سوى الصدوق ، لأنهما يدلان على جواز التملك بدون التعريف ، بل في الثاني منهما النهي عن ذلك .  
وأما الضمان على فرض التصدق فيشهد به خبر علي بن أبي حمزة ، واطلاق ماورد في مطلق اللقطة ك الصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنته ثم يتصدق بها فيأتي صاحبها حال الذي تصدق بهاولمن الأجر هل عليه أن يرد على صاحبها أو قيمتها ؟ قال «ع» : هو ضامن لها والاجر له الا ان يرضى صاحبها فيدعها والاجر له [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ١٤]

(١) وهو المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة ، بل عليه الاجماع كما عن التذكرة وغيره . واستشكل في جواز الابقاء والحفظ في الرياض ، قال : ان ظاهر الاخبار تعين أحد الاولين . والتصوص الوارد في المقام على طائفتين : الاولى -- ما يدل على الصدقة ك الصحيح علي بن جعفر المتقدم ورواية كثير عن أمير المؤمنين عليه السلام : فان لم يجيء صاحبها ومن يطلبها تصدق بها ،

فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها ان شاء اغتر بها الذي كانت عنده و كان الاجر له و ان كره ذلك احتسها والاجر له [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٢ ] .

ورواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام في رجل أو دعه رجل من اللصوص دراهم أو متابعاً واللص مسلم هل يرد عليه؟ فقال «ع» : لا يرد له ، فان امكنته أن يرده على أصحابه فعل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبيها فيعرفها حولاً فان أصاب صاحبها ردها عليه والتصدق بها ، فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم . الحديث [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٨ من كتاب اللقطة ، الحديث ١ ] ونحوها غيرها .

الثانية - ما يدل على جواز التملك ، كرواية داود بن سرحان التي ليس في سندها من يتوقف فيه سوى سهل ، والامر فيه سهل ، لانه يعتمد على خبره عن الصادق عليه السلام في اللقطة يعرفها سنة ثم هي كسائر ماله [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ١١ ] .

وخبر حنان عنه عليه السلام : عن اللقطة تعرفها سنة فان وجدت صاحبها والافتاح احق بها . وقال : هي كسبيل مالك [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٥ ] .

وصحبيح ابي بصير عن الباقي عليه السلام : من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٤ من كتاب اللقطة ، الحديث ٢ ] ونحوها غيرها من الروايات .

الثالثة - ما يدل على جواز الحفظ ، كصحبيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام

عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوباً أو دابة كيف يصنع؟ قال : يعرفهاسته  
فان لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها اياه ،  
وان مات أوصى بها فان اصابها شيء فهو ضامن [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من  
كتاب اللقطة ، الحديث ١٣] .

وصحيح محمد بن مسلم عن الباقي عليه السلام عن اللقطة : لا يرفعها فان ابتليت  
بها فعرفها سنة فان جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري  
على مالك حتى يجيء لها طالب ، فان لم يجيء لها طالب فأوص بـها في وصيتك  
[الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ١٠] .

ثم ان الجمـع بين الطوائف الثلاث يقتضي البناء على التخيير بين الثلاثة  
ـ أي التملك والحفظ والتصدق ـ فـان نصوص التملك صريحة في الجواز  
ـ وعدم لزوم التصدق أو الحفـظ ، فيحتمـل الامر بكل منهما على التخيير ، مضـافاً  
ـ إلى عدم ظهوره في نفسه في التعيـن ، فلا يـدل على أكثر من الجواز .

ـ ثم ان هنا طائفة رابعة تدل على أنها للـامـام ، كـخبر داود بن يـزيد عن الـامـام  
ـ الصادق عليه السلام قال له رـجل : اـني أـصـبـتـ مـالـاـ وـاـنـيـ قـدـخـفـتـ فـيـ نـفـسـيـ  
ـ فـلوـ أـصـبـتـ صـاحـبـهـ دـفـعـهـ إـلـيـ وـتـخـلـصـتـ مـنـهـ .ـ فـقـالـ لـهـ اـبـوـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ السـلـامـ :  
ـ وـالـهـ اـنـ لـوـ أـصـبـتـهـ كـفـتـ تـدـفعـهـ إـلـيـ .ـ قـالـ : اـيـ وـالـهـ .ـ قـالـ : فـأـنـاـ وـالـهـ مـالـهـ صـاحـبـ  
ـ غـيـرـيـ .ـ قـالـ : فـاستـحـلـفـهـ أـنـ يـدـفعـهـ أـلـيـ مـنـ يـأـمـرـهـ .ـ قـالـ : فـحـلـفـ .ـ فـقـالـ : فـادـهـبـ  
ـ فـاقـسـمـهـ فـيـ اـخـوـانـكـ وـلـكـ الـامـنـ مـمـاـخـفـتـهـ .ـ قـالـ : فـقـسـمـتـهـ بـيـنـ اـخـوـانـيـ [الوسائل  
ـ جـ ١٧ ، الـبـابـ ٧ـ منـ كـتـابـ اللـقطـةـ ،ـ الحديثـ ١ـ] .ـ

ـ ولكنـ الروـاـيـةـ ضـعـيفـةـ سـنـدـاـ وـدـلـلاـتـ ،ـ اـماـ سـنـدـاـ لـوـجـودـ حـجـالـ فـيـ السـنـدـ ،ـ

(مسألة : ٧) الدرهم هو الفضة المسكوكة الرائجة في المعاملة وهو وإن اختلف عياره بحسب الأزمنة والأمكنة إلا أن المراد هنا ما كان على وزن اثنتي عشرة حمصة ونصف حمصة وعشراً، وبعبارة أخرى نصف المثقال بالمثقال الصيرفي الذي يساوي أربع وعشرين حمصة معتدلة <sup>(١)</sup>.

وأما دلائله فلان الرواية ذات وجوه ، منها كون ما أصابه لقطته «ع» فأمر بالصدقة على الأخوان تبرعاً ، ومنها كونه لقطة من غيره لكن الإمام عرف أنه لا وارث له فيكون المال له ، ومنها غير ذلك فلا يصح الاستدلال بها للأجمال .  
ثم ان ثبوت الضمان في صورة تملكها أو التصدق بها فلم تقدم من النصوص السابقة. وأما عدم ثبوت الضمان في صورة الحفظ والبقاء لمالكها فاللتسلالم على عدم الضمان . مع كون القاعدة أيضاً تقتضي عدم الضمان ، لأن يده حينئذ يسد أمانى ماذون من قبل الشارع فلا ضمان مع الامانة .

(١) لأن المثقال الصيرفي – وهو المتعارف في البلاد في السوق – يساوى أربع وعشرين حمصة معتدلة ، والمثقال الشرعي يساوى ثمانية عشر حمصة ، ولا أشكال عندهم في أن الدرهم سبعة أعين المثقال الشرعي ، وأن كل عشرة دراهم سبعة مثاقيل شرعية كما نقله جماعة كثيرة .

وعن ظاهر الخلاف دعوى اجماع الأمة عليه ، وعن رسالة المجلسي أنه مما لا شك فيه وما اتفقت عليه العامة والخاصة ، فإذا كان المثقال الشرعي ثلاثة أرباع المثقال الصيرفي يكون الدرهم نصف المثقال الصيرفي وربع عشره .  
مثلاً إذا كان المثقال الصيرفي أربعين جزءاً كان المثقال الشرعي ثلاثين جزءاً منها .

فالدرهم يقارب نصف ريال عجمي، وكذا ربع روبيه انگلزية.  
(مسألة : ٨) المدار فى القيمة مكان الالتقاط و زمانه فى

والظاهر انفاق الصيارفة والصيادلة وغيرهم على ان المثقال الصيرفي الذي يعبر عنه بالمعارف تارة وبالمعمولى أخرى (٢٤) حمصة في جميع بلاد ایران وذكره البنگ الملی بهذا الوزن أيضاً في (سر رسید نامه) ص ٤٥ ط ایران

سنة ١٣٨٠

بل المستفاد من رسالة (الدرة البهية في تطبيق الموازين الشرعية على العرفية) أن المثقال الصيرفي بهذا الوزن كان متعارفاً عند العرب والعجم ، حيث قال : ان الپول النحاسي الايراني هو مثقال صيرفي متعارف عند العرب والعجم في عصرنا هذا ، كما يأتي في الامر الخامس . وقد اعتبرناه الان من وزن المثقال الشرعي ، فكان المثقال الشرعي ثلاثة أرباعه حسب ما اتفقت عليه كلمتهم .

نعم نسب الى بعض بلاد العراق كبغداد وغيرها جعله زنة ٢٦ حبة من الحمصة ولعل هذا الاختلاف اليسير ناشئ عن الاختلاف في اوساطها خفة ورزانة ، فيما حققناه في المثقال الصيرفي يظهر لك أن المثقال الشرعي الذي هو ثلاثة ارباعه كان على وزن ١٨ حمصة والدرهم الذي هو نصفه وربع عشره كان على وزن ٦/١٢ حمصة .

ويؤيد ما ذكرناه تصريح جماعة من فقهائنا المتأخرین من المعاصرین وغيرهم في رسائلهم العملية ، فذكروا وزن المثقال الشرعي ١٨ حمصة والدرهم الشرعي ٦/١٢ حمصة ، وهذا يكشف عن أن وزن المثقال الصيرفي كان عندهم أيضاً ٢٤ حمصة على حسب النسبة السابقة كما نص عليه جماعة منهم أيضاً .

اللقطة<sup>١</sup> وفي الدرهم ، فإن وجد شيئاً في بلاد العجم مثلاً وكان قيمته في بلد الالتفاظ وزمانه أقل من نصف ريال أو وجد في بلاد تكون الرائج فيها الروبية وكان قيمته أقل من ربعها جاز تملكه في الحال ولا يجب تعريضه<sup>٢</sup>

(مسألة: ٩) ي يجب التعريف فيما لم يكن أقل من الدرهم فوراً على الأحوط<sup>٣</sup> ، نعم لا يجوز التسامح والاهمال والتساهل

١) وذلك لانه المتفاهم عرفاً من النصوص والاجماع ، كما في صحيح ابن ابي عمير المتقدم « سأله عن اللقطة . قال : تعرف سنة قليلاً كان أو كثيراً . قال : وما كان دون الدرهم فلا يعرف [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٤ ] ، الحديث

[ ١ ]

وفي مرسلة الصدوق : وإن كانت اللقطة دون الدرهم فهي لك فلاتعرفها ، فإن وجدت في الحرم ديناراً مطلساً فهو لك لاتعرفه [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٩ ] .

فإن الظاهر من النصوص ولو بقرينة الانصراف أن المدار في القيمة مكان الالتفاظ وزمانه بعد أن القيمة تختلف بحسب مكان الالتفاظ وزمانه .

٢) لانه أقل من نصف ريال عربي في بلاد العجم ، وكذلك أقل من ربع روبيه في البلاد التي يكون الرائج فيها الروبيه أقل من الدرهم .

٣) وذلك كما في المسالك « ويجب ايقاعه عقب الالتفاظ مع الامكان وفي مكانه ان كان بلداً او مجتمعاً ولو عرف فيه واكله في غيره جاز » .

وقد صرخ الفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم بكون مبتدئه حين الالتفاظ

فيه <sup>١</sup> ، فلو أخره كذلك عصى الامر العذر ، وعلى اي حال لم يسقط التعريف <sup>٢</sup> .

(مسألة : ١٠) قبل لا يجب التعريف الا اذا كان ناوياً للتملك  
بعده <sup>٣</sup> والاقوى وجوبه مطلقاً وان كان من نيته ذلك او التصدق او

مع الامكان محتاجين برواية محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام قال :  
سألته عن اللقطة قال : لترفعها فان ابنتك بها فعرفها سنة فان جاء طالبها والا  
فاجعلها في عرض مالك [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥١ ، الحديث ١٠ ] فانها تدل  
على وجوب التعريف فوراً بناءاً على ما ذكره النحويون من أن الفاء للترتيب  
باتصال وثم للترتيب بانفصال .

وكذلك رواية أخرى عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال :  
لترفوها فان ابنتك فعرفها سنة فان جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك  
[ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠ ]

مضافاً الى أن التحديد بالسنة في الروايات من جهة المنهى عدم تعين  
ابتداء مدة التعريف لعله يوجب الانصراف عرفاً الى أنه يتبدىء التعريف من  
أول زمان بعد الالتفات .

- ١) لانه خلاف حرمة مال المسلم وغيره ، والاحتياط الذي أوجب فيه .
- ٢) وذلك بمقتضى اطلاق أدلة وجوب التعريف كما أنه يقتضيه استصحاب  
وجوب التعريف الثابت بالروايات في أول أزمنة الامكان .
- ٣) كما في الجوادر : قيل والسائل الشیخ في المحکی عن موضع من  
مبسوطه : لا يجب التعريف وجوباً شرطياً الا مع نية التملك ، ولفظه « من وجد

الحفظ لمالكها او غير ناولشىء اصلاً<sup>١</sup>.

( مسألة : ١١ ) مدة التعريف الواجب سنة كاملة<sup>٢</sup> ،

لطة نظرت فان اراد حفظها على صاحبها لا يلزمها ان يعرف لان التعريف انما يكون للتملك » .

و فيه اشكال ينشأ من خفاء حالها عن المالك بعدم التعريف المأمور به في النصوص على جهة الاطلاق .

بل عن الخلاف والمبسوط والغنية وظاهر التذكرة الاجماع عليه كما عن السرائر وكشف الرموز تقي الخلاف فيه وهو كذلك ، فان المحكمي عن المقنع الى الرياض اطلاق التصريح لوجوبه [ الجواهر ج ٣٨ ص ٣٦٩ ] .

١) وذلك كله لاطلاق الامر بالتعريف في الروايات المستفيضة أو المتواترة في صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن اللقطة قال : لا ترفوها فان ابتليت فعرفها سنة ، فان جاء طالبها والافاجعلها في عرض المالك يجري عليها ما يجري على المالك الى أن يجيء لها طالب [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠ ، الحديث ٣ ] .

وفي رواية أبان قال : أصبت يوماً ثلثين ديناراً فسألت أبي عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال : أين أصبت؟ قال قلت له : كنت منتصراً إلى منزلي فأصبتها . قال : صر إلى المكان الذي أصبت فيه فعرفه فان جاء طالبه بعد ثلاثة أيام فاعطه إياه والاتصدق به [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠ ، الحديث ٧ ] . وهكذا سائر الروايات .

٢) بخلاف فيه والاجماع بقسميه عليه ، والنصوص مستفيضة أو متواترة فيه : ففي صحيحه الحلبى عن ابى عبد الله عليه السلام في حديث قال : واللقطة يجدها الرجل ويأخذها . قال : يعرفها سنة فان جاء لها طالب والافهي كسيبل

ولا يشترط فيها التوالي ، فان عرفها فى ثلاثة شهور فى سنة على نحو يقال فى العرف انه عرفها فى تلك المدة ثم ترك التعريف بالمرة ثم عرفها فى سنة اخرى ثلاثة شهور وهكذا الى ان كمل مقدار سنة فى ضمن اربع سنوات مثلاً كفى فى تحقق التعريف الذى هو شرط لجواز التملك والتصدق<sup>١</sup>.

ماله [الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٩ ، الحديث ١] .

وفي صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سأله عن اللقطة قال : لا ترفعوها فان ابنتي فعرفها سنة فان جاء طالبها والافاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك الى أن يجيء لها طالب [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠ ، الحديث ٣] وهكذا سائر الروايات .

نعم في رواية أبان بن تغلب قال : أصبت يوماً ثلاثة ديناراً فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال لي : أين أصبته؟ قال : قلت له : كنت منتصراً إلى منزلي فأصبتها . قال : فقال صر إلى المكان الذي أصبت فيه فعرفه فان جاء طالبه بعد ثلاثة أيام فاعطه إياه والانصدق به [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠ ، الحديث ٧] .

ولكنها مطروحة أو محمولة على غير اللقطة أو على حصول اليأس بذلك ، لأن الرواية شاذة ولم يعمل بها الأصحاب في اللقطة .

١) وذلك من جهة الاجماع والتسليم على عدم اعتبار التوالي في ترتيب الأحكام على اللقطة ، وقد صرخ الشيخ والفاضلان والشهيدان والكركي وغيرهم بأنه لا يجب فيه التوالي ، بل في الكفاية نسبة إلى الأصحاب .

وعن المحقق في الشرائع : « ليس التوالي شرطاً في التعريف ، فلو فرقه (فرق خل) جاز » .

وسقط عنه ما وجب عليه<sup>١</sup> وان كان عاصيًّا فـى تأخيره بهذا المقدار ان كان بدون عذر<sup>٢</sup>.

(مسألة : ١٢) لا يعتبر في التعریف مباشرة الملتقط، بل يجوز

وفي المسالك وغيره ان للتوالي المحكوم بعدم وجوبه تفسير بن : أحدهما استيعاب وقت الحول بالتعريف ، ولا خلاف ولا اشكال في عدم وجوبه ، بل في المسالك وغيره الاتفاق عليه ، لصدق العرف بدونه . والثاني توالي التعريف في الحول الواحد بحيث يقع التعريف المعتبر في اثنى عشر شهرًا متواالية ، فان ذلك أيضاً غير لازم على ما صرحت به غير واحد فيجوز له أن يعرف شهرين ويترك شهرين وهكذا حتى يتم له اثنا عشر شهراً . وعن التذكرة تشبيهه بما لو نذر صوم سنة ، فإنه يجوز له التوالي والتفرق .

نعم قال صاحب الجوادر : قلت : ان لم يكن اجماعاً ممكناً دعوى انسياق التوالي بالمعنى المزبور ، خصوصاً بعد تصريح الفاضل والشهيدين والكركي وغيرهم بكون مبتدأه حين الانقطاع مع الامكان ، محتاجين له بقوله عليه السلام « فاذا ابتليت بها فعرفها سنة » لظهور الفاء في ذلك ، وان كان فيه منع دلالة فاء الربط على ذلك ، الا أن مقتضى العرف الاتصال فيما عين مبتدئه ان تمام الحول . ولعله لهذا كان المحكمي عن بعض الشافية عدم جواز التعريف على الوجه المزبور [ الجوادر ج ٣٨ ص ٣٦٠ ] .

١) لحصول الامثال بالتكليف ، فمقتضى القاعدة سقوط التكليف بالامثال.

٢) لانه اهمال في أمر اموال الناس ، مع أن مقتضى النصوص أن حرمة مال المسلم كحرمة دمه ، واهتمام الشارع بأمر الاموال والاحتياط فيها شديد كما هو المرتكز عند الذهان من بعد المراجعة الى الاحكام .

استئنابة الغير مجاناً او بالاجرة مع الاطمئنان بايقاعه<sup>١</sup> ، والظاهران  
اجرة التعريف على الملنقط<sup>٢</sup> الا اذا كان من قصده ان يبقى بيده  
ويحفظها لمالكه<sup>٣</sup>.

(١) بخلاف والاجماع بقسميه عليه ، وما في النصوص من أن صاحبها  
يعرفها [ الوسائل ، الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف ، الحديث ١ من  
كتاب الحج ] لا يراد منه وجوب المباشرة قطعاً ، ضرورة عدم كونه عبادة ،  
والمراد اشاعة ذكرها العاصل بتعريفه وتعريف غيره ولو بأمر غير بالغ بالانشاد  
او مجنون كذلك .

ومنه ينقدح الاجتزاء بالمتبرع الا أن التملك له لا يخلو من اشكال وهو امر  
آخر غير اعتبار المباشرة في التعريف التي قد عرفت القطع بعدمها ، خصوصاً  
اذا كان الملنقط أرفع شأناً من ذلك .

(٢) وذلك لانه واجب عليه فيجب عليه أجرة التعريف من باب المقدمة .  
(٣) لعدم وجوب التعريف الا اذا قصد التملك ، فلو أراد أن يحفظه لمالكه  
لایجب عليه أجرة التعريف كما عن التذكرة وجامع المقاصد .

نعم في التذكرة « انه يرفع الامر الى المحاكم ليبدل الاجرة من بيت  
المال أو يستقرض عليه أو يأمر الملنقط أو غير ذلك مما براه مصلحة له ، ولا  
ينافي ذلك تملك الملنقط له بعد ذلك » .

وعن المبسوط أيضاً اختصاص وجوب التعريف حول بالصورة التي قصد  
الملك ، محتاجاً بأن التعريف انما وجب لتحقيق شرط الملك ، فإذا لم يقصد  
لم يجب ويكون مالاً مجهول المالك .

وفيه : انه مناف لصراحة جملة من النصوص المتضمنة للتعريف حول اثم

فان فى كون الاجرة على المالك او عليه تردد<sup>١</sup> ، والاحوط  
التصالح .

(مسألة : ١٣) لو علم بأن التعريف لا فائدة فيه او حصل له  
اليأس من وجدان مالكتها قبل تمام السنة سقط<sup>٢</sup> وتخير بين الامرين  
فى لقطة الجرم<sup>٣</sup> .

يتصدق به ، الا أن يقال بأن اطلاق هذه الاخبار مما لم ي العمل بها الاصحاب .

١) لان مقتضى اطلاق بعض الروايات وجوب التعريف ، فيجب الاجرة  
مقدمة للعمل بالواجب ، الا أن مقتضى تصريح الشيخ في المبسوط والعلامة  
في التذكرة وجامع المقاصد عدم وجوب الاجرة عليه اذا لم يقصد التملك  
فيكون الاحوط التصالح كما في المتن .

٢) وذلك لان التعريف انما يكون للوصول الى صاحبه ، فان علم بأن  
التعريف لا فائدة فيه او حصل له اليأس من وجدان مالكتها قبل تمام السنة سقط .  
 مضافاً الى أن مورد النصوص ايضاً بحسب المتفاهم العرفى ما يكون احتمال  
الوصول الى مالكتها موجوداً في نفسه كما في صحيحة الحلبى المتقدمة :  
واللقطة يجدها الرجل ويأخذها . قال : يعرفها سنة فان جاء لها طالب والافهوى  
كسبيل ماله [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٩ ، الحديث ١ ] فسان قوله عليه السلام  
« فان جاء لها طالب » يدل على أن التعريف في مورد يكون احتمال مجيء  
الطالب موجوداً فيه .

٣) اذ لا يجوز له أن يتملكها في لقطة الحرم ، ولم يخالف في ذلك الا الحلبى  
واستدل على جواز التملك في لقطة الحرم تارة برواية الفضيل بن غزوان قال :  
كنت عند ابى عيد الله عليه السلام فقال له الطيار : ان ابن حمزة وجد ديناراً في  
الطواف قد انسحقت كتابته . قال عليه السلام هو له [ الوسائل الباب ١٧ من

كتاب اللقطة ، الحديث ١ ] وثالثة بمرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام :  
فإن وجدت في الحرم ديناراً مطلساً فهو لك لا تعرفه [الوسائل ، الباب ٢ من كتاب  
اللقطة ، الحديث ٩ ] .

ولكن الأطلاق يقيد بما دل على أن لقطة الحرم يتصدق بها ، كما في رواية  
علي بن حمزة عن الكاظم عليه السلام عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذته .  
قال «ع» : يئس ماصنعت ما كان ينبغي له أن يأخذته . قال : قلت قد ابتنى بذلك .  
قال «ع» : يعرفه . قلت : فإنه قد عرفه فلم يجده باغياً . فقال «ع» : يرجع إلى  
بلده فيتصدق به على أهل بيته من المسلمين ، فإن جاء طالبه فهو له ضامن  
[ الوسائل ، الباب ١٧ من كتاب اللقطة ، الحديث ٣ ] .

وأما خبر الفضيل ومرسل الصدوق مما لم يعمل بهما أحد سوى الصدوق ،  
لأنهما يدلان على جواز التملك بدون التعريف ، بل في الثاني منهما النهي  
عن ذلك ، فيتعين حملهما على صورة العلم باليأس عن معرفة المالك .

وعن صاحب الجواهر : وليس له تملكها بلا خلاف أجده في الاخير إلا  
ما سمعته من المحكي عن النقي الذي قد تقدم الاجماع من الفاضل على خلافه .  
مضافاً إلى الاصل المعتمد بخلو كثير من النصوص المزبورة ، بل ظاهر  
بعضها أو صريحة ذلك وأنه الفارق بين الحرم وغيره .

أقول : المراد من النصوص المشار إليها مثل رواية علي بن أبي حمزة  
المتقدمة ومثل رواية ابراهيم بن عمر عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اللقطة  
لقطتان : لقطة الحرم وتعرف سنة فإن وجدت صاحبها والاتصدق بها ، ولقطة  
غيرها تعرف سنة فإن لم تجد صاحبها فهي كسبيل مالك [ الوسائل ج ٩ ص

والاحوط ذلك في لقطة غيره ايضاً<sup>١٦</sup>.

٣٦١ ، الحديث ٤ [

ثم قال : وأما التخيير المزبور فقد صرخ به الشيخ وابن زهرة وادريس والفضلان والشهيدان وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، بل في المسالك انه المشهور، بل في الغنية الاجماع عليه ، ولكن لم أجده في شيء مماوصل الي من النصوص .

نعم في الخبرين السابقين الامر بالتصدق الظاهر في التعين كالمحكي عن اقتصار المقنع والمقنعة والنهاية والمراسم ، اللهم الا أن يقال بقوله الاجماع المزبور يحمل على الوجوب التخييري [ الجوادر ج ٣٨ ص ٢٩١ ] .

(١) وذلك لما دل من الروايات على أن الملنقط مخير بين الامرين فقط كما في رواية كثير : سأله رجل أمير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة ، فقال : يعرفها ، فان جاء صاحبها دفعها اليه والاحبسها حولا ، وان لم يجيء صاحبها أو من يطلبها تصدق بها ، فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها ان شاء اغتر بها الذي كانت عنده وكان الاجر له وان كره ذلك احتسبها والاجر له [ الوسائل ، الباب ٢ من كتاب اللقطة الحديث ٢ ] .

بل في بعض الروايات المعتبرة وجوب الحفظ ان لسم يجيء لها طالب كما في صحيح ابن مسلم عن الباقي عليه السلام سأله عن اللقطة فقال : تعرفها سنة ، فان جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك حتى يجيء لها طالب فان جاء لها طالب فأوص بها في وصيتك [ الوسائل ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ١٠ ] بناءً على أن المراد بجعلها عرض المال حفظها فيه من غير عزل لها عنه .

(مسألة : ١٤) لو تذرع بالتعريف في أثناء السنة انتظر رفع العذر وليس عليه بعد ارتفاع العذر استئناف السنة ، بل يكفي تتميمها .<sup>١</sup>

(مسألة : ١٥) لو علم بعد تعريف سنة انه لوزاد عليها عشر على صاحبه فهل يجب الزيادة الى ان يشرع عليه ام لا؟ وجهاً<sup>٢</sup> احوطهما

---

١) وذلك كله لعدم اعتبار التوالي في التعريف ولو في غير حال العذر بمقتضى الاجماع والتسالم ، كما في المسالك وغيره ان للتتوالي المحكوم بعدم وجوبه تفسيرين : أحدهما استيعاب وقت الحول بالتعريف ، ولا خلاف ولاشكال في عدم وجوبه ، بل في المسالك وغيره الاتفاق عليه ، لصدق العرف بدونه . والثاني توالي التعريف في الحول الواحد بحيث يقع التعريف المعتبر في اثنى عشر شهراً متواالية ، فإن ذلك أيضاً غير لازم على ما صرحت به غير واحد فيجوز له أن يعرف شهرین ويترك شهرین وهكذا حتى يتم له اثنا عشر شهراً وعن التذكرة تشبيهه بمالو نذر صوم سنة فإنه يجوز له التوالي والتفريق .

ويظهر من كلام صاحب الجوادر أن ذلك مجمع عليه ، وذلك قال : قلت ان لم يكن اجماعاً أمكن دعوى انسياق التوالي بالمعنى المزبور [الجوادر] .

٣٦٠ [ ٣٦٠ ] .

٢) لأن مقتضى تحديد النصوص التعريف بالسنة عدم وجوب الزيادة عليها لو لم يشرع على صاحبه في طول السنة ، ولكن يحتمل أن يكون التحديد من باب المثال من جهة أن الغالب عدم العثور على صاحبها لو لم يشرع عليه في طول السنة ، ومقتضاه وجوب التعريف للوصول الى صاحبها ، خصوصاً بعد وضوح أن التعريف لا يكون واجباً نفسياً بل يكون وجوباً من باب المفيدة .

الاول<sup>١</sup> خصوصاً اذا علم بعثوره مع زيادة يسيرة<sup>٢</sup>.  
 (مسألة : ١٦) لو ضاعت اللقطة من الملنقط ووجدها شخص آخر لم يجب عليه التعريف<sup>٣</sup>. بل يجب عليه ايصالها الى الملنقط الاول<sup>٤</sup>. نعم لو لم يعرفه وجب عليه التعريف سنة طالباً به المالك<sup>٥</sup> او الملنقط الاول<sup>٦</sup>.

- ١) اذلا اشكال في جواز ذلك، والنصوص لاتدل على ازيد من عدم وجوب التعريف زائداً على مقدار السنة ، ولا اشكال في أنه أقرب الى حرمة الاموال وايصالها الى صاحبها .
- ٢) اذ في مثل ذلك يمكن أن يقال بانصراف النصوص عنه ، ومقتضى حرمة الاموال وجوب ايصالها الى صاحبها ولو بالتعريف ازيد من مقدار السنة .
- ٣) وذلك لعدم صدق الملنقط على هذا الشخص ، لأن اللقطة هو المال الضائع أخذ ولاید عليه ولو يد ملنقط سابق ، فازه وان صدق عليه أنه مال ضائع اأنه سبقت عليه يد الالتفاط ، فلا يشمل أدلة احكام اللقطة على الشخص الآخر غير الملنقط .
- ٤) لانه مأمور من قبل الشارع ومؤمن من قبله على المال مع فقد المالك ، فلا بد من ايصالها اليه بدلاً من ايصالها الى مالكه وللعمل بما هو وظيفته في اللقطة .

- ٥) لان التعريف واجب مقدمي لا يصلح المال الى مالكه ، واستفاد عرفاً من نصوص التعريف أن ذلك مقتضى حرمة الاموال في اللقطة ، وال المباشرة من الملنقط الاول ليس شرطاً فيه ، بل يكفي من كل شخص ولو مبرع في ذلك ، فلو لم يعرفه الملنقط الاول يجب التعريف سنة طالباً به المالك من تلك الجهة .
- ٦) لان يد الملنقط الاول بدل عن يد المالك على ما هو المستفاد من أدلة

فأياً منها عشر عليه يجب دفعها إليه <sup>(١)</sup>.  
من غير فرق بين ما كان ضياعها من الملنقط قبل تعريفه سنة  
او بعده <sup>(٢)</sup>.

(مسألة : ١٧) اذا كانت اللقطة مما لا تبقى لسنة كالبطيخ  
والبطيخ واللحم والفواكه والخضروات جاز أن يقومها على نفسه  
ويأكلها ويتصرف فيها <sup>(٣)</sup>.

جواز أخذ اللقطة ، فايصاله إليه ايصال للمالك حكماً .

١) وذلك واضح بالإضافة إلى المالك ، وأما الملنقط الأول فلانه في حكم  
المالك من حيث ان أمر اللقطة محول إليه شرعاً .

٢) وذلك من جهة أن يد الملنقط الأول بدل عن يد المالك وأمر المال من  
حيث التعريف والصدقة أو التملك او الحفظ محول إليه ، ولا فرق من هذه  
الجهة بين قبل التعريف سنة وبين بعده .

٣) بلا خلاف في شيء من ذلك ، ويشهد به قوي السكوني عن أبي عبدالله  
عليه السلام أن أمير المؤمنين « ع » سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة  
كثيرة لحمها وخبزها وجبنها وبقائها وفيها سكين . فقال أمير المؤمنين « ع » :  
يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنه يفسد وليس له بقاء ، فان جاء طالبها غرموه الشمن .  
فقيل : يسا أمير المؤمنين لا يدرى سفرة مسلم أو سفرة مجوسي . فقال « ع » :  
هم في سعة حتى يعلموا [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢٣ من كتاب اللقطة ، الحديث  
[ ١ ]

ومرسلي الصدوق عنه عليه السلام : وان وجدت طعاماً في مفازة فقومه على  
نفسك لصاحبها ثم كله [ الوسائل ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٩ ] .

او يبيعها من غيره ويحفظ ثمنها لمالكها<sup>(١)</sup>.

والاحوط ان يكون بيعها باذن الحاكم<sup>(٢)</sup> مع الامكان وان كان القوى عدم اعتباره<sup>(٣)</sup>.

١) وذلك وفافاً للمحقيق والكركي وثاني الشهيدين وغيرهم ، بل عن التذكرة الاجماع عليه ، وذلك بناءً على أن الأمر بالتنقيم على النفس في الروايتين من باب المثال ، وذلك بقرينة التعليل في الرواية الاولى « لانه يفسد وليس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له الثمن » .

ويؤيده مادل على جواز بيع الجارية لمن التقطها بما ينفق عليها .

٢) لانه ولـي الغائب من جهة حفظ ماله والتصرف فيه بما فيه صلاح ، وعن التذكرة « لا يجوز له بيعه بنفسه مع وجود الحاكم لـانه مال الغير ولا ولاية لـه عليه ولا على مالـكه ، فـلم يجز بيعه الاـله كغير المـنقط » بل قال فيه « اذا باع بدون اذنه مع وجوده كان البيع باطلـا » .

٣) وذلك لاطلاق النصوص الامرـة بالتنقيـم على النفس ، ويؤيـده اطلاق مـادـل على ثـبوـت ولاـيـة التـملـك لـه والـصـدقـة بـعـد التـعرـيف ، كـما يـدل عـلـيـه صـحـيحـ عـلـيـ بن جـعـفر عـن أـخـيه مـوـسى بن جـعـفر عـلـيـه السـلام قـالـ : سـأـلـه عـن الـلـقـطـة إـذـا كـانـت جـارـيـة هـل يـحلـ فـرـجـهـا لـمـن التـقطـهـا ؟ قـالـ : لـاـ ، اـنـما يـحلـ لـهـ بـعـهاـ بـمـا أـنـفـقـ عـلـيـهـ . المـحـدـيـثـ [ـ الـوـسـائـلـ جـ ١٧ـ صـ ٣٥١ـ ،ـ المـحـدـيـثـ ٨ـ ]ـ .

قدـعـوـيـ أنـ التـنـقـيـمـ عـلـىـ النـفـسـ يـحـتـاجـ إـلـىـ الـحاـكـمـ أـيـضاـ مـعـ وـجـودـهـ فـلـايـتمـ الـاسـطـهـارـ الـمـزـبـورـ . يـدـفعـهـاـ ظـهـورـ النـصـ وـالـفـتـوىـ فـيـ خـلـافـهـ ،ـ حتـىـ مـنـ التـذـكـرـةـ الـذـيـ هوـ العـمـدةـ فـيـ الـخـلـافـ قدـ أـطـلـقـ فـيـ جـواـزـ الـاـكـلـ لـهـ مـعـ التـنـقـيـمـ وـاعـتـبرـ الـحاـكـمـ فـيـ الـبـيـعـ .

والاحوط حفظها الى آخر زمان المخوف من الفساد. بل وجوهه لا يخلو من قوة<sup>١</sup>. وكيف كان لا يسقط التعريف<sup>٢</sup> ، فيحفظ خصوصياتها وصفاتها قبل ان يأكلها او يبيعها ثم يعرفها سنة، فان جاء صاحبها وقد باعها دفع ثمنها اليه ، وان اكلها غرمها بقيمتها وان لم يجئ فلاشى<sup>٣</sup>.

ولذا اشكل عليه الكركي بعدم الفرق بينهما في الاشتراط وعدمه ، وان قال : ان مراجعة الحاكم فيها أوجه لكن فيه مالا يخفى .

١) وذلك من جهة أن التعيل الوارد في رواية السكوني المتقدمة « لانه يفسد وليس له بقاء » يدل على أن المجوز للتقويم والاكل هو أن اللفطة يفسد وليس له بقاء، فلو لم يفسد فعلاً له بقاء يجب حفظه بمقتضى ظهور التعيل، ولذلك قال الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم : ولو كان بقاها يفتقر إلى العلاج كالرطب المفتقر إلى التجفيف يرفع خبرها إلى الحاكم الذي هو الوالي ليبيع بعضاً وينفقه في اصلاح الباقي ، وان رأى الحاكم الحظ في بيعه أجمع وتعريف ثمنه جاز كما عن الشيخ والفالضل التصريح بذلك كله .

٢) اذ لا وجه لسقوطه بعد مادل من الاطلاقات على وجوب التعريف في اللقطة مطلقاً .

٣) ويدل على ذلك كلامه قوله « ع » في معتبرة السكوني المتقدمة « فان جاء طالبها غرمواه الثمن » وكذلك مرسل الصدوق « وان وجدت طعاماً في مفازة فقومه على نفسك لصاحبها ثم كله » ، فان المتفاهم من هذه المرسلة عرفاً وصراحة المتقدمة يقتضي وجوب دفع الثمن إلى المالك كما ان المستفاد من مفهوم المعتبرة عدم وجوب شىء على الاكل اذا لم يجيء صاحبها .

( مسألة : ١٨ ) يتحقق تعریف سنة بأن يكون في مدة سنة متواالية او غير متواترة مشغولاً بالتعريف بحيث لم يعد في العرف متسامحاً متساهلاً في الفحص عن مالكه . بل عدوه فاحضاً عنه في هذه المدة ، ولا ينقدر ذلك بمقدار معين بل هو امر عرفي<sup>١</sup> . وقد نسب الى المشهور تحديده بأن يعرف في الأسبوع الاول في كل يوم مرة ثم في بقية الشهر مرة<sup>٢</sup> .

والظاهر ان المراد بيان اقل ما يصدق عليه تعریف سنة عرفاً ، ومرجعه الى كفاية بضم وعشرين مرة بهذه الكيفية<sup>٣</sup> وفيه اشكال

(١) فلا بد في الضابط في تعریف السنة من الرجوع الى العرف كما هو الشأن في كل عنوان أخذ في الموضوع ولم يبيّنه الشارع . وفي المسالك : وقد اعتبر العلماء فيه أن يقع على وجه لا ينسى أن الثاني تكرار لما مضى ، ويتحقق ذلك بالتعريف في الابتداء في كل يوم مرة أو مرتين ثم في كل أسبوع ثم في كل شهر كذلك . ونحوه عن القواعد وغيره .

(٢) بل عن الكفاية نسبة الى الاصحاب ، ولعله اليه يرجع ما في القواعد « يعرف كل يوم في الابتداء ثم كل أسبوع ثم كل شهر بحيث لا ينسى أنه تكرار لما مضى » .

نعم عن التذكرة « أنه يعرف في الابتداء في كل يوم مرتين في طرف النهار ثم في كل يوم مرة ثم في كل أسبوع مرة أو مرتين ثم في كل شهر بحيث لا ينسى كونه تكراراً لما مضى » وهو زيادة استظهار والأفالول كاف .

(٣) نعم عن العلامة في القواعد « يعرف كل يوم في الابتداء ثم كل أسبوع

من جهة الاشكال في كفاية كل شهر مرة في غير الشهر الاول<sup>(١)</sup> ، والظاهر كفاية كل اسبوع مرة الى تمام الجول<sup>(٢)</sup> ، والاحوط ان يكون في週اً كل يوم مرة<sup>(٣)</sup> .

( مسألة ١٩ ) محل التعريف مجتمع الناس كالأسواق والمشاهد ومحل اقامة الجماعات ومجالس التعازي وكذا المساجد حين اجتماع الناس فيها وان كره ذلك فيها ، فينبغي ان يكون على ابوابها حين دخول الناس فيها او خروجهم عنها<sup>(٤)</sup> .

---

ثم كل شهر بحيث لاينسى انه تكرار لما مضى » فجعل الضابط في ذلك أن لا يكون الفصل بمقدار ينسى كونه تكراراً لما مضى مع أنه لا دليل على اعتبار هذه الضابطة .

وكذلك عن التذكرة « انه يعرف في الابتداء في كل يوم مرتين في طرف النهار ثم في كل يوم مرة ثم في كل اسبوع مرة او مرتين ثم في كل شهر بحيث لاينسى كونه تكراراً لما مضى » وعن صاحب الجوادر : « وهو زيادة استظهار والا فالاول كاف ، ومرجعه الى بعض وعشرين مرة » [ الجوادر ج ٣٨ ص ٣٦٠ ] .  
١) وذلك من جهة أن الملائكة المصدق العرفي ، وصدق التعريف سنة في هذا المورد محل اشكال .

٢) لصدق التعريف سنة في هذا المورد من دون اشكال .

٣) لما ذكره المشهور من التعريف في الابتداء في كل يوم الى سبعة ايام .

٤) وذلك لأن هذه الامكانة وهذه المجالس محل اجتماع الناس ومحل

الاعلام العمومي للأشياء عند الناس كما في صحيح يعقوب « يعرفها سنة في كل

(مسألة : ٢٠) يجب ان يعرف المقطة في موضع الالتفااط مع احتمال وجود صاحبها فيه ان وجدتها في محل متأهل من بلد او قرية ونحوها<sup>١</sup>.

---

مجتمع» [الوسائل ، الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف ، الحديث ١ من كتاب الحج] .

وفي رواية سعيد بن عمر والجعفي قال : خرجت الى مكة وأنا من أشد النامن حالا ، فشكوت الى ابى عبدالله عليه السلام ، فلما خرجت من عنده وجدت على بابه كيساً فيه سبعمائة دينار ، فرجعت اليه ونفوري ذلك فأخبرته فقال : ياسعيد اتق الله عزوجل وعرفه في المشاهد [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٦ ، الحديث ١] .

وعن المحقق في الشرائع : « وزمانه ايام المواسم والمجتمعات ، كالاعياد وايام الجمع . ومواضعه مواطن الاجتماع كالمشاهد وأبواب المساجد والجوامع والأسواق » .

وقد سمعت ما يدل على ذلك أو بعضه من النصوص التي يشهد لها الاعتبار لأن الغرض اشاعة ذكرها واظهارها ليظهر عليها مالكتها .

١) وذلك كما هو الظاهر من النصوص عرفاً ، وفي رواية ابيان : أصببت يوماً ثلاثة ديناراً ، فسألت ابا عبدالله عليه السلام عن ذلك فقال : أين أصبته ؟ قال : قلت له كنت منتصراً الى منزاي فأصبتها . فقال : صر الى المكان الذي أصبت فيه فعرفه فان جاء طالبه بعد ثلاثة ايام فاعطه اياه والاتصدق به [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من أبواب المقطة ، الحديث ٧] .

نعم في المسالك : « ويجب ايقاعه عقيب الالتفااط مع الامكان ، وفي مكانه

ولو لم يقدر على البقاء لم يسافر بها بل استناب شخصاً أميناً  
ثقة ليعرفها<sup>١)</sup>.

ان كان بلدأً او مجتمعاً ، ولو عرف فيه و اكمله في غيره جاز ، ولو كان في بريئة  
عرف من يجده فيها و اتهمه في غيرها من البلاد. وينبغي تعريفها في اقرب البلدان  
اليها فالأقرب » .

وفي القواعد « وينبغي أن يعرفها في موضع اللقطات » و نحوه عن التحرير.  
قيل : لكن ظاهر التذكرة والدروس الوجوب .

وفي القواعد أيضاً بعد ما سمعت « ولا يجوز أن يسافر بها فيعرفها في بلد  
آخر » وفيها أيضاً « ولو النقط في بلد الغربة جاز أن يسافر بها إلى بلدء بعد  
التعريف في بلد اللقطة ثم يكمل الحول في بلدء » .

وفيه : ان المتوجه كما في الجوادر التعريف موضع اللقطات كما هو المنساق  
من النصوص عرفاً ، وفي موثق اسحاق بن عمار قال : سألت ابا ابراهيم عليه  
السلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيه نحواً من سبعين درهماً  
مدفونة فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع؟ قال : يسأل عنها  
أهل المنزل لعلهم يعرفونها ، قلت : فان لم يعرفوها؟ قال : يتصدق بها [الوسائل]

ج ١٧ ص ٣٥٥ ، الحديث ٣ ]

١) اذ لا يسقط وجوب التعريف في مكان اللقطات مع امكانه ، والمفروض  
امكانه بالنيابة ، وفي الجوادر : ان المتوجه تمام الحول في موضع اللقطات للخبر  
المزبور ولأنه المنساق من النصوص به فلو اراد السفر فوضنه الى غيره ، كما عن  
التذكرة التصریح به . نعم في الصحراء تتساوى البلدان اذا لم يكن شاهد حال

وان وجدتها في المفاوز والبراري والشوارع وأمثال ذلك عرفها  
لمن يجدها فيها حتى انه لو اجتازت قافلة تبعهم وعرفها فيهم <sup>(١)</sup>  
فان لم يجد المالك فيها اتم التعريف في غيرها من البلاد اليها اي

على خصوص بعضها [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٦٤] .

واما امكان النيابة فهو مورد التسالم والاجماع ، وما في النصوص من أن  
صاحبها يعرفها كما في رواية يعقوب بن شعيب : سألت عن اللقطة ونحن يومئذ  
يمنى . فقال : اما بأرضنا هذه فلا يصلح وأما عندكم فان صاحبها الذي يجدها  
يعرفها سنته في كل مجمع [الوسائل ج ٩ ص ٣٦١، الحديث ١] فلا يراد منها وجوب  
المباشرة قطعاً، ضرورة عدم كونه عبادة، والمراد اشاعة ذكرها الحاصل بتعريفه  
وتعریف غيره ولو بأمر غير بالغ بالانشاد أو مجنون كذلك .

واما اعتبار كون النائب أميناً ثقة لعدم حصول الوثوق بالعمل بالوظيفة بدون  
ذلك فاعتباره مطابق للفقاعدة في باب التكاليف .

نعم في التذكرة «ينبغي أن يتولى التعريف شخص أمين ثقة عاقل غير  
مشهور بالخلاعة واللعب، ولا يتولاه الفاسق لشلاق فقد فائدة التعريف، وهذا على  
الكرامة دون التحرير » .

وفي المسالك والروضه «يشترط في النائب العدالة او الاطلاع على تعريفه  
المعتبر شرعاً بل في الاخير » وفي اشتراط شاهدين اجراءاً له مجرى الشهادة  
او الاكتفاء بواحد جعلا له من باب الخبر وجهان احوظهما الاول » .

١) وذلك واضح بعد ما تقدم أن المتفاهم من النصوص عرفاً أن التعريف  
لابد أن يكون في موضع الانقطاع ، لأن مقتضى اطلاق تلك النصوص عدم  
الفرق بين المفاوز والبراري والشوارع وغيرها .

بلد شاء مما احتمل وجود صاحبها فيه<sup>١</sup>، وينبغي ان يكون فى اقرب البلدان اليها فالاقرب مع الامكان<sup>٢</sup>.

( مسألة : ٢١ ) كيفية التعريف ان يقول المنادى : من ضاع له ذهب او فضة او ثوب ؟ وماشا كل ذلك من الالفاظ<sup>٣</sup> بلغة يفهمها الغلب<sup>٤</sup> ويجوز ان يقول : من ضاع له شيء

---

١) وهو مقتضى اطلاق الامر بالتعريف الوارد في النصوص بعد عدم وجدان المالك موضع الانتقاد .

٢) لأن احتمال وجود المالك فيها أقوى فيكون أولى عقلا ، ولعله يكون هو منصرف النصوص أيضاً .

٣) بأن يذكر جنس اللقطة كما في الجوادر : وكيفيته أن يقول « من ضاع له ذهب أو فضة أو ثوب » وما شاكل ذلك من الالفاظ المشتملة على الجنس التي يصدق بها اسم التعريف المأمور به [ الجوادر ج ٣٨ ص ٣٦٢ ] . وفي رواية سعيد بن عمر الذي أمره الصادق عليه السلام بالتعريف في المشاهد ثم قلت : من يعرف الكيس؟ فأول صوت صوته اذا رجل على رأسه يقول : أنا صاحب الكيس ، فقلت في نفسي : انت فلا كنت ، قلت : ما علامة الكيس؟ فأخبرني بعلامته فدفعته اليه قال : فتنحى ناحية فعدها فإذا الدنانير على حالها ثم عد منها سبعين ديناراً فقال : خذها حلالاً خير من سبعمائة حراماً [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٦ ، الحديث ١ ] .

ولكن لدليل على اعتبار ذكر الجنس ، بل كل ما صدق عليه الاعلام والتعريف عرفاً يكون كافياً كما هو مقتضى اطلاق النصوص .

٤) والالم يصدق التعريف الابلهاظ النادر من الناس لو كان التعريف

او مال ؟ بل <sup>١</sup> ربما قيل : ان ذلك احوط و اولى <sup>٢</sup> ، فاذا ادعى احد ضياعه سأله عن خصوصياته و علاماته من وعائه وخيطه و صنعته و امور يبعد اطلاع غير المالك عليه من عدده و زمان ضياعه و مكانه وغير ذلك ، فاذا توافقت الصفات والخصوصيات التي ذكرها مع الخصوصيات الموجودة في ذلك المال فقد تم التعريف . ولا يضر جهله ببعض الخصوصيات التي لا يطلع عليها المالك غالباً ولا يلتفت اليها الانادراً . الا ان الكتاب الذي يملكه الانسان ويقرأه ويطالعه مدة طويلة من الزمان لا يطلع غالباً على عدد اوراقه وصفحاته ؟ فلو لم يعرف مثل ذلك لكن وصفه بصفات وعلامات آخر لاتخفي على المالك كفى في تعريفه و توصيفه .

بلغة غير الغلب ، مع أن المقصود من الاعلام والتعريف اشاعة ذكرها بين الناس  
فلا بد أن يكون بلغة الغلب .

- ١) لصدق التعريف بمثل هذه المبهمات .
- ٢) من جهة أن احتمال الكذب فيها أقل كما في الجواهر : ولكن مع ذلك لو اوغل في الابهام كان أحوط لأن يقول «من ضاع له مال أوشي» فإنه أبعد أن يدخل عليه بالتخمين الا انه غير واجب ، بل لا يبعد ذكر جملة الاوصاف اذا لم يكن يدفعها بها ، بل بالبينة او بما لم يذكره من الاوصاف . ضرورة صدق اسم التعريف المأمور به بل قد يشمل تمكينه من النظر اليها مع عدم الدفع الا بالبينة .

(مسألة : ٢٢) اذا لم تكن اللقطة قابلة للتعريف بأن لم تكن لها علامة وخصوصيات ممتازة عن غيرها حتى يصف بها من يدعى بها ويسأل عنها الملنقط كدينار واحد من الدنانير المتعارفة غير مضرور ولا مكسور سقط التعريف<sup>١</sup> وحيثند هل يتم خير بين الامور الثلاثة المتقدمة من دون تعريف او يعامل معه معاملة مجهول المالك ، فيتعين التصدق به ؟ وجهان<sup>٢</sup> ،

اللهم الا ان يقال : ان قوله صلى الله عليه وآلـه : أعرف عقاصها ووكائـها ثم عرفها سنة [سنن البيهقي ج ٦ ص ١٨٥] مشعر بوجوب الاحفاء ، وربما يؤيده أن ذلك هو المتعارف في كيفية التعريف لها . ويمكن تعسر اقامة البينة على المالك ، فلا يقطع الطريق عليه بحصر الامر في البينة ، ولاريب في أنه أحوط . والله العالم [المجوهـر ج ٣٨ ص ٣٦٢] .

- ١) لأن وجوب التعريف متفرع على امكانه ، ولا يمكن الأن يكون للمعرفة خصوصيات وعلامات يمكن بها التعريف ، فمع عدم علامة وخصوصيات ممتازة لا يمكن التعريف ، فيسقط كسقوط سائر التكاليف من جهة عدم القدرة .
- ٢) لأن مقتضى كونه لقطة عرفاً ترتيب أحكام اللقطة عليه ، فحيثند لامانع من سقوط التعريف من جهة عدم امكانه وبقاء سائر أحكام اللقطة .

هذا من جانب ومن جانب آخر ان المتفاهم من نصوص اللقطة ما اذا كان الوصول الى المالك ممكناً بالتعريف ، والمقام ليس كذلك ، فلا يعد انصراف النصوص عن هذا المورد ، فيكون من موارد مجهول المالك فلا بد من ترتيب آثاره عليه .

احوطهما الثاني<sup>١</sup> .

(مسألة : ٢٣) اذا التقط اثنان لقطة واحدة فان كانت دون درهم جاز لهما تملكها في الحال من دون تعريف<sup>٢</sup> وكان بينهما بالتساوي<sup>٣</sup> ، وان كانت بمقدار درهم فمازاد وجوب عليهما تعريفها وان كانت حصة كل منهما اقل من درهم<sup>٤</sup> .  
ويجوز ان يتضمن التعريف كلاهما او احدهما او يوزع الحول عليهما بالتساوي او التفاضل<sup>٥</sup> ، فان توافقا على احد الانحاء فقد تأدى

---

١) اذ مع ترتيب احكام المجهول المالك يحصل البراءة اليقينية ولو كانت لقطة واقعاً ، لازم في مجهول المالك لابد من المراجعة الى الحاكم ، فلو كان المال لقطة أيضاً لاشكال في الرجوع فيه الى الحاكم والتصدق باذنه ، لأن له الولاية العامة على القصر والغيب .

٢) وذلك لما دل على جواز التملك اذا كان الملتقط واحداً لعدم الخصوصية قطعاً ، ويدل عليه مضافاً الى أنه مورد الاجماع والتسالـم مرسـل الفقيـه « وان كانت اللقطة دون الدرهم فهي لك لا تعرفها » [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٩ ] .

وفي مرسـل محمد بن حمزة عن أبي عبدالله عليه السلام : سـأله عن اللقطة قال : تعرف سنة قليلاً او كثيراً . قال : فـما كان دون الدرهم فلا يـعرف [ الوسائل الـباب ٤ من كتاب اللقطة ، الحديث ١ ] .

٣) كما هو مقتضى قاعدة العدل والانصاف ، بل من جهة أن السبب للتملك وهو الالتقط كان مساوياً بالإضافة اليهما فكان المال بينهما لامحالـة .

٤) وذلك بمقتضى اطلاق أدلة التعريف على الملتقط .

٥) لما تقدم من أن المفاهيم العرفـيـة من الأدلة أن التعـرـيفـ ليس عـبـادـةـ يـعـتـبرـ

ما هو الواجب عليهم وسقط عنهم وان تعسرا يوزع المحول عليهم  
بالتساوى <sup>(١)</sup> ، وهكذا بالنسبة الى اجرة التعريف - لو كانت -  
عليهم <sup>(٢)</sup> وبعد ماتم حـول التعريف يجوز اتفاقهما على التملك  
او التصدق او البقاء امانة <sup>(٣)</sup> .

ويجوز ان يختار احدهما غير ما يختار الآخر بأن يختار احدهما  
التملك والآخر التصدق مثلا بنصفه <sup>(٤)</sup> . ثم ان تصدى أحدهما لاداء  
تكليفه من التعريف وترك الآخر عصياناً او لعذر فالظاهر عدم جواز  
تملك التارك حصته <sup>(٥)</sup> . واما المتصدق فيجوز له تملك حصته ان

فيها المباشرة ، بل المقصود منه الشياع بين الناس حتى يطلع عليه صاحبه  
 بذلك ، وهو يحصل بتعريف كلاما أو أحدهما أو بالتوسيع بالتساوي أو التفاضل  
 بل يحصل الغرض ولو من المترتب .

- ١) لأن التعريف تكليف متوجه اليهمـا بالالقاط ، والمفروض أن نسبة  
الالنقط الى كل واحد منهمـا بالسوية فلا بد من توزع المحول عليهمـا بالتساوي .
- ٢) لأن أجرة التعريف إنما يكون من باب المقدمة ووجوبه عقلي ، ومن  
المعلوم توقف التعريف على بذل الأجرة بالإضافة الى كل واحد منهمـا ، فلا بد  
من بذل الأجرة أيضاً بالسوية من جهة وجوب المقدمة .
- ٣) كما يقتضيه اطلاق الأدلة .

- ٤) لصدق الملنقط على كل واحد منهمـا ، فيجوز لكل واحد الاخذ بكل  
واحد من أفراد التخيير بمقتضى اطلاق دليل كل واحد من الصدقة والتملك .
- ٥) لأن التملك متفرق على التعريف بحسب الأدلة ، فمع عدم التعريف

عرفها سنة <sup>١</sup> ، والاحوط لهمما فى صورة التوافق على التوزيع ان  
ينوى كل منهما التعريف عنه وعن صاحبه ، والافيشكل تملکهما ،  
وهكذا فى صورة التوافق على تصدى احدهما ان ينوى عن نفسه  
وعن صاحبه <sup>٢</sup> .

( مسألة: ٢٤ ) اذا التقاط الصبى او المجنون فما كان دون درهم  
ملکاه ان قصد وليهما تملکهما ، واما تأثير قصدهما فى ذلك فمحل

لايجوز التملك كما في صحيحه الحلبى عن ابى عبدالله عليه السلام في حديث  
قال : واللقطة يجدها الرجل ويأخذها . قال : يعرفها سنة فان جاء لها طالب  
والافھي كسبيل ماله [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٩ ، الحديث ١ ] .  
١) وذلك لوجود شرط التملك بالإضافة اليه ، فيجوز التملك بمقتضى اطلاق  
الدليل .

٢) وذلك لأن تملك أموال الناس لا بد أن يكون بسبب عرفاً وشرعاً ،  
والمستفاد من النصوص أن التملك يحصل للملقط بمجرد القصد اذا صدر منه  
التعريف مباشرة أو نيابة ، وأما في غير من صدر عنه التعريف بأحد النحوين  
فالتملك يحتاج الى دليل مفقود في المقام .

كما في رواية حنان قال : سأل رجل ابا عبدالله عليه السلام وأنا اسمع عن  
اللقطة فقال : تعرفها سنة فان وجدت صاحبها والافتانت أحق بها [ الوسائل ج  
١٧ ص ٣٥٠ ، الحديث ٥ ] .

وفي صحيحه الحلبى المتقدمة : واللقطة يجدها الرجل ويأخذها . قال :  
يعرفها سنة فان جاء لها طالب والافھي كسبيل ماله [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٩  
الحديث ١ ] .

أشكال بل منع <sup>١</sup> .

وما كان مقدار درهم فما زاد يعرف وكان التعريف على وليهما <sup>٢</sup> ، وبعد تمام الم{j}ول يختار ما هو الاصلح لهما من التملك لهما والتصدق والابقاء امانة <sup>٣</sup> .

( مسألة : ٢٥ ) اللقطة في مدة التعريف امانة لا يضمنها الملتقط الامع التعدي او التفريط ، وكذا بعد تمام الحول ان اختار بقاءها عنده امانة لمالكها <sup>٤</sup> . واما ان اختار التملك او التصدق فانها تصير

---

١) وذلك لاعتبار البلوغ والعقل والحرية في الملتقط ، بلا خلاف أجده في الاولين بين العامة والخاصة ، بل ولاشكال لقصورهما عن ولایة الانتقاد ، وحيثنى فلا حکم للتقاط الصبي وقصد تملکه ولا المجنون ولو ادوار أحال جنونه . ويدل عليه حديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتمل وعن المجنون حتى يفتق .

٢) وذلك لعدم استقلال الصبي والمجنون وعدم توجيه التكليف اليهما بمقتضى حديث رفع القلم ، فيكون التكليف بالتعريف متوجهاً على وليهما لامحالة .

٣) للزوم رعاية المصلحة في أمر القاصر في جميع موارد الولاية على الصغير والمجنون وفي قوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن » [ سورة الانعام : ١٥٢ ] .

٤) لأن مقتضى كون الملتقط مأذوناً ومجازاً شرعاً فيأخذ اللقطة أن يكون أميناً من قبل الشارع ، والامين لا يضمن الامع التعدي والتفرط والخروج عن كونه أميناً .

في ضمانه كما تعرفه<sup>(١)</sup>.

(مسألة : ٢٦) ان وجد المالك وقد تملّكها الملتقط بعد التعریف فان كانت العین باقیة اخذها وليس له الزام الملتقط بدفع البدل من المثل او القيمة ، وكذا ليس له الزام المالك بأخذ البدل<sup>(٢)</sup>.

---

(١) وهو مقتضى نصوص التملك أو التصدق كما في صحيحة علي بن جعفر « هو ضامن لها والاجر لها ان يرضي صاحبها فيدعها والاجر له » [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٢، الحديث ١٤] وفي رواية حنان « وقال خيره اذا جاءتك بعد سنة بين اجرها وبين أن تغرمها له اذا كنت اكلتها » [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠] الحديث ٥.

(٢) وفي الجواهر : ولو نوى التملك بعد الحصول مثلاً فجاء المالك والعین قائمة بحالها لم يكن له الانتزاع وطالب بالمثل أو القيمة ان لم تكن مثالية وفاما للفضل وولده وأول الشهيدين ، بل في المسالك انه الاشهر ، بل في موضوع آخر انه المشهور ، بل قد سمعت اجماع الايضاح والتفقيق على وجوب رد العوض فيما دون الدرهم دون العین ، لاصالة اللزوم .

لكن قد ذكرنا سابقاً ان الاقوى خلافه ، كما هو صريح الكركي والارديلي وغيرهما . بل قيل : انه ظاهر المبسوط والمراسم والسرائريل والمقنعة والوسيلة ولذا قال في الدروس : انه قد يظهر من الروايات وكلام القدماء .

وفي المسالك انه لا يخلو من قرب وان كان المشهور خلافه بعد أن ذكر الاستدلال عليه بظواهر النصوص قال : « بل في بعضها تصريح به كقوله صلى الله عليه وآله في حديث الجهنمي : اعرف وكتها وعاقاصها ثم عرفها سنة فان

جاء صاحبها والافشانك بها [ سنن البيهقي ج ٦ ص ١٨٥ ] وفي رواية أخرى :  
 ثم عرفها سنة فان لم يعرف فاستنفع بها ، ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها

يوماً من الدهر فادفعها اليه [ سنن البيهقي ج ٦ ص ١٨٦ ] .

وفي صحيح الحلبى عن الصادق عليه السلام : يعرفها سنة فان جاء طالبها  
 والا فهى كسبيل ماله [ الوسائل ج ١٢ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث

١ ]

وقرب منهما صحيح ابن مسلم حيث قال عليه السلام : فان جاء طالبها  
 والا فاجعلها في عرض مالك [ الوسائل ج ١٢ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ،  
 الحديث ٢ ] .

ثم قال : ونوقش بأن الاول والاخيرين محتملان أو ظاهران فيما اذا جاء  
 قبل التملك ، والمرسل ليس من طرقنا .

وفيه : أن تتمة صحيح ابن مسلم « يجري عليها ما يجري على مالك حتى  
 يجيء لها طالب ، فان لم يجيء لها طالب فأوص بها في وصيتك » نعم قد يقال :  
 انه وما شابهه ظاهر في الحفظأمانة على ما عرفت الكلام فيه سابقاً .  
 فالاولى الاستدلال بقول ابي جعفر عليه السلام في الصحيح « من وجد  
 شيئاً فهو له فليستمتع به حتى يأتي طالبه فإذا جاء طالبه رده اليه » [ الوسائل ج  
 ١٢ ، الباب ٤ من كتاب اللقطة ، الحديث ٢ ] .

وقول الصادق عليه السلام في خبر ابي خديجة : ينبغي له أن يعرفها سنة  
 في مجمع فان جاء طالبها دفعها اليه والا كانت في أموالهم ، هي لهم ان جاء  
 طالبواها دفعوها اليه » [ الوسائل ج ١٢ ، الباب ٢٠ من كتاب اللقطة ، الحديث  
 ١ ] الى غير ذلك من النصوص الدالة على ذلك التي من اجلها قلنا ان الملك

وان كانت تالفة او منقلة الى الغير ببيع ونحوه اخذ بدلها من  
الملنقط من المثل او القيمة <sup>١</sup>.

فيها متزلزل كما تقدم الكلام فيه سابقاً [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٧٤] .

١) كما في الجواهر : ثم هو مخير بين تملكها وعليه ضمانها ، وبين الصدقة بها عن مالكها ولكن لوحضر المالك وكره الصدقة لزم الملنقط ضمانها اما مثلاً أو قيمة ، وبين ابقاءها في يد الملنقط امانة لمالكها من غير ضمان الابعد أو تفريط ونحوهما في مدة الحول ، كما صرخ بذلك الشيخ ابن زهرة والفضل والشهيدان وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، بل في التذكرة نسبة الى علمائنا ، بل في الغنية ومحكي الخلاف الاجماع عليه .

نعم عن المقنع الاقتصاد على جعلها كسبيل المال بعد التعريف ، وعن المقنعة والمراسيم الاقتصاد على ذكر التصرف المراد به الملك ، وعن الوسيلة التخمير بين التصرف والحفظ لصاحبها لغير ، وفي محكي السراشر الاقتصاد على التملك والصدقة ، بل في الاخير اجمع أصحابنا على ذلك وانه الحق اليقين [الجواهر ج ٣٨ ص ٢٩٥] .

ويدل على ما ذكره دام ظله خير حنان بن سدير : سأله رجل ابا عبد الله عليه السلام عن اللقطة وأنا اسمع قال : تعرفها سنة ، فان وجدت صاحبها والا فأنت أحق بها . وقال : هي كسبيل مالك . وقال : خميره اذا جاء بعد سنة بين أجرها وبين أن تغمرها له اذا كنت أكلتها [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٥] .

وفي معتبرة محمد بن مسلم عن احدهما عليهمما السلام قال : سأله عن اللقطة قال : لا تر فهوها فان ابتليت فعرفها سنة فان جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك

وان وجد بعد ما تصدق بها فليس له ان يرجع العين وان كانت موجودة عند المتصدق له ، وانما له ان يرجع على الملتقط ويأخذ منه بدل ماله ان لم يرض بالتصدق<sup>١</sup> .

وان رضى به لسم يكن له الرجوع عليه ، وكان اجر الصدقة له<sup>٢</sup> . هذا اذا وجد المالك واما اذا لم يوجد فلاشى عليه فى

---

يجري عليها ما يجري على مالك الى أن يجيء لها طالب [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠]  
الحديث ٣ [ ] .

(١) بلا خلاف ولا اشكال كما صرخ بذلك الشيخ وابن زهرة والفضل والشهيدان وغيرهم على ماحكي عن بعضهم ، بل في التذكرة نسبته الى علمائنا بل في الغنية وممحكي الخلاف الاجماع عليه .

ويدل عليه رواية ابن كثير عن ابيه قال : سأله رجل امير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة فقال : يعرفها فان جاء صاحبها دفعه اليه والاحبسها حولا فان لم يجيء صاحبها او من يطلبها تصدق بها ، فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها ان شاء اغتر منها الذي كانت عنده وكان الاجر له ، وان كره ذلك احتسبها والاجر له [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠ ، الحديث ٢ [ ] .

ويدل عليه أيضاً صحيح علي بن جعفر عن ابيه قال : وسألته عن الرجل يصيّب اللقطة فيعرفها سنة ثم يتصدق بها فيأتي صاحبها ما حال الذي تصدق بها ؟ ولمن الاجر؟ هل عليه أن يرد على صاحبها او قيمتها؟ قال : هو ضامن لها والاجر له الا أن يرضى صاحبها فيدعها والاجر له [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٢ ، الحديث ١٤ [ ] .

(٢) وذلك كما في صحيح علي بن جعفر المتقدم « هو ضامن لها والاجر له

في الصورتين ١ .

( مسألة : ٢٧ ) لا يسقط التعريف عن الملتقط بدفع اللقطة إلى الحاكم ٢ وان جاز له دفعها اليه قبل التعريف وبعده ٣ . بل ان اختار التصدق بها بعد التعريف كان الاولى ان يدفعها اليه ليتصدق

---

الا ان يرضى صاحبها فيدعها والاجر له » وفي رواية ابن كثير المتقدمة « فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها ان شاء اغترمها الذي كانت عنده وكان الاجر له وان كره ذلك احتسبها والاجر له » .

ومقتضى اطلاق الروايتين عدم جواز الرجوع بعد الرضا بالتصدق .

١) وذلك لاشتراط الضمان بوجдан المالك في النصوص المتقدمة كما في صحيح علي بن جعفر المتقدم « عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنته ثم يتصدق بها فيأتي صاحبها ماحال الذي تصدق بها ولمن الاجر ؟ هل عليه ان يرد على صاحبها او قيمتها ؟ قال : هو ضامن لها ... » وفي رواية ابن كثير المتقدمة « فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها ان شاء اغترمها » .

٢) كما صرخ به العلامة والشهيد الثاني ، وهو ظاهر الاصحاب كما في الجو اهر لاطلاق أدلة التعريف ، ولا ينافيه التصرف المزبور فيه قبله فيعرفه حيث نفسمه دون الثمن .

٣) ووجهه أن الحاكم ولـي الغيب من جهة أن حفظ مال الغائب والتصرف فيه بما فيه صلاحه من وظائف الحاكم الشرعي كمامر ، ولا ينافيها الامر بالصدقة أو التملك أو الحفظ للمالك ، لورود تلك مورد توهم الحظر فلا يسدل على أزيد من الجواز والمشروعية .

بها ١٠ .

( مسألة : ٢٨ ) لو وجد المالك وقد حصل اللقطة فنماء متصل يتبع العين فإذا أخذها بينما ثناها سواء حصل قبل تمام التعريف أو بعده ، سواء حصل قبل التملك أو بعده ٢٠ .

١) وذلك من جهة ولادة الحاكم على القصر والغيب ، فيكون التصدق يد الحاكم جمعاً بين النصوص الامرة بالتصدق وبين مادل على ولادة الحاكم على القصر والغيب ، ولذلك جاء في التذكرة فيما لو كانت مما لا يقى كالطعام « لا يجوز له بيعه بنفسه مع وجود الحاكم لانه مال الغير ولا ولادة له عليه ولا على مالكه فلم يجز بيعه الا له كغير الملتقط » بل قال فيها « اذا باع بدون اذنه مع وجوده كان البيع باطل ». ٠

٢) وذلك من جهة تبعية النماء للاصل خصوصاً اذا كان متصلة والمفروض أن النماء قد حصل من الاصل فيتبع العين ويأخذها مالك الاصل مضافاً الى انه الظاهر من النصوص التي تدل على أن المالك يأخذ العين بعد ما وجد كما ان الظاهر هو المتسالم عليه عندهم .

وفي الجوادر : وكيف كان فزيادتها له - أى المالك - مادامت على ملكه ، لمعلومية تبعية النماء للمالك متصلة كانت الزيادة كالسن أو منفصلة كالولد . نعم في القواعد في تبعية اللقطة نظر أقربه ذلك ، وتبعه ولده والكركي وثاني الشهيدين ، لأن الملتقط اذا استحق ملك العين استحق ملك النماء بالطبعية ، لأن الفرع لا يزيد على أصله واستحقاق التملك يحصل بمجرد الالتفات ، وان كان التعريف شرطاً فقد وجد النماء بعد الاستحقاق فيتبع العين ، بل لا يشترط لملكه حول بانفراده اذا كمل حول الاصل .

واما النماء المنفصل فان حصل بعد التملك كان للملتقط<sup>١</sup>  
 فإذا كانت العين موجودة بدفعها الى المالك دون نمائها، وان حصل  
 في زمن التعريف او بعده قبل التملك كان للمالك<sup>٢</sup>.  
 (مسألة : ٢٩) لو حصل لها نماء منفصل بعد الانتقطاع فعرفت  
 العين حولاً ولم يوجد المالك فهل له تملك النماء بتبع العين ام لا ؟  
 وجهان<sup>٣</sup>.

---

وفيه : منع التبعية في المنفصل بعد عدم صدق اسم الانتقطاع عليه ، فيبقى  
 على حكم مجهول المالك ، خصوصاً بعد ما ورثت من كون التملك على خلاف  
 الاصل ، فيقتصر فيه على المتيقن .  
 ودعوى وجود النماء مستحقة فيه ذلك . واضحة المنع ، ولذا لو تملكتها ثم  
 حصل منها نماء فجاء المالك كان له العين دون النماء المنفصل الذي حصل في  
 ملك الملتقط ، بلا خلاف أجدده فيه وان قلنا بانفساخ ملكه عن الاصل لكن من  
 حينه كالمبيع بال الخيار اما المتصل فالظاهر تبعيته [الجواهريج ٣٨ ص ٣٧٤] .  
 (١) وذلك للاجماع كما تقدم على أنه لو تملكتها ثم حصل منها نماء فجاء  
 المالك كان له العين دون النماء المنفصل الذي حصل في ملك الملتقط ، وأما انفساخ  
 ملكه عن الاصل لو وجد المالك فهو يكون من حينه كالمبيع بال الخيار ، وهذا  
 بخلاف النماء المتصل حيث أن الظاهر التبعية .

(٢) لانه في زمن التعريف او بعده قبل الملك يكون الملك باقياً على مملوكيته  
 لصاحبها ، فتكون النماءات الحاصلة اعم من المتصل والمنفصل تابعة للاصل  
 بمقتضى قاعدة تبعية الفرع للاصل .  
 (٣) وذلك من جهة أن النماء نماء للاصل وتابع له عرفاً فيكون محكوماً

**احوطهمما الثاني** <sup>(١)</sup> **بأن يعمل معه معاملة مجهول المالك فيتصدق**

**به بعد اليأس عن المالك .**

**(مسألة : ٣٠) ما يوجد مدفوفاً في الخربة الدارسة التي باد**  
**أهلها وفي المفاوز وكل ارض لارب لها فهو لو اجده من دون تعريف**  
**وعليه الخامس** <sup>(٢)</sup> **مع صدق الكتر عليه كما مر في كتابه .**

بحكمه ، ولذلك جاء في القواعد : في تبعية اللقطة نظر أقربه ذلك ، وتبعه ولده  
والكركي وثاني الشهيدين ، لأن الملقط اذا استحق ملك العين استحق ملك  
النماء بالتبعية ، لأن الفرع لايزيد على أصله واستحقاق التملك يحصل بمجرد  
الالتقط ، وإن كان التعريف شرطاً فالنماء يتبع العين .

ولكن من جهة أخرى ان النماء المتصل موضوع آخر ولا يصدق عليه  
اللقطة ، فيكون كسائر موارد المال المجهول والكه ، ولذلك أو رد صاحب  
الجواهر على العلامة ولده والكركي وثاني الشهيدين بمنع التبعية في المنفصل  
بعد عدم صدق اسم الالتقط عليه ، فيبقى على حكم مجهول المالك وقال :  
خصوصاً بعد ما عرفت من كون التملك على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن

[ الجواهر ج ٣٨ ص ٣٧٤ ]

١) لأنه الموافق للاصل والقدر المتيقن من الاadle ، مع ان التصدق به بعد  
اليأس من المالك موافق لروايات باب اللقطة أيضاً .

٢) وفي النافع «ما يوجد في خربة أو فلاة أو تحت الارض فهو لو اجده» ومزجه  
في الرياض «ما يوجد في ارض خربة قد جلا عنها أهلها بحيث لم يعرفوا أصلاً  
أو في فلاة أي ارض قبرة غير معمورة من أصلها ، أو تحت الارض التي لا

مالك لها ظاهراً فهو لواجده ، فيماكه من غير تعريف اجماعاً اذا لم يكن عليه  
أثر الاسلام من الشهادتين أو اسم سلطان من سلطنه ، وعلى الاقوى مطلقاً  
وفاقاً للنهاية والحلبي وغيرهما .

وفي الكفاية « المشهور عدم الفرق بين أن يكون عليه أثر الاسلام أو لم  
يكن » .

ولكن عن صاحب الجواهر : [ ج ٣٨ ص ٣٠٨ ] قلت لم اتحقق الشهرة  
المزبورة فضلاً عن الاجماع اذ المحكمي عن المقنع « وان وجدت لقطة في  
دار وكانت عامرة فهي لاهلها ، وان كانت خراباً فهي لك » .

والاصل في ذلك صحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام سأله عن  
الدار يوجد فيها الورق فقال : ان كانت معمرة فيها أهلها فهو لهم ، وان كانت  
خربة قد جلا عنها أهلها فالذي وجد المال أحق به [ الوسائل ج ١٧ ، الباب  
٥ من كتاب اللقطة ، الحديث ٢ ] .

وفي صححته الاخرى عن أحدهما عليهما السلام سأله عن الورق يوجد  
في دار . فقال : ان كانت الدار معمرة فيها أهلها فهي لاهلها ، وان كانت خربة  
فأنت أحق بما وجدت [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٥ من كتاب اللقطة ، الحديث ١ ] .  
وفي مرسى الفقيه : وان وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لاهلها  
وان كانت خراباً فهي لمن وجدتها [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة  
الحديث ٩ ] .

وفي موثق اسحاق بن عمار قال : سألت ابا ابراهيم عليه السلام عن رجل  
نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيه نحواً من سبعين دراهم مسدفونه فلم تزل

معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع ؟ قال : يسأل عنها أهل المنزل لعلمهم  
يعرفونها . قلت : فإن لم يعرفوها . قال : يتصدق بها [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٥ ]  
ال الحديث [ ٣ ] .

وليس في شيء من هذه الروايات ذكر الأمور الثلاثة ، بل المذكور فيها  
كما ترى الورق الذي يوجد في الدار ، فليس مفاد الروايات حكم مطلق الكنز  
بل هي خاصة بالورق كما أنها خاصة بالدار .

نعم في مرسل الفقيه : وإن وجدت طعاماً في مفازة فقومه على نفسك لصاحبته  
ثم كله ، فإن جاء صاحبها فرد عليه القيمة ، فإن وجدت لقطة في دار وكانت عامرة  
 فهي لأهلها ، وإن كانت خراباً فهي لمن وجدتها [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥١ ]  
ال الحديث [ ٩ ] .

ولكن الرواية كما ترى غير مربوطة بما نحن فيه ، فليس حينئذ تعميم الحكم  
إلى مطلق ما يوجد تحت الأرض والخربة والمفاوز وكل أرض لارب لها الابدعوى  
استفادة التعطيل من تعليق الحكم على الموضوع المذكور في الروايات على  
وجه يشمل غيرها مما كان نحوها ، ومن هنا قال في الكفاية « والرواية مختصة بالدار ،  
لكن لا يبعد استفادة التعطيل منها ، فيلزم العموم وفيه أيضاً تخصيص بالورق ولم  
اجد أحداً من الأصحاب قال بأحد القيدين » .

وفي الرياض بعد ذكرهما « وأخصيتهما من المدعى - باختصاصهما بالورق  
والموجود في الدار الخربة - فلا يعمان مطلق اللقطة ، ولا الموجود منها تحت  
الارض وفي المفاوز . مدفوعة بالأجماع المركب ، مع امكان اندفاع الاخصية  
باعتبار الاختصاص بالارض الخربة باستلزم ثبوت الحكم في لقطتها ايها فيما

وكذا لو اجده ما كان مطروحاً وعلم او ظن بشهادة بعض العلامين  
والخصوصيات انه ليس لاهل زمن الواجد<sup>١)</sup>.

عداها بطريق اولى .

وكانه اخذه من المقدس الارديبلى ، فانه بعد أن ذكرهما قال « والظاهر  
ان لاخصوصية للورق وكأنه اجماع » .

فيظهر من كلاماتهم أن الحكم متسلل بينهم ، مضافاً إلى أن المستفاد من  
الروايات عموم الحكم كما عرفت . وعن صاحب الجوادر : هذا في الخربة ،  
وكانه حمل عليه المقاوز ، فإن العلة هي كونها خربة وعدم أهلها فيها كما هو  
الظاهر منها ، بل المفازة أولى ، اذا الخربة كانت معمرة مسكونة في بعض المدة  
الا أنه هلك وانجلى عنها بخلاف المفازة فانها دائماً بلا أهل ، وكذا الأرض  
التي لامالك لها .

وعلوم أن هذا الحكم فيما إذا لم يعلم له مالك بالفعل معين ولا غير معين  
والا فمع التعيين يجب دفعه إليه ، ومع عدمه لقطة او مالا موجود بيد شخص  
تعذر صاحبه ، فيتصدق به مثل المال المجهول صاحبه ، ويسمى برد المظالم  
وقد مر مثله مراراً فتذكر [الجوادر ج ٣٨ ص ٣١٠] .

١) وذلك لعدم اختصاص الحكم في النصوص والفتاوی بما يوجد تحت  
الارض ، بل السؤال الموجود في الروايات والجواب عنهما راجع الى مطلق  
ما يوجد في الدار ، كما في صحيحه محمد بن مسلم المتقدمة : سأله عن الدار  
يوجد فيها الورق . فقال: ان كانت معمرة فيها أهلها فهو لهم ، وان كانت خربة  
قد جلا عنها أهلها فالذي وجد المال أحق به .

وكذلك سائر النصوص المتقدمة . كما أن كلمات الفقهاء أيضاً راجعة

واما ما علم انه لاهل زمانه فهو لقطة ، فيجب تعريفه ن كان  
بمقدار الدرهم فمازاد . وقد مر انه يعرف في اي بلد شاء<sup>١</sup> .

الى الاعم من المدفون تحت الارض ، ففي التذكرة مايوجد في المفاوز او في خربة قد باد أهلها فهو لا جده من غير تعريف ان لم يكن عليه اثر الاسلام ، والافهو لقطة ، وكذا المدفون في ارض لمالك لها ، ولو كان لها مالك فهو له قضاءاً لليد - الى أن ذكر الصحيحين دليلاً على ذلك .

ثم قال : ولا ينافي هذا ما رواه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قضى علي «ع» في رجل وجدوراً في خربة أن يعرفها ، فان وجد من يعرفها والامتنع بها [الوسائل] ، الباب ٥ من كتاب اللقطة ، الحديث ٥ [ لأنه محمول على ما اذا كان لها مالك معروف أو كان على الورق اثر الاسلام .

(١) وذلك من جهة اطلاقات النصوص الواردة في اللقطة . نعم في التذكرة : ولو التقط في الصحراء فان اجتازت به قافلة تبعهم وعرفها فيهم والافلافائدة في التعريف في الموضع الحالية ، ولكن يعرف عند الوصول اليها ، ولا يلزم منه أن يغير قصده ويعدل الى أقرب البلاد الى ذلك الموضع أو يرجع الى مكانه الذي أنشأ السفر منه ، وقال بعض الشافعية : يعرفها في أقرب البلدان اليه .

نعم لو التقطها في منزل قوم رجع اليه وعرفها ، فان عرفوها فهي لهم ، والافلاماروى اسحاق بن عمار انه سأله الكاظم عليه السلام عن رجل نزل بعض بيوت مكة - الى آخره [الوسائل] ج ١٧ ، الباب ٥ من كتاب اللقطة ، الحديث

[ ٣ ]

وفي الدروس « فان التقط في بريه عرف من يجده فيها وأنتم اذا حضر في بلده » الى غير ذلك من كلماتهم التي ظاهرها المفروغية من ذلك لاطلاق

(مسألة : ٣١) لو علم مالك اللقطة قبل التعريف او بعده لكن لم يمكن الایصال اليه ولا الى وارثه ففي اجراء حكم اللقطة عليه من التخيير بين الامور الثلاثة<sup>١</sup> او اجراء حكم مجهول المالك عليه وتعيين التصدق به<sup>٢</sup> وجهان والاحوط ارجاع الامر الى الحاكم<sup>٣</sup>.  
 (مسألة : ٣٢) لومات الملنقط فان كان بعد التعريف والتملك ينتقل الى وارثه<sup>٤</sup> ، وان كان بعد التعريف وقبل التملك يتخيير وارثه

أدلة اللقطة .

- ١) من جهة اطلاقات أخبار اللقطة وعموماتها .
- ٢) من جهة انصراف العمومات والاطلاقات عن هذا المورد لاجل أن أحد الامور الموظفة فيها التعريف، ومعلوم أن التعريف لاجل عرفان المالك وایصال المال اليه ، مع أن عرفان المالك في الفرض حاصل وایصال المال الى مالكه غير ممكن على الفرض ، فلا وجہ لطلاق التخيير أو عمومه بين الامور الثلاثة .
- ٣) لانه ولی القصر والغيب ونائب عن المالك في هذه الموارد ، مع ان ارجاع الامر الى الحاكم من باب أن له الولاية العامة لاشكال فيها على أي حال فيكون أحوط .
- ٤) وذلك بمقتضى عمومات مادل أن ماتر كه الميت من حق أومال فلوارثه كفوله تعالى « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقرءون للنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقرءون مما قل منه او كثر نصبياً مفروضاً » [ سورة النساء : ٧ ]

وفي الجواهر : لومات بعد الحول ونية التملك فهي موروثة بلا خلاف

## بين الامور الثلاثة<sup>١)</sup>.

ولاشك ، وان كان اذا جاء المالك أخذها بناءاً على المختار ، بل قد سمعت  
النص فيه [ الجواهر ج ٣٨ ص ٣٨٧ ] .

أقول : ومراده من النص رواية ابى خديجة عن ابى عبد الله عليه السلام  
قال : سأله ذريع عن المملوك يأخذ اللقطة فقال : وما للمملوك واللقطة ، والمملوك  
لا يملك من نفسه شيئاً ، فلا يعرض لها المملوك فانه ينبغي أن يعرفها سنة في مجمع  
فان جاء طالبها دفعها اليه والا كانت في ماله فان مات كانت ميراثاً لولده ولمن  
ورثه ، فان لم يجئ لها طالب كانت في أموالهم هي لهم فان جاء طالبها بعد دفعوها  
اليه [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٧٠ ، الحديث ١ ] .

١) وذلك من جهة ثبوت ذلك الحق للمورث فينتقل الى الوارث كسائر  
الحقوق الثابتة للمورث ، ويدل عليه عموم مادل على أن ماتر كه الميت من حق  
أو مال فلوارثه .

بل لعله المتفاهم عرفاً من النصوص المقدمة ، كما تدل عليه أيضاً رواية  
علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سأله عن اللقطة –  
إلى أن قال : وسألته عن الرجل يصيب درهماً أو ثوباً أو دابة كيف يصنع بها؟  
قال : يعرفها سنة فان لم يعرف حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها  
إياه ، وان مات أوصى بها وهو لها ضامن [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٧٠ ، الحديث  
٢ ] .

فإن المستفاد منها قيام الوصي مقام الموصي في ذلك ، فيكون قابلاً للنيابة  
والانتقال إلى الوارث ، بل يظهر من الجواهر أنه متى سالم عليه .

وان كان قبل التعريف او في اثنائه فلا يبعد جريان حكم مجهول  
المالك عليه<sup>١</sup> .

( مسألة : ٣٣ ) لو وجد مالا في دار معمورة يسكنها الغير سواء  
كانت ملكاً له او مستأجرة او مستعارة بل او مخصوصة عرفه الساكن ،  
فإن أدعى ملكيته فهو له ، فليدفع إليه بلا بينة<sup>٢</sup> .

١) لأن الوراث لم يصدق عليه الملتقط فلا يشمله عمومات اللقطة ، بل يكون  
كسائر الأموال المجهول صاحبها ، فلابد من ترتيب أحکامه عليه .  
وفي الجوادر : لومات الملتقط ففي القواعد والدروس ومحكي التذكرة  
عرف الوراث حولاً وملكتها إن شاء أو قهراً على البحث السابق فيه وفي وقت  
الضمان بل في الآخرين لو كان في الاثناء بني ، بخلاف الملتقط من الملتقط  
الذي يطلب المالك أو الملتقط فاحتاج إلى استئناف . أما الوراث فلا يطلب إلا  
المالك ، بل هو مقتضى ما في التحرير وغيره .

ولكن لا يخفى عليك أنه مبني على انتقال حق الانتقطاع إلى الوراث ، وهو  
أن لم يكن اجماعاً - كما عساه يظهر من ارسال من تعرض له ارسال المسلمين  
لا يخلو من نظر [ الجوادر ج ٣٨ ص ٣٨٧] .

والذي ينبغي أن يقال : إن وجوب التعريف على الوراث لا يكون مبنياً على  
انتقال حق الانتقطاع حتى يقال بأنه اجماعي ، بل يتوقف على صدق الملتقط على  
الوراث وهو من نوع كما تقدم .

٢) وذلك لاطلاق عدة من النصوص كموثقة اسحاق بن عمار قال : سألت  
ابا ابراهيم (ع) عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيه نحواً من سبعين

ولو قال «لا ادرى» ففى جريان هذا الحكم اشكال<sup>١</sup> ، ولو سلبه  
عن نفسه فالاحوط اجراء حكم اللقطة عليه .

---

درهماً مدفونة ، فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع ؟ قال:  
يسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها . قلت : فإن لم يعرفوها . قال : يتصدق  
بها [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٥ ، الحديث ٣ ] .

وفي صحيح محمد بن مسلم عن الباقي عليه السلام : سأله عن الدار يوجد  
فيها الورق . فقال : إن كانت معمرة فيها أهلها فهو لهم ، وإن كانت خربة قد  
جلعنها أهلها فالذى وجد المال أحق به [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٥ من كتاب  
اللقطة ، الحديث ١ ] .

وكذلك صحيحته الأخرى [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٤ ، الحديث ٢ ] وفي  
مرسل الفقيه « وإن وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لأهلها ، وإن كانت  
خراباً فهي لمن وجدتها » [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥١ ، الحديث ٩ ] .

(١) لأن مقتضى اطلاق الصحيحتين المتقدمتين وكذلك المرسل المتقدم وإن  
كان الحكم بمالكية أهل الدار فيما يوجد فيه إلا أنه بمقتضى موافقة عمار المتقدمة  
يقيد ذلك الاطلاق بما إذا كان أهل الدار يعرفونها لما فيها « قال : يسأل عنها أهل  
المنزل لعلهم يعرفونها . قلت : فإن لم يعرفوها ؟ قال : يتصدق بها » .

نعم مورد السؤال في الرواية بعض بيوت مكة ، وهي من البيوت التي  
يدخل فيها غير أهل المنزل غالباً ، والحكم فيها واضح كما في صحيح جميل  
عن الصادق عليه السلام قلت له : رجل وجد في بيته ديناراً . قال : يدخل منزله  
غيره ؟ قلت : نعم كثير . قال : هذه لقطة . قلت : لا ، قال : فهو له [ الوسائل  
ج ١٧ ، الباب ٣ من كتاب اللقطة ، الحديث ١ ] .

واحوط منه اجراء حكم مجهول المالك<sup>١</sup> ، فيتصدق به بعد  
اليأس عن المالك .

(مسألة : ٣٤) لو وجد شيئاً في جوف حيوان قد انقل اليه  
من غيره فان كان غير السمك كالغنم والبقر عرفه صاحبه السابق ،  
فان ادعاه دفعه اليه<sup>٢</sup> ، وكذا ان قال «لادرى» على الاحوط وان

وفي الجوادر : من وجد في داره أو صندوقه مالاً ولا يعرفه أنه له أو لغيره  
فإن كان يدخل الدار غيره أو يتصرف في الصندوق سواه فهو لقطة والا فهو له ،  
بخلاف أجدنه فيه بين من تعرض له كالشيخ والفضلية والشهداء والكركي  
وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، بل في جامع المقاصد نسبته إلى اطلاق  
الاصحاب ، وفي الرباض نفي ظهور الخلاف فيه [الجوادر ج ٣٨ ص ٣٧٧] .  
فحينئذ اذا لم يكن الدار كذلك يقع الحكم بمورد الاشكال من جهة أن  
اطلاقات اللقطة تقتضي العمل معها بمعاملة اللقطة ، واطلاقات الصلاح المتقدمة  
تقتضي الحكم بأن ما يوجد في الدار يكون لصاحب الدار اذا كانت معهورة ،  
بل يقتضيه قاعدة اليد لأن ما يوجد في الدار إنما يكون تحت يد صاحب الدار  
واليد كما يكون امارة شرعية على المالكية لغير ذي اليد كذلك لصاحب اليد .  
وعلى أي حال فترتيب أحكام اللقطة عليه لا اشكال فيه قطعاً ، ولذلك قال الماتن  
دام ظله بأنه أحوط .

١) لأن حكم المجهول المالك أخص وأضيق من اللقطة ويكون أقرب إلى  
مصلحة المالك الواقعي قطعاً .

٢) بلا اشكال ل الصحيح عبد الله بن جعفر : كتبت اليه أسأله عن رجل اشتري

كان الأقوى انه لواحده<sup>١</sup> وان انكره كان للواحد<sup>٢</sup>.  
وان وجدا شيئاً لؤلؤاً او غيرها في جوف سمكة اشتراها فهو له<sup>٣</sup>،

جزوراً أو بقرة للأضحى، فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيهاراهم أو دنانير  
أوجوهر لمن يكون ذلك؟ قال : فوقع عليه السلام : عرفها البائع ، فان لم  
يكن يعرفها فالشيء لك رزقك الله اياه [ الوسائل ج ١٢ ، الباب ٩ من كتاب  
اللقطة ، الحديث ١ ] .

وأيد ذلك بأنه مع معرفة البائع يقتضي سبق اليد وظهور اعتلافها له من  
ماله ، بعد كونه في الصحراء .

١) وذلك لاطلاق الصحيحه المتقدمة ، لأن قوله عليه السلام « فان لم  
يكن يعرفها فالشيء لك رزقك الله اياه » شامل لما اذا قال لا ادرى ولم يعرفه  
الصحيحه المتقدمة تدل على أن المال للواحد اذا لم يعرفه البائع .

٢) كما صرخ بذلك كله غير واحد ، بل يظهر من جماعة الاجماع عليه  
بل عن التذكرة نسبة الى علمائنا كما عن المذهب البارع والمتصر الاجماع  
على تعريف البائع وتدل عليه الصحيحه المتقدمة .

٣) كما صرخ به جماعة ، بل نسبة غير واحد الى اطلاق الاصحاب ، ولعله  
النصوص التي تكون في كتاب الخامس المشتملة على ملك المشتري لما وحده  
في جوفها من الدرتين ، وقد أورد صاحب الوسائل بعض هذه النصوص في  
كتاب اللقطة :

( منها ) رواية أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث : ان رجلاً  
عادباً من بنى إسرائيل كان محارفاً فأخذ غزالاً فاشترى به سمكة فوجد في  
بطنه لؤلؤة فباعها بعشرين ألف درهم ، فجاء سائل فدق الباب فقال له الرجل :

والظاهر ان الحيوان الذى لم يكن له مالك سابق غير السمك بحكم السمك<sup>(١)</sup> ، كما اذا اصطاد غزالاً فوجد فى جوفه شيئاً وان كان

أدخل . فقال له : خذ أحد الكيسين فأخذ أحدهما وانطلق ، فلم يكن بأسرع من ان دق السائل الباب فقال له الرجل : أدخل ، فدخل فوضع الكيس في مكانه ثم قال : كل هنئاً مريئاً أنا ملك من ملائكة ربكم انما اراد ربكم أن يبلوك فوجدك شاكراً ثم ذهب [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٩ ، الحديث ١ ] .

( ومنها ) ماورد في تفسير العسكري في حديث طويل : ان رجلاً فقيراً اشتري سمكة فوجد فيها اربعة جواهر ، ثم جاء بها الى رسول الله «ص» وجاء تجار غرباء فاشتروها منه بأربعين ألف درهم ، فقال الرجل : ما كان اعظم بركة سوقى اليوم يارسول الله . فقال رسول الله : هذا بتوقيرك محمداً رسول الله وتوقيرك علياً اخ رسول الله ووصيه ، وهو عاجل ثواب الله لك وربع عملك الذي عملته [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٩١ ، الحديث ٥ ] وعليه روایات أخرى في هذا الباب .

(١) وذلك لصحيحة عبد الله بن جعفر المتقدمة : كتبت اليه أسأله عن رجل اشتري جزوراً أو بقرة للاضاحي ، فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم أو دنانير أو جوهر لمن يكون ذلك ؟ قال : فوقع عليه السلام : عرفها البائع ، فان لم يكن يعرفها فالشىء لك رزقك الله اياه [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٩ من كتاب اللقطة ، الحديث ١ ] .

فإن المستفاد من الرواية صدراً وذيلاً أن التعريف مختص بمورد يكون لها مالك سابق ، فلو لم يكن له مالك سابق فلا وجہ للزوم التعريف . ومقتضى تبعية ما في جوف الحيوان لاصل الاصل كما في السمك كما هو المستفاد من ذيل الصحیحة المتقدمة ان ما في جوف الحيوان يكون للمالك .

الاحوط اجراء حكم اللقطة او مجهول المالك عليه<sup>١</sup> .

(مسألة : ٣٥) لو وجد في داره التي يسكنها شيئاً ولم يعلم انه ماله او مال غيره فان لم يدخلها غيره او يدخلها أحد من الناس من باب الاتفاق كالدخلانية المعدة لاهله وعياله فهو له ، وان كانت مما يتردد فيها الناس كالبرانية المعدة للاضياف والواردين والعائدين والمصائف ونحوها فهو لقطة يجري عليه حكمها<sup>٢</sup> .

١) وذلك لأنه لم يكن مورداً للنصوص صريحاً ، وقاعدة التبعية أيضاً في غير النماء ربما تكون مورداً للاشكال عرفاً .

٢) بلا خلاف أجدده فيه بين من تعرض له كالشيخ والفضلين والشهيدين والكركي وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، بل في جامع المقاصد نسبة إلى اطلاق الاصحاب ، وفي الرياض نفي ظهور الخلاف فيه .

والاصل فيه صحيح جميل عن الصادق عليه السلام قلت له : رجل وجد في بيته ديناراً . قال : هذه لقطة . قلت : فرجل وجد في صندوقه ديناراً . قال : فيدخل أحد يده في صندوقه غيره أو يضع فيه شيئاً ؟ قلت : لا . قال : فهو له [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ٣ من كتاب اللقطة . الحديث ١ ] .

ويؤيد هذه ظهور عدم مشاركة الغير ، فإنه قد يعرض له النساء فينسى أنه ماله مع أنه ماله واقعاً فيحكم بأنه له بمقتضى قاعدة اليد . نعم لقطع باتفاقه عنه لم يحكم بكونه له ، اذا احتمال أنه رزق جعله الله في ماله لا يحول عليه في مثل ذلك .

ولكن في الرياض : قد يشكل بعد اطلاق النص والفتوى مع عدم صدق

وان وجد في صندوقه شيئاً ولم يعلم انه ماله او مال غيره فهو له<sup>١)</sup>

---

اللقطة على مثله ظاهراً ، فمتابعة الاطلاق لعلها أولى ، ولا ينافيه القطع ، فقد يكون شيئاً بعثه الله تعالى ورزقه اياه . وفيه مالا يخفى .

هذا وفي المسالك : واطلاق الحكم بكلونه لقطة مع المشاركة يقتضي عدم الفرق بين المشاركة في التصرف وغيره ، فيجب تعريفه حولاً وهو يتم مع عدم انحصراره ، اما معه فيحتمل جواز الاقتصر عليه ، لأنحصرار اليد ووجوب البدأ بتعريفه للمشارك ، فان عرفه دفعه اليه والواجب تعريفه حينئذ تمام الحول باللقطة .

بل في الرياض بعد أن حكى عن بعض أنه احتمل الاول قوياً – لأنه بعدم اعتراف المشارك يصير كما لامشارك له فيه – قال « وهو حسن يمكن تنزيل اطلاق النص والفتوى عليه » .

والاصل في ذلك الكركي ، قال : وينبغي أن يقيد بما اذا كان المشارك غير محصور ، فان كان محصوراً وجب تعريف المشارك خاصة ، لكن يشكل كونه ملکاً له اذا لم يعرفوه مع كونه لا يعرفه ، ولذلك اطلق الاصحاب .

وفي : انه اجتهد في مقابل النص ، فان مقتضى اطلاق النص عدم الفرق بين ما اذا كان الداخل على البيت والصندوق محصوراً أو غير محصور . نعم مع كونه محصوراً لا يحتمل أن تكون اللقطة لغير المحصور لا يجب تعريفه لغير المحصور ، لأن التعريف لاحتمال الوصول الى المالك ، فمع عدم الاحتمال لا يجب التعريف قطعاً .

١) بلا خلاف كما تقتضيه قاعدة اليد ، ويدل عليه أيضاً صحيح جميل المتقدم « قلت فرجل وجد في صندوقه ديناراً . قال : فدخل احد يده في صندوقه غيره

الا اذا كان غيره يدخل يده فيه او يضع فيه شيئاً فيعرفه ذلك الغير ،  
فان انكره كان له لالذلك الغير <sup>(١)</sup> ، وان ادعاه دفعه اليه <sup>(٢)</sup> ، وان  
قال : « لا ادرى » فالاحوط التصالح <sup>(٣)</sup> .

( مسألة : ٣٦ ) لو اخذ من شخص مالا ثم علم انه لغيره قد اخذ  
منه بغير وجه شرعى وعدوا ناً ولم يعرف المالك يجري عليه حكم  
مجهول المالك لا اللقطة لما مر من انه يعتبر فى صدقها الضياع عن

او يضع فيه شيئاً ؟ قلت : لا . قال : فهو له » .

ويؤيد هذه ما ورد في الدار كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام  
قال : سأله عن الدار يوجد فيها الورق . فقال : ان كانت معمورة فيها أهلها  
 فهي لهم ، وان كانت خربة قد جلا عنها اهلها فالذى وجد المال أحق به [ الوسائل  
ج ١٧ ص ٣٥٤ ، الحديث ١ ] .

وكذلك صححه أخرى عن محمد بن مسلم عن أحد هما عليهما السلام في  
حديث قال : وسألته عن الورق يوجد في دار . فقال : ان كانت معمورة فهي  
لأهلها ، فان كانت خربة فأنت أحق بما وجدت [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٥  
ال الحديث ٢ ] .

(١) وذلك بمقتضى قاعدة اليد كما تؤيدتها الصحيحتان المتقدمتان ، بل  
بمقتضى صحيح جميل المتقدمة .

(٢) وذلك لانه مدع بلا منازع كما في قصة الكيس ، مضافاً الى أنه مقتضى  
كونه لقطة .

(٣) لانه لا يكون خارجاً عنهما بالعلم الاجمالي فيكون الاحوط التصالح .

المالك ، ولا ضياع في هذا الفرض . نعم في خصوص ما إذا أودع عنده سارق مالا ثم تبين أنه مال غيره ولم يعرفه يجبر عليه أن يملكه ولا يرده إلى السارق مع الامكان<sup>١</sup> .

ثم هو بحكم اللقطة فيعرفه حولاً ، فان أصاب صاحبه رده عليه والاتصدق به ، فان جاء صاحبه بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم ، فان اختار الاجر فله ، وان اختار الغرم غرم له وكان الاجر له<sup>٢</sup> .

١) وذلك كما في الجواهر : من أودعه لص مثلاً مالاً وهو يعلم أنه ليس للمودع بعد أن قبضه أو قبله - بناءً على جــواز الاستيلاء عليه بعنوان الحفظ لصاحبه ورده عليه او اثم و فعل - لم يجز له أن يرده عليه مع اختياره مسلماً كان اللص أو كافراً بخلاف لاشكال ، لكونه حينئذ مخاطباً برده إلى مالكه أو من يقام مقامه ، ولحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه الذي منه الرد إلى اللص ، ولا ينافي ذلك سبق خطاب الرد للص بعد تعلق المخاطب بمن قبض أيضاً .

ويدل عليه روایة حفص بن غیاث عن الصادق عليه السلام : سأله رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً وللص مسلم هل يرد عليه؟ قال : لا يرده فان امكنته أن يرده على صاحبه فعل ، والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبيها فيعرفها حولاً ، فان أصاب صاحبها ردها عليه والاتصدق بها ، فان جاء صاحبها بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم ، فان اختار الاجر فله ، وان اختار الغرم غرم له وكان الاجر له [ الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٨ من كتاب اللقطة ، الحديث ١ ] .

٢) كما هو كذلك عند المحقق وجماعة لروایة حفص بن غیاث المتقدمة .

وليس له على الاحتياط ان يتملكه بعد التعريف ، فليس هو  
بحكم النقطة من هذه الجهة<sup>١</sup> .

وفي المسالك : ان مضمونه موافق للاصول الشرعية ، فانه بعد التعريف  
يصير مالاً مجهول المالك ، وقد تقدم أنه يجوز الصدقة به عن مالكه . ولا يقتضي  
زيادة التعريف هنا ، لازمه زيادة في الاستظهار والتفحص على (عن خ ل)  
المالك .

قال صاحب الجوادر : وفيه أن مجهول المالك لا يحتمل تعريف السنة ،  
وليس هو زيادة استظهار ، اذ الظاهر وجوب التعريف عليه حتى يحصل اليأس  
من مالكه ، وهو قد يحصل بأقل من السنة وبأكثر .

قال الصادق عليه السلام في خبر ابن وهب : رجل كان له على رجل حق فقد  
ولا يدرى أين يطلبه ؟ ولا يدرى أحى هو أم ميت ؟ ولا يعرف له وارثاً ولا نسباً  
ولا ولداً . قال : أطلب . قال : إن ذلك قد طال فاتتصدق به . قال : أطلبه [الوسائل]  
ج ١٧ ، الباب ٦ من أبواب ميراث الختنى ، الحديث ٢ من كتاب الفرائض .  
وفي الكافي وقد روى في هذا خبر آخر : إن لم تجد له وارثاً وعلم الله  
منك الجهد فتصدق به [الوسائل] ج ١٧ ، الباب ٦ من أبواب ميراث الختنى  
الحديث ١١ من كتاب الفرائض ] (الجوادر ج ٣٨ ص ٣٣٥) .  
ولكن الرواية مرسلة الفقيه لا الكافي ، فإن الكليني « قده » لم يذكر ذلك  
أبداً . راجع الكافي ج ٧ ص ١٥٣ - ١٥٥ .

١) وذلك من جهة أن المذكور في رواية حفص بن غياث المتقدمة هكذا  
« فيعرفها حولاً ، فإن أصاب صاحبها ردها عليه والاتصدق بها فإن جاء صاحبها  
بعد ذلك خيراً بين الأجر والغرم ، فإن اختار الأجر فله ، وإن اختار الغرم غرم

( مسألة : ٣٧ ) لو التقط شيئاً فبعد ما صار في يده ادعاه شخص حاضر وقال : « انه مالى » يشكل دفعه اليه بمجرد دعواه بل يحتاج الى البيبة<sup>١</sup> الا اذا كان بحيث يصدق عرفاً انه في يده<sup>٢</sup> او ادعاه قبل ان يتلقطه ، فيحکم بكونه مالكاً للمدعى<sup>٣</sup> .

له وكان الاجر له » فان المذكور فيها كما ترى مجرد الصدقه بعد مالى م يصب صاحبها . نعم مقتضى قوله « والا كان في يده منزلة اللقطة » من جهة عموم التنزيل منزلة اللقطة - أن يكون له التملك بعد التعريف حولاً كما في اللقطة ، فيكون المذكور بعده بعض موارد التنزيل وبعض الاحكام المترتب على كونه بمنزلة اللقطة .

نعم التملك مخالف للacial على كل حال ، فعدم التملك موافق للاحتياط على أي حال .

١) وذلك من جهة عدم فائدة التوصيف في احراز أنه المالك ، اذ المفروض أن المدعى هو الحاضر الناظر في اللقطة ، ولتوصيف كما يمكن للمدعى على فرض كونه مالكاً كذلك يمكن اذا لم يكن مالكاً ، فانحصر طريق احراز المالك بالبيبة .

٢) فيحکم بمالكيته له من باب انه ذو اليد واليد امارة للملكية كما تقدم في محله .

٣) لانه مدع بلا منازع حينئذ ، فيحکم بكونه مالكاً كما في صحيحة ابى نصر البزنطي قال : سألت ابا المحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير الذي يسوى دراهم كثيرة وهو مستوى الجناحين وهو يعرف صاحبه أی محل له امساكه ؟ فقال : اذا عرف صاحبه رده عليه ، وان لم يكن يعرفه وملك جناحه فهو

ولا يجب له ان يتقططه <sup>١</sup>.

( مسألة : ٣٨ ) لا يجب دفع اللقطة الى من يدعى بها الامم العلم او البينة وان وصفها بصفات وعلامات لا يطلع عليها غير المالك غالباً اذا لم يفده القطع بكونه المالك . نعم نسب الى الاكثر انه ان افاد الظن جاز دفعها اليه ، فان تبرع بالدفع لم يتمتع ، وان امتنع لم يجبر ، وهو الاقوى <sup>٢</sup>.

---

له ، وان جاءك طالب لاتهمه رده عليه [الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٥ ، الحديث ١].  
وذلك لقوله عليه السلام : فان جائتك طالب لاتهمه رده عليه ، وبدل عليه ما ورد في قصة الكيس أيضاً .

١) لعدم صدق اللقطة عليه حينئذ بعد ما كان صاحبه معلوماً لعدم صدق الصائع عن المالك .

٢) لعدم الدليل على وجوب الدفع مع عدم احراز المالك بدليل شرعي .  
وذلك كما في الجواهر : لا يجب أن تدفع اللقطة الى من يدعى بها الذي لا يعلم به الملنقط الا بالبينة التي تقوم مقام العلم بأداء الامانة الى أهلها شرعاً أو الشاهد واليمين ، فلا يكفي شهادة العدل لعدم كونه ببينة بخلاف أجده فيه .  
نعم عن التذكرة احتمال جواز الدفع اذا حصل الظن من قوله ، بل اختاره الشهيدان والكركي ، لفهو الاكتفاء بالوصف الذي سمع الكلام فيه .  
وعلى كل حال فلا يكفي الوصف في وجوب الدفع ولو وصف صفات لا يطلع عليها الا المالك غالباً ، مثل أن يصف وcaleها وعقارها وزنها ونقدتها وغير ذلك مالم يحصل القطع بكونه المالك ، كما صرحت به الشيخ والحلبي والفضلان والشهيدان وغيرهم على ما حكى عن بعضهم .

لكن في النافع «لاتدفع اللقطة الا بالبينة ، ولا يكفي الوصف ، وقيل :  
يكفي في الاموال الباطنة كالذهب والفضة وهو حسن » وظاهره الاكتفاء به في  
الوجوب . بل قيل : كأنه استحسنه أيضاً المقداد وابو العباس ، بل حكاه الاول  
عن الشيخ في المبسوط والخلاف وان كان هو كماتورى لأنعرف القائل بالتفصيل  
المزبور في الجواز فضلاً عن الوجوب .

ولقد أجاد في كشف الرموز بقوله «لأعرف منشأ هذا التفصيل ولا القائل به ، بل يمكن تحسين الاجماع على خلافه ، الا من أهل الظاهر من العامة فأوجبوا الدفع بالوصف » .

نعم الاشهر كما في المسالك بل المشهور كما في جامع المقاصد جـ-واز  
الدفع به مع فرض حصول الظن به ، بل هو المحكى عن العامة عند أهل الظاهر  
منهم .

بل لا أجد فيه خلافاً الا من الحلبي ، للقاعدة التي يجب الخروج عنها بقول  
الرضا عليه السلام في صحيح البزنطي المتقدم في الطير « وان جاءك طالب  
لاتتهمه رده عليه » بعد حمل الامر فيه على الاباحة ، ولما عرفت ولكونه في  
مقام توهם الحظر ، وتقرير الصادق عليه السلام دفع سعيد بن عمرو الجعفي  
الكييس الذي فيه الدنانير بالوصف والنبوي الذي أمر فيه بحفظ عقاصها ووكانها  
الظاهر في ذلك [ الجوهر ج ٣٨ ص ٣٨٤ ] .

أقول : مراده قدس من قصة الكيس رواية سعيد بن عمرو الجعفي قال :  
خرجت من عنده وجدت على بابه كيساً فيه سبعمائة دينار، فرجعت اليه من فوري  
ذلك فأخبرته ، فقال : يا سعيد اتق الله عز وجل وعرفه في المشاهد - وكنت

## وان كان الا هو طلاق تصار في الدفع على صورة العلام او البينة<sup>١</sup>.

رجوت أن يرخص لي فيه - فخر جت وأنا مغتمن فأتيت مني فتنجحيت عن الناس وتفصيت حتى اتيت المأفقة فنزلت في بيته متحججاً عن الناس ، ثم قلت : من يعرف الكيس ؟ فأول صوت صوته اذا رجل على رأسه يقول : أنا صاحب الكيس ، قلت في نفسي : أنت فلا كنت . قلت : ما علامة الكيس ؟ فأخبرني بعلامته فدفعته اليه . قال : فتنجي ناحية فعدها فإذا الدنانير على حالها ثم عد منها سبعين ديناراً فقال : خذها حلاً خيراً من سبعمائة حراماً ، فأخذتها ثم دخلت على أبي عبدالله عليه السلام فأخبرته كيف تنجيتك وكيف صنعت . فقال : أما إنك حين شكت إلى أميرنا لك بثلاثين ديناراً يا جارية هاتيها فأخذتها وأنا من أحسن قومي حالاً [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٦ ، الحديث ١ ] .

ومراوذه « قدس سره » من النبوى ما في ( سنن البيهقي ج ٦ ص ١٨٥ ) .  
ثم قال : مؤيداً بأفضاء عدم قبول الوصف المزبور ولو على جهة الجواز إلى تهمة الملقط وعدم وصول المال إلى مالكه ، لصعوبة إقامة البينة على بعض الأموال وخصوص النقد منه ، بل قد يدعى أن ذلك هو المتعارف في تعرف مالك المال الضائع .

بل قيل : ربما ظهر من اللمعة والتحرير جواز الدفع به وإن لم يفده الظن .  
وان كان الظاهر خلافه .

فمن ذلك كله ظهر لك أنه : إن تبرع الملقط بالتسليم بالوصف المزبور لم يمنع وإن امتنع لم يجبر . والله العالم [ الجوهر ج ٣٨ ص ٣٨٤ ] .  
(١) لعدم الأشكال والاحتمال في صورة العلم أو البينة ، بخلاف التوصيف إذا لم يفده الملك بأنه مالك لأن التوصيف أعم من كونه مالكاً فعلاً .

( مسألة : ٣٩ ) لو تبدل مدارسه بمدارس آخر في مسجد أو غيره  
أو تبدل ثيابه في حمام أو غيره بثياب آخر فان علم ان الموجود لمن  
أخذ ماله جاز ان يتصرف فيه بل ينملكه بعنوان التناص عن ماله اذا  
علم ان صاحبه قد بدله متعمداً .

١) وذلك لصدق الاعتداء في صورة العمد ، وهو القدر المتيقن من مورد  
التناص كما في الآية الكريمة « والحرمات قصاص فاعتدوا عليه بمثل ما اعتقدى  
عليكم » [ سورة البقرة : ١٩٤ ] .

وعن العلامة في القواعد « ولو وجد عوض ثيابه أو مدارسه لم يكن له أخذه  
فإن أخذه عرفه سنة إن شاء إلا أن يعلم بشاهد الحال انه تركه عوضاً فيجوز  
أخذه من دون تعريف » .

وفي الدروس « ولو وجد عوض ثيابه أو مدارسه فليس له أخذه الامم  
القرينة الدالة على أن صاحبه هو أخذ ثيابه بكونها أدون وانحصر المشتبهين ،  
ومع عدم القرينة فهي لقطة » .

وعن صاحب الجوادر : والاصل في ذلك كل ما في التذكرة « او أخذت  
ثيابه في الحمام ووجد بدلها او أخذ مدارسه وترك بدله لم يملكه بذلك ولا بأس  
باستعماله ان علم أن صاحبه تركه عوضاً ، ويعرفه سنة أي اذا لم يعلم ان صاحبه  
تركه عوضاً . الى أن قال : الا أن يعلم أن السارق قصد المعاوضة بأن يكون  
الذي تركه أرداً من الذي سرقه ، وكان لا يشتبه على الاخذ بالذى له ، فلا يحتاج  
إلى التعريف ، لأن مالكها تركها قصدأ ، والتعريف إنما جعل للضائع عن صاحبه  
ليعلم به ويأخذه وتارك هذا عالم به وراض ببدل عوضاً عن ماله . وما قلنا أولى

وجريان الحكم في غير ذلك مجل اشكال<sup>١</sup>.

وان لا يخلو من قرب لكن بعد الفحص عن صاحبه واليأس منه<sup>٢</sup>  
وكذا يجب الفحص في صورة تعمده<sup>٣</sup>. نعم لو كان الموجود أجود

لانه اوفق بالناس ، لأن فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه لحصول عوضها له وللسارق  
بالتخفيف عنه من الاثم وحفظ هذه الثياب المتروكة من الصياع ، وقد أبى  
لمن له على انسان حق من دين أو غصب أو غير ذلك أن يأخذ من مال من عليه  
الحق بقدر ما عليه اذا عجز عن استيفائه بغير ذلك [الجواهر ج ٣٨ ص ٢٧٦]  
وما ذكره العلامة وان كان مورداً للنظر ولكن يظهر منه قدس سره موافقة لما  
في المتن في صورة العلم .

(١) لعدم صدق الاعتداء وعدم كونه مورداً للقصاص بحسب النصوص  
ولا بحسب كلمات الفقهاء .

(٢) لأنه بحكم اللقطة حيثئذ ، فيجوز تملك اللقطة بعد الفحص واليأس عن  
صاحبها ، كما في جامع المقاصد في شرح المستنى منه من عبارة القواعد :  
لو كان في الحمام أو المسجد أو نحوهما فلم يجد ثيابه أو مسداسه أو فراشه  
ولكن وجدمثل المفقود لم يكن له تملكه عوضاً عما ذهب له ، لأن مال الغير ،  
فلا يحل من دون طيب نفسه ، وقول المصنف رحمه الله « ولو وجد عوض  
ثيابه » إلى آخره ، لا يزيد به على قصد العوض أما اخذه لقطة فجائز قطعاً ، فإن  
أخذه لم يكن لالقطة » .

مضافاً إلى أن مقتضى اطلاق بعض الروايات في باب القصاص جواز القصاص  
في هذا الفرض .

(٣) وذلك من جهة اطلاق بعض الاخبار ، كصحيحة علي بن جعفر عن أخيه عليه

مما أخذ يلاحظ التفاوت فيقومان معاً ويتصدق مقدار التفاوت<sup>١</sup>  
 بعد اليأس عن صاحب المتروك<sup>٢</sup> ، وان لم يعلم بأن المتروك  
 لمن أخذ ماله او لغيره يعامل معه معاملة مجهول المالك<sup>٣</sup>، فيتفحص  
 عن صاحبه وهم اليأس عنه يتصدق به . بل الا هو ذل ذلك ايضاً فيما  
 لو علم ان الموجود للأخذ لكن لم يعلم انه قد بدل متعمداً<sup>٤</sup> .

السلام قال : سأله عن اللقطة -- الى ان قال : وسألته عن الرجل يصيّب درهماً  
 أو ثوباً أو دابة كيف يصنع بها؟ قال : يعرفها سنة ، فان لم يعرف حفظها في  
 عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها اياها ، وان مات أو صى بها وهو ضامن لها  
 [الوسائل ج ١٧ ص ٣٧٠] .

(١) لأن النقص لا يجوز في مقدار التفاوت ، لأن النقص إنما يكون بعنوان  
 الاعتداء بالمثل كما في قوله تعالى «والحرمات قصاص فاعتدوا عليه بمثل ما  
 اعتدى عليكم» [سورة البقرة : ١٩٤] .

(٢) لعدم جواز التصدق في مجهول المالك قبل اليأس - عن صاحبه ، وكذلك  
 في اللقطة قبل التعريف سنة .

(٣) وذلك لاعتبار صدق الضياع عن المالك في مفهوم اللقطة عرفاً ، ومع  
 عدم احراز كونه كذلك بشكل ترتيب أحكام اللقطة عليه . وأما دخوله في عموم  
 مجهول المالك فهو معلوم ، مضافاً الى أن جواز التصدق به مع الفحص عن  
 صاحبه واليأس عنه مما لا إشكال فيه على أي حال .

(٤) لأن مقتضى اطلاق بعض أخبار القصاص وان كان جواز الاخذ والتملك  
 في هذا الفرض الا أن مقتضى اطلاق بعض أخبار اللقطة أيضاً وجوب الفحص  
 والرد الى المالك كما أن مقتضى كونه مجهول المالك وجوب الفحص والرد

## خاتمة :

اذا وجد صبياً ضائعاً لا كافل له ولا يستقل بنفسه على السعي فيما يصلحه والدفع عما يضره ويهملكه - ويقال له : اللقيط<sup>١</sup> - يجوز بل يستحب التفاطه واخذه<sup>٢</sup> ، بل يجب مقدمة ان توقف حفظه عليه لو كان في معرض التلف ،

إليه مع امكانه والتصدق به مع اليأس .

) وفي الجواهر : وهو - أي اللقيط - كما في النافع والقواعد والتذكرة والتحرير « كل صبي ضائع لا كافل له » حال الالتفاط ، بل لأجد خلافاً في غير المميز منه ، بل الاجماع بقسميه عليه .

مضافاً إلى أنه منساق مما في النهاية « اللقيط : الطفل الذي يؤخذ مرمتياً » وفي القاموس « انه المولود ينبد » وعن المصباح المنير « انه غالب على المولود المنبود » وفي الصبحاح « انه المنبود » .

وربما كان هو المراد مما في محكي الحواشي للشهيد « اللقيط : كل صبي طرحة أهله عجزاً عن الصلة أو خوفاً من التهمة » .

وعلى كل حال فلا يشمل شيئاً منها - نحو ما سمعته من النصوص أيضاً - المجنون كما في الدروس ، وإن وافقه عليه الشهيد الثاني والكركي وبعض متأخري المتأخرین ، بل لعل العرف أيضاً يساعد عليه [ الجواهر ج ٣٨ ص

[ ١٤٧ ]

) وبدل على جواز أصل الالتفاط مضافاً إلى الأصل صحيح ابن مسلم أو حسن : سألت ابا جعفر عليه السلام عن اللقيطة . فقال : حرفة لاتبع ولاتوهد

سواء كان منبوداً قد طرحته اهله في شارع او مسجد ونحوهما  
عجزاً عن النفقة او خوفاً من التهمة او غيره<sup>١</sup>. بل وان كان مميزاً بعد  
صدق كونه ضائعاً نائحاً لا كافل له<sup>٢</sup>.

---

[الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٥].

وقال محمد بن احمد : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن اللقطة فقال : لا  
تبايع ولا تشتري ولكن تستخدمها بما أنفقت عليها [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢٢  
من كتاب اللقطة ، الحديث ٤].

وفي رواية زرارة : اللقط لا يشتري ولا يباع [الوسائل ج ١٧ ص ٣٧١].  
وفي رواية اسماعيل المدائني عن ابي عبدالله عليه السلام قال : المنبود حرج  
فإن أحب أن يوالي غير الذي رباه والاه ، فان طلب منه الذي رباه النفقة وكان  
موسراً رد عليه ، وان كان معسراً كان ما أنفق عليه صدقة [الوسائل ج ١٧ ص  
٣٧١].

إلى غير ذلك من النصوص الدالة بالالتزام على جواز الانقطاع ، بل لعل  
ظاهر ما في بعضها -- من بقائه على حكم الانقطاع حتى يكبر فيتو إلى من شاء كما  
هو ظاهر رواية اسماعيل المدائني المتقدمة .

١) وذلك لاطلاق النصوص كما تقدم بعضها وكذلك الفتاوي .

٢) وفي الجوادر : نعم في الطفل المميز تردد من أنه مستقل بالامتناع  
خصوصاً إذا كان مراهقاً فلا يتولى أمره إلا الحاكم ، ومن حاجته إلى التربية  
والتعهد وإن كان محفوظاً في نفسه . اشبهه وفاما لصريحة الفاضل والشهيدين  
والكركي وظاهر محكمي الوسيلة والغنية جواز التقاطه لصغره وعجزه عن دفع  
ضرورته وصدق كونه لقيطاً بعد أن يكون ضائعاً ومرمياً ومنبوداً ، بل لعل اطلاق

وبعد ما أخذ المقيط والتقطه يجب عليه حضانته وحفظه والقيام  
بضرورة تربيته بنفسه او بغيره<sup>١)</sup>.

وهو احق به من غيره الى ان يبلغ فليس لاحد ان ينتزعه من يده  
ويتصدى حضانته<sup>٢)</sup> غير من له حق الحضانة شرعاً بحق النسب

الالتقاط على يوسف عليه السلام « قال قائل منهم لاتقتلوا يوسف وألقوه في  
غيابه الجب يلتقطه بعض السيارة ان كتمت فاعلين » [سورة يوسف : ١٠] أقوى  
شاهد على ذلك ، ضرورة أنه كان مميزاً كما يشهد له رؤياه التي قصها على  
أبيه قبل أن يرمى في البئر .

بل لعل منه يتقدح النظر في استثناء الكركي وثاني الشهيدين المراهق منه  
بعاً للمحكي عن المبسوط ، بل مال اليه في الدروس ، لأنه مستغن عن التعهد  
والتربيه ، فكان كالبالغ في حفظ نفسه .

مضافاً الى عدم منافاة ذلك لصدق المقيط الذي به ينقطع أصلالة عدم جواز  
التقاطه ، ضرورة ظهور فحوى النصوص في جواز الالتقاط ، بل في التذكرة  
المفروغية من وجوبه كفاية [الجواهر ج ٣٨ ص ١٤٩] .

١) وهو المتسالم عليه بينهم كما في الجواهر : ثم انه يجب على الملقط  
الحضانة بالمعروف ، وهو القيام بتعهده على وجه المصلحة بنفسه أو زوجته أو  
غيرهما على حسب ما يجب عليه لولده مثلاً ، فقد يكون اخراجه من البلد  
أصلح من بقائه وبالعكس ، بلا خلاف أجدده في شيء من ذلك ، وربما كان في  
النصوص المزبورة نوع اشعار به . نعم ان عجز سلمه الى القاضي الذي هو  
ولي مثله بلا خلاف أجدده [الجواهر ج ٣٨ ص ١٧٤] .

٢) وذلك لعموم من سبق الى ما لا يسبقه اليه أحد أولى به ، بل في الجواهر :

كالابن والاجداد وسابر الاقارب او بحق الوصاية كوصى الاب او  
المجداً وجد احد هؤلاء ، فيخرج بذلك عن عنوان اللقيط ، لوجود  
الكافل له حينئذ ، واللقيط من لا كافل له ، وكما لهؤلاء حق الحضانة  
فلهم انتزاعه من يد آخره كذلك عليهم ذلك ، فلو امتنعوا الجبروا عليه<sup>١١</sup> .

---

وكذا لو سبق اليه ملنقط ثم نبذه فأخذته آخر الزم الاول أخذه لتعلق الحكم به  
بأخذة ولا دليل على سقوطه عنه بنبذه [الجوامر ج ٣٨ ص ١٥٢] .

وفي القواعد: ولو ازدحم ملنقطان قدم السابق ، فان تساويما ففي تقديم البلدى  
على القروى والقروى على البلدى والموسر على المعاشر وظاهر العدالة على  
المستور نظر ، فان تساويما اقرع او يشتراك في الحضانة .

وبالجملة يظهر من كلماتهم أنه مفروغ عنه ومتسامل عليه بينهم .

١) وذلك لوجوب الانفاق عليهم وحق الحضانة لهم ، وفي الجواهر: وكيف  
كان فلو كان له - أي الطفل ولو غير المميز - اب أو جد أو أم أو غيرهم فمن يجب  
عليه حضانته كما في المسالك أجبر الموجود منهم على أخذة لعدم كونه لقيطاً  
حينئذ ضرورة وجود الكافل له وعدم صدق كونه ضائعاً عليه عرفاً [الجوامر ج  
٣٨ ص ١٥٢] .

وفي الدروس «يجبر الاب وان علاوة الام وان تصاعدت والملنقط» ونحوه  
في الروضة مع زيادة الوصي .

وفي محكي المبسوط: «ان التربية والحضانة ولاية وكذلك الانفاق ،  
وذلك لا يكون الا للوالد أو الجد أو الوصي أو امين الحاكم» .

وفي الدروس «ولو كان له اب وان علاوة ام وان تصاعدت او ملنقط سابق  
أجبر على أخذة» .

(مسألة : ١) اذا كان للقيط مال من فراش او غطاء زائد़ين على  
مقدار حاجته او غير ذلك جاز للملتفظ صرفه في اتفاقه باذن الحاكم  
او وكيله<sup>١</sup> وهم تذرعهما وتعذر عدول المؤمنين على الا هو<sup>٢</sup> جاز  
له ذلك بنفسه ولا ضمان عليه<sup>٣</sup>.

وبالجملة يظهر من كلاماتهم أن الحكم متسلّم عليه عندهم .

١) بلا خلاف أجدده فيه بين من تعرض له ، كالشيخ والفضلين والشهيدين  
على ما حكى عن الاول منهم ، بل في الكفاية هو المعروف من مذهبهم ، لانه  
لولاية له في ماله للأصل وغيره وإن كان له حضانته وتربيته .  
وحيثند فان بادر فأنفق عليه منه ضمن كما صرّح به غير واحد أيضاً لانه  
تصرف في مال الغير لالضرورة ؛ لأن الفرض امكان الاستئذان من الحاكم الذي  
هو الوالي ، ومن هنا لم تكن ضرورة .

٢) وذلك من جهة ولایة عدول المؤمنين عند فقد الحاكم على المشهور.

٣) كما عن الشيخ وغيره التصريح به أيضاً لتحقق الضرورة حيثند ، وفي  
النصوص ما يدل على الانفاق من مال للقيط كما في رواية اسماعيل المدائني  
عن أبي عبدالله عليه السلام قال : المتبود حر ، فان احب ان يوالى غير الذى  
رباه والا فان طلب منه الذى رباه النفقة وكان موسراً رد عليه ، وإن كان معسراً  
كان ما أنفق عليه صدقة [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٧١ ] .

بل في بعض الروايات ما يدل على جواز الاستخدام بما ينفق عليه كما في  
رواية محمد بن احمد قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن اللقيطة فقال : لاتباع  
ولاتشتري ولكن تستخدمها مما انفقت عليها [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٧٢ ] .

وان لم يكن له مال فان وجد من ينفق عليه من حاكم بيده  
بيت المال <sup>(١)</sup> او من كان عنده حقوق تنطبق عليه من زكاة او غيرها  
او متبرع كان له الاستعانت بهم في اتفاقه او الانفاق عليه من ماله <sup>(٢)</sup>

---

وفي رواية عبد الرحمن العزمي عن أبي عبدالله عليه السلام عن أبيه قال :  
المنبود حمر ، فإذا كبر فان شاء توالى إلى الذي التقته والا فليرد عليه النفقه  
ولينذهب فليتوالى من شاء [ الوسائل ج ١٧ ص ٣٧١ ] .

(١) لوجوب الانفاق على الحاكم من بيت المال حينئذ حيث أنه معد لمصالح  
المسلمين والمورد من موارده بلاشكال . وفي الجوادر : إذا وجد الملتفط  
سلطاناً ينفق عليه استعان به وجوباً مع عدم مال للقيط ولا متبرع ، بلا خلاف أجد  
فيه بين القدماء والمتاخرين ، وما في المقنعة والنهاية من التعبير بلغة « ينبغي »  
يراد منه الوجوب كما أنه المراد مما في محكي المبسوط « أنفق عليه السلطان  
من بيت المال بلا خلاف » .

قلت : وان حکی عن احد وجهي الشافعی عدم الانفاق منه ، لانه معد لما لا  
وجه له سواه ، واللقيط يجوز أن يكون رقيقاً نفقة على سيده أو حراً له مال ،  
فالمحتج به حينئذ اتفاق السلطان عليه منه بعنوان القرض ، فان كان أنه حر لا مال له  
قضاه من سهم الغارمين او غيره مما ينطبق عليه . لكنه كما ترى بعد المحکم بحریته  
وسلامه وفقره في ظاهر الشرع واعداد بيت المال لمصالح المسلمين [ الجوادر  
ج ٣٨ ص ١٦٥ ] .

(٢) كما في الجوادر : وعلى كل حال فالا يمكن سلطاناً كذلك ولم يوجد من

ينفق عليه من الزكاة أو ما أعد لمثله أو ما كان يصح صرفه استعan بال المسلمين الذين منهم الملتفط بلا خلاف اجده فيه أيضاً، ولعله لأن بذل النفقة لمثله عليهم واجب على الكفاية ، لازه دفع ضرورة مع التمكّن على المشهور ، كما في المسالك .

قال «وانما جاز الاستعانة بهم مع كونه كأحدهم لرجاء ان يوجد فيهم متبرع  
اذ لا يجب عليه التبرع ، فسان اتفق المتبرع والا كان الملتقط وغيره سواء فى  
الوجوب ، لانه من باب اعانت المضططر الواجبة كفاية فى جميع الابواب ولكن  
فى المتن فيه تردد ، وفي المسالك « مما ذكر ومن أصلاته عدم الوجوب ، لامكان  
تأديبه باقتراض عليه والرجوع به مع قدرته » وفي الدروس « وتوقف المحقق  
هنا ضعيف » .

قلت : لا يخفى عليك ما في هذا الكلام من الغبار ، ضرورة أنه ان كان المراد منه وجوب الانفاق على المسلمين تبرعاً أو قرضاً - كما حكاه في جامع المقاصد « هو ظاهر فان الواجب على الكفاية رفع حاجة المحتاج لالتبرع » اشكل الترتيب المزبور ، مع أن الملتفط من جملتهم ، فلا وجوه لترتيب اتفاقه على التعذر .

اللهم الا أن يقال : انه وان كان من جملتهم لكن لمام يجب عليه التبرع  
كما لا يجب على المسلمين وقد رجا وجود متبرع أو منتصدق لم يجز له الانفاق  
بقصد الرجوع قبل اليأس ، كما جزم به في جامع المقاصد . الا أنه كما ترى  
مناف لظاهر كلامهم ، خصوصاً عبارة المتن وما شابهها الظاهرة في ارادة التبرع

[الجواهر ج ٣٨ ص ١٦٨]

وليس له حينئذ الرجوع على اللقيط بما أنفقه بعد بلوغه ويساره  
وان نوى الرجوع عليه<sup>١</sup>.

وان لم يكن من ينفق عليه من أمثال ما ذكر تعين عليه<sup>٢</sup> وكان  
له الرجوع عليه مع قصد الرجوع لابد ونه<sup>٣</sup>.

(١) وذلك من جهة احتمال وجود متبرع في الإنفاق عليه أو من كان عنده  
حقوق تطبق عليه من زكاة أو غيرها، فلا وجہ للإنفاق على وجه الرجوع اليه، وفي  
رواية اسماعيل المدائني المتقدمة «وان كان معسراً كان ما أُنفق عليه صدقة» .

وعن صاحب الجوادر : يمكن دعوى الاجماع على أنه لا رجوع للملقط  
بما أُنفق وان نوى الرجوع مع وجود المتبرع من سلطان أو غيره ، لأنه يجب  
على الملقط تحصيله حتى يتأس ، ولا أنه يجب على الإمام أو على المسلمين  
الإنفاق التبرعي ، وعلى فرضه كانوا مطالبين بدليله [الجوادر ج ٣٨ ص ١٧٠] .

(٢) وذلك من جهة أن بذل النفقة لمثله واجب على المسلمين كفاية ، لأنه  
دفع ضرورة مع التمكن على المشهور كما في المسالك ، فإذا لم يكن من ينفق  
عليه تعين على الملقط كسائر الواجبات الكافية إذا انحصر الفاعل في فرد واحد.

(٣) بلا خلاف ولاشكال ، وفي الجوادر : وعلى كل فلا خلاف أجده في  
أنه لو أُنفق مع إمكان الاستعانة بغيره تبرعاً أو تبرع هو لم يرجع ، بل قد عرفت  
كونه في الأخير من القطعيات [الجوادر ج ٣٨ ص ١٧١] .

نعم ظاهر خبر المدائني المتقدم كون النفقة صدقة مع الأعسار مطلقاً لأنه  
لم يوجد عامل به ، فيمكن أن يراد به جواز جعل ذلك صدقة لأنه يكون كذلك  
قهرآ ، او يراد به جواز احتسابه صدقة أي زكاة من سهم الفقراء او الغارمين كما  
صرح به في القواعد .

( مسألة : ٢ ) يشترط في الملتقط البالغ والعقل (١) والحرية (٢)

١) بخلاف اجره بين العامة والخاصة ، بل ولاشكال لقصورهما عن  
ولاية الانتقاط ، وحيثئذ فلاحكم للتقاط الصبي وان كان مميزاً مراهقاً ولا المجنون  
ولو ادواراً حال جنونه .

وما في التذكرة « لو كان الجنون يعتوره ادواراً اخذه الحكم من عنده ، كما لو التقى الجنون المطبق او الصبي » يمكن حمله على ارادة أن للحاكم أخذه ، لانه مخصوص به والا كان مطالباً بدليله كما هو واضح ، وعدم صدق المنبود عليه مع أنه لا يقتضي اختصاص الحكم به لainfa في صدق القبط . والله العالم .

فلا عبرة بالتفاوت العبد على المشهور ، بل لم يتحقق فيه خلافاً وان اقتصر  
المصنف على اعتبار التكليف ، بل في الكفاية « انه مما قطع به الاصحاب »  
وفي مجمع البرهان « الظاهر الاجماع على ذلك » بل في جامع المقاصد نفي  
الريب فيه . للاصل ولا نه لا يقدر على شيء اذ هو مشغول باستيلاء المولى على  
منافعه ، حتى أنه ورد في التقاطه المال : أينه وأين اللقطة وهو مشغول بخدمة  
سيده واللقطة تحتاج الى تعریف سنة .

وذلك كما في رواية أبي خديجة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأله ذريع عن المملوك يأخذ اللقطة . فقال : وما للملوك اللقطة ، والمملوك لا يملك من نفسه شيئاً ، فلا يعرض لها المملوك [الوسائل ج ١٧ ص ٣٧٠] .  
نعم لو أذن له المولى صح ، كما لو أخذه المولى دفعه إليه كما صرخ به غير واحد ، بل لأجد خلافاً فيه ، بل ولا في الصحة مع الاجازة أيضاً . نعم في الدروس والمسالك « فيكون في الحقيقة هو الملتقط والعبد نائه ، فيلحقة حكمها دون العبد » .

وكذا الاسلام ان كان القبط محكمًا بالاسلام<sup>١</sup> .  
(مسألة : ٣) لقيط دار الاسلام محكم بالاسلام<sup>٢</sup> ، وكذا القبط  
دار الكفر اذا وجد فيها مسلم احتمل تولد اللقيط منه<sup>٣</sup> .

---

١) كما ذهب اليه الشيخ وجميع من تأثر عنده ، وفي مجمع البرهان «يمكن دعوى الاجماع عليه» . ومن الغريب ما في التبييض من أن الاصحاب أطلقوا جواز الانتقاط من غير تقييد ، ضرورة عدم معرفة من اطلق هنا ، وانما هو كذلك في المال ، والفرق بينهما في كمال الوضوح كوضوح الفرق بين محل البحث هنا وبين القبط المحكم بکفره الذي لا خلاف – كما اعترف به غير واحد – في جواز التقاط الكافر له ، بل عن المذهب البارع جواز ذلك قوله واحداً ، وان كان ظاهر التبييض أيضاً اتحاد المقاومين وهو غفلة .

ويدل عليه نفي السبيل في الآية المباركة « لسن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » [سورة النساء : ١٤١] حيث أن حق الانتقاط سبيل للكافر على الملقوط المحكم باسلامه ظاهراً ، ويؤيد هذه الآية من مخادعته عن الدين .  
وما عن الكركي في حاشية الارشاد -- من اشتراط الاسلام وان لم يكن الولد باسلامه -- يمكن حمله على ارادة غير المحكم بکفره كولد الزنا من الكافرين أو المسلمين والا كان مخالفًا للجماع .

٢) بلا خلاف ولا اشكال كما في الجواهر: الملقوط في دار الاسلام يحكم باسلامه ولو ملكها أهل الكفر اذا كان فيها مسلم ، نظراً الى الاحتمال . وان بعد تغليباً لحكم الاسلام الذي يعلو ولا يعلى عليه .

٣) كما يظهر منهم أنه متسلم عليه عندهم ، ففي الدروس : وحكم دار الكفر التي تنفذ فيها احكام الاسلام كذلك اذا كان فيها مسلم صالح الاستيلاد ولو واحداً

وان كان في دار الكفر ولم يكن فيها مسلم أو كان ولم يحتمل  
كونه منه يحكم بكافره<sup>(١)</sup>.

وفيمَا كان مُحْكُمًا بالاسلام لو اعرب عن نفسه الكفر بعد البلوغ  
يُحْكَم بكافره<sup>(٢)</sup>. لكن لا يجري عليه حكم المرتد الفطري على

وأما دار كانت لل المسلمين فاستولى عليها الكفار فان علم فيها مسلم فهي كدار الاسلام  
والآفلاء ، وتجويز كون المسلم فيها مخفياً نفسه غير كاف في اسلام اللقيط ، وأما  
دار الكفر فهي ما ينفذ فيها أحكام الكفار فلا يسكن فيها مسلم الامسالماً ولقيطها  
محكوم بكافر ورقه ، الا أن يكون فيها مسلم ولو كان تاجراً اذا كان مقيناً ،  
وكذا لو كان أسيراً أو محبوساً ، ولا تكتفي المارة من المسلمين .

وفي محكي المسوط : والثاني كان دار كفر فغلب عليها المسلمين أو اخذوها  
صلحاً وأفروهم على ما كانوا عليه على ان يؤدوا الجزية ، فان وجد فيها لقيط  
نظرت ، فان كان هناك مسلم مستوطن فانه يحكم باسلامه لما ذكرنا ، وان لم يكن  
هناك مسلم اصلاً حكم بكافر لان الدار دار كفر . والثالث دار كانت لل المسلمين  
وغلب عليها المشركون مثل طرشوش ، فإذا وجد فيها لقيط نظرت فان كان هناك  
مسلم مستوطن حكم باسلامه ولا فلا .

١) لعدم امكان الحكم بالاسلام وعدم الواسطة بين الحكم بالاسلام والحكم  
بالكافر ، مضافاً الى أن الحكم متسالم عليه كما يظهر من كلماتهم .

وفي القواعد : الثالث تبعية الدار ، وهي المراد -- أي في اللقيط -- فيحكم  
باسلام كل لقيط في دار الاسلام الا أن يملکها الكفار ولو لم يوجد فيها مسلم  
واحد ، فيحكم بكافر ويكفر كل لقيط في دار الحرب الا اذا كان فيها مسلم  
ساكن ولو واحداً تاجراً أو اسيراً .

٢) وذلك لعدم امكان الحكم بالاسلام وعدم وجہ له مع اظهاره الكفر

القوى<sup>١١</sup>.

صريحاً.

١) وذلك من جهة قبول الاسلام بعد البلوغ في صدق الارتداد شرعاً وعراضاً فلا يصدق بمجرد الحكم بالاسلام مالم يعترف به ، كما عن صاحب الجواهر : وعلى كل حال فان بلغ واعرب عن نفسه الكفر لم يحكم بردهه على القوى كما في الدروس ومحكي التذكرة والايضاح . ولعله اليه يرجع ماعن المبوسط من «أن القوى أنه لا يقتل بل يفزع ويهدد وبقال : حكمنا باسلامك قبل ارجاع الى الاسلام» الى آخره ، لأن الحكم باسلامه وقع ظاهراً لباطنا .

ولذا لوادعى ذمـي بنوته واقام بينة على دعواه سلم اليه ونقض الحكم باسلامه ، وليس الا لانها امارة تقيـدـ الـظنـ باعتبار الاستدلال بالمعلول على شيء آخر . بخلاف مباشرة الاسلام وتبعية أحد الابوين أو السابق فانه برهان لم يـفـيدـ العلمـ ويـسـتـدلـ فيهـ بالـعـلـةـ عـلـىـ المـعـلـوـلـ .

لكن في القواعد التردد في ذلك ، ولعله مما عرفت ومن حيث سبق الحكم باسلامه فهو مسلم كفر بعد اسلام ، فيـنـدـرـجـ فيـ تـعـرـيفـ المرـتـدـ .

بل في التحرير الجزم بأنه مرتد يستتاب والقتل ، بل نفي البعد في جامع المقاصد عن الحكم بكونه مرتدأ لسبق الحكم بطهارته واجراء أحكام أولاد المسلمين عليه ، ولأن الاسلام هو الاصل لأن كل مولود يولد عائـيـ الفـطـرـةـ .

وفيـ منـعـ الاـصـلـ المـزـبـورـ كـمـنـعـ اـقـضـاءـ الاـولـ الحـكـمـ بـكـونـهـ مرـتـدـ ، ضـرـورةـ عدمـ صـدـقـهـ عـلـيـهـ لـغـةـ بلـ وـشـرـعاـ ، فالـتـحـقـيقـ عـدـمـ جـرـيـانـ حـكـمـ المـرـتـدـ عـلـيـهـ . والله العالم . [الجواهر ج ٣٨ ص ١٨٧] .

## فهرس الكتاب

### (كتاب الغصب)

٥	تعريف الغصب
٦	حرمة الغصب وعقابه
٨	تقسيم المغصوب الى أنواع
٩	المغصوب منه اما شخص او جهة
١٠	للغصب حكمان تكليفيان الحرمة ووجوب الرد
١٢	الاستيلاء على حر غصباً
١٧	منع الغير عن حفظ ماله
٢٢	اختلاف أنواع استيلاء الغاصبين
٢٨	مقدار ضمان الغاصب في الدار المستولى عليها
٣٢	ضمان المشتركين في الغصب

٣٢	غصب الاوقاف العامة لا يوجب ضمان اليد
٣٤	حبس الحر لايوجب ضمان اليد
٣٧	يلحق بالغصب المقبوض بالعقد الفاسد
٤١	يجب رد المغصوب الى مالكه
٤٤	يجب رد المغصوب الممزوج بعد تمييزه
٤٥	وجوب رد المنفعة مع رد العين المغصوبة
٤٩	وجوب رد المغصوب الى المغصوب منه شخصاً أو نوعاً
٥١	حكم ما اذا كان المالك والمغصوب منه في بلدين
٥٣	أرش النقصان لو حدث نقص في المغصوب
٥٥	ضمان الفاصل لو تلف المغصوب
٥٧	أنواع المثلثات وتمييزها
٥٨	لو تعذر المثل في المثل ضمن الفاصل قيمة
٦٣	وجوب دفع المثل في المثل ولو بشرائه بقيمة اكبر
٦٥	لو سقط المثل عن المالية لم يلزم المالك بقوله
٦٧	لو تلف المغصوب القيمي ضمن الفاصل القيمة
٧٥	حكم اختلاف القيمة باختلاف الامكنة
٧٦	اذا تعذر على الفاصل دفع المغصوب ضمن مثله او قيمته
٨١	نماء البدل ومنافعه للمغصوب منه
٨٥	القيمة المضمونة هي نقد البلد
٨٦	الفلزات والمعادن المنطبعة مثلثات
٨٩	تعاقب الابدي الفاصلة على عين
٩٤	غصب المثل و فيه صنعة محللة

- تلف الصنعة عند غصب المصنوع  
 لو كان في المغصوب المثلي صنعة محرمة  
 تعيب المغصوب في يد الغاصب يوجب الارش  
 غصب شيئاً منضماً تنقص قيمتها متفرداً  
 حكم الزيادة في المغصوب بفعل الغاصب  
 نماء الأرض للغاصب وعليه أجرة الأرض  
 البناء والغرس في أرض مخصوصة بما هو للمغصوب منه  
 غصب الثوب وصبيحة  
 مزج المغصوب بغierre  
 خلط المغصوب بالاجود أو الاردا  
 فوائد المغصوب مملوكة للمغصوب منه  
 زيادة قيمة المغصوب ثم زوالها  
 غصب الحبة والبيضة وزرعها أو استفراخها  
 لاضمان في الامانات  
 للضمان سبيان الانلاف والتسبيب  
 معنى الانلاف بال مباشرة والتسبيب  
 لو تسبب شخص في اتلاف مال  
 انواع التسبيبات وأمثلة منها  
 لواجتماع سبيان للانلاف بفعل شخصين  
 الضمان على المباشر عند اجتماعه مع السبب  
 ضمان الاكراء على المكره  
 غصب المأكول واطعامه المغصوب منه مع جهله بذلك

١٤٥	غصب الطعام واطعامه غير المالك
١٤٦	اختلاف المالك والقاصب في القيمة
١٤٩	اختلاف المالك والقاصب فيما على المخصوص

( كتاب احياء الموات والمشتركات )

١٥٥	تعريف الموات
١٥٩	تقسيم الموات الى الموات بالاصل وبالعارض
١٦٠	يجوز احياء الموات بالاصل
١٧٩	أقسام الموات بالعارض
١٨٢	الاستدمان من الحاكم في احياء الموات
١٨٥	يجوز احياء ماحرب من الارض
١٨٩	حكم الموقوفة التي طرأ عليها الموتان
١٩٤	اذا كان الموات بالاصل حریماً لعامر مملوك
١٩٨	حد حریم الدار وغيرها
٢٠٣	حد حریم البئر والعين والقناة
٢٠٩	التبعاد المشروط بين البئرين
٢١٠	حریم القرية المبنية في الموات
٢١٢	حد المرعى والقناة
٢١٧	تصرف المالك في أملاكه جائز كيما كان
٢٢٢	بعض حقوق الجيران
٢٢٤	ما يشترط في التملك بالاحياء
٢٢٨	كيفية تحجير الاراضي

- التحجير يفيد حق الاولوية لا الملكية ٢٣٠  
 اشتراط قدرة التعمير في اولوية حق التحجير ٢٣٣  
 لا يعتبر في التحجير أن يكون بال مباشرة ٢٣٥  
 انماء آثار التحجير يوجب سقوط حق الاولوية ٢٣٦  
 ليس للحجر تعطيل الموات ٢٣٨  
 يشترط في التملك بالاحياء قصد التملك ٢٤٠  
 معنى الاحياء المفید للملك ٢٤٢  
 ما يعتبر في احياء الموات ٢٤٥  
 اعتبار تسوية الارض في احياء الموات ٢٤٦  
 كيفية احياء البشر في الموات ٢٤٩  
 القول في المشتركات كالطرق والمساجد والمدارس ٢٥٠  
 الطرق نوعان نافذ وغير نافذ ٢٥١  
 كيفية المشاركة في الدرية غير النافذة ٢٥٥  
 جواز انواع الاستفادة من الدرية ٢٥٧  
 لاحریم للشارع العام ٢٦٥  
 اذا استوجم الطريق زال حکمه ٢٦٩  
 من المشتركات العامة المساجد ٢٧١  
 وضع الرحل في المساجد ٢٧٧  
 المشاهد كالمساجد في الاحکام ٢٧٩  
 من المشتركات المدارس العلمية ٢٨١  
 يلحق بالمدارس الرباطات ٢٨٥  
 من المشتركات المياه ٢٨٥

- ٢٩٢ اذا شق نهرأ من ماء مباح ملوك ما يدخل فيه
- ٢٩٥ يملك النهر مع نية التملك
- ٢٩٦ حكم ماء النهر حكم سائر الاموال المشتركة
- ٢٩٨ القسمة بحسب الاجزاء قسمة اجراء
- ٣٠٠ حق السقي من النهر عام لكل أحد
- ٣٠٥ احتياج النهر المشترك الى تنقية وحفر وغيرها
- ٣٠٦ من المشتركات المعادن
- ٣١٣ الشروع في الاحياء واهماهه يوجب سقوط الحق

(كتاب اللقطة)

- ٣١٧ القول في لقطة الحيوان (الضالة)
- ٣٢٣ وجوب الفحص عن صاحب الحيوان الملقط
- ٣٢٤ ما يدخل في دار الانسان من الحيوان
- ٣٢٦ ما يوجد من الحيوان في غير العمران
- ٣٣١ اخذ الحيوان في صورة لا يجوز موجب للضمان
- ٣٣٢ تسريع صاحب الحيوان حيوانه
- ٣٣٤ اصابة حيوان لم يعلم تركه من صاحبه
- ٣٣٧ القول في لقطة غير الحيوان
- ٣٣٨ يعتبر في اللقطه الضياع من صاحبه
- ٣٣٩ يعتبر في صدق اللقطة الاخذ والانتقطاع
- ٣٤١ المقاط ما يظن أنه ماله وليس بما له
- ٣٤٢ لا يجوز اخذ المال مجهول المالك

- تملك اللقطة التي قيمتها دون الدرهم ٣٤٥  
 الدرهم هو الفضة المسكوكة الرائجة ٣٥٣  
 وجوب التعريف فوراً ٣٥٥  
 مدة التعريف سنة كاملة ٣٥٧  
 لا يعتبر في التعريف مباشرة الملتقط ٣٥٩  
 لو علم بعدم فائدة التعريف ٣٦١  
 حكم تعدى التعريف في أثناء السنة ٣٦٤  
 ضياع اللقطة من الملتقط ٣٦٥  
 اذا كانت اللقطة مما لا تبقى سنة ٣٦٦  
 كيفية تحقق تعريف سنة ٣٦٩  
 محل التعريف مجتمع الناس ٣٧٠  
 وجوب تعريف اللقطة في مكان الالتقاط ٣٧١  
 ما يقال عند تعريف اللقطة ٣٧٤  
 لولم تكن اللقطة قابلة للتعريف ٣٧٦  
 اذا التقاط اثنان لقطة واحدة ٣٧٧  
 حكم التقاط الصبي والمحنون ٣٧٩  
 اللقطة في مدة التعريف امانة ٣٨٠  
 وجدان المالك بعد تعريف اللقطة والتصرف فيها ٣٨١  
 لا يسقط التعريف بدفع الملتقط الى الحاكم ٣٨٥  
 نماء اللقطة للمالك ٣٨٦  
 ما يوجد مدفوناً في الخربة الدارسة ٣٨٨

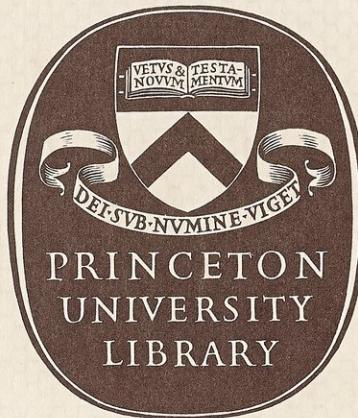
٣٩٣	حكم عدم امكان ايصال المال الى مالكه
٣٩٥	لو وجد مال في دار معهودة
٣٩٧	و جدان شيء في جوف حيوان
٤٠٠	لو وجد شخص شيئاً في داره
٤٠٢	المال المأخوذ غصباً ولم يعرف صاحبه الا صلي
٤٠٥	لو انقطع شخص شيئاً وادعاه حاضر
٤٠٦	تدفع اللقطة بعد العلم بالمالك أو البينة
٤٠٩	حكم تبدل الثياب والمحذاء وغيرهما
٤١٢	الصبي الصائغ الذي ليس له كافل
٤١٦	اذا كان للقيط مال زائد يجوز صرفه عليه
٤٢٠	ما يشترط في الملتحف
٤٢١	حكم لقيط دار الاسلام ودار الكفر







سازمان اسناد و کتابخانه ملی



Princeton University Library

32101 061870794