

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
أَنْعَمَ عَلَيْنَا وَآمَنَ بِرُوحِنَا
وَوَهَّبَ لَنَا هَذَا الْقُرْآنَ الْعَظِيمَ

مُسْتَدْرَكٌ

لِأَقْوَامٍ مِمَّنْ لَمْ
يَلْمِزُوا فِي الْقُرْآنِ
وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِيهِ
شَيْءٌ مِّنَ الْبُغْضِ وَالْكَرَاهَةِ
وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِيهِ
شَيْءٌ مِّنَ الْكِبْرِيَاءِ وَالْجَبْرِ

كِتَابُ النَّصَبِ

لِأَبِي بَكْرٍ



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.*

Mutahhari

آية الله العظمى
الآية الجليلية
دام ظلها الوارف

مُسْتَدْرَجُ
تَحْرِيرِ الْوَسَائِلِ

(كتاب الغصب)

أحمد باطنزي

~~(Arab)~~

KBL

.M8715

v. 3

(RECAP)

كتاب : مستند تحرير الوسيلة
تأليف : الشيخ احمد المطهرى
طبع : مطبعة الخيام - قم
التاريخ : ١٤٠٦ هـ
العدد : (٢٠٠٠)



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ عَلَيَّ أَشْرَفِ الْأَنْبِيَاءِ
وَالْمُرْسَلِينَ مُحَمَّدِ الْمُصْطَفَى وَعِترته
الطَّاهِرِينَ

ويطلب من كل واحد منكم ان يترك ما يملكه من الاموال في طريق الله
ويعمل في سبيلها .

فما من احد منكم الا له ما يملكه من الاموال في طريق الله
ويطلب من كل واحد منكم ان يترك ما يملكه من الاموال في طريق الله
ويعمل في سبيلها .

تقديم

مما اهتم الشارع الاقدس به غاية الاهتمام أمر الاموال 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 السفهه الذي ليس له
الرشد والتجربة الكاملة في حفظها وانماؤها ، فقال عز من قائل « ولا تؤتوا السفهه
أموالكم التي جعل الله لكم قياماً » [النساء : ٥] .

كما نهى الله تبارك وتعالى عن الاسراف والتبذير فيها وحكم بأن المبذرين
اخوان الشياطين ، ومنع عن اللعب بالاموال وتحصيلها بالاسباب الباطلة بقوله
« يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » [النساء : ٢٩] ولا سيما
عن الارتشاء لا كل أموال الناس بغير الحق بقوله « ولا تأكلوا أموالكم بينكم
بالباطل وتبدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وانتم تعلمون »

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

وقد أنكر شديد الإنكار أخذ الربا وجعلها في حد المحاربة مع الله سبحانه وتعالى ، كما أنكر ومنع عن أكل أموال اليتامى وقال بأن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا ، وانحصر طريق تحصيل المال بالأسباب الحقة العقلانية الصحيحة كالتجارة عن تراض لأنها الوسيلة لتوزيع الثروة في المجتمع وصيرورة الأموال بحيث يصل إليها يد كل فرد من أفرادها ، ففي ذلك صلاح المجتمع ولإمناح من تحصيل الأموال بها .

كما أن الأموال من جهة محبوبيتها عند الناس ووفور الرغبة إليها صارت مما يمتحن به الإنسان ويتلى به في طريق عبوديته لربه ، فأعلن سبحانه ذلك كرارا . ومنها قوله تعالى « لتبلون في أموالكم وأنفسكم » [آل عمران : ١٨٦] . وجعل الجهاد بالأموال كالجهاد بالنفس وفي عداده ، فقال تعالى « اتقوا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم » [التوبة : ٤١] .

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

وجعل المقتول في سبيله في رتبة الشهداء الذين برزوا للجهاد في سبيله وقال بأن من قتل دون ماله وعرضه فهو شهيد .

ومن أجل هذه الأهمية جعلت الأموال موضوعاً لأحكام عديدة في الشريعة المقدسة ، ومنها حرمة غصبها والأحكام المتفرعة على الغصب .

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

فيكون قبيحاً غفلاً ومحرمأً شرعاً - وورد في السنة روايات عن الائمة عليهم السلام تنبئ عن خطرهما وعواقبها .

فمنها ما عن حسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آباءه عن النبي « ص » في حديث المناهي قال : من خان جازه شبراً من الارض جعله الله طوقاً في عنقه من نخوم الارض السابعة حتى يلقي الله يوم القيامة مطوقاً الا ان يتوب ويرجع [الوسائل ج ١٧ ص ٣٠٩] .

ثم ان الشارع لم يفتن بالعقوبة الاخرية فيها بل يجعل المقصوب في ضمان الفاصب وفي عهده ما لم يرد المال الى المالك ، كما في الحديث المعروف بالنبوي « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ، ويجعل من وظائف الحاكم في الحكومة الاسلامية أخذ الاموال والحقوق المفصوبة 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 المقدره واليسار ممن يدلى بأموال الناس (المسلمين) الى الحكام فخذ للناس بحقوقهم منهم وبع فيها العقار والديار [الوسائل ج ١٧ ص ٣٠٨] .

مضافاً الى أنه لم يجعل الحرمة للاعمال المتفرعة على الفصب كالعبادات والمعاملات المتفرعة عليه بل ولا السعي في الارض وبناء العمارة فيها كما في رواية عبدالعزيز قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام عن أخذ ارضاً بغير حقها وبنى فيها . قال : يرفع بناؤه وتسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حقاً [الوسائل ج ١٧ ص ٣١١] .

نعم حفظ حرمة الزراعة في ارض مفصوبة فقال : بأن له الزرع وعليه أجرة الارض ولصاحبها ازلتها .

كما في رواية عقبة بن خالد قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل
أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال
زرعت بغير إذني فزرعك لي وعلي ما أنفقت أله ذلك أم لا ؟ فقال : للزارع زرعه
ولصاحب الأرض كبراه أرضه [الوسائل ج ١٧ ص ٣١٠] .

احمد المطهرى

[١٠٣٠ ص ١٧١ ج ١٧١ الوسائل]

قال صاحب الوسائل في بيان لزوم الإذن في زرع أرض غيره قال : إذا زرع
أرض غيره بغير إذنه حتى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال
زرعت بغير إذني فزرعك لي وعلي ما أنفقت أله ذلك أم لا ؟ فقال : للزارع
زرعه ولصاحب الأرض كبراه أرضه [الوسائل ج ١٧ ص ٣١٠] .

قال صاحب الوسائل في بيان لزوم الإذن في زرع أرض غيره قال : إذا زرع
أرض غيره بغير إذنه حتى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال
زرعت بغير إذني فزرعك لي وعلي ما أنفقت أله ذلك أم لا ؟ فقال : للزارع
زرعه ولصاحب الأرض كبراه أرضه [الوسائل ج ١٧ ص ٣١٠] .

قال صاحب الوسائل في بيان لزوم الإذن في زرع أرض غيره قال : إذا زرع
أرض غيره بغير إذنه حتى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال
زرعت بغير إذني فزرعك لي وعلي ما أنفقت أله ذلك أم لا ؟ فقال : للزارع
زرعه ولصاحب الأرض كبراه أرضه [الوسائل ج ١٧ ص ٣١٠] .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْغَيْبِ

وهو الاستيلاء على مال الغير من مال او حق عدواناً^(١) ،

(١) فالغصب هو لفة أخذ الشيء ظلماً ، كما في القاموس وغيره . قال في
الاول : غصبه يغصبه : أخذه ظلماً كإغتصب ، وفلاناً على الشيء : قهره . وفي
الصحاح الغصب : أخذ الشيء ظلماً ، تقول : غصبه منه وغصبه عليه بمعنى ،
الإغتصاب مثله ، والشيء غصب ومغصوب .
نعم في الاسعاد لبعض الشافعية زيادة « جهاراً » لتخرج السرقة ونحوها .
وعن ابن الاثير أنه أخذ مال الغير ظلماً وعدواناً .
واليه يرجع ما في القواعد والنافع والارشاد والدروس واللمعة والتنقيح
من أنه « الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدواناً » .
بل في المسالك نسبتة الى الاكثر ، اذ ليس فيها الا بتبديل الاخذ بالاستقلال
نظراً الى صدق الغصب بذلك وان لم يكن أخذاً ، كما لو كان المال في يده

وقد تطابق العقل والنقل كتاباً وسنة واجماعاً على حرمة^(١).

فغصبه . مع أنه يمكن ارادة مايشمل 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 المتعبه
في تنقيح معناه .

وعلى تقديره فالمتجه ملاحظة المعنى اللغوي لا الاصطلاحي بين الفقهاء
الذي مبناه ملاحظة الضمان ، لا خصوص كونه غصباً والا فليس المأخوذ غلطاً
او نسياناً مغصوباً قطعاً .

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

ومن السنة فيدل على حرمة رواية حسين بن زيد عن الصادق عليه السلام
عن آبائه عن النبي «ص» في حديث المناهي قال : من خان جاره شبراً من
الارض جعله الله طوقاً في عنقه من تخوم الارض السابعة حتى يلقي الله يوم
القيامة مطوقاً الا أن يتوب [الوسائل ج ١٧ ص ٣٠٩ ، الحديث ٢] .

وهو من افحش الظلم الذي قد استقل العقل بقبحه ، وفي النبوى
« من غضب شبراً من الارض طوقه الله من سبع ارضين يوم القيامة »^(١) ،
وفي نبوى آخر « من خان جاره شبراً من الارض جعله الله طوقاً فى
عنقه من تخوم الارض السابعة حتى يلقى الله يوم القيامة الا ان يتوب
ويرجع »^(٢) وفي آخر « من اخذ ارضاً بغير حق كلف ان يحمل ترابها
الى المحشر »^(٣) ، ومن كلام امير المؤمنين عليه السلام « الججير
الغضب فى الدار رهن على خرابها »^(٤) .

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

وأما الاجماع فلانه من ضروريات الدين ، وفي الدروس وغيره : ان
تحريم الغضب عقلي واجماعي وكتابي وسني ، قال الله تعالى « ولاتأكلوا
أموالكم بينكم بالباطل » ، « ويل للمطففين » ، « الذين يأكلون أموال اليتامى
ظلماً » ، وقال النبى صلى الله عليه وآله وسلم « ان دماءكم وأموالكم عليكم
حرام... لا يحل دم امرىء مسلم ولا ماله الا بطيب نفسه » الى آخره، ونحوه غيره .
(١) ذكره ابن قدامة فى المغني ٣٧٨/٥ والسرخسي فى 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) المغضوب اما عين مع المنفعة من مالك واحد او مالكين واما عين بلا منفعة ، واما منفعة مجردة ، واما حق مالي متعلق بعين ، فالاول كغصب الدار من مالكها و كغصب العين المستأجرة من الموجر والمستأجر ، والثاني كما اذا غصب المستأجر العين المستأجرة من مالكها في 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 الذي له فيها حق الرهانة ، ومن ذلك غصب المساجد والمدارس والرباطات والقناطر والطرق والشوارع العامة ^١ .

١) وذلك كله لان الغصب كما تقدم ليس له حقيقة شرعية ، بل الغصب عند الشارع ما هو عند العرف من المفهوم ، والمفهوم عرفاً من الغصب هو اخذ الشيء ظلماً وعدواناً ، اعم من أن يكون عيناً مع المنفعة أو عيناً بلا منفعة او منفعة مجردة أو حقاً مالياً متعلقاً بعين ، اعم من أن يكون المالك أو ذوالحق واحداً أو متعدداً . وذلك لما جاء في القواعد والنافع والارشاد والدروس واللمعة والتنقيح في تعريف الغصب من أنه « الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدواناً » . قال صاحب الجواهر : وأبدل الاستقلال في التحرير والايضاح بالاستيلاء على مال الغير بغير حق ، كما أنه في التبصرة والروضة وغيرهما من كتب متأخري المتأخرين تبديل المال بالحق ، فقالوا « الاستيلاء على حق الغير عدواناً » وفي الكفاية والمفاتيح « الاستيلاء على حق الغير بغير حق » وستعرف الوجه في ذلك كله [الجواهر ٨/٣٧] .

ولذلك أيضاً جاء في اللمعة دمشقية : وبالأستقلال باثبات اليد على حق

وكذا غصب المكان الذي سبق اليه احد من المساجد والمشاهد
على احتمال موافق للاحتياط^{١)} .

(مسألة : ٢) المغصوب منه قد يكون شخصاً كما في غصب
الاعيان والمنافع المملوكة للاشخاص والحقوق لهم ، وقد يكون
النوع او الجهة كغصب الرباط المعد لتزول القوافل 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^{٢)} .

الغير كالتحجير وحق المسجد والمدرسة والرباط ونحوه مما لا يعد مالا فان
الغصب متحقق ، وكذا غصب مالا يتمول عرفاً كحبة الحنطة فانه يتحقق به أيضاً
على ما اختاره المصنف ، ويجب رده على مالكة 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 المسال بالحق لشمع جميع ذلك [اللعة الدمشقية ج ٧ ص ١٦ -
١٧] .

١) لان 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 عدواناً وظلماً ، فلا أقل من احتمال كونه غصباً عرفاً ولغة وان يكون
محكوماً بأحكام الغصب شرعاً .

٢) وذلك كله لان الغصب - على ما هو المرتكز عند العرف والشرع على

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

الرد الى المغصوب منه او وليه ^١ .

ما تقدم في تعريفه - هو الاستيلاء عدواناً على مال الغير أوحقه ، ولا يشترط في صدق المفهوم أن يكون ذلك الغير شخصاً ، بل يصدق عرفاً وشرعاً 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 مالاً شخصياً لهما .

وكذلك غصب ما يتعلق بالمشاهد والمساجد ونحوهما ، فان المشهد والمسجد لا يكونان قابلاً للملكية ، فهما جهتان المصروف ، فاذا استعمل الشيء المتعلق بهما في غير جهتهما واستولى عليه في ذلك عدواناً 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 مسالكة مادامت العين باقية . ويشهد به ما دل على وجوب رد المال الى صاحبه مطلقاً ، كما وثق سماعة عن الصادق عليه السلام عن رسول الله «ص» - من كانت عنده أمانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله الا بطيب نفسه [الوسائل ، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي ، الحديث ١] .

فان اطلاق التعليل لوجوب رد الامانة يشمل الامساك على مال الغير . ويدل عليه أيضاً النصوص الدالة على عدم جواز التصرف في مسال الغير ومنه الامساك ، ويدل عليه أيضاً النصوص المتفرقة الواردة في الابواب المتفرقة في موارد الامانات المالكية والشرعية وغيرها .

وحكم وضعى وهو الضمان بمعنى كون المغصوب على عهد الغاصب ، وكون تلفه وخسارته عليه ، وانه اذا تلف يجب عليه دفع بدله ، ويقال لهذا الضمان : ضمان اليد .^١

(مسألة : ٤) يجرى الحكمان التكليفيان فى جميع اقسام الغصب فالغاصب آثم فيها ويجب عليه الرد . واما الحكم الوضعى وهو

كما يدل عليه أيضاً جملة من النصوص الخاصة كرواية حماد بن عيسى عن بعض أصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام : ولسه صوافي الملوك ماكان في أيديهم على غير وجه الغصب لان 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 الدار رهن على خرابها . قال : ويروى هذا الكلام للتبى «ص» [الوسائل ج ١٧ ص ٣٩] .

١) ويدل عليه حديث « على اليد ماأخذت حتى تؤدى» [سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠ وكنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ ، الرقم ٥١٩٧] .

والحديث - وان كان ضعيف السند - الا أنه لاعتماد الاصحاب عليه واستدلالهم به لامجال للمناقشة في سنده .

ويدل عليه أيضاً قاعدة «من ألتف» في موردالاتلاف المستفادة من النصوص الواردة في موارد خاصة - جملة منها وارده في موارد العقود الاستيمانية كالوكالة والمضاربة والرهن وغيرها - فانه حكم فيها بالضمان مع التعدي والتفريط .

وجملة منها في غيرها ، مثل ما ورد في القصار يخرق الثوب ، الدال على أنه ضامن بما جنت به يده [الوسائل ، الباب ٢٩ من كتاب الاجارة] .

الضمان فيختص بما اذا كان المصوب من الاموال عيناً كان او منفعة
فليس في غصب الحقوق ضمان اليد^١ .

(مسألة : ٥) لو استولى على حرقه لم يتحقق الغصب
لأن النسبة الى عينه ولأن النسبة الى منفعته، وان اثم بذلك وظلمه سواء
كان كبيراً او صغيراً فليس عليه ضمان اليد الذي هو من احكام الغصب^٢

١) وذلك لما تقدم من أن دليل الضمان هو قاعدة اليد ، فيختص بما يقع
تحت اليد من الاموال عيناً او منفعة ، فليس في غصب الحقوق ضمان اليد
لأنها لا تقع تحت اليد ، ولذلك قال الفقهاء بأن الحر لا يضمن بالغصب عيناً
ومنفعة لانه ليس مالا فلا يدخل تحت اليد .

ففي الجواهر : والحر لا يضمن بالغصب ولو كان صغيراً لا عيناً ولا منفعة ،
بلا خلاف محقق أجده فيه ، على معنى كونه كغصب المال الموجب للضمان
وان مات حتف أنفه بل ولا اشكال ، ضرورة عدم كونه مالا حتى يتحقق فيه الضمان
[الجواهر ج ٣٧ ص ٣٦] .

٢) وذلك لان الحر لا يكون مالا يقع تحت اليد ، ومنافعه أيضاً لا تقع تحت
اليد كما في اللعة الدمشقية : والحر لا يضمن بالغصب عيناً ومنفعة لانه ليس مالا
فلا يدخل تحت اليد . هذا اذا كان كبيراً عاقلاً اجماعاً ، أو صغيراً فمات من قبل
الله تعالى ، ولومات بسبب كلدغ الحية ووقوع الحائط ففي ضمانه قولان للشيخ
واختار المصنف في الدروس الضمان ، لانه سبب الاتلاف ، ولان الصغير
لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه ، وعروضها اكثرى فمن ثم رجح السبب .
والظاهر أن حد الصغير العجز عن دفع ذلك عن نفسه حيث يمكن الكبير دفعها

عادة لاعدم التميز [اللمعة الدمشقية ج ٧ ص ٢٧] .

أقول : الذي ينبغي أن يقال في جواب ما ذكره الشيخ : ان قاعدة الاتلاف تختص بما اذا كان الاتلاف مستنداً الى الشخص مع التلف في المقام لا يستند الى الغاصب دائماً ، والمفروض أن ضمان اليد أيضاً في المقام غير متحقق لانه يكون بالنسبة الى الاموال والحر لا يكون مالا .

ولذلك قال صاحب الجواهر: وما في النافع من أنه لو كان - أي التلف - لاسببه كالموت ولدغ الحية فقولان - لم نتحققه ونحوه ما عن المفاتيح من نسبه ما في المتن الى القيل والكفاية الى المشهور، ولذا قال في محكي المهذب والمقتصر : «ان الاصحاب على خلافه» أي القول المحكي في النافع كما عن التنقيح الاعتذار عنه بالمسامحة، بل فيه وفي الروضة الاجماع على عدم ضمان الصغير اذا كان تلفه بالموت الطبيعي .

ومن هنا طفحت عباراتهم بعدم ضمان الحر بالغصب ، وانه انما يضمن عيناً بالجنابة عليه مباشرة أو تسيبياً ومنفعة بالاستيفاء أو تسيبياً على الوجه الذي سيأتي انشاء الله .

بل لو أصابه غرق أو حرق أو غيرهما فضلاً عن أن يصيبه موت في يد الغاصب من غير تسيبه لم يضمنه للاصل ، كما عن مبسوط الشيخ وإيضاح الفخر وغيرهما ، بل في المسالك نسبه الى الأشهر ، بل عن الكفاية الى المشهور وان كنا لم نتحققه .

بل قال الشيخ في كتاب الجراح من المبسوط : يضمنه الغاصب اذا كان صغيراً أو مجنوناً وتلف بسبب كلدغ الحية والعقرب ووقوع الحائط ، بل في الدروس ومحكي الخلاف والمختلف هو قوي ، عن المقتصر هو حسن ،

فلو اصابه حرق او غرق او مات تحت استيلائه من غير تسبب
منه لم يضمن^١ ، وكذا لا يضمن منافعه ، كما اذا كان صانعاً ولم
يشتغل بصنعتة في تلك المدة فلا يضمن اجرتة^٢ .

بل عن التبصرة وتعليق الارشاد وغيرهما اختياره، وهو المحكي عن ابي حنيفة
أيضاً ، ولاترجيح في النافع وكشف الرموز والتحرير والارشاد والتذكرة في
موضع منها وغاية المراد والتنقيح والمهذب البارع والروضة على ما حكي عن
بعضها .

نعم لا وجه ظاهر يقتضي الضمان ، اذ دعوى كونه بغصبه صار سبباً شرعاً
لتلفه كحفر البئر واضحة المنع ، والخبر « من استعار حراً صغيراً فغيب ضمن »
[الوسائل، الباب ١٢ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٢] لا جابر له ولا عامل
به ... ومن الغريب ما عن الفاضل من الجزم في موضع من محكي التذكرة
بعدم الضمان في مثله وتردده في المقام ، فالمتجه عدم الضمان مع فرض عدم
تقصير منه في حفظه بالاهمال ونحوه [الجواهر ج ٣٧ ص ٣٦ - ٣٧] .

(١) وذلك من جهة عدم جريان قاعدة الاتلاف اذا لم يكن من الغاصب
تسبب الى الهلاك، والمفروض عدم مباشرته في ذلك ، فلا وجه لجريان قاعدة
الاتلاف مع عدم استناد الاتلاف اليه لامباشرة ولا تسبباً .
(٢) وذلك فيما اذا لم يكن المنع عن الاشتغال مستنداً الى الغاصب لعدم
التسبب 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 وقتاله كفر وأكل لحمه
معصية وحرمة ماله كحرمة دمه [الوسائل ، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشرة
الحديث ٣] .

نعم لو استوفى منه منفعة كما اذا استخدمه لزمه اجرته (١) ،

وما أورد عليها وجهان :

الاول : ان أعمال الحر ليست بمال . وفيه أن الاعمال الواقعة تحت الاجارة مال عزفاً ، بل الظاهر أن أعمال الحر الكسوب مال ولو لم تقع تحت الاجارة .
الثاني : ان الرواية ونظائرها من الأدلة منصرفه عن أعمال الحر . وفيه منع الانصراف بل مناسبة الحكم والموضوع تقتضي التعميم بلا اشكال .
فالعمدة في المقام أن ما رتبنا اثباته لتلك الرواية -- وهو ضمان ماتلف من المنافع والاعمال بلا اتلاف وتسبب من المشتري أو البائع - لا يمكن اثباته . ضرورة أن حرمة دم المؤمن أيضاً لا يقتضي ذلك ، فلو فرض أن مؤمناً كان تحت سلطنة شخص فمات حتف أنفه أو بأفة سماوية لم يكن المسلط عليه ضامناً ، فكيف يمكن اثبات الضمان بها للمنافع غير المستوفاة ، والاعمال كذلك مع عدم تسبب للاتلاف والتلف .

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

بأمرين :

أحدهما : ما أفاده الشيخ الاعظم « ره » ، وهو عدم صدق الاخذ بالاضافة الى المنافع . وفيه أنه ليس المراد بالاخذ الاخذ بالجراحة الخاصة ، بل الاخذ كناية عن الاستيلاء على الشيء ، والتعبير عنه بالاخذ باليد من جهة كونه لازماً غالباً له ، والاخذ بهذا المعنى يصدق بالاضافة الى المنافع ، اذا استيلاء على المنفعة انما يتحقق بالاستيلاء على العين .

ثانيهما : ما أفاده المحقق الاصفهاني « ره » ، وهو عدم صدق النادية في المنافع ، فان ظاهر قوله « حتى تؤدي » كون عهدة المأخوذ مغياً بأداء نفس

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

ويدل على الضمان أيضاً قاعدة الاتلاف التي هي قاعدة عقلائية لم يردع
عنها الشارع ، بل أمضاها في موارد كثيرة ، بل يمكن استفادتها من الروايات
الواردة في شهادة الزور ، كصحيحة جميل عن ابي عبدالله 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 ماوردت في تلف الرهن بتفريط المرتهن ، كموثقة اسحاق بن
عمار قال : سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم
وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك ، أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتي
درهم ؟ قال : نعم لانه أخذ رهنأ فيه فضل فضيعه [الوسائل ، الباب ٧ من كتاب
الرهن ، الحديث ٢] .

ونحوها رواية الصدوق ، الا أن فيها « فيهلكه » ، فدل التعليل على أن كل
من ضيع مال الغير فهو ضامن . ومعلوم 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 في دار فيها حية
فلدغته او في محل السباع فافترسته ضمنه من جهة سببته للتلف^{١)}
لالاجل الغصب واليد .

(مسألة : ٦) لو منع غيره عن امساك دابته المرسلة او من القعود
على فراشه او عن الدخول في داره او عن بيع متاعه لم يكن غاصباً^{٢)}

(١) لان 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 والمجنون)
وبين الكبير اذا حبس بحيث لا يقدر على الخلاص منه ثم حصل في الحبس
شيء أهلكه اظلمته وعدم قدرته على الفرار من أذيته ، اذ هو حينئذ كالطفل ، بل
كالحيوانات التي لا شعور لها ، فعلة الضمان فيهما سواء .

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

(٢) وذلك لان الغصب عرفاً هو الاستيلاء على مال الغير أو حقه عدواناً
وظلماً ، والمفروض في المقام ليس استيلاءً على المال ، لان 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 الاشياء المذكورة بالاستيلاء على هذه الاشياء يتحقق

وان كان عاصياً وظالماً له من جهة منعه ^(١) ، فلو هلكت الدابة وتلف
الفراش او انهدمت الدار او نقصت قيمة المتاع بعد المنع لم يكن
على المانع ضمان اليد ^(٢) .

وهل عليه ضمان من جهة اخرى ام لا؟ اقواهما العدم فى الاخير
وهو ما اذا نقصت القيمة ^(٣) .

مفهوم الغصب لامحالة .

(١) لان الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم ، فالمنع عن سلطنتهم على
أموالهم ظلم وعدوان عليهم . ولا اشكال فى قبحة عقلا وحرمة شرعاً .

(٢) لان ضمان اليد مخصوص بما يقع تحت اليد واستولى عليه اذ الاخذ
فى قوله صلى الله عليه وآله « على اليد ما أخذت » كناية عن الاستيلاء ، فاذا لم
يكن استيلاء على المال لم يتحقق الاخذ ، فلما موضوع لضمان اليد .

(٣) وذلك من جهة عدم وجه للضمان ، لا ضمان اليد ولا ضمان الاتلاف لعدم
الموضوع لهما ، كما فى الجواهر : وحيث نذ فلو منع غيره من امساك دابته المرسلة
فتلفت لم يضمن ، وكذا لو منعه من القعود على بساطه أو منعه من بيع متاعه
فانقصت قيمته السوقية أو تلفت عينه كما فى النافع ومحكي التحرير والتبصرة
وشرح الارشاد للفخر وان لم يذكر فى بعضها تمام الامثلة ، بل فى المسالك
وغيرها نسبتها الى المشهور ، للاصل بعد عدم تحقق الغصب بعدم اثبات اليد .
لكن عن التذكرة بعد أن نفى الشك عن عدم تحقق الغصب فى الدابة المزبورة
قال : وهل يضمن ؟ قال بعض علمائنا لا يضمن ، وفيه اشكال .

ولعله لذا قال فى المسالك وتبعه عليه غيره : انه ينبغي أن يختص ما ذكره

بما لا يكون المانع سبباً في تلف العين بذلك ، بأن اتفق تلفها مع كون السكنى غير معتبرة في حفظها والمالك غير معتبر في مراعاة الدابة ، كما يتفق لكثير من الدور والدواب ، أما لو كان متوقفاً على سكنى السدار ومراعاة الدابة لضعفها او كون ارضها مسبعة مثلاً فان المتجه الضمان ، نظراً الى كونه سبباً قوياً مع ضعف المباشر وهو المحكي عن الشهيد في بعض فتاواه والكركي ، واستحسنه في الرياض لعموم « لاضرر ولا ضرار » [الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٢ من كتاب احياء الموات] .

ثم قال صاحب الجواهر : قلت : لا ينبغي التأمّل في عدم ضمان نقصان القيمة السوقية ، لعدم تفويت مال عليه بمباشرة أو تسبب ، ومن هنالم تضمن منافع الحر اجماعاً ، مع أن قاعدة « لاضرر ولا ضرار » تأتي فيه [الجواهر ج ٣٧ ص ١٤ - ١٥] .

أقول: وبالجمله التي استدلت على الضمان في المقام وان لم يكن المورد داخلاً في الغصب أمور :

(منها) قاعدة لاضرر التي يستدل بها في هذه المقامات ، بتقريب أن حكم الشارع بعدم الضمان في المقام ضرري على المالك أو على من منع من العمل فينتفى 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 تجارته مثلاً لا يجب على المسلمين تدارك ضرره . وهذا من الواضح بمكان .

(ومنها) أنه قد يستدل على الضمان في المقام بقاعدة احترام مال المسلم
الثابتة بمادل على أنه لا يحل مال امرئ 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 تقريب دلالة الاول على الضمان أن الحلال مالا تبعة 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 فسي المقام
أنه مع عدم رضا المالك يكون المال ماله تبعة وخسارة و عوض .

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

وأما حديث حرمة ماله كحرمة دمه ، فتقريب الاستدلال به : ان الحرمة انما
نسبت الى المال وظاهر ذلك ارادة احترام المال من حيث أنه مال ، واحترامه
كذلك انما يكون بالمعاملة معه معاملة ماله مالية يتداركها ، فعدم تدارك ماليته
معناه معاملة الهدر معه فرعاية ماليته رده أو رد عوضه لو تلف .

وفيه : ان رعاية حرمة مال المسلم يقتضي الضمان في فرض الاستيلاء عليه
بضمان اليد ، وكذا في فرض الاتلاف ، وأما اقتضاؤه لثبوت الضمان في غير

واما فى غيره فان كان الهلاك والتلف والانهدام غير مستند الى
منعه بأن كانت بأفة سماوية وسبب قهرى لايتفاوت فى ترتبها بين
ممنوعة المالك وعدمها لم يكن عليه ضمان^(١). واما اذا كان مستنداً
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^(٢) ، لكنه احوط .

هذه الموارد أول الكلام .

وأما حديث « لا يصلح ذهاب حق أحد » فلا يدل على الضمان ، لان الكلام
انما هو فى ثبوت الحق فى المقام والحكم لا يصلح لاثبات موضوعه .
(١) وذلك من جهة عدم موجب للضمان، لان الضمان فى المقام لو كان جارياً
لكان من جهة الاتلاف ، والاتلاف لا يكون سبباً اذا لم يستند الى الشخص لا
بمباشرة ولا بالتسبب كما هو المفروض .

(٢) وذلك لان استناد التلف اليه وان كان متحققاً بالتسامح العرفى لكن
العرف الدقيق لا يستند التلف اليه فى المقام ، بل لا يستند اليه الامجرد منعه عن
امساك دابته او القعود على فراشه او الدخول فى داره .

نعم قال فى المسالك وتبعه غيره : انه ينبغى أن يختص ما ذكره بما لا يكون
المانع سبباً فى تلف العين بذلك، بأن اتفق تلفها مع كون السكنى غير معتبرة فى
حفظها والمالك غير معتبر فى مراعاة الدابة كما يتفق لكثير من الدور والدواب ،
أما لو كان متوقفاً على سكنى الدار ومراعاة الدابة لضعفها أو كون ارضها مسبعة
مثلاً فان المتجه الضمان ، نظراً الى كونه سبباً قوياً مع ضعف المباشر .

لكنه لا يساعد نظر العرف الدقيق فى التسبب ، والملاك فى فهم العرف

(مسألة : ٧) استيلاء الغاصب على المغصوب وصيرورته
تحت يده عرفاً يختلف باختلاف المغصوبات . والميزان صيرورة
الشيء كذلك عدواناً ، ففي المنقول غير الحيوان يتحقق بأخذه بيده
او بنقله اليه او الى بيته او دكانه او انباره وغيرها مما يكون محرزاً
لامواله ولو كان ذلك لا بمباشرة بل بأمره^١ .

الديقق لا العرف المتسامح ، ولكن الضمان موافق للاحتياط كما في المتن .
(١) وذلك كله لان المراد من اليد الوارد في الحديث ليست الجارحة المخصوصة
ضرورة أن كون العهدة على اليد لا معنى له ، فالجارحة لا تكون ضامنة ولا عليها
شيء ، فلا بد أن يراد بها الشخص اما استعارة أو كناية ، فكأنه قال « من أخذ
شيئاً فعليه حتى يردّه » .

وأما الاخذ وان كان ظاهراً في الحسي ، ويكون نحو أخذ الميثاق والعهد
على نحو من التأويل ، لكن استعماله شائع في الاستيلاء ، واذا دار الامر بين تخصيص
الموصول بخصوص ما يؤخذ حساً كالثوب والدرهم والدينار أو الاخذ باطلاقه
وحمل الاخذ على الاستيلاء ، فلا شبهة في أن الثاني أولى لشيوع استعماله في
أخذ البيت والملك والدار والبلد وغيرها مما لا يكون فيها أخذ حسي ، بل مجرد
استيلاء عليها .

وان شئت قلت : ان المنفاهم العرفي من قوله صلى الله عليه وآله « على
اليد » أنه ضرب قاعدة كلية للضمان لافي خصوص المأخوذ حساً ، ولهذا ان
الشيخ الاعظم « قدّه » بارتكازه العقلاني اعترف شموله لجميع الاعيان ، فللهذا
المعتبر لجر بان الضمان في الغصب بمقتضى 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 اليه و كان مستولياً على البيت والدكان يكفى في الضمان بل لو استولى على الفراش مثلاً ولو بقعوده عليه كفى ^(١) ، ولا يكفى مجرد القعود وقصد الاستيلاء مالم يتحقق ذلك عرفاً ^(٢) وهو مختلف في الموارد كما ان في الحيوان أيضاً هو الميزان ، ويكفى الركوب عليه لو أخذ مقوده وزمامه او سوقه بعد طرد المالك ودفعه او عدم حضوره اذا كان يمشى بسياقه ويكون منقاداً له فلو كانت قطع غنم في الصحراء ومعها راعيها فطرده واستولى عليها بعنوان القهر والانتزاع من مالكتها وجعل

كما يتحقق بأخذه بيده أو ينقله اليه أو الى بيته أو دكانه أو انباره مما يكون محرراً لامواله يكون ذلك بأمره لا بمباشرته لصدق الاخذ والاستيلاء عرفاً .

(١) وذلك كله لصدق الاخذ والاستيلاء على مال الغير الملاك في جريان

قاعدة اليد كما تقدم .

(٢) لعدم تحقق مفهوم الاخذ الموضوع في قاعدة اليد، ولذلك جاء في اللمعة

الدمشقية: وحيث اعتبر في الضمان الاستقلال والاستيلاء فلو منعه من سكنى داره ولم يثبت المانع يده عليها أو منعه من امساك دابته المرسله كذلك فليس بغاصب لهما ، 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 بمنزلة راعيها يحافظها ويمنعها عن التفرق ، فالظاهر كفايته في تحقق الغصب لصدق الاستيلاء عرفاً . واما غير المنقول فيكفي في غصب الدار ونحوها كالديكان والمخان ان يسكنها^(١) او يسكن غيره ممن يأتمر بأمره^(٢) فيها بعد ازعاج المالك عنها وعدم حضورها . وكذا لو اخذ مفاتيحها من صاحبها قهراً وكان يغلق الباب ويفتجه ويتردد فيها ، واما البستان فكذلك لو كان له باب وحيطان ، والا فيكفي 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 صرح به الفاضل وغيره ، بل عن التذكرة 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 .

وحينئذ فلو منع غيره من امساك دابته المرسله فتلفت لم يضمن ، وكذا لو منعه من القعود على بساطه أو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية أو تلفت عينه ، كما في النافع ومحكي التحرير والتبصرة وشرح الارشاد للفخر ، وان لم يذكر في بعضها تمام الامثلة ، بل في المسالك وغيرها نسبتها الى المشهور ، للاصل بعد عدم تحقق الغصب بعدم اثبات اليد [الجواهر ج ٣٧ ص ١٤] .

(١) لحصول الاستيلاء على الدار والديكان والمخان باسكانها .

(٢) لاستناد الاخذ والاستيلاء الى الامر حينئذ ، فيكون هو الاخذ 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 المستأجر ام لا^{١)} .

عليه قاعدة اليد .

(١) لان الاستيلاء على المنافع لا يتوقف على الاستيفاء عسراً ، بل يصدق بانتزاع العين من مستحق المنفعة ومالكها أيضاً .
نعم ذهب الشيخ الاعظم الى أن مورد القاعدة مختص بالاعيان فلا يشمل المنافع والاعمال المضمونة .

أقول : القول بعدم شمول قاعدة اليد للمنافع يكون لوجوه :

(منها) ما يظهر من الشيخ الاعظم « قدسه » من عدم صدق الاخذ على المنافع ، قال : ولا اشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع ، وحصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الاخذ، ودعوى أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الاعيان مشكلة .

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

(ومنها) ان الاستيلاء على المنافع غير معقول لو فرض أن المراد بالاخذ الاستيلاء، لانه معنى اضافي يتوقف على المستولى والمستولى عليه، والمنافع أمور تدريجية الوجود متصرفة التحقق توجد شيئاً فشيئاً وتنعدم أو تستوفى ، فلا يكون ما مضى منها وما سيأتي متحققين . وفي مثله لا يمكن الاستيلاء فعلاً عليه ، لان

الاضافة بين الوجود والمعدوم غير معقولة ، فمنافع الدار ضرفيتهما القابلة للسكنى في عمود الزمان ، ومنافع الدابة ظهرها القابل للركوب ، والحمل في عمود الزمان وهما امر ان متصرمان يتبعان الزمان ، لان الظرفية في هذا الان لاتبقى في الان الاخر فلا يعقل الاستيلاء في مثلها .

وأما مايقال : من ان حيثة سكنى الدار القائمة بها فعليتها بفعلية مضايها في طرف الساكن . والمتضائفان متكافئان في القوة والفعلية ، فلاستيلاء حقيية الاعلى الدار بالنسبة الى المنافع القائمة فهو غير وجيه .

لان ظاهره أن سكنى الدار منفعته ، وهو خلاف الواقع ، لان منفعة الدار لدى العقلاء عبارة عن أمر قد تستوفى بالسكونة ، وقد تلتف وتصير هدراً بتركها خالياً من الساكن وكذا منفعة الدابة ، فمن حبس الدابة فقد تلف 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 . وبتلفه يصير مضموناً على ذي اليد المستوي 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 كما في الاجارة فكما أن تقدير وجودها مصحح لتمليكيها وتملكها فكذا الاستيلاء عليها عرفاً وعدم الاستيلاء بالدقة العقلية لا ينافي الاستيلاء عرفاً الذي هو المدار هنا .

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

هو امرأبده العلماء بزعم الامتناع العقلي ، وأما في محيط العقلاء فالاجارة وان كانت بلحاظ المنافع لكن بلحاظ تحققها في ظرفها . وأنت اذا راجعت العرف لا ترى تقدير وجودها ، بل الاجارة بلحاظ المنافع التي ستوجد ، والعرف لا يابى 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 المأخوذ مغياة بأداء نفس المأخوذ ، والمنافع لتدرجها في الوجود لأداء لها بعد أخذها في حـد ذاتها ، بخلاف العين التي لها أداء في حد ذاتها وان عرضها الامتناع ابتداءً اوبقاءً .

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

(ومنها) أن الظاهر من خبر اليد أن نفس المأخوذ على عهدة الاخذ في زمان وجوده وفي زمان تلفه وان اختلف حكم العقلاء في الزمانين ، والعين لاستقرار وجودها قابلة لوقوعها في العهدة في الزمانين . وأما المنافع والاعمال لتتصرمها لا يمكن أن تعافياها ، لافي زمان وجودها ، وهو واضح ولا في حال تلفها ، لان التالف ان وقع في الذمة بنحو التصرم والتدرج ، فلا يبقى آئين ولازمه عدم الضمان وان وقع فيها بنحو الاستقرار واللاتدرج فلاوجه له ، لان

(مسألة : ٨) لو دخل الدار وسكنها مع مالكيها فان كان المالك ضعيفاً غير قادر على مدافعتة واخرجه فان اختص استيلاؤه وتصرفه بطرف معين منها اختص الغصب والضمان بذلك الطرف دون غيره^(١) وان كان استيلاؤه وتصرفاته وتقليباته في الدار واجزائها بنسبة واحدة وتساوى يد الساكن مع يد المالك عليها فالظاهر كونه غاصباً للنصف^(٢) .

اليد على المتدرج لاعلى المستقر الثابت .

وفيه : ان التدرج والتصرم الواقعيين من لوازم وجود المنافع والافعال المتدرجة وما وقع في الذمة من الاعيان وغيرها عنوانها اعتباراً ، وهو ليس بمتدرج فكما أن الاعيان لا تقع في الذمة بعد تلفها مع لوازمها الوجودية كذلك المنافع واعتبار الشيء المتدرج لا يلزم التدرج الواقعي فيما يعتبر .

(١) لعدم تحقق الغصب والاستيلاء والاخذ الذي هو الملاك لضمان اليد بالاضافة الى الغير ، فلا وجه للضمان حينئذ .

(٢) لان استيلاء الغاصب هنا على النصف المشاع ، اذ المفروض بقضاء استيلاء المالك على الدار لكن لاعلى وجه الاستقلال بسل على نحو الاشتراك فيكون يد كل واحد منهما على النصف ، والغاصب غاصب للنصف فيكون ضامناً له خاصة .

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

فيكون ضامناً له خاصة 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 الثلث
وان كانوا ثلاثة ضمن الربع وهكذا .

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

مالو كان قوياً .

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

ولكن في المتن وتبعه بعض من تأخر عنه فيه تردد ، منشأه عدم استقلال
من دون المالك ، فلا يتحقق الغصب الذي هو الاستقلال باثبات اليد . ولم نجده
لاحد ممن تقدمه فضلاً عن الجزم بعدمه ، وان حكاه المصنف قولاً . بل عن
التنقيح نسبه الى المبسوط الا أنا لم نتحققه . وعلى تقديره فهو واضح الفساد
ضرورة صدق الغصب بذلك عرفاً المقتضي لاعتبار الاستيلاء فيه دون الاستقلال
أو للقول بتحقيقه هنا ولو بالنسبة الى النصف .

ودعوى اعتباره فيه - على مبنى رفع يد المالك ولو على جهة المشاركة
واضحة الفساد ، لان 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 [الجواهر ج ٣٧ ص ٢٣] .

الغصب ولا اليد ولا الاستيلاء فليس عليه ضمان اليد^(١) . نعم عليه بدل ما استوفاه من منفعة الدار ما دام كونه فيها^(٢) .

(مسألة : ٩) لو اخذ بمقود الدابة فقادها وكان المالك راكباً عليها ، فان كان في الضعف وعدم الاستقلال بمثابة المحمول عليها كان القائد غاصباً لها بتمامها^(٣) ،

(١) وذلك كله واضح مما تقدم ، لان مفهوم الغصب عرفاً عبارة عن الاستيلاء على مال الغير أوحقه عدواناً ، فلو كان الساكن ضعيفاً بحيث لا يقدر على مقاومة المالك - بحيث أنه كلما أراد المالك أن يخرج من داره فلا يتحقق الاستيلاء من الغير ويختل ركن من أركان مفهوم الغصب عرفاً - فلا يكون غصباً . وكذلك الضمان لعدم تحقق الاخذ الذي هو كناية عن الاستيلاء ، بمقتضى حديث على اليد ، فلا وجه 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) لان القاعد حينئذ مستول على الدابة وغاصب لها وآخذها من يدها لكها ولو كان المالك راكباً عليها، لانه بمنزلة المحمول على الفرض ، بحيث كلما اراد القاعد القاءه من ظهرها فعل ذلك .

وفي الجواهر: وكذا لو مد بمقود دابة فقادها بقصد الاستيلاء عليها أو ساقها كذلك ضمن وان كان الكها حاضراً لكن غير مثبت يده عليها ، لانه حينئذ غاصب بمعنى مستقل باثبات يده ومحتو وآخذ .

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

ويتبعه الضمان^١ ولو كان بالعكس بأن كان المالك الراكب قوياً قادراً على مقاومته ومدافعتة فالظاهر عدم تحقق الغصب اصلاً^٢ فلا ضمان عليه لو تلفت الدابة في تلك الحال^٣. نعم لاشكال في ضمانه لها لو اتفق تلفها بسبب قوده لها^٤ ،

ومرادهما على الظاهر كونه مع ذلك قادراً على منع الغاصب كما في القواعد وجامع المقاصد والمسالك وغيرها لعدم صدق الاستيلاء فضلاً عن الاستقلال والاختذ .

واليه يرجع ما في الارشاد، الا أن يكون المالك راكباً الامع الالغاء، بمعنى كونه ملجأً غير قادر على دفعه كقوله في غيره « ولو يمد بمقود دابة وصاحبها راكبها فلا استقلال الامع ضعفه عن المقاومة » .

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

[الجواهر ج ٣٧ ص ٢٨ - ٢٩] .

(١) وذلك بمقتضى قاعدة اليد .

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

(٣) لان الضمان لو كان في المقام لكان هو ضمان اليد ، والموضوع لحديث اليد هو الاختذ الذي هو كناية عن الاستيلاء ، والمفروض عدم الاستيلاء في المقام .

(٤) لان القود سبب للاتلاف حينئذ ، وقاعدة الاتلاف تجري في السبب والمباشر ، ومقتضاه الضمان ولو لم يكن هنا استيلاء .

كما يضمن السائق لها لو كان لها جماح فشردت بسوقه ف وقعت
في بثر او سقطت عن مرتفع مثلا فتلفت او عيبت^(١) .

(مسألة : ١٠) لو اشترك اثنان في الغصب ضمن كل منهما
لل بعض بنسبة الاستيلاء ان نصفاً فنصف وهكذا^(٢) . سواء كان كل
واحد منهما قوياً قادراً على الاستيلاء على العين ودفع المالك والقهر
عليه ام لا ، بل كان كل ضعيفاً بانفراده وانما استيلاؤهما عليها ودفع
المالك كان بالتعاقد والتعاون وسواء كان المالك حاضراً او غائباً^(٣) .
(مسألة : ١١) غصب الاوقاف العامة كالمساجد والمقابر

(١) بلاخلاف ولا اشكال ، لقاعدة الاتلاف كما في الجواهر : وعلى كل
حال فلا خلاف ولا اشكال في ضمانه لها لو اتفق تلفها بقوده لها وان كان الراكب
قوياً على الدافع ، بل لا يبعد ضمانه لمنفعتها التي فاتت على المالك بقوده ،
وكذا لو ساق الدابة وكان لها جماح فشردت بسوقه ف وقعت في بثر ضمن . والله
العالم [الجواهر ج ٣٧ ص ٣٠] .

(٢) لان الغصب كما يتحقق بالاستقلال كذلك يتحقق بالاشتراك والاشاعة
وملاك الغصب و ضمان اليد هو الاستيلاء ، فان كان الاستيلاء على النصف فالغصب
والضمان يكون على النصف وان كان على الثلث فعلى الثلث وهكذا .

ولذلك لاشبهة في أن يد الشخص على نصف الدار أمانة للملكية ، أي
ملكية النصف ، كما أن اليد على التمام أمانة ملكية الجميع . وبالجملة صدق
اليد على النصف كصدقها على الجميع لا ينكر ، فهو يدل على الضمان .

(٣) لتحقق الغصب باستيلائهما في جميع تلك الصور .

والمدارس والقناطر والرباطات المعدة لنزول المسافرين والطرق والشوارع العامة ونحوها. والاستيلاء عليها وان كان حراماً^(١) وهجب ردها^(٢)، لكن الظاهر أنه لا يوجب ضمان اليد لا عيناً ولا منفعة، فلو غصب مسجداً او مدرسة او رباطاً فانهدمت تحت يده من دون تسبب منه لم يضمن عينها ولا منفعتها^(٣).

(١) لان الغصب هو الاستيلاء عدواناً على الشيء وهو ظلم والظلم قبيح عقلاً وحرام شرعاً بلا خلاف ولا اشكال .

(٢) لان المنصوب كله مردود كما تقدم في أحكام مطلق الغصب ؛ وفي قول ابي الحسن عليه السلام في ذكر ما يختص بالامام : وله صوافي الملوك ما كان في أيديهم على غير وجه الغصب ، لان الغصب كله مردود [الوسائل ، الباب ١ من كتاب الغصب ، الحديث ٣] .

(٣) وذلك لان العين والمنفعة في الاوقاف العامة مثل المساجد والمقابر والمدارس والقناطر والرباطات المعدة لنزول المسافرين والطرق والشوارع العامة ونحوها لا تكون لها موقوف عليهم فلا تكون قابلة للاداء اليهم اما بالاضافة الى العين لان الوقف يبطل قهراً بانعدام موضوعه . فلا يكون قابلاً للاداء ، فلو أوقف الغاصب شيئاً نظير ما تلف بأفة سماوية يكون ايضاً من جديد لأداء للوقف السابق الى الموقوف عليهم .

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

نعم الاوقاف العامة على الفقراء او غيرهم بنحو وقف المنفعة
يوجب غصبها الضمان عيناً ومنفعة ، فاذا غصب خاناً او دكاناً
او بستاناً كانت وقفاً على الفقراء مثلاً على ان تكون منفعتها ونماؤها
لهم ترتب عليه الضمان كغصب المملوك^(١) .

(مسألة : ١٢) لو حبس حرّاً لم يضمن لانفسه^(٢) ولا منافعه

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

(١) لان العين متعلق لحق الفقراء حينئذ ، فأخذه والتسلط عليه عدواناً أخذ
منهم ، والتلف تحت يد الغاصب قابل للجبران بالاضافة الى الموقوف عليهم
وهم الفقراء ، فيكون الغاصب ضامناً بمقتضى قاعدة على اليد . كما أن المنافع
أيضاً تكون مأخوذة من الموقوف عليهم وهي قابلة اللداء ، فيجري ضمان
اليد حينئذ .

(٢) بلاخلاف محقق أجده ، لعدم كونه مالا حتى يتحقق فيه الضمان . وما
في النافع - من أنه لو كان التلف لاسببه كالموت ولدغ الحية فقولان - لم
نتحققه ، ونحوه ماعن المفاتيح من نسبة ذلك الى القيل والكفاية الى المشهور
وإذا قال في محكي المهذب والمقتصر « ان الاصحاب على خلافه » .

ولافرق في ذلك بين الصغير والكبير ، فما في الخبر « من استعار حرّاً
صغيراً فعيب ضمن » [الوسائل ، الباب ١٢ من موجبات الضمان ، الحديث
٢ من كتاب الديات] لاجابره ولاعامل به . ومن الغريب ماعن الفاضل من
الجزم في موضع من محكي التذكرة بعدم الضمان في مثله وتردده في المقام .

ضمان اليد حتى فيما اذا كان صانعاً^١ فليس على المحابس اجرة
صنعتة مدة حبسه .

نعم لو كان اجيراً لغيره في زمان فحبسه حتى مضى ضمن منفعتة
الفائتة للمستأجر، وكذا لو استخدمه واستوفى منفعتة كان عليه اجرة
عمله^٢ ولو غصب دابة مثلاً ضمن منافعتها سواء استوفاهام لا^٣ .

١) بلاخلاف أجده فيه ، لعدم كونها مسالا قبل وقوع الاجارة عليها وقبل
الاستيفاء . بل في الكفاية هو متطوع به في كلام الاصحاب وان عبر في التذكرة
بلفظ الاقوى مشعراً باحتمال الضمان فيه ، بل في مجمع البرهان قوة ذلك ،
لقاعدة نفي الضرر مع كونه ظالماً وعادياً ، فيندرج في قوله تعالى « فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا بمثل ما اعتدى عليكم » [سورة البقر : ١٩٤] « وجزاء سيئة
سيئة » [سورة الشورى : ٤٠] وغيرهما مما دل على جواز المقاصة والعقاب
بمثل ما عوقب تكليفاً دون الضمان الوضعي .

٢) بلاخلاف ولا اشكال ، لان منفعتة متقومة حينئذ ، فهو كمن أخذ مسال
غيره، ولولان المنفعة المزبورة تقابل بمال حيث أن عمل الحر في الصورتين
وقع تحت يد الغاصب فيكون ضامناً لاجرة المثل .

ولذلك جاء في الجواهر : نعم لو استأجره لعمل في زمان معين فاعتقله
ولم يستعمله فيه استقرت الاجرة عليه قولاً واحداً كما عن المهذب البارع ،
ولانزاع فيه كما في جامع المقاصد ، ولعله بعد ارادة الاجماع منه - الحججة
بعد اقتضاء عقد الاجارة ملك الثمن، وعدم الاستيفاء انما كان لتقصير من المستأجر
وقد فات الزمان . والاصل عدم بطلانها ، كما أن الاصل عدم قيام غير الزمان
الذي هو متعلق العقد مقامه [الجواهر ج ٣٧ ص ٤١] .

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

(مسألة : ١٣) لو منع حرّاً عن عمل له اجرة من غير تصرف
واستيفاء لم يضمن عمله ولم يكن عليه أجرته ^(١) .

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

كما في الجواهر : ولا كذلك لو استأجر دابة مثلاً لنقل متاع مثلاً
فحبسها بقدر الانتفاع أو بذلت له كذلك فتسلمها ولم يستوف لان منفعتها
حيثئذ مضمونة عليه فتقوم مقام المنفعة المستحقة له بعقد الاجارة ولو بالتهاثر
التهمري باعتبار كونه مستحقاً عليه من منفعة الدابة المزبورة لانها مضمونة عليه
في يده مقدار ما هو مستحقة له . وهو أقرب من أجره المثل التي هي بدل ما يفوت
من المنفعة لو لم يكن له مقدار ما فات في يده مما هو مضمون عليه . فتأمل جيداً
فانه دقيق جداً [الجواهر ج ٣٧ ص ٤٢] .

(١) لان منافع الحر كثيابه في قبضته وباقية على أصالة عدم الضمان وان
ظلم وأثم بحبسه أو منعه عن العمل .

وفي اللعة الدمشقية : ولو حبس الحرمدة لها أجره عادة لم يضمن أجرته
اذا لم يستعمله ، لان منافع الحر لا تدخل تحت يده تبعاً له ، سواء كان قد استأجره
لعمل فاعتقله ولم يستعمله أم لا . نعم لو كان قد استأجره مدة معينة فمضت زمن
اعتقاله وهو باذل نفسه للعمل استقرت الاجرة لذلك (أي لاجل تفويت المستأجر
على العامل وقته وهو باذل نفسه للعمل) لا للغصب ، بخلاف الرقيق لانه مال
محض ومنافعه كذلك [اللعة الدمشقية ج ٧ ص ٢٩] .

ولكن يمكن أن يقال : بأن الملاك في المالية العرفية أن يبذل بأزائه المال

(مسألة : ١٤) يلحق بالغصب فى الضمان المقبوض بالعقد
المعاوضى الفاسد^(١) أو كالمعاوضى مثل المهر. ويلحق به المقبوض
بمثل الجعالة الفاسدة مما لا يكون عقداً

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

(١) كعقد البيع ونحوه من العقود الموجبة لانتقال الضمان الى القابض
بلاخلاف أجده فيه ، بل هو المعروف من مذهب الاصحاب، وفى المسالك هو
موضع وفاق . لعموم « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » [المستدرک ، الباب
١ من كتاب الغصب ، الحديث ٤ ، وسنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥] .

وقد يستدل عليها بقاعدة « كل عقد يضمن بفاسده » وهذه القاعدة وعكسها
ليستا مورد نص أو معقد اجماع ، ولذا وفرض عدم مطابقة مضمونها للقواعد
والادلة أو عدم معنى صحيح لهما لانبالي . وربما يستدل على ضمان المقبوض
بالبيع الفاسد بروايات وردت فى الامة المسروقة :

(منها) حسنة جميل التى هى كالصحيحة عن ابى عبد الله عليه السلام فى
رجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجىء مستحق الجارية . قال :
يأخذ الجارية المستحق ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ، ويرجع على من باعه
بضمن الجارية وقيمة الولد التى أخذت منه [الوسائل ، الباب ٣٦ من أبواب
القصاص فى النفس ، الحديث ٢] .

والاستدلال بهما مبني على عدم كون المورد من بساب استيفاء المنفعة

ولاضمان الاتلاف مباشرة أو تسببياً . وقد أشار الشيخ الاعظم قدس سره الى دفع احتمالها بأنه نماء لم يستوفه المشتري ، وليس استيلاها من قبيل اتلاف المال بل من قبيل احداث نماء غير قابل للملك فهو كالتلف لا المتلف .

ولكن ظاهر بعض الروايات أن الضمان لاجل الانتفاع ، كسرواية زرارة قال : قلت لابي جعفر عليه السلام : الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء الرجل فيقيم البينة على أنها جاريتة لم يبع ولم يهب . فقال : يرد اليه جاريتة 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 اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى أرضه فولدت منه أولاداً ثم ان أباه يزعم (ثم اتاها من يزعم خ ل) انها له وأقام على ذلك البينة . قال : يقبض ولده ويدفع اليه الجارية ويعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها [الوسائل ، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد ، الحديث ٤] .

وفي قوله عليه السلام « ويعوضه » احتمالان : احدىهما أن ما اصاب من لبنها وخدمتها - أي المنافع المستوفاة منها - جعل عوضاً من قيمة الولد ، فقدر القيمة بما اصاب منها تعبداً . والثاني ولو بملاحظة سائر الروايات أن قيمة الولد تقدير لما أصاب من اللبن والخدمة ، فقيمه على هذا ليست لاجل استيفاء المنفعة التي هي الولد ولا بأزاء تفويت منافع الجارية ولا لاجل ضمان اليد على الجارية ويتبعه ضمان المنافع ، بل لاجل استيفاء سائر المنافع ، أي اللبن والخدمة ،

فالمبيع الذي يأخذه المشتري والتمن الذي يأخذه البايع في البيع الفاسد يكون ضمانيهما كالمغصوب . سواء كانا عالمين بالفساد أولاً^(١) التي يأخذها الموجر في الاجارة الفاسدة^(٢) . وكذا المهر الذي تأخذه المرأة في النكاح الفاسد^(٣) ، والجعل الذي يأخذه العامل في

لكن لما كما كان قدرهما ربما يكون مجهولاً قدره الشارع بقيمة الولد . وكيف كان لا تبدل تلك الروايات على مسامح الشيخ الاعظم اثباتها . نعم اطلاق حسنة جميل يقتضي الرجوع الى المثل ولو بعد تلفه بالتلف السماوي لان الرجوع اليه ليس عرفاً مختصاً بوجوده كما لا يخفى ، فدات هي على المطلوب في الجملة على اشكال .

(١) لان القبض والاقباض في المبيع والتمن في البيع الفاسد لا يكون على وجه المجانية بل يكون على وجه المعاوضة ، فاذا كانت المعاوضة فاسدة لا يكون اذن واباحة في المأخوذ 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 والبايع .

(٢) بلاخلاف أجده فيه ، لعموم على اليد وقاعدة من أتلّف وأصالة احترام مال المسلم .

(٣) كما في الجواهر : ومنه يعلم عدم اختصاص المحكم بالمقبوض للشراء المعبر 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 لاتحاد المدرك في الجميع . والله العالم [الجواهر

الجمالة الفاسدة^(١) .

واما المقبوض بالعقد الفاسد غير المعاوضى واشباهه فليس فيه ضمان ، فلو قبض المتهم ما وهب له بالهبة الفاسدة ليس عليه ضمان^(٢) ويلحق بالغصب ايضاً المقبوض بالسوم ، والمراد به ما يأخذه الشخص لينظر فيه او يضع عنده ليطلع على خصوصياته لكى يشتريه اذا وافق نظره ، فهو فى ضمان آخذه فلو تلف عنده ضمنه^(٣) .

ج ٣٧ ص ٧٣] .

(١) لانه مصداق من الغصب ويشمله قاعدة على اليدما أخذت حتى تؤديه وكذلك سائر أدلة الضمان .

(٢) لان 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 للمتهب وان زعما أو أحدهما الصحة لكنه لاعلى وجه تقييد الاذن بها ، بل ليس الصادر منهما الا المسمى المشترك بين الصحيح والفاسد الذي مقتضاه عدم الضمان .

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

(مسألة : ١٥) يجب رد المغصوب الى مالكه مادام باقياً وان كان في رده مؤثونة بل وان استلزم رده الضرر عليه ، حتى انه لو ادخل الخشبة المغصوبة في بناء لزم عليه اخراجها وردها لو ارادها المالك وان ادى الى خراب البناء . وكذا اذا ادخل اللوح المغصوب في سفينة يجب عليه نزع ورده^١ .

والكفاية ، وهو متجه 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 المسلمات ، بل المحكي عن كثير - حتى المختلف والايضاح والمسالك ومجمع البرهان - التصريح بالضمان فيما اذا دفع البائع لعبد كلي موصوف عبدین للمشتري ليتخير فأبقي أحدهما الحاقاً له بالمقبوض بالسوم ان لم يكن منه ، لعموم «على اليد» [الجواهر ج ٣٨ ص ٧٢ - ٧٣] .

(١) بلاخلاف في ذلك كله بيننا ، والاجماع بقسميه عليه ان لم يكن ضرورة من المذهب ، مضافاً الى قوله عليه السلام في النصوص السابقة « الغصب كله مردود» [الوسائل ، الباب ١ من أبواب الانفال ، الحديث ٤ من كتاب الخمس] .

والظاهر أن الحكم كذلك ولو تعسر واقتضى هدم البناء أو خراب السفينة ضرورة بقائها 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^(١)
او مال محترم لغير الغاصب الجاهل بالغصب^(٢) ، والافقيه تفصيل^(٣) .

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

وفي الجواهر : وعلى كل حال فقد ظهر لك أنه لو أدرج لوحاً مغصوباً في
سفينة وجب قلعه ان لم يخف من نزعه هلاك نفس محترمة أو مال كذلك ، بأن
كانت على وجه الارض مثلاً أو أدرجه في أعلاها على وجه لم يخش من نزعه
الغرق ، وخلاف أبي حنيفة آت هنا . وان كانت في اللجة وخيف من النزاع غرق
حيوان محترم - آدمي أو غيره - او مال كذلك لغير الغاصب الجاهل بالغصب ففي
القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر غيرها عدم
وجوب النزاع ، بل في مجمع البرهان لاختلاف فيه جمعاً بين الحقيين ،
ولاحترام روح الحيوان سواء كان الغاصب أو للغاصب أو غيره [الجواهر ج ٣٧
ص ٧٦] .

٢) فحينئذ لا يجب القلع والرد ، لانه ضروري 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 الضررين ظاهراً ، فان كان البقاء مستلزماً لضرر أعظم على المغصوب منه

وهكذا الحال فيما اذا خاط ثوبه بخيوط مغصوبة ، فان للمالك الزامه بردها ، ويجب عليه ذلك وان ادى الى فساد ثوبه^(١) . وان ورد نقص على الخشب او اللوح او الخيط بسبب اخراجها ونزعها يجب على الغاصب تداركه^(٢) . هذا اذا بقي للمخرج والمنزوع قيمة بعد ذلك ، والا فالظاهر انه بحكم التالف فيلزم الغاصب بدفع البديل وليس للمالك مطالبة العين^(٣) .

يقلع ، والا فان كان القلع اعظم ضرراً على غير المغصوب منه يبقى اللوح في محله وعلى الغاصب رد مثله أو قيمته ، واما ان كان الضررين متساويين فيرجع الى القرعة لحل المشكلة وترجيح أحد الضررين على الاخر .

(١) وذلك من جهة قاعدة على اليد وما دل على أن المغصوب كله مردود .
(٢) وذلك من جهة اقتضاء قاعدة اليد وحرمة الاموال ، ففي الجواهر : ولو خاط ثوبه مثلاً بخيوط مغصوبة فان أمكن نزعها على وجه تصل الى مالكةا الزم الغاصب ذلك وان استلزم فساد الثوب وضمن ما يحدث من نقص [الجواهر ج ٣٧ ص ٧٩] .

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

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

(مسألة : ١٦) لو مزج المغصوب بما يمكن تميزه ولكن مع المشقة - كما اذا مزج الشعير المغصوب بالحنطة او الدخن بالذرة - يجب عليه ان يميزه ويرده ^(١) .

العين معناه بقاؤه ، فلا وجه للضمان بالاضافة الى البدل ، لانه يكون حينئذ من الجمع بين العوض والمعوض ، وهو غير ممكن عرفاً وعقلاً بحسب الاعتبار . وفي الجواهر : ولو خشى تلفها بانتزاعها لضعفها ضمن القيمة كما في القواعد والدروس وغيرهما لكونه كالمعدوم باعتبار تعذر رده ، وظاهرهم عدم وجوب الاخراج حينئذ كما اعترف به في المسالك ، ولكن في جامع المقاصد في شرح عبارة القواعد التي هي كعبارة المصنف « ولو طلب المالك نزاعها 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 جناية الغاصب توجب اكثر الامرين ، ولو استوعبت القيمة أخذها ولم تدفع العين » .

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

(١) كما هو مقتضى عموم قوله عليه السلام «المغصوب كله مردود» واطلاق قوله صلى الله عليه وآله « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » .

(مسألة : ١٧) يجب على الغاصب مع رد العين بدل ما كانت لها من المنفعة في تلك المدة ان كانت لها منفعة ، سواء استوفاهها كالدار سكنها والدابة ركبها أم لا وجعلها معظلة ^١ .

وفي الجواهر : وكذا الكلام فيما لزم مزجه مزجاً يشق تميزه كمزج الحنطة بالشعير أو الدخن بالذرة ، وحينئذ يكلف تميزه واعادته . نعم لو بلغت حد الفساد على تقدير الاخراج بحيث لا يبقى لها قيمة فلا خلاف ولا اشكال في 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 «لا ضرر ولا ضرار» ومناف أيضاً لملك القيمة التي هي عوض شرعي يقتضي ملك معوضه للدافع . اللهم الا أن يقال : انها عوض مالية وان بقي هو مملوكاً ، لكنه كما ترى [الجواهر ج ٣٧ ص ٧٥ - ٧٦] .

١) لان التحقيق أن المنافع أيضاً تقع تحت اليد كما يقع العين تحت اليد وتكون مغضوبة ، كما أن العين تصير مغضوبة ، فمقتضى عموم المغضوب كله مردود ، واطلاق « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » وجوب رد المنافع ، وحيث أنها اما مستوفاة واما تالفة فيجب رد بدلها وهو القيمة .

وعن صاحب الجواهر : وعلى كل حال فلا خلاف ولا اشكال في أن على الغاصب الاجرة ان كان مماله أجرة في العادة من حين الغصب الى حين دفع البديل ، بل الاجماع بقسميه عليه ، اما عرفة فيما تقدم من ضمان كل ما فات في يد الغاصب ولو بأقرب سماوية ، اذ المنافع أموال فتضمن كالايمان .
نعم قول ظاهر المصنف وغيره «فيما له أجرة في العادة» اخراج نحو غصب

(مسألة : ١٨) لو كانت للعين منافع متعددة وكانت معطلة

الغنم والمعز والشجر، حيث لا منفعة له تستأجر عادة ، كما عن المبسوط التصريح به مع أنه قيل ان كلام الحلبي والفاضل والكركي وثاني الشهيدين في كتاب الاجارة ففي مسألة مالو استأجر تفاحة للشحم أودراهم أودناير للزينة ، ينافي ذلك . الا أن التحقيق خلافه وان قلنا بصحة الاجارة في مثلها ، لكنها لا تعد عرفاً اتلاف مال على الغاصب مع فرض عدم استعدادها لذلك [الجواهر 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 الاستيجار على منفعة خاصة لا يوجب أن لا يصدق عليه اتلاف المال ، مع أن مقتضى القاعدة الضمان في جميع المنافع ولو لم يكن مالا بمقتضى اطلاق دليل اليد .

ويدل على ضمان المنافع رواية زرارة قال : قلت لابي جعفر عليه السلام الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء الرجل فيقيم البينة على أنها جاريته لم يبيع ولم يهب . فقال : يرد اليه جاريته ويعوضه بما انتفع [الوسائل الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد ، الحديث ٢] .

وفي رواية أخرى عن زرارة قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى أرضه فولدت منه أولاداً ثم ان اباه يزعم (ثم اتاها من يزعم خ ل) أنها له وأقام على ذلك البينة . قال : يقبض ولده ويدفع اليه الجارية ويعوضه في قيمته ما اصاب من لبنها وخدمتها [الوسائل ، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد ، الحديث ٤] .

فالمدار المنفعة المتعارفة بالنسبة الى تلك العين ولا ينظر الى مجرد قابليتها لبعض منافع آخر ، فمنفعة الدار بحسب المتعارف هي السكنى وان كانت قابلة في نفسها بأن تجعل محرزاً او مسكناً لبعض الدواب وغير ذلك. ومنفعة بعض الدواب كالفرس بحسب المتعارف الركوب ومنفعة بعضها الحمل وان كانت قابلة في نفسها لان تستعمل في ادارة الرعى والدولاب ايضاً^(١) .

فالمضمون في غصب كل عين هو المنفعة المتعارفة بالنسبة اليها 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 اعلى ضمن الاعلى^(٢) ،

(١) وذلك لان المنفعة المتعارفة هي التي تقع تحت اليد عرفاً وتتلغ باتلاف من الغاصب دون ما كان المغصوب قابلاً له فقط .

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

ومعلوم أن القدر المتيقن من الاجماع الفوائد المتعارفة .

(٢) وذلك من جهة شمول قاعدة اليد والاتلاف للمنة المتعارفة مع قيمتها الاعلى فيكون مقتضاهما الضمان بالنسبة الى الاعلى ، كما في القواعد في موضع

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

منها والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد والتفويت ولو تعددت المنافع
كالبد الخياط الحائك ألزمه اجرة أعلاها ، ولا تجب اجرة الكل .

وفي الروضة : لو تعددت المنافع فان أمكن فعلها جملة أو فعل اكثر من
واحدة وجب أجرة ما امكن ، والا كالخياطة والحياكة والكتابة فأعلاها أجرة ،
ولو كانت الواحدة أعلى منفردة عن منافع متعددة يمكن جمعها ضمن الاعلى .
وفي المسالك : ان استعملها فى الاعلى ضمنها وان استعملها فى الوسطى
أو الدنيا أولم يستعملها ففي ضمان أجرة متوسطة أو الاعلى وجهان .

ولكن يمكن الايراد بما فى الروضة بأن مجرد امكان فعل الاكثر من واحد
مالم يكن ذلك متعارفاً لا يصدق التفويت عرفاً ولا وقوع المنافع تحت اليد ،
بل يعد مجرد فرض عقلي غير متبادر فى ذهن العرف من دليل اليد والاتلاف .
كما يمكن الايراد بما فى المسالك : بأنه لافرق فى نظر العرف فى تطبيق أدلة
الضمان بين ما اذا استعملها فى الاعلى أو فى الوسطى أو الدنيا أولم يستعملها ،
حيث أنه فوت الاعلى على المالك ، ومقتضى التفويت والاتلاف الضمان .
ومن ذلك يظهر توضيح ما ذكره دام ظلّه فى المتن من أنه مع التفاوت
كان عليه اجرة الاعلى أو الادنى .

(مسألة : ١٩) ان كان المغضوب منه شخصاً يجب الرد اليه اوالى وكيله^(١) ان كان كاملاً والى وليه ان كان قصراً كما اذا كان صبياً او مجنوناً ، فلورد فى الثانى الى نفس المالك لم يرتفع منه الضمان^(٢) ، وان كان المغضوب منه هو النوع كما اذا كان المغضوب وقفاً على الفقراء وقف منفعة فان كان له متول خاص يرد اليه^(٣) والا فيرده الى الولى العام ، وهو الحاكم^(٤) . وليس له ان يردده الى بعض افراد النوع ، بأن يسلمه فى المثل المذكور الى احد الفقراء .

(١) لان المتفاهم العرفي من قوله عليه السلام « المغضوب كله مردود » الرد الى المغضوب منه أو وكيله ، اذ الرد الى الوكيل - باعتبار و كالتة نزوله منزلة الموكل - رد الى الموكل اعتباراً ، كما أن المتفاهم العرفي من قوله صلى الله عليه وآله « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » الاداء الى شخص المغضوب منه أو وكيله .

(٢) اذ لا اعتبار بقبض الصبى والمجنون بعد كون أفعالهما ملغى عن التأثير شرعاً اجتماعاً نصاً كما فى حديث رفع القلم ، حيث أنه رفع قلم التكليف والوضع عن أفعال الصبى والمجنون حتى يحتلم ويبلغ الصبى ويفيق المجنون .

(٣) لان الولاية على المال الموقوف عليه للمتولي بمقتضى جعل التولية والولاية له ، فالغصب تصرف فى مورد سلطنته وولايته ، ورد الغصب عرفاً لا يتحقق الا بالرد اليه والتسليم له .

(٤) اذ الحاكم له الولاية العامة لكل مال لم يكن له مالك ولاولى خاص بل له الولاية عليها أيضاً فى طول سلطنة المالك والمتولي ، فمفهوم الرد والاداء

نعم فى مثل المساجد والشوارع والقناطر بل الرباطات اذا
غضبها يكفى فى ردها رفع اليد عنها وابقاؤها على حالها ^(١) ، بل
يحتمل ان يكون الامر كذلك فى المدارس ، فاذا غضب مدرسة
يكفى فى ردها رفع اليد عنها والتخلى بينها وبين الطلبة ^(٢) ، والاحوط

عرفاً فى النصوص الرد والاداء الى من له الولاية والسلطنة على المال ، لان
الغضب كما تقدم تصرف فى سلطان الولي وولايته ، ولاينقلب عما هو عليه الا
بالرد والاداء الى من له الولاية والسلطنة .

(١) لان المساجد والشوارع والقناطر بل الرباطات بحسب الطبع على حالها
ويبد عامة الناس ، فيدخلون ويصلون فى المساجد بدون الردع عنهم ، كما
أنهم ينزلون الرباطات فى أثناء الطريق وأبوابها مفتوحة لكل أحد ينزل مسن
السفر ويدخل فيه للاستراحة أثناء الطريق .

وفى الشوارع والقناطر كانت السيرة على مرور كل أحد عليهما مسن دون
المنع عن أحد ومن دون الاستجازه من أحد وكأنه بيد كل الناس وسلطنتهم
والرد والاداء عرفاً ليس الا ارجاعها الى ما كان عليها قبل الغضب ، فحيث أن
هذه الاشياء تحت يد عموم الناس عادة وبحسب السيرة فالرد فى أمثال ذلك
لا يكون الا بتخلى اليد عنها وابقائها على حالها .

(٢) لان السيرة فى كثير من الحوزات العلمية والمدارس كان على سكونة
الطلاب فيها ، فالغضب فى أمثال ذلك عرفاً ربما يكون غضباً مسن الطلاب ،
لان الغرف كانت تحت يدهم وسلطنتهم ، والمدرسة عبارة عن مجموع الغرف
والصحن وسائر المرافق .

الرد الى الناظر الخاص^(١) لو كان ، والا فالى الحاكم . هذا اذا غصبها ولم يكن فيها ساكن ، والا فلا يبعد وجوب الرد الى الظلبة الساكنين فيها حال الغصب ان لم يعرضوا عن حقهم .

(مسألة : ٢٠) اذا كان المغصوب والمالك كلاهما فى بلد الغصب فلا اشكال^(٢) . وكذا ان نقل المال الى بلد آخر وكان المالك فى بلد الغصب فانه يجب عليه عود المال الى ذلك البلد وتسليمه الى المالك^(٣) ، واما اذا كان المالك فى غير بلد الغصب فان كان فى بلد المال فله الزامه بأحد الامرين : اما بتسليمه له فى ذلك البلد ، واما بنقله الى بلد الغصب^(٤) .

(١) لان الولاية للطلاب ينتهى الى الناظر الخاص لو كان والا فالى الحاكم والغصب كما تقدم تصرف في سلطان من له السلطنة .

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

(٣) لان مقتضى الرد والاداء الذي هو غاية الضمان عود المال الى ذلك البلد وتسليمه الى المالك ، وبدونه لا يتحقق الاداء الذى هو مسقط للضمان .

(٤) وذلك لان المراد بالرد والاداء - فى 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 يطلب ماله 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 المسلم كحرمة دمه .

وأما ان لم يطلب المالك بل يطلب الرد اليه في بلد الغصب ، لان الرد والاداء يتوقف على القبض والاقباض ، ولادليل على وجوب الاقباض على المالك في غير بلد الغصب، فله أن لايقبض الا في بلد الغصب . فحينئذ يتعين مصداق الرد والاداء الى المالك في تسليم المال الى المالك في بلد الغصب خاصة، ويجب بمقتضى قاعدة اليد وقاعدة المغصوب مردود ولايسقط الضمان الا بذلك .

وفي الجواهر : اذا نقل المغصوب الى غير بلد الغصب لزمه اعادته ان كان مالكة فيه بغير اشكال لتوقف الاداء والرد على ذلك ، أما لو كان مالكة في غيره وجاء به الغاصب اليه ففي المسالك « تخير المالك بين أن يقبضه حيث يدفعه اليه وبين أن يأمره بالرد الى المكان الذي غصبه فيه ، لانه عاد بنقله ، فكان الرد عليه حيث يطلبه المالك وله أن يأمره برده الى بعض المسافة، بل هو أولى » [الجواهر ج ٣٧ ص ٢٢١] .

(١) لانه شيء زائد على طبيعة الرد والاداء الى المالك، وهما غير مقتضيان لذلك ، فمقتضى الاصل عدم وجوبه ، خصوصاً بعدما قالوا بأن المراد من الرد ارجاع الشيء الى المحل الذي أخذه منه ، وخصوصاً بعد الاعتضاد بفتوى من وقفنا عليه من الاصحاب .

(مسألة : ٢١) لو حدث في المغصوب نقص وعيب وجب على الغاصب ارش النقصان ، وهو التفاوت بين قيمته صحيحاً وقيمه معيباً ورد المعيوب الى مالكة، وليس للمالك الزامه بأخذه المعيوب ودفع تمام القيمة ^(١) ،

(١) لان الواجب على الغاصب رد عين المغصوب الى 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 جبران هذا النقص بمقتضى قاعدة اليد، حيث أن الظاهر منه أداء المأخوذ الى مالكة بتمامه وكما له ، فاذا ورد نقص على الشيء وعيب نقص ماليته لا يمكن رد خصوصية من خصوصيات المأخوذ ، فتنتقل الوظيفة الى أداء بدله وهو القيمة .

وفي الجواهر : ولو حدث في المغصوب مستقر لاسراية له - مثل تسويس التمر أو تخريق الثوب - رده مسع الارش ، سواء كان بفعل الغاصب أو غيره وسواء زال معه الاسم أو غيره بلاخلاف أجده فيه بيننا، بل الاجماع بقسميه عليه، بل هو مقتضى وجوب رد المغصوب وضمن ما فات منه المستفادين من العقل والكتاب والسنة والاجماع .

خلافاً للمحكي عن ابي حنيفة من أنه اذا غير الغاصب المغصوب تغييراً أزال به الاسم والمنفعة المقصودة منه - كما اذا قطع الثوب أو طحن الحنطة مثلاً - ملكه وضمن قيمته للمالك ، بل عنه لو دخل لص دار رجل فوجد بغلاً وطعاماً ورحى فضمم البغل وطحن الطعام ملك الدقيق، فان انتبه صاحب الدار بعد ذلك كان للص قتاله عن دقيقه، فان أتى الدفع عليه فلا ضمان على اللص . وهو كما ترى

ولا فرق على الظاهر بين ما كان العيب مستقراً وبين ما كان مما يسرى ويتزايد شيئاً فشيئاً حتى يتلف المال بالمرّة^١ .

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

مناف لقاعدة بقاء الملك ، بل وللمعلوم من الشرع . والله العالم [الجواهر ج ٣٧ ص ٨٢] .

١) وذلك لاطلاق ما تقدم من الوجه في صدر المسألة . نعم في الجواهر: ولو كان العيب غير مستقر بل سارلا يزال يزداد الى الهلاك كعفن الحنطة ، قال الشيخ في المحكي من مبسوطه : الاقوى أنه يضمن قيمة المغصوب لانه بشرفه على التلف صار كالمستهلك فيضمن الغاصب حينئذ مثله أوقيمته، بل مقتضى ذلك بناءً على ما قدمناه كون المغصوب ملكاً للغاصب، وعن التذكرة أنه أظهر قولي الشافعية . لكن قال المصنف : ولوقيل 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 . . . [الجواهر ج ٣٧ ص ٧٣] .

٢) بلاخلاف أجده فيه بيننا ، وفي المسالك نسبتبه الى اكثر أهل العلم ، لان الفئات رغبات الناس ، لاشيء من المغصوب . خلافاً لشذاذ من العامة ، وخصوصاً اذا فانت 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 به حكمه كالمقبوض
بالعقد الفاسد والمقبوض بالسوم قبل رده الى المالك ضمنه بمثله
ان كان مثلياً وبقيمته ان كان قيمياً^(١) ، وتعيين المثلى والقيمي مو كول
الى العرف . والظاهر ان المصنوعات بالمكائن في هذا العصر مثليات
أو بحكمها ، كما أن الحبوب والادهان وعقاقير الادوية ونحوها

(١) بلا خلاف معتد به أجده فيه كما اعترف به بعضهم ، بل هو من قطعيات
الفقه ، كما يومیء اليه أخذه مسلماً في سائر أبوابه ، وفي جامع المقاصد الاجماع
عليه ، وفي غاية المراد أطبق الاصحاب على ضمان المثلي بمثله الا ما يظهر من
ابن الجنيدي . فانه قال : « ان تلف المضمون ضمن قيمته أو منله ان رضي صاحبه »
ولعله يريد القيمي والمراد من ضمانه بمثله عدم تسلط المالك على الزامه بالقيمة
لو أرادها ، كما أنه لا تسلط للغاصب على الزام المالك بقبول القيمة لو بدلها .
وأما استفادة ذلك من الأدلة فانما هي من وجوه :

(منها) أن مقتضى اطلاقات أدلة الضمان الواردة في المغصوبات والامانات
المفرط فيها وغير تلكم المقامية - ايكال ما يجب رده الى ما هو المتعارف عند
الناس - ومن المعلوم أن المتعارف عندهم رد العين مع بقائها ورد ما هو الاقرب
اليها بعد عدم امكان ردها . والاقرب هو المثل لكونه تدار كالألمالية والخصوصيات
الفائنة التي تختلف بها الرغبات .

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

مثليات ، وأنواع الحيوان ، كذا الجواهر ونحوها قيميات ^(١) .

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

(١) وتوضيح ذلك أن المثل والقيمة لم يرد فيهما اصطلاح خاص من الشرع ولا يكون فيهما حقيقة شرعية فلذلك يكون المرجع في تشخيصها الى العرف .

ولذلك قال المقدس الاردبيلي بعد أن أشكل ما ذكره من تعاريف المثلي ما حاصله من ان تحقيقه مشكل جداً، وهو مبني أحكام كثيرة . والذي تقتضيه القواعد أنه لفظ عليه أحكام بالاجماع والكتاب والسنة وليس له تفسير في الشرع ، وما ذكر مجرد اصطلاح ، فيمكن أن يحال الى العرف ، وهو كل ما يقال ان لهذا مثلاً عرفاً يؤخذ به ، فان تعذر أولم يكن أصلاً فالقيمة .

نعم اعترض عليه صاحب الجواهر بقوله قلت : لكن ذلك كله كما تسمى مخالف للاجماع بقسميه ، بل ولما هو كضروري الفقه بين العامة والخاصة فيمكن أن يقال بملاحظة ذلك وملاحظة الامر بالقيمة في الحيوانات والمنافع والسفرة الملتقطة في الطريق وكان فيها بيض ولحم وغيرها .

وغير ذلك مما ورد فيه الامر بالقيمة وله أمثال عرفية، انه لا يراد المثل العرفي بل هو شيء فوق ذلك وهو المماثلة في غالب ماله مدخلية في مالية الشيء لا المماثلة من كل وجه المتعذرة ولا مطلق المثل العرفي الذي يطلق مع وجود جهة الشبه في الجملة، وهذا لا يكون الا في الاشياء المتساوية المتقاربة في الصفات والمنافع والمعلوم ظاهرها وباطنها .

ومن هنا كان الحيوان قيمياً ، باعتبار أنه وان وجد له مثل عرفاً ولكن لم

(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 الحبوب والادهان وما أشبه ذلك [الجواهر ج ٣٧ ص ٨٨ - ٨٩] .
والذي ينبغي أن يقال : بعد ما لم يرد من الشارع تفسير للمثلي والقيمي قطعاً فيكون المرجع الى العرف بل لو لم يرد لفظ المثلي والقيمي أيضاً في لسان الشرع ، بل أمر بأداء القيمة في بعض الموارد ، وذلك لا يوجب اتخاذ تفسير جديد للمثلي والقيمي ، بل مقتضى أدلة الضمان أداء المغصوب الى المغصوب منه ، ومصداق ذلك المفهوم وتطبيق المفهوم ذلك العنوان على مورده انما يكون الى العرف .
نعم في مورد أمر الشارع بدفع القيمة ولم يكن في المورد خصوصية نلتزم بدفع القيمة في نوعه ، والا فالمرجع في كيفية الاداء الى العرف ، فيما يرى الاداء بمثله ويرى وجود المثل للتالف يكون الأمور به أداء المثل ، وفيما لا يرى الاداء الا بالقيمة يكون الأمور به هو القيمة ، فيختلف ذلك بحسب الموارد .

المقدار من ذلك الصنف لاصنف آخر . نعم التفاوت الذى بين اشخاص ذلك الصنف لا ينظر اليه . وكذلك الارز ، فان فيه اصنافاً متفاوتة جداً ، فأين العنبر من الحويزاوى او غيره ؟ فاذا تلف عنده مقدار من العنبر يجب عليه دفع ذلك المقدار لامن غيره ، وكذلك الحال فى التمر واصنافه والادهان وغير ذلك مما لا يحصى ^(١) .

(مسألة : ٢٥) لو تعذر المثل فى المثلئ ضمن قيمته ^(٢) ، وان

(١) وذلك لاعتبار المماثلة عرفاً ، ولا شك فى أن العرف لا يرى المماثلة بين أصناف نوع واحد مع الاختلاف الكثير فى الخصوصيات ورغبات الناس . وفى الجواهر : مما ذكرنا يعلم اندفاع ما أورد فى مجمع البرهان بأنه ان أريد التساوي بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شئ من المعروف اذ ما من شئ الا وأجزاؤه مختلفة فى القيمة فى الجملة مثل الحنطة والشعير وجميع ما قيل انه مثلي ، فان قفيزاً من الحنطة يساوي عشرة وآخر يساوي عشرين ، وان أريد التساوي فى الجملة فهو فى القيمي أيضاً موجود ، مثل الارض والثوب ونحوهما وان أريد مقداراً خاصاً فهو حوالة على مجهول .

قلت : قد عرفت أن المراد المساواة فى غالب ماله مدخلية فى المالية وتفاوت أفراد الحنطة وان كان معلوماً الا أنك قد عرفت المساواة فى أشخاص الاصناف ولا يكفي الانحاد فى اسم النوع المنافى لقاعدة لا ضرر ولا ضرار وغيرها [الجواهر ج ٣٧ ص ٨٩] .

(٢) بلا خلاف ولا اشكال ، لان مقتضى عموم « المغصوب كله مردود » [الوسائل ، الباب ١ من ابواب الانفال ، الحديث ٤ من كتاب الخمس] .

تفاوتت القيمة وزادت ونقصت بحسب الازمنة ، بأن كان له حين الغصب قيمة وفي وقت تلف العين قيمة ويوم التعذر قيمة واليوم الذي يدفع القيمة الى المغصوب منه قيمة ، فالمدار هو الاخير ، فيجب عليه دفع تلك القيمة، فلو غصب مناً من الحنطة كان قيمتها درهمين فأتلفها

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

بل ربما يظهر من الاخبار ضمان الاشياء بالقيمة مطلقاً مثلية كانت أم قيمة متعذرة المثل كانت أم لا، ولا بد من الخروج عن مقتضاها من دليل مخرج. والظاهر أن المثلي الذي وجد مثله خارج عنها ، ويكون ضمانه بالمثل كما ادعي الاجماع عليه .

وقال صاحب الجواهر : انه من قطعيات الفقه . وعن غاية المراد : أطبق الاصحاب على ضمان المثلي بالمثل الا ما يظهر من ابن الجنييد. وأما الروايات الدالة على ذلك فكثيرة :

(منها) موثقة سماعة قال : سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه فقال: هذا فساد على أصحابه يقوم قيمة ويضمن الثمن الذي أعتقه لانه أفسده على أصحابه . وقريب منها صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام [الوسائل الباب ١٨ من كتاب العتق ، 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) صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال:

ففى زمان كانت الحنطة موجودة وكانت قيمتها ثلاثة دراهم ثم
تعذرت وكانت قيمتها أربعة دراهم ثم مضى زمان واراد أن يدفع
القيمة من جهة تفريرغ ذمته وكانت قيمة الحنطة فى ذلك الزمان
خمسة دراهم يجب دفع هذه القيمة ^(١) .

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

(ومنها) موثقة السكونى فى قضية السفارة المطروحة فيها « فان جاء طالبها
غرموا له الثمن » [الوسائل ، الباب ٢٣ من كتاب اللقطة ، الحديث ١] فيها
« فان جاء طالبها غرموا له الثمن » فان التبريم بالقيمة مع أن بعض ما فيها من
قبيل المثلي دليل على أن الضمان مطلقاً بالقيمة . الا أن يقال : ان ذلك تعبد
خاص فى المورد للاذن فى الاكل ، فهو ضمان جعلى لاجل جواز الاكل ،
فيستقر بالاكل .

وعليها روايات أخرى أعرضنا عن ذكرها رعاية للاختصار .

(١) وذلك لان الضمان والعهدة بمقتضى قاعدة على اليد يتعلق بنفس ما
اخذت ، وأداء القيمة أداء لنفس ما أخذت بتنزيل واعتبار عند العرف ، وأداؤه بالقيمة
يوم الدفع هو أداء ذلك الشئ عرفاً . وأما أداء قيمة يوم القبض أو يوم التلف

أويوم الاعواز وغير ذلك من الايام لا يكون أداء 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 لوقلنا بأن العين في المضمونات على العهدة اما بشخصيتها أو بمطلق خصوصياتها أو بخصوصياتها الدخيلة في الغرامات أو قلنا بأن المثل على العهدة حتى في القيميات، لما قلنا بأن العهدة اذا اشتغلت بالعين او المثل لا بد من الخروج عنها، وهو بأداء قيمة يوم الاداء ، فانها نحو اداء لهما .
وأما أداء قيمة الايام السالفة أو المستقبلية فلا يعد أداء اذا نقصت القيمة عن يوم الاداء وأداء وزيادة اذا زادت [كتاب البيع ج ١ ص ٤٠٤] .

وقال صاحب الجواهر : 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 الاعواز ، ولا أقصاها 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 منتظماً في جميع البلاد فالاعتبار بقيمته يوم الاعواز وان كان في تلك البقعة فالاعتبار بقيمته يوم الحكم بالقيمة .

بلاخلاف 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 [الجواهر ج ٣٧ ص ٩٤ - ٩٥] .

(مسألة : ٢٦) يكفى فى التعذر الذى يجب معه دفع القيمة
فقدانه فى البلد وما حوله مما ينقل منه اليه عادة ^(١) .

نعم فى صحيحة ابى ولاد ما يدل على ان الاعتبار بالقيمة يوم النصب ، ولكنه
اجنبى عن المقام ومربوط بالضمان فى القيمات لالمثلي الذى هو المبحوث
عنه ، واليك نص هذه الصحيحة :

عن ابى ولاد قال : اكرت بغلا الى قصر (ابن ابى هبيرة) ذاهباً وجائياً
بكذا وكذا ، وخرجت فى طلب غريم لي ، فلما صرت قريب (قنطرة الكوفة)
خبرت أن صاحبى توجه الى (النيل) ، فتوجهت نحو (النيل) فلما أتيت
(النيل) خبرت أنه توجه الى (بغداد) فاتبعته ، فظفرت به ورجعت الى (الكوفة)
الى أن قال : فأخبرت ابا عبدالله عليه السلام فقال : أرى له عليك مثل كراء
البغل ذاهباً من الكوفة الى النيل ، ومثل كراء البغل من النيل الى بغداد ، ومثل
كراء البغل من بغداد الى الكوفة وتوفيه اياه . قال : قلت : جعلت فداك قد
علفته بدراهم فلي عليه علفه ؟ قال : لالانك غاصب .

فقلت : ارأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلتزمنى ؟ 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 . الى آخر الحديث
[التهذيب الطبعة الحديثة الجزء ٧ ص ٢١٥ - ٢١٦ الباب الثانى كتاب التجارة
الحديث ٢٥] .

(١) لان المراد بالتعذر فى معقد الاجماع ليس التعذر العقلي ، بل المراد به
التعذر العرفي . ولا اشكال فى أنه يصدق التعذر العرفي فى مورد فقدان الشيء فى
البلد وما حوله مما ينقل منه اليه عادة .

(مسألة : ٢٧) لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل وجب عليه

الشراء ودفعه الى المالك مالم يؤد الى الحرج ^١ .

مع أن مقتضى اطلاق النصوص كما تقدم لزوم دفع القيمة في مورد الضمانات مطلقاً، خرجنا عنه في المثليات بالاجماع . وحيث أن الاجماع دليل لبي يقتصر بالقدر المتيقن منه ، وهو ما يوجد مثله في البلد وما حوله ، وفي الباقي نرجع الى اطلاق الادلة .

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

وعن صاحب الجواهر اعتراضاً عليه : وفيه أنه ليس في شيء من الادلة العنوان بذلك حتى يرجع اليه ، بل مقتضى تكليف الغاصب بالاشق لزوم تحصيل المثل ولو من البلاد النائية التي لا ينقل منها عادة ان لم يستازم التكليف بالمحال . ولعله لذا قال في التحرير وغيره « لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل فالوجه وجوب الشراء » . وفيه انه مناف لما دل على نفي الضرر والحرج في الدين ، والخروج عنه في خصوص رد العين المغصوبة 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 واداء للمغصوب في فرض التلف . ولا يجوز التمسك

(مسألة : ٢٨) لو وجد المثل ولكن تنزلت قيمته لم يكن على الغاصب الا اعطاؤه وليس للمالك مطالبته بالقيمة ولا بالتفاوت ، فلو غصب مناً من الحنطة في زمان كانت قيمتها عشرة دراهم واتفها ولم يدفع مثلها قصوراً او تقصيراً الى زمان قد تنزلت قيمتها وصارت خمسة دراهم لم يكن عليه الاعطاء من من الحنطة ^١ ، ولم يكن للمالك مطالبة القيمة ولا مطالبة خمسة دراهم مع من من الحنطة بل ليس له الا الامتناع عن الاخذ فعلاً وابقاؤها في ذمة الغاصب الى أن تترقى القيمة اذا كان الغاصب يريد الاداء وتفريغ ذمته فعلاً ^٢ .

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

١) وذلك كله لان مقتضى قاعدة « المغصوب كله مردود » وقاعدة « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » وقاعدة الاتلاف أداء المثل في المثليات عند تلف المغصوب ، وبأداء المثل ورده ينتهي غاية الضمان ولم يكن مقيداً عند العرف ببقاء ماليته بتمامه وكماله ، كما أنه لا يتفاوت في ذلك لوزادت قيمته السوقية . فالمستفاد من أدلة الضمان في المثليات ليس الانفس أداء المثل من دون التقييد بشيء آخر من بقاء خصوصياته من جهة القيمة وغيره ، ولازمه عدم جواز مطالبته القيمة للمالك ولا جواز مطالبة التفاوت بعد رد المثل .

وذلك كما اذا كان نفس العين باقية من دون حدوث شيء فيه الاتنزل قيمته السوقية ، فانه حينئذ لا يجب الارده فقط ، ولا يضمن القيمة السوقية ولا التفاوت بلاخلاف أجده فيه بيننا ، بل في المسالك نسبته الى أكثر أهل العلم ، لان الفائق رغبات الناس لاشيء من المغصوب .

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

(مسألة : ٢٩) لوسقط المثل عن المالية بالمرة من جهة الزمان
اوالمكان فالظاهر انه ليس للغاصب الزام المالك بأخذ المثل ،
ولايكفى دفعه فى ذلك الزمان اوالمكان فى ارتفاع الضمان لولم
يرض به المالك ، فلوغصب ثلجاً فى الصيف واتلفه واراد أن يدفع
الى المالك مثله فى الشتاء اوقربة ماء فى مفازة فأراد ان يدفع اليه
قربة ماء عند الشط ليس له ذلك ^(١) .

المثيل من دون مدخلية شىء آخر ، ولازمه عدم جواز امتناع المالك من الاخذ
وابقاؤها فى ذمته الى أن تترقى .

(١) وذلك لان دليل اليد كما هو شامل لنفس الشىء المأخوذ غصباً كذلك
شامل للاوصاف الدخيلة فى الرغبات وزيادة القيم ، فكما أن أصل الشىء مضمون
الى الاداء كذلك الاوصاف ، من غير فرق بين الحقيقية وغيرها اوقوعها تحت
اليد تبعاً . وهذا غير اختلاف القيمة السوقية فقط .

فازالة الصفة الدخيلة فى المالية اذا كانت مضمونة لايفرق فيها بين
الصفات الحقيقية والاعتبارية والاضافة الدخيلة فى المالية ، فنقل الماء من المفازة
الى شاطئ الدجلة سلب لصفة دخيلة فى التقويم وازالة تلك الصفة كازالة
الخيلة اتلاف للمال ومشمول لدليل الاتلاف .

قال صاحب الجواهر : قد ينقدح من ذلك أن على الغاصب ضمان المثل
وان خرج بالزمان أو المكان عن التقويم ، كما لو أتلف عليه ماءً فى مفازة ثم
اجتمع على نهر ، أو أتلف عليه جمداً فى الصيف ثم اجتمع فى الشتاء ، وان
ذكر فيه فى القواعد احتمالين ثانيهما أن عليه قيمة المثل فى تلك المفازة أو

وللمالك الامتناع، فله ان يصبر وينتظر زماناً او مكاناً آخر فيطالبها
بالمثل الذي له القيمة^(١).

الصيف من دون ترجيح ، بل في الدروس قوة الاحتمال الثاني ، بل لعله خيرة
الفخر ، بل هو خيرة الفاضل في التذكرة ، بل في جامع المقاصد نسبتبه الى
اختيار الاصحاب وغيره وانه لامحيد عنه ، وان كنا لم نعر على من تعرض له
بالخصوص غير من عرفت .

لكن قد عرفت أن الثابت في ذمته المثل ، كما هو مقتضى اطلاق الفتاوى
ومعقد الاجماع والمكان والزمان لامدخلية لهما في حقيقة المثلية وقاعدة الضرار
مشتركة بينه وبين المالك وأخذ به بأشق الاحوال انما هو في رد العين المغصوبة
لالمثل ، ولذا صرح 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 ٣٧ 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 متسالم عليها بينهم .
كما أن مقتضى قاعدة لاضرر أيضاً نفي الضمان بالنسبة الى المثل للمالك
فعلاً ، ودعوى أنه مشترك بين المالك والغاصب ممنوع ، لان القاعدة تنفي
الضرر المساوي للظلم والاعتداء كما هو المتفاهم عرفاً ، وتعلق الضمان بالقيمة
في المقام لا يكون ظلماً وعدواناً على الغاصب .

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

وله ان يطالب الغاصب بالقيمة فعلا كما في صورة تعذر المثل^١
وحيثذ فهل يراعى قيمته في زمان الغصب ومكانه؟ المسألة مشكلة^٢.
فالأحوط التخلص بالتصالح .

(مسألة : ٣٠) لو تلف المغصوب وكان قيمياً كالذوا ب والشباب
ضمن قيمته ، فان لم يتفاوت قيمته في الزمان الذي غصبه مع قيمته
في زمان تلفه فلا اشكال ، وان تفاوتت بأن كانت قيمته يوم الغصب

عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » [سورة البقره : ١٩٤] وقوله
تعالى « جزاء سيئة سيئة مثلها » [سورة الشورى : ٤٠] وقوله تعالى « وان
عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » [سورة النحل : ١٢٦] .

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

٢) لان مقتضى سقوط الشيء عن المالية في زمان الغصب ومكانه وتعلق
الضمان بالقيمة في ذلك الوقت أن الاعتبار بالقيمة قيمة يوم الغصب ، وأما مقتضى
كون المغصوب مثلياً في نفسه وللمالك أن يصبر وينتظر زماناً أو مكاناً آخر فيطالبها
بالمثل الذي له القيمة ، فالطلب للقيمة حال الغصب غير جائز ، اذ ليس عليه
حيثذ الا أداء المثل . نعم يجوز أن لا يقبض المثل فعلا اعتداءً بالمثل ، ولذلك
احتاط الماتن دام ظله في المقام بالتخلص بالتصالح .

ازيد من قيمته يوم التلف او العكس ، فهل يراعى الاول او الثانى ؟
فيه قولان مشهوران ^١ .

١) أحدهما الضمان بالقيمة يوم الغضب كما عن المقنعة 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 لقيمه فيضمن بالغضب حالة ابتدائه .

وقديستدل عليه بما في صحيح ابى ولاد المتضمن غضب البغل بمخالفته لما وقع بينه وبين صاحبه « رأيت او عطب البغل أونفق أليس كان يلزمني ؟ فقال الصادق عليه السلام : نعم قيمة بغل يوم خالفته » [الوسائل ، الباب ٧ من كتاب الغضب ، الحديث ١] .

نعم للشيخ في المبسوط ومحكي النهاية في موضع منهما والخلاف والوسيلة والغنية والسراير والايضاح واللمعة والمقتصر والتبصرة على اشكال ، وكذا شرح الارشاد للفخر على ما حكي عن بعضها : أنه يضمن أعلى انقيم من حين الغضب الى حين التلف بل في المختلف انه أشهر ، بل عن بيعه نسبه الى 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 الغضب الى حين التلف مضمون تحت يده .

ثانيهما ما قال به الاكثر على ما نقله المصنف في الدروس ، وهو أنه يضمن بالقيمة يوم التلف لا غير ، لان الواجب زمن بقائها انما هو رد العين ، والغاصب مخاطب بردها حينئذ ، فاذا تلفت وجبت قيمة العين وقت التلف لانتقال الحق اليها .

وهنا وجه آخر ، وهو مراعاة قيمة يوم الدفع ^١ . والاحوط التراضي فيما به التفاوت بين يوم الغصب الى يوم الدفع ^٢ .

(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 ببدله عند الاداء حتى يكون الاداء أداءاً وتداركاً له .

وتدل عليه صحيحة ابي 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 ابي ولاد ما يدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين .

وقواه في الروضة أيضاً لمكان هذا الخبر الصحيح .

وقال صاحب الجواهر : ولكن لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه عدم اشعار في الصحيح المزبور فضلاً عن الدلالة ، 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 ، فيضمن الأعلى منه حيثئذ ، بل ان جعل متعلقاً بالقيمة يكون المراد منه ذلك أيضاً ، لعدم معقولية ضمان القيمة مع وجود العبن ، فيكون الحاصل أنه تلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفة [الجواهر ج ٣٧ ص ١٠٤] .

(٢) لان مقتضى القاعدة - وان 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 لتمام 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، فالأخوذ بعينه كان في العهدة عندهم، كما أن لاداء ما في العهدة سابقة وارتكاز عندهم، فالاداء عندهم بالنسبة الى شيء كان برد عينه أو بالذات الى المغصوب منه ، فلو كان العين تالفاً فأداء مثله أداء للعين في المرتبة المتأخرة ، وعند عدم المثل فأداء القيمة أداء لنفس الشيء في المرتبة الثالثة ، فكما أنه اذا كان الشيء موجوداً كان رده أداء لتمام ما في العهدة كذلك أداء القيمة يسوم الدفع أداء له كاملاً . هذا ما عند العقلاء والعرف ، والشارع لم يبين طريقاً جديداً لاداء الضمان ، بل حول ذلك الى العرف وبين ما كان عنده ، فأداء القيمة عند الشارع أيضاً لا يكون الا أداء القيمة يوم الدفع .

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

ويمكن الاستشهاد بها لاثبات قيمة يوم التلف ، بأن يقال : ان أبوالاد سأل عن الضمان اذا عطب أونفق ، ولاشبهة في أن الذهن الخالي عن المناقشات

ينقدح فيه من قوله « لو عطب أو نفق أليس يلزمني ؟ » أنه يلزمني قيمة البغل حال تلفه ، فانها قيمته الفعلية لقيمة الزمان الماضي أو الاستقبال . واطلاق كلامه لما كان يقتضي ضمان التلف تحت يده مطلقاً أجاب عليه السلام بأن ضمان التلف ثابت لامطلقاً بل حال الغصب والمخافة ، فقيد يوم المخافة لدفع توهم الضمان لو تلف قبل الغصب ، وهو في المثال من الكوفة الى قنطرةها .
 ففي الجواب تصديق لقول ابي ولاد من حيث ، وهو لزوم القيمة اذا تلف التي في ارتكازه وارتكاز 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 للفعل المدلول عليه به كما هو ظاهر التركيب اللغوي ، والقيمة الموردة للتصديق قيمة يوم التلف .

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

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

وأما قوله « تعلق الظرف بقوله عليه السلام » نعم « يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل ، بعيد جداً بل غير ممكن ، لان السائل انما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان » . ففيه أن الظاهر هو السؤال عن اصل الضمان ، والا كان الحق أن يقول « ما يلزمني يوم المخالفة ؟ » .

ولعل منشأ السؤال ما سمع عن ابي حنيفة من أن ضمان الاصل لا يلائم ضمان الكراء وان 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 : ان ابا حنيفة ادعى الملازمة بين ضمان البغل وسقوط الكراء بتوهم أن الخراج بالضمان ، وحيث رد ابو عبد الله عليه السلام عليه بأن الكراء ثابت زعم ابو ولاد أو احتمال أن ثبوت الكراء كاشف عن عدم ضمان الاصل ، للملازمة بين ثبوت الضمان وسلب الكراء على ما أفتى به ابو حنيفة ، فسأل أنه مع ثبوت الكراء هل يثبت الضمان ؟

وبالجمله سأل ابو ولاد عن ضمان الاصل باحتمال سقوطه مع ثبوت الكراء فأجاب عليه السلام بثبوته ، أي ثبوت هذا المعنى التعليقي أي لو عطب أو نفق يلزمه ، لامطلقاً بل يوم المخالفة .

وهذا المعنى التعليقي ثابت بالفعل يوم الغصب ، فمضمون الصحيحة موافق لخبر « على اليد » مع اختلاف غير جوهرى ، وهو ذكر القيمة لكون المورد من القيميات .

هذا كله في الفقرة الاولى من الصحيحة، وأما الفقرة الثانية الموردة للاستشهاد قوله « عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه ». والظاهر أن يكون اليوم متعلقاً بـ « عليك » نظير الجملة السابقة . فحينئذ ليس المراد منه أن الضمان يتعلق بمهدته يوم الرد ، ضرورة أن يومه غير دخيل فسي أصل تعلق الضمان ، فلا بد من حمله على ما تعارف تعبيره ، بأن عليك رد التفاوت يوم ترد البغل ، أي اذا ترده ترد ما به التفاوت أيضاً ، من غير عناية الى دخالة يوم الرد في شيء فحينئذ يستفاد منه قيمة يوم التلف والعيب بعد ضم قوله « ان أصاب البغل » الخ اليه ، كما مر نظيره في الفقرة السابقة .

هذا كله بحسب حديث ابي ولاد ، وأما من حيث القاعدة أيضاً يمكن أن يقال: بأن التحقيق ان الضمان المعهود المغروس في أذهان العقلاء هو عهدة الغرامة والخسارة، ففي المثلي بالمثل وفي القيمي بالقيمة يوم الاتلاف . وان ضمان العين بمعنى أن نفس العين على عهدة الضامن في المثليات والقيميات خلاف المتعارف والمعهود عندهم ، وفي مثله لا بد من ورود دليل صريح مخالف لبنائهم وديدنهم، كما في دية الكلب التي وردت فيها روايات صريحة معتبرة .

وأما مثل ما ورد في باب الضمانات كضمان اليد والاتلاف كحديث اليد وغيره مما ورد من الدلالة على تعلق الضمان بالاعيان وما ورد في جنائيات 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 ، فضلا عن سائر الروايات .

فان 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 فى العين كالسمن والهزال
فلا اشكال فى انه يراعى اعلى القيم واحسن الاحوال^(١) ، بل لو فرض

أذهان العقلاء حمل قريب جداً موافق لفهم العرف والعقلاء ، مسح الغض عن
المعارض ، وبه يدفع التعارض المتوهم 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 يمحوا الله
ما يشاء ويثبت .

فعلى ذلك المراد من قوله صلى الله عليه وآله « على اليد ما أخذت » في
زمان وجود العين ، لان الاخذ ضامن للمأخوذ ، 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 « الق مالك في البحر وعلي ضمانه » أي علي
خسارته لو تلف ، فالضمان عهدة الخسارة للمال بالتلف أو نحوه .

(١) لوقوع الصفة والزيادة العينية الموجبة لزيادة 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 غير مرة أنه لو
سمنت الدابة في يد الغاصب أو تعلم المملوك صنعة أو علماً فزادت قيمته ضمن
الغاصب تلك الزيادة ، على معنى دخولها في ضمانه كما لو كانت سمينة كذلك
عند المالك .

انه لم يتفاوت قيمة زمامى الغصب والتلف من هذه الجهة لكن حصل فيه ارتفاع بين الزمانين ثم زال ضمن ارتفاع قيمته الحاصل فى تلك العال ، مثل ما لو كان الحيوان هازلا حين الغصب ثم سمن ثم عاد الى الهزال وتلف ، فانه يضمن قيمته حال سمنه ^(١) .

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

وحينئذ فلو هزلت الدابة أونسي المملوك الصنعة أو ما علمه فنفتت القيمة لذلك ضمن الارش وهو التفاوت وان رد العين على المالك ، لم اعرفته من ضمانه ذلك ولو للمتجدد من فعله مما يكون أثراً تابعاً لعين المالك .

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

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

(٢) لان مقتضى الجمع بين الاقوال مقتضى التصالح والتراضي فيما به التفاوت فى القيمة بين تلك الايام . ولا اعتبار الضمان بكل يوم من يوم الغصب ويوم التلف ويوم الاداء وجه وجيه ، فلا بد من الجمع بينها بذلك الاحتياط ، خصوصاً مع ملاحظة أن الخصوصية المكانية والزمانية الموجبة لاختلاف القيمة تكون مضمونة ، لأنها تقع تحت اليد وموجبة لاختلاف المالية والقيمة .

(مسألة : ٣٢) كما انه عند تلف المغصوب يجب على الغاصب دفع بدله الى المالك مثلاً او قيمة كذلك فيما اذا تعذر على الغاصب عادة تسليمه ، كما اذا سرق او دفن فـسـى مكان لا يقدر على اخراجه او ابق العبد او شردت الدابة ونحو ذلك ، فانه يجب عليه اعطاء مثله او قيمته مادام كذلك ويسمى ذلك بدل الحيولة ^(١) .

(١) والظاهر تسالمهم على بدل الحيولة كما في الجواهر : واذا تعذر عادة تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل مثلاً أو قيمة ويملكه المغصوب منه ولا يملك الغاصب العين المغصوبة ، ولو عادت كان لكل منهما الرجوع كما صرح بذلك كله غير واحد من أساطين الاصحاب ، كالشيخ وابن ادريس والفاضل والشهيد والكركي وغيرهم ، بل في المسالك نسبتة اليهم مشعراً بالاتفاق عليه ، بل في محكي الخلاف والغنية نفي الخلاف عن ملك المغصوب منه البدل المزبور بل ظاهرهما على ما قيل بين المسلمين [الجواهر ج ٣٧ ص ١٢٩] .

وبمكن الاستدلال له بقاعدة على اليد ، بتقريب أن يقال : بناءً على كون نفس العين على العهدة لا تكون القاعدة متكفلة الالعهد العين ، فمعنى « على اليد » أن ما أخذ على عهدة الاخذ الى زمان الاداء ، وحكم العهدة موكول الى العقلاء . وهو مختلف لديهم ، فان كان المأخوذ موجوداً مقدور التسليم يجب لاقتضاء العهدة ذلك ، ولو كان في محل آخر يحتاج الى النقل والمؤنة ، وان كان تالفاً تقتضي العهدة رد بدله مثلاً أو قيمة ، وان كان موجوداً لكن انقطع يد الغاصب والمغصوب منه عنه - كما لو غصبه غاصب قاهر لا يمكن ازالة يده عنه الى الابد - تقتضي العهدة أيضاً رد بدله مثلاً أو قيمة . لان التلف بعنوانه غير دخيل في الضمان والغرامة لدى العقلاء .

بل الموضوع لهما انقطاع يد المالك عن ملكه للتالي ، ففي المثال المذكور ليست العين تالفة بالوجدان ولا تقتضي العهدة ردها بالضرورة ، وحكمها لدى العقلاء الغرامة برد المثل في المثلي والقيمة في القيمي ، وكذا العهدة تقتضي البدل مع احتمال الرجوع والعود ، كما احتمال خروج ما بقي في البحر بواسطة امواجه .

وبالجمله ليس عنوان التلف مأخوذاً في قاعدة اليد حتى يقع البحث في صدقه ولا صدقه ، بل هي على هذا المبني لاتدل الاعلى 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 واجباً لانقطاع يد المالك عن ملكه أبدأ ، ومع فرض انقطاع يده كذلك مع وجوده كان ملاك ضمان الاتلاف موجوداً ، وهو حكم عقلائي . فقاعدة الاتلاف مع لحاظ المناسبات المغروسة في ذهن العقلاء تفيد ضمان ما قطع يد المالك عنه أبدأ أو مع احتمال العود من باب الاتفاق كغرق 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 والضمانات توجب استفادة ضمان خسارة مال الغير ولو مع وجوده ، كما قلنا في انقطاع يده عنه مطلقاً كمثال الغاصب القاهر ، وكالغرق والاباق والسرقة ، فان المتفاهم من دليل اليد الدال على لزوم جبر خسارة المالك أن انقطاع يده عنه خسارة يجب جبرها ، وهو برد مثله في المثلي وقيمته في القيمي . وعلى هذا

ويملك المالك البدل مع بقاء المغصوب في ملكه^١ .

تحمل الروايات الواردة في ضمان العارية اذا سرقت أو ضاعت ، فان الضمان فيها ليس الاضمان اليد لاشيئاً آخر خارجاً عن ضمان الاتلاف واليد .

(١) كما صرح بذلك غير واحد من أساطين الاصحاب كالشيخ وابن ادريس والفاضل والشهيد والكركي وغيرهم، بل في المسالك نسبتة اليهم مشعراً بالاتفاق عليه ، بل في محكي الخلاف والغنية نفى الخلاف عن ملك المغصوب منه البدل المزبور ، بل ظاهرهما على ما قيل بين المسلمين .

نعم قال الشيخ الاعظم « قده » : لولا 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 اليد » بلسان واحد دال على الضمان، فكما أن في التلّف يكون أداء المضمون أداءً لمال المالك ومقتضاه تملكه بالآخذ فكذلك في المقام ، وبهذا التقريب يمكن أن يقال في سائر الأدلة الدالة على الضمان فرضاً .

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

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

اللقطة - كان مقتضى الجبران والغرامة صيرورة البديل ملكاً للمالك .

وأما لولم نقل بخروجه عنه مطلقاً أو في بعض صور آخر غير الفرق فلا يقتضي دليل اليد الاجبر ما قطعت يد المالك عنه ، والقرض أن المال بقي على ملك المالك ، وما انقطعت يده عنه هي السلطنة عليه بحيث يتصرف فيه كيف شاء ، فلا بد 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 الائتمانية - بأن يقال: ان دليل الغرامات يدل على لزوم جبر مال الغير وفي المقام ليس الجبر الا بالاباحة المطلقة حتى المتوقعة على الملك وسلب جواز مطلق التصرفات عن الضامن، وهو ملازم عرفاً لسلب الكية الضامن وثبوت مال كية المضمون له ، لان السلكية لا اعتبار لها مع سلب جميع آثارها ، وتعتبر عرفاً مع ثبوت جميع آثارها - فهو أيضاً غير وجيه في المقام ، لان 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 يحوصل كونها في بعضها ، ومعها لا مجال لما ذكر .

وان أريد بالدلالة الائتمانية أن اباحة ما يتوقف على الملك مثل البيع أو الوطاء أو العتق ملازم للملكية ، لان هذه الاباحة اباحة معلولة للملك ، ولا يعقل

وإذا امكن تسليم المغصوب ورده يسترجع البذل^(١) .

تحققها الامع ثبوت علتها .

ففيه : ان الاباحة في المقام ليست معلولة للملكية، لان أدلة الغرامات لاتفيد كما عرفت الازوم جبر الخسارة، والمفروض أن المأخوذ بقي على ملك صاحبه فهو مال مملوك له انقطعت عنه سلطنته واستفادته منه، فلا بد من جبر هذه الخسارة لاغير، وهو يحصل في البيع والانتقالات الاخر باباحتها لابعنى اباحة نقلها عن ملكه ، بل بمعنى اباحة نقلها 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 الاستمتاع منها لو فرض كون الامة بدلا عن أمته لاقيمتها ، كما في سائر القيميات .

وأما العتق فلا بد من اباحة الضامن عتقه من ماله في الكفارات المتعلقة على ذمة المالك ، وفي العتق الاستحبابى للثواب لا بد من اباحته واعطاء الثواب له ، فلا تتوقف تلك التصرفات بحسب أدلة الغرامات على كون الشيء ملكاً للمضمون له . فتدبر .

مع أن الوطاء والعتق خارجان عن موضوع البحث، لان العبد والامة قيميان والتصالح في مورد لا يوجب أن يكون بسدل الحيلولة . تدبر [كتاب البيع ج ١ ص ٤٤٠ - ٤٤٢] .

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

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

(مسألة : ٣٣) لو كان للبدل نماء ومنافع في تلك المدة كان

للمغضوب منه ^١ . نعم نماؤه المتصل كالسمن يتبع العين ، فاذا

لاخلاف بينهم فيه ، من غير فرق بين مثل الفرق والسرقة والضياح مما يعد تلفاً عرفاً وبين مالا يعد كذلك الا أنه متعذر الحصول ، بل الظاهر أن الامر كذلك لو فرض رجوع التالف الحقيقي بخرق العادة .

انما الكلام في وجهه ، فيحتمل أن يكون الوجه اقتضاء ماهية البدلية والغرامة ذلك ، لان البدل بدل مالم يتحقق المبدل منه ، ومسح تحققه لاعمى للبدلية والغرامة .

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

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

أما الاول فواضح ، ضرورة عدم انقداح معاوضة في ذهنهما وعدم انشائها ، والثاني كذلك لعدم اعتبار العقلاء التالف الحقيقي ملكاً للغارم في مقابل مسا يؤدي غرامة ، وليس اعتبار الضمان فيه غيره في التالف العرفي . وكذا الثالث لان أدلة الغرامات والضمانات لاتدل على المعاوضة والعرف لايفهمون منها الا ما هو المعهود لديهم ، وليست الغرامة لدى المشرعة غير مالمدى العقلاء .

(١) لان مقتضى كون البدل ملكاً للمغضوب منه ان النماء والمنافع داخل

استرجعها الغاصب استرجعها بمناثها^١ . اما المبدل فلما كان باقياً على ملك مالكة فمأؤه ومنافعه له^٢ ، لكن الغاصب لا يضمن منافعه الغير المستوفاة في تلك المدة على الاقوى .

في ملك مالك الاصل ، اذ النماء والمنفعة نماء ومنفعة لذلك الشيء ، ولذلك يدخل في ملك من هو مالك للاصل بمقتضى التبعية ، والمفروض أنه لم يوجد سبب موجب لفك الملك بالاضافة الى النماء والمنفعة من اجارة أو غيره .

١) لعدم امكان التفكيك بين النماء والاصل حينئذ ، فمقتضى الاجماع والوجه المتقدم في بيان رجوع البديل الى الغاصب بعد رد المغصوب الى المغصوب منه رجوع البديل الى الغاصب بنمائها المتصلة .

٢) وذلك من جهة تبعية النماء للاصل فسي الملكية ما لم يحدث سبب موجب للمفارقة كما تقدم ، ويظهر من الشيخ الاعظم « قده » وغيره مفروغية ضمان منافع العين المتعذرة ونمائها المتصلة والمنفصلة قبل أداء غرامتها ، وجعلوا محل الكلام والاشكال فيها بعد أداء الغرامة ، واختاروا عدمه . وعلله 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 المأخوذ ومنافعه مطلقاً ، ولولم تقع تحت اليد تبعاً ، فيكون مفاد القاعدة أن اليد على الشيء توجب ضمانه وضمان توابعه ومنافعه بوقوع اليد عليه لاعليها ولوتبعاً ، فلامحيص عن القول بالضمان وهو واضح .

وأما ان قلنا بأن اليد على العين لا تكفي لضمان ما ذكر ، بل ظاهر من دليل اليد هو ضمان ما وقع تحت اليد وصار مأخوذاً ، غاية الامر يعم الاخذ الاستقلالي والتبعي ، ف ضمان النماءات والمنافع لاجل وقوع اليد عليها تبعاً .

فلا بد وان يقال :

ان التوابع الموجودة حال كون الشيء تحت اليد مضمونة دون ما حدثت بعد خروجه عن تحت اليد، فلا بد من التفصيل بين المنافع قبل الغرامة والحادثة 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 لا يثبت بدليلها. وبهذا ظهر مبنى ضمان المنافع والنماءات الحاصلة للعين في الايدي المتعاقبة ولا ضمانها. والعجب منهم مع ذهابهم الى أن ضمان المنافع لاجل وقوع اليد عليها تبعاً قالوا في المقام بضمان توابع العين المتمذرة قبل أداء غرامتها، ونفى الاشكال بعضهم عنه .

وأما بالنسبة الى ما بعد أدائها فالذي ينبغي أن يقال : انه على المبنى الأول في معنى «على اليد» ، فان قلنا بأن الغرامة غرامة عن العين وجميع لواحقها فلا ضمان بالنسبة الى المنافع الحادثة بعدها لأداء غرامتها فرضاً، وان قلنا بأنها غرامة العين ومنافعها الموجودة قبل الاداء . وأما ما حصلت بعده كالتناج الحاصل بلقاح بعده وكذا النماءات المتصلة والمنافع الحادثة بعده فلم تكن غرامة لها فعليه ضمانها ، لان المفروض بقاء العين على ملك صاحبها والتناج والنماءات تابعة لها في الملكية ومضمونة بضمانها .

بل يمكن أن يقال : ان ما أدى ليست غرامة العين ، لما مر أن دليل اليد لا يقتضي أن يكون البدل في الحيلولة ملكاً للمضمون له ، بل هو ملك الغارم ويتصرف المضمون له فيه ، أي تصرف شاء، فبدل الحيلولة ليس غرامة عنها ، لانها باقية على ملك مالكها ، كما أن المدفوع بساق على ملك الدافع ، وانما سلطه عليه بدلا عن قطع سلطنته عن ماله . فعلى هذا لم يخرج الغارم عن عهدة العين وضمانها ، فلو تلفت وكانت قيمتها اكثر من المدفوع يضمها الغارم. هذا

لكن الغاصب لا يضمن منافع الغير المستوفاة في تلك المدة على الاقوى ' .

إذا قلنا بأن حدوث اليد على شيء سبب لضمانه وضماني توابعه ولو اواجه .
وأما على المذهب المنصور فلا ضمان لمالم يقع تحت يده ولو تبعاً . نعم
لو كان دليل الضمان قاعدة الضرر يمكن القول بالضماني على اشكال في المبني
والبناء ، وكذا الحال في آية الاعتداء لو كانت دليل في المقام [كتاب البيع
ج ١ ص ٤٤٢ - ٤٤٤] .

(١) لان الضمان المفروض في المقام هو ضمان اليد دون الاتلاف ، والمفروض
أن المنافع لم تقع تحت اليد لاستقلالها ولا بتبع العين ، فلا وجه في ضمانه كما
قال الماتن دام ظله في الايدي المتعاقبة ما هذا لفظه :
وأما المنافع المستوفاة وغيرها فلا شبهة في ضمان المستوفي ، بل في ضمان
من تلف تحت يده ، وقدم الكلام فيها وفي دفع الاشكالات عنها . وأما غيره
فقد يقال بضماني كل من كان قبله في السلسلة دون المتأخر ، بدعوى أن مقتضى
« على اليد » أن يكون ضمان العين مع خصوصياتها من منافعها وصفاتها الموجودة
والمتجددة ولو عند من تأخر عن الاخذ على آخذها .

وفيه ما لا يخفى ، فان الضمان على الفرض ضمان اليد ، فان كان المدعى
أن في ضمان المنافع والصفات لا يعتبر اليد حتى تبعاً ويكفي اليد على العين
فهو لا يستأهل الجواب ، ضرورة أن الضمان بلاوجه . ومعه لافرق 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) القمية التي يضمنها الغاصب في القيميات وفي المثليات عند تعذر المثل هو نقد البلد من الذهب والفضة المضروبين بسكة المعاملة وغيرهما مما هو نقد البلد كالأوراق النقدية^١ ، وهذا هو الذي يستحقه المغصوب منه . كما هو كذلك في جميع الغرامات الضمانات ، فليس للضامن دفع غيره^٢ إلا بالتراضي بعد مراعاة قيمة

على المنافع والصفات بتبع العين ، ومع عدم تحقق الوصف والمنافع الا عند أحد من في السلسلة لاوجه لضمان غيره ، فلو صار الغنم سميناً عند أحد وصار هزبلاً عنده فوصف السمن لم يكن موجوداً عند السابق ولا تحت يده ، ضرورة عدم كون المعدوم تحت اليد ، فلامقتضى للضمان بالنسبة الى غيره سابقاً كان أولاً حقاً [كتاب البيع ج ٢ ص ٣٢٨ - ٣٢٩] .

(١) كما هو الظاهر المتبادر من النصوص الامرة بدفع القيمة ، مثل صحيحة ابي ولاد الحنات قال : اكرتت بغلا 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 بدراهم ، فلي عليه علفه ؟ فقال : لا لانك غاصب . قال : قلت : ارأيت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني ؟ قال : نعم قيمة بغل يوم خالفته . قلت : فان أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز . فقال : عليك قيمة ما بين الصحة والعييب يسوم ترده - الخ [الوسائل ، الباب ١٧ من كتاب الاجارة ، الحديث ١] لانه أسقط ذيله وذكر تمامه في [الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ - ٢٩١] .

(٢) لانه خلاف المتبادر من النصوص . نعم مع التراضي لا اشكال ، لانه

ما يدفعه مقيساً الى نقد البلد

(مسألة ٣٥) الظاهر أن الفلزات والمعادن المنطبعة كالحديد والرصاص والنجاس كلها مثلية ، حتى الذهب والفضة مضروبين او غير مضروبين وحينئذ تضمن جميعها بالمثل^(١) . وعند التعذر تضمن بالقيمة كسائر المثليات المتعذر المثل . نعم في خصوص الذهب والفضة تفصيل ، وهو انه اذا قوم بغير الجنس كما اذا قوم الذهب بالدرهم او قوم الفضة بالدينار فلا اشكال^(٢) ، واما اذا قوم بالجنس

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

(١) وذلك لما تقدم أن المرجع في باب الضمانات من جهة ما يتعلق بالعهد ، وكيفية الاداء موكول الى العرف ، والعرف يرى في المقام أن أداء ما في الذمة انما يكون بالمثل ، خصوصاً بعد ما عرفت من المشهور تعريف المثلي بما تساوت أجزاؤه ، وفي المقام كذلك .

وفي الجواهر : وكيف كان فقد عرفت مما ذكرناه فسي تحقيق المثلي أن الذهب والفضة مضروبين أو غير مضروبين اذا لم يكن فيهما صنعة محللة يضمنان بمثلها كما صرح به غير واحد ، بل في المسالك نسبته الى المشهور ، ضرورة امكان الحكم بالمساواة في الصنف على الوجه الذي ذكرناه ، ودعوى أن الصحاح من الدراهم والديناتير مختلفة في الوزن والاستدارة والاعوجاج ووضوح السكة وخفائها على وجه يؤثر في القيمة . يدفعها بعد تسليمها ما عرفت من أن المدار على المساواة فسي الصنف والفرض حصوله ، فلا يقدح اختلاف البعض .

[الجواهر ج ٣٧ ص ١٠٧] .

(٢) لعدم لزوم الربا .

بأن قوم الفضة بالدرهم او قوم الذهب بالدينار فان تساوى القيمة والمقوم وزناً كما اذا كانت الفضة المضمونة المقومة عشرة مثاقيل فقومت بثمانية دراهم وكان وزنها ايضاً عشرة مثاقيل فلا اشكال ايضاً^(١).

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 فى الربا فيحرم كما افتى به جماعة ، فالاحوط ان يقوم بغير الجنس بأن يقوم الفضة بالدينار والذهب بالدرهم حتى يسلم من شبهة الربا^(٢).

(١) من جهة لزوم الربا ، اذا المفروض التساوي بينهما وزناً . وفي الجواهر: نعم لو تعذر المثل ضمنه حينئذ بالنقد كما عرفته في كل مثلي تعذر مثله ، فان كان نقد البلد مخالفاً للمضمون في الجنس - بأن كان أحدهما ذهباً والاخر فضة - ضمنه بالنقد وان اختلفا في الوزن لعدم الربا فيه ، وكذا ان كان من جنسه واتفق المضمون والنقد وزناً صح ايضاً لما عرفت [الجواهر ج ٣٧ ص ١٠٨] .

(٢) نعم رده ابن ادريس بمنع ثبوت الرباهنا ، لانه مختص بالبيع فلا يضر اختلافهما في الوزن . وكذا لو غاب فرده مع أرش النقص من جنسه .

والى رده أشار المحقق في الشرائع بقوله : ولا يظن أن الربا يختص بالبيع بل هو ثابت في كل معاوضة على ربويين متفقي الجنس .

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

بفعل المتعاملين . بل لو سلم تناول أدلته لمثل ذلك كان بينه وبين ما دل على أداء القيمة العموم من وجه ، ويمكن الترجيح لما هنا باطلاق الفتاوى .

اللهم الا أن يقال : ان المقام من المعاوضة بعد فرض كونه مثلياً ، لماعرفت من كون الثابت في الذمة المثل والقيمة عوض عنه مع التعذر ، خصوصاً اذا قلنا بتوقف ذلك على رضا المالك ، وانما يتجه ذلك على قول الشيخ بكونه قيمياً ، مع امكان منع كونه معاوضة مصطلحة على التقدير المزبور ، حتى مع اعتبار رضا المالك الذي لا ينافي كونه غرامة برضاه . فتأمل جيداً . والله العالم [الجواهر ج ٣٧ ص ١٠٨ - ١٠٩] .

أقول : أما عدم اختصاص الربا بالبيع وجريانه في كل معاوضة ، فقد صرح به المحقق في الشرائع فسي باب الغصب وفاقاً للمحكي عن السيد والشيخ والقاضي وفخر المحققين والشهيدين والاردبيلي وغيرهم ، بل نسبه الاخير في آيات أحكامه الى الاكثر ، لاطلاق ما دل على حرمة من الكتاب والسنة . وفي صحيح الحلبي : الفضة بالفضة مثلاً بمثل 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 والضمانات غير باب المعاوضات ، فمن أتلف مال الغير ألزمه 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 والموجود ، 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 الايادي الغاصبة على عين ثم تلفت
 - بأن غصبها شخص من مالكها ثم غصبها من الغاصب شخص آخر
 ثم غصبها من الثاني شخص ثالث وهكذا ثم تلفت - ضمن الجميع
 فللمالك أن يرجع ببديل ماله من المثل أو القيمة على كل واحد منهم ،
 وعلى اكثر من واحد بالتوزيع متساوياً او متفاوتاً ، حتى انه لو كانوا
 عشرة مثلاله أن يرجع على الجميع ويأخذ من كل منهم عشر ما يستحقه
 من البديل ، وله ان يأخذ من واحد منهم النصف والباقي من الباقين
 بالتوزيع متساوياً او بالتفاوت^(١).

ملك لصاحبه ، وانما هو احتمال أحدثه بعض المحققين « قده » .
 هذا حال العرف، وأما الضمان في الشرع فليس أمرًا مغايراً لما في العرف .
 والدليل عليه أن الأدلة الواردة في باب الضمانات لم تتعرض لكيفية الضمان
 بل أوكله الشارع الاقدس الى العرف ، وانما حكم بالضمان في الموارد الكثيرة
 من غير استشمام اعتبار المعاوضة .
 فما قد يقال من أن باب الغرامة باب المعاوضة الشرعية القهرية لادليل عليه .
 نعم يمكن أن يستفاد من أدلة الربا أن حرمة ذلك لا يختص باب المعاوضات
 أيضاً ، بل يجري في مثل باب الضمانات والغرامات .

(١) وذلك من جهة اطلاق قاعدة « على اليد » ، فان مقتضى اطلاقها ضمان
 جميع الايادي الواقعة على المال ، ومع ضمان كل واحد منهم من جهة أخذ
 مال الغير عدواناً يجوز للمالك الرجوع الى واحد لاخذ تمام المال ، كما يجوز
 الرجوع الى الجميع لاخذ تمام المال بالنسبة ، كما يجوز له الرجوع الى البعض

هذا حكم المالك معهم ، وأما حكم بعضهم مع بعض فعلى الغاصب الاخير الذى تلف المال عنده قرار الضمان ، بمعنى انه لورجع عليه المالك وغرمه لم يرجع هو على غيره بما غرمه بخلاف غيره من الايادي السابقة ، فان المالك لورجع على واحد منهم فله ان يرجع على الاخير الذى تلف المال عنده ، كما ان لكل منهم الرجوع على تاليه وهو على تاليه وهكذا الى ان ينتهى الى الاخير^(١).

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 الايادي المتقدمة كان بمقتضى ضمان اليد ، وضمان اليد كما تقدم معناه حكم تعليقي ، وهو أنه ان تلف المال يكون على الاخذ غرامته وجبرانه بسأداء المثل في المثليات والقيمة في القيميات ، وأما بالنسبة الى الاخير فعنده هذا المعنى التعليقي صار منجزاً .

وذلك لضرورة أنه عند التلف يصير الحكم التعليقي تنجزياً بالنسبة الى جميع الايادي المتعاقبة ، فقرار الضمان على ما فسرته دام ظله انه لورجع عليه المالك لم يرجع هو على غيره ، بخلاف غيره من الايادي السابقة ، فان المالك لورجع على واحد منهم فله أن يرجع على الاخير الذي تلف المال عنده ، كما أن لكل منهم الرجوع على تاليه وهو على تاليه وهكذا الى أن ينتهى 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 الاوصاف تبعاً للعين ،
وصح فيه العهدة وكونه على الاخذ، وعهدة وصف المضمون على الضامن الثاني
للضامن الاول ترجع عرفاً الى ضمان الخسارة الواقعة عليه من قبل ضمانه ، وليس معنى
ذلك أن المضمون له هو المالك ، بل المضمون له هو الضامن لما ضمنه للمالك .
وبالجملة اطلاق « على اليد » يقتضى شموله لكل ما يصدق فيه أنه عليه
بوجه ، والمضمون له غير مذكور ومحول الى فهم العرف والعقلاء . وفي المقام
يكون الضامن مضموناً له بالنسبة الى ضمانه ، ولا يوجب ذلك الضامن رفع
ضمان الضامن الاول . ولا يعقل رفع الموضوع بالحكم ، وليس الضامن
بالنسبة الى المالك حتى يقال : معناه النقل أو الاداء عند عدم أداء الاول .
بل لازم ضمان الثاني للاول ليس الاجبر خسارته ، وغاية هذا الضامن
ارجاع المال المضمون الى الضامن الاول ، فانه أداء للوصف المأخوذ . ولعل
كلام الشيخ الاعظم « قده » يرجع الى ذلك وان كان بعيداً من ظاهره .
ولوقيل : ان الوصف القائم بالعين لا بد وأن يكون مضموناً للمالك لا غيره .
قلنا : قد أشرنا الى أن قاعدة اليد لا تتكفل لبيان المضمون له ، فحينئذ لو كان
المأخوذ قابلاً لكونه على الضامن الثاني للضامن الاول وللمالك أيضاً ، تأخذ
بهما فنقول : ان الضامن للمالك بمعنى أنه لو لم يؤد الضامن فأنا ضامن على
النحو الذي عليه العامة في الضمان العقدي لامعنى له في المقام ، لان الثاني
ضامن للمالك مطلقاً بدليل اليد فلا معنى لضمانه ثانياً عن ضامن بهذا المعنى .
وأما بمعنى نقل الضمان اليه - أي نقل هذا المعنى التعليقي اليه ولازمه
سلب ضمان الاول بالنسبة الى المالك وثبوت الضمان بالنسبة الى الثاني -
فمضافاً الى أن الثاني ضامن للمالك لاخذه العين ولا معنى للضامن فوق أن هذا
النحو من الضمان غير عقلائي ، وانما ذهبنا اليه في الضمان العقدي للتعبد مع

أن موضوع ضمان الثاني هو ضمان الاول ، فلا بد من بقاء ضمان الاول حال بقاء المحكم ، هو ينافي النقل .

فتمحصل من ذلك أن الضمان للمالك لاوجه له ، وأما الضمان للضامن فله وجه ، لتصور العهدة واطلاق الدليل على ما عرفت . وبعد لاتفعل المسألة عن الغموض والاشكال ، وان كان هذا الوجه لايبعد الاتكال عليه [كتاب البيع ج ٢ ص ٣٧٥ - ٣٧٧] .

إذا عرفت ذلك فنقول : لا اشكال في أن قوله صلى الله عليه وآله « على اليد ما أخذت » بصدد بيان اليد الاخذة ، فاطلاقه يقتضى أن يكون الاستيلاء بأي نحو حصل والاخذ أي شخص كان ، كما أنه لا اشكال بحسب الاطلاق في شمول الايادي المتعاقبة ، فكل أخذ موضوع للضمان بلاوسط أو مع الوسط بحكم الاطلاق .

انما الكلام في أن له اطلاقاً بالنسبة الى تضمين غير المالك حتى ينتج ما هو المعروف بينهم في ضمان الايادي المتعاقبة ، فيقال : انه لو فرض ورود دليل بأن الاخذ الثاني ضامن للمالك وللضامن ما ضمنه للمالك فعليه جبران ضمان الضامن لو وقعت الخسارة عليه ، والثالث ضامن للثاني ما ضمنه للاول الذي هو ضامن للمالك ، وهكذا .

وحينئذ لو فرض اطلاق لدليل اليد يكون مقتضى الاطلاق ضمان الجميع للمالك ، وضمان كل لاحق للسابق بما أنه تلقى العين منه بلاوسط أو مع الوسط .

لكن الظاهر عدم اطلاق كذائي ، بل هو خارج عن مفاهيم العرف والعقلاء

بل لنا أن نقول: ان دليل اليد ناظر الى اليد الاخذة ، واطلاقه يقتضي أن الاخذ والاستيلاء بأي نحو كان والاخذ أي شخص كان . ومقتضى الاطلاق عدم الفرق بين انحاء الماليات والمأخوذات .

وأما المأخوذ منه فليس الدليل بصدد بيانه ، ولا اطلاق فيه من هذه الجهة والمتيقن هو الضمان للمالك ، بل لو كان بصدد بيانه أيضاً كان منصرفاً عرفاً الى الضمان بالنسبة الى المالك لا الضامن .

اذا عرفت ذلك فيمكن ارجاع كلام الشيخ الاعظم « قده » الى دعوى اطلاق دليل اليد بالنسبة الى الضامن ، فأراد تصحيح ضمان الايادي المتعاقبة بنحو ما هو المعروف بواسطة الاطلاق في دليل اليد بنحو ما ذكرناه .

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

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

وبعبارة أخرى : اذا وضع الثاني يده على العين حصلت قضيتان تعليقيتان الاولى اذا تلف فعليك جبرها للمالك لوقوع يدك على ماله ، والثانية اذا تدارك

(مسألة : ٣٧) لو غصب شيئاً مثلياً فيه صنعة محللة كالحلى من الذهب والفضة وكالانية من النحاس وشبهه فتلف عنده او اتلفه ضمن مادته بالمثل وصنعتة بالقيمة^(١) ، فلو غصب قرطاً من ذهب كان وزنه مثقالين وقيمة صنعتة وصياغته عشرة دراهم ضمن مثقالين من ذهب بدل مادته وعشرة دراهم قيمة . صنعتة . 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 اوبعد وقوعها في يده ، واذا تلفت العين خرجت القضية الاولى من التعليقية الى التنجزية وتبقى الثانية على تعليقيتها الى أن يؤدي الدرك .
وقوله بعد ذلك « والحاصل ان من تلف المال في يده ضامن لاحد الشخصين على البديل من المالك ومن سبقه في اليد » الى قوله « وهذا اشتغال شخص واحد لشئين لشخصين على البديل » يؤكد ما ذكرناه ، من أن الاستناد الى دليل اليد في الضمان للمالك ، وهو واضح . وفي الضمان للضامن بتلقيه المال منه ، فلو فرض اطلاق لدليل اليسد يشمل الامرين ويكون حاصله على اليد ما أخذت من المالك بوسط أو بلاوسط ، وعليها ما أخذت من الضامن بوسط وبلاوسط ، فيكون المالك والضامن كلاهما مضموناً لهما ، لكان لازمه العرفي هو ما ذكره القوم في ضمان الايادي المتعاقبة .

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

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

وصنعته ويعطى قيمته السوقية ، والاحوط التصالح^(١) . واما احتمال كون المصنوع مثلياً مع صنعته فبعيد جداً . نعم لا يبعد ذلك بل قريب جداً ففى المصنوعات التى لها امثال متقاربة كالمصنوعات بالمكائن والمعامل المعمولة فى هذه الاعصار من انواع الضروف

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

وفى الجواهر : وكيف كان فقد عرفت مما ذكرناه فى تحقيق المثلى أن الذهب والفضة مضروبين أو غير مضروبين اذا لم يكن فيهما صنعة محللة بضمنان بمثلهما ، كما صرح به غير واحد ، بل فى المسالك نسبتة السى المشهور ، ضرورة امكان الحكم بالمساواة فى الصنف على الوجه الذى ذكرناه . ودعوى أن الصحاح من الدراهم والدنانير مختلفة فى الوزن والاستدارة والاعوجاج ووضوح السكة وخفائها على وجه يؤثر فى القيمة . يدفعها بعد تسليمها ما عرفت من أن المدار على المساواة فى الصنف والفرض حصوله ، فلا يفدح اختلاف البعض [الجواهر ج ٣٧ ص ١٠٧] .

(١) لاحتمال أن يكون المصنوع من الذهب والفضة وغيرهما قيمياً بنظر العرف اذا كانت الصنعة باليد ، لعدم التفكيك عند العرف بين المادة والصورة بل يكون الشئ* اما مثلياً بمادته وصورته أو يكون قيمياً كذلك ، والتفكيك

والادوات والاثواب وغيرها ، فتضمن كلها بالمثل مع مراعاة صنفها ^١ .

(مسألة : ٣٨) لو غصب المصنوع وتلف عنه الهيئة والصنعة فقط دون المادة رد العين ^٢ وعليه قيمة الصنعة ^٣ ، وليس للمالك

بينهما بعيد عن المتعارف الخارجي .

بل قال الشيخ بأن الذهب والفضة مطلقاً مضروبين أو غير مضروبين فيهما صنعة محللة اولاً - - يضمنان بنقد البلد كما لو أتلف مالا مثل له .

وفي المسالك : لعله نظر الى الاختلاف ، فانه لايجري عليه تعريف المثل بأنه مانسوات 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 المثليات ، لاختلاف صفات أصنافها الموجب لاختلاف قيمتها من الحبوب والادهان وغيرها .

وفيه : مع اطلاق الشيخ قيمة الذهب والفضة لخصوص الدراهم والدنانير منهما - - انه لا ريب في حصول التساوي فسي أجزاء أصنافها على الوجه السذي ذكر ، وعلى كل حال فلا ريب في ضعف هذا القول .

١) وذلك لما تقدم من عدم ورود عنوان المثلي والقيمي في النصوص حتى نتفحص عن صدقه في مورد دون مورد ، بل الملاك أن يكون أداء المثل أداءاً للتالف بخصوصيته النوعية ، ففي المثال المذكور في المتن لا يبعد أن يكون أداء أمثال المتقاربة المصنوعة بالمكائن أداءاً للتالف . بل هو قريب جداً .

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

٣) لان الظاهر الاتفاق على الصنعة والهيئة أرقيمي لعدم تساوي الاجزاء

الزامة باعادة الصنعة كما انه ليس عليه القبول لو بذله الغاصب وقال:
انى اصنعه كما كان سابقاً^١ .

(مسألة : ٣٩) لو كانت فى المغصوب المثلى صنعة محرمة
غير محترمة - كما فى آلات القمار والملاهى ونجوها - لم يضمن
الصنعة سواء اتلفها خاصة أو مع ذبيها ، فيرد المادة لوبقيت و عوضها
لو تلفت ، وليس عليه شىء لاجل الهيئة والصنعة^٢ .

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

(١) لان المتبادر من قاعدة « على اليد » وقاعدة « المغصوب كله مردود »
بضميمة فهم العرف فى كيفية أداء ما فى الذمة أداء القيمة فقط ، وعن صاحب
الجواهر: و ظاهرهم الاتفاق على كونها حينئذ قيمية فليس للمالك الازام بعودها
كما أنه ليس عليه قبول ذلك لو بذله الجاني . و فرق واضح بين المقام وبين
الازام بتسوية الحفر فى الارض الذي هو من قبيل رد المغصوب الى محله .
والله العالم [الجواهر ج ٣٧ ص ١١٠] .

(٢) وذلك من جهة عدم المالية والمحرمة شرعاً للصنعة فى هذا الفرض ،
بلاخلاف أجده فيه . بل فى الكفاية نسبتة الى قطع الاصحاب ، لان الغصب لا يصير
مالا قيمة له شرعاً ذاقيمة ، ولا يجعل ما هو محرم - يجب اتلافه على جميع المكلفين
من غير فرق بين الغاصب وغيره - قيمياً محترماً .

(مسألة : ٤٠) ان تعيب المغصوب في يد الغاصب كان عليه ارش
النقصان ^(١) ، ولا فرق في ذلك بين الحيوان وغير الحيوان ^(٢) . نعم
اختص العبيد والاماء ببعض الاحكام وتفصيل لايسعها المقام ^(٣) .

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

مع أنه قال فيها قبل ذلك : واذا كسرت آلات الملاهي فلا ضمان ، فان
أحرقت ضمن قيمة الرضاض ، وكذا الصليب . بل صرح 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 فبماله
وقيمته ، وهو معنى الارش - أي تفاوت قيمة الصحيح والمعيب - كما أن مقتضى
قاعدة « المغصوب كله مردود » كذلك ، كما أن قاعدة الاتلاف أيضاً تقتضي
ذلك .

(٢) وذلك من جهة اطلاق القواعد المقتضية للضمان ، وفي الجواهر : ولو
نقصت قيمته - 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 مالكة بحاله مع أرش النقصان 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 فسان كان
تمثيلاً قال الشيخ : عتق وعليه قيمته . . . وكل جناية ديتهما مقدرة في الحر فهي
مقدرة في المملوك بحساب قيمته وما ليست مقدرة في الحر ففيها الحكومة .

(مسألة : ٤١) لو غصب شيئين تنقص قيمة كل واحد منهما منفرداً عنها فيما اذا كانا مجتمعين كمصراعى الباب والخفين فتلف أحدهما أو اتلفه ضمن قيمة التالف مجتمعاً ورد الباقي مع ما نقص من قيمته بسبب انفراده، فلو غصب خفين كان قيمتهما مجتمعين عشرة وكان قيمة كل منهما منفرداً ثلاثة فتلف أحدهما عنده ضمن التالف بقيمته مجتمعاً وهي خمسة، ورد الاخر مع ما ورد عليه من النقص بسبب انفراده وهو اثنان، فيعطى للمالك سبعة مع احد الخفين^(١)، ولو غصب أحدهما وتلف عنده ضمن التالف بقيمته مجتمعاً وهي خمسة في الفرض المذكور^(٢).

وغير ذلك من الاحكام والتفصيلات المذكورة في محلها .

(١) وذلك لان وصف كونهما مجتمعاً من الاوصاف الدخيلة في المالية والقيمة، وهو قد وقع تحت اليد، فلا بد من رد عينه أو رد ما لبيته مع التلف وعدم امكان رده، فيكون دليل الضمان في المقام هو اطلاق دليل « على اليد » بالنسبة الى المأخوذ، وجميع الخصوصيات الراجعة اليد، كما يدل عليه أيضاً اطلاق قاعدة « من أتلف » في صورة الاتلاف، وكذلك قاعدة « المغصوب كله مردود » .

(٢) بلاخلاف ولا اشكال لقاعدة على اليد وغيرها بالتقريب المتقدم . وفي الجواهر : أما لو أخذ فرداً من خفين يساويان عشرة مثلاً فأتلفه أو تلف في يده وبقي الاخر في يد المالك ناقصاً عن قيمته مجتمعاً بسبب الانفرد الحاصل له بعد غصب الاخر رد قيمة التالف لو كان منضمماً الى صاحبه بلاخلاف، اذ هو

وهل يضمن النقص الوارد على الثاني وهو اثنان حتى تكون عليه سبعة أم لا ؟ فيه وجهان بل قولان ^(١) ، لا يخلو اولهما من رجحان ^(٢) .

كما لو أتلف رجل أحدهما والآخر الآخر [الجواهر ج ٣٧ ص ١٤٠] .
(١) كما في الجواهر: نعم في ضمان ما نقص من قيمته تردد كما في محكي التحرير ، من أنه لم يدخل تحت يده كي يكون مضموناً عليه كالاول ، ومن عدم انحصار الضمان في الغصب ، بل من التسبب الصادق في المقام كحبس المالك عن ماشيته ، وقواه في محكي الايضاح وجامع المقاصد ، وفي المسالك هو الاصح ، كفك اجزاء الباب والسرير ونحوهما مما لم يعتبر فيهما الا الجزء الصوري الذي هو كالاتماع في زوجي الباب والخف . الا أنه قد عرفت تحقيق الحال عندنا في مثل الضمان بذلك ونحوه مما لم يتضح لنا اندراجه في المستفاد من نصوص الضمان ، والاصل البراءة .

وعلى الاول يكون المضمون حينئذ سبعة ، وعلى الثاني خمسة ، ويحتمل كونه ثلاثة وان لم أجد به قائلًا ، باعتبار أنه قيمة المتلف ، لان تلفه فسي يده لم يكن الاحالة التفريق ، فمع فرض اعتبار قيمة يوم التلف يتجه ضمان الثلاثة التي هي قيمته .

وفيه : ان ضمان الخمسة باعتبار تلفه عنده مضموناً عليه منضمًا ، لان الفرض غصبه كذلك ، وأما الاثنان فضمانيهما على تقدير القول به من التسبب الذي لا ينافي ضمان القيمة يوم التلف [الجواهر ج ٣٧ ص ١٤١] .

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

(مسألة: ٤٢) لوزادت بفعل الغاصب زيادة في العين المغصوبة

فهى على أقسام ثلاثة :

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

ثالثها - ان تكون اثراً مشوباً بالعينية كصبغ الثوب ونحوه^(١).

الاشياء التى كان للصورة قيمة وللمادة قيمة أخرى ، ولكل واحد منهما ضمان
بسبب الاتلاف ، ففي المقام أيضاً كذلك . فعليه لامجال للتمسك بالاصل 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 لاخلاف عندنا ولا اشكال في أنه لايملك
الغاصب العين المغصوبة بتغييرها بعمل من الاعمال واخراجها عن الاسم والمنفعة،
سواء كان ذلك بفعل الغاصب أو فعل غيره ، كالحنطة تطحن والكتان يغزل وينسج ،
للاصل والاجماع بقسميه .

خلافاً للمحكي عن ابى حنيفة من أنه اذا غير الغاصب المغصوب تغييراً
أزال به الاسم والمنفعة المقصودة منه - كما اذا قطع الثوب أو طحن الحنطة
مثلاً - ملكه وضمن قيمته للمالك ، بل عنه لو دخل لص دار رجل مثلاً فوجد
بغلا وطعاماً ورحى فضمم البقل وطحن الطعام ملك الدقيق ، فان انتبه صاحب
الدار بعد ذلك كان للص قناله عن دقيه ، فان أتى الدفع عليه فلا ضمان على
الص [نقل ذلك في الجواهر ج ٣٧ ص ٨٣] .

(مسألة : ٤٣) لوزادت فى العين المغصوبة ما يكون اثرأ محضاً ردها كما هى ، ولاشئ له لاجل تلك الزيادة ولا من جهة اجرة العمل^(١) ، وليس له ازالة الاثرواعادة العين الى ما كانت بدون اذن المالك، حيث انه تصرف فى مال الغير بدون اذنه ، بل لو ازاله بدون اذنه ضمن قيمته للمالك^(٢) وان لم يرد نقص على العين^(٣) ، وللمالك الزامه بازالة الاثرواعادة الجالة الاولى للمعين اذا كان فيه غرض عقلائى^(٤) ،

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

(١) بلاخلاف ولا اشكال ، لعدم احترام العمل بغير اذن من المالك ، بل كانت تلك الصفات من توابع مال المالك ، فلو أتلفها أو تلفت فسي يده كان ضامناً لها كما تسمع تحقيقه انشاء الله عند تعرض الماتن دام ظله .

(٢) لان تلك الزيادة بعد من نماء العين ويكون تابعاً له ، فيدخل في ملك مالك العين بالتبع ويقع تحت يد الغاصب ، فيتحقق الاخذ الموضوع للضمان فلو أزيل وتلف بيد الغاصب ضمن ماليتة وقيمتة 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 الاثر ضمن الارش بمقتضى قاعدة على اليد وغيره من قواعد الضمان .

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

ولا يضمن الغاصب حينئذ قيمة الصنعة^(١). نعم لوورد نقص على

العين ضمن أرش النقصان^(٢).

كما هو في زمان الاخذ الى المالك ، فعليه ان أمكن رده الى الحالة الاولى فان رضي به المالك لم يكن للغاصب رده الى ماكان ، لانه تصرف فسي مال الغير ومخالف لسلطنته على ماله ، وان طلب منه الردلزمه ذلك من باب العهدة والضمان بالاضافة الى الشيء وجميع الخصوصيات التابعة له كما صرح بذلك الفاضل في القواعد .

قال فيه : ولوصاغ النقرة حلياً ردها كذلك ، فلو كسر ضمن الصنعة ، وللمالك اجباره على ردها نقرة ولايضمن أرش الصنعة ، ويضمن مانقص من قيمة أصل النقرة . ونحوه المحكي عن التحرير والدروس وغيرهما .

(١) وذلك لانه شيء قد عرض باذن المالك واجازته ، فلايكون في ازالة ماليته مقصراً وضامناً .

نعم لا بد أن يكون فيه غرض عقلائي ، والاتلاف المال اذا لم يكن فيه غرض عقلائي يدخل في الاسراف ، والاسراف واتلاف المال من دون وجه منهى عنه بقوله تعالى « كلوا واشربوا ولا تسرفوا » وغيرها من آيات حرمة الاسراف والتبذير .

(٢) لانه ضرر على المالك قدورد بفعل الغاصب ، فلا بد من جبرانه 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 ارضاً فزرعها او غرسها فالزرع او الغرس
ونماؤهما للغاصب ، وعليه اجرة الارض ، ما دامت مزروعة او
مغروسة^(١) .

(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
اذا كان التغيير عينية والحكم كما ذكره الماتن .

بلاخلاف اجده فيه ، بل في التنقيح 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 ، أله ذلك أم لا ؟ فقال : للزارع
زرعه ولصاحب الارض كراء أرضه [الوسائل ، الباب ٢ من كتاب الغصب ،
الحديث ١] .

ويدل عليه موثق محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في رجل
اكثرى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير
ذلك ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك . قال : عليه الكراء ويقوم صاحب الدار
الزرع والغرس قيمة عدل ويعطيه الغارس ان كان استأمره في ذلك ، وان لم يكن
استأمره في ذلك فعليه الكراء وله الزرع والغرس ويقلعه ويذهب به حيث شاء
[الوسائل ج ١٧ ص ٣١٠ ، الحديث ٢] .

وكذلك موثق سماعة [الوافي ج ١٠ ص ١٤٤ ، الوسائل الباب ١١ من
ابواب بيع الثمار ، الحديث ٨٧٧ من كتاب التجارة] .

بل هو على وفق اصول المذهب وقواعده ، ضرورة كون الزرع والغرس

ويلزم عليه ازالة غرسه وزرعه وان تضرر بذلك^(١) ، وعليه
 أيضاً طم الحفروارش النقصان ان نقصت الارض بالزرع والقلع^(٢)
 الا ان يرضى المالك بالبقاء مجاناً او بالاجرة^(٣) . ولو بذل صاحب
 الارض قيمة الغرس او الزرع لم يجب على الغاصب اجابته . وكذا
 لو بذل الغاصب اجرة الارض او قيمتها لم يجب على صاحب الارض
 قبوله^(٤) .

ملك الغاصب ، والارض انما هي من المعدات كالماء والهواء ونحوهما .
 (١) بلاخلاف ولا اشكال ، لانه الذي أدخل الضرر على نفسه . ويدل عليه
 قاعدة « على اليد » وقاعدة « المغصوب كله مردود » ، بضميمة فهم العرف في
 كيفية أداء المغصوب ورده الى مالكة ، وفي رواية عبدالعزيز بن محمد: سمعت
 ابا عبدالله عليه السلام يقول : من أخذ أرضاً بغير حقها أو بنى 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) بلاخلاف ولا اشكال بمقتضى قواعد الضمان بالتفسير المتقدم .
 (٣) فليس للغاصب التصرف في الارض من دون اذن صاحبه ، لانه خلاف
 سلطنته المجمولة له شرعاً .

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

ولو حفر الغاصب فى الارض بشراً كان عليه طمها مع طلب المالك (١) ، وليس له طمها مع عدم الطلب فضلاً عما لومنه (٢) ، ولو بنى فى الارض المغصوبة بناءً فهو كما لو غرس فيها ، فيكون البناء للغاصب ان كان أجزاءه له وللمالك الزامه بالقلع فحكمه حكم الغرس فى جميع ما ذكر (٣) .

(مسألة : ٤٥) لو غرس او بنى فى ارض غصبها وكان الغراس

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

(٢) لانه تصرف فى مال الغير بدون اذنه ، فهو حرام من جهة حرمة الاموال وسلطنة الناس على أموالهم . نعم قال الشيخ وابن زهرة فيما حكى عنهما : «له طمها نهاه المالك ام لم ينهه ، رضى أم لم يرض ، تحفظاً من درك التردى» . وفيه : ان ذلك لا يقتضى جواز التصرف فى مال الغير ، وانما اقصاه الضرر عليه ، وهو الذي أدخله على نفسه . على أنه يمكن زوال الضمان عنه بالرضا بالبقاء على وجه يرتفع عدوانه بناءً على اعتبار ذلك فى الضمان .

بل هو المحكى عنه فى ديات المبسوط ، قال : لو حفر بشراً عدواناً ثم ان المالك رضى ببقائها بعد الحفر العدواني سقط الضمان . بل عنه هنا التصريح بأن الصحيح براءته بالابراء .

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

واجزاء البناء لصاحب الارض كان الكل له (١) .

(١) وذلك من جهة استصحاب الملكية السابقة مع الشك، مع أنه لاشك في بقاء الملكية لعدم موجب لزوال الملكية السابقة . واما الهيئة الحاصلة من البناء أو الفرس فهو وان كان حاصلًا بعمل الغاصب إلا أن الهيئة تابعة للمادة من جهة أنها عارضة لها ، فهي كسائر النماءات الحاصلة للعين في أنها لصاحب العين من جهة التبعية .

ولذلك جاء في المسألة السادسة من الجواهر : اذا غصب حبا فزرعه أو بيضا فاستفرخه قيل - والقائل الشيخ في المحكي من غصب خلافة ومبسوطه وابن حمزة في الوسيلة : الزرع والفرخ للغاصب ، محتجا عليه بأن عين المغصوب قد تلفت ، فلا يلزم للغاصب سوى قيمتها أو مثلها ، بل عنه في الخلاف من يقول : ان الفرح عين البيض وان الزرع هو عين الحب ، مكابر بسل المعلوم خلافة .

وقيل - والقائل الاكثر بل في الدروس انه فتوى من سبق الشيخ --- انه للمغصوب منه ، بل عن الناصرية نفي الخلاف فيه ، بل عنها وعن السرائر الاجماع عليه ، بل عن الخلاف في باب الدعاوي والمبسوط في باب العارية التصريح بما عليه الاصحاب ، ومن هنا أساء الادب ابن ادريس بقوله « فقد دخل رحمه الله في جملة من يكابر » .

وعلى كل حال فهو أشبه بأصول المذهب وقواعده التي منها استصحاب الملك لهما وان تغيرت الصورة التي هي ليست عنوان الملكية ، ولذا لا اشكال في بقائهما على الملك لو فرض استحالتهما الى ذلك من دون غصب ، ضرورة كون الاستحالة بالنسبة الى ذلك كتغيير صفات الشيء من السمن ونحوه . بل من القطعيات عندهم عدم خروج الثوب مثلا عن الملك بقطع الغاصب

وليس للغاصب قلعها او مطالبة الاجرة^(١) وللمالك الزامه بالقلع
والهدم ان كان له غرض عقلائي في ذلك^(٢) ، وعلى الغاصب ارش
نقص الارض وطم حفرها^(٣) .
(مسألة : ٤٦) او غصب ثوباً وصبغه بصبغه^(٤) 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 بالاضافة الى أموالهم ، وهو حرام شرعاً . وأما عدم مطالبة الاجرة
لان عمل الغاصب مع صدوره على وجه الحرمة والمعصية شرعاً وبدون الاذن
من المالك لا يكون له حرمة ، فلا وجه 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 للمسال أو عمل سفهي فقاعدة الضمان منصرفه عن مثله ، بل
النهي عن الاسراف والتبذير وعدم اعطاء الاموال للسفهاء في الآية المباركة
« ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً » [سورة النساء : ٥]
يوجب تقييد أدلة الضمان بما اذا لم يكن السؤال والطلب من المالك سفهياً .
(٣) لما تقدم من أنه مقتضى الضمان والعهد 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 الثوب منعه ^١ .

بيد الغاصب التي أشار المانن دام ظلّه اليه في المسألة (٤٢) وهي ما اذا كان التغيير مشوباً بالعينية كصبغ الثوب ونحوه .

(١) وفاقاً للشيخ وابني زهرة وادريس والفاضل في أكثر كتبه ، والشهيدين والكركي وغيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل في المسالك أنه الأشهر، بل في المختلف والتنقيح هو المشهور ، بل في الرياض أنه المشهور خصوصاً بين المتأخرين .

وذلك خلافاً للمحكي عن الاسكافي والفاضل في المختلف من أنه ليس للغاصب قلع الصبغ بدون اذن المالك ، فان لم يرض دفع قيمة الصبغ ووجب على الغاصب قبوله . واستجوده في التنقيح بل قال: « وعليه الفتوى » . وفي الرياض بعد أن حكاه عن خاله 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 تنزل ملكيته بالاضافة الى الصبغ مع عينيته وامكان ازالته عن الثوب، ومجرد الغصب والتصرف في مال الغير لا يوجب زوال الملكية السابقة أو الشركة القهرية ، بل سلطنته على الصبغ توجب جواز ازالته عن الثوب . واستلزام الفلع التصرف في مال الغير لا يقتضي سقوط احترام مال الغاصب .

وعن صاحب الجواهر : ودعوى أنه كما أن وقوعه عدواناً لا يقتضي اسقاط مالية 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 يرجح جانب المالك ، لعدم تقصيره

كما أن للمالك الزامه به. ولووردنقص على الثوب بسبب ازالة صبغه ضمنه الغاصب^{١)}. ولوطلب مالك الثوب من الغاصب ان يملكه الصبغ بقيمته لم يجب اجابته كالعكس بأن يطلب الغاصب منه ان يملكه الثوب^{٢)}.

وتداركه مال الغاصب بالقيمة ، بل هو أولى كما مضى (لا يخفى عليك) ما فيها من عدم اقتضاء ذلك ترجيح المالك على وجه ينتقل اليه مال الغاصب بالقيمة قهراً على مالكة .

بل أقصاه عدم تسلط أحدهما على الآخر في ذلك، فتبقى قاعدة تسلط الناس على أموالهم وقاعدة إيصال كل مال الى صاحبه وغيرهما على حالهما ، ولكن يولي الحاكم من يخلص كل مال عن الآخر ويوصله الى صاحبه، أو نقول بولاية ذلك الى المالك ، باعتبار دخول الغاصب عليه ، فهو كمن ألقى في دار غيره شيئاً ، فان للمالك ازالته [الجواهر 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 عدواناً ولزوم الارش لوورد عليه نقص بسبب ازالة الصبغ .

ولذا صرح الفاضل في القواعد والارشاد بل والتحرير ومحكي المبسوط والايضاح باجبار الغاصب على الفصل مع طلب المالك وقبول الصبغ لذلك وان تضرر الغاصب بنقص ماله أو هلاكه ، ويدفع الارش لتقص ثوب المالك لانه الذي أدخل الضرر على نفسه ، فتبقى قاعدة إيصال الحق الى مستحقه بحالها .

٢) لان وجوب الاجابة على كلا الطرفين مناف لمالكيتهما وسلطنتهما التامة

هذا اذا امكن ازالة الصبغ . واما اذا لم يمكن الازالة او تراضيا على بقاءه و كان للصبغ عين متمولة اشتر كافي قيمة الثوب المصبوغ ^(١) بالنسبة ^(٢) فلو كانت قيمة الثوب قبل الصبغ تساوي قيمة الصبغ كانت بينهما نصفين ، وان تفاوتت كان التفاوت لصاحب الثوب او الصبغ

على مالهما الثابتة بقاعدة السلطنة .

وفي الجواهر: ومما ذكرنا يعلم أيضاً أنه لو أراد أحدهما ما لصاحبه بقيمته لم يجب على أحدهما اجابة الآخر ، و كذلك لو وهب أحدهما صاحبه لم يجب على الموهوب له القبول لما فيه من المنة . بلاخلاف أجده فيه اذا كان الطالب الغاصب وان احتمله فسي الكفاية ، الا أنه لم نجده لغيره حتى من العامة مسع وضوح ضعفه .

وأما اذا كان المالك فهو المشهور نقلا وتحصيلا، بل هو مقتضى كل من قال باجابته لو طلب الازالة . نعم قد سمعت كلام ابي 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 الا بدفع قيمة الصبغ . ولا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرنا [الجواهر ج ٣٧ ص ١٥٧] .

(١) وذلك أما الاشترار في الصورة الاولى لانه قهري بعد عدم امكان الازالة وان الثوب شيء وحداني لا يمكن التفكيك في مالكيته بالاضافة الى أصل الثوب وصبغه ، وأما فسي الصورة الثانية فمقتضى رضاهاما بالبقاء رضاهاما بالشركة اذ لا أثر ولا فائدة لهما بدون حصول الشركة .

(٢) لانه مقتضى قاعدة العدل والانصاف الاستفادة من بعض النصوص مع أنها قاعدة عقلائية .

هذا اذا بقيت قيمتها على ما هما عليها الى ما بعد الصبغ ، والا فان زادت قيمة الثوب ونقصت قيمة الصبغ لاجله فالزيادة لصاحب الثوب^(١) .

ولو انعكس ضمن الغاصب ارش نقص الثوب^(٢) ، ولو زادت قيمة الثوب بالصبغ وبقيت قيمة الصبغ على ما هو عليه كانت الزيادة لصاحب الثوب ، ولو انعكس فالزيادة للغاصب^(٣) .

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

(١) لان 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 جبران لانه ضرر أورده الغاصب بنفسه على نفسه .

(٢) اذ مقتضى ضمان على اليد وغيره رد الثوب الى المالك مع الخصوصيات الواجدة 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 أداء غرامة النقيصة وماليتها ، وهو معنى الارش .

(٣) لان زيادة القيمة السوقية أو الخصوصيات التابعة لعين المسال تكون لصاحب المال بمقتضى التبعية ، ومالك الاصل هو المالك لتوابعه وخصوصياته عرفاً وشرعاً .

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

الشركة لوبيعا بين صاحبيهما بنسبة قيمتهما^(١)، ولاغرامة على الغاصب ان لم يرد نقص عليهما^(٢)، وان ورد ضمنه لمن ورد عليه^(٣).

(مسألة : ٤٨) لومزج الغاصب المغصوب بغيره او امتزج في يده بغير اختياره مزجاً رافعاً للتمييز بينهما فان كان بجنسه وكانا متماثلين ليس احدهما اجود من الاخر او اردى تشاركا في المجموع بنسبة ماليهما^(٤)،

لايوجب زوال الملكية، مع أنه فضولي وحصل على الوجه المنهى شرعاً، فلاوجه لسببته للنقل والانتقال الى مالك آخر .

(١) لان الثوب المصبوغ حيثذ أمر واحد ، فاذا بيع على شخصين ودفع أحدهما مقداراً من قيمته والاخر الباقي حصلت الشركة قهراً بالبيع منهما، والبيع سبب للشركة في المقام .

(٢) لعدم موضوع للغرامة بعد عدم ورود النقص .

(٣) وذلك بمقتضى ضمان على اليد وغيره ، حيث أن مقتضاه ردالمغصوب الى الغاصب على ما هو عليه ، فان ورد عليه نقص فعليه جبران خسارته وضرره الذي أورده على المغصوب منه .

(٤) بلاخلاف ولااشكال في ذلك ، بل الاجماع على أن المزج أحد أسباب الشركة .

وفي الجواهر : وأما سبب الشركة في الثلاثة فقد يكون ارثاً ، كما اذا ورثا مالا أو منفعة أو حقاً ، وقد يكون عقداً في الثلاثة أيضاً ، كما لو اشترى داراً او استأجرها أو صالحا عن حق تحجير مثلاً ، وقد يكون مزجاً في العين كما هو

وليس على الغاصب غرامة بالمثل أو القيمة^(١) ، بل الذي عليه تسليم المال والاقدام على الافراز والتقسيم بنسبة المالكين أو البيع واخذ كل واحد منهما حصته من الثمن كسائر الاموال المشتركة^(٢) .
وان خلط المغصوب بما هو وجودا واردة منه تشاركا أيضاً بنسبة

واضح [الجواهر ج ٢٦ ص ٢٩٠] .

وقال في موضع آخر : ان المتيقن من الفتاوى ومعاهد الاجماع في سبب الشركة المزجية هو ما يتحقق فيها صدق المزج الراجع للامتياز بسببه ... بل ان لم يرقم الاجماع أمكن القول بتحقيق الشركة بامتزاج الشخصين المتحددين في الاوصاف الخارجية وان كانا من جنسين ، كالقمرز مع بعض الاصباغ المساوية له في اللون ، والعسل وبعض أفراد الدبس ونحو ذلك [الجواهر ج ٢٦ ص ٢٩٥] وأما الشركة بنسبة ماليهما فهو أيضاً مما لا اشكال فيه بعد ما كان الاصل متفاوتاً في المقدار .

(١) لان الغرامة بالمثل أو القيمة انما يكون في فرض تلف العين ، والمفروض في المقام بقاء العين ، فلا وجه لضمان المثل أو القيمة .

(٢) لان الشركة أمر قد حصل قهراً بفعل الغاصب ، فلا بد من رد المال المغصوب الى صاحبه ، وهو لا يمكن الا بالافراز أو التقسيم بنسبة المالكين أو البيع وأخذ كل واحد منهما حصته من الثمن كل ذلك بطلب المالكين ورضاهما بذلك كما أنه يجبر على الافراز أو التقسيم لو أراد أحدهما كما في سائر الاموال المشتركة بلاخلاف والظاهر الاتفاق عليه ، ولعله العمدة بعد قاعدة وجوب ايصال الحق الى مستحقه مع عدم الضرر والضرار .

المالين^(١) الا ان التقسيم وتوزيع الثمن بينهما بنسبة القيمة فلو خلط مناً من زيت قيمته خمسة بمن منه قيمته عشرة كان لكل منهما نصف المجموع^(٢)، لكن اذا بنينا على القسمة يجعل ثلاثة اسهم ويعطى لصاحب الاول سهم ولصاحب الثانى سهمان . واذا باعاه يقسم الثمن بينهما اثلاثاً^(٣)، والاحوط فى مثل ذلك - اعنى اختلاط مختلفى القيمة من جنس واحد - البيع وتوزيع الثمن بنسبة القيمة لا التقسيم بالتفاضل بنسبتهما من جهة شبهة لزوم الربا فى الثانى^(٤) .

(١) بلاخلاف ولا اشكال ، لان المزج أحد أسباب الشركة القهرية من دون خلاف ، وعليه الاجماع بقسميه .

(٢) لان المفروض أن اجزاء الزيت متساوية فى المقدار ، فكل مقدار منه يكون نصف أجزائه لصاحب الزيت الردىء ونصف أجزائه لصاحب الزيت الجيد .

(٣) لان القيمة والمالية الموجودة فى الزيت سهمان منه لصاحب الزيت الجيد وسهم منه لصاحب الزيت الردىء ، ومقتضى العدل والقسط فى التقسيم فى هذه الصورة أن يعطى لصاحب الاول سهمان ولصاحب الثانى سهم واحد .

(٤) اذ لو كان التقسيم فى المقام نحو معاوضة بين المالكين يأتى الربا فى جميع المعاوضات، كما لعله هو الحق . ولكن الحق أن القسمة تميز الحق لكل شريك من غيره ، ولاريب فى أنها أمر برأسها ليست بيعاً ولا صلحاً ولا غيرهما، سواء كان فيها رد أولم يكن .

كما لاخلاف أجده فيه ، بل ولا اشكال، ضرورة عدم اعتبار قصد شىء زائد

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

على مفهومها في صحتها ، كضرورة اختلافها مع البيع والصلح وغيرهما في اللوازم والاحكام المقتضية لاختلاف الملزومات . وحيثئذ فلاشفعة فيها ولاخيار مجلس ، ولابطلان بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه في البيع ولاغير ذلك خلافاً لبعض العامة .

(١) كما في الجواهر : ولادليل على الشركة في العين بحسب القيمة على وجه يكون لمالك الجيد في العين أزيد قدرأ مماكان له ، بل لعل ظاهر الادلة 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 يتخير المالك بين المثل والعين مع الارش ، لانه في حكم المستهلك بالاختلاط المزبور . الا أن حق المالك لايسقط من العين بفعل الغاصب مع امكان التوصل الى البعض ، والنقص في الخليط يجب جبره بالارش اذاكانا غير ربويين ، أوكانا وقتنا بعدم جريان الربا فيه باعتبار أنه غرامة عماجنه الغاصب على ماله لايبع بل ولامعاوضة بناءً على عموم الربالسائر المعاوضات ، فما في الرياض من اشكال الارش في الربويين بذلك لايخلو من نظر [الجواهر ج ٣٧ ص ١٦٤ - ١٦٥] .

(٢) لعدم امكان رد العين حيثئذ ، فيكون ضامناً لسدره وخسارته ويكون التدارك برد المثل في المقام .

لوخلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير اوخلط الخل بالعسل فالظاهر انه
بحكم الخلط بالاجوداوالاردى من جنس واحد فيشتركان فى العين
بنسبة المالىن ويقسمان العين ويوزعان الثمن بينهما بنسبة القيمتين
كما مر^١ .

(مسألة : ٤٩) لوخلط المغصوب بالاجوداوالاردى وصارقيمة
المجموع المخلوطنقص من قيمة الخليطين منفردين فورد بذلك
النقص المالى على المغصوب ضمنه الغاصب . كما لوغصب مناً من
زيت جيد قيمته عشرة وخلطه بمن منه ردىء قيمته خمسة وبسبب

(١) وذلك من جهة اتحاد الملاك، وهو حصول الشركة القهرية بين المالكين
فى العين الموجود الخارجى بسبب المزج والاختلاط .

نعم فى الجواهر : أما لو خلط بغير جنسه كما اذا خلط الزيت بالشيرج
وخلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير لكان مستهلكاً وضمن المثل ، كما صرح به
الفاضل والشهيدان والشيخ فيما حكى عنه وغيرهم . بل فى الكفاية أنه أشهر
بل لأجد فيه خلافاً، لانه تالف لبطلان فائدته وخاصيته بخلاف الجيد مع الردىء
المتفقين فى الجنس .

نعم احتمل فى التذكرة قوياً ثبوت الشركة كما لومزجاه بالرضا أوامتزجا
بأنفسهما ، وفى المسالك له وجه ، لان اسقاط حقه من العين مع وجودها
بعيد .

وهذا هو الحق ، لوجود العين بنظر العرف والعقلاء فى هذا الفرض
لكنه اختلط بغيره ، ومع لوجه للحكم بالاستهلاك وضمن المثل أو القيمة .

الاختلاط يكون قيمة المئين اثني عشر فصار حصة المغصوب منه من الثمن بعد التوزيع ثمانية ، والحال ان زيتة غير مخلوط كان يسوى عشرة فورد النقص عليه باثنين . وهذا النقص يغرمه الغاصب . وان شئت قلت : يستوفى المالك قيمة ماله غير مخلوط من الثمن ، وما بقى يكون للغاصب^(١) .

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

وذلك خلافاً للشيخ في المبسوط والحلي فسي أمثال المقام ، حيث أنهما ذهبا الى تخيير الغاصب في دفع القدر من العين أو غيرها : (وجه الاول) وجود عين مال المالك المقتضى لتسلطه على الموجود وعدم الانتقال الى المثل او القيمة (ووجه الثاني) استهلاك عين مال المالك اذ لا يقدر على الرد لو طلبه . ولكن القول بالتخيير بهذا الملاك يعد من الجمع بين المتناقضين ، اذ لو كان عين المال موجودة فلا معنى للقول باستهلاكها ، ولو كان عين المال مستهلكاً فلا وجه لاسترداد عين المال . فالقول بالتخيير لاوجه له ، بل الاقوى كما ذكرنا أن العين موجودة في المقام ، فلا بد من ردها بعينها الى المالك . نعم ورد عليه النقص بسبب الاختلاف ، فلا بد من جبرانه 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 لو وجدت فى زمان الغصب ثم زالت و تنقصت بزوالها قيمته ضمنها الغاصب وان رد العين كما كانت قبل الغصب فلو غصب دابة هازلة ثم سمنت فزادت قيمتها بسبب ذلك ثم هزلت ضمن الغاصب تلك الزيادة التى حصلت ثم زالت^١

١) بلاخلاف فى ذلك كله ، لانها نماء ملكه ، فتكون مضمونة عند الغاصب كالاصل ، سواء تجددت عنده أم لا . والاصل فى ذلك كله حديث « على اليد ما أخذت حتى تؤدى » [كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ و سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠] . فان اليد كما تكون على العين كذلك تكون على الفوائد والمنافع ، ولا يختص الحديث بحدوث اليد بل يشمل بقاءها ، فكل زمان من أزمنة كون العين تحت اليد كذلك منافعها فيجب أن يغرم العين وما يتبعها .

وأما الايرد على ضمان المنفعة - بأن الحديث مختص بالاعيان ولا يشمل المنافع - كما يظهر من الشيخ « قده » فى الامر الثالث من عدم صدق الاخذ على المنافع ، قال : ولا اشكال فى عدم شمول صلة الموصول للمنافع ، و حصولها فى اليد بقبض العين لا يوجب صدق الاخذ ، ودعوى أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل فى المنافع بقبض الاعيان مشكلة .

وفيه : ان القرينة قائمة فى المقام على أن المراد باليد ليست الجارحة المخصوصة ، ضرورة أن كون العهدة على اليد لأمعنى له . فالجارحة لاتكون

نعم لو زادت القيمة لزيادة صفة ثم زالت تلك الصفة ثم عادت
بعينها لم يضمن قيمة الزيادة التالفة لانجبارها بالزيادة العائدة (١) ،

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

وأما الاخذ وان كان ظاهراً في الحسي ويكون نحو أخذ الميثاق والعهد
على نحو من التأويل ، لكن استعماله شائع في الاستيلاء ، واذا دار الامر بين
تخصيص الموصول بخصوص ما يؤخذ حساً كالثوب والدرهم والدينار أو الاخذ
باطلاقه وحمل الاخذ على الاستيلاء . فلا شبهة في أن الثاني أولى ، لشيوع 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 كلية للضمان
لافي خصوص المأخوذ حساً ، ولهذا ان الشيخ الاعظم « قده » بارتكازه العقلاني
اعترف بشموله بجميع الاعيان وان أنكر شموله للمنافع ، مع أن لازم شموله
لمطلق الاعيان كونه كناية عن الاستيلاء ، فحينئذ لانبالي بعدم صدق الاخذ
أو الاخذ باليد بعد صدق الاستيلاء .

(١) بل كأنها لم تنزل ، اذ المتجدد والعائد ليست غيرها بنظر العرف ، كما
أن العين لو انعدمت ثم عادت بسبب سماوي خارق للعادة أو على وجه الاعجاز
كان رده الى المالك وأداؤه أداءاً لنفس العين المأخوذة أو لا ويكون مبرأ للذمة
بلاشكال ، فكذلك الصفة اذا عادت تكون رده في اعتبار العرف والعقلاء رداً
لنفس الصفة الحادثة 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 درهماين والحاصلة بالثاني درهماً مثلاً ، فيضمن التفاوت^١ .

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

١) لان الحاصلة ثانياً 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 للنقص الفأنت ... ولكن في المسالك « فيه قولان : احدهما أنه ينجبر أيضاً ويسقط الغرم كما لو أبق العبد فعاد أو جنى على عينه فابيضت ثم زال ذلك البياض . والثاني العدم ، لان السمن الثاني غير الاول والاول وقع مضموناً ، والثاني تجدد به من الله تعالى شأنه كالاول لو كان متجدداً فلا يحصل للغاصب بسببه شيء ، وهذا أظهر » .

وفيه ما عرفت ... وحينئذ فكل من المحكي عن صريح المبسوط والارشاد من اطلاق الانجبار في مثل السمن كظاهر المصنف ، لاصالة عدم الضمان ، وصريح محكي التذكرة وجامع المقاصد وظاهر الدروس من اطلاق عدم الانجبار لان الثاني مال متجدد للمالك والاول مال ذاهب ، ولثبوت الضمان بالهزال الاول . ولادليل على البراءة منه ، فالاصل يقتضي بقاءه . لا يخلو من نظر لما عرفت من التفصيل ... [الجواهر ج ٣٧ ص ١٧٠ - ١٧١] .

الاولى ولم ينجبر نقصانها بالزيادة الثانية ، كما اذا سمت الدابة
المغصوبة ثم هزلت فنقصت قيمتها ثم ارتاضت فزادت قيمتها بقدر
زيادة الاولى او الازيد لم يزل ضمان الغاصب للزيادة الاولى ^(١) .
(مسألة : ٥٢) اذا غصب حياً فزرعه او بيضاً فاستفرخه تحت
دجاجته مثلاً كان الزرع والفرخ للمغصوب منه ^(٢) ، 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 لاصل
العين ، وبمقتضى تبعية النماء والصفة للاصل نكون الخصوصية والصفة وماليتها
للمالك قهراً .

ولكن الخصوصية الحاصلة لو كانت غير الزائلة تحت يد الغاصب لوجه
لان يكون جابراً للخسارة الواردة على المالك بزوالها ، اذ المفروض أن الخصوصية
الزائدة وقعت تحت اليد ولو تتبع العين وتكون مضمونة لمقتضى قاعدة «على اليد»
وغيرها من أدلة الضمان ، فلا بد من أدائه ، وحيث أن المفروض عدم عودها
بعينها في اعتبار العرف فلا بد من جبران خسارته بأداء قيمته .

ولا يعد الزيادة الثانية وتفاوت القيمة الحاصل بسببه جبراً لأمافات مسن
المالك ، بل شيء جديد يكون للمالك بمقتضى تبعية النماء للاصل .

وفي الجواهر : أما لو تجددت صفة غيرها - مثل أن سمت فزادت قيمتها
ثم هزلت فنقصت قيمتها ثم تعلمت صنعة مثلاً فزادت قيمتها ردها وما نقص بفوات
الاولى ، بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه ، بل هو مقتضى الضابط
الذي ذكرناه [الجواهر ج ٣٧ ص ١٧٢ - ١٧٣] .

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

خمرأ فصارت خلا او غصب عصيراً فصار خمرأ عنده ثم صارت
خلا فانه ملك للمغصوب منه لا الغاصب^١ .

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

وفي الجواهر : هو أشبه بأصول المذهب وقواعده التي منها استصحاب
الملك لهما وان تغيرت الصورة التي هي ليست عنوان الملكية ، ولذا الاشكال
في بقائهما على الملك لو فرض استحالتهما الى ذلك من دون غصب ، ضرورة
كون الاستحالة بالنسبة الى ذلك كتغيير صفات الشيء من السمن ونحوه . بل
من القطعيات عندهم عدم خروج الثوب مثلاً عن الملك بقطع الغاصب له
قطعاً متعددة [الجواهر 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 ومبسوطه
وابن حمزة في الوسيلة «الزرع والفرخ للغاصب» محتجاً عليه بأن عين المغصوب
قد تلفت فلا يلزم من الغاصب سوى قيمتها أو مثلها .

وفيه ما عرفت من منع صدق التلف عليه عرفاً ، بل المورد استعمال للشيء
نحو كماله وفي الغاية التي خلق لاجله ، فهو نماء واستكمال لا اتلاف واعدام ،
وبينهما بون بعيد .

١) كما صرح به غير واحد ، وعن رهن غاية المرام والمسالك نفي الخلاف
فيه ، لانه عين ماله أو عين ما هو فيه حق الاولوية ، فيكون للغصوب منه ويجب

وأما لو غصب فحلاً فأنزاه على الانثى واولدها كان الولد لصاحب الانثى وان كان هو الغاصب^(١).

رده اليه، اذ كما يجب رد المملوك الى مالكه كذلك يجب رد ما هو متعلق الحق
الى ذي الحق ، ولو شك فيه يجرى فيه الاستصحاب .

نعم عن الجواهر : ان تم الاجماع في ذلك كله والافلا يخلو من اشكال ،
ضرورة أنه بصيرورته خمراً خرج عن ملك المالك وصار فسي ذمة الغاصب
المثل، لانه تلف أو بمنزلته ، فاذا صار خلا لادليل 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 التخمين كالتلف . نعم يخرج عن الملكية من جهة
سلب ماليته شرعاً ولكنه لا يخرج عن كونه متعلقاً للحق ولا يجوز غصبه واذا
غصب يجب رده الى المغصوب منه ، واذا صار خلا وصار قابلاً للملكية فيكون
ملكاً لصاحب الحق لعدم المانع من اعتبار ملكيته شرعاً و عرفاً الاسلب ماليته
ومع اعتبار ماليته لامانع من اعتبار ملكيته كما كان .

(١) كما صرح به الشيخ والفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم على ما
حكى 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 ، لان الولد في غير الانسان تابع للانثى 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 فسي أرض الغير - في غير محله ، اذ
هو كالاتجاه في مقابلة النص ، على أنه قيل : يمكن الفرق بالنطقة لاقيمة لها

وعليه أجره الضراب^(١) .

(مسألة : ٥٣) جميع ما مر من الضمان وكيفية احكامه وتفصيله
جارية في كل يد جارية على مال الغير بغير حق وان لم تكن عادية
وغاصبة وظالمة ، الا في موارد الامانات مالكية كانت او شرعية كما
عرفت التفصيل في كتاب الوديعة^(٢) .

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

(١) لانه منفعة استوفاه الغاصب ووقعت تحت اليد فتكون مضمونة بالقيمة
لعدم المماثل ، وذلك بمقتضى قاعدة على اليد وغيرها من أدلة الضمان .

وعن الجواهر : وعليه أجره الضراب عند أهمل البيت عليهم السلام كما
في محكي السرائر ، بل فيه « ما قاله شيخنا في مبسوطه من ان أجره الفحل
لا تجب على الغاصب ، لان النبي « ص » نهى عن كسب الفحل فهو حكاية
مذهب المخالفين ، فلا يتوهم متوهم انه اعتقاده » . ولكن مع ذلك في المتن
وغيره قال الشيخ في المبسوط لا يضمن الاجرة [الجواهر ج ٣٧ ص ١٤٦] .
والمراد من نهى النبي ماورد 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 الاصحاب .

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

فتجرى فى جميع ما يقبض بالمعاملات الفاسدة^(١) . وما وضع اليد عليه بسبب الجهل والاشتباه - كما اذا لبس مداس غيره او ثوبه اشتبهاً او اخذ شيئاً من سارق عارية باعتقاد انه ما له ، وغير ذلك مما لا يحصى^(٢) .

(مسألة : ٥٤) كما ان اليد الغاصبة وما يلحق بها موجهة للضمان - وهو المسمى بضمان اليد . وقد عرفت تفصيله فى المسائل السابقة - كذلك للضمان سببان آخران : الاتلاف^(٣) .

كما فى صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال : صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان [الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٧ ، الحديث ١] .

وفى مرسلة عن ابي جعفر عليه السلام (فى حديث) قال : وسألته عن الذي يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان ؟ فقال : ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً [الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ، الحديث ٥] .

ورواه فى الكافي وفى التهذيب بسند كالصحيح عنه عليه السلام .
(١) كما فى حسنة جميل التى هى كالصحيحة عن ابي عبد الله عليه السلام فى الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية . قال : يأخذ الجارية المستحق ، ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ، ويرجع على من باعه بثمان الجارية وقيمة الولد التى أخذت منه [الوسائل ، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد ، الحديث ٥] .

(٢) لما تقدم من اطلاق دليل « على اليد » لجميع تلك الصور .

(٣) بلاخلاف ولا اشكال ، ويسدل عليه الروايات المعتمدة فى الابواب

المتفرقة :

والتسبيب^{١١} . وبعبارة أخرى : له سبب آخر وهو الاتلاف ، سواء كان بالمباشرة او التسبيب .

(منها) موثقة اسحاق بن عمار قال : سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك ، أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتي درهم ؟ قال : نعم ، لأنه 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 لضمانها في المثليات والقيميات ، ضرورة أن المتفاهم عرفاً من قوله عليه السلام «لأنه 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 المعائر في المسالك ، بلاخلاف أجده في أصل الضمان به ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، مضافاً الى ما دل عليه من النصوص :

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

(ومنها) صحيح زرارة 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 بالمباشرة ووضح لا يخفى مصاديقه كما
إذا ذبح حيواناً اورماه بسهم فقتله ، او ضرب على اناء فكسره ،
اورمى شيئاً في النار فأحرقه وغير ذلك مما لا يحصى . واما الاتلاف
بالتسبب فهو ايجاد شيء يترتب عليه الاتلاف بسبب وقوع شيء^١ .
كما لو حفر بئراً في المعابر فوقع فيها انسان او حيوان^٢ . او طرح

الضمان ، الحديث ١ من كتاب الديات] .

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

(١) فانه حينئذ يسند اليه التلف والتضييع وغير ذلك من العناوين الموجبة
للضمان الواردة في النصوص ، فهذا الملاك وضح في تفسير التسبب لاسترة
فيه .

(٢) لانه مضافاً الى أنه مصداق واضح من التسبب ، يدل عليه صحيح زرارة
المتقدمة وموثق سماعة المتقدمة ، كما في الصحيحة « لان كل من حفر بئراً في
غير ملكه كان عليه الضمان » وفي الموثقة « وما حفر في الطريق أو غير ملكه
فهو ضامن لما يسقط فيها » .

وفي رواية ابي الصباح الكناني عن ابي عبد الله عليه السلام أيضاً : من
اضرب شيء من طريق المسلمين فهو له ضامن [الوسائل ، الباب ٨ من أبواب
موجبات الضمان ، الحديث ٢ من كتاب الديات] .

المعائر والمزالق كقشر البطيخ والرقى فى المسالك او اوتد وتداً
فى الطريق فأصاب به عطب او جنازة على حيوان او انسان ، او وضع
شيئاً على الطريق فتمر به الدابة فتتفر بصاحبها فتعقره او اخرج ميزاباً
على الطريق فأضرب بالمارة^(١) او القى صبيلاً او حيواناً يضعف عن الفرار
فى مسبعة فقتله السبع^(٢) .

ومن ذلك ما لو فك القيد عن الدابة فشردت أو فتح قفصاً عن طائر
فطار مبادراً او بعد مكث وغير ذلك ، ففى جميع ذلك يكون فاعل
السبب ضامناً^(٣) ، ويكون عليه غرامة التالف وبدله ، ان كان مثلياً

(١) كما قد صرح بذلك كله فى النصوص ، كما فى رواية ابى الصباح
وصحيح الحلبي المتقدمتان، وفى رواية السكوني عنه عليه السلام قال رسول
الله « ص » : من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتداً أو وثق دابة أو حفر شيئاً
فى طريق المسلمين فأصاب فعطب فهو له ضامن [الوسائل ، الباب ١١ من أبواب
موجبات الضمان ، الحديث ١ من كتاب الديات] .

(٢) لاستناد القتل اليه حينئذ عرفاً من دون اشكال ، خلافاً للمحكي عن مبسوط
الشيخ من عدم الضمان لان الحر لا يدخل تحت اليد .

وفيه : عدم انحصار الضمان بذلك ، ضرورة ضمانه بمباشرة الاتلاف
وتسببه على الوجه الذي ذكرنا وان لم يكن غصباً ، بل لافرق بين الصغير
وغيره كالمجنون ونحوه ممن لا يتمكن من التخلص .

(٣) بلاخلاف أجده فى شىء من ذلك ، بل عن الكفاية أنه المعروف من
مذهب الاصحاب ، بل عن ظاهر التذكرة الاجماع فى الاخير ، أوفى الثلاثة

فبالمثل وان كان قيمياً فبالقيمة^(١) ، وان صار سبباً لتعيب المال كان عليه الارش كما مرفى ضمان اليد^(٢) .

كما عن المبسوط والغنية نفي الخلاف فيها ، وكذا عن المبسوط أنه لو أهاج الدابة فشردت أو الطائر فطار بلاخلاف ، أي منا ومن العامة ، وعن التذكرة : لو أهاج الطائر ضمن قولاً واحداً .

وذلك لاستناد التلف إلى فاعل السبب فيندرج في النصوص ، بل هو قاعدة عقلائية في السبب والمباشر ، والنصوص للارشاد اليها ، وذلك لسبق الضمان بالاتلاف عند العقلاء أعم من المباشر والسبب . ولاخفاء في أن هذه المصاديق من مصاديق الاتلاف بالسبب .

ويدل عليه مضافاً إلى ما سبق الروايات الواردة في شهادة الزور ، كصحيحة جميل عنه عليه السلام في شاهد الزور قال : ان 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) لان الضمان والعهدة في الأموال كما يكون لتمام المال عند العقلاء كذلك يكون لبعضه ، وكما أنه لأصل المال كذلك للخصوصيات الموجودة فيه . ويدل عليه أيضاً النصوص كالصحيحين المتقدمين .

(مسألة : ٥٦) لو غصب شاة ذات ولد فمات ولدها جوعاً
أوحبس مالك الماشية أوراعيها عن حراستها فاتفق تلفها لم يضمن
بسبب التسبب^١ الا اذا انحصر غذاء الولد بارتضاع من امه وكانت
الماشية فى محال السباع ومظان الخطر وانحصر حفظها بحراسة
راعيها فعليه الضمان حينئذ على الاحوط .

١) لعدم التسبب عرفاً وعقلاً الا اذا انحصر غذاء الولد بالارتضاع من أمه
وكانت الماشية فى محال السباع ومظان الخطر وانحصر حفظها بحراسة
راعيها ، بل يمكن أن يقال فى هذه الصورة أيضاً بأن غصب الشاة أو حبس
المالك لا يكون سبباً بل يكونان من المعدات ، ولذلك لا تستند الامانة والتلف
الى الغاصب .

الا أن يقال : بأن العرف يرى ذى سبباً مع الانحصار المذكور ، وفى
الجواهر : لو غصب شاة فمات ولدها جوعاً ففي الضمان تردد ، وكذا لو حبس
مالك الماشية عن حراستها فاتفق تلفها ، وكذا التردد لو غصب دابة فتبعها الولد
كما فى القواعد والارشاد والكفاية ، بل والايضاح باعتبار عدم الترجيح فيه ،
بل والتذكرة وان اقتصر على الثاني ، بل واللمعة وان اقتصر على الاخير .

نعم قرب فى الدروس فيه الضمان ، وفى الروضة انه أقوى . الى أن
قال : ومما ذكرناه فى ذلك المقام وغيره يظهر لك النظر فى جملة من هذه الكلمات
ضرورة أن كون السبب هو مادلت عليه النصوص المزبورة أو الحق به باجماع
ونحوه ، وماعدها فالاصل براءة الذمة من الضمان به ، فالمتجه عدم الضمان فى
المسائل المفروضة [الجواهر ج ٣٧ ص ٦٤ - ٦٥] .

(مسألة : ٥٧) ومن التسبب الموجب للضمان مالوفك وكاء
ظرف فيه مائع فسال ما فيه ، واما لوفتح رأس الظرفه ثم اتفق انه
قلبه الريح الحادثة او انقلب بوقوع طائر عليه مثلا فسال ما فيه ^١
ففي الضمان تردد واشكال ^٢ . نعم يقوى الضمان فيما كان ذلك في
حال هبوب الرياح العاصفة او في مجتمع الطيور ومظان وقوعها
عليه ^٣ .

(مسألة : ٥٨) ليس من التسبب الموجب للضمان ما لوفتح
باباً على مال فسرق ^٤ او دل سارقاً عليه فسرقه فلا ضمان عليه ^٥ .

(١) بلاخلاف كما عن المبسوط والسرائر ولا اشكال ، بل يمكن أن يقال
بأنه يعد مباشراً للاتلاف أو بحكمه .

(٢) كما في التحرير والارشاد، لعدم استناد الاتلاف الى الفاتح حينئذ وعدم
استقلاله في ذلك ، بل عن المحقق في الشرائع : ولعل الاشبه أنه لا يضمن
لان الريح والشمس كالمباشر فيبطل حكم السبب .
(٣) لاستناد التلف اليه حينئذ عرفاً .

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

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

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

(مسألة : ٥٩) لو وقع الحائط على الطريق مثلاً فتلف بوقوعه مال أو نفس لم يضمن صاحبه^(١) إلا إذا بناه مائلاً إلى الطريق أو مال إليه بعد ما كان مستويًا وقد تمكن صاحبه من الإزالة ولم يزله ، فعليه الضمان في الصورتين على الأقوى^(٢) .

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

لكن الفاضل في الإرشاد هنا قال بالضمان ، ونسبه غير واحد ممن تأخر عنه إلى مخالفة جميع الأصحاب ، وفي غاية المراد « قد تصفحت كتب أصحابنا فلم أجد 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 أضرب طريق المسلمين كما في رواية الكتاني « من أضرب بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن » [الوسائل ج ١٩ ص ١٧٩] .

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

فإن المقام لا يقصر عما ورد في النصوص في أسباب الضمان ، بل داخل في عنوان المضر بطريق المسلمين .

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

(مسألة : ٦١) ومن التسبب الموجب للضمان ان يشعل ناراً في ملكه وداره فتعدت واحرقت دارجاره مثلاً فيما اذا تجاوز قدر حاجته ويعلم او يظن تعديها لعصف الهواء^(٣) مثلاً ، بل الظاهر كفاية الثاني فيضمن مع العلم او الظن بالتعدي لو كان بمقدار الحاجة^(٤) . بل لا يبعد الضمان اذا اعتقد عدم كونها متعدية فتبين خلافه ، كما اذا

(١) لعدم ترتب السقوط وتلف المال والنفس به عادة الامن باب الاتفاق .

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

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

(٤) اذ لافرق في الاستناد بنظر العرف مع العلم أو الظن عادة بين ما اذا كان بقدر الحاجة ام لا ، كما عن صاحب الجواهر : والتحقيق ما عرفت من كون المدار على صدق الاتلاف حقيقة ولو بالتوليد 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 ما لم يعلم التعدي أو يغلب على ظنه ولو لكونه من شأنه ذلك [الجواهر ج ٣٧ ص ٦١] .

كانت ريح حين اشتعال النار وهو قد اعتقد ان بمثل هذه الريح
لاتسرى النار الى الجار فتبين خلافه ^(١) . نعم لو كان الهواء ساكناً
بحيث يؤمن معه من التعدي فانفق عصف الهواء بغتة فطارت
شرارتها يقوى عدم الضمان ^(٢) .

(مسألة : ٦٢) اذا أرسل الماء في ملكه فتعدى الى ملك غيره
فأضر به ضمن ولو مع اعتقاده عدم التعدي ^(٣) . نعم ضممانه فيما اذا

(١) لاستناد الاتلاف اليه ، والاعتقاد وعدمه لا يكون فارقاً في التسبب بين

الصورتين كما عرفت من الجواهر .

(٢) لعدم التسبب كما تقدم تفسيره من أنه ايجاد شيء يترتب عليه الاتلاف
لعدم ترتب الاحراق حينئذ على مجرد الاشعال، بل كان الاحراق في هذه الصورة
غير مترقب وقع من باب الاتفاق لعصف الهواء بغتة .

وفي الجواهر : ولو أرسل في ملكه ماء فأغرق مال غيره أو اجع ناراً فيه
فأحرق لم يضمن مالم يتجاوز قدر حاجته اختياراً ولا علم ولا ظن التعدي فضلاً
عما لو علم أو ظن عدم التعدي . بلاخلاف أجده 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 يتعقبه ضمان، وان كان لا يخلو من نظر ان لم يكن اجماعاً
[الجواهر ج ٣٧ ص ٥٩] .

(٣) وذلك لتحقق التسبب واستناد الاتلاف الى مرسل الماء .

خرجت من اختياره في صورة اعتقاده عدم التعدي محل اشكال^(١)،
والاحوط الضمان^(٢). ولو كان طريقه الى ملك الغير مسدوداً حين
ارسال الماء فدفع بغير فعله فلا ضمان عليه^(٣).

(مسألة: ٦٣) لو تعب حمال الخشبة فأسندها الى جدار الغير
ليستريح بدون اذن صاحب الجدار فوقع باسناده اليه ضمنه وضمن
ما تلف بوقوعه عليه^(٤)، ولو وقعت الخشبة فأتلفت شيئاً ضمنه سواء

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

(٢) للاهتمام بأمر الاموال في الشريعة المقدسة الاسلامية ، نعم في الجواهر:
والتحقيق ما عرفت من كون المدار على صدق الاتلاف حقيقة ولو بالتوليد 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 [الجواهر 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 لافرق 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 بالاضافة الى ماتلف بوقوعه عليه لانه كان بالتسبب والمفروض استناد
التلف اليه وهو نوع آخر من الاتلاف واطلاق الادلة شامل لهما ، كما أن في

وقعت في الحال او بعد اذا كان مستنداً اليه ^١ .

(مسألة : ٦٤) لوفتح قفصاً عن طائر فخرج وكسر بخروجه

قارورة شخص مثلاً ضمنها على الاحواط ^٢ ، وكذا لو كان القفص ضيقاً مثلاً فاضطرب بخروجه فسقط وانكسر ^٣ .

(مسألة : ٦٥) اذا أكلت دابة شخص زرع غيره او أفسدته فان

كان معها صاحبها راكباً او سائقاً او قائداً او مصاحباً ضمن ما تلفته ^٤ .

ارتكاز العقلاء لافرق في ضمان الاتلاف بين المباشر والسبب .

ثم انه لامانع من اجتماع الاتلافيين أحدهما بالمباشرة والثاني بالتسبب

لعدم موجب للمنع كما وقع في المقام فيجتمع الضمانان .

(١) لعدم الفرق في الاستناد بينهما .

(٢) لان كسر القارورة وان كان غير مترتب على خروج الطائر وطيرانه الامن

باب الاتفاق ولكن لافاعل مختار مرید بين فتح القفص وبين كسر القارورة غير

الانسان ، فضابط التسبب على ما تقدم وان كان انطباقه على المقام غير واضح

أو واضح لعدم لكن العرف يرى فاتح القفص مسبباً لذلك .

وفي الجواهر : بل صرح غير واحد بأنه لو أفسد الطائر مثلاً بخروجه ضمنه

لان فعل الطائر منسوب اليه وان كان لا يخلو من نظر . خصوصاً في مثل اتلاف

الدابة بعد الفك بعض الاموال ، ضرورة امكان منع السببية الشرعية [الجواهر

ج ٣٧ ص ٦٦] .

(٣) وذلك بعين الوجه المتقدم .

(٤) لاستناد التلف الى صاحبها من أجل اهمالها وعدم حفظها ، مع أن

مثل هذا العمل مما يترتب عليه أكل الزرع أو افساده ، فينطبق عليه التسبب

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

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

(مسألة : ٦٧) لو اجتمع سببان للاتلاف بفعل شخصين فان لم يكن أحدهما اسبق فى التأثير اشتركا فى الضمان^٥ . والا كان الضمان

بالملاك المتقدم .

(١) كما تدل عليه النصوص المعتمدة ، 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 افسدت البهائم ليلاً [الوسائل ج ١٩ ب ٤٠ من أبواب موجبات الضمان ، الحديث ١] .

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

(٣) كما عليه معتبرة السكوني المتقدمة .

(٤) لاستناد الاتلاف (بالتسبب) الى الراعى أو المستعير حينئذ دون المالك .

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

على المتقدم في التأثير ، فلو حفر شخص بئراً فـسى الطريق ووضع شخص آخر حجراً يقربها فـعثر به انسان او حيوان فوقه فى البئر كان الضمان على واضع الحجر دون جافر البئر^(١). ويحتمل قوياً اشتراكهما فى الضمان مطلقاً^(٢) .

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

ولكن الظاهر أن مجرد سبق بحسب الزمان لا يوجب استناد الجناية الى السابق زماناً وعدم استقلال الاول في التأثير ، فلا وجه للاولوية ، فالملاك هو التأثير والاستناد اليه . ولا فرق في ذلك بين الواقعين في زمان واحد والمرتبين بحسب الزمان كما هو واضح .

(١) لاستناد الجناية الى واضع الحجر كما في التذكرة قال: ولو تعدد السبب فالضمان على المتقدم منهما ان ترتبا ، كما لو حفر شخص بئراً في محل عدواناً ووضع آخر حجراً فيه فعثر انسان بالحجر فوقه في البئر فالضمان على واضع الحجر ، لانه السبب المؤدي الى سبب الاتلاف ، فكان أولى بالضمان ، لان المسبب يجب مع حصول سببه فيه ، فوضع الحجر يوجب التردى ، أما لو انتفى الترتيب فالضمان عليهما ، كما لو حفر ووضع الحجر فان الضمان عليهما .

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

(مسألة : ٦٨) لو اجتمع السبب مع المباشر كان الضمان على المباشر دون فاعل السبب ^(١) ، فلو حفر شخص بئراً في الطريق فدفع غيره فيها انساناً . او حيواناً كان الضمان على الدافع دون الحافر .

والعلامة في التذكرة بعد نقله ما تقدم من العبارة بقوله : قلت : لا يخلو كلامهما من خفاء في الجملة ، والذي ذكره غيرهما أنه يقدم الاول في الجنابة وان تأخر حدوثه عن الآخر . وربما احتتم ترجيح الاقوى ، كما لو نصب سكيناً في البئر المذكور . وقد يحتمل قوياً تساوي السببين لاشتراكهما في التلف الحاصل خارجاً ، وانه لولا الحجر لم يحصل التردى في البئر ، كما أنه لولا البئر لم يؤثر العثور بالحجر تلفاً . بل لو فرض كون كل من السببين لواستقل الا انها اشتركا فيما تحقق في الخارج من التلف يتجه أيضاً فيه الاشتراك في الضمان . وتمام الكلام في ذلك في الدييات انشاء الله [الجواهر ج ٣٧ ص ٥٦] .

(١) لاستناد الاتلاف والجنابة 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 بئراً في ملك غيره عدواناً فدفع غيره فيها انساناً ، فضمن ما يجنيه الدافع على الدافع لما عرفته من تقديم المباشرة على التسبب الذي لم أجد فيه خلافاً بينهم . بل أرسلوه ارسال المسلمات في المقام وفي القصاص والديات ، بل عن كشف اللثام الاجماع عليه ، بل في مجمع البرهان « ان من المعلوم عقلاً ونقلًا اسناد الفعل الى القريب دون البعيد الذي هو سبب السبب وله مدخلية ما في ذلك الشيء . وهو ظاهر ، وكأنه مجمع عليه .

نعم لو كان السبب اقوى من المباشر كان الضمان عليه لاعلى المباشر^(١)، فلو وضع قارورة تحت رجل شخص نائم فمدرجله فكسرها كان الضمان على الواضع دون النائم .

(مسألة : ٦٩) لو اكره على اتلاف مال غيره كان الضمان على من اكرهه ، وليس عليه ضمان ، لكون السبب اقوى من المباشر^(٢) .

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

ولاريب في ان المباشرة أقرب منه ، بل السبب في الحقيقة قد صار من آلات المباشرة في مباشرته ، كقتله بالسيف والدفع في البئر والقائه على السكين المغصوب مثلا واغراقه في الماء الذي وضعه الغير وهكذا [الجواهر ج ٣٧ ص ٥٤] .

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

(٢) لان المباشرة ضعفت مع الاكره ، فكان السبب هنا اقوى ، بلاخلاف أجده في شيء من ذلك . وفي المسالك « ربما قيل هنا باشتراط زيادة خوف

هذا اذا لم يكن المال مضموناً في يده بأن اكرهه على اتلاف ما ليس تحت يده او على اتلاف الوديعة التي عنده مثلاً ، واما اذا كان المال مضموناً في يده كما اذا غصب مالا فأكرهه شخص على اتلافه فالظاهر ضمان كليهما^١ ، فللمالك الرجوع على ايهما شاء ، فان رجع على المكره بالكسر لم يرجع على المكره بالفتح بخلاف العكس^٢

ضرر لا يمكن تحمله . والاشهر الاول « وذلك لصدق عنوان الحكم نصاً وفتوى وان كان الضرر يسيراً كما في معتبرة حريز عن ابي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله « ص » : رفع عن أمتي تسعة أشياء : الخطأ ، والنسيان ، وما أكرهوا عليه ، وما لا يعلمون ، وما لا يطيقون ، وما اضطروا اليه ، والحسد ، والطيرة ، والتفكر في الوسوسة في الخلق ما لم ينطقوا بشقة [الوسائل ج ١١ ص ٢٩٥] .

(١) وذلك اما ضمان المباشر 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 الجواهر : أما اذا كان مضموناً في يده سابقاً فانه يبقى على حكم ضمانه وان اكرهه 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 المغرور 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^(١)
وان كان عليه عقوبة ، فانه لا اكره في الدماء .

(مسألة : ٧٠) لو غصب مأكولا مثلا فأطعمه المالك مع جهله
بأنه ماله بأن قال له : « هذا ملكي وطعامي » أوقدمه اليه ضيافة مثلا
او غصب شاة واستدعى من المالك ذبحها فذبحها مع جهله بأنه شاته

ومنه يعام الوجه حينئذ في تخيير 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 فسي يده فسي الايدي المتعاقبة
[الجواهر ج ٣٧ ص ٥٨ - ٥٩] .

(١) وذلك لاستناد القتل حينئذ الى القاتل، بل يكون استناده اليه أقوى من
المسبب، مع أن دليل الاكراه لا يشمل المقام، حيث أن سياق حديث الرفع سياق
الامتنان ولا امتنان في رفع أثر القتل عن القاتل اذا أكره بذلك .
وفي الجواهر: هذا وكأن المصنف أشار بالاقتنار على المال الى الاحتراز
عن النفس ، فان الاكراه على اتلافها لا يوجب سقوط الضمان عن المكره .
نعم في الجرح اشكال من حيث تناول قوله عليه السلام « لانتقية فسي الدماء »
له وعدمه [الجواهر ج ٣٧ ص ٥٩] .

وما ذكره قدس سره اشارة الى ماورد من الروايات في باب عدم جواز
التقية فسي الدم ، كرواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال :
انما جعل التقية ليحققن بها الدم ، فاذا بلغ الدم فليس تقية [الوسائل ج ١١ ص
٤٨٣ ، الحديث ١] .

ضمن الغاصب^(١) وان كان المالك هو المباشر للاتلاف . نعم لو دخل المالك دار الغاصب مثلاً ورأى طعاماً فأكله على اعتقاد انه طعام الغاصب فكان طعام الاكل فالظاهر عدم ضمان الغاصب^(٢) وقد برأمن ضمان الطعام .

(١) بلاخلاف ولا اشكال ، وان كان المالك المباشر للاتلاف ، لكن نسبة الاتلاف اليه ضعيفة من جهة الاغترار، فكان السبب هنا أقوى . وأما تسليم المال اليه ليس تسليمياً تاماً يتصرف به المالك تصرف الملاك في أموالهم ، ولذلك لا يوجب رفع الضمان عن الغاصب لعدم تحقق الاداء الذي هو غاية الضمان . نعم لو وهبه المالك هبة لازمة أو أقرضه له كان تسليمياً تاماً ، ومن هنا لو دفع اليه عوض حقه الثابت عليه على سبيل الهبة اللازمة فأخذه المالك على هذا الوجه ونوى الدافع عن حقه كان وفاءً على الاقوى كما عن التذكرة .

بل صرح غير واحد بالاكتماء في ذلك بالاهداء ، 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 متحقق في المقام .

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

بل في القواعد « لو أمر الغاصب المالك بالاكل مع جهله بالحال فباعه أو بالعكس فالاقرب زوال الضمان » لانه قد تصرف باختياره لاقول الغاصب ، فصادف التصرف ملكه ، ولان 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 الضيافة مثلاً ضمن كلاهما^{١١} ، فللمالك ان يغرم ايهما 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 » ، اذ لا تختص القاعدة بمن يكون عالماً ومتوجهاً بأنه مال الغير ، لان النصوص المتضمنة للقاعدة شاملة لغير صورة العلم والعمد ، وأما الغاصب فلانه غاصب ، ومجرد الغصب والتسلط على مال الغير موجب للضمان بمقتضى قاعدة « على اليد » وقاعدة « المغصوب كله مردود » . مضافاً الى أنه السبب للاتلاف عرفاً والمسبب ضامن كالمباشر .

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 . فأنى اباها فقال : زوجني ابنتك فزوجه غيرها فولدت منه ، فعلم بعد أنها غير ابنته وانها أمة . قال : ترد الوليدة على مواليها والولد للرجل ، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالي الوليدة كما غر الرجل وخدعه [الوسائل ، الباب ٧ من أبواب العيوب والتدليس ، الحديث ١ من كتاب النكاح] .

وقد ورد في باب تدليس الجارية بلفظ الغرور في رواية دعائم الاسلام فقال في القرن والجذام ونحوهما : يرجع بالمهر على من غره بها ، وان كانت هي التي غرته رجح به عليها [المستدرک ، الباب ١ من ابواب العيوب والتدليس

الغاصب لم يرجع على الاكل^١ وان اغرم الاكل رجوع على الغاصب
لانه غره^٢ .

(مسألة : ٧٢) اذا سعى الى الظالم على أحد او اشتكى عليه
عنده بحق او بغير حق فأخذ الظالم منه مالا بغير حق لم يضمن الساعي
والمشتكى ما خسره وان اثم بسبب سعائته او شكايته اذا كانت بغير
حق ، وانما الضمان على من أخذ المال^٣ .

(مسألة : ٧٣) اذا تلف المغصوب وتنازع المالك والغاصب
في القيمة ولم تكن بينة ففي ان القول قول الغاصب^٤ او المالك^٥

الحديث ٥] .

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

(٢) والمستفاد من النصوص كما تقدم أن المغرور يرجع الى من غره من
جهة الغرور دون العكس .

(٣) لان المباشر في المثال أقوى من السبب ، فالقاعدة تقتضي ضمان المباشر
في المقام دون السبب .

(٤) كما عمن المبسوط والخلاف والحلي والمحقق والعلامة والشهيدين
وكثير من المتأخرين بل عامتهم ، من جهة أن الغاصب منكر لزيادة القيمة
والمالك يدعيها، فقول الغاصب موافق لاصالة البرءة عن الزائد وعلى المدعي
اقامة البينة وعلى المنكر - وهو الغاصب - الحلف .

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

ترددناش من التردد فى معنى « على اليد ما اخذت ... » الخ واحتمال ان يكون نفس المأخوذ على عهده حتى بعد التلف ويكون اداء المثل أو القيمة نحو اداءه فيكون القول قول المالك بيمينه واحتمال أن ينتقل بالتلف الى القيمة ، فيكون القول قول الغاصب بيمينه ،

منه ، حيث أن مقتضى ظاهر حديث «على اليد» تعلق الضمان والعهد بنفس العين واداء المثل أو القيمة مرتبة من أداء نفس العين، فأصالة بقاء اشتغال الذمة بنفس العين بعد أداء الأقل وعدم حصول البراءة اليقينية الا بدفع الاكثر يقتضى تقديم قول المالك المغضوب منه ، لان قوله مطابق لأصالة الاشتغال . والغاصب مدع ابراءة الذمة بالأقل فعليه اقامة البينة .

مضافاً الى صحيح ابى ولاد المتقدم : قلت فممن يعرف ذلك ؟ قال عليه السلام : أنت وهو اما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك او يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا فيلزمك [الوسائل ، الباب ٧ من كتاب الغصب، الحديث . [١]

مؤيداً ذلك بالاعتبار ، حيث أن المالك أعرف بقيمة ماله ، مضافاً الى أنه موافق لآخذ الغاصب بأشق الاحوال .

نعم قد يقال : بأن الصحيح في مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض مخاصمة - وقضية البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه انما هي في المخاصمات وذلك من جهة ظهور السؤال والجواب في ذلك - حيث أن السؤال انما يكون عن العارف وأجاب «ع» بأنه اما أن يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله، او أن تحلف أنت من جهة كونه عندك في مدة ، أو يقيم المالك البينة لولم تعرف أنت ولم يعرف هو . فالصحيح غير مربوط بباب النزاع والخصومة ، وذلك

التفسير عن جمع من المحققين كصاحب الجواهر واليزدي والصفهاني والايرواني .

وفي الجواهر : ولعل التأمل الجيد يقتضي أن المراد بالصحيح المزبور بيان انحصار معرفة القيمة كما هي بهما ، لكن بالحلف على الوجه المزبور أو بالشهود . وهو كذلك ، فان كلا منهما مدع بالنسبة التي تعيين كون القيمة كذا في الواقع .

وقولنا بتقديم قول الغاصب يراد منه تقديمه بالنسبة التي نفي شغل ذمته بالزائد ، لاعلى تعيين كون القيمة كذا ، فلادلالة في الصحيح المزبور على فرض المسألة بما عند الاصحاب من كون المراد شغل ذمة الغاصب بالزائد وعدمه .

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

والذي يسهل الخطب ما قال في الرياض « لولا طبق متأخري الاصحاب على العمل بالاصل العام واطراح الرواية لكان المصير اليها في غاية القوة » حيث أنه يظهر منه عدم عمل الاصحاب بالرواية ، فتكون القاعدة هي المحكم في المقام في ترجيح أحدهما على الآخر .

ولا يخلو هذا من قوة^(١). ولوتنازعا في صفة تزيد بها الثمن بأن ادعى المالك وجود تلك الصفة فيه يوم غصبه او حدوثها بعده وان زالت فيما بعد وانكره الغاصب ولم يكن بينة فالقول قول الغاصب يمينه بلا اشكال^(٢).

(مسألة : ٧٤) ان كان على الدابة المغصوبة رحل او علق بها حبل واختلفا فيما عليها فقال المغصوب منه : «هولى» وقال الغاصب : «هولى» ولم يكن بينة فالقول قول الغاصب مع يمينه لكونه زايد فعليه عليه^(٣).

(١) وذلك لما تقدم في تفسير الضمان ، حيث أنه بمعنى جبران الخسارة ودرك الضرر عند التلف ، فالذي يقع على العهد هو القيمة عند التلف ، فالنزاع في القيمة عند التلف يرجع الى الدوران بين الاقل والاكثر ، واشتغال الذمة بالاقل معلوم وبااذا من الاقل مشكوك فيه ، والاصل يقتضي البراءة . وقول الغاصب موافق للاصل ، وهو أصالة البراءة عن الزائد ويعد منكراً عرفاً لانه ينفي الزيادة ولذلك يقدم قوله .

(٢) بلاخلاف أجده هنا ، لان المالك مدع لحدوث صفة تزيد بها القيمة عند التلف والغاصب ينكره ، فعلى المدعي البينة وعلى المنكر اليمين . نعم في الكفاية في عموم صحيح ابي لاود ما يخالفه ، وقد عرفت الحال فيه .

(٣) واليد أمانة الملكية شرعاً فيعد الغاصب -- وهو ذواليد -- منكراً عرفاً ، والمالك يعد مدعياً عرفاً ، فعليه البينة . وعلى الغاصب اليمين بمقتضى القاعدة المصرح بها في روايات باب القضاء « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » .

وفي الجواهر : اذا خلفنا فيما على العبد من ثوب أو خاتم أو نحوهما
فقال المالك: هو لي، وقال الغاصب: هو لي، فالقول قول الغاصب مع يمينه بلا خلاف
أجده فيه ، لان يده حالة الغصب على الجميع فيقدم قوله . ولا يعارضها سبق
يد المالك بعد زوالها بطر ويد الغاصب التي حكم بسببها بضمانه للعين والمنفعة .
والله العالم [الجواهر ج ٣٧ ص ٢٣٦] .

بل يمكن أن يقال : لامعارضة بين اليد السابقة واللاحقة ، لان النزاع في
الثوب والخاتم والرحل والحبل وأمثال ذلك وثبوت يد المالك عليها قبل ذلك
مورد الترديد فلا تعارض .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ان الله تبارك وتعالى وصف نفسه بلسان أنبيائه ورسله بأنه الذي جعل لكم الارض قراراً والسماء بناءً ، وأنه الذي جعل لكم الارض مهدياً وسلك لكم فيها سبلاً وأنزل من السماء ماءً فأخرج به أزواجاً من نبات شتى . ثم قال : كلوا وارعوا أنعامكم ان في ذلك لايات لاولى النهى ، منها خلقناكم وفيها نعيدكم ومنها نخرجكم تارة أخرى [سورة طه : ٥٣ - ٥٥] .

ومن آياته تعالى احياء الارض بعد موتها واخراج العجوب وجعل الجنات من نخيل واعناب بقوله « وآية لهم الارض الميتة احييناها وأخرجنا منها حياءً فمنه يأكلون وجعلنا فيها جنات من نخيل واعناب وفجرنا فيها من العيون لياكلوا من ثمره وما عملته أيديهم أفلا يشكرون سبحانه الذي خلق الأزواج كلها مما تنبت الارض ومن أنفسهم ومما لا يعلمون » [سورة يس ٣٣ - ٣٦] .

ومن آثار قدرته وعظمته امداد الارض واستعدادها لعيشة الانسان وانبات النبات وارسال الرياح لواقع وانزال الماء من السماء واهياء الارض وامانتها

كما في قوله تعالى « والارض مددناها وألقينا فيها رواسي وأنبتنا فيها من كل
شئ موزون وجعلنا لكم فيها معاش ومن لستم له برازقين وان من شئ الاعندنا
خزائنه وما ننزله الا بقدر معلوم وأرسلنا الرياح لواقح فأنزلنا من السماء ماء
فأسقيناكموه وما أنتم له بخازنين وانالنحن نحيبى 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 فتثير سحاباً فيسطه في السماء
كيف يشاء ويجعله كسفاً فترى الودق يخرج من خلاله فاذا اصاب به من يشاء
من عباده اذاهم يستبشرون * وان كانوا من قبل أن ينزل عليهم من قبله لمبلسين *
فانظر الى آثار رحمة الله كيف يحيى الارض بعد موتها ان ذلك لمحي الموتى
وهو على كل شئ قدير » [سورة الروم : ٤٨ - ٥٠] .

ثم : ان الحياة الارضية وان كانت في الايات المتقدمة وغيرها مستندة الى
الله سبحانه وتكون من آياته وآيات عظمته ورحمته، الا أن عمل الانسان ودخالة
جهده في حياة الارض وعمارته غير مورد للانكار كما أشير اليه في خلال الايات
المتقدمة بقوله تعالى « وما عملته ايديهم » ولذلك جعل في الشريعة الاسلامية
وفي متون الروايات احياء الارض بعد موتها موضوعاً لاحكام يأتي البحث
عنها في هذا الكتاب ، وقد رغب الى احياء الارض بزرعها وجعل الزراعة مما
اختار لانبياؤه .

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

وفي رواية احمد بن ابى عبدالله عن بعض أصحابنا قال : قال ابو جعفر عليه السلام : كان ابى يقول : خير الاعمال الحرث تزرعه فياً كل منه البر والفاجر أما البر فما أكل من شيء استغفر لك ، وأما الفاجر فما أكل من شيء لعنه ويأكل منه البهائم والطير [أصول الكافي ج ٥ ص ٢٦٠] .

وفى رواية يزيد بن هارون قال : سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول : الزارعون كنوز الانام يزرعون طيباً اخرجه الله عز وجل وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً واقربهم منزله يدعون المباركين [اصول الكافي ج ٥ ص ٢٦١] .
كما نهى عن قطع الاشجار لانها الموجبة لخراب الارض ، ففي رواية ابن مضارب عن ابى عبدالله عليه السلام قال : لاتقطعوا الثمار فيبعث الله عليكم العذاب صبأ [أصول الكافي ج ٥ ص ٢٦٤] .

واكد الترغيبات بجعل الاحياء في نظام الاقتصاد الاسلامي سبباً للملك أو حق الاختصاص ، وذلك من أوفر الدواعي لاحياء الارض واجسراء الانهار وغرس الاشجار وبناء الابنية ، وذلك في الروايات الكثيرة .

ومنها رواية خالد الكابلي عن ابى جعفر عليه السلام قال : وجدنا في كتاب علي عليه السلام : ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين ، أنا وأهل بيتى الذين أورثنا الارض ونحن المتقون ، والارض كلها لنا فمن احبى ارضاً من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتى وله ما اكل منها ، فان تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحياها فهو أحق بها من الذي تركها ، فليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتى وله ما أكل منها حتى يظهر القائم [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٩] .

وهذا الكتاب الذي بين يديك - أيها القارئ الكريم - وضع لتبيين أحكام الاحياء في الشريعة المقدسة الاسلامية تبعاً لما أفاته سيدنا وقائدنا الامام الخميني

متع الله المسلمين بطول بقائه الشريف .
وأسال الله تبارك وتعالى أن يتقبله منى بأحسن القبول ويجعله ذخراً ليوم
فاقتي .

اللهم آمين يارب العالمين .

احمد المطهرى

كتاب الحياء الموات والمستحبات

(القول في احياء الموات)

الموات هي الارض المطلة التي لا ينتفع بها ، اما لانقطاع الماء عنها أو لاستيلاء المياه أو الرمال أو السبخ أو الاحجار عليها ، أو لاستئجارها والتفاف القصب والاشجار بها أو لغير ذلك^(١).

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

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

انها الارض التى لم تزرع ولم تعمرو ولا جرى عليها ملك أحد . وما في التذكرة من أن الموات هي الارض الخراب التى باد أهلها واندرس رسمها .
ضرورة كون مراد الجميع من الموات العطللة 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 الاثار عن الاحياء كالتحجير . مدفوع بالنص والفتوى بعد حرمة القياس على التحجير المقارن لقصد العمارة فالموات عرفاً مطلق الارض التى لا ينتفع بها، اما لمانع طبيعي أو لعدم وجود المقتضي والسبب للاحياء. قال الباقر عليه السلام في صحيح الكابلى : وجدنا في كتاب علي عليه السلام: الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين أنا وأهل بيتى الذين أورثنا الله تعالى الارض ونحن الممتنون ، والارض كلها لنا ، فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها ويؤد خراجها الى الامام من اهل بيتى ، وله ما أكل منها ، وان تركها أو خربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحياها فهو أحق بها من الذي تركها ، فليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتى ، وله ما أكل حتى يظهر القائم من أهل بيتى بالسيف، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها ، كما حواها رسول الله « ص » ومنعها ، 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 الاثار السابقة لصدق الموات عليه عرفاً ، فانه كالحي لاحقيقت له شرعاً ومرجعها الى العرف . وكأنه لاجل أن الارض وضع للانام فكل ما ينتفع به الانام بميت .

نعم لا يكفي لصدق الموات مطلق استيلاء الماء أو انقطاعه أو الاستئجار من
استأجر أي تحول الى اجسم . والاجم : الارض ذات الشجر الكثير الملتف ،
والارض ذات القصب الكثير، والارض المسبعة 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 لعارض في الارض العامرة عرفاً كما هو
واضح .

ويؤكد ما ذكرنا من أن المرجع في تشخيص الموات الى العرف ما ذكره
الفقهاء في كيفية ما يحصل به صدق الاحياء المتقابل بين الارض المحيية وبين
الارض الموات :

قال صاحب الجواهر : لاختلاف بين الاصحاب في أن المرجع فيه الى
العرف ، لعدم التنصيص شرعاً على كيفية خاصة له حتى تقدم عليه ولا لغة لوقلنا
بتقدمها عليه ، وما كان كذلك فلا اشكال فيه أنه راجع الى العرف .

وما عن ابن نما - من أن التحجير احياء - ليس خلافاً في ذلك كما ستعرفه
انشاء الله ، الا أنه اما كان هو في بعض الافراد محتاجاً الى تنقيح تعرض لسه
الاصحاب ، ولذا قد عرف أنه اذا قصد سكنى ارض فأحاط بجميع أجزاء الدار
ولو بخشب أو قصب أو سقف بعضاً مما يمكن سكناه منها يسمى احياءاً ، بخلاف
أجده بين من تعرض له كالشيخ والقاضي ويحيى بن سعيد والفاضل والشهيد بن
والكركي وغيرهم على ما حكى عن بعضهم الا ما ستسمعه من الحلبي .

وحينئذ فلا يعتبر فيه مع ذلك نصب الباب ، خلافاً لبعض العامة فاعتبره .

والعرف شاهد على خلافه وان اعتيد وضعها للحفظ لالاصل السكنى .
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] .
ولان الحائط حاجز منيع فكان احياءاً ، كما لو جعلها حظيرة للغنم ، اذ
القصدا لاعتبار به ، فانه لو أرادها حظيرة فبناها بجص وآجر وقسمها بيوتاً فانه
يملكها وان كان هذا العمل لا يعمل للغنم مثله ، ولانه لو بناها للغنم ملكها بمجرد
الحائط ، فاذا ملكها جازله أن يبنيها داراً من غير اشتراط تسقيف ، وان نفى
عنه البأس في التذكرة ، بل في المسالك وجهه واضح .

الا أنه كما ترى مناف لصدق الاحياء عرفاً على متخذ الارض داراً وملكه
لها لو اتخذها حظيرة للصدق باعتبار أن احياء كل شيء بحسب حاله لا يقتضي
صدقه مع عدم قصدها 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 وصيرورتها
ذات منفعة تخرج بها عن اسم الموات [الجواهر ج ٣٨ ص ٦٥ - ٦٦] .
وعلى كل حال فمما ذكرنا يظهر لك ما في محكي السرائر ، فانه بعد أن
ذكر أن الرجوع في الاحياء الى العرف هو الحق اليقين السذي يقتضيه أصل
المذهب ، قال : ولا يلتفت الى قول المخالفين ، فان لهم تعريفات وتقسيمات ،
فلا يظن ظان اذا وقف عليها أن يعتقدها قول أصحابنا وأنها مماورد بها خبر وقال
به مصنف من أصحابنا وانما أورد شيخنا ابو جعفر ذلك بعد ان حقق ما يقتضيه

وهو على قسمين :

الاول -- الموات بالاصل ، وهو ما لا يكون مسبوقة بالملك
والاحياء وان كان احراز ذلك غالباً بل مطلقاً مشكلاً بل ممنوعاً ،
ويلحق به ما لم يعلم مسبوقة بهما ^(١) .

مذهبنا وجملة ما عند المخالف في ذلك .

والظاهر أن صدق الموات على الارض المعطلة انما يكون من جهة أن
طبيعة الارض كطبائع سائر الاشياء أن يكون ذا آثار وخواص مفيدة للانسان
فعلاً ، خصوصاً بعد قوله تعالى « والارض وضعها للانام » فاذا 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 مما لم يرد
به نص وانما جاء في كلمات الفقهاء لاختلاف الاحكام المترتبة عليه ، خصوصاً
بعد ملاحظة أن احراز الموات بالاصل ممنوع ، اذ كل أرض نراها مواتاً فعلاً
نحتمل أن تكون في الازمنة الماضية الطويلة كانت محيياتاً من جهة الادوار المتمادية
الطويلة الجارية على كرة الارض ، فالذي يعد من الموات بالاصالة خارجاً هو
الملحق بالارض الموات بالاصالة ، أي الذي لم يعلم ولم يحرز بحسب التاريخ
حياته سابقاً . نعم هو كثير في الخارج ويكون مورد بعض النصوص خصوصاً
أو اطلاقاً هذا القسم .

مثل ما روي عن عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام قال: سئل وأنا
حاضر عن رجل أحبى أرضاً مواتاً ففكرى فيها نهرأوبنا فيها بيوتاً وغرس نخلا
وشجراً، فقال: هي له وله أجر بيوتها وعليه فيها العشر فيما سقت السماء اوسيل وادي

الثانى - الموات بالعارض ، وهو ما عرض عليه الخراب
والموتان بعد الحياة والعمران، كالارض الدارسة التى بها آثار الانهار
ونحوها والقرى المخربة التى بقيت منها رسوم العمارة^١ .
(مسألة : ١) الموات بالاصل وان كان للامام عليه السلام حيث
أنه من الانتقال كما مرفى كتاب الخمس لكن يجوز فى زمان الغيبة
لكل أحد احيائه مع الشروط الاتية والقيام بعمارته، ويملكه المحبى
على الاقوى^٢ .

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

فان اطلاق هذه الرواية يشمل الموات بالاصل كما يشمل الموات
بالعرض .

(١) كما تعرض لها بعض النصوص :

(منها) رواية معاوية بن وهب قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول :
أيما رجل أتى خربة باثرة فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرها فان عليه فيها الصدقة،
فان كانت أرض لرجل قبله فغاب وتركها فأخربها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله
ولمن عمرها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٨ ، الحديث ١] .

(٢) توضيح ذلك يقتضى الكلام في أمور :

(الاول) في أن الموات بالاصل للامام عليه السلام وهو مسن الانتقال ،
قال صاحب الجواهر : وأما ان الموات أصلاً أو عارضاً بعد أن بادأ هله للامام
عليه السلام فمما لاخلاف فيه بل الاجماع محصلا عليه فضلا عن المنقول في

الخلافة والغنية وجامع المقاصد والمسالك صريحاً ، وظاهراً في المبسوط
والتذكرة والتنقيح والكفاية على ما حكى عن بعض عليه .

مضافاً الى النصوص التي يمكن دعوى تواترها وفيها الدلالة على أنه من
الانفال ، فتدل عليه حيثنذ الآية بل جملة من النصوص أن الارض كلها للامام عليه
السلام [الجواهر ج ٣٨ ص ١٠ - ١١] .

ومراده من الآية المباركة قوله تعالى « يستلونك عن الانفال قل الانفال لله
والرسول فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم وأطيعوا الله ورسوله ان كنتم مؤمنين »
[سورة الانفال : ١] .

والانفال جمع نفل ساكناً ومحركاً بمعنى الغنيمة ، في المصباح وسميت
الغنائم بذلك لان المسلمين فضلوا بها على سائر الامم ، وهي هنا عبارة عما
يستحقه الامام عليه السلام من الاموال على جهة الخصوص كما كان للنبي «ص»
سميت بذلك لانها هبة من الله تعالى له زيادة على ما جعله له من الشركة في
الخمس ، اكراماً له وتفضيلاً له بذلك على غيره .

والانفال عند المحقق في الشرائع ومن تابعه خمسة : الارض 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 الاودية
والاجام . . .

كما في معتبرة حفص : الانفال ما يوجف عليه بخيل ولاركاب أو قوم
صالحوا أو قوم أعطوا بأيديهم ، وكل أرض خربة وبتون الاودية فهو لرسول
الله «ص» وهو للامام عليه السلام من بعده يرضه حيث شاء [الوسائل ج ٦ ،

الباب ١ من أبواب الانفال ، الحديث ١] .

وفي معتبرة محمد بن مسلم عن ابي عبدالله عليه السلام أنه سمعه يقول :
ان الانفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة دم أو قسوم صولحوا أو اعطوا
بأيديهم ، وما كان من أرض خربة أو بطون أودية ، فهذا كله من الفىء والانفال لله
وللرسول ، فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يحب [الوسائل ج ٦ ص ٣٦٧ ،
الحديث ١٠] .

وفي رواية سماعة بن مهران قال : سألته عن الانفال فقال : كل أرض خربة
أوشىء يكون للملوك فهو خالص للامام وليس للناس فيها سهم . قال : ومنها البحرين
لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب [الوسائل ج ٦ ص ٣٦٧] .
ومقتضى هذه الروايات كما ترى أن أرض الخربة والموات للامام عليه السلام
وقد يشكل بأن غاية دلالة النصوص الدالة على أنه من الانفال هي أن للامام
ملكية التصرف لملكية الرقبة .

ويمكن الجواب عنه بأن الانفال وان لم يكن ملكاً لشخص الامام بل لجهة
الامامة لكن الدلالة على ملك الرقبة مما لا اشكال فيه كما يشهد له سياق روايات
باب الانفال الدالة على أن للامام صفوة الملوك والجارية الحسناء ، فان الظاهر
منها أن الصفوة والجارية ملك له .

نعم لا يصح الاستدلال لملكية رقبة الارض بما يدل على أن الارض كلها
للامام ، لان المراد منه ظاهراً - ولاقل من احتمال - اثبات الملك بضم الميم
لا الملك بالكسر ، فلانفاة بين كون الارض العامرة ملكاً للناس وبين أن يكون
للامام عليه السلام ولاية التصرف عليها والملك بالضم لان الامام أولى بالناس
من انفسهم .

(الثاني) انه يجوز لكل أحد احياء الاراضي في زمان الغيبة .
قال صاحب الجواهر: واما أن اذنه شرط في تملك المحياة فظاهر التذكرة
الاجماع ، بل عن الخلاف دعواه صريحاً ، بل في جامع المقاصد « لايجوز
لاحد الاحياء من دون اذن الامام عليه السلام وانه اجماعي عندنا » .
وفي التنقيح الاجماع على أنها تملك اذا كان الاحياء باذن الامام عليه السلام
وفي المسالك : لاشبهة في اشتراط اذنه في احياء الموات فلا يملك بدونه
اتفاقاً .

مضافاً الى قاعدة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه، وفي النبوي : ليس
للمرء الاما طابت به نفس امامه [كنوز الحقائق المطبوع على هامش الجامع
الصغير ج ٢ ص ٧٧ - ٧٨] بل تقدم في كتاب الخمس 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 الائمة عليهم السلام
هل اذنوا على نحو العموم للشيعه 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 الاراضي المحياة ، بل في المدارك انه أطبق عليه الجميع ،
كما أنه في الكفاية تارة الظاهر أنه لاخلاف بينهم في اباحة التصرف للشيعه في
زمن الغيبة في أراضي الموات وما يجري مجراها ، وأخرى أنهم صرحوا بأن
المحيى يملك الارض الموات في زمان الغيبة بل ادعى بعض المتأخرين اطباق

الأصحاب عليه - الى آخره [الجواهر ج ١٦ ص ١٣٦] .

وتدل عليه صحيحة عمر بن يزيد قال : سمعت رجلاً من أهل الجبال يسأل ابا عبدالله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمرها واكرى أنهارها وبنى فيها بيوتاً وغرس فيها نخلاً وأشجاراً . قال : فقال ابو عبدالله عليه السلام : كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول : من أحبب أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسقتها يؤديه للامام في حال الهدنة ، فاذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه [الوسائل ج ١٦ ص ٣٨٢ الباب ٤ من ابواب الانفال ، الحديث ١٣] .

وفي معتبرة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال : أيما قوم أحيوا شيئاً من الارض أو عمروها فهم أحق بها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٦ ، الحديث ٣] .

وفي معتبرته الاخرى قال : سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى . قال : ليس به بأس - الى أن قال - وأيما قوم أحيوا شيئاً من الارض أو عملوه فهم أحق بها وهي لهم [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٦ ، الحديث ١] .
وفي معتبرة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال : قال رسول الله «ص» :
من أحيى أرضاً مواتاً فهو له [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٧ ، الحديث ٦] .
الى غير ذلك من الاخبار المستفيضة الدالة على ذلك .

(الثالث) في أن المحيي يملك الارض على الاقوى كما هو ظاهر النصوص المتقدمة ، وعن المحقق في الشرائع : وأما الموات فهو الذي لا ينتفع به لعطلته اما لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستتجابه أو غير ذلك من موانع الانتفاع (على وجه يكون به ميتاً) فهو للامام عليه السلام لا يملكه أحد وان

أحياء مالم يأذن له الامام واذنه شرط ، فمتى أن ملكه المحيي له اذا كان مسلماً ولا يملكه الكافر ، واو قيل يملكه مع اذن الامام كان حسناً .

وقال صاحب الجواهر : فالمتجه الملك بالاحياء مطلقاً ولو لحصول الاذن منهم عليه السلام في ذلك حال الحضور، ولعل المصلحة فيه ارادة تعمير الاراضي واحتمال أن جميع النصوص لبيان السبب الشرعي - الذي لا ينافيه توقعه بعد ذلك على شرائط أخر- يدفعه أنه لامنافاة فيه بين ارادة الاذن منه مع ذلك ولو بطريق من طرق الدلالة .

مضافاً الى ظهور بعضها في الاذن كما أوماً اليه في التذكرة ، قال في موات المفتوحة عنوة وميت الغيبة: وان كان الاحياء حال الغيبة ملكها المحيي لماتضمنه كتاب علي عليه السلام ، فكأن الاذن هنا محقق [الجواهر ج ٣٨ ص ١٦] .
أقول : الظاهر أن مراده قدس سره مما تضمنه كتاب علي عليه السلام صحيحة ابي خالد الكابلي عن ابي جعفر عليه السلام قال : وجدنا في كتاب علي عليه السلام ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين، أنا واهل بيتي الذين أورثنا الارض ونحن المتقون والارض كلها لنا ، فمن أحبب أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي وله ما أكل منها فان تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فاعمرها وأحياها فهو أحق بها من الذي تركها فليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي وله ما أكل منها حتى يظهر القائم من أهل بيتي بالسيف فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواه رسول الله « ص » ومنعها ، الا ما كان في أيدي شيعتنا فانسه يقاتعهم على ما في أيديهم ويترك الارض في أيديهم [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٩ ، الحديث ٢٢] .

هذا أحد الاراء في المسألة ، وهنا رأي فقهي آخر ، وهو أن عملية الاحياء لاتغير من شكل ملكية الارض، بل تضل الارض ملكاً للامام أو لمنصب الامامة ولايسمح للفرد بتملك رقبته وان احيائها، وانما يكتسب بالاحياء حقاً في الارض دون مستوى الملكية ، ومنع غيره ممن لم يشاركه جهده وعمله من مزاحمته وانتزاع الارض 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 الارض بالاحياء وانما يملك التصرف ، بشرط أن يؤدي الى الامام مايلزمه عليها واليكم نص عبارته :

« فاما الموات فانها لاتغنم، وهي للامام خاصة، فان احيائها أحد من المسلمين كان أولى بالتصرف فيها ، ويكون للامام طسقتها » .
ونفس هذا الرأي نجده فسي بلغة المحقق الفقيه السيد محمد بحر العلوم ، اذ مال الى منع افادة الاحياء التملك المجاني من دون أن يكون فيه حق، فيكون للامام فيه بحسب ما يقاطع المحيي عليها في زمان حضوره وبسطيده ومع عدمه فله أجرة المثل . ولا ينافي ذلك نسبة الملكية الى المحيي في أخبار الاحياء - أي في قولهم من أحيى أرضاً فهي له - وان هسي الاجارية مجرى كلام الملاكين للفلاحين في العرف العام عند تحريضهم على تعمير الملك « من عمرها أو حفر أنهارها وكري سواقيها فهي له » الدالة على أحقيته من غيره وتقدمه على من سواه، لاعلى نفي الملكية من نفسه وسلب الملكية عن شخصه . فالحصصة الراجعة الى الملاك المعبر عنها بالملاكة مستحقة له غير منفية عنه وان أضاف الملك اليهم عند الترخيص والاذن العمومي .

وهذا الرأي الفقهي الذي يقرره الشيخ الطوسي والفقهاء ببحر العلوم يستند الى عدة نصوص ثابتة بطرق صحيحة عن ائمة أهل البيت علي وآله عليهم السلام ، فقد جاء في بعضها «من أحبب أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسقتها»، وجاء في بعضها الآخر «من أحبب من الارض من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام وله ما أكل منها» .

فالارض في ضوء هذه النصوص لا تصبح ملكاً خاصاً لمن أحيها والالما صح أن يكلف بدفع أجرة عن الارض للدولة ، وانما تبقى رقبة ملكاً للامام ، ويتمتع الفرد بحق في رقبة الارض يمكنه من الانتفاع بها ومنع الاخرين عن انتزاعها منه وللإمام في مقابل ذلك فرض الطسق عليه. وهناروايات غير تلك الرواية: (منها) صحيحة الكابلي المتقدمة : ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقة للمتقين أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الارض ونحن المتقون والارض كلها لنا فمن أحبب أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي وله ما أكل منها، فان تركها وأخر بها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحيها فهو أحق بها من الذي تركها فليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي وله ما اكل منها حتى يظهر القائم من أهل بيتي بالسيف فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله « ص » ومنعها الامام، الا ما كان في أيدي شيعةنا فانه يقاطعهم على ما في أيديهم ويترك الارض في أيديهم [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٩] .

فان الظاهر من قوله « فهو أحق بها من الذي تركها » وقوله « يخرجهم » وقوله « يقاطعهم » عدم مالكية المحبب لها، واحتمال أن الارض ملك للمحبب ولكن عند ظهور القائم عليه السلام تزول ملكيته كما ترى .

(ومنها) صحيحة معاوية بن وهب قال: سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول:
أيما رجل أتى خربة باثرة فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرها فان عليه فيها الصدقة،
فان كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخربها ثم جاء بعد يطلبها فان
الأرض لله ولمن عمرها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٨] .

وهذه الصحيحة أيضاً تدل على عدم الملكية بالاحياء ، لظهورها في أن
الأرض لا علقه لها بالرجل الغائب اذا أهملها ولو كان محبباً لها . ومن المعلوم
أن الاهمال لا يكون مزيلاً للملكية حتى يقال: ان الصحيحة تدل على زوال الملك
بالاهمال، فلان في النصوص الدالة على الملك بالاحياء ، كما أنه لا مجال لحملها
على صورة اعراض الرجل الغائب عنها لاطلاقها .

الا أن يقال: بأن عدم زوال الملك بالاهمال في خصوص الأرض ليس أمراً
مفروضاً من الخارج ، ومقتضى ظهور اللام في الملكية في كلمة « لمن عمرها »
زوال الملكية ممن أهملها حتى أدى الخراب .

(ومنها) صحيحة 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 نخلاً وشجراً . قال :
فقال ابو عبدالله عليه السلام : كان أمير المؤمنين « ع » يقول : من أحيا أرضاً من
المؤمنين فهي له وعليه طسقتها 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 الأرض المحيية باقية على ملك الامام «ع» ، ولذلك
قال فيه « فليوطن المحبب نفسه على أن تؤخذ الأرض منه عند ظهور القائم »

ويعضد ذلك جعل الطسق ، اذ الطسق كالأجرة لا يوافق الملك .
ولكن بشكل بأن ظاهرها وجوب الطسق مع أن الاصحاب لم يلتزموا به ،
اللهم الآن يقال : ان وجوبه ليس فعلياً جمعاً بينها وبين أخبار التحليل ، كالصحيحة
السابقة فانها تدل على تحليل كل ما كان في أيدي شيعتهم من الارض بدون الطسق .
(ومنها) صحيحة عمر بن يزيد عن ابي سيار مسمع بن عبد الملك قال :
قلت لابي عبدالله عليه السلام : اني كنت وليت الغوص فأصببت اربعمائة ألف
درهم وقد جئت بخمسها ثمانين ألف درهم وكرهت ان أحبسها عنك وأعرض
لها وهي حقك الذي 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 ابا سيار
قد طيبناه لك وحللناك منه فضم اليك مالك ، وكل ما في أيدي شيعتنا من الارض
فهم فيه محللون ومحلل لهم ذلك الى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في
أيدي سواهم ، فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الارض
من أيديهم ويخرجهم صغرة [الوسائل ج ٦ ص ٣٨٢] .

وفي نسخة الكافي : فيجيبهم طسق ما كان في أيديهم وترك الارض في أيديهم
وأما ما كان في أيدي غيرهم فان كسبهم من الارض حرام . . . [الوسائل ج
٦ ص ٣٨٢] .

فان ظاهر هذه الصحيحة أيضاً أن الارض المحياة باقية على ملك الامام
ولكنها مشتملة على أن الارض كلها للامام ، ولذلك قد يتبادر الى الذهن أن
يكون المراد من السالكية مالكية أمر الارض لا مالكية الرقبة . وأيضاً مشتملة على
أن احياء غير الشيعة لا يفيد شيئاً بل كان كسبهم من الارض حراماً . وهو أيضاً في

غاية الاشكال ، اذ المعلوم من سيرة الائمة عليهم السلام والاصحاب خلافه .
اللهم الا أن يحتمل على أن حكمه الاخلاقي أو العقلي الحرمة باعتبار أنه كافر بوالي
الارض ، وأما بحسب التكلفى الشرعي فهم كالشيعة في كون احيائهم موجبا للحق .
ثم انه خلافاً لهذا الطائفة من النصوص الدالة بصراحة - على بقاء الارض
المحيية ملكاً للامام وحقه فسي الخراج ... توجد طائفتان تدلان على تملك
المحيى للارض التي أحيها وعدم كونه مسؤولاً عنها بشيء ، احدهما تعطى هنا
المعنى على مستوى الظهور والاخرى تدل عليه بصراحة .

(أما الطائفة الاولى) فهي نظير ما جاء في معتبرة محمد بن مسلم عن أهل
البيت عليهم السلام : أيما قوم أحيوا شيئاً من الارض فهم أحق بها وهي لهم
[الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٦ ، الحديث ١] .

وهذه المعتبرة تدل على تملك المحيى للارض ، لان اللام في كلمة «لهم»
تدل على الاختصاص ، وظاهر اطلاقها الاختصاص بنحو الملكية .

(وأما الطائفة الثانية) فهي نظير رواية عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله
عليه السلام قال : سئل وأنا حاضر عن رجل أحبب أرضاً مواتاً فكرى فيها نهراً
وبنى فيها بيوتاً وغرس نخلاً وشجراً . فقال : هي له وله أجر بيوتها وعليه فيها
فيما سقت السماء أو سيل وادي أو عين ، وعليه فيما سقت الدوالي والغرب نصف
العشر [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٧ ، الحديث ٨] .

فان اقتصره على ذكر العشر (أي الزكاة) فسي مقام تحديد ما عليه ،
كالصريح في نفي الخراج وانقطاع صلة الامام برقبة الارض .
ولابد من العلاج بين هاتين الطائفتين أو ترجيح احدهما أو التسايق والرجوع
الى العمومات والاصول .

والذي يمكن أن يقال : انه لاتعارض بين نفس هذه الروايات لو لم 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 الاخرى .

ونقول من باب المثال : الذي يجعل مثل رواية عبدالله بن سنان كالصريح في تملك المحيى للارض التى أحيائها هو اقتصاره على ذكر الزكاة في مقام تحديد ما عليه ، مع أنه ظهور اطلاقى يمكن تقييده بصراحة ما دل على أن عليه الطسق وقس عليه سائر الامور .

والذي لا يمكن الفرار عنه هو صراحة بعض الروايات أوظهورها في زوال الملك أو الحق بمجرد خراب الارض المحيية وعمرانها بيد مسلم أخرى ، فان السيرة المتشعبة وكذلك التسالم بين الفقهاء يقتضى تحقق الملكية بالاحياء وبقاء مالكية المحيى بعد الخراب ، ولذلك أفتى الماتن دام ظله بأن الاقوى أن المحيى يملك بالاحياء .

قال الشهيد العلامة آية الله الصدر « رض » في هذا المقام بعد أن ذكر نموذجاً للطائفتين من الاخبار: ولا بد للمعارضة بين هاتين الطائفتين وبين الطائفة المشار اليها في المتن، الدالة على بقاء الارض على ملكية الامام بعد الاحياء ... من علاج .

قد يقال : ان هذه الطائفة مما لا محصل لها بعد استقرار السيرة القطعية على عدم اعطاء المحيى للخراج منذ زمان الائمة الى زماننا هذا ، كما لامعنى لحملها على زمان ظهور الحجة ، فلا بد من رفع اليد عنها .

ونجيب على ذلك : بمنع جدوى السيرة المشار اليها ، لانه ان أريد سيرة المتعبدين لنصوص أهل البيت ، فلعل عدم اعطائهم للاجرة بلحاظ أخبار التحليل لباعتبار انقطاع صلة الارض بالامام رأساً بعد الاحياء ، وان أريد سيرة غيرهم من المسلمين فان ذلك لاجل مشيهم على أساس فقهي آخر .
وقد يقال : ان هذه الطائفة الدالة على بقاء ملكية الامام ، قد أعرض عنها الاصحاب فتسقط عن الحجية .

والجواب أولاً : ان الاعراض لا يسقط عن الحجية كما بينا في الاصول .
وثانياً : ان اعراض الجميع غير ثابت ، وتسالم الجميع على عدم وجوب الطسق 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 لالخلل خاص فيها ، وعلى هذا فلا بد من حل التعارض .
ويتصور لذلك وجوه :

الاول : حمل الطائفة الامرة بالخراج على الاستحباب جمعاً بينها وبين ما هو كالصريح في عدم وجوبه .

ويرد عليه : ان هذا خلط بين الاحكام التكليفية والوضعية ، لان هذا الجمع انما يصح في الاحكام التكليفية حيث يحمل الامر فيها اذا وردت الرخصة على الاستحباب ، دون الاحكام الوضعية لان نكته صحة الجمع هناك غير موجودة هنا ، فان الوجه في حمل دليل الامر التكليفي على الاستحباب بعد مجيء الرخصة : اما بناءً على مبنى المحقق النائيني في دلالة الامر على الوجوب ، فلان الوجوب والاستحباب على هذا المبنى ليسا مدلولين للفظ ، انما ينتزع

الوجوب من حكم العقل بلزوم ايجاد مطلوب المولى ما لم ترد الرخصة منه ،
فاذا جاءت الرخصة ارتفع موضوع الوجوب حقيقة وثبت بضمها الى جامع
الطلب المدلول للفظ الاستحباب .

وأما بناءً على كون الوجوب ثابتاً باطلاق مدلول الامر فيرجع الحمل على
الاستحباب الى تقييد الاطلاق الذي هو منشأ الوجوب، والتقييد على مقتضى القاعدة .
وأما بناءً على كون الوجوب مدلولاً وضعياً بنحو من الانحاء ، فالحمل
على الاستحباب يتوقف على دعوى وجود ظهور ثانوي للصيغة في الاستحباب
تصل النوبة اليه، بعد رفع اليد عن ظهورها الاولي في الوجوب، ليكون الاستحباب
ثابتاً بالظهور لا بالتأويل .

وكل هذه الوجوه لا تتم في الامر الظاهر في بيان حكم وضعي ، كما في
المقام حيث أن قوله « فليؤد طسقتها » أو « فعليه طسقتها » بيان عرفاً للاستحقاق
الوضعي للامام وليس مجرد طلب تكليفي صرف ، فلا يتجه الحمل على الاستحباب .
الثاني : ان الطائفة الدالة بالصراحة على بقاء مالكية 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 مالكية الامام، لان الظهور الاطلاقي لا يعارض الصراحة
بل يكون الصريح مقيداً له . وعليه فالمعارضة في المرتبة السابقة تقع بين الصريحين ،
وتصل النوبة الى الظهور الاطلاقي بلامعارض .

وتقوم هذه الفكرة في هذا البيان على قاعدة عامة في باب التعارض ، وهي :
انه متى تعارضت طائفتان من الاخبار وكانت احدهما صريحة في النفي مثلاً

وكان في الطائفة الأخرى ما هو صريح في الإثبات وما هو ظاهر فيه . فلا يلتزم بسقوط الجميع في درجة واحدة ، لأن ما هو ظاهر في الإثبات لا يمكن أن يعارض ما هو صريح في النفي ، إذا كانت الصراحة بدرجة تصلح للقربينة عرفاً ، فالصريح في النفي 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 القوي بعد تساقط الخاصين ، فإن نفس الفكرة التي تبرهن على أن العام لا يقع طرفاً للمعارضة في مستوى الخاصين ، تدل على ذلك بالنسبة إلى أمثال 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 وبقائها 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 « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض » فإن هذه الآية حكمت بأن كل سبب للتملك والاكل بالباطل إلا التجارة عن تراض . ومن الواضح أن تملك مال الإمام بالأحياء ليس تجارة عن تراض ، فهو باطل باطلاق الآية الكريمة . فيكون ما دل على عدم تملك المحيي للرقبة الأرض موافقاً لاطلاق الكتاب فيقدم . كما إن أصالة الجهة فيه قطعية دون ما دل على تملك المحيي . فتدبر جيداً [اقتصادنا ص ٦٦١] .

ولكن يمكن أن يناقش فيما ذكره قدس سره في هذا المقام ، وذلك إما

بالنسبة الى المناقشة في السيرة فيرده أن ماهو المعبر من السيرة هو المتصل الى زمان المعصومين عليهم السلام . واحتمال ان يكون ذلك بلحاظ أخبار التحليل ، مدفوع بأن اخبار التحليل مما لم يعمل بها واللكان في باب الخمس أيضاً مؤثراً في السيرة ، مع أن السيرة في باب الخمس كان على اعطائها الى الامام أو نائبه .

وأما المناقشة فيما ذكره من أن الاعراض لا يسقط عن الحجية ، فمحلها في الاصول وليس هنا مجال تفصيلها . والحق أنه يسقط الرواية عن الاحتجاج بها .

وأما بالاضافة الى ما ذكره قدس سره في الاشكال على حمل الامر في قوله عليه السلام « فليؤد خراجها » على الاستحباب من أن هذا الجمع انما يصح في الاحكام التكليفية حيث يحمل الامر الظاهر في الوجوب على الاستحباب اذا وردت الرخصة على الترك دون الاحكام الوضعية - انتهى .

ففيه : أن الوضع والتكليف ليسامعنين من الامر والنهي ، بل الامر موضوع للبعث والنهي موضوع للزجر ، والوضع والتكليف انما يستفاد من خصوصية المورد .

مع أنه يمكن أن يقال : ان قوله عليه السلام « فليؤد خراجها » حكم تكليفي قابل للحمل على الاستحباب . اللهم الا أن يقال : ظاهر قوله « عليه الطسق » الحكم الوضعي ، فبقريئة ذلك يحمل قوله « فليؤد خراجها » على الحكم الوضعي . ولكنه لا ترجيح لهذا الحمل ، اذ يمكن أيضاً حمل قوله « عليه الطسق » على الحكم التكليفي بقريئة قوله « فليؤد خراجها » كما لا يخفى .

وأما ما ذكره من أن الطائفة الدالة بالصراحة على بقاء مالكية الامام تسقط بالمعارضة مع الطائفة الصريحة في ارتفاعها وتنتهي النوبة الى الطائفة الاخرى الظاهرة في ارتفاعها وتملك المحبى للرقبة بالاطلاق . فما ذكره قدس سره وان كان مؤيداً للقول بالملكية بالاحياء الا أنه لا يتم في نفسه ، اذ لا يكون لناخبر دال بالصراحة على ارتفاع مالكية الامام ، اذ كلها مستندة الى ظهور اللام .

نعم يمكن أن يقال : ان رواية عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام قال : سئل وأنا حاضر عن رجل أحبب أرضاً مسواتاً فكري فيها نهراً وبنى فيها بيوتاً وغرس نخلاً وشجراً ، فقال : هي له وله أجر بيوتها وعليه فيها العشر [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٧] كاصريحة في انقطاع صلة الامام برقبة الارض ، لاقتصاره على ذكر العشر -- وهو الزكاة -- في مقام التحديد .

ولكنه محل منع ، لان غايته هو الظهور المقامي ، وهو لولم يكن أهون من الظهور اللفظي لا يكون أقوى منه .

وأما ما ذكره من الترجيح عند المعارضة للاخبار الدالة على عدم الملكية لموافقته لعموم الكتاب وهو قوله تعالى « ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض » .

ففيه : ان الآية الشريفة لاتدل على الحصر ، اذ ذكر التجارة من باب المثال للاسباب المحقة العقلية في قبالات اسباب الباطلة ، والافالحياسة والهبة وأمثالهما من الاكل غير الباطل ، ويكون مفاد الآية حلية الاكل بالاسباب المحقة العقلية وحرمة الاكل بالاسباب الباطلة العقلية ، فلاعموم في الآية يشمل الاحياء ، ولو كان فهو عموم الاسباب المحقة العقلية ، وتكون النتيجة على عكس ما أراده قدس سره . والظاهر أنه بمقتضى السيرة والتسالم أن المحبى يملك رقبة

سواء كان في دار الاسلام او في دار الكفر ^(١) ، وسواء كان في ارض الخراج كأرض العراق او في غيرها ^(٢) ، وسواء كان المحيي مسلماً أو كافراً ^(٣) .

الارض وان كان مقتضى الجمع بين الاخبار هو عدم الملكية .
(١) وذلك لاطلاق الادلة . وعن صاحب الشرائع : ويستوي في ذلك ما كان من بلاد الاسلام وما كان من بلاد الشرك ، غير أن ما في بلاد الاسلام لا ينفم وما كان في بلاد الشرك يملك بالغلبة عليه .

وفي محكي التذكرة : وان لم تكن - أي أرض بلاد الكفر - معمورة فهي للامام عليه السلام لا يجوز لاحد التصرف فيها الا باذنه عند علمائنا .
بل في الدروس : ان مالم يذبوا عند كموات الاسلام قطعاً .

وفي الجواهر : كل ذلك مضافاً الى ما تقتضيه الادلة السابقة التي لا فرق 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 أحبب أرضاً ميتة فهي له » [الوسائل ، الباب ٣ من أبواب احياء الموات] .

(٣) لعموم الروايات الدالة على أن الاحياء سبب وضعي للملك . نعم تخصص هذه الروايات العامة بصحيفة الكابلي المتقدمة حيث قال « فمن أحبب أرضاً من المسلمين » . وظاهرها اعتبار كون المحيي من المسلمين .

وأظهر منها صحيفة عمر بن يزيد المتقدمة حيث خصصت التحليل بما كان في أيدي الشيعة ، ثم قال : وأما ما كان في أيدي غيرهم فإن كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا ويأخذ الارض من أيديهم ويخرجهم منها صغيرة

[الوسائل ج ٦ / ٣٨٢] .

ولكن الروایتین ممالم يعمل بهما وهما مورد للاعراض، فحينئذ فالمرجع السيرة والاطلاقات الدالة على أن المحبى يملك الارض سواء كان مسلماً أو كافرأ .

وأما ما في الجواهر من أن صحيح الكابلي لاينافي ما دل على الاعم ، فلعله لمايقال من أن العام والخاص كليهما مثبتان فلانفاة بينهما وبين المطلقات مالم يحرز وحدة السبب .

ولكن يشكل عليه بأن قوله فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا ليس مثبتأ 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 التذكرة على عدم ترتب الملك على احياء الكافر وان اذن له الامام عليه السلام فيه ، بل وفي اثناء كلام الكركى أيضاً . وان كان التحقيق خلافه ، لظهور النص والفتوى في كونه سببأ شرعياً لحصول الملك مع حصول شرائطه التى منها الاذن أيضاً ، سواء كان المحبى مسلماً أو كافرأ .

بل هو صريح صحيح محمد بن مسلم : سألته 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 ، ومسابها بأس اذا اشتريت منها شيئاً ، وأيما قوم أحيوا 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 - ماباد أهلها وصارت بسبب مرور الزمان وتقادم الايام
بلامالك ، وذلك كالاراضي الدارسة والسقرى والبلاد الخربة
والقنوات الطامسة التى كانت للامم الماضين الذين لم يبق منهم
اسم ولا رسم ، أو نسبت الى أقوام أو اشخاص لم يعرف منهم الا
الاسم .

الثانى - ما لم تكن كذلك ولم تكن بحيث عدت بلامالك بل
كانت لمالك موجود واسم يعرف شخصه ، ويقال لها « مجهولة
المالك » .

فأما القسم الاول فهو بحكم الموات بالاصل فى كونه من الانفال
وانه يجوز احيائه ويملكه المجيب^{١)} .

وصحيح ابى بصير : سألت ابا عبدالله 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 خـارجهم على أمر
وترك الارضين فى أيديهم يعملونها ويعمرونها [الوسائل ، الباب ٤ من كتاب
احياء الموات ، الحديث ١] الى غير ذلك من النصوص [الجواهر ج ٣٨ ص
١٣] .

(١) وذلك لصدق الموات على الارض المذكورة ، فيشمله عمومات ما دل

على أن من أحبب أرضاً فهي له ، فلامدخل لعدم المالك للأرض سابقاً في صدق
الموات كما أنه لامدخل لبقاء رسوم العمارة وآثار الأبنهارفيه أيضاً. واحتمال منع
بقاء الأثار عن صدق الأحياء مدفوع بالنص والفتوى .

وهذا النحو من الأراضى ملك للإمام عليه السلام من الأناغال ، كما في
صحيح الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الأناغال فقال: ما كان
من الأراضين باد أهلها وفي غير ذلك الأناغال هولنا [الوسائل ج ٦ ص ٣٦٧] .
وفي رواية محمد بن مسلم قال : سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول : وسئل
عن الأناغال فقال : كل قرية يهلك أهلها أو يجلون عنها فهي نفل لله عز وجل ،
نصفها يقسم بين الناس ونصفها لرسول الله « ص » ، وما كان لرسول الله فهو
للإمام [الوسائل ج ٦ ص ٣٦٧ ، الحديث ٧] .

وفي رواية سماعة بن مهران قال : سألته عن الأناغال فقال : كل أرض خربة
أوشىء يكون للملوك فهو خالص للإمام وليس للناس فيها سهم [الوسائل ج
٦ ، ص ٣٦٧ ، الحديث ٨] وهكذا غيرها من الأحاديث .

قال صاحب الجواهر : وأما ان الموات أصلاً أو عارضاً بعد أن باد اهله
للإمام عليه السلام فمما لاخلاف فيه ، بل الأجماع محصلاً عليه ، فضلاً عن
المنقول في الخلاف والغنية وجامع المقاصد والمسالك صريحاً ، وظاهراً في
المبسوط والتذكرة والتنقيح والكفاية على ما حكى عن بعضها عليه [الجواهر
ج ٢٨ ص ١٠] .

وبالجملة بعد ما ثبت أن هذا النحو من الأراضى ملك للإمام ومن الموات
يشملها ما دل من العمومات على أن من أحبب أرضاً ميبتاً فهي له ، مضافاً إلى الروايات

فيجوز احياء الاراضى الدارسة التى بقيت فيها آثار الانهار والسواقى
والمروز^(١) وتنقية القنوات والابار^(٢) المطمومة^(٣) وتعمير الخربة
من القرى والبلاد القديمة التى بقيت بلامالك ولايعامل معها معاملة
مجهول المالك^(٤). ولايحتاج الى الاذن من حاكم الشرع او الشراء

الخاصة الواردة فيه كصحيحة الكلبى : وان تركها أو خربها - فأخذها رجل من
المسلمين من بعده فعمرها وأحيائها فهو أحق بها من الذي تركها [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 باثرة فاستخرجها وكري أنهارها و عمرها 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 رواية سليمان بن خالد قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل
يأتي الأرض الخربة فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه؟
قال : الصدقة . قلت : فان كان يعرف صاحبها . قال : فليؤد اليه حقه [الوسائل
ج ١٧ ص ٣٢٩ ، الحديث ٣] .

(١) المروز فارسى معرب بمعنى الحباس الذي يحبس الماء [اقرب الموارد

ج ٢ ص ١٢٠٠] .

(٢) جمع بئر .

(٣) المطموم من طم البئر : سواها ودفنها .

(٤) اذ المفروض أنها بحسب مرور الزمان وتقادم الايام صار بلامالك فلا

وجه للمعاملة معه مجهول المالك .

منه بل يملكها المحيي والمعمّر بنفس الأحياء والتعمير^(١) .

وأما القسم الثاني فالأحوط^(٢) الاستئذان فيه من الحاكم فسي الأحياء ، والقيام بتعميره والتصرف فيه ، كما أن الأحوط معاملة مجهول المالك معه ، بأن يتفحص عن صاحبه وبعد اليأس يشتري عينها من حاكم الشرع ويصرف ثمنها على الفقراء ، وأما إن

(١) لمادل من النصوص على الإجازة بنحو العموم بالإضافة إلى أرض الموات مطلقاً ، أعم من الأرض الموات بالأصل أو الموات بالعرض التي لا مالك لها ، وخصوص مادل على جواز أحياء الأرض الموات بالعرض ، كما في الصحيح قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : أيما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها وكري أنهارها وعمرها فان عليه فيها الصدقة ، فان كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخربها ثم جاء بعد يطلبها فان الأرض لله ولمن عمرها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٨ ، الحديث ١] .

ولذلك قال الشهيد في اللمعة : ولا يعتبر في تحقق موتها العارض ذهاب رسم العمارة رأساً ، بل ضابطه العطالة وان بقيت آثار الانهار ونحوها لصدقه عرفاً معها خلافاً لظاهر التذكرة [اللمعة ط جديد ج ٧ ص ١٣٤] .
أي خلافاً للعلامة في التذكرة حيث أفاد رحمه الله ان الآثار قائمة مقام التحجير وأنها بمنزلة .

وقال صاحب الجواهر : كما أنه لا مدخل لبقاء رسوم العمارة وآثار الانهار فيه أيضاً . واحتمال منع بقاء الآثار عن الأحياء كالتحجير ، مدفوع بالنص والفتوى بعد حرمة القياس على التحجير المقارن لقصد العمارة .

(٢) ومنشأ هذا الاحتياط والاحتياط فيما بعده اختلاف الأقول والنصوص

يستأجرها منه بأجرة معينة أو يقدر ما هو أجرة مثلها لو انتفع 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 ولو ارثه
بعده كغيره من الاملاك ولا ينتقل عنه بصيرورته موثلاً مطلقاً ، لاصالة بقاء الملك
وخروجه يحتاج الى سبب ناقل وهو محصور وليس منه الخراب .

وقيل يملكها المحيي بعد صيرورتها موثلاً ويبطل حق السابق ، اعموم : من
أحیی أرضاً ميتة فهي له [الوسائل ج ١٧ كتاب احياء الموات ، الباب ١]
ولصحيحة ابي خالد الكابلي عن الباقر عليه السلام قال : وجدنا في كتاب علي
عليه السلام : ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين ... الى
أن قال : فان تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها أو أحيها
فهو أحق بها من الذي تركها [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٣ من أبواب احياء
الموات] وقول الصادق عليه السلام : أيما رجل أتى خربة باثرة فاستخرجها
وكرى انهارها وعمرها فان عليه فيها الصدقة ، فان كانت أرضاً لرجل قبله عنها
وتركها وأخربها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله ولمن عمرها [الوسائل ج
١٧ ، الباب ٣ ص ٣٣٨ ، الحديث ١] .

وهذا هو الأقوى ، وموضع الخلاف ما اذا كان السابق قد ملكها بالاحياء
فلو كان قد ملكها بالشراء ونحوه لم يزل 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 فهي
له أو لورثته بعده وان ترك الانتفاع بها بلاخلاف ولا اشكال ، 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 اجماعاً على ما نقله في التذكرة عن جميع أهل العلم » .

قلت : الموجود فيما حضرني من نسخة التذكرة « لو تكن الارض التي من بلاد الاسلام معمورة في الحال ولكنها كانت قبل ذلك معمورة وجرى عليها ملك مسلم فلا يخلو اما أن يكون المالك معيناً أو غير معين ، فان كان معيناً فاما أن تنتقل اليه بالشراء أو العطية وشبهها أو بالا حياء ، فان ملكها بالشراء وشبهه لم تملك بالا حياء بلاخلاف ، قال ابن عبدالبر : أجمع الفقهاء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز احياءه لاحد غير اربابه - الى آخره [الجواهر ج ٣٨ - ص ٢٠] .

والمحصل من كلماتهم كما ترى أن الموات بالعرض لو كان لها مالك معين في الواقع اذا كان مالكيته بالا حياء فزوال الملك بالخراب فهو محل اشكال وخلاف وكذلك مالكية المحيي من جديد بالا حياء . واما اذا كان مالكيته بالشراء ونحوه فلا يزول بالخراب ولا يبصر المحيي مالكا بالا حياء بلاخلاف .

ولكن مقتضى اطلاق النصوص كما عرفت عدم الفرق بين الصورتين ، ولذلك احتاط الماتن دام ظله في المعاملة معه معاملة مجهول المالك كما هو مقتضى القاعدة كما احتاط بالاستيذان من الحاكم في الاحياء من باب أنه مجهول المالك وأمرها بيد الحاكم ، فلا يكفي فيه الاذن العام باحياء أراضي الموات لان الظاهر منها الارض التي لا تكون لها مالك ، وأما في المقام فله مالك ولكنه غير معين ، فحاله حال الملك الذي غاب عنه ملكه .

نعم لو علم أن مالكة قد أعرض عنها أو انجلى عنها أهلها
وتركوها لقوم آخرين جاز أحيائها وتملكها بلا اشكال^{١)} .
(مسألة : ٣) ان كان ما طرأ عليه الخراب لمالك معلوم ، فان
اعرض عنه مالكة كان لكل احد أحيائها وتملكه ، وان لم يعرض
عنه فان ابقاه مواتاً للانتفاع به في تلك الحال من جهة تعليف دوابه
او بيع حشيشه أو قصبه ونحو ذلك ، فربما ينتفع منه مواتاً اكثر مما
ينتفع منه محياة ، فلا اشكال في أنه لا يجوز لاحد أحيائها والتصرف
فيه بدون اذن مالكة^{٢)} .

١) لان الاعراض من الاسباب المزيله للملكية بلا اشكال ، فيصير من المباحات
الاولية الذي يجوز حيازتها وتملكها لجميع الناس .
٢) وذلك من جهة انصراف نصوص زوال ملكية الارض بالموتان ع-ن
هذا المورد ، بل ظهورها فيما اذا كانت الارض متروكة لا ينتفع بها كما هو المصرح
به في بعض النصوص .

ففي صحيحة معاوية بن وهب : أيما رجل اتى خربة بائرة فاستخرجها
وكرى أنهارها وعمرها فان عليه فيها الصدقة ، فان كانت أرض لرجل قبله فغاب
عنها وتركها فأخربها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله ولمن عمرها [الوسائل
ج ١٧ ص ٣٢٨ ، الحديث ١] .

وفي صحيحة الكابلي أيضاً : فان تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين
من بعده فعمرها وأحيائها 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 أو لانتظار وقت صالح له ^(١) .

وأما لو ترك تعمير الارض واصلاحها وأبقاها الى الخراب من جهة عدم الاعتناء بشأنها وعدم الاهتمام والالتفات الى مرمتها وعدم عزمه على احيائها اما لعدم حاجته اليها أو لاشتغاله بتعمير غيرها فبقيت مهجورة مدة معتداً بها حتى آلت الى الخراب ، فان كان سبب ملك المالك غير الاحياء - مثل أنه ملكها بالارث أو الشراء - فليس لاحد وضع يده عليها و احيائها والتصرف فيها الا باذن مالكيها ^(٢) .

(١) لعدم صدق الترك في هذا المورد، فالنصوص غير شاملة لهذه الصورة، ومقتضى استصحاب الملكية بقاءها وعدم جواز التصرف فيها بدون اذن صاحبها.
(٢) كما في المسالك : وان خربت فان كان انتقالها بالقهر كالمفتوحة عنوة بالنسبة الى المسلمين أو بالشراء والعطية ونحوها لم يزل ملكه عنها أيضاً اجماعاً على ما نقله في التذكرة عن جميع أهل العلم .

وفي التذكرة: لو لم تكن الارض التي في بلاد الاسلام معمورة في الحال ولكنها كانت قبل ذلك معمورة جرى عليها ملك مسلم فلا يخلو اما أن يكون المالك معيناً أو غير معين، فان كان معيناً فاما أن ينتقل اليه بالشراء أو العطية وشبهها أو بالاحياء فان ملكها بالشراء وشبهه لم تملك بالاحياء . قال ابن عبد: أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز احياءه لاحد غير أربابه . وان ملكها بالاحياء ثم تركها حتى دثرت وعادت موأناً فعند بعض علمائنا وبه قال الشافعي

ولو احيائها احد وتصرف فيها وانتفع بها بزرع او غيره فعليه اجرتها لمالكها^(١). وان كان سبب ملكه الاحياء بأن كانت ارضاً مواتاً بالاصل فأحيائها وملكها ثم بعد ذلك عطلها وترك تعميرها حتى آلت الى الخراب فجوز احياءها لغيره بعضهم، وهو في غاية الاشكال^(٢) بل عدمه لا يخلو من قوة^(٣).

واحمد أنه كالاول لا يصح لاحد احياءه ولا يملك بالاحياء والعمارة بل يكون للمالك أو لورثته، لقوله عليه السلام: من أحيى أرضاً ميتة فسي غير حق مسلم فهو أحق بها ولانها ارض يعرف مالكيها فلم تملك بالاحياء كالتي ملكت بشراء أو بعتية [تذكرة الفقهاء ج ٢ ص ٤٠١] .

(١) كما هو مقتضى قواعد باب الضمان في الاموال ، وتقتضيه رواية سليمان ابن خالد عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الرجل يأتي الارض الخربة فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه . قال : الصدقة (الزكاة) قلت : فان كان يعرف صاحبها . قال : فليؤد اليه حقه [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٩] .

(٢) لما عرفت من التذكرة من الاختلاف في ذلك بحسب الفتوى وكذلك النصوص ، لان المستفاد من رواية سليمان بن خالد المتقدمة بقاء الملك ومقتضى صحيحة معاوية بن وهب المتقدمة زوال الملك .

(٣) لان 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 فان ماتت بعد أن كانت معمورة في يد مالكيها وعلم أن ملكه لها بالاحياء فضلاً عن لم يعلم وهو أو وارثه معلوم ،

(مسألة : ٤) كما يجوز احياء القرى الدارسة والبلاد القديمة
التي بادا أهلها وصارت بلامالك يجعلها مزرعاً أو مسكناً أو غيرهما^١ ،
كذا يجوز حيازة اجزائها الباقية من احجارها واخشابها وآجرها
وغيرها ، ويملكها الحائز اذا أخذها بقصد التملك^٢ .

فالمحكى عن المبسوط والمهذب والسرائر والجامع والتحرير والسدروس
وجامع المقاصد أنها باقية على ملكه أو ملك وارثه ، بل قيل : انه لم يعرف
الخلافاً في ذلك قبل الفاضل في التذكرة فانه حكى نحو مالك ملك المحبي
الثاني ثم قال : لا بأس بهذا القول عندي [الجواهر ج ٣٨ ص ٢١] .

(١) وذلك للعمومات الدالة على ذلك ، مثل صحيحة معاوية بن وهب :
سمعت ابا عبد الله السلام يقول : أيما رجل أتى خربة باثرة فاستخرجها وكرى
أنهارها وعمرها فان عليه الصدقة ، فان كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها
فأخربها ثم جاء بعد يطلبها فان الأرض لله ولمن عمرها [الوسائل ج ١٧ الباب
٣ من كتاب احياء الموات ، الحديث ٢] .

(٢) لان مقتضى صيرورتها بلا مالك أن يجوز حيازته لكل أحد ويملكها
الحائز بمقتضى ما دل على أن من حاز ملك كما ورد عن السكوني عن ابي عبد الله
عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام قال في رجل أبصر طيراً فتنبعه حتى
وقع على شجرة فجاء رجل فأخذه . فقال امير المؤمنين : للعين مارأت ولليد ما
أخذت [الوسائل ج ١٦ ص ٢٤٦ ، الحديث ١] .

وفي رواية زرارة 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 الارض موقوفة وطراً عليها الموتان 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 ضمن لم يبق منهم اسم ولا رسم أو قبيلة لم يعرف منهم الا الاسم فالظاهر انها من الانفال^١ فيجوز احيائها .

يصيد الطير يساوي دراهم كثيرة وهو مستوى الجناحين فيعرف صاحبه أو يجيئه فيطلبه من لايتهمه ، فقال : لا يحل له امساكه يرده عليه . فقلت له : فان صار ما هو مالك لجناحيه لايعرف له طالباً . قال : هو له [الوسائل ج ١٦ ص ٢٤٤ الحديث ١] وهكذا سائر الاحاديث الدالة على أن الحيازة سبب للملك .

(١) لان الارض الموات سواء أملكتم ثم باد أهلها أم لم يجر عليها ملك مالك من الانفال بلاخلاف ظاهر ، بل عن جماعة كثيرة دعوى الاجماع عليه . والنصوص الدالة عليه كثيرة جداً على اختلاف بينها في ذلك ، فقد أطلق في بعضها : كون الارض الخربة أو الميتة من الانفال ، وقيد في آخر : ببواد الاهل أو جلائهم .

والظاهر من التقييد المذكور - كما اعترف به غير واحد - ارادة الاختراز عن الميتة التي لها مالك معروف ، فانها ليست من الانفال بل هي لمالكها ، والظاهر أنه مما لا اشكال فيه ، وعن العلامة في التذكرة الاجماع عليه .

كما في رواية ابي بصير المروية عن المقنعة : لنا الانفال . قلت : ومسا الانفال ؟ قال : منها المعادن والاجام ، وكل ارض لارب لها وكل أرض باد أهلها فهولنا .

كما اذا كان الموات المسبوق بالملك على هذا الحال^(١) ، 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 مالكةها 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^(٢)

وفي رواية اسحاق بن عمار المروية عن تفسير علي بن ابراهيم بعد ان سأله عن الانفال ، فقال : « هي القرى التي قد خربت وانجلى أهلها فهي لله وللرسول » ص ، وما كان للملوك فهو للامام عليه السلام ، وما كان من الارض الخربة لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب ، وكل ارض لاربها [الوسائل الباب ١ من أبواب الانفال ج ٢٨ ص ٢٠] .

ومقتضى هاتين الروايتين أن الارض الموات التي لامالك لها من الانفال ويملكها المحيي بالاحياء مطلقاً .

(١) لما عرفت من وحدة الملاك في كونه من الاموات ومن الانفال .

(٢) وعن المحقق في الشرائع : وكل ارض جرى عليها ملك مسلم فهي له ولورثته بعده وان لم يكن لها مالك معروف فهي للامام .

وفي الجواهر : اجماعاً محكياً عن ظاهر السرائر والتذكرة وجامع المقاصد وصريح المفاتيح في الثاني والخلاف في الاول [الجواهر ج ٣٨ ص ٢٧] .

وقد مرما فيه من الاشكال^(١) بل القول به هنا اشكال^(٢) .
والاحوط الاستئذان من الحاكم لمن اراد احياءها وتعميرها والانتفاع
بها بزرع او غيره^(٣) ، وان يصرف اجرة مثلها فى الاول فى وجوه
البروفى الثانى على الفقراء^(٤) ، بل الاحوط خصوصاً فى الاول

(١) وهو فى قوله دام ظله فى المسألة الثالثة : وان كان سبب ملكه الاحياء
بأن كانت ارضاً مواتاً بالاصل فأحيائها وملكها ثم بعد ذلك عطلها وترك تعميرها
حتى آلت الى الخراب فجوز احيائها لغيره بعضهم ، وهو فى غاية الاشكال
بل عدمه لا يخلو عن قوة .

والوجه فيه ما تقدم من أن الاصل بعد تعارض النصوص يقتضى بقاء
الملكية السابقة .

(٢) وذلك لذهاب جمع من الاساطين الى زوال الملك بعروض الموتان ،
وقد دلت عليه النصوص المعتمدة ، وأما زوال الوقفية بالموتان فلم يكن عليه
نص ولم يتعرض اليه الفقهاء ، ومقتضى الاصل بقاء الوقفية فيكون القول بأنه
من الانفال فى هذه الصورة أشكل .

(٣) وذلك لاحتمال كونه من الانفال كما ذهب اليه المشهور فى الارض
الموات بالعرض اذا لم يكن لها مالك معروف ، والمفروض أنه لو لم نقل بأنها
من الانفال ويكون للامام فلا أقل من أن أمره بيد الحاكم بعد عدم معرفية
الواقف والموقوف عليه ومتروكية الارض الى أن آلت الى الخراب ، فيكون
الحاكم ولي ما لولي له .

(٤) لان وجوه البر بعد عدم معرفة جهة الواقف أقرب شىء الى نظر الواقف
فى الصورة الاولى ، وأما فى الصورة الثانية حيث أنها وقف على اشخاص لانعلم

مراجعة حاكم الشرع^{١)} .

وأما لو طرأ الموتان على الوقف الذي علم مصرفه أو الموقوف عليهم فلا ينبغي الأشكال في أنه لو أحياه أحد وعمره وجب عليه صرف منفعته في مصرفه المعلوم في الأول ودفعها وإيصالها إلى الموقوف عليهم المعلومين في الثاني^{٢)} وإن كان المتولى أو الموقوف عليهم

بعينها فيكون من قبيل مجهول المالك والفقراء هم المصرف في مال المجهول المالك كما في الجواهر في بحث اللقطة « وعلى كل حال فإن جاء صاحبها دفعها إليه والاتصدق بها أو استبقاها أمانة وأيسر له تملكها بلا خلاف أجده في الأخير إلا ما سمعته من المحكي عن التقي الذي تقدم الأجماع مسن الفاضل على خلافه [الجواهر ج ٣٨ ص ٢٩٠] .

١) لأن ولاية أمر الوقف بيد الحاكم ، خصوصاً إذا كان المحتمل أنه مسن الانفال التي لا يجوز التصرف فيها من دون إذن الإمام عليه السلام .

٢) وذلك بعد المفروغية عن عدم زوال الوقفية بالموتان بمقتضى الأصل بعد عدم دليل معتبر على زواله ، فحينئذ حيث أن المصرف في الأول والموقوف عليهم في الثاني معلوم فلا وجه للعدول إلى مطلق وجوه البر في الأول والصرف على الفقراء في الصورة الثانية ، بل بمقتضى إطلاق دليل الوقف على ما يوقفها أهلها لأبد من صرف المنفعة في جهة الوقف في الأول والموقوف عليهم في الثاني .

بل مع معلومية الموقوف عليهم لا يكون من قبيل المال المجهول المالك لأن المصرف أو المالك لها معلوم فلا مورد للصدقة على الفقراء .

تاركين اصلاحه وتعميره الى ان آل الى الخراب ^(١) .
 لكن ليس لاحد الاحياء والتصرف فيه مع وجود المتولى المعلوم
 الابدانه ^(٢) او الاستئذان من الحاكم مع عدمه فى الاول ^(٣) ، ومن
 المتولى او الموقوف عليهم ان كان خاصاً ^(٤) او الحاكم ان كان عاماً
 فى الثانى ^(٥) .

(١) لان ترك المتولى أو الموقوف عليهم لا يوجب زوال الوقفية ، بل لا بد
 من العمل بالوقف بمقتضى اطلاق دليله .

(٢) لعدم زوال ولاية المتولى بترك الوقف الى أن صار مواتاً وعدم زوال
 الوقفية ، فلا بد من اجازة المتولى فى ذلك بمقتضى اطلاق دليل ولاية المتولى
 على الموقوفة .

(٣) لان الحاكم ولي مالواي له ، فمع عدم المتولى يكون أمر الوقف
 بيد الحاكم ، وهو المتولى العام على جميع الاموال والامور التى ليس لها
 ولي خاص شرعاً من باب الولاية العامة الثابتة على الاموال والانس للنبى «ص»
 والائمة من بعده .

(٤) لان الموقوف عليهم ذى حق على المال الموقوف بعد عدم زوال الوقفية
 كما هو المفروض ، ولا بد أن يراعى مصلحتهم ، فمع عدم الاذن من المتولى
 لعدمه فلا بد من الاجازة من الموقوف عليهم حتى لا يكون الاحياء تصرفاً فسي
 مملق حق الغير بدون اذن صاحب الحق ، وذلك للمنافاة بين كون الارض
 متعلقة لحق الغير وبين كونها مطابقة من حيث جواز التصرف فيها ، لانه موجب
 لتفويت 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 حريماً لعامر مملوك لايجوز لغير مالكة احيائه وان احياء لم يملكه ^{١)} .

الاذن عن الحاكم للولاية العامة الثابتة له نيابة عن الامام عليه السلام .
(١) لان من الشروط الخمسة للاحياء أن يكون حريماً . وفي الجواهر :
الشرط الثاني أن لا يكون الموات حريماً لعامر بستان أودار أو قرية أو بلد أو مزرع أو غير ذلك مما يتوقف الانتفاع بالعامر عليه كالطريق والشرب وحريم البئر والحائط ، بلاخلاف أجده كما اعترف به غير واحد ، بل في التذكرة « لانعلم خلافاً بين علماء الامصار أن كل مايتعلق بمصالح العامر كالطريق والشرب ومسيل ماء العامر ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته ، أو لمصالح القرية كقناتها ومرعى ماشيتها ومحتطبها ومسيل مياهها لايصح لاحداحيائه ولايملك بالاحياء ، وكذا حريم الابار والانهار والحائط وكل مملوك لايجوز احياء مايتعلق بمصالحه لمفهوم المرسل المزبور [سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٢] . ولانه لوجاز احيائه أبطل الملك في العامر على أهله ، وهذا مما لاخلاف فيه » بل عن جامع المقاصد الاجماع عليه ، وهو الحجة بعد قساعة الضرر والمرسل المزبور [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٤] .

ويدل عليه صحيح احمد بن عبدالله : سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يكون له الضيعة ويكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلاً وأقل وأكثر يأتيه الرجل فيقول له : أعطني من مراعي ضيعتك وأعطيك كذا وكذا درهماً . فقال : اذا كانت الضيعة له فلا بأس [الكافي ج ٥ ص ٢٧٦] .

ومثل هذه الرواية خبر ادريس بن زيد أو صحيحه عن ابي الحسن عليه السلام قال : سألته وقلت : جعلت فداك ان لنا ضياعاً ولها حدود وفيها

مراعى وللرجل من غنم وابل ويحتاج الى تلك المراعى لابله وغنمه أيحل له أن يحمى المراعى لحاجته اليها ؟ فقال : اذا كانت الارض أرضه فله أن يحمى ويصير ذلك الى ما يحتاج اليه . قال : وقلت له الرجل يبيع المرعى . فقال : اذا كانت الارض أرضه فلا بأس [الكافى ج ٥ ص ٢٧٦] .

ثم لا يخفى أن الحریم بمقدار يتوقف الانتفاع بالعامر عليه عرفاً مما لا كلام فيه لانها من حقوق مالك العامر عرفاً ولم يردع عنها الشارع ، وبعد وضوح ذلك لا مجال للتمسك باطلاق أدلة جواز احياء الموات ، لانها قاصرة عن شمول الموارد التى يتعلق بها حق الغير ، كما لا يجوز احياء الموات التى تحتق التحجير فيها أو الموات التى كانت محياة باحياء المسلم ثم خربت من دون اهمال مع كون مالکها في صدد تعميمها لتعلق حق الغير به .

بل ربما يظهر من الروايتين المتقدمتين الملكية بناءً على ارادة البيع ونحوه من الاعطاء فيهما كما عن الشيخ وابنى البراج وحمزة وادريس وسعيد والفاضل وولده وغيرهم ، بل في المسالك انه الأشهر .

مضافاً الى أنه مكان استحققه بالاحياء فملك كالمحبي ، ولان معنى الملك موجود فيه ، لدخوله مع المعمور في بيعه ، وليس لغيره احياءه ولا التصرف فيه بغير اذن المحبي ، ولان الشفعة تثبت في الدار بالشركة في الطريق المشترك المصرح في النصوص المزبورة ببيعه معها ، ولا يمكن دعوى كونه محبياً باعتبار أن احياء كل شيء بحسب حاله .

الا أن يقال : بأن صدق البيع لا يلزم الملكية كصدقه على بيع حق التحجير وحق السرقلي ، كما أن مجرد التبعية ودخوله مع المعمورة في بيعه أو عدم

وتوضيح ذلك: ان من أحياء مواتاً لأحداث شىء من دار او بستان او مزرع او غيرها تبع ذلك الشىء الذى أحدثه مقدار من الارض الموات القريبة من ذلك الشىء الحادث مما يحتاج اليه لتمام الانتفاع به ويتعلق بمصالحه عادة ، ويسمى ذلك المقدار التابع حريماً لذلك المتبوع . ويختلف مقدار الحريم زيادة ونقصاً باختلاف ذى الحريم ، وذلك من جهة تفاوت الاشياء فى المصالح والمرافق المحتاج اليها ، فما يحتاج اليه الدار من المرافق بحسب العادة غير ما يحتاج اليه البئر والنهر مثلاً . وهكذا باقى الاشياء ^١ .

جواز احيائه لغيره بدون اذن المحبى لا يلازم الملكية ، لصحة الامور المذكورة مع كونه حقاً أيضاً .

كما أن ثبوت حق الشفعة فى الطريق المشترك لا يلازم الملكية ، لان دليل حق الشفعة كقوله عليه السلام «لأشفعة الا لشريك غير مقاسم» [الوسائل ج ١٧ ص ٣١٦] مطلق ولا يختص مورد الملك فيأتى فى الحقوق المشتركة أيضاً .

١) وعليه فما ورد فى حريم الدار بأنه خمسة أذرع أو سبعة حكم سلطاني بحسب اقتضاء المورد فلا استمرار له وليس حكماً تعدياً مستمراً كما تشهد له نفس اختلاف الروايات فى التحديد . ويقرب مما ذكر ما عن جامع المقاصد والمسالك من حمل اختلاف الروايات على اختلاف الطرق .

وأما القول بأنه أحداث قول ثالث . ففيه ما لا يخفى ، اذ الاجماع فى المقام محتمل المدركية ، فلا يكون كاشفاً . ويظهر ذلك من ملاحظة الروايات :
(منها) مارواه الشيخ بسند موثق عن حماد عن ابي العباس البقباق عن ابي عبد الله

عليه السلام قال : اذا تشاح قوم في طريق فقال بعضهم سبع أذرع وقال بعضهم أربع أذرع . فقال ابو عبدالله عليه السلام : بل خمس أذرع [التهذيب ج ٧ ص ١٣٠] .

(ومنها) مارواه في الكافي عن عدة من أصحابنا عن ابي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله « ص » : ما بين بئر المعطن أربعون ذراعاً ، وما بين بئر الناضح ستون ذراعاً ، وما بين العين الى العين خمسمائة ذراع ، والطريق اذا تشاح عليه أهله فحده سبعة أذرع [الكافي ج ٥ ص ٢٩٥] .

(ومنها) مارواه أيضاً في الكافي عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام ان رسول الله «ص» قال: ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن أربعون ذراعاً ، وما بين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعاً وما بين العين الى العين - يعني القناة - خمسمائة ذراع ، والطريق يتشاح عليه أهله فحده سبعة أذرع [الكافي ج ٥ ص ٢٩٦] .

وهذه الروايات كما ترى ظاهرة في أن تعيين الحد انما يكون في مورد النزاع وأما مع عدم النزاع فلا يحتاج الى تعيين الحد أو لا يمكن تعيين الحد على نحو الضابطة الكلية ، لاختلاف البلاد والعادات وكيفيات المعيشات ، فهو أمر محول الى العرف والعادة ، ولذلك جعل الحد متفرعاً على وقوع النزاع ، فلا يمكن التعدي الى غير مورد النزاع كما هو المتفاهم العرفي من النصوص التي تقدم منها .

(ومنها) مارواه الشيخ أيضاً في التهذيب : والطريق اذا تشاح عليه أهله فحده سبعة أذرع [التهذيب ج ٧ ص ١٤٥] .

بل يختلف ذلك باختلاف البلاد والعادات ايضاً فاذا اراد شخص
 احياء حوالى ماله الحرير لا يجوز له احياء مقدار الحرير بدون اذن
 المالك ورضاه ، وان احياه لم يملكه وكان غاصباً ^١ .
 (مسألة : ٧) حرير الدار مطرح ترابها وكناستها ورمادها
 ومصب مائها ومطرح ثلوجها ومسلك الدخول والخروج منها فى
 الصوب الذى يفتح اليه الباب ، فلو بنى داراً فى ارض موات تبعه
 هذا المقدار من الموات من حوالىها ، فليس لاحد أن يحيى هذا
 المقدار بدون رضا صاحب الدار ^٢ .

(ومنها) النبوي : اذا اختلفتم فى الطريق فاجعلوه سبع أذرع .

١) وذلك لان الحرير أعم من أن يكون مملوكاً أو متعلقاً لحق مالك ذي
 الحرير ، فله نحو اختصاص واطافة الى المالك . وأدلة الاحياء منصرفه عن
 الحرير ، بل لا يصدق على الحرير الموات ، لان الانتفاع المترتبة عليه مانعة
 عن صدق الموات عليه ، حيث أن الموات هو الارض التى لا ينتفع بها .
 ٢) وعن المحقق فى الشرائع « وقيل للدار مقدار مطرح ترابها ومصب
 مائها ومسلك الدخول والخروج » .

وفى الجواهر: ان ظاهر نسبة المصنف الى القيل التردد فيه ، بل فى المسالك
 وغيره عن بعضهم التصريح بعدم حرير لها وان كنا لم نتحققه لاحد منا وانما هو
 بعض الشافعية ، ولعل وجهه عدم الدليل عليه ، بل فعل الناس فى سائر البلدان
 على خلافه لاستبعاد اتفاق احيائهم دفعة .

ثم أورد على التردد بقوله : وفيه أولاً ان مثله جار فى الحائط الذى اعترف

وليس المراد من استحقاق الممر في قبالة الباب استحقاقه على الاستقامة وعلى امتداد الموات . بل المراد ان يبقى مسلك له يدخل ويخرج الى الخارج بنفسه وعياله واطيافه وما تعلق به من دوابه واحماله وانقاله بدون مشقة بأى نحو كان فيجوز لغيره احياء ما في قبالة الباب من الموات اذا بقي له الممر ولو بانعطاف وانحراف^١

بثبوت الحریم له، وثانياً بعدم معلومية حال الواقع في البلدان الجارية في الحيوان من التراخي أو الأحياء دفعة أو غير ذلك . ثم قال : فالمتجه هو ثبوت الحریم لها الذي يرجع في أصل ثبوته ومقداره الى العرف ولو بمراعاة قاعدة نفى الضرر فلا يحتاج الى خاص [الجواهر ج ٣٨ ص ٤٦] .

ولكن الذي يمكن أن يقال : بأن ثبوت هذا المقدار من الحریم أمر عقلائي عرفي ، وعليه بناء العقلاء ولا يحتاج اثبانه الى التمسك بقاعدة لاضرر كما أشار اليه صاحب الجواهر .

وأما لزوم رعاية الحریم لتلك الامور من جميع النواحي فمبني على بناء العرف والعادة ولم يرد عليه دليل خاص ، والمحتاج اليه للدار عند العرف مختلف باختلاف القرى والامصار ، فالحكم باستثناء المقدار من جميع النواحي في جميع البلاد مشكل . والمانن دام ظله أيضاً لم يرد ذلك كلية كما صرح فسي الفرع السابق باختلاف الحریم بحسب اختلاف البلاد والعادات .

(١) كما في المسالك : والمراد بمسلك الدخول والخروج في الصوب الذي يفتح فيه الباب، لابعنى امتداد الممر في قبالة الباب على امتداد الموات بل ايصاله الى الطريق السالك ولو بازورار وانعطاف لان الحاجة تمس الى

وحریم الحائط لو لم يكن جزء من الدار بأن كان مثلاً جدار
حصار أو بستان أو غير ذلك مقدار ما يحتاج إليه ل طرح التراب
والآلات وبل الطين لو انتقض واحتاج إلى البناء والترميم^(١) .
وحریم النهر مقدار مطرح طينه و ترابه إذا احتاج إلى التنقية
والمجاز على حافته للمواظبة عليه ولإصلاحه 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 أحيائها في قبالة الباب إذا
أبقى له الممر ، فان احتاج إلى ازورار وانعطاف جاز ، لان الحاجة تمس إلى
ذلك . ذكره في النذكرة لكن ينبغي تقييده بما إذا لم يحصل ضرر كثير عادة
لاستدعائه إفراط طول الطريق ونحوه .

والظاهر أن هذا الاستحقاق ليس له ضابطة كلية ، بل أمره بيد العرف
والعادة والأعصار والامصار والبلاد مختلفة في ذلك فلا بد من مراجعة كل إلى عرف
محل له لعدم نص له في المقام .

(١) كما عن الشرائع «وحریم الحائط في المباح مقدار مطرح ترابه نظراً
إلى أساس الحاجة إليه لو استهدم» .

وذلك لبناء العقلاء عليه نظراً إلى احساس الحاجة إليه فدي 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 لان الحائط الذي كان
جزءاً من الدار حریمه حریم الدار لا حریم الحائط .

اليه^١ ، وحریم البئر ما تحتاج اليه لاجل السقي منها والانتفاع
بها من الموضع الذي يقف فيه النازح^٢ ان كان الاستقاء منها باليد.

(١) في الشرائع « وحریم الشرب (والمراد به هنا النهر والقناة ونحوهما)
بمقدار مطرح ترابه والمجاز على حافتيه » وذلك لما مر من أن ما يتعلق بمصالح
العامة لمالكه ، ويؤيده مرفوع علي بن ابراهيم : « حریم النهر حافته وما يليها »
[الكافي ج ٥ ص ٢٩٦] .

(٢) لان هذا المقدار هو الذي يخرج من الارض بحسب العادة ، لان المقدار
المذكور حریمها عرفاً .

وفي المسالك: وبسبب اختلاف الروايات وعدم صحتها جعل بعضهم حریم
النهر ما يحتاج اليه في 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 .

والروايات كما قال صاحب المسالك مختلفة ، ففي بعضها جعل الحد أربعون
ذراعاً للمعطن وهي التي يستقي منها لشرب الابل وستون ذراعاً للناضح وهي
التي يستقي عليه للزرع وغيره كمعتبرة السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام
قال رسول الله « ص » : ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن أربعون ذراعاً ، وما
بين بئر الناضح الى 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 « وحریم البئر المحدثة
خمسة وعشرون ذراعاً » [الوسائل ، الباب ١١ من كتاب احياء الموات ،
الحديث ٩] .

وموضع الدولاب ومتردد البهيمة ان كان الاستقاء بهما ومصب
الماء، والموضع الذى يجتمع فيه لسقى الماشية والزرع من حوض
ونحوه ، والموضع الذى فيه ما يخرج منها من الطين وغيره لو اتفق

وفي الفقيه : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله أن البئر حريمها أربعون
ذراعاً لا يحفر الى جنبها بئر أخرى لعطن أو غنم [الوسائل ، الباب ١١ من
كتاب احياء الموات ، الحديث ٧] .

وفي صحيح حماد بن عثمان المروي في الكافي : سمعت الصادق عليه
السلام يقول : حريم البئر العادية أربعون ذراعاً حولها . قال : وفي رواية أخرى
خمسون ذراعاً ، الا أن يكون الى عطن أو الى الطريق فيكون أقل من ذلك الى
خمسة وعشرين ذراعاً [الكافي ج ٥ ص ٢٩٦ ، الوسائل ج ١٧ الباب ١١ من
كتاب احياء الموات ، الحديث ٢] .

الا أن الاختلاف في الروايات راجع لامر حفر البئر من دون أن يكون
حريماً للاحياء كما هو مورد الكلام .

ويظهر ذلك من التأمل في التعبيرات الواردة في الروايات ، كقوله عليه
السلام في رواية السكوني : ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن وما بين بئر
الناضح الى بئر الناضح ، وهكذا ظاهر مرسله الصدوق بل صريحها حيث قال
صلى الله عليه وآله: ان البئر حريمها أربعون ذراعاً لا يحفر الى جنبها بئر أخرى
لعطن أو غنم .

وأما خبر عبد الله بن معقل عن النبي صلى الله عليه وآله : من احتفر بئراً
فله أربعون ذراعاً حولها لعطن ماشيته . فليس بحجة ، ودعوى انجباره بعمل
الاصحاب كما ترى لاحتمال استنادهم الى غيره .

الاحتياج اليه وحریم العين ما تحتاج اليه لاجل الانتفاع بها واصلحها وحفظها على قياس غيرها^(١) .

(مسألة : ٨) لكل من البئر والعين والقناة اعنى بشرها الاخيرة التى هى منبع الماء ويقال لها : بئر العين وأم الابار وكذا غيرها اذا كان منشأ للماء حریم آخر بمعنى آخر^(٢) ، وهو المقدار الذى ليس لاحدان يحدث بئراً او قناة أخرى فيما دون ذلك المقدار بدون اذن صاحبها ، بل الاحوط لمحاظ الحریم كذلك بين القناتين مطلقاً^(٣)

(١) لان ذلك كله من الامور التى لا بد منها لمصلحة البئر ، فيكون هذا المقدار خارجاً عرفاً عن أرض الموات القابلة للاحياء بحسب اطلاقات النصوص كما عرفت من المسالك : من أنه جعل بعضهم حریم البئر ما يحتاج اليه في السقي منها وموضع وقوف الناضح والدولاب وتردد البهائم ومصب الماء ، والموضع الذى يجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض وغيره ، والموضع الذى يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العادة .

(٢) وتوضيح ذلك كما ذكرنا في المسألة السابقة أن الحریم قد يلاحظ من جهة الاحياء وقد يلاحظ بلحاظ حفر بئر أخرى جنبه ، والحریم بلحاظ الاحياء هو ما تقدم بيانه في ذيل المسألة السابقة .

وأما الحریم بلحاظ حفر بئر أخرى فهو في البئر أربعون ذراعاً اذا كان حفرها لاجل استقاء الماشية من الابل ونحوه ، وبدل عليه ماسياتي من الروايات .

(٣) أي وان كان بلحاظ سائر الابار لاطلاق الدليل أو من جهة صدق البئر عليه وان لم يكن من أم الابار .

وان كان الجواز فى غير ما ذكر اشبه^(١).

وهو فى البئر اربعون ذراعاً اذا كان حفرها لاجل استقاء الماشية

من الابل منها وستون ذراعاً اذا كان لاجل الزرع وغيره^(٢).

(١) لان المتفاهم العرفي من النصوص أن اعتبار الحريم بهذا النحو لا يكون أمراً تعدياً ، بل لاجل أن لا يوجب حفر البئر أو القناة ضرراً على القناة الاولى ولذا لو فرض أن الثانية تضر بالاولى وتنقص ماؤها مع الفصل المذكور فى الروايات كان القول بعدم جواز حفرها قوياً ، كما أنه لو فرض أن الثانية لا تضر بالاولى فيما دون البعد المذكور كان القول بجوازه غير بعيد .

وتدل عليه صحيحة محمد بن الحسين قال : كتبت الى ابي محمد عليه السلام : رجل كانت له قناة فى قرية فأراد رجل أن يحفر قناة أخرى السى قربه (قرية) له كم يكون بينهما فى البعد حتى لا يضر بالآخرى فى الارض اذا كانت صلبة أو رخوة ؟ فوقع عليه السلام : على حسب ان لا يضر أحدهما بالآخرى انشاء الله [الكافي ج ٥ ص ٢٩٣] .

وكذلك رواية محمد بن علي بن محبوب قال : كتب رجل السى الفقيه عليه السلام فى رجل كانت له قناة فى قرية فأراد رجل أن يحفر قناة أخرى فوقه كم يكن بينهما فى البعد حتى لا يضر بالآخرى فى أرض اذا كانت صعبة أو رخوة ؟ فوقع عليه السلام : على حسب الايضر أحدهما بالآخر انشاء الله [التهذيب ج ٧ ص ١٤٦] وهكذا سائر الروايات .

(٢) وذلك لقوي السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله : ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن أربعون ذراعاً ، وما بين

فلو احدث شخص بئراً في موات من الارض لم يكن لشخص آخر^١ احدث بئراً اخرى في جنبها بدون اذنه بل ما لم يكن الفصل بينهما اربعين ذراعاً او ستين فما زاد على ما فصل. وفي العين والقناة خمسمائة ذراع في الارض الصلبة والالف ذراع في الارض الرخوة،

بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعاً [الكافي ج ٥ ص ٢٩٦ . الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٩] والمراد بالمعطن هي التي يستقى منها لشرب الابل والمراد بالناضح هي التي يستقى منها للزرع وغيره .

ولا يعارضها صحيحة حماد بن عثمان المروية في الكافي: سمعت الصادق عليه السلام يقول : حریم البئر العادية أربعون ذراعاً حولها - قال: وفي رواية أخرى خمسون ذراعاً - الا أن يكون الى عطن أو الى الطريق فيكون أقل من ذلك الى خمسة وعشرين ذراعاً [الكافي ج ٥ ص ٢٩٦] .

والوجه في عدم المعارضة أن اطلاق قوله « حریم البئر العادية أربعون ذراعاً حولها » يقيد بالتفصيل المذكور في قولي السكوني ، فيختص الاربعون ببئر المعطن . وأما خمسون ذراعاً فهو رواية مرسله منضمة الى صحيحة حماد ابن عثمان ، فلا عبرة بها في مقابل قولي السكوني .

ولعل هذه المرسله عين رواية وهب بن وهب المروية في الفقيه عن جعفر ابن محمد عن ابيه أن علي بن ابي طالب عليه السلام كان يقول : حریم البئر العادية خمسون ذراعاً الا أن يكون الى عطن أو الى طريق فيكون أقل من ذلك الى خمسة وعشرين ذراعاً [الفقيه ج ٣ ص ٣٣٩] .

ولكنها ضعيفة السند فلا يعتمد عليها .

(١) لما تقدم من الروايات الدالة عليه ، بل في الجواهر : بلا خلاف معتد

فاذا استنبط انسان عيماً او قناة في ارض موات صلبة واراد غيره حفر
اخرى تباعد عنه بمخمسمائة ذراع وان كانت رخوة تباعد بألف ذراع^{١)}

به أجده عندنا في التقدير المزبور ... بل في التذكرة نسبة ذلك الى علمائنا
مشعراً بالاجماع عليه ، كقوله في التنقيح « عليه عمل الاصحاب » ، بل عن
الخلاف الاجماع على أن حريم البئر أربعون ذراعاً [الجواهر - ج ٣٨ ص
٤١] .

١) كما في محكي الخلاف عليه اجماع الفرقة وأخبارهم ، والتذكرة عند
علمائنا ، وفي التنقيح عليه عمل الاصحاب ، وفي جامع المقاصد اطلاق
الاصحاب .

وتدل عليه معتبرة السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام ان رسول الله «ص»
قال : ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن أربعون ذراعاً ، وما بين بئر الناضح
الى بئر الناضح ستون ذراعاً ، وما بين العين الى العين - يعني القناة - خمسمائة
ذراع والطريق يتشاح عليه أهله فحده سبعة أذرع [الكافي ج ٥ ص ٢٩٦] .
ومارواه المشايخ الثلاثة عن ابي عبدالله عليه السلام قال : يكون بين البئر
ان كانت أرضاً صلبة خمسمائة ذراع وان كانت رخوة فألف ذراع [الكافي ج
٥ ص ٢٩٦] .

وعليه عمل الاصحاب كما في الجواهر ، فلا مجال لتضعيف سنده بعد
العمل به . وبه يقيد اطلاق ما في مرسل حفص عن ابي 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 رواية مسمع بن عبد الملك عن ابي عبدالله عليه

ولو فرض ان الثانية تضر بالاولى وينقص ماؤها مع البعد المزبور
فلا حوط لو لم يكن الاقوى زيادة البعد بما يندفع به الضرر او
التراضى مع صاحب الاولى^١ .

السلام قال : قال رسول الله « ص » : ما بين العين الى العين خمسمائة ذراع
[الكافي ج ٥ ص ٢٩٥] .

١) وذلك لان التحديد المذكور في النصوص لا يكون أمراً تعديماً ، بل
يكون مبنياً على الغالب ، حيث أن الحفر مع الفصل بالمقدار المذكور لا يوجب
ضرراً على البئر الاولى ، بخلاف ما اذا كان الحفر من دون فصل بالمقدار المذكور
فانه يوجب الضرر عليها غالباً ، فلو اوجب الضرر في هذا المقدار أيضاً لا بد
من فصل أزيد حتى لا يوجب الضرر .

ويدل عليه صحيح محمد بن الحسين قال : كتبت الى ابي محمد عليه السلام:
رجل كانت له قناة في قرية فأراد رجل أن يحفر قناة أخرى الى قرية أخرى كم
يكون بينهما في البعد حتى لا يضر بالآخرى في الارض اذا كانت صلبة أورخوة؟
فوقع عليه السلام : على حسب أن لا يضر احدهما بالآخرى انشاء الله تعالى
[الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٤ من كتاب احياء الموات ، الحديث ١] .

ويؤيده رواية عقبة بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل أتى
جبلاً فشق فيه (منه خ ل) قناة أخرى فذهب قناة الآخر بماء قناة الاولى . قال :
فقال : يتقاسمان (يتقاسمان خ ل) بحقائب البئر لئلا فينظر أيهما أضرت بصاحبها ،
فان رايت الاخيرة أضرت بالاولى فلتغور [الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٦ من كتاب
احياء الموات ، الحديث ١] .

وفي الوسائل ورواه الصدوق باسناده عن عقبة بن خالد نحوه ، وزاد :

(مسألة : ٩) اعتبار البعد المزبور فى القناة انما هو فى احداث
قناة اخرى كما اشرنا اليه آنفاً^١ .

واما احياء الموات الذى فى حوالىها لزرع او بناء او غيرهما
فلا مانع منه^٢ اذا بقى من جوانبها مقدار تحتاج للنزح او الاستقاء
او الاصلاح والتنقية وغيرها مما ذكر فى مطلق البئر . بل لا مانع من
احياء الموات الذى فوق الابار وما بينها اذا بقى من اطراف حلقها
مقدار ما تحتاج اليه لمصالحها فليس لصاحب القناة المنع عن

قضى رسول الله « ص » بذلك وقال : ان كانت الاولى أخذت ماء الاخيرة لم
يكن لصاحب الاخيرة على الاول سبيل [الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٦ من كتاب
احياء الموات ، الحديث ٢] .

١) وهو قوله دام ظله فى المتن « لكل من البئر والعين والقناة » أعني
بئرها الاخيرة التى هي منبع الماء ويقال لها بئر العين وام الابار ، وكذا غيرها
اذا كان منشأ للماء حريم آخر بمعنى آخر .

٢) لان النصوص متعرضة للفصل بين البئر الى البئر والعين الى العين والقناة
الى القناة ، وليس فيها ما يمنع عن الزرع والبناء وغيرها مما يكون فيه احياء
الارض ، ومقتضى الاطلاقات جوازه .

وأما استثناء بقاء مقدار من الجوانب يقتضى الحاجة اليه للنزح أو الاستقاء
أو الاصلاح أو التنقية وغيرها مما ذكر فى مطلق البئر فلانه أمر عادي متعارف
عليه السيرة العقلانية ، والاطلاقات المجوزة للاحياء منصرفه عن هذا المقدار
من الحريم لمصلحة البئر والقناة والعين .

الاحياء للزرع وغيره فوقها اذا لم يضربها^(١) .

(مسألة : ١٠) قد مر ان التباعد المزبور فى القناة انما يلاحظ بالنسبة الى البئر التى تكون منبع الماء او منشأه ، واما الابار الاخر التى هى مجرى الماء فلا يراعى الفصل المذكور بينها ، فلو أحدث الثانى قناة فى ارض صلبة وكان منبعها بعيداً عن منبع الاولى بخمسائة ذراع ثم تقارب فى الابار الاخر التى هى مجرى الماء الى الابار الاخر للاخرى الى ان صار بينها وبينها عشرة اذرع مثلاً لم يكن لصاحب الاولى منعه^(٢) . 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^(٣) .

(١) لعدم الدليل على جواز منع صاحب القناة عن ذلك ، والروايات الدالة على لزوم الفصل أربعين أو ستين أو الف أو خمسمائة ذراع أو بمقدار لا يوجب الضرر بالبئر والقناة الاخر كلها ناظرة الى الفصل المعتبر بين حفر البئر بالمقايسة الى البئر الاخر لئلا يوجب الضرر في نشو الماء .

(٢) وذلك لما تقدم من أن المتبادر من النصوص عرفاً أن اعتبار الفصل المعين بين الابار لا يكون أمراً تعدياً ، بل انما يكون لاجل عدم تضرر أحدها بالآخرى ، فلامحالة انما المؤثر في تقليل الماء وازدياده هو الفصل بين الابار التى تكون منبعاً للماء . وأما الفصل بين سائر الابار التى تكون بمنزلة مجرى الماء فقط لا يكون مؤثراً فلامنع من عدم رعاية الفصل المذكور في النصوص بالاضافة اليها .

(٣) كما هو المفروغ عنه بحسب ارتكاز العرف وقاعدة لا ضرر ، كما أنه

(مسألة : ١١) القرية المبنية في الموات لها حریم ليس لاحد
احياؤه ولو احياه لم يملكه . وهو ما يتعلق بمصالحها ومصالح اهليها
من طرقها المسلوكة منها واليهما ومسيل مائها ومجمع ترابها
وكناستها ومطرح سمادها ورمادها ومشرعها ومجمع اهاليها
لمصالحهم على حسب مجرى عاداتهم ومدفن موتاهم ومرعى ماشيتهم
ومحتطبهم وغير ذلك ^١ .

المستفاد من النصوص الخاصة الواردة في المقام ، كما في صحيحة محمد بن
الحسين قال : كتبت الى ابي محمد عليه السلام : رجل كانت له قناة في قرية
فأراد رجل أن يحفر قناة أخرى الى قربه (قرية) كم يكون بينهما في الارض
إذا كانت صلبة أو رخوة ؟ فوقع عليه السلام : على حسب أن لا يضر احدا هما
بالأخرى ان شاء الله [الكافي ج ٥ ص ٢٩٣] وعليه روايات أخرى تقدم بعضها .
١) وذلك كما في الجواهر : الشرط الثاني - أن لا يكون الموات حرماً للعامة
بستان أو دار أو قرية أو مزرع أو غير ذلك مما يتوقف الانتفاع بالعامة عليه كالطريق
والشرب وحریم البئر والعين والحائط ، بلاخلاف أجده فيه كما اعترف به غير
واحد ، بل في التذكرة لانعلم خلافاً بين علماء الامصار ان كل ما يتعلق بمصالح
العامة كالطريق والشرب ومسيل ماء العامر ومطرح قمامته وملقى ترابه او لمصالح
القرية كقناتها ومرعى ماشيتها ومحتطبها ومسيل مياهها لا يصح لاحد احيائه
ولا يملك بالاحياء ، وكذا حریم الابار والانهار والحائط وكل مملوك لا يجوز
احياء ما يتعلق بمصالحه ، لمفهوم المرسل المزبور ، ولانه لو جاز احيائه
أبطل الملك في العامر على أهله . وهذا مما لاخلاف فيه ، بل عن جامع المقاصد
الاجماع عليه [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٤] .

والمراد بالقرية البيوت والمساكن المجتمعة المسكونة . فلم
يثبت هذا الحریم للضيعة والمزرعة ذات المزارع والبساتين المتصلة
الخالية من البيوت والمساكن والسكنة^(١) فلو احدث شخص قناة في
فلاة واحيا ارضاً بسيطة بمقدار ما يكفيه ماء القناة وزرع فيها وغرس
فيها النخيل والاشجار لم يكن الموات المجاور لتلك المحياة حريماً
لها ، فضلاً عن التلال والجبال القريبة منها .

بل لو احدث بعد ذلك فسي تلك المحياة دوراً ومساكن حتى
صارت قرية كبيرة يشكل ثبوت الحریم لها^(٢) . نعم لو احدثها في جنب

أقول : ومراده بالمرسل ما في سنن البيهقي (ج ٦ ص ١٤٢) « من أحيى
ميتة في غير حق مسلم فهي له » قال : وهذا المرسل وان لم يكن موجوداً في
طرقنا ولكنه منجبر بالعمل ، فيمكن أخذه دليلاً مستقلاً .

(١) لان ماجرى عليه السيرة من رعاية الحریم لمصالح أهل القرية من الطرق
المسلوكة منها واليها ومسيل مائها ومجتمع ترابها وكناستها ومطرح سمادها
ورمادها ومشروعها ومجمع أهاليها على حسب مجرى عادتهم ومدفن موتاهم
ومرعى ماشيتهم ومحتطبهم وغير ذلك من الامور ، كل ذلك مترتب على كونه
قرية فيها بيوتاً ولها سكنة . واما المزارع والبساتين فليس فيها هذه المصالح ولا يكون
فيها السيرة فلم يكن وجهاً لرعاية حریم القرية فيها .

(٢) لان ما يتيقن من السيرة المتعارفة على ثبوت الحریم عرفاً ما اذا احدث
القرية في أرض الموات ، وأما اذا احدث فسي أرض المحياة تدريجاً فثبوت
السيرة على رعاية الحریم فيه ترديد ، ولذلك يقع فيها الاشكال .

المزرعة والبساتين في اراضى الموات فالظاهر ثبوته لها ^(١) . بل لا يبعد ثبوت بعض الحريم من قبيل مرعى الماشية لها مطلقاً ^(٢) ، كما ان للمزرعة بنفسها ايضاً حريماً وهو ما تحتاج اليه في مصالحها ^(٣) ويكون من مرافقها من مسالك الدخول والخروج ومحل بيادرها وحظائرها ومجمع سمادها وترابها وغير ذلك .

(١) لثبوت السيرة واحرازها في مثل ذلك المورد كما تقدم .

(٢) لثبوت السيرة والتعارف على رعى الماشية مطلقاً ، أعم من أن أحدث القرية في أرض الموات أو في أرض المحيطة وارتكاز العرف على أن لهم حق على ذلك مطلقاً .

(٣) لانها ايضاً مما جرت عليه السيرة العقلية ولم يردع عنها الشارع ، بل لانه لو جاز احياء الحريم لاحد لا بطل الملك على أهله في العامر . وهذا مما لا خلاف فيه ، بل عن جامع المقاصد الاجماع عليه .

بل في صحيح محمد بن عبدالله قال : سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة وتكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلاً أو أقل أو أكثر بآتيه الرجل فيقول : أعطني من مراعى ضيعتك وأعطيك كذا وكذا درهماً . فقال : اذا كانت الضيعة له فلا بأس [الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٦ ، الحديث ١] .

والضيعة بالفتح فسكون : العقار والارض المغلة ، والجمع ضياع ككلاب ، وضيع كبدر [مجمع البحرين ج ٤ ص ٣٦٧] .

والمستفاد من الرواية مالكية صاحب الضيعة بالاضافة الى المرعى ، مع أن المرعى لا يبعد من مصالح الضيعة واوازها عرفاً وان يعد من لوازم القرية ومصالحها عرفاً .

(مسألة : ١٢) حد المرعى الذى هو حریم للقريّة ومحتطبها مقدار حاجة اهاليها بحسب العادة بحيث لو منعهم مانع او زاحمهم مزاحم لوقعوا فى الضيق والخرج^(١) ، ويختلف ذلك بكثرة الاهالى وقتهم وكثرة المواشى والدواب وقتها . وبذلك يتفاوت المقدار سعة وضيقاً طولاً وعرضاً .

(مسألة : ١٣) ان كان الموات بقرب العامر ولم يكن من حریمه ومرافقه جاز لكل احيائه ولم يختص بمالك ذلك العامر^(٢) ولا اولوية له^(٣) . فاذا طلع شاطيء من الشط بقرب ارض محياة او بستان مثلاً كان كسائر الموات ، فمن سبق الى احيائه وحيازته كان له وليس لصاحب الارض او البستان منعه^(٤) .

(مسألة : ١٤) لا اشكال فى ان حریم القناة المقدر بخمسائة

(١) فيدل على ثبوت الحریم مضافاً الى السيرة الجارية فى جميع القرى قاعدة لاضرر وقاعدة لاجرح وأذلة احياء الموات محكوم للسيرة والقاعدتين فلا يجوز الاحياء لاحد فى هذا الحد .

(٢) وذلك بمقتضى اطلاقات « من احيى أرضاً ميتة فهي له » .

(٣) لعدم ما يقتضى الاولوية ، بل الاطلاقات نسبتها الى المالك لذلك العامر وغيره على السواء .

(٤) لعدم مجوز للمنع والمزاحمة للناس فى المباحات الاولوية .

ذراع او الف ذراع ليس ملكاً لصاحب القناة^(١) ولا متعلقاً لحقه^(٢) المانع عن سائر التصرفات غيره بدون اذنه بل ليس له الاحق المانع عن احداث قناة أخرى كما مر .

والظاهر ان حریم القرية ايضاً ليس ملكاً لسكانها واهليها بل انما لهم حق الاولوية^(٣) واما حریم النهر والدار فهو ملك لصاحب ذی الحریم على تردد وان لا يخلو من وجه ، فيجوز له بيعه منفرداً كسائر الاملاك^(٤) .

(١) لعدم سبب للملكية من الشراء أو الارث أو الحيازة أو غيرها من أسباب الملك .

(٢) لعدم الدليل على حق للعامة المانع عن سائر التصرفات غير حفر القناة ، ومقتضى الأدلة اللفظية أيضاً عدم جواز التصرف بحفر القناة والبئر فقط في ما دون المسافة .

(٣) وذلك أما عدم الملك فلعدم موجب له ، وأما ثبوت مجرد حق الاولوية لجريان السيرة المستمرة في الاعصار والامصار بعدم اجتناب بعض ما هو حریم للقرية عن بعض التصرفات الغير المزاحمة لاهل القرية ، كما اذا اتفق نزول أحد في مرعى ماشية البلد أو القرية أو مهبطهم لم يكن عليه اعتراض .

وفي الجواهر : فليس هو الا لما ذكرنا 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 بالاضافة الى حریم النهر والدار ايضاً ، لان احياء

كل شيء بحسبه . وعن صاحب الجواهر: مضافاً الى أنه مكان استحققه بالاحياء فملك كالمحبي ، ولان معنى الملك موجود فيه لدخوله مع المعمورة في بيعه وليس لغيره احياؤه ولا التصرف فيه بغير اذن المحبي ، ولان الشفعة في الدار بالشركة في الطريق المشترك المصرح في النصوص المزبورة ببيعه معها ، ولا يمكن دعوى كونه محبياً باعتبار أن احياء كل شيء بحسب حاله .

خلافاً لظاهر جماعة أو صريحهم من عدم الملك ، بل هي من الحقوق لعدم الاحياء الذي يملك به مثلها . وفيه ما عرفت من منع عدم حصول الاحياء الذي لا يعتبر فيه مباشرة 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 [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٥] .

أقول : ومراده من النصوص روايات :

(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 لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة ؟ فقال : ان كان باع الدار وحول بابها الى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم ، وان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة [الوسائل ج ١٧ ص ٣١٨] .

ولكن الاستناد بهذا الحديث لاثبات الملكية بالاضافة الى الطريق المشترك في جميع الموارد مشكل ، لان مورد الحديث ما اذا كان الطريق المشترك عرصة الدار فلا يمكن التعدي الى غيره .

ونظيره معتبرة الكاهلي عن منصور بن حازم قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام: دار بين قوم اقتسموها فأخذ كل واحد منهم قطعة وبنائها وتركوا بينهم

(مسألة : ١٥) مامر من الحرير لبعض الاملاك انما هو فيما اذا

ابتكرت فى ارض موات واما فى الاملاك المجاورة فلا حرير لها^١

ساحة فيها ممرهم ، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم أله 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 يجىء حتى يحجبى يجلس ذلك الباب [الوسائل ج ١٧ ص ٣١٨ ، الحديث ٢] .

نعم يمكن الاستناد لمالكية الحرير برواية ادريس بن زيد عن ابى الحسن قال: سألته وقلت: جعلت فداك ان لنا ضياعاً ولنا حدود ولنا الدواب وفيها مراعى وللرجل مناغمم وابل ويحتاج الى تلك المراعى لابله وغنمه أيحل له أن يحمي المراعى لحاجته اليها . فقال: اذا كانت الارض أرضه فله أن يحمي ويصير ذلك الى ما يحتاج اليه . قال: وقلت له : الرجل يبيع المراعى . فقال: اذا كانت الارض أرضه فلا بأس [الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٦] .

ونظيره صحيحة محمد بن عبد الله المتقدمة « اذا كانت الضيعة له فلا بأس » بناء على ارادة البيع ونحوه من الاعطاء .

(١) لان اعتبار الحرير من كل جانب مضاد لمالكية الاخر على نحو الطلق ، وما تقدم من الدليل على ثبوت الحرير الذي عمدتها السيرة المستمرة خاص بالاراضي الموات التى يحدث فيها الدار أو النهر أو القناة ونحوها كما فى الجواهر : وكيف كان فكل ما ذكرنا من ثبوت ذلك الحرير له انما يثبت له حرير اذا ابتكر فى الموات ، أما ما يعمل فى الاملاك المعمورة فلا بخلاف أجده فيه كما عن الشيخ وابنى زهرة وادريس الاعتراف به ، بل فى الكفاية نسبتة الى الاصحاب مشعراً بالاجماع عليه . ولعله لقاعدة تسلط الناس على أموالهم وغيرها

فلو احدث المالك المجاوران حائطاً في البين لم يكن له حریم من الجانبيين^(١) ، ولو احدث احدهما في آخر حدود ملكه حائطاً او نهراً لم يكن لهما حریم في ملك الاخر، وكذا لو حفر احدهما قناة في ملكه كان للاخر احدث قناة اخرى في ملكه وان لم يكن بينهما الحد^(٢).
(مسألة : ١٦) ذكر جماعة انه يجوز لكل من المالكين المتجاورين التصرف في ملكه بما شاء وحيث شاء وان استلزم ضرراً على الجار^(٣)، لكنه مشكل على اطلاقه والاحوط عدم جواز ما يكون

ولانها متعارضة باعتبار عدم اولوية احدهما من الاخر به . ولذا كان المشاهد في البلدان عدم الحریم لاحدهم ، وان كان يمكن أن يكون لتساويهم في الاحياء أو لغيره [الجواهر ج ٣٨ ص ٤٩] .

(١) لعدم محل لاعتباره بعد كون تمام الارض لها مالكاً طاقماً مستقلاً .

(٢) وذلك بمقتضى سلطنة الناس في أموالهم واعتبار الحریم لكل أحد مناف لسلطنة الاخر على ماله .

(٣) كما صرح في القواعد وغيرها بأن لكل منهم التصرف في ملكه بما شاء وان تضرر صاحبه وانه لاضمان عليه لو جعل ملكه بيت حداد أو قصار أو حمام على خلاف العادة .

نعم في التذكرة : هذا اذا احتاط وأحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده ، فان فعل ما يغلب على الظن فيه انه يؤدي الى خلل في حيطان جاره فأظهر الوجهين عند الشافعية الجواز ، وذلك كما اذا يدق الشيء في داره دقاً عنيماً ينزعج منه الحيطان ، او حبس الماء في ملكه بحيث تنشر منه الندوة الى حيطان

سبباً لعروض الفساد فى ملك الجار . بل لا يخلو من قرب الا اذا كان فى تركه حرج او ضرر عليه ، فحينئذ يجوز له التصرف ، كما اذا دق دقاً عنيفاً انزعج منه حيطان داره بما اوجب خللاً فيها ، او حبس الماء فى ملكه بحيث تنشر منه الندوة فى حائطه ، او احدث بالوعة او كنيفاً بقرب بئر الجار اوجب فساد مائها بل وكذا لو حفر بئراً بقرب بئرهِ اذا اوجب نقص مائها وكان ذلك من جهة جذب الثانية ماء الاولى .

الجار .

ولو اتخذ داره مديعة او حانوته مخبزة حيث لا يعتاد ، فان قلنا لا يمنع فى الصورة السابقة فهنا اولى ، وان قلنا بالمنع فهنا يحتمل عدمه لان الضرر من حيث التأذي بالدخان والرائحة الكريهة وانه أهون .

وكذا البحث فى اطلالة البناء ومنع الشمس والقمر ، والاقوى أن لارباب الاملاك التصرف فى أملاكهم كيف شاؤوا ، اذ لو حفر فى ملكه بئر بالوعة وفسد بها ماء بئر الجار لم يمنع منه ولا ضمان ولكنه قد يكون فعلاً مكروهاً . وبه قال الشافعي ، وقال مالك : يمنع فان فعل وتلف شىء ضمنه .

وتبعه فى الدروس والمسالك فى جميع ذلك ، لكن قال فى الاخير « نعم له منع ما يضر بحائطه من البئر والشجر ولو ببروز اصلها اليه والضرب المؤدى الى ضرر الحائط ونحوه » .

وفى نسخة جامع المقاصد « قال فى النذكرة : هذا اذا احتاط وأحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده ، فان فعل ما يغلب على الظن انه يؤدى الى خلل فى

وأما إذا كان من جهة ان الثانية لكونها اعمق ووقوعها فى سمت
مجرى المياه ينحدر فيها الماء من عروق الارض قبل ان يصل الى
الاول فالظاهر انه لا مانع منه ^(١) . والمائز بين الصورتين يدركه
أولوالحدس الصائب من اهل الخبرة . وكذا لا مانع من اطالة البناء
وان كان مانعاً من الشمس والقمر والهواء او جعل داره مدبغة او مخبزة
مثلا وان تأذى الجار من الريح والدخان اذا لم يكن بقصد الايذاء
وكذا احداث ثقبه فى جداره الى دار جاره موجبة للاشراف او لانهجذاب
الهواء ^(٢) ، فان المجرم هو التطلع على دار الجار لا مجرد ثقب
الجدار .

حيطان جاره ففى منعه تردد .

والتردد المزبور فى المسألة فى محله بل لا يخلو عدم الجواز عن قرب على
ما فى المتن كما فى الكفاية « يشكل هذا الحكم فى صورته تضرر الجار تضرراً
فاحشاً ، نظراً الى تضمن الاخبار نفي الضرر والاضرار ، وهو الحديث المعمول
به بين الخاصة والعامّة المستفيض بينهم ، خصوصاً ما تضمن الاخبار المذكورة
من نفي الضرر الواقع فى ملك المضار .

(١) لعدم حصول الاضرار حينئذ من ناحية الجار .

(٢) وذلك من جهة اطلاق دليل السلطنة على الاموال بعد سقوط قاعدة الضرر
بالتعارض بمثله فى ناحية منع المالك عن التصرف فى ملكه أو لاجل ان نهى
النبي « ص » فى قضية سمرة بن جندب وقوله « لا ضرر ولا ضرار » حكم سلطاني

ومن شؤون ولاية الحاكم الاسلامي في مورده ، ولا يكون قاعدة فقهية في مقابل دليل السلطنة .

وعن صاحب الجواهر : وقد يناقش 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 ، والترجيح للثاني بعمل الاصحاب كما اعترف به ولاسيما اذا استلزم منع المالك عن التصرف ضرراً عليه أشد من ضرر الجار أو مساوياً أو اقل بحيث لم يتفاحش معه ضرره . بل في الرياض «وينبغي القطع في هذه الصورة بما عليه الاصحاب قال : وأما فيما عداها فالظاهر أيضاً ذلك ، لما ذكرنا ان كان الاحوط عدم الاضرار على الاطلاق . وأما الاخبار الدالة على نفي الاضرار في ملك المضار فمع قصور سند بعضها وعدم مكائنه لما مضى يمكن حملها على ما اذا قصد المالك بالتصرف الاضرار دون دفع الحاجة كما يشعر به بعض تلك الاخبار على تقدير تسليم ترجيح نفي الضرر ، فلا وجه لتخصيصه بصورة تفاحش الضرر مع عمومه وشموله للغير .

أقول : يمكن أن يقال : ان جواز المذكورات في المتن للمالك لا يكون من جهة تعارض قاعدة الضرر وقاعدة السلطنة وان الترجيح للثاني بعمل الاصحاب لان عمل الاصحاب لا يكون من المرجحات في باب التعارض ، ولان قاعدة لاضرر حاكمة على قاعدة السلطنة في موردها ، لان الضرر من العناوين الثانوية للاحكام ، فلا تكون في عرض قاعدة السلطنة حتى يعارضها وتكون النسبة بينهما عموم من وجه .

بل تكون قاعدة الضرر في نفسها ساقطة فيما نحن فيه ، لان 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 موردده 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 ابي جعفر عليه السلام : الأنة 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 ابي عبيدة الحذاء قال : قال ابو جعفر عليه السلام : كان لسمرة ابن جندب نخلة في حائط بني فلان ، فكان اذا جاء الى نخلته ينظر الى شيء من اهل الرجل يكرهه الرجل . قال : فذهب الرجل الى رسول الله «ص» فشكاه فقال : يا رسول الله ان سمرة يدخل علي بغير اذني ، فلو أرسلت اليه فأمرته أن يستأذن حتى تأخذ أهلي حذرهما منه ، فأرسل اليه رسول الله «ص» فدعاه فقال : ياسمرة ماشأن فلان يشكوك ويقول : يدخل بغير اذني فترى من أهله ما يكره ذلك ، ياسمرة استأذن اذا أنت دخلت . ثم قال رسول الله «ص» : يسرك أن يكون لك عذق فسي الجنة بنخلتك ؟ قال : لا . قال : لك ثلاثة . قال : لا . قال : ما أراك ياسمرة الامضاراً اذهب يا فلان فاقطعها (فاقطعها) واضرب بها وجهه [الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٠ ، الحديث ١] .

(مسألة : ١٧) لا يخفى أن امر الجار شديد ، وحث الشرع
 الاقدس على رعايته اكيد ، والاخبار فى وجوب كف الاذى عن
 الجار وفى الحث على حسن الجوار كثيرة لاتحصى ، فعن النبى
 صلى الله عليه وآله انه قال : « ما زال جبرئيل يوصينى بالجار حتى
 ظننت انه سيورثه »^١ وفى حديث آخر « انه صلى الله عليه وآله امر
 علياً عليه السلام وسلمان وابدور - قال الراوى : ونسيت آخر وأظنه
 المقداد - أن ينادوا فى المسجد بأعلى صوتهم بأنه لايمان لمن
 لم يأمن جاره بوائقه فنادوا بها ثلاثاً »^٢ وفى الكافى عن الصادق
 عن ابيه عليهما السلام قال : « قرأت فى كتاب على عليه السلام ان
 رسول الله صلى الله عليه وآله كتب بين المهاجرين والانصار ومن
 لحق بهم من اهل يثرب ان الجار كالنفس غير مضار ولا آثم وحرمة
 الجار كحرمة أمه »^٣ ،

وفى رواية طلحة بن زيد عن ابي عبد الله عليه السلام قال : ان الجار كالنفس
 غير مضار ولا آثم [الوسائل ج ١٧ ص ٣٤١ ، الحديث ٢] .

ولعل خروج مورد قصد الايذاء والاضرار يكون اجماعياً أيضاً .

١) الوسائل ج ٨ ص ٤٨٨ ، الحديث : ٥ .

٢) الوسائل ج ٨ ص ٤٨٧ ، الحديث : ١ .

٣) اصول الكافى ج ٢ ص ٦٦٦ ، الحديث : ٢ .

وفى رواية عن الكاهلي قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول : ان
 يعقوب «ع» لما ذهب منه ابن يامين نادى : يارب أما ترحمنى أذهبت عينى وأذهبت

وروى الصدوق باسناده عن الصادق عن علي عليهما السلام
 عن رسول الله (ص) قال: «من آذى جاره حرم الله عليه ريح الجنة
 وماواه جهنم وبئس المصير ، ومن ضيع جاره حرم الله عليه ريح
 الجنة وماواه جهنم وبئس المصير ، ومن ضيع جاره فليس مني»^{١)}
 وعن الرضا (ع) «ليس منامن لم يأمن جاره بوائقه»^{٢)} وعن الصادق
 (ع) انه قال والبيت غاص بأهله: «اعلموا انه ليس منامن لم يحسن
 مجاورة من جاوره»^{٣)} وعنه (ع) قال: قال رسول الله صلى الله عليه
 وآله: «حسن الجوار يعمر الديار وينسىء في الاعمار»^{٤)} فاللازم
 على كل من يؤمن بالله ورسوله (ص) واليوم الاخر 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^{٥)}. ولا ريب ان مثل

ابنى؟ فأوحى الله تبارك وتعالى: لو امتهما لاحتبتهما لك حتى اجمع بينك وبينهما
 ولكن تذكر الشاة التي ذبحتها وشويتها وأكأت وفلان الى جانبك صائم ام تنله
 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 الجدار الموجب للاشراف على دارايذاء عليه ، وای ايذاء
وكذا احداث مايتأذى من ريجه 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 اولوية للمحجر ، فهو اولى بالاحياء
والتملك من غيره ، فله منعه ولو احياء قهراً على المحجر لم يملكه^١

بترك ما يؤذي جاره حينئذ .

(١) بلاخلاف في شيء من ذلك ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه . وفي
الرياض عليه الاجماع في كلام جماعة كالمسالك وغيره ، وان كنا لم نتحققه
في غير المفاتيح التي حكاها فيها على افادته الاولوية دون الملك الا انه يمكن
تحصيله .

وعدم ذكره في الدروس شرطاً مستقلاً لادراجه اياه فيما ذكره من الشرط
الرابع ، وهو أن لا يكون مملوكاً لمسلم أو معاهد ، السى أن قال « والمحجر
كالمملوك على ما تقرر » ، بل ذكر سابقاً أن التحجير يفيد الاولوية لا الملك ،
فلا يصح بيعه . نعم يورث عنه ويصح الصلح عليه .

نعم حكى المحقق عمن بعض فقهاء عصره أن التحجير احياء . وعلى كل
حال فهو غير مناف لتحصيل الاجماع على عدم تملك المحجر بالاحياء لغير
المحجر . نعم يحكى عن جماع الشرائع أنه قال « يملك الاخر ويكون قد
أساء » ، ولكنه لا دليل عليه ولم نجد فيما وصل اليينا من النصوص ما يدل على
ذلك ، بل الموجود في رواية سمرة بن جندب أن النبي « ص » قال : من أحاط

والمراد بالتحجير ان 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 يريد احياءه^(١) كما اذا حفر بئراً من آبار القناة الدارسة التي يريد احياءها فانه تحجير بالنسبة

حائطاً على أرض فهي له [المستدرک ، الباب ١ من كتاب احياء الموات ، الحديث ٣ . سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٨] .

ومقتضاه الملك به . الا أن يحمل على أرض يتحقق احيائها بجعل المحيطان لها ، أو يراد باللام - ولو بقرينة الشهرة أو الاجماع - الاحقية المزبورة لا الملك ، وربما يستفاد الاحقية به من صدق حيازة المباح به وان كان لا يملك الابالاحياء ومن أنه نحو السبق الى الوقف والسوق والمسجد ونحوها فلا يفيد الا الاحقية .

وفي حديث ابي داود المروزي مسن طرق العامة وفي الاسعاد أنه صححه الصابي « من سبق الى مال يسبق اليه مسلم فهو له » [سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٢] وفي بعض كتب الاصحاب رواية « فهو أحق به » [المستدرک 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 والاستيلاء - كما ترى ، ضرورة عدم الملازمة ، مع احتمال أن التحجير أعم من الشروع فيه ، وان فسره به في القواعد والمسالك وغيرهما .

(١) وفي الجواهر: وفي المتن وكذا الارشاد التحجير هو أن ينصب عليها

المروز أويحوطها بحائط ، وزاد في القواعد « أو بحفر ساقية أو ادارة تراب حول الارض أو أحجار ، ولا يفيد ملكاً فان الملك يحصل بالاحياء لبالشروع ، والتحجير شروع في الاحياء ، بل يفيد اختصاصاً وأولوية » .

وفي محكي المبسوط : التحجير أن يؤثر فيها اثرأ لم يبلغ به حدالاحياء مثل أن ينصب فيه المروز أويحوط عليها حائطاً أو مسا أشبه ذلك من آثار الاحياء .

وعن جامع الشرائع الاقتصار على التمثيل بالحائط ، وعن التحرير أنه يكون بنصب المروز وحفر الخندق .

لكن لا يخفى عليك أن ظاهر بعض الامثلة الاكتفاء في حصوله بنصب مايدل على ارادة الاحياء وان لم يكن من آثاره ، نحو ما ذكره العامة من حصوله بالاعلام - أي بنصب علامة تدل على ذلك ، كوضع أحجار أو غرز خشب أو قصب أو حفر أساس أو جمع تراب أو نحو ذلك ، بل فسي بعض الكتب أو يخط خطة .

اللهم الا أن يقال: ان ذلك كله من الشروع في الاحياء كما في بعض كتب الشافعية ، بل هو مقتضى ماسمعه من الفاضل ، لكنه كما ترى وان كان هو الموافق لماسمعه من تحقق الاولوية بالسبق المحقق بنصب العلامة المزبورة ، مع احتمال القول بأن الاصل عدم ثبوت الاولوية المقتصر في الخروج منه على المتيقن ، وهو التحجير بمعنى الشروع في الاحياء وفعل أثر 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 أثرأ من

آثاره ، ولعل هذا لا يخلو من قوة [الجواهر ج ٣٨ ص ٥٨] .

والذي 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 فسي صدق السبقة عليه واعتبار العقلاء أولويته من غيره .

فالاولوية في المقام أمر ارتكازي عقلائي عليه بناء العقلاء ولم يردع 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 الاوية المقتصر في الخروج على المتيقن - وهو التحجير بمعنى الشروع في الاحياء وفعل أثر من آثاره - ففيه ما لا يخفى ، اذ لا مجال للاصل المذكور مع صدق السبقة وبناء العقلاء على أولويته من غيره .

والحق أن التحجير بذلك المعنى العام لا يفيد الا الاولوية لا الملك كما عليه بناء العقلاء . وأما رواية سمرة بن جندب : ان النبي «ص» قال : من أحاط حائطاً على أرض فهي له [الجامع الصغير رقم ٨٣٠٧] وان كان ظاهرها الملكية لكن لا بد من حملها على مجرد الاولوية بمقتضى الروايات الدالة على حصول الملكية في الارض الموات بالاحياء ، اذ لو حصلت الملكية بمجرد جعل الحائط لأثر للاحياء حينئذ في حصول الملكية .

الى سائر آبار القناة بل وبالنسبة الى اراضى الموات التى تسقى بمائها بعد جريانها ، فليس لاحد احياء تلك القناة ولا احياء تلك الاراضى. وكذا اذا اراد احياء أجمة فيها الماء والقصب فعمل على قطع مائها فقط فهو تججير لها ، فليس لاحد احيائها بقطع قصبها^١ .
(مسألة : ١٩) لا بد من ان يكون التججير مضافاً الى دلالة على اصل الاحياء دالاً على مقدار ما يريد احياءه ، فلو كان ذلك بوضع الاحجار او جمع التراب أو غرز الخشب أو القصب مثلاً لا بد ان يكون ذلك فى جميع الجوانب حتى يدل على ان جميع ما احاطت به العلامة يريد احياءه^٢ . نعم فى مثل احياء القناة البائرة يكفى

ومن ذلك يظهر حال رواية ابى داود المروزي من طرق العامة : من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو له [الخراج لابي داود] .

(١) وذلك لما تقدم آنفاً من أن ظاهر بعض الاصحاب من جهة عدم الاقتصار على عنوان التججير والشروع فى الاحياء ان كل ما يدل على ارادة الاحياء وان لم يكن شروعاً فسي الاحياء -- كقطع ماء أجمة (هي مأوى الاسد) وفيها الماء -- والقصب يوجب أولويته عرفاً من غيره فى اعتبار العقلاء ، فليس لاحد قطع قصبها لحيائها ، كما لا يجوز احياء القنوات والاراضى الميتة بمجرد عمل يدل على قصد الاحياء من شخص آخر للسبق والاولوية عرفاً .

(٢) فلو وضع الاحجار أو غرز الاخشاب أو القصب حول أرض متسع لا يمكن له احيائها لمحدودية امكاناته فلا يوجب أولويته من غيره بالنسبة الى

الشروع فى حفر احدى آبارها كما اشرنا اليه آنفاً ، فانه دليل بحسب العرف على كونه بصدد احياء جميع القناة ^١ .

بل الاراضى المتعلقة بها ايضاً ^٢ . بل اذا حفر بئراً فى ارض موات بالاصل لاجل احداث قناة يمكن ان يقال: انه يكون تحجيراً بالنسبة الى اصل القناة والى الاراضى الموات التى تسقى بمائها بعد تمامها وجريان مائها ، فليس لاحد احياء تلك الجوانب حتى يتم القناة ويعين ماتحتاج اليه من الاراضى ^٣ . نعم الارض الموات التى

ما زاد عن امكاناته عند العقلاء .

كما فى الجواهر نقلاً عن الاسعاد : وانما يتحجر ما يطبق احياءه بل ينبغى أن يقتصر على قدر كفايته لئلا يضيق على الناس ، فان تحجر ما لا يطبق احياءه أو زائداً على قدر كفايته فليغيره أن يحيى الزائد على ما يطبقه وعلى قدر كفايته ، كما قواه فى الروضة بعد أن نقله فيها كأصلها عن المتولي [الجواهر ج ٣٨ ص ٦٠] .

١) لان حفر القناة عرفاً انما يكون بحفر الابار واحداً بعد واحد لبحفر جميع الابار دفعة واحدة .

٢) لان الشروع فى حفر بئر واحد من تلك القناة البائرة تحجيراً عرفاً بالنسبة الى سائر الابار من تلك القناة البائرة والاراضى المتعلقة بها لحياء تلك القناة ويكون المقدم على الاحياء اولسى من سائر الناس بحسب ارتكاز العقلاء وبنائهم .

٣) لما تقدم أن عنوان التحجير لم يرد فى النصوص والادلة ، والمراد به

ليست من حريم القناة ومما علم انه لا يصل اليها ماؤها بعد جريانه
لابأس باحيائها^(١) .

(مسألة : ٢٠) التحجير كما اشرنا اليه يفيد حق الاولوية ولا
يفيد الملكية^(٢) ،

مطلق مايدل على ارادة الاحياء ، ويكون صاحب القناة أولى من سائر الناس
بالاضافة الى الاراضي الموات التي تسقى بمائها بعد تمامها وجريان مائها .
(١) لعدم صدق السبق من أحد بالنسبة الى الاراضي التي لا يصل اليها
ماؤها .

(٢) كما هو المشهور أوالمجمع عليه ، مضافاً الى أنه اذا أفاد الاحياء فلا بد
أن يفيد التحجير أولوية ، والا فلامعنى لتعليق الملكية على الاحياء لانها تحصل
قبله بالتحجير ، فلامورد لقوله «من أحيى أرضاً مواتاً فهي له» الابعض الموارد
النادرة لحصول التحجير ومايدل على ارادة الاحياء قبل ذلك .

فعلى ذلك ما دل 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 حائطاً على أرض فهي له [الجامع الصغير رقم
٨٣٠٧] وكذلك حديث ابى داود المروي من طرق العامة : من سبق الى مالم
يسبق اليه مسلم فهو له [الخراج لابي داود] .

مضافاً الى أن رواية سمرة عامية ضعف سندها واستناد الاصحاب اليها
غير معلوم مع عدم اقتصارهم على الحائط في التحجير .

نعم قد يشكل بأن الحيابة اذا تحققت تفيد الملكية ، ولذا ذهب في جامع
المدارك الى تقوية الملكية في التحجير وقال : فان تم الاجماع فلا كلام والا

فلا يصح بيعه على الاحوط^(١) وان لا يبعد الجواز^(٢) نعم يصح

الصلح عنه ويورث ويقع ثمناً

يشكل لانه مع اعتبار العقلاء الملكية حيث أن المحجر ليس للغير التصرف فيه ويجوز نقله الى الغير بمثل الصلح ويبدل بأزائه المال لسم لا يكون ملكاً مضافاً الى ظهور الخبر المذكور في الملكية .

ولكن قد تقدم آنفاً أن رواية سمره عامية ضعيفة السند ، واستناد الاصحاب اليها غير معلوم مع اقتصارهم على الحائظ في التحجير ، وبأن اعتبار العقلاء الملكية في جميع موارد التحجير حتى اذا كان التحجير بعلامة غير معلوم ، وبأن دليل الحيابة اما الاجماع فهو في مثل ما نحن فيه مما دعى الاجماع على الاولوية لا يدل على ازيد منها . وأما بناء العقلاء في بعض الموارد فهو بعدما عرفت من عدم معلومية اعتبار الملكية في جميع موارد التحجير لا يدل على الملكية في جميع موارد التحجير .

وأما « من سبق ... » فهو -- بعد تمسك الاصحاب به لاولوية من سبق الى مكان مباح كالمدراس والمساجد للملكية الرقبة -- لا يدل على ازيد من الاولوية .

(١) بل في الجواهر : وعلى كل حال فلا اشكال في عدم بيعه لعدم الملك بل ولاهبته ، وان قال في القواعد : لم يصح على اشكال ، وفي جامع المقاصد : وجوز نقله بالهبة كالصلح وهما معاً كما ترى ، ومن الغريب ما عن التذكرة من احتمال صحة البيع ، لان الارض المفتوحة عنوة تباع بمجرد الاولوية تبعاً للآثار ، ولانه حق يقابل بالمال فيجوز المعاوضة عليه ، اذ هو كما ترى ، انتهى [الجواهر ج ٣٨ ص ٥٨] .

(٢) لان حقيقة البيع عرفاً وشرعاً على ما عرفه مصباح اللغة ليس الامبادلة

في البيع لانه حق قابل للنقل والانتقال^١ .

مال بمال ، ولا يعتبر أن يكون المبيع ملكاً ، فاذا جاز نقله السى الغير بمثل الصلح وبذل المال بأزائه يصدق البيع على مبادلته بالمال وان لم يكن ملكاً ، كما يصدق البيع على مبادلة السرقتليات وحق امتياز الهاتف ونحوهما من الحقوق .

١) فلا مانع من المصالحة عليه لعدم اعتبار مورد المصالحة أن يكون ملكاً وان قيل بذلك في البيع بمقتضى ما دل على أنه لا يبيع الا في ملك ، فلا مانع من أن يورث أيضاً بمقتضى ما دل على أن ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه .

كما أنه لا اشكال في جواز وقوعه ثمناً في المبيع ، لعدم اعتبار التمليك فيه حتى يقال انه لا يتحقق في مثل نقل الحق. قال سيدنا الاستاد دام ظلّه في هذا المقام : الجهة الثانية - وهي مورد البحث الاصيلي - أنه هل يعتبر في البيع أن لا يكون الحق عوضاً أو معوضاً لخرج عن صدق البيع ، ولا بد في صدقه أن يكونا عينين أو منفعتين أم لا مطلقاً أو يفصل بين العوض والمعوض ؟

يمكن تقريب الاول : بأن المعتبر في البيع تمليك العوضين ، فيقوم كل منهما مقام الاخر في الملكية ، وهذا المعنى غير متصور في نقل الحقوق ، لان اعتبار الحق غير اعتبار الملك والسلطنة كما مر . وأيضاً لا يكون الحق مملوكاً الذي الحق بل له اضافة خاصة بها يستحق ، لا باضافة مالكية حتى يكون له اضافتان : اضافة حق و اضافة مالكية الحق . نعم لكل ذي حق وملك سلطنة عليهما ، وهي من الاحكام العقلائية اهمما ، فان لم يكن الحق ملكاً ولا مملوكاً وان أطلق عليه بنحو

(مسألة : ٢١) يشترط فى مانعية التحجير أن يكون المحجر متمكناً من القيام بتعميره ولو بعد زمان طويل بشرط ان لا يوجب تعطيل الموات ، فلو حجر من لم يقدر على احياء ما حجره اما لفقره او لعجزه عن تهيئة اسبابه فلا اثر لتحجيره ، و جاز لغيره احياءه^١

من المسامحة لا يكون نقله بيعاً سواء كان من طرف أو طرفين .

وفيه منع اعتبار التمليك 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 الزكوى بناءً على عدم مملوكية الزكاة لاحد بل يكون الاصناف مصارف لها كما لا يبعد .

ففي أمثال ذلك يكون التبادل بين المالين في السلطنة من طرف أو طرفين لافي الملكية مع وضوح صدق البيع عليه ، وهو شاهد على عدم اعتبار التمليك والدخول في الملك في العوضين لدى العقلاء ، وقد مر ضعف التفصيل بين العوض ، والمعوض وتوهم صحة المبادلة بين العينين في السلطنة دون الحقوق في غاية الضعف .

والانصاف أن نقل الحقوق بالعوض بل بالحقوق ، والاملاك بها أو بالعكس بيع عرفاً ، فبيع حق التحجير بالثمن يبيع لدى العقلاء [البيع ج ١ ص ٣١ - ٣٢] .

(١) كما في الجواهر : ولو اقتصر على التحجير وأهمل العمارة أجبره الامام على احد أمرين : اما الاحياء واما التخلية بينها وبين غيره . ولو امتنع أخرجهما السلطان من يده لثلا يعطلها ، بلا خلاف أجده بين من تعرض له كالشيخ وابسن حمزة والفاضلين والشهيدين وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، معللين له بقبح تعطيل العمارة التي هي منفعة الاسلام [الجواهر ج ٣٨ ص ٥٩] .

وكذا لو حجزاً بدأ على مقدار تمكنه من الأحياء لا أثر لتحصيره
إلا في مقدار ما تمكن من تعميمه وأما في الزائد فليس له منع الغير
عن أحيائه^(١) ، فعلى هذا ليس لمن عجز عن أحياء الموات تحصيره
ثم نقل ما حجزه إلى غيره بصلح أو غيره مجاناً أو بالعوض ، لأنه
لم يحصل له

ويمكن تقريب ذلك مضافاً إلى القواعد بالروايات ، كما ورد في صحيحة
أحمد بن محمد بن أبي نصر ومضمرة صفوان من قوله عليه السلام : وما لم يعمر
منها أخذ الوالي قبله ممن يعمره وكان للمسلمين [الوسائل ج ١١ ص ١٢٠] .
ويؤيده - وإن لم ينطبق على ما ذكرنا - رواية يونس عن العبد الصالح
عليه السلام : إن الأرض لله تعالى جعلها وقفاً على عباده ، فمن عطل أرضاً ثلاث
سنين متوالية لغير ماعلة أخذت من يده ودفعت إلى غيره [الوسائل ج ١٧ ص
٣٤٥] .

نعم لا يمكن الاستدلال بهذه الرواية لاسنناً ولا دلالة : أما سنداً فلو قوع
شبهة الإرسال في سند الكافي ، وأما دلالة فلتفنيده العطف بثلاث سنين مع أن
الفتوى على مجرد صدق العطف .

هذا مضافاً إلى دلالة 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 تحصيره كما اعترف به صاحب الجواهر [الجواهر ج ٣٨ ص ٦٠] .
(١) لعدم ثبوت حق التحجير له في ذلك المقدار بمقتضى النص والفتوى ،
فلا موجب للمنع .

حق حتى ينقله الى غيره ^(١) .

(مسألة : ٢٢) لايعتبر في التحجير أن يكون بالمباشرة ، بل يجوز ان يكون بتوكيل الغير او استيجاره ، فيكون الحق الحاصل بسببه ثابتاً للموكل والمستأجر لاللوكيل والاجير ^(٢) .

(١) اذا المفروض أنه لا يحصل الحق بمجرد التحجير ما لم يتمكن من الاحياء كما عليه النص والفتوى .

(٢) اذ لا 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 ، فانه عند العرف كذلك ، فاذا كان عمل الوكيل عمل الموكل اعتباراً يكون حق التحجير له بحسب اعتبار العقلاء .

هذا في التوكيل ، وأما في الاجارة فلان التحجير عمل مباح متمول قابل للتملك بالاجارة ، فاذا كان العمل مملوكاً للمستأجر يكون الحاصل منه أيضاً ملكاً له من جهة تبعية الثمرة للشجرة وتبعية النماء للاصل عرفاً وارتكازاً .

ولذلك قال المحقق في الشرائع في كتاب الشركة: اذا استأجره للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدة معينة ، صححت الاجارة ، ويملك المستأجر ما يحصل في تلك المدة .

ثم انه يدل على حصول الاولوية بالتوكيل أو الاستيجار للتحجير العمومات والاطلاقات الدالة على حصول الحق بذلك بعدمفروضية أن المرتكزات العرفية قاضية بقبول ذلك للوكالة والتمليك بالاجارة ، فحينئذ الاطلاقات تشمل الموكل والمستأجر لاللوكيل والاجير .

كقوله صلى الله عليه وآله « من أحاط حائطاً على أرض فهى له » [الجامع

واما كفاية وقوعه عن شخص نيابة عن غيره ثم اجاز ذلك الغير
فى ثبوته للمنوب عنه فبعيد ^{١)} .

(مسألة : ٢٣) لو انمحت آثار التحجير بنفسها قبل ان يقوم
المحجر بالتعمير بطل حقه وعاد الموات الى ما كان قبل التحجير ^{٢)}

الصغير رقم ٨٣٠٧] وقوله « من سبق الى المـ يسبق اليه مسام فهو له »
[الخراج لابي داود] وبدل عليه أيضاً ما دل على أن من حاز ملك ، فان المضمون
المذكور وان لم يرد به نص بلفظه فقد ورد ما يدل على معناه ، مثل قوله عليه
السلام « ليد 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 وتوكيل فيه ، فلا يشمل الاطلاقات والعمومات .

كما أنه جاء في مستمسك العروة الوثقى للسيد الحكيم الطباطبائي قدس
سره : نعم هنا شيء ، وهو : أن ملك الحيابة هل يحصل بمجرد نية المباشر
عن غيره كما يحصل بعقد الاجارة أولاً ؟ فيه اشكال ، ومتضى أصالة عدم ترتب
الاثر عدمه ، بل العدم مقتضى قاعدة السلطنة على النفس ، ومن ذلك يشكل البناء
على عموم صحة النيابة ولو تبرعاً .

(٢) لان عمدة الدليل على ثبوت حق التحجير هو الاجماع وهو دليل لبي
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 ما دل على أن من أحبب أرضاً فهي له .

واما لو كان بفعل شخص غير المحجر فلا يبعد بقاؤه^(١) مع قرب
زمان المحو ، ومع طول المدة فالظاهر بطلانه مطلقاً^(٢) ، بل لا يبعد
بقاء الحق مع المحو بنفسها اذا لم يكن ذلك لطول مدة التعطيل ،

كما في الجواهر: 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 والاستيلاء - كما ترى ضرورة عدم الملازمة ، مسع احتمال أن التحجير
أعم من الشروع فيه وان فسره به في القواعد والمسالك وغيرهما [الجواهر ج
٣٨ ص ٥٧] .

وقال في موضع آخر : كما أن في جامع المقاصد ومحكى التذكرة من
تقييد ذلك بما اذا بقيت آثار التحجير والاعادت موافقاً كذلك أيضاً ، والافمقتضى
الاستصحاب بقاء الحق وان زالت الآثار ، اذهبي - وان كانت سبباً في ثبوت
الحق - لانقضي زواله بزوالها للاصل ، وخصوصاً اذا ازاله الظالم أو غيره
لما اذا زالت بنفسها . نعم لو كان ثبوت حق التحجير بها على نحو ما سمعته في
الرجل اتجه حينئذ زوال الحق الا أن ذلك مقطوع بخلافه [الجواهر 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 لو لم يكن معلوم العدم فلا أقل
من أنه مشكوك ، ومقتضى اطلاق أدلة الاحياء لكل أحد حتى بالاضافة الى غير
من حجر الارض عدم الاثر للتحجير هنا .

كما لو حصل بالسبيل أو الريح مثلاً^١ .

(مسألة : ٢٤) ليس للمحجر تعطيل الموات المحجر عليه
والإهمال في التعمير ، بل اللازم ان يشتغل بالعمارة عقيب التحجير ،
فان أهمل وطالت المدة واراد شخص آخر احياءه ، فلاحوط ان
يرفع الامر الى الحاكم مع وجوده وبسط يده الا أن يبدى عذراً
موجهاً مثل انتظار وقت صالح له او اصلاح آلاته او حضور العملة
فيمهل بمقدار ما يزول معه العذر^٢ .

١) لما تقدم من بقاء لحق والاولوية بحسب ارتكاز العرف في أمثال المورد ،
ومقتضى الاصل أيضاً بقاء ذلك .

٢) كما في الجواهر: بلاخلاف أجده بين من تعرض له كالشيخ وابن حمزة
والفاضلين 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 اباق العبد
ونحوه أمهله الامام بقدر ما يزول معه العذر ، وان لم يذكر عذراً ألزمه بأحد
أمرين ، وان أبقى له مدة قريبة يستعد فيها للعمارة بحسب ما يراه ولا يتقدر عندنا
بقدر ، فاذا مضت مدة الإهمال ولم يشتغل بالعمارة رفع يده واذن للناس في
عمارته . ونحو ذلك ذكر العامة أيضاً. الى أن قال : الى غير ذلك مما ذكره مما
يناسب أصولهم التي منها القياس والاستحسان والمصالح المرسله ومطلق الاجتهاد
بخلاف أصولنا التي مقتضاها الوقوف على ما جاء عن أهل بيت الوحي عليهم
السلام .

وليس من العذر عدم التمكن من تهيئة الاسباب لفقره منتظراً
للغنى والتمكن^١ الا اذا كان متوقفاً حصوله بحصول اسبابه ، فاذا
مضت المدة فى الفرض المتقدم ولم يشتغل بالعمارة بطل حقه وجاز

والذي عثرنا عليه مناسباً لذلك مضافاً الى بعض القواعد التى يمكن
تقريرها هنا : خبر يونس عن العبد الصالح عليه السلام : ان الارض لله تعالى
جعلها وقفاً على عباده ، فمن عطل أرضاً ثلاث سنين متوالية لغير ماعلة أخذت
من يده ودفعت الى غيره - الحديث [الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٥] .

وان كان هو غير منطبق على تمام ماسمعت والذي مقتضاه هو الانتزاع من
يده من دون دفع شىء له عن حق تحجيريه الذي لاريب في جواز نقله بالصلح
ونحوه ويورث [الجواهر ج ٣٨ ص ٥٩] .

ويمكن أن يقال : ان الرواية المذكورة لاتصلح لاسنداً ولا دلالة : أما
سنداً فلو قوع سهل بن زياد في سنده ، مضافاً الى شبهة الارسال في سند الكافي
وأما دلالة فلتنقييد العطله بثلاث سنين مع أن الفتوى على مجرد صدق العطله .
وعلى ذلك ان تم الاجماع فهو والا فمقتضى القاعدة هو بقاء حقه وعدم جواز
مزاحمته مالم يوجب عطلته ضرراً على المجتمع الاسلامي ، والافعلى الحاكم
أن يأمره بالاحياء أو برفع اليد مع أخذ حقه بناءً على ثبوت الولاية العامة للفقير
في زمن الغيبة .

(١) لانه اهمال للارض عرفاً وضيق ومزاحمة للناس في حق مشترك فيمنع
منه ، كمالو وقف في شارع وذلك مما لاخلاف فيه ظاهراً ولا اشكال .
كما في الجواهر : نقلا عن الاسعاد الذي هو من اجل كتب الشافعية وانما
يتحجر ما يطبق احياؤه ، بل ينبغى ان يقتصر على قدر كفايته لثلا يضيق على

لغيره القيام بالعمارة^(١) . واذا لم يكن حاكم يقوم بهذه الشؤون فالظاهر انه يسقط حقه ايضاً لو اهل في التعمير وطال الاهمال مدة طويلة يعد مثله في العرف تعطيلاً لغيره احياءه وليس له منعه^(٢) .
والاحوط مراعاة حقه مالم تمض مدة تعطيله واهماله ثلاث سنين^(٣) .

(مسألة : ٢٥) الظاهر انه يشترط في التملك بالاحياء قصد التملك كالتملك بالحيازة مثل الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش ونحوها، فاو حضر بئراً في مفازة بقصدان يقضى منها حاجته مادام

الناس ، فان تحجر مالا يطبق احياءه او زائداً على قدر كفايته فلغيره ان يحيى الزائد على ما يطبقه وعلى قدر كفايته كماقواه في الروضة بعدان نقله فيها كأصلها عن المتولى .

(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 لاجماع ومقتضى ارتكاز العرف أيضاً عدم ثبوت الحق ويقتضيه أيضاً رواية يونس المتقدمة .

(٣) وذلك لخبر يونس عن العبد الصالح عليه السلام : ان الارض لله تعالى جعلها وقفاً على عباده ، فمن عطل ارضاً ثلاث سنين متوالية لغير ماعلة اخذت من يده ودفعت الى غيره [الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٥] .

والرواية من جهة ضعفها سنداً لا يتم الاستناد بها ، ولذلك احتاط الماتن

باقياً لم يملكه ، بل لم يكن له الاحق الاولوية مادام مقيماً ، فاذا ارتحل زالت تلك الاولوية وصارت مباحاً للجميع ^(١) .

دام ظله مراعاة الحق ثلاث سنين على نحو الاستحباب .

(١) وفي الجواهر: نعم زاد في الدروس على ذلك كله قصد التملك، وفي المسالك ان المصنف اشار اليه بذكر الشرائط المزبورة للتملك الذي هو ارادة الملك فيستلزم القصد بخلاف ما لوجعلها شرطاً للملك .

وفيه : انه لا دليل على اشتراط ذلك بل ظاهر الادلة خلافه والاجماع مظنة عدمه لا العكس ، كما ان دعوى الانسباق من النصوص والاقول من واضحة المنع وان مال اليه في الرياض لذلك وعدم ملك الوكيل او الاجير الخاص لالعدم قصد تملكها وقصد تملك غيرها ، بل لصيرورة الاحياء الذي هو سبب الملك لغيرهما بقصد الوكالة والاجازة ، فيكون الملك له فلا يستفاد من ذلك اشتراط قصد التملك كما توهم ، بل لا يستفاد منه اعتبار قصد العدم فضلاً عن القصد .

ضرورة ظهور الادلة في أنه متى وجد مصداق احياء ترتب الملك عليه وان قصد العدم، لان ترتب المسبب على السبب قهري وان كان ايجاد السبب اختيارياً . اللهم الا أن يشك في السبب حينئذ . وفيه منع لاطلاق الادلة ، بل لعل ماسمعه من ملك الموكل والمستأجر بفعل الوكيل والاجير الخاص وان لم يقصد الاحياء دليل على ما قلنا . فتأمل جيداً فانه دقيق . فالمتجه ارادة الملك من التملك وانكار ذلك شرطاً . انتهى [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٢] .

وفيه : أولاً ان الاحياء من الاسباب العقلانية للتملك كالاصطياد والاحتطاب والاحتشاش ، وترتب الملكية على الاحياء وغيره لا يكون من النتائج القهرية

(مسألة : ٢٦) الاحياء المفيد للملك عبارة عن جعل الارض حية بعد الموتان واخراجها عن صفة الخراب الى العمران ، ومن المعلوم ان عمارة الارض اما بكونها مزرعاً او بستاناً ، واما بكونها مسكناً وداراً ، واما حظيرة للاغنام والمواشي ، اولحوائج آخر كتجفيف الثمار او جمع الحطب او غير ذلك ، فلا بد في صدق احياء الموات من العمل وانهاهه الى حد صدق عليه احد العناوين العامرة بأن صدق عليه المزرع او الدار مثلاً او غيرهما عند العرف^١ . ويكفي

والغير الاختيارية عندهم والالم يحصل الانفكك حتى في مورد الوكيل والمستأجر بل تكون هذه الاسباب من الاسباب الاختيارية عندهم ، ولذلك لو كان قصد المحبي انتفاع العامة من هذا الارض صارت مباحاً للجميع . والنصوص أيضاً ناظرة الى هذا الارتكاز العقلائي ، فلا اطلاق لها حتى مع قصد عدم التملك أو عدم قصد التملك كى 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 أو الاحقية ولا يعني بلزوم 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

تحقق اول مراتب وجودها ، ولا يعتبر انهاؤها الى حد كمالها ^(١) .
وقبل ان يبلغ الى ذلك الحد وان صنع فيه ما صنع لم يكن احياء بل
يكون تحجيراً ، وقد مرانه لا يفيد الملك بل لا يفيد الا الاولوية .

أرض فأحاط ولو بخشب أو قصب أو سقف مما يمكن سكنه سمي احياء ، وكذا
لو قصد الحظيرة فاقصر على الحائط من دون السقف . وليس تعليق الباب
شرطاً .

فعلى ذلك مقتضى صدق الاحياء عرفاً وشمول اطلاق النصوص لجميع
الموارد المذكورة في المتن حصول الملك .

(١) لشمول الاطلاقات لاول مرتبة من مراتب الاحياء ، فلا يعتبر انهاؤها
الى حد الكمال بل المعتبر بلوغها الى حد ينتفع بها عرفاً .

كما في الجواهر [ج ٣٨ ص ٦٥] : لاختلاف بين الاصحاب في أن
المرجع فيه الى العرف لعدم التنصيص شرعاً على كيفية خاصة له حتى تقدم
عليه والالفة لوقلنا بتقدمها عليه ، وما كان كذلك فلا اشكال في الرجوع فيه الى
العرف .

وما عن ابن نما - من أن التحجير احياء - ليس خلافاً في ذلك كما استعرف
انشاء الله الا أنه لما كان هو في بعض الافراد محتاجاً الى تنقيح تعرض له الاصحاب
ولذا قد عرفت أنه اذا قصد سكنى ارض فأحاط بجميع اجزاء الدار ولو بخشب
او قصب او سقف بعضاً مما يمكن سكنه منها يسمى احياءً بلا خلاف اجده
بين من تعرض له كالشيخ والقاضي ويحيى بن سعيد والفاضل والشهيد بن الكركي
وغيرهم على ما حكى عن بعضهم الا ما سمعته من الحلبي .

وحينئذ فلا يعتبر فيه مع ذلك نصب الباب ، خلافاً لبعض العامة فاعتبره

تكملة :

يختلف ما اعتبر فى الاحياء باختلاف العمارة التى يقصدها المحيى ، فما اعتبر فى احياء الموات مزرعاً او بستاناً غير ما اعتبر فى احيائه مسكناً وداراً ، وما اعتبر فى احيائه قناة او بئراً غير ما اعتبر فى احيائه نهراً وهكذا ^(١) . ويشترط فى الكل ازالة الامور المانعة عن التعمير كالمياه الغالبة او الرمال والاحجار او القصب والاشجار لو كانت متأجمة وغير ذلك ^(٢) ، وبختص كل منها ببعض الامور ، ونحن نبينها فى ضمن مسائل .

والعرف شاهد على خلافه وان اعتيد وضعها للحفظ لا لاصل السكنى .
كما أنه شاهد أيضاً على خلافه ما يحكى عنهم أيضاً من عدم اعتبار السقف لقوله « ص » : من أحاط حائطاً على أرض فهي له [المستدرک ، كتاب الاحياء الباب ١ الحديث ٣ ، وسنن البيهقى ج ٦ ص ١٤٨] .

(١) لان احياء كل شىء بحسبه ، فلو قصد حضيرة للغنم أو لتجفيف الثمار أو لجمع الحطب ونحوه فاقصر على الحائط ولو بقصب أو خشب أو نحوهما من دون السقف يحصل به الاحياء ، بلاخلاف أجده فيه ولا اشكال فى ذلك .
كما أنه لو قصد باحياء الارض الزراعة كفى فى تملكها التحجير بمرز أو مسناة وسوق الماء اليها بساقية أو ماشابهها ، كما فى جملة من كتب الفاضل ومحكى المبسوط والمهذب .

(٢) لان الملاك فى الاحياء عرفاً كونه معداً للانتفاع به فعلاً ، ولا اشكال فى أن ازالة الامور المانعة دخيلة فى امكان الانتفاع به فعلاً .

(مسألة : ١) يعتبر في احياء الموات داراً او مسكناً بعد ازالة
الموانع لو كانت ان يدار عليه حائط بما يعتاد في تلك البلاد ولو كان
بخشب او قصب او جديد او غيرها ، ويسقف ولو بعضه مما يمكن
ان يسكن فيه ^(١) . ولا يعتبر فيه مع ذلك نصب الباب ^(٢) .
ولا يكفي ادارة الحائط بدون التسقيف ^(٣) . نعم يكفي ذلك في
احيائه حظيرة للغنم وغيره اولان يجفف فيه الثمار او يجمع فيه
الحشيش والحطب ^(٤) 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 بجميع اجزاء الدار
ولو بخشب أو قصب أو سقف بعضاً مما يمكن سكناه منها يسمى احياءاً ، بخلاف
أجده 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 استفادة السكنى به في الليل
والنهار .
- (٤) لامكان الانتفاع به في تلك الامور بدون التسقيف وخروجها عن التعطيل
وصيرورتها ذات منفعة تخرج بها عن اسم الموات ، ويقتضيه رواية الحائط
المتقدمة .
- وفي الجواهر : وكذا يتحقق الاحياء عرفاً لو قصد الحظيرة للغنم اولتجفيف

وقبل ان يسقف عليه بداله وقصد كونه حظيرة ملكه كما لو قصد ذلك من اول الامر^(١) ، وكذلك ملكه فى العكس بأن حوطه بقصد كونه حظيرة فبداله ان يسقفه ويجعله داراً .

(مسألة : ٢) يعتبر فى احياء الموات مزرعاً بعد ازالة الموانع تسوية الارض لو كانت فيها حفر وتلال مانعة عن قابليتها للزرع وترتيب مائها اما بشق ساقية من نهر أو حفر قناة لها او بئر، وبذلك يتم احيائها ويملكها المحيى^(٢) ، ولا يعتبر فى احيائها حرثها فضلاً عن زرعها^(٣) ،

الثمار أو لجمع الحطب ونحوه فاقصر على الحائط ولو بقصب أو خشب أو نحوهما من دون السقف ، بلاخلاف بل ولاشكل فى ذلك [الجواهر ج ٣٨ ص ٦٨] .

(١) لحصول الاحياء بذلك وكذلك فى الفرع الاتي، من جهة أن احياء كل شىء بحسبه ، كما فى الجواهر: وان جاز العدول عن القصد فى 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 وصيرورتها ذات منفعة تخرج بها عن اسم الموات [الجواهر ج ٣٨ ص ٦٦] .

(٢) بمقتضى صدق احياء الارض الموات بذلك فيشمه اطلاقات من أحيى أرضاً فهي له .

(٣) لصدق الاحياء عرفاً بدون الحرث والزرع والسقي كما فى الجواهر : نقلا عن جامع المقاصد واعتبار تسوية الارض وازالة الارتفاع ليس ببعيد ، لعدم صيرورتها مزرعاً من دونه، أما الحرث والسقي فلا دليل على اعتبارهما، ولانهما بمنزلة الزرع ، وهو غير شرط .

وان كانت الارض مما لا تحتاج فى زراعتها الى ترتيب ماء لانه يكفيها ماء السماء كفى فى احيائها اعمال الامور عدا ترتيب الماء وان كانت مهياة للزرع بنفسها بأن لم يكن فيها مانع عنه مما ذكر ولم تحتاج الا الى سوق الماء كفى فى احيائها ادارة التراب حولها مع سوق الماء اليها^(١).

وان لم تحتاج الى سوق الماء ايضاً من جهة انه يكفيها ماء لسماء كبعض الاراضى السهلة التى لا تحتاج فى زرعها الى علاج وقابلة لان تزرع ديمياً فالظاهر ان الاحياء المفيد لتملكها انما هو بادارة المرز حولها مع حرثها وزرعها^(٢) ، بل لا يبعد الاكتفاء بالحرث

ثم قال : قلت : اعترف هو به ، بل فى المتن والقواعد والتحرير والدروس ومحكي المبسوط والمهذب وغيرها انه لا يشترط حراستها ولا زراعتها ، لان ذلك انتفاع كالسكنى [الجواهر ج ٣٨ ص ٦٩ - ٧٠] .
(١) لامكان الانتفاع به فعلا فيصدق عليه المحياة .

(٢) كما فى التذكرة : الثالث ترتيب مائها اما بشق ساقية من نهر أو حفر بشر أوقناة وسقيها ان كانت عادتھا انها لا تكفى فى زراعتها بماء السماء وان اكتفت به فلاحاجة الى سقى ولا ترتب ماء ، واذا احتاجت فى السقى الى النهر وجب تهيأ ماء من عين او نهر او غيرهما ، فاذا هيأه فان حفره الطريق ولم يبق الاجراء الماء فيه كفى ولم يشترط اجراء الماء ولا سقى الارض ، وان لم يحفر بعد فللساقية وجهان . وبالجمله السقى نفسه غير محتاج اليه فى تحقق الاحياء ، انما الحاجة الى ترتيب ما يمكن السقى منه .

فى تملكها، واما الاكتفاء بالمرزمن دون حراثة وزراعة ففيه اشكال^١
نعم لاشكال فى كونه تحجيراً مفيداً للاولوية .

(مسألة : ٣) يعتبر فى احياء البستان كل ما اعتبر فى احياء
الزرع بزيادة غرس النخيل او الاشجار القابلة للنمو^٢ ، ولا يعتبر
التحويط حتى فى البلاد التى جرت عاداتهم عليه على الاقوى^٣ ،
بل الظاهر عدم السقى ايضاً فمجرد غرس الاشجار القابلة للنمو كاف

وأراضي الجبال التى لا يمكن سوق الماء اليها ولا يصيبها 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 انها
تملك بالحراثة وجمع التراب على الحدود وكثير من المزارع يستغنى عن
سوق الماء اليه بالمطر [نقل الجواهر ج ٣٨ ص ٦٩] .

(١) لعدم احراز صدق الاحياء بمثله .

(٢) لان اسم البستان لا يقع على الارض المهيأة له قبل الغرس ، بخلاف
المزرعة ، فانها تقع على الارض قبل الزراعة ، فلو أراد المحيى احياء الارض
بستاناً لابد له من غرس الاشجار فى الارض زيادة على ما اعتبر فى الاحياء بالزرع
من تسوية الارض وترتيب مائها اما بشق ساقية من نهر او قناة لها او بئر .

(٣) لان صدق البستان والانتفاع بالارض بستاناً لا يتوقف على الحائط حتى
فى البلاد التى جرت عاداتهم عليه على الاقوى ، بل الحائط فى هذه البلاد ايضاً
انما يكون من جهة حفاظة البستان من سرقة ثمرها وضياعها بسبب الحيوانات
فلا يتوقف صدق كون الارض محياة بجعله بستاناً على التحويط كما هو الظاهر .

فيه^١ .

(مسألة : ٤) يحصل احياء البئر فى الموات بأن يحفرها الى ان يصل الى الماء فيملكها بذلك، وقبل ذلك يكون تحجيراً لا احياء^٢ و احياء القناة بأن يحفر الابار الى ان يجرى ماؤها على الارض^٣ ، و احياء النهر بحفره وانهاؤه الى الماء المباح كالشط ونحوه بحيث كان الفاصل بينهما يسيراً كالمرز والمسناة الصغيرة ، وبذلك يتم احياء النهر فيملكه الحافر ، ولا يعتبر فيه جريان الماء فيه فعلاً^٤ وان اعتبر ذلك فى تملك المياه^٥ .

(١) اذ قد يكون الارض المرطوبة التى لاتحتاج الى السقي أو من الاراضى التى يطر عليها فى غالب الاوقات .

(٢) لان قابلية البئر للانتفاع انما يحصل بالوصول الى الماء ، فقبل ذلك لا يكون قابلاً للانتفاع الذى به يخرج عن كونه مواتاً ودخوله فى عنوان المحياة .

(٣) لان جريان الماء على أرض هو الاثر المترتب على عنوان القناة ، فبه يخرج عن كونه مواتاً ويصدق عليه المحياة عرفاً بعد وصوله الى جريان الماء على الارض .

(٤) لان امكان الانتفاع بالنهر يحصل بالانتهاء الى الماء المباح كالشط ونحوه ولا يتوقف على جريان الماء فيه فعلاً .

(٥) لان حيازة المباحات الاولى الذى هو سبب تملك الماء يتوقف على جريان الماء فى النهر ودخول الماء فى سلطة صاحب النهر .

القول فى المشترى

وهى الطرق والشوارع والمساجد^(١) والمدارس والرباطات

(١) كما فى رواية السكونى عن جعفر بن محمد عن آباءه عليهم السلام قال : قال رسول الله «ص» : سوق المسلمين كمسجدهم ، فمن سبق الى مكان فهو أحق به الى 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 فى النهاية ومحكى السرائر : لو اشترى داراً فيها زيادة من الطريق ولم يعلم المشترى ثم علم بعد ذلك لم يكن عليه شىء اذا تميز ، فاذا تميز وجب عليه ردها اليه ورجع على البائع بالدرك .

ولعله لموثق ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام سأله عن رجل اشترى داراً فيها زيادة من الطريق . قال : ان كان ذلك فيما اشترى فلا بأس [الوسائل ، الباب ٢٧ من أبواب عقد البيع ، الحديث ٤ من كتاب التجارة] .

والمياه والمعادن^{١)} .

(مسألة : ١) الطريق نوعان نافذ وغير نافذ^{٢)} فالاول - وهو المسمى بالشارع العام - محبوس على كافة الانام ، والناس فيه شرع سواء. وليس لاحد احيائه والاختصاص به ، ولا التصرف في ارضه ببناء دكة او حائط او حفر بئر او غرس شجر او غير ذلك^{٣)} .

(١) كما فى رواية علي بن ابراهيم : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الانفال فقال : هى التى خربت - الى أن قال - والمعادن منها [الوسائل ، الباب ١ من أبواب الانفال ، الحديث ٢٠ من كتاب الخمس] ويأتى تفصيل تلك الامور المذكورة فى المتن طي مسائل ، والمقصود هنا الاشارة الى بعض الادلة .
وفى التذكرة : كل رقة أرض فاما أن تكون مملوكة ومنافعها تتبع الرقة فلما لكها الانتفاع بها دون غيره الا باذنه بالاجماع ، واما ان لا تكون مملوكة .
فأما ان تكون محبوسة على الحقوق العامة كالشوارع والمساجد والربط أو تكون منفكة عن الحقوق الخاصة والعامة وهى الموات « ونحوه فى المسالك .

قال صاحب الجواهر : ومقتضاه عدم ملك المسلمين لها على نحو ملكهم للمفتوحة عنوة وربما يترتب على ذلك ثمره ، كالبيع ونحوه من الحاكم لو اقتضت مصلحة لذلك ، كما أشرنا اليه سابقاً [الجواهر ج ٣٨ ص ٧٦] .

(٢) أي عام مسلكه لكل أحد كما فى المنجد ص ٨٢٤ (ونفوذاً ونفاذاً الامر او القول : مضى وجرى وتم او - المنزل الى الطريق : اتصل به او - الطريق : عم مسلكه لكل احد فهو نافذ اى عام) .

(٣) كما فى الجواهر ج ٣٨ ص ٧٦ : وعلى كل حال ففي المتن وغيره

أما الطرق ففائدتها الاستطراق والناس فيها شرع سواء، فلا يجوز الانتفاع فيها بغيره
الامالايوت به منفعة الاستطراق كالجلوس غير المضرب بالمارة ، لاجماع الناس
عليه في جميع الامصار كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة .
بل قديقال: ان السيرة تقتضى جواز الارتفاق بالطرق بغير الاستطراق كوضع
الاحمال ووقوف الدواب فضلا عن وقوف الشخص نفسه لاغراض تتعلق له
بذلك ، فيتجه حينئذ عدم تسلط المستطرق على ما كان كذلك لاشتراك الجميع
في حق الارتفاق .

وحينئذ فما في المتن كقول الفاضل في الارشاد : لايجوز الانتفاع بالطرق
في غير الاستطراق الابما لايفوت معه منفعة الاستطراق لا يخلو من نظر . الى
أن قال : انما الكلام فيما أشرنا اليه من تقديم حق الاستطراق على باقي
المرافق عند التعارض ، ولعل السيرة خصوصاً في بعض الافراد تقتضي خلافه .
فيتجه أن يقال : ان جميع ما يعرض للمستطرق من المرافق التي يحتاجها
في استطراقه من جلوس ووقوف ونحوهما لا فرق بينها وبين الاستطراق ، ومنه
ما يحتاج اليه من كان باب داره الى الطريق من ادخال الاحمال والدواب ونحوها
باعتبار أن ذلك كله من توابع استطراقه . وأما اذا لم يكن كذلك بل كان مرفقاً
لامن حيث الاستطراق كالجلوس للبيع ونحوه فلاريب في تقدم حق الاستطراق
عليه عند التعارض . انتهى ولقد أجاد فيما أفاد .

ولكن لا يخفى عليك أن ما قامت عليه السيرة من توابع الاستطراق هي
التي يتوقف الاستطراق 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 الوسيعة المستحدثة في هذه
الاعصار^(١) ،

من الجانبين للطريق فلا يجوز في محل العبور اذا كان مزاحماً .

وكيف كان فقد ألحق بعض الاعلام بناء الدكة 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 سابط أو فتح باب أو نصب ميزاب ونحو ذلك اذا لم يضر بالمارة ،
وأيضاً التصرف في عمق الطريق كحفر سرداب تحته اذا أحكم الاساس والسقف
بحيث يؤمن معه من النقص والخسف .

ويمكن أن يقال : ان الطرق العامة ان كانت محبوسة للطريق من مالك يملكها
فالتصرف فيه كالتصرف في الموقوفات ، فلا يجوز التصرف فيه في غير الاستطراق
مطلقاً ، سواء كان في فضائه أو عمقه أو سطحه الا بما قامت السيرة عليه .

وأما ان كانت مواتاً فتصير طرقاً بكثرة العبور فيها ، فالتصرف في فضائه
أو عمقه أو سطحه باق على الاباحة ما لم يكن مزاحماً للاستطراق ، فلا مانع
منه بلا حاجة الى قيام السيرة عليه كما لا يخفى .

ومما ذكر يظهر ما في دعوى صاحب الجواهر من أن مقتضى الاصل جواز
التظليل بما لا يضر بالمارة وبناء الدكة والنسييف ، وذلك لما عرفت من أن
الطرق العامة لو كانت مملوكة قبل جعلها طرقاً كانت كالموقوفات ، فالاصل عدم
جواز التصرف فيها بغير الاستطراق الا بما قامت السيرة عليه .

(١) وذلك لان الطريق ان كان مسبوقة بالملك وكان وفقاً من صاحبها على

كما ان الظاهر انه يجوز ان يحفر فيه بالوعة ليجتمع فيها ماء
المطر وغيره لكونها من مصالحه ومرافقه لكن مع سدها فى غير
اوقات الحاجة حفظاً للمستطرقين والمارة ، بل الظاهر جواز حفر
سرداب تحته اذا احكم الاساس والسقف بحيث يؤمن معه من
النقض والخسف^(١) واما التصرف فى فضائه باخراج روشن او جناح
او بناء سباط او فتح باب او نصب ميزاب ونحو ذلك فلا اشكال فى
جوازه اذا لم يضر بالمارة^(٢) وليس لاحد منعه حتى من يقابل داره
داره ، كما مرفى كتاب الصالح :

ذلك فهو غير مانع من التصرفات لمصلحة المارة، ومقتضى الاصل جوازه . وان
كان أرضاً مواتاً فالاجماع قام على عدم جواز احيائها للتملك . وأما أحيائها
بغرس الاشجار واحداث النهر لمصلحة المارة لم يقم دليل على منعها ، ومقتضى
الاصل حينئذ جوازه أيضاً .

(١) اذ المفروض أنه لا يضر بالطريق ولا ينافي مصلحة المارة ، فمقتضى
الاصل جوازه ولا مانع اذا لم يكن الطريق مسبوqاً بملك أحد يوقفها لمصلحة
المارة ، والا فلاتجوز التصرفات التى تقع فى غير مصلحة الوقف بمقتضى أن
الموقوفات على ما يوقفها أهلها كما هو المستفاد من أدلته .

(٢) لانه مقتضى الاصل بعد عدم الدليل على منعه ، وذلك كما اذا كان الارض
مواتاً صارت طريقاً بسبب المارة ، فانه وان لا يجوز أحيائها للتملك ، حيث أن
الارض وقعت حريماً للعامر ومصلحة له من جهة أن الطريق منتهية الى دار أو
بستان أو غير ذلك من الارض المحيية .

وأما الثاني - أعنى الطريق غير النافذ المسمى بالسكة المرفوعة وقد يطلق عليه الدريبة وهو الذى لا يسلك منه الى طريق آخر او مباح بل احيط بثلاث جوانبه الدور والجيطان والجدران - فهو ملك لارباب الدور التى ابوابها مفتوحة اليه^١ دون من كان حائطا داره اليه من غير ان يكون بابها اليه^٢. فيكون هو كسائر الاملاك المشتركة يجوز لاربابه سده وتقسيمه بينهم وادخال كل منهم حصته فى داره ولا يجوز لاحد من غيرهم بل ولا منهم ان يتصرف فيه ولا فى فضائه الا باذن من يعتبر اذنه^٣ كما يأتى فى المسألة الآتية .

(مسألة : ٢) لا يبعد فى الدريبة ان يشارك الداخل للدخل الى قبالة بابه مما هو ممره مع ما يتعارف من المرافق المحتاج اليها

وأما التصرفات التى لا تكون مزاحماً للمارة ولا يكون تملك رقبة الارض فلا دليل على منعه ، ومقتضى الاصل جوازه كما تقدم .

(١) لانه يعد حريماً للدور بحسب الابواب المفتوحة اليه فلو كان أرضاً مواتاً سابقاً تصير محياة بسبب صيرورته طريقاً الى تلك الدور وفتح الابواب اليه، وحيث أن نسبتها الى جميع هذه الدور مساوية تكون مشتركة بين صاحبيها .
(٢) لانها لا تعد حريماً لهذا النحو من الدور ، فلا وجه لكونها مملوكة مشتركة بين صاحبيها .

(٣) لانه بيد صاحب الدور التى تكون أبوابها مفتوحة اليه ، فيكون محكوماً بملكيته لهم بمقتضى قاعدة اليد ، فلا يجوز لغيرهم التصرف فيه الا باذن من يكون مالكا له ظاهراً .

نوعاً، ولا يبعدان يشارك الداخل الى منتهى جدار داره^(١) وينفرد بالداخل بما بعده^(٢)، ومع تعدد الشركاء يشارك الداخل من الجميع معهم^(٣)، وينفرد بما يكون طريقه الخاص فيشترك الجميع من اول الدريبة الى الباب الاول او منتهى الجدار ثم يشترك فيما عداه ما عدا صاحب الباب الاول. وهكذا تقل الشركاء الى آخر الزقاق ولا يبعد اختصاص الاخر بالفضلة التي فى آخر الزقاق. فيجوز لمن هو ادخل من الجميع أي تصرف شاء فيما ينفرد به^(٤). بل وفي الفضلة المذكورة ولا يجوز لغيره التصرف كاخراج جناح او روشن او بناء ساباط او حفر بالوعة او سرداب او نصب ميزاب وغير ذلك الا باذن شركائه^(٥) نعم لكل منهم حق الاستطراق الى داره من اى موضع من جداره، فلكل منهم فتح باب آخر ادخل من بابه الاول او اسبق مع سد الباب الاول وعدمه^(٦).

(١) لانه المقدار المحتاج اليه في حريم الدار، والسيرة جارية على التصرف في الارض بهذا المقدار.

(٢) لانه خارج عن حريم غيره من الدور المتقدمة عليه.

(٣) لان الطريق مشترك بينهم فيكون حريماً للجميع الدور وملكاً لجميعهم.

(٤) لانه تحت تصرف الاخر ويده خاصة كما انه يكون حريماً للدار الاخر

خاصة.

(٥) لانه محكوم بملكية صاحب الدار الاخير خاصة.

(٦) لان الزقاق حريم للدور عرفاً الى منتهى جدار الباب وعلى السيرة

(مسألة : ٣) ليس لمن كان حائطا داره الى الدريبة فتح باب اليها الا باذن اربابها^١ . نعم له فتح ثقبه وشباك اليها وليس لهم منعه ، لكونه تصرفاً فى جداره لافى ملكهم . وهل له فتح باب اليها لا للاستطراق بل لمجرد الاستضاءه ودخول الهواء؟ الاقرب جوازه^٢ ، ولصاحب الدريبة تحكيم سند المالكية لدفع الشبهة^٣ .

(مسألة : ٤) يجوز لكل من ارباب الدريبة الجلوس فيها والاستطراق والتردد منها الى داره بنفسه وما يتعلق به من عياله ودوابه وضيافه وعائديه وزائريه^٤ . وكذا وضع الحطب ونحوه فيها لادخاله فى الدار ، ووضع الاحمال والاثقال عند ادخالها

الجارية بينهم ، كما أن السيرة جارية على الاستطراق من أي موضع من جداره مع سد الباب الاول وعدمه .

(١) لان حق الاستطراق بحسب السيرة العقلية خاصة بمن كان باب داره فى الدريبة ، وأما غيره فليس له حق ، فلا بد من الاذن من ارباب الدريبة .
(٢) لانه تصرف فى الجدار خاصة وهو ملكه ، ولا يكون للاستطراق حتى يكون تصرفاً فى متعلق حق الغير .

(٣) بمقتضى عموم سلطنة الناس على أموالهم وأنفسهم .

(٤) لان مثل ذلك من التصرفات من الجلوس فيها والاستطراق والتردد الى داره بنفسه وما يتعلق به من عياله ودوابه وضيافه وعائديه وزائريه مما جرت عليه السيرة العقلية من دون أن يكون مورداً لردع الشارع ومنعه ، فيكون كاشفاً عن الرضا بها .

واخراجها من دون اذن الشركاء، بل وان كان فيهم القصر والمولى عليهم من دون رعاية المساواة مع الباقين^(١) .

(مسألة: ٥) الشوارع والطرق العامة وان كانت معدة لاستطراق عامة الناس ومنفعتها الاصلية التردد فيها بالذهاب والاياب الا انه يجوز لكل احد الانتفاع بها بغير ذلك من جلوس او نوم او صلاة وغيرها بشرط ان لا يتضرر بها احد على الاحوط ، ولم يزاحم المستطرقين ولم يتضيق على المارة^(٢) .

(مسألة : ٦) لافرق في الجلوس غير المضربين ما كان للاستراحة^(٣) او التزهة^(٤) 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 والاثقال عند ادخالها واخراجها 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 بناءهم على عدم رعاية المساواة في مثل هذه التصرفات في الدرية .

(٢) لجريان السيرة على الانتفاع بالطريق بغير التردد في مثل جلوس أو نوم أو صلاة في أثناء الطريق، بل لان هذه الامور مما لا بد منها في أثناء السفر والايلازم الحرج والحرج 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 للتزهة والسياحة . فلا ينفك عن الجلوس للتزهة أثناء

الرحاب والمواضع المتسعة لئلا يتضيق على المارة، فلو جلس فيها بأى غرض من الاغراض لم يكن لاحد ازعاجه ^(١).

(مسألة : ٧) لو جلس فى موضع من الطريق ثم قام عنه فان كان جلوس استراحة ونحوها بطل حقه ^(٢)، فجاز لغيره الجلوس فيه. وكذا ان كان لجرفة ومعاملة وقام بعد استيفاء غرضه وعدم نية العود، فلو عاد اليه بعد ان جلس فى مجاسه غيره لم يكن له دفعه ^(٣) ولو قام

الطريق، وهو أيضاً مما تدل السيرة على جوازه .

(١) لانه أيضاً من التصرفات المتعارفة فى الطرق الجارية عليها السيرة، فلا دليل على جواز ازعاجه ومنعه، بل مقتضى سلطنة الناس على أموالهم وأنفسهم حرمة منعهم .

(٢) بلا اشكال، لان حق السبق فى هذا النحو مسن الا ماكن التى لاتتعلق بشخص خاص لا يقتضى أزيد من ذلك عرفاً، وبناء العرف والعقلاء على الجلوس فيه بعد استيفاء الغرض والقيام عنه .

(٣) لان الجلوس فيه مباح لكل أحد بعد عدم تعلق حق الغير به، ومن ذلك يظهر الكلام فيما اذا كان الجلوس لجرفة ومعاملة وقام بعد استيفاء غرضه وعدم نية العود، ففي مثل ذلك ارتكاز العرف والعقلاء على زوال حقه بذلك ولم يردع عنه الشارع .

(٤) لانه مزاحمة للناس فى أموالهم مع أنهم مسلطون على أنفسهم وأموالهم ولا يجوز لاحد مزاحمة غيره فى سلطانه على نفسه وماله .

قبل استيفاء غرضه ناوياً للعود ففي ثبوت حق له اشكال^(١). نعم لا يجوز جلوس غيره مكانه ، والاحتياط حسن .

(١) وفي الجواهر : ولورفعه ناوياً للعود قيل - ولم اعرف القائل به منا - كان أحق به لثلايتفرق معاملوه فيستضر. نعم في التذكرة عن الجويني من العامة أنه ان مضى زمان ينقطع فيه الذين ألقوا المعاملة معه ويستفتحون المعاملة مع غيره بطل حقه وان كان دونه لم يبطل، لان الغرض من تعيين 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 مزاحمته في اليوم الثاني ، وكذلك الاسواق التي تقام في كل أسبوع أو 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 ، بثبوت الحق المشترك بين الناس أجمع من الذين يتضررون بذلك أيضاً ، وخصوصاً من سبق اليه .

ومن هنا قيل - والقائل من عثرنا على كلامه من الاصحاب وان تفاوتوا بالاطلاق والتصريح عدا الفاضل في التذكرة: يبطل حقه، اذ لا سبب للاختصاص ولا ريب في أنه أولى لاصالة الاشتراك السالمة عن المعارض ، والخبر المزبور الذي استند اليه الفاضل في التذكرة في كونه أحق به الى الليل لاجابر له ، مع أن مقتضاه وان لم ينو العود ، بل وان نوى عدمه . الخ [الجواهر ج ٣٨ ص ٨٤] .

ولكن الذي ينبغي أن يقال : ان العود فيما اذا كان متعارفاً في تلك الامكنة لا يبعد أن يقال ببقاء حق السابق، خصوصاً بعد أن الاستصحاب أيضاً يقتضي بقاء

الحق ، فلو كان السبق الى ذلك المكان باقياً عرفاً مع نية العود فلا يجوز لغيره مزاحمته، لان 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 الحاق الاسواق التي تقام في كل أسبوع أو في كل شهر مرة به اذا اتخذ منها محلاً بحيث يصدق عنوان السابق عليه عرفاً .

ومنه ينقح عدم صحة دعوى عدم سبب الاختصاص، اذ مع صدق السابق على الجالس فهو أولى به من غيره ، فلامجال للتمسك بأصالة الاشتراك لجواز تصرف غيره .

ولا يذهب عليك أيضاً أن بعد كون القاعدة المذكورة - وهي « من سبق الى مكان فهو أحق به » - قاعدة عقلائية مفتى بها لاجابة الى الاستدلال بخبر ابن بزيع عن بعض أصحابه يرفعه الى ابي عبدالله عليه السلام قال : قلت : نكون بمكة أو بالمدينة أو الحير أو المواضع التي يرجى فيها الفضل فربما يخرج الرجل يتوضأ فيجىء آخر فيصير مكانه . قال : من سبق الى موضع فهو أحق به يومه وليلته [البحار ج ١٠٤ ص ٢٥٤] .

أوبخبر السكوني عن جعفر بن محمد عن آباءه 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^(١) ، بل الظاهر عدمه ، لكن لا يجوز ازعاجه مادام فيه ولا التصرف في بساطه ولا مانع من اشغال ماحوله ولو احتاج اليه لوضع متاعه ووقوف 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 عليهما بأنهما لاجابر لضعفهما ، مع ان مقتضاها ما اطلاق الحكم بألوية السابق وان لم ينوالعود بل وان نوى عدمه ، لما عرفت من أن المتبع هي القاعدة العقلية . ولعل الخبرين من باب الارشاد اليها بنساء 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 المراسيل .

(١) وذلك لان المستفاد من رواية السكوني « سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو أحق به الى الليل » [البحار ج ١٠٤ ص ٢٥٦] . وكذلك رواية ابن بزيع « من سبق الى موضع فهو احق به يومه وليلته » [البحار 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 العقلية

(مسألة : ٩) يجوز للجالس للمعاملة ان يظل على موضع جلوسه بما لا يضر بالمارة بثوب اوبارية ونحوهما^١ ، وليس له بناء دكة ونحوها فيه^٢ .

(مسألة : ١٠) اذا جلس فى موضع من الطريق للمعاملة فى يوم فسبقه فى يوم آخر شخص آخر واخذ مكانه فليس للاول ازعاجه

فلا يكون متبادراً من هذا النحو من الادلة .

كما أن بناء العقلاء أيضاً ليس على أزيد من ذلك ، ولذلك لا يترتب عليه عدم جواز اشغال ما حوله لو احتاج اليه لوضع متاعه أو وقوف المعاملين معه ، اذ لو كان له حق البيع ونحوه لكان 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 أصالة الاباحة وحلية الاشياء اباحة ذلك اذا لم يكن مضراً بالمارة ، وأما اذا كان مضراً ومزاحماً للمارة فلا يجوز لانه خلاف كون الارض طريقاً للمارة ومشتركا بين الناس والناس فيه سواء ، أعم مما اذا كان مسبوقاً بالملك الشخصي وجعلت وقفاً لذلك وما اذا كان أرضاً مواتاً جعلت طريقاً من جهة كونه حريماً للعامة 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 لانباء دكة الامع سعة الطريق بحيث لا يتضرر به المارة اصلا ، فينتجه الجواز » .

ومزاحمته ^١ .

(مسألة : ١١) انما يصير الموضع شارعاً عاماً بأمور : الاول -
بكثرة التردد والاستطراق ومرور القوافل ونحوها في الارض الموات
كالجواد المحاصلة في البرارى والقفار التى فيها من بلاد الى بلاد ^٢ .
الثانى - ان يجعل انسان ملكه شارعاً وسبله تسبيلاً دائماً لسلك عامة
الناس ^٣ وسلك فيه بعض الناس ^٣ ، فانه يصير بذلك طريقاً عاماً ولم
يكن للمسبل الرجوع بعد ذلك .

١) لان حق السبق في اليوم الاول قد زال بالقيام منه بعد ما قضى حاجته من
السبق في هذا اليوم ، وفي اليوم لم يكن له سبق بالاضافة اليه بل السبق يكون
لثاني فلا يجوز ازعاجه ومزاحمته بمقتضى معتبرة السكونى عن جعفر بن محمد
عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول الله « ص » : سوق المسلمين كمسجدهم
فمن سبق الى مكان فهو احق به الى الليل [البحارج ١٠٤ ص ٢٥٦] .

٢) كما هو الطريق الطبيعى لصيرورة الارض طريقاً ، فيخرج به عن كونه
أرضاً مواتاً يجوز احياءه وتملكه بالاحياء لكل أحد .

٣) وهو مصداق من مصاديق الوقف العام ، لان الوقف عبارة عن تحييس
العين وتسييل المنفعة كما في النبوي « حبس الاصل وسبل المنفعة » [المستدرك
ج ٢ ص ٥١١] .

٣) لان عقد الوقف لا يلزم الا بالاقباض كما عن الاسدي فيماورد عليه من
جواب مسائله عن العمري عن صاحب الزمان روي له الفداء : وأما ما سألت
عنه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا ثم يحتاج اليه صاحبه ما لم يسلم فصاحبه

الثالث - ان يحيى جماعة ارضاً مواتاً قريبة او بلدة ويتركوا مسلماً نافذاً بين الدور والمساكن ويفتحوا اليه الابواب^(١)، 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 لو وقع بين الاملاك فلو كانت بين الاملاك قطعة ارض موات عرضها ثلاثة او اربعة اذرع مثلاً

فيه بالخيار، وكل ما سلم فلاخيار فيه لصاحبه ، احتاج أو لم يحتج ، افتقر اليه أو استغنى عنه . . . [الوسائل، الباب ٤ من أبواب الوقوف ، الحديث ٤ و ٨] .
(١) لانه يعد الطريق حينئذ حريماً للعامة ، فالطريق حريم حينئذ وقد اشترط الفقهاء في التملك بالاحياء أن لا يكون الموات حريماً لعامة كالطريق والشرب وحريم البئر 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 ابي العباس البقباقي عن ابي عبد الله عليه السلام قال : اذا تشاح 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 جرائدها [الكافي ج ٥ ص ٢٩٥] .

ويدل عليه أيضاً جريان السيرة العملية في الطرق النافذة .

واستطرقها الناس حتى صارت جادة لم يجب على الملاك توسيعها
وان تضيقت على المارة^(١).

وكذا لو سبل شخص في وسط ملكه او من طرف ملكه المجاور

(١) لان ماورد من التحديدات في الروايات انما يكون راجعاً الى مقدار الطريق
في أرض الموات مع وقوع النزاع والاختلاف ، وأما في الارض الواقعة بين
الاملاك وكان مقدارها معلوماً فلاموقع للنزاع فيها وان وقعت طريقاً عاماً للناس
بالاستطراق فيها، فمقتضى قاعدة سلطنة الناس على أموالهم عدم وجوب توسيعها
وان تضيقت على المارة .

ويشهد على ما ذكرنا ملاحظة الروايات الواردة في هذا الباب ، كما في
رواية مسمع بن عبد الملك عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله «ص»:
ما بين بئر المعطن أربعون ذراعاً ، وما بين بئر الناضح ستون ذراعاً ، وما بين
العين الى العين خمسمائة ذراع ، والطريق اذا تشاح عليه أهله فحده سبعة أذرع
[الكافي ج ٥ ص ٢٩٥] .

وفي رواية السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام ان رسول الله «ص»
قال : ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن أربعون ذراعاً ، وما بين بئر الناضح الى
بئر الناضح ستون ذراعاً ، وما بين العين الى العين يعنى القناة خمسمائة ذراع ،
والطريق يتشاح عليه أهله فحده سبعة أذرع [الكافي ج ٥ ص ٢٩٦] .

فالروايات كما رأيت بعضها شاهد بقرينة السياق على أن الحكم مختص
بأرض الموات اذا وقعت طريقاً للناس ووقعت مسورد النزاع ، ففي الاراضي
المملوكة القواعد تقتضى رعاية حرمة الاموال ، فلا يجب على صاحبها التوسعة
كما لا يجوز لغيره حمل صاحبها على ذلك .

لملك غيره ثلاثة او اربعة اذرع مثل للشارع^(١) . واما لو كان الشارع
مجدوداً بالموات بطرفيه او احد طرفيه فكان له حريم^(٢) ، وهو
المقدار الذى يوجب احياؤه نقص الشارع^(٣) .

(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) لان ذلك المقدار من الحقوق المرتكزة عند العرف ، ويختلف ذلك
بحسب اختلاف الامكنة والازمنة ، فما ورد من خمسة أذرع أو السبعة حكم
سلطاني فلا استمرار له وليس حكماً تعبيرياً مستمراً كما تشهد له نفس اختلاف
الروايات في التحديد .

ويقرب مما ذكرنا ما عن 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 الزائد على المقدار اما النقصان فلا ، اذ مقتضى
ملاحظة مقدار الحاجة هو الحكم بجواز الاقل من التحديد المزبور فيما اذا
لا تكون حاجة اليه واما القول بأنه احداث قول ثالث ففيه ما لا يخفى اذ الاجماع
محتمل المدرك فلا يكون كاشفاً .

ثم لو أغمضنا عما ذكر وجعلنا التحديد تعبيراً شرعياً فالمتيقن من التحديدات
الواردة هو صورة التشاح كما يتضح ذلك من ملاحظة الروايات :

منها معتبرة ابي العباس البقباق عن ابي عبد الله عليه السلام قال : اذا تشاح
قوم في طريق فقال بعضهم سبع اذرع وقال بعضهم اربع اذرع . فقال ابو عبد الله
عليه السلام : بل خمس اذرع [التهذيب ج ٧ ص ١٣٠] .

من سبعة أذرع على الأحوط^١

فلو حدث بسبب الاستطراق شارع في وسط الموات جازأحياء
طرفيه إلى حد يبقى له سبعة أذرع ولا يتجاوز عن هذا الحد. وكذا
لو كان لأحد فسي وسط المباح ملك عرضه أربعة أذرع مثلاً فسي
شارعاً لا يجوز أحياء طرفيه بما لم يبق للطريق سبعة أذرع^٢.
ولو كان في أحد طرفي الشارع أرض مملوكة وفسي الطرف

(١) لما يظهر من المختلف شذوذ القائل بالخمس ، حيث قال في الفصل
الرابع من كتاب الأجرة وتوابعها : مسألة « حد الطريق في المبتكر سبع أذرع
وقيل خمس ، لنارواية مسمع بن عبد الملك الخ » ولذا رجح في الرياض الروايات
الدالة على السبع . وعلى أي حال فالسبع مطابق للاحتياط 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 بئر المعطن أربعون ذراعاً ، وما بين بئر الناضح ستون
ذراعاً ، وما بين العين إلى العين خمسمائة ذراع ، والطريق إذا تشاح عليه أهله
فحده سبعة أذرع [الكافي ج ٥ ص ٢٩٥] .

وفي رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام : إن رسول الله «ص»
قال : ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعاً وما بين بئر الناضح إلى
بئر الناضح ستون ذراعاً وما بين العين إلى العين يعني القناة خمسمائة ذراع
والطريق يتشاح عليه أهله فحده سبعة أذرع [الكافي ج ٥ ص ٢٩٦] .

ورواه في التهذيب هكذا : والطريق إذا تشاح عليه أهله فحده سبعة أذرع
[التهذيب ج ٧ ص ١٤٥] .

الآخر ارض موات كان الحریم من طرف الموات^(١) ، بل لو كان طريق بين الموات وسبق شخص واحيى أحد طرفيه الى حد الطريق اختص الحریم بالطرف الآخر^(٢) ، فلا يجوز للآخر الاحياء الى حد لا يبقى للطريق سبعة أذرع ، فلو بنى بناءً مجاوزاً لذلك الحد ألزم هو بهدمه وتبعيده^(٣) دون المحيى الاول .

(مسألة : ١٣) اذا استوجم الطريق او انقطعت عنه المارة زال حكمه بل ارتفع موضوعه وعنوانه^(٤) ، فجاز لكل احد احيائه كالموات ، من غير فرق فى صورة انقطاع المارة بين ان يكون

(١) لان المملوكية مانع عن الحریم في جانب الآخر ، فلا بد من رعاية الحریم وهو سبعة أذرع على ما في الروايات من جانب الموات ، لانه لا يكون مملوكاً لاحد بل يكون مباحاً لكل أحد ، ولا يجوز احيائه الى الزائد عن هذا الحد بمقتضى ما دل من الروايات على أن حد الطريق اذا وقع موقع التشاح سبعة أذرع .

ويدل عليه مضافاً الى ما تقدم من الروايات النبوي «اذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبع أذرع» .

(٢) لان السبق بالاحياء في أحد جانبي الطريق يوجب الملكية ، فيكون حاله حال الصورة السابقة .

(٣) لانه المتجاوز بغير حق ولا حرمة لعمله وبنائه دون المحيى الاول .
(٤) لان عنوان الطريق والجماعة قائم بالمارة ، فمع استئجام الطريق أو انقطاع المارة عنه لا يصدق عليه الطريق والجماعة عرفاً ، خصوصاً في فرض الاستئجام . وعلى فرض الصدق عليه عرفاً يكون محكوماً بحكم الموات بالعارض ويجوز لكل أحد احيائه . ويدل عليه ما دل من الروايات على جواز

ذلك لعدم وجودهم او بمنع قاهر اياهم اولهجرهم اياه واستطرقهم
غيره او بسبب آخر^١ . نعم فى المسبل لا يخلو جواز الاحياء من
اشكال^٢ .

(مسألة : ١٤) لوزاد عرض الطريق المسلوك عن سبعة اذرع
ففى المسبل لا يجوز لاحد اخذ ما زاد عليها واحياؤه وتملكه قطعاً^٣ ،
واما غيره ففى جواز احياء الزائد وعدمه وجهان^٤ ، اوجههما

احياء الموات بالعارض من الديار والبلاد الخربة التى باد أهلها فانها مشتملة
على الطرق لامحالة .

ففى صحيحة الكابلي : فان تركها واخر بها فأخذها رجل من المسلمين من
بعده فعمرها واحياها فهو أحق بها من الذي تركها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٩]
وهكذا غيرها من الروايات .

١) لعدم الفرق بين تلك الاسباب كلها فى صدق الموات بالعارض .

٢) لانه كسائر الاموال الموقوفة على العامة التى لا يملكها أحد كالمساجد
والمشاهد والمدارس والمقابر والقناطر ونحوها لا يجوز بيعها بلا اشكال ففى
مثل الاولين وعلى الاحوط فى غيره .

وان آل الى ما آل عند خرابها واندراسها بحيث لا يرجى الانتفاع بها فى
الجهة المقصودة اصلاً بل تبقى على حالها .

٣) لانه مناف للوقف والحبس ، وأدلة جواز الاحياء منصرفه عن الارض
المملوكة والموقوفة .

٤) لان الروايات الواردة فى تحديد أرض الطريق اكثر تحديد وارديها

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 محكوماً
بحكم الطريق لامحالة . وهذا الوجه مقتض لجواز الاحياء والتملك ، ولكن
احتمال ان أمر التحديد في ذلك مو كول السى نظر العرف من جهة اختلاف
الامكنة والازمنة بحسب الحاجة يمنع عن ذلك .

(١) لان ما يقرب الى النظر أن يكون أمر التحديد مو كولا الى نظر العرف
واحتمال تعبد الشارع في ذلك مع اختلاف الحاجة بحسب الامكنة والازمنة
بعيد جداً ، فتكون التحديدات الواردة في الروايات من باب المثال واختلافها من
جهة اختلاف الامكنة بحسب الحاجة ، ويؤيده ورود التحديدات مورد النزاع
خاصة .

(٢) بلاخلاف ولا اشكال كما تقتضيه السيرة ، وفي رواية طلحة بن زيد عن
ابى 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 مرسلًا [الوسائل
ج ٣ ص ٥٤٢] .

وفي رواية محمد بن اسماعيل عن بعض أصحابه عن ابى عبدالله عليه السلام
قال : قلت له : نكون بمكة أو بالمدينة أو الحير أو المواضع التى يرجى
فيها الفضل فرما خرج الرجل يتوضأ فيجىء آخراً فيصير مكانه ، فقال : من
سبق الى موضع فهو أحق به يومه وليلته [الوسائل ج ٣ ص ٥٤٢] .

الا بما لايناسبه ونهى الشارع عنه كعمكث الجنب فيه ونحوه^(١).
فمن سبق الى مكان منه لصلاة او عبادة او قراءة قرآن او دعاء^(٢)
بل وتدريس او وعظ او افتاء وغيرها ليس لاحد ازعاجه ، سواء
توافق السابق مع المسبوق فى الغرض أو تخالفه فليس لاحد بأى
غرض كان مزاحمة من سبق الى مكان منه بأى غرض كان^(٣) . نعم

(١) لانه محرم لايجوز لكل أحد ، كما فى صحيح ابن مسلم عن ابى جعفر
عليه السلام : قلنا له : الحائض والجنب يدخلان المساجد ام لا ؟ قال « ع » :
الحائض والجنب لا يدخلان المسجد الامجتازين ، ان الله تبارك وتعالى يقول
« ولاجنباً الا عابري سبيل حتى تغتسلوا » [سورة النساء : ٤٣] .

(٢) كما فى الاية الكريمة « ومن اظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها
اسمه » [سورة البقرة : ١١٤] .

(٣) كما فى الجواهر : وأما المسجد فلاشكال ولاخلاف فى أن من سبق
الى مكان منه فهو أحق به مادام جالساً فيه ، بل يمكن تحصيل الاجماع أو الضرورة
عليه ، بل فى المسالك وغيره سواء كان جلوسه لصلاة أم لمطلق العبادة أم لتدريس
العلم والافتاء ونحو ذلك .

قلت : بل وان لم يكن لشيء من ذلك ، بل لنفس الجلوس فضلاً عن
الاشتغال بأمر آخر . نعم ليس له ذلك مع مزاحمة المصلين على نحو ما سمعته
فى الطريق [الجواهر ج ٣٨ ص ٨٨] .

ويدل عليه ما تقدم من رواية السكونى عن جعفر بن محمد عن آباءه عليهم
السلام قال : قال رسول الله «ص» : سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى

لا يبعد 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 تخليّة المكان له^(١) نعم ينبغى تقييد ذلك بما اذا لم يكن اختيار مرید الصلاة فى ذلك المكان لمجرد الاقتراح ، بل كان اما لانحصار محل الصلاة فيه او لغرض راجح دينى كالاتحاق بصفوف الجماعة ونحوه^(٢) ، هذا ولكن اصل المسألة لا تخلو من اشكال فيما اذا كان جلوس السابق لغرض العبادة كالدعاء والقراءة^(٣) للمجرد التزهة والاستراحة

مكان فهو أحق به الى الليل [البحار ج ١٠٤ ص ٢٥٦] .

ويدل عليه السيرة العقلية ، 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 الاصحاب بل ولا غيره من صور التعارض المتصورة في المقام [الجواهر ج ٣٨ ص ٨٨] .

ولعل ذلك من جهة قيام السيرة وارتكاز المسلمين على تقدم الصلاة على غيرها من العبادات ويؤيده تعريف المسجد بأنه المكان المعد لصلاة المصلين .
(٢) لاختصاص السيرة والارتكاز على فرض ثبوته بما اذا لم يكن مريداً للصلاة لمجرد الاقتراح بل كان الداعي للصلاة موجوداً في نفسه .

(٣) لان المسجد وقف لتعبد المتعبدين فلا يختص بعبادة دون عبادة ، خصوصاً

فلا ينبغي فيه ترك الاحتياط للمسبوق بعدم المزاحمة والسابق بتخليفة المكان له.

والظاهر تسوية الصلاة فرادى مع الصلاة جماعة فلا اولوية للثانية على الاولى^{١١} ، فمن سبق الى مكان للصلاة منفرداً فليس لمريد الصلاة جماعة ازعاجه لها ، وان كان الاولى له تخليفة المكان له اذا وجد مكاناً آخر له ، ولا يكون مناعاً للخير عن اخيه .

ان قلنا بأن المسجد عنوان برأسه وقابل للجعل ، لان حيشة المسجدية أعم من الصلاة ، فالمسجد جعل لمطلق العبادة فلا وجه لتقدم بعض أصنافها على بعض .

ويقتضيه اطلاق ما دل 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 أيضاً « من سبق الى موضع فهو احق به يومه وليلته » . الا أنه يظهر من الجواهر تقدم الصلاة على غيرها من العبادات ، ولعله لادعاء قيام السيرة على تقدم الصلاة في أوقاتها على غيرها من العبادات ، كقراءة القرآن والدعاء ، ولكنه مشكل كما في المتن ، لتقدم العبادة على النزهة والاستراحة بحسب السيرة والارتكاز قطعاً .

(١) لان كلاهما عبادة وصلاة ، فلا أولوية للاولى على الثانية ما لم تثبت السيرة على تقديم الجماعة على الفرادى ، فليس لمريد الصلاة جماعة ازعاج من سبق الى المسجد للصلاة فرادى ، لبقاء الحق بمقتضى اطلاق دليل سبق بل بمقتضى الاستصحاب ، فجواز الازعاج والمزاحمة محتاج الى دليل مفقود

(مسألة: ١٦) لوقام الجالس السابق وفارق المكان رافعاً يده
 منه معرضاً عنه بطل حقه على فرض ثبوت حق له وان بقي رحله ،
 فلو عاد اليه وقد اخذه غيره ليس له ازعاجه ^(١) .
 نعم لا يجوز التصرف في بساطه ورحله ^(٢) ، وان كان ناوياً للعود .
 فان كان رحله باقياً بقي حقه ^(٣) لو قلنا بثبوت حق له ، ولكن لا يجوز
 التصرف في رحله على اى حال ،

في المقام .

(١) كما في الجواهر : وعلى كل حال فلو قام مفارقاً رافعاً يده عنه بطل حقه
 بلاخلاف ولااشكال حتى لو عاد وقد شغله غيره [الجواهر ج ٣٨ ص ٨٩]
 ويدل عليه السيرة والارتكاز مع قصور أدلة السبق عن افادة الحق بعد الاعراض
 ورفع اليد عنه .

(٢) لعدم جواز التصرف في مال أحد الا باذنه ، كما في موثقة سماعة :
 لا يحل دم امرىء مسلم ولاماله الا بطيبة نفسه [الوسائل ، الباب ٣ من أبواب
 مكان المصلي ، الحديث ١] .

(٣) كما في الجواهر : وان قام ناوياً العود اليه فان كان رحله باقياً فيه فهو
 أحق به والا كان مع غيره سواء كما صرح به الفاضلان والشهيدان والكركي
 وغيرهم ، بل في جامع المقاصد انه المشهور ، بل في محكي المبسوط نفي الخلاف
 فيه ، قال « فمن سبق الى مكان في المسجد كان احق به فان قام وترك رحله فيه
 فحقه باق وان حول رحله منه انقطع حقه منه ولاخلاف فيه . وفيه نص لنا عن
 الائمة عليهم السلام .

والا فالظاهر سقوط حقه ^١ على فرض ثبوته
لكن ثبوت حق في امثال ذلك مطلقاً لا يدخلون تأمل ^٢ وان

بل ليس فيه نية والا فلا كالارشاد والدروس ، ففي الاول « ولو قام ورحله
فيه فهو أولى عند العود والا فلا » وفي الثاني « فاذا فارقه بطل حقه الا أن يكون رحله
باقياً » بل في الروضة « هذا الشرط - أي نية العود - لم يذكره كثير » وان
كنا لم نتحققه .

بل ربما مال اليه بعض مشايخنا لنفي الخلاف والمرسل المزبورين في
المبسوط المؤيدين بالخبر : اذا قام الرجل من مجلسه ثم عاد اليه فهو أحق به
[سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥١] بل والخبر السابق « سوق المسلمين كمسجدهم
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 معلومية
اشترك الناس فيه . وبقاء الرجل ليس تحجيراً ، ونفي الخلاف في الفرض غير
متحقق . بل لعل عكسه كذلك ، فلا جابر للمرسل المزبور بل وللخبرين المذكورين
المقتضيين ثبوت الاولوية حتى مع عدم بقاء الرجل [الجواهر ج ٣٥ ص
٨٩] .

١) وذلك لتقييد بقاء الحق بصورة بقاء الرجل كما عرفت في كلمات الفقهاء
كما عن الشيخ في المبسوط « فمن سبق الى مكان في المسجد كان أحق به ، فان
قام وترك رحله فيه فحقه باق وان حول رحله منه انقطع حقه منه ، وفيه نص لنا
عن الاثمة عليهم السلام « وبالجملة يظهر منهم أنه متسالم عليه كما عليه السيرة .
٢) لان التعبير الوارد في الروايات ان السابق أحق من اللاحق والاحقية

يظهر منهم التسالم عليه في خصوص المسجد، والاحوط عدم اشغاله خصوصاً اذا كان خروجه لضرورة كتجديد طهارة او ازالة نجاسة او قضاء حاجة ونحوها^(١) .

(مسألة : ١٧) الظاهر ان وضع الرحل مقدمة للجلوس كالجلوس

انما تكون في مورد التزاحم، فعند التزاحم يكون السابق أولى واللاحق بالاستفادة من المكان وأما مع عدم السابق لادليل على عدم جواز الانتفاع من المكان ، فلا يكون المكان متعلق حق الغير، بمعنى أنه لا يجوز الانتفاع به الامع الاذن السابق فليس من قبيل حق التحجير . والسيرة أيضاً لا تقتضي أزيد من الاولوية والاحقية عند التزاحم لاثبوت الحق مطلقاً .

فحينئذ يجوز لغيره الوقوف فيه حال عدم السابق ، فاذا جاء تنحى عنه ولو أثناء الصلاة مع فرض عدم اقتضاء ذلك التصرف برحله والالم يجز ذلك لا للاحقية المزبورة بل من جهة عدم جواز التصرف فسي مال أحد الاباذنه ، لان الناس مسلطون على أموالمهم .

(١) كما في الشرائع : قيل ان قام لتجديد 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 قولي ، لاطلاق الخبر السابق الذي لاجابر له فيه بل الموهن متحقق [الجواهر ج ٣٨ ص ٩١] .

وبالجملة ما ذكره من الاحتياط في المتن في صورة رفع الرحل عن الموضع يكون استحبابياً من جهة رعاية اطلاق بعض الروايات والاقوال في المسألة .

في افادة الاولوية ^(١) لكن ان كان ذلك بمثل فرش سجادة ونحوها مما يشغل مقدار مكان الصلاة او معظمه ^(٢) لا بمثل وضع تربة او سبحة او مسواك وشبهها .

(مسألة : ١٨) يعتبر ان لا يكون بين وضع الرحل ومجيئه طول زمان بحيث استازم تعطيل المكان ، والا لم يفد حقاً ^(٣) فجاز لغيره اخذ المكان قبل مجيئه ورفع رحله والصلاة مكانه اذا شغل المحل

(١) لتحقق السبق الموجب للحق أو الاولوية بكلا 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 لا بد 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 السيرة .

(٣) لان وضع الرحل واشغال المكان حيثئذ مناف لغرض الواقف وما بنى له المسجد ، فلا يوجب الحق ، اذ لا يظن من أحد الالتزام با فادة الحق في تلك الصورة ، ولذلك جاء في التذكرة « ولو فارق لعذر أياماً قليلة فهو أحق اذا عادلانه ألفه ، وان طالت غيبته بطل حقه . وفي جامع المقاصد « الاقرب بقاء الحق ان لم تطل المدة بحيث يؤدي الى التعطيل » ونحوه عن تعليقة الارشاد وحواشي 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 الا برفعه^(١) ، والظاهر انه يضمه الرافع الى أن يوصله الى صاحبه^(٢) ، وكذا الحال فيما لو فارق المكان معرضاً عنه مع بقاء رحله فيه .

(مسألة : ١٩) المشاهد كالمساجد في جميع ما ذكر من الاجكام فان المسلمين فيها شرع سواء . سواء العاكف فيها والباد والمجاور لها والمتحمل اليها من بعد البلاد^(٣) . ومن سبق الى مكان منها لزيارة او صلاة او دعاء او قراءة ليس لاحد ازعاجه^(٤) .

(١) اذا لمجوز للتصرف في مال الغير بدون موجب ومجوز ففيما لا يتوقف الاستفادة من المحل على رفع الرحل لمجوز للتصرف فيحرم لحرمة الاموال في الشريعة المقدسة .

(٢) وذلك بمقتضى قاعدة اليد بناءً على شمولها لليد المأذونة في التصرف أيضاً كما في المقبوض بالسوم مع كون المشتري مأذوناً في القبض .

(٣) لانها وضعت لزيارة المسلمين ولا يوجب لامتياز مسلم على الاخر ، وعليه سيرة المسلمين أيضاً ، مضافاً الى ماورد في المسجد الحرام من قوله تعالى « والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد » [سورة الحج : ٢٥] حيث أن المسجد الحرام لا خصوصية فيه من هذه الجهة ، بل يكون ذلك حكم جميع البيوت التي وضع لجميع الناس .

(٤) وذلك بمقتضى أحقية السابق عرفاً ، وعليه السيرة كما في رواية ابن بزيع قال : قلت نكون بمكة أو بالمدينة أو الحير أو المواضع التي يرجى فيها الفضل ، فربما يخرج الرجل يتوضأ فيجىء آخر فيصير مكانه . قال : من سبق

وهل للزيارة اولوية على غيرها كالصلاة فى المسجد بالنسبة الى غيرها لوقلنا بأولويتها ؟ لا يخلو من وجه^١ لكنه غير وجيه^٢ كأولوية من جاء اليها من البلاد البعيدة بالنسبة الى المجاورين^٣ وان كان ينبغي لهم مراعاتهم . وحكم مفارقة المكان ووضع الرحل وبقاؤه كما سبق فى المساجد^٤ .

الى موضع فهو أحق به يومه وليلته [البحار ج ١٠٤ ص ٢٥٤] .
وفى رواية السكوني : سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو أحق به الى الليل [البحار ج ١٠٤ ص ٢٥٦] .

(١) لان المكان وضع للزيارة بحسب الطبع فتكون الزيارة أولى من غيرها من العبادات .

(٢) اذ لو كان المكان وقفاً لذلك فله وجه من حيث أن الاوقاف على ما يوقفها أهلها، وأما لو لم يكن وقفاً من أحد من جهة عدم الملكية خاصة لاحد قبله بل كان أرضاً مواتاً جعل مشهداً لجميع الناس بحسب الطبع من جهة المراجعة اليه لخصوصية للمكان كالطرق لوجه لاولوية الزيارة من غيرها من الاعمال .

خصوصاً مع ملاحظة رواية ابن يزيع المتقدمة قال : قلت نكون بمكة أو بالمدينة أو الحير أو المواضع التى يرجى فيها الفضل فربما يخرج الرجل يتوضأ فيجىء آخر فيصير مكانه . قال : من سبق الى موضع فهو أحق به يومه وليلته .

(٣) لعدم الدليل على تلك الاولوية، مع أن الاولوية منفية في مثله ، كالمسجد الحرام الذى جعله الله للناس سواء العاكف فيه والباد .

(٤) لاتحاد الملاك ومدرك الحكم .

(مسألة : ٢٠) ومن المشتركات المدارس بالنسبة الى طالبى العلم والطائفة الخاصة منهم اذا خصها الواقف بصنف خاص . كما اذا خصها بصنف العرب والعجم او طالب العلوم الشرعية او خصوص الفقه مثلا فمن سبق الى سكنى حجرة منها فهو احق بها مالم يفارقها معرضاً عنها وان طالت مدة السكنى ^(١) .

(١) كما في الجواهر: وأما المدارس والربط - جمع رباط ككتاب وكتب - فمن سكن بيتاً منها مثلا ممن له السكنى ، بأن كان متصفاً بالوصف المعتبر في الاستحقاق ، أما في أصله بأن يكون مشتغلاً بالعلم في المدرسة أو بحسب الشرط بأن تكون موقوفة على سبيل مخصوص أو نوع من العلم يتصف به الساكن ، وحينئذ فهو احق به ، بمعنى عدم جواز اعاج أحد له ، بلا خلاف أجده فيه لانه أحد المستحقين لذلك فازعاجه ظلم قبيح عقلا ونقلا ، وان تطاولت المدة مالم يشترط الواقف أمداً فيلزمه الخروج عند انقضائه بلا فصل وان لم يؤمر به .

نعم في الدروس « ويحتمل في المدرسة ودار القرآن الازعاج اذا تم غرضه من ذلك ويقوى الاحتمال اذا ترك التشاغل بالعلم والقرآن وان لم يشترطهما الواقف ، لان موضوع المدرسة ذلك ، اما الربط فلا غرض فيه فيجوز الدوام فيه » [الجواهر ج ٣٨ ص ٩٤] .

ثم أورد عليه بقوله : وفيه أنه ان خرج عن الموضوع بتمام الغرض أزعج قطعاً والا فلا وجه للاحتمال ، بل ولا لماقواه فيه ، ضرورة انه ان لم يشترطها ولكن كانت هي المنفعة المقصودة فالمتجه حينئذ عدم معارضته لاهلها كما سمعته في الطريق والمسجد والا كان الناس فيها شرعاً سواء .

الا اذا اشترط الواقف له مدة معينة كثلاث سنين مثلاً ، فيلزمه الخروج بعد انقضائها بلامهلة وان لم يؤمر به ، او شرط اتصافه بصفة فزالته عنه تلك الصفة ، كما اذا شرط كونه مشغولاً بالتحصيل او التدريس فطراً عليه العجز لمرض او هرم ونحو ذلك ^(١) .

(مسألة : ٢١) لا يبطل حق الساكن بالخروج لحاجة معتادة كشرائه ما كول او مشروب او كسوة ونحوها قطعاً وان لم يترك رحله ، ولا يلزم تخليف احد مكانه ، بل ولا بالاسفار المتعارضة المعتادة كالرواح للزيارة او لتجصيل المعاش او للمعالجة مع نية العود وبقاء متاعه ورحله ^(٢) .

ثم حكى عن جامع المقاصد أنه قال : ولو أدى طول المدة الى التباس الحال بحيث يمكن لو ادعى الملك أن يلبس على الناس عدم صحة دعواه ، احتمال جواز الازعاج أيضاً لانه مضر بالوقف .

ثم اورد عليه بأنه لا اشكال مع فرض منافاة مصلحة الوقف ، وأما مع عدمها لوجود ما يحترز به عن ذلك فالمتجه عدم جواز الازعاج .

(١) وذلك كله لان الوقوف على حسب ما يقفها أهلها المقتضي لعدم جواز سكنى المفروض فيجب عليه الخروج وتفويض المحل الى أهله .

(٢) نعم في التذكرة : ولا يبطل حقه بالخروج لحاجة كشرائه ما كول او مشروب او ثوب او قضاء حاجة وما اشبه ذلك ولا يلزمه تخليف احد في الموضع ولا ان يترك متاعه فيه لانه قد لا يجد غيره وقد لا يأمن على متاعه سواه . ونحو ذلك في المسالك وبعض اتباعه مع زيادة لفظ «قطعاً» فيها .

مالم تطل المدة الى حد لم يصدق معه السكنى والاقامة عرفاً^١ ولم يوجب تعطيل المحل زائداً على المتعارف^٢ ، ولم يشترط الواقف لذلك مدة معينة ، كما اذا شرط ان لا يكون خروجه ازيد من شهر او شهرين مثلاً فيبطل حقه لو تعدى زمن خروجه عن تلك

ويدل على ما ذكره الماتن دام ظلّه سيرة الناس وعملهم في جميع الاعصار في المدارس العلمية ، اذا لم يشترط الواقف كيفية خاصة وحالاً مخصوصاً ينافي الخروج للسفر أو غيره ، والافيلزم مراعاة كيفية الوقف .

فلسابق المستحق أن يمنع من يساكنه مادام متصفاً بما به يستحق السكنى اذا كانت العادة او الشرط من الواقف يقتضي انفراد الواحد ، أما لو فرض كون البيت الواحد معدداً لجماعة باشرط الواقف أو باقتضاء العادة لم يجز لاحد منع غيره ، الا أن يبلغ النصاب فلهم حينئذ منع الزائد .

١) والافيجرح عن كونه أولى وأحق من الاخرين ، بل يكون حاله كحال سائر الناس ، ولا ترجيح له بالاضافة 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) والافيبكون منافياً للوقف وغرض الواقف ، ومن هنا جاء في جامع المقاصد : « الاقرب بقاء الحق ان لم تطل المدة ، بحيث يؤدي الى النعطل » ونحوه عن تعليقه على الارشاد وحواشي الشهيد ، وفي الروضة « الاقوى انه مع بقاء الرحل وقصر المدة لا يبطل حقه ، وبدون الرحل يبطل الا ان يقصر الزمان بحيث لا يخرج عن الاقامة عرفاً » .

المدة^(١) .

(مسألة : ٢٢) من اقام في حجرة منها يستحق السكنى بها له ان يمنع من ان يشاركه غيره اذا كان المسكن معداً لواحد اما بحسب قابلية المحل او بسبب شرط الواقف^(٢) ، ولو اعد لما فوقه لم يكن له منع غيره^(٣) الا اذا بلغ العدد الذي اعدله ، فللمسكنة منع الزائد^(٤) .

(١) لان الوقوف على حسب ما 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 جواز المنع عن مزاحمته في جميع الحقوق المربوبة به عن كل أحد يكون متعرضاً له .

وأما في صورة الوقف لسكونة الواحد فلان الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها ولا يجوز التعدي عنها .

(٣) لانها 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 السابق المستحق - أن يمنع من ساكنه مادام متصفاً بما به يستحق السكنى اذا كانت العادة أو الشرط من الواقف يقتضي انفراد الواحد ، أما لو فرض كون البيت الواحد معداً لجماعة باشرط 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^(١) ، وهي المواضع المبنية لسكنى الفقراء والملحوظ فيها غالباً للمغرباء فمن سبق منهم الى اقامة بيت منها كان احق به^(٢) وليس لاحد ازعاجه^(٣) ، والكلام فى مقدار حقه وما به يبطل حقه وجواز منع الشريك وعدمه فيها كما سبق فى المدارس^(٤) .

(مسألة : ٢٤) ومن المشتركات المياه^(٥) ، والمراد بها مياه الشطوط والانهار الكبار كدجلة والفرات والنيل او الصغار التى لم يجرها احد، بل جرت بنفسها من العيون او السيول او ذوبان الثلوج

(١) جمع رباط ككتاب ، وهي المعاهد المبنية والموقوفة للفقراء (المنجد ص ٢٤٥) .

(٢) وذلك بمقتضى السبق ، لان السابق أحق عرفاً وبحسب السيرة العقلائية ويدل عليه النصوص، كما فى رواية السكونى « سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو احق به الى الليل » [البحار ج ١٠٤ ص ٢٥٦] .
ورواية ابن بزيع المتقدمة « من سبق الى موضع فهو أحق به يومه وليلته [البحار ج ١٠٤ ص ٢٥٤] .

(٣) لانه ايداء ومزاحمة من دون حق مع أحقية السابق ، فيكون الازعاج اعتداءً ، وهو منهى عنه فى الكتاب الا فى الاعتداء بالمثل .

(٤) لان الملاك فى الحق عمومات السبق والسيرة العملية المشترك فى المدارس والرباطات، كما أن الموجب لبطلان الحق والملاك لجوازه منع الشريك وعدمه كان متحداً مع الرباطات .

(٥) كما فى الجواهر [ج ٣٨ ص ١١٦] : وأما الماء الذى هو أحد المشتركات

وكذلك العيون المنفجرة من الجبال او فى اراضى الموات ،
والمياه المجتمعة فى الوهاد من نزول الامطار، فان الناس فى جميع ذلك
شرع سواء، ومن حاز منها شيئاً بآنية او مصنع أو حوض ونحوها ملكه^١

للاصل والاجماع بقسميه والنبوي «الناس شركاء فى ثلاثة : النار والماء والكلاء»

[المستدرك ، الباب ٤ من كتاب احياء الموات ، الحديث ٢] .

والكاظمي « ان المسلمين شركاء فى الماء والنار والكلاء » [الوسائل ،

الباب ٥ من كتاب احياء الموات ، الحديث ١] .

وروى جابر أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع فضل الماء [المبسوط

ج ٣ ص ٢٨١ - ٢٨٢] .

والدليل على ذلك أنه لم يحصل ما يوجب الملك لاحد كالحيازة أو العمل
بعنوان الاحياء ، وقد أكد على ذلك الشيخ الطوسي فى المبسوط ، قال : ان
المباح من ماء البحر والنهر الكبير - مثل دجلة والفرات ومثل العيون التابعة
فى موات السهل والجبل - فكل هذا مباح ولكل واحد أن يستعمل منه ما أراد
وكيف شاء، بلاخلاف لخبرابن عباس المتقدم عن رسول الله «ص» : ان الناس
شركاء فى ثلاث الماء والنار والكلاء» ، وان زاد هذا الماء فدخل الى أملاك
الناس واجتمع فيها لم يملكوه .

(١) كما فى الجواهر : قد يعرض له الملك بالاحراز فى آنية أو مصنع
أو حوض أو نحوها بلاخلاف فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل لعله ضروري
وان حكى عن بعض العامة عدم الملك بذلك وانما يفيد الاولوية ، لاطلاق النص
المزبور، الا أن مثل ذلك لا ينافي الضرورة المزبورة ، كما أن الخبر المزبور
لا ينافي عروض الملك بالحيازة التى هي أحد اسبابه .

وجرى عليه احكام الملك من غير فرق بين المسلم والكافر^(١).
وأما مياه العيون والابار والقنوات التي حفرها احد في ملكه
او في الموات بقصد تملك مائها فهي ملك للحافر^(٢) كسائر الاملاك
لا يجوز لاحد اخذها والتصرف فيها الا باذن المالك.

مضافاً الى قوله صلى الله عليه وآله « من سبق الى مسالم يسبق اليه مسلم
فهوله » وغير ذلك من السيرة المستمرة في سائر الاعصار والامصار على تملك
ذلك وبيعه وجريان جمع احكام الملك من غير فرق بين المسلمين وغيرهم
[الجواهر ج ٣٨ ص ١١٦] .

ولاوجه لاشتراط الحيابة بمقدار الحاجة ، بل له أن يحوز مسالم يوجب
ضرراً وضيقاً على الاخرين ، والافأدلة الحيابة قاصرة عن شموله ، لانه دليل
لبى يقتصر فيه على المتيقن ، وهو المقدار الذي لا يكون مضراً على الاخرين .
(١) لاشتراك الوجه بين الكافر والمسلم كما هو ممالا خلاف فيه .
(٢) كما في الجواهر : ان من حفر بئراً في ملكه أو (في خ) مباح ليملكها
فقد اختص بها كالمحجر ، فاذا بلغ الماء فقد ملك الماء والبئر ، بل لأجد خلافاً
في التحجير المزبور وان كان هو غير واضح الوجه في الملك .

الى أن قال : وأما ملك الماء ببلوغه الذي نسبه غير واحد الى الإصجاب
مشعراً بالاجماع عليه ، بل لعله كذلك نظراً الى السيرة المستمرة ، فقد يقال :
ان الوجه فيه امكان دعوى أنه نماء ملكه ، كثمرة الشجرة ولين السدابة مثلاً ،
أو دعوى أن ذلك حيازة له أو سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فيكون له ، وفحوى
ما تسمعه من نصوص بيع الشرب او أنه احياء للارض بالسراية على نحو ما
سمعت في المعدن ، أو أن ملك الأرض يقتضي ملك الماء الكامن فيها وان لم

عدا بعض التصرفات التي مريانها في كتاب الطهارة^(١) وينتقل الى غيره بالنواقل 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 ترديد لاحد في ذلك ، والا كان هو مقصراً في عدم الوصول الى مرامه ومقصوده ، كما أن العموم باق على حجيته مالم يصل الخاص اليها ، ومجرد احتمال ورود المخصص لا يضر بحجية العام . فعليه لو اكتفى الشارع بمجرد الاحتمال في مقام ردع بنائهم كان ذلك نقضاً 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 يعتنى باحتمال ورود الردع عن الاختصاص المطلق المسمى بالملكية بقوله : « الناس شركاء في الماء » بعد امكان الجمع بينه وبين ما يدل على سببية الاحياء لتملك له لتملك الارض وما يتبعها . بحمله على الحكم الحيثي او الاولي .

وهكذا لا يعتنى بالاحتمال المذكور بنهيه 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 يعوضها وجه مملك ، فتدبر جيداً .

(١) كما في مسألة (٧) من القول في شرائط الوضوء « يجوز الوضوء والشرب وسائر التصرفات اليسيرة 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^(١) .

(١) لان الانتقال بالاسباب القهرية أو الاختيارية من آثار الملك ، فيجوز كسائر الاملاك الشخصية ، وذلك خلافاً للشيخ قدس سره حيث ذهب في المبسوط الى وجوب بذل الفاضل عن حاجته بلاعوض ، حيث قال :

« فكل موضع قلنا انه يملك البئر فانه أحق من مائها بقدر حاجته لشربه وشرب ماشيته وسقي زروعه ، فاذا فضل بعد ذلك شيء وجب عليه بذله بلا عوض لمن احتاج اليه اشربه وشرب ماشيته من السابلة وغيرهم ، وليس له منع الماء الفاضل من حاجته حتى لا يتمكن غيره من رعي الكلاء الذي يقرب ذلك الماء وانما يجب عليه ذلك لشرب المحتاج وشرب ماشيته ، فأما لسقي زرعه فلا يجب عليه ذلك لكنه يستحب .

وفيه من قال يستحب ذلك لشرب ماشيته وسقي زروعه ولا يجب ، وفيهم من قال يجب بذله له بلاعوض لشرب الماشية ولسقي الزرع ، وفيهم من قال يجب عليه بالعوض فأما بلاعوض فلا .

وانما قلنا ذلك لما رواه ابن عباس أن النبي «ص» قال : الناس شركاء في ثلاث : النار والماء والكلاء ، وروى جابر أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع فضل الماء .

الى أن قال : هذا في ماء البئر ، وأما العين الذي على ظاهر القرار على صاحب القرار بذل الفاضل عن حاجته لماشية غيره مثل البئر سواء . انتهى [المبسوط ج ٣ ص ٢٨١ - ٢٨٢] .

وأورد عليه في المسالك بأن هذه الاخبار كلها عامية ، وهي مع ذلك أعم من المدعى ، ومدلولها من النهي عن منع فضله مطلقاً لا يقول به بل ولا غيره ممن يعتمد هذه الاحاديث ، وهي ظاهرة في ارادة الماء المباح الذي لم يعرض له

وجه مملك كمياه الانهار العامة والعيون الخارجة في الموات، والسابقة الى احياء الارض الموات ، ومياه العيون والابار المباحة ، فان الناس في هذه شرع سواء . الى أن قال : ويمكن حمل النهي في هذه الاخبار فيما يتناول الماء المملوك على الكراهة بل هو اولى بدلالته . انتهى .

واستشكل فيه صاحب الجواهر بقوله : وفيه أن الاخبار المذكورة كما هي موجودة في طرق العامة موجودة في طرق الخاصة بسند معتبر كما ستعرف ، وما دل على الاشتراك منها غير مانع من الملك بسببه كحيازة أو احياء أو نحو ذلك ، كما أن ما دل منها على منع الفضل منزل على منع مباح الماء وبيعه بالتغلب أو على الكراهة .

وفي جامع المقاصد : وفي وجوب بذل الفاضل من الماء عن قدر الحاجة نظر ، لان الاشتراك في الاصل لا ينافي تجدد الملك والاختصاص كالمحرز في الانية ، ولان المفرد المحلى باللام لا يعم ، وماورد من الاخبار من النهي عن فاضل الماء ونحوه فهو محمول على الكراهية . انتهى .

ولقد أجادوا فيما أفادوا رحمهم الله في تنقيح ما ذهب اليه الشيخ قدس سره ، اذ لا دليل على وجوب البذل بعد كون الماء ملكاً له أو مختصاً به ، وما دل على كون الماء من المشتركات العامة لا ينافي عروض الملكية له بالاسباب الشرعية .

نعم يمكن الاستدلال لوجوب البذل بموثقة ابي عبدالله عليه السلام قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن النطاف والاربعاء . وقال : والاربعاء أن يسمن مسنة فيحمل الماء فيسقى به الارض 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 نهراً من ماء مباح كالشط ونحوه ملك ما يدخل فيه من الماء ويجرى عليه احكام الملك^(١) كالماء المحوز في آنية ونحوها.

وبما وثقه في الجواهر من خبر عبد الرحمن البصري عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث قال : والنطاف شرب الماء ليس لك اذا استغنيت عنه أن تبعه جارك تدعه له ، والاربعاء المسناة تكون بين القوم فيستغنى عنها صاحبها قال : يدعها لجاره ولا يبيعها اياه [الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٨] .

فانهما يدلان على وجوب البذل بلاعوض ، ولكن يعارضهما صحيحة سعيد الاعرج عن ابي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء فيستغني بعضهم عن شربه أبيع شربه . قال : نعم ان شاء باعه بورق وان شاء باعه بحنطة [الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٨] .

وموثقة عبدالله الكاهلي قال : سألت رجل ابا عبدالله عليه السلام وأنا عنده عن قناة بين قوم لكل رجل منهم شرب معلوم فاستغنى رجل منهم عن شربه أيبعه 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 بأس » [الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٩] .

ويمكن الجمع بينهما بحمل النهي على الكراهة ، اذ موضوع الاخبار واحد وهو بيع الشرب ، وحمل النهي على الكراهة بقريضة قوله « لا بأس » 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
بالتمام ، وان كان لجماعة ملك كل منهم من الماء بمقدار حصته من
ذلك النهر ، فان كان لواحد نصفه ولاخر ثلثه و لثالث سدسه ملكوا الماء
بتلك النسبة وهكذا ^(١) .

لا يملكه الحافر كما اذا جرى السيل الى ارض مملوكة بل الحافر اولى بمائه
من غيره لان يده عليه .

ولكن التحقيق أن التعليل المذكور مما يبرهن صدق الحيابة ، ومع صدقها
لامانع من القول بالملكية . ولذا قال في الجواهر : لم نجد للشيخ موافقاً على
ذلك الا ما يحكى عن بعض العامة . نعم عن ابي علي اعتبار عمل ما يصلح لسده
وفتحه في تملك الماء ، ولعله لتوقف صدق الحيابة 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 حيابته
الى أن قال : ومن هنا اتفق من عساه من الاصحاب ممن تعرض لذلك على
الماء بذلك [الجواهر ج ٣٨ ص ١٢٦] .

ثم استدل في الجواهر مضافاً الى الحيابة بخبر اسماعيل بن الفضل قال :
سألت ابا عبد الله عليه السلام عن بيع الكلاء اذا كان سيحاً فيعمد الرجل الى مائه
فيسوقه الى الارض فيسقيه الحشيش ، وهو الذي حفر النهر وله الماء يزرع به
ما شاء . فقال : اذا كان الماء له فليزرع به ما شاء وليبعه بما أحب - الحديث
[الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٦] وبغيره من النصوص السابقة في القناة .

(١) لان الحيابة التي هي سبب للملك انما تكون بسبب النهر ، فيكون
مالكية الماء بحسب ملكية النهر ، كما عن صاحب الشرائع « وان كان فيه جماعة

ولا يتبع مقدار استحقاق الماء مقدار الاراضى التى تسقى منه ،
فلو كان النهر مشتركاً بين ثلاثة اشخاص بالتساوى كان لكل منهم
ثلث الماء وان كانت الاراضى التى تسقى منه لاحدهم الف
جريب ولاخر جريباً ولاخر نصف جريب فيصرفان ما زاد على
احتياج ارضهما فيما شاء ، بل لو كان لاحدهما رضى يدور به ولم
يكن له ارض اصلاً يساوى مع كل من شريكه فى استحقاق الماء^(١).

فان وسعهم او تراضوا فيه فلا بحث وان تعاسروا قسم بينهم على سعة الضياع .
ولو قيل يقسم على قدر انصبائهم من النهر كان حسناً »

والمراد من قدر الانصباء هو قدر النفقة على العمل كما فى الجواهر ، فهم
شركاء فى الماء المملوك بحسب ما انفقوا على احداث النهر ، وقسم الماء بينهم
على قدر سهمهم من الماء . ولا وجه لتقسيمه بينهم على سعة الضياع .

ولعله يقاس المقام باشراب الدور من الماء المباح ، اذ لكل دار أن يشرب
بمقدار حوضه وسعته ، ولكنه فى غير محله بعد فرض صيرورة الماء ملكاً لهم
باحداث النهر المملوك .

(١) وذلك كله لما تقدم من أن المالكية للماء انما يكون بالحيازة والحيازة
لا تكون الا بالنهر ، فالمالكية للماء تابعة لمالكية النهران كان نصفاً فنصف وان
كان ثلثاً فثلث وهكذا ، أو لان النماء تابع للاصل فاحداث النهر بما أنه نوع
من احياء الارض بوجوب المالكية بالاضافة الى النهر ولكل من الجماعة المشتركين
فى الاحياء سهم بمقدار ماله سهم فى احياء النهر . والمالكية للماء أيضاً تابعة
لمالكية النهر ، لانه متفرع على ظرفية النهر واستعداده وتحمله ولا وجه لتقسيمه

(مسألة : ٢٦) انما يملك النهر المتصل بالمباح بحفره فى
الموات بقصد احيائه نهراً مع نية تملكه الى ان يوصله بالمباح ^١
كما مرفى احياء الموات ، فان كان الحافر واحداً ملكه بالتمام ،
وان كان جماعة كان بينهم على قدر ما عملوا ، فمع التساوى بالتساوى
ومع التفاوت بالتفاوت ^٢ .

بينهم على سعة الضياع .

ثم ان للقسمه كيفيات ، منها ما ذكره فى الجواهر من أن توضع خشبة صلبة
لايحصل فيها التفاوت بمرور الازمنة ، أو صخرة ذات ثقبه متساوية على قدر
حقوقهم فى صدر الماء على وجه لا يكون دخول الماء فى تلك الثقوب متفاوتاً
ويجري كل منهم ساقية لثقبه ويجعل الثقوب على أقلهم سهماً ، فاذا كان لاحدهم
نصفاً وللآخر ثلثه وثلث سدسه جعلت الثقوب ستة ، ثلاثة منها لذي النصف
واثنان لذي الثلث وواحد لذي السدس ، ومنها أن يكون التقسيم بحسب الايام
والساعات فيكون لصاحب النصف ثلاثة أيام من الستة ولذي السدس يوم واحد
وهكذا .

١) كما فى الشرائع « الثانية -- اذا استجد جماعة نهراً فبالحفر يصيرون
اولى به فاذا وصلوا منتزع الماء ملكوه » .

لان بالوصول الى الماء المباح يصدق على محل النهرانه أرض محياة ، فيشمله
قوله « من أحيى أرضاً فهي له » ، وانما الاشكال فى صدقه عليه قبل الوصول اليه .
٢) اذ المدار على العمل الصادر من كل واحد من الشركاء بالمباشرة أو التسبيب
ولذلك ان من عمل بنفسه كان شريكاً مع من أنفق أجره عامل ليعمل له مع أنه
لم ينفق شيئاً .

(مسألة : ٢٧) لما كان الماء الذي يفيضه النهر المشترك بين جماعة مشتركاً بينهم كان حكمه حكم سائر الاموال المشتركة ، فلا يجوز لكل واحد منهم التصرف فيه واخذه والسقاية به الا باذن باقى الشركاء^(١) ، فان لم يكن بينهم تعاسرو ويبيح كل منهم سائر شركائه ان يقضى منه حاجته فى كل وقت وزمان فلا بحث ، وان وقعت بينهم تعاسرفان تراضوا بالتناوب والمهاياة بحسب الساعات او الايام او الاسابيع مثلافهو^(٢) والافلامحيص من تقسيمه بينهم

وأما اشتراط نية تملكه فلما تقدم من اشتراطه فى الاحياء ، ولذلك جاء فى الجواهر : اذا استجد جماعة نهر أليملكوه فبالحفر يصيرون أولى به لانه تحجير فاذا وصلوا منتزع الماء ومجراه على وجه اذا أريداجرأؤه فيه جرى ملكوه سواء جرى فيه الماء أولاً بعد أن تهيأ له فان ذلك احيأؤه [الجواهر ج ٣٨ ص ١٢٩] .

وقال فى موضع آخر فى موردحفر البئر: ولو حفرها فى المباح لالتملك بل للانتفاع بها مادام فى ذلك المكان فهوأحق بهامدة مقامه عليها ، كما صرح به الشيخ وابن ادريس والفاضل والشهيدان والكركي على ما حكى عن بعضهم معللين له بأنه لاينقص عن التحجير بعد انتفاء الملك بعدم قصده للمحى ، وحينئذ فاذا تركها حل لغيره الانتفاع بها [الجواهر ج ٣٨ ص ١٢٢] .

(١) لعدم جواز التصرف فى مال أحد الا بطيبة نفس منه ، لان التصرف فى تمام الماء تصرف فى مال الغير ولايجل مال امرىء مسلم الا بطيبة نفس منه ، مضافاً الى قاعدة السلطنة، ومقتضا هما عدم جواز تصرف الشريك فى مال شريكه الا باذنه .
(٢) لان الناس مسلطون على أموالهم كما هم مسلطون على أنفسهم، ومقتضاه

بالاجزاء^١ .

بأن توضع على فم النهر خشبة او صخرة او حديدة ذات ثقب
متساوية السعة حتى يتساوى الماء الجارى فيها ، ويجعل لكل منهم
من الثقب بمقدار حصته ويجرى كل منهم مايجرى فى الثقبه المختصة
به فى ساقية تختص به فاذا كان بين ثلاثة وسهامهم متساوية فان كانت
الثقب ثلاثاً متساوية جعلت لكل منهم ثقبه وان كانت ستاً جعلت
لكل منهم ثقبين وان كانت سهامهم متفاوتة تجعل الثقب على اقلهم
سهماً فاذا كان لاحدهم نصفه ولاخر ثلثه وثلث سدسه جعلت الثقب
ستاً ثلاث منها لذى النصف واثنان لذى الثلث وواحدة لذى السدس
وهكذا^٢ وبعد ما افرزت حصه كل منهم من الماء يصنع بمائه
ماشاء^٣ .

جواز الاباحه منهم لشركائهم ان يتصرفوا فى المال المشترك كيف شاءوا، كما
أن لهم المهاياه فى تقسيم الماء بحسب الساعات أو الايام أو الاسابيع .

(١) لانه مال مشاع فى كل زمان ، فمع عدم الاتفاق منهم على شىء منها
لاطريقة أخرى للتقسيم الاالتقسيم بحسب الاجزاء وبحسب قبول التقسيم بهذه
الصورة مع عدم الاتفاق على الطرق الاخرى من دون خلاف بينهم لانه الطريق
العدل ، مضافاً الى لزوم الضرر لولم يقبلوا ذلك التقسيم أيضاً .

(٢) لانه الطريق العدل فى التقسيم كما عن صاحب الجواهر [ج ٣٨ ص

١٢٧] .

(٣) لان القسمة مملكة لازمة ، ومقتضاه خروج المال المشترك عن الاشاعة

(مسألة : ٢٨) الظاهر أن القسمة بحسب الاجزاء قسمة اجبار ،
فاذا طلبها احد الشركاء يجبر الممتنع منهم عليها ^(١) ، وهي لازمة
ليس لاحدهم الرجوع عنها بعد وقوعها . واما المهياة فهي موقوفة
على التراضي وليست بلازمة فلبعضهم الرجوع عنها حتى فيما اذا
استوفى تمام نوبته ولم يستوف الاخر نوبته ^(٢) .

واستقلال كل واحد منهم في المالكية ، ومع الاستقلال في المالكية يكون للمالك
التصرف في ملكه كيف شاء لقاعدة « الناس مسلطون على أموالهم » وحينئذ
لا يكون لاحدهم الرجوع بعد التراضي .

نعم ذهب صاحب الجواهر الى أن له الرجوع في المهياة التي لاشكال
في صحتها مع الاتفاق منهم عليها لكونها غير لازمة للاصل وغيره ، فلاحدهم
الرجوع قبل استيفاء الاخر نوبته وان كان الراجع قد استوفى سابقاً تمام نوبته .
ويمكن أن يقال : ان المهياة المذكورة الموجبة لتقدم بعض على بعض في
استيفاء حقه هي نوع وكيفية من القسمة ، ومقتضى لزوم القسمة هو عدم جواز
الرجوع فيها ايضاً مع كونها نوعاً من القسمة لامجال للتمسك بالاصل في جواز
الرجوع .

نعم لو كانت المهياة في قوة الاباحة فللتمسك بالاصل مجال .

(١) لان كل مالا ضرر في قسمته على أحد الشركاء - ولو من جهة الاحتياج
الى رد - يجبر الممتنع مع التماس الشريك أو وليه القسمة ، بلا خلاف أجده
فيه ايضاً ، بل الظاهر الاتفاق عليه . ولعله العمدة بعد قاعدة وجوب ائصال الحق
الى مستحقه مع عدم الضرر والضرار كما في الجواهر [ج ٢٦ ص ٣٠٩] .
(٢) كما في الجواهر : بل الظاهر عدم جواز رجوع احدهم بعد استيفاء

وان ضمن حينئذ مقدار ما استوفاه بالمثل مع امكانه والا
فبالقيمة^١ .

الآخر ، نعم له ذلك في المهياة التي لاشكال في صحتها مع الاتفاق منهم عليها
الا أنها غير لازمة ، للاصل وغيره ، فلاحدهم الرجوع قبل استيفاء الآخر نوبته
وان كانراجع قد استوفى سابقاً تمام نوبته [الجواهر ج ٣٨ ص ١٢٧] .
وذلك لعله من جهة أن المهياة في قوة الاباحة ، ولأقل من الشك ، فمقتضى
الاصل جوازه .

الا أن يقال : بأن المهياة المذكورة الموجبة لتقدم 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 المهياة في قوة الاباحة فهي اباحة معوضة ، وهي
في قوة البيع ، فلامجال فيها للتمسك بالاصل أيضاً .

(١) وذلك بمقتضى قاعدة الاتلاف ، حيث أنه استوفى مال الغير وأتلفه
فيكون ضامناً بالمثل مع الامكان والا بالقيمة لانه جبران لماء اتلف بعد تعذر
المثل .

وفي الجواهر : قيل : يضمن له أجره 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 قيمته فلم يبق الا الرجوع الى الزمان الذي استوفى
فيه ، فوجبت الاجرة على حسبه .

الا انه كما ترى لا يصلح مخصصاً لمادل على ضمان المثلي بمثله ، ومع التعذر
فقيمه وان أدى ذلك هنا الى الرجوع للصلح ونحوه . والله العالم .

(مسألة : ٢٩) املاك على ماء مباح من عين او واد او نهر ونحوها بأن احيائها اشخاص عليه ليسقوها منه بواسطة السواقي او الدوالي او النواعير او المكائن المتداولة في هذه الاعصار كان للجميع حق السقي منه^(١)، 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 في البين فهو ، وان لم يف ووقع بين اربابها في التقدم والتأخر التشاح يقدم الاسبق فالاسبق في الاحياء ان علم السابق^(٢) .

(١) لان الاحياء في جانب العين أو الوادي أو النهر يوجب تعلق الحق به بحسب ارتكاز العرف والسيرة ، بل بمقتضى دليل السبق « من سبق الى مالا يسبق اليه مسلم فهو أحق به » [المستدرك ، الباب ١ من كتاب احياء الموات ، الحديث ٤ . وسنن البيهقي ٦ ص ١٦٢] لانه نوع من السبق .

(٢) لان السابق بالاحياء قد تعلق حقه بالماء قبل غيره وان كان في آخر النهر لبناء العقلاء بل للعموم المتقدم ان لم يكن ارشاداً الى هذا البناء العقلاني والافلايكون دليلاً آخر .

ولا يعارضه عموم قوله صلى الله عليه وآله « يجس الاعلى الاسفل » لانصرافه عما اذا كان الاسفل سابقاً اليه كما ينصرف قوله صلى الله عليه وآله « من أحيى ارضاً فهي له » عن أرض سبق اليها أحد قبل من يريد احياءه .

ثم على فرض تسليم المعارضة بين الخبرين ذهب صاحب الجواهر الى الرجحان لتقديم قوله عليه السلام « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » بالشهرة .

والايقدم الاعلى حاجته ثم يرسله الى مايليه وهكذا (١).

واورد عليه في جامع المدارك بأن الخبر المذكور المستدل به لمقامنا كيف يؤخذ بعمومه ، ألا ترى أنه اذا سبق أحد برعى غنمه في برهل بوجوب سبقه ممنوعة غيره بالنسبة الى ذلك المحل وكذا سبقه احد بالصلاة في مكان من المسجد وسبقه أحد بأخذ تراب أو أحجار من البر .

ثم قال: ولم يظهر وجه التقديم، حيث أنه لاحتيازة بالنسبة الى نفس الماء حيث أنه لم يتكون بعد بل لا بد من نزول الثلج والمطر غالباً ، ولان النسبة الى المحل الذي يكون منبع الماء مع البعد المفرط .

ثم قال : وعلى فرض تمامية ما ذكر لم يظهر وجه ترجيح الخبر المذكور بالنسبة الى الاخبار السابقة بمجرد الشهرة المذكورة ، وعلى فرض الترجيح لاجال للاخذ بالاخبار المذكورة في صورة عدم العلم كما ذكر بناءً على المعروف من عدم جواز التمسك بالعام في الشبهات المصدقية الابجريان الاصل بتوجيه . انتهى .

ولا يخفى عليك مافيه من المناقشات ، اذ عدم ممنوعة غير من سبق السى برلى رعى غنمه لكون البر وافياً لهما ولغيرهما ، والافلا اشكال في ممنوعة غيره بالنسبة الى المحل المسبوق اليه ، وهكذا الكلام في السبقه الى مسجد أو أرض لاخذ ترابه أو احجاره .

وأما وجه التقدم فلقضاء عرف العقلاء بكون السبقه موجباً للحق في الشرب من النهر أو سيل الوادي ، وحيث كان الحق المذكور تعلق بالشرب قبل تعلق حق آخره فالتقدم له في صورة عدم وفاء الماء .

(١) بلاخلاف أجده في أصل الحكم ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه ،

مضافاً الى النصوص من طرق العامة والخاصة .

فمن طريق العامة « ان النبي صلى الله عليه وآله قضى في شرب نهر في سبل أن للاعلى أن يسقي قبل الاسفل ثم يرسله الى الاسفل » [سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٤] .

وفي آخر : أنه «ص» قضى في السبل ان يمسك حتى يبلغ الى الكعبين ثم يرسل الاعلى الاسفل [سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٤] .

وفي ثالث : ان رجلا من الانصار خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها ، فقال النبي « ص » : اسق يازبير ثم أرسل الماء الى جارك . فغضب الانصاري فقال : ان كان ابن عمك ، فتلون وجه رسول الله « ص » ثم قال : يازبير اسق واحبس الماء حتى يصل الى الجدر ثم أرسله [سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٣ و ١٥٤] .

ومن طرق الخاصة مارواه المشايخ الثلاثة وفي سنده ابن ابي عمير الذي هو من أصحاب الاجماع ومراسيله كالصحيح فضلا عن مسانيد ، قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول : قضى رسول الله «ص» في سبل وادي مهزور «للزرع الى الشراك وللنخل الى الكعب ثم يرسل الماء الى أسفل من ذلك» . ويظهر من قوله « ثم يرسل الماء » أن للاعلى هو التقدم في الشرب ، كما صرح به فيما رواه الشيخ حيث قال ابو عبد الله عليه السلام : قضى رسول الله «ص» في سبل وادي مهزور أن يحبس الاعلى على الاسفل للنخل الى الكعبين والزرع الى الشراكين [الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٤] .

ومنها موثقة عقبه بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام قال : قضى رسول

لكن لا يزيد للنخل عن الكعب اى قبة القدم على الاحوط^١
وان كان الجواز الى اول الساق لا يخلو من قوة^٢ .

الله « ص » في شرب النخل بالسيل أن الاعلى يشرب قبل الاسفل يترك من الماء الى الكعبين ثم يسرح الماء الى الاسفل الذي يليه وكذلك حتى ينقضي الحوائط ويفنى الماء [الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٥] .

(١) كما في رواية ابن ابي عمير المتقدمة « قضى رسول الله «ص» في سيل واد مهزور ان يحبس الاعلى على الاسفل للنخل الى الكعبين » .

(٢) كما في مرسة الصدوق حيث قال : وفي خبر آخر والنخل الى الساقين [الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٤] .

وفي الجواهر بعد تنزيل « الكعبين » على ارادة العظمين النابتين المتصلين بالساق فيكون الوصول اليه هو الوصول الى مبتدء الساق كما عن الغنية أو على أن وصوله الى الكعب الذي هو العظم النابت في ظهر القدم يستلزم وصوله الى ذلك ، قال :

ولامحيص حيثئذ عن العمل بالمرسة المعتضدة بشهرة الاصحاب وبأصالتي بقاء الحق وعدم سلطنة الاسفل على الاعلى في منعه عن القدر الزائد عن المجمع عليه [الجواهر ج ٣٨ ص ١٣٥] .

وفي الغنية قضى رسول الله «ص» أن الاقرب الى الوادي يحبس الماء للنخل الى أن يبلغ في أرضه الى أول الساق والى الزرع الى أن يبلغ الشراك ، وفي محكي المبسوط « روى أصحابنا أن الاعلى يحبس الى الساق للنخل وللشجر الى القدم وللزرع الى الشراك . ومثله في محكي السرائر .

وللشجر عن القدم^١ ، وللزرع عن الشراك^٢ .
(مسألة : ٣٠) الانهار المملوكة المنشقة من الشطوط ونحوها
اذا وقع التعاسر بين اربابها بأن كان الشط لا يفي 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^٣ ، وان لم يعلم الاسبق فالمدار هو الاعلى فالاعلى ، فيقبض
الاعلى ما يسعه ثم ما يليه وهكذا^٤ .

١) كما في المحكي عن المبسوط المتقدم ومثله في محكي السرائر .
٢) كما في رواية ابن ابي عمير المتقدمة « قضى رسول الله في سيل وادي
مهزور أن 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 السرائر وكذلك عن الغنية .
٣) وذلك لاحقية السابق ، وهو الذي استقر عليه السيرة العقلانية وقد امضاه
الشارع وأرشد اليه بقوله « من سبق الى ما لا يسبق عليه مسلم فهو أحق به »
[المستدرک ، الباب ١ من كتاب احياء الموات ، الحديث ٤٠ . وسنن البيهقي ج
٦ ص ١٤٢] .

٤) كما في الجواهر: اذا اجتمعت أملاك على ماء واحد مباح لم يف ذلك
النهر المباح مثلا أو سيل الوادي يسقى ما عليه دفعة ووقع في التقدم والتأخر
تشاح بدء بالاول ، وهو الذي يلي فوهته - أي أصله - فأطلق الماء اليه على
قدر حاجته ... بلاخلاف أجده في أصل الحكم، بل لعل الاجماع بقسميه عليه

(مسألة : ٣١) لواحتراج النهر المملوك المشترك بين جماعة الى تنقية او حفر او اصلاح او سد خرق ونحو ذلك فان أقدم الجميع على ذلك كانت المؤنة على الجميع ^١ بنسبة ملكهم للنهر ، سواء كان اقدامهم بالاختيار أو بالاجبار من حاكم قاهر جائر او بالزام من الشرع ، كما اذا كان مشتركاً بين المولى عليهم ورأى المولى المصلحة الملزمة في تعميره مثلاً ، وان لم يقدم الا البعض لم يجبر الممتنع وليس للمقدمين مطالبته بحصته من المؤنة ما لم يكن اقدامهم

[الجواهر ج ٣٨ ص ١٣١] .

ويقتضيه أيضاً الروايات السابقة بعد عدم الخصوصية عرفاً كما عن بعض طرق العامة ان النبي « ص » قضى فسي شرب نهر في سيل أن للاعلى أن يسقي قبل الاسفل ثم يرسله الى الاسفل [سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٤] .

(١) وذلك من جهة قاعدة اقدام اذا كان باختيار منهم، والا فمن جهة قاعدة العدل والانصاف لو كانت قاعدة مستقلة مستفادة من الأدلة، ومن جهة قاعدة نفي الضرر والاضرار في تمام الصور .

وفي الجواهر : ولواحتراج هذا النهر الى حفر واصلح وسد خرق ونحو ذلك فالظاهر كونه كالنهر المملوك الذي صرح في القواعد بأنه عليهم على حسب ملكهم ، فهنا أيضاً على حسب استحقاقهم . نعم قد تقدم فسي تزامم الحقوق انه لو امتنع بعض الشركاء من الاصلاح لم يجبر وان كان لا يخلو من نظر خصوصاً مع ملاحظة قاعدة نفي الضرر والاضرار وقاعدة حفظ المال والنهي عن ضياعه [الجواهر ج ٣٨ ص ١٤٠] .

بالتماس منه وتعهد به ببذل حصته^(١) . نعم لو كان النهر مشتركاً بين القاصر وغيره وكان اقدام غير القاصر متوقفاً على مشاركة القاصر اما لعدم اقتداره بدونه او لغير ذلك وجب على ولي القاصر مراعاة لمصلحته تشريكه في التعمير وبذل المؤنة من ماله بمقدار حصته^(٢) .
(مسألة : ٣٢) ومن المشتركات المعادن^(٣) وهي اما ظاهرة وهي ما لا تحتاج فسي استخراجها والوصول اليها الى عمل ومؤنة كالملاح والقيروالكبريت والموميا والكحل والنفط اذا لم يحتج كل

(١) لانه 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 فسي المحكي عن نهاية ابن الاثير والمنتهى والتذكرة والتحرير بكل ما خرج من الارض مما يخلق فيها مماله قيمة، والمعتبر بما استخراج من الارض مما كان فيها ، والبيان وتعليق النافع بأنه كل ارض فيها خصوصية يعظم الانتفاع بها .

وفي التنقيح عرف بأنه ما أخرج من الارض 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 الجواهر من ذهب ونحوه .

وفسي الجواهر قيل : ان المجتمع من كلمات الفقهاء واللغويين هو ما استخراج من الارض مما كانت أصله واشتمل على خصوصية يعظم الانتفاع بها، واليه يرجع ما في المسالك من أنها هي البقاع التي أودعها الله شيئاً من الجواهر المطلوبة [الجواهر ج ٣٨ ص ١٠٠] .

منها الى الحفر والعمل المعتدبه^١ واما باطنة وهي مالا تظهر الا بالعمل
والعلاج كالذهب والفضة والنحاس والرصاص وكذا النفط اذا
احتاج في استخراجة 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 وجهه كبير للوصول الى
آباره وعيونه في أعماق الطبيعة أو وجدته 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 المعادن الظاهرة ما يكون على وجه الارض ولا يتوقف
الوصول اليها على عمل .

ولذا فسره في الجواهر بما ذكر ، حيث قال في ذيل قوله « التي لا تفتقر
الى اظهاره » : بمعنى عدم احتياج الوصول اليها الى مؤنة كالمح والنفط والقار
والكبريت والموميا والكحل والبرام وغيرها مما هي ظاهرة بلا عمل وانما السعي
والعمل لاخذه .

ولعل وجه توهم ما قيل هو بعض عبارات العلامة قدس سره في التذكرة حيث
قال : والمراد بالظاهر ما يبدو وجودها من غير عمل وانما السعي والعمل لتحصيله
اما سهلاً أو متبعاً ولا يفتقر الى اظهار .

ولكن مقتضى التأمل في مجموع عباراته هو خلافه كما قال في تفسير المعادن
الباطنة : هي التي لا تظهر الا بالعمل ولا يوصل اليها الا بعد المعالجة والمؤنة عليها
كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والقيروزج

فأما الظاهرة فهي تملك بالحيازة^(١) لا بالاحياء^(٢) . فمن اخذ
منها شيئاً ملك ما اخذه قليلاً كان او كثيراً وان كان زائداً على ما
يعتاد لمثله وعلى مقدار حاجته^(٣) . ويبقى مماله يأخذه على الاشتراك

والياقوت وسائر الجواهر المثبوتة في طبقات الارض كحجارة البرام وغيرها
مما يكون في بطون الارض والجبال .

فان 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 أعماق الارض .

(١) بلاخلاف ولا اشكال بمقتضى عموم دليل الحيازة من السيرة والنصوص
(٢) كما في الجواهر : لعدم تصور الاحياء بعد أن كان هو الحفر ونحوه
لاظهاره كما ستعرفه في المعادن الباطنة والفرض هنا ظهوره . نعم لو أراد احياءها
داراً مثلاً أو غيرها مما لا ينافي كونها معدناً أمكن القول بصحته ، فيملكه حينئذ
ان لم يكن اجماع على خلافه ، ولولا اطلاقهم عدم احياؤها ولكن لم أجد ذلك
محزراً في كلامهم .

وأيضاً قال في نفي اختصاص المعادن بالمحجر : انه هو الشارع في
الاحياء الذي عرفت انتفاءه .

ولقد أجاد فيما افاد ، وان كان ذهابه الى امكان القول بصحة 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 مما لم يأخذه على الاشتراك^(١).

سببية التحجير للاولوية لمثل المعادن الظاهرة صغرى وكبرى ، فلادليل الامادل على سببية الحيازة للملك . وحيث أنه دليل لبي فيقتصر فيه على القدر المتيقن والمتيقن منه هو المقدار المأخوذ ، سواء كان بمقدار حاجته أو زائداً عليه بمقدار لا يزاحم الاخرين .

نعم جاء في جامع الشرائع والايضاح : أنه لو قام الفرد لاخذ الزيادة عن حاجته منع . وفي المبسوط والسرائر والشرائع والارشاد واللمعة ما يؤكد هذا المنع ، اذ جاء في هذه المصادر : ان من سبق أخذ قدر حاجته . وقال العلامة في التذكرة : ان هذا هو رأي اكثر 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 بالامام عليه السلام فهي عنده من الانفال وعلى هذا لا يملك ما ظهر منها ولا ما بطن ولو صح تملكها بالاحياء ولزم من قوله اشتراط اذن الامام وكل ذلك لم يثبت » .

وتدل عليه رواية اسحاق بن عمار المروية عن تفسير علي بن ابراهيم : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الانفال فقال : هي التي خربت . الى أن قال : والمعادن منها [الوسائل ، الباب ١ من ابواب الانفال ، الحديث ٢٠ من كتاب الخمس] .

وفي المرسل عن الانفال فقال : منها المعادن والاجام [الوسائل ، الباب ١ من ابواب الانفال ، الحديث ٢٨ من كتاب الخمس] .

ولا يختص بالسابق فى الاخذ '١' ، وليس له على الاحوط ان

ولكن فى الجواهر : كل ذلك لم يثبت لعدم جابر للخبر المزبور ، بل الموهن متحقق ، فان المشهور نقلا وتحصيلا على أن الناس فيها شرع سواء ، بل قد يلوح من محكي المبسوط والسرائر نفي الخلاف فيه .

مضافاً الى السيرة المستمرة فى سائر الاعصار والامصار فى زمن تسلطهم وغيره على الاخذ منها بلا اذن ، حتى ما كان فى الموات الذي قد عرفت أنه لهم منها ، أو فى المفتوحة عنوة التى هي للمسلمين ، فانه وان كان ينبغى أن يتبعهما ، فيكون ملكاً للامام عليه السلام فى الاول وللمسلمين فى الثانى - لكونه من اجزاء الارض المفروض كونها ملكاً لهما ، بل لو تجدد فيهما فكذلك أيضاً - الا ان السيرة المزبورة عاضدة للشهرة المذكورة .

وقوله تعالى « خاق لكم ما فى الارض » ولشدة حاجة الناس الى بعضها على وجه يتوقف عليه معاشهم نحو الماء والنار والكلاء ، وفى خبر ابى البخترى عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام « لا يحل منع الملح والنار » وغير ذلك مما لا يخفى على السارد لاخبارهم يوجب الخروج عن ذلك [الجواهر ج ٣٨ ص ١٠٨ - ١٠٩] .

(١) لان مجرد سبق لا يكون حيازة مالم يحصل الاخذ ، فلا وجه للاختصاص نعم يكون السابق أولى للاخذ مع التزام كما فى الجواهر :

بل لو تسابق اثنان مثلاً فالسابق أولى ، بلا خلاف ولا اشكال لعموم « من سبق الى مالا يسبق اليه مسلم فهو اخق به » [المستدرک ، الباب ١ من كتاب احياء الموات ، الحديث ٤] ولغيره مما تقتضيه من حرمة الظلم ونحوه بعد أن كان الشيء مشتركاً بين الجميع وسبق اليه احدهم فيأخذ حينئذ بغيبته وان زاد

يحوز مقداراً يوجب الضيق والمضارة على الناس^(١) .
واما الباطنة فهي تملك بالاحياء بأن ينهى العمل والنقب والحفر
الى ان يبلغ نيلها^(٢) فيكون حالها حال الابار المحفورة في الموات
لاجل استنباط الماء ، وقد مرانها تملك بحفرها حتى يبلغ الماء
ويملك بتبعها الماء .

على ما يعتاد لثله ، وفاقاً للفاضل والشهيدين والكركي ومحكى المبسوط وغيرهم
خلافاً للمحكي عن بعض ، فلا يجوز له الا ما يعتاد لثله ولاريب في ضعفه لاطلاق
الاحقية [الجواهر ج ٣٨ ص ١٠٤] .

(١) وذلك لحديث لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ، وفي الجواهر : والاولى
من ذلك ما ذكرناه الامع وصول الامر الى حد المضارة بالغير ، ولعله الى ذلك
يرجع ما في جامع المقاصد من التقييد بما اذا لم يصر مقيماً . كما أن مرجع
قول بعض الاصحاب «أخذ بغيته وحاجته» ونحوهما الى شيء واحد، وهو جواز
الاخذ ولو زائداً على الحاجة ما لم تحصل المضارة . والله العالم [الجواهر ج
٣٨ ص ١٠٤] .

(٢) لان العمل المنتهي الى النيل يصدق عليه الاحياء الذي سبب للملك ،
فان احياء كل شيء بحسبه ، ومن هناك يملك البئر بيلوغه الماء الذي هو فيها ، اذ
هو كالجوهر الكائن فيها ويبلغه بحفرها .

وعن صاحب الجواهر : بلاخلاف أجده بين من تعرض له كالشيخ وابني
البراج وادريس والفاضل والشهيدين والكركي وغيرهم على ما حكى عن بعضهم
بل عن ظاهر المبسوط والمهذب والسرائر الاجماع على ذلك [الجواهر ج
٣٨ ص ١١٠] .

ولو عمل فيها عملاً لم يبلغ به فيها كان تحجيراً أفاد الاحقية والاولوية دون الملكية^١ .

وأورد عليه بعض الاجلة بأن الاحياء لم يثبت في الشريعة حق خاص على أساسه الا في الارض للنص التشريعي القائل « من أحبب أرضاً فهي له » والمعدن ليس أرضاً حتى يشملها النص ، بسدليل أن الفقهاء حيث بحثوا أحكام أراضي الفتح العامرة وقالوا انها ملك عام للمسلمين لم يلحقوا معادن تلك الاراضي 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 يتاح للفرد أن يملك شيئاً من المنجم مادام في موضعه الطبيعي، وانما يملك المادة التي يستخرجها خاصة . وهذا لا يعني أن علاقته بالمنجم لا تختلف من الناحية التشريعية عن علاقة أي فرد آخر، بل هو بالرغم من أنه لا يملك المعدن يعتبر تشريعاً 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 : ان المقصود من قياس حفر الارض للمعدن بحفر البئر للوصول الى الماء واضح ، وهو أنه كما يصدق احياء الارض على حفر البئر بالوصول الى الماء فيشمله قوله « من أحبب أرضاً فهي له » ويحكم بكون البئر وما فيه من الماء للحافر ، كذلك يصدق احياء الارض على الحفرة التي تنتهي الى المعدن فيملك الحفرة مع المعدن الذي في منتهاه .

وليس المقصود صدق احياء الارض على اخراج الماء ولا على اخراج المعدن حتى يرد عليه ما ذكر .

(١) اذ يصدق عليه الشروع في الاحياء والتحجير أيضاً مصداقاً من مصدايق

(مسألة : ٣٣) اذا شرع فى احياء معدن ثم اهمله وعطله اجبر على اتمام العمل اورفع يده عنه . ولو أبدى عذراً انظر بمقدار زوال عذره ثم الزم على احد الامرين ، كما سبق ذلك كله فى احياء الموات ^١ .

الشروع فى الاحياء .

(١) كما عن المحقق وصاحب الجواهر فيه «ولو اقتصر على التحجير وأهمل العمارة أجبره الامام على أحد امرين : اما الاحياء وأما التخلية بينها وبين غيره ولو امتنع أخرجها السلطان من يده لئلا يعطلها» بلاخلاف أجده بين من تعرض له ، كالشيخ وابن حمزة والفاضلين والشهيدين وغيرهم على ما حكى عن بعضهم معللين له بقبح تعطيل العمارة التى هي منفعة الاسلام .

نعم ان ذكر عذراً فى التأخير كاصلاح آلاته أو غيبة العمال او اباق العبد ونحوه أهمله 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 يشتغل بالعمارة رفع يده واذن للناس فى عمارتها . ونحو ذلك ذكر العامة أيضاً [الجواهر ج ٣٨ ص ٥٩] .

ومنه يظهر أن الحكم جار فى جميع مصاديق الاحياء ، والعمدة فيه الاجماع والتسالم الفقهي . نعم فى رواية يونس عن العبد الصالح عليه السلام : ان الارض لله تعالى جعلها وقفاً على عباده ، فمن عطل أرضاً ثلاث سنين متوالية للغير ماعلة أخذت من يده ودفعت الى غيره [الوسائل ، الباب ١٧ من كتاب احياء الموات ، الحديث ١] .

(مسألة : ٣٤) لو احببى ارضاً مزرعاً او مسكناً مثلاً فظهر فيها معدن ملكه تبعاً لها ، سواء كان عالماً به حين احياها ام لا ^(١) .

(مسألة : ٣٥) لو قال رب المعدن لآخر : « اعمل فيه ولك نصف الخارج » مثلاً بطل ان كان بعنوان الاجارة وصح لو كان بعنوان الجعالة ^(٢) .

وهي منطبقه على ما عليه الاجماع والتسالم ان كان المراد بالتعطيل ثلاث سنوات فيها بيان المثال ومصداق عرفسي من التعطيل دون أن يكون المراد منها بيان الحد .

(١) لان التبعية في المقام أمر تكويني لا يدور مدار العلم به ، بل المالكية ارقبة الارض تقتضي المالكية لما فيها من تـ وابعها كما عليه السيرة . مع أن اطلاق ما دل على أن « من أحببى أرضاً فهي له » يدل على أنها للمحببى بما هي مشتملة على الماء والمعادن الموجودة تحتها .

(٢) لاعتبار معلومية الاجرة في الاجارة دون الجعالة . نعم فسي القواعد وجامع المقاصد ومحكي المبسوط والتذكرة بطل لجهالة العوض ، اجارة كان أوجعالة . وهو كذلك في الاول، أما في الثانى فلان مانع من الصحة بعد فرض كون المعدن مملوكاً للجاعل بالاحياء أو بغيره .

كتاب اللقطات

وهي بمعناها الاعم ^(١) كل مال ضائع عن مالكة ولم يكن يد عليه ^(٢) .

(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 ضايع أخذ ولايد عليه ولو يد ملتقط سابق ، فانه وان صدق عليه أنه مال ضائع الا انه سبقت عليه يد الالتقاط . وبذلك يظهر لك وجه الحاجة الى القيد الثاني الذي هو لايفني عن الاول ، ضرورة صدقه بدونه على مجهول المالك الذي لايد عليه ولكنه غير ضائع من مالكة . وحينئذ فالفرق بين موضوعي مجهول المالك واللقطة هو اعتبار صدق اسم الضيايع من المالك في الثاني دون الاول ، بل الاصل عدم ترتب احكام اللقطة مع عدم تحقق

وهي اما حيوان او غير حيوان^١ .

اسم الضياع . ولذا قال في جامع المقاصد لادمنه فيها فليس منها ما يؤخذ من يد السارق والغاصب ونحوهما ، لعدم صدق اسم الضياع من المالك كما ستسمع ... » .

(١) وهي المعبر عنها بالضالة ، فهي كما في الجواهر: كل حيوان مملوك لامثل الخنزير ونحوه ضائع في الفلاة عن مالكة لاغير الضائع عنه أخذ ولايدلملتقط عليه الا ما ستعرف ويسمى الحيوان المأخوذ ضالة . ولاخلاف بيننا في أن أخذه في صورة الجواز مكروه ، بل عن المبسوط والخلاف نسبة ذلك الى رواية أصحابنا ، وفي التذكرة نسبة كراهة الالتقاط الى علمائنا في موضعين [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 و٧ و١٠] .

وفي الصحيح في الضالة « ما أحب ان أمسها » [الوسائل ، الباب ١٣ من كتاب اللقطة ، الحديث ٥] .

القول فى لقطه الحيوان

وهى المسماة بالضالة ^١ :

(مسألة : ١) اذا وجد الحيوان فى العمران ^٢ لا يجوز اخذه

ووضع اليد عليه ، اى حيوان كان ^٣ .

١) كما عرفتها فى الاخبار المتقدمة ، وفى النبوي المروي من طرق العامة « لا يأوى الضالة الاضال » وفى آخر « ضالة المؤمن من حريق جهنم » أى لهبها [سنن البيهقي ج ٦ ص ١٩٠] .

وفى الخبر « اياكم واللقطة فانها ضالة المؤمن وهو حريق جهنم » [الوسائل الباب ١ من كتاب اللقطة ، الحديث ٨] .

٢) العمران أى البنيان اسم لما يعمر به 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 ، وفى العلل المذكورة فى النصوص اشارة اليه .

فمن اخذه ضمنه ويجب عليه حفظه من التلف والانفاق عليه
بما يلزم وليس له الرجوع على صاحبه بما انفق^{١)} .

وفي الجواهر : لو وجد الضوال في العمران الذي هو المأهول ومرجه الى
العرف لا الى نصف فرسخ ، فانه ربما يكون كذلك وربما يكون أزيد أو انقص .
وبالجملة هي ليست في فلاة يخشى عليها التلف من صغار السباع ، بل هي مأمونة
من هذه الجهة ، فمتى كانت كذلك لم يحل أخذها ممتنعة كانت كالا بل أو لم تكن
كالصغير من الابل 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 نفى الشبهة فيه في المسالك [الجواهر ج ٣٨
ص ٢٤٦] .

وحينئذ فما في محكي المبسوط - من أنه اذا كان في العمران وما يتصل به
الى نصف فرسخ أو أقل له أخذه سواء كان ممتنعاً أو غير ممتنع ، ومثله في الوسيلة.
لا يخفى عليك ما فيه .

(١) وذلك بمقتضى قاعدة « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » [المستدرك
الباب ١ من كتاب الغصب، الحديث ٤] كما في الجواهر: وحينئذ فالمتجه على
هذا ضمان الاخذ له ، وعدم الرجوع بالنفقة على نحو ما سمعته فيمن أخذ البعير
الضال حيث لا يجوز له أخذه ، اذ هو كالغاصب ، لعدم الاذن الشرعية والمالكية
فلا يجري عليه حكم الالتقاط [الجواهر ج ٣٨ ص ٢٤٧] .

لكن في المسالك بعد أن جزم بعدم جواز أخذ غير الشاة قال : يجب مع
اخذة كذلك تعريفه سنة . كغيره من الاموال عملاً بالعموم ويحفظه لمالكه أو

نعم ان كان شاة حبسها ثلاثة ايام فان لم يأت صاحبها باعها
وتصدق بثمانها^١ .

يدفعه الى الحاكم من غير تعريف .

وفيه : ان آلة التعريف في غير المفروض الذي هو منغصوب أو كالمغصوب
لاسيما بعدكون التعريف مقدمة لجواز تملكه المعلوم عدمه هنا ، ولذا لم اجد
أحداً ذكره في مسن التقط البعير وما ألحق به مما عرفت عدم جواز التقاطه .
ويدل على عدم جواز الاخذ أيضاً ما ورد في عدم جواز البعير اذا وجد في
كلاء وماء كمعتبرة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام جاء رجل الى النبي
«ص» فقال : يا رسول الله اني وجدت شاة . فقال رسول الله «ص» : هي لك
أو لاخيك أو للذئب . فقال : يا رسول الله اني وجدت بعيراً . فقال : خفه حداؤه
وكرشه سقاؤه فلا تهجه .

وفي صحيح معاوية بن عمار عن ابي عبدالله عليه السلام قال : سألت رجل
رسول الله «ص» عن الشاة الضالة بالفلاة . فقال للسائل : هي لك أو لاخيك أو
للذئب . قال : وما أحب أن أمسها ، وسأل عن البعير الضال فقال للسائل : مالك
وله ، خفه حداؤه وكرشه سقاؤه خل عنه [الوسائل ، الباب ١٣ من كتاب اللقطة
الحديث ١ - ٥] .

١) كما في رواية ابن ابي 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 بثمانها [الوسائل
الباب ١٣ من كتاب اللقطة ، الحديث ٦] .

واليه أشار المحقق في الشرائع بقوله « ان كان شاة حبسها ثلاثة ايام ، فان

والظاهر ضمانها لوجاء صاحبها ولم يرض بالتصدق^(١). ولا يبعد
جواز حفظها لصاحبها او دفعها الى الحاكم ايضاً^(٢).

لم يأت صاحبها باعها الواجد وتصدق بضمنها .

والرواية وان كانت ضعيفة وغير خاصة بالعمران الا أنها منجبرة بفتوى
الاساطين كالشيخ والحلي الذي لا يعمل الا بالقطعيات والفاضلين والفخر والشهيد بن
وابي العباس والمقداد والكركي على ما حكى عن بعض ، بل نسبه غير واحد
الى الشهرة ، بل الى الاصحاب مشعراً بالاجماع .

بل في الرياض «قدحملة الاصحاب على المأخوذ من العمران» وظاهرهم
الاطباق على العمل بها، واطلاقه مقيد بالنصوص المعتمدة المشتملة على حكمها
في الفلاة المقابلة للعمران ، 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 أو لاختك أو للذئب
فخذها وعرفها حيث أصبتها ، فان عرفت فردها الى صاحبها، وان لم تعرف فكلها
وأنت لها ضامن أن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها [الوسائل ، الباب ١٣
من كتاب !لقطة ، الحديث ٧] .

(٢) أما جواز حفظها لصاحبها فلانه احسان الى صاحبها ولا اشكال في جوازه ،
وأما جواز دفعها الى الحاكم أيضاً لانه ولي الغائب ومنسوب للمصالح ، فالدفع
الى الحاكم ايصال الى نائب المالك .

وقد ذكر المحقق في شاة وجدت في الفلاة «ان شاء احتبسها أمانة في يده
لصاحبها ولا ضمان، وان شاء دفعها الى الحاكم ليحفظها أو يبيعها ويوصل ثمنها
الى المالك» .

ولو كان الحيوان في معرض الخطر لمرض او غيره جازله اخذه^(١)
من دون ضمان ويجب عليه الانفاق عليه^(٢) .

وجاز له الرجوع بما انفقه على مالكة لو كان انفاقه عليه بقصد

وقال صاحب الجواهر في ذيله : وان نسبة بعض الناس الى الاكثر مشعراً
بالخلاف فيه لكن لم أتحمقه ، على أنه موافق للقواعد العامة فسي الاخيرين ،
ضرورة الاحسان اليه والايصال الى نائبه ، وكون ذلك حكماً مطلقاً للقطعة [الجواهر
ج ٣٨ ص ٢٣٣] .

(١) بلاخلاف ظاهر ، بل عن التذكرة عليه الاجماع . ويشهد له جملة من
النصوص :

(منها) رواية قرب الاسناد عن موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته
عن رجل أصاب شاة في الصحراء هل تحل له ؟ قال : قال رسول الله « ص » :
هي لك أو لاختيك أو للذئب ، فخذها وعرفها حيث أصبتها ، فان عرفت فردها
الى صاحبها - الخ [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٥ ، الحديث ٧] .

(ومنها) معتبرة هشام بن سالم عن ابي عبد الله عليه السلام قال : جاء رجل
الى النبي «ص» فقال : يا رسول الله اني وجدت شاة . فقال رسول الله «ص» :
هي لك أو لاختيك أو للذئب [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٣ ، الحديث ١] .

(٢) وذلك من جهة وجوب حفظ الاموال التي جعلت قياماً للناس بمقتضى
الاية الكريمة « ولا تعطوا السفهاء أموالكم التي جعل لكم قياماً » [سورة النساء
٥] كما منع عن الاسراف والتبذير بقوله تعالى « كلوا واشربوا ولا تسرفوا »
[سورة الاعراف : ٣١] .

الرجوع عليه ^(١) وان كان له منفعة من ركوب او حمل عليه اولبن ونجوه جاز له استيفاؤها واحتسابها بأزاء ما انفق ^(٢) ، ويرجع الى صاحبه ان كانت النفقة اكثر ويؤدي اليه الزيادة ان زادت المنفعة عنها .

(١) لانه محسن ومأمور من قبل الشارع بالانفاق ، ففي صحيح ابى ولاد قال : قلت له : جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه . قال « ع » : لا لانك 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 : انما يحل له بيعها بما أنفق عليها [الوسائل ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٨] حيث أنه يدل على جواز البيع لاخذ ما أنفق عليها .

وفي خبر المدائني: فان طلب منه الذي رباه النفقة وكان مـوسراً رد عليه وان كان معسراً كان ما انفق عليه صدقة [الوسائل ، الباب ٢٢ من أبواب اللقطة ، الحديث ٢] .

فالمتحصل أنه مع اذن الشارع في الاخذ أو العلم برضى المالك به يرجع فيما أنفق عليها ولا يرجع بدون ذلك .

(٢) بلا خلاف ، ويعضده صحيح محمد بن احمد عن الصادق عليه السلام عن اللقيطة : لا تباع 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 و صار تحت

يده يجب عليه الفحص عن صاحبه في صورتى جواز الاخذ وعدمه^(١) ،
فاذا يئس من صاحبه تصدق به او يئس منه كغيره من مجهول المالك^(٢) .

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 اىصال المال الى صاحبه عرفاً وعقلاً ، ويسدل على

وجوبه مضافاً الى قاعدة عموم النصوص:

(منها) صحيحة 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 فيعطئها اياه ، وان مات أوصى بها فان
أصابها شيء فهو ضامن [الوسائل ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ١٣] .

(ومنها) صحيحة الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث قال :

واللقطة يجدها الرجل ويأخذها . قال : يعرفها سنة فان جاء لها طالب والافهي

كسبيل ماله [الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٩ ، الحديث ١] .

(ومنها) رواية المدائني عن ابي عبدالله عليه السلام قال : الضوال لا يأكلها

الا الضالون اذا لم يعرفوها [الوسائل 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 ، فحينئذ لا طريق لوصول المال الى صاحبه أقرب من التصديق به

او يئس منه عن صاحبه .

(مسألة : ٣) ما يدخل في دارالانسان من الحيوان كالدجاج

ويدل عليه النصوص :

كما في رواية ابن ابي 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 وتصديق بئمنها [الوسائل ، الباب ١٣ من كتاب اللقطة ، الحديث ٦] .

وفي رواية يونس بن عبدالرحمن قال : سئل ابو الحسن الرضا عليه السلام وأنا حاضر . الى أن قال : فقال رفيق كان لنا بمكة فرحل منها الى منزله ورحلنا الى منازلنا ، فلما أن صرنا في الطريق أصبنا بعض متاعه معنا فأى شيء نصنع به ؟ قال : تحملونه حتى تحملوه الى الكوفة ، قال : لنساعرفه ولانعرف بلده ولانعرف كيف نصنع ؟ قال : اذا كان كذا فبعه وتصديق بئمنه . قال له : على من جعلت فذاك؟ قال : على أهل الولاية [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٧ ، الحديث ٢] .

وفي معتبرة زرارة قال : سألت ابا جعفر عليه السلام عن اللقطة فأراني 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 فوجد فيه نحو سبعين درهماً مدفونة فلم تنزل 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 ^(١) ، بل هو داخل في عنوان مجهول المالك . فيتفحص عن صاحبه وعند اليأس منه يتصدق به ^(٢) .

والفحص اللازم هو المتعارف في امثال ذلك ، بأن يسأل من الجيران والقريبة من الدور والعمران ^(٣) ، ويجوز تملك مثل الحمام اذا ملك جناحيه ولم يعلم ان له صاحباً ولا يجب الفحص ^(٤) .

(١) وذلك لاعتبار صدق اسم الضياع من المالك عرفاً في صدق اللقطة وشرعاً ، فلا يصدق على الدجاج والحمام في المثل أنهما قدضاعا ، 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 وان لم يعلم تحقق وصف الضياع فيه . فليس له شاهد ، بل اللقطة عرفاً ولغة المال الضائع لامطلق ما لا يد عليه من المال وان لم يعلم كونه ضائعاً .

(٢) كما يدل عليه موثقة اسحاق بن عمار المتقدمة .

(٣) وذلك لان المطلق ينطبق على الفرد المتعارف في امثال ذلك خصوصاً مع ملاحظة موثقة عمار المتقدمة « فاسأل عنها اهل المنزل لعلمهم يعرفونها » .

(٤) وذلك لجريان الاصل والسيرة عليه ، ويدل عليه الروايات كما في صحيحة ابي نصر قال : سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير الذي يسوى دراهم كثيرة وهو مستوى الجناحين وهو يعرف صاحبه أيحل له امساكه ؟ فقال : اذا عرف صاحبه رده عليه ، وان لم يكن يعرفه وملك جناحه

والاحوط فيما اذا علم ان له مالكا ولو من جهة آثار اليد أن يعامل معه معاملة المجهول المالك^(١) .

(مسألة : ٤) ما يوجد من الحيوان في غير العمران من الطرق والشوارع والمفاوز والصجاري والبراري والجبال والاجام ونحوها ان كان مما يحفظ نفسه بحسب العادة من صغار السباع مثل الثعالب وابن آوى والذئب والضبع ونحوها - اما لكبر جثته كالبعير او لسرعة عدوه كالفرس والغزال او لقوته وبطشه كالجاموس والثور - لا يجوز اخذه ووضع اليد عليه ان كان في كلاء وماء^(٢) .

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 طيرا فتبعه حتى وقع على شجرة فجاء رجل آخر فأخذه. قال: للعين مارأت ولليد ما أخذت [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٦ ، الحديث ٢] وعليه روايات أخرى .

(١) لاحتمال انصراف النصوص عما اذا كان له مالك ، بل في ذيل الصحيحة المتقدمة « وان جاءك طالب لاتهمه رده عليه » . نعم مقتضى اطلاق قوله عليه السلام « اذا عرف صاحبه رده عليه وان لم يكن يعرفه وملك جناحه فهو له » أنه مع عدم معرفة صاحبه ولو من جهة الاجمال يجوز امساكه وتملكه .

(٢) وذلك أما في البعير فكما في الجواهر : فالبعير لا يؤخذ اذا وجد في كلاء وماء يتمكن من التناول منهما وان لم يكن صحيحاً ، بلاخلاف أجده بين القدماء والمتأخرين منا ، بل في الكفاية نسبتة الى الاصحاب مشعراً بالاجماع

عليه ولعله كذلك [الجواهر ج ٣٨ ص ٢١٨] .

وفي الغنية « من وجد ضالة الابل لايجوز له اخذها باجماع الطائفة » .
ويدل عليه النصوص ؛ كمعتبرة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام
جاء رجل الى النبي «ص» فقال : يا رسول الله انسي وجدت شاة . فقال رسول
الله : هي لك أو لاختيك أو للذئب . فقال : يا رسول الله انسي وجدت بعيراً ،
فقال : خفه حدأؤه وكرشه سقاؤه فلا تهيجه [الوسائل ، الباب ١٣ من كتاب
اللقطة ، الحديث ١] .

وفي صحيح معاوية بن عمار عن ابي عبدالله عليه السلام قال : سألت رجل
رسول الله «ص» عن الشاة الضالة بالفلاة . فقال للسائل : هسي لك أو لاختيك
أو للذئب . قال : وما أحب ان أمسها . وسأل عن البعير الضال فقال للسائل :
ما لك وله خفه حدأؤه وكرشه سقاؤه خل عنه . ونحوه مرسل الفقيه وصحيح
الحلبى [الوسائل ، الباب ١٣ من كتاب اللقطة ، الحديث ٥ - ٤ - ١] .

وكذلك حكم الدابة التي هي الفرس في كلامهم بلاخلاف أجده فيه ،
بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، كما أشعر به بعض العبارات . ويدل عليه رواية
مسمع عن ابي عبدالله عليه السلام قال : ان امير المؤمنين «ع» كان يقول في
الدابة اذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها فهي للذي أحيها . قال :
وقضى أمير المؤمنين «ع» في رجل ترك دابة بمضيعة . فقال : ان كان تركها في
كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها متى شاء ، وان كان تركها في غير كلاء ولأما
فهي لمن أحيها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٤ ، الحديث ٣] .

وفي رواية عن السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين «ع»

او كان صحيحاً يقدر على تحصيل الماء والكلاء^{١)} . وان كان

قضى في رجل ترك دابته من جهد . فقال : ان كان تركها في كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها حيث أصابها ، وان تركها في خوف وعلى غير ماء ولا كلاء فهي لمن أصابها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٤ ، الحديث ٤] .

ومما ذكرنا يظهر حكم غير البعير والفرس من الغزال والجاموس والثور لان المفهوم من فحوى المنع من أخذ البعير والدابة ان كل حيوان يكون مأموئاً من خطر صغار السباع من جهة قدرته على الامتناع ويكون محفوظاً من خطر التلف من جهة وجود الماء والكلاء لايجوز أخذه ، ولا خصوصية للبعير والدابة بل حال سائر الحيوانات حالهما مع الاشتراك في الملاك .

ولذلك جاء في الجواهر : وكيف كان ففي جريان الحكم المزبور في البقرة والحمار تردد ينشأ مما عرفت أظهره المساواة في الاول ، وفاقاً للشيخ والابى والفاضل والشهيدى والكركي والمقداد وظاهر الحلبي على مساحكي عن بعض ، لان ذلك فهم من فحوى المنع من أخذ البعير باعتبار استغنائه بالرعي والشرب وكونه محفوظاً من صغار السباع . نعم لو فرض تحقق التلف لبعد الماء والكلاء على وجه لا يصل اليه ولا يهتدى اليه لم يحرم الاخذ [الجواهر ج ٣٨ ص ٢٢٥] .

(١) بلاخلاف أجده فيه أيضاً . بل في غاية المرام دعوى الاجماع صريحاً قال : وقع الاجماع على عدم جواز أخذ البعير اذا ترك من غير جهد مطلقاً ، سواء كان في كلاء او ماء أو لم يكن ، وكذا اذا ترك من جهد فسي كلاء او ماء .

وفي الرياض أيضاً دعوى الاجماع ، ويدل عليه النصوص المتقدمة من جهة التعليقات الواردة فيها .

مما تغلب عليه صغار السباع كالشاة واطفال البعير والدواب جاز
اخذة^(١).

فاذا اخذه عرفه على الاحوط فى المكان الذى اصابه وحواليه
ان كان فيه احد فان عرف صاحبه رده اليه والا كان له تملكه وبيعه
واكله مع الضمان لمالكه لو وجد^(٢).

(١) أما في الشاة فلا خلاف فيه ظاهراً، وعن التذكرة الاجماع عليه . ويشهد
به جملة من النصوص المتضمنة لقوله صلى الله عليه وآله « هي لك أو لاختك
أو للذئب » كما في معتبرة هشام بن سالم المتقدمة « انسي وجدت شاة فقال
رسول الله «ص» : هي لك أو لاختك أو للذئب [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٣] .
ومثله صحيحة الحلبي ورواها احمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن
أبيه سئل رسول الله «ص» وذكر مثله الا انه قال بعد قوله «أو للذئب» : وما أحب
ان أمسكها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٣] .

وأما في مطلق ما لا يمتنع من صغير السباع كأطفال الابل والبقر والخيول
والحمير والدجاج والاوز وما شاكل فالمشهور الحاقه بالشاة في حكمها ، وعن
التذكرة نسبته الى علمائنا وهو الحجة فيه .

ويؤيده أن المستفاد من النصوص الواردة في البعير والشاة أن المدار على
الامتناع والاستغناء 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 لاختك أو
للذئب ، فخذها وعرفها حيث أصبتها ، فان عرفت فردها الى صاحبها وان لم

تعرف فكلها وأنت لها ضامن ان جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها [الوسائل ،
الباب ١٣ من كتاب اللقطة ، الحديث ٧] .

ولكن في المحكي عن المهذب قال « يجوز تملكها في الحال من غير
تعريف باجماع العلماء » كالمحكي في التحرير من اجماعهم أيضاً على جواز
أكلها في الحال .

وفي الجواهر : لاختلاف أجده في أن الاخذ بالخيار ان 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 و خلاف ستعرفه
انشاء الله ، وان شاء احتبسها أمانة في يده لصاحبها ولاضمان ، وان شاء دفعها
الى الحاكم الذي هو ولي الغائب ومنصوب للمصالح ليفعل فيها ما يراه من
المصلحة بأن يحفظها أو يبيعها ويوصل ثمنها الى المالك ، وان نسبه بعض
الناس الى الاكثر مشعراً بالخلاف فيه لكن لم أتحققه . على أنه موافق للقواعد
العامة في الاخيرين ، ضرورة الاحسان اليه والايصال الى نائبه وكون ذلك حكم
مطلق اللقطة [الجواهر ج ٣٨ ص ٢٣٣] .

ويدل عليه أيضاً اطلاقات الروايات الدالة على أنها هي لك أو لاختيك
أو للذئب ، كما في معتبرة هشام بن سالم عن ابي عبدالله عليه السلام قال :
جاء رجل الى النبي «ص» فقال : يا رسول الله اني وجدت شاة . فقال رسول
الله : هي لك أو لاختيك 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 ، ^(١) ولاضمان عليه ^(٢) .
 (مسألة : ٥) لو اخذ البعير ونحوه في صورة لا يجوز له اخذه
 ضمنه ^(٣) ويجب عليه الانفاق عليه ^(٤) وليس له الرجوع بما انفقه على
 صاحبه وان كان من قصده الرجوع عليه ^(٥) كما مرفيما 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 وبالتخيير ثانياً بعد عدم الوصول
 الى صاحبها .

(١) بلاخلاف ولااشكال لانه احسان الى صاحب المال ، فلاشكال في جوازه
 ويقتضيه اطلاقات ما دل على أنها لك أو لاختيك أو للذئب .
 (٢) لانه أمين ومحسن في حفظه وابقائه ومأذون من قبل الشارع ، فلاوجه
 لضمائه .

(٣) وذلك بلاخلاف ولااشكال لعموم علي اليد [المستدرك ، الباب ١ من
 كتاب الغصب، الحديث ٤ وسنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥] مع عدم الاذن لاشرعاً
 ولامالكاً .

(٤) لوجوب حفظها عن التلف حتى يردها الى مالکها عملاً بمقتضى اليد .
 (٥) لانه لم يكن مأذوناً في الاخذ لاشرعاً ولامالكاً ، وهو غاصب فلايجوز
 له الرجوع بما أنفق كما في صحيح ابى ولاد : قال قلت له : جعلت فداك فقد
 علفته بدراهم فلي عليه علفه ؟ قال عليه السلام : لا لانك غاصب [الوسائل ،

(مسألة : ٦) اذا ترك الحيوان صاحبه وسرحه فسى الطريق او الصجاري والبرارى فان كان بقصد الاعراض عنه جاز لكل احد اخذه وتملكه كما هو الحال فى كل مال اعرض عنه صاحبه^١ .
وان لم يكن بقصد الاعراض بل كان من جهة العجز عن انفاقه او من جهة جهد الحيوان و كلاله كما يتفق كثيراً ان الانسان اذا كلت دابته فى الطريق والمفاوز ولم يتمكن من الوقوف عندها يأخذ رحلها

الباب ٧ من كتاب الغصب ، الحديث ١] .

(١) لانه مضافاً الى كونه مطابقاً للقاعدة مورد للنصوص أيضاً ، كما فى رواية السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام : ان امير المؤمنين «ع» قضى فى رجل ترك دابته من جهد . فقال : ان كان تركها فى كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها حيث أصابها ، وان تركها فى خوف وعلى غير ماء ولا كلاء فهي لمن أصابها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٤] .

وفى رواية مسمع عن ابى عبدالله عليه السلام قال : ان امير المؤمنين «ع» كان يقول فى الدابة اذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها : فهي للذي أحيها . قال : وقضى امير المؤمنين «ع» فى رجل ترك دابة بمضيعة . فقال : ان كان تركها فى كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها متى شاء ، وان كان تركها فى غير كلاء ولا ماء فهي لمن أحيها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٤ ، الحديث ٣] .
تقريب الاستدلال بالروايتين : ان من يترك دابته فى غير كلاء وماء وفى مورد الخطر يكون معرضاً عنه لامحالة ، ولا أقل من أنه القدر المتيقن من الروايات .

أوسرجهما ويسرحها ويذهب . فان تركه فسي كلاء وماء وامن ليس لاحد ان يأخذه^(١) . فلو اخذه كان غاصباً ضامناً له^(٢) . وان ارسله بعد ما اخذه لم يخرج من الضمان^(٣) . وفي وجوب حفظه والانفاق عليه وعدم الرجوع الى صاحبه مامر فيما يؤخذ من العمران . وان تركه فسي خوف وعلى غير ماء وكلاء جاز اخذه وهو للاخذ اذا تملكه^(٤) .

(١) بلاخلاف أجده بين القدماء والمتأخرين منا ، بل في الكفاية نسبتة الى الاصحاب مشعراً بالاجماع عليه ، وفي غاية المرام دعوى ذلك صريحاً ، قال « وقع الاجماع على عدم جواز أخذ البعير اذا ترك من غير جهد مطلقاً ، سواء كان في كلاء أو ماء أو لم يكن وكذا اذا ترك من جهد في كلاء أو ماء » . ويدل عليه رواية مسمع المتقدمة « وان كان تركها في كلاء وماء وامن فهي له يأخذها متى شاء » [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٣] وكذلك رواية السكوني المتقدمة « ان كان تركها في كلاء وماء وامن فهي له يأخذها حيث أصابها » [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٤] .

(٢) اذ المفروض عدم الاذن في الاخذ لامن الشارع ولامن المالك ، فيكون غاصباً .

(٣) وذلك بمقتضى عموم على اليد ، حيث أن غايتها الاداء الى المالك لا الارسال .

(٤) كما في الشرائع « أما لو ترك البعير من جهد في غير كلاء وماء جاز أخذه لانه كالتالف ويملكه (ملكه خ ل) الاخذ ، ولاضمان لانه كالمباح ، وكذا

(مسألة : ٧) اذا صاب دابة وعلم بالقرائن ان صاحبها قد تركها بقصد الاعراض او بسبب آخر كانت بحكم الثاني ^(١) ، فليس له اخذها وتملكها الا اذا كانت في مكان خوف بلا ماء ولا كلاء ^(٢) .

(مسألة : ٨) اذا اصاب حيواناً في غير العمران ولم يدر ان صاحبه قد تركه بأحد النحويين اولم 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 كلاء وماء .

ويدل عليه صحيحه عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام قال : من اصاب مالا أوبعيراً في فلاة من الارض قد كلت وقامت وسيبها صاحبه مما لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقته حتى أحيها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها وانما هي مثل الشيء المباح [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٤ ، الحديث ٢] .

(١) وذلك لان مقتضى استصحاب الحالة السابقة عدم الاعراض ، فلامجوز للاخذ والتملك بعد عدم احراز الاعراض الموجب لصيرورته كسائر المباحات . ويدل عليه اطلاقات الروايات الواردة في البعير ، كما في معتبرة هشام ابن سالم المتقدمة فقال : يا رسول الله اني وجدت بعيراً . فقال : خفه حذائه وكرشه سقاؤه فلاتهجه [الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٣] وهكذا غيرها من الروايات .

(٢) وهو كالتالف 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 أو لاخيك أو للذئب » .

وتملكه^١ الا اذا كان غير صحيح ولم يكن في ماء وكلاء^٢.

١) لان أخذه وتملكه مبني على ترك الحيوان على نحو الاعراض أو في مورد الخوف على غير ماء وكلاء ، ومع عدم احراز أحد الوجهين فلامجوز للاخذ والتملك ، بل مقتضى الاطلاقات الواردة في البعير «حذاؤه خفه وسقاؤه كرشه فلا تهجه» عدم جواز الاخذ والتملك .

٢) فيجوز أخذه وتملكه اذالم يكن صحيحاً ، فترك من جهد وعطب لمرض أو كسراً وغيرهما ولم يكن في ماء وكلاء ، على الاظهر الا شهر بل عليه عامة من تأخر - كذا في الرياض .

وفي الجواهر : أما لو ترك البعير من جهد في غير كلاء وماء جاز أخذه ، لانه كالتلف ويملكه (ملكه خ ل) الاخذ ولا ضمان لانه كالمباح ، وكذا حكم الدابة والبقرة والحمار اذا ترك من جهد في غير كلاء وماء ، بلا خلاف صريح أجده بين القدماء والمتأخرين الا ما في الوسيلة [الجواهر ج ٣٨ ص ٢٢٧] .

ويدل عليه صحيح عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام : من أصاب مالا أو بعيراً في فلاة من الارض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها مما لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقته حتى احيها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها ، وانما هو مثل الشيء المباح [الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٣ من كتاب اللقطة ، الحديث ٢] .

والمراد من قوله عليه السلام « سيبها » أي تركها كما في المنجد ص ٣٦٦ (سيب ، : تركه يسب واهمله) ومقتضى اطلاق الرواية أنه مع الجهد والكلل اذا كان ترك الحيوان في غير ماء وكلاء يجوز أخذه و احيائه وتملكه ، أعم من ان كان الجهد والكلل شيئين من المرض أو من كسر العضو أو غيرهما ،

وان كان مثل الشاة جاز اخذه مطلقاً^{١)} .

والملاك أن يصير الحيوان كالتالف عرفاً .

(١) بلاخلاف ظاهر ، بل عن التذكرة عليه الاجماع ، ويشهد به جملة من النصوص المتقدم بعضها المتضمنة لقوله صلى الله عليه وآله : هي لك أو لأخيك أو للذئب . وماذكروه من أنها لا تمتنع من صغير السباع فهي معرضة للتلف فكانت بحكم التالفة .

وفي الجواهر : وكذا لاخلاف أجده في أن الاخذ بالخيار 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 جساء وطالب . على تردد وخلاف ستعرفه انشاء الله تعالى ، وان شاء احتبسها أمانة في يده لصاحبها ولاضمان وان شاء دفعها الى الحاكم الذي هو ولي الغائب ومنصوب للمصالح ليفعل فيها مايراه من المصلحة بأن يحفظها أو يبيعها ويوصل ثمنها الى المالك ، وان نسبة بعض الناس الى الاكثر مشعراً بالخلاف فيه لكن لم أتحققه [الجواهر ج ٣٨ ص ٢٣٣] .

القول في لقطة غير الحيوان

وهي التي يطلق عليها اللقطة عند الاطلاق واللقطة بالمعنى
الاخص^{١)} ويعتبر فيها عدم معرفة المالك ، فهي قسم من مجهول
المالك لها احكام خاصة .

(١) وهي المعبر عنها أيضاً بلقطة المال الصامت ، وهي لغة وعرفاً كل مال
غير الحيوان ضائع ولايد لاحد عليه ولو كانت هي يد ملتقط سابق . وبالقيد
الاخير يخرج المال المجهول مالكة .

وان شئت قلت : ان المجهول مالكة الذي لايد لاحد عليه تارة يكون
ضائعاً عن مالكة مثل ما يوجد في الطريق وشبهه وأخرى لا يكون ضائعاً منه مثل
ما يؤخذ من يد السارق والغاصب وما جعل أمانة ثم فقد مالكة 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 مالكة^(١)، بل لا بد في ترتيب احكامها من احراز الضياع^(٢) ولوبشاهد الحال^(٣).

(١) وذلك كما يقتضيه مفهوم اللقطة عرفاً .

(٢) كما أن ترتيب جميع الاحكام على موضوعاتها يتوقف على احراز تلك الموضوعات بالوجدان أو الاصل .

(٣) لان احراز الضياع بالقطع واليقين في موارد ما لا يمكن الانادراً ، والسيرة العقلية وبناء العرف في أمثال ذلك على الاعتماد بشاهد الحال والشارع لم يردع العرف والعقلاء عن ذلك .

وفي الجواهر : نعم الظاهر كفاية شاهد الحال فيها ، فمتى لم يكن لم يحكم بأنه لقطة ، ولعله لذا أمر بالصدقة بمثله فسي موثق اسحاق بن عمار : سألت ابا ابراهيم عليه السلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيه سبعين درهماً مدفونة ، فلم تنزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع ؟ قال : فاسأل عنها أهل المنزل لعلمهم 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 ولوبشاهد الحال فلا أجد لها شاهداً ، بل لعل ظاهر الأدلة خلافها ، ضرورة كون العنوان فيها اللقطة ، وهي عرفاً ولغة المال الضائع لا مطلق ما لا يد عليه من المال وان لم يعلم كونه ضائعاً .

بل الظاهر عدم جواز أخذ المال المزبور مع عدم مظنة تلفه لاصالة حرمة الاستيلاء على مال الغير بعد عدم اندراجه في عنوان المأذون شرعاً في تناوله

فالمداس^(١) المتبدل بمداسه في المساجد ونحوها يشكل ترتيب
احكام اللقطة عليه ، وكذا الثوب المتبدل بثوبه في الحمام ونحوه
لاحتتمال تعمد المالك في التبديل^(٢) . ومع ذلك يكون من مجهول المالك
لامن اللقطة^(٣) .

(مسألة : ٢) يعتبر في صدق اللقطة وثبوت احكامها الاخذ^(٤)
والالتقاط فلورأى غيره شيئاً واخبر به فأخذه كان حكمها على الاخذ
دون الرأى وان تسبب منه ، بل لو قال ناولنيه فنوى المأمور الاخذ
لنفسه كان هو الملتقط دون الامر ولو اخذه لالنفسه وناوله اياه ففي
كون الامر ملتقطاً اشكال فضلاً عن اخذه بأمره ونياسته من دون ان
يناوله اياه^(٥) .

فاذا قبضه كان له ضامناً [الجواهر ج ٣٨ ص ٢٧٢] .

- (١) المدارس : الحذاء الذي يلبس في الرجل (المنجد ص ٢٢٩) .
- (٢) فلا يكون الضياع من مالكة محرزاً مع أنه يعتبر في صدق اللقطة عرفاً
الضياع والفقدان من المالك .
- (٣) فلا بد من ترتيب احكام مجهول المالك عليه دون اللقطة .
- (٤) كما جاء في تعريف اللقطة عن المحقق في الشرائع « اللقطة كل مال
ضائع أخذ ولا يد عليه » .
- (٥) كما في الجواهر : يعتبر فيها الالتقاط والاخذ ، فلو رآها وأخبر غيره
بها فالتقطها كان حكمها على الاخذ دون من رأى وان تسبب منه ، ضرورة صدقه

عليه كالاختطاب والاصطياد دونه بلاخلاف ولا اشكال ، بل لو قال له : ناولنيها
فنوى المأمور الاخذ لنفسه كان هو الملتقط دونه أيضاً .

بل قد يشكل جريان الحكم على الامر لو اسم ينو وناولها اياه بناءً على
عدم ثبوت مشروعية التوكيل في نحو ذلك ، فيجري الحكم حينئذ على الاخذ
دون الامر وان نوى أنه له .

ولعله لذا قال في القواعد : ولو قال « ناولنيها » فان نوى الاخذ لنفسه
فهي له والافلامر على اشكال . اذ ليس هو الا من حيث صدق الالتقاط على
الاخذ وان نواه لغيره ، فبان ذلك لا يخرج عمن كونه آخذاً وملتقطاً ، الا
اذا ثبت مشروعية التوكيل فيه كي يكون فعله شرعاً ، فيكون الاخذ هو
الامر مع نية أنه له ، وقد سلف لنا في كتاب الوكالة ما يعلم منه تحقيق الحال
[الجواهر ج ٣٨ ص ٢٧٤] .

وهو قدس سره قد بحث عنه في كتاب الوكالة (ج ٢٧ ص ٣٨٠ - ٣٨١
من الجواهر) .

ويدل على ما ذكره الماتن دام ظله من اعتبار الاخذ في ترتيب أحكام اللقطة
الروايات الواردة فيها ، كما في صحيحة الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام
قال : واللقطة يجدها الرجل ويأخذها . قال : يعرفها سنة فان جاء طالبها والا
فهي كسبيل ماله [الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٩ ، الحديث ١] .

وفي رواية محمد بن علي بن الحسين قال : قال الصادق عليه السلام : أفضل
ما يستعمله الانسان في اللقطة اذا وجدها أن لا يأخذها ولا يتعرض لها ، فلو أن
الناس تركوا بما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥١ ، الحديث

ولو اخذه لالنفسه وناوله اياه ففي كون الامر ملتقطاً اشكال
فضلا عن اخذه بأمره ونيابته من دون ان يناوله اياه ^(١) .
(مسألة : ٣) لورأى شيئاً مطروحاً على الارض فأخذه بظن
انه ماله فتبين انه ضائع عن غيره صار بذلك لقطه وعليه حكمها ^(٢) ،

[٩] .

وأما اعتبار الاخذ في صدق اللقطة عرفاً محل اشكال كما يشهد عليه الروايتان
المتقدمتان وبعض الروايات الاخرى الواردة في المقام .
ثم انه يترتب على ما ذكر أن حكم اللقطة متوجه الى الاخذ وان كان المسبب
والامر شخصاً آخر ولكن أخذ لنفسه ، كما هو مقتضى اطلاق الروايات التي
تقدم بعضها .

(١) لان مقتضى قبول النيابة والوكالة في أمثال ذلك أن الالتقاط مستند
الى المنوب عنه والامر لا المباشر لعدم استقلاله عرفاً ، بل حكم المباشر في
المقام حكم الالة المتوسطة بين الفاعل وعمله .
ولكن يقتضى الجمود على ظاهر النصوص أن الحكم مترتب على المباشرة
لاعتبار الاخذ في ترتيب أحكام اللقطة على ما صرحت به النصوص ، وهو فعل
المباشر دون الامر والمسبب .

وفي الجواهر : وأما الالتقاط بمعنى ترتب حكم التعريف ونحوه عليه فقد
يظهر من بعضهم عدم الجواز فيه ، ولعله لظهور أدلته في اعتبار المباشرة فيه
الا انه لا يخفى عليك ما فيه ان لم يكن اجماعاً [الجواهر 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 فنجاه بعد اخذه من جانب الى آخر^(١) ،
نعم لو دفعه برجله او بيده من غير اخذ ليتعرفه فالظاهر عدم صيرورته
بذلك ملتقطاً^(٢) ، بل ولاضامناً لعدم صدق اليد والاخذ^(٣) .

(مسألة : ٤) المال المجهول المالك غير الضائع لا يجوز اخذه
ووضع اليد عليه^(٤) فان اخذه كان غاصباً ضامناً^(٥) الا اذا كان في معرض

مال ضائع من غيره . نعم تترتب عليه الاحكام بعد تبين أنها لقطه كسائر الموضوعات
التي يترتب عليها الاحكام بعد الاحراز .

(١) لان مقتضى النصوص ترتيب الاحكام بمجرد الاخذ ولا يسقط ذلك بطرحه
أوجعله في جانب آخر بمقتضى استصحاب بقاء التكليف كما في صحيح الحلبي
عن الصادق عليه السلام قال : واللقطة يجدها الرجل ويأخذها . قال « ع » :
يعرفها سنة فان جاء لها طالب والافهي كسبيل ماله [الوسائل ج ١٧ ، الباب
٣ من كتاب اللقطة ، الحديث ١] .

(٢) وذلك لاعتبار الاخذ في وجوب التعريف كما عرفت في صحيحة الحلبي
المتقدمة ، ودفعه برجله أو يده لا يصدق عليه الاخذ .

(٣) والمعتبر في ضمان اليد الاخذ ، كما جاء في القاعدة المشار إليها « على
اليد ما أخذت » .

(٤) وذلك لقاعدة السلطنة وحرمة مال المسلم ، فالأخذ كسائر التصرفات مما
يحتاج الى اذن المالك ، فلا يجوز بدون احراز الاذن والرضاء به .

(٥) لان مقتضى قاعدة اليد الضمان مالم يكن الاخذ مأذوناً لامن قبل المالك
ولامن قبل الشارع .

التلف فيجوز بقصد الحفظ^(١) ، ويكون حينئذ في يده امانة شرعية، ولا يضمن الا بالتعدى او التفريط. وعلى كل من تقديري جواز الاخذ وعدمه لو اخذه يجب عليه الفحص عن مالكة الى أن يئس من الظفر به^(٢) وعند ذلك يجب عليه ان يتصدق به او بثمانه^(٣).

(١) لانه محسن حينئذ ولا ضمان مع الاحسان ، مضافاً الى ما دل على جواز أخذ الحيوان اذا كان في معرض التلف ، كما في صحيحة علي بن جعفر ع-ن أخيه عليه السلام عن رجل أصاب شاة في الصحراء هل تحل له ؟ قال : قال رسول الله « ص » : هي لك أو لآخيك أو للذئب فخذها [الوسائل ج ١٧ الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ١٣] .

(٢) كما في صحيحة علي بن جعفر المتقدمة « فخذها فعرها حيث أصبتها فان عرفت فردها الى صاحبها » لان التعريف في الرواية مصداق للفحص عن المالك ، ومعلوم أن الامر به مغيبى برجاء معرفة صاحبها ، اذ مسح اليأس يكون التعريف لغواً في نظر العرف والامر الحكيم 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 : فاسأل عنها أهل المنزل لعلمهم 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 صالحاً « ع » فقلت : جعلت

ولو كان مما يعرض عليه الفساد ولا يبقى بنفسه يبيعه او يقومه
ويصرفه^(١)، والاحوط ان يكون البيع باذن الحاكم مع الامكان^(٢)
ثم بعد اليأس عن الظفر بصاحبه يتصدق بالثمن^(٣).

فذاك كنا مرافقين لقوم بمكة وارتحلنا عنهم وحملنا بعض متاعهم بغير علم وقد
ذهب القوم ولا نعرفهم ولا نعرف أوطانهم وقد بقي المتاع عندنا فما نصنع به ؟
قال : فقال : تحملونه حتى تلحقوهم بالكوفة . قال يونس : فقلت له : لست
أعرفهم ولا ندرى كيف نسأل عنهم ؟ قال : فقال : بعد واعط ثمنه أصحابك .
قال : فقلت : جعلت فداك أهل الولاية . قال : نعم [الكافي ج ٥ ص ٣٠٩] .
وذكر قريباً منه في (الوسائل ج ١٧ ، الباب ٧ من كتاب اللقطة ، الحديث
(٢) .

(١) ويدل عليه معتبرة السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام: ان امير المؤمنين
« ع » سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها
وبيضها وفيها سكين ، فقال أمير المؤمنين « ع » : يقوم ما فيها ثم يؤكل لانه
يفسد وليس له بقاء، فان جاء طالبها غرموا له الثمن . 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) لان الحاكم ولي الغيب والقصر، فعدم التعرض للاستجازة من الحاكم
في الرواية لعله كان من جهة أن المورد مما لا يمكن فيه الوصول الى الحاكم .
(٣) ويدل عليه موثقة اسحاق بن عمار المتقدمة، وأما الامر بالاكل والغرامة
على تقدير مجيء الطالب فسي معتبرة السكوني كان من جهة أن المورد داخل
في اللقطة لا المجهول المالك .

(مسألة : ٥) كل مال غير الحيوان أحرز ضياعه عن مالكة

المجهول ولو بشاهد الحال - وهو الذي يطلق عليه اللقطة كما مر -
يجوز اخذه والتقاطه على كراهة^(١) .

وان كان المال الضائع في الحرم اى حرم مكة زادها الله شرفاً
وتعظيماً اشتدت كراهة التقاطه ، بل لا ينبغي ترك الاجتياط بتركه^(٢) .
(مسألة : ٦) اللقطة ان كانت قيمتها دون الدرهم جاز تملكها

(١) ويشهد به نصوص كثيرة ، كصحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه
السلام عن اللقطة قال : لا ترفعها فان ابتليت بها فرفعها سنة .

وصحيح علي بن جعفر عن اخيه « ع » في حديث قال : وكان علي بن
الحسين يقول لاهله : لا تمسوها .

وفي مرسل الصدوق قال الصادق عليه السلام : أفضل ما يستعمله الانسان
في اللقطة اذا وجدها أن لا يأخذها ولا يتعرض لها ، فلو أن الناس تركوا بما
يجدون له لجاؤ صاحبها 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 الجواهر : بل يمكن دعوى القطع بفساد القول بالحرمة أو الضرورة فضلاً
عن الاجماع ، ويدل عليه أيضاً صحيح زرارة عن ابي 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 مالكتها^(١) .

الاصحاب في لقطه الحرم على أقوال منتشرة - حتى من الرجل في كتاب واحد - وعلى هذا فلا بد من ملاحظة الادلة ، فقد استدل على الحرمة بوجوه :

(منها) قوله تعالى « أولم يروا أنا جعلنا حرماً آمناً » [سورة العنكبوت : ٦٧] بدعوى ان مقتضاه أن يكون الانسان آمناً فيه على نفسه وماله ، وهو ينافي جواز أخذه . ويرد عليه أن جواز الالتقاط مع البناء على التعريف وابطالها على صاحبها لا ينافي كون الحرم آمناً .

(ومنها) معتبرة فضيل بن يسار عن ابي عبدالله عليه السلام عن الرجل يجد الملقطة في الحرم . قال « ع » : لا يمسه واما أنت فلا بأس لانك 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 الاخرى 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 أبوؤيده رواية فضيل بن يسار عن ابي جعفر عن لقطه الحرم فقال عليه السلام : لا تمس أبداً حتى يجيء صاحبها فيأخذها . قلت : فان كان مالا كثيراً . قال : فان لم يأخذها الا مثلك فليعرفها [الوسائل ، الباب ٢٨ من ابواب مقدمات الطواف من كتاب الحج ، الحديث ٢] .

فان قوله عليه السلام « فان لم يأخذها الا مثلك فليعرفها » يدل على الجواز اذ لو كان حراماً لساوى معه غيره . فعليه أخذ اللقطة حتى من الحرم جائز الا ان الاحتياط خصوصاً مع كون المسألة محللاً للخلاف مما لا ينبغي تركه .

(١) بلاخلاف أجده فيه كما في الجواهر ، وعليه الاجماع كما عن التذكرة

ولا يملكها قهراً بدون قصد التملك على الاقوى^(١)، فان جاء مالکها بعد ما التقطها دفعها اليه مع بقائها وان تملكها على الاحوط لولم يكن الاقوى^(٢).

وغیره ، ويشهد به مرسل الصدوق المتقدم « وان كانت اللقطة دون الدرهم فهي لك فلا تعرفها فان وجدت في الحرم ديناراً مطلقاً فهو لك لانعرفه » [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٩] .

ويدل عليه أيضاً الصحيح بابن ابي عمير عن ابي 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) لان مقتضى اطلاق معتبرة ابن ابي عمير « وان كانت دون درهم فهي لك فلا تعرفها » وان كان التملك حتى بدون القصد وكذلك مقتضى اطلاق رواية ابي بصير عن الباقر عليه السلام : من وجد شيئاً فهو له فليتمتع حتى يأتيه طالبه فاذا جاء طالبه رده 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 التملك بحسب الارتكاز العرفي ، ولا اشكال ولا خلاف ظاهراً فسي اعتبار قصد التملك في الصورة الثانية فكذلك في الصورة الاولى .

(٢) وذلك لان مقتضى القاعدة بعد حصول الملكية للاخذ لوجه للرد ، الا أن مقتضى رواية ابي بصير المتقدمة « فاذا جاء طالبه رده اليه » وجوب الرد مع بقاء العين اذا جاء طالبها .

وأما ما عن الايضاح والتنقيح من أن الخبر بعد الاجماع على عدم وجوب

وان كانت تالفة لم يضمناها الملتقط ، وليس عليه عوضها ان كان بعد التملك وكذا قبله ان تلفت من غير تفريط منه^(١). وان كانت قيمتها درهماً او ازيد وجب عليه تعريفها والفحص عن صاحبها^(٢)

رد العين يحمل على ارادة القيمة - غريب اذا اجماع على عدم وجوبه ، وعامى فرضه يطرح الخبر أو يحتمل على الرجحان لأنه يحمل على ارادة معنى آخر ، ولذلك قال صاحب الجواهر : واجماع الفخر والتنقيح لم نتحققه ، بل لعل المتحقق خلافه ، لاطلاق الخبر المزبور [الجواهر ج ٣٨ ص ٢٨١] .

(١) كما هو ظاهر النبصرة والارشاد والمحكي عن الشبخين والديلمي وابن حمزة ، بل عن النهاية والغنية التصريح بذلك ، بل في محكي المختلف أنه المشهور ، وعن الغنية الاجماع عليه ، للاصل وظاهر قوله عليه السلام في معتبرة الصدوق « أفضل ما يستعمله الانسان في اللقطة اذا وجدها أن لا يأخذها ولا يتعرض لها ، فلو أن الناس تركوا بما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه ، وان كانت اللقطة دون درهم فهي لك فلا تعرفها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥١ ، الحديث ٩] .

(٢) بلاخلاف ، 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 يجىء صاحبها أو من يطلبها تصدق بها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٩ ، الحديث ٢] .

فان لم يظفر به فان كانت لقطة الحرم تخير بين امرين التصديق
بها مع الضمان كاللقطة في غير الحرم او ابقاؤها وحفظها لمالكها
فلا ضمان عليه ، وليس له تملكها ^١ .

(١) بلا خلاف في شيء من ذلك الا في عدم جواز التملك ، فقد جوزه الحلبي ،
ويدل على جواز التصديق رواية علي بن ابي حمزة عن الكاظم عليه السلام عن
رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه . قال عليه السلام : بثس ما صنع ما كان ينبغي له
أن يأخذه . قال : قلت قد ابتلى بذلك . قال «ع» : يعرفه . قلت : فانه قد عرفه فلم
يجد له باغياً . فقال «ع» : يرجع الى بلده فيتصدق به على أهل بيت 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 والاتصدقت بها ، ولقطة غيرها تعرف سنة فان جاء
صاحبها والافهي 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 توهم الحضر لا يستفاد منه اكثر من جواز ذلك ، وأما
جواز استبقائها أمانة وحفظها للمالك فلا إشكال فيه ، وهو مقتضى الأصل والقاعدة ،
فيتخير بين الصدقة واستبقائها أمانة .

وأما عدم جواز تملكها فبعدم الدليل عليه ، ومقتضى القاعدة عدم جوازها
في مملوك الغير . نعم قد يستدل له تارة باطلاق مسادل على تملك اللقطة بعد
التعريف وأخرى بخبر الفضيل بن غزوان قال : كنت عند ابي عبد الله عليه السلام
فقال له الطيار بن حمزة وقد وجد ديناراً في الطواف قد انسحقت كتابته . قال

وان كانت لقطعة غير الحرم تخير بين امور ثلاثة: تملكها والتصدق
بها مع الضمان فيهما وابقاؤها امانة بيده من غير ضمان^١ .

عليه السلام هو له [الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٧ من كتاب اللقطة ، الحديث
١] .

واستدل ثالثة بمرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام : فان وجدت في
الحرم دينارا مطلقا فهو لك لاتعرفه [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب
اللقطة ، الحديث ٩] .

ولكن التمسك باطلاق الروايات ممنوع ، لانها تقيد بما يأمر بالصدقة في
لقطة الحرم . وأما الخبران فلن يعمل بهما أحد سوى الصدوق ، لانهما يدلان على
جواز التملك بدون التعريف ، بل في الثاني منهما النهي عن ذلك .

وأما الضمان على فرض التصديق فيشهد به خبر علي بن ابي حمزة ، واطلاق
ماورد في مطلق اللقطة كصحيح علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن الرجل
يصيب اللقطة فيعرفها سنة ثم يتصدق بها فيأتي صاحبها ما حال الذي تصدق بها ولمن
الاجر 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 . والنصوص الواردة في المقام على طوائف :
الاولى - ما يدل على الصدقة كصحيح 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 اغترمها الذي كانت عنده وكان الاجر له وان كره ذلك احتسبها 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 متاعاً واللص مسلم هل يرد عليه؟ فقال «ع» : لا يرد له ، فان امكنه أن يرده على أصحابه فعل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولافان أصاب صاحبها ردها عليه والاتصدق بها ، فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم . الحديث [الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٨ من كتاب اللقطة ، الحديث ١] ونحوها غيرها .

الثانية - مايدل 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 والافأنت احق بها . وقال : هي كسبيل مالك [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٥] .

وصحيح ابى بصير عن الباقر 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 - مايدل على جواز الحفظ ، كصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام

عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوباً أو دابة كيف يصنع؟ قال : يعرفها سنة
فان لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطياها اياه ،
وان مات أو وصى بهافان اصابها شيء فهو ضامن [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من
كتاب اللقطة ، الحديث ١٣] .

وصحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام عن اللقطة : لا يعرفها فان ابتليت
بها فعرفها سنة فان جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك يجرى عليها ما يجرى
على مالك حتى يجيء لها طالب ، فان لم يجيء لها طالب فأوص بها في وصيتك
[الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ١٠] .

ثم ان الجمع بين الطوائف الثلاث يقتضي البناء على التخيير بين الثلاثة
- أي التملك والحفظ والتصدق - فان نصوص التملك صريحة في الجواز
وعدم لزوم التصدق أو الحفظ ، فيحتمل الامر بكل منهما على التخيير ، مضافاً
الى عدم ظهوره في نفسه في التعيين ، فلا يدل على اكثر من الجواز .

ثم ان هنا طائفة رابعة تدل على أنها للامام ، كخبر داود بن يزيد عن الامام
الصادق عليه السلام قال له رجل : اني أصبت مالا واني قد خفت فيه على نفسي
فلو أصبت صاحبها دفعته اليه وتخلصت منه . فقال له ابو عبدالله عليه السلام :
والله ان لو أصبته كنت تدفعه اليه . قال : اي والله . قال : فأنا والله ماله صاحب
غيري . قال : فاستحلفه أن يدفعه الي من يأمره . قال : فحلف . فقال : فاذهب
فاقسمه في اخوانك ولك الامن مما خفت منه . قال : فقسمته بين اخواني [الوسائل
ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ١] .

ولكن الرواية ضعيفة سنداً ودلالة ، اما سنداً لوجود رجال في السند ،

(مسألة : ٧) الدرهم هو الفضة المسكوكة الرائجة في المعاملة وهو وان اختلف عياره بحسب الازمنة والامكنة الا ان المراد هنا ما كان على وزن اثنتى عشرة حمصة ونصف حمصة وعشرها، وبعبارة اخرى نصف المثقال بالمثقال الصيرفي الذى يساوى اربع وعشرين حمصة معتدلة^١ .

وأما دلالة فلان الرواية ذات وجوه ، منها كون ما أصابه لقطته «ع» فأمر بالصدقة على الاخوان تبرعاً ، ومنها كونه انطه من غيره لكن الامام عرف أنه لا وارث له فيكون المال له ، ومنها غير ذلك فلا يصح الاستدلال بها للاجمال .

ثم ان ثبوت الضمان في صورة تملكها أو التصديق بها فلما تقدم من النصوص السابقة . وأما عدم ثبوت الضمان في صورة الحفظ والابقاء لمالكها فللتسالم على عدم الضمان . مع كون القاعده أيضاً تقتضى عدم الضمان ، لان يده حينئذ يد أمانى مأذون من قبل الشارع فلا ضمان مع الامانة .

(١) لان المثقال الصيرفي - وهو المتعارف في البلاد في الاسوق - يساوى أربع وعشرين حمصة معتدلة ، والمثقال الشرعي يساوي ثمانية عشر حمصة ، ولا اشكال عندهم في أن الدرهم سبعة أعشار المثقال الشرعي ، وأن كل عشرة دراهم سبعة مثاقيل شرعية كما نقله جماعة كثيرة .

وعن ظاهر الخلاف دعوى اجماع الامة عليه ، وعن رسالة المجلسي أنه مما لاشك فيه ومما اتفقت عليه العامة والخاصة ، فاذا كان المثقال الشرعي ثلاثة أرباع المثقال الصيرفي يكون الدرهم نصف المثقال الصيرفي وربيع عشره . مثلاً اذا كان المثقال الصيرفي أربعين جزءاً كان المثقال الشرعي ثلاثين جزءاً منها .

فالدرهم يقارب نصف ريال عجمي، وكذا ربع روبية انكليزية.
(مسألة : ٨) المدار في القيمة مكان الالتقاط وزمانه في

والظاهر اتفاق الصيارفة والصيادلة وغيرهم على ان المئقال الصيرفي الذي
يعبر عنه بالمتعارف تارة وبالمعمولي أخرى (٢٤) حمصة في جميع بلاد ايران
وذكره البنك الملى بهذا الوزن أيضاً في (سر رسيد نامه) ص ٤٥ ط ايران
سنة ١٣٨٠ .

بل المستفاد من رسالة (الدرّة البهية في تطبيق الموازين الشرعية على
العرفية) أن المئقال الصيرفي بهذا الوزن كان متعارفاً عند العرب والعجم ،
حيث قال : ان البول النحاسي الايراني هو مئقال صيرفي متعارف عند العرب
والعجم في عصرنا هذا ، كما يأتي في الامر الخامس . وقد اعتبرناه الان من
وزن المئقال الشرعي ، فكان المئقال 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 ناشيء عن الاختلاف في أوساطها خفة ووزانة ،
فمما حققناه في المئقال الصيرفي يظهر لك أن المئقال الشرعي الذي هو ثلاثة
ارباعه كان على وزن ١٨ حمصة والدرهم الذي هو نصفه وربع عشره كان على
وزن ١٢/٦ حمصة .

ويؤيد ما ذكرناه تصريح جماعة من فقهاءنا المتأخرين من المعاصرين وغيرهم
في رسائلهم العملية، فذكروا وزن المئقال الشرعي ١٨ حمصة والدرهم الشرعي
١٢/٦ حمصة ، وهذا يكشف عن أن وزن المئقال الصيرفي كان عندهم أيضاً
٢٤ حمصة على حسب النسبة السابقة كما نص عليه جماعة منهم أيضاً .

اللقطة^(١) وفي الدرهم ، فان وجد شيئاً في بلاد العجم مثلاً وكان قيمته في بلد الالتقاط وزمانه اقل من نصف ريال او وجد في بلاد تكون الرائج فيها الروبية وكان قيمته اقل من ربعها جاز تملكه في الحال ولا يجب تعريفه^(٢) .

(مسألة: ٩) يجب التعريف فيما لم يكن اقل من الدرهم فوراً على الاحوط^(٣) ، نعم لا يجوز التسامح والاهمال والتساهل

(١) وذلك لانه المتفاهم عرفاً من النصوص والاجماع ، كما في صحيح ابن ابي عمير المتقدم « سألته عن اللقطة . قال : تعرف سنة قليلا كان أو كثيراً . قال : وما كان دون الدرهم فلا يعرف [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٤ ، الحديث ١] .

وفي مرسلة الصدوق : وان كانت اللقطة دون الدرهم فهي لك فلا تعرفها ، فان وجدت في الحرم ديناراً مطلساً فهو لك لا تعرفه [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٩] .

فان الظاهر من النصوص ولو بقرينة الانصراف أن المدار في القيمة مكان الالتقاط وزمانه بعد أن القيمة تختلف بحسب مكان الالتقاط وزمانه .

(٢) لانه أقل من نصف ريال عربي في بلاد العجم ، وكذلك أقل من ربع روبيه في البلاد التي يكون الرائج فيها الروبية اقل من الدرهم .

(٣) وذلك كما في المسالك « ويجب ايقاعه عقب الالتقاط مع الامكان وفي مكانه ان كان بلداً او مجتمعاً ولو عرف فيه واكله في غيره جاز » .

وقد صرح الفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم بكون مبتدئه حين الالتقاط

فيه ^(١) ، فلو أخره كذلك عصى الامع العذر ، وعلى اى حال لم يسقط التعريف ^(٢) .

(مسألة : ١٠) قيل لا يجب التعريف الا اذا كان ناوياً للتملك بعده ^(٣) والاقوى وجوبه مطلقاً وان كان من نيته ذلك او التصديق او

مع الامكان محتجين برواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال : سألته عن اللقطة قال : لا ترفعها فان ابتليت بها فعرفها سنة فان جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥١ ، الحديث ١٠] فانها تدل على وجوب التعريف فوراً بناءً على ما ذكره النحويون من أن الفاء للترتيب باتصال وثم للترتيب بانفصال .

وكذلك رواية أخرى عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : لا ترفعوها فان ابتليت فعرفها سنة فان جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠] .

مضافاً الى أن التحديد بالسنة في الروايات من جهة المنتهى عدم تعيين ابتداء مدة التعريف لعله يوجب الانصراف عرفاً الى أنه يتبدىء التعريف من أول زمان بعد الالتقاط .

(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 أزمة الامكان .

(٣) كما في الجواهر : قيل والقائل الشيخ في المحكى عن موضع من مبسوطه : لا يجب التعريف وجوباً شرطياً الا مع نية التملك ، ولفظه « من وجد

الحفظ لمالكها او غير ناولشيء اصلاً^(١).

(مسألة : ١١) مدة التعريف الواجب سنة كاملة^(٢) ،

لنطة نظرت فان اراد حفظها على صاحبها لا يلزمه ان يعرف لان التعريف انما يكون للتملك .

وفيه اشكال ينشأ من خفاء حالها عن المالك بعدم التعريف المأمور به فسي النصوص على جهة الاطلاق .

بل عن الخلاف والمبسوط والغنية وظاهر التذكرة الاجماع عليه كما عن السرائر وكشف الرموز نفى الخلاف فيه وهو كذلك ، فان المحكي عن المقنع الى الرياض اطلاق التصريح لوجوبه [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٦٩] .

(١) وذلك كله لاطلاق الامر بالتعريف في الروايات المستفيضة أو المتواترة ففي صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن اللقطة قال : لا ترفعوها فان ابتليت فعرفها سنة ، فان جاء طالبها والافاجعلها فسي عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك الى أن يجيء لها طالب [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠ ، الحديث ٣] .

وفى رواية أبان قال : أصبت يوماً ثلاثين ديناراً فسألت ابا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال : أين أصبته؟ قال قلت له : كنت منصرفاً الى منزلي فأصبته . قال : فقال : صرالى المكان الذي أصبت فيه فعرفه فان جاء طالبه بعد ثلاثة أيام فاعطه اياه والاتصدق به [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠ ، الحديث ٧] . وهكذا سائر الروايات .

(٢) بلاخلاف فيه والاجماع بقسميه عليه ، والنصوص مستفيضة أو متواترة فيه : ففي صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث قال : واللقطة يجدها الرجل ويأخذها . قال : يعرفها سنة فان جاء لها طالب والافهي كسبيل

ولا يشترط فيها التوالى ، فان عرفها فى ثلاثة شهور فى سنة على نحو يقال فى العرف انه عرفها فى تلك المدة ثم ترك التعريف بالمرّة ثم عرفها فى سنة اخرى ثلاثة شهور وهكذا الى ان كمل مقدار سنة فى ضمن اربع سنوات مثلاكفى فى تحقق التعريف الذى هو شرط لجواز التملك والتصدق^(١).

ماله [الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٩ ، الحديث ١] .

وفى صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن اللقطة قال : لا ترفعوها فان ابتليت فعرفها سنة فان جاء طالبها والافاجعها فى عرض مالك يجري عليها مايجري على مالك الى أن يجىء لها طالب [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠ ، الحديث ٣] وهكذا سائر الروايات .

نعم فى رواية أبان بن تغلب قال: أصبت يوماً ثلاثين ديناراً فسألت ابا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال لي: أين أصبته؟ قال: قلت له : كنت منصرفاً الى منزلي فأصبتها. قال: فقال صرالى المكان الذى أصبت فيه فعرفه فان جاء طالبه بعد ثلاثة ايام فاعطه اياه والاتصدق به [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠ ، الحديث ٧] .

ولكنها مطرحة أو محمولة على غير اللقطة أو على حصول اليأس بذلك، لان الرواية شاذة ولم يعمل بها الاصحاح فى اللقطة .

(١) وذلك من جهة الاجماع والتسالم على عدم اعتبار التوالى فى ترتيب الاحكام على اللقطة، وقد صرح الشيخ والفاضلان والشهيدان والكركي وغيرهم بأنه لايجب فيه التوالى ، بل فى الكفاية نسبتة الى الاصحاح .

وعن المحقق فى الشرائع : « ليس التوالى شرطاً فى التعريف ، فلو فرقه (فرق خ ل) جاز » .

وسقط عنه ما وجب عليه^(١) وان كان عاصياً ففى تأخير به هذا
المقدار ان كان بدون عذر^(٢) .

(مسألة : ١٢) لا يعتبر فى التعريف مباشرة الملتقط، بل يجوز

وفى المسالك وغيره ان للتوالي المحكوم بعدم وجوبه تفسيرين : أحدهما
استيعاب وقت الحول بالتعريف ، ولاخلاف ولااشكال فى عدم وجوبه ، بل فى
المسالك وغيره الاتفاق عليه، لصدق العرف بدونه . والثانى توالي التعريف فى
الحول الواحد بحيث يقع التعريف المعتبر فى اثني عشر شهراً متوالية ، فان ذلك
أيضاً غير لازم على ما صرح 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 ،
فانه يجوز له التوالي والتفريق .

نعم قال صاحب الجواهر : قلت : ان لم يكن اجماعاً أمكن دعوى انسياق
التوالي بالمعنى المزبور ، خصوصاً بعد تصريح الفاضل والشهيدين والكركي
 وغيرهم بكون مبتدأه حين الالتقاط مع الامكان ، محتجين له بقوله عليه السلام
« فاذا ابتليت بها فعرفها سنة » لظهور الفاء فى ذلك ، وان كان فيه منع دلالة
فاء الربط على ذلك ، الا أن مقتضى العرف الاتصال فيما عين مبتدؤه ان تمام
الحول . ولعله لذا كان المحكي عن بعض الشافعية عدم جواز التعريف على
الوجه المزبور [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٦٠] .

(١) لحصول الامتثال بالتكليف ، فمقتضى القاعدة سقوط التكليف بالامتثال .
(٢) لانه اهمال فى أمر اموال الناس ، مع أن مقتضى النصوص أن حرمة
مال المسلم كحرمة دمه ، واهتمام الشارع بأمر الاموال والاحتياط فيها شديد
كما هو المرتكز عند الاذهان من بعد المراجعة الى الاحكام .

استنابة الغير مجاناً او بالاجرة مع الاطمئنان بايقاعه^(١) ، والظاهر ان اجرة التعريف على الملتقط^(٢) الا اذا كان من قصده ان يبقى بيده ويحفظها لمالكه^(٣).

(١) بلاخلاف 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 الحاصل بتعريفه وتعريف غيره ولو بأمر غير بالغ بالانشاد أو 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 الملتقط أرفع شأناً من ذلك .

(٢) وذلك لانه واجب عليه فيجب عليه أجره التعريف من باب المقدمة .
(٣) لعدم وجوب التعريف الا اذا قصد التملك ، فلو أراد أن يحفظه لمالكه لا يجب عليه أجره التعريف كما عن التذكرة وجامع المقاصد .

نعم في التذكرة « انه يرفع الامر الى الحاكم ليبذل الاجرة من بيت المال أو يستقرض عليه أو يأمر الملتقط أو غير ذلك مما يراه مصلحة له ، ولا ينافي ذلك تملك الملتقط له بعد ذلك » .

وعن المبسوط أيضاً اختصاص وجوب التعريف حولاً بالصورة التي قصد التملك ، محتجاً بأن التعريف انما وجب لتحقيق شرط التملك ، فاذا لم يقصده لم يجب ويكون مالا مجهول المالك .

وفيه : انه مناف لصراحة جملة من النصوص المتضمنة للتعريف حولاً ثم

فان فى كون الاجرة على المالك او عليه تردد^(١) ، والاحوط
التصالح .
(مسألة : ١٣) لو علم بأن التعريف لا فائدة فيه او حصل له
اليأس من وجدان مالها قبل تمام السنة سقط^(٢) وتعخير بين الامرين
فى لقطة الجرم^(٣) .

يتصدق به ، الا أن يقال بأن اطلاق هذه الاخبار مما لم يعمل بها الاصحاب .
(١) لان مقتضى اطلاق بعض الروايات وجوب التعريف ، فيجب الاجرة
مقدمة للعمل بالواجب ، الا أن مقتضى تصريح الشيخ فى المبسوط والعلامة
فى التذكرة وجامع المقاصد عدم وجوب الاجرة عليه اذا لم يقصد التملك
فيكون الاحوط التصالح كما فى المتن .

(٢) وذلك لان التعريف انما يكون للوصول الى صاحبه ، فان علم بأن
التعريف لافائدة فيه أو حصل له اليأس من وجدان مالها قبل تمام السنة سقط .
مضافاً الى أن مورد النصوص ايضاً بحسب المتفاهم العرفي ما يكون احتمال
الوصول الى مالها موجوداً فى نفسه كما فى صحيحة الحلبي المتقدمة :
واللقطة يجدها الرجل ويأخذها . قال : يعرفها سنة فان جاء لها طالب والافهي
كسبيل ماله [الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٩ ، الحديث ١] فان قوله عليه السلام
« فان جاء لها طالب » يدل على أن التعريف فى مورد يكون احتمال مجيء
الطالب موجوداً فيه .

(٣) اذ لا يجوز له أن يملكها فى لقطة الحرم ، ولم يخالف فى ذلك الا الحلبي
واستدل على جواز التملك فى لقطة الحرم تارة برواية الفضيل بن غزوان قال :
كنت عند ابي عبد الله عليه السلام فقال له الطيار : ان ابن حمزة وجد ديناراً فى
الطواف قد انسحقت كتابته . قال عليه السلام هو له [الوسائل الباب ١٧ من

كتاب اللقطة، الحديث ١] وثالثة بمرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام :
فان وجدت في الحرم ديناراً مطلساً فهو لك لاتعرفه [الوسائل، الباب ٢ من كتاب
اللقطة ، الحديث ٩] .

واكن الاطلاق يقيد بمادل على أن لقطة الحرم يتصدق بها ، كما في رواية
علي بن حمزة عن الكاظم عليه السلام عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه .
قال «ع» : بشئ ماصنع ما كان ينبغي له أن يأخذه . قال : قلت قد ابتلي بذلك .
قال «ع» : يعرفه . قلت : فانه قد عرفه فلم يجده باغياً . فقال «ع» : يرجع الى
بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين ، فان 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 ،
لانهما 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 بلاخلاف أجده في الاخير الا
ما سمعته من المحكي عن النقي الذي قد تقدم الاجماع من الفاضل على خلافه .
مضافاً الى الاصل المعتضد بخلو كثير من النصوص المزبورة ، بل ظاهر
بعضها أو صريحه ذلك وأنه الفارق بين الحرم وغيره .

أقول : المراد من النصوص المشار اليها مثل رواية علي بن ابي حمزة
المتقدمة ومثل رواية ابراهيم بن عمر عن ابي عبدالله عليه السلام قال : اللقطة
لقطتان : لقطة الحرم وتعرف سنة فان وجدت صاحبها والاتصدقت بها ، ولقطة
غيرها تعرف سنة فان لم تجد صاحبها فهي كسبيل مالك [الوسائل ج ٩ ص

والاحوط ذلك فى لقطه غيره ايضاً^(١).

٣٦١ ، الحديث ٤] .

ثم قال : وأما التخيير المزبور فقد صرح به الشيخ وابنا زهرة وادريس والفاضلان والشهيدان وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، بل فى المسالك انه المشهور ، بل فى الغنية الاجماع عليه ، ولكن لم أجده فى شيء مما وصل الي من النصوص .

نعم فى الخبرين السابقين الامر بالتصدق الظاهر فى التعيين كالمحكى عن اقتصار المقنع والمقنعة والنهائة والمراسم ، اللهم الا أن يقال بقريئة الاجماع المزبور يحمل على الوجوب التخييري [الجواهر ج ٣٨ ص ٢٩١] .

(١) وذلك لمادل من الروايات على أن الملتقط مخير بين الامرين فقط كما فى رواية كثير : سأل رجل أمير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة ، فقال : يعرفها ، فان جاء صاحبها دفعها اليه والاحبسها حولا ، فان لم يجيء صاحبها أو من يطلبها تصدق بها ، فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها ان شاء اغترمها الذي كانت عنده وكان الاجر له وان كره ذلك احتسبها والاجر له [الوسائل ، الباب ٢ من كتاب اللقطة الحديث ٢] .

بل فى بعض الروايات المعتمدة وجوب الحفظ ان لم يجيء لها طالب كما فى صحيح ابن مسلم عن الباقر عليه السلام سألته عن اللقطة فقال : تعرفها سنة ، فان جاء طالبها والافاجعلها فى عرض مالك يجري عليها مسايجري على مالك حتى يجيء لها طالب فان جاء لها طالب فأوص بها فى 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 تعذر التعريف في اثناء السنة انتظر رفع العذر
وليس عليه بعد ارتفاع العذر استئناف السنة ، بل يكفي تميمها (١) .
(مسألة : ١٥) لو علم بعد تعريف سنة انه لو زاد عليها عشر على
صاحبه فهل يجب الزيادة الى ان يعثر عليه ام لا؟ وجهان (٢) احوطهما

١) وذلك كله لعدم اعتبار التوالي في التعريف ولو في غير حال العذر ،
بمقتضى الاجماع والتسالم ، كما في المسالك وغيره ان للتوالي المحكوم
بعدم وجوبه تفسيرين : أحدهما استيعاب وقت الحول بالتعريف ، ولاخلاف
ولااشكال في عدم وجوبه ، بل في المسالك وغيره الاتفاق عليه ، لصدق العرف
بدونه . والثاني توالي التعريف في الحول الواحد بحيث يقع التعريف المعتبر
في اثني عشر شهراً متوالية ، فإن ذلك أيضاً غير لازم على ما صرح 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 فانه يجوز له التوالي والتفريق .

ويظهر من كلام صاحب الجواهر أن ذلك مجمع عليه ، وذلك قال : قلت
ان لم يكن اجماعاً أمكن دعوى انسياق التوالي بالمعنى المزبور [الجواهر ج
٣٨ ص ٣٦٠] .

٢) لان مقتضى تحديد النصوص التعريف بالسنة عدم وجوب الزيادة
عليها لو لم يعثر على صاحبه في طول السنة ، ولكن يحتمل أن يكون التحديد
من باب المثال من جهة أن الغالب عدم العثور على صاحبها لو لم يعثر عليه في
طول السنة ، ومقتضاه وجوب التعريف للوصول الى صاحبها ، خصوصاً بعد
وضوح أن التعريف لا يكون واجباً نفسياً بل يكون وجوبه من باب المقدمة .

الاول^(١) خصوصاً اذا علم بعثوره مع زيادة يسيرة^(٢) .

(مسألة : ١٦) لوضاعت اللقطة من الملتقط ووجدها شخص

آخر لم يجب عليه التعريف^(٣) . بل يجب عليه ايصالها الى الملتقط

الاول^(٤) . نعم لو لم يعرفه وجب عليه التعريف سنة طالباً به المالك^(٥)

او الملتقط الاول^(٦) .

(١) اذا 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 واوبالتعريف ازيد من مقدار السنة .

(٣) وذلك لعدم صدق الملتقط على هذا الشخص، لان اللقطة هو المال الضائع أخذ ولايد عليه ولو يد ملتقط سابق ، فانه وان صدق عليه أنه مال ضائع الا أنه سبقت عليه يد الالتقاط ، فلايشمل أدلة احكام اللقطة على الشخص الاخر غير الملتقط .

(٤) لانه مأمور من قبل الشارع ومأمون من قبله على المال مع فقد مالكة ، فلايد من ايصالها اليه بدلا من ايصالها الى مالكة وللعمل بما هو وظيفته في اللقطة .

(٥) لان التعريف واجب مقدمي لا يصال المال الى مالكة ، وامستفاد عرفاً من نصوص التعريف أن ذلك مقتضى حرمة الاموال في اللقطة ، والمباشرة من الملتقط الاول ليس شرطاً فيه ، بل يكفي من كل شخص ولو مبرع في ذلك ، فلو لم يعرفه الملتقط الاول يجب التعريف سنة طالباً به المالك من تلك الجهة .

(٦) لان يد الملتقط الاول بدل عن يد المالك على ما هو المستفاد من أدلة

فأياً منهما عشر عليه يجب دفعها اليه ^(١) .

من غير فرق بين ما كان ضياعها من الملتقط قبل تعريفه سنة
او بعده ^(٢) .

(مسألة : ١٧) اذا كانت اللقطة ممسا لا تبقى لسنة كالطبيخ
والبطيخ واللحم والفواكه والخضروات جاز أن يقومها على نفسه
ويأكلها ويتصرف فيها ^(٣) .

جواز أخذ اللقطة ، فايصاله اليه ايصال للمالك حكماً .

(١) وذلك واضح بالاضافة الى المالك ، وأما الملتقط الاول فلانه في حكم
المالك من حيث ان أمر اللقطة محول اليه شرعاً .

(٢) وذلك من جهة أن يد الملتقط الاول بدل عن يد المالك وأمر المال من
حيث التعريف والصدقة أو التملك او الحفظ محول اليه ، ولا فرق من هذه
الجهة بين قبل التعريف سنة وبين بعده .

(٣) بلاخلاف في شيء من ذلك ، ويشهد به قوي السكوني عن ابي عبدالله
عليه السلام أن امير المؤمنين « ع » سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة
كثيرة لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين . فقال امير المؤمنين « ع » :
يقوم ما فيها ثم يؤكل لانه يفسد وليس له بقاء ، فان جاء طالبها غرموا له الثمن .
فقيل : يا امير المؤمنين لا يدرى سفرة مسلم أو سفرة مجوسي . فقال « ع » :
هم في سعة حتى يعلموا [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢٣ من كتاب اللقطة ، الحديث
٠ [١

ومرسل الصدوق عنه عليه السلام : وان وجدت طعاماً في مفازة فقومه على
نفسك لصاحبه ثم كله [الوسائل ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٩] .

او يبيعها من غيره ويحفظ ثمنها لمالكها^(١) .
والاحوط ان يكون بيعها باذن الحاكم^(٢) مع الامكان وان كان
الاقوى عدم اعتباره^(٣) .

(١) وذلك وفاقاً للمحقق والكركي وثاني الشهيدين وغيرهم ، بل عن التذكرة
الاجماع عليه ، وذلك بناءً على أن الامر بالتقويم على النفس في الروايتين
من باب المثال ، وذلك بقريئة التعليل في الرواية الاولى « لانه يفسد وليس له
بقاء فان جاء طالبها غرموا له الثمن » .

ويؤيده ما دل على جواز بيع الجارية لمن التقطها بما ينفق عليها .

(٢) لانه ولي الغائب من جهة حفظ ماله والتصرف فيه بما فيه صلاح ، وعن
التذكرة « لا يجوز له بيعه بنفسه مع وجود الحاكم لانه مال الغير ولا ولاية له
عليه ولا على مالكة ، فلم يجز بيعه الا له كغير الملتقط » بل قال فيه « اذا باع
بدون اذنه مع وجوده كان البيع باطلا » .

(٣) وذلك لاطلاق النصوص الامرة بالتقويم على النفس ، ويؤيده اطلاق
مادل على ثبوت ولاية التملك له والصدقة بعد التعريف ، كما يدل عليه صحيح
علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن اللقطة اذا
كانت جارية هل يحل فرجها لمن التقطها ؟ قال : لا ، انما يحل له بيعها بما
أنفق عليها . الحديث [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥١ ، الحديث ٨] .

فدعوى أن التقويم على النفس يحتاج الى الحاكم أيضاً مع وجوده فلا يتم
الاستظهار المزبور . يدفعها ظهور النص والفتوى في خلافه ، حتى من التذكرة
الذي هو العمدة في الخلاف قد أطلق فيه جواز الاكل له مع التقويم واعتبر
الحاكم في البيع .

والاحوط حفظها الى آخر زمان المخوف من الفساد. بل وجوبه لا يخلو من قوة^(١). وكيف كان لا يسقط التعريف^(٢)، 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 يجيء فلا شيء^(٣).

ولذا اشكل عاينه الكركي بعدم الفرق بينهما في الاشرط وعدمه، وان قال: ان مراجعة الحاكم فيها أوجه لكن فيه ما لا يخفى.

(١) وذلك من جهة أن التعليل الوارد في رواية السكوني المتقدمة « لانه يفسد وليس له بقاء » يدل على أن المجوز للتقويم والاكل هو أن اللفظة يفسد وليس له بقاء، فلو لم يفسد فعلا وله بقاء يجب حفظه بمقتضى ظهور التعليل، ولذلك قال الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم: ولو كان بقاؤها يفترق الى العلاج كالرطب المفتقر الى التجفيف يرفع خبرها الى الحاكم الذي هو الولي ليبيع بعضاً وينفقه في اصلاح الباقي، وان رأى الحاكم الحظ في بيعه أجمع وتعريف ثمنه جاز كما عن الشيخ والفاضل التصريح بذلك كله.

(٢) اذ لا وجه لسقوطه بعد ما دل من الاطلاقات على وجوب التعريف في اللفظة مطلقاً.

(٣) ويدل على ذلك كله قوله « ع » في معتبرة السكوني المتقدمة « فان جاء طالبها غرموا له الثمن » وكذلك مرسل الصدوق « وان وجدت طعاماً في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله »، فان المتفاهم من هذه المرسله عرفاً وصراحة المتقدمة يقتضي وجوب دفع الثمن الى المالك كما ان المستفاد من مفهوم المعتبرة عدم وجوب شيء على الاكل اذا لم يجيء صاحبها.

(مسألة : ١٨) يتحقق تعريف سنة بأن يكون فى مدة سنة متوالية او غير متوالية مشغولاً بالتعريف بحيث لم يعد فى العرف متسامحاً متساهلاً فى الفحص عن مالكة . بل عدوه فاحصاً عنه فى هذه المدة ، ولا يتقدر ذلك بمقدار معين بل هو امر عرفى ^(١) . وقد نسب الى المشهور تحديده بأن يعرف فى الاسبوع الاول فى كل يوم مرة ثم فى بقية الشهر مرة ^(٢) .

والظاهر ان المراد بيان اقل ما يصدق عليه تعريف سنة عرفاً ، ومرجعه الى كفاية بضع وعشرين مرة بهذه الكيفية ^(٣) وفيه اشكال

(١) فلا بد فى الضابط فى تعريف السنة من الرجوع الى العرف كما هو الشأن فى كل عنوان أخذ فى الموضوع ولم يبينه الشارع . وفى المسالك : وقد اعتبر العلماء فيه أن يقع على وجه لا ينسى أن الثانى تكرر لما مضى ، ويتحقق ذلك بالتعريف فى الابتداء فى كل يوم مرة أو مرتين ثم فى كل اسبوع ثم فى كل شهر كذلك . ونحوه عن القواعد وغيره .

(٢) بل عن الكفاية نسبتها الى الاصحاب ، ولعله اليه يرجع ما فى القواعد « يعرف كل يوم فى الابتداء ثم كل اسبوع ثم كل شهر بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى » .

نعم عن التذكرة « أنه يعرف فى الابتداء فى كل يوم مرتين فى طرفى النهار ثم فى كل يوم مرة ثم فى كل اسبوع مرة أو مرتين ثم فى كل شهر بحيث لا ينسى كونه تكراراً لما مضى » وهو زيادة استظهار والافلاول كاف .

(٣) نعم عن العلامة فى القواعد « يعرف كل يوم فى الابتداء ثم كل اسبوع

من جهة الاشكال في كفاية كل شهر مرة في غير الشهر الاول^(١) ،
والظاهر كفاية كل اسبوع مرة الى تمام الجول^(٢)، والاحوط ان يكون
في الاسبوع الاول كل يوم مرة^(٣) .

(مسألة: ١٩) محل التعريف مجامع الناس كالاسواق 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^(٤) .

ثم كل شهر بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى « فجعل الضابط فسي 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 طرفي النهار
ثم في كل يوم مرة ثم في كل اسبوع مرة او مرتين ثم في كل شهر بحيث لا ينسى
كونه تكراراً لما مضى » وعن صاحب الجواهر : « وهو زيادة استظهار والا
فالاول كاف ، ومرجعه الى بضع وعشرين مرة » [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٦٠] .
(١) وذلك من جهة أن الملاك المصدق العرفي ، وصديق التعريف سنة في
هذا المورد محل اشكال .

(٢) لصديق التعريف سنة في هذا المورد من دون اشكال .

(٣) لما ذكره المشهور من التعريف في الابتداء في كل يوم الى سبعة ايام .
(٤) وذلك لان هذه الامكنة وهذه المجالس محل اجتماع الناس ومحل
الاعلام العمومي للاشياء عند الناس كما في صحيح يعقوب « يعرفها سنة في كل

(مسألة : ٢٠) يجب ان يعرف اللقطة فى موضع الالتقاط مع احتمال وجود صاحبها فيه ان وجدها فى محل متأهل من بلد او قرية ونحوها^(١).

مجتمع» [الوسائل ، الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف ، الحديث ١ من كتاب الحج] .

وفى رواية سعيد بن عمرو والجعفى قال : خرجت الى مكة وأنا من أشد النامن حالا ، فشكوت الى ابنى عبدالله عليه السلام ، فلما خرجت من عنده وجدت على بابه كيساً فيه سبعمائة دينار ، فرجعت اليه من فوري ذلك فأخبرته فقال : ياسعيد اتق الله عزوجل وعرفه فى المشاهد [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٦ ، الحديث ١] .

وعن المحقق فى الشرائع : « وزمانه ايام المواسم والمجتمعات ، كالأعياد و ايام الجمع . ومواضعه مواطن الاجتماع كالمشاهد وأبواب المساجد والجوامع والاسواق » .

وقد سمعت مايدل على ذلك أو بعضه من النصوص التى يشهد لها الاعتبار لان الغرض اشاعة ذكرها و اظهارها ليظهر عليها مالكمها .

(١) وذلك كما هو الظاهر من النصوص عرفاً ، وفى رواية ايسان : أصبت يوماً ثلاثين ديناراً ، فسألت ابا عبدالله عليه السلام عن ذلك فقال : أين أصبت؟ قال : قلت له كنت منصرفاً الى منزلي فأصبتها . فقال : صرالى المكان الذى أصبت فيه فعرفه فان جاء طالبه بعد ثلاثة ايام فاعطه اياه والاتصدق به [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من أبواب اللقطة ، الحديث ٧] .

نعم فى المسالك : « ويجب ايقاعه عقب الالتقاط مع الامكان ، وفى مكانه

ولو لم يقدر على البقاء لم يسافر بها بل استتاب شخصاً أميناً
ثقة ليعرفها^(١).

ان كان بلداً او مجتمعاً ، ولو عرف فيه واكمله في غيره جاز ، ولو كان في برية
عرف من يجده فيها واتمه في غيرها من البلاد. وينبغي تعريفها في اقرب البلدان
اليها فالاقرب .

وفي القواعد « وينبغي أن يعرفها في موضع الالتقاط » ونحوه 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 التقط في بلد الغربية جاز أن يسافر بها الى بلده بعد
التعريف في بلد اللقطة ثم يكمل الحول في بلده » .

وفيه : ان المتجه كما في الجواهر التعريف موضع الالتقاط 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 لعلمهم يعرفونها، قلت: فان لم يعرفوها؟ قال : يتصدق بها [الوسائل
ج ١٧ ص ٣٥٥ ، الحديث ٣] .

(١) اذ لا يسقط وجوب التعريف في مكان الالتقاط مع امكانه ، والمفروض
امكانه بالنيابة ، وفي الجواهر: ان المتجه تمام الحول في موضع الالتقاط للخبر
المزبور ولانه المنساق من النصوص به فلو اراد السفر فوضه الى غيره ، كما عن
التذكرة التصريح به . نعم في الصحراء تتساوى البلدان اذا لم يكن شاهد حال

وان وجدها في المفاوز والبراري والشوارع وامثال ذلك عرفها
لمن يجده فيها حتى انه لو اجتازت قافلة تبعهم وعرفها فيهم^(١) ،
فان لم يجد المالك فيها اتم التعريف في غيرها من البلاد اليها اي

على خصوص بعضها [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٦٤] .

وأما امكان النيابة فهو مورد التسالم والاجماع ، وما في النصوص من أن
صاحبها يعرفها كما في رواية يعقوب بن شعيب : سألت عن اللقطة ونحن يومئذ
بمنى . فقال : اما بأرضنا هذه فلا يصلح وأما عندكم فان صاحبها الذي يجدها
يعرفها سنة 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
وتعريف غيره ولو بأمر غير بالغ بالانشاد أو مجنون كذلك .

وأما اعتبار كون النائب أميناً ثقة لعدم حصول الوثوق بالعمل بالوظيفة بدون
ذلك فاعتباره مطابق للقاعدة في باب التكاليف .

نعم في التذكرة « ينبغي أن يتولى التعريف شخص أمين ثقة عاقل غير
مشهور بالخلاعة واللعب ، ولا يتولاه الفاسق لثلاث فقد فائدة التعريف ، وهذا على
الكرامة دون التحريم » .

وفي المسالك والروضة « يشترط في النائب العدالة او الاطلاع على تعريفه
المعتبر شرعاً » بل في الاخير « وفي اشترط شاهدين اجراء له مجرى الشهادة
أو الاكتفاء بواحد جعلاً له من باب الخبر وجهان احوطهما الاول » .

(١) وذلك واضح بعد ما تقدم أن المتفاهم من النصوص عرفاً أن التعريف
لابد أن يكون في موضع الالتقاط ، لان مقتضى اطلاق تلك النصوص عدم
الفرق بين المفاوز والبراري والشوارع وغيرها .

بلد شاء مما احتمل وجود صاحبها فيه^(١)، وينبغي ان يكون في اقرب البلدان اليها فالاقرب مع الامكان^(٢).

(مسألة : ٢١) كيفية التعريف ان يقول المنادى : من ضاع له ذهب اوفضة او ثوب ؟ وماشا كل ذلك من الالفاظ^(٣) بلغة يفهمها الاغلب^(٤) ويجوز ان يقول : من ضاع له شيء

(١) وهو مقتضى اطلاق الامر بالتعريف الوارد في النصوص بعد عدم وجدان المالك موضع الانتقاط .

(٢) لان احتمال وجود المالك فيها أقوى فيكون أولى عقلاً ، ولعله يكون هو منصرف النصوص أيضاً .

(٣) بأن يذكر جنس اللفظة كما في الجواهر : وكيفيته أن يقول « من ضاع له ذهب اوفضة او ثوب » وما شا كل ذلك من الالفاظ المشتملة على الجنس التي يصدق بها اسم التعريف المأمور به [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٦٢] .
وفي رواية سعيد بن عمر الذي أمره الصادق عليه السلام بالتعريف فسي المشاهد ثم قلت : من يعرف الكيس ؟ فأول صوت صوته اذا رجل على رأسي يقول : أنا صاحب الكيس ، فقلت في نفسي : انت فلاكنت ، قلت : ما علامة الكيس ؟ فأخبرني بعلامته فدفعته اليه قال : فتنحى ناحية فعددها فاذا الدنانير على حالها ثم عد منها سبعين ديناراً فقال : خذها حلالاً خير من سبعمائة حراماً [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٦ ، الحديث ١] .

ولكن لادليل على اعتبار ذكر الجنس ، بل كل ما صدق عليه الاعلام والتعريف عرفاً يكون كافياً كما هو مقتضى اطلاق النصوص .

(٤) والالم يصدق التعريف الا بلحاظ النادر من الناس لو كان التعريف

او مال ؟ بل ^(١) ربما قيل : ان ذلك احوط واولى ^(٢) ، فاذا ادعى احد ضياعه سأله عن خصوصياته وعلاماته من وعائه وخيطه وصنعتة وامور يبعد اطلاع غير المالك عليه من عدده وزمان ضياعه ومكانه وغير ذلك ، فاذا توافقت الصفات والخصوصيات التي ذكرها مع الخصوصيات الموجودة في ذلك المال فقدتم التعريف . ولا يضر جهله ببعض الخصوصيات التي لا يطلع عليها المالك غالباً ولا يلتفت اليها الا نادراً . الا ترى ان لكتاب الذى يملكه الانسان ويقرأه ويطالعها مدة طويلة من الزمان لا يطلع غالباً على عدد اوراقه وصفحاته؟ فلو لم يعرف مثل ذلك لكن وصفه بصفات وعلامات آخر لا تخفى على المالك كفى في تعريفه وتوصيفه .

بلغة غير الاغلب ، مع أن المقصود من الاعلام والتعريف اشاعة ذكرها بين الناس فلا بد أن يكون بلغة الاغلب .

(١) لصدق التعريف بمثل هذه المبهمات .

(٢) من جهة أن احتمال الكذب فيها أقل كما في الجواهر : ولكنه مع ذلك لو اوغل في الابهام كان احوط كأن يقول « من ضاع له مال أوشىء » فانه 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 للأمور به بل قد يشمل تمكينه من النظر اليها مع عدم الدفع الا بالبينة .

(مسألة : ٢٢) اذا لم تكن اللفظة قابلة للتعريف بأن لم تكن لها علامة وخصوصيات ممتازة عن غيرها حتى يصف بها من يدعيها ويسأل عنها الملتقط كدينار واحد من الدينير المتعارفة غير مصرور ولا مكسور سقط التعريف^١ وحينئذ هل يتخير بين الامور الثلاثة المتقدمة من دون تعريف او يعامل معه معاملة مجهول المالك ، فيتعين التصديق به ؟ وجهان^٢ ،

اللهم الا ان يقال : ان قوله صلى الله عليه وآله : أعرف عقاصها ووكائها ثم عرفها سنة [سنن البيهقي ج ٦ ص ١٨٥] مشعر بوجوب الاخفاء ، وربما يؤيده أن ذلك هو المتعارف في كيفية التعريف لها . ويمكن تعسر اقامة البينة على المالك ، فلا يقطع الطريق عليه بحصر الامر في البينة ، ولا ريب في أنه أحوط . والله العالم [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٦٢] .

١) لان وجوب التعريف متفرع على امكانه ، ولا يمكن الا أن يكون للمعرف خصوصيات وعلائم يمكن بها التعريف ، فمع عدم علامة وخصوصيات ممتازة لا يمكن التعريف ، فيسقط كسقوط سائر التكاليف من جهة عدم القدرة .

٢) لان مقتضى كونه لفظاً عرفياً ترتيب أحكام اللفظة عليه ، فحينئذ لا مانع من سقوط التعريف من جهة عدم امكانه وبقاء سائر أحكام اللفظة .

هذا من جانب ومن جانب آخر ان المتفاهم من نصوص اللفظة ما اذا كان الوصول الى المالك ممكناً بالتعريف ، والمقام ليس كذلك ، فلا يبعد انصراف النصوص عن هذا المورد ، فيكون من موارد مجهول المالك فلا بد من ترتيب آثاره عليه .

احوطهما الثاني^١ .

(مسألة : ٢٣) اذا التقط اثنان لقطه واحده فان كانت دون

درهم جاز لهما تملكها في الحال من دون تعريف^٢ وكان بينهما بالتساوي^٣ ، وان كانت بمقدار درهم فما زاد وجب عليهما تعريفها وان كانت حصه كل منهما اقل من درهم^٤ .

ويجوز ان يتصدى للتعريف كلاهما او احدهما او يوزع الحول

عليهما بالتساوي او التفاضل^٥ ، فان توافقا على احد الانحاء فقد تأدى

(١) اذ مع ترتيب أحكام المجهول المالك يحصل البراءة اليقينية ولو كانت لقطه واقعاً ، لانه في مجهول المالك لا بد من المراجعة الى الحاكم ، فلو كان المال لقطه أيضاً لاشكال في الرجوع فيه الى الحاكم والتصديق باذنه ، لان له الولاية العامة على القصر والغيب .

(٢) وذلك لمادل على جواز التملك اذا كان الملتقط واحداً لعدم الخصوصية قطعاً ، ويدل عليه مضافاً الى أنه مورد الاجماع والتسالم مرسل الفقيه « وان كانت اللقطه دون الدرهم فهي لك لاتعرفها » [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطه ، الحديث ٩] .

وفي مرسل محمد بن حمزة عن ابي عبدالله عليه السلام : سألته عن اللقطه قال : تعرف سنة قليلا او كثيراً . قال : فما كان دون الدرهم فلا يعرف [الوسائل الباب ٤ من كتاب اللقطه ، الحديث ١] .

(٣) كما هو مقتضى قاعدة العدل والانصاف ، بل من جهة أن السبب للتملك وهو الالتقاط كان مساوياً بالاضافة اليهما فكان المال بينهما لامحالة .

(٤) وذلك بمقتضى اطلاق أدلة التعريف على الملتقط .

(٥) لما تقدم من أن المتفاهم العرفي من الادلة أن التعريف ليس عبادة يعتبر

ما هو الواجب عليهما وسقط عنهما وان تعاسرا يوزع الحول عليهما بالتساوي^(١) ، وهكذا بالنسبة الى اجرة التعريف - لو كانت - عليهما^(٢) وبعد ماتم حـول التعريف يجوز اتفاهما على التملك او التصديق او الابقاء امانة^(٣) .

ويجوز ان يختار احدهما غير ما يختار الاخر بان يختار احدهما التملك والاخر التصديق مثلاً بنصفه^(٤) . ثم ان تصدى أحدهما لاداء تكليفه من التعريف وترك الاخر عصياناً اولعذر فالظاهر عدم جواز تملك التارك حصته^(٥) . واما المتصدي فيجوز له تملك حصته ان

فيها المباشرة ، بل المقصود منه الشياح بين الناس حتى يطلع عليه صاحبه بذلك ، وهو يحصل بتعريف كلاهما أو أحدهما أو بالتوزيع بالتساوي أو التفاضل بل يحصل الغرض ولو من المتبرع .

(١) لان التعريف تكليف متوجه اليهما بالالتقاط ، والمفروض أن نسبة الالتقاط الى كل واحد منهما بالسوية فلا بد من توزيع الحول عليهما بالتساوي .
(٢) لان أجرة التعريف انما يكون من باب المقدمة ووجوبه عقلي ، ومن المعلوم توقف التعريف على بذل الاجرة بالاضافة الى كل واحد منهما ، فلا بد من بذل الاجرة أيضاً بالسوية من جهة وجوب المقدمة .
(٣) كما يقتضيه اطلاق الادلة .

(٤) لصديق الملتقط على كل واحد منهما ، فيجوز لكل واحد الاخذ بكل واحد من أفراد التخيير بمقتضى اطلاق دليل كل واحد من الصدقة والتملك .
(٥) لان التملك متفرع على التعريف بحسب الادلة ، فمع عدم التعريف

عرفها سنة^١ ، والاحوط لهما فى صورة التوافق على التوزيع ان ينوى كل منهما التعريف عنه وعن صاحبه ، والافيشكل تملكهما ، وهكذا فى صورة التوافق على تصدى احدهما ان ينوى عن نفسه وعن صاحبه^٢ .

(مسألة : ٢٤) اذا التقط الصبى او المجنون فما كان دون درهم ملكاه ان قصد وليهما تملكهما ، واما تأثير قصدهما فى ذلك فمجل

لايجوز التملك كما فى صحيحة الحلبي عن ابى عبدالله عليه السلام فى حديث قال : واللقطة يجدها الرجل ويأخذها . قال : يعرفها سنة فان جاء لها طالب والافهي كسبيل ماله [الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٩ ، الحديث ١] .

(١) وذلك لوجود شرط التملك بالاضافة اليه ، فيجوز التملك بمقتضى اطلاق الدليل .

(٢) وذلك لان تملك أموال الناس لا بد أن يكون بسبب عرفاً وشرعاً ، والمستفاد من النصوص أن التملك يحصل للملتقط بمجرد القصد اذا صدر منه التعريف مباشرة أو نيابة ، وأما فى غير من صدر عنه التعريف بأحد النحويين فالتملك يحتاج الى دليل مفقود فى المقام .

كما فى رواية حنان قال : سأل رجل ابا عبدالله عليه السلام وأنا اسمع عن اللقطة فقال : تعرفها سنة فان وجدت صاحبها والافأنت أحق بها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠ ، الحديث ٥] .

وفى صحيحة الحلبي المتقدمة : واللقطة يجدها الرجل ويأخذها . قال : يعرفها سنة فان جاء لها طالب والافهي كسبيل ماله [الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٩ ، الحديث ١] .

اشكال بل منع^١ .

وما كان مقدار درهم فما زاد يعرف وكان التعريف على
وليها^٢ ، وبعد تمام الجول يختار ما هو الاصلح لهما من التملك
لهما والتصدق والابقاء امانة^٣ .

(مسألة : ٢٥) اللقطة في مدة التعريف امانة لا يضمنها الملتقط
الامع التعدي او التفريط ، وكذا بعد تمام الحول ان اختار بقاءها
عنده امانة لمالكها^٤ . واما ان اختار التملك او التصديق فانها تصير

١) وذلك لاعتبار البلوغ والعقل والحرية في الملتقط ، بلاخلاف أجده
في الاولين بين العامة والخاصة ، بل ولا اشكال لقصورهما عن ولاية الالتقاط،
وحيثئذ فلاحكم لالتقاط الصبي وقصد تملكه ولا المجنون ولو ادوار أحال جنونه.
ويدل عليه حديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى
يفيق .

٢) وذلك لعدم استقلال الصبي والمجنون وعدم توجه التكليف اليهما
بمقتضى حديث رفع القلم، فيكون التكليف بالتعريف متوجهاً على وليها 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) لان مقتضى كون الملتقط مأذوناً ومجازاً شرعاً في أخذ اللقطة أن يكون
أميناً من قبل الشارع ، والأمين لا يضمن الامع التعدي والتفريط والخروج عن
كونه أميناً .

في ضمانه كما تعرفه (١) .

(مسألة : ٢٦) ان وجد المالك وقد تملكها الملتقط بعد التعريف فان كانت العين باقية اخذها وليس له الزام الملتقط بدفع البديل من المثل او القيمة ، وكذا ليس له الزام المالك بأخذ البديل (٢) .

(١) وهو مقتضى نصوص التملك أو التصديق كما في صحيحة علي بن جعفر « هو ضامن لها والاجر له الا ان يرضى صاحبها فيدعها والاجر له » [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٢ ، الحديث ١٤] وفي رواية حنان « وقال خيره اذا جاءك بعد سنة بين أجرها وبين أن تغرمها له اذا كنت اكلتها » [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠ ، الحديث ٥] .

(٢) وفي الجواهر : ولونوى التملك بعد الحول مثلاً فجاء المالك والعين قائمة بحالها لم يكن له الانتزاع وطالب بالمثل أو القيمة ان لم تكن مثلية وفاقاً للفاضل وولده وأول الشهيدين ، بل في المسالك انه الأشهر ، بل في موضع آخر انه المشهور ، بل قد سمعت اجماع الايضاح والتنقيح على وجوب رد العوض فيما دون الدرهم دون العين ، لاصالة اللزوم .

لكن قد ذكرنا سابقاً ان الاقوى خلافه ، كما هو صريح الكركي والاردبيلي وغيرهما . بل قيل : انه ظاهر المبسوط والمراسم والسرائر بل 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 الجهنى : اعرف وكائنها وعقاصها ثم عرفها سنة فان

جاء صاحبها والافشأنك 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 الحلبي عن الصادق عليه السلام : يعرفها سنة فان جاء طالبها
والافهي كسيل ماله [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ، الحديث
١] .

وقريب منهما صحيح ابن مسلم حيث قال عليه السلام : فان جاء طالبها
والا فاجعلها في عرض مالك [الوسائل ج ١٧ ، 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 تنمة 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 وماشابهه ظاهر في الحفظ أمانة على ما عرفت الكلام فيه سابقاً .
فالاولى الاستدلال بقول ابي جعفر عليه السلام في الصحيح « من وجد
شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتي طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه » [الوسائل ج
١٧ ، 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
طالبوها دفعوها اليه » [الوسائل ج ١٧ ، 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 منتقلة الى الغير ببيع ونحوه اخذ بدلها من
الملتقط من المثل او القيمة^{١)} .

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 مالها ولكن لو حضر المالك وكره الصدقة لزم الملتقط ضمانها اما
مثلاً او قيمة ، وبين ابقائها في يد الملتقط امانة لمالكها من غير ضمان الابتعد أو
تفريط ونحوهما في مدة الحول ، كما صرح بذلك الشيخ وابن زهرة والفاضل
والشهيديان وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، بل في التذكرة نسبتها الى علمائنا ،
بل في الغنية ومحكي الخلاف الاجماع عليه .

نعم عن المقنع الاقتصار على جعلها كسبيل المال بعد التعريف ، وعن
المقنعة والمراسم الاقتصار على ذكر التصرف المراد به الملك ، وعن الوسيلة
التخيير بين التصرف والحفظ لصاحبها لا غير ، وفي محكي السرائر الاقتصار
على التملك والصدقة ، بل في الاخير اجماع أصحابنا على ذلك وانسه الحق
اليقين [الجواهر ج ٣٨ ص ٢٩٥] .

ويدل على ما ذكره دام ظله خبر حنان بن سدير : سألت رجلاً اباعه الله
عليه السلام عن اللقطة وأنا اسمع قال : تعرفها سنة ، فان وجدت صاحبها والا
فأنت أحق بها . وقال : هي كسبيل مالك . وقال : خيره اذا جاء بعد سنة بين أجرها
وبين أن تغرمها له اذا كنت أكلتها [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢ من كتاب اللقطة ،
الحديث ٥] .

وفي معتبرة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال : سألته عن اللقطة
قال : لا ترفعوها 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 وبأخذ منه بدل ماله ان لم يرض بالتصدق ^(١) .

وان رضى به لسم يكن له الرجوع عليه ، وكان اجر الصدقة له ^(٢) . هذا اذا وجد المالك واما اذا لم يوجد فلا شيء عليه فسي

يجري عليها مايجري على مالك الى أن يجيء لها طالب [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٠ ، الحديث ٣] .

(١) بلاخلاف ولا اشكال كما صرح بذلك الشيخ وابن زهرة والفاضل والشهيدان وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، بل في التذكرة نسبتة الى علمائنا بل في الغنية ومحكي الخلاف الاجماع عليه .

ويدل عليه رواية ابن كثير عن ابيه قال : سألت رجل امير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة فقال: يعرفها فان جاء صاحبها دفعها اليه والاحبسها حولاً فان لم يجيء صاحبها أو من يطلبها تصدق بها، فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها ان شاء اغترمها 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 اخيه قال : وسألته عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنة ثم يتصدق بها فيأتي صاحبها ما حال السدي 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 صورتين^(١) .

(مسألة : ٢٧) لا يسقط التعريف عن الملتقط بدفع اللقطة الى الحاكم^(٢) وان جاز له دفعها اليه قبل التعريف وبعده^(٣) . بل ان اختار التصديق 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 بوجودان المالك في النصوص المتقدمة كما في صحيح علي بن جعفر المتقدم «عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنة ثم يتصدق بها فيأتي صاحبها ما حال الذي تصدق بها ولمن الاجر؟ هل عليه ان يرد على صاحبها أو قيمتها؟ قال : هو ضامن لها ... » وفي رواية ابن كثير المتقدمة «فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها ان شاء اغترمها » .

(٢) كما صرح به العلامة والشهيد الثاني ، وهو ظاهر الاصحاب كما في الجواهر لاطلاق أدلة التعريف ، ولا ينافيه التصرف المزبور فيه قبله فيعرفه حينئذ نفسه دون الثمن .

(٣) ووجهه أن الحاكم ولي الغيب من جهة أن حفظ مال الغائب والتصرف فيه بما فيه صلاحه من وظائف الحاكم الشرعي كما مر ، ولا ينافيها الامر بالصدقة أو التملك أو الحفظ للمالك ، لورود تلك مورد توهم الحظر فلا يسدل على أزيد من الجواز والمشروعية .

بها^١ .

(مسألة : ٢٨) لو وجد المالك وقد حصل اللقطة فنماء متصل يتبع العين فيأخذها بنمائها سواء حصل قبل تمام التعريف او بعده ، وسواء حصل قبل التملك او بعده^٢ .

١) وذلك من جهة ولاية الحاكم على القصر والغيب ، فيكون التصديق بيد الحاكم جمعاً بين النصوص الامرة بالتصدق وبين مبادل على ولاية الحاكم على القصر والغيب ، ولذلك جاء في التذكرة فيما لو كانت مما لا يبقى كالطعام « لا يجوز له بيعه بنفسه مع وجود الحاكم لانه مال الغير ولا ولاية له عليه ولا على مالكة فلم يجوز بيعه الا له كغير الملتقط » بل قال فيها « اذا باع بدون اذنه مع وجوده كان البيع باطلا » .

٢) وذلك من جهة تبعية النماء للاصل خصوصاً اذا كان متصلاً 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 الجواهر: وكيف كان فزيادتها له - أي المالك - مادامت على ملكه، لمعلومية تبعية النماء للمالك متصلة كانت الزيادة كالسمن أو منفصلة كالولد. نعم في القواعد في تبعية اللقطة نظر أقرب به ذلك، وتبعه ولده والكركي وثاني الشهيدين، لان الملتقط اذا استحق ملك العين استحق ملك النماء بالتبعية، لان الفرع لا يزيد على أصله واستحقاق التملك يحصل بمجرد الالتقاط ، وان كان التعريف شرطاً فقد وجد النماء بعد الاستحقاق فيتبع العين ، بل لا يشترط لتملكه حول بانفراده اذاكمل حول الاصل .

واما النماء المنفصل فان حصل بعد التملك كان للملتقط^{١)}
 فاذا كانت العين موجودة يدفعها الى المالك دون نمائها، وان حصل
 في زمن التعريف او بعده قبل التملك كان للمالك^{٢)} .
 (مسألة : ٢٩) لو حصل لها نماء منفصل بعد الالتقاط فعرف
 العين حولا ولم يجد المالك فهل له تملك النماء بتبع العين ام لا ؟
 وجهان^{٣)} .

وفيه : منع التبعية في المنفصل بعد عدم صدق اسم الالتقاط عليه ، فيبقى
 على حكم مجهول المالك ، خصوصاً بعد ما عرفت من كون التملك على خلاف
 الاصل ، فيقتصر فيه على المتيقن .

ودعوى وجود النماء مستحقاً فيه ذلك . واضحة المنع ، ولذا لو تملكها ثم
 حصل منها نماء فجاء المالك كان له العين دون النماء المنفصل الذي حصل في
 ملك الملتقط ، بخلاف أجده فيه وان قلنا بانفساخ ملكه عن الاصل لكن من
 حينه كالمبيع بالخيار اما المتصل فالظاهر تبعيته [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٧٤] .
 (١) وذلك للاجماع كما تقدم على أنه لو تملكها 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 بالخيار ، وهذا
 بخلاف النماء المتصل حيث أن الظاهر التبعية .

(٢) لانه في زمن التعريف أو بعده قبل الملك يكون الملك باقياً على مملوكيته
 لصاحبه ، فتكون النماءات الحاصلة أعم من المتصل والمنفصل تابعة للاصل
 بمقتضى قاعدة تبعية الفرع للاصل .

(٣) وذلك من جهة أن النماء نماء للاصل وتابع له عرفاً فيكون محكوماً

احوطهما الثاني^(١) بأن يعمل معه معاملة مجهول المالك فيتصدق
به بعد اليأس عن المالك .

(مسألة : ٣٠) ما يوجد مدفوقاً في الخبرة الدارسة التي باد
أهلها وفي المفاوز وكل ارض لارب لها فهو لو اجدته من دون تعريف
وعليه الخمس^(٢) مع صدق الكنز عليه كما مرفى كتابه .

بحكمه ، ولذلك جاء في القواعد : في تبعية اللقطة نظر أقربه ذلك ، وتبعه ولده
والكركي وثاني الشهيدين ، لان الملتقط اذا استحق ملك العين استحق ملك
النماء بالتبعية ، لان الفرع لا يزيد على أصله واستحقاق التملك يحصل بمجرد
الالتقاط ، وان كان التعريف شرطاً فالنماء يتبع العين .

ولكن من جهة أخرى ان النماء المتصل موضوع آخر ولا يصدق عليه
اللقطة ، فيكون كسائر موارد المال المجهول مالكة ، ولذلك أورد صاحب
الجواهر على العلامة وولده والكركي وثاني الشهيدين بمنع التبعية في المنفصل
بعد عدم صدق اسم الالتقاط عليه ، فيبقى على حكم مجهول المالك وقال :
خصوصاً بعد ما عرفت من كون التملك على خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن
[الجواهر ج ٣٨ ص ٣٧٤] .

(١) لانه الموافق للاصل والقدر المتيقن من الادلة ، مع ان التصديق به بعد
اليأس من المالك موافق لروايات باب اللقطة أيضاً .

(٢) وفي النافع « ما يوجد في خربة أو فلاة أو تحت الارض فهو لو اجدته » ومزجه
في الرياض « ما يوجد في ارض خربة قد جلاعنها أهلها بحيث لم يعرفوا أصلاً
أو في فلاة أي ارض اقفرة غير معمورة من أصلها ، أو تحت الارض التي لا

مالك لها ظاهراً فهو لو اجدته ، فيملكه من غير تعريف اجماعاً اذا لم يكن عليه
أثر الاسلام من الشهادتين أو اسم سلطان من سلاطينه ، وعلى الاقوى مطلقاً
وفاقاً للنهاية والحلي 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 المحكي عن المقنع « وان وجدت لقطه في
دار وكانت عامرة فهي لاهلها ، وان كانت خراباً فهي لك » .

والاصل في ذلك صحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام سألته عن
الدار يوجد فيها الورق فقال : ان كانت معمورة 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 صحيحته الاخرى عن أحدهما عليهما السلام سألته عن الورق يوجد
في دار . فقال : ان كانت الدار معمورة فيها أهلها فهي لاهلها ، وان كانت خربة
فأنت أحق بما وجدت [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٥ من كتاب اللقطة ، الحديث ١] .
وفي مرسل الفقيه : وان وجدت لقطه في دار وكانت عامرة فهي لاهلها
وان كانت خراباً فهي لمن وجدها [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 دراهماً مسدفونة 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] .

وليس في شيء من هذه الروايات ذكر الامور 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 : وان وجدت طعاماً في مغارة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله ، فان جاء صاحبه فرد عليه القيمة ، فان وجدت لقطه في دار وكانت عامرة فهي لاهلها ، وان كانت خراباً فهي لمن وجدها [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥١ ، الحديث ٩] .

ولكن الرواية كما ترى غير مربوطة بما نحن فيه ، فليس حينئذ تعميم الحكم الى مطلق ما يوجد تحت الارض والخربة والمفاوز وكل أرض لارب لها لا بدعوى 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 التعليل منها ، فيلزم العموم وفيه ايضاً تخصيص بالورق ولم اجد احداً من الاصحاب قال بأحد القيدين » .

وفي الرياض بعد ذكرهما « وأخصيتهما من المدعى - باختصاصهما بالورق والموجود في الدار الخربة - فلا يعمان مطلق اللقطة ، ولا الموجود منهما تحت الارض وفي المفاوز . مدفوعة بالاجماع المركب ، مع امكان اندفاع الاخصية باعتبار الاختصاص بالارض الخربة باستلزام ثبوت الحكم في لقطتها اياها فيما

وكذا لو اجدته ما كان مطروحاً وعلم او ظن بشهادة بعض العلانم
والخصوصيات انه ليس لاهل زمن الواجد^١ .

عداها بطريق اولى .

وكانه اخذه من المقدس الاردبيلى ، فانه بعد أن ذكرهما قال « والظاهر
ان لاختصاصية للورق وكانه اجماع » .
فيظهر من كلماتهم أن الحكم متسالم بينهم ، مضافاً الى أن المستفاد من
الروايات عموم الحكم كما عرفت . وعن صاحب الجواهر : هذا في الخبرة ،
وكانه حمل عليه المفاوز ، فان العلة هي كونها خبرة وعدم أهلها فيها كما هو
الظاهر منها ، بل المفازة اولى ، اذ الخبرة كانت معمورة مسكونة في بعض المدة
الا أنه هلك وانجلى عنها بخلاف المفازة فانها دائماً بلا أهل ، وكذا الارض
التي لامالك لها .

ومعلوم أن هذا الحكم فيما اذا لم يعلم له مالك بالفعل معين ولا غير معين
والا فمع التعيين يجب دفعه اليه ، ومع عدمه لقطعة او مالا موجود بيد شخص
تعذر صاحبه ، فيتصدق به مثل المال المجهول صاحبه ، ويسمى برد المظالم
وقد مر مثله مراراً فتذكر [الجواهر ج ٣٨ ص ٣١٠] .

١) وذلك لعدم اختصاص الحكم في النصوص والفتاوى بما يوجد تحت
الارض ، بل السؤال الموجود في الروايات والجواب عنها راجع الى مطلق
ما يوجد في الدار ، كما في صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة : سألته عن الدار
يوجد فيها الورق . فقال : ان كانت معمورة فيها أهلها فهو لهم ، وان كانت خبرة
قد جلاعنها أهلها فالذي وجد المال أحق به .

وكذلك سائر النصوص المتقدمة . كما أن كلمات الفقهاء أيضاً راجعة

و اما ما علم انه لاهل زمانه فهو لقطه ، فيجب تعريفه ن كان بمقدار الدرهم فما زاد . وقد مر انه يعرف في اي بلد شاء ^١ .

الى الاعم من المدفون تحت الارض ، ففي التذكرة ما يوجد في المفاوز أوفي خربة قد باد أهلها فهو لوا جدته من غير تعريف ان لم يكن عليه أثر الاسلام ، والافهو لقطه ، وكذا المدفون في أرض لامالك لها ، ولو كان لها مالك فهو له قضاء لليد - الى أن ذكر الصحيحين دليلا على ذلك .

ثم قال : ولا ينافي هذا مارواه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قضى علي «ع» في رجل وجدورقا في خربة أن يعرفها ، فان وجد من يعرفها والامتاع بها [الوسائل، الباب ٥ من كتاب اللقطه ، الحديث ٥] لانه محمول على ما اذا كان لها مالك معروف أو كان على الورق أثر الاسلام .

١) وذلك من جهة اطلاقات النصوص الواردة في اللقطه . نعم في التذكرة : ولو التقط في الصحراء فان اجتازت به قافلة تبعهم وعرفها فيهم والافلا فائدة في التعريف في المواضع الخالية ، ولكن يعرف عند الوصول اليها ، ولا يلزمه 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 ، والافلا لماروى اسحاق بن عمار انه سأل الكاظم عليه السلام عن رجل نزل بعض بيوت مكة - الى آخره [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٥ من كتاب اللقطه ، الحديث ٣] .

وفي الدروس « فان التقط في بيرة عرف من يجده فيها وأتم 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 الايصال اليه ولا الى وارثه ففي اجراء حكم اللقطة عليه من التخيير بين الامور الثلاثة^١) او اجراء حكم مجهول المالك عليه وتعين التصديق به^٢) وجهان والاحوط ارجاع الامر الى الحاكم^٣).
(مسألة : ٣٢) لومات الملتقط فان كان بعد التعريف والتملك ينتقل الى وارثه^٤) ، وان كان بعد التعريف وقبل التملك يتخير 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 وايصال المال اليه ، مع أن عرفان المالك في الفرض حاصل وايصال المال الى مالكة غير ممكن على الفرض ، فلاوجه لاطلاق التخيير أو عمومته بين الامور الثلاثة .
(٣) لانه ولي 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 ما دل أن ماترکه الميت من حق أو مال فلو ارثه كقوله تعالى « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون مما قل منه او كثر نصيباً مفروضاً » [سورة النساء :

٧] .

وفي الجواهر : لومات بعد الحول ونية التملك فهي مسروثة بلاخلاف

بين الامور الثلاثة^(١).

ولا اشكال ، وان كان اذا جاء المالك أخذها بناءً على المختار ، بل قد سمعت النص فيه [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٨٧] .

أقول : ومراده من النص رواية ابي خديجة عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سأله ذريح 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 يجىء لها طالب كانت في أموالهم هي لهم فان جاء طالبها بعد دفعها 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 ما دل على أن ماتر كة الميت من حق أو مال فلوارثه .

بل لعله المتفاهم عرفاً من النصوص المتقدمة ، كما تدل عليه أيضاً رواية علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن اللقطة - الى 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 يجىء طالبها فيعطئها إياه ، وان مات أوصى بها وهو لها ضامن [الوسائل ج ١٧ ص ٣٧٠ ، الحديث ٢] .

فان المستفاد منها قيام الوصي مقام الموصي في ذلك ، فيكون قابلاً للنيابة والانتقال الى الوارث ، بل يظهر من الجواهر أنه متسالم عليه .

وان كان قبل التعريف او في اثنايه فلا يبعد جريان حكم مجهول المالك عليه ^(١) .

(مسألة : ٣٣) لو وجد مالا في دار معمورة يسكنها الغير سواء كانت ملكاً له او مستأجرة او مستعارة بل او مغصوبة عرفه الساكن ، فان ادعى ملكيته فهو له ، فليدفع اليه بلائينة ^(٢) .

(١) لان الوارث لم يصدق عليه الملتقط فلا يشملها عمومات اللقطة ، بل يكون كسائر الاموال المجهول صاحبها ، فلا بد من ترتيب أحكامه عليه .

وفي الجواهر : لومات الملتقط ففي القواعد والدروس ومحكي التذكرة عرف الوارث حولا وملكها ان شاء أو قهراً على البحث السابق فيه وفي وقت الضمان بل في الاخيرين لو كان في الاثناء بنى ، بخلاف الملتقط من الملتقط الذي يطلب المالك أو الملتقط فاحتاج الى استئناف . أما الوارث فلا يطلب الا المالك ، بل هو مقتضى ما في التحرير وغيره .

ولكن لا يخفى عليك أنه مبني على انتقال حق الالتقاط الى الوارث ، وهو ان لم يكن اجماعاً - كما عساه يظهر من ارسال من تعرض له ارسال المسلمات لا يخلو من نظر [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٨٧] .

والذي ينبغي أن يقال : ان وجوب التعريف على الوارث لا يكون مبنياً على انتقال حق الالتقاط حتى يقال بأنه اجماعي ، بل يتوقف على صدق الملتقط على الوارث وهو ممنوع 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 ادري » ففي جريان هذا الحكم اشكال^١ ، ولو سئله
عن نفسه فلاحوط اجراء حكم اللقطة عليه .

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] .

وفي صحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام : سألته عن الدار يوجد
فيها الورق . فقال : ان كانت معمورة 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 ١] .

وكذلك صحيحته الأخرى [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٤ ، الحديث ٢] وفي
مرسل الفقيه « وان وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لأهلها ، وان كانت
خراباً فهي لمن وجدها » [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥١ ، الحديث ٩] .

(١) لان مقتضى اطلاق الصحيحتين المتقدمتين وكذلك المرسل المتقدم وان
كان الحكم بمالكية أهل الدار فيما يوجد فيه الا أنه بمقتضى موثقة عمار المتقدمة
يقيد ذلك الاطلاق بما اذا كان أهل الدار يعرفونها لما فيها » قال : يسأل عنها أهل
المنزل لعلهم يعرفونها . قلت : فان 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 عايه 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^(١) ، فيتصدق به بعد اليأس عن المالك .

(مسألة : ٣٤) لو وجد شيئاً فى جوف حيوان قد انتقل اليه من غيره فان كان غير السمك كالغنم والبقر عرفه صاحبه السابق ، فان ادعاه دفعه اليه^(٢) ، وكذا ان قال « لا ادري » على الاحوط وان

وفي الجواهر : من وجد في داره أو صندوقه مالا ولا يعرفه أنه له أو لغيره فان كان يدخل الدار غيره أو يتصرف في الصندوق سواه فهو لقطه والا فهو له ، بلاخلاف أجده فيه بين من تعرض له كالشيخ والفاضلين والشهيدين والكركي وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، بل في جامع المقاصد نسبتة الى اطلاق الاصحاب ، وفي الرباض نفي ظهور الخلاف فيه [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٧٧] .
فحينئذ اذا لم يكن الدار كذلك يقع الحكم مسورر الاشكال من جهة أن اطلاقات اللقطة تقتضى العمل معها معاملة اللقطة ، واطلاقات الصحاح المتقدمة تقتضى الحكم بأن ما يوجد في الدار يكون لصاحب الدار اذا كانت معمورة ، بل يقتضيه قاعدة اليد لان ما يوجد في الدار انما 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 لاشكال فيه قطعاً ، ولذلك قال الماتن دام ظله بأنه أحوط .

(١) لان حكم المجهول المالك أخص وأضيق من اللقطة ويكون أقرب الى مصلحة المالك الواقعي قطعاً .

(٢) بلااشكال لصحيح عبد الله بن جعفر: كتبت اليه أسأله عن رجل اشترى

كان الاقوى انه لو اجدته^(١) وان انكره كان للواجد^(٢).

وان وجد شيئاً لؤلؤاً او غيرها في جوف سمكة اشتراها فهو له^(٣).

جزوراً أو بقرة للاضحى، فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم أو دنابر أو جوهر لمن يكون ذلك؟ قال: وقع عليه السلام: عرفها البائع، فان لم يكن يعرفها فالشئ لك رزقك الله اياه [الوسائل ج ١٧، الباب ٩ من كتاب اللقطة، الحديث ١].

وأيد ذلك بأنه مع معرفة البائع يقتضي سبق اليد وظهور اعتلافها له من ماله، لبعد كونه في الصحراء.

(١) وذلك لاطلاق الصحيحة المتقدمة، لان قوله عليه السلام «فان لم يكن يعرفها فالشئ لك رزقك الله اياه» شامل لما اذا قال لادري ولم يعرفه فالصحيحة المتقدمة تدل على أن المال للواجد اذا لم يعرفه البائع.

(٢) كما صرح بذلك كله غير واحد، بل يظهر من جماعة الاجماع عليه بل عن التذكرة نسبه الى علمائنا كما عن المهذب البارع والمقتصر الاجماع على تعريف البائع وتدل عليه الصحيحة المتقدمة.

(٣) كما صرح به جماعة، بل نسبه غير واحد الى اطلاق الاصحاب، ولعله للنصوص التي تكون في كتاب الخمس المشتملة على ملك المشتري لما وجدته في جوفها من الدرّتين، وقد أورد صاحب الوسائل بعض هذه النصوص في كتاب اللقطة:

(منها) رواية ابي حمزة عن ابي جعفر عليه السلام في حديث: ان رجلاً عابداً من بنى اسرائيل كان محارفاً فأخذ غزلاً فاشترى به سمكة فوجد في بطنها 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^(١)، كما اذا اصطاد غزالا فوجد في 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 هنيئاً مريئاً أناملك من ملائكة ربك انما اراد ربك أن يبلوك فوجدك
شاكراً ثم ذهب [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٩ ، الحديث ١] .

(ومنها) ماورد في تفسير العسكري في حديث طويل : ان رجلا فقيراً اشترى
سمكة فوجد فيها اربعة جواهر ، ثم جاء بها الى رسول الله «ص» وجاء تجار
غرباء فاشتروها منه بأربعمائة الف درهم ، فقال الرجل : ما كان أعظم بركة سوقي
اليوم يا رسول الله . فقال رسول الله : هذا بتوقيرك محمداً رسول الله وتوقيرك
علياً أخا رسول الله ووصيه ، وهو عاجل ثواب الله لك وربح عملك الذي عملته
[الوسائل ج ١٧ ص ٣٩١ ، الحديث ٥] وعليه روايات أخرى في هذا الباب .

(١) وذلك لصحيفة عبدالله بن جعفر المتقدمة : كتبت اليه أسأله عن رجل
اشترى جزوراً أوبقرة للاضاحي ، فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم
أو دنانير أو جواهر لمن يكون ذلك ؟ قال : فوقع عليه السلام : عرفها البائع ،
فان لم يكن يعرفها فالشئ لك رزقك الله اياه [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٩ من
كتاب اللفظة ، الحديث ١] .

فان الاستفادة من الرواية صدرأ وذيلاً أن التعريف مختص بمورد يكون
لها مالك سابق ، فلولا لم يكن له مالك سابق فلاوجه للزوم التعريف . ومقتضى
تبعية ما في جوف الحيوان لاصل الاصل كما في السمك كما هو الاستفادة من
ذيل الصحيفة المتقدمة ان ما في جوف الحيوان يكون للمالك .

الاحوط اجراء حكم اللقطة او مجهول المالك عليه ^(١) .
 (مسألة : ٣٥) لو وجد في داره التي يسكنها شيئاً ولم يعلم
 انه ماله او مال غيره فان لم يدخلها غيره او يدخلها آحاد من الناس
 من باب الاتفاق كالدخلانية المعدة لاهله وعياله فهو له ، وان كانت
 مما يتردد فيها الناس كالبرانية المعدة للاضياف والواردين والعائدين
 والمضائف ونحوها فهو لقطعة يجرى عليه حكمها ^(٢) .

(١) وذلك لانه لم يكن مورداً للنصوص صريحاً ، وقاعدة التبعية أيضاً في
 غير النماء ربما تكون مورداً للاشكال عرفاً .

(٢) بلاخلاف أجده فيه بين من تعرض له كالشيخ والفاضلين والشهيدين
 والكركي وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، بل في جامع المقاصد نسبتة الى
 اطلاق الاصحاب ، وفي الرياض نفى ظهور الخلاف فيه .

والاصل فيه صحيح جميل عن الصادق عليه السلام قلت له : رجل وجد
 في بيته ديناراً . قال : هذه لقطعة . 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] .

ويؤيده ظهور عدم مشاركة الغير ، فانه قد يعرض له النسيان فينسى أنه
 ماله مع أنه ماله واقعاً فيحكم بأنه له بمقتضى قاعدة اليد . نعم لو قطع بانتفائه
 عنه لم يحكم بكونه له ، اذ احتمال أنه رزق جعله الله في ماله لا يعول 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^{١)}

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 بكونه لقطة مع المشاركة يقتضي عدم الفرق بين المشارك في التصرف وغيره ، فيجب تعريفه حولا وهو يتم مع عدم انحصاره ، اما معه فيحتمل جواز الاقتصار عليه ، لانحصار اليد ووجوب البداية بتعريفه للمشارك ، فان عرفه دفعه اليه والاوجب تعريفه حيثئذ تمام الحول كاللقطة .

بل في الرياض بعد أن حكى عن بعض أنه احتمال الاول قوياً -- لانه بعدم اعتراف المشارك بصير كما لامشارك له فيه -- قال « وهو حسن يمكن تنزيل اطلاق النص والفتوى عليه » .

والاصل في ذلك الكركسي ، قال : وينبغي أن يقيد بما اذا كان المشارك غير محصور ، فان كان محصوراً وجب تعريف المشارك خاصة ، لكن يشكك كونه ملكاً اذا لم يعرفه مع كونه لا يعرفه ، ولذلك اطلق الاصحاب .

وفيه : انه اجتهاد 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 يكون اللقطة لغير المحصور لا يجب تعريفه لغير المحصور ، لان 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 : فيدخل 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 ^(١) ، وان ادعاه دفعه اليه ^(٢) ، وان
قال : « لا ادري » فالاحوط التصالح ^(٣) .

(مسألة : ٣٦) لو اخذ من شخص مالا ثم علم انه لغيره قد اخذ
منه بغير وجه شرعى وعدواناً ولم يعرف المالك يجرى عليه حكم
مجهول المالك لا اللقطة لما مر من انه يعتبر فى صدقها الضياع عن

او يضع فيه شيئاً ؟ قلت : لا . قال : فهو له .

ويؤيده ما ورد فى الدار كصحيحة محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام
قال : سألته عن الدار يوجد فيها الورق . فقال : ان كانت معمورة فيها أهلها
فهى لهم ، وان كانت خربة قد جلا عنها أهلها فالذي وجد المال أحق به [الوسائل
ج ١٧ ص ٣٥٤ ، الحديث ١] .

وكذلك صحيحة أخرى عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام فى
حديث قال : وسألته عن الورق يوجد فى دار . فقال : ان كانت معمورة فهى
لأهلها ، فان كانت خربة فأنت أحق بما وجدت [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٥ ،
الحديث ٢] .

(١) وذلك بمقتضى قاعدة البدكما تؤيدها الصحيحتان المتقدمتان ، بل
بمقتضى صحيح جميل المقدمة .

(٢) وذلك لانه مدع بلا منازع كما فى قصة الكيس ، مضافاً الى أنه مقتضى
كونه لقطه .

(٣) لانه لا يكون خارجاً عنهما بالعلم الاجمالي فيكون الاحوط التصالح .

المالك ، ولاضباع فى هذا الفرض . نعم فى خصوص ما اذا اودع عنده سارق مالا ثم تبين انه مال غيره ولم يعرفه يجب عليه ان يملكه ولايرده الى السارق مع الامكان^(١) .

ثم هو بحكم اللقطة فيعرفه حولا ، فان اصاب 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^(٢) .

(١) وذلك كما فى الجواهر : من اودعه لص مثلا مالا وهو يعلم أنه ليس للمودع بعد أن قبضه أو قبله - بناءً على ج- واز الاستيلاء عليه بعنوان الحفظ لصاحبه ورده عليه او اثم وفعل - لم يجز له أن يرده عليه مع اختياره مسلماً كان اللص أو كافراً بلاخلاف ولااشكال ، لكونه حينئذ مخاطباً برده الى مالكة أو من يقوم مقامه ، ولحرمة التصرف فى مال الغير بغير اذنه الذي منه الرد الى اللص ، ولاينافى ذلك سبق خطاب الرد للص بعد تعلق الخطاب بمن قبض أيضاً .

ويدل عليه رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام : سأله رجل من المسلمين اودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً والى مسلم هل يرد عليه؟ قال : لايرده فان امكنه أن يرده على صاحبه فعل ، والا كان فى يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا ، فان اصاب 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 لرواية حفص بن غياث المتقدمة .

وليس له على الاحوط ان يملكه بعد التعريف ، فليس هو
بحكم النقطة من هذه الجهة ^(١) .

وفي المسالك : ان مضمونه موافق للاصول الشرعية ، فانه بعد التعريف
يصير مالا مجهول المالك ، وقد تقدم أنه يجوز الصدقة به عن مالكة . ولا يقدح
زيادة التعريف هنا ، لانه زيادة في الاستظهار والتفحص على (عن خ ل)
المالك .

قال صاحب الجواهر : وفيه أن مجهول المالك لا يحسد بتعريف السنة ،
وليس هو زيادة استظهار ، اذ الظاهر وجوب التعريف عليه حتى يحصل اليأس
من مالكة ، وهو قد يحصل بأقل من السنة وبأكثر .

قال الصادق عليه السلام في خبر ابن وهب : رجل كان له على رجل حق ففقد
ولا يدري أين يطلبه ؟ ولا يدري أحي هو ام ميت ؟ ولا يعرف له وارثاً ولا نسباً
ولا ولداً . قال : أطلب . قال : ان ذلك قد طال فأتصدق به . قال : أطلبه [الوسائل
ج ١٧ ، الباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى ، الحديث ٢ من كتاب الفرائض] .
وفي الكافي وقد روى في هذا خبر آخر : ان لم تجد له وارثاً وعلم الله
منك الجهد فتصدق به [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى
الحديث ١١ من كتاب الفرائض] (الجواهر ج ٣٨ ص ٣٣٥) .

ولكن الرواية مرسله الفقيه لا الكافي ، فان 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 حولا ، فان اصاب صاحبها ردها عليه والاتصدق بها فان جاء صاحبها
بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم ، فان اختار الاجر فله ، وان 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 البيينة^(١) الا اذا كان بحيث يصدق عرفاً انه في يده^(٢) او ادعاه قبل ان يلتقطه، فيحكم بكونه ملكاً للمدعى^(٣).

له وكان الاجر له « فان المذكور فيها كما ترى مجرد الصدقة بعد ما لم يصب صاحبها . نعم مقتضى قوله « والا كان في يده بمنزلة 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 للاصل 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 ، فلتوصيف كما يمكن للمدعى على فرض كونه مالكاً كذلك يمكن اذا لم يكن مالكاً ، فانحصر طريق احراز المالك بالبيينة .

(٢) فيحكم بما لكيته له من باب انه ذواليد واليد اشارة للملكية كما تقدم في محله .

(٣) لانه مدع بلامنازع حينئذ ، فيحكم بكونه مالكاً كما في صحيحة ابي نصر البرنظي قال : سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير الذي يسوى دراهم كثيرة وهو مستوى الجناحين وهو يعرف صاحبه أيحل له امساكه ؟ فقال : اذا عرف صاحبه رده عليه، وان لم يكن يعرفه وملك جناحه فهو

ولا يجب له ان يلتقطه ^(١) .

(مسألة : ٣٨) لا يجب دفع اللقطة الى من يدعيها الامع العلم او البينة وان وصفها بصفات وعلامات لا يطلع عليها غير المالك غالباً اذا لم يفد القطع بكونه المالك . نعم نسب الى الاكثر انه ان افاد الظن جازدفعها اليه، فان تبرع بالدفع لم يمنع ، وان امتنع لم يجبر، وهو الاقوى ^(٢) .

له ، وان جاءك طالب لانتهمه رده عليه [الوسائل ج ١٧ ، الباب ١٥، الحديث ١] .
وذلك لقوله عليه السلام : فان جئتك طالب لانتهمه رده عليه ، وبدل عليه ما ورد في قصة الكيس أيضاً .

(١) لعدم صدق اللقطة عليه حينئذ بعد ما كان صاحبه معلوماً لعدم صدق الضائع 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 يدعيها الذي لا يعلم به الملتقط الا بالبينة التي تقوم مقام العلم بأداء الامانة الى أهلها شرعاً أو الشاهد واليمين ، فلا يكفي شهادة العدل لعدم كونه بينة بلاخلاف أجده فيه .
نعم عن التذكرة احتمال جواز الدفع اذا حصل الظن من قوله ، بل اختاره الشهيدان والكركي ، لفحوى الاكتفاء بالوصف الذي ستعرف الكلام فيه .
وعلى كل حال فلا يكفي الوصف في وجوب الدفع ولو وصف بصفات لا يطلع عليها الا المالك غالباً ، مثل أن يصف وكاهها وعقاصها ووزنها ونقدها وغير ذلك مالم يحصل القطع بكونه المالك ، كما صرح به الشيخ والحلي والفاضلان والشهيدان وغيرهم على ما حكى عن بعضهم .

لكن فسي النافع « لاتدفع اللقطة الا بالبينة ، ولايكفي الوصف ، وقيل :
يكفي في الاموال الباطنة كالذهب والفضة وهو حسن » وظهره الاكتفاء به في
الوجوب . بل قيل : كأنه استحسنة أيضاً المقداد وابوالعباس ، بل حكاه الاول
عن الشيخ في المبسوط والخلاف وان كان هو كما ترى لانعرف القائل بالتفصيل
المزبور في الجواز فضلا عن الوجوب .

ولقد أجاد في كشف الرموز بقوله « لأعرف منشأ هذا التفصيل ولا القائل
به ، بل يمكن تحصيل الاجماع على خلافه ، الا من أهل الظاهر من العامة
فأوجبوا الدفع بالوصف » .

نعم الأشهر كما في المسالك بل المشهور كما في جامع المقاصد جواز
الدفع به مع فرض حصول الظن به ، بل هو المحكي 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 البنزطي المتقدم في الطير « وان جاءك طالب
لاتنهمه رده عليه » بعد حمل الامر فيه على الاباحة ، ولما عسرفت ولكونه في
مقام توهم المحظر ، وتقرير الصادق عليه السلام دفع سعيد بن عمرو الجعفي
الكيس الذي فيه الدنانير بالوصف والنبوي الذي أمر فيه بحفظ عقاصها ووكاها
الظاهر في ذلك [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٨٤] .

أقول : مراده قدس من قصة الكيس رواية سعيد بن عمرو الجعفي قال :
خرجت من عنده وجدت على بابها كيساً فيه سبعمائة دينار ، فرجعت اليه من فوري
ذلك فأخبرته ، فقال : ياسعيد اتق الله عزوجل وعرفه فسي المشاهد - وكنت

وان كان الاحوط الاقتصار في الدفع على صورة العلم او البيئة^١ .

رجوت أن يرخص لي فيه - فخرجت وأنا مغتم فأتيت منى فتنحيت عن الناس وتقصيت حتى اتيت المافوقه فنزلت في بيت متنجياً عن الناس ، ثم قلت : من يعرف الكيس ؟ فأول صوت صوته اذا رجل على رأسي يقول : أنا صاحب الكيس ، فقلت في نفسي : أنت فلا كنت . قلت : ما علامة الكيس ؟ فأخبرني بعلامته فدفعته اليه . قال : فتنحى ناحية فعددها فاذا الدنانير على حالها ثم عدتها سبعين ديناراً فقال : خذها حللاً خيراً من سبعمئة حراماً ، فأخذتها ثم دخلت على ابي عبدالله عليه السلام فأخبرته كيف تنحيت وكيف صنعت . فقال : أما انك حين شكوت الي أمرناك بثلاثين ديناراً يا جارية هاتبها فأخذتها وأنا من أحسن قومي حالاً [الوسائل ج ١٧ ص ٣٥٦ ، الحديث ١] .

ومراذه « قدس سره » من النبوي ما في (سنن البيهقي ج ٦ ص ١٨٥) .
ثم قال : مؤيداً بافشاء عدم قبول الوصف المزبور ولو على جهة الجواز الى تهمة الملتقط وعدم وصول المال الى مسالكه ، لصعوبة اقامة البيئة على بعض الاموال 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 وان لم يفد الظن .
وان كان الظاهر خلافه .

فمن ذلك كله ظهر لك أنه : ان تبرع الملتقط بالتسليم بالوصف المزبور لم يمنع وان امتنع لم يجبر . والله العالم [الجواهر ج ٣٨ ص ٣٨٤] .
١) لعدم الاشكال والاحتمال في صورة العلم او البيئة ، بخلاف التوصيف اذا لم يفد الملك بأنه مالك لان التوصيف أعم من كونه مالاً فعلاً .

(مسألة : ٣٩) لو تبدل مدهاسه بمداس آخر فى مسجد او غيره
او تبدل ثيابه فى حمام او غيره بثياب آخر فان علم ان الموجود لمن
أخذ ماله جاز ان يتصرف فيه بل يملكه بعنوان التقاص عن ماله اذا
علم ان صاحبه قد بدله متعمداً^١ .

١) وذلك لصدق الاعتداء فى صورة العمد ، وهو القدر المتيقن من مورد
التقاص كما فى الآية الكريمة « والحرمات قصاص فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم » [سورة البقرة : ١٩٤] .

وعن العلامة فى القواعد « ولو وجد عوض ثيابه أو مدهاسه لم يكن له أخذه
فان أخذه عرفه سنة ان شاء الا أن يعلم بشاهد الحال انه تركه عوضاً فيجوز
اخذه من دون تعريف » .

وفى الدروس « ولو وجد عوض ثيابه أو مدهاسه فليس له أخذه الا مع
القربة الدالة على أن صاحبه هو أخذ ثيابه بكونها أدون وانحصار المشتبهين ،
ومع عدم القربة فهى لقطعة » .

وعن صاحب الجواهر : والاصل فى ذلك كله ما فى التذكرة « او أخذت
ثيابه فى الحمام ووجد بدلها او أخذ مدهاسه وترك بدله لم يملكه بذلك ولا بأس
باستعماله ان علم أن صاحبه تركه عوضاً ، ويعرفه سنة أى اذا لم يعلم ان صاحبه
تركه عوضاً . الى أن قال : الا أن يعلم أن السارق قصد المعاوضة بأن يكون
الذي تركه أردأ من الذي سرقه ، وكان لا يشبهه على الاخذ بالذى له ، فلا يحتاج
الى التعريف ، لان مالها تركها قصداً ، والتعريف انما جعل للضائع عن صاحبه
ليعلم به ويأخذه وتارك هذا عالم به وراض ببدله عوضاً عن ماله . وما قلنا أولى

وجريان المحكم في غير ذلك مجل اشكال^(١).

وان لا يخلو من قرب لكن بعد الفحص عن صاحبه والياس منه^(٢)

وكذا يجب الفحص في صورة تعمده^(٣). نعم لو كان الموجود اجود

لانه اوفق بالناس ، لان فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه لحصول عوضها له وللسارق بالتخفيف عنه من الاثم وحفظ هذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أبيع 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 موافقته لما في المتن في صورة العلم .

(١) لعدم صدق الاعتداء وعدم كونه مورداً للقصاص بحسب النصوص ولا بحسب كلمات الفقهاء .

(٢) لانه بحكم اللقطة حينئذ ، فيجوز تملك اللقطة بعد الفحص والياس عن صاحبه ، كما في جامع المقاصد في شرح المستثنى منه من عبارة القواعد : لو كان في الحمام أو المسجد أو نحوهما فلم يجد ثيابه أو مئذنه أو فراهه ولكن وجد مثل المفقود لم يكن له تملكه عوضاً عما ذهب له ، لانه مال الغير ، فلا يحل من دون طيب نفسه ، وقول المصنف رحمه الله « ولو وجد عوض ثيابه » الى آخره ، لا يريد به على قصد العوض أما اخذه لقطه فجاز قطعاً ، فان أخذه لم يكن اللقطة » .

مضافاً الى 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^(١)
بعد اليأس عن صاحب المتروك^(٢) ، وان لم يعلم بأن المتروك
لمن اخذ ماله اولغيره يعامل معه معاملة مجهول المالك^(٣)، فيتفحص
عن صاحبه ومع اليأس عنه يتصدق به . بل الاحوط ذلك ايضاً فيما
لو علم ان الموجود للاخذ لكن لم يعلم انه قد بدل متعمداً^(٤) .

السلام قال : سألته عن اللقطة .. الى ان 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 اياه ، وان مات أو صى بها وهو ضامن لها
[الوسائل ج ١٧ ص ٣٧٠] .

(١) لان التقاص لايجوز في مقدار التفاوت ، لان التقاص انما يكون بعنوان
الاعتداء بالمثل كما في قوله تعالى « والحرمات قصاص فاعتدوا عليه بمثل ما
اعتدى عليكم » [سورة البقرة : ١٩٤] .

(٢) لعدم جواز التصديق 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 يشكل ترتيب أحكام اللقطة عليه . وأما دخوله في عموم
مجهول المالك فهو معلوم ، مضافاً الى أن جواز التصديق به مع الفحص عن
صاحبه واليأس عنه مما لا اشكال فيه على أي حال .

(٤) لان مقتضى اطلاق بعض أخبار القصاص وان كان جواز الاخذ والتملك
في هذا الفرض الا أن مقتضى اطلاق بعض أخبار اللقطة ايضاً وجوب الفحص
والرد الى المالك كما أن مقتضى كونه مجهول المالك وجوب الفحص والرد

خاتمة :

إذا وجد صبيّاً ضائعاً لا كافل له ولا يستقل بنفسه على السعى فيما يصلحه والدفع عما يضره ويهلكه - ويقال له : اللقيط^(١) - يجوز بل يستحب التقاطه واخذه^(٢) ، بل يجب مقدمة ان توقف جفظة عليه لو كان في معرض التلف ،

اليه مع امكانه والتصدق به مع اليأس .

(١) وفي الجواهر : وهو - أي اللقيط - كما في النافع والقواعد والتذكرة والتحرير « كل صبي ضائع لا كافل له » حال الالتقاط ، بل لأجد خلافاً في غير المميز منه ، بل الاجماع بقسميه عليه .

مضافاً الى أنه المنساق مما في النهاية « اللقيط : الطفل الذي يؤخذ مرمياً » وفي القاموس « انه المولود ينبذ » وعن المصباح المنير « انه غلب على المولود المنبوذ » وفي الصحاح « انه المنبوذ » .

وربما كان هو المراد مما في محكي الحواشي للشهيد « اللقيط : كل صبي طرحه أهله عجزاً عن الصلة أو خوفاً من التهمة » .

وعلى كل حال فلا يشمل شيء منها - نحو ما سمعته من النصوص أيضاً - المجنون كما في الدروس ، وان وافقه عليه الشهيد الثاني والكركي وبعض متأخري المتأخرين ، بل لعل العرف أيضاً يساعد عليه [الجواهر ج ٣٨ ص

١٤٧] .

(٢) ويدل على جواز أصل الالتقاط مضافاً الى الاصل صحيح ابن مسلم أو حسنه : سألت ابا جعفر عليه السلام عن اللقيطة . فقال : حرة لاتباع ولاتوهب

سواء كان منبوذاً قد طرحه اهله في شارع او مسجد ونحوهما
عجزاً عن النفقة او خوفاً من التهمة او غيره^(١). بل وان كان مميزاً بعد
صدق كونه ضائعاً تائهاً لا كافل له^(٢).

[الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢٢ من كتاب اللقطة ، الحديث ٥] .

وقال محمد بن احمد : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن اللقطة فقال : لا
تباع ولا تشتري ولكن تستخدمها بما أنفقت عليها [الوسائل ج ١٧ ، الباب ٢٢
من كتاب اللقطة ، الحديث ٤] .

وفي رواية زرارة : اللقيط لا يشتري ولا يباع [الوسائل ج ١٧ ص ٣٧١] .
وفي رواية اسماعيل المدائني عن ابي عبدالله عليه السلام قال : المنبوذ حر
فان 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] .

الى غير ذلك من النصوص الدالة بالالتزام على جواز الالتقاط ، بل لعل
ظاهر ما في بعضها -- من بقائه على حكم الالتقاط حتى يكبر فيتوالى من شاء كما
هو ظاهر رواية اسماعيل المدائني المتقدمة .

(١) وذلك لاطلاق النصوص كما تقدم بعضها وكذلك الفتاوى .

(٢) وفي الجواهر : نعم في الطفل المميز تردد من أنه مستقل بالا متناع
خصوصاً اذا كان مرهقاً فلا يتولى أمره الا الحاكم ، ومن حاجته الى التربية
والتمهد وان كان محفوظاً في نفسه . اشبهه وفاقاً لصريح الفاضل والشهيدين
والكركي وظاهر محكي الوسيلة والغنية جواز التقاطه لصغره وعجزه عن دفع
ضرورته وصدق كونه لقيطاً بعد أن يكون ضائعاً ومرمياً ومنبوذاً ، بل لعل اطلاق

وبعد ما اخذ اللقيط والتقطه يجب عليه حضانته وحفظه والقيام
بضرورة تربيته بنفسه او بغيره^(١).

وهو احق به من غيره الى ان يبلغ فليس لاحد ان ينتزعه من يده
ويتصدى حضانته^(٢) غير من له حق الحضانة شرعاً بحق النسب

الاتقاط على يوسف عليه السلام « قال قائل منهم لا تقتلوا يوسف وألقوه في
غياة الجب يلتقطه بعض السيارة ان كنتم 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 ينقدح النظر في استثناء الكركي وثاني الشهيدين المراهق منه
تبعاً للمحكي عن المبسوط ، بل مال اليه في الدروس ، لانه مستغن عن التعهد
والتربية ، فكان كالبالغ في حفظ نفسه .

مضافاً الى عدم منافاة ذلك لصدق اللقيط الذي به ينقطع أصالة 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 الملتقط
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 بقاءه وبالعكس ، بلاخلاف أجده في شيء من ذلك ، وربما كان في
النصوص المزبورة نوع اشعار به . نعم ان عجز سلمه الى القاضي الذي هو
ولي مثله بلاخلاف أجده [الجواهر ج ٣٨ ص ١٧٤] .

(٢) وذلك لعموم من سبق الى ما لا يسبقه اليه أحد أولى به ، بل في الجواهر :

كالا بوين والاجداد وسائر الاقارب اوبحق الوصاية كوصى الاب او
الجد اذا 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 آخذه كذلك عليهم ذلك ، فلو امتنعوا اجبروا عليه^(١) .

وكذا لو سبق اليه ملتقط ثم نبذه فأخذه آخر الزم الاول أخذه لتعلق الحكم به
بأخذه ولادليل على سقوطه عنه بنبذه [الجواهر ج ٣٨ ص ١٥٢] .
وفي القواعد: ولو ازدحم ملتقطان قدم السابق ، فان تساويا ففي تقديم البلدي
على القروي والقروي على البلدي والموسر على المعسر وظاهر العدالة على
المستور نظر ، فان تساويا أقرع أو يشتركان في الحضانة .

وبالجملة يظهر من كلماتهم أنه مفروغ عنه ومتسالم 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 ام أو غيرهم ممن يجب
عليه حضانته كما في المسالك أجبر الموجود منهم على أخذه لعدم كونه لقيطاً
حينئذ ضرورة وجود الكافل له وعدم صدق كونه ضائعاً عليه عرفاً [الجواهر ج
٣٨ ص ١٥٢] .

وفي الدروس « يجبر الاب وان علاوا الام وان تصاعدت والملتقط » ونحوه
في الروضة مع زيادة الوصي .
وفي محكي المبسوط : « ان التربية والحضانة ولايسة وكذلك الانفاق ،
وذلك لا يكون الا للوالد أو الجد أو الوصي أو امين الحاكم » .
وفي الدروس « ولو كان له اب وان علاوا ام وان تصاعدت أو ملتقط سابق
أجبر على أخذه » .

(مسألة : ١) اذا كان للقيط مال من فراش او غطاء زائدين على مقدار حاجته او غير ذلك جاز للملئقط صرفه في انفاقه باذن الحاكم او وكيله^(١) ومع تعذرهما وتعذر عدول المؤمنين على الاحوط^(٢) جاز له ذلك بنفسه ولا ضمان عليه^(٣) .

وبالجملة يظهر من كلماتهم أن الحكم متسالم عليه عندهم .

(١) بلاخلاف أجده فيه بين من تعرض له ، كالشيخ والفاضلين والشهيدین علی ماحكي عن الاول منهم ، بل في الكفاية هو المعروف من مذهبهم ، لانه لا ولاية له في ماله للاصل وغيره وان كان له حضائنه وتربيته .
وحيث ان فدان بادر فأنفق عليه منه ضمن كما صرح به غير واحد أيضاً لانه تصرف في مال الغير للضرورة ؛ لان القرض امكان الاستئذان من الحاكم الذي هو الولي ، ومن هنا لم تكن ضرورة .

(٢) وذلك من جهة ولاية عدول المؤمنين عند فقد الحاكم على المشهور .
(٣) كما عن الشيخ وغيره التصريح به أيضاً لتحقق الضرورة حيث ان في النصوص ما يدل على الانفاق من مال اللقيط كما في رواية اسماعيل المدائني عن ابي عبدالله عليه السلام قال : المنبوذ حر ، فان احب أن يوالي غير الذي ربه والاه فان طلب منه الذي ربه النفقة وكان موسراً رد عليه ، وان 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 : لا تباع ولا تشتري 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^(١) او من كان عنده حقوق تنطبق عليه من زكاة او غيرها او متبرع كان له الاستعانة بهم في انفاقه او الانفاق عليه من ماله^(٢)

وفي رواية عبدالرحمن العرزمي عن ابي عبدالله عليه السلام عن ابيه قال : المنبوذ حـر ، فاذا كبر فان شاء توالى الى الذي التقطه والا فليرد عليه النفقة وليذهب فليوال 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 الجواهر : واذا وجد الملتقط سلطاناً ينفق عليه استعان به وجوباً مع عدم مال للقيط ولا متبرع ، بلاخلاف أجده فيه بين القدماء والمتأخرين ، وما في المقنعة والنهاية من التعبير بلفظ « ينبغي » يراد منه الوجوب كما أنه المراد مما في محكي المبسوط « أنفق عليه السلطان من بيت المال بلاخلاف » .

قلت : وان حكى عن احد وجهي الشافعي عدم الانفاق منه ، لانه معد لمالا وجه له سواه ، واللقيط يجوز أن يكون رقيقاً نفقته على سيده أوحراً له مال ، فالمتجه حينئذ انفاق السلطان عليه منه بعنوان القرض ، فان بان أنه حر لا مال له قضاه من سهم الغارمين او غيره مما ينطبق عليه . لكنه كما ترى بعد الحكم بحريته واسلامه وفقره في ظاهر الشرع واعداد بيت المال لمصالح المسلمين [الجواهر ج ٣٨ ص ١٦٥] .

(٢) كما في الجواهر : وعلى كل حال فلايكن سلطان كذلك ولم يوجد من

ينفق عليه مسن الزكاة أو ما اعد لمثله أو ما كان يصح صرفه استعان بالمسلمين الذين منهم الملتقط بلاخلاف اجده فيه أيضاً، ولعله لان بذل النفقة لمثله عليهم واجب على الكفاية ، لانه دفع ضرورة مع التمكن على المشهور ، كما في المسالك .

قال « وانما جاز الاستعانة بهم مع كونه كأحدهم لرجاء ان يوجد فيهم متبرع اذ لا يجب عليه التبرع ، فان انفق المتبرع والا كان الملتقط وغيره سواء فسي الوجوب ، لانه من باب اعانة المضطر الواجبة كفاية في جميع الابواب ولكن في المتن فيه تردد، وفي المسالك « مما ذكر ومن أصالة عدم الوجوب ، لامكان تأديه باقتراض عليه والرجوع به مع قدرته » وفي الدروس « وتوقف المحقق هنا ضعيف » .

قلت : لا يخفى عليك ما في هذا الكلام مسن 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 لا التبرع » اشكل الترتيب المزبور ، مع أن الملتقط من جملتهم ، فلا وجه لترتيب انفاقه على التعذر .

اللهم الا أن يقال : انه وان كان من جملتهم لكن لما لم يجب عليه التبرع كما لا يجب على المسلمين وقد رجا وجود متبرع أو متصدق لم يجزله الانفاق بقصد الرجوع قبل اليأس ، كما جزم به في جامع المقاصد . الا أنه كما ترى مناف لظاهر كلماتهم، خصوصاً عبارة المتن وما شابهها الظاهرة في ارادة التبرع [الجواهر ج ٣٨ ص ١٦٨] .

وليس له حينئذ الرجوع على اللقيط بما أنفقته بعد بلوغه ويساره
وان نوى الرجوع عليه^(١).

وان لم يكن من ينفق عليه من امثال ما ذكر تعين عليه^(٢) وكان
له الرجوع عليه مع قصد الرجوع لابدونه^(٣).

(١) وذلك من جهة احتمال وجود متبرع في الانفاق عليه أو من كان عنده

حقوق تنطبق عليه من زكاة أو غيرها، فلا وجه للانفاق على وجه الرجوع اليه، وفي

رواية اسماعيل المدائني المتقدمة « وان كان معسراً كان ما أنفق عليه صدقة » .

وعن صاحب الجواهر : يمكن دعوى الاجماع على أنه لا رجوع للملتقط

بما أنفق وان نوى الرجوع مع وجود المتبرع من سلطان أو غيره ، لأنه يجب

على الملتقط تحصيله حتى يئأس ، ولا أنه يجب على الامام أو على المسلمين

الانفاق التبرعي ، وعلى فرضه كانوا مطالبين بدليله [الجواهر ج ٣٨ ص ١٧٠] .

(٢) وذلك من جهة أن بذل النفقة لمثله واجب على المسلمين كفاية ، لانه

دفع ضرورة مع التمكن على المشهور كما في المسالك، فاذا لم يكن من ينفق

عليه تعين على الملتقط كسائر الواجبات الكفائية اذا انحصر الفاعل في فرد واحد.

(٣) بلاخلاف ولا اشكال ، وفي الجواهر : وعلى كل فلاخلاف أجده في

أنه لو أنفق مع امكان الاستعانة بغيره تبرعاً أو تبرع هو لم يرجع، بل قد عرفت

كونه في الاخير من القطعيات [الجواهر ج ٣٨ ص ١٧١] .

نعم ظاهر خبر المدائني المتقدم كون النفقة صدقة مع الاعسار مطلقاً الا أنه

لم يوجد عامل به، فيمكن أن يراد به جواز جعل ذلك صدقة لأنه يكون كذلك

قهرأ ، او يراد به جواز احتسابه صدقة أي زكاة من سهم الفقراء او الغارمين كما

صرح به في القواعد .

(مسألة : ٢) يشترط في الملتقط البلوغ والعقل^١ والحرية^٢

١) بلاخلاف اجده بين العامة والخاصة ، بل ولاشكال لقصورهما عن ولاية الالتقاط ، وحينئذ فلاحكم لالتقاط الصبي وان كان مميزاً مراهقاً ولا المجنون ولو ادواراً حال جنونه .

وما في التذكرة « لو كان الجنون يعتوره ادواراً اخذه الحاكم من عنده ، كما لو اتقطه المجنون المطبق او الصبي » يمكن حمله على ارادة أن للحاكم اخذه ، لانه مخصوص به والا كان مطالباً بدليله كما هو واضح ، وعدم صدق المنبوذ عليه مع أنه لا يقتضي اختصاص الحاكم به لاينافي صدق اللقيط . والله العالم .

٢) فلاعبرة بالتقاط العبد على المشهور ، بل لم أتحقق 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 نفى الربيب فيه . للاصل ولانه 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 تعريف سنة .

وذلك كما في رواية ابي خديجة عن ابي عبدالله عليه السلام قال : سأله ذريح عن المملوك يأخذ اللقطة . فقال : وما للمملوك واللقطة ، 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 اليه كما صرح به غير واحد ، بل لأجد خلافاً فيه ، بل ولافي الصحة مع الاجازة أيضاً . نعم في الدروس والمسالك « فيكون في الحقيقة هو الملتقط والعبد نائبه ، فيلحقه احكامها دون العبد » .

وكذا الاسلام ان كان اللقيط محكوماً بالاسلام^(١) .
(مسألة : ٣) لقيط دار الاسلام محكوم بالاسلام^(٢) ، وكذا لقيط
دار الكفر اذا وجد فيها مسلم احتمال تولد اللقيط منه^(٣) .

(١) كما ذهب اليه الشيخ وجميع من تأخر عنه ، وفي مجمع البرهان « يمكن دعوى الاجماع عليه » . ومن الغريب ما في التنقيح من أن الاصحاب أطلقوا جواز الالتقاط 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 اللقيط المحكوم بكفره الذي لاخلاف - كما اعترف به غير واحد - في جواز التقاط الكافر له ، بل عن المذهب البارع جواز ذلك قولاً واحداً ، وان كان ظاهر التنقيح أيضاً اتحاد المقامين وهو غفلة .

ويدل عليه نفي السبيل في الآية المباركة « لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » [سورة النساء : ١٤١] حيث أن حق الالتقاط سبيل للكافر على الملقوط المحكوم باسلامه ظاهراً ، ويؤيده انه لا يؤمن مخادعته عن الدين .
وما عن الكركي في حاشية الارشاد - من اشتراط الاسلام وان لم يكن الولد باسلامه - يمكن حمله على ارادة غير المحكوم بكفره كولد الزنا من الكافرين أو المسلمين والا كان مخالفاً للاجماع .

(٢) بلاخلاف 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 متسالم عليه عندهم ، ففي الدروس : وحكم دار الكفر التي تنفذ فيها احكام الاسلام كذلك اذا كان فيها مسلم صالح الاستيلاء ولو واحداً

وان كان فى دار الكفر ولم يكن فيها مسلم او كان ولم يحتمل
كونه منه يحكم بكفره^(١).

وفيما كان محكوماً بالاسلام لو اعرب عن نفسه الكفر بعد البلوغ
يحكم بكفره^(٢). لكن لا يجرى عليه حكم المرتد الفطرى على

وأما دار كانت للمسلمين فاستولى عليها الكفار فان علم فيها مسلم فهي كدار الاسلام
والافلا ، وتجوز 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 بكفره ورقه ، الا أن يكون فيها مسلم ولو كان تاجراً اذا كان مقيماً ،
وكذا لو كان أسيراً أو محبوساً ، ولا تكفي المارة من المسلمين .

وفي محكي المبسوط: والثاني كان دار كفر فغلب عليها المسلمون أو اخذوها
صلحاً وأقروهم 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 بكفره لان الدار دار كفر . والثالث دار كانت للمسلمين
وغلب عليها المشركون مثل طرشوش، فاذا وجد فيها لقيط نظرت فان كان هناك
مسلم مستوطن حكم باسلامه ولا فلا .

(١) لعدم امكان الحكم بالاسلام وعدم الواسطة بين الحكم بالاسلام والحكم
بالكفر ، مضافاً الى أن الحكم متسالم عليه كما يظهر من كلماتهم .

وفي القواعد : الثالث تبعية الدار ، وهي المراد -- أي في اللقيط -- فيحكم
بالاسلام كل لقيط في دار الاسلام الا أن يملكها الكفار ولم يوجد فيها مسلم
واحد ، فيحكم بكفره ويكفر كل لقيط في دار الحرب الا اذا كان فيها مسلم
ساكن ولو واحداً تاجراً أو اسيراً .

(٢) وذلك لعدم امكان الحكم بالاسلام وعدم وجه له مع اظهاره الكفر

صريحاً .

١) وذلك من جهة قبول الاسلام بعد البلوغ في صدق الارتداد شرعاً وعرفاً فلا يصدق بمجرد الحكم بالاسلام مالم يعترف به ، كما عن صاحب الجواهر : وعلى كل حال فان بلغ واعرب عن نفسه الكفر لم يحكم برده على الاقوى كما في الدروس ومحكي التذكرة والايضاح .
ولعله اليه يرجع ما عن المبسوط من «أن الاقوى أنه لا يقتل بل يفزع ويهدد ويقال : حكمنا باسلامك قبل ارجع الى الاسلام» الى آخره ، لان الحكم باسلامه وقع ظاهراً لا باطناً .

ولذا لو ادعى ذمسي بنوته واقام بينة على دعواه سلم اليه ونقض الحكم باسلامه ، وليس الا لانها امانة تفيد الظن باعتبار الاستدلال بالمعلول على شيء آخر . بخلاف مباشرة الاسلام وتبعية أحد الابوين أو السابى فانه برهان لمي يفيد العلم ويستدل فيه بالعلة على المعلول .

لكن في القواعد التردد في ذلك ، ولعله مما عرفت ومن حيث سبق الحكم باسلامه فهو مسلم كفر بعد اسلام ، فيندرج في تعريف المرتد .

بل في التحرير الجزم بأنه مرتد يستتاب والقتل ، بل نفى البعد في جامع المقاصد عن الحكم بكونه مرتداً لسبق الحكم بطهارته واجراء أحكام أولاد المسلمين عليه ، ولان الاسلام هو الاصل لان كل مولود يولد على الفطرة .

وفيه منع الاصل المزبور كمنع اقتضاء الاول الحكم بكونه مرتداً ، ضرورة عدم صدقه عليه لغة بل وشرعاً ، فالتحقيق عدم جريان حكم المرتد عليه . والله العالم . [الجواهر ج ٣٨ ص ١٨٧] .

فهرس الكتاب

(كتاب الغصب)

٥	تعريف الغصب
٦	حرمة الغصب وعقابه
٨	تقسيم المغصوب الى أقسام
٩	المغصوب منه اما شخص أو جهة
١٠	للغصب حكمان تكليفان 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 لا يوجب ضمان اليد
- ٣٧ يلحق بالغصب المقبوض بالعقد الفاسد
- ٤١ يجب رد المغصوب الى مالكة
- 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 ارش النقصان لو حدث نقص في المغصوب
- ٥٥ ضمان الغاصب لو تلف المغصوب
- ٥٧ أنواع المثليات وتمييزها
- ٥٨ لو تعذر المثل في المثلي ضمن الغاصب قيمته
- ٦٣ وجوب دفع المثل في المثلي ولو بشرائه بقيمة اكثر
- ٦٥ لو سقط المثل عن المالية لم يلزم المالك بقبوله
- ٦٧ لو تلف المغصوب القيمي ضمن الغاصب القيمة
- ٧٥ حكم اختلاف القيمة باختلاف الامكنة
- ٧٦ اذا تعذر على الغاصب دفع المغصوب ضمن مثله أو قيمته
- ٨١ نماء البدل ومنافعه للمغصوب منه
- ٨٥ القيمة المضمونة هي نقد البلد
- ٨٦ الفلزات والمعادن المنطبعة مثليات
- ٨٩ تعاقب الايدي الغاصبة على عين
- ٩٤ غصب المثلي وفيه صنعة محللة

- ٩٦ تلف الصنعة عند غضب المصنوع
- ٩٧ لو كان في المغصوب المثلي صنعة محرمة
- ٩٨ تعيب المغصوب في يد الغاصب يوجب الارش
- ٩٩ غضب شيئين منضماً تنقص قيمتهما منفرداً
- ١٠١ حكم الزيادة في المغصوب بفعل الغاصب
- ١٠٤ نماء الارض للغاصب وعليه أجره الارض
- ١٠٦ البناء والغرس في أرض مقصوبة بما هو للمغصوب منه
- ١٠٨ غضب الثوب وصبغه
- ١١٣ مزج المغصوب بغيره
- ١١٧ خلط المغصوب بالاجود أو الارداً
- ١١٩ فوائد المغصوب مملوكة للمغصوب منه
- ١٢١ زيادة قيمة المغصوب ثم زوالها
- ١٢٢ غضب الحبة والبيضة وزرعها أو استفرأها
- ١٢٥ لاضمان في الامانات
- ١٢٦ للضمان سببان الاتلاف والتسبيب
- ١٢٨ معنى الاتلاف بالمباشرة والتسبيب
- ١٣١ لو تسبب شخص في اتلاف مال
- ١٣٢ انواع التسبببات وأمثلة منها
- ١٣٨ لو اجتمع سببان للاتلاف بفعل شخصين
- ١٤٠ الضمان على المباشر عند اجتماعه مع السبب
- ١٤١ ضمان الاكراه على المكره
- ١٤٣ غضب المأكول واطعامه المغصوب منه مع جهله بذلك

- ١٤٥ غصب الطعام واطعامه غير المالك
 ١٤٦ اختلاف المالك والغاصب في القيمة
 ١٤٩ اختلاف المالك والغاصب فيما على المفصوب

(كتاب احياء الموات والمشتوكات)

- ١٥٥ تعريف الموات
 ١٥٩ تقسيم الموات الى الموات بالاصل وبالعارض
 ١٦٠ يجوز احياء الموات بالاصل
 ١٧٩ أقسام الموات بالعارض
 ١٨٢ الاستئذان من الحاكم في احياء الموات
 ١٨٥ يجوز احياء ماخرب من الارض
 ١٨٩ حكم الموقوفة التي طرأ عليها المواتان
 ١٩٤ اذا كان الموات بالاصل حريماً لعامر مملوك
 ١٩٨ حد حریم الدار وغيرها
 ٢٠٣ حد حریم البئر والعين والقناة
 ٢٠٩ التباعد المشروط بين البثرين
 ٢١٠ حریم القرية المبنية في الموات
 ٢١٢ حد المرعى والقناة
 ٢١٧ تصرف الملاك في أملاكهم جائز كيفما كان
 ٢٢٢ بعض حقوق الجيران
 ٢٢٤ ما يشترط في التملك بالاحياء
 ٢٢٨ كيفية تحجير الاراضي

- ٢٣٠ التحجير يفيد حق الاولوية لا الملكية
- ٢٣٣ اشتراط قدرة التعمير في أولوية حق التحجير
- ٢٣٥ لايعتبر في التحجير أن يكون بالمباشرة
- ٢٣٦ انمحاء آثار التحجير يوجب سقوط حق الاولوية
- ٢٣٨ ليس للمحجر تعطيل الموات
- ٢٤٠ يشترط في التملك بالاحياء قصد التملك
- ٢٤٢ معنى الاحياء المفيد للملك
- ٢٤٥ مايعتبر في احياء الموات
- ٢٤٦ اعتبار تسوية الارض في احياء الموات
- ٢٤٩ كيفية احياء البئر في الموات
- ٢٥٠ القول في المشتركات كالطرق والمساجد والمدارس
- ٢٥١ الطرق نوعان نافذ وغير نافذ
- ٢٥٥ كيفية المشاركة في الدرية غير النافذة
- ٢٥٧ جواز انواع الاستفادة من الدرية
- ٢٦٥ لاحريم للشارع العام
- ٢٦٩ اذا استوجم الطريق زال حكمه
- ٢٧١ من المشتركات العامة المساجد
- ٢٧٧ وضع الرحل في المساجد
- ٢٧٩ المشاهد كالمساجد في الاحكام
- ٢٨١ من المشتركات المدارس العلمية
- ٢٨٥ يلحق بالمدارس الرباطات
- ٢٨٥ من المشتركات المياه

٢٩٢	إذا شق نهرأ من ماء مباح ملك مايدخل فيه
٢٩٥	يملك النهر مع نية التملك
٢٩٦	حكم ماء النهر حكم سائر الاموال المشتركة
٢٩٨	القسمة بحسب الاجزاء قسمة اجبار
٣٠٠	حق السقي من النهر عام لكل أحد
٣٠٥	احتياج النهر المشترك الى تنقية وحفر وغيرها
٣٠٦	من المشتركات المعادن
٣١٣	الشروع في الاحياء واهماله يوجب سقوط الحق

(كتاب اللقطة)

٣١٧	القول في لقطة الحيوان (الضالة)
٣٢٣	وجوب الفحص عن صاحب الحيوان الملتقط
٣٢٤	مايدخل في دار الانسان من الحيوان
٣٢٦	مايوجد من الحيوان في غير العمران
٣٣١	اخذ الحيوان في صورة لايجوز موجب للضمان
٣٣٢	تسريح صاحب الحيوان حيوانه
٣٣٤	اصابة حيوان لم يعلم تركه من صاحبه
٣٣٧	القول في لقطة غير الحيوان
٣٣٨	يعتبر في اللقطة الضياع من صاحبه
٣٣٩	يعتبر في صدق اللقطة الاخذ والالتقاط
٣٤١	المقاط مايطن أنه ماله وليس بماله
٣٤٢	لايجوز اخذ المال مجهول المالك

٣٤٥	تملك اللقطة التي قيمتها دون الدرهم
٣٥٣	الدرهم هو الفضة المسكوكة الرائجة
٣٥٥	وجوب التعريف فوراً
٣٥٧	مدة التعريف سنة كاملة
٣٥٩	لا يعتبر في التعريف مباشرة الملتقط
٣٦١	لو علم بعدم فائدة التعريف
٣٦٤	حكم تعذر التعريف في أثناء السنة
٣٦٥	ضياع اللقطة من الملتقط
٣٦٦	اذا كانت اللقطة مما لا تبقى سنة
٣٦٩	كيفية تحقق تعريف سنة
٣٧٠	محل التعريف مجامع الناس
٣٧١	وجوب تعريف اللقطة في مكان الالتقاط
٣٧٤	ما يقال عند تعريف اللقطة
٣٧٦	لولم تكن اللقطة قابلة للتعريف
٣٧٧	إذا التقط اثنان لقطة واحدة
٣٧٩	حكم التقاط الصبي والمجنون
٣٨٠	اللقطة في مدة التعريف امانة
٣٨١	وجدان المالك بعد تعريف اللقطة والتصرف فيها
٣٨٥	لا يسقط التعريف بدفع الملتقط الى الحاكم
٣٨٦	نماء اللقطة للمالك
٣٨٨	ما يوجد مدفوناً في الخربة الدارسة

- ٣٩٣ حكم عدم امکان ایصال المال الى مالکة
- ٣٩٥ لوجود مال في دار معمورة
- ٣٩٧ وجدان شيء في جوف حيوان
- ٤٠٠ لوجود شخص شيئاً في داره
- ٤٠٢ المال المأخوذ غصباً ولم يعرف صاحبه الاصلی
- ٤٠٥ لو انتقط شخص شيئاً وادعاه حاضر
- ٤٠٦ تدفع اللقطة بعد العلم بالمالك أو البينة
- ٤٠٩ حكم تبديل الثياب والحذاء وغيرهما
- ٤١٢ الصبی الضائع الذي ليس له كافل
- ٤١٦ اذا كان للقيط مال زائد يجوز صرفه عليه
- ٤٢٠ ما يشترط في الملتقط
- ٤٢١ حكم لقيط دار الاسلام ودار الكفر





Princeton University Library



32101 061870794