

مَصْبِحَاتُ الْمُنْتَهَى

مَصْبِحَا الْمُنْهَجِ

كتاب اللقطة، كتاب الغصب
كتاب إحياء الموات، كتاب الدين

تَأَلِيفُ

السَّيِّدِ مُحَمَّدِ سَعِيدِ الطَّبَّاطِبَايِ الْحَكِيمِ

دار الهلال

طباعة. نشر. توزيع

الطباطبائي الحكيم، محمد سعيد، 1935 م - شارح

عنوان الكتاب واسم المؤلف: مصباح المنهاج: كتاب اللقطة، كتاب الغضب، كتاب إحياء الموات، كتاب الدين / السيد محمد سعيد

الطباطبائي الحكيم (مد ظله)

الناشر: قم، دار الهلال، 1437 هـ. ق=1394 هـ. ش=2016 م

عدد الصفحات ٤٦١ ص. الطبعة الأولى. السعر 100.000 ريال

شابك الدورة: 1-54-8276-964-978 شابك ج: 8-35-6992-600-978 ISBN:

الفهرسة طبق نظام فيبا. المصادر في الموامش.

ملاحظة: : كتاب اللقطة، كتاب الغضب، كتاب إحياء الموات، كتاب الدين .. شرح لكتاب منهاج الصالحين تأليف السيد محسن الحكيم.

الموضوع: 1- حكيم، محسن، ١٢٦٧ - ١٣٤٨. منهاج الصالحين - نقد وشرح. ٢- الفقه الجعفري - القرن ١٤.

٣- الفقه الجعفري - الرسالة العملية. ٤- كتاب اللقطة، كتاب الغضب، كتاب إحياء الموات، كتاب الدين (فقه).

المعرفي الإضافي (للشخص): حكيم، محسن، ١٢٦٧ - ١٣٤٨. منهاج الصالحين. منتخب. شرح.

١٣٩٤ ١٥٩ / ٨ / ٢٦ م ط BP الإيداع في المكتبة الوطنية: ١٣٢٠١٣

فهرست طبق نظام ديوي: ٢٩٧ / ٣١٢

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م

اسم الكتاب مصباح المنهاج / كتاب اللقطة، كتاب الغضب، كتاب إحياء الموات، كتاب الدين

تأليف: السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم (مد ظله)

المطبعة الوفاء

العدد ٣,٠٠٠ نسخة

الناشر دار الهلال

ISBN 978-600-6992-35-8

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله
الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

كتاب اللقطة

كتاب اللقطة

وهي المال الضائع (١) الذي لا يد لأحد عليه (٢) المجهول مالكة (٣).
(مسألة ١): الضائع أما إنسان أو حيوان أو غيرهما من الأموال.
(والأول): يسمى لقيطاً. (والثاني): يسمى ضالة. (والثالث): يسمى لقطة بالمعنى الأخص (٤).

(١) الظاهر أن مراده ^{فمنه} خصوص الضائع المأخوذ، لتوقف صدق اللقطة لغة وعرفاً وشرعاً على أخذ المال، ولا يكفي فيه ضياعه من دون أخذ، كما لعله ظاهر.
(٢) فالمأخوذ من الغير لا يصدق عليه اللقطة وإن كان غاصباً. غاية الأمر أنه قد يجري عليه أحكام اللقطة شرعاً أو بعض أحكامها، نظير ما تقدم في المسألة الخامسة من كتاب الوديعة من الكلام في وديعة الغاصب وغيره مما قد يأتي التعرض له.

(٣) أما مع العلم بالمالك فهو وإن صدق عليه لقطة لغة بلحاظ أخذه، إلا أنه خارج عن اللقطة عرفاً وشرعاً. بل قد يظهر من بعض كلمات اللغويين خروجه عنها لغة بسبب النقل. ويلحق به ما يعلم بالجهة التي تختص به بحيث يعلم بمورد صرفه، ولو إجمالاً، وإن لم يكن مملوكاً لأحد، كالصدقات ونماء الوقف والمال الموصى به ونحوها. وكذا المباح الأصلي.

(٤) بل هو المنصرف من إطلاق اللقطة. والظاهر أن تعميم الفقهاء اللقطة

(مسألة ٢): لقيط دار الإسلام محكوم بحريته (١) وكذا دار الكفر إذا

كان فيها مسلم أو ذمي (٢)

للقيط مبني على نحو من التسامح. ولا ينافي ذلك إطلاقها عليه في كلام السائل في صحيح علي بن جعفر الآتي. بل لا يبعد ذلك في الضالة أيضاً، فتختص اللقطة عرفاً بغير الحيوان من المال. والأمر سهل.

(١) بلا إشكال ولا خلاف، بل يظهر من بعض كلماتهم المفروغية عنه. لأصالة الحرية في الإنسان التي عليها المعول عند العقلاء والمتشرعة. وتشهد بها النصوص، كصحيح عبد الله بن سنان: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان علي بن أبي طالب عليه السلام يقول: الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبد أو أمة، ومن شهد عليه بالرق صغيراً كان أو كبيراً»^(١) وغيره.

وتشهد به في خصوص المقام النصوص الكثيرة، كصحيح محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقيط. قال: حر لا يباع ولا يوهب»^(٢)، وغيره.

والمصرف منها إرادة حرته ظاهراً، لا الحكم واقعاً بحريته، بحيث لو كان مملوكاً يصير حراً بالالتقاط. ولا سيما بلحاظ صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام: «سألته على اللقطة إذا كانت جارية هل يحل فرجها لمن التقطها؟ قال: لا إنها يحل بيعها بما أنفق عليها»^(٣). بل الأمر أظهر من ذلك، وإن كان يأتي من السرائر ما قد ينافيه.

(٢) وكذا المعاهد، كما يظهر مما تقدم منه ثبتت في المسألة الأولى من فصل بيع

الحيوان من كتاب البيع، وقد تقدم أن الوجه فيه اعتصامه بالعهد، كما تقدم بعض ما يتعلق بذلك.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٢٩ من أبواب كتاب العتق حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٥.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٨.

يمكن تولده منه (١). ولقيط دار الكفر إذا لم يكن فيها مسلم أو ذمي يمكن تولده منه يجوز استرقاقه (٢).

(١) هذا في الحقيقة ليس شرطاً في الحكم بحريته، لما هو المعلوم من حرية الكافر مع عدم طروء ما يوجب الرق له. ومن ثم يكفي في الحكم بحريته احتمالها وإن علم بكفره. وإنما هو شرط في اعتصامه وعدم مشروعية استرقاقه، كما يظهر مما يأتي. (٢) هذا فرع الحكم بحريته، كما أشرنا إلى وجهه آنفاً. وحينئذ نقول: أما جواز استرقاقه مع العلم بعدم إسلام أحد أبويه وعدم اعتصامه بذمة ولا عهد، فلما تقدم في المسألة المذكورة من كتاب البيع من جواز استرقاق الكافر غير المعتصم بعهد ولا ذمة. وقد تقدم هناك بعض ما يتعلق بذلك.

وأما مع احتمال إسلام أحد أبويه فإن كان لوجود مسلم فيها يمكن تولده منه فقد نفى في الجواهر وجدان الخلاف في عدم جواز تملكه، قال: «بل عن بعضهم دعوى الإجماع عليه». وقد استدل عليه بأصالة الحرية وإطلاق نصوص المقام. ويظهر ضعفه مما سبق من أن الكلام ليس في الحكم بحريته، بل في جواز استرقاقه المتفرع على حرته، والحكم بعدم جواز بيعه وهبته في نصوص المقام راجع إلى الحكم بحريته، من دون نظر إلى عدم جواز استرقاقه. نعم قد يدل على المفروغية عن ذلك. لكنه لا إطلاق له في ذلك، لعدم التصدي فيه لبيانه.

ومثله الاستدلال بأصالة عدم ترتب الأثر على الاسترقاق. لأنها محكمة لأصالة عدم العاصم له من إسلام أو ذمة أو غيرهما. وقد خرج عن ذلك ما إذا كان في أرض الإسلام أو الذمة أو العهد، لأن المستفاد من النصوص الواردة في الحكم بتذكية ما يوجد في أرض الإسلام المعتضدة بالسيرة ترتيب أثر الإسلام على من فيها، وقد يستفاد منه عرفاً ترتيب أثر الذمة والعهد على من يوجد في أرضهما. وحمل نصوص المقام - التي عرفت ظهورها في المفروغية عن عدم جواز الاسترقاق - على خصوص ما كان في أرض الإسلام غير عزيز. وإن كان الأمر يحتاج إلى مزيد من التأمل.

ووارث الأول الإمام (١)

وقد يسهل الحال بلحاظ عدم الابتلاء في عصورنا بالمسألة، لعدم وضوح صدق الاستيلاء المملك مع منع القوانين من الاسترقاق، حيث يعتصم المقهور من القاهر بالقانون، فلا يصدق الاستيلاء عليه. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) كما صرح به غير واحد، لأن الإمام وارث من لا وارث له.

ودعوى: أن اللقيط يعلم عادة بأنه حر وارثه أرحامه، أو رق ماله لمولاه، وذلك يقتضي العلم بوجود مالك لما يتركه غير الإمام. فالجهل بمن يملك تركته يقتضي إجراء حكم مجهول المالك عليها.

مدفوعة (أولاً): بأن أصالة الحرية تمنع من العلم بملك أحد لماله، لاحتمال كونه ابن زنا لا يرثه أرحامه من طرف أبويه، والمفروض في كلام الأكثر أنه صغير لا ولد له.

نعم عممه في الدروس واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك ومحكي الكفاية للمجنون الذي قد يكون كبيراً له ولد، وقد يظهر ذلك من القواعد والإرشاد. ولا يبعد كونه ملحقاً باللقيط في بعض أحكامه من دون أن يصدق عليه اللقيط عرفاً، كما يظهر من مفتاح الكرامة والجواهر. بل يشكل عمومه عرفاً للتمييز - كما يظهر بمراجعة مفتاح الكرامة - وإن جرت عليه بعض أحكامه تبعاً لعموم أدلتها أو بعضها. وعلى كل حال فاحتمال الولد منفي بالأصل.

(وثانياً): بأن بعض النصوص قد تضمن أنه يوالي من شاء، كصحيح عبد الرحمن العزمي عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه: «قال: المنبوذ حر، فإذا كبر فإن شاء توالى إلى الذي التقطه، وإلا فليرد عليه النفقة، وليذهب فليوال من شاء»^(١) وغيره والولاء إنما يكون للميراث والعقل عند الجنائية، فلولا الحكم بأن تركته ليست موروثاً للطبقة السابقة على ضامن الجريرة الذي يواليه لا مجال للولاء. فإذا لم يوال

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٢٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٣.

إذا لم يكن له وارث (١). وكذلك عاقلته (٢). وإذا بلغ رشيداً فأقر برقيته قبل منه (٣).

أحداً ولم يخلف ولداً تعين كون ميراثه للإمام. وحينئذ إما أن يقتصر على اللقيط في ذلك، أو يتني على أصالة عدم الوارث له بالتقريب المتقدم، أو يحمل من لا وارث له الذي يرثه الإمام على ما يعم من لا يعرف وارثه. فلاحظ.

(١) الظاهر أن المراد أن يتجدد له وارث بعد الالتقاط، بأن يتزوج ويولد له إذا كبر أو يوالي شخصاً خاصاً فيرثه ويضمن جريته. أما إذا عرف وارثه السابق على التقاطه فالظاهر خروجه بذلك عن كونه لقيطاً اللهم إلا أن لا يعلم وارثه بعد موته. (٢) يعني: في الجناية، لأن الإمام عاقلة من لا وارث له. ويجري في ذلك ما سبق.

(٣) حيث تقدم في المسألة الرابعة من فصل بيع الحيوان من كتاب البيع قبول إقرار الإنسان على نفسه بالرقية. خلافاً في اللقيط للسراير، ونسبه إلى محصلي أصحابنا. للحكم في النصوص بحريته. ويظهر ضعفه مما سبق آنفاً وتقدم هناك من حملها على الحكم بحريته ظاهراً، فلا ينافي قبول إقراره.

هذا والظاهر حينئذ جريان حكم اللقطة الآتي في القسم الثالث، لعدم اختصاصه بالمال الصامت، كما يظهر من صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام: «وسألت عن الرجل يصيب اللقطة دراهاً أو ثوباً أو دابة كيف يصنع. قال: يعرفها سنة، فإن لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها...»^(١)، وصحيحه الآخر المتقدم عنه عليه السلام: «وسألت عن اللقطة إذ كان جارية هل يحل فرجها لمن التقطها؟ قال: لا. إنما يحل له بيعها بما أنفق عليها»^(٢).

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٨.

(مسألة ٣): أخذ اللقيط واجب على الكفاية إذا توقف عليه حفظه (١).

وبذلك يظهر جريان حكم اللقطة على اللقيط لو علم حين التقاطه برقيته، أو قامت عليه أمانة معتبرة.

(١) أطلق في المبسوط وجوب أخذه على الكفاية وعليه جرى في التذكرة والتحرير والقواعد والتنقيح وجامع المقاصد. واستدل له في المبسوط بالأمر بالتعاون على البر والتقوى وفعل الخير، وبأنه في معنى المضطر وإطعام المضطر واجب بلا خلاف.

لكن من المعلوم أن الأمر في الموردين للاستحباب، وإلا لزم كثرة التخصيص، كما في الجواهر كما أن الاستحباب المذكور ليس كفايياً، بل عيني كاستحباب الإحسان وفعل المعروف، فيخرج عن محل الكلام.

وأما الاضطرار الذي استدل به غير واحد فهو غير مطرد، بل ولا معلوم، إذ قد يوجد من يكفله، أو يرجع إليه من نبذه إذا أيس من التقاط غيره له، أو يموت بأجله قبل الحاجة للالتقاط.

ولعله لذا صرح في الشرايع والنافع بالاستحباب لكن في إطلاقه إشكال، إذ يجب حفظ النفس المحترمة من التلف.

ولعله لذا قال في اللمعة: «وإذا خاف عليه التلف يجب أخذه كفاية، وإلا استحباب»، وهو الظاهر من الدروس بلحاظ تمام كلامه، ووافقه في الروضة وفي المسالك وعن الكفاية أنه متجه.

ولعل الأولى ما ذكره سيدنا المصنف رحمته من اختصاص الوجوب بما إذا توقف حفظه على الالتقاط، لأن مقتضاه توقف تنجز وجوب الالتقاط على إحراز توقف وجوب الحفظ عليه، وعدم الاكتفاء بالخوف عليه من التلف، مع إباء المرتكزات التشريعية ذلك جداً.

نعم الظاهر أن وجوب الالتقاط واقعاً منوط بتوقف حفظه عليه، مع

كفاية الخوف في تنجز احتمال توقف الحفظ عليه، ولزوم الاحتياط بالتقاطه ظاهراً، كما هو الحال في كثير من موارد خوف الضرر. وإن كان كلام سيدنا المصنف عليه السلام لا يناسب ذلك.

هذا كله إذا كان محكوماً بالإسلام لكونه في بلد يغلب فيه المسلمون وأما إذا لم يكن محكوماً به فلا إشكال في حرمة قتله، لما هو المعلوم من سيرة النبي صلى الله عليه وآله وسلم والمسلمين من بعده من عدم قتلهم الصبيان والنهي عنه في بعض النصوص^(١).

أما وجوب حفظه فلم يتضح الدليل عليه والذمة والعهد إنما يقتضيان المنع من التجاوز على الذمي والمعاهد، لا وجوب حفظهما، خصوصاً إذا قامت الأمانة على أنهم عرضوا أطفالهم للخطر.

وأشكل من ذلك ما إذا لم يحرز كون اللقيط من أهل الذمة.

ولكن مع كل ذلك يشكل البناء على جواز ترك التقاطه مع الخوف عليه من التلف، فضلاً عن العلم بتعرضه له لجهات إنسانية يصعب البناء على إهمال الشارع الأقدس لها.

ثم إن ماسبق من الشهيد وغيره من استحباب الالتقاط مع عدم الخوف على الصبي من التلف غير ظاهر الوجه، بل لا دليل على مشروعيته في فرض احترام اللقيط، لأن وضع اليد عليه تصرف فيه ينافي حرمة، ولا إطلاق لنصوص اللقيط ينهض بجواز التقاطه حينئذٍ، بل ظاهرها المفروغية عن مشروعية الالتقاط من دون أن يتضمن التصدي لبيانها، ليكون لها إطلاق فيها. والمتيقن من السيرة والإجماع صورة الخوف.

نعم يتجه البناء في فرض الخوف على استحباب الالتقاط عيناً بعد ما سبق

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١١ باب: ١٨ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه.

من وجوبه كفاية، لما سبق من استحباب فعل الخير والإحسان ونحو ذلك.

لكنه يتوقف على أمرين: (الأول): أن يجرز الملتقط من نفسه القدرة على القيام برعاية اللقيط وسد حاجته ونحو ذلك مما يجب عليه بمقتضى ولايته، وإلا فلا مجال للاستحباب، بل قد يكون مرجوحاً، لما ورد من النهي عن التعرض للحقوق، والأمر بالصبر عليها إن لزم^(١).

(الثاني): أن لا يكون هناك متصدٍ لالتقاط الصبي هو أنفع له دينياً أو دنيوياً، بحيث يكون أصلح له في ظاهر الحال، حيث يكون في التقاط غيره له حرمان له من ذلك، لأنه بعد التقاطه له، وتحمله لمسؤوليته شرعاً بمقتضى ولايته عليه، لا يستطيع دفعه لغيره على أن يصير هو الولي عليه بدلاً عنه.

نعم يستطيع توكيله عنه في إدارة شؤون اللقيط. وقد لا يقبل بذلك، أو لا يزيد في إحسانه إليه على إحسان الموكل، بخلاف ما لو استقل بولايته. بل قد لا يشرع الالتقاط حينئذٍ لما فيه من حرمان الصبي من الخير إذا كان معتداً به. وقد عرفت أنه لا إطلاق لدليل مشروعية الالتقاط، والمتيقن من عموم الوجوب الكفائي مع الخوف عدم تيسر الأنفع ومحاولته الالتقاط.

لكن لو عصى والتقطه ترتب أثر الالتقاط في حقه، لما يأتي في وجه كون الملتقط أولى بتربية اللقيط وحضانته.

بقي شيء. وهو أنه صرح في الشرايع والقواعد بعدم وجوب الإشهاد على الالتقاط وهو ظاهر المبسوط، لأنه ذكر أن فيه قولين، كاللقطة، وقد قوى في اللقطة الاستحباب على عدم الوجوب. وهو صريح التذكرة والدروس واللمعتين وجامع المقاصد وغيرها، وظاهر جامع المقاصد ومحكي الكفاية الإجماع على عدم الوجوب. وذكروا في وجه الاستحباب أنه أقرب لحفظ نسبه وحرية.

وهو كما ترى لا ينهض باستحباب الإشهاد لا ذاتاً، كما هو ظاهر، بل ولا

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٦ من أبواب كتاب النذر والعهد.

فإذا أخذه كان أحق بتربيته وحضائته من غيره (١)،

عرضاً، لأن الإشهاد إنما يمنع من ادعاء الرقية أو النسب من الملتقط أو وارثه مع وجود خصم يعنى بالأمر ويهتم بحفظ الشهادة ومتابعة الشهود واستشهادهم عند الحاجة، واللقيط عاجز عن ذلك، وإذا كبر تحت يد مدعي الرقية أو النسب قد يغفل عن كذبه ولا يسعى لمخاصمته، ولو التفت لذلك قد لا يعلم بالاستشهاد أو لا يتسر له الوصول للشهود واستشهادهم.

نعم يجب على الملتقط التحفظ من الأمرين بإعلان الحال وإظهاره أو نحو ذلك من وجود التوثق، بنحو يؤمن معه من الأمرين، لما هو المعلوم من تحريم اختلاط الأنساب، ووجوب رعاية مصلحة اللقيط بمقتضى ولايته عليه، بحيث لا يتعرض لمحدور الاسترقاق بلا حق.

(١) كما يظهر من غير واحد، بل ظاهرهم المفروغية عنه. كالنصوص، ومنها صحيح العزرمي المتقدم.

وهو مقتضى السيرة أيضاً للابتلاء باللقيط في جميع العصور مع البناء على تولى الملتقط أمره واستقلاله بأدارة شؤونه، ومن المعلوم عدم مراجعتهم الحاكم الشرعي فيه، لعدم ظهور مرجعية الحاكم في الجملة في الصدر الأول.

وبعد ثبوت ولاية الملتقط عليه لا موضوع لولاية الحاكم، بناء على ما تقدم في محله من عدم الدليل على ولايته في مورد ثبتت فيه ولاية غيره. وأولى بذلك غير الحاكم من عامة الناس، ومع عدم ولايته لا مجال لمزاحمته لمن ثبتت له الولاية، وهو الملتقط.

هذا وفي الشرايع والقواعد والإيضاح والدروس وجامع المقاصد وغيرها أنه يلزم الملتقط بالحضانة، وليس له التخلي عنها.

واستدل له (تارة): بأنه شرع في فرض الكفاية فعليه إكماله، لحرمة إبطال العمل. ويشكل بالمنع من حرم إبطال العمل، والآية الشريفة محمولة على النهي

إرشاداً عن فعل ما يوجب إحباط العمل. على أن المقام ليس من إبطال العمل بل عدم الاستمرار فيه، كما لو وجبت حراسة البلد كفاية فحرس مدة ثم تركها لغيره. (وأخرى): باستصحاب وجوب رعاية اللقيط عليه. وفيه: أن المتيقن هو الوجوب كفاية وفي كل آن بنحو الانحلال، فلا ينافي التنازل للغير ليقوم بفرض الكفاية في الآن الثاني، نظير مثال الحراسة المتقدم. وانقلاب الوجوب الكفائي بالشروع فيه للعيني يحتاج إلى دليل.

فالعمدة في المقام: أن المرتكزات التشريعية والعقلائية قاضية بأن وضع الملتقط يده على اللقيط يقتضي نحواً من المسؤولية به، نظير وضع اليد على المال المحترم، ومرجعه إلى نحو من الاستئمان والولاية عليه شرعاً. ولذا وقع التعبير بالولاية في حق الملتقط في كلام غير واحد.

وذلك يقتضي عدم جواز التنازل عن ولايته لغيره، لعدم الدليل على قابلية الولاية المذكورة للانتقال للحاكم، فضلاً عن غيره. وما في التذكرة من جواز دفعه للحاكم مع القدرة على رعايته للتبرع بها، لا مجال له بعد ما ذكرنا.

غاية الأمر أن للملتقط الاستعانة بغيره ممن يثق به، أو توكيله في أمره مع بقاء الولاية عليه والمسؤولية به له، بحيث تكون إدارة الغير له في طول ولايته، فيتعين استرجاعه منه مع ظهور قصوره أو تقصيره، كما هو الحال في سائر الأمان والأولياء. ولا يبعد ظهور كلمات جملة من الأصحاب في البناء على ذلك، بل المفروغية عنه. نعم لو خرج عن قابلية الولاية تعين سقوط ولايته، ويجري على اللقيط حكم من لا ولي له. وإن كان الظاهر بلحاظ السيرة في الصدر الأول تولي غيره له مع ترجيح من يتعلق به من دون مراجعة الحاكم الشرعي، قريباً مما ذكرناه في اليتيم.

وبذلك يظهر أن أولوية الملتقط بحضانه اللقيط وترتيبه ليست كأولوية الأم بحضانه ولدها، الراجعة لأولويتها بمباشرتها للحضانه، بل كأولوية الأب بحضانه

إلا أن يوجد من له الولاية عليه لنسب أو غيره (١)، فيجب دفعه إليه حينئذ، ولا يجري عليه حكم الالتقاط (٢).

(مسألة ٤): ما كان في يد اللقيط من مال محكوم بأنه ملكه (٣).

ولده وتربته الراجعة إلى ولايته عليه وإشرافه على إدارة أموره - ومنها حضانته - وإن لم يباشر ذلك بنفسه.

(١) كالوصي، دون الحاكم الذي لم تثبت ولايته إلا حسبة، وهي تقصر عن صورة وجود الملتقط، كما سبق، بل الظاهر مفروغيتهم عنه.

نعم لو ظهر يتيماً لا ولي له، فإن قلنا بولاية الحاكم عليه لخصوصيته لم يبعد بناء الأصحاب على وجوب مراجعته، وما يأتي من أن ظاهرهم عدم مراجعة الحاكم في اللقيط إنما هو قبل ظهور حاله، لا بعد ظهور الولي له.

نعم ذكرنا في محله عدم خصوصية الحاكم في الولاية عليه، وإن لكل أحد كفالته، فإن ظهر له كفيل سابق ضاع منه وطالب به فالظاهر وجوب دفعه له، لأنه وليه، فيخرج من حكم اللقيط. نعم لو لم يطالب به ولا طالب به رحم له أقرب من الملتقط جاز للملتقط كفالته لا من جهة الالتقاط، بل لما ذكرنا من جواز كفالته لكل أحد. فلاحظ.

(٢) بل الظاهر قصور عنوان اللقيط عنه حينئذ، بمعنى انتهاء أمد صدقه.

(٣) كما في المبسوط والشرايع والإرشاد والتحرير والإيضاح والدروس واللمعتين وجامع المقاصد وغيرها، وفي الجواهر: «بل لا أجد فيه خلافاً بين من تعرض له». وفي المبسوط بعد بيان جملة مما تتحقق فيه اليد: «وهذا كله لا خلاف فيه»، حيث يظهر منه المفروغية عن الحكم بملكيته لما تحت يده.

ووجهه ظاهر، فإن قصوره لا ينافي ملكيته لما تحت يده بمثل الميراث أو تمليك وليه له أو إذنه في تمليكه.

نعم لو علم بعدم تمليك الولي له، وإنما جعله معه غيره مما له ولاية عليه تعين

(مسألة ٥): يشترط في ملتقط الصبي البلوغ والعقل (١) والحرية (٢)

عدم الحكم بملكه له، وإنما ينفق عليه منه لظهور حال جاعله معه في إذنه بالإنفاق منه عليه، وأنه إنما جعله معه لأجل ذلك.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب بنحو يظهر في مفروغيتهم عنه، ونفى وجدان الخلاف فيه بين العامة والخاصة في الجواهر. ولا ينبغي الإشكال فيه، لظهور قصور الفاقد لهما عن مقام الولاية وعن التكليف المترتب عليهما.

(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب أيضاً، ونفى الريب فيه في جامع المقاصد، وعن الكفاية أنه مما قطع به الأصحاب، وفي مجمع البرهان أن الظاهر الإجماع عليه. نعم نسب للمشهور في الجواهر وكأنه لما فيه وفي مفتاح الكرامة من اقتصار المحقق على اعتبار التكليف في الملتقط، وفي الثاني أنه ذكر ذلك في النافع.

لكن قال في النافع: «ويشترط في الملتقط التكليف. وفي اشتراط الإسلام تردد. ولا يلتقط المملوك إلا بإذن مولاه». ومن القريب أن يكون مراده بالنهي مع عدم إذن المولى عدم ترتب الأثر على التقاطه، فيوافق الأصحاب، لا الحرمة التلكيفية مع البناء على صحة الالتقاط وترتب أثره، ليكون مخالفاً لهم، ويكون الفرق بينه وبين غير المكلف أنه لا عبرة عندهم بقصد غير المكلف حتى مع إذن الولي، لعدم أهليته للتوكيل، بخلاف العبد، حيث يترتب الأثر على قصده، ويكون أهلاً للتوكيل.

وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في قصوره عن مقام الولاية التي هي الأثر المترتب على الالتقاط، لما دل أنه لا يقدر على شيء، المؤيد أو المعتضد بها في معتبر أبي خديجة عن أبي عبيد الله عليه السلام: «سأله ذريح عن المملوك يأخذ اللقطة فقال: وما للمملوك واللقطة والمملوك لا يملك من نفسه شيئاً؟!، فلا يعرض لها المملوك، فإنه ينبغي أن يعرفها سنة...»^(١) ورواه الصدوق بطريق فيه ضعف، إلا أنه قال: «فإنه ينبغي للحر أن يعرفها سنة...».

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٢٠ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

فلا اعتبار بالتقاط الصبي والمجنون والعبد (١) إلا بإذن مولاه (٢). بل يشترط

كما لا إشكال في حرمة تصرف العبد وعمله بدون إذن مولاه تكليفاً، ومن الظاهر أن الالتقاط بنفسه من صغريات ذلك.

ودعوى: أن حرمة تصرف العبد بغير إذن مولاه تكليفاً يقصر عن الواجبات، وقد سبق وجوب الالتقاط مع الخوف على اللقيط.

مدفوعة بأن ذلك يختص بالواجبات العينية، دون الكفائية مع وجود من يقوم بها غيره، حيث يتعين حينئذٍ عدم قيامه بها، لعموم حرمة عمله بغير إذن مولاه، لعدم منافاة الوجوب المذكور له حينئذٍ.

هذا ولو لم يجرز العبد وجود من يقوم بذلك، وخاف على اللقيط من ترك التقاطه له، تعين وجوب التقاطه عليه وإن لم يتيسر له استئذان مولاه، كما في التحرير. لكن اقتصر على صورة الانحصار بالعبد في جواز الالتقاط في التذكرة، وفي وجوبه في الدروس. ولعله راجع إلى ذلك، لما هو المعلوم من لزوم الاحتياط بالقيام بالواجب الكفائي بمجرد عدم إحراز قيام الغير به، ولا يعتبر فيه إحراز عدمه، للعلم بانشغال الذمة به والشك في الخروج عن ذلك بفعل الغير.

نعم الوجوب في المقام تكليفي بملاك الإنقاذ من دون أن يترتب عليه أثر الالتقاط من ثبوت الولاية للملتقط عليه، كما في جامع المقاصد والمسالك وغيرهما، لما سبق من قصور العبد عن ذلك.

(١) ولازم ذلك جواز أخذ الغير له منهم كما كان له قبل أخذهم له. والظاهر عدم وجوب الرجوع للحاكم في أخذه منهم، ولا استئذانه، لعدم المنشأ له، والعلم بعدم البناء عليه في الصدر الأول.

نعم لا يجوز للعبد تسليمه لغيره إلا بإذن مولاه، لاحتمال عدم رضاه بذلك وإنفاذه لالتقاط عبده، بحيث يكون رضاه باستمراره عنده توكيلاً له في التقاطه له.

(٢) كما في الشرايع والنافع وجملة من كتب العلامة والشهيد وغيرها.

الإسلام فيه إذا كان اللقيط محكوماً بإسلامه (١)، فلو التقط الكافر صبياً في دار الإسلام لم يجر على التقاطه أحكام الالتقاط ولا يكون أحق بحضائه.

وقد صرح في غير واحد منها بأن الملتقط حينئذ هو المولى، وبأنه لا يجوز له الرجوع حينئذ.

ولا ينبغي الإشكال فيه، لأنه بإذنه للعبد مع عدم أهليته للالتقاط وعدم تحمله لتبعته قد وكله في التقاطه عنه على أنه هو الملتقط. والظاهر قابلية الالتقاط للتوكيل. ولا أقل بلحاظ السيرة، إذ كثيراً ما يستعين الملتقط بغيره من أتباعه.

ويجري ذلك في الصبي أيضاً إذا وكله الولي أو غيره في الالتقاط، لعين ما سبق في العبد، بناء على ما هو الظاهر من أهليته للتوكيل مع تمييزه. وأما مع عدمه فيكون بمنزلة الآلة لمن يأمره بحمل اللقيط.

وأما إذا أذن له الولي في الالتقاط على أن يكون هو الملتقط، بحيث يكون هو الولي على اللقيط فيشكل مشروعية ذلك، لعدم أهليته للولاية. وكذا الحال في إذن المولى للعبد بالوجه المذكور.

(١) كما ذكره الشيخ رحمته في المبسوط وعامة من تأخر عنه. وتردد فيه في النافع وظاهر الشرايع والإرشاد.

واستدل عليه (تارة): بقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(١). (وأخرى): بأنه قد يفتنه عن الإسلام.

لكن تقدم في المسألة الثالثة من فصل بيع الحيوان من كتاب البيع أن المراد بنفي السبيل في الآية الشريفة نفي الحجة، بنحو يظهر منه أنها أجنبية عن المقام ونحوه من الملكية والولاية وغيرهما.

وأما احتمال أن يفتنه في دينه فهو - لو حصل - يقتضي التحفظ من ذلك، والزامه بما يناسبه، من دون أن يمنع من ولايته عليه في إدارة شؤونه الحياتية.

فالعمدة في المقام أنه لا إطلاق للدليل ولاية الملتقط على اللقيط، بحيث يشمل محل الكلام. ولا سيما مع ظهور النصوص - ومنها صحيح العزمي السابق - في أن للقيط أن يوالي الملتقط، فيكون من له ميراثه إن لم يكن له وارث أقرب منه، مع ما هو المعلوم من عدم إرث الكافر للمسلم. معترضاً بإبَاء المرتكزات المتشرعية احترام التقاط الكافر للمسلم، وقرب بناء المتشريعة على جواز أخذ اللقيط منه قهراً عليه. بل ما دل على وجوب بيع عبد الكافر إذا أسلم قهراً على مولاه وتسليم ثمنه له^(١) لا يناسب ولاية الكافر على المسلم، معترضاً بإبَاء مرتكزات المتشريعة للولاية المذكورة. ولعله لذا علل الحكم في المبسوط بأن الكافر لا يلي على مسلم.

نعم المتيقن من ذلك أولوية المسلم، بحيث له أخذه قهراً من الكافر. أما وجوب أخذه كفاية على المسلمين فيصعب إثباته، خصوصاً في حق من لا يخشى عليه منه في نفسه ولا في دينه.

هذا وأما مع الحكم بكفر اللقيط فالمعروف بين الأصحاب جواز التقاط الكافر له، ونفى الخلاف فيه في كشف الرموز وظاهر المسالك، وفي المهذب البارع: «وإن كان الملقوط في بلاد الشرك لم يمنع الكافر من التقاطه قولاً واحداً، لعدم الحكم بإسلامه» ونفى الإشكال فيه في المسالك ومحكي الكفاية.

واستدل عليه في التذكرة وغيره بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(٢). لكن ظاهر الولاية في الآية الشريفة الموالاتة والمودة والتناصح وما يجري مجرى ذلك، دون الولاية في المقام ونحوه. كما أشار إليه في مفتاح الكرامة. كيف ولازمه عدم جواز التقاط المسلم للكافر، مع أنه ثبت^٣ صرح بجوازه، كما هو ظاهر غيره أو صريحه.

ومثله الاستدلال في كلامهم بقصور دليل المنع عنه. إذ هو إنما ينفع وجود

(١) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٧٣ من أبواب كتاب العتق حديث: ١.

(٢) سورة الأنفال الآية: ٧٣.

عموم يقضي بجواز الالتقاط، وقد سبق المنع من ذلك.
 فالعمدة في المقام ما هو المعلوم من البناء على إقرار أهل الذمة على تعاملهم فيما
 بينهم بالوجه الذي هم عليه، بضميمة ما هو المعلوم من سيرتهم على التقاط صبيانهم
 المحكومين بأنهم منهم، بل يقطع بعدم منعهم عن ذلك.
 وأما لو لم يكن للملتقط ذمة، فوجوب أخذ اللقيط منه يحتاج إلى دليل. وجوازه
 مقطوع به حتى لو ثبتت ولايته عليه، ولذا يجوز نهب أطفالهم إذا لم يلزم منه محذور.
 وبذلك يظهر ضعف ما عن تعليق المحقق الكركي على الإرشاد من عموم
 إشراف إسلام الملتقط لما إذا لم يحكم بإسلام اللقيط. قال في فتاح الكرامة: «وهو نادر
 مسبق بالإجماع...».

بقي في المقام شروط للملتقط وقع الكلام فيها، ظاهر سيدنا المصنف رحمته
 عدم البناء عليها..

(الأول): العدالة. فقد صرح في المبسوط بعدم أهلية الفاسق للالتقاط، بل
 ينتزع منه وعليه جرى في القواعد والتذكرة واللمعة ومحكي شرح الإرشاد للفخر،
 وفي جامع المقاصد وعن حاشية الإرشاد أنه أحوط. وظاهر التحرير والإرشاد
 والتنقيح التوقف. بل اختار صحة التقاطه في الشرايع والدروس والمسالك والروضة
 وظاهر النافع وغيرها، ونسبه في المسالك والروضة للأكثر.

واستدل للأول بأن الفاسق ليس بأهل للاستئمان، وبأنه قد يسترقه، وهو
 راجع للأول، الذي هو عين المدعى. بل ليس بناؤهم عليه في اللقطة وغيرها من
 موارد الاستئمان الشرعي، ومنها ولايته على أبنائه الصغار، وإن فرقوا بين اللقطة
 واللقيط بوجوه لا ترجع إلى محصل ينهض بالاستدلال، كما يظهر بمراجعتها.

وأضعف منه ما في التذكرة من الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَرْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ
 ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ﴾^(١). إذ فيه: أن ولايته في المقام - لو صدق عليها الركون -

(١) سورة هود الآية: ١١٣.

شرعية كولايته على أطفاله، وليست تابعة للمكلفين ليحرم عليهم جعلها له.
نعم تقدم أنه لإطلاق الأدلة ولاية الملتقط على اللقيط، ليكون هو المرجع مع
فقد دليل على المنع.

فالعقدة: أن المعلوم من بناء العقلاء والمشرعة تبعاً لمرتكباتهم عدم التقيد
بالعدالة، فإن مثل هذا القيد إنما يكون في أمر بيتني على التقنين، مع أن الالتقاط بيتني
نوعاً على دوافع عاطفية أو مصلحة فردية يشترك فيها الناس بمختلف أصنافهم، فلو
كانت شرطاً لكن اللازم التنبيه عليها في النصوص ردعاً عن مقتضى السيرة المذكورة.
على أن منع الفاسق من الالتقاط يحتاج إلى دليل، ومع حصول الالتقاط منه
فقد سبق في وجه ولاية الملتقط على اللقيط أن وضع اليد على اللقيط يوجب نحواً من
المسؤولية عليه به وأنها هي مرجع الولاية عليه. وذلك يعم الفاسق، كما لعله ظاهر.
نعم لو ظهر من الملتقط التفريط في حق اللقيط بنحو معتد به وجب كفاية
الإنكار عليه مع القدرة، وحمله على الكف عنه إنكاراً للمنكر، ورعاية لمصلحة اللقيط
حسبة، كما يجب ذلك لو ظهر منه التفريط في حق أولاده ونحوهم ممن له الولاية عليه
شراً.

هذا وفي جامع المقاصد ومحكي تعليق الإرشاد للمحقق الكركي أنه لو كان له
مال فاشترط العدالة قوي، لأن الخيانة في المال - لشدة لصوق المطامع به - أمر راجح
الوقوع. وفي المسالك والروضة أنه يمكن الجمع بين ذلك والتقاطه للقيط بانتزاع
الحاكم المال منه، كالمبذر.

ولا يخلو الجميع عن غرابة بعد بنائهم على عدم اعتبار العدالة في ملتقط
اللقطه، ومع ما هو المعلوم من أن احتمال التقصير والتفريط في نفس اللقيط وإدارة
شؤونه بسبب تعقدها أقوى من احتمال التقصير والتفريط في المال.
على أن مثل هذه الوجوه لا تنهض بالاستدلال والخروج عن مقتضى السيرة
في المال، كاللقيط.

بل لو قامت الأمانة على نبد اللقيط من قبل وليه وعدم ضياعه منه فظاهر حال الناخذ له الإذن للملتقط في إنفاق المال، سواء كان مالاً للقيط أم لمن نبذه جعله معه لينفق عليه. وكذا لو جعله أجنبي عنه معه إحساناً منه عليه من دون أن يتحمل مسؤولية التقاطه.

(الثاني): قال في التذكرة: «يعتبر في الملتقط الرشد، فلا يصح التقاط المبذر المحجور عليه، فلو التقط لم يقر في يده وانتزع منه، لأنه ليس مؤتمناً عليه شرعاً وإن كان عدلاً»، وفي الدروس أنه أقرب، وفي جامع المقاصد أنه لا يخلو عن قوة. ولم يتضح الوجه في ذلك، فإن تفريطه بالمال لا يمنع من ولايته على اللقيط. قال في جامع المقاصد - بعد أن أشار لذلك - : «ويشكل بأن الحضانة تستدعي الإنفاق، وهو ممتنع من المبذر. وجعل الولاية فيه لآخر يستدعي الضرر على الطفل بتوزيع أموره. وأيضاً فإن الولاية عليه أمر واحد فلا تتجزأ، فتثبت مطلقاً أو تنفى مطلقاً». ولذا بنى المنع في المسالك والروضة على حصول الضرر على الطفل بتوزيع أمره. لكن الجميع - كما ترى - لا يرجع إلى محصل ظاهر ينهض بالاستدلال. كيف ولازم الأخير سقوط ولاية المبذر على أطفاله. وأما قد يدعى من أن على الملتقط الإنفاق على اللقيط في بعض الأحوال، فيكون الالتقاط تصرفاً مالياً يمنع منه المبذر. ففيه: أن الذي يمنع منه المبذر التصرف المالي الاعتباري، كالبيع والهبة، دون العمل الخارجي المستتبع للإنفاق، كالاستيلاء.

ولعله لذا كان ظاهر ترك الأكثر لذكره عدم البناء عليه، بل هو صريح القواعد وغيره.

ومثله ما قد يدعى من عدم الإطلاق لأدلة الالتقاط. فإنه وإن كان مسلماً - كما سبق - ، إلا أن التقييد بذلك يحتاج إلى عناية ليس بناء المتشعبة والعقلاء عليها، كما سبق في الفاسق، وسبق فيه ما يجري هنا من عموم منشأ الولاية له. فراجع. نعم لو أريد من الرشد كمال العقل في مقابل الضعف والبله اتجه اعتباره،

لتوقف الولاية عموماً عليه.

(الثالث): قال في الميسوط: «وإن كان الذي وجده بدوياً فلا يخلو أن يكون بدوياً له حلة مرتبة ولا ينزعج من مكانه أو يكون بدوياً ينتقل من مكان إلى غيره. فإن كان له حلة فإنه يترك في يده، ولا ينزع، وإن كان ينتقل فهل يترك أو ينزع؟ وجهان» وأطلق أهلية البدوي للتقاط والولاية على اللقيط في القواعد، بل صرح بجواز التقاط البدوي الذي لا حلة له في الشرايع. وكلماتهم لا تخلو عن اضطراب في المقام. وكذا الحال في الحضري الذي يريد السفر.

والذي ينبغي أن يقال: ما سبق من الوجه في الشرطين الأولين يقتضي أن لهما الالتقاط، وتثبت لهما الولاية على اللقيط به. إلا أن اللازم عليهما وعلى كل ملتقط الرعاية لمصلحته والتحفظ عليه من ضياع نسبه. فإذا ظهر عليه أن منبوذ لا يريد نابذه رجوعه إليه والتعريف بنفسه، كان على الملتقط رعايته لا غير، وله أن يأخذه حيث شاء، إذ لا يخشى من ذلك ضياع نسبه، ولا فوت مصلحة عليه.

أما إذا لم يظهر ذلك تعين عليه الفحص عن أهله ومحاولة الوصول به إليهم ولو بالاستعانة بغيره، فإن ذلك من أهم الواجبات حفظاً لنسبه ورعاية لصلاحه في عيشه مع أهله، من دون أن يمنعه ذلك من السفر مع تركه في البلد أو أخذه معه، لإمكان إعلام بعض أهل البلد بالأمر ليعلم من يبحث عنه بحاله ويرسل للملتقط بورود الطالب له الباحث عنه.

وإن ترك ذلك غفلة عنه أو تفريطاً في أمر اللقيط كان على الغير كفاية تنبيهه لذلك وحمله عليه، إنكاراً للمنكر ورعاية لمصلحة اللقيط حسبة. لكن من دون أن يؤخذ منه، لعدم الدليل على وجوب ذلك، ولا على سقوط ولايته بالتقصير المذكور. إلا أن يصير على الامتناع فيؤخذ منه مع إمكان ذلك موقتاً، كما لو قصر في رعاية أولاده.

وأظهر من ذلك ما لو قامت الأمانة على أن أهل اللقيط الذي ضاع منهم في

(مسألة ٦): اللقيط إن وجد متبرع (١) بنفقته أنفق عليه (٢)، وإلا

الجهة التي يريد الملتقط السفر إليها سفراً طارئاً أو لكونه من أهلها، فإنه أولى بالتقاطه حينئذٍ من غيره وسفره أخرى برعاية مصحلة اللقيط وحفظ نسبه، كما لعله ظاهر .
وأما الخوف من ادعائه نسبه أو رقه، فهو يجري في غير العادل وإن لم يكن بدوياً ولا مريداً للسفر، وقد سبق تقريب ترتيب الأثر على التقاطه . بل حتى في العادل إذا احتمل افتتاحه بعد الالتقاط، أو ضعفه أمام المنتفعين من متعلقه، أو مرضه أو موته وصيرورة أمر اللقيط بأيديهم .

وذلك إنما يقتضي وجوب التحفظ عليه تكليفاً بإحكام أمر اللقيط، ووجوب الإنكار حسبة من غيره لما يظهر من الحيف عليه . وهو يجري حتى في الحيف من غير جهة الرق والنسب .

لكن لا يمنع منهم شيء من ذلك من أهليته للالتقاط، وترتب الأثر على التقاطه من ثبوت الولاية له على اللقيط ووجوب رعايته عليه . فلا حظ . والله سبحانه وتعالى العالم العاصم

(١) وإن كان هو الملتقط، لعدم المنشأ لتقدم غيره عليه . والظاهر أنه مراد سيدنا

المصنف عليه السلام .

(٢) صرح غير واحد بعدم وجوب إنفاق الملتقط من ماله على اللقيط وظاهرهم المفروغية عنه، بل في التذكرة الإجماع عليه، بنحو قد يظهر في إجماع المسلمين . ويقتضيه - مضافاً إلى الأصل - نصوص النفقة الواجبة المتضمنة للحصر في غيره^(١)، وحديث محمد بن أحمد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللقيطة . قال: لا تباع ولا تشتري، ولكن تستخدمها بما أنفقت عليها»^(٢) . إذ لو وجب الإنفاق عليها من ماله لم يكن له أن يستخدمها في قبالة ما أنفق عليها .

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٥ باب: ١١ من أبواب النفقات .

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٢٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٤ .

فإن كان له مال أنفق عليه منه بعد الاستئذان من الحاكم الشرعي (١) أو من

وأما النصوص المتضمنة لفرض الإنفاق عليه - كصحيح العزمي المتقدم عند الكلام في أن وارث اللقيط هو الإمام عليه السلام - فهي إنما تضمنت تحقق الإنفاق، من دون أن تتضمن الأمر به. ولعله لغلبة ذلك، أو لعدم تيسر الإنفاق عليه من وجه آخر، أو غير ذلك. بل ما تضمنته النصوص الآتية من إرجاع اللقيط النفقة إذا أراد أن يوالي غير الملتقط، أو صيرورتها صدقة عليه، كالصريح في عدم كونه واجب النفقة على الملتقط.

ثم إن المتبرع بالنفقة قد يكون شخصاً خاصاً، وقد يكون جهة عامة كالأوقاف والمؤسسات الإنسانية ونحوها.

والاختيار من بين المتبرعين، للملتقط، لأنه هو الذي يتولى أمر اللقيط بمقتضى سيرة المتشركة والعقلاء ومرتكزاتهم، من دون ملزم بالرجوع للحاكم الشرعي، لعدم الدليل على ولايته في مثل المقام من موارد وجود الولي، بل مقتضى السيرة عدم ولايته. ومن ثم يجب على الملتقط اختيار الأصلح في حق اللقيط إذا تيسر له معرفته ولو باستشارة أهل المعرفة.

(١) كما في المبسوط والشرايع وجملة من كتب العلامة والدورس وغيرها، وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له... وفي الكفاية هو المعروف من مذهبهم».

وذلك بدعوى: أن الثابت ولايته على تربيته ونحوها، لا على ماله، فيرجع للحاكم، لأنه ولي من لا ولي له. ولو لم يراجعه كان ضامناً لما أنفقه، لعدوانه في إنفاقه. نعم إذا لم يتيسر الرجوع للحاكم فقد صرح في التذكرة وغيره باستقلال الملتقط بالإنفاق للضرورة. وإن كان مقتضى مبانيهم الرجوع للمرتبة المتأخرة عن الحاكم كعدول المؤمنين، واستقلاله إنما يكون مع فقد الولي في جميع المراتب.

هذا ولكن من المعلوم أن وجود المال اللقيط - ولو قليلاً - شائع، وليس البناء في

يقوم مقامه وإلا أنفق الملتقط من ماله عليه (١) ورجع بها عليه إن لم يكن قد

الصدر الأول على مراجعة الحاكم، بل يستقل به الملتقط. وكفى بهذا دليلاً على ولايته على المال، نظير ما ذكرناه في كافل اليتيم، لأنهما من سنخ واحد بحسب المرتكزات العرفية والمشرعية.

بل لو ظهر بقرائن الأحوال أن اللقيط منبوذ وليس ضائعاً من أهله، فظاهر يد نابذه على المال سلطنته عليه، إما لكونه ملكاً للقيط، وهو ولي عليه أو وكيل عن وليه، أو لكونه ملكاً للنابذ جعله مع اللقيط، لينفق عليه، كما يشيع ذلك. وظاهر حاله الإذن للملتقط في الإنفاق عليه منه، كما هو مأذون من قبله في إدارة شؤونه، ومع ذلك لا موضوع لمراجعة الحاكم، كما لعله ظاهر.

هذا وظاهر الإذن في الفرض المذكور إطلاق الإذن للملتقط في إنفاقه المال على اللقيط على النحو الذي يراه صلاحاً، فلو رأى أن الأصلح إنفاقه عليه منه مع وجود المتبرع كان له تقديمه عليه. بخلاف ما إذا لم يحرز كونه منبوذاً، فإن المتيقن من جواز إنفاقه ما إذا اضطر له عرفاً، ولو لوجود محذور في القبول من المتبرع. وإن كان بعض كلماتهم قد يوهم التخيير بين ماله وغيره. فلاحظ.

(١) قال في المقنعة: «وينبغي له أن يرفع خبره إلى سلطان الإسلام، ليطلق النفقة عليه من بيت المال، فإن لم يوجد سلطان ينفق عليه استعان واجده بالمسلمين في النفقة عليه، فإن لم يجد من يعينه على ذلك أنفق عليه». وعليه جرى جمهور الأصحاب ممن تأخر عنه.

أما الإنفاق عليه من بيت المال فقد نفى الخلاف فيه في المبسوط، معللاً فيه وفي التذكرة وغيرهما بأنه موضوع للمصالح. ولعل عدم ذكر سيدنا المصنف رحمته له، لعدم الابتلاء به في زماننا. ولو فرض حصوله دخل في فرض وجود المتبرع الذي سبق منه رحمته التعرض له.

وأما الاستعانة بالمسلمين فكأنه لوجوب حفظه كفاية عليهم. قال في القواعد:

تبرع بها (١)،

«ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية»، وفي المسالك تارة أنه المشهور، وأخرى أنه الأشهر.

وتردد فيه في الشرايع وظاهر المبسوط قال في الثاني في فرض عدم تيسر الإنفاق عليه من بيت المال: «قيل فيه قولان أحدهما على سائر الناس، والثاني: يستقرض عليه».

هذا ولا إشكال في وجوب الإنفاق عليه كفاية لوجوب حفظه كفاية، كما تقدم في وجه وجوب التقاطه.

ووجوب التبرع بالنفقة، فلا دليل عليه، بل يكفي في حفظه الواجب كفاية أصل الإنفاق ولو بنحو الإقراض. وحينئذ لو لم يتيسر من يتبرع بالنفقة تعين الإقراض، فإن لم يتيسر أحد الأمرين من غير الملتقط تعين قيام الملتقط به مع قدرته، لما سبق من أن مقتضى وضع يده عليه مسؤوليته بحفظه، فإذا لم يتيسر له من يستعين به انحصر الأمر به في الخروج عن مقتضى الاستئمان وعن المسؤولية به.

ثم إن الأصحاب من لم يتعرضوا للرجوع للحاكم في الإقراض، كما سبق منهم التعرض له في الإنفاق من مال اللقيط، بل يظهر من ذلك البناء منهم على عدمه. ولم يتضح وجه الفرق بينهما، بحيث يكون للملتقط الولاية على ذمة اللقيط دون ماله. بل لو فرض إقراض الملتقط المال على ذمة اللقيط ثم إنفاقه عليه لزم التصرف في ذمته وماله معاً. فتأمل.

(١) كما صرح به في المقنعة وغيره ممن تقدمت الإشارة إليه. لفرض انشغال ذمة اللقيط بسبب الإقراض.

ثم أنه لم يتضح وجه تفريقهم بين الملتقط وغيره من المسلمين، بتخيره بين بذل النفقة تبرعاً وإقراضه، وتعين البذل عليهم. ومن ثم حاول بعضهم حمل كلام المشهور على تخيير المسلمين أيضاً بين الأمرين. وإن كان كلام كثير منهم يأبى ذلك.

هذا وفي السرائر: «فإن لم يجد من يعينه على ذلك أنفق عليه بعد ما يشهد أنه يرجع عليه، وكان له حينئذ الرجوع عليه بنفقته إذ أبلغ وأيسر على ما روي في بعض الأخبار. والأقوى عندي أنه لا يرجع عليه، لأنه لا دليل على ذلك، والأصل براءة الذمة، وشغلها يحتاج إلى أدلة ظاهرة».

وكان مراده بالأخبار صحيح الحضرمي المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام: «قال: المنبوذ حر، فإذا كبر فإن شاء توالى الذي التقطه، وإلا فليرد عليه النفقة، وليذهب فليوالي من شاء»^(١). وصحيح المثني عنه عليه السلام: «قال إن طلب الذي رباه بنفقته وكان موسراً رد عليه، وإن لم يكن موسراً كان ما أنفق صدقة»^(٢)، وصحيحه الآخر عنه عليه السلام: «قال: المنبوذ حر، فإن أحب أن يوالي الذي التقطه والاه، وإن أحب أن يوالي غيره والاه. وإن طلب الذي رباه نفقته وكان موسراً رد عليه، وإن لم يكن موسراً صار ما أنفقه صدقة»^(٣). وخبر حاتم بن إسماعيل المدائني عنه عليه السلام: «قال: المنبوذ حر، فإن أحب أن يوالي غير الذي رباه والاه. فإن طلب منه الذي رباه النفقة وكان موسراً رد عليه، وإن كان معسراً كان ما أنفق عليه صدقة»^(٤).

وكان تركه لهذه النصوص يبتني على عدم عمله بأخبار الآحاد.

لكن لا مجال لذلك مع اعتبار سند الثلاث الأول واعتضاها بالرابع. على أنه لا مجال لأصالة براءة الذمة مع فرض نية الرجوع، لأن مقتضاها القرض الذي تشغل به الذمة ويجب وفاؤه.

ودعوى عدم مشروعية نية الرجوع، بحيث يكون قرضاً، فيكون عدم الرجوع لعدم تحقق القرض.

مدفوعة بأنه لا دليل على وجوب بذل النفقة على الملتقط، لأن المعلوم من

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٦٢ من أبواب كتاب العتق حديث: ٧.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٦٢ من أبواب كتاب العتق حديث: ٤.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

السيرة هو إنفاقه عليه، لا وجوب التبرع بالنفقة. كما أن النصوص إنما تضمنت فرض الإنفاق من دون أن تتضمن الأمر بالبذل مجاناً، على ما ذكرناه آنفاً. ووجوب حفظه إنما يقتضي وجوب الإنفاق عليه دون البذل مجاناً، كما سبق أيضاً.

وعليه يتعين جواز الإنفاق إقراضاً إذا لم يتيسر غيره، كما هو مبناهم في سائر موارد الاضطرار لإنفاق المال لمصلحة الغير.

نعم المتيقن من ذلك ما إذا انحصر الالتقاط به أو بنحوه ممن لا ينفق عليه إلا بنية الرجوع، أما مع تيسر من يلتقطه وهو ينفق عليه لا بنية الرجوع، فالمتيقن من جواز التقاطه ما إذا تحمل نفقته وتبعاته.

وكيف كان فالمتعين بمقتضى القاعدة جواز الرجوع عليه في مورد مشروعية نية الرجوع عند الإنفاق، لانحصار الالتقاط بمن لا ينفق عليه تبرعاً وعدم وجود المتبرع بالنفقة بعد الالتقاط. وأما النصوص فيأتي الكلام في مفادها إن شاء الله تعالى. هذا وحيث سبق لزوم العمل بالنصوص، فهي لا تناسب ما في المتن وغيره تبعاً لمقتضى القاعدة الذي أشرنا إليه لأنها إن حملت على صورة قصد التبرع لم يناسب ما ذكره من عدم الرجوع معه. مع أنه بعيد في نفسه جداً. بل لا يناسب ما في صحيح المثني وخبر حاتم من صيرورة ما أنفق مع عدم يسار اللقيط صدقة، لوضوح أنه مع قصد التبرع يقع صدقة من أول الأمر، ولو وجب إرجاعه مع اليسار تبعداً كان تعويضاً عن الصدقة، لا إرجاعاً لما أنفق ورداً له، كما تضمنته النصوص.

وإن حمل على عدم قصد التبرع فهو وإن وجب - إرجاعه كما ذكره الأصحاب - إلا أن مقتضى إطلاق المتن وغيره تبعاً للقاعدة بقاؤه في ذمته إذا أعسر عند مطالبة الملتقط به أو عند موالاته لغيره كسائر الديون، فيفيه متى أيسر، ويخرج من تركته إذا مات، مع أن صحيح المثني وخبر حاتم قد تضمنت صيرورته صدقة بنحو يظهر في عدم انشغال ذمته به حينئذٍ، وصحيح العزرمي ظاهر في عدم وجوب إرجاعه مع موالاته لمن التقطه.

نعم قيد في المقنعة والنهية والشرايع وغيرها الرجوع عليه بيساره. لكن ظاهرهم أن اليسار شرط في جواز المطالبة كما في سائر الديون، من دون أن تبرأ ذمته مع عدمه حين المطالبة وتكون النفقة صدقة، كما تضمنته النصوص، بل له العود بالمطالبة متى ما أيسر.

وكيف كان فلا مخرج عن مفاد النصوص بعد اعتبار أكثرها في نفسه وتعاضدها بنحو قد تبلغ حد الاستفاضة وظهور اعتماد مشايخ الحديث الثلاثة عليها. بل لا يبعد عمل أهل الفتوى بها واعتمادهم عليها وإن خرجوا عن مفادها في الجملة غفلة أو تحكياً لمقتضى القواعد العامة عليها كما يكثر ذلك منهم، وإلا فمن البعيد جداً إعراضهم عنها مع ما سبق.

وعلى ذلك ينبغي التعرض لأمر. (الأول): أن ظاهر صحيح الحضرمي عدم وجوب رد النفقة مع موالة اللقيط للملتقط، ووجوبه مع موالاته لغيره. بل عدم جواز موالاته لغيره إلا بعد رد النفقة عليه.

وهو لا يناسب صحيح المثني الثاني ولا خبر حاتم بن إسماعيل، ولا إطلاق صحيح مثني الأول وصحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: المنبوذ حر إن شاء جعل ولاءه للذين ربوه، وإن شاء لغيرهم»^(١). ويظهر من الفقيه أن صدر صحيح المثني الأول مطابق لصحيح حريز المذكور أو مقارب له، فيكون عين صحيحه الثاني.

ومن ثم يتعين حمل صحيح الحضرمي على الاستحباب، وأنه لا ينبغي للقيط أن يوالي غير الذي التقطه إذا لم يرد النفقة على الملتقط ولو لإعساره.

(الثاني): الظاهر أن النصوص المتقدمة تشمل صورة الإنفاق عليه بما أنه من عائلته، لتخيل أنه سوف يواليه حفاظاً على علاقة التربية وشكراً لها، كما هو الوضع الطبيعي في الإنفاق على اللقيط، لاحتياج نية التبرع المحض ونية الإقراض معاً للعناية، فعدم التنبيه في النصوص لاعتبار نية الإقراض ظاهر في عموم جواز الرجوع

(١) وسائل الشريعة ج: ١٦ باب: ٦٢ من أبواب كتاب العتق حديث: ٣

للصورة المذكورة. ولعل المطالبة بالنفقة المفروض في النصوص بلحاظ أن موالاته لغير الملتقط هي التي تحمل الملتقط على المطالبة بها.

ومخالفة النصوص للقاعدة في ذلك غير مانع من العمل بها، كمخالفتها للقاعدة في صيرورة النفقة صدقة مع الإعسار كما تقدم.

نعم من القريب جداً انصرافها عن نية التبرع المحض، لعدم مناسبة المطالبة بالإرجاع لها جداً، بل هي خروج عن مقتضاها عرفاً كما أن من القريب انصرافها عن صورة نية الإقراض والرجوع، خصوصاً بناء على ما سبق من اختصاص مشروعية ذلك بصورة الانحصار، لاحتياجها للعناية. بل نية الإقراض بنفسها تبني على طول أمل في فرض نادر، وهو كبر اللقيط وقدرته المالية وحضوره للوفاء. وحينئذ يقرب الرجوع في الصورتين المذكورتين للقاعدة القاضية بعدم الرجوع مع التبرع، وبالرجوع مع نية الإقراض - في فرض مشروعيتها - متى أيسر، ولا تصير صدقة بمصادفة الإعسار. كما أن المتيقن من جواز المطالبة بالنفقة في الصورة المذكورة ما إذا والى غير الملتقط. أما مع موالاته للملتقط فيشكل جواز المطالبة بها حتى مع اليسار، لعدم الإطلاق لدليل المطالبة ليشمل الصورة المذكورة. لأن المتيقن من صحيح المثني الثاني وخبر حاتم كون المطالبة بالنفقة من أحكام موالاته غير الملتقط، خصوصاً مع التفرع في خبر حاتم بالفاء. وأما صحيح المثني الأول فهو خال عن بيان موضوع الحكم. وقد سبق قرب اتحادهما مع الصحيح الثاني.

اللهم إلا أن يكون الوجه في المطالبة بها حينئذ القاعدة. ولا مجال للخروج عنها مع الاعسار بالنصوص المتقدمة بعد ما سبق من انصرافها عن صورة التبرع.

(الثالث): صرح في المقنعة والنهاية والشرايع وغيرها بأنه لا رجوع إلا مع تعذر الاستعانة بتبرع الغير. وكأنه بالنظر لمقتضى القاعدة من أنه مع وجود التبرع لا دليل على مشروعية الإقراض، ومع عدم نية الإقراض لا رجوع.

لكن سبق أن النصوص المتقدمة تقتضي جواز الرجوع مع عدم نية الإقراض

والإلم يرجع (١).

(مسألة ٧): يكره أخذ الضالة (٢)

إذا ابتنى الإنفاق على جعله من عائلته، حيث لا يستعين حينئذٍ بالغير في الإنفاق عليه وإن تيسر، كما لا يستعين به في الإنفاق على عائلته.

(الرابع): سبق من السرائر أن مقتضى الاخبار أن الملتقط إنما يرجع إذا أشهد على أنه ينفق بنية الرجوع. لكن لم نعثر في النصوص على ما يدل على ذلك. بل مقتضى إطلاق ما سبق منها عدم اعتباره.

نعم صرح في التذكرة بوجوب الإشهاد مع تعذر الرجوع للحاكم، لأن الإشهاد يقوم مقام الحاكم. وهو كما ترى خال عن الدليل أيضاً، ولذا منع منه في المسالك.

ومثله ما قد يدعى من أن الأصل عدم نية الرجوع، فلا مجال لقبول دعواه لها من دون بينة. إذ فيه: أن نية ذلك لا تعلم إلا من قبله، فيقبل قوله فيها. وإذا أمكن كذبه في دعواه لها أمكن كذبه على البينة في إخباره لها عنها، ولا طريق لمعرفة البينة بها إلا ذلك.

ومن هنا كان الظاهر عدم اعتبار الإشهاد، كما هو مقتضى إطلاق النصوص. وبه صرح في جامع المقاصد والمسالك والروضة. بل سبق أنه لا يعتبر فيه نية الرجوع، لیتوهم الاحتياط للإشهاد، بل يكفي فيه عدم نية التبرع المحض، وهو مقتضى الأصل. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما صرح به من سبق. وقد سبق أنه مقتضى القاعدة من دون ظهور مخرج عنه من النصوص، لما سبق من انصرافها عن صورة التبرع المحض، نعم مع الإنفاق عليه بما أنه من عائلته يجوز الرجوع عليه إذا جعل ولاءه لغيره وكان موسراً.

(٢) كما طفحت به كلماتهم، ونفى الخلاف فيه في الجواهر، وفي جامع المقاصد دعوى الإجماع عليه.

ويدل عليه - مضافاً إلى ذلك - صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: سألت رجل رسول الله صلی اللہ علیہ وسلم عن الشاة الضالة بالفلاة، فقال للسائل: هي لك أو لأخيك أو للذئب. وما أحب أن أمسها. وسئل عن البعير الضال، فقال للسائل: ما لك وله، خفه حذائه وكرشه سقاؤه. خل عنه...»^(١) وقريب ما عن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى عن أبيه^(٢). ومرسل الصدوق عن أمير المؤمنين عليه السلام^(٣).

وقد يستدل عليه - كما في كلام بعضهم - بخبر وهب عن جعفر عن أبيه عليه السلام في حديث قال: «لا يأكل الضالة إلا الضالون»^(٤). وقريب منه خبره الآخر^(٥)، وصحيح مسعدة بن زياد عنه عن أبيه عليه السلام: «أن علياً (صلوات الله وسلامه عليه) قال: إياكم واللقطة، فإنها ضالة المؤمن، وهي حريق من حريق جهنم»^(٦)، وحديث السكوني عنه عن آبائه عليهم السلام: «قال: قال رسول الله صلی اللہ علیہ وسلم: ضالة المؤمن حرق النار»^(٧) ومرسل الصدوق: «ومن ألفاظ رسول الله صلی اللہ علیہ وسلم: لا يؤوي الضالة إلا الضال»^(٨). ونحوه مرسل عوالي اللآلي^(٩).

وفيه: أن خبري وهب غير واردين في التقاط الضالة، بل في أكلها المنصرف لاستحلالها. مع أن قوة ظهورهما في التحريم مانع من حملهما على الالتقاط المرخص فيه. ونحوهما في قوة الظهور في التحريم مرسل الصدوق وعوالي اللآلي. وأظهر منها في التحريم حديثا مسعدة والسكوني، وهو - كما ذكرنا - مانع من الحمل على الالتقاط

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٣ من أبواب كتاب اللقطة ذيل حديث: ١.

(٣) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص ٢٩٥.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٥.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٧.

(٦) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٨.

(٧) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

(٨) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١٠.

(٩) مستدرک الوسائل ج: ٧ باب: ١ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

حتى لو خيف عليها التلف (١).

المرخص فيه، فلتحمل على الأكل ونحوه مما يبتني على الاستحلال، إن لم يكن ذلك هو المنصرف منها أو من بعضها. فالعمدة في الكراهة ما سبق.

(١) كما هو مقتضى إطلاقهم. وهو كالصریح من الحديثين المتقدمين، لما فيها

من التردد بين الذئب وغيره.

نعم استثنى بعضهم ما إذا تحقق التلف على تقدير عدم الأخذ. واستدل عليه

في المسالك بانتفاء الفائدة للمالك على تقدير تركها. وهو كما ترى، لعدم الدليل على أن

المشأ للكراهة احتمال انتفاع المالك.

ومثله دعوى انتفاء الكراهة بحكم العقل. حيث لم يتضح الوجه فيه.

وأشكل من ذلك ما في النافع من استحباب الأخذ حينئذ. قال في الرياض:

«صيانة للمال المحترم عنه».

إذ فيه أنه لو تم استحباب ذلك ذاتاً، إلا أنه قد يزاحم بما تضمن النهي عن

التعرض للحقوق والأمر بالصبر عليها إن لزم^(١)، لما في الالتقاط من التعرض

للتكليف بالحفظ والتعريف. على أن ذلك وحده لا ينهض بالخروج عن إطلاق

النصوص المتقدمة دليلاً على الكراهة.

نعم قد يدعى قصورها عن صورة تحقق التلف بسبب التردد فيها بين الذئب

والأخ. لكنه موقوف على أن المراد بقوله صلى الله عليه وسلم: «أو لأخيك» المسلم الآخر الذي

يلتقطها، بحيث يحتل التقاط مسلم آخر لها قبل أن يفترسها الذئب. أما لو أريد

به مالها الحقيقي الذي يحتل العثور عليه بالتعريف فلا قصور في الحديثين عن

الصورة المذكورة، بل تشمل ما إذا علم بافتراس الذئب لها على تقدير عدم الالتقاط،

أو تعرضها للتلف بسبب آخر، لإلغاء خصوصية الذئب عرفاً. إلا أن يستبعد ذلك،

لندرة التعريف في مورد النصوص بحيث يعتد باحتمال الوصول للمالك.

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٦ من أبواب كتاب النذر والعهد.

(مسألة ٨): إذا وجد حيوان في غير العمران، كالبراري والجبال والآجام والفلوات ونحوها من المواضع الخالية من السكان، فإن كان الحيوان يحفظ نفسه ويمتنع عن السباع لكبر جثته أو سرعة عدوه أو قوته - كالبعير والفرس والجاموس والثور ونحوها - لم يجز أخذه (١)،

وكيف كان فلعل منشأ عموم الكراهة - لوتم - كراهة التعرض لما يترتب على تقدير الالتقاط من الضمان ووجوب التعريف في بعض الموارد، كما يأتي. نظير ما تقدم من النهي عن التعرض للحقوق والأمر بالصبر عليها إن لزم.

نعم لو علم بالقدرة على إيصالها لصاحبها خرج عن مفروض الحديثين المذكورين، للتردد حيثنذ بين الذئب والأخ لا غير. ولا يبعد الاستحباب حيثنذ، لأنه إحسان ومعروف محض. بل في الروضة: «بل قد تجب كفاية إذا عرف مالكةا». ولم يتضح وجهه. وقد تقدم في المسألة السابعة من كتاب الوديعة من المسالك ما يناسب ذلك، وتقدم الإشكال فيه. فراجع.

(١) كما صرح به في الجملة جمهور الأصحاب كما في المقنع وسائر ما تأخر عنه، على اختلاف منهم في الأمثلة. بل اقتصر غير واحد من القدماء تبعاً للنص على البعير، مدعيًا في الغنية ومحكي غاية المرام الإجماع عليه، وعن الكفاية نسبته للأصحاب. أما التعميم فهو المصرح به في المبسوط وجمهور ما تأخر عنه.

وكيف كان فيدل عليه صحيح معاوية بن عمار المتقدم، وصحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله إني وجدت شاة. قال: هي لك أو لأخيك أو للذئب. فقال: إني وجدت بعيراً. فقال: معه حذاؤه وسقاؤه. حذاؤه خفه وسقاؤه كرشه، فلا تهجه»، ونحوه صحيح الحلبي، وما عن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى المتقدمة له الإشارة^(١).

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧، باب: ١٣، من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١ وذيله.

فإن التفريق فيها بين البعير والشاة، بسبب الخوف على الشاة من الذئب والأمن على البعير بأن له خفاً يسير به وكرشاً يعينه على العطش، ظاهر في أن المعيار في جواز الأخذ والالتقاط الخوف المعتد به على الحيوان، لعدم امتناعه من السباع أو العطش ونحوهما من المهلكات المتوقعة، فمع عدم الخوف عليه من ذلك - كما في مفروض المتن - يتعين عدم جواز أخذه.

ومن هنا يتعين التعدي عن البعير الذي هو مورد النص لغيره مما يماثله في الجهة المذكورة.

ولا أقل من خروجه عن المتيقن من دليل الجواز، لانصراف نصوص اللقطة لغير الحيوان، فيكون المرجع عموم حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، القاضي بكون الأخذ غاصباً. وإن كان الأمر أوضح من ذلك بعد النصوص المتقدمة الظاهر بسبب التعليل في معيار الحكم، حيث يتعين التعويل عليها فيه، وفي تحديد الصغريات. واختلافهم في بعض الأسئلة يبتني على اختلافهم صدق الضابط المذكور فيها. وبذلك يظهر أن مثل البعير الصحيح قد يجوز التقاطه، كما إذا كان بعيداً عن الماء والكلاء بحيث لا يقوى على الوصول لهما، أو كان في أرض كثيرة السباع الكاسرة بحيث يعجز عن التخلص منها. كما أن مثل الشاة قد لا يجوز التقاطه، كما إذا كان في أرض ذات ماء وكلاء ولم تكن مسبعة. ولا ضابط لذلك.

هذا وفي التذكرة: «الأقرب عندي أنه يجوز لكل أحد أخذ الضالة صغيرة أو كبيرة ممتنعة عن السباع أو غير ممتنعة بقصد الحفظ لمالكها. والأحاديث الواردة في النهي عن ذلك محمولة على ما إذا نوى بالالتقاط التملك إما قبل التعريف أو بعده، أما مع نية الاحتفاظ فالأولى الجواز...». ولم أعثر عاجلاً على موافق له في ذلك. نعم قد يظهر من الروضة التردد بين المنع والجواز حينئذٍ من إطلاق النصوص ومن أنه إحسان.

لكن حمل نصوص النهي المتقدمة على خصوص صورة نية التملك تحكم بلا

سواء أكان في كلاً وماء أم لم يكن فيهما إذا كان صحيحاً يقوى على السعي إليها (١).

شاهد. والإحسان لو تم لا ينهض شاهداً على الحمل المذكور. مع أنه لا يجرز، إذ قد لا يتيسر معرفة صاحبه، ويكون أخذه سبباً لضياح ملكه عليه. ولعله لذا قوّى في المبسوط عدم جواز الأخذ للعامي.

نعم جوزه للإمام، لأنه منصوب لمصالح المسلمين. فإن كان مراده به خصوص الإمام المعصوم عليه السلام فهو أعرف بوظيفته. وإن كان مراده التعدي للحاكم، كما يظهر من الدروس، بل صرح بجواز الأخذ للحاكم في الجامع، فإن قلنا بثبوت الولاية العامة له الثابتة للإمام المعصوم جاز له الأخذ أيضاً، لظهور أن النهي في النصوص عن أخذ الحيوان في المقام يبتني على حرمة مال المسلم، فلا يشمل من له الولاية عليه. وعليه له أن يعمل ما يراه الأصلح له ولعامة المسلمين ولو كان هو إنفاق اللقطة أو ثمنها في المصالح العامة رأساً، أو بعد مضي مدة يحددها لا يتسنى إيصالها فيها لصاحبها.

وإن قلنا بقصور ولايته، وأن المتيقن منها ما إذا علم برضا الشارع الأقدس بالتصرف - كما هو التحقيق - فلا مجال لأخذه في المقام بعد عموم النصوص النهائية له، كما لعله ظاهر.

نعم قد يتجه جواز أخذ الحيوان في الفرض للحاكم وغيره مع معرفة مالكة وتيسر إيصاله إليه، لانصراف النصوص السابقة عنه. بل استحبابه لأنه إحسان محض. لكنه خارج عن محل الكلام.

هذا وقد صرح في الروضة بالضمأن على كلا القولين من جواز الأخذ للإحسان وعدمه لإطلاق النصوص. لكنه لا يناسب مبانيهم في سائر موارد الأخذ للإحسان، للإذن الشرعي في وضع اليد، فيكون أمانة شرعية، ويجري عليه حكم الأمانات. فلا حظ. (١) كما هو مقتضى إطلاق جملة منهم وتصريح آخرين. ويظهر وجهه مما تقدم،

فإن أخذه الواجد حينئذ كان آثماً وضمناً له (١)، وتجب عليه نفقته (٢) ولا يرجع بها على المالك (٣)، وإذا استوفى شيئاً من نائه - كلبنه وصوفه -

لكن في اللمعة: «والبعير وشبهه إذا جد في كلاء وماء صحيحاً ترك». وظاهره اعتبار الأمرين. وهو مخالف لإطلاق النص والفتوى. بل قوله صلى الله عليه وسلم: «خفه حذاؤه وكرشه سقاؤه» ظاهر في عدم كونه في كلاً وماء، لإمكان صبره حتى يصل إليهما بسبب خفه وكرشه.

نعم لو لم يكن صحيحاً بحيث يعجز عن الوصول إليهما خرج عن مورد التعليل وألحق بالقسم الثاني. وكذا إذا كان صحيحاً، لكنه بعيد عن الكلاً والماء جداً بحيث لا يصل إليهما، كما سبق.

(١) كما هو ظاهر بعض وصريح آخرين، ونفى وجدان الخلاف فيه في مفتاح الكرامة والجواهر، وفي التذكرة: «لأنه متعد بالأخذ، لأنه أخذ ملك غيره بغير إذنه ولا إذن الشارع، فهو كالغاصب»، ونحوه كلام غيره.

(٢) كما في المسالك، وقد يظهر من غيره المفروغية عنه. لوجوب حفظه وإيصاله لملكه بعد صيرورته في يده، فتجب النفقة عليه مقدمة لذلك، كما هو ظاهر. (٣) كما هو ظاهر الإرشاد واللمعتين وغيرها. وتردد في جامع المقاصد. وقال في المسالك: «ولو تعذر الحاكم بقي في يد قابضه مضموناً إلى أن يجد المالك أو الحاكم. ويجب عليه الإنفاق عليه. وفي رجوعه به مع نيته وجهان من دخوله على التعدي الموجب لعدم الرجوع. ومن أمره بالإنفاق شرعاً حين يتعذر عليه أحد الأمرين، فلا يجب الضمان».

وهو كما ترى، لأن وجوب الإنفاق مع فرض التعدي والضمان ليس لوجوب حفظ الحيوان شرعاً، بل لوجوبه عقلاً، ليتيسر له ما وجب عليه شرعاً بسبب التعدي والضمان، من تسليمه لصاحبه. بخلاف ما إذا كان أمانة غير مضمونة، حيث يكون وجوب حفظه من التلف بالإنفاق شرعياً.

كان عليه مثله أو قيمته (١). وإذا ركبته أو حمّله حملاً كان عليه أجرته (٢). ولا يبرأ من ضمانه إلا بدفعه إلى مالكة (٣). نعم إذا يئس من الوصول إليه

وكانه إلى ذلك يرجع ما في صحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام الوارد في التجاوز بالبغل عما استؤجر له. وفيه: «فقلت: جعلت فداك قد علفته بدراهم فلي عليه علفه؟ فقال: لا، لأنك غاصب»^(١). وكفى به دليلاً في المقام.

ومنه يظهر الإشكال فيما في الشرايع والتحرير في نظير المقام - وهو أخذ الضالة في العمران - حيث منعنا منه، وحكما في صورة تعذر تسليمه للحاكم بالإنفاق عليه مع الرجوع بالنفقة على المالك.

(١) لأنه مضمون كالأصل. بل يضمنه إذا صار تحت يده حتى إذا لم يستوفه، بل تلف. وإذا باعه بأكثر من قيمته السوقية بإذن الحاكم أو أجاز البيع بعد ذلك هو أو المالك استحق المالك تمام الثمن.

(٢) لضمانه منفعته بالاستيفاء. ويجري في إجارته ما سبق في بيع النماء.

(٣) فقد صرح الأصحاب بأنه لا يبرأ لو تركه في مكانه الذي أخذه فيه، وفي الجواهر: «بلا خلاف ولا إشكال». بل يظهر منهم الإجماع عليه عندنا، حيث لم ينسبوا الخلاف فيه إلا إلى عمر وجرير وأبي حنيفة. لأن مقتضى الضمان المفروض عدم البراءة إلا بالتسليم للمالك.

نعم قوله صلى الله عليه وسلم في صحيح معاوية بن عمار المتقدم: «خل عنه» قد يوهم الاكتفاء بإرساله وإطلاق سراحه بعد أخذه. لكن التخلية عن الشيء كما تستعمل في ذلك تستعمل في تركه رأساً. وهو المناسب لعدم فرض أخذه في الصحيح.

ولاسيما أن مقتضى إطلاق الصحيح على المعنى الأول الاكتفاء بإطلاق سراحه ولو في غير المكان الذي أخذ فيه، ولا قائل بذلك. ولو أريد رفع اليد عنه - بعد أخذه - في خصوص مكانه الذي أخذه منه كان المناسب النص على القيد، ولو بأن يقول:

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٧ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

ومعرفته تصدق به عنه (١) بإذن الحاكم الشرعي (٢). وإن كان الحيوان لا

أرجعه إلى مكانه. ومن هنا لا مخرج عما تقتضيه القاعدة وعليه الفتوى من عدم البراءة من الضمان إلا بالتسليم للمالك.

نعم في الشرايع: «ولو فقد سلمه إلى الحاكم» وتبعه غير واحد ممن تأخر عنه، بل في الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، كالشيخ والحلي والفاضل والشهيدين والكركي والمقداد، على ما حكى عن بعضهم». لكن الموجود في المبسوط والسرائر هو التسليم للإمام.

ولا إشكال في الاكتفاء بذلك لو أريد الإمام المعصوم، لأنه أولى بالمالك من نفسه. وكذا لو أريد به ما يعم الحاكم بناء على ثبوت الولاية المذكورة له.

نعم قد يشكل البناء على جواز القبول منهما بأخذه، فضلاً عن وجوبه، لعدم وضوح كونه صلاحاً في حق المالك بعد وجوب حفظ الحيوان والإنفاق عليه على الآخذ من دون رجوع على المالك.

أما بناءً ما هو الظاهر من عدم ثبوت الولاية المذكورة للحاكم فلا مجال للبناء على جواز التسليم له، فضلاً عن تحقق البراءة من الضمان بذلك، لعدم ثبوت ولايته في مثل المقام مما وجد فيه مكلف خاص بحفظ الحيوان ضامن له معتد في أخذه، حيث لا يتضح الوجه في إحراز رضا الشارع الأقدس برفع الضمان عنه، وجعل يد الحاكم الشرعي بمنزلة يد المالك، كما لعله ظاهر.

(١) لأنه من أفراد مجهول المالك الذي حكمه الصدقة. ويأتي إن شاء الله تعالى تمام الكلام في ذلك.

(٢) أما بناء على اعتبار إذن الحاكم الشرعي في التصديق بمجهول المالك فظاهر.

وأما بناء على عدم اعتباره - كما هو الظاهر، ويظهر من سيدنا المصنف عليه السلام في المسألة التاسعة والثلاثين من مقدمة كتاب التجارة - فلأن أدلة التصديق بمجهول

المالك وإن كانت مطلقة من هذه الجهة - كما يظهر بالرجوع للمسألة المذكورة - إلا أنها واردة في موارد متفرقة، ويشكل تحصيل العموم منها لصورة التعدي في وضع اليد على المال للنهي عنه، كما في المقام.

غاية الأمر أنه يعلم بجواز التصديق مع اليأس عن الوصول للمالك وعدم وجوب إبقاء الحيوان مع تعرضه للتلف وصعوبة الحفاظ عليه، ولو بضميمة أدلة اللقطة. لكن يلزم الاقتصار على المتيقن، وهو صورة استئذان الحاكم الشرعي في التصديق، لاحتمال ولايته.

كما أنه يتعين لأجل ذلك الاحتياط بالضمان للمالك لو عثر عليه ولم يرض بالتصدق. لما سبق في المسألة المذكورة من عدم وضوح الدليل على عدم الضمان مع العدوان. ولا سيما مع الحكم بالضمان مع التصديق في اللقطة.

هذا وقد يظهر من إطلاق بعضهم عدم جواز البيع حينئذٍ، بل يجب إبقاؤه والإنفاق عليه، وعلى تقدير جواز البيع يجب حفظ الثمن للمالك.

لكن لا مجال لذلك، بل المتعين وجوب إبقائه والإنفاق عليه وعدم جواز بيعه مع احتمال العثور على المالك احتمالاً معتداً به، مع عدم تعرض الحيوان للخطر، لعدم الدليل على ولاية أخذ الحيوان على بيعه حينئذٍ، والأصل عدم نفوذه. كما أن القاعدة تقتضي الاحتياط في حفظ المال لإيصاله إلى صاحبه والخروج عن عهدة ضمانه مع احتمال القدرة على ذلك بوجه معتد به، لفرض عدم الخطر على الحيوان وعدم اليأس من العثور على المالك.

أما مع اليأس من العثور على المالك فلا مجال لاحتمال وجوب إبقائه، لما فيه من تعطيل المال وتعرضه للتلف وحرمان المالك من الانتفاع به، بخلاف التصديق به عنه، لأنه الممكن من الانتفاع به. ولا سيما بملاحظة نصوص مجهول المالك واللقطة، كما أشرنا إليه. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

يقوى على الامتناع من السباع جاز له أخذه (١) كالشاة وأطفال الإبل
والبقر والخيول والحمير ونحوها. فإن أخذه فالاحوط أن يعرّف في موضع
الالتقاط (٢)

(١) كما صرح به في الجملة جمهور الأصحاب على اختلاف منهم في الأمثلة،
وإن اقتصر بعضهم على الشاة. ونفي الخلاف في جواز أخذها في المسالك ومحكي
الكفاية، وادعي الإجماع على جوازه في ظاهر التذكرة وصريح المهذب البارع ومحكي
المقتصر وغاية المرام.

وتشهد به النصوص السابقة. وبملاحظة التعليل فيها يتضح أن المعيار التعرض
بوجه معتد به للتلف. فتقتصر عن مثل الشاة في الماء والكلاء مع عدم كون الأرض
مسبغة، وتعم مثل البعير إذا كان كسيراً أو مجهوداً لا يسعه السعي للماء والكلاء أو لا
يسعه منع نفسه من السباع، كما تقدم.

(٢) كأنه لصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام: «وسألته عن رجل أصاب
شاة في الصحراء هل تحل له؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هي لك أو لأخيك أو
للذئب فخذها وعرفها حيث أصبتها، فإن عرفت فردها إلى صاحبها، وإن لم تعرف
فكلها، وأنت ضامن لها إن جاء صاحبها يطلبها أن ترد ثمنها»^(١).

ولعل توقف سيدنا المصنف عليه السلام عن الجزم بذلك إما لعدم ثبوت صحة
الحديث عنده، لروايته عن كتاب علي بن جعفر رأساً من دون سند له. وإما لعدم
تعرض الأصحاب لذلك، بل في التحرير: «إذا وجد الشاة في فلاة جاز أكلها في الحال
بإجماع العلماء»، وفي المهذب البارع: «على القول بضمن المأخوذ في الفلاة يجوز تملكها
والتصرف فيها في الحال بإجماع العلماء. وكذا بيعها، لأنه أولى من أكلها».

وأما في التحرير بعد ذلك من وجوب التعريف كغيرها يراد به التعريف على

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٧.

تقدير عدم أكلها وإبقائها أو بيعها لملكها. كما أن المراد بالتعريف المذكور هو التعريف حولاً، كما في سائر موارد اللقطة. وهو الذي نفاه في التذكرة، وتردد فيه في الدروس والتنقيح، لا التعريف الذي هو محل الكلام. ومن هنا يكون الحديث مهجوراً في هذا الحكم.

لكن لا مجال للبناء على ضعف الحديث بعد صحة طريق الوسائل لكتاب علي بن جعفر وظهور نقله ونقل المجلسي عنه في البحار في معرفة الكتاب لهما بحيث جاز منهما الجزم بالنقل عنه، والأصل في حكايتهما عند الاستناد للحس أو الحدس القريب منه.

ولاسيما مع رواية الحديث بتغيير بسيط في قرب الاسناد للحميري عن عبد الله بن الحسن عن جد علي بن جعفر. وعبد الله بن الحسن وإن لم ينص على توثيقه، إلا أن من القريب جداً وثاقته عند الحميري، لأن الاهتمام بقرب السند إنما هو لمزيد التوثق للحديث، وهو فرع وثاقة السند في نفسه. ولعله لذا عده صحيحاً في الرياض والجواهر.

وأما عدم تعرض الأصحاب لذلك فمن القريب أن يكون منشؤه كون محل كلامهم أخذ الشاة ونحوها في الفلاة التي يغلب فيها عدم وجود من يسأل فيها عن الضالة. وإلا فمن البعيد بناؤهم على عدم السؤال ممن يقرب من مكان الضالة لو فرض وجوده واحتمال كونها له، لما هو المعلوم من اهتمام الشارع الأقدس بإيصال المال لصاحبه، وتحري ذلك بالوجه الميسور عادة.

بل قد يكون حكم المشهور - خصوصاً القدماء منهم - بالضمان مع خلو النصوص السابقة عنه من أجل الحديث المذكور، لا حملاً على لقطة الأموال. وكيف كان فلا مجال لدعوى هجر الحديث المذكور بنحو يسقطه عن الحجية. ولا سيما مع ظهور اضطراب الأصحاب في مسائل اللقطة بسبب استحكام القواعد والاجتهادات في أنفسهم، وترددهم بينها وبين النصوص.

ولأجله يتعين رفع اليد عن ظهور النصوص السابقة في عدم وجوب التعريف المذكور بسبب سكوتها عنه، ولا سيما مع قرب كون منشأ حمل النصوص السابقة - كما هو صريح بعضها - على الوجدان في الفلاة التي يغلب عدم وجود أحد فيها. كما يتعين رفع اليد عن إطلاق وجوب التعريف سنة كاملة في اللقطة، لو تم ولم ينصرف لخصوص لقطة المال. ولا سيما مع غلبة عدم تيسر التعريف في المقام بأكثر مما تضمنه الصحيح، لغلبة اليأس من الوصول لصاحب الضالة حينئذ.

هذا وقد قرّب في الجواهر وجوب التعريف في المقام حولاً كاملاً. لعموم نصوص التعريف المذكور في اللقطة، ولمعتبر جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الضوال لا يأكلها إلا الضالون إذا لم يعرفوها»^(١)، بدعوى أن الشاة أظهر أفراد الضالة لو لم ينحصر المصداق فيها. ولصحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام: «وسألته عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوباً أو دابة كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنة، فإن لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيه إياه، وإن مات أوصى بها. فإن أصابها شيء فهو ضامن»^(٢). بدعوى: عموم الدابة للشاة، أو استفادة حكم الشاة منها، لعدم الفرق بين أفراد الضالة.

قال: «ولا ينافي ذلك تملكها في الحال والتصرف فيها بإتلاف عينها، لأن ثمره التعريف حينئذ غرامة القيمة والأوصاف يمكن حفظها والشهادة عليها».

لكنه غريب جداً، لصراحة نصوص اللقطة والحديثين المتقدمين في وجوب التعريف الذي تضمنته قبل أكل المال والتصرف فيه، فكيف يمكن شموله للمقام مع فرض جواز أكل الشاة ونحوها في المقام قبل التعريف المذكور بلحاظ القيمة المضمونة؟! فلا بد من البناء على تخصيص عموم نصوص التعريف في اللقطة بنصوص المقام لو فرض عمومها في نفسه للضالة. وأما معتبر جراح فلا بد من حمله

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١٣.

وما حوله (١)، فإن لم يعرف المالك جاز له تملكها (٢)، والتصرف فيها

على غير محل الكلام من الشاة ونحوها. أو حمل التعريف فيه على ما يعمّ التعريف الذي تضمنه صحيح علي بن جعفر المتقدم، وهو التعريف حيث وجدها. كما يتعين حمل الدابة في صحيح علي بن جعفر الذي استدل به على غير محل الكلام من الشاة ونحوها لو فرض عمومها له في نفسها وعدم إلحاقه بها، من أجل نصوص المقام الظاهرة أو الصريحة في عدم وجوب التعريف سنة. وأما ضمان القيمة في المقام فهو - كضمان اللقطة بعد التعريف - لا يقتضي التعريف، بل وجوب دفع العين أو القيمة لو صادف العثور على المالك بدون تعريف. فلاحظ.

(١) الذي تضمنه الصحيح هو التعريف بها حيث وجدها، ومن المعلوم أنه لا يراد به مكان الالتقاط حقيقة، إذ لا معنى للتعريف فيه، لأن من فيه لو كان هو صاحب الضالة لا يدعه يأخذها، بل يشكل صدق الضالة حينئذٍ، لأن ظاهر الحال حينئذٍ تبعيتها للموجود وكونها له ما لم ينكرها.

ومن هنا كان ظاهر الصحيح هو التعريف في الأمكنة القريبة من موضع الالتقاط لو صادف أن كان فيها من يحتمل كونها له. أما ما زاد على ذلك فلا مجال لاحتمال وجوب التعريف فيه بعد خلو الصحيح عنه، بل ظهوره في عدم وجوبه.

(٢) كما عبر به الأكثر. لكن في المقنعة: «فليأخذها وهو ضامن لقيمتها» من دون أن يصرح بالتملك. وقريب منه في المقنع، ونحوه في النهاية والوسيلة والسرائر. ويظهر من القائلين بالتملك الاستدلال بما سبق من قوله صلوات الله عليهم: «هي لك أو لأخيك أو للذئب». وبما ورد من جواز التملك في اللقطة.

لكن النبوي الشريف ظاهر بمقتضى السياق في أنه لا يراد باللام الملك، بل بيان من ينتفع بالشاة ويستمتع بها. وإلا فلا معنى لتملك الذئب. ولا للملك التخيري. وحمله على الملك على تقدير نية التملك بلا شاهد. وليس هو بأولى من حمله على الملك

بالأكل والبيع (١). والمشهور أن يضمنها حينئذ (٢) بقيمتها. وقيل لا يضمن بل عليه دفع القيمة إذا جاء صاحبها من دون اشتغال ذمته به (٣).

على تقدير الأخذ لو غرض النظر عن قرينة السياق.

وأما نصوص اللقطة فلا استدلال بها موقوف على عمومها للمقام، وظهورها في التملك، والأول محل إشكال، ويأتي الكلام في الثاني عند الكلام في لقطة المال غير الحيوان إن شاء الله تعالى. ومن هنا كان المتيقن هو الإباحة المطلقة، كما هو ظاهر النصوص، ومنها صحيح علي بن جعفر.

نعم تشمل مثل البيع مما يتوقف على الملك، كما هو المستفاد من النصوص على ما يأتي، وذلك إما بالبيع للمالك وحل الثمن للواجد كما كان يحل له الثمن، أو البيع للواجد بملكه للمبيع قبل البيع آنأما. وإن كان الأول أوفق بالأصل. فلاحظ.

(١) ونحوهما، نظير الملك وإن لم نقل به، لأن ذلك هو الظاهر من إطلاق النبوي الشريف. ومن الأكل في صحيح علي بن جعفر، حيث يشيع استعماله في ذلك، نظير أكل المال بالباطل، والأكل في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾^(١)، وفي قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا غَنَمْتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا﴾^(٢) وغير ذلك. وإلا فمن المعلوم أن الشاة لا تصلح للأكل بتمام أجزائها. ولعل الأمر أظهر من ذلك.

(٢) كما ذكره الأكثر من المقنعة وما بعدها، وإن اختلفوا بين من عبر بضمائها أو ضمها بقيمتها، ومن عبر بانشغال الذمة بالقيمة. ومقتضى الجمود عليه كونه كسائر الديون المانعة من الغنى، والتي يجب الوصية بها، وثبتت في التركة، بحيث يعزل منها مقدارها، وغير ذلك.

(٣) ففي الإيضاح بعد أن ذكر احتمال الضمان قال: «والأقوى الغرامة إذا وجد المالك وطلب». وظاهره عدم انشغال الذمة بشيء قبل العثور على المالك ومطالبته.

(١) سورة النساء الآية: ٤.

(٢) سورة الأنفال الآية: ٦٩.

وكلاهما محل إشكال (١)، وجاز له أيضاً إبقاؤها عنده إلى أن يعرف

(١) ففي الشرايع: «إن شاء ملكها ويضمن على تردد»، وفي القواعد: «ويتخير الآخذ بين حفظها للملكها أو دفعها إلى الحاكم، ولا ضمان فيهما، وبين تملكها والضمان على إشكال». وفي التنقيح والروضة أن الضمان أحوط.

وعن الكفاية والمفاتيح لعل الأقرب عدم الضمان، وعن المقتصر أنه قواه وربما نسب للصدوق، لاقتصاره في الفقيه على ذكر الحديث الذي هو بلسان النبوي المتقدم عند الكلام في كراهة أخذ الضالة، وفي المقنع على الفتوى بمضمونه، بل نسب لأبيه في رسالته، لنظير ذلك.

وكيف كان فقد استدل على عدم الضمان بالنبوي الذي تضمنته النصوص السابقة، لظهور اللام في الملك. ويظهر ضعفه مما سبق.

مع أن الملك لا ينافي الضمان، كجواز الاستمتاع الذي تقدم حمل النبوي عليه. نعم قد يظهر منه عدم الضمان بلحاظ سكوته عنه. ولا أقل من الأصل، لقصور دليل ضمان اليد والإتلاف عما إذا كان مأذوناً فيهما شرعاً.

لكن لا بد من الخروج عن ذلك بصحيح علي بن جعفر المتقدم مؤيداً أو معتضداً بما ورد في اللقطة على الكلام في عمومه للضالة أو قصوره عنها، كما سبق. ولا سيما بلحاظ قرب أن يكون السكوت عنه في النبوي لغلبة عدم العثور على صاحب الشاة التي توجد في الصحراء مع عدم وجود من يقرب من مكان وجدانها أو مع إنكاره لها. ولعل توقف من توقف في الضمان لعدم اطلاعهم على الصحيح، أو لإشكالهم في التعويل عليه بما قد عرفت اندفاعه.

ثم إن الصحيح وإن عبر فيه بالضمان، إلا أنه فسر فيه بدفع الثمن عند مجيء صاحبها طالباً لها، فلا دليل على انشغال الذمة بشيء قبل ذلك. ولا يبعد كون ذلك مراد الكل، لعدم تنبيههم للوصية بها، ولثبوتها في التركة بحيث يجب عزل مقدار منها، كسائر الديون، مع شدة الحاجة لبيان عنه.

صاحبها(١) ولا ضمان عليه حينئذ(٢).

(١) فقد صرح جمهور الأصحاب بأنه يتخير بين تملكها أو التصرف فيها وحفظها للمالكها ودفعها للحاكم.

أما دفعها للحاكم فهو يبتني على عموم ولايته الذي لم يثبت على ما أشرنا إليه آنفاً. وأما حفظها للمالك فلأنه إحسان محض. والأمر بأكلها في صحيح علي بن جعفر غير ظاهر في الوجوب بل هو لدفع توهم الحظر. بل لا يحتمل وجوب أكلها وعدم جواز حفظها للمالك. ويأتي تمام الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

(٢) كما طفحت بذلك عباراتهم فيه وفي الدفع للحاكم، وفي الإيضاح والمسالك وعن غاية المرام الإجماع عليه. ولا ينبغي الإشكال فيه في الدفع للحاكم بناء على جوازه لعموم ولايته، لأنه حينئذ بمنزلة المالك والوكيل، كما هو ظاهر. وأما مع الحفظ للمالك فيظهر مما ذكره في نظائر المقام أن الوجه فيه نفي السبيل على المحسنين. لكن تقدم منا في المسألة السادسة من كتاب الوديعة أنه أجنبي عما نحن فيه.

فالعمدة فيه ما أشرنا إليه آنفاً من قصور دليل ضمان اليد عما إذا كانت مأذوناً فيها شرعاً، كما في المقام.

وأما صحيح علي بن جعفر فالمتيقن منه الحكم بالضمان على تقدير الأكل بأن تكون جملة: «وأنت ضامن لها...» واردة لبيان حكم التلف بالأكل، نظير الجملة الحالية من الأكل. وليست جملة مستأنفة لبيان حكم الضالة مطلقاً مع التلف بنحو يشمل صورة عدم الأكل.

اللهم إلا أن يقال: لازم ذلك عدم استيفاء الصحيح للأقسام، لعدم التعرض فيه للحكم على تقدير التلف لا بسبب أكل الواحد لها. وهو خلاف الأصل في الجواب.

وهذا بخلاف ما إذا كانت الجملة المذكورة مستأنفة، وكان الضمان المذكور من

أحكام تلف الضالة مطلقاً، حيث يكون الصحيح مستوفياً للأقسام، ويرجع إلى أن الأخذ جائز مطلقاً، وهو موجب للضمان كذلك، كما أنه يجوز الأكل مطلقاً.

نعم لو تضمن الصحيح اشتراط الضمان بالأكل، كان مقتضى مفهوم الشرطية فيه عدم الضمان مع الحفظ من دون أكل، وكان مستوفياً للأقسام. إلا أنه ليس كذلك. ولو غرض النظر عن ذلك أمكن أن يقال: إن ما سبق في وجه جواز الحفظ للمالك من أنه إحسان محض إنما يتم مع ترتب الإيصال للمالك على الحفظ، ولا موضوع معه للضمان. أما مع عدم ترتبه عليه والتلف قبل الإيصال للمالك فينكشف عدم الإحسان له بذلك، وغاية ما حصل معه هو حسن القصد والنية الذي هو حسن فاعلي من دون حسن للفعل. ومثله لا يكفي في إحراز الترخيص شرعاً بالإبقاء، ليخرج عن المتيقن من ضمان اليد. فهو نظير ما لو نوى الحفظ للمالك فسلمه لغيره بتخيل أنه المالك.

وحيث لو كان هناك دليل على جواز الإبقاء برجاء الإيصال للمالك كان مقتضى إطلاقه الترخيص في الإبقاء وإن لم يصل للمالك حتى تلف، لتحقق موضوع الترخيص، وهو رجاء الإيصال، فيخرج عن المتيقن من ضمان دليل اليد، وهو وضع اليد غير المرخص فيه.

لكن لا دليل على ذلك، بل ليس في المقام إلا النصوص المتضمنة أنها لك - التي يظهر منها جواز الانتفاع به كما هو المصرح به في صحيح علي بن جعفر - مع الحكم بالضمان. أما الإبقاء تحت اليد من دون انتفاع ولا وصول للمالك فلا تنهض بالترخيص فيه، ليخرج عن المتيقن من ضمان اليد. ولذا لا إشكال ظاهراً في الضمان لو أبقاه عنده متردداً بين العزم بعد ذلك على الانتفاع به والعزم على إبقائه للمالك، فتلف قبل أن يعزم على أحد الأمرين.

ويؤيد ما ذكرنا، بل يعضده، أن حسن الحفظ للمالك كما يقتضي حسن الإبقاء من أجل الإيصال له يقتضي حسن الأخذ مقدمة للإيصال له، فلو كان موضع الحسن نية الحفظ للمالك لكان المناسب التفصيل بين الأخذ بنية الحفظ للمالك والأخذ بنية

(مسألة ٩): إذا ترك الحيوان صاحبه في الطريق فإن كان قد أعرض عنه جاز لكل أحد تملكه (١)،

الأكل، فيستحب الأول ولا ضمان، ويكره الثاني مع الضمان، مع أن النصوص قد تضمنت كراهة أخذ الضالة مطلقاً. وما ذلك إلا لأن موضوع الحسن الواقعي هو الإيصال للمالك، لا مجرد الحفظ برجاء الإيصال إليه. وحيث كان المفروض عدم إحراز الإيصال له اتجهت الكراهة مطلقاً تحفظاً من تعذر الإيصال المذكور.

نعم لو علم بترتب الإيصال له فلا إشكال في عدم كراهة الأخذ، لانصراف النصوص عنه. بل لو ترتب الإيصال من دون أن يجرز حين الأخذ انكشف عدم كراهة الأخذ واقعاً من حين وقوعه، بل حسنه لترتيب الإحسان المحض عليه.

وقد تحصل من جميع ما تقدم أنه مع التلف قبل العثور على المالك لا دليل على الترخيص واقعاً في الإبقاء، ليخرج عن المتيقن من دليل ضمان اليد، كي يحتاج في إثبات الضمان لإثبات عموم الضمان في صحيح علي بن جعفر بالتقريب المتقدم. فتأمل جيداً. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) لما تقدم في المسألة الرابعة والسبعين من كتاب الإجارة من أن إعراض المالك عن ماله وإن لم يخرجه عن ملكه كالمباح الأصلي، إلا أنه ظاهر في الإذن لكل أحد بالتصرف فيه مطلقاً ولو بتملكه، فيكون بتملكه له كالهبة، ويجري عليه حكمها في اللزوم وعدمه. ويقتضيه خبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إن أمير المؤمنين عليه السلام كان يقول في الدابة إذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها فهي للذي أحيها. وقضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابة بمضيعة فقال: إن كان تركها في كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها متى شاء، وإن كان تركها في غير كلاء ولا ماء فهي لمن أحيها»^(١)، لظهور صدره فيها نحن فيه.

ومنه ومما سبق يظهر العموم للإعراض عن الحيوان ولو في غير الطريق،

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ١٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٣.

كالمباحات الأصلية (١). ولا ضمان على الآخذ (٢). وإذا تركه عن جهد وكلل بحيث لا يقدر أن يبقى عنده ولا يقدر أن يأخذه معه، فإذا كان الموضع الذي تركه فيه لا يقدر فيه الحيوان على التعيش فيه، لأنه لا ماء فيه ولا كلاً ولا يقوى الحيوان فيه على السعي إليهما، جاز لكل أحد أخذه وتملكه (٣).

كالبلاذ المأهولة، كما يتعارف مع عجز الحيوان عن أن يتتبع به، فيعرض عنه المالك ويتركه يتقمم في الطرق استثقلاً من نفقته وتحمل تبعته من الأوساخ ونحوها. (١) مما سبق يظهر أنه مثلها في جواز التملك، لا في الخروج عن الملك. (٢) إذ مع نيته للتملك، يكون ملكاً له، ولا معنى لضمائه لملكه، ومع عدم نيته للتملك فحيث يكون وضع يده عليه وإتلافه مأذوناً فيهما من قبل المالك - كما سبق - فدليل مضمنية اليد والإتلاف يقصر عنهما، والأصل عدم الضمان. بل هو مقتضى سيرة المتشرعة القطعية التي تغني عن الأصل. (٣) كما صرح به جمهور الأصحاب. وفي المختلف والتنقيح أنه المشهور، وفي السرائر الإجماع عليه.

ويشهد به صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: من أصاب مالاً أو بعبيراً في فلاة من الأرض قد كلت وسيقها صاحبها مما لم يتبعه فأخذها غيره، فأقام عليها وأنفق نفقته حتى أحيها من الكلال ومن الموت فهي له. ولا سبيل له عليها، وإنما هي مثل الشيء المباح»^(١). وموثق السكوني عنه عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابته من جهد. فقال: إن تركها في كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها حيث أصابها، وإن تركها في خوف، وعلى غير ماء وكلاء فهي لمن أصابها»^(٢) ونحوه

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٤.

ما سبق في ذيل خبر مسمع.

ويناسبه موثق السكوني عنه عليه السلام في حديث عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «وإذا غرقت السفينة وما فيها فأصابها الناس، فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم أحق به، وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم»^(١). وخبر الشعيري - الذي هو السكوني أيضاً - : «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر فأخرج بعضها بالغوص، وأخرج البحر بعض ما غرق فيها. فقال: أما ما أخرج البحر فهو لأهله. الله أخرج به. وأما ما أخرج بالغوص فهو لهم، وهم أحق به»^(٢). وإطلاق ذيله ملك الغائص لما أخرج بالغوص - لو غض النظر عن سنده - مقيد بقريئة الموثق بما إذا كان غوصهم عليه لترك أهله له ولو لسبب عجزهم عن تحصيله.

ويكون المحصل من مجموع النصوص المتقدمة بضميمة إلغاء خصوصية مواردها عرفاً أن ترك المالك لما يملكه لعجزه عن حفظه أو تحصيله أو لصعوبة ذلك عليه مسوغ لأخذ الغير له وتملكه والانتفاع به، ويكون أخذه أحق به من المالك. وهذا لا يرجع إلى القسم الأول من الإعراض، وهو الظاهر في الإذن للغير بأخذ المال، بل إلى الإعراض الناشئ من العجز عن تحصيل المال أو المحافظة عليه. ويكون الإذن في أخذه شرعياً تعبدياً.

ولذا لا يجري عليه حكم الهبة، بخلاف الإعراض بالوجه الأول. وقد تقدم في المسألة الرابعة والسبعين من كتاب الإجارة تمام الكلام في الفرضين المذكورين. هذا ولم يعرف الخلاف في مسألتنا هذه إلا من الوسلية، حيث قال: «وإن تركه صاحبه من جهد وكلال في كلاء وماء لم يجوز له أخذه بحال. وإن تركه في غير كلاء ولا ماء فكذلك». واستدل له بالنبوي الذي تضمنته النصوص السابقة في الضالة.

وهو كما ترى! لأن التعليل فيه بأن خفه حذاؤه وكرشه سقاؤه، موجب

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

وأما إذا كان يقدر الحيوان فيه على التعيش (١) لم يجز لأحد أخذه ولا

لقصوره عما إذا تركه صاحبه من جهد في غير ماء وكلاء، حيث لا ينفعه خفه وكرشه حينئذٍ. على أنه لو فرض عمومته لذلك تعين تخصيصه بالنصوص السابقة، كما لعله ظاهر.

بقي شيء: وهو أنه قال في القواعد: «وفي رد العين مع طلب المالك إشكال. أصححه عدم الرد»، وعليه جرى في جامع المقاصد، كما جزم في التحرير والدروس بأنه ليس للمالك المطالبة به وانتزاعه. وهو المتعين بلحاظ النصوص المتقدمة، ولا سيما صحيح عبد الله بن سنان المتضمن نفي السبيل له عليها، وخبر الشعيري المتضمن أن الغائصين أحق بما أخرجوه.

لكن قوى في الإيضاح أن للمالك أخذه. لأن ملك الآخذ إنما يمنع من مطالبة المالك الأول إذا كان لازماً، وهو ممنوع، فإن التملك الطارئ أعم من ذلك، كالهبة للأجنبي. ولحديث أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: من وجد شيئاً فهو له، فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه»^(١).

ويندفع الأول بأن الأصل في الملك اللزوم بل هو صريح قوله عليه السلام في صحيح عبد الله بن سنان: «ولا سبيل له عليها». والثاني بأن الحديث - لو تم سنده - لا بد من حمله على اللقطة التي لا يجب التعريف بها، ولو لليأس من الوصول لصاحبها، دون المقام مما فرض فيه ترك المالك للمال، لعجزه عن القيام به، لأن النصوص السابقة بين ما هو صريح أو كالصريح في عدم استحقاق المالك الأول لما تركه، بحيث ليس له المطالبة به.

نعم في القسم الأول من الإعراض يتجه جريان حكم الهبة، فيتجه للمالك الرجوع بالمال في مورد جوازها. فلاحظ.

(١) بأن كان فيه ماء وكلاء، وكان آمناً أيضاً، كما تضمنه موثق السكوني وخبر

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٤ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

تملكه (١)، فمن أخذه كان ضامناً له (٢)، وكذا إذا تركه عن جهد وكان ناوياً للرجوع إليه قبل ورود الخطر عليه (٣).

(مسألة ١٠): إذا وجد الحيوان في العمران وهو المواضع المسكونة التي يكون فيها الحيوان مأموناً - كالبلاد والقرى وما حولها مما يتعارف مسمع المتقدمان، بأن لم تكن الأرض مسبعة أو كان فيها من السباع ما لا يقدر عليه أو لا يقدم عليه وهو حي. وإغفال غير واحد لذلك واقتصارهم على الماء والكلاء في غير محله.

(١) يظهر مفروغيتهم عن ذلك. وتشهد به - مضافاً للأصل - النصوص السابقة.

(٢) بلا إشكال ظاهر. لكون وضع يده عليه عدوانياً، فيكون مضموناً بضمان اليد. وعليه يكلف بالفحص عن مالكة.

وأظهر مصاديق الفحص عنه تحريه وانتظاره في المكان الذي أخذ منه الحيوان، ليدفع الحيوان له، أو إعلام من في المكان بالحال ليخبروا المالك أو يوصلوه إليه. وبعد اليأس من رجوعه إن علم أنه قد أعرض عنه وتركه لا بنية العود إليه جاز تملكه، لما سبق. وإن احتمل تعذر عوده لموت أو مرض أو نسيان أو غيرها كان نظير الحيوان الذي يمتنع من السباع ويستطيع الوصول للماء والكلاء، الذي تقدم في المسألة الثامنة، المنع من أخذه، وتجري عليه أحكامه.

(٣) هذا إنما يتجه مع العلم بذلك أو ظهور الأمانة عليه، لانصراف النصوص السابقة عنه، لقضاء المناسبات الارتكازية أن منشأ الحكم ليس هو سقوط حرمة المالك، بل تعرض الحيوان للتلف لو لم يؤخذ. أما مع عدمها والشك في الحال فمقتضى إطلاق النصوص السابقة جواز أخذ الحيوان، لأن حملها على خصوص صورة اليقين بأنه ليس من نية المالك العود بعيد جداً.

وصول الحيوان منها إليه - لم يجز له أخذه (١).

(١) كما في الشرايع وكشف الرموز والتذكرة والقواعد والتحرير والتنقيح والمهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك وعن المقتصر وغيره. وفي التنقيح وجامع المقاصد وعن الكفاية والمفاتيح أنه المشهور، بل في التنقيح وعن المقتصر الإجماع عليه في الشاة.

وفي المبسوط: «فأما إذا كان في العمران وما يتصل بالعمران على نصف فرسخ وأقل فإن له أخذها سواء كان حيواناً ممتنعاً أو غير ممتنع وهو بالخيار بين أن ينفق عليها تطوعاً أو يرفع خبرها إلى الإمام أو الحاكم، ولا يأكلها ههنا». وجواز أخذها مقتضى إطلاق المراسم أن غير البعير في الفلاة يؤخذ. ويناسبه في الجملة إطلاق الغنية أن ما عدا ضالة الإبل يكره أخذه، كما وافقه في الوسيلة في غير الممتنع من صغار السباع. ويظهر من الشهيدين في الدروس والروضة التوقف.

ويشهد للمشهور التعليل في النصوص المتقدمة المتضمنة للتفريق بين الإبل والشاة في الفلاة، فإن مرجعه إلى عدم تعرض الحيوان للخطر والتلف على تقدير تركه وتعرضه له.

ومن المعلوم أن مثل الإبل أولى نوعاً بالأمن من الخطر في العمران منه في الفلاة، وأن مثل الشاة لا تتعرض نوعاً في العمران لخطر السباع، كما تتعرض له في الفلاة. نعم لو كان الأمر على خلاف ذلك لخصوصية في الحيوان أو المكان أو الزمان تعين جواز الأخذ بلحاظ التعليل المتقدم.

ولعله لذا أخذ سيدنا المصنف عليه السلام الأمن من الخطر مفروض الوجود في العمران، ولم يأخذ عنوان العمران على إطلاقه، كما جرى عليه الأكثر، وإن كان المستفاد من مساق كلامهم واستدلّاهم خصوص الفرض المذكور. ويأتي تمام الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

هذا وقد استدل في مفتاح الكرامة لجواز أخذها بصحيح صفوان الجمال: «أنه

سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: من وجد ضالة فلم يعرفها، ثم وجدت عنده، فإنها لربها أو مثلها من مال الذي كتّمها»^(١)، ومعتبر جراح المدائني عنه عليه السلام: «قال: الضوال لا يأكلها إلا الضالون إذا لم يعرفوها»^(٢)، وإطلاق النبوي الذي تضمنته النصوص السابقة، ومنها صحيح هشام بن سالم^(٣) الذي أطلق فيه وجدان الشاة من دون تقييد بالفلاة. قال ثُمَّ شَرَّحَ: «والذئب تمثيل، أو أنها إذا بقيت خرجت إلى الفلاة، فيأكلها الذئب».

لكن صحيح صفوان لا يدل على جواز أخذ الضالة، بل على ضمانها مع عدم التعريف بها. ومعتبر جراح لا يدل أيضاً على جواز أخذها، بل على حرمة أكلها بعد الأخذ من دون تعريف. وصحيح هشام ظاهر بقريته ذكر الذئب في الوجدان في الفلاة. وحمل الذئب فيه على التمثيل إن أريد به الحمل على كل ما يتعرض فيه الحيوان للتلف على تقدير عدم الأخذ لم ينفع فيما هو المفروض في المقام من عدم إحراز تلف الحيوان على تقدير عدم الأخذ. وإن أريد به مجرد احتمال تعرض الحيوان للتلف فلا شاهد عليه.

ومثله فرض خروجها للفلاة وأخذ الذئب لها. إذ مع القطع بذلك يخرج عن محل الكلام. ومع عدمه لا وجه لتعميم الصحيح له.

ومثله الاستدلال لما في المبسوط باختصاص النهي عن الأخذ بالفلاة، كما هو صريح غير واحد من النصوص المتقدمة وظاهر غيرها، كما سبق، فيرجع في غيره إلى عموم جواز التقاط اللقطة.

إذ فيه (أولاً): أنه لو تم العموم المذكور ولم يختص أو ينصرف للمال الصامت فلا وجه لإهمال التعليل الظاهر في التعدي عن مورد النصوص المذكورة.

(وثانياً): أن إهمال التعليل والجمود على موضوع النصوص كما يقتضي

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٤ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٤.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

ومن أخذه ضمنه (١). والأحوط لو لم يكن أقوى وجوب التعريف سنة
كغيره من اللقطة (٢)، وبعدها يبقى في يده مضموناً إلى أن يؤديه إلى مالكه،

الاقتصار على الفلاة يقتضي الاقتصار على البعير، مع أنه عمم في المبسوط حكمه لما
يشاركه في الامتناع من السباع.

(وثالثاً): أن الرجوع إلى عموم أدلة اللقطة كما يقتضي جواز أخذها يقتضي
جريان حكم اللقطة عليها، مع أنه لم يلتزم بذلك كما تقدم منه ثالثاً.

ثم إن الظاهر أن محل الكلام ما إذا علم أو قامت الأمانة على ضياع الحيوان
على صاحبه. أما لو علم أو احتمل بوجه معتد به ارتباطه به وتعوده للخروج من
أجل الاحتشاش ثم الرجوع إليه فهو خارج عن محل كلامهم، لعدم إحراز صدق
الضالة عليه، ومقتضى الأصل عدمه، فيحرم أخذه، كما في سائر موارد الغصب. إلا
أن يتعرض للتلف، فيستنقذ حسبه، ويتعين جريان حكم مجهول المالك عليه .
(١) لكون يده عليه عدوانية، فتكون مضمنة.

(٢) لم أعثر عاجلاً على من صرح بذلك. نعم قد يستدل عليه.. (تارة): بعموم
وجوب تعريف اللقطة، ولا سيما صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام:
«وسألته عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوباً أو دابة كيف يصنع؟ قال: يعرفها
سنة، فإن لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها، فيعطيها إياه.
وإن مات أو وصى بها. فإن أصابها شيء فهو ضامن»^(١). فإنه صريح في شمول اللقطة
للحيوان. ومثله في ذلك صحيحه الآخر عنه عليه السلام: «سألته عن اللقطة إذا كانت
جارية هل يحل له فرجها لمن التقطها؟ قال: لا. إنما يحل له بيعها بما أنفق عليها»^(٢).

(وأخرى): بصحيح صفوان ومعتبر المدائني المتقدمين الصريحين في أن من شأن
الضالة التعريف، والمنصرف منه التعريف سنة، لأنه الشايح بسبب تشريعه في اللقطة.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٨.

وفيه: أن إطلاق اللقطة على الحيوان في بعض النصوص لا ينافي انصراف إطلاقات اللقطة لخصوص المال الصامت. كما أن انصراف التعريف في صحيح صفوان ومعتبر المدائني لخصوص التعريف سنة لا يخلو عن إشكال. ولا سيما مع عدم ورودهما لبيان وجوب التعريف، بل لحرمة الأكل وللضمان في فرض الكتان ووجود صاحب الضالة. فالعمدة في المقام صحيح علي بن جعفر.

نعم من الظاهر أن تعريف اللقطة سنة يبتني على التخفيف على الملتقط، بمعنى أنه لا يجب عليه التعريف أكثر من ذلك وإن احتمل العثور بسببه على صاحبها، كما يأتي في المسألة العشرين. بخلاف مجهول المالك، فإن الفحص فيه عن المالك يجب مهما طال الزمان إذا احتمل - بوجه معتد به - العثور به على المالك، كما هو مقتضى إطلاق أدلته، ولوجوب إيصال المال لمالكه المقتضي للاحتياط - بالفحص عنه - مع احتمال القدرة على امتثاله كسائر موارد الشك في القدرة على امتثال التكليف. كما أنه مع اليأس من العثور على المالك بالفحص لا يجب التعريف حتى في لقطة المال الصامت. والحاصل: أن الاقتصار في التعريف على السنة ليس مقتضى الاحتياط، بل مناف له. وحينئذٍ من القريب انصراف دليل التخفيف والاكْتفاء بالتعريف سنة إلى ما إذا جاز أخذ المال الضايغ، كما يأتي في ذيل هذه المسألة، أما إذا حرم أخذه - كما هو المفروض في محل الكلام - فحيث كان الآخذ معتدياً غاصباً فليس من شأنه ارتكازاً التخفيف لما فيه من الإجحاف في حق المالك. وهو المناسب لما سبق من سيدنا المصنف رضي الله عنه في أخذ الحيوان الممتنع من السباع من الاقتصار على التصديق به بعد اليأس من الوصول للمالك من دون اكتفاء بالتعريف سنة. كما هو المناسب أيضاً لما سبق هناك ويأتي من الاقتصار على التصديق في المقام من دون أن يذكر جواز التملك الذي هو أحد أطراف التخيير عنده.

فإن يئس منه تصدق به بإذن الحاكم الشرعي (١). نعم إذا كان غير مأمون من التلف عادة لبعض الطوارئ لم يبعد جريان حكم غير العمران (٢) من جواز تملكه في الحال بعد التعريف (٣) على الاحوط، ومن ضمانه له كما

(١) يظهر الوجه في اعتبار استئذان الحاكم مما سبق في أخذ الحيوان الممتنع من السباع في الفلاة. كما سبق هناك لزوم الاحتياط بالضمان للمالك لو عثر عليه بعد التصديق.

وفي المبسوط: «وهو بالخيار بين أن ينفق عليها تطوعاً، أو يرفع خبرها إلى الحاكم ولا يأكلها هنا». وقريب منه في الشرايع وجملة من كتب العلامة وغيرها. وقد سبق هناك التعرض لوجه رفع أمرها للحاكم ودفعه. كما سبق التعرض لحكم الإنفاق عليه، وللکلام في الرجوع بالنفقة على المالك. فراجع.

(٢) فقد صرح بجواز أخذه في زمان النهب والفساد في التذكرة ومع خوف النهب والتلف في التنقيح. ومقتضى التعليل بخوف الذئب في النبوي الذي تضمنته النصوص السابقة الاقتصار على ما ذكره سيدنا المصنف عليه السلام من تعرض الحيوان للتلف عادة كما سبق، لأنه المناسب لذكر الذئب.

وأما النهب فهو محتمل حتى في الممتنع من السباع، لكثرة المتسامحين حتى في عصر صدور النصوص، ووجودهم لا يقتضي جواز التسامح والأخذ لغيرهم. وأن الضمان فهو مشترك بين الكل. ومجرد عزم المتدين على دفع البدل عند العثور على المالك لا يكفي في تسويغ الأخذ له مع احتمال التضييع على المالك لعدم العثور عليه. ولا سيما أن الناهب قد يتوب أو يقهر على دفع البدل عند العثور على المالك. فلاحظ.

(٣) إن كان مراده عليه السلام التعريف إلى حين اليأس من العثور على المالك فهو المناسب لصحيح علي بن جعفر المتقدم المتضمن للتعريف حيث وجده في الصحراء، لظهور أن التعريف المذكور في الصحراء موجب لليأس من العثور على المالك.

غايته أن ذلك في العمران يرجع إلى الزيادة في التعريف كما وزماناً لكثرة

سبق. هذا كله في غير الشاة. أما هي فالمشهور أنه إذا وجدها في العمران
حسبها ثلاثة أيام (١)،

أطراف احتمال من بتعريفهم يعثر على المالك، وقد لا يتيسر الوصول لبعضهم إلا بعد
مضي مدة لتغييهم أو نحوه.
وإن كان مراده ثبوت التعريف سنة فقد سبق أنه ليس مقتضى الاحتياط، بل
يبتني على التخفيف.

نعم هو مقتضى صحيح علي بن جعفر الآخر المتقدم قريباً، والمتضمن عموم
حكم اللقطة للحيوان. وما سبق يقتضي قصوره عما إذا كان الأخذ محرماً والأخذ
غاصباً، دون المقام مما فرض فيه جواز الأخذ. ومن ثم لا يبعد العمل بالصحيح،
والاقتصار في صحيحه الأول على مورده، وهو المأخوذ في الصحراء. فلاحظ.

(١) كما في النهاية والسرائر والشرايع وجملة من كتب العلامة والشهيد
وشروحها، وفي مجمع الفائدة أنه مشهور، وفي الإيضاح والمهذب والبارع نسبة بعض
خصوصيات الحكم إلى إطلاق الأصحاب وعباراتهم، بنحو قد يظهر في الإجماع
عليه، وإن كان الظاهر عدم بلوغه ذلك، لعدم ذكر غير واحد له.

وقد نسبه في النافع لرواية ضعيفة، مشعراً بضعفه أو التوقف فيه. كما يظهر
التوقف في الحكم لأجل ذلك من مجمع البرهان ومحكي الكفاية. وهي رواية ابن أبي
يعفور: «قال أبو عبد الله عليه السلام: جاء رجل من المدينة فسألني عن رجل أصاب شاة،
فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثة أيام ويسأل عن صاحبها. فإن جاء صاحبها، وإلا باعها
وتصدق بثمنها»^(١).

وكان الوجه في ضعفها اشتغال سندها على محمد بن موسى الهمداني ومنصور
بن العباس. أما محمد بن موسى فهو وإن كان من رجال كامل الزيارات، إلا أنه ممن

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٦.

استثناه محمد بن الحسن بن الوليد مما رواه محمد بن أحمد بن يحيى بن عمران القمي كما ذكر ذلك النجاشي، وذكر عن أبي العباس بن نوح أنه أقره على ذلك، كما تبعه الصدوق فيه. وقال أيضاً: «ضعفه القميون بالغلو، وكان ابن الوليد يقول: إنه كان يضع الحديث. والله أعلم».

وقال الشيخ بعد ذكر طريقه إلى كتب محمد بن يحيى وفيها طريق الصدوق: «وقال أبو جعفر بن بابويه: إلا ما كان فيها من غلو أو تخليط، وهو الذي يكون في طريقه محمد بن موسى الهمداني وأبويه عن رجل...» وذكر بقية ما حكاه النجاشي عن ابن الوليد عدا محمد بن عيسى بن عبيد.

وقال في الفقيه: «وأما خبر صلاة يوم غدیر خم والثواب المذكور فيه لمن صامه فإن شيخنا محمد بن الحسن (رضي الله عنه) كان لا يصححه ويقول إنه من طريق محمد بن موسى الهمداني، وكان غير ثقة [كذاباً]. وكلما لم يصححه ذلك الشيخ قدس الله روحه ولم يحكم بصحته من الأخبار فهو عندنا متروك غير صحيح». وذلك بمجموعه إن لم يقدم على توثيق ابن قولويه للرجل فلا أقل من التعارض بينهما وتساقطهما، فيكون الرجل مجهولاً، كما ذكره بعض مشايخنا رضي الله عنهم.

لكن صريح كلام الصدوق الأخير أنه تابع لابن الوليد في تضعيف الرجل وغيره لحسن ظنه به، من دون أن يستقل بوجه التضعيف. كما أن صريح كلام النجاشي أن تضعيف القميين للرجل من أجل الغلو، ومن الطبيعي أن تكون أحاديث الغلو موضوعة، فيكون الراوي لها ممن يضع الحديث وإذ أمكن أن يضع أحاديث الغلو أمكن أن يضع غيرها مما لا ينسجم مع رأي الطاعن فيه. فمن القريب أن يكون اتهام ابن الوليد له بالوضع أو الكذب مبنياً على ذلك، وهو المناسب لكلام الصدوق الذي حكاه الشيخ.

ومن الظاهر أن الغلو المرفوض ذو مراتب، وهي مما تختلف فيها الأنظار والاجتهادات. وقد عرف عن الصدوق أنه كان يرى أن نفي السهو عن النبي صلی اللہ علیہ وآلہ وسلم

أول درجات الغلو.

كما أن لمحمد بن موسى الهمداني نفسه كتاب الرد على الغلاة. حيث يكشف ذلك عن اختلافه مع القميين في المرفوض من درجات الغلو. ومن هنا يقرب ابتناء التضعيف على الحدس المحض الذي ليس بحجة.

ولاسيما مع قرب عدم وضوح رفعة مقام المعصومين (صلوات الله عليهم) لقدماء القميين واستكثارهم لبعض ما ينسب لهم من مراتب الكمال والجلال، لعدم مخالطتهم للأئمة (صلوات الله عليهم) وتفاعلهم بما يصدر منهم، وبعدهم عن العراق الذي هو عاصمة ثقافتهم وتراثهم الرفيع، وقد ذكروا أن أول من نقل أحاديث الكوفيين إلى قم إبراهيم بن هاشم، وتركز تلك الثقافة في النفوس والإذعان بها يحتاج إلى زمن قد يطول. ومن ثم يصعب الركون لطعنهم في الرواة مع قيام الأمانة على كون منشئه تهمة الغلو.

ولعله لذا يظهر من كلام النجاشي المتقدم التوقف في قبول الطعن في الرجل. وأما ما ذكره بعض مشايخنا عليه السلام من أن ذلك لا يناسب عدم تعقيبه على كلام ابن الوليد عند تعرضه لترجمة محمد بن أحمد بن يحيى صاحب كتاب نوادر الحكمة، حيث يظهر منه أنه ارتضاه، وأن ذلك لا يخلو عن تهافت. فهو غير ظاهر لقرب اهتمامه هناك ببيان رأي الأصحاب في الكتاب المذكور من دون نظر في التفاصيل. أما في ترجمة محمد بن موسى الهمداني فهو في مقام تقصي حاله ومنزله. وكيف كان فلا معارض لتوثيق ابن قولويه للرجل بنحو يمنع من التعويل عليه.

وأما منصور بن العباس فهو وإن كان من رجال كامل الزيارات أيضاً، إلا أن النجاشي قال في حقه: «كان مضطرب الأمر».

لكن اضطراب الأمر إن كان من جهة المذهب فهو لا ينافي الوثاقة أيضاً، وإن كان من جهة الرواية فهو راجع إلى أن في رواياته ما يعرف وما ينكر، وهو لا ينافي الوثاقة أيضاً، كما نبه لذلك بعض مشايخنا عليه السلام. ومن هنا لا معارض لتوثيق ابن

فإن لم يأت صاحبها باعها (١)

قولويه له أيضاً.

هذا كله مضافاً إلى أن عمل الشيخ ومن بعده بالرواية يكفي في جبرها لو كانت ضعيفة في نفسها. وعدم ذكر غير واحد لذلك قد لا يكون لرد الرواية، بل لعدم استقصائه الفروع المتعلقة بالضالة.

بقي في المقام أمران: (الأول): أن اختصاص الحكم في العمران وإن لم يصرح به في الرواية، إلا أنه مقتضى الجمع بينها وبين النبوي الذي تضمنته النصوص السابقة الواردة فيما يوجد في الفلاة أو الظاهرة في ذلك بقريته ذكر الذئب، كما سبق. بل لا يبعد ظهور الرواية نفسها في ذلك، فإن الشاة في الفلاة ليس من شأنها أن يسأل عنها ثلاثة أيام، بل في الموضوع الذي توجد فيه، كما تضمنه صحيح علي بن جعفر المتقدم، وإلا فما عده لا ينحصر ولا يتيسر السؤال فيه، كما لعله ظاهر.

(الثاني): أن الحكم المذكور لو تم لا ينافي حرمة أخذ الشاة في العمران مع عدم تعرضها للخطر، كما هو مقتضى إطلاق النص والفتوى، لما سبق من التعليل في النبوي المشهور. وحديث ابن أبي يعفور الذي هو دليل الحكم في المقام لا يتضمن حكم أخذ الشاة، ليخرج به عن مقتضى التعليل، بل بيان الحكم بعد أخذها، فلا يخرج عن عموم التعليل. ولعله نسب في محكي الكفاية حرمة أخذ الشاة مع جريان الحكم السابق بعد أخذها للمشهور.

(١) كما ذكره من سبق. وتقتضيه رواية ابن أبي يعفور. وقد أهمل ثَبَّتْ وجوب التعريف في الأيام الثلاثة كما أهمله الأكثر. ولذا قال في مفتاح الكرامة: «قد يظهر من كلامهم أنه لا يجب عليه تعريفها في الأيام الثلاثة». ولم أعثر على ذكره إلا في السرائر والمهذب البارع والمسالك وظاهر الروضة ومحكي المقتصر. وهو المتعين نظراً للرواية المذكورة.

ولعله مراد الكل، بلحاظ اقتصارهم في الاستدلال عليها، ولقرب أن يكون

وتصدق بثمانها (١). ولا يخلو من وجه.

ذكرهم الثلاثة أيام لبيان مدة التعريف في مقابل الشاة في الفلاة التي تؤخذ من دون تعريف، أو مع التعريف في موضع الالتقاط لا غير، وفي مقابله بقية أنواع اللقطة التي تحبس سنة للتعريف بها.

هذا ومقتضى إطلاق النص والفتوى عدم اعتبار إذن الحاكم في البيع. وبه صرح في المهذب البارع وجامع المقاصد وبعض ما تأخر عنهما. واستشكل فيه في القواعد، كما هو ظاهر التنقيح، بل قوى في الإيضاح اعتبار إذنه، لأنه ولي الغائب. وفيه: أن مرجع ولايته إلى أصالة عدم ترتب الأثر على التصرف مع عدم استئذانه، ومقتضى إطلاق النص نفوذ البيع في المقام بدون إذنه الراجع إلى عدم ولايته هنا.

ودعوى: أن مرجع أمر الإمام عليه السلام بالبيع إلى إذنه فيه بمقتضى ولايته. ممنوعة، بل الأصل في حكمه عليه السلام بيان الحكم الشرعي، لا إعمال الولاية. ولذا يعمل عليه فيما يشبه مورده من الوقائع، ويقع التنافي بين الأدلة عرفاً لو اختلفت في الوظيفة. (١) كما ذكره من سبق. ويجري في لزوم استئذان الحاكم ما سبق في البيع، كما هو ظاهر.

بقي في المقام أمور..

(الأول): ذكر في السرائر أن للواجد التصرف في الشاة بشرط الضمان وظاهر الدروس التوقف. ولم يتضح الوجه فيه بعد خلور رواية ابن أبي يعفور عنه - التي ينحصر دليل المسألة بها - وظهورها في تعيين البيع والتصدق بالثمن. حيث يتعين الخروج بها عما تضمن جواز التصرف في اللقطة مع الضمان لو فرض عمومها في نفسه للمقام. ولذا منع منه في التنقيح، كما منع من تملك الثمن في المهذب البارع.

ودعوى: أن المفهوم منها أن الشاة بعد التعريف بها ثلاثة أيام يجري عليها

حكم اللقطة بعد التعريف بها سنة، وأن عدم النص فيها على التملك اكتفاء بذكره في اللقطة. ممنوعة، لاحتياج ذلك إلى عناية خاصة لا شاهد عليها.

نعم من القريب عموم البيع الذي تضمنته الرواية لتقبلها لنفسه بالثمن الراجع لشرائه لها، وحينئذ يكون تصرفه فيها بعد تملكه لها بالشراء، لا كما يتصرف في اللقطة. (الثاني): ظاهر النص والفتوى انحصار الوظيفة بالتصدق بالثمن بعد البيع، وعدم جواز التصديق بالعين. وبه صرح في الإيضاح والمهذب البارع وجامع المقاصد ومحكي المقتصر.

واستشكل في القواعد. وكأنه لدعوى: عدم الفرق، بل الأولوية، لأن البيع زيادة في التصرف المخالف للأصل، أو لفهمه من النص تبعاً، كما هو غير بعيد. (الثالث): ظاهر الأكثر التصديق بالثمن بعد البيع رأساً، وبه صرح في الإيضاح والمهذب البارع وجامع المقاصد وهو الظاهر من النص المتقدم.

لكن استشكل في القواعد في جواز التصديق به قبل الحول. وكأنه لعموم وجوب التعريف حولاً في اللقطة.

وفيه: أن مقتضى أدلة التعريف المذكور هو التعريف بالعين، والمفروض هنا عدم وجوبه. ولا مجال للتعدي للثمن، ولا سيما بعد ظهور النص المعتمد هنا في عدمه. ولو أراد وجوب الاحتفاظ بالثمن تمام الحول من دون تعريف به فالأمر أشكل، كما هو الظاهر.

(الرابع): صرح بجواز الاحتفاظ بالثمن للمالك وعدم التصديق به في القواعد والتحرير والدروس والمسالك. بل في الثلاثة الأخيرة جواز الاحتفاظ بالعين أيضاً. وكأنه لحمل النص على جواز البيع والتصدق، دون الوجوب. لكنه خلاف ظاهر الأمر من دون مخرج عنه. ولا سيما مع احتمال تعرضهما للضياع والتلف. مع ما في الإبقاء من تعطيل المال على المالك.

(الخامس): لو ظهر المالك ولم يرضَ بالتصدق فقد صرح بضمان الواجد له في

التذكرة والقواعد والتحرير والدروس والمهذب البارع والتنقيح والمسالك والروضة، وفي جامع المقاصد: «ويشكل على تقدير كون العين أمانة الضمان هنا». وتركه الباقون. وقد يظهر منهم عدم الضمان، لاهتمام الفقهاء بالتنبيه له في فروع اللقطة.

وقد يظهر ذلك من سكوت النص عنه. لكن يشكل الاكتفاء بذلك في الخروج عما تقتضيه القاعدة من الضمان في مورد حرمة وضع اليد على الشاة، الراجع لكون اليد عدوانية مضمنة.

بل حتى مع جواز وضع اليد عليها بناء على الضمان في اللقطة مطلقاً لاحتمال كون منشأ السكوت استبعاد العثور على المالك بعد الفحص عنه في العمران في المدة المذكورة، خصوصاً في مثل الشاة من المال الظاهر المحتاج للرعاية والنفقة الذي من شأن مالكة المبادرة للفحص عنه.

ولاسيما مع ما تضمنه صحيح علي بن جعفر من الضمان في لقطة الحيوان بعد تعريفه سنة المحمول - كما سبق - على صورة جواز الالتقاط، حيث يكون سقوط الضمان هنا مع حرمة الالتقاط أو جوازه بعيداً جداً.

ودعوى: أن الترخيص شرعاً في البيع يجعل الثمن أمانة، فلا يكون مضموناً. مدفوعة بأن الترخيص في البيع لا يقتضي ذلك بعد أن كان الأصل مضموناً كما نبه له في جامع المقاصد، لإمكان ابتناء الترخيص على الجمع بين مصلحة المالك والآخذ بحفظ مالية المال لتعرضه للتلف أو احتياجه للنفقة مع انتفاع المالك به في الجملة بالصدقة عنه مع قيام الثمن مقام المثلث في الضمان.

(السادس): النص والفتوى - كما تقدم - مختصان بالشاة. لكن في الجامع: «وإن كان يمتنع من صغار السباع... ووجدها في القفر أخذها وقومها على نفسه وغرم لصاحبها إذا جاء، وإن وجدها في العمران عرفها ثلاثة أيام ثم قومها على نفسه وأنفق في الموضوعين تبرعاً أو رفعها إلى الحاكم. وروي: إذا وجدها في العمران جواز بيعها والتصدق بثمنها». وظاهره العموم لكل ما لا يمتنع من السباع. ولا مجال له بعد

(مسألة ١١): إذا دخلت الدجاجة أو السخلة في دار الإنسان لا يجوز له أخذها (١). ويجوز إخراجها من الدار (٢). وليس عليه شيء إذا لم يكن قد أخذها (٣).

مخالفة الحكم للقاعدة. ومثله في الإشكال ظهور سياق كلامه في جواز الأخذ. وقد سبق الإشكال فيه.

وأشكل منه ظهور كلامه في إهمال النص المذكور، وحكمه بجواز أخذ الحيوان المذكور واحتسابه على نفسه بعد التعريف بثلاثة أيام. إذ لا دليل على الاكتفاء بالتعريف بثلاثة أيام إلا النص المذكور.

وأشكل من ذلك ما ذكره أبو الصلاح في الكافي من جواز الأخذ في لقطة الحيوان مطلقاً بنحو يظهر منه العموم للممتنع في الفلاة، ثم التعريف ثلاثاً. قال: «فإن جاء صاحبها، وإلا رفع خبرها إلا سلطان الإسلام لينفق عليها من بيت المال، فإن تعذر ذلك فهو بالخيار بين الإنفاق عليها متبرعاً أو محتسباً على صاحبها وبين بيعها وعزل ثمنها لصاحبها». لمخالفة ذلك كله للقواعد والنصوص من دون دليل ظاهر. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) لعموم حرمة التصرف في ملك الغير بغير إذنه، مؤيداً بالتعليل في النبوي الذي تضمنته النصوص المقتضي لحرمة أخذ الضالة في العمران، فإنه وإن لم يشمل المقام، لعدم صدق وجدان الحيوان فيه بعد كون الحيوان هو الداخل للدار، إلا أنه يصلح أن يكون مؤيداً للعموم المذكور.

(٢) لعدم الدليل على وجوب حفظها لصاحبها وإشغال داره بها.

(٣) لعدم ضمانه لها بعد عدم وضع يده عليها. ومجرد دخولها لداره لا يكفي في وضع يده عليها بعد عدم حبسه لها.

بل حتى لو احتبست في الدار - كما لو جهلت طريق الخروج، أو أغلق الباب عليها جاهلاً بدخولها، أو للاحتراز من دخول غيرها - لا يصدق وضع يده عليها

أما إذا أخذها ففي جريان حكم اللقطة عليها إشكال (١). والأحوط التعريف بها حتى يحصل اليأس من معرفة مالكها (٢)، ثم يتصدق بها، ويضمنها لصاحبها إذا ظهر (٣).

(مسألة ١٢): إذا احتاجت الضالة إلى النفقة فإن وجد متبرع بها أنفق

عليها (٤)، وإلا أنفق عليها

إذا لم يكن في مقام الاستيلاء عليها بذلك، ولم يفعل ما يؤدي إليه، ولو باستمرار غلق الباب ونحوه، نظير ما إذا أغلق الباب على شخص يحمل مالا في ثيابه، حيث لا يصدق بذلك وضع يده على المال المذكور. ولا أقل من قصور دليل ضمان اليد عن ذلك، بناء على ما تكرر منا من انحصاره بالمرتكزات العقلائية.

(١) كأنه لتوقف صدق اللقطة عرفاً على كون المال مكشوفاً، بحيث يتيسر لكل أحد أخذه، أو لانصراف أحكام اللقطة لخصوص ما محل التقاطه، دون ما يجرم التقاطه، لما سبق من ابتناء الأحكام المذكورة على التخفيف. فلاحظ.

(٢) لوجوب إيصال المال المضمون لمالكه، والاحتياط بالفحص عنه مع احتمال القدرة على ذلك، كما هو الحال في سائر موارد الشك في القدرة على الامتثال، نظير ما سبق منا في الحيوان المأخوذ في العمران. مضافاً إلى ما يستفاد من الأمر به في نصوص مجهول المالك.

(٣) لنظير ما سبق في المسألة الثامنة في أخذ الحيوان الممتنع من السباع في الفلاة. ومنه يظهر لزوم الاحتياط باستئذان الحاكم الشرعي في التصديق. فلاحظ.

(٤) ذكر جمهور الأصحاب - من الشيخ المفيد رحمته في المنفعة إلى المتأخرين -

أنه يرفع أمرها إلى الحاكم لينفق عليها من بيت المال.

ويشكل بها أشار إليه في مفتاح الكرامة من أن مال الغير لا ينفق عليه من بيت المال، لأنه موضوع للمصالح العامة، والمقام من المصالح الخاصة، لأن نفقة مال

من ماله (١)، ورجع بها على المالك (٢). وإذا كان للقطعة نهاء أو منفعة

الإنسان عليه أصالة، ولا منشأ لتكليف بيت المال به بدلاً عنه.
نعم في مرسل دعائم الإسلام: «وعن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان بنى للضوال مبرداً فكان يعلفها [لثلاثا يتعرضوا لها] لا يسمنها ولا يهزها، فكانت تشرف بأعناقها، فمن أقام بينة على شيء منها أخذه، وإلا أقرها على حالها لا يبيعها»^(١).
لكنه - مع ضعفه في نفسه - لا إطلاق له ينهض بوجوب الإنفاق على الضالة في المقام، لإمكان تصديه عليه السلام باستعمال أناس لا لتقاط الضوال والمحافظة عليها من النهب، ويكون المبرد المذكور لها، دون الضوال التي يلتقطها غير من نصبهم عليه السلام من الناس ممن يكون بالتقاطه للضالة مسؤولاً عنها بشخصه بنحو يقتضي إنفاقه عليها. ولا سيما أن المتيقن من المرسل البعير الذي يحرم أخذه في القفار، فضلاً عن العمران. ومن هنا لا مجال للبناء على النفقة في المقام من بيت المال.

ويناسب ذلك صحيح علي بن جعفر المتقدم عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام: «سألته عن اللقطة إذا كانت جارية هل يحل فرجها لمن التقطها؟ قال: لا. إنما يحل له بيعها بما أنفق عليها»^(٢). لظهور أن استيفاء النفقة عليها من ثمنها راجع إلى تحمل مالكة لنفقتها.

ولعله لذا لم يذكره في التذكرة وجامع المقاصد، وجعلا الرجوع للسلطان والحاكم من أجل الاستئذان في الإنفاق المسوغ للرجوع على المالك بالنفقة.

(١) بلا إشكال ظاهر، وبه صرح جمهور الأصحاب، ونفى الريب فيه في جامع المقاصد. لوجوب حفظها عليه بعد أن صارت تحت يده. ولما قد يظهر من صحيح علي بن جعفر المتقدم من المفروغية عن إنفاق الواجد عليها.

(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب. وفي القواعد: «ورجع على إشكال». ولم

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ١٥ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٨.

يرجح أحد الوجهين في التحرير والدروس والتنقيح ومحكي المفاتيح. بل جزم في السرائر بعدم الرجوع، لعدم استئذان المالك في الإنفاق. لكن ذلك وحده لا يكفي في عدم الرجوع بعد كون المالك هو المكلف بالنفقة، نظير سائر موارد الإنفاق حسبة عن الغير عند تعذر الاستئذان منه، حيث يكون المبتلى بذلك مأذوناً شرعاً في الإنفاق من مال المالك ابتداءً أو بعد الرجوع للحاكم.

نعم تقدم في المسألة الثامنة أنه لا يرجع فيما إذا حرم عليه الالتقاط، لأنه يكون غاصباً ضامناً، فيجب عليه الإنفاق خروجاً عن مقتضى الضمان، ولا دليل حينئذٍ على ولايته أو ولاية الحاكم على المالك في الإنفاق من ماله. كما تقدم الاستشهاد له - مضافاً إلى ذلك - بصحيح أبي ولاد. فراجع.

بل لا يبعد ذلك في صورة كراهة الالتقاط، حيث لا طريق لإحراز ولايته على المالك في الإنفاق حينئذٍ. بل من القريب كون الكراهة من أجل كراهة التعرض للحقوق بسبب وضع اليد على المال.

ومنه يظهر ما في الكلام عن غير واحد من تعليل الرجوع بدفع الضرر بالالتقاط. إذ فيه: أن الآخذ هو الذي أوقع نفسه في الضرر بالالتقاط، ولم يوقعه الشارع الأقدس فيه بعد أن نهاه عنه ولو تنزيهاً.

ويناسب ذلك عدم استثناء مقدار النفقة في مدة التعريف من الضمان في صحيح علي بن جعفر المتقدم في أخذ الشاة في الصحراء، وعدم استثناء مقدارها إلى حين البيع في حديث ابن أبي يعفور في وجدان الشاة الذي تقدم حمله على العمران.

نعم مع رجحان الالتقاط أو وجوبه يتعين جواز الرجوع، لأنه مقتضى الاستئمان الشرعي على العين، المقتضي لقيام الأمين مقام المالك في حفظ الأمانة بالإنفاق عليها من مال المالك مع وجدانه، وإقراضه النفقة مع فقده.

ومن القريب حمل صحيح علي بن جعفر المتقدم قريباً الوارد في التقاط الجارية على ذلك، لقرب وجوب التقاط الجارية أو رجحانها رعاية لها، وحفظاً من التبذل

استوفائها الملتقط (١).

الذي تتعرض له مع عدم الأخذ لها. نظير اللقيط المحكوم بالحرية. نعم قد لا يناسب ما ذكرنا من التفصيل معتبر الجعفریات: «حدثنا أبي عن جده جعفر بن محمد عن أبيه عن جده أن علياً عليه السلام قضى في رجل وجد ناقة أو بقرة أو شاة، فأمسكها عنده حتى نتجت أولاداً كثيرة، ثم جاء صاحبها. فقضى أن ترد الناقة أو الشاة بأولادها وقضى للذي كانت عنده يرعاها ويقوم عليها أجر مثله»^(١). فإن حمله على خصوص ما يستحب أخذه والتقاطه بعيداً جداً، بل لعله حمل على الفرد النادر.

اللهم إلا أن يقال: مقتضى إطلاقه العموم لما إذا كان الإنفاق لا بنية الرجوع، ولعله هو الشايح. كما أن مقتضاه ضمان نفقة الاستتاج والتتاج، مع عدم استئذان المالك بالاستتاج. وكلا الأمرين مخالف للقاعدة.

ومن هنا يقرب حمله على ما إذا صارت الضالة كسبيل ماله، إما لعدم وجوب تعريفها - كالشاة في الفلاة الخالية - أو لاستكمال تعريفها، كما لو سأل عنها في الموضع الذي وجدها فيه من الفلاة، وما يوجد في العمران مما يخشى عليه من التلف بعد التعريف سنة أو نحو ذلك، فإن له حينئذ أن يبقياها ويستتجها لنفسه، كما يفعل بهاله، ثم إذا جاء صاحبها يجب تسليمها له كما يأتي إن شاء الله تعالى. كما يجب تسليم نتاجها ونمائها، لأنه مملوك له تبعاً لها، لما يأتي إن شاء الله تعالى من عدم خروجها عن ملكه. وحينئذ يكون ضمان نفقة ذلك تعدياً مقابل العمل المأذون به شرعاً. ويخرج عما نحن فيه من الإنفاق على نفس الضالة قبل أن تكون كسبيل ماله. فلاحظ.

هذا كله مع عدم قصد التبرع، وإلا فلا إشكال ولا خلاف ظاهراً في عدم الرجوع، كما صرح به بعضهم. وهو منصرف عن كلام الباين ممن أطلق الرجوع.

(١) ظاهرهم المفروغية عن جواز ذلك. ويأتي وجهه. والظاهر جواز بيعه

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ٨ من ابواب كتاب اللقطة حديث: ٧.

ويكون بدل ما أنفقه عليها (١) ولكن بحسب القيمة على الأقوى (٢).

للنماء وإجارته للعين إذا رآه صلاحاً في حق المالك، بل يتعين إن كان أصلح بنظره. ولم يذكروا هنا استئذان الحاكم. وكأنه لأنه هو الأمين، فتكون له الولاية على العين. (١) كما صرح به جمهور الأصحاب أيضاً. ووجهه أن الإنفاق والرجوع حيث يشرع إنما هو عدم وجود مال للمالك ينفق منه، أما معه فالتعين الإنفاق منه، وحيث كان النماء والمنفعة ملكاً للمالك الضالة كان الإنفاق منها مقدماً على الإنفاق والرجوع. ومنه يظهر جريان ذلك لو أمكن بيع النماء واستثمار العين، فإنها يقدمان على الإنفاق والرجوع أيضاً.

(٢) كما صرح به الأكثر. وهو الذي تقتضيه القاعدة، لأن المالك مكلف بمقدار النفقة، فلا وجه لأخذ الأكثر منه لو زاد من قيمة النماء والمنفعة، ولا لسقوط الزائد عنه لو نقصت.

لكن في النهاية: «وإن كان من أنفق عليه قد انتفع بشيء من جهته، إما بخدمته، أو ركوبه أو لبنه كان ذلك بإزاء ما أنفق عليه، ولم يكن له الرجوع على صاحبه» ومقتضى إطلاقه عدم ملاحظة القيمة. وهو غير ظاهر الوجه.

وربما استدلل به ما ورد في العين المرهونة وفي اللقيط، لحمله المقام عليها. كصحيح أبي ولاد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة أو البعير رهناً بآله، أله أن يركبه؟ قال: فقال: إن كان يعلفه فله أن يركبه، وإن كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه»^(١)، وموثق السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام «قال: قال رسول الله صلی اللہ علیہ وسلم: الظهر يركب إذا كان مرهوناً وعلى الذي ركبته نفقته، والدر يشرب [ويشرب الدر. فقيه] إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يشرب نفقته»^(٢) وصحيح ابن محبوب عن محمد بن أحمد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللقيطة. فقال عليه السلام:

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٢.

لا تباع ولا تشتري. ولكن تستخدمها بما أنفقت عليها»^(١).

لكن لا مجال لحمل المقام على العين المرهونة. ولا سيما مع قرب حمل الحديثين المتقدمين في العين المرهونة على ظهور حال الراهن نوعاً مع عدم إنفاقه على العين المرهونة في إيكال أمرها للمرتهن عليه غرمها وله غنمها، فسكوت المرتهن عن ذلك عند أخذها وقبوله بالإنفاق عليها ظاهر في جريه عليه، بخلاف ما إذا أنفق عليها، حيث لا قرينة على بذله منفعتها ونائها. ولا يجري ذلك في اللقطة والضالة اللتين يكون أخذهما بدون إذن من المالك، ليكون هناك شاهد حال على موقفه من المنفعة والنماء.

وأما حديث ابن محبوب المتقدم فهو مع ضعف سنده - لجهالة محمد بن أحمد الراوي عن أبي عبد الله عليه السلام - وارد في اللقطة المحكومة بالحرية، والمستفاد من مجموع النصوص والسيرة التعامل مع اللقيط واللقطة كالتعامل مع أهل بيت الملتقط، نظير التعامل مع اليتيم الذي يعيش في كفالتة، فلا مجال للتعدي منه للمقام، حيث تكون الضالة ومنفعتها ونهاؤها ملكاً لأجنبي يتعذر الوصول إليه، بل يتعين التعامل معه على ما تقتضيه القاعدة، وقد سبق بيانه.

بقي شيء. وهو أن مقتضى القاعدة أن الضالة التي يحرم أخذها مضمونة، لأن اليد عليها عدوانية. أما التي يجوز أخذها ولو على كراهة فهي غير مضمونة، لعدم ثبوت عموم ضمان اليد لليد غير العدوانية.

لكن تقدم أن المستفاد من صحيح علي بن جعفر الوارد في الشاة المأخوذة في الفلاة إطلاق الضمان في فرض جواز الأخذ، وكذا صحيحه الآخر في اللقطة دراهم أو ثوباً أو دابة، على كلام يأتي عند الكلام في حكم اللقطة بعد التعريف إن شاء الله تعالى.

هذا وفي معتبر حسين بن زيد عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «قال: كان أمير

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٤.

(مسألة ١٣): كل مال ليس حيواناً ولا إنساناً إذا كان ضائعاً ومجهول

المالك - وهو المسمى لقطه بالمعنى الأخص - يجوز أخذه (١)

المؤمنين عليهم السلام يقول في الضالة يجدها الرجل فتنفق. قال: هو ضامن. فإن لم ينو أن يأخذ لها جعلاً ونفقت فلا ضمان عليه^(١) ومقتضاه ثبوت الضمان بمجرد النية المذكورة.

وهو غير مستنكر كما قد يظهر من الوسائل. وقد ينظر له بالفرق بين أخذ الأمانة بنية حفظها وأخذها بنية غضبها. فتأمل. غاية الأمر أنه مع التداعي يكون الآخذ هو المنكر، لمطابقة دعواه الأصل، ولأن نيته لا تعرف إلا من قبله، وصاحب الضالة مدعياً يحتاج إلى إثبات. ولا محذور في ذلك.

ودعوى: أن ذلك يبتني على استحقاق الجعل برد الضالة ولو مع عدم التزام صاحبها بشيء على نفسه، وقد تقدم في أوائل كتاب الجعالة المنع منه.

ممنوعة، لأن نية أخذ الجعل قد لا تكون لاستحقاقه شرعاً، بل لتعارفه في الجملة بحيث يكون مستحقاً بنحو من الاستحقاق عرفاً.

نعم من القريب جداً حملة على الضالة التي تؤخذ من أجل إيصالها للمالك، لتوقع الوصول إليه، للعلم به تفصيلاً أو إجمالاً بوجه منحصر، لأن ذلك هو الذي يكون مورداً لنية أخذ الجعل أو عدمها، ويكون منشأ التفصيل المذكور في الحديث أنه مع عدم نية أخذ الجعل يكون أخذ الضالة إحساناً محضاً في حق المالك يناسب رفع الضمان عن الآخذ لها، بخلاف ما إذا نوى أخذه. وعلى ذلك يكون خارجاً عما نحن فيه من عدم توقع الوصول للمالك، نظير اللقطة، وإن احتمل الوصول إليه بالتعريف أو صدفة، فلا مجال لرفع اليد به عما تقدم. فلا حظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) يظهر منهم المفروغية عن ذلك وأن ما يأتي من دعاوى الإجماع وغيره إنما هو في الكراهة. ومن الظاهر كفاية ذلك في مثل هذه المسألة الشائعة الابتلاء، حيث يمتنع عادة خطأ الشهرة، فضلاً عن الإجماع بالنحو المذكور فيها.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ١٩ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

على كراهة (١).

مضافاً للنصوص، كصحيح يعقوب بن شعيب: «سألت أبا عبد الله عن اللقطة ونحن يومئذ بمنى. فقال: أما بأرضنا هذه فلا يصلح. وأما عندكم فإن صاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع، ثم هي كسبيل ماله»^(١)، والنصوص الآتية المتضمنة للترخيص في أخذ لقطة الحرم، حيث تدل على الترخيص في أخذ غيرها بالأولوية العرفية. بل حتى ما تضمن النهي عن أخذ لقطة الحرم، حيث يشعر، بل يظهر في خصوصية الحرم في النهي، ومن البعيد جداً أن تكون في شدة التحريم، دون أصل الحرمة، أو شدة الكراهة.

وكذا صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في اللقطة يجدها الرجل الفقير أهو فيها بمنزلة الغني؟ قال: نعم. واللقطة يجدها الرجل ويأخذها. قال: يعرفها سنة، فإن جاء لها طالب، وإلا فهي كسبيل ماله. وكان علي بن الحسين عليهما السلام يقول لأهله: لا تمسوها»^(٢). فإن البدأ في ذيله بيان حكمها بعد الأخذ من دون بدء بيان حرمة الأخذ، ونسبة النهي عن أخذها بعد ذلك لعلي بن الحسين (صلوات الله عليهما) قد يظهر في كونه حكماً أدبياً يؤدب به أهله من دون تحريم شرعي. وربما يستفاد من غيرها. وإن كان الأمر أظهر من ذلك.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب. ونسبه في السرائر لأصحابنا، وفي التذكرة لعلمائنا. ويقضيه النصوص، كصحيح الحلبي المتقدم، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن اللقطة. فقال: لا ترفعها، فإن ابتليت بها...»^(٣) وغيرها بنحو قد يبلغ حد الاستفاضة. ولا بد من حملها على الكراهة جمعاً مع ما تقدم. بقي في المقام أمور. (الأول): قال في مفتاح الكرامة: «وتأكد في مطلق اللقطة

(١) وسائل الشعية ج: ٩ باب: ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف وما يتبعها حديث: ١.

(٢) تهذيب الأحكام ج: ٦ باب: ٩٤ حديث: ٣.

(٣) وسائل الشعية ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١٠.

للفاسق. وأكد منه المعسر». وقد سبقه إلى ذلك في الجملة غيره. وكأن الوجه في ذلك أن احتمال التعدي فيها على اللقطة أقوى. لكنه - مع توقفه على حصول الاحتمال المذكور لهما - لا يقتضي تأكيد الكراهة الشرعية، بل المرجوحية العقلية، تحفظاً من الوقوع في الحرام.

(الثاني): قال في التذكرة: «الملتقط إذا علم الخيانة من نفسه فالأقرب أنه يجرم عليه أخذها... وأما الأمين في الحال إذا علم أنه لو أخذها لخان فيها وفسق فالأقرب الكراهية الشديدة فيه دون التحريم».

لكن المراد بالأول إن كان هو الخيانة في نفس الأخذ، بأن أعابها مثلاً، فالتحريم شرعاً وجيه، لحرمة التعدي، لا لحرمة الأخذ.

وإن كان هو الخيانة في نفس الشخص الأخذ، التي من شأنها أن يترتب عليها الخيانة بعد الأخذ، كما لو علم من نفسه أنه سوف يفرط فيها، فهو كالثاني وهو الأمين إذا علم من نفسه الخيانة بعد ذلك. حيث لا يكون الأخذ بنفسه محرماً شرعاً، بل لكونه مقدمة للحرام.

فلو تاب بعد ذلك قبل أن يخون، وأدى الوظيفة فيها، انكشف عدم الحرمة الغيرية في حقه، وأنه كان متجرباً فيه لا غير ولم يتضح وجه الفرق بين القسمين. ومجرد كونه خائناً في نفسه حين الأخذ لا يصلح فارقاً في الحكم بعد عموم دليله.

(الثالث): في صحيح داود بن أبي يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سأل عن الإداوة والتعلين والسوط يجده الرجل في الطريق أين تنفع به؟ قال: لا يمسه»^(١). ونحوه حديث عبد الرحمن بن أبي عبد الله^(٢). وقد ينسب للصدوق المنع من التقاطها. بل حكى في المختلف عن أبيه الصدوق الأول النهي عن أخذها. وقد صرح في الكافي بالتحريم مع التعميم لجميع أوعية الماء، كما يظهر ذلك في الجملة من الوسيلة والمراسم

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ١٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٣.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ١٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

على إشكال واختلاف بين المنقول عنهما والموجود من عبارتهما.
لكنه غير ظاهر، إذ النهي المذكور لا يزيد على لسان النهي عن أخذ اللقطة
الذي سبق لزوم حمله على الكراهة.

بل في صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قال: لا بأس بلقطة العصا
والشظاظ والموقد والحبل والعقال وأشباهه قال: وقال أبو جعفر عليه السلام: ليس لهذا
طالب»^(١). وقد تعد الأمور المذكورة في الحديثين الأولين من أشباهه.

نعم مقتضى هذا الصحيح جواز الأخذ والتملك بملاك الإعراض، لا بملاك
اللقطة. وحيث أن الإعراض يختلف باختلاف أفراد هذه الأمور والظروف المحيطة
بها، كما يختلف إحرازه باختلاف الأشخاص، فالمتعين البناء على جواز أخذها وتملكها
مطلقاً مع إحراز الإعراض، وإجراء حكم اللقطة عليها بالتفصيل الآتي مع عدم
إحرازه.

هذا ويظهر من المقنعة الحرمة أو شدة الكراهة في الأمور الثلاثة التي تضمنها
الحديثان الأولان. قال: «فربما طلبه صاحبه وقد أخذه غيره فيوديه ففقدته إلى العطب
والهلاك، لأن الإداوة تحفظ ما يقوم به الرمق من الماء، والحذاء يحفظ رجل الماشي من
الزمانة والآفات، والسوط يسير البعير، فإذا فقدته الإنسان خيف عليه العطب بفقدته».
لكن ما ذكره من الوجه لا يختص بالأمور المذكورة، ويجري نظيره في كثير من
أفراد اللقطة. وترتب المحذور المذكور على الالتقاط موقوف على انحصار سد حاجة
المالك بالمال الملتقط، وعلى كون المالك في مقام التعجيل بالرجوع له وأخذه قبل أن
يأخذه شخص آخر أو يتعرض للتلف، وعلى عثور المالك عليه عند رجوعه إليه.
ويكفي إحراز الأخير في التحريم في سائر أفراد اللقطة حتى ما لم يكن بالنحو الذي
ذكره.

بل يشكل صدق اللقطة عليه حينئذٍ. ومع عدم إحراز الأمر المذكور يتعين

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧، باب: ١٢، من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

ولا فرق بين ما يوجد في الحرم وغيره (١)، وإن كانت كراهة الأخذ في

الخروج عن عموم حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه بما دل على جواز أخذ اللقطة. غايته أنه مكروه لما سبق من النهي عن أخذ اللقطة عموماً المحمول على الكراهة جمعاً مع دليل الترخيص.

كما يحمل عليها الحديثان المتقدمان لذلك من دون أن يتضمننا ما يشهد بتأكد الكراهة، فضلاً عن الحرمة، لعدم تضمنهما للوجه الذي ذكره ولا لغيره مما يناسب ذلك. ومن ثم لا مخرج عما ذكرنا.

ومثل ذلك في الإشكال ما في النهاية. قال: «يكره أخذ ماله قيمة يسيرة، مثل العصا والشظايا والوتد والحبل والعقال وأشبه ذلك. وليس بمحذور». وتبعه المحقق والعلامة والشهيدان في جملة من كتبهم وغيرهم. وجعل غير واحد المعيار في ذلك قلة قيمة الشيء الملتقط وكثرة منفعته. وظاهرهم بل صريح بعضهم تأكيد الكراهة في ذلك.

إذ فيه: أنه لم يتضح الوجه في جميع ذلك بعد ما سبق. ولا سيما مع اختصاص الحديثين الأولين المتضمنين للنهي بغير الأمور المذكورة.

(الرابع): صرح جمهور الأصحاب باستحباب الإشهاد على اللقطة، وفي الخلاف أنه مجمع عليه. ولم يتضح الوجه فيه.

نعم يجب على الملتقط بمقتضى أمانته على المال التحفظ من ضياعه على صاحبه، نظير ما سبق في ذيل الكلام في وجوب أخذ اللقيط من المسألة الثالثة. وتقدم هناك ما ينفع في المقام. فراجع.

(١) قد اختلفت كلماتهم في ذلك أشد الاختلاف، بنحو قد يختلف فيه كلام الشخص الواحد في كتابين له أو مقامين من كتاب واحد، كما يظهر بمراجعة مفتاح الكرامة وغيره. ولأجل ذلك لا يسعنا استقصاء كلماتهم.

وكيف كان فيدل على الجواز صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث:

الأول أشد وأكد (١)، حتى قيل إنه حرام، بل هو المشهور. ولكنه ضعيف.

«قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ألا إن الله عز وجل قد حرم مكة... لا ينفر صيدها... ولا تحل لقطتها إلا لمنشد...»^(١)، ونحوه خبر بشير النبال^(٢)، ومعتبر فضيل بن يسار: «سألت أبا عبد الله عن الرجل يجد اللقطة في الحرم. قال: لا يمسه. وأما أنت فلا بأس، لأنك تعرفها»^(٣)، وصحيحه: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم. فقال: لا تمس أبداً حتى يجيء صاحبها فيأخذها. قلت: فإن كان ما لا كثيراً؟ قال: فإن لم يأخذها إلا مثلك فليعرفها»^(٤). وهو وإن لم يصرح فيه بجواز الأخذ لمثله، إلا أن عدم النهي عن الأخذ في المال الكثير بعد التعرض له في أول الأمر ظاهر في عدمه. والظاهر أن خصوصية المال الكثير بلحاظ الخوف عليه من النهب وعدم سلامته لصاحبه، وهي جهة رجحان إنما تصلح أن تزاحم الكراهة دون الحرمة، وذلك يناسب كون النهي في أول الأمر للكراهة. فلاحظ.

ولو غرض النظر عن ذلك كفت النصوص الأول في حمل النصوص الناهية على الكراهة، أو على الأخذ من دون تعريف، لغلبة إقدام الناس عليه طمعاً في المال أو لأن اهتمام الناس بأداء المناسك وانشغالهم به يوجب صعوبة التعريف، أو تخيل عدم الجدوى به، لعدم تصدي المالك عن الفحص عن ماله ومحاوله العثور عليه. ووضوح ذلك يغني عن إطالة الكلام فيه، وإن حصل ذلك من غير واحد.

(١) كما هو مقتضى النهي عن أخذ لقطة الحرم أو مسها أو اللوم على ذلك

بنحو يظهر منه خصوصية الحرم في النهي المذكور.

وإذا أمكن حمل بعض تلك النصوص على كون منشأ النهي ابتناء الأخذ على

الأكل وعدم التعريف أو على كونه من صغريات عموم النهي عن أخذ اللقطة - كما

(١) وسائل الشيعة ج: ٩ باب: ٨٨ من أبواب تروك الإحرام حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ٩ باب: ٥٠ من أبواب الإحرام حديث: ١٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ٩ باب: ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف وما يتبعها حديث: ٥.

(٤) وسائل الشيعة ج: ٩ باب: ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف وما يتبعها حديث: ٢.

قد يناسبه مرسل ابن أبي البلاد عن الماضي عليه السلام «قال: لقطة الحرم لا تمس بيده ولا رجل. ولو أن الناس تركوها لجاء صاحبها حتى يأخذها»^(١)، لورود التعليل المذكور في مطلق اللقطة - فلا مجال له في كثير منها، مثل ما تضمن التفصيل بين لقطة الحرم وغيرها، وأن حكم الثانية التعريف، كصحيح يعقوب بن شعيب المتقدم في أول المسألة، والنصوص المتضمنة للوم على أخذها بعد السؤال عن الوظيفة فيها، كمعتبر علي بن أبي حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر عليه السلام: «سألته عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه. قال: بئس ما صنع، ما كان ينبغي له أن يأخذه. قال: قلت: قد ابتلي بذلك. قال: يعرفه...»^(٢)، حيث لا مجال لحملة على كون النهي من أجل الأخذ لا بنية التعريف بعد السؤال المذكور.

ومن هنا يتعين حمل هذه النصوص على خصوصية الحرم في الكراهة زائداً على كراهة أخذ مطلق اللقطة، الراجع لتأكد الكراهة.

هذا وقد صرح في القواعد والتذكرة والدروس وبعض ما تأخر عنها بعدم جواز التقاط لقطة الحرم للفاسق فضلاً عن الكافر، واقتصر في التحرير على الكافر مع التردد في الفاسق. بل تردد في الكافر في الشرايع.

والوجه في المنع هو عدم جواز التملك فيها، فتمتخص في كونها أمانة، وهما ليسا بأهل لها. وعلى هذا صرحوا بوجوب انتزاعها منهما على الحاكم.

وفيه (أولاً): أن ذلك يجري في لقطة غير الحرم في مدة التعريف. ومجرد جواز تملكها بعد ذلك لا يصلح فارقاً، نعم في القواعد في غير لقطة الحرم: «ويتخير الحاكم بين انتزاعه منه وبين نصب رقيب إلى أن تمضي مدة التعريف»، وعن أبي علي أن لولي أمر المسلمين إخراجها من يده. وكلاهما غريب بعد ملاحظة النصوص. ولعله لذا لم يظهر من غيرهما البناء على ذلك.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٧ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

(مسألة ١٤): اللقطة المذكورة إن كانت قيمتها دون الدرهم جاز

تملكها بمجرد الأخذ(١)، ولا يجب فيها التعريف(٢)، ولا الفحص عن

(وثانياً): أن المراد بعدم أهليتهما للأمانة - لو تم - كراهة استئمانهما، وأنها لو خانا فلا خلف على الله سبحانه وتعالى لمن استأمنهما، كما تضمنه في الجملة غير واحد من النصوص الواردة في الوديعة^(١)، لا عدم صحة استئمانهما، فضلاً عن عدم كونها أهلاً للأمانة الشرعية، كاللقطة ومجهول المالك وغيرهما، خصوصاً بعد إطلاق النصوص، كما في المقام، لظهورها في جواز الالتقاط مع التعريف مطلقاً. كما لم يتضح وجه ولاية الحاكم، فضلاً عن وجوب انتزاع اللقطة منها عليه.

ولاسيما مع عموم كراهة الالتقاط للحاكم، ومع احتمال تعرض المال بتركه وعدم التقاطه للتلف الذي هو المحذور الذي يخشى من التقاط الفاسق والكافر له. بل بعد ملاحظة كثرة الابتلاء بلقطة غير العادل، وصعوبة الإشراف عليه أو انتزاع اللقطة منه، يكاد يقطع بعدم تشريع مثل هذا الحكم. فلاحظ.

(١) يأتي إن شاء الله تعالى الكلام في وجهه.

(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب على اختلاف بينهم في التعبير بأنه للواجد أو بأن له أن يملكه، أو يباح له التصرف فيه أو نحو ذلك، مع اتفاقهم على عدم وجوب تعريفه عليه. وقد نفى الخلاف فيه في كشف الرموز ومحكي المفاتيح، وادعى الإجماع عليه في الخلاف والتذكرة والتنقيح وظاهر الغنية. وكفى بهذا الإجماع دليلاً في مثل هذه المسألة مما يخالف الأصل وعموم وجوب التعريف، ويشيع الابتلاء به.

مضافاً إلى صحيح محمد بن أبي حمزة عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام:

«سألته عن اللقطة قال: تعرف سنة قليلاً كان أو كثيراً. قال: وما كان دون الدرهم فلا يعرف»^(٢).

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٦ من أبواب كتاب الوديعة.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٤ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

وربما استدل على ذلك أيضاً بمرسل الفقيه: «وقال الصادق عليه السلام: أفضل ما يجده الإنسان في اللقطة إذا وجدها أن لا يأخذها، ولا يتعرض لها. فلو أن الناس تركوا ما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه. وإن كانت اللقطة دون الدرهم فهي لك لا تعرفها. وإن وجدت في الحرم ديناراً مطلساً فهو لك لا تعرفه. وإن وجدت طعاماً في مفازة...»^(١).

وخبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه»^(٢)، بحمله على ما دون الدرهم جمعاً مع نصوص التعريف.

لكن من القريب في الأول بملاحظة سياق الكلام أن يكون حكم ما دون الدرهم فتوى للصدوق ألحقها بالمرسل لا جزء منه، كما يكثُر منه ذلك في أواخر أبواب كتابه.

وأما الثاني فإطلاقه معارض لإطلاق أدلة التعريف. والجمع بينهما بحمله على ما دون الدرهم بلحاظ نفسيهما تبرعي بلا شاهد، وبلحاظ ما سبق من الإجماع ومرسل ابن أبي حمزة راجع إلى الاستدلال بهما، لا به. بل حمل إطلاقه على خصوص ما دون الدرهم حمل على الفرد النادر.

ومن ثم لا يبعد حمله على بيان الحكم بعد التعريف، استغناء بوضوح وجوبه عن النص عليه. وإلا كان من المشكل غير الصالح لأن يستدل به. فالعمدة المرسل المنجبر بعمل الأصحاب، والإجماع الذي سبق نهوضه بالاستدلال.
بقي في المقام أمران:

(الأول): لا إشكال ولا خلافاً ظاهراً في وجوب التعريف فيما زاد على الدرهم. وأما ما كان بقدر الدرهم فالمعروف من مذهب الأصحاب وجوب التعريف فيه، بل

(١) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص ١٩٠، وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٩.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٤ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

هو معقد إجماع الخلاف والغنية. وهو كالصريح من مرسل محمد بن أبي حمزة المتقدم، بل هو صريح صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال في حديث: «وسألته عن الرجل يصيب درهماً أو ثوباً أو دابة كيف يصنع بها؟ قال: يعرفها سنة، فإن لم يعرف [جعلها] حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيه إياه، وإن مات أوصى بها، وهو لها ضامن»^(١). هكذا رواه في الفقيه والتهذيب باختلاف يسير بينهما^(٢).

لكن في كتاب علي بن جعفر^(٣) وفي قرب الإسناد عن عبد الله بن الحسن عن جده علي بن جعفر هكذا: «وسألته عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوباً أو دابة كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنة، فإن لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيهها. وإن مات أوصى بها. فإن أصابها شيء فهو ضامن»^(٤).

والظاهر اتحاد الحديثين، والاختلاف اليسير بينهما لا ينافي ذلك، لشيوع حصوله بسبب النقل بالمعنى، أو نظير اختلاف النسخ. وفي مثل ذلك يضطرب متن الحديث، ولا مجال للاعتداد على كلا الوجهين.

ولا مجال للإشكال في سند الثاني بعد ما سبق من صحة السند لكتاب علي بن جعفر. كما أن عبد الله بن الحسن - الذي هو السند للحديث في كتاب قرب الإسناد - وإن لم يوثق صريحاً، إلا أن اهتمام مثل الحميري من أعظم الأصحاب بقرب الإسناد عن الأئمة (صلوات الله عليهم) إنما هو لمزيد التوثق من الخبر، وهو يناسب وثاقة عبد الله بن الحسن بنظره، إذ لا أهمية لقرب الإسناد بدونه.

(١) وسائل الشيعة ج ١٧ باب: ٢٠ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

(٢) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص ١٨٦، تهذيب الأحكام ج: ٦ ص ٣٩٧.

(٣) وسائل الشيعة ج ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١٣.

(٤) قرب الإسناد: ص ٢٦٩.

مالكها (١). وفي ملكها بدون قصد التملك قول (٢)، والأحوط الأول. ثم

ومن هنا يتعين الاقتصار على مرسل ابن أبي حمزة، ومضمونه هو المتيقن من الخروج عن عموم وجوب التعريف في اللقطة.

هذا وقد ذهب لعدم وجوب التعريف في الدرهم في المراسم والوسيلة. وظاهر النافع التوقف، لاقتصاره على أن فيه روايتين. لكن في التنقح: «لم نقف إلا على روايتين متفقتين على التعريف... ولم نقف على ما يخالفها». ومن هنا لا مخرج عما سبق.

(الثاني): أطلق جماعة من الأصحاب عدم وجوب تعريف ما دون الدرهم، وهو مقتضى إطلاق معقد إجماع الخلاف والغنية. لكن أطلق غير واحد النهي عن أخذ لقطة الحرم أو وجوب تعريفها. ويشهد للأول إطلاق مرسل محمد بن أبي حمزة الذي هو النص الوحيد على سقوط التعريف فيما دون الدرهم.

اللهم إلا أن يقال: المرسل المذكور وإن كان أخص من إطلاق أدلة تعريف اللقطة، إلا أن بينه وبين إطلاق وجوب التعريف في لقطة الحرم عموم من وجه. ولا سيما مع ظهور تلك النصوص في خصوصية لقطة الحرم، واختلاف حكمها عن حكم غيرها من اللقطة، ومع التعارض والتساقط، فالمرجع أصالة عدم مشروعية التملك أو التصديق بدون التعريف. فلاحظ.

(١) يعني ولو بغير التعريف. والظاهر المفروغية عنه، لانحصار الفحص عن المالك الواجب في اللقطة في النص والفتوى بالتعريف، وظاهر دليل سقوطه عدم وجوب غيره، وإلا كان المناسب التنبيه عليه في الدليل المذكور.

نعم لا يبعد انصراف دليل سقوط التعريف عن سؤال من يتوقع ملكه له ومن لا يحتاج سؤاله إلى مؤنة، كالواقف عندها ونحوه. ولا أقل من لزوم الاحتياط بذلك. فلاحظ.

(٢) كما هو مقتضى الجمود على بعض كلماتهم. هذا والذي يبدو من سياق الأصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) في المقام أن سقوط التعريف فيما دون الدرهم

إذا جاء المالك فإن كانت العين موجودة ردها إليه (١)، وإن كانت تالفة لم

راجع إلى سقوط حرمة صاحب المال الأصلي، فيكون نظير المباحات. غاية الأمر أنه وقع الكلام بينهم في أنه يملك بمجرد الأخذ، أو بنية التملك زائداً على ذلك، نظير ما يذكرونه في الكثير بعد التعريف.

وحينئذٍ ربما يدعى ظهور مرسل الفقيه المتقدم في تملكه له بمجرد الالتقاط من دون أن يتوقف على نية التملك.

وفيه - مع ما سبق من قرب كون الفقرة المذكورة فتوى من الصدوق، لا تنتم للمرسل - أن مقتضى سياق المرسل كون المراد باللقطة فيه المال الذي يوجد، لا الذي يؤخذ ويلتقط، ولذا تضمن صدره النهي عن أخذها والتعرض لها. وحيث لا إشكال في عدم ملكها بمجرد الوجدان فليس تقييده بالأخذ بأولى من حمل اللام فيه على الإباحة، بل لعل الثاني أقرب عرفاً. ولا أقل من التردد بين الوجهين، فيكون المرجع الأصل القاضي بعد تملكه بدون النية.

هذا كله بناء على ما سبق من رجوع سقوط التعريف إلى سقوط حرمة صاحب المال، وصيرورة المال كالمباح الأصلي. لكنه لا يخلو عن إشكال، لاحتياجه إلى لطف قريحة. بل مقتضى الجمود على عبارة مرسل محمد بن أبي حمزة مجرد سقوط التعريف فيما دون الدرهم المستلزم لمشاركته لغيره من أفراد اللقطة في جميع ما عدا التعريف من الأحكام، لعموم أدلتها. وعلى ذلك لا يكون دليل جواز التملك له المرسل، بل ما دل على حكم اللقطة بعد التعريف، الذي يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

ويترتب على ذلك أن ما سبق من بعضهم من سقوط التعريف في لقطة الحرم إذا كانت دون الدرهم. لإطلاق المرسل المذكور لا يستلزم جواز تملكه، كما يظهر من القائلين بذلك، بل إن تم عدم جواز تملك لقطة الحرم تعين عدم جواز تملكه، عملاً بعموم دليله. ويأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

(١) كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد، بل من القريب حمل كلام

السرائر والروضة عليه، وكذا إطلاق القواعد الضمان، لما هو المعهود في العين المضمونة من وجوب ردها بعينها مع بقائها ورد بدلها مع تلفها، وكلام التذكرة لا يخلو عن اضطراب. وفي الروضة أنه الأشهر.

لكن يظهر من الإيضاح والتنقيح دعوى الإجماع على عدم رد العين، وأن الرد إنما يكون للبدل ولو مع وجودها. وهو لا يناسب ما سبق من غير واحد، فلا مجال للتعويل عليه.

وكيف كان فإن استفيد من سقوط التعريف سقوط حرمة المالك، وحرمة المال بالأخذ أو بقصد التملك - على ما سبق الكلام فيه - فمقتضى القاعدة عدم وجوب رد العين للمالك مع وجودها. لاستصحاب ملكية الملتقط لها.

ودعوى: أن ملكية الملتقط لها إنما ثبتت بالإجماع، ولم يظهر منه لزوم الملكية مدفوعة بأن دليل لزوم الملكية حينئذ ليس هو الإجماع، بل الاستصحاب.

ومثلها دعوى: أن ذلك مقتضى قوله عليه السلام، في خبر أبي بصير المتقدم: «من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه».

لاندفاعها بما سبق من أن حمله على خصوص ما دون الدرهم حمل على الفرد النادر، وأن المتعين حمله على حكم ما بعد التعريف، أو رد علمه إلى أهله عليه السلام.

وأما دعوى: أن وجوب ردها مع بقائها للإجماع على ذلك. فلا مجال لها بعد ما سبق، وبعد تصريح جماعة بعدم الضمان من دون تنبيه منهم لوجوب رد العين مع بقائها.

وأشكل منه ما في التذكرة، قال: «لو تملك ما دون الدرهم ثم وجد صاحبه فالأقرب وجوب دفعه إليه. لأصالة بقاء ملك صاحبه عليه. وتجوز التصرف للملتقط لا ينافي وجوب رده». إذ المفروض تملك الملتقط، لا مجرد جواز التصرف له، وبقية كلامه لا يخلو عن اضطراب، كما سبق، ولا يسعنا إطالة الكلام فيه.

نعم لو ثبت ضمانه للعين بالتلف ونحوه مما يمتنع معه إرجاع العين فمن

يكن عليه البدل (١). وقيل عليه البدل (٢). وهو ضعيف (٣)،

القريب جداً إرجاعها بعينها مع بقائها، لا ابتناء الضمان على احترام ملكية المالك، المقتضي للمحافظة على مالية المضمون عند تعذر رده بنفسه، وذلك يقتضي المحافظة على خصوصية العين مع إمكانها، بل هو أولى عرفاً من المحافظة على خصوصية المثل عند التلف مع إمكانها. ويأتي تمام الكلام في ذلك في المسألة التاسعة والعشرين في حكم اللقطة بعد التعريف إن شاء الله تعالى.

لكن هذا خلاف فرض استفادة سقوط حرمة المالك من دليل سقوط التعريف، بحيث يكون المال كالمباح الأصلي.

وأما بناءً على عدم نهوض دليل التعريف بذلك، وأن المرجع في حكم المال هو عموم حكم اللقطة، فيجري في المال المذكور حكم ما زاد على الدرهم بعد التعريف، الذي يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(١) كما في النهاية والغنية والكافي، ومن القريب حمل كلام السرائر عليه، وقد يظهر من جماعة كثيرة ممن لم يتعرض للضمان، وفي المختلف أنه المشهور. وكأنه لأنه مقتضى الأصل، سواء أريد به استصحاب عدم انشغال الذمة بالبدل، أم أصالة البراءة من وجوب دفعه تكليفاً. ويأتي تمام الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

(٢) كما في جملة من كتب العلامة والإيضاح والتنقيح وجامع المقاصد. ومال إليه في الرياض. وتردد فيه في الدروس والروضة.

(٣) فقد استدل عليه بوجوه:

(الأول): ما في المختلف وغيره من أنه تصرف في مال غيره بغير إذنه فكان عليه الضمان. وفيه: أن المفروض في المقام حيث إن كان هو تملك الملتقط فقد تصرف في ملكه، لا في ملك غيره ليكون ضامناً له. وأما ما في الإيضاح من أن تجويز الشارع التملك لئلا تعطل غاية خلق المال. فهو لو سلم لا ينافي إرتفاع ملك الأول، لتنافي

وإن كان أحوط (١). وإن كانت قيمتها درهماً فما زاد وجب عليه التعريف

الملكيتين.

وإن كان المفروض مجرد جواز التصرف للملتقط من دون تملك فإذن الشارع في التصرف يغني عن إذن المالك في رفع الضمان. ويحتاج الضمان معه إلى دليل.

(الثاني): رواية أبي بصير المتقدمة، كما في الإيضاح والتنقيح. ويظهر الإشكال في الاستدلال بها مما تقدم في صورة عدم التلف. مضافاً إلى أنها إنما تضمنت رد العين مع وجودها، لا رد بدلها مع تلفها الذي هو محل الكلام.

ودعوى: أن المراد من ردها رد بدلها للإجماع على عدم وجوب رد العين ممنوعة، كما يظهر مما تقدم في صورة بقاء العين.

(الثالث): ما في جامع المقاصد من أن تملك الملتقط للمال وجواز تصرفه فيه لا يقتضي انقطاع حق المالك من العين بالكلية.

وفيه: أن الثابت للمالك سابقاً ما يتبع الملكية من أحكامها شرعاً، وهو يرتفع بارتفاعها قطعاً. وثبوت حق آخر له بعد ارتفاع ما يتبع الملكية يحتاج إلى دليل.

ومن هنا فالمقام يتني على ما سبق من أن دليل سقوط التعريف هل ينهض بإثبات جواز التملك أو لا؟ فعلى الأول يتعين البناء على عدم وجوب إرجاع العين مع بقائها، فضلاً عن إرجاع بدلها مع تلفها. وعلى الثاني يتعين جريان حكم ما زاد على الدرهم بعد التعريف في المقام، كما سبق نظيره في فرض بقاء العين.

(١) يعني: في حق الملتقط. أما في حق المالك فهو خلاف الاحتياط، لعدم إحرازه استحقاق البدل فلا يحرز جواز أخذه المال بالعنوان المذكور.

نعم لو دفع إليه الملتقط المال بنحو الإطلاق بدلاً إن كان مستحقاً وهبة إن لم يكن مستحقاً جاز أخذه له. لكن لا يتوقف الاحتياط في حق الملتقط على ذلك، بل يكفي فيه الدفع على نحو البدلية.

ومن هنا ينحصر الاحتياط في حقها معاً بالمصالحة، أو بالتراضي بدفع المال

بها (١) والفحص عن مالكها،

بنحو الإطلاق، أو بإبراء المالك ذمة الملتقط.

(١) يعني سنة كاملة. وبه صرح جمهور الأصحاب من المقتنع إلى عصورنا، ونفى الخلاف فيه في السرائر وكشف الرموز، وادعى الإجماع عليه في الغنية، وظاهر التذكرة، كما يأتي من المبسوط دعوى الإجماع عليه في الجملة. وفي الجواهر: «بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه».

ويقتضيه النصوص الكثيرة المستفيضة أو المتواترة، كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن اللقطة. قال: لا ترفعها. فإن ابتليت بها فعرفها سنة، فإن جاء لها طالبها، وإلا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك، فإن لم يجيء لها طالب فأوص بها في وصيتك»^(١). وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: «واللقطة يجدها الرجل ويأخذها. قال: يعرفها سنة، فإن جاء طالبها، وإلا فهي كسبيل ماله»^(٢) وغيرهما. وبها يقيد إطلاق التعريف في بعض النصوص^(٣).

نعم في معتبر أبان بن تغلب - بناء على ما سبق في حكم التقاط الشاة في العمران من المسألة العاشرة من اعتبار رواية محمد بن موسى الهمداني -: «أصبت يوماً ثلاثين ديناراً فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك. فقال: أين أصبته؟ قلت له: كنت منصرفاً إلى منزلي فأصبتها. قال: فقال: صر إلى المكان الذي أصبت فيه فعرفه، فإن جاء طالبه بعد ثلاثة أيام فأعطه إياه، وإلا تصدق به»^(٤)، وفي معتبر الفضيل بن غزوان: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له الطيار: إن ابني حمزة وجد ديناراً في الطواف انسحقت كتابته. قال: هو له»^(٥).

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١٠.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

(٣) راجع وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢، ٤.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٧.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٧ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

فإن لم يعرفه فإن كان قد التقطها في الحرم تخير بين أمرين التصديق بها عن صاحبها وإبقائها أمانة عنده لملكها (١)،

لكن لا مجال للخروج بهما عن النصوص الكثيرة المعول عليها عند الأصحاب. فلا بد من الاختصار فيهما على موردهما، لأن كلا منهما قد تضمن قضية واقعة من دون أن يتضمننا بيان حكم اللقطة على الإطلاق.

وربما يكون الوجه في الأول اليأس من العثور على صاحبها بالتعريف المذكور، لأن من شأن من يفقد مثل هذا المال الكثير سرعة الالتفات لفقده، ثم الإسراع بالفحص عنه لو تيسر له ذلك.

وأما الثاني فهو - مع عدم صراحته في عدم التعريف - قد يحمل أيضاً على اليأس من معرفة صاحبه، لأن انسحاق كتابته يناسب مضي مدة طويلة على سقوطه من صاحبه حتى انسحقت كتابته من كثرة الطواف والمشي عليه.

وأما ما في التذكرة من احتمال قصور الدينار الذي انسحقت كتابته عن الدرهم فغريب. نعم معتبر ابن غزوان يخالف ما عليه الأصحاب من عدم تملك لقطة الحرم، على ما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى، وهو إشكال آخر فيه.

بقي شيء. وهو أنه قال في المبسوط: «فإذا ثبت هذا ووجدت لقطة نظرت، فإن أراد حفظها على صاحبها لا يلزمه أن يعرف، لأن التعريف إنما يكون لئتملك. فأما إذا أراد أن يتملك فيلزمه أن يعرف سنة بالإجماع». وهو كما ترى خروج عن إطلاق النص والفتوى بوجوب التعريف ولو فرض قصور إطلاق نصوص اللقطة عن ذلك كفى فيه القاعدة القاضية بوجوب الفحص عن المالك مقدمة لإيصال ماله إليه، بل مقتضاها وجوب الفحص عن المالك بالتعريف مع احتمال العثور به على المالك ولو زاد على السنة. ولعله لذا لم يظهر موافق له من الأصحاب، بل صريح التذكرة الإجماع على عموم وجوب التعريف.

(١) كما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والشرايع والنافع وكشف

الرموز وجملة من كتب العلامة والدروس والمهذب البارع وغيرها، وفي المسالك وعن الكفاية أنه المشهور، وفي الغنية وظاهر الخلاف الإجماع عليه. واقتصر على التصديق في المقنع والمقنعة والنهاية والمراسم والمهذب والوسيلة، وحكاه في المختلف عن رسالة علي بن بابويه.

ويشهد له صحيح إبراهيم بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: اللقطة لقطتان: لقطة الحرم وتعرف سنة، فإن وجدت صاحبها، وإلا تصدقت بها، ولقطة غيرها تعرف سنة، فإن لم تجد صاحبها فهي كسبيل مالك»^(١)، ومعتبر علي بن أبي حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر عليه السلام: «سألته عن رجل وجد ديناراً في الحرم، فأخذه. قال: بس ما صنع ما كان ينبغي له أن يأخذه. قلت: قد ابتلي بذلك. قال: يعرفه. قلت: فإنه قد عرفه فلم يجد له باغياً. فقال: يرجع إلى بلده، فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين، فإن جاء طالبه فهو له ضامن»^(٢). وظاهرهما تعين التصديق، ولم يتضح الوجه في التخيير الذي سبق من الأولين.

وأما ما في الجواهر من حمل الأمر المذكور على التخيير بقريئة الإجماع المتقدم فهو كما ترى، لعدم وضوح حجية الإجماع المدعى بعد ظهور مخالفته ممن سبق. وفي مفتاح الكرامة: «لعل نظر المشهور إلى أنه محسن إلى المالك بحفظ ماله، وحراسته له، فلا مانع منه، كما جزموا بذلك في الشاة المأخوذة من العمران أو الفلاة، كما تقدم».

لكن الإحسان إنما يحرز مع إحراز الوصول للمالك. ولعل النصوص والفتاوى منصرفة عنه. أما لو لم يحرز فقد يلزم تعطيل المال عليه وعدم انتفاعه به، بل قد يتعرض المال للتلف، فيحتاج جواز الإبقاء لدليل، وهو مفقود، بل ظاهر النصوص تعين التصديق، فيتعين العمل عليه. وقد سبق نظير ذلك في أخذ الشاة في العمران.

(١) وسائل الشيعة ج: ٩ باب: ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف حديث: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ج: ٩ باب: ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف حديث: ٣.

وليس له تملكها (١).

وأما أخذها في الفلاة فهو يفترق عن المقام بتصريح النصوص بإباحتها للأخذ، ويستفاد منه جواز حفظها للمالك بالإطلاق أو بالأولوية العرفية، كما تقدم، وتقدم الكلام في ضمانها حينئذٍ.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب، وادعى الإجماع عليه في الخلاف والغنية والتذكرة وكذا في المختلف في الجملة. ومقتضى إطلاق الحلبي في الكافي جواز تملكها. ويظهر ضعفه مما تقدم.

نعم تقدم في معتبر ابن غزوان تملك الدينار الذي انسحقت كتابته. وكأنه الوجه فيها في الفقيه وعن رسالة علي بن بابويه من جواز تملك الدينار المطلس، لأن المطلس الذي انمحت كتابته. ولم يعرف موافق لهما في ذلك. ومن ثم يصعب الخروج به عن إطلاق الحديثين السابقين.

ولاسيما مع وروده في واقعة خاصة، حيث قد يبتني ذلك من الإمام عليه السلام على إعمال ولايته في حق صاحب المال. وإن كان بعيداً في نفسه.

هذا وعن ابن الجنيد أن المحتاج له أخذ ثلثي لقطة الحرم بعد التعريف، والاقترار في الصدقة على الثلث.

وكانه لخبر محمد بن رجاء الأرجاني: «كتبت إلى الطيب عليه السلام إني كنت في المسجد الحرام فرأيت ديناراً، فأهويت إليه لأخذه فإذا أنا بأخر، فنحيت الحصا فإذا أنا بثالث، فأخذتها فعرفتها فلم يعرفها أحد، فما ترى في ذلك؟ فكتبت: فهمت ما ذكرت من أمر الدينانير، فإن كنت محتاجاً فتصدق بثلثها، وإن كنت غنياً فتصدق بالكل»^(١) كذا رواه بالكافي ورواه في الفقيه والتهذيب باختلاف يسير لا يخل بالمطلوب^(٢). ولم يعرف له موافق في ذلك، بل في المختلف: «ولم يقل بذلك أحد من أصحابنا، بل منعوا

(١) وسائل الشيعة ج: ٩ باب: ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف وما يتبعها حديث: ٧.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٦ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

كل المنع من التصرف فيها».

ومن ثم يصعب الخروج بالخبر عن إطلاق الحديثين المذكورين. ولا سيما مع ضعفه، ووروده في واقعة خاصة قد تبثني على إعمال الإمام عليه السلام لولايته العامة، ومع ما في صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام: «أنه سأله عن اللقطة يجدها الفقير هو فيها بمنزلة الغني؟ قال: نعم»^(١) ونحوه صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢) فيجري فيه ما تقدم في معتبر الفضيل.

بقي في المقام أمور..

(الأول): أنه قد اختلف الأصحاب في جواز تملك لقطة الحرم إذا كانت دون

الدرهم.

ويظهر مما سبق أن دليل سقوط التعريف فيما دون الدرهم إن كان بنفسه دليلاً على جواز تملكه، وكان شاملاً للقطة الحرم، تعين البناء على جواز تملكه عملاً بالدليل المذكور، تخصيصاً لإطلاقي وجوب التعريف وعدم تملك لقطة الحرم. وإن كان مفاده مجرد سقوط التعريف مع مشاركته للقطة في الأحكام، أو كان قاصراً عن لقطة الحرم تعين عدم جواز تملكه عملاً بإطلاق عدم تملك لقطة الحرم. ومما تقدم يظهر أن ذلك هو الأقرب.

(الثاني): الظاهر عدم الفرق في ثبوت الوظيفة المذكورة بين القول بجواز

الالتقاط في الحرم والقول بحرمة، كما يظهر من غير واحد، بل هو صريح آخرين. لأن حرمة الالتقاط لا تنافي ثبوت الوظيفة المذكورة على تقدير حصوله، فلا موجب لرفع اليد عما تضمنها من النصوص.

بل معتبر علي بن أبي حمزة يكون نصاً في ذلك بناء على أن قوله عليه السلام: «بئس ما

صنع» دليل على الحرمة.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٩.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٦ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

(الثالث): ظاهر سيدنا المصنف رضي الله عنه عدم الضمان للمالك لو ظهر بعد التصديق، لأنه لم يذكره في لقطة الحرم وذكره في لقطة غيره. وهو المصرح به في المقنعة ولقطة النهاية، وفي المراسم والمهذب والوسيلة والغنية والشرايع وكشف الرموز، والمهذب البارع، وحكاها في المختلف عن والده، ومال إليه في التنقيح، كما حكي عن المقتصر. وفي الغنية الإجماع عليه، وفي النافع: «لم يضمن الملتقط على الأشهر». وقد يظهر منه التوقف، كما هو ظاهر التذكرة والقواعد واللمعة والمسالك. ومال إلى الضمان في الدروس، بل اختاره في المبسوط والخلاف وحجج النهاية وفي السرائر والمختلف والتحرير وجامع المقاصد والروضة وعن أبي علي وغاية المرام. وفي التذكرة والمسالك أنه المشهور، وعن الكفاية أنه الأشهر. ومن ذلك يظهر اضطراب الأصحاب في هذه المسألة، كما حصل منهم في حكم الالتقاط من الحرم تكليفاً.

هذا ولا ريب في أن الأصل عدم الضمان، لإذن الشارع في التصديق، ولا سيما مع عدم التنبيه عليه في صحيح إبراهيم بن عمر المتقدم، وإن كان قد تضمن ذلك في لقطة غير الحرم أيضاً.

ولا مجال للاستدلال على الضمان بعموم ضمان اليد، خصوصاً بناء على جواز الالتقاط بعد كون التصديق مأذوناً فيه، بل واجباً شرعاً.

ودعوى: أنه لا مجال لذلك بناء على حرمة الالتقاط، المقتضية لكون وضع اليد على اللقطة عداونياً موجباً للضمان، والأمر بالتصدق لا ينافي الضمان. مدفوعة بأن عدم المنافاة بين التصديق والضمان ثبوتاً لا ينافي استفادة عدم الضمان من دليل التصديق، لظهوره في بيان الوظيفة المخرجة عن تبعة المال.

نعم لا بد من الخروج عما سبق والحكم بالضمان لمعتبر علي بن أبي حمزة المتقدم. ولا مجال للإشكال في سنده لاشتماله على وهيب بن حفص الواقفي وعلي بن حمزة الثابت كذبه.

لاندفاعه بأن وهيب إن كان الجريري فقد وثقه النجاشي، وإن كان مردداً بينه

وبين النحاس لتعددتهما - كما هو بعيد - فالنحاس من رجال كامل الزيارات.
وأما علي بن أبي حمزة فقد صرح الشيخ ثُمَّ في العدة بأن الأصحاب عملوا برواياته في حالة استقامته، ومنها هذه الرواية، لرواية أبي بصير لها عنه، وأبو بصير قد توفي في عصر الإمام الكاظم (صلوات الله عليه) قبل ظهور فتنة الوقف.
بل الظاهر هجر الأصحاب له بعد وقفه، وأن ما هو الموجود من رواياته في كتب الأصحاب هو الثابت عنه حال استقامته وبذلك يتجه الاستدلال بالحديث المذكور بلحاظ روايته بطريق آخر معتبر عن علي بن أبي حمزة ليس فيه وهيب بن حفص ولا أبو بصير^(١).

على أنه معتضد بعموم أو إطلاق بعض نصوص ضمان اللقطة بعد التصديق بها، فإن بعضها وإن كان محمولاً على صدقة غير الحرم لبعض القرائن - ولو كان هو تضمنه جواز تصرف الملتقط بها - إلا أن بعضها عام أو مطلق من هذه الجهة، كصحيح علي بن جعفر عن أخيه: «وسألته عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنة، ثم يتصدق بها، فيأتي صاحبها ما حال الذي تصدق بها؟ ولمن الأجر؟ هل عليه أن يرد على صاحبها أو قيمتها؟ قال: هو ضامن لها، والأجر له، إلا أن يرضى صاحبها فيدعها والأجر له»^(٢). وخبر كثير: «سأل رجل أمير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة فقال: يعرفها سنة، فإن جاء صاحبها دفعها إليه، وإلا حسبها حولاً، فإن لم يجيء صاحبها أو من يطلبها تصدق بها، فإن جاء صاحبها بعد ما تصدق بها إن شاء اغترمها الذي كانت عنده وكان الأجر له، وإن كره ذلك احتسبها والأجر له»^(٣).

وخبر حفص بن غياث المعول عليه عند الأصحاب، بل هو معتبر في نفسه، كما سبق في كتاب الودیعة عند الكلام في وديعة الغاصب: «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم هل يرد

(١) وسائل الشيعة ج: ٩ باب: ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١٤.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

عليه؟ فقال: لا يرده، فإن أمكنه أن يرده على أصحابه فعل، وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة، يصيبها فيعرفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردها عليه، وإلا تصدق بها. فإن جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم، فإن اختار الأجر فله الأجر، وإن اختار الغرم غرم له، وكان الأجر له»^(١).

فإن مقتضى ترك الاستفصال في الأولين والإطلاق في الثالث العموم للقطة الحرم، فيكون عاضداً لمعتبر علي بن أبي حمزة.

بل في كلام غير واحد استفادة ذلك من دليل الضمان في لقطة غير الحرم بالأولوية، للنهي عن الالتقاط فيها، المحمول على التحريم أو شدة الكراهة. اللهم إلا أن تمنع الأولوية بلحاظ تعيين التصديق في لقطة الحرم، أما في غيرها فحيث كان الملتقط بالخيار بين الانتفاع باللقطة والتصديق، ولم يكن الضمان مع الانتفاع بها خسارة في حقه، فاختياره للتصدق يرجع إلى إيقاع نفسه في الضمان الذي به الخسارة عليه من دون أن يوقعه الشارع في الخسارة، بخلاف لقطة الحرم التي ألزمه الشارع فيها بالصدقة. فالعمدة ما سبق.

(الرابع) ظاهرهم المفروغية عن عدم الضمان مع إبقاء العين عنده بناء على جوازه، لتعبيرهم عنها بالأمانة المعلوم عدم الضمان فيها. وهو في محله بناء على جواز التقاط لقطة الحرم، حيث لا تكون اليد عادية، والمفروض جواز الإبقاء وعدم العدوان به أيضاً.

أما بناء على حرمة الالتقاط فتكون اليد عدوانية مضمنة، وارتفاع الضمان بنية الحفظ للمالك هو الذي يحتاج للدليل.

نعم بناء على جواز الالتقاط بنية الحفظ للمالك، بل استحبابه، فلا موضوع لذلك. لكن لا مجال له مع إطلاق النهي، نظير ما تقدم في أخذ الحيوان الممنوع من السباع بالنية المذكورة. فراجع.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ١٨ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

وإن التقطها في غير الحرم تخير بين أمور ثلاثة(١):

(١) كما في الخلاف والمبسوط والغنية والشرايع والنافع وجملة من كتب العلامة والشهيد وغيرهما. وادعى في الخلاف والغنية الإجماع عليه. واقتصر في النهاية والسرائر على أنها تكون كسبيل ماله أو يتصدق عن صاحبها بها، ولم يذكر الأخير، بل أنكره في السرائر على الشيخ في الخلاف، ونفى ذهاب أصحابنا إليه، وادعى إجماعهم على التخيير بين الأمرين لا غير. واقتصر على التصرف فيه والحفظ للمالك في الوسيلة. كما اقتصر على كونه كسبيل ماله الصدوق في المقنع، وحكي عن والده. واقتصر على التصرف فيه في المقنعة ومحكي المراسم. وإن كان الموجود في المطبوع من الثاني الاقتصار على التصديق. نعم قد لا يخلو عن اضطراب.

هذا ولا بد من النظر في الدليل على أطراف التخيير الثلاثة. (الأول): التملك. وقد استدل عليه بالنصوص. وهي على طوائف بألسنة مختلفة (الأولى): صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: يعرفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فهي كسبيل ماله»^(١)، ونحوه أو قريب منه معتبر داود بن سرحان^(٢) وصحيح علي بن جعفر^(٣) وصحيح يعقوب بن شعيب^(٤) وصحيح إبراهيم بن عمر^(٥) الذي تقدم في لقطة الحرم. وما يأتي في خبر حنان.

(الثانية): معتبر أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام - وفيه بعد ذكر التعريف - : «فإن جاء طالبها دفعها إليه، وإلا كانت في [من. فقيه] ماله، فإن مات كانت ميراثاً

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١٢.

(٤) وسائل الشيعة ج: ٩ باب: ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف حديث: ١.

(٥) وسائل الشيعة ج: ٩ باب: ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف حديث: ٤.

لولده ولمن ورثه [فإن لم يجيء لها طالب كانت في أموالهم هي لهم. كافي. تهذيب] فإن جاء طالبها [بعد. يب ذلك. فقيه] دفعوها إليه^(١).

(الثالثة): معتبر حنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «فإذا انقضت فأنت أملك بها»^(٢)، وفي طريق آخر: «فأنت أحق بها»^(٣)، وزاد في خبر له: «وقال: هي كسبيل مالك. وقال: خيره إذا جاءك بعد سنة بين أجرها وبين أن تغرمها له إذا كنت أكلتها»^(٤).

وظاهر الطائفة الأولى إباحة التصرف بها كما يتصرف في ماله، لأن ذلك هو مفاد التشبيه من دون أن تنهض بجواز تملكها، لأن الانسان لا يملك ماله الذي هو له. وأضعف من ذلك حمله على أنه يملكه قهراً من دون نية التملك. لظهور أن ذلك لا يناسب التعبير المذكور، بل المناسب أن يقال: فهو ماله. غايته أن مقتضى إطلاقها جواز التصرف المخرج عن ملك صاحبها بيعها والشراء بها وغيرهما.

أما الطائفة الثانية فظاهرها جواز تملكها، بل مقتضى الجمود على لسانها - خصوصاً على رواية الفقيه - تملكها لها بعد التعريف، وصيرورتها ملكاً لورثته بموته من دون حاجة إلى نية التملك منه ولا منهم.

اللهم إلا أن يكون الحكم بدفعها لصاحبها إذا جاء قرينة على أن المراد بذلك إباحة التصرف، لأنه أقرب عرفاً من تبديل الملكية قهراً. ومثلها في ذلك قوله عليه السلام في خبر أبي بصير المتقدم في أول المسألة: «من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يجيء طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه» بناء على حمله على ما بعد التعريف.

ومن هنا ينحصر الوجه في جواز التملك بالطائفة الثالثة، لأنه المناسب لكونه أحق بها أو أملك.

نعم قد ينافي ذلك صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام: «سألته عن

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢٠ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٦.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٥.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٥.

اللقطة إذا كانت جارية هل يحل فرجها لمن التقطها؟ قال: إنما يحل له بيعها بما أنفق عليها^(١). فإنه كالصريح في عدم جواز تملكها. لظهور جواز وطء المملوكة. وذلك قد يلزم بحمل الطائفة الثالثة على كونه أحق بها وأملك من حيثية التصرف دون التملك، فتكون كالطائفة الأولى. ويناسبه الجمع في خبر حنان نفسه بين التعبير المذكور وقوله: «هي كسبيل مالك». بل الظاهر أن تنزيله على ذلك أقرب عرفاً من تنزيل الطائفة الأولى على جواز التملك.

(الثاني): التصدق. ويقتضيه صحيح علي بن جعفر، وخبراً كثير وحفص بن غياث المتقدمة عند الكلام في ضمان لقطة الحرم لو ظهر المالك بعد التصدق بها، وموثق زرارة: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقطة، فأراني خاتماً في يده من فضة. قال: إن هذا مما جاء به السيل وأنا أريد أن أتصدق به»^(٢)، ومعتبر أبان المتقدم عند الكلام في وجوب التعريف، فإنه وإن تضمن التصدق بعد التعريف ثلاثة أيام، إلا أنه إن لم يدل على أن حكم اللقطة بعد التعريف الواجب مطلقاً ذلك فلا أقل من كونه مؤيداً في المقام.

(الثالث): الحفظ للمالك. وقد يستدل عليه بصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام، وفيه بعد الذكر التعريف: «فإن جاء طالبها، وإلا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك إلى أن يجيء لها طالب»^(٣)، وزاد في صحيحه الآخر: «فإن لم يجيء لها طالب فأوص بها في وصيتك»^(٤)، وصحيح علي بن جعفر، وفيه بعد ذكر التعريف: «فإن لم يعرف جعلها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيه إياه. وإن مات أوصى بها، وهو لها ضامن»^(٥) كذا رواه في الفقيه، وكذا في

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٨.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٧ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٣.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١٠.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢٠ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

التهديب، إلا أن فيه: « فإن لم يعرف حفظها في عرض ماله... ». بدعوى: أن ظاهر إبقائها والوصية بها هو إبقاء عينها وحفظها للمالكها.

لكن الحفظ للمالك كالأمانة يناسب إبقائها على حالها الذي كانت عليه قبل التعريف، ولا يناسب جعلها بعده في عرض ماله يجري عليها ما يجري على ماله، كما تضمنه الصحيحان الأولان اللذان يصلحان لتفسير الثالث، بل هو يناسب لسان الطائفة الأولى لنصوص التملك التي تقدم حملها على جواز التصرف فيها.

غايته أنها تتضمن إبقائها. فلتحمل على بقاء حق المالك فيها حتى بعد موت الملتقط، بحيث يجب عليه الوصية بها، ويستحق بدلها لو تلفت. ولذا تضمن الأخير ضمناً، وهو لا يناسب مبناهم فيما لو اختار الملتقط حفظها للمالك.

وأما ما في الجواهر من حمل الضمان فيه على مجرد إرجاعها للمالك إذا وجدته فهو بعيد جداً. ولا سيما أن الموجود في قرب الإسناد: « فإن أصابها شيء فهو ضامن »^(١)، الذي هو صريح في الضمان بالمعنى المعروف ومن هنا لا مجال للاستدلال بهذه النصوص على المدعى.

نعم قد يستدل لكون الحفظ للمالك أحد أطراف التخيير. (تارة): بما تقدم في لقطة الحرم من أنه إحسان للمالك بحفظ ماله له.

(وأخرى): بحمل نصوص الإباحة والتصدق على ورودها لبيان مجرد مشروعية الأمرين من دون تعيين لهما، لورودها لدفع توهم الحظر.

ويظهر ضعف الأول مما سبق هناك. والثاني خال عن القرينة. ولا سيما مع إطلاق الضمان في الجميع، حيث يحتاج حينئذ ارتفاعه مع نية الحفظ للدليل المخرج عن مقتضى الإطلاق، كما لعله ظاهر ومن هنا لا دليل على أن الحفظ للمالك حكم اللقطة.

هذا مضافاً إلى أمرين: (الأول): أن أكثر النصوص الواردة في بيان حكم

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١٣.

اللقطة بعد التعريف ظاهرة في تعيين الوظيفة التي تضمنتها، من دون إشعار في شيء منها بالتخيير بين أكثر من وجه واحد.

ولأجل ذلك يصعب حملها على التخيير، ولا سيما أن النصوص الأخيرة لو حملت على حفظ العين فإنه جار على مقتضى القاعدة المطابقة للمرتكزات من بقاء ملكيته، المناسب لوجوب حفظه له، فالأمر به من دون تنبيه للتخيير ظاهر جداً في تعيينه. وكذا صحيح إبراهيم بن عمر المتقدم في لقطة الحرم، فإن اشتاله على تعيين الصدقة في لقطة الحرم مع الاقتصار في غيرها على أنه كسبيل ماله ظاهر جداً في تعيينه مثلها.

(الثاني): أن النصوص المستدل بها على التملك لا اشعار فيها بتوقفه على نيته، بل ظاهره حصول الوظيفة التي تضمنتها بعد إكمال التعريف قهراً، وهو لا يناسب التخيير المدعى.

ومن هنا يقرب جداً بعد النظر في جميع النصوص وردّ بعضها البعض البناء على جواز التصرف في اللقطة بعد التعريف على نحو الإطلاق مع بقائها على ملك صاحبها ووجوب ضمانها له لو صادف العثور عليه بعد تلفها. وحيث كان من جملة أنحاء التصرف حفظها لملكها جاز وإن لم تتعرض له النصوص.

كما أن منها التصديق بها عن المالك. بل هو أفضل، لظهور نصوصه في تعيينه، وبعد تعذر البناء على وجوبه تعييناً، لمنافاته للنصوص الكثيرة الباقية، يتعين البناء على استحبابه تعييناً ولو لأنه الأقرب لانتفاع المالك به بعد استبعاد العثور عليه أو اليأس من ذلك. وقد يناسب ذلك ما سبق في موثق زرارة من لبسه عليه السلام للخاتم مع إرادته التصديق به، حيث جمع فيه بين التصرف فيه والتصديق.

وذلك هو المناسب لما سبق من غير واحد من الاقتصار على أنه كسبيل ماله، أو على التصرف، أو على التخيير بين كونه كسبيل ماله والتصديق.

هذا ما تيسر لنا الوصول إليه في هذه المسألة. ولا بد من مزيد التأمل في المقام.

تملكها (١) مع الضمان (٢)

والله سبحانه وتعالى العالم العاصم ومنه نستمد التوفيق والتسديد.

(١) ظاهر التعبير المذكور منه ومن غير واحد احتياج الملك لنية التملك. وبه صرح في الخلاف والمبسوط والتذكرة وغيرها، وفي التذكرة أنه الأشهر، ونسبه في المختلف للأكثر. بل يظهر من الخلاف اعتبار اللفظ زائداً على النية. وربما يستظهر ممن عبر بأن اللقطة بعد التعريف كسبيل مال الملتقط ملكه لها قهراً من دون نية التملك. ولعله لذلك أو لغيره ذكر في الدروس أن الملك قهراً هو الأشهر. نعم هو لا يجتمع مع حكمهم بالتخير بين التملك وغيره. وكيف كان فدليل الملك إن كان هو النصوص المذكورة أو معتبر أبي خديجة فهي ظاهرة في الملك قهراً من دون حاجة إلى نية، وإن كان هو إطلاق معتبر حنان تعين توقف التملك على النية ولو لأنه مقتضى الأصل.

نعم سبق المنع من الأمرين، وأن الحكم بعد التعريف هو جواز التصرف من دون تملك، فلا موضوع للخلاف المذكور.

(٢) بلا خلاف ظاهر، بل معقد إجماع الغنية المتقدم على التخير بين الأمور الثلاثة مشتمل على ذلك.

ويقتضيه قوله في خبر حنان المتقدم: «وقال: خيره إذا جاءك بعد سنة بين أجرها وبين أن تغرمها له إذا كنت أكلتها» وكذا صحيح علي بن جعفر المتضمن جعلها في عرض ماله بناء على أنه من نصوص التملك أو التصرف. بل قد يستفاد منه إطلاق الضمان على ما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى في المسألة الثلاثين.

مضافاً إلى نصوص الوصية بها الظاهرة بدواً في لزوم إبقاء العين، والتي سبق أنها محمولة على جواز التصرف فيها بقرينة بقية النصوص، وأن الوصية بها بلحاظ المسؤولية بدلها على تقدير التلف. وإلى نصوص الضمان مع التصديق حيث تقتضي الضمان مع التملك أو التصرف بالأولوية العرفية.

والتصدق بها مع الضمان (١) وإبقائها أمانة في يده بلا ضمان (٢).

(مسألة ١٥): المدار في القيمة (٣) على مكان الالتقاط وزمانه (٤)

دون غيره من الأمكنة والأزمنة.

(مسألة ١٦): المراد من الدرهم ما يزيد على نصف المثقال الصيرفي

قليلاً فإن عشرة دراهم تساوي خمسة مثاقيل صيرفية وربع مثقال (٥).

أما لو كان التصدق من شؤون التصرف وأفراده كما سبق منا فالأمر أظهر، كما لا يخفى. ويؤيد ذلك صحيح علي بن جعفر الوارد في الشاة التي تصاب في الصحراء^(١).

هذا ويأتي الكلام في مبدأ الضمان وكيفيته في المسألة الثلاثين إن شاء الله تعالى.

(١) بلا خلاف ظاهر عند من ذكر التصدق. ويشهد به غير واحد من نصوص

التصدق المتقدمة.

(٢) مما تقدم يظهر أنه لا مجال للبناء على عدم الضمان حينئذٍ.

(٣) يعني في بلوغ اللقطة درهماً فما زاد.

(٤) كما هو مقتضى ما في الجواهر من أن المدار على حال الالتقاط، فإن كلاً

من المكان والزمان دخيل في الحال المذكور. والوجه فيه: أن القيمة لما كانت تختلف

باختلافها فإطلاق نسبتها للقطة ظاهر في إرادة تحققها حين صدق عنوان اللقطة على

المال الملتقط.

(٥) لما هو المعروف من أن كل عشرة دراهم سبعة مثاقيل شرعية، وأن المثقال

الشرعي ثلاثة أرباع المثقال الصيرفي، حيث تكون العشرة دراهم على ذلك خمسة

مثاقيل صيرفية وربعاً، ويكون الدرهم نصف مثقال صيرفي وعشر الربع.

لكن سبق منا في مباحث الكر من كتاب الطهارة أن المثقال الصيرفي غير محدد

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧، باب: ١٣، من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٧.

(مسألة ١٧): إذا كان المال لا يمكن فيه التعريف إما لأنه لا علامة فيه،
كالمسكوكات المفردة والمصنوعات بالمصانع المتداولة في هذه الأزمنة (١)،
أو لأن مالكة قد سافر إلى البلاد البعيدة التي يتعذر الوصول إليها، أو
لأن الملتقط يخاف من الخطر والتهمة إن عرف (٢) بها، أو نحو ذلك من

في عصورنا بوجه كاف، وأن نسبة المثقال الشرعي للمثقال العرفي بالوجه المذكور
غير ظاهرة المأخذ بوجه ينهض بالاستدلال. كما تقدم أن المثقال هو عبارة عن الدينار
الذهب المسكوك للتعامل في عصر صدر النصوص.

وحيث كان وزن الدينار المذكور أربعة غرامات وربعاً فالسبعة دنانير عبارة
عن ثلاثين غراماً إلا ربعاً. فيكون وزن الدرهم عشر ذلك، وهو ثلاث غرامات إلا
عشر ربع الغرام.

نعم الظاهر أن الفضة غير المسكوكة التي تكون بوزن الدرهم أقل قيمة من
الدرهم المسكوك، فينبغي الالتفات لذلك، لما هو المعلوم من عدم وجود الدرهم
المسكوك المتعامل به في عصورنا القريبة.

كما ينبغي الالتفات لذلك في جميع موارد المالميات الشرعية، ككفارة وطء
الحائض والدية وغيرها.

(١) إذا لم تكن هناك علامة خارجة عنها يمكن التعريف بلحاظها، كخصوصية
الزمان والمكان والعدد. ولعله لذا تقدم تعريف الدينار في معتبر علي بن أبي حمزة الوارد
في لقطة الحرم، إذ لا مجال للأمر به مع عدم الموضوع له، كما لعله ظاهر. ويأتي منه تتبع
في المسألة السابعة والعشرين ما يناسب ذلك.

(٢) مجرد التهمة لا يقتضي سقوط التعريف ما لم يبلغ حد الخطر على النفس أو
العرض الذي يعلم بعدم رضا الشارع الأقدس بالتعرض له، حيث يعلم حينئذٍ بعدم
جواز التعريف.

الموانع، سقط التعريف (١). والأحوط التصديق بها عنه (٢). وإن كان جواز التملك (٣) لا يخلو من وجه (٤).

نعم إذا علم ذلك من نفسه قبل الالتقاط يتعين حرمة الالتقاط عليه، لخروجه عن دليل جوازه، بل يكون سبباً في ضياع المال على صاحبه، ويكون المرجع عموم حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه. ولو طرأ ذلك أو التفت إليه بعد الالتقاط انكشف حرمة الالتقاط في حقه، وإن كان معذوراً لجهله به. ويلحق بذلك ما لو عجز عن التعريف لسفر أو حبس أو نحوهما.

(١) أما في الصورة الأولى فلعدم الموضوع للتعريف، لأن التعريف إنما هو لرجاء معرفة المالك فيقصر عنه دليله.

ويلحق بها ما لو علم بعدم اهتمام المالك بالتعرف عليها، لعدم أهميتها بنظره، أو لانشغاله بما هو أهم، أو لياسه من اهتمام الواجد لها بالتعريف، كما يتعارف في بعض المجتمعات، وإن لم يبلغ حد الإعراض عن المال الراجع للإذن لكل أحد في تملكه.

وكذا إذا تردد المالك بين بلاد غير محصورة ليس من شأن التعريف استيعابها، ولا من شأن أهل كل بلد التواجد في باقيها، ليكون من شأن التعريف في بعضها الوصول للمالك.

وأما في الصورتين الأخيرتين وما ألحق بهما فلسقوط التعريف بالتزاحم أو التعذر. نعم سبق حرمة الالتقاط حينئذ.

(٢) جمعاً بين وظيفة اللقطة ووظيفة مجهول المالك في ذلك. نعم لا بد في ذلك من اليأس عن العثور على المالك ولو صدفة من غير طريق التعريف.

(٣) أو التصرف بنحو الإطلاق من دون تملك على الكلام المتقدم.

(٤) كأنه لأن سقوط التعريف لا ينافي ثبوت الوظيفة المترتبة عليه. لكن

لا إطلاق حينئذٍ لدليل الوظيفة المذكورة بعد اختصاص أدلتها بما إذا ترتبت على التعريف.

نعم قد يتجه ذلك مع فقد موضوع التعريف، حيث ينصرف إطلاق الأمر به وجعله شرطاً في الوظيفة المترتبة عليه عن ذلك.

كما أنه لو احتمل العثور على المالك من دون تعريف في أثناء الحول تعين انتظار السنة، لأنه المتيقن من جواز التصرف أو التملك، لاحتمال كون جعل السنة بلحاظ احتمال الوصول للمالك فيها بالتعريف أو صدفة.

وأما مع تحقق موضوع التعريف وسقوطه بالتعذر أو المزامهة فقد سبق حرمة الالتقاط حتى مع الجهل بذلك، وإن كان معذوراً فيه حينئذٍ، فيقصر عنه حكم اللقطة. كما أن مقتضى إطلاق أدلتها لو شملته توقف جواز التملك أو نحوه على التعريف وإن لم يجب تكليفاً بسبب المانع المذكور، ولا طريق لإثبات جوازه بعد تعذر التعريف الواجب ذاتاً، بل يتعين جريان حكم مجهول المالك عليه، وهو التصديق لا غير. نعم لا بد من اليأس عن العثور على المالك بوجه آخر غير التعريف. كما يتعين استئذان الحاكم في التصديق، والضمان للمالك لو عثر عليه بعد التعريف، لخروجه بسبب الالتقاط المقتضي للضمان عن المتيقن من دليل سقوطها في مجهول المالك، نظير ما تقدم في الضالة التي يجرم أخذها. فراجع. وإلى هذا التفصيل في الجملة ذهب بعض مشايخنا رحمهم الله.

هذا ويجري ذلك فيما لو كان أحد الوجهين سبباً في ترك إكمال التعريف في تمام المدة بعد الشروع فيه.

ومن القريب جداً حمل بعض النصوص على ذلك، ففي معتبر علي بن أبي حمزة المتقدم فيمن وجد ديناراً في الحرم: «قال: يعرفه: قلت: فإنه عرفه فلم يجد له باغياً. قال: يرجع إلى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين»^(١) حيث يقرب جداً كون

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٧ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

(مسألة ١٨): تجب المبادرة إلى التعريف من حين الالتقاط (١) إلى تمام

المراد فيه بالتعريف الحاصل من السائل هو التعريف في أيام الحج حين وجدانه، حيث يحصل اليأس بعد ذلك بسبب رجوع الحاج لبلادهم وعدم العثور على صاحب له من أهل الحرم في أيام الحج القليلة. وإلا فمن البعيد جداً حملة على وجدانه في العام السابق على السؤال وإكمال التعريف به سنة.

وأما ما في الروضة من قوله عليه السلام في الحديث الشريف: «يعرفه سنة»، فلم نعثر عليه في موضعين من التهذيب روى فيه الحديث بسندين.

كما تقدم عند الكلام في وجوب التعريف معتبر أبان المتضمن بالتعريف ثلاثة أيام، وتقدم احتمال حملة على حصول اليأس من العثور على صاحبه بالفحص المذكور. (١) كما في الجامع والتذكرة والقواعد والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها، وفي مفتاح الكرامة أنه ظاهر الباقيين .

واستدل عليه في التحرير وغيره باشتغال الأمر بالتعريف على الفاء، كما في قوله عليه السلام في صحيح محمد بن مسلم: «فإن ابتليت فعرفها»^(١)، وفي صحيحه الآخر: «فإن ابتليت بها فعرفها سنة»^(٢)، وفي صحيح الفضيل: «فإن لم يأخذها إلا مثلك فليعرفها»^(٣). وكأنه لدعوى: ظهور الفاء في التعقيب من دون تراخ.

وهو كما ترى! فإن الفاء تدخل على جزاء الشرط إذا كان جملة طلبية لمجرد التفريع، من دون أن تدل على الفور، كما تدخل في جميع موارد التفريع كذلك.

نعم لما كان التعريف من أجل الوصول للمالك وإيصال المال إليه كان المنساق من إطلاقه إرادة تحري الأقرب للوصول إليه فالأقرب والأسرع في إيصال المال إليه فالأسرع، وهو يكون بالأعجل فالأعجل، لأن من شأن المالك البحث عن ماله

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١٠.

(٣) وسائل الشيعة ج: ٩ باب: ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف حديث: ٢.

السنة على الوجه التالي (١).

عند فقد له وإذا لم يقف على أثر له فترت همته عن البحث عنه، حتى قد يبأس من الوصول إليه فيتركه، وتقل فائدة التعريف، لأن الوصول به إلى المالك إذا فترت همته عن الطلب أبعد. مضافاً إلى ما قد يستلزم من تأخير إيصال ماله إليه.

نعم يكفي الفور العرفي، لأنه المفهوم من الإطلاق، وعليه السيرة. ولا مجال معه لقوله في الجامع: «فإن وجدته في الحل عرفه في النهار الذي وجدته فيه والأسبوع...». اللهم إلا أن يخشى تعجل المالك بالذهاب لمكان لا ينفع معه التعريف، فيجب المبادرة معها أمكن بلحاظ الجهة الارتكازية المذكورة.

(١) صرح بعدم اعتبار التوالي في التعريف في الشرايع والتذكرة والتحرير والقواعد واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك.

هذا وعدم اعتبار التوالي في التعريف - كما نبه له في المسالك -:

(تارة): يراد به عدم استغراق أوقات السنة دقة بالتعريف، بل يراد به ما يصدق به عرفاً تعريف سنة ولو متفرقاً في ضمنها، على اختلاف منهم فيما يحقق ذلك، ويأتي الكلام فيه في المسألة الثالثة والعشرين إن شاء الله تعالى
(وأخرى): يراد به عدم اعتبار استيعاب السنة الأولى للالتقاط به، بل يكفي تفريقه على اثني عشر شهراً من سنين متعددة.

والأول هو الظاهر من الأكثر ممن تقدم. وهو في محله، على ما يأتي في المسألة المذكورة.

أما الثاني فهو المصرح به في التذكرة للإطلاق، كما لو أمر بصوم شهرين ووافقه عليه في المسالك. ويقتضيه ما في المبسوط من أنه لو قطع التعريف قبل السنة كفاه إكماله، ولا يجب عليه الاستئناف بسنة تامة. قال: «لأنه ليس في الخبر أكثر من أنه يعرف سنة، ولم يقل متوالية أو متواترة». فإن مقتضى الاستدلال المذكور جواز قطع التعريف في أثناء السنة ثم إكماله بعد مدة معتد بها.

فإن لم يبادر إليه كان عاصياً (١)، ولكن لا يسقط وجوب التعريف عنه (٢)،

وخلافه هو مراد سيدنا المصنف رحمته من وجوب الموالاتة، ومال إليه في الجواهر، بل جزم به في الروضة، وهو ظاهر التحرير. والوجه فيه: أن الوجه المتقدم لوجوب المبادرة للتعريف، كما يقتضي المبادرة للبدء به يقتضي المبادرة لإكماله، لأنه الأقرب للوصول للمالك من التفريق. وكذا لو كان الوجه في وجوب المبادرة ظهور دليل وجوب التعريف في المبادرة - من جهة الفاء أو غيرها - لأن موضوع الوجوب ليس هو مسمى التعريف، بل التعريف سنة، ولا تتم المبادرة له إلا بالموالاتة، كما لعله ظاهر.

ومنه يظهر الإشكال على من جمع بين وجوب المبادرة وعدم وجوب الموالاتة بالمعنى المذكور، كما في التذكرة والمسالك.

(١) لظهور أن وجوب التعريف ليس وضعياً فقط راجعاً إلى شرطيته في التملك أو في جواز التصرف، بل تكليفي أيضاً، كما هو ظاهر دليhle. ولا سيما مع قضاء المناسبات الارتكازية بأن الغرض منه التعرف على المالك من أجل إيصال ماله إليه الواجب تكليفاً. بل ذلك هو المستفاد من سياق النصوص، كما لعله ظاهر.

(٢) كما في التذكرة والقواعد والتحرير، وظاهر الدروس وجامع المقاصد والمسالك المفروغية عنه، وقد يظهر ما في الشرايع والإرشاد من أنها لا تملك إلا بالتعريف ولو بقيت أحوالاً.

والوجه فيه: أن دليل المبادرة المتقدم حيث ابتنى على أن وجوب التعريف لما كان من أجل الوصول للمالك فالمناسبات الارتكازية تقتضي بالمبادرة، لأنها الأخرى بالوصول إليه والأسرع المعلوم رجحانها، فهو لا يقتضي التقييد بها بنحو وحدة المطلوب، بل بنحو تعدده، لاهتمام الشارع بالإيصال للمالك مهما أمكن، وبأي وجه محتمل.

وكأن ذلك هو المنشأ لما في التذكرة من قياسه بالعبادات والواجبات. وإلا فمن

بل يجب المبادرة إليه بعد ذلك سنة كاملة (١). وكذا الحكم لو بادر إليه من حين الالتقاط، ولكن تركه بعد ستة أشهر حتى تمت السنة فإنه تجب المبادرة إلى إكمال السنة (٢)، بأن يعرف ستة أشهر من السنة الثانية. فإذا تم

المعلوم أن وجوب القضاء في الموقنات يحتاج إلى دليل. ومثله قوله: «ولأن المقصود يحصل في الحول الثاني على نحو من القصور، فيجب الإتيان به، لقوله عليه السلام: إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم».

على أنه لو فرض قصور النصوص كفى في وجوب التعريف القاعدة القاضية بوجوب الاحتياط بالفحص عن المالك بالتعريف من أجل وجوب إيصالها إليه مع احتمال ترتب ذلك على الفحص.

نعم لو حصل اليأس من العثور بالتعريف على المالك بسبب التأخير ارتفع موضوعه بعد تحققه، ودخل فيما تقدم في المسألة السابعة عشرة. ولعله خارج عن موضوع كلامهم. ويأتي تمام الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

(١) يعني: يشغلها بالتعريف، ولا يكفي مضي السنة من حين الالتقاط. لظهور نصوص التحديد بالسنة في كونه تحديداً للتعريف الواجب، والذي هو شرط في ترتب الوظيفة بعده، لا لجريان الوظيفة التي تضمنتها مع عدم العثور على المالك، فلا يخرج عن عموم وجوب التعريف سنة، وعدم جريان الوظيفة المذكورة بدونها.

(٢) لعين ما سبق. وسبق من المبسوط أنه لا يجب استئناف سنة التعريف والاستدلال عليه بالإطلاق. لكن لا مجال للإطلاق بعد قضاء المناسبات الارتكازية بالمبادرة في تمام السنة - كما سبق - بنحو تعدد المطلوب، لأنها الأقرب في الوصول للمالك والأسرع في إيصال المال إليه.

نعم المناسبات المذكورة تأتي بإلغاء ما اتصل بالالتقاط من السنة، لأنه الأكمل والأحرى في أداء المطلوب من التعريف، وإنما تقتضي مطلوبة إكمال السنة بنحو

التعريف سنة نخير بين التصديق وغيره من الأمور المتقدمة (١)، وإذا كان قد

الانفصال، لأنه الميسور في أداء المطلوب المذكور.

(١) فقد صرح بثبوت الوظيفة التي تضمنتها النصوص - على الخلاف المتقدم فيها - في التذكرة والتحرير والإيضاح والدروس وحاشية الشهيد على القواعد والمسالك والروضة وغيرها، ويناسبه ما سبق من الشرايع والإرشاد.

لكن في القواعد: «ولو أخر الحول الأول عرف في الثاني. وله التملك على إشكال»، ويظهر التوقف في ذلك من كنز الفوائد أيضاً. بل ويظهر من المسالك وجود القول بالعدم، ولم يعرف القائل به.

وكيف كان فقد يشكل ذلك بعد ما سبق من عدم كون الفور قيدياً في التعريف الواجب بنحو وحدة المطلوب، فكما يجب التعريف لو أخل بالفور - كما جزم به في القواعد - يكون مقتضاه ثبوت الوظيفة المترتبة عليه لو أخل به.

اللهم إلا أن يقال: بعد فرض انصراف النصوص للمبادرة ولو بنحو تعدد المطلوب، فالمتيقن منها مشروعية الوظائف المترتبة على التعريف مع المبادرة، ولا إطلاق لها يقتضي مشروعية الوظائف المذكورة مع عدم المبادرة في أول السنة أو في بعضها. وبعبارة أخرى: كون المبادرة قيدياً في التعريف الواجب تكليفاً بنحو تعدد المطلوب - لما سبق - لا يستلزم كونها قيدياً كذلك في الوظائف المترتبة على التعريف بعد فرض انصراف النصوص للمبادرة.

ومن هنا يشكل الاكتفاء بالسنة في التعريف والفحص عن المالك في ترتيب الوظائف، إذ بعد انصراف دليhle للسنة المتصلة بالالتقاط والمتوالية لا دليل على الاكتفاء بسنة غيرها في الأحكام المترتبة على التعريف.

ومن ثم يتعين الاحتياط بالجمع بين أحكام اللقطة ومجهول المالك بالتعريف سنة، ثم الانتظار بالمال إلى حين اليأس من الوصول للمالك، ثم التصديق به مع الضمان لو صادف العثور على المالك كما أن الأحوط استئذان الحاكم في التصديق، وإن لم يجب

ترك المبادرة إليه من حين الالتقاط لعذر أو ترك الاستمرار عليه كذلك إلى انتهاء السنة فالحكم كذلك، لكنه لا يكون عاصياً (١).

في اللقطة ولا في مجهول المالك، اقتصاراً على المتيقن في التصرف بالمال بغير إذن مالكة بعد قصور أدلة أحكام اللقطة ومجهول المالك عنه. فلاحظ.

هذا وفي مفتاح الكرامة: «ولعل الأشبه بأصول الباب أنها إن بقيت في يده أحوالاً من غير تعريف لعذر أو لغيره، حيث يبأس من صاحبها وصاحبها يبأس منها، ولا يتفطن لها لو سمع تعريفها، أنها تكون كالمال المجهول المالك يجب عليه أن يتصدق بها. لكنه إن أراد تملكها عرفها تعبداً وإن لم يجد تعريفها. لمكان إطلاق النصوص والفتاوى. فتأمل جيداً».

ولا يخفى ما فيه من التدافع، إذ بعد اقتضاء الأصول جريان حكم مجهول المالك كيف يكون له التملك بعد التعريف؟! مع أن من المعلوم أن المراد بالتعريف من أجل التوصل للمالك، ولذا يجب في كفيته ما يناسب ذلك، فمع فرض عدم حصول التوصل المذكور لا موضوع للتعريف، فكيف يجب تعبداً بإطلاق أدلته؟! فالذي ينبغي أن يقال: إنه بعد تحقق موضوع التعريف حين الالتقاط، وثبوت الخطاب به، وجعله شرعاً شرطاً في الوظيفة المترتبة عليه من التملك أو جواز التصرف أو غيرهما - على الكلام المتقدم - يكون تركه إلى ارتفاع موضوعه خروجاً عن مقتضى الوظيفة في اللقطة، ويتعين قصور دليل الوظيفة المترتبة عليه عن المورد، وجريان حكم مجهول المالك على المال، فيتعين وجوب التصديق به مع اليأس من العثور على المالك ولو صدفة لا بسبب التعريف. غايته أنه لا بد حينئذٍ من استئذان الحاكم في التصديق، ومن الضمان على تقدير العثور على المالك بعد التصديق. فراجع.

(١) لكن قد يكون عاصياً في الالتقاط إذا علم بالحال حينه، واحتمل بوجه معتد به أن سوف يلتقط المال شخص آخر يقوم بالوظيفة من دون تأخير، حيث يكون مفرطاً في المال بالتقاطه.

(مسألة ١٩): لا تجب مباشرة الملتقط للتعريف، فتجوز له الاستنابة

فيه (١) بلا أجره أو بأجره.

والأقوى كون الأجره عليه (٢)، لا على المالك، وإن كان الالتقاط بنية إبقائها في يده للمالك (٣).

(١) كما في المبسوط والسرائر والشرايع والتذكرة والتحرير والقواعد والإيضاح والدروس واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، وفي التذكرة: «ولا نعلم فيه خلافاً»، وفي الإيضاح والمسالك الإجماع عليه، وفي الجواهر أنه لا خلاف فيه بل الإجماع بقسميه عليه. ولا ينبغي الإشكال فيه بعد ظهور كون الغرض منه التوصل للمالك الحاصل بذلك. كما أنه مقتضى سيرة العقلاء والمشرعة. ولا ينافي ذلك الأمر به في النصوص بعد قبوله للنيابة عرفاً، وصحة نسبة فعل النائب للمستنيب معه.

بل المناسبات الارتكازية تقتضي الاكتفاء بفعل الأجنبي من دون استنابة، كما لو نسي المالك أو شغل عن تكليف من تعود تكليفه بالنداء في مجتمع الناس، فقام به الشخص المذكور بنفسه من دون تكليف منه ولو بتخيل تكليفه به، لأنه وإن لم يصح معه نسبة التعريف للملتقط، إلا أنه يرتفع معه موضوع الأمر به، وهو احتمال التوصل للمالك، نظير ما إذا أمر بتطهير ثوبه فطهره غيره بدون أمر منه به.

وأما ما في الجواهر من الاجتزاء به في سقوط التكليف، إلا أن التملك له لا يخلو من إشكال. ففيه أنه إذا كان المستفاد من النصوص كون الأمر بالتعريف بلحاظ ثمرته الحاصلة بذلك، فتكون ظاهرة في أن الوظيفة المترتبة على التعريف تترتب تبعاً للثمرة المذكورة وإن لم تحصل بالتعريف الواجب.

(٢) كما في المبسوط والسرائر والقواعد والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. لأنه هو المكلف به، فيجب بذل الأجره مقدمة لخروجه عن التكليف وامثاله له، ولا وجه معه لتحمل المالك له، أو بيت المال، أو غيرها.

(٣) كما هو مقتضى إطلاق السرائر وصريح من تقدم بعده عدا التذكرة وجامع

المقاصد. وأما المبسوط فقد تقدم منه عدم وجوب التعريف مع نية الحفظ للمالك، فكلامه في التعريف قد يقصر عن ذلك.

وقال في التذكرة بعد أن حكم بوجوب التعريف حتى مع نية الحفظ للمالك: «ولو قصد الحفظ حين الالتقاط أبداً فالأقرب أنه لا يجب على الملتقط أجره التعريف، بل يرفع الأمر إلى الحاكم ليبدل أجرته من بيت المال أو يستقرض على المالك، أو يأمر الملتقط بالاقتراض ليرجع أو يبيع بعضها إن رآه أصلح أو لم يمكن إلا به».

وفي جامع المقاصد: «وما ذكره وجيه، لأن ذلك لمحض مصلحة المالك، ولأنه محسن، و﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾. فهو كالإنفاق... فعلى هذا لو لم يجد الحاكم يمكن أن يقال: يدفع الأجرة ويرجع إذا نوى الرجوع».

وفيه: أن التعريف دائماً يجب لمصلحة المالك. وهو إيصال ماله إليه. ومجرد ترتب جواز التملك أو التصرف أو غيرهما عليه لا يخرج عن ذلك، فإنفاق الملتقط عليه مقدمة لخروجه عن تكليفه، ولا وجه مع ذلك لتحمل غيره نفقته في المقام. ولا سيما مع كراهة الالتقاط.

وأما أنه محسن وما على المحسنين من سبيل فقد تقدم في المسألة السادسة من كتاب الوديعة أنه أجنبي عن مثل ذلك.

على أن الأمر دائر بين كونه لمصلحة المالك، فيتحمل هو نفقته وكونه قياماً من الملتقط بتكليفه فيتحمل هو نفقته. ولا وجه لتحمل بيت المال لذلك على التقديرين. هذا وفي الجواهر: «نعم لو قلنا بعدم وجوبه إلا إذا قصد التملك ولم يقصده وأراد الحفظ لا تجب عليه الأجرة، كما كان عن التذكرة وجامع المقاصد».

فإن أراد بعدم وجوب الأجرة عليه حينئذ أنه لا يعرف فلا موضوع للأجرة فهو عين المفروض من عدم وجوب التعريف. وإن أراد أنه لو عرف من دون أن يجب عليه ولم يجب عليه تحمل الأجرة، بل يتحملها المالك أو بيت المال. فهو غريب جداً، إذ مع تكلفه التعريف من دون أن يكلف به لا وجه لتحمل غيره نفقته، بل هو إحسان

(مسألة ٢٠): إذا عرفها سنة كاملة فقد عرفت أنه يتخير بين التصديق وغيره من الأمور المتقدمة، ولا يشترط في التخيير بينها اليأس من معرفة المالك (١). نعم إذا كان يعلم بالوصول إلى المالك لو زاد في التعريف على السنة فالاحوط لو لم يكن أقوى لزوم التعريف (٢) حينئذ وعدم جواز

محض تبرع به، فيتحمل هو نفقته. فلاحظ.

(١) أما اليأس من معرفة المالك ولو صدفة بغير التعريف فعدم اعتباره كالصريح مما تضمنته النصوص والفتاوى من الضمان للمالك لو ظهر، لأن فرض ذلك يناسب احتمالاه. وأما اليأس من سببية التعريف للوصول للمالك فعدم اعتباره مقتضى إطلاق النص والفتوى. ولا سيما مع التنبيه فيهما على الضمان لو ظهر المالك، فإنه وإن كان يجتمع مع اليأس من سببية التعريف للوصول للمالك، إلا أن عدم التنبيه فيهما لا اعتبار اليأس عن سببية التعريف لذلك موجب لقوة ظهورها في عدم اعتباره. وبذلك يظهر أن تحديد التعريف بالسنة تخفيف من الشارع الأقدس في اللقطة بالإضافة إلى مجهول المالك، لأنه يجب الفحص فيه عن المالك حتى اليأس عن العثور عليه بالفحص، كما نبهنا عليه في المسألة العاشرة.

(٢) كأنه لانصراف دليل التحديد بالسنة عن هذه الصورة. لما في ترك التعريف حينئذ من تضييع المال على المالك لفرض إمكان الوصول إليه وإيصاله له، وذلك لا يناسب ما هو معلوم من سليقة الشارع الأقدس.

وبذلك يظهر لو لم يعلم بدخل التعريف في الوصول للمالك لكن علم بالعثور على المالك ولو صدفة من غير طريق التعريف، جاز ترك التعريف ولم تترتب الوظيفة بعده من التملك أو غيره، بل يجب حفظ العين للمالك، لانصراف دليل الوظيفة المذكورة عن ذلك بعين الملاك المتقدم. فلاحظ.

التخيير (١).

(مسألة ٢١): إذا كانت اللقطة مما لا تبقى - كالخضر والفواكه

واللحم ونحوها - جاز أن يقومها الملتقط على نفسه (٢)، ويتصرف فيها بما

(١) يعني: عدم جريانه. هذا إذا فرض بقاء العلم المذكور، أما إذا زال بعد مدة

من الفحص والانتظار تعين جريان الوظيفة المترتبة على التعريف.

(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب من المقتنع وما بعده، على اختلاف منهم في

اللفظ عدا الغنية، حيث اقتصر على جواز التصرف فيه من غير تعريف مدعياً الإجماع عليه. ولا يبعد إرادته التقويم، لاشتغال النص الآتي عليه. وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه».

لموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة

وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها، وفيها سكين. قال: يقوم ما فيها، ثم يؤكل، لأنه يفسد، وليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن...»^(١).

واختصاصه ببعض المأكولات غير مهم بعد إلغاء خصوصيتها عرفاً وفهم العموم منه لغيرها من المأكولات، بل غيرها أيضاً مما لا قابلية له للبقاء بحيث ينتفع به وتبقى مألته. ولا سيما مع التعليل فيه بأنه يفسد. كما لعله ظاهر.

هذا وقد اقتصر في المقتنع والمقنعة والنهاية والمراسم والمهذب والسرائر على

ما يوجد من الطعام في المفاوز. وأطلق في المبسوط والشرايع وجملة من كتب العلامة وغيرها، بل ظاهر التذكرة الإجماع على التعميم. وهو الأنسب بإطلاق الموثق، لعدم اختصاص الطريق بالمفاوز. مضافاً إلى عموم التعليل فيه.

وربما استدلل للأول بقول الصدوق في الفقيه في ذيل مرسل له عن الإمام

الصادق عليه السلام: «إن وجدت طعاماً في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله»^(٢).

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٩.

شاء من أكل ونحوه (١)، ويبقى الثمن في ذمته للمالك. كما يجوز له أيضاً بيعها على غيره ويحفظ ثمنها للمالك (٢). والأحوط أن يكون بيعها على

لكن الظاهر أن ذلك فتوى من الصدوق ألحقها بالمرسل، وليس منه. مع أنه لو نهض بالاستدلال لا يقتضي الحصر بحيث ينافي العموم الذي هو ظاهر الموثق. نعم لا بد من قيام القرينة على عدم ارتباط المالك بالمال، بحيث تركه وهو في مقام الرجوع إليه، وإلا حرم أخذه، لعدم إحراز كونه لقطه عرفاً. ولا يختص ذلك بالمقام.

(١) كالهبة والبذل والبيع للآخذ بعد تقويمه على نفسه وغيرها، لإلغاء خصوصية الأكل عرفاً. ولا سيما بعد كون المنساق منه عرفاً أن الترخيص فيه بلحاظ ملكية الآخذ له بعد تقويمه على نفسه، لظهور عموم سلطة الإنسان على ملكه لجميع التصرفات. والأمر أظهر من ذلك.

(٢) كما في أواخر كتاب اللقطة من المبسوط وفي التذكرة والقواعد والمسالك والروضة وغيرها. وظاهر التذكرة الإجماع على التخيير بين التقويم على النفس والبيع. ومفتاح الكرامة: «وكأنه استنباطي، لأن أحداً لم يذكره قبله». لكن سبق أنه ذكره في المبسوط.

وكيف كان فقد يستدل عليه بفهم عدم الخصوصية للتقويم. ولا سيما بلحاظ التعليل بأنه يفسد وليس له بقاء، وأنه لا يقتضي إلا الانتقال للبديل الذي يمكن به حفظ مالية اللقطة لمالكها بعد تعذر حفظ عينها به، كما ذكرنا ذلك عند التعرض للموثق في مسألة خيار ما يفسد ليومه من خيار التأخير من كتاب البيع.

لكن ذلك موقوف على سوق ذلك تعليلاً لجواز التقويم، حيث لا يفرق بينه وبين البيع في تحقق الغرض المذكور. أما لو كان تعليلاً لجواز التعجيل بالتصرف قبل التعريف خروجاً عن حكم اللقطة، فلا ينهض التعليل بالتعميم لغير التقويم، لكونه أجنياً عنه.

فلم يبق إلا ما ذكرناه آنفاً من إلغاء خصوصية التقويم عرفاً. وهو قد يتجه بناء على أن من وظائف اللقطة الحفظ للمالك من دون ضمان، أما بناء على ما سبق من أن ضمانها مطلقاً فلا يخلو عن إشكال، لا ببناء التقويم الذي تضمنه الموثق على الضمان، فكيف يستفاد منه العموم للبيع مع تصريح من سبق بأنه مع البيع يبقى الثمن أمانة عند الملتقط من دون ضمان له؟!

ومثله ما في الرياض من الاستدلال بإطلاق التقويم في الموثق بدعوى: شموله للتقويم على الغير ببيعه له. إذ فيه: أن ظاهر التقويم هو التقويم على النفس والضمان بالقيمة، أما البيع فهو عبارة عن المعاوضة بالثمن الذي قد يختلف عن القيمة، ويمكن بقاؤه أمانة من دون ضمان.

هذا وربما يستدل عليه بصحيح علي بن جعفر المتقدم عن أخيه موسى عليه السلام: «سألته عن اللقطة إذا كانت جارية هل يحل فرجها لمن التقطها؟ قال: لا، إنما يحل بيعها بما أنفق عليها»^(١) بدعوى: دلالة على ولاية الملتقط على بيع اللقطة. إذ فيه: أن ذلك إنما شرع من أجل استيفاء النفقة التي يكون المالك مسؤولاً بها، فهي كوفاء دينه من اللقطة لو عرف وتعدر الوصول إليه، حيث يكون ذلك نحواً من الوفاء لضمانيها والخروج عنه، فلا مجال لأن يستفاد منه جواز البيع من دون ضمان لها ولا للثمن، كما هو المراد في المقام.

نعم لو لم يوجد من يأخذها ويتحمل ضمانها إذا كانت من الأهمية بحيث يعلم برجحان حفظ ماليتها للمالك، جاز بيعها عن المالك وحفظ ثمنها له بمقتضى ولاية الحسبة الثابتة للحاكم ولغيره في الجملة مع فقده.

أما مع فرض أخذ الواجد لها من دون إذن الحاكم فخروجه عن الضمان بالبيع وحفظ الثمن يحتاج إلى دليل. ومن هنا يتعين الاقتصار على ما تضمنه الموثق من التقويم وانشغال الذمة للمالك بالقيمة.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٨.

غيره بإذن الحاكم الشرعي (١). ولا يسقط التعريف عنه (٢)، بل يحفظ صفاتها ويعرّف بها سنة، فإن وجد صاحبها دفع إليه الثمن الذي باعها به

(١) فقد صرح في التذكرة بأن إذا أراد البيع تولاه الحاكم أو أذن له فيه مع وجوده، لأنه منصوب للمصالح، وهذا منها، فإن تعذر الحاكم تولاه الملتقط. ويشكل بأنه إن استفيد من الموثق العموم للبيع، إلغاء لخصوصية التقويم عرفاً أو غيره مما سبق، تعين عدم اعتبار إذن الحاكم في البيع، كما لا يعتبر في التقويم. وربما استدل عليه - مضافاً إلى ذلك - بصحيح علي بن جعفر المتقدم، حيث يدل على ولاية الملتقط على البيع. وإن لم يخل عن إشكال، لاحتمال اختصاصه بمورده بلحاظ الحاجة للبيع وفاء للنفقة. أما لو لم ينهض الموثق بمشروعية البيع - كما سبق - فملتعين عدم جواز البيع حتى بإذن الحاكم.

وكانه إلى هذا يرجع قوله في جامع المقاصد: «والفرق مشكل، فإما أن يشترط الرجوع للحاكم فيها، أو لا فيهما». وإلا فاحتمال وجوب الرجوع للحاكم في التقويم مما لا مجال له مع إطلاق النص والفتوى، بل هو كالمقطوع به منها. (٢) كما في المبسوط والتذكرة والدروس والمسالك والروضة والجواهر، وقد يظهر من غيرها، ونفى الخلاف فيه في المبسوط، ونسبه في الجواهر لظاهر الأصحاب. لكن عدم وجوبه كالصريح من الغنية والتحرير، كما اقتصر غير واحد على عبارة النص، وهو معقد الإجماع المدعى في الغنية.

وكيف كان فقد يستدل على عدم سقوطه بإطلاق دليل وجوب التعريف. وفيه: أن سبر نصوص التعريف قاض بورودها فيما هو قابل للبقاء، لأنه الذي يكون كسبيل مال الملتقط، وفي عرض ماله، ويتصدق به عن صاحبه، ونحو ذلك. كما أنه ليس في الموثق الذي هو الدليل في المقام ما يشعر فضلاً عن أن يظهر في المفروغية عن وجوب التعريف مع امتياز مورده عن غيره من أفراد اللقطة بالمبادرة في التصرف

أو القيمة التي في ذمته، وإلا لم يبعد جريان التخيير المتقدم (١).

في العين من دون تعريف. بل قوله عليه السلام: «فإن جاء طالبها غرموا له الثمن» مشابه للتعبير في نصوص التعريف عن الحال لو جاء المالك بعد إجراء الوظيفة المتأخرة عن التعريف من التصديق أو غيره، حيث لم يتضمن بيان العثور على المالك من طريق الفحص عنه، بل وصول المالك بنفسه للملتقط، المناسب لعدم كونه بتوسط فحص الملتقط عنه.

ودعوى: الاتكال في الموثق على عموم وجوب التعريف. غير ظاهرة المنشأ، ولا سيما مع عدم وضوح ظهور وجوب التعريف سنة في عصر أمير المؤمنين عليه السلام، وإنما ظهر بعد ذلك في عصور الأئمة عليهم السلام بسبب كثرة النصوص الواردة عنهم وتناقلها بين أصحابهم.

ومثلها دعوى: أن الغرض من التعريف لما كان هو إيصال المال للمالك، فهو حاصل في المقام، وإن اختلف عن مورد نصوص التعريف بتعذر إيصال عينه له، والحفاظ على ماليته.

إذ فيها: أن مجرد كون الغرض ذلك لا يكفي في إثبات عموم وجوب التعريف. ولا سيما مع ثبوت عدم وجوبه فيما دون الدرهم، وفي كثير من أفراد الحيوان.

فلم يبق إلا دعوى: إلحاق المقام بمورد النصوص لإلغاء خصوصيته عرفاً وفهم العموم منها له، لكنها غير ظاهرة أيضاً بعد تعرض المال للتلف، فيكون أخذه مع التقويم نحواً من الإحسان للمالك بحفظ ماليته له، حيث قد يكون ذلك منشأً للتخفيف على الآخذ وعدم تكليفه بالتعريف. ومن ثم يصعب البناء على وجوب التعريف. بل من القريب جداً عدم وجوبه. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما هو مقتضى الرجوع إلى عموم وجوب التعريف، إذ هو كما تضمن وجوب التعريف تضمن الوظيفة المترتبة عليه من التخيير أو غيره مما سبق.

لكن قد يتجه في البيع وعزل الثمن. وإن عرفت الإشكال في مشروعيته. أما التقويم فهو يبتني على انشغال الذمة بالثمن، ولا يتضح الدليل على ولاية الملتقط على عزله، ليتمكن التصديق به أو حفظه لمالكة دون ضمان. كما لا دليل على تملكه من دون عزل، الراجع لبراءة ذمة الملتقط منه. والأمر أظهر بناء على ما سبق من قصور دليل وجوب التعريف عن المقام، حيث يتعين الاقتصار على مفاد الموثق.

ومن هنا يقوى جريان حكم الدين الذي لا يعرف صاحبه عليه، وهو الاكتفاء بنية الوفاء لو عثر على المالك، نظير ما ذكرناه في انشغال الذمة بالمال المجهول المالك. فراجع المسألة التاسعة والثلاثين من مقدمة كتاب التجارة في فروع جوائز الظالم.

بقي شيء. وهو أنه قال في المبسوط بعد التعرض لحكم التقاط ما لا يبقى: «فإن كان مما يبقى لكن بعلاج - مثل العنب والرطب -، نظرت، فإن كان الحظ في البيع، فإنه يرجع إلى الحاكم لبيعه، وإن كان الحظ في تحفيفه فإن الحاكم يبيع منه وينفق عليه ليحف، ويدخر ليجيء صاحبه». ونحوه في الشرايع والقواعد. وكذا في جامع المقاصد، لكن مع التنبيه إلى تولي ذلك بنفسه مع تعذر الحاكم. ولعله مراد الكل، كما في سائر موارد الرجوع للحاكم في موارد ولاية الحسبة.

هذا وفي التذكرة والتحرير والدروس واللمعتين والمسالك تخييره بين قيامه بما يصلحه بنفسه ورفع له للحاكم. فإن أرادوا من قيامه بما يصلحه بنفسه مجاناً - كما لعله ظاهرهم - فهو وجيه، لأنه كسائر وجوه حفظ اللقطة مما يتولاه الملتقط بمقتضى استثنائه. وإن أرادوا قيامه به بعوض على المالك أو من بعض المال فلا يتضح وجهه، لعدم ثبوت ولايته على مثل هذا التصرف.

نعم قد يشكل تحميل المال أو المالك مؤنة العلاج، فإنه يبتني على عدم تحمل الملتقط مؤنة اللقطة ونفقتها، كما تقدم منهم نظيره في المسألة الثانية عشرة في الضالة، وتقدم من الإشكال في ذلك في فرض كراهة الالتقاط، وأنه إنما يتجه في فرض رجحانه أو وجوبه. فراجع.

(مسألة ٢٢): إذا ضاعت اللقطة من الملتقط فالتقطها آخر وجب

عليه إرجاعها إلى الأول (١)،

ويجري نظير ذلك فيما تعارف في عصورنا من تعرض العملة للسقوط عن الاعتبار الملزم باستبدالها بالعملة الجديدة أو بعملة أخرى ثابتة. وكذا لو تعرضت اللقطة لخطر السرقة أو الموت أو نحوها لظروف طارئة، وانحصر الأمر ببيعها واستبدالها بما هو آمن من الخطر الطارئ. حيث يتعين وجوب الاستبدال في جميع ذلك، مع مراجعة الحاكم الشرعي فيه لو أمكن. ولو احتاج للنفقة - كما لو توقف على السفر إلى مكان التبديل - ابتنى على ما سبق. فلاحظ. والله سبحانه تعالى العالم العاصم.

(١) كما في التذكرة والتحرير، معللاً في الأول بأنه قد ثبت له حق التمويل وولاية التعريف، فلا يزول ذلك بالضياع. وإليه يرجع ما في المبسوط من أن الأول أولى بها، لأنه استحق التعريف باليد، والثاني أخذها بغير استحقاق.

لكن ذلك إنما يتم إذا قصرت عمومات أحكام اللقطة عن الملتقط الثاني. إذ مع عمومها له تثبت الأحكام له كما تثبت للأول. وحينئذ لا مجال لإثبات أولوية الأول إلا بدليل بعد فرض اشتراكها في الدخول تحت العمومات المذكورة.

وذلك هو مقتضى الإطلاق، فإن المعيار فيه على الالتقاط المشترك بين الشخصين، لا على من ضاعت منه اللقطة، فكما تصدق مع الضياع من المالك تصدق مع الضياع من غيره كالغاصب والودعي والملتقط والمستأجر وغيرهم.

ولذا حكم في التذكرة والتحرير - كسيدنا المصنف رحمته - بأن الملتقط الثاني لو لم يجد المالك ولا الملتقط الأول فأكمل التعريف سنة جرى في حقه حكم اللقطة من التملك أو التخيير، بل صرح في التذكرة بأنه ليس للملتقط الأول انتزاعه منه.

وأما ما في التذكرة من تعليل جواز تملكه من أن سبب الملك وجد منه من غير عدوان، فيثبت الملك، كالملتقط الأول. ففيه: أن ذلك وحده لا يكفي في جواز التملك

ما لم يعمه دليل سببية التعريف للملك، إذ مع قصوره عنه لا يكون سبباً للملك في حقه، ومع عمومه لا مجال للبناء على أولوية الملتقط الأول قبل إكمال التعريف إلا بدليل.

نعم يتجه ذلك فيمن يأخذها من الملتقط بغير وجه الالتقاط، لعدم ضياعها منه، سواء أخذها قهراً عليه وغصباً منه أم خطأً منها أو من أحدهما، حيث لا يتحقق في حقه موضوع أحكام اللقطة من ولاية التعريف وما يترتب عليه. فيتعين عليه إرجاعها للملتقط، ولو قام بالتعريف لم تترتب أحكامه في حقه، بل في حق من أخذها منه، لانحصار موضوعها به.

والحاصل: أنه لا مجال للبناء في المقام على وجوب تسليمها للأول. بل يشكل جواز تسليمها له، لأن الملتقط الثاني مكلف بالتعريف مثله، فلا بد من إحراز الخروج عن التكليف المذكور.

نعم لو وثق به في القيام بوظيفته جاز له تسلمه له، كما ذهب إليه بعض مشايخنا رحمهم الله، نظير ما لو وكل الثقة في التعريف. بل سبق منا في المسألة التاسعة عشرة الاجتزاء بتعريف المتبرع.

ودعوى: أن لازم ذلك عدم الاكتفاء بالوثوق بقيام الأول بوظيفته، وهي إكمال التعريف سنة، بل لا بد من قيامه بإكمال التعريف بها سنة من حين شروع الثاني بالتعريف، لأنه مكلف بذلك بسبب التقاطه لها.

مدفوعة بأن المستفاد عرفاً من أدلة التعريف وجوب تعريف اللقطة سنة واحدة، لا أكثر، وعليه يكفي كل من الملتقطين بإكمال تعريف سنة بضميمة تعريف الآخر.

وإنما يجب على الملتقط الثاني إكمال التعريف سنة إذا لم يعلم بسبق أحد بالتعريف به، إما لعدم التقاط أحد له قبله، أو لالتقاطه وعدم قيام الملتقط الأول بالتعريف، لأصالة عدم الالتقاط، وعدم التعريف على تقديره. ولا أقل من عدم إحراز الخروج

عن التكليف به، فيجب الإتيان به بمقتضى قاعدة الاشتغال.

(إن قلت): لازم ذلك أنه لو وجدها الملتقط الثاني بعد إكمال الملتقط الأول للتعريف أن يترتب في حقه الأحكام المترتبة على التعريف، كما تترتب في حق الأول، لأن كليهما قد التقط المال الذي قد كمل تعريفه.

(قلت): إكمال الأول للتعريف أوجب ثبوت حق له في المال، فالتقاط الثاني لما حصل بعد ثبوت الحق في المال في طول حق المالك لم ينهض برفعه، كما لو التقط العين المرهونة.

نعم لو تعذر عليه بتعريف متجدد الوصول لصاحب الحق لم يبعد ثبوت الحق له في طول حق الملتقط، كما يثبت حق الملتقط في طول حق المالك، وغيره ممن له حق في المال.

بقي شيء. وهو أن ما سبق كما يقتضي منع الملتقط الأول من إبقاء العين في يد الملتقط الثاني مع عدم وثوقه بإكمال التعريف كذلك يقتضي منع الملتقط الثاني من إبقاء العين في يد الملتقط الأول مع عدم وثوقه بإكمال التعريف، لأنه مكلف مثله بإكمال التعريف، فلا بد من إحرازه الفراغ عنه كالثاني.

وحيث يتعين إحرازهما معاً لإكمال التعريف بالاشتراك بينهما فيه، أو بإيكال أحدهما أمره للآخر إذا وثق به.

وبعد إكمال اشتراك في الأمر المترتب عليه من التملك أو حل التصرف، أو التخيير أو غير ذلك، كما لو اشتركا معاً في التقاط المال دفعة واحدة، وإن اختلفا في أنه في صورة الاشتراك في التقاط واحد يجري حكم واحد عليهما معاً بالاشتراك، وفيما نحن فيه يجري على كل منهما الحكم باستقلاله ويتزامن في إجراءاته. نعم في الصورتين يمكن أن يعرض أحدهما عن حقه للآخر.

كما أن للمالك الرجوع على كل منهما به لو عثر عليه بعد إكمال التعريف وجريان الوظيفة المترتبة عليه. لأن كلا منهما ملتقط له، فهو موضوع للضمان

فيها لو ضاعت اللقطة من ملتقط والتقطها آخر ١٢٧

استقلالاً، نظير تعاقب الأيدي. ومجرد إعراض أحدهما عن حقه للآخر - لو حصل - لا يسقط الضمان عنه، لإطلاق دليله.

نعم لا يبعد استقرار الضمان على من تلف المال عنده، كما هو الحال في تعاقب الأيدي أيضاً. هذا ما يظهر لنا فعلاً. وإن كان الأمر بعد محتاجاً لمزيد من التأمل. وبعد التأمل في المقام ألفت نظرنا أمر، وهو أن الملتقط لا تنحصر وظيفته بإيصال اللقطة للمالك، بل يكفي إيصالها لمن له الولاية عليها، بل هو المتعين عند تعذر الإيصال للمالك. وولاية الملتقط عليها في طول ولاية الولي عليها، لا في عرضها، ليزاحمه فيها.

ومن الظاهر للملتقط الأول الولاية على اللقطة في حفظها والقيام بالوظائف المتعلقة بها من التعريف وما يترتب عليه. وحيث حصل التقاط الثاني مع ثبوت الولاية المذكورة وعدم ارتفاعها، تعين ثبوت الولاية له في طول الولاية المذكورة، لا في عرضها، ولزمه تسليمها للأول مع العثور عليه. وبرأ بذلك من الضمان كما يبرأ بتسليمها لغيره من الأولياء، ويكون كما لو عثر على غيره ممن له الولاية عليها. ولا وجه لمزاحمته له بعد كون ولايته عليها في طول ولايته لا في عرضها. ويتعين عليه حمله على الصحة لو احتمل عدم قيامه بالوظيفة فيها، كما في سائر الأولياء. نعم لو علم بتفريطه وخيانتة، فحيث تسقط ولايته، يتعين عدم تسليمها له، وقيامه بنفسه بالوظائف المذكورة.

غاية الأمر أنه يشكل ثبوت الحق له في التصرف أو التملك بعد التعريف. بل يكون للأول. إلا أن يدعى انصراف دليل ثبوت الحق المذكور عن المفرد، كما هو غير بعيد.

وحيث يتعين الاحتياط في حق الثاني بالجمع بين وظيفتي اللقطة ومجهول المالك بالتصدق بعد التعريف بعد استئذان الحاكم، لاحتمال عدم ولاية الملتقط الثاني عليه. هذا كله مع العلم بسبق ملتقط لها. أما مع الشك فاستصحاب عدمه يقتضي

فإن لم يعرفه ووجب عليه التعريف بها سنة (١)، فإن وجد المالك دفعها إليه، وإن لم يجده ووجد الملتقط دفعها إليه (٢). وعليه إكمال التعريف سنة ولو بضميمة تعريف الملتقط الثاني. فإن لم يجد أحدهما حتى تمت السنة جرى التخير المتقدم (٣).

جريان حكم اللقطة في حق الثاني، كما في سائر أفراد اللقطة. فتأمل جيداً. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) مما سبق يظهر أن ذلك إنما يجب إذا لم يعلم بسبق التقاطها من قبل غيره أو لم يعلم بشروع الملتقط السابق في التعريف. أما لو علم بشروعه به فيكفي إكمال التعريف سنة بضميمة ما حصل من تعريف الملتقط الأول، كما يكتفي الأول لو رجعت إليه بإكمال التعريف سنة بضميمة ما حصل من الثاني، كما سيذكره ^{تتبع}. كما أنه لو علم بسبق التعريف سنة من السابق لم يجب عليه التعريف من أجل الخروج عن حق المالك.

نعم يجب عليه التعريف سنة من أجل الخروج عن حق الملتقط الأول، ليحل له إجراء الوظيفة المقررة على المال.

اللهم إلا أن يستشكل في عموم وجوب التعريف لذلك، لاختصاص نصوصه بما إذا كان الغرض منه الوصول للمالك أو من يقوم مقامه، دون مثل الملتقط ممن يثبت له الحق في العين في طول حق المالك، فيعتين عليه الاحتياط بالتصدق بالوجه المتقدم بعد اليأس من الوصول للملتقط الأول. فلاحظ.

(٢) بناء على ما سبق من أولوية الملتقط الأول باللقطة، أما بناء على عدمها فيتعين تحملها معاً مسؤولية إكمال التعريف ولو بإيكال أحدهما أمره للآخر مع وثوقه به، على ما سبق.

(٣) أما بناء على عدم أولوية الأول من الثاني باللقطة فظاهر، لجريان حكم اللقطة عليه كما يجري على الأول. وعدم العثور على الأول لا ينافي حكم استقلاله

(مسألة ٢٣): قد عرفت أنه يعتبر تابع التعريف طوال السنة (١)، فقال بعضهم يتحقق التابع بأن لا ينسى اتصال الثاني بما سبقه وأنه تكرر لما سبق (٢) ونسب إلى المشهور أنه يعتبر فيه أن يكون في الأسبوع الأول كل يوم

بإجراء حكم ما بعد التعريف، لأنه مستقل بالاتقاط الثاني، وليس مشتركاً مع الأول في التقاط واحد، كي يشاركه في الحكم، ويلزم اتفاقهما على اختيار واحد. غاية الأمر أنه لو وجد الأول بعد ذلك شاركه في التخيير أو غيره من الحكم المترتب على التعريف.

وكذا بناء على أولوية الأول من الثاني باللقطة لو لم يعلم بسبق التقاط غيره لها، لاستصحاب عدمه، كما سبق.

أما لو علم بذلك فيشكل ثبوت الحكم المترتب على التعريف له، بل ينبغي ثبوته للأول، كما لو علم حين الالتقاط بإكمال الملتقط الأول التعريف، الذي سبق تعيين الاحتياط فيه بالتصدق.

(١) الذي تقدم في المسألة الثامنة عشرة هو وجوب إشغال السنة الأولى بالتعريف ولو عصى وأنه لو عصى ولم يكمل سنة وجب عليه إكمالها مع احتمال العثور على صاحبها وإن تقدم الإشكال في ترتب أحكام ما بعد التعريف حينئذ.

(٢) الموجود في كلامهم في بيان ملاك ما يأتي من المشهور وضابطه أمران. (الأول): أن لا ينسى اتصال الثاني بما سبقه. وهو الذي يظهر من الدروس، فإنه بعد أن ذكر الصورة الآتية عن المشهور قال: «والضابط أن يتابع بينها بحيث لا ينسى اتصال الثاني بمتلوه»، حيث يظهر منه أن ذلك هو المعبر في جميع موارد تكرر التعريف، ونسبه في المسالك للعلماء وفي محكي الكفاية للأصحاب.

أما غيره فقد يظهر منه أن ذلك شرط إذا انتهى الحال إلى التعريف في كل شهر، وأنه حينئذ لا بد أن يكون بحيث لا ينسى ما سبقه.

مرة، وفي بقية الشهر الأول كل أسبوع مرة، وفي بقية الشهر كل شهر مرة (١).
وكلا القولين مشكل (٢).

(الثاني): ظهور أن التعريف التالي تكرر لما سبق. وهو المذكور في الروضة، حيث قال: «ومعنى جوازه متفرقاً أنه لا يعتبر وقوع التعريف كل يوم من أيام الحول، بل المعتبر ظهور أن التعريف التالي تكرر لما سبق، لا للقطعة جديدة، فيكفي الابتداء كل يوم مرة...» وذكر الصورة الآتية عن المشهور. ومن الظاهر اختلاف الوجهين، فإن ظهور التكرار قد يكون مستنداً لبعض القرائن ولو مع نسيان التعريف الأول. وبذلك يظهر أن التقابل ليس بين الوجه الأول المذكور في كلامه ^{ثالث} وما يأتي عن المشهور، بل بينه وبين الوجه الثاني الذي تقدم منّا، مع اتفاق القولين في تحقق المطلوب بالوجه الآتي عن المشهور.

وكيف كان فكلا الوجهين - مع عدم انضباطه - لا يناسب الصورة الآتية عن المشهور اللذين جعلاً ضابطاً وملاكاً لها .

(١) كما في القواعد والدروس والمسالك والروضة وبعض ما تأخر عنها، وهو الذي نسبه في مجمع الفائدة للمشهور، وفي محكي الكفاية للأصحاب. وقد ذكره في التذكرة أيضاً، لكن مع كونه في الأسبوع الأول في كل يوم مرتين في طرفي النهار.

(٢) مما سبق يظهر اتفاق المشهور تقريباً على العدد المذكور، وأن اختلافهم في الضابط الملزم به. وكيف كان فلا ملزم بالضابط ولا بالعدد، لعدم المنشأ لذلك ولا دليل عليه. وأما ما في الروضة من دلالة العرف على الوجه الذي تقدم منه، فهو غير ظاهر.

ومثله ما قد يظهر من التذكرة من أن الوجه الذي ذكره مقتضى العادة، فيجب حمل الخطاب الشرعي عليه بعد العلم بعدم إرادة الاستيعاب الحقيقي للسنة منه. إذ فيه: أنه لا يتضح قيام عادة في المقام، فضلاً عن كونها بالنحو الذي ذكره. وكذا الحال فيما في السرائر من أن أقل ما يعرف في الأسبوع دفعة واحدة. لعدم

واللازم الرجوع إلى العرف (١) فيه. ولا يبعد صدقه إذا كان في كل ثلاثة أيام مرة (٢).

وضوح منشئه كبروياً ولا صغروباً.

نعم في صحيح يعقوب بن شعيب: «يعرفها سنة في كل مجمع»^(١). قال في مجمع الفائدة: «وقد يفهم في كل جمعة إن كان بلداً يقع فيه جمعة». وفيه - مع عدم نهوضه بتمام المدعى - أن تقييد المجمع بالجمعة غير ظاهر الوجه. كما أن لازمه عدم وجوب التعريف في الموضع الذي لا تقام فيه الجمعة. ولا يمكن البناء عليه.

وفي المبسوط: «ويكون أكثر تعريفه في الجمعة التي أصابها فيها، لأن من العادة أن من ضاع له شيء فإنه يهتم بطلبه في أول الأسبوع، فإذا زاد على ذلك لا يهتم به». وهو كما ترى، لأن اهتمام المالك بطلب ماله والفحص عنه يناسب العثور عليه بالتعريف الأقل، وكلما قل طلبه وفحصه احتاج العثور عليه لزيادة التعريف والتأكيد له كي يبلغه من دون طلب منه. ومثله في الإشكال ما في التحرير من أنه ينبغي أن يكثر من التعريف في يوم الوجدان وبعده على التدرج.

نعم قد يكون عدم العثور على المالك في الأيام الأولى مع اهتمامه بالفحص عما فقده سبباً لليأس من العثور عليه بالتعريف، لإعراضه عن الفحص عنه يائساً من تحصيله، أو لتعذره عليه لسفر أو نحوه. وإن لم يكن ذلك مطرداً. (١) كما ذكره في الجملة في مجمع الفائدة ومفتاح الكرامة والجواهر. وقد يظهر من كل من لم يتعرض لهذه الجهة، أو اكتفى بعدم وجوب استيعاب السنة، كما في الشرايع.

(٢) لم يتضح كونه معياراً عرفياً في صدق استيعاب السنة بالتعريف.

(١) وسائل الشيعة ج: ٩ باب: ٢٨ من أبواب الطواف وما يتبعها حديث: ١.

والذي ينبغي أن يقال: لما كان المراد بالتعريف الوصول للمالك وإيصال اللقطة إليه فلا بد من حمله على التعريف الذي يحتمل الوصول به لذلك.

وهو يختلف باختلاف أفراد اللقطة من حيثية أهميتها، بحيث تقضي اهتمام المالك بتحصيلها مهما طال الزمان أو لا، وباختلاف مكان التقاطها من حيثية مكث الذين هم فيه حين الالتقاط وخروجهم عنه - كما في مواسم الحج والزيارات وغيرها - ثم غلبة عودهم إليه قريباً وعدمه، وباختلاف المجمع التي يعرف فيها من حيثية كون الحاضرين فيها جماعة خاصة يتكرر حضورهم فيها وكونهم متباينين يتعاقبون عليها. فالمكان الذي لا يخرج أهله منه قد يتحقق اليأس من العثور على المالك بالتعريف فيه مدة قليلة، فلا بد إما من التعريف في غيره - كما إذا احتمل كونه سبباً في إيصال اللقطة للمالك - أو ترك التعريف، كما إذا حصل اليأس من الوصول إليه به. بخلاف المكان الذي يخرج الناس منه ثم قد يعودون إليه، حيث قد يحتمل الوصول للمالك بتكرار التعريف فيه مدة أطول.

والمجمع الذي يختص بجماعة خاصة قد يتحقق اليأس من العثور على المالك بالتعريف فيه قليلاً، بخلاف المجمع الذي يتعاقب الناس المختلفين عليه... إلى غير ذلك من وجوه الاختلاف.

كما أن التعريف بالنداء يحتاج إلى التكرار بخلاف الفحص بمثل الكتابة في المواضع المطروقة، حيث تبقى الكتابة مدة طويلة.

بل قد يستغنى عن الإكثار من التعريف بما هو الأوصل منه، كما قد يتعارف في بعض المواضع المقصودة من المشاهد الشريفة ونحوها إعداد مكان لإيداع ما يلتقط فيه في رعاية أيد أمينة، ليأتي طالبه ويأخذه متى تيسر له الوصول إليه.

وهذه التفاصيل وإن لم تتضمنها النصوص، إلا أنه يستفاد الجري عليها مما هو المعلوم من الغرض الذي وجب من أجله التعريف.

وعلى ذلك ينحصر تشخيص الوجه الأقرب للوصول إليه بالملكف بنفسه،

(مسألة ٢٤): يجب أن يكون التعريف في موضع الالتقاط (١)، ولا يجزئ في غيره. نعم إذا كان الالتقاط في الزقاق أجزأ التعريف في الصحن أو

ولو باستعانة من يرشده، من دون أن يتيسر ضبطه ولعل ذلك هو الذي أوجب سكوت النصوص وغير واحد عن بيان الضابط.

نعم سبق في صحيح يعقوب بن شعيب الأمر بالتعريف في محل مجمع. ولعله إليه يرجع قوله عليه السلام في معتبر أبي خديجة على رواية التهذيب والفقهاء: «فإنه ينبغي [للحرف. فقيهه] أن يعرفها سنة في مجمع»^(١).

وهو محمول على بيان أحد أفراد التعريف الذي يشيع الابتلاء به، إذ لا إشكال في وجوب غيره لو تعذر ذلك أو كان غيره أوصل منه.

(١) كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد. وقد يحمل عليه ما في القواعد من أنه ينبغي له ذلك.

وقد استدل عليه في جامع المقاصد بصحيح إسحاق بن عمار: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن رجل نزل بعض بيوت مكة فوجد فيها نحواً من سبعين درهماً مدفونة، فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع؟ قال: يسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها. قلت: فإن لم يعرفوها؟ قال: يتصدق بها»^(٢).

وهو كما ترى! لعدم كون مورده من اللقطة عرفاً، وعدم تضمينه التعريف سنة، ولا في موضع الالتقاط، بل لخصوص أهل المنزل حين الالتقاط وإن خرجوا منه وانتقلوا المنزل آخر.

ومن هنا سبق - في المسألة التاسعة والثلاثين من مقدمة كتاب التجارة - الاستدلال به لوجوب التصديق بمجهول المالك.

نعم قد يستدل عليه بأنه المنصرف من نصوص التعريف. لأصالة كون المال

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢٠ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٥ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٣.

لأهل البلد الذي وجد فيه، والاعتداد باحتمال ذلك عرفاً. ولذا يكون احترامه تابعاً لحرمتهم، فلا يجب التعريف بالمال الذي يوجد في البلد الذي أهله كفار غير ذميين. ولو كان من غير أهله يحتمل طلب صاحبه فيه، فيكون التعريف فيه هو الأخرى بترتب الغرض من التعريف، وهو إيصال اللقطة للمالك.

مؤيداً ذلك بما تضمنه معتبر أبان بن تغلب من تعريف المال الذي وجده ثلاثة أيام في المكان الذي وجد فيه^(١)، وما في حديث سعيد بن عمر الجعفي من تعريفه في مكة المال الذي وجده فيها^(٢)، وما يظهر من معتبر ابن أبي يعفور من تعريف الشاة التي وجدها رجل من أهل المدينة ثلاثة أيام في المدينة نفسها^(٣)، وما في صحيح علي بن جعفر من تعريف الشاة التي توجد في الصحراء في الموضع الذي توجد فيه^(٤)، وما يظهر من معتبر علي بن أبي حمزة من تعريف الدينار الذي يلتقط في الحرم قبل رجوع الملتقط إلى بلده^(٥)، وما يظهر من جملة من النصوص من أن ما يوجد في الصحراء لا يعرف في غير موضعه من البلاد التي لم يوجد فيها.

لكن ذلك وإن تم في نفسه، إلا أنه قد يلزم الخروج عنه في بعض الموارد بلحاظ ما سبق من قضاء المرتكزات بأن وجوب التعريف من أجل الوصول للمالك وإيصال ماله إليه، كما لو وجد المال في بعض المواسم التي يجتمع فيها في مكان الالتقاط غير أهل ذلك المكان من أهل بلد خاص محصورين، حيث يقوي احتمال كون المال للوافدين من أهل ذلك البلد. وكذا لو كانت هناك علامة في المال الملتقط تقضي بكونه لأهل بلد خاص من بين الوافدين لمكان الالتقاط، حيث يتعين حينئذٍ في الموردين بعد التعريف في بلد الالتقاط قبل خروج الوافدين ورجوعهم إلى بلادهم التعريف في البلد المذكور

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٧.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٦.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٧.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٧ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

بعد رجوع الوافدين إليه.

ونظيره ما في التذكرة من أنه لو التقط في الصحراء، فإن اجتازت به قافلة يتبعهم ويعرفها فيهم... إلى غير ذلك من الموارد الخاصة التي تشهد فيها قرائن الأحوال بأن اللقطة لقوم معينين محصورين من غير أهل بلد الالتقاط.

نعم لو كانوا من أهل بلدان كثيرة ورجعوا إلى بلادهم وانتشروا فيها لم يجب استيعاب البلاد المذكورة بالتعريف، لما هو المعلوم من عدم ابتناء التعريف الواجب على استيعاب البلدان مع عدم انحصار موارد الاحتمال عنها. ولعله لذا كان ظاهر معتبر علي بن أبي حمزة الاكتفاء بتعريف الدينار الملتقط في الحرم في أيام الموسم، ثم التصديق به بعد الرجوع للكوفة، كما تقدم في المسألة السابعة عشرة.

نعم لو احتمل بوجه معتد به رجوعهم إلى موضع الالتقاط قبل السنة وجب إكمال التعريف، كما في مشاهد المعصومين (صلوات الله عليهم)، حيث يكثر تكرار زيارة شيعتهم بأعيانهم في مواسم الزيارات المتكررة في السنة.

هذا وفي القواعد - بعد ما سبق منه من وجوب التعريف في موضع الالتقاط - : «ولو التقط في بلد الغربة جاز أن يسافر بها إلى بلده بعد التعريف في بلد اللقطة، ثم يكمل الحول في بلده». وفي جامع المقاصد تعقيباً على ذلك قال: «لم يذكر مقدار التعريف في بلد الالتقاط، ولا وقفت على تعيين مقدار منه. ويمكن أن يقال: يجب المقدار الذي يفيد الإشهاد والإعلان في بلد الالتقاط، ثم يكمل الباقي في بلده. إذ من المعلوم أن المرة والمرتين في حكم ما لا أثر له». وظاهره موافقة القواعد في الجملة. وفي مفتاح الكرامة: «ولم أجد من صرح بهذا الفرع بهذا النحو إلا المصنف في الكتاب خاصة».

لكن في المسالك: «ويجب إيقاعه عقيب الالتقاط مع الإمكان، وفي مكانه إن كان بلداً أو مجتمعاً. ولو عرف فيه وأكملة في غيره جاز» وهو يناسب ما سبق من القواعد وجامع المقاصد. كما قال في التحرير: «وينبغي أن يكون في بلده. ولو سافر به

في السوق أو في ميدان البلد (١). أما إذا كان الالتقاط في القفار والبراري، فإن كان فيه نزال عرفهم (٢)، وإن كانت خالية فالاحوط التعريف في

لزمه التعريف في السفر في أي بلد أراد».

هذا ولا يخفى أن ذلك كله لا يناسب ما سبق في وجه لزوم التعريف في بلد الالتقاط، لظهور أن الغرض من التعريف في تمام الحول هو الوصول إلى المالك وإيصال ماله إليه، فإن اقتضى ذلك التعريف في بلد الالتقاط - كما سبق - اقتضاه في تمام الحول، وإلا فلا موجب للتعريف في بلد الالتقاط أصلاً حتى لغير المسافر. ومن هنا لا يخرج عما سبق. فلا حظ.

(١) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر، لظهور أن مرادهم بموضع الالتقاط ليس خصوص المكان الذي يوجد فيه المال، بل مجموع المدينة أو القرية، كما يناسبه ما يأتي منهم من وجوب كون التعريف في مواضع الاجتماع التي يكون من شأن التعريف فيها إعلام جميع أهل المدينة أو القرية وغيرهم ممن يصل إليها أو يبلغه التعريف فيها ولو بالواسطة، لأن ذلك هو الذي يتوقع أن يكون استمرار التعريف فيه سبباً للتعرف على مالك اللقطة.

أما التعريف في خصوص مكان الالتقاط فلا يترتب على استمراره فائدة نوعاً، لقلة من فيه، فيكفي في إعلامهم التعريف فيه قليلاً، وقلة المارين فيه من غيرهم، فتقل فائدة التعريف فيه، ويندر الوصول به للمالك. وبذلك يظهر أن التعريف في المواضع المذكورة هو اللازم، لا أنه مجزٍ فقط.

نعم قد يترتب الغرض على التعريف قليلاً في مكان الالتقاط، فيلزم أيضاً.

(٢) كما في الدروس والمسالك. ولعل عدم ذكر غيرهما له لانصراف كلامهم

إلى فرض خلو الصحراء من ساكنين فيها، لا لخلافهم في ذلك.

وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في ذلك، لأنه مقتضى إطلاق نصوص

المواضع القريبة التي هي مظنة وجود المالك (١).

التعريف، مؤيداً بما في صحيح علي بن جعفر الوارد فيمن يجد شاة في الصحراء^(١). هذا وفي الدروس أن الملتقط يتم التعريف في بلده. وهو إنما يتجه إذا كان احتمال وجود المالك أو من يوصل الخبر له فيه معتداً به عرفاً، لبعض الإمارات. أما بدون ذلك فلا ميزة لبلده على غيره من البلدان.

ولعله لذا ذكر في المسالك أنه يتمه في غير الصحراء من البلاد. قال: «وينبغي تعريفها في أقرب البلاد فالأقرب». وقد يظهر منه وجوب استيعاب البلاد بنحو التدرج بحيث يكون التعريف في الأقرب قبل الأبعد. نعم ذلك لا يناسب ما سبق منه من أن من التقط في الغربية عرف في بلد الالتقاط وأتمه في بلده.

والذي ينبغي أن يقال: إن كانت هناك إمارات تميز بلداً أو بلاداً محصورة باحتمال أن يترتب على التعريف فيها الأثر المقصود منه - وهو الوصول للمالك - تعين إكمال التعريف فيها، وإلا فلا يجب إكمال التعريف، لعدم المرجح لبعض البلاد على بعض، مع ما هو المعلوم من عدم وجوب التعريف في جميع البلاد التي يمتثل ترتب الفائدة على التعريف فيها ولو بعيداً. ولولا ذلك لم يقتصر في التعريف على البلد الذي يقع الالتقاط فيه، لعدم الدليل عليه إلا انصراف إطلاق النصوص له بسبب الاعتداد باحتمال ترتب فائدة التعريف فيه، كما سبق، وهو إنما يصلح لترجيحه والاقتصار عليه إذا لم يجب استيعاب موارد الاحتمال مهما ضعف، كما لعله ظاهر.

(١) مقتضى ما تقدم من المسالك هو التعريف في أقرب البلدان فالأقرب. وفي القواعد والتحرير وجامع المقاصد أنه يعرفها في أي بلد شاء معللاً في الأخير بأنه لا أولوية لبلد على آخر. وكأنه لإطلاق أدلة التعريف.

لكن البناء على الإطلاق المذكور يقتضي عدم ترجيح بلد الالتقاط على غيره. وقد عرفت منهم خلافه، وسبق في وجه ترجيحه انصراف الإطلاق إليه بسبب

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ١٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٧.

ويجب أن يكون في مجامع الناس (١)، كالأسواق ومحل إقامة الجماعات
والمجالس العامة ونحو ذلك مما يكون مظنة وجود المالك (٢).

(مسألة ٢٥): إذا التقط في موضع الغربة جاز له السفر واستنابة

شخص أمين في التعريف (٣)،

الاعتداد باحتمال وجود المالك فيه وطلبه له فيه لو كان من غير أهله، وذلك يقتضي
ترجيح بعض البلاد على غيرها في المقام، تبعاً لقوة احتمال العثور بالتعريف فيها على
المالك، وبدونه يتعين سقوط التعريف بعد ما سبق من عدم وجوب استيعاب البلاد
بالتعريف لمجرد احتمال ترتب غرضه فيه ولو كان ضعيفاً. فلاحظ.

(١) كما ذكره في الجملة في المبسوط والسرائر والشرائع وجملة من كتب العلامة

والدروس والمسالك وغيرها.

وهو مقتضى قوله عليه السلام في صحيحة يعقوب بن شعيب: «يعرفها سنة في كل
مجمع»^(١)، وقريب منه قوله عليه السلام في معتبر أبي خديجة: «فإنه ينبغي للحر [أن يعرفها
سنة في مجمع]»^(٢). وقوله عليه السلام في حديث سعيد بن عمرو: «وعرفه في المشاهد»^(٣).

نعم تقدم في أواخر المسألة الثالثة والعشرين أن الأمر لا ينحصر بذلك، وأن
المعيار مظنة ترتب الأثر المقصود من التعريف عليه. كما ذكره سيدنا المصنف رحمته
هنا. فراجع.

(٢) أو مظنة وصول الخبر للمالك، بحيث يترتب عليه وصول المال إليه، لأن

ذلك هو الغرض الأقصى من التعريف، كما سبق.

(٣) لما تقدم من المسألة التاسعة عشرة من عدم وجوب مباشرة الملتقط

للتعريف بنفسه. وأما اعتبار الأمانة في النائب فهو من أجل استثنائه على اللقطة، أو

(١) وسائل الشيعة ج: ٩: باب: ٢٨: من أبواب مقدمات الطواف وما يتبعها حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧: باب: ٢٠: من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧: باب: ٦: من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

ولا يجوز السفر بها إلى بلده (١). نعم إذا التقطها في منزل السفر جاز له السفر بها والتعريف بها في بلد المسافرين (٢). وكذا إذا التقطها في بلده،

من أجل الوثوق بقيامه بالتعريف، لإحراز امثال الملتقط للتكليف به وخروجه عن عهده. فلو لم توضع اللقطة عنده، أحرز تحقق التعريف منه من طريق آخر لا ملزم بإحرام أمانته، كما لعله ظاهر.

هذا في التذكرة: «وليس للملتقط تسليم اللقطة إلى غيره إلا بإذن الحاكم، فإن فعل ضمن. إلا مع الحاجة، بأن يريد السفر ولا يجد حاكماً يستأذنه، فيجوز أن يسلمها إلى الثقة».

ولم يتضح الوجه في لزوم استئذان الحاكم في التسليم بعد ظهور النصوص في ولاية الملتقط على اللقطة في حفظها ورعايتها، فإن مقتضى ذلك استقلاله في اختيار ما يصلح لحفظها من دون حاجة إلى الاستعانة بغيره من حاكم أو غيره.

ولا يقاس بالوديعة، حيث يكون ظاهر حال المالك استنابته في حفظها له بنفسه. وتسليمها لغيره خروج عن مقتضى إذن المالك، فلا يحل إلا مع الضرورة الملزمة، حيث قد يدعى قصور إذن المالك، فيحتاج إلى إذن الحاكم. فلاحظ.

(١) يعني: على أن يكون التعريف بها في بلده. لما سبق في المسألة الرابعة والعشرين من لزوم التعريف في بلد الالتقاط. وإن تقدم منّا بعض الاستثناءات من ذلك التي لو انطبقت على بلده جاز التعريف فيه، فراجع.

وتقدم هناك من القواعد وجامع المقاصد والمسالك وجوب التعريف باللقطة في بلد الالتقاط ثم إكمال التعريف في بلده. وتقدم الإشكال فيه.

هذا وأما مجرد السفر بها إلى بلده مع التعريف بها في بلد الالتقاط فلا محذور فيه قطعاً. والظاهر خروجه عن مورد كلامهم.

(٢) نظير ماتقدم في المسألة الرابعة والعشرين من التذكرة من أنه لو التقطها في الصحراء وقد اجتازت به قافلة يتبعهم ويعرفها فيهم، لما تقدم من أن ذلك هو

فإنه يجوز له السفر، واستنابة أمين في التعريف (١).

(مسألة ٢٦): اللازم في عبارة التعريف مراعاة ما هو أقرب إلى تنبيه السامع لتفقد المال الضائع وذكر صفاته للملتقط، فلا يكفي أن يقول من ضاع له شيء أو مال، بل لابد أن يقال من ضاع له ذهب أو فضة أو إناء أو ثوب أو نحو ذلك (٢)، مع الاحتفاظ ببقاء الإيهام لللقطة،

الأخرى بتحقيق الغرض من التعريف، وهو الوصول إلى المالك وإيصال ماله له. نعم لابد من انحصار بلد المسافرين في بلاد قليلة. أما مع عدم انحصارها لكثرتها فلا يجب ذلك، لما تكرر منا من عدم وجوب استيعاب البلاد الكثيرة في التعريف من أجل احتمال ترتب الأثر على التعريف ولو كان ضعيفاً جداً. (١) لما سبق من عدم وجوب مباشرة الملتقط للتعريف والوجه في اعتبار أمانته ما سبق، وسبق الكلام فيه.

(٢) قال في المبسوط: «وأما كيفية التعريف فإنه يقول من ضاع له لقطة أو ضاع له دينار أو دينارين [كذا] أو درهم أو دراهم، أو يقول مبهماً ولا يفسره وهو الأحوط»، ونحوه أو قريب منه في السرائر والشرايع والتذكرة والقواعد والتحرير والدروس وغيرها. ولم يتضح الوجه في الاحتياط بالإيهام، كما سبق من المبسوط. غاية الأمر أنه لابد من أن لا يبلغ التفصيل حداً يسهل معه لغير صاحبها أن يعرفها. كما لم يتضح الوجه أيضاً في المنع من الإيهام، كما في المتن، فإن المالك إذا كان ملتفتاً لضياح ماله كفى في انتباهه واحتماله التنبيه لللقطة بنحو الإيهام، وإن لم يكن ملتفتاً لضياح ماله لا يكفي في تنبيهه بيان بعض خصوصيات اللقطة. نعم لا يكفي في التعريف أن يكون بوجه يوهم المالك أن اللقطة مبينة لماله، كما لو كانت اللقطة قميصاً فقال من ضاع منه مال، حيث ينصرف المال عرفاً للنقد، ويغفل عن شموله لكل ما له مالية.

فلا يذكر جميع صفاتها(١).

وبالجملة يتحرى ما هو أقرب إلى الوصول إلى المالك، فلا يجدي
المبهم المحض غالباً، ولا المتعين المحض، بل أمر بين أمرين.
(مسألة ٢٧): إذا وجد مقداراً من الدراهم أو من الدينار وأمكن
معرفة صاحبها(٢) بسبب بعض الخصوصيات التي هي فيها، مثل العدد
الخاص، والزمان الخاص، والمكان الخاص، وجب التعريف(٣)، ولا تكون

(١) قطعاً، حيث يسهل ادعاء كل أحد لها، ولا يترتب على التعريف بها
الوصول للمالك، بل يتوقف ذلك على الاحتفاظ ببعض صفاتها التي ليس من شأن
غير المالك أو من يعلمه المالك معرفتها. ويناسب ذلك ما في حديث سعيد بن عمرو:
«قلت: ما علامة الكيس؟ فأخبرني بعلامته فدفعته إليه»^(١).

نعم بناء على عدم دفعه لمدعي اللقطة بذكر علامته، بل لا بد من قيام البينة على
ملكيتها له، فلا حاجة إلى إبقاء الإبهام حينئذٍ. لكن الظاهر خلافه، كما يأتي إن شاء الله
تعالى في المسألة الرابعة والثلاثين.

(٢) يعني: من طريق التعريف.

(٣) لتحقق موضوعه فتشمله إطلاقات الأمر به. كما أشرنا إليه في المسألة
السابعة عشرة. ويناسبه ما في صحيح أبان عن أبي عبد الله عليه السلام من أمره بتعريف
الدينار التي وجدها في المكان الذي وجدها فيه ثلاثة أيام^(٢)، وما في معتبر علي بن أبي
حمزة من تعريف الدينار الذي وجده في الحرم^(٣).

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب ٦: من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب ٢: من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٧.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب ١٧: من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

حيثئذ مما لا علامة له الذي تقدم سقوط التعريف فيه (١).

(مسألة ٢٨): إذا التقط الصبي أو المجنون (٢)، فإن كانت اللقطة

(١) تقدم ذلك منه **ثَبَّتْ** في المسألة السابعة عشرة، وتقدم متأ بعض الكلام فيه. (٢) قال في المبسوط: «المولّى عليه لسفه أو لصغر إذا وجد لقطة له أن يأخذها، لأن هذا من كسبه وهو غير ممنوع من الكسب. لكن لا يقر في يده، لأنها أمانة وهو ليس بموضع للأمانة، ويسلم إلى وليه...».

وإليه يرجع ما في الغنية والتذكرة والتحرير والقواعد والإيضاح والدروس واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك. وكذا الشرايع والنافع في لقطة المال، وغيرها. نعم قد يظهر من الشرايع في لقطة الحيوان نوع تردد فيه لاقتصاره على ذكر كلام الشيخ **ثَبَّتْ**، وفي المسالك: «والأكثر على ما اختاره الشيخ، بل لم ينقل فيه خلاف» وربما استدل له بإطلاق نصوصها. واستشكل فيه في الرياض ومفتاح الكرامة بأن المتبادر من النصوص المكلف، بحكم التبادر، وتضمنها الأمر بالحفظ أو التصديق أو التملك. ويزيد على ذلك الأمر بالتعريف الذي هو تكليف محض، كما لعله ظاهر.

لكن ذلك لا ينافي فهم العموم من النصوص عرفاً بإلغاء الخصوصية المستفادة من ظهور الأمر بالأمر المذكورة في الفعلية، وحملها على بيان الوظيفة في اللقطة وإن لم تكن فعلية، لقصور الملتقط عن مقام التكليف. ولذا لا يكون التقاط القاصر كالتقاط الحيوان ارتكازاً. كما لا يظن بأحد احتمال خروج الملتقط المكلف عن موضوع النصوص بطرء ما يمنع بعد الالتقاط من فعلية تكليفه من جنون أو نحوه.

وحيثئذ يتعين ثبوت الوظيفة المذكورة بالتقاطه، وإن كان فعلية التكليف به ثم الخروج عنها قد يكون من طريقه - كما لو بلغ الصغير أو شفي المجنون بعد الالتقاط بقليل - أو من طريق الولي أو غيره.

هذا وأما ما ذكروه من شرعية التقاطه لأهليته للاكتساب فهو غير ظاهر الوجه، لعدم الإشارة في النصوص لكون ذلك معياراً في شرعية الالتقاط، ومجرد

دون الدرهم جاز للولي أن يقصد تملكها لها (١). وإن كانت درهماً فما زاد
وجب على وليها التعريف بها سنة (٢)، وبعد التعريف - سواء أكان من

جواز تملك اللقطة في الجملة - لو تم - لا يكفي في فهم ذلك من النصوص، كما لا
يكون عدم أهليته للتكليف بالتعريف الذي تضمنته النصوص أيضاً شاهداً على عدم
شرعية التقاطه.

على أنه تقدم منا الإشكال في جواز تملك اللقطة، وأن المتيقن هو جواز التصرف
لا غير. فالعمدة ما سبق.

(١) بناءً على ما سبق منهم من جواز تملكه. لتحقق موضوع التملك بالتقاط
بناء على ما تقدم من شرعيته منها، ولكون التملك صلاحاً لها نوعاً ووظيفة الولي
مراعاة لمصلحتها لكن مقتضى ذلك وجوب التملك لها على الولي لا مجرد جوازه،
كما هو مقتضى الجمود على الحكم بالجواز في المتن. بل قد يدعى نفوذ قصدهما للتملك
مع تحققه منها، ولا يحتاج لإذن الولي إلا من أجل تشخيص مصلحتها، فإذا كان
التصرف صلاحاً لها نفذ.

أما بناء على جواز التصرف فيه لا غير - كما تقدم منا في المسألة الرابعة عشرة -
فيكون مقتضى ولاية الولي التصرف فيها لصالحها. وفي الضمان عليهما ما سبق في
المسألة المذكورة.

(٢) كما هو ظاهر المبسوط والغنية والشرايع والنافع والقواعد والتذكرة
والتحريم والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والروضة وغيرها، وقد يظهر من
كلام بعضهم المفروغية عنه.

ولا ينبغي الإشكال في جواز ذلك، وكفايته في تحقق الوظيفة المطلوبة في
اللقطة، بعد تحقق موضوعها بالتقاط بناء على ما سبق من شرعيته، وبعد قابلية
التعريف للاستنابة. بل سبق في المسألة التاسعة عشرة كفاية التبرع فيه.

أما وجوبه فقد يشكل بعدم وضوح وجهه بعد عدم فعلية التكليف به في حق

الملتقط. ولو غرض النظر عن ذلك فلا دليل على وجوب قيام الولي مقام المولى عليه في أداء التكاليف الثابتة في ذمته، كحرمة مكثه في المسجد لو كان جنباً.
نعم لا يبعد قضاء المرتكزات التشريعية بوجوب أداء الحقوق المالية الثابتة عليه من ماله.

وليس المقام من ذلك، لعدم كون التعريف حقاً للمالك اللقطة، بل يجب تكليفاً وجوباً طريقياً لإيصال ماله إليه. ولا سيما أن وجوب إيصال المال لصاحبه ليس فعلياً في حق القاصر. غاية الأمر وجوب حمله على التعريف إذا كان قادراً عليه لاحتمال رفع الضمان عنه بوجدان المالك، حيث يجب على الولي رعاية مصلحة المولى عليه ومنعه مما يضره. وهو أمر آخر غير وجوب قيامه بالتعريف بدلاً عنه.

هذا وقد صرحوا أيضاً بوجوب أخذ الولي اللقطة من القاصر وحفظها للمالكها، لعدم قابلية القاصر للاستئمان، وقد يظهر منهم المفروغية عن ذلك.
لكن عدم قابلية القاصر للاستئمان لا يراد به إلا عدم فعلية تكليفه بحفظ الأمانة، ولا يتضح الوجه في وجوب تحمل الولي ذلك بدلاً عنه. غاية الأمر وجوب منعه من إتلافها ونحوه مما يوجب ضمانه لها، دفعا للضمان الذي هو ضرر في حقه، لأن مقتضى ولايته رعاية صلاحه وتجنبيه الضرر المذكور، نظير ما تقدم. وهو أمر آخر غير أخذ الولي اللقطة وتحمل مسؤولية اليد عليها.

وأشكل من ذلك ما في التذكرة من أن الولي يضمن اللقطة إذا علم بالتقاط المولى عليه ولم يأخذها منه فتلفت. حيث لم يتضح الوجه في ضمانه لها بعد عدم تحقق موضوعه - من اليد والإتلاف - في حقه.

ومجرد عدم أخذها منه - حتى لو كان واجباً عليه - لا يقتضي تحقق موضوع الضمان في حقه. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

الولي أم من غيره - يجري التخيير المتقدم (١).

(مسألة ٢٩): إذا تملك الملتقط اللقطة بعد التعريف فعرف صاحبها،

فإن كانت العين موجودة دفعها إليه (٢)،

(١) يعني في حق الملتقط، لأنه هو الموضوع لأحكام اللقطة. غاية الأمر أن

الولي يتولى ذلك، ويختار ما هو الأصلح له. بمقتضى ولايته.

وبذلك يظهر أنه لو كمل الملتقط بعد الالتقاط مباشرة أو في أثناء التعريف أو

بعده تعين فعلية الأحكام في حقه، واستقلاله في القيام بها. والظاهر عدم الخلاف في

ذلك، وإن لم أعثر عاجلاً على تحريره في كلماتهم.

بقي شيء. وهو أنه قال في جامع الشرايع: «وإن وجدها صبي أو مجنون أو

سفيه ولى القاضي وليه أمرها وتعريفها، ثم ملكها الملتقط بعد».

ولم أعثر عاجلاً على موافق له في ذلك. كما لم يتضح وجهه، إذ بعد فرض ولاية

الولي عليه فما هو الوجه في تدخل القاضي والحاكم؟! ولو فرض ولاية القاضي على

اللقطة فما هو الوجه في تعيين تولية ولي الملتقط عليها، بل يتعين توليه بنفسه أو يعين

من يشاء وإن كان غير ولي الملتقط.

(٢) كما في المبسوط والنهاية وجامع الشرايع والتحرير وجامع المقاصد، وفي

المسالك أنه لا يخلو من قرب، وقد يظهر من المقنعة وغيره.

ولا ينبغي الإشكال فيه بناء على ما سبق منا من عدم تملك الملتقط اللقطة بعد

التعريف، بل يجوز له التصرف فيها لا غير.

وأما بناء على تملكه لها بمضي الحول أو بنية التملك فقد يستشكل فيه

باستصحاب بقاء الملك، وعدم ارتفاعه بالعثور على المالك أو بمطالبتة بها. وأما

نصوص الضمان فهي إنما تقتضي أداء المثل أو القيمة، لا أداء العين.

لكن أشرنا في المسألة الرابعة عشرة عند الكلام في لقطة ما دون الدرهم إلى

ابتناء الضمان على احترام ملكية المالك بحيث يقتضي المحافظة على مالية المضمون عند تعذر رده بنفسه. وذلك يقتضي المحافظة على خصوصية العين مع إمكانها، وهو أولى عرفاً من المحافظة على خصوصية المثل عند التلف مع إمكانها.

ولا مجال لقياس ذلك بالدين - كما في التذكرة - حيث لا يجب على المدين إرجاع العين عند الوفاء مع إمكانها. للفرق بابتناء الدين على رضا المالك بالبدل، وهو الذي تنشغل به ذمة المدين، وحينئذ يكون له اختيار أي فرد شاء في تفرغ ذمته. أما الضمان فهو لا يبتني على رضا المالك بالبدل، بل على احترام المال الملزم بالميسور عند التعذر، ولا مجال له مع تيسر دفع العين بنفسها.

ولاسيما مع قضاء المرتكزات التشريعية والعقلانية بذلك، حيث يصعب جداً - بملاحظتها - البناء على حرمان المالك من ماله مع وجوده. وإن كان في نهوضها وحدها بالاستدلال إشكال.

هذا مضافاً إلى النصوص المتضمنة أن اللقطة بعد التعريف يجعلها الملتقط في عرض ماله يجري عليها ما يجري على ماله حتى يجيء لها طالب، فيدفعها له^(١)، بناء على ما سبق من عدم حملها على الحفظ أمانة للمالك.

وقوله عليه السلام في خبر أبي بصير: «من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه»^(٢)، بناء على حمله على ما بعد التعريف، كما أشرنا إليه عند الكلام في لقطة ما دون الدرهم.

وقوله عليه السلام في معتبر أبي خديجة بعد ذكر التعريف: «فإن جاء طالبها دفعها إليه، وإلا كانت في ماله، فإن مات كانت ميراثاً لولده ولمن ورثه، فإن لم يجيء لها طالب كانت في أموالهم هي لهم، فإن جاء طالبها بعد دفعها إليه»^(٣). ولعله لذا ذكر في الدروس أن القول المذكور قد يظهر من الروايات وكلام القدماء. وكيف كان فهو

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٣، ١٠، ١٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٤ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢٠ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

وليس للمالك المطالبة بالبدل (١). وإن كانت تالفة، أو منتقلة عنه إلى غيره

المتعين.

ولا مجال للبناء على وجوب دفع البدل مع وجود العين، ووجوب رضا المالك به، لأنه الثابت بمقتضى الاستصحاب المذكور. بل لم أعثر عاجلاً على قائل بذلك. بل القول الآخر هو عدم جواز انتزاع المالك العين، بل تخيير الملتقط بين دفع العين ودفع البدل، وهو المصرح به في الشرايع والتذكرة والقواعد والدروس، وقد يظهر من الإيضاح، وادعى في المسالك أنه الأشهر تارة، والمشهور أخرى. وكأن الوجه فيه ما في التذكرة من أن العين لا تنحط عن مرتبة المثل، ولا شك في أنه لو دفع إليه المثل لم يكن له المطالبة بغيره، فكذا العين.

وهو في نفسه جيد فيما إذا كانت اللقطة مثلية، لأن العين من أفراد المثل المفروض انشغال الذمة به عند الضمان. أما إذا كانت اللقطة قيمية، فمرجع الضمان إن كان هو انشغال الذمة بالعين ودفع القيمة بدلاً عنها لتعذرهما فيتعين دفع العين مع وجودها، لا مجرد سلطنة الضامن على دفعها من دون أن يلزم بذلك. وإن كان مرجعه إلى انشغال الذمة بالقيمة فالإكتفاء بدفع العين من دون رضا المالك يحتاج إلى دليل. وأولويته من دفع المثل لا ترجع إلى محصل، لأن المفروض في المثلي انشغال الذمة بالمثل الذي من أفراد العين، والمفروض هنا عدم انشغال الذمة بالعين. كما أن ما سبق منا في تقريب الأولوية عرفاً يقتضي لزوم دفع العين، لا جوازه. ومن هنا كان القول المذكور في غاية الإشكال. ودونه في الإشكال لزوم دفع القيمة، وإن لم يمكن البناء عليه بعد ما سبق في وجه لزوم دفع العين.

(١) مما سبق يظهر الوجه فيه، وإن لم أعثر على قائل به، وإنما القول الآخر هو وجوب رضاه به لو دفعه الملتقط إليه. ولعله لذا كان الأنسب له *تُتَبَرَّكُ* التعرض له، وإن كان هو أضعف الاحتمالات في المقام كما سبق.

بقي في المقام شيء. وهو أنه قال في الشرايع: «لو عابت بعد التملك فأراد

بيع أو صلح أو هبة أو نحوها، كان للمالك عليه البدل (١): المثل في المثلي

ردها مع الأرش جاز. وفيه إشكال، لأن الحق تعلق بغير العين فلم يلزمه أخذها معيبة» واقتصر على الإشكال من دون بيان وجهه في القواعد. وقوى عدم الجواز في الإيضاح، للوجه الذي ذكره في الشرايع.

وقوى في التذكرة والدروس الجواز وإلزام المالك بقبول العين مع الأرش، كما لو كانت سليمة. وكأنه لما سبق من دعوى أنه أقرب للعين من القيمة.

وفيه: أن القرب وحده لا يكفي في لزوم قبول غير الحق المفروض كونه القيمة في القيميات والمثلي السليم في المثليات. ولذا لا يظن بهم الالتزام بذلك في الدين لو أراد المدين الوفاء بالعين المعيبة مع الأرش.

وإنما التزم بلزوم قبول العين مع سلامتها لأنها لا تنحط عن مرتبة المثل الراجعة لدعوى أولويتها منه. وهي لو تمت تختص بها إذا كانت العين سليمة.

نعم بناء على ما سبق منّا ومن جماعة من استحقاق المالك العين يتعين ردها في المقام - كما نبه له غير واحد - ولو لإطلاق النصوص. غايته أن مقتضى الضمان الذي تضمنته النصوص هو ضمان نقصها بالأرش.

(١) إما إذا كانت تالفة فظاهر، لتعذر رجوع العين، فيكون مقتضى الضمان دفع البدل. ويناسبه قوله عليه السلام في خبر حنان: «وخيره إذا جاءك بعد سنة بين أجرها وبين أن تغرمها له إذا كنت أكلتها»^(١).

وأما إذا كانت منتقلة بتصرف ناقل فلا مجال للبناء على بطلان التصرف المذكور، كما في التذكرة والتحرير. قال في التذكرة: «لأن الملتقط قد تصرف تصرفاً صحيحاً»، فيكون كما لو تعذر الإرجاع في الانتقال للبدل.

هذا ولو كان الانتقال بعقد جائز أو أمكن التقايل فقد يدعى أن مقتضى إطلاق النصوص المتقدمة وجوب إرجاع العين بفسخ العقد أو التقايل فيه. وإن كان الأمر

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٥.

والقيمة في القيمي. وإن تصدق الملتقط بها فعرف صاحبها غرم له المثل أو القيمة (١). وليس له الرجوع بالعين إن كانت موجودة (٢)، ولا الرجوع على المتصدق عليه بالمثل أو القيمة إن كانت مفقودة (٣). هذا إذا لم يرض المالك بالصدقة، وإلا فلا رجوع له على أحد، وكان له أجر التصدق (٤).
(مسألة ٣٠): اللقطة أمانة في يد الملتقط (٥)، لا يضمنها (٦)

لا يخلو عن إشكال.

نعم قد يتجه ذلك فيما إذا رجعت العين للملتقط قبل العثور على المالك أو قبل دفع البدل له. وقد تقدم في المسألة التاسعة والعشرين من مبحث الخيارات من كتاب البيع ما قد ينفع في المقام.

(١) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر. وجملة من نصوص التصدق صريحة فيه^(١).
(٢) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر أيضاً. لإذن الشارع الأقدس في التصدق المستلزم لنفوذه، بل لزومه، لما هو المعلوم من لزوم الصدقة. مضافاً إلى النصوص المشار إليها.

(٣) بلا إشكال ولا خلاف ظاهراً أيضاً. لعدم المنشأ له بعد ملكه للعين بسبب التصدق. مضافاً إلى النصوص المشار إليها.

(٤) كما تضمنته النصوص المذكورة.

(٥) يعني شرعية. بلا إشكال ظاهر، لأنه مقتضى الترخيص في الالتقاط. نعم في فرض حرمة الالتقاط يكون غاصباً، لعدم الترخيص في وضع اليد لا من المالك ولا من الشارع.

(٦) كما صرح به جمهور الأصحاب في مطاوي كلماتهم بنحو يظهر منهم المفروغية عنه، وفي الجواهر: «بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك». وفي مفتاح

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب ٢: من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢، ١٤ وباب: ١٨ منها حديث: ١.

الكرامة: أن كونها أمانة في الحول غير مضمونة مما لا خلاف فيه ولا إشكال، كما تقدم مراراً، وكونها أمانة بعده غير مضمونة ما لم يتصدق أو ينو التملك مما تكرر في كلامهم، وظاهر التذكرة عدم الخلاف فيه حتى من العامة.

وأن الوجه فيه عموم عدم ضمان الأمين. لكن الظاهر منه أو المتيقن هو الأمانة الملكية، كما يظهر بمراجعة المسألة الثانية والثلاثين من كتاب الإجارة. ولا يتضح العموم للأمانة الشرعية، خصوصاً اللقطة، حيث تطابقت النصوص والفتاوى على كراهة التقاطها.

ومن هنا كان الأولى الاستدلال بالأصل بعد عدم عموم يقتضي ضمان صاحب اليد المأذون في وضع يده على المال.

نعم قد يشكل ذلك بلحاظ إطلاق بعض نصوص الضمان في اللقطة، كصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام: «وسألته عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوباً أو دابة كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنة، فإن لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها إياه، وإن مات أو وصى بها. فإن أصابها شيء فهو لها ضامن»^(١). فإن حمل إطلاق الحكم بالضمان في ذيله على خصوص ما بعد الحول، أو بعد التملك أو التصديق، بلا شاهد.

ودعوى أن ذلك هو المتيقن من الصحيح، لأن ذكر الضمان بعد التعريف موجب لاحتمال كونه من أحكام ما بعد التعريف، لا من أحكام اللقطة على الإطلاق، فيكون المرجع في حكم ما قبل التعريف الأصل المتقدم.

مدفوعة بأن ذلك مستلزم لعدم استيفاء الصحيح للأقسام، لعدم التعرض فيه لحكم الضمان في أثناء مدة التعريف، وهو خلاف الأصل في الجواب. وهذا بخلاف ما إذا كانت الجملة مستأنفة لبيان حكم اللقطة على الإطلاق، أو كانت هناك قرينة التقييد بما بعد التعريف، حيث يكون مقتضاه التفصيل في الضمان بين الحالين. وقد

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١٣.

إلا بالتعدي أو التفريط بها (١). ولا فرق بين مدة التعريف وما بعدها (٢).
نعم إذا تملكها (٣) أو تصدق بها ضمنها على ما عرفت.

تقدم منا نظير ذلك في أواخر المسألة السابعة عند الكلام في الضالة.
ولاسيما أن التفصيل المذكور غير عرفي، فإن ثبوت الضمان قبل أداء الوظيفة
في اللقطة أنسب منه عرفاً بعد أدائها، خصوصاً التصديق الذي هو نحو من الإحسان
للمالك، وسبق منا استحبابه. كما أنه المناسب لكرهه الالتقاط.
نعم قد يصعب البناء على ذلك بعد ظهور تسالم الأصحاب على عدم الضمان.
إلا أن يستشكل فيه بقوة احتمال كونه مبنياً على دعوى عموم عدم ضمان الأمانة، لا
إجماعاً تعبدياً ينهض بنفسه بالاستدلال. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.
(١) فإن الضمان معها ليس مورداً للإشكال، حملاً في ذلك للأمانة الشرعية
على المالكية، وللخروج بها عن مقتضى الاستئمان والإذن الشرعي في القبض، وأما
على ما ذكرنا فالأمر أظهر. فلاحظ.

(٢) كما يظهر من بعضهم التصريح به، لعين الوجه المتقدم منهم.
ومقتضى ذلك أنه لو بقي متردداً فيما يختار فيها من الخصال الثلاث التي
ذكرها لا يكون ضامناً لها، مع أن ذلك لا يناسب صحيح علي بن جعفر حتى لو
غض النظر عما سبق منا.

كما أنه يتوقف ذلك على جواز الاحتفاظ بها للمالك على أنه طرف ثالث في
التخيير، أما بناء على ما سبق منا من منع ذلك، فيتعين قصور الوجه المذكور عنه، ولا
مخرج عن الضمان، للخروج عن الوظيفة المقررة شرعاً. أما بناء على ما سبق منا من
عموم الضمان فالأمر أظهر.

(٣) بناء على شرعية التملك. وقد تقدم في المسألة الرابعة عشرة الإشكال فيه،
بل المنع منه، وأن الثابت جواز التصرف، لكن مع الضمان أيضاً.

(مسألة ٣١): المشهور جواز دفع الملتقط للقطة إلى الحاكم (١). وفيه

إشكال. وكذا الاشكال في جواز أخذ الحاكم لها (٢)

(١) يعني: بنحو يبرأ من ضمانها، كما لو دفعها إلى المالك. وبذلك طفحت كلماتهم. ويظهر من جملة منها المفروغية عن ذلك، قال في القواعد: «ولو دفع اللقطة إلى الحاكم فباعها رد الثمن على المالك، فإن لم يعرف بعد الحول ردها على الملتقط، لأن له التملك والصدقة». وقريب منه كلام غيره. وفي جامع المقاصد: «لا ريب أن دافع اللقطة إلى الحاكم يبرأ بذلك، لأنه ولي الغائب». وبذلك استدل في الجواهر أيضاً. وإليه يرجع ما في التذكرة من أنه نائب عن المالك.

لكن ذلك إنما يتجه بناء على ثبوت الولاية العامة للحاكم، نظير ولاية الإمام وهو ممنوع. والمتيقن ثبوت ولاية الحسبة له فيما يعلم برضا الشارع بوقوعه، ولا دليل على سلطنة واحد معين عليه، بل ولا احتمال ذلك. حيث يكون الحاكم هو المتيقن السلطنة عليه، لاحتمال ولايته حينئذٍ وعدم احتمال أولوية غيره منه، كما تقدم في المسألة السابعة والعشرين من فصل شروط المتعاقدين من كتاب البيع.

ولا مجال لذلك في المقام بعد نهوض نصوص اللقطة بإثبات ولاية الملتقط على اللقطة، ووجوب حفظها عليه، وضمانه لها في الجملة، حيث يكون مقتضى إطلاقها عدم سقوط ولايته وخروجه عن تبعثها بتسليمها للحاكم، كما لو سلمها لغيره، كما لعله ظاهر.

نعم لا بأس بتسليمها له على أنه وكيل عن الملتقط في حفظ أمانته إذا تيسر له ذلك، من دون أن يخرج الملتقط عن تبعثها. كما يجوز له تسليمها لغيره ممن يثق به، على ما تقدم في المسألة الخامسة والعشرين.

(٢) يعني: على أن يستقل بها من دون أن يكون وكيلاً عن المالك. لمخالفته

لمقتضى النصوص من تعين الملتقط لذلك، وانحصار أمرها به.

نعم لو خرج الملتقط عن مقتضى وظيفته وامتنع من القيام بها جاز للحاكم

أو وجوب قبولها (١) وكذا في وجوب التعريف على الملتقط بعد دفعها إلى الحاكم (٢)

القيام به حسبة، كما يجوز لغيره بإذنه.
لكن يشكل حينئذ تصرفه أو تملكه لها بعد التعريف، لعدم كونه موضوعاً لها،
لعدم كونه ملتقطاً. كما يشكل منه بذلها للملتقط بعد خيانتته وخروجه عن مقتضى
وظيفته.

فالأحوط الاقتصار على التصديق بها مع اليأس من العثور على المالك بعد
مضي مدة التعريف، جمعاً بين وظيفة اللقطة ووظيفة مجهول المالك، نظير ما تقدم في
المسألتين السابعة عشرة والثامنة عشرة. فراجع.

(١) ففي التذكرة أن الملتقط إذا أخذ اللقطة للحفظ للمالك أو بدا له أن يحفظها
للمالك بعد الأخذ فإن دفعها للحاكم وجب على الحاكم قبولها، معللاً لذلك بأن
الحاكم معد لمصالح المسلمين، وأعظمها حفظ أموالهم.

وفيه: أنه لو ثبت له ذلك في الجملة، إلا أنه لم يتضح عموم وجوب توليه حفظها
بنحو يشمل المقام، خصوصاً مع وجود من هو مكلف شرعاً بحفظها، وهو الملتقط.
بل الإنصاف أن أدنى ملاحظة لنصوص اللقطة بأقسامها الواردة عن
النبي صلی اللہ علیہ وسلم - من طرق الخاصة والعامة - وعن الأئمة عليهم السلام من بعده يوجب القطع
بعدم ثبوت الأحكام الثلاثة السابقة، لظهور إمكان قبضهم (صلوات الله عليهم)
للقطة من الملتقط، وتصرفهم فيها حسب أنظارهم الشريفة، أو قبض من ثبت عنهم
نصبه للقضاء من دون محذور ظاهر، ومع ذلك لا إشارة في النصوص لذلك، ولا
يظهر عمل المسلمين عليه في هذه المدة الطويلة، فكيف يكون شيء من هذه الأحكام
مشروعاً؟! ومن الغريب جداً بملاحظة ذلك تعرض الأصحاب من أهل الفتوى لها،
بل اشتهاها بينهم بهذا الوجه.

(٢) كما يظهر من بعض كلماتهم، قال في جامع المقاصد: «ويكفي تعريف

على تقدير القول بجوازه (١).

(مسألة ٣٢): إذا شهدت البينة بأن مالك اللقطة فلان وجب دفعها إليه (٢)، وسقط التعريف (٣)، سواء أكان ذلك قبل التعريف أم في أثناءه أم بعده، قبل التملك أم بعده. نعم إذا كان بعد التملك فقد عرفت أنه إذا كانت موجودة عنده دفعها إليه، وإن كانت تالفة أو بمنزلة التالف دفع إليه البدل. وكذا إذا تصدق بها ولم يرض بالصدقة.

الحاكم عن تعريفه، لأنه لا يجب أن يعرفه بنفسه». لظهوره في أن التعريف بالأصل من وظيفة الملتقط حتى مع الدفع للحاكم.

(١) والوجه في الإشكال في وجوب التعريف على الملتقط حينئذ أن التسليم للحاكم إذا كان بملاك ولايته ونيابته عن المالك - كما سبق منهم - فهو كالتسليم للمالك أو وكيله يرتفع معه موضوع التعريف.

غاية الأمر أن يكون مقتضى ولاية الحاكم - لو تمت - أن يتصرف هو في المال بما يراه الأصلاح للمالك أو لعموم المسلمين - حسبما يقتضيه اجتهاده في سعة ولايته - بالفحص عن المالك، أو صرف ماله فيما هو الأصلاح له أو لهم، وغير ذلك.

(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب من دون خلاف ظاهر، بل قد يظهر من مساق بعض كلماتهم المفروغية عنه، وفي مفتاح الكرامة أنه مما لم يختلف فيه اثنان. لعموم حجية البينة، على ما أوضحناه في المسألة التاسعة من مباحث الاجتهاد والتقليد من هذا الشرح.

(٣) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر، لارتفاع موضوعه بوجدان المالك. ولا يعتد باحتمال خطأ البينة لو حصل بعد فرض حجيتها شرعاً.

(مسألة ٣٣): إذا تلفت العين قبل التعريف، فإن كانت غير مضمونة - بأن لا يكون تعد أو تفريط (١) - سقط التعريف (٢)، وإذا كانت مضمونة لم يسقط (٣). وكذا إذا كان التلف في أثناء التعريف، ففي الصورة الأولى يسقط التعريف، وفي الصورة الثانية يجب إكمالها (٤)، فإذا عرف المالك دفع إليه المثل أو القيمة (٥).

(١) بناء على ما سبق منهم في المسألة الثلاثين من عدم الضمان حينئذٍ. وإن سبق منا الإشكال فيه.

(٢) لارتفاع موضوعه، لظهور أن الغرض منه إيصال المال للمالك، فمع فرض عدم وجود المال وعدم ضمانه لا يبقى هناك شيء يجب إيصاله، ليجب التعريف مقدمة لذلك.

(٣) كما يناسبه ما سبق من جملة منهم من عدم سقوطه في التقاط ما لا بقاء له. وكأنه لإطلاق دليل التعريف بعد تحقق موضوعه والغرض منه هو إيصال المال لصاحبه.

ولو فرض انصرافه بدوياً لصورة وجود العين، ولو بضميمة اشتغال كثير من نصوصه على تسليم العين للمالك في مدته أو بعدها، إلا أنه لا يبعد إلغاء خصوصية ذلك عرفاً، بلحاظ قيام البدل مقام الأصل.

وما سبق منا في مسألة التقاط ما لا بقاء له في وجه عدم إلحاقه بما من شأنه البقاء لا يجري هنا، كما يظهر بالرجوع له والتأمل فيه.

(٤) يعني ولا يجب استئناف تعريف سنة من حين التلف. لعدم نهوض دليل وجوب التعريف بأكثر من الإكمال.

(٥) بلا إشكال ظاهراً. خروجاً عن مقتضى الضمان.

أما إذا لم يعثر على المالك فقد يقال: إن مقتضى ما سبق منه ^{تتسبب} في المسألة

(مسألة ٣٤): إذا ادعى اللقطة مدع وعلم صدقه وجب دفعها إليه (١). وكذا إذا وصفها بصفاتهما الموجودة فيها. ولا يكفي مجرد ذلك (٢)،

المذكورة جريان حكم ما بعد التعريف على البذل.

إلا أن يفرق بينهما بالإذن هناك شرعاً في التصرف في اللقطة والانتقال للبذل، بخلاف المقام، حيث يكون الإلتلاف هنا عدوانياً غير مأذون فيه، فيشكل الإلحاق بصورة بقاء العين في جريان حكم ما بعد التعريف. على أنه تقدم منا الإشكال في جريان حكم ما بعد التعريف بما هو وارد هنا أيضاً، كما يظهر بمراجعته.

(١) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر، سواء حصل العلم من وصفه لها أم من العلم بتدينه أو نحوه. لما هو المعلوم من حجية العلم بذاته مع غض النظر عن سببه. ولخصوص نصوص اللقطة المتضمنة لدفعها لصاحبها إذا عرفه. وبذلك يظهر وجوب دفعها لمن يعرف أنه المالك وإن لم يدعها.

(٢) كما في المبسوط والخلاف والسرائر والشرايع وكشف الرموز وجملة من كتب العلامة والدروس واللمعتين والمسالك وغيرها. ونسب في المبسوط وجوب الدفع بالوصف إلى قوم شذاذ. وظاهره أنهم من العامة، وبه صرح في كشف الرموز. وكأنه لعدم الدليل على حجية الوصف.

وفي النافع: «لا تدفع اللقطة إلا بالينة، ولا يكفي الوصف. وقيل: يكفي في الأموال الباطنة كالذهب والفضة، وهو حسن»، وهو ظاهر المهذب البارع ومحكي المقتصر. لكن قال في كشف الرموز: «فأما التفصيل فما أعرف منشأه ولا القائل به. واستحسنه شيخنا نظراً إلى تعذر إقامة البينة بذلك».

على أن التفصيل المذكور لا يخلو في نفسه عن غموض. إلا أن يرجع إلى ما يأتي الكلام فيه من حصول الاطمئنان أو الظن بصدق صاحبه.

هذا وقد صرح عامة من سبق بعدم كفاية حصول الظن من الوصف في وجوب دفع اللقطة للواصف، وأنه لا بد في لزومه من البينة. كما صرح أكثرهم بجواز دفع

الملتقط لها بالوصف وإن لم يلزم بذلك، وفي جامع المقاصد وعن الكفاية أنه المشهور، وفي المسالك والروضة أنه الأشهر. بل مقتضى إطلاق التحرير واللمعة ذلك ولو مع عدم حصول الظن من الوصف. ولم يعرف الخلاف في ذلك إلا من السرائر فمنع من جواز دفعها له إلا مع البيئنة.

وقد استدلل للمشهور في كلماتهم بغلبة عدم تيسر إقامة البيئنة، فلو اقتصر عليها لزم عدم وصول اللقطة إلى صاحبها غالباً، وهو مما يعلم بعدم رضا الشارع الأقدس به، وذلك يكشف عن كفاية الظن في المقام، كما في كثير من الموارد. مضافاً إلى قرب قيام السيرة على ذلك لأنه الميسور نوعاً في الوصول إلى المالك، ولولاه لتعذر وصول اللقطة لصاحبها غالباً، فلو لم يشرع لاحتياج لبيان ذلك، ولو بان لظهر.

لكنه كما ترى! لأن ذلك إن بلغ حدّ الحجية التي يخرج بها عن عهدة المال تعين وجوب دفع العين للواصف لحرمة حبس المال عن صاحبه، وإلا فلا مجال لجواز دفعها له، لما فيه من التفريط بهال الغير. فالتفصيل بين الوجوب والجواز مما لا مجال له. هذا وقد استدلل على الجواز - مضافاً إلى ذلك - بصحيح البزنطي: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير الذي يسوي دراهم كثيرة وهو مستوي الجناحين وهو يعرف صاحبه، أيجل له إمساكه؟ فقال: إذا عرف صاحبه رده عليه، وإن لم يكن يعرفه وملك جناحه فهو له. وإن جاءك طالب لا تهمه رده عليه»^(١)

وصحيح ثعلبة بن ميمون عن عمرو بن سعيد الجعفي قال: «خرجت إلى مكة وأنا من أشد الناس حالاً، فشكوت إلى أبي عبد الله عليه السلام، فلما خرجت من عنده وجدت على بابه كيساً فيه سبعمائة دينار، فرجعت إليه من فوري ذلك فأخبرته. فقال: يا سعيد اتق الله عز وجل وعرفه في المشاهد. وكنت رجوت أن يرخص لي فيه، فخرجت وأنا مغتم... فنزلت في بيت متنجساً عن الناس، ثم قلت: من يعرف الكيس؟ فأول

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٥ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

صوت صوته إذا رجل على رأسي يقول: أنا صاحب الكيس. فقلت في نفسي: أنت! فلا كنت. قلت: ما علامة الكيس؟ فأخبرني بعلامته، فدفعته إليه. قال: فتنحى ناحية فعدّها، فإذا الدنانير على حالها، ثم عد منها سبعين ديناراً فقال: خذها حلالاً خيراً من سبعمئة حراماً. فأخذتها ثم دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فأخبرته كيف تنحيت وكيف صنعت، فقال: أما إنك حين شكوت إلي أمرنا لك بثلاثين ديناراً...»^(١).

بدعوى: حمل الأمر بالدفع في الأول على النذب أو الترخيص دفعاً لتوهم الحظر. ودلالة تقرير الإمام عليه السلام في الثاني دفع الكيس للواصف على الجواز دون الوجوب.

وفيه: أن حمل الأمر بالرد على الطالب غير المتهم في الأول على الاستحباب دون الوجوب مخالف لظاهر الأمر. بل ما تضمنه من التملك مع عدم معرفة المالك مانع من توهم الحظر في دفعه للغير، إذ لا إشكال في جواز دفع الإنسان ملكه لغيره، سواء ادعاه أم لا، وسواء اتهمه أم لا. ومعه يتعين حمل الأمر بالدفع للغير مع عدم اتهامه على الحث والبعث الظاهر في الوجوب.

كما أن ما تضمنه الثاني من الأمر بتقوى الله تعالى وبالتعريف الذي وجب من أجل إيصال المال لصاحبه ملزم بحمل التقرير منه عليه السلام في دفعه للواصف على وجوبه وكونه مقتضى تقوى الله تعالى في إيصال المال لصاحبه.

ولاسيما مع ما تضمنه الحديث من كراهة هذا الملتقط العثور على المالك، حيث لو لم يكن يرى نفسه ملزماً بالدفع له لقيام الحججة على ملكيته للكيس لم يدفعه له، فهو قد دفعه إليه للبناء على وجوب الدفع له، لقيام الحججة على ذلك، لا لمحض الترخيص في الدفع من دون أن يجب، فيكون ظاهر تقرير الإمام عليه السلام هو تقريره على دفعه بناء على وجوبه لا مجرد حليته.

مضافاً إلى ما تضمنه الحديث أيضاً من تقريره عليه السلام أخذ السبعين ديناراً من

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

اللقطة من الواصف، لظهور عدم حلها بغير إذن المالك، فلولا حجية التعريف في المورد على ملكية الواصف - المستلزم لوجوب دفع المال له - لم يجل أخذها منها بدفعه لها.

وبالجمله: لا ينبغي التأمل في ظهور الحديتين في وجوب الدفع لمن لا يتهم وللواصف، لقيام الحجة شرعاً على ملكيتها.

وأما ما في المختلف من انحصار الظن الذي يجب العمل شرعاً بالبينه فغريب جداً، إذ ما أكثر الظنون التي يلزم العمل بها شرعاً، كاليد وقول صاحب اليد وقاعدة الصحة وغيرها.

نعم بناء على اعتبار الظن أو الاطمئنان أو غيرهما من الأمور النفسية فلا طريق لإحراز حصولها في نفس الملتقط من دون أن يقر بذلك، فلا مجال بدونه لإلزامه من قبل الحاكم الشرعي أو غيره بدفع اللقطة، بخلاف البينه، حيث لا يتوقف تشخيصها عليه، فيتسنى إلزامه بالعمل عليها.

لكن هذا لا ينافي تمامية الحجة في حقه بحصولها، ويلزمه شرعاً تسليم اللقطة والخروج عن تبعثها تبعاً لذلك، كما هو الحال في العلم، الذي لا إشكال في لزوم العمل عليه مع أنه لا يعرف إلا من قبله.

هذا ومن القريب جداً بالنظر للسيرة والمركبات أن المدار على الوثوق والركون للوصف، لعدم حصول ما يثير الريب في البين، لأن العمل عليه مقتضى الطبع الأولي للإنسان، وما زاد عليه يحتاج إلى عناية، ولو كان البناء على ذلك شرعاً لاحتاج للتنبيه.

أما مجرد الظن ولو مع حصول ما يوجب الريب فالظاهر عدم كفايته، بل من القريب جداً البناء على الثبوت حينئذ حتى يتم استيضاح الحال. ولا أقل من خروجه عن المتيقن من عمل المتشعبة والعقلاء عموماً، فيجب الثبوت واستكمال الفحص. ولا يجوز إهمال ذلك ومنع اللقطة عن الواصف اعتماداً على أصالة عدم ملكه

بل لابد من حصول الاطمئنان بصدقه (١). ولا يكفي حصول الظن ولا يعتبر حصول العلم به وإن قال بكل قائل (٢).

لها. لعدم الإشكال في عدم جواز وضع اليد عليها بغير إذن المالك، وإنما جاز مع تعذر الوصول إليه غير المحرز في المقام إلا بالفحص، كما هو الحال في جميع موارد الشك في القدرة على الخروج عن التكليف الثابت، كما تقدم غير مرة، وذكرناه في الأصول. وأما أن الحديثان فهما لو نهضا بالاستدلال لا يدلان على وجوب الدفع حينئذٍ، بلحاظ فرض عدم الاتهام في الأول، وأن الثاني قد تضمن قضية في واقعة لا إطلاق لها. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) إن كان المراد به ما ذكرنا من الوثوق والركون فهو قريب جداً، كما سبق وسبق وجهه. وإن كان المراد به ما زاد على ذلك، حيث قد يراد به في كلام بعضهم الظن المتأخر للعلم فالظاهر عدم اعتباره، كما يظهر مما سبق.

(٢) أما القول بكفاية الظن فقد سبق القائل به، بل هو المشهور. لكنهم قالوا بكفايته في جواز دفع اللقطة، ولم أعر عاجلاً على قائل بوجوب دفعها معه. نعم سبق منا التلازم بين الحكمين.

وأما القول بتوقفه على العلم فلم أعر عليه عاجلاً أيضاً، وإنما سبق من السرائر القول بتوقفه على البينة. ولعله مراد سيدنا المصنف رضي الله عنه، لأن مرجع استدلاله في السرائر إلى التمسك في فرض انفراد الوصف بالأصل الذي لا مجال له مع العلم. بقي شيء. وهو أنه يكفي في وجوب دفع اللقطة بالعلم أو البينة أو الوصف بالوجه المتقدم ملكية الشخص للمال ظاهراً، لكونه صاحب اليد السابقة أو نحو ذلك مما يحكم معه بملكيته ظاهراً وإن احتمل عدم ملكه له. بل يكفي كونه مسلطاً عليها سابقاً عليها بوكالة أو ولاية أو نحوهما مع احتمال بقاء السلطنة المذكورة. لكفاية التسليم له في البراءة من عهدة الضمان، فيجب.

نعم لو تيسر الفحص عن المالك الحقيقي، بنحو لا يؤدي إلى حبس العين عرفاً

(مسألة ٣٥): إذا عرف المالك وقد حصل للقطعة نماء متصل دفع إليه العين والنماء، سواء حصل النماء قبل التملك أم بعده (١). وأما إذا حصل لها نماء منفصل، فإن حصل قبل التملك كان للمالك (٢)، وإن حصل بعده كان للملتقط (٣). أما إذا لم يعرف المالك وقد حصل لها نماء، فإن كان

عمن له السلطنة عليها ظاهراً جاز، وإن لم يجب، لعدم وجوب الفحص في الشبهة الموضوعية، كما لعله ظاهر.

(١) أما قبل التملك فلا ينبغي الإشكال فيه، كما لا يظهر الخلاف فيه، وإن قل التعرض لذلك. لظهور تبعية النماء للأصل في الملكية.

وأما بعده فهو المصريح به في جامع المقاصد ومفتاح الكرامة والجواهر بعد الفراغ عن صيرورتها للملتقط تبعاً للعين، كما صرح به في القواعد. قال في الثاني: «لأنها تتبعها في الرد بالعيب وفي الإقالة، وإنما تبعت فيها لكونها بمنزلة الجزء منها، فكذا هنا».

وقد يظهر من إطلاق القواعد عدم الرد. لكنه بعيد، بل قد يظهر من مفتاح الكرامة عدم إرادته ذلك مع رد العين، للوجه المتقدم.

نعم المتيقن من الوجه المذكور ما إذا لم تكن الزيادة متميزة عن الأصل، كالسمن، دون ما إذا كانت متميزة كالصوف. نظير ما تقدم منا في المسألة التاسعة والعشرين من كتاب الخمس من هذا الشرح. فراجع.

(٢) بلا إشكال ظاهر، وبه صرح من سبق. لما سبق من تبعية النماء للأصل في الملكية.

(٣) كما صرح به من سبق. لما سبق من تبعية النماء للأصل في الملكية. ولا مجال لاحتمال وجوب إرجاعها للمالك تبعاً للعين بعد مبايحتها للعين عرفاً، وعدم جريان الوجه السابق.

متصلاً، فإن تملك اللقطة ملكه تبعاً للعين (١)، وأما إذا كان منفصلاً ففي جواز تملكه مع العين قولان، أقواهما ذلك (٢)،

هذا كله بناء على مشروعية التملك. أما بناء على ما سبق من عدم مشروعيته، وأن الثابت للملتقط جواز التصرف لا غير، فالمتعين ملكية النماء بقسميه لملك اللقطة مطلقاً ووجوب رده معها على المالك لو عثر عليه، كما هو ظاهر.

(١) بمعنى أنه يتملك بتملكها، لعين الوجه المتقدم، وهو كونه عرفاً جزءاً من العين، فيشمله دليل التملك لو تم. ويجري هنا ما تقدم منا من الإشكال في عموم الوجه المذكور، لما إذا كانت الزيادة متميزة، كالصوف.

(٢) كما في القواعد والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك. وقد استدل عليه في كلماتهم.. (تارة): بأن سبب اليد على الأصل هو الالتقاط، وحيث كان الأصل وهو اللقطة سبباً للنماء، فيكون سبب اليد عليه الالتقاط، لأن سبب السبب سبب.

وهو كما ترى، لأن سببية الأصل لوجود النماء لا يقتضي سببية اليد على الأصل ليد على النماء، بل اليد على الشيء أخذه، وأخذ كل منهما مباين لأخذ الآخر، ولذا قد يضع الإنسان يده على الأصل ولا يضعها على نمائه، وبالعكس.

على أن موضوع التملك - بناء على القول به - هو اللقطة الصادقة على الأصل دون النماء وإن كان النماء مسبباً عن الأصل.

(وأخرى): بأن الفرع لا يزيد على الأصل، وحيث استحق الملتقط تملك اللقطة تعين استحقاقه تملك نمائها تبعاً لها.

وفيه: أن تبعية النماء للأصل في الوجود لا يستلزم تبعيته لها في استحقاق التملك. وقاعدة أن الفرع لا يزيد على الأصل، غير ظاهرة المنشأ كبروياً، ولا ظاهرة الانطباق صغروبياً. ولذا لا إشكال ظاهراً في أن النماء المنفصل للميراث يثبت فيه الخمس، وإن لم يثبت في أصله، لصدق الميراث على الأصل دونه.

ولعله لذا توقف في المسألة في محكي شرح الإرشاد للفخر، وجزم بعدم التبعية

وأحوظها التصديق بها عنه (١).

(مسألة ٣٦): لو عرف المالك ولكن لم يمكن إيصال اللقطة إليه، فإن أمكن الاستئذان منه في التصرف فيه - ولو بمثل الصدقة عنه، أو دفعها إلى

في الجواهر اقتصاراً في جواز التملك المخالف للأصل على المتيقن، وهو الأصل، لا اختصاص عنوان اللقطة به، وحكم بثبوت حكم مجهول المالك على النماء. هذا ومن القريب استفادة جواز التملك تبعاً من نصوص التملك ولو بضميمة غفلة العرف عن التفريق بين اللقطة والنماء. والظاهر أنه هو المنشأ لما ذكره سيدنا المصنف رحمته، دون الوجهين السابقين، لظهور ضعفها.

بل لا يبعد كون ذلك هو المنشأ لذهاب من سبق للتبعية، وذكرهم الوجهين السابقين راجع في الحقيقة لتوجيه الفهم المذكور، نظير التعليل بعد الورود. نعم في بلوغ الوجه المذكور حداً ينهض معه بالاستدلال إشكال.

هذا كله بناء على مشروعية التملك. وأما بناء على ما ذكرنا من صيرورتها بمنزلة الملك في جواز التصرف لا غير فالتصرف في النماء المنفصل الحاصل قبل إكمال التعريف يبتني على التبعية المذكورة لو تمت.

وأما الحاصل بعد إكماله فالأمر فيه أظهر. ولا سيما بلحاظ إطلاق نصوص تنزيلها منزلة الملك، فإن من شأن الملك التصرف في نمائه تبعاً له. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) جمعاً في مقام العمل بين حكم اللقطة وحكم مجهول المالك. لكن مع اليأس من العثور على المالك حتى بعد إكمال التعريف، لأنه الشرط في جواز التصديق بمجهول المالك، ومع الضمان حتى لو لم نقل به في مجهول المالك، لأنه الحكم في اللقطة.

أقاربه أو نحو ذلك - تعين (١)، وإلا تعين التصديق بها عنه (٢).

(مسألة ٣٧): إذا مات الملتقط، فإن كان بعد التعريف والتملك

انتقلت إلى وارثه (٣) كسائر أملاكه. وإن كان بعد التعريف وقبل التملك

(١) بلا إشكال حرمة التصرف في ملك الغير تكليفاً وعدم نفوذه وضعاً إلا

بإذنه.

(٢) فقد تقدم منا في المسألة التاسعة والثلاثين من مقدمة كتاب التجارة في

لواحق الكلام في حكم مجهول المالك تقريب إلحاق ذلك بمجهول المالك في وجوب التصديق به عن صاحبه، إلا مع إمكان الوصول للوارث، فينتظر بالمال حتى يعلم بموت المالك أو يحتمل فيلحقه حكم مال المفقود من التربص به مدة، ثم يدفع للوارث.

كما أن جواز التصديق في غير ذلك مشروط باليأس عن الوصول للمالك، لأن

ذلك هو حكم مجهول المالك. ولا يكفي فيه الانتظار سنة مع التعريف أو عدمه، لأن ذلك حكم اللقطة الذي لا إشكال في قصوره عن المقام.

(٣) كما في التذكرة والتحرير والقواعد. بل الظاهر عدم الإشكال فيه ولا

الخلاف، وإن قلّ المتعرضون لذلك. لعموم دليل الميراث بعد فرض ملك المورث لها في المقام.

مضافاً إلى قوله عليه السلام في معتبر أبي خديجة: «فإنه ينبغي [للحر] أن يعرفها سنة

[في مجمع]، فإن جاء طالبها دفعها إليه، وإلا كانت في ماله، فإن مات كانت ميراثاً

لولده ولمن ورثه [فإن لم يجيء لها طالب كانت في أموالهم هي لهم] فإن جاء بعد

دفعوها إليه»^(١) بناء على حملته على التملك. ولو حمل على جواز التصرف اقتضى جواز تصرفهم فيها كالمورث.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٢٠ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

فالمشهور قيام الوارث مقامه (١)

بل مقتضى إطلاق ما تضمن من النصوص الكثيرة أنها كسبيل ماله هو جريان حكم الميراث عليها كالمال. غايته أنه يحمل على وراثة حق التصرف. ولا سيما بقرينة ما تضمن الوصية بها^(١)، الظاهر في بقاء علقه المالك بها بعد موت الملتقط، فتكون مضمونة كما كانت في حياة المورث.

(١) كما ذكر ذلك في التذكرة والتحرير والدروس، وهو الظاهر من القواعد. وقد يظهر من غيرها الجري على ذلك. لكن ليس بنحو يحقق الشهرة، لقلّة من سبق وعدم العثور على تحرير غيرهم للمسألة. وليس ذلك مهماً، بل المهم الدليل على الحكم.

والظاهر انحصاره بفهم ذلك تبعاً من نصوص اللقطة، لشيوع الابتلاء بالمسألة وغفلة العرف عن التفريق بين الوارث والمورث، بسبب كون المورد من الأمانات التي يتفرع عليها استحقاق التعريف على الملتقط وملكه للمال أو جواز التصرف له به بعد التعريف، الذي هو نحو من الاستحقاق والانتفاع عرفاً، ولو بني على التوقف في ذلك لظهر من سيرتهم ووقع السؤال عن حكمه في النصوص.

ويؤيد ذلك أو يعضده ما سبق في معتبر أبي خديجة، خصوصاً بناء على ما سبق منا من حمله على جواز التصرف دون التملك، حيث لا يكون انتقال المال للوارث مبنياً على الإرث الحقيقي، بل على مشاركة الوارث للمورث في حكم اللقطة، وهو جواز التصرف، حيث يبعد جداً فهم العرف خصوصية ذلك من بين أحكام اللقطة في مشاركة الوارث للمورث.

بل الإنصاف أن التعدي للوارث أوضح من التعدي للنماء الذي سبق من سيدنا المصنف عليه السلام الجزم به، لندرة الابتلاء باللقطة ذات النماء، ولعله لم يتعرض لها في النصوص أصلاً، وشيوع الابتلاء بموت الملتقط في جميع مراحل اللقطة وتعرض

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٧، باب: ٢، من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١٠، ١٣.

في التخيير بين الأمور الثلاثة أو الأمرين (١)، وإن كان قبل التعريف قام مقامه فيه، وإن كان في أثناءه قام مقامه في إتمامه (٢)، فإذا تم التعريف تخير الوارث بين الأمور الثلاثة أو الاثنين. والأحوط إجراء حكم مجهول المالك عليه في التعريف به إلى أن يحصل اليأس من الوصول إلى مالكة (٣)، ثم يتصدق به عنه.

(مسألة ٣٨): إذا وجد مالاً في صندوقه ولم يعلم أنه له أو لغيره، فإن كان لا يدخل أحد يده في صندوقه فهو له (٤). وإن كان أحد يدخل

النصوص له في الجملة.

وإن شئت قلت: لما كانت المسألة عملية، بل شائعة الابتلاء فلا بد إما من جري الناس فيها على الوجه القريب لمرتكزاتهم بنحو يستغنون به عن السؤال، أو تخييرهم الدافع لهم للفحص والسؤال، وحيث لا أثر للثاني في النصوص تعين الأول، وحيث كان الأقرب للأذواق والمرتكزات هو قيام الوارث مقام المورث، كشف عن جري المتسرعة عليه، وفهمهم له من النصوص تبعاً.

(١) إشارة للفرق المتقدم بين لقطة الحرم وغيره.

(٢) يعني: ولا يحتاج إلى استثناء التعريف حولاً كاملاً، كما في التذكرة والتحرير والدروس، ولا يبعد كونه مراد الباقي. لعدم الموجب له بعد عدم تجدد الالتقاط.

(٣) ولا يكتفي بمضي حول التعريف. كما يتعين الضمان لو ظهر المالك بعد التصديق ولم يرض به، جمعاً في مقام العمل بين حكم اللقطة وحكم مجهول المالك، نظير ما تقدم في المسألة الخامسة والثلاثين.

(٤) كما في النهاية والشرايع والنافع والقواعد والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. غاية الأمر أن بعضهم عبر

بعدم مشاركة الغير في الصندوق، وبعضهم عبر بعدم مشاركة الغير في التصرف فيه. ونفى ظهور الخلاف فيه في الرياض، وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له».

ويقتضيه - مضافاً إلى حجية اليد على الملكية، لأن اليد على الصندوق يد على ما فيه - صحيح جميل: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل وجد في منزله ديناراً. قال: يدخله منزله غيره؟ قلت: نعم كثير. قال: هذا لقطة. قلت: فرجل وجد في صندوقه ديناراً. قال: يدخل أحد يده في صندوقه غيره أو يضع فيه شيئاً؟ قلت: لا. قال: فهو له»^(١). وفي المسالك: «هذا إذا لم يقطع بانتفائه عنه، وإلا كان لقطة». وقريب منه في الروضة.

ويشكل بأن اللقطة عرفاً ليس كل مال لا يعرف صاحبه، بل خصوص المال الضائع الذي يوجد في الأماكن المنكشفة، كالشوارع والمساجد والصحاري ونحوها، ولا يصدق في المقام، ولا فيما يجده الإنسان في جيبه ونحوهما ويعلم بأنه ليس له، بل يتعين حينئذ جريان حكم مجهول المالك.

ولا ينافي ذلك الحكم في الصحيح بأن ما يجده الإنسان في داره التي يدخلها الكثير لقطة. فإنه إما أن يكون حكماً تعبدياً يقتصر فيه على مورده، نظير ما ورد في وديعة الغاصب، أو على فرض انفتاح المنزل للناس، بحيث لا يسيطر صاحبه عرفاً على ما فيه من الأمور الخفيفة التي من شأن كل داخل لها حملها، كالبرانيات والدواوين العامة الشائعة في عصورنا، فتكون كالمساجد وإن كانت مملوكة.

ولعل الثاني هو الأقرب. ولا سيما ما تضمنه من فرض كثرة الداخلين، لأن دخول غير المالك للمنزل مع تحجيبه مما لا يخلو عنه منزل غالباً، فيبعد حمل سؤال الإمام عليه السلام عليه.

وأشكل من ذلك ما في الرياض من أن مقتضى إطلاق الصحيح العموم لصورة

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١.

العلم بأن الدينار الموجود في الصندوق ليس له سابقاً، وأن الأولى العمل بالإطلاق المذكور، ولو لاحتمال كونه رزقاً بعثه الله تعالى إليه.

إذ فيه: أن الغفلة عرفاً عن كونه رزقاً بعثه الله تعالى إليه، وعدم الاعتداد نوعاً باحتمال ذلك لو التفت إليه، يوجبان انصراف السؤال عنه، وحمل الجواب على بيان ملكيته له ظاهراً عند ترده بين كونه له سابقاً وكونه لغيره، لحجية اليد. فيقصر عما لو علم بعدم كونه له.

ولو فرض أن احتمال أن الله تعالى قد بعثه له خرج عن مفاد الصحيح ولزم الرجوع فيه للأصل، الحاكم بعدم كونه له.

على أن مراده ثُمَّ بذلك إن كان هو الحكم بملكيته له ظاهراً لو احتمل أن الله تعالى قد بعثه إليه، لزم تقييده بما إذا احتمل ذلك، لا إطلاق الحكم بأنه له.

وإن كان مراده الحكم بأنه له واقعاً، لإمكان ذلك عقلاً، لزم البناء على ملكيته له واقعاً حتى لو كان في علم الله تعالى لغيره من الناس، بحيث يتبدل مالكة واقعاً بمجرد صيرورته في صندوقه الذي يختص به. ولا يظن به ثُمَّ ولا بغيره البناء على ذلك.

وإن كان مراده الحكم بأنه له ظاهراً إن سبق ملك غيره له، وواقعاً إن لم يسبق ملك غيره له. ففيه: أنه لا جامع بين الحكم الواقعي والظاهري، لسوق موضوع السؤال في الأول بنفسه للتعرف على حكمه الشرعي الواقعي، وفي الثاني لبيان كونه منشأ للشك الذي هو الموضوع الحقيقي للوظيفة العملية عند التحير مع غص النظر عن حكمها الواقعي. ويكون الجواب في الأول لبيان الحكم الواقعي المسؤول عنه، وفي الثاني لبيان الوظيفة المذكورة المسؤول عنها أيضاً، ولا جامع بينهما. فتأمل جيداً. ويجري ذلك في إطلاق الأصحاب أنه له مع عدم المشارك، فيحمل على صورة احتمال كونه له.

والحاصل: أنه يتعين مع العلم بعدم كونه سابقاً له إجراء حكم مجهول المالك

يده في صندوقه عرفه إياه فإن عرفه دفعه إليه (١)، وإن أنكره فهو له (٢)،
وإن جهله لم يبعد الرجوع إلى القرعة، كما في سائر موارد تردد المال بين

عليه، لا إجراء حكم اللقطة عليه، كما في المسالك، ولا الحكم بأنه له تعبدًا، كما في
الرياض.

(١) الظاهر أن مفروض كلامه *ثُمَّ* ما إذا علم بصدقه. أما لو لم يعلم ذلك
فالأمر كما لو شك ولم يعرفه الذي يأتي الكلام فيه، حيث لا موجب لتصديقه بعد عدم
انفراده باليد عليه.

لكن في الروضة: «ولا يفتقر مدعيه منهم إلى البيّنة ولا الوصف، لأنه مال
لا يدعيه أحد». وفيه: أن ذلك وحده لا يكفي مع مشاركة الباقي للمدعي في منشأ
الاحتمال وهو اليد. وما دلّ على تصديق المدعي للمال الذي لا يدعيه أحد واردي في غير
ذلك.

وهو حديث منصور بن حازم عن أبي عبد الله *عليه السلام*: «قلت: عشرة كانوا
جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس؟ فكلهم
قالوا: لا. وقال: واحد منهم هو لي. فلمن هو؟ قال: للذي ادعاه»^(١).

وهو كما ترى لا يتضمن اشتراكهم في اليد عليه، بل ولا تردده بينهم بسبب
إنكار الآخرين له، بخلاف المقام.

نعم لو أنكره الآخرون في المقام ونفوه، فحيث كان مقتضى اليد انحصار الأمر
بأحدهم، كفى في الحكم بملكية الشخص له احتمالاً، فضلاً عن دعواه له. فلاحظ.

(٢) يعني: لصاحب الصندوق إذا احتمل أنه له. لما سبق من أن مقتضى اليد
انحصار ملكيته بمن يدخل يده فيه، فمع إنكار الآخرين يتعين كونه له.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٨، باب: ١٧، من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ١.

مالكين (١). هذا إذا كان الغير محصوراً، أما إذا لم يكن فلا يبعد الرجوع إلى

(١) بناء منه ^{ثبت} على ثبوت العموم المذكور شرعاً، وتقدم منا في المسألة التاسعة والثلاثين من مقدمة كتاب التجارة المنع من ذلك، وأنه لا بد من التوقف. وعليه لا حل في المقام للإشكال إلا بالصلح.

ولاسيما مع الحكم بالتنصيف في موثق السكوني الوارد في اشتباه درهم الودعي بين شخصين^(١)، وموثق عبد الله بن المغيرة في درهمين بيد رجلين اختلفا فيهما^(٢)، وموثق إسحاق بن عمار الوارد في الدابة بين رجلين^(٣)، ومعتبر غياث بن إبراهيم في الدابة إذا اختصم فيها رجلان لا يد لأحد عليهما^(٤)، وخبر تميم بن طرفة في بيع أقام كل منهما البينة أنه له^(٥).

فإن ذلك كله إن لم ينهض بعموم الرجوع في مثل ذلك للتنصيف، فلا أقل من احتمال له الموجب للتحير والرجوع للعرف.

هذا ومقتضى إطلاق بعض من سبق أن المال في المقام بحكم اللقطة، وبعضهم أطلق ذلك في فرض مشاركة الغير في الصندوق، وأطلق آخرون ذلك في فرض مشاركة الغير في التصرف فيه. وكأنه لصحيح جميل المتقدم، كما صرح بعضهم.

لكن الصحيح إنما تضمن ذلك في الدار التي يدخلها الكثير، وقد سبق قرب حملها على ما إذا كانت مفتوحة لعامة الناس، بحيث تلحق بالأماكن المنكشفة.

أما في الصندوق فلم يتضمن ذلك. غاية الأمر أن مقتضى سؤال الإمام عليه السلام عن إدخال أحد يده فيه أنه لو كان غيره يدخل يده فيه لا يحكم بملكية صاحب الصندوق لما يجده فيه، لا الحكم عليه بأنه لقطة، كما في الموجود في الدار.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب كتاب الصلح حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٩ من أبواب كتاب الصلح حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٢ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٢.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٢ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٣.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٢ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٤.

القرعة (١)، فإن خرجت باسم غيره فحص عن المالك، وبعد اليأس منه

ولاسيما أن الحكم على الموجود في الدار بأنه لقطة قد ورد في فرض كثرة الداخلين فيها المحمول على ما سبق، وهذا لا يتحقق غالباً في الصندوق. بل لا يبعد انصراف قوله: «صندوقه» عن مثل ذلك، إذ لا يراد به صندوقه المملوك له، بل الصندوق الذي يضع فيه أمواله وودائعها ونحوهما، وهو لا يكون نوعاً مشاعاً بين الكثير، وإن أمكن أن يشاركه فيه عدد محصور.

هذا وفي جامع المقاصد تعقيباً على ما ذكره من سبق من أنه مع مشاركة غيره له في الدار أو الصندوق يحكم عليه بأنه لقطة، قال: «ينبغي أن يخص كونه لقطة بما إذا كان المشارك غير محصور، فإذا كان محصوراً فيجب تعريف المشارك خاصة. لكن يشكل حينئذ كونه ملكاً له إذا لم يعرفه مع كونه لا يعرفه. فلذلك أطلق الأصحاب كونه لقطة مع الشريك»، وقريب منه في المسالك.

لكن مجرد عدم الحكم بأنه لصاحب الصندوق إذا جهلوه وكان محصورين لا يجعله لقطة، بل يكون مردداً بينه وبينهم لا غير، كما هو مقتضى اشتراكهم في اليد عليه. وبالجملة: مقتضى اشتراكهم في اليد ترده بينهم، فمن أنكره منهم خرج عن أطراف الشبهة، ومن ادعاه منهم وعلم صدقه أو أثبت دعواه بوجه شرعي حكم له به، وإلا بقي مردداً بين أطراف الشبهة، وتعين الرجوع للقرعة أو الصلح، على الخلاف المتقدم. وربما يرجع إلى ذلك في الجملة ما احتمله قوياً في الروضة.

(١) يعني في تعيين كون المال له أو لغيره. وهو يبتني على ثبوت عموم الرجوع إليها في تعيين المالك، وقد سبق المنع منه.

وأولى بذلك المقام حيث يكون هو كغيره من غير المحصور في الاحتمال، فجعله طرفاً وحده للكل في اقتراع واحد ترجيح بلا مرجح حيث لا يكون هو أولى من جعل شخص آخر طرفاً في مقابل الكل.

هذا ولا يبعد البناء على كون المال بحكم اللقطة، كما تضمنه الصحيح المتقدم

يتصدق به عنه (١). وإذا وجد مالاً في داره ولم يعلم أنه له أو غيره (٢) فإن لم يدخلها أحد غيره أو يدخلها قليل (٣) فهو له وإن كان يدخلها كثير كما في المضائف ونحوها جرى عليه حكم اللقطة (٤).

في الدار التي يدخلها كثير، حيث يقرب جداً فهم عدم الفرق بين الدار والصندوق منه. فلاحظ.

(١) وأما احتمال كونه لصاحب الصندوق فلا يعتد به، بعد فرض عدم اختصاصه باليد عليه، وعدم نفي جميع الباقيين له، لعدم انحصارهم وعدم إحراز نفيهم جميعاً له بمجرد عدم العثور على المالك بالتعريف.

(٢) أما لو علم بأنه لم يكن له سابقاً فلا مجال للبناء على أنه له، خلافاً للرياض، لما سبق منه في الصندوق وسبق دفعه.

(٣) بحيث لا يشاركون صاحب الدار في اليد على ما فيها، مما هو من سنخ المال الذي عثر عليه، لعدم كونه من شأنهم تركه في الدار، حيث يكون مقتضى يد صاحب الدار عليها وعلى ما فيها ملكه له.

أما لو كان من شأنهم تركه فيه، فلا يختص باليد عليه صاحب الدار، بل يشتركون معه في اليد عليه، وجرى ما تقدم في الصندوق في فرض تردد ما فيه بين أفراد محصورين.

هذا وقد أطلق من تعرض لذلك من الأصحاب أنه مع دخول غير صاحب الدار أو مشاركته فيها أو في التصرف فيها يكون المال لقطعة، نظير ما تقدم منهم في الصندوق، لما تقدم من الوجه، ويظهر دفعه مما سبق.

(٤) كما هو داخل في إطلاق من سبق. وهو المتيقن من الصحيح المتقدم.

نعم لا مجال لغيره إجراء حكم اللقطة على المال، ولا يجوز له أخذه، لاحتمال كونه لصاحب الدار، أو معرفته لصاحبه، وهو خارج عن مفاد الصحيح. كما هو خارج عن المتيقن من أدلة جواز أخذ اللقطة. فلاحظ.

(مسألة ٣٩): إذا تبدلت عبادة الإنسان بعبادة غيره أو حذائه بحذاء غيره، فإن علم أن الذي بدله قد تعمد ذلك جاز له أخذ البديل (١) من باب

(١) كما احتمله في التحرير، وجزم به في القواعد والتذكرة والدروس وجامع المقاصد، وقد يظهر من غيرها.

نعم خصه في القواعد بأن يعلم بشاهد الحال بأنه تركه عوضاً، وقريب منه في التحرير، وفي التذكرة: «ولا بأس باستعماله إن علم صاحبه تركه له عوضاً...» وقال بعد ذلك في توضيحه: «إلا أن يعلم أن السارق قصد المعاوضة، بأن يكون الذي تركه أرداً من الذي سرقه، وكانت مما لا يشتبه على الآخذ بالذي له».

وقد يوهم ذلك أن المفروض في كلامه قصد الآخذ المعاوضة العقدية وعليه يشكل جواز الآخذ إلا إذا رضي المأخوذ منه بالمعاوضة، حيث تتم المعاوضة شرعاً ويملك بها الآخذ المأخوذ والمأخوذ منه المتروك.

أما إذا لم يرض بها ولو لأن المأخوذ منه لا يناسب حاله فالمتعين بقاء المتروك على ملك صاحبه وعدم جواز التصرف له فيه، كما نبه له في جامع المقاصد.

لكنه يندفع بأنه مع عدم رضا المأخوذ منه بالمعاوضة وبقاء المتروك على ملك صاحبه يجوز أخذه مقاصة منه، لكونه غاصباً متعدياً بأخذ ما أخذ من دون أن يتفق الطرفان على المعاوضة التي قصدتها. وحينئذ يجري حكم المقاصة الآتي في كلام سيدنا المصنف رحمته.

على أنه لا يبعد كون مراده فإن المعاوضة الخارجية في مقابل الآخذ اشتباهاً وخطأً، كما يناسبه اشتراطه في التذكرة كون المأخوذ أرداً، واستدلاله بظهور حال صاحبها في البذل لما تركه، فيكون كالمبيح بلسانه، وهو أولى بالجواز من الآخذ مقاصة، لرضا المأخوذ منه بأخذه. ولعل لذا لم يعبر في الدروس بالمعاوضة، بل قال: «إلا مع القرينة الدالة على أن صاحبها هو آخذ ثيابه بكونها أدون».

وكيف كان فلا ينبغي الإشكال حينئذ في جواز أخذ ما تركه. لما أشار إليه في

المقاصة (١). فإن كانت قيمته أكثر من مال الآخر تصدق بالزائد (٢) إن لم يمكن إيصاله إلى المالك (٣). وإن لم يعلم أنه قد تعمد ذلك جرى عليه حكم مجهول المالك (٤)،

التذكرة من ظهور حاله في رضاه بأخذه بدلاً عما أخذه وبذله له، رغبة في المأخوذ حتى لو كان المتروك في الواقع أغلى مما أخذه لجهة خفيت عليه، أو ظهرت له وأقدم على ذلك لخصوصية في المأخوذ أعجبته، وحملته على تلك الخسارة المالية. غاية الأمر أنه لو كان المأخوذ أحسن كان الآخذ ضامناً للفرق مع عدم تنازل المأخوذ منه عنه.

(١) لا إشكال في جواز أخذه مقاصة إذا لم يرض بالتبديل، لعموم أدلتها بعد كون الآخذ غاصباً معتدياً كما أشرنا إليه آنفاً.

(٢) لعدم جواز أخذ الزائد عن الحق المغصوب في المقاصة، على ما يأتي في ذيل كتاب الغصب إن شاء الله تعالى. فمع فرض تعذر إيصاله للمالك يتعين التصديق به، كما هو الحكم في مجهول المالك وما ألحق به، على ما تقدم في المسألة السادسة والثلاثين. (٣) إما لليأس من معرفته، أو لتعذر الوصول إليه مع معرفته. نعم تقدم الاستغناء عن المقاصة بالإذن المستفاد من تعمد الترك، وأنه معه يحل أخذ المتروك وإن كان أكثر قيمة من المأخوذ. وإنما يحتاج إلى المقاصة وتجري أحكامها فيما إذا لم يجرز تعمده الترك لما ترك، بل علم أو احتمال أنه أقدم على أخذهما معاً وأنه ترك ما ترك خوفاً من ظهور أمره قهراً أو نسياناً.

(٤) حيث لا مسوغ للتصرف في المتروك بعد عدم إحراز الإذن الذي سبق إحرازه مع العلم بتعمده الأخذ لما أخذ، وبعد اختصاص المقاصة بما إذا كان الآخذ معتدياً غاصباً على ما يأتي في ذيل كتاب الغصب إن شاء الله تعالى.

وأظهر من ذلك ما إذا احتمل أو علم الشخص أنه هو الذي أبدل متاع الغير بمتاعه خطأ، فضلاً عما إذا كان عمداً، ثم لم يتيسر له معرفة الآخر أو الوصول إليه والتحلل منه. وإن كان ذلك خارجاً عن محل كلامهم.

فيفحص عن المالك (١)، فإن يئس منه (٢) ففي جواز أخذه وفاء عما أخذه إشكال (٣).

(١) المصرح به في كلام من سبق أنه لقطة أو بحكمها في وجوب التعريف سنة، وفي حكم ما بعد التعريف.

نعم في التحرير أنه يملك منها بقدر ما أخذ منه، ويجري حكم اللقطة على الباقي في التملك والغرامة للمالك لو ظهر. أما في التذكرة وجامع المقاصد فالتقاص بعد التعريف والتملك وظهور المالك، ويقتصر في الضمان له بعد ظهوره على الباقي. لكن لا يتضح صدق اللقطة على المال في المقام لتجري عليه أحكامها، بل هو لمجهول المالك أقرب عرفاً. ولا أقل من كون إجراء أحكامه عليه أحوط.

نعم لو أحرز رضا صاحب المال باستعماله وإن لم يصدر منه ما يدل على ذلك جاز استعماله. لكن لا يجوز بذلك تملكه ولا غيره من وجوه التصرف الاعتباري، لما ذكرناه في محله من ظهور الأدلة في اعتبار أعمال المالك لسلطنته في نفوذها.

(٢) يعني من معرفته. ويلحق به ما إذا عرفه ولم يتيسر له الوصول إليه أو استئذانه، كما سبق.

(٣) إن كان منشأ الإشكال عدم وضوح اهتمام الشارع الأقدس بتفريغ ذمته بحيث يكون أولى من انتفاعه به من الصدقة عنه، فهو غريب جداً. ولا سيما مع عدم إطلاق أدلة التصديق بمجهول المالك، بحيث تشمل فرض انشغال ذمة المالك بمال لمن في يده المال أو غيره وإمكان تفريغ ذمته به. ومن هنا كان الظاهر أولوية تفريغ ذمته من حق من بيده المال أو غيره، بحيث يقطع رضا الشارع بذلك.

غاية الأمر أنه لم يتضح استقلال من بيده المال في السلطنة على ذلك، بل لا بد من استئذان من الحاكم الشرعي فيه، على نحو ما ذكره في وجه ولاية الحاكم على الغائب أو الممتنع في وفاء دينه من ماله، فإنه لولا العلم برضا الشارع الأقدس بتفريغ ذمته لا مجال لولاية الحاكم على ذلك. فلاحظ.

والأحوط التصديق به بإذن الحاكم الشرعي (١). وأحوط منه أخذه وفاء ثم التصديق به عن صاحبه (٢)، كل ذلك بإذن الحاكم الشرعي.

(١) لم يتعرض *ثُمَّ* لاعتبار إذن الحاكم الشرعي في التصديق عند تعرضه لحكم مجهول المالك من المسألة التاسعة والعشرين من مقدمة كتاب التجارة. ولعله إنما ذكره في المقام لخروجه عن المتيقن من نصوص مجهول المالك لما أشرنا إليه قريباً من عدم عمومها لصورة انشغال ذمة صاحب المال بهال يمكن وفاؤه به. لكن لا يتضح حينئذ ولاية الحاكم الشرعي على الإذن في التصديق. ولو لاحتمال أهمية الوفاء به من التصديق به.

(٢) مما سبق يظهر أنه لو انتهى الأمر للاحتياط فالمتعين الاحتياط بذلك، لعدم إطلاق الأدلة التصديق بمجهول المالك تشمل المقام.

نعم إذا أبرء من بيده المال المتروك ذمة الآخذ لماله ارتفع موضوع الاحتياط المذكور، وكان المال كسائر أفراد مجهول المالك يجري عليه حكمه في استئذان الحاكم الشرعي أو عدمه. فلاحظ.

بقي الكلام في حكم السابق لأخذ متاع غيره بدلاً من متاعه. ولا إشكال في وجوب فحصه عن صاحبه وإيصاله له، حيث لا طريق له لإحراز جواز تصرفه فيه أو تملكه له.

ومع تعذر ذلك فإن لم يعلم باستيلاء ذلك الشخص على ما تركه له تعين عليه التصديق بما عنده عن صاحبه. وإن علم أنه قد استولى على ما تركه له وتصرف فيه تصرف المالك رضا بالتبديل أو مقاصة جاز له أخذ ما يقابل ماله رضاً بالمعاوضة، أو لخروجه عن ضمان المال الذي عنده بالمقاصة، فيصير له، كما لو ضمن الغاصب المال المغصوب بدفع بدل الحيلولة مع بقاء عينه، حيث يصير له بدلاً عما دفع، فيكون الموجود عنده هنا له بدلاً عما أخذ منه.

أما لو احتمل بقاء العين، لعدم أخذه لها أصلاً، أو بأخذه لها حسبة لحفظها

لصاحبها أشكل تملكه أو تصرفه فيما عنده، لعدم وضوح المسوغ له.
كما يشكل ذلك أيضاً لو علم تصدقه به عنه، لعدم وضوح ضمانه له في المقام،
كما في سائر موارد مجهول المالك، فيتعين له التصديق به عنه، ثم التصالح بينهما لو
صادف التقاؤهما بعد اليأس منه. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.
هذا ما تيسر لنا من الكلام في كتاب اللقطة. وقد حصل الفراغ من ذلك ليلة
الأحد الثلاثين من شهر جمادى الأولى سنة ألف وأربعمائة وثلاث وثلاثين للهجرة
النبوية على صاحبها وآله أفضل الصلاة والتحية. بقلم العبد الفقير (محمد سعيد
الطباطبائي الحكيم) عفي عنه والحمد لله رب العالمين.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله
الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

كتاب الغضب

كتاب الغصب

وهو حرام عقلاً وشرعاً (١).

(١) من الظاهر أن العقل ليس من وظيفته التشريع، بل هو مما يختص به الشرع، فلا يتجه نسبة التحريم له مع الشرع بنحو الاشتراك. وغاية ما يدعى أن العقل يحكم بقبح الغصب، وبضميمة الملازمة بين حكم العقل والشرع يكشف القبح العقلي عن الحرمة شرعاً، فيكون حكم العقل كاشفاً عن حرمة الغصب شرعاً، كما تكشف عنه الأدلة الأخرى. ومن هنا قال في المبسوط: «تحريم الغصب معلوم بالأدلة العقلية وبالكتاب والسنة والإجماع»، ونحوه في السرائر. وفي الدروس: «وتحريمه عقلي وإجماعي وكتابي وسني». ولا يبعد كون ذلك هو المراد لسيدنا المصنف رحمته. نعم ذكرنا في مبحث الملازمة بين حكم العقل والشرع من الأصول أن حكم العقل بالحسن أو القبح في الشيء (تارة): يكون اقتضائياً قابلاً للمزاحمة بما يمنع من تأثيره في فعلية الداعوية العقلية، أو لعروض ما يمنع من جعل الحكم الشرعي على طبقه، كحكمه بقبح إيذاء الغير أو أخذ ماله. (وأخرى): يكون علة تامة للحسن والقبح بحيث لا يقبل المزاحمة، كحكمه بقبح الظلم والعدوان.

والأول لا مجال لاستكشاف حكم الشرع به، لعدم الإحاطة بالمزاحمات والموانع، من فعلية الداعوية العقلية أو من جعل الحكم الشرعي على طبقه، ليقطع

ويتحقق بالاستيلاء على مال الغير ظمماً (١)،

بعدها، ولزوم حكم الشارع على طبقه.

والثاني وإن كان مستلزماً للحكم الشرعي، إلا أن تحقق العناوين التي هي موضوع الحكم العقلي المذكور في حق المكلف تابع للتشريع، فيكون إحرازه في رتبة متأخرة عن إحراز التشريع تحريماً أو وجوباً. ويكون الحكم الشرعي معلوماً في رتبة سابقة على إحراز الحكم العقلي بالحسن والقبح، ومعه لا ينفع الحكم العقلي المذكور في استكشاف الحكم الشرعي والاستدلال عليه.

وبذلك يظهر أنه لا مجال للاستدلال بحكم العقل بقسميه على الحكم الشرعي، لأن الأول غير لازم للحكم الشرعي، والثاني متأخر ثبوتاً وإثباتاً عنه. فراجع.

كما يظهر أن ما تضمن النهي عن الظلم والعدوان وتجاوز الحق ونحوها للإرشاد، نظير النهي عن المعصية، أو لبيان مقدار العقاب عليها، أو شدة حرمتها أو نحو ذلك بعد الفراغ عن أصل الحرمة.

(١) كما عرفه كثير منهم بذلك أو بما يرجع إليه، كاستبدال الاستيلاء على المال بأخذه، والظلم بالعدوان، أو كونه بلاحق.

ولا يخفى أن الغضب لغة وشرعاً متقوم بقهر الغير وإرغامه، وهو غير دخيل في محل الكلام وترتب الأثر، من التحريم تكليفاً والضمان وضعاً. ولذا لا يشمل أخذ الحق من الممتنع عن أداء الحق قهراً عليه. كما يشمل أخذ ما لا يستحق من مال الغير إغفالاً له بمثل الاختلاس والسرقة، أو برضاه لتخيل استحقاقه خطأ، كالمقبوض بالعقد الفاسد، فإنه حرام واقعاً ومضمون أيضاً. كما يشمل أخذ المال غير المملوك إذا كان مختصاً بجهة خاصة، كالوقف، والطريق، ونحوهما.

ومن هنا كان محل الكلام هو الاستيلاء على المال المحترم بالذات بلا مبرر شرعي ليقصر عن المباح الأصلي والمملوك لمن لا حرمة له، أو للمحترم مع المبرر الشرعي، كما في المقاصة واستيفاء الدين من مال الممتنع ونحوهما.

وإن كان عقاراً (١). ويضمن بالاستقلال (٢). ولو سكن الدار قهراً مع

وأما أخذ عنوان الظلم، أو العدوان، أو كونه بلا حق، فيظهر الإشكال فيه مما سبق من أن العناوين المذكورة متأخرة رتبة ثبوتاً وإثباتاً عن التحريم شرعاً، فلا يصح مع ذلك جعلها معياراً في تحققه من أجل ترتيب الأثر بإحرازها.

(١) كما ذكره الأصحاب دون خلاف ظاهر، وظاهر بعض كلماتهم المفروغية عنه، وصريح التذكرة وظاهر المسالك الإجماع عليه، وفي الجواهر أن الإجماع بقسميه عليه.

وفي حديث المناهي: «من خان جاره شبراً من الأرض جعله الله طوقاً في عنقه من تحوم الأرض السابعة حتى يلقي الله يوم القيامة مطوقاً...»^(١)، وفي خبر عبد العزيز بن محمد الدراوردي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أخذ أرضاً بغير حقها وبنى فيها. قال: يرفع بناؤه، وتسلم التربة إلى صاحبها. ليس لعرق ظالم حق. ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أخذ أرضاً بغير حقها كلف أن يحمل تراها إلى المحشر»^(٢)، وفي حديث الأعمش عن الإمام الصادق عليه السلام في شرايع الدين: «وحب أولياء الله والولاية لهم واجبة من الذين ظلموا آل محمد وهتكوا حجابهم فأخذوا من فاطمة عليها السلام فذك ومنعوا ميراثها وغصبوها وزوجها حقوقهما...»^(٣)... إلى غير ذلك.

والوجه فيه - مضافاً إلى ذلك - أنه يمكن إثبات اليد عليه، بحيث تكون السيطرة عليه لغير المالك. قال في جامع المقاصد: «لا ريب في أن غصب العقار متصور في نظر الشرع، لأن إثبات اليد عليه ممكن».

(٢) كما في الشرايع والنافع والإرشاد والتحرير. والظاهر أن المعيار فيه وضع الإنسان يده عليه بحيث يكون تابعاً له عرفاً، لصدق الأخذ والاستيلاء بذلك.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب الغضب حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب الغضب حديث: ١، ٢.

(٣) الخصال ص ٦٠٧ من أبواب المائة وما فوقه حديث: ٩.

وقال في القواعد: «وفي العقار بالدخول وإزعاج المالك، فإن أزعج ولم يدخل أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن». وكان مراده بإزعاج المالك إخراجها. لكن الظاهر عدم توقف الاستقلال على إخراج المالك، بل يتحقق مع بقاء المالك إذا كان تابعاً للغاصب، كزوجته وخادمه وأسيره فيه.

وأما القصد فلا يبعد اعتباره في الجملة، لأن الأخذ والاستقلال بالشيء يبتني على نحو خاص من الملازمة له، بحيث يكون الشيء تابعاً للمستولي وتحت سيطرته لا ينازعه فيه غيره، وذلك يتوقف على نحو من القصد.

فالداخل للدار الخالية إذا كان دخوله من أجل أخذ شيء منها - كالسارق - لا يصدق أنه أخذ للدار، بخلاف ما لو دخلها بنحو تكون تحت سيطرته وأمرها بيده وإن بقي المالك أو غيره فيها بنحو يكون مستسلماً له لا إرادة له ولا رأي له معه.

وكذا الحال إذا دخلها بقصد الانتفاع بها وقضاء الوطر منها، فإنه إذا توقف الانتفاع المطلوب على السيطرة عليها يكون القصد له قصداً للاستيلاء بالنحو المذكور، فيكون أخذاً لها. وإن لم يبتن على ذلك، بل على مجرد الانتفاع بها مع بقاء أمرها بيد غيره - مالكها أو غيره - لا يكون قصد الانتفاع قصداً للاستيلاء، بالنحو المذكور، فلا يكون أخذاً لها، بل مستوفياً لمنفعتيها لا غير.

وهذا يجري حتى في المنقول، فالأخذ للدابة مثلاً هو المستولي عليها، سواء كان هو الراكب ومن بيده الزمام تابع له، أم كان هو من بيده الزمام والراكب تابع له مستسلم لإرادته.

ثم إن ظاهر القواعد توقف غصب العقار على الدخول فيه. وهو غير ظاهر، بل يتحقق عرفاً بالاستيلاء عليه والاستقلال به وإن لم يدخل، كما هو ظاهر من سبق وصرح المسالك وغيره.

هذا وظاهر الأصحاب المفروغية عن الضمان مع الغصب، حيث جعلوا معيار الغصب سبباً للضمان. وهو كذلك. وقد تقدم الكلام في دليل ذلك في المسألة الثالثة

المالك ضمن النصف لو كانت بينها بنسبة واحدة، ولو اختلف فبتلك النسبة (١). ويضمن المنفعة

عشرة من فصل شروط العقد من كتاب البيع عند الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد. ومنه يظهر أن المعيار فيه الاستيلاء على المال بلا حق وإن كان عن عذر. فراجع.

نعم قد ينافي ذلك خبر أبي عمرو السراج عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل توجد عنده السرقة. فقال: هو غارم إذا لم يأت على بايعها شهوداً»^(١). لظهوره في عدم الغرم إذا أتى بالشهود. ولا بد أن يكون ذلك، لثبوت عدم سرقة لها، وأخذها من السارق اعتماداً على اليد التي هي حجة على ملكها لها، وصحة بيعه إياها.

لكن المراد بالغرم إن كان هو غرم قيمتها لأصحابها الذي هو مقتضى ضمان اليد، ليدل على عدم الضمان مع العذر استثناء من عموم ضمان اليد، وينفع في المقام. فهو موقوف على تلف العين، وهو خلاف ظاهر الخبر أو كالصريح منه من وجدان نفس العين المسروقة عنده. وإن كان غرم نفس العين بإرجاعها للمالك. فهو - مع مخالفته لظاهر الغرم - مما لا يمكن البناء عليه. إذ لا ريب في أن المغصوب مردود، ووجود العذر في البناء على صحة شرائه لا يوجب ملك المشتري له.

ومن هنا يتعين البناء على كونه من المشكل الذي يرد علمه إلى أهله عليه السلام. أو يحمل الغرم فيه على ضياع الثمن - الذي دفعه للبايع - عليه ما لم يقم الشهود على البايع، فيلزم البايع برد الثمن عليه، كما في الوسائل ومرآة العقول. وهو غير بعيد.

(١) إن كان مراده فَيَسْتُرُّ فرض استقلال كل منهما بما سكن فيه، بحيث لا يمكن الآخر من التصرف فيه. فهو في محله، لصدق الغصب واليد والاستيلاء ونحوها مما يقتضي الضمان على خصوص ما سكنه. لكن المناسب حينئذٍ أن يقول: كان ضامناً لما سكن فيه.

وإن كان مراده أنها متساويان في نسبة الاستيلاء على مجموع الدار أو مختلفان

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٩ من أبواب كتاب الغصب حديث: ١.

من حيثة القوة والضعف في فرض السيطرة عليهما بمجموعهما. فهو يبتني على مضمنية اليد المشاركة للمالك بنسبة قوتها.

قال في المبسوط: «ولو انهجم على دار غيره ولم يكن صاحبها فيها كان غاصباً ضامناً، وإن كان صاحبها فيها ضمن نصفها». ونحوه في كشف الرموز، والتذكرة والقواعد والتحرير والإرشاد واللمعتين والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها.

وتردد فيه في النافع، ومحكي شرح الإرشاد للفخر وقد يظهر من الشرايع الميل للعدم. ولعله الأقرب، لتقوم الغضب - كما سبق - بالاستقلال، وليس المزاحم مستقلاً في المقام مع مزاحمة المالك. وإنما يستند الاستقلال لهما معاً، ولا دليل على مضمنية المشاركة في الاستقلال بعد عدم صدق الأخذ واليد ونحوهما في حق المزاحم.

ولاسيما مع ما تقدم في محله من عدم الدليل على الضمان مع اليد إلا بناء العقلاء ومرتكزاتهم، حيث لا يتضح ابتناؤها على التبعض بلحاظ مراتب الاستيلاء في اليد. وحتى لو كان الدليل عليه حديث اليد، لعدم صدقها في المقام. وفهم الانحلال منها بلحاظ المراتب المذكورة يحتاج إلى عناية.

وأما ما في التنقيح من النقض على ذلك بأن لازمه عدم الضمان على شخصين لو اشتركا في غصب شيء واحد. فيندفع بصدق الأخذ والاستقلال ونحوهما مما يتحقق به اليد والغضب عليهما معاً فعلاً بنحو المجموع، فيترتب أثره - وهو الضمان - عليهما كذلك، وتضمن كل منهما النصف تبعاً لذلك، لأن مقتضى ثبوت الحق للمجموع أو عليهم هو التوزيع بالنسبة، لا لأن يد كل منهم مضمنة للبعض بلحاظ مرتبة الاستيلاء التي تحققها. ولا مجال لذلك في المقام بعد عدم صدق اليد والأخذ من المالك فيه.

هذا وظاهر القائلين بالتنصيف عدم الفرق بين مساواة المزاحم للمالك في القوة وعدمه بعد اشتراكهما في اليد، خلافاً لما ذكره سيدنا المصنف رحمته بناء على أن مراده

الوجه الثاني.

لكن وجه الضمان - بعد عدم صدق اليد - لما كان هو التعدي بمزاحمة المالك بمرتبة من الاستيلاء المنتج لليد المشتركة، نتيجة إعمال المعتدي لقوته، فاللازم جعل المعيار على مرتبة القوة، كما ذكره سيدنا المصنف رحمته، ولا وجه لإطلاق التنصيف، كما ذكروه.

ويجري ذلك أيضاً في غضب أكثر من واحد لشيء واحد، فلا يكون ضمانهم بنسبة عددهم، بل بنسبة قوة كل منهم لقوة الآخرين في تحقيق اليد للجميع على الشيء. نعم لو لم يكن الضمان مستنداً لذلك، بل لليد الفعلية الغاصبة المستندة للمجموع - كما ذكرنا - اتجه ضمانهم بنسبة عددهم، لتساويهم في انتساب اليد الغاصبة لهم.

لكن لازم ذلك عدم الضمان في المقام، لعدم تحقق اليد الغاصبة، كما سبق منا. وهو خروج عن المفروض من البناء على الضمان فيه.

ثم إن محل الكلام في المقام ما إذا كان التزاحم بين المالك والغاصب في الاستيلاء على العقار، ومحاولة كل منهما جعله في حوزته.

أما إذا لم يكن كذلك، بل التزاحم بينهما في الانتفاع بالعقار لا غير، فلا اشتراك بينهما في اليد عليه كما لو دخل الغاصب للدار من أجل المبيت فيها لا غير مع بقائها تحت سيطرة المالك، فيكون هو المحكم فيها وفي إدارتها. ولا سيما إذا أرضي بتعيين المالك كيفية انتفاعه بها وموضعه.

وكذا لو انعكس الأمر، بأن كان المالك ضعيفاً أو يتضاعف، فلم يطلب إلا البقاء في الدار والانتفاع بها، كما ينتفع أتباع الغاصب بها من زوجته وأطفاله وخادمه، نظير ما ذكرناه آنفاً ويتعين حينئذٍ انفراد المالك باليد في الأول، وانفراد الغاصب بها في الثاني.

نعم لو توقف الانتفاع المطلوب لأحدهما على الاستيلاء على العقار مدة خاصة

إذا كانت مستوفاة (١). أما إذا فاتت تحت يده ففيه إشكال (٢). ولو غصب الحامل ضمن الحمل (٣). ولو منع المالك من إمساك الدابة المرسلة فشردت،

أو دائماً، بحيث يكون أمره بيده وتابعاً له، رجع إلى المزاومة في اليد عليه، أو الانفراد بها لو تنازل له الآخر ضعفاً أو تضاعفاً. وقد تعرض بعضهم لذلك في الجملة، حيث تعرضوا لما إذا كان أحد الطرفين ضعيفاً. فراجع.

(١) كما هو المعروف من مذهب الأصحاب المصرح به في كلام غير واحد منهم. وتقدم تفصيل الكلام فيه وفي وجهه في المسألة السادسة عشرة من فصل شروط المتعاقدين من كتاب البيع. فراجع.

(٢) كما تقدم منه فترس في المسألة المذكورة من كتاب البيع. وتقدم منا الكلام مستوفى وجه الضمان، ودفعه، وتقريب عدم الضمان. كما تقدم الكلام في التفصيل بين الغصب والمقبوض بالعقد الفاسد، وفي وجهه ودفعه. فراجع.

(٣) كما صرح به جماعة كثيرة، وفي الجواهر: «بلا خلاف ولا إشكال». للاستيلاء عليه بالاستيلاء على أمه، كلجام الدابة وسرجها لو كانا معها، فيكون مغضوباً مثلها، وضمانه بالغصب لا بسبب آخر.

بقي في المقام أمران:

(الأول): أن تلفه إن كان بإسقاطه فهو إنما يكون بلحاظ آخر أزمته نموه وهو تحت يد الغاصب، لأن زيادته في يده مملوكة لمالكه، فيكون الغاصب ضامناً لها. أما زيادته بعد خروجه عن يد الغاصب لضياح أو انتقال لغاصب آخر، فهي غير مضمونة على من خرجت من يده، لعدم الموجب لضمانها. وهذا يجري في زيادة العين القابلة للانفصال - كالصوف - وغيرها - كالسمن - فإن المضمون منها ما حصل منها تحت يد الغاصب، دون غيره.

هذا ومقتضى الجمود على حكمهم بضمانه تقيمه بنفسه. لكن في المسالك أنه يضمن التفاوت ما بين قيمة الأم حاملاً وحائلاً. وهو راجع إلى ملاحظته حالة من

أو القعود على بساطه فسرق، لم يضمن (١)

حالاتها، كسمنها وصحتها لو هزلت أو مرضت. والظاهر رجوع أحد الوجهين للأخر، وعدم الفرق بينهما عملاً، كما قد يظهر من الجواهر.

أما لو مات بعد الولادة. فلا إشكال في ضمانه بنفسه لتميزه. أما نقصان قيمة أمه بولادتها، لصيرورتها حائلاً بعد أن كانت حاملاً. فالظاهر عدم ضمانه، لتدارك النقص المذكور بالولد عرفاً، فلا نقص في المضمون بمجموعه. فلاحظ.

(الثاني): قال في الشرايع: «ويضمن حمل الأمة المتباعدة بالبيع الفاسد»، وعليه جرى في التذكرة والتحرير. وحكم بعدم ضمان الحمل حينئذ في القواعد وجامع المقاصد والروضة وعن غيرها. وظاهر الدروس وصريح المسالك التفصيل بين دخول الحمل في البيع، فيضمن، وعدم دخوله فلا يضمن.

وهو المتعين. ولعله المراد للكل، كما احتمله في الجملة في الدروس، إذ مع دخوله يكون مضموناً بضمان المعاوضة، كالأصل، ومع عدم دخوله يكون أمانة من المالك عند المشتري، فلا يضمن.

وأما في الجواهر من أن إذن المالك في قبضه يبتني على بيع الأم، فمع عدم صحة بيعها لا إذن في القبض، فيتعين الضمان، لأنه مقتضى الأصل في القبض بعد فرض عدم الإذن فيه.

ففيه: أنه تكرر منّا عدم ثبوت عموم الضمان بالقبض، وأن عمدة الدليل عليه بناء العقلاء تبعاً لمرتكزاتهم، ولا يتضح بناؤهم عليه فيما إذا دفعه المالك لا على نحو الضمان، كما في جميع الأمانات الصحيحة والفاسدة. ولعله لذا كان ظاهر الأصحاب الاتفاق على عدم الضمان في الوديعة الفاسدة وغيرها من الأمانات. فلاحظ.

(١) كما في الشرايع والنافع والتحرير. وكذا في الإرشاد في الثاني مع التنظر في الضمان في الأول، وحكي عن غيرها، وفي المسالك أنه المشهور. لأن ذلك بنفسه

ما لم يسند الإلتلاف إليه فيضمن (١).

لا يحقق الغضب واليد المضمنة، فلا بد في الضمان معه من سبب آخر. وهو ما يأتي في كلام سيدنا المصنف رضي الله عنه، ويأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(١) كما صرح به غير واحد، على اختلاف منهم وإشكال في بيان الضابط له وتحديد صغرياته، بنحو لا يسعنا استقصاؤه.

هذا ولا ينبغي الإشكال في أصل الاستثناء، لعدم الإشكال في مضمنية الإلتلاف، وإنما الإشكال في تحققه في الفرض بعد كون فعله سبباً لعدم المانع من التلف، لا لوجود مقتضي له، والمعلول لا يستند عرفاً لعدم المانع، بل لوجود المقتضي. نعم لو كان المالك أو غيره قد قبض على الدابة الجائحة أو التي هي في مقام الجموح مثلاً ومنعها من الفرار، فجاء شخص ففتح يده أو قطع حبلها فشردت لم يبعد نسبة الإلتلاف له عرفاً، لأنه السبب في فعلية تأثير المقتضي بعد أن لم يكن مؤثراً حين وجوده.

ويناسب ذلك ما في صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل قتل رجلاً عمداً، فرفع إلى الوالي، فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليه قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء. قال: أرى أن يجبس الذين خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل. قيل: فإن مات القاتل وهم في السجن؟ قال: إن مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً إلى أولياء المقتول»^(١). غاية الأمر أنه يقتضي الضمان لا نسبة الإلتلاف للضامن الذي هو محل الكلام.

وهذا بخلاف ما لو لم يكن المقتضي موجوداً حين المنع، كما في مفروض المتن، حيث لا يتضح نسبة الإلتلاف عرفاً لمن يمنع من تحقق المانع. غاية الأمر أنه يصح نسبة التفويت له.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٩ باب: ١٦ من أبواب قصاص النفس حديث: ١.

ولو غصب من الغاصب (١) تخير المالك في الاستيفاء ممن شاء (٢). فإن رجع على الأول رجع الأول على الثاني، وإن رجع على الثاني لم يرجع إلى الأول (٣)،

لكن في سببته الضمان إشكال، بل منع، لعدم الدليل على ذلك، بل الظاهر عدم إمكان البناء عليه بلحاظ سيرة العقلاء والمشرعة، نظير ما تقدم في كتاب الإجارة في المسألة الثامنة، وفي مبحث التسليم، وفي المسألة السادسة والخمسين. وعليه يبتني ما سبق في المنافع غير المستوفاة.

وأما الاستدلال عليه في الرياض بقاعدة نفي الضرر. فيظهر ضعفه بما تكرر متناً - تبعاً لغير واحد - من عدم نهوض القاعدة بتشريع أحكام يتدارك بها الضرر. نعم ورد في بعض النصوص الضمان بالتعدي والتسبب في موارد خاصة يأتي الكلام فيها أو بعضها إن شاء الله تعالى.

(١) المراد من الغصب هنا مجرد الاستيلاء من دون حق، المحقق لليد التي هي السبب للضمان وإن كانت عن جهل وعذر، كالمقبوض بالعقد الفاسد، كما لعله ظاهر. (٢) كما في جملة من كتب المحقق والعلامة والشهيد وجامع المقاصد وغيرها. وفي الجواهر: «بلا خلاف ولا إشكال، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه». ولعدم براءة ذمة الأول بأخذ غير المالك لها، وانشغال ذمة الثاني بها بمقتضى ضمان اليد. وقد تقدم منا في المسألة الخامسة عشرة من فصل شروط المتعاقدين من كتاب البيع الكلام في ذلك مستوفى. فراجع.

وعلى ذلك إن رجع إليه والعين موجودة وجب عليه السعي لإرجاعها بعينها ولو بأخذها من غيره ممن هي في يده، فإن تعذر دفع بدلها، وصارت العين له بدلاً عما دفع، كما هو الحال في جميع موارد ضمان بدل الحيلولة، على ما ذكرناه في المسألة الخامسة عشر من فصل شروط المتعاقدين. وله حينئذ الرجوع على من كانت العين عنده بها، أو ببدها. أما لو رجع عليه والعين تالفة فينحصر الأمر بالبدل.

(٣) كما في القواعد والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة

وغيرها، وفي مفتاح الكرامة: «وهو قضية كلام غيرهما [غيرها.ظ.]. وقد تقدم منا الكلام فيه مستوفى في المسألة التاسعة عشرة من الفصل المذكور آنفاً. فراجع. بقي في المقام أمور..»

(الأول): أن رجوع السابق على اللاحق مشروط بأمرين: (أولهما): أن لا يكون اللاحق مغروراً من قبله، وإلا استقر الضمان على السابق للغرور، كما صرح به غير واحد. وقد سبق في المسألة التاسعة عشر من الفصل المذكور تحديد الغرور الموجب للرجوع مستوفى. فراجع.

(ثانيهما): أن لا يكون اللاحق قد أخذها من السابق بنحو لا يبتني على الضمان، كالوديعة والعارية والهبة والبذل المجاني.

بل لو أخذها مضمونة بثمن خاص لم يكن له الرجوع بأكثر من ذلك الثمن لو رجع عليه المالك بالأكثر على ما سبق منا في المسألة المذكورة.

كما أنه لو أخذه اللاحق بأكثر من قيمته كان عليه الاقتصار في الرجوع عليه على مقدار ما يدفعه للمالك، ويرجع الزائد من الثمن له، لبطلان المعاملة الثانية بعد كونه غاصباً. فلاحظ.

(الثاني): أنه لو رجع المالك على اللاحق وكان مغروراً من قبل السابق فرجوعه على السابق يختص بما إذا أخذه منه لا على نحو الضمان. أما إذا أخذه مضموناً - كالعارية المشروطة بالضمان - فتلف ورجع المالك عليه، فإنه لا يرجع على المعير، كما في الروضة، لأنه وإن كان مغروراً من قبله في الغصب، إلا أنه غير مغرور في الضمان بعد إقدامه عليه.

نعم لو رجع المالك بقيمة المنافع التي استوفاهما كان له الرجوع عليه، لتحقق الغرور فيها، لعدم إقدامه على ضمانها، كما لعله ظاهر.

(الثالث): حيث كان التحقيق أن المغصوب يضمن بقيمته الثابتة له يوم الغصب، فالمالك إنما يرجع على كل منهم بقيمة العين حين أخذه لها.

ولا يُضمن الحر (١) مطلقاً

كما أن السابق من ذوي الأيدي المتعاقبة لو رجع عليه المالك ليس له الرجوع على من بعده إلا بأقل الأمرين مما أخذه منه المالك وقيمة العين حين أخذ اللاحق لها، إذ لو كان الأقل هو القيمة حين أخذ اللاحق لها فلا مجال لأخذ الزيادة منه، لعدم ضمانه لها لا له وللمالك. وإن كان الأقل هو ما أخذه المالك، فاللاحق وإن كان ضامناً للزيادة، إلا أنه يضمنها للمالك، لا للغاصب الأسبق منه، ليصح له الرجوع بها عليه. نعم للمالك الرجوع عليه بالزيادة، لأنها ثابتة له في ذمته. وربما تكون في المقام بعض الفروع لا يسعنا التعرض لها، يظهر الحال فيها للمتأمل. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما طفحت بذلك عبارات الأصحاب من المحقق ومن بعده. وعدم تعرض القدماء له ليس لخلافهم فيه، بل لعله لوضوحه، لأنهم اقتصروا في باب القصاص والديات على الأسباب الراجعة للجناية بما في ذلك أسباب الضمان الخاصة، ولم يشيروا للضمان بوضع اليد، بحيث لو مات حتف أنفه بعد وضع اليد عليه كان مضموناً عليه. بل يظهر مما يأتي من بعضهم في الصغير المفروغية عن عدم الضمان في الكبير.

ومن ثم قال في الجواهر: «بلا خلاف محقق أجده فيه... بل ولا إشكال». وفي مجمع الفائدة: «والظاهر عدم الخلاف فيه». بل في الروضة الإجماع عليه في الكبير العاقل، وفي الصغير إذا مات من قبل الله تعالى.

والوجه فيه أنه ليس ما لا يقصر عنه دليل ضمان اليد.

نعم قال في النافع: «والحر لا يضمن ولو كان صغيراً. لكن لو أصابه تلف بسبب الغاصب ضمنه. ولو كان لا بسببه - كالموت ولدغ الحية - فقولان». وقد يظهر من ذيله العموم للكبير في وجود القول بالضمان مع عدم كون السبب من الغاصب وتوقفه في ذلك.

وإن كان صغيراً (١). إلا يكون تلفه مستنداً إليه. ولا أجره الصانع لو منعه

لكن في المهذب البارع وعن المقتصر أن الأصحاب على خلافه. ولعل مراده من ذيل كلامه خصوص الصغير، لأنه هو الذي ظهر الخلاف فيه بينهم، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

هذا وظاهرهم بل صريح غير واحد عدم ضمان منفعة الحر أيضاً، لعين الوجه المتقدم من عدم كونها مالاً، فلا تدخل تحت اليد، كالحرف نفسه.

وحيث كان مرادهم صورة عدم استيفاء المنفعة، حيث لا إشكال في ضمان منفعة الحر بالاستيفاء - كما يظهر منهم في كثير من فروع الإجارة والجمالة وغيرهما - فالفرق بين الحر والمملوك من الإنسان والحيوان وغيرهما يكون بناء على ضمان المنافع غير المستوفاة التي للمملوك، كما لعله المشهور بينهم. أما بناء على ما سبق منا من عدم ضمان المنافع غير المستوفاة، فلا فرق بين الحر وغيره في ذلك.

وأما التعليل المتقدم بأنها ليست مالاً كالأصل فلا يرجع إلى محصل، لأن منافع الحر حيث كانت مقابلة بالمال في الإجارة ونحوها، ومضمونة به في الاستيفاء ونحوه، فهي مال مملوك.

غاية الأمر أن ماليتها وملكيته فرع طروء سبب التمليك لها بالإجارة ونحوها أو طروء سبب الضمان لها بالاستيفاء ونحوه. وذلك يجري في منافع المملوك أيضاً، لأن المال والمملوك قبل طروء الأسباب المذكورة هو الأعيان ذات المنافع لا غير، وإنما تملك منافعها أو تضمن بطروء سبب الملك أو الضمان عليها من إجارة أو استيفاء أو غيرهما، كما ذكرناه في أواخر الكلام في المسألة الواحدة والأربعين من كتاب الإجارة. فراجع.

(١) كما في كتاب الغصب من المبسوط، وقد يستفاد من إطلاق الشرايع واللمعة وقوّه في الإيضاح، ومال إليه في المسالك، وجعله الأشهر، وعن الكفاية أنه المشهور.

عن العمل (١)، إلا إذا كان أجيراً خاصاً لغيره، فيضمن لمن استأجره (٢).

لكن في كتاب الجراح من المبسوط أنه يضمن إن مات بسبب مثل لدغ حية أو عقرب أو قتله سبع أو وقع عليه حائط أو سقف. وفي الخلاف بعد أن أطلق عدم ضمان الصغير أنه لو قيل بضمانه مع الأسباب المذكورة كان قوياً، كما قواه في المختلف والدروس، وقد يظهر الميل إليه من غيرها. وتوقف فيه غير واحد.

هذا والمستفاد من مجموع كلماتهم أن الغضب بنفسه ليس سبباً للضمان، وإنما الخلاف في التلف بالسبب الذي لا يستند للغاصب.

هذا ويظهر من المبسوط أن الدليل عليه النصوص، ومن الخلاف أن الدليل عليه الاحتياط. ولا يخفى عدم نهوض الثاني بالاستدلال. وأما النصوص فلم أعثر فيها عاجلاً على ما يشهد له.

نعم إذا وضعه في مكان يتعرض فيه لسبب الجناية، ولم يكن له قدرة على التخلص منه، لعدم إدراكه، أو لعدم توقعه التعرض في المكان للسبب المذكور، أو لعجزه عن الخروج عنه بحبس أو نحوه، لم يبعد نسبة التلف عرفاً للغاصب. من دون فرق في ذلك بين الكبير والصغير والعاقل والمجنون والقوي والضعيف. ولا يظهر الوجه في خصوصية الصغير في الضمان مع الغضب وحصول السبب المذكور في كلماتهم. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) فقد تقدم أنفاً منهم عدم ضمان منافع الحر. كما لا يكون هو مضموناً أيضاً.

وتقدم الكلام في وجهه.

(٢) كأنه للملكية لمنفعته، فيضمنها الغاصب بالتفويت وإن لم يستوفها. وقد

تقدم تفويت منه في مباحث التسليم والتسلم من كتاب الإجارة ما يظهر ذلك في تفويت منفعة العين المستأجرة بامتناع المؤجر من تسليم العين. وتقدم الإشكال فيه وقربنا هناك بطلان الإجارة، وهو يجري هنا.

ولو كان أجيراً له لزمته الأجرة (١). ولو استعمله فعليه أجرة عمله (٢).
ولو أزال القيد عن العبد المجنون أو الفرس ضمن جنايتهما (٣).

(١) فقد تقدم في المسألة الثالثة والعشرين من كتاب الإجارة أنه يكفي في استحقاق الأجير الأجرة حضوره لأداء العمل المستأجر عليه حتى تمضي المدة التي يحتاج إليها العمل، ولا يعتبر فيه تحقق العمل المستأجر عليه إذا كان المانع من تحققه ناشئاً من المستأجر.

وعلى ذلك فحبس المستأجر للأجير إن كان مع حضور الأجير للعمل تعيين استحقاق الأجير الأجرة على المستأجر وإن لم يمكنه من العمل. أما إذا كان مع امتناعه منه فلا وجه لاستحقاقه الأجرة عليه بمجرد الحبس حتى بناء على ما تقدم منه ^{ثابتاً} من ضمان الحابس أجرة العمل لو كان المحبوس مستأجراً لغير الحابس، إذ الوجه في الضمان هناك هو نفويت الحابس على المستأجر العمل المملوك له، ولا يجري ذلك في المقام إذا لم يكن الأجير المحبوس باذلاً نفسه للعمل، لأن فوات العمل حينئذٍ على المستأجر الحابس لا يستند عرفاً لحبسه، بل لامتناع الأجير هو من العمل.

هذا وقد تنظر في استحقاق الأجرة مع حبس الأجير في القواعد والإرشاد وعن غاية المراد. بل اختار عدم استحقاقها في الشرايع واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. وصريح بعضهم أن ذلك يختص بما إذا لم تفته مدة الإجارة، أما إذا فاتته فتستقر الأجرة. لكن الظاهر أن المعيار في استقرار الأجرة هو بذل الأجير نفسه للعمل مطلقاً، كما يظهر مما تقدم مفصلاً في كتاب الإجارة.

(٢) كما صرح به جماعة، بل الظاهر عدم الخلاف فيه ولا الإشكال. لما تقدم في كتاب الإجارة والجمالة وغيرهما من ضمان المنفعة بالاستيفاء، ومنها العمل في المقام. (٣) كما في التحرير. ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين كون المزيل هو المالك وغيره. وحينئذٍ لا يبعد استفادته مما ذكره الأصحاب من أن صاحب الحيوان الصائل يضمن إذا كان مفراطاً، وقد نفى في الجواهر الخلاف والإشكال فيه.

لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سئل عن بختي اغتلم، فخرج من الدار فقتل رجلاً، فجاء أخو الرجل فضرب الفحل بالسيف. فقال: صاحب البختي ضامن للدية، ويقتص ثمن بختيه»^(١)، ونحوه صحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام^(٢)، وصحيحه الآخر عنه عليه السلام: «سألته عن بختي اغتلم فقتل رجلاً ما على صاحبه؟ قال: عليه الدية»^(٣).

وبه يخرج عما تضمن عدم ضمان ما يجنيه الحيوان، كموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: البئر جبار والعجماء جبار والمعدن جبار»^(٤) والجبار الذي لا دية فيه ولا قود. وصحيح يونس عن رجل عنه عليه السلام: «أنه قال: بهيمة الأنعام لا يغرم أهلها شيئاً». وزاد في الصدوق في روايته: «ما دامت مرسله»^(٥).

فتحمل هذه النصوص على صورة عدم التفريط، والنصوص الأول على صورة التفريط، كما لعله المنصرف منها، لأن من شأن المغتلم أن يضرّ بالناس. وهو الذي عليه الأصحاب.

ويناسبه التقييد بالإرسال في مرسل يونس المتقدم، وخبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام كان إذا صال الفحل أول مرة لم يضمن صاحبه، فإذا ثنى ضمن صاحبه»^(٦).

وصحيح الحلبي عن رجل عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: بعث النبي صلى الله عليه وسلم علياً إلى اليمن، فأفلت فرس لرجل من أهل اليمن ومرّ يعدو، فمرّ برجل فنحاه برجله فقتله، فجاء أولياء المقتول إلى الرجل فأخذوه فرفعوه إلى علي عليه السلام، فأقام صاحب

(١) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ١٤ من أبواب موجبات الضمان حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ١٤ من أبواب موجبات الضمان حديث: ٤.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ١٤ من أبواب موجبات الضمان حديث: ٣.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٣٢ من أبواب موجبات الضمان حديث: ٢.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٣٢ من أبواب موجبات الضمان حديث: ٣.

(٦) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ١٤ من أبواب موجبات الضمان حديث: ٢.

الفرس البيئنة عند علي عليه السلام أن فرسه أفلت من داره ونفح الرجل، فأبطل علي عليه السلام دم صاحبهم. فجاء أولياء المقتول من اليمن إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالوا: يا رسول الله صلى الله عليه وسلم إن علينا ظلمنا، وأبطل دم صاحبنا. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن علياً ليس بظلام ولم يخلق للظلم. إن الولاية لعلي من بعدي، والحكم حكمه، والقول قوله. لا يرد حكمه وقوله وولايته إلا كافر...»^(١) ورواه الصدوق في الأمالي مسنداً بطريق فيه ضعف عن جبير عن أبي جعفر عليه السلام.

هذا والمستفاد عرفاً من هذه النصوص أن منشأ الضمان التفريط من دون خصوصية للحيوان ولا للمالك.

غاية الأمر أن دفع غائلة الحيوان المملوك عن الناس من شأن مالكة، لا من شأن غيره، ليكون مفراطاً بتركه.

ومن هنا يتعدى لغير المالك ممن من شأنه أن يقوم مقامه كوليّه ووكيله، ويناسبه معتبر الجعفریات ومرسل دعائم الإسلام الآتين في الجدار.

وعلى ذلك فإذا أدى المالك وظيفته في حبس الحيوان فقيده هو أو غيره، بحيث أمن غائلته على الناس، يكون فك قيده من قبل غيره تفريطاً من ذلك الغير، فيكون هو الضامن، كما في محل الكلام. وبناء على ذلك لا يختص الأمر بالعبد المجنون، بل يجري في كل مجنون.

بل يعم كل معتد محبوس إذا كان حبسه لتجنب عدوانه. اللهم إلا أن يقال: النصوص وإن تضمنت الضمان بالتفريط، إلا أن موردها ما إذا لزم من عدم ضمان المفرط هدر حرمة التالف على صاحبه، لعدم وجود من يصلح للضمان غير المفرط، لعدم قابلية المباشر للضمان. ولا يجري ذلك فيما لو كان المحبوس حراً قابلاً للضمان، حيث لا إشكال في ضمانه للنفس والمال بإتلافه. وضمان المفرط في طول ضمانه وإن كان ممكناً، نظير تعاقب الأيدي، إلا أنه لا مجال لاستفادته من النصوص بعد ورودها

(١) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٢٠ من أبواب موجبات الضمان حديث: ١.

وكذا الحكم في كل حيوان جنى على غيره من إنسان أو حيوان أو غيرها
فإن صاحبه يضمن جنايته إذا كان بتفريط منه (١)، إما بترك رباطه، أو
بحله من الرباط إذا كان الحيوان من شأنه أن يربط وقت الجناية للحفاظ
منه. وكذا الحكم في الضمان لو انهار جدار الجار فوق على إنسان أو حيوان
أو غيرهما، فإن صاحب الجدار ضامن إذا لم يصلحه أو يهدمه وتركه حتى
انهدم فأصاب عيناً فأتلفها (٢).

في الحيوان غير القابل للضمان.

لكن مقتضى ذلك الاقتصار على ما إذا كان الذي يرفع عنه القيد حيواناً، دون ما
إذا كان عبداً مجنوناً، فضلاً عما إذا كان عاقلاً، لقابلية العبد للضمان في رقبته. فالتعدي
له موقوف على البناء على مضمونية التفريط مطلقاً ولو مع قابلية المباشر للضمان. ومعه
يتعين التعميم للحر المحبوس لعدوانه، فالتفريق بين الحر والعبد مطلقاً، أو إذا كان
مجنوناً، غير ظاهر الوجه. فتأمل جيداً. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.
(١) كما تقدم، وتقدم دليله.

(٢) يظهر وجهه مما تقدم، فإن أمر إصلاح الجدار لما كان راجعاً للمالك، كالدابة
في مورد النصوص السابقة، فإذا تركه كان مفراطاً في تركه وتعريضه لإتلاف العين
المذكورة إنساناً كانت أو حيواناً أو غيرهما.

مضافاً إلى ما يأتي في معتبر الجعفریات ومرسل دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين
وأبي عبد الله عليهما السلام أنها قالوا في الجدار المائل: «إذا تقدم إلى صاحبه فيه أو كان مائلاً بين
الميل، وقد علم ذلك، فأبقاه ولا يهدمه ولا يدعمه، فسقط فأصاب شيئاً، فهو ضامن
لما أصاب»^(١).

وقد أطلق في الشرايع عدم الضمان مع عدم خروج الحائط عن ملكه. وكأنه

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٨ باب: ٣٤ من أبواب موجبات الضمان حديث: ٥.

وكذا لو كان الجدار في الطريق العام (١)، فإن الحكم ضمان صاحب الجدار

لعدم العدوان. لكنه لا ينافي الضمان بسبب التفريط، كما يظهر من النصوص السابقة والمعتبر المذكور.

نعم لا بد من علم صاحب الجدار بحاله، فلا ضمان لو لم يعلم به، وكذا لم يكن الجدار معرضاً للسقوط، وسقط بوجه غير محتسب، كزوبعة أو زلزلة، كما نفى في الجواهر الخلاف والإشكال في الثاني. لعدم التفريط حينئذ الذي هو منشأ للضمان. كما لا بد من عدم علم المضرور بحال الجدار، فلو علم به ولم يتجنبه فالظاهر عدم الضمان، كما نبه له بعد مشايخنا رحمهم الله، لكونه هو المفرط بتعرضه له.

هذا وإن لم يكن من شأنه التجنب، كالجار الساكن في بيته، والمار في الطريق العام، فلا يبعد الضمان، لعدم تعارف انتقال الناس من بيوتهم وتجنب الطرق العامة في مثل ذلك، والمفرط عرفاً هو صاحب الجدار.

ولاسيما مع ما في معتبر الجعفریات عن جعفر عن أبيه: «أن علياً عليه السلام: سئل عن جدار قوم وقع على بيت لجارهم فقتلهم. فقال علي عليه السلام: إذا كان الحائط مائلاً فقيل لصاحبه: إن حائطك مائل، ونحن نتخوف الهدم، فلم ينقضه أو يدعمه فخر فقتل فهو ضامن. وإن لم يكن مائلاً فسقط فقتل فلا ضمان»^(١). نعم يشكل ذلك فيما إذا التفتوا له لتدهوره بنحو يشرف على السقوط.

(١) يعني: بحيث يكون فيه تجاوز على الطريق والظاهر عدم الخلاف فيه، كما يظهر بملاحظة كلماتهم في الفروع المختلفة في الأضرار بطريق المسلمين.

لنصوص الكثيرة المتضمنة للضمان بذلك، كصحيح أبي الصباح: «قال أبو عبد الله عليه السلام: من أضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن»^(٢) وموثق سماعه أو صحيحه: «سألته عن الرجل يحفر البئر في داره أو في أرضه.

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٨ باب: ٣٤ من أبواب موجبات الضمان حديث: ٢٤.

(٢) وسائل الشیعة ج: ١٩ باب: ٨ من أبواب موجبات الضمان حديث: ٢.

للتلف الحاصل من انهدامه إذا لم يبادر إلى قلعه أو إصلاحه (١). وضمن

فقال: أما ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان. وأما ما حفر في الطريق أو في غير ما يملك فهو ضامن لما يسقط فيه»^(١)

وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الشيء يوضع على الطريق، فتمر الدابة، فتنفر بصاحبها فتعقره. فقال: كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه»^(٢)

وموثق السكوني عنه عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابة أو حفر شيئاً في طريق المسلمين، فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن»^(٣)، وغيرها.

(١) ولا يختص الحكم في ذلك بالتفريط، كما لا يختص بالجدار، بل يجري في كل ما يكون سبباً للتلف، كما يظهر من الأصحاب (رضوان الله تعالى عليهم). كل ذلك لعموم النصوص المتقدمة، بل التصريح في بعضها بالتعميم في الجملة. وكذلك يعم ما إذا لم يكن وضعها في الطريق عدوانياً، بل كان حلالاً، كالقمامة والميازيب، لما هو المعلوم من قيام سيرة المسلمين على وضعها فيه، ومع ذلك يكون صاحبها ضامناً لتبعتها، كما تضمنته النصوص، من دون تناف بين الحكيمين. غاية الأمر أن تحمّل تبعتها بضمان إضرارها يكون حافزاً لمن يضعها على التحفظ والاحتياط في وضعها بنحو يتجنب معه الإضرار بالغير. بل لا يبعد كون الاستفادة من دليل الضمان عرفاً تقيد الترخيص في التصرف بها إذا لم يكن مضرّاً بالوجه غير المتعارف. هذا ولو كان قد وضعها بنحو لا تضر، إلا أنها نقلت عن مكانها فأضرت فالظاهر عدم ضمان واضعها بالنحو الأول. بل إن كان انتقلها بنحو غير اختياري

(١) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٨ من أبواب موجبات الضمان حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٩ من أبواب موجبات الضمان حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ١١ من أبواب موجبات الضمان حديث: ١.

الإنسان بذمته في ماله لا على عاقلته (١). ولو فتح باباً فسرق غيره المتاع ضمن السارق (٢).

- كريح غير متوقعة أو زلزلة - فلا ضمان على أحد. إلا أن يعلم بالحال فلا يبادر لإزالتها إذا كان ذلك مما يكون أمره موكولاً إليه عرفاً، حيث يكون هو المفرط حينئذ. وإن كان انتقالها بفعل شخص آخر فذلك هو الضامن، لأنه هو المضر بالطريق دون الشخص الأول.

هذا وقد تعرض غير واحد لعموم الحكم لكل ما يفعله الإنسان في غير ملكه من بناء أو حفر بئر أو غيرها. وتشهد به بعض النصوص السابقة وغيرها^(١). نعم ينصرف الحكم بالضمنان عما إذ كان التصرف بإذن المالك، كما لعله ظاهر. ولا سيما ما هو المعلوم من أن تصرف المالك في ملكه، كما يكون بفعله مباشرة يكون بفعل نائبه ووكيله، وأنه لا ضمان على المالك في الجميع، عملاً بإطلاق النصوص المتقدمة، حيث لا يحتمل حينئذ ضمان المباشر.

(١) كما هو ظاهر النص والفتوى، بل هو كالمقطوع به منهما، لعدم التنبيه فيهما على العاقلة. ودليل تحمل العاقلة يختص بالقتل بالجناية بالمباشرة، كما هو ظاهر نسبة القتل للقاتل، ولا يشمل القتل بالتسبيب. ولو فرض الإجمال كفى ظهور نصوص الضمان بالتسبيب في تحمل المسبب بنفسه للدية.

ويزيد الأمر وضوحاً بناء على ما هو الظاهر من أن وجوب أداء العاقلة للدية في مورده في طول عمل الجاني لها، فهي لا تتحملها ابتداءً، بل هو الذي يتحملها، ويجب عليها أداؤها عنه، إذ عليه يكون مقتضى الأصل هو وجوب أدائه لها، ويحتاج تحمل العاقلة لها إلى دليل. فلاحظ.

(٢) بلا إشكال ولا خلاف. لدليل ضمان اليد. ولو كان هو المتلف تأكد الضمان بالإتلاف، كما هو ظاهر.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٩ باب: ٨ من أبواب موجبات الضمان حديث: ١.

الكلام فيما لو فتح باب غيره فسرق المتاع ٢٠٣

وإنما الإشكال في ضمان فاتح الباب في طول ضمان السارق، نظير تعاقب الأيدي، وما لو أتلف العين المغصوبة غير الغاصب، فقد صرح بعدم الضمان في الشرايع وجملة من كتب العلامة والدروس وغيرها، ونفى في الجواهر وجدان الخلاف فيه.

واستدل عليه بأن المباشر أقوى من السبب. لكن ذلك لا ينافي ضمان السبب مع المباشر، نظير ما سبق.

ولذا حكى في الرياض عن خاله الوحيد ^{ثالث} في حاشيته على شرح الإرشاد القول أو الميل لضمائهما معاً. قال: «وهو حسن. ولكن الإجماع ظاهر، فالمصير إلى ما عليه الأصحاب متعين».

وهو كما ترى، إذ لا مجال لدعوى حصول الإجماع الحجة في المقام بعد عدم حكاية القول بعدم الضمان عما قبل الشرايع، وبعد ظهور استناد القائلين بذلك لوجه اجتهادية قابلة للخطأ. فالعمدة في المقام عدم ظهور الدليل على الضمان بمثل هذا التسيب.

نعم لو استفيد من النصوص المتقدمة في ضمان ما تتلف الدابة عموم الضمان اتجه الضمان إذا كان مفراطاً. لكن سبق الإشكال في ذلك، وأن المتيقن منه ما إذا لم يكن المباشر صالحاً للتضمنين.

ويجري نظير ذلك فيمن دلّ السارق على المال فسرقه. فقد صرح بعدم الضمان فيه أكثر من سبق، وعن الكفاية أنه المشهور، وفي المسالك أنه ظاهر الأصحاب عدا العلامة في الإرشاد.

نعم لم يتعرض هنا في محكي التبصرة للمسألة، بل حكم في التحرير بالضمان على إشكال، وفي الإرشاد بالضمان به من دون إشارة للإشكال، مع الحكم في الثلاثة بعدم الضمان على من فتح الباب للسارق.

وهو كما ترى! لأن مثل هذا التسيب إن كان مضمناً فالتسيب بتمكين السارق

وفتح الباب له أولى بالضمان. ولعله لذا رماه في المسالك بالندرة.

وأما ما في جامع المقاصد من أنه لا ينطبق على أصول مذهبنا من أن المباشر مقدّم على السبب في الضمان. فهو إنما يتجه لو كان مراده في الإرشاد قصر الضمان على السبب، وعدم تضمين السارق نفسه، ولا يظن به ولا بغيره البناء على ذلك، إذ لا منشأ لاحتمال قصور ضمان اليد والإتلاف عنه. بل من القريب كون مراده ضمانهما معاً، نظير ما تقدم عن الوحيد هناك، وتقدم الكلام فيه.

بقي شيء. وهو أنه قال في الإرشاد: «ولو اتفق المباشر والسبب فالضمان على المباشر، إلا مع الإكراه فالضمان على القاهر». فإن كان مراده عدم ضمان المباشر المكروه فهو غير ظاهر الوجه إذا لم يبلغ الإكراه حد رفع الاختيار، لصدق اليد في حق المباشر. ومجرد رفع الإكراه للتكليف شرعاً لا يمنع من ذلك. ولا ينافي الضمان وضعاً.

على أنه لا مجال لرفع التكليف في المقام بعد ورود رفع الإكراه مورد الامتنان، حيث يقصر عما إذا كان مضرّاً بالغير. نعم لو بلغ إضرار المكروه حداً يجب تجنبه تعين تقديمه على حرمة الغضب. وعلى كل حال لا مجال لسقوط الضمان عن المباشر.

وفي اللمعة: «ولو اجتمع المباشر والسبب ضمن المباشر إلا مع الإكراه أو الغرور، فيستقر الضمان على الغار وعلى المكروه». وعليه جرى في الروضة وهو ظاهر الدروس. ومرجعه إلى ضمان المباشر، كما ذكرنا، لكن له الرجوع بما يحسره بسبب الغضب على الغار والمكروه.

وهو أيضاً لا يخلو عن إشكال، لأن الرجوع على الغار ليس لأنه الأقوى، ويمكن التعدي منه للمكروه، بل للنصوص الخاصة وقد تكرر منا أن المتيقن من ذلك ما إذا كان الغار عالماً خادعاً للمغرور، ولا دليل على ذلك في المكروه.

ولاسيما مع ما هو المعلوم - واعترف به في الروضة - من عدم جريان ذلك في النفوس، فإن المكروه على القتل، بل مطلق الأمر به لا يستقر القصاص عليه، ولا الدية، بل على المباشر، غايته أن النصوص تضمنت تخليد الأمر الحبس حتى الموت. وهو

الكلام فيما لو أجب ناراً من شأنها السراية إلى ملك الغير ٢٠٥

ولو أجب ناراً من شأنها السراية إلى مال الغير فسرت إليه ضمنه (١)، وإذا لم يكن من شأنها السراية فاتفقت السراية بتوسط الريح أو غيره لم يضمن.

حكم تعبدي خاص بمورده، تبعاً لاختصاص دليله.

نعم لو أخذ المكره العين المغصوبة من المكره استقر الضمان عليه، كما في سائر موارد تعاقب الأيدي من دون خصوصية الإكراه. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما صرح بذلك الأصحاب في الجملة على اختلاف منهم في كون المعيار التعدي عن قدر الحاجة، أو الظن أو العلم بالسراية، أو كلا الأمرين، أو غير ذلك، مما لا يسعنا استقصاؤه واستقصاء كلماتهم فيه.

والذي ينبغي أن يقال: يتعين البناء على الضمان مع فعلية حصول ما يقتضي السراية حين إشعال النار من هواء أو مادة محترقة أو غيرهما، سواء علم بذلك أو ظنه أم لا. لصحة نسبة الإتلاف إليه بذلك عرفاً، فيضمن بضمّان الإتلاف، الذي لا يعتبر فيه التفريط، ولا التعمد.

أما مع عدم حصول ما يقتضي السراية حين إشعال النار، بحيث لم تسر النار بنفسها، ولكن حصل ما يقتضي سرايتها بعد ذلك، بحيث يكون وجود النار من سنخ المعد فلا يصح نسبة الإتلاف له عرفاً.

وحيث إن استند حصول ما يقتضي السراية لفاعل آخر صالح للتضمين، كان هو المتلف عرفاً، فيكون ضامناً. ولا ضمان على مشعل النار حتى لو توقع حصول ما يقتضي السراية، بناء على عدم مضمونية التفريط مع ضمان الإتلاف أو اليد، نظير ما سبق في فتح الباب للسارق.

وإن لم يستند حصول ما يقتضي السراية لفاعل صالح للتضمين، كهبوب الريح ونحوه، فإن كان مشعل النار متوقعاً لذلك، كان ضامناً بسبب التفريط، وإلا فلا ضمان عليه، نظير ما سبق في ضمان صاحب الدابة الصائلة.

ويضمن الخمر والخنزير للذمي بقيمتها عندهم مع الاستتار (١)

إلا أن يتيسر لمالك العين التالفة أن يتوقى من سريان النار، لالتفاته له أو قدرته على منعها فلم يفعل، حيث يكون هو المفرط عرفاً، دون مشعل النار. ويجري التفصيل المذكور في سائر أسباب الإتلاف، كإجراء الماء في ملكه إذا سرى لملك الغير فأتلفه وهدم حائطه إذا أضر غباره بغيره، وغيرهما. وهناك فروع مشابهة ذكرها الأصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) قد يظهر حكمها مما سبق، ولا يسعنا تفصيل الكلام فيها. فلاحظ.

(١) كما صرح بذلك جمهور الأصحاب، وظاهر المبسوط والسرائر والتذكرة الإجماع عليه، كما هو صريح الخلاف. ويقتضيه - مضافاً إلى ذلك - ابتناء الذمة على إقرار أهل الذمة على مقتضى دينهم عملاً، المستلزم لاحترام ما يقتضي دينهم احترامه، بالإضافة إليهم، وذلك بضمانه لهم.

ويؤيد ذلك أو يعضده معتبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «إن علياً ضمن صاحب الدابة ما وطئت يديها ورجليها...» وقال: «إن علياً عليه السلام ضمن رجلاً أصاب خنزير نصراني»^(١) ورواه الصدوق مرسلًا، إلا أنه قال: «إن علياً ضمن رجلاً مسلماً أصاب خنزيراً لنصراني قيمته»^(٢)، وخبر مسمع عنه عليه السلام: «إن أمير المؤمنين عليه السلام رفع إليه رجل قتل خنزيراً، فضمنه [قيمته. كافي]...»^(٣).

هذا والحديثان وإن وردا في الإتلاف، إلا أن الحكم فيهما بالضمان يناسب احترام المضمون، المقتضي لضمانه بضمان اليد أيضاً.

هذا وقد قيد الأكثر بما إذا كان الذمي مستتراً، وأطلق في المبسوط والخلاف

(١) تهذيب الأحكام ج: ١٠ ص ٢٢٤. وذكر ذيله في وسائل الشيعة ج: ١٩ باب ٢٦ من أبواب موجبات الضمان حديث: ٢.

(٢) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص ٢٥٧.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب ٢٦ من أبواب موجبات الضمان حديث: ١.

والمهذب، كالحديثين المتقدمين. ومن القريب حمل الكل على صورة الاستتار، لما هو المعلوم من ابتناء الحكم على احترام الأمر المضمون تبعاً لاحترام صاحبه، وهو مشروط بقيامه بشروط الأمة، ومنها الاستتار، ولا ذمة له مع مخالفتها ولا حرمة، فلا حرمة لماله.

هذا وقد ينافي جميع ذلك ما في صحيح زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل الجزية من أهل الذمة على أن لا يأكلوا الربا ولا يأكلوا لحم الخنزير ولا ينكحوا الأخوات ولا بنات الأخ ولا بنات الأخت، فمن فعل ذلك منهم برئت منه ذمة الله ورسوله صلى الله عليه وسلم. قال: وليس لهم اليوم ذمة»^(١).

ومقتضى ذلك سقوط حرمة الخنزير التابع لهم، لما هو المعلوم من أن الانتفاع الظاهر منه الأكل، فيكون اقتناؤهم له خروجاً عن مقتضى الذمة الموجب لسقوط حرمتهم، فلا حرمة لما لهم المحلل ذاتاً، فضلاً عن الخنزير والخمر ونحوهما مما لا حرمة له بالأصل.

وأما ما ذكره بعض مشايخنا رضي الله عنهم من حمل الصحيح على التظاهر بالأمر المذكورة. فهو مخالف لظاهره جداً، ولا سيما مع اشتماله على نكاح الأخوات وبناتها وبنات الأخ التي ليس من شأنها التستر عادة، ومع قوله عليه السلام: «فلا ذمة لهم اليوم». ومن هنا لا يبعد حملة على بيان شروط الذمة الحقيقية التي شرعها الله تعالى، من دون أن ينافي جريان أحكام الذمة إمضاءً لما جري عليه ولاية الجور باسم الإسلام، لعناوين ثانوية هم (صلوات الله عليهم) أعلم بها.

فهو نظير صحيح فضل بن عثمان الأعور عنه عليه السلام: «أنه قال: ما من مولود يولد إلا على الفطرة، فأبواه اللذان يهودانه وينصرانه ويمجسانه. وإنما أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم الذمة وقبل الجزية عن رؤوس أولئك بأعيانهم، على أن لا يهودوا

(١) وسائل الشيعة ج: ١١، باب: ٤٨، من أبواب جهاد العدو وما يناسبه حديث: ١.

وكذا للمسلم حق اختصاصه فيما إذا استولى عليه لغرض صحيح (١).

أولادهم ولا ينصروا. وأما أولاد أهل الذمة اليوم فلا ذمة لهم^(١). وهو الذي رواه الجمهور في نصارى بني تغلب^(٢).

مع ما هو ما المعلوم من جريان أحكام الذمة في عصور الأئمة (صلوات الله عليهم) على من دخلوا في ذمة الإسلام من طريق ولاية الجور وعلى أبنائهم ما تناسلوا، وعدم قيامهم بالشروط المذكورة في الصحيحين. وتشهد به النصوص الكثيرة الواردة في الموارد المتفرقة.

بل لا يبعد إجراء أمير المؤمنين (صلوات الله عليه) في عهده القصير الأمر على ما جرى عليه الأولون، لعدم تيسر نقض سيرتهم له عليه السلام في ذلك، وفي كثير من الموارد. بل هو الذي رواه الكليني عنه عليه السلام في بني تغلب وغيرهم في حديث طويل^(٣).

وعلى ذلك يشكل اشتراط التستر في الضمان إذا لم يشترط من قبل الولاية عند دخولهم في الذمة، وإن كان ظاهر الأصحاب التسالم عليه، وفي مفتاح الكرامة: «وكأنه لم يختلف فيه اثنان»، وفي الجواهر: «قولاً واحداً».

وهذا يجري في جميع موارد خروج ولاية الجور في شروط الأمة عما هو الثابت شرعاً. فتأمل جيداً.

(١) قد أطلق جمهور الأصحاب عدم الضمان لها إذا أخذها من مسلم، ونفى الخلاف فيه في الخلاف، بنحو يظهر في نفيه بين المسلمين، وادعى الإجماع عليه في التذكرة. ومقتضى إطلاقهم عدم الفرق بين اتحاذه لها لغرض صحيح - كالتخلييل - وغيره. بل ظاهر التحرير والتذكرة والدروس وصریح المختلف وجامع المقاصد والمسالك العموم للأول، وإن حرم الغضب حينئذٍ.

(١) وسائل الشيعة ج: ١١ باب: ٤٨ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه حديث: ٣

(٢) فاجعة الطف الطبعة الثالثة ص ٢٨٦، ٢٨٧ الطبعة الرابعة ص ٣٠٨، ٣٠٩.

(٣) الكافي ج: ٨ ص: ٥٨، ٦٣.

نعم حكم في الثلاثة الأول بأنها لو انقلبت خلاً عند الغاصب وجب ردها على صاحبها. لكن في الأولين أنه لو أراقها فجمعها غيره فصارت عنده خلاً لم يجب ردها على صاحبها، لأنه أخذها بعد زوال يده عنها.

وكيف كان فقد استدل عليه في كلماتهم بعدم كونها مما يتمول في ملة الإسلام. وفيه: أن المالية تابعة لتنافس العقلاء في الشيء بنحو يبذل في سبيل تحصيله المال، وليست تابعة لجعل الشارع. غاية الأمر أن للشارع الأقدس إسقاط حرمة المال والحكم بجواز إتلافه من دون رضا صاحبه، ولا ضمان له. ولا ينافي ذلك ثبوت ملكيته له المقتضي لضمانه في مورد جواز اقتنائه له.

وما يظهر منهم من عدم ملكيته الأعيان النجسة غير ظاهر الوجه. ولا أقل من ثبوت حق الاختصاص له فيها حينئذ بنحو يقتضي احترامها وضمانيها له، كما تعرضنا لذلك في الجملة في أوائل مقدمة كتاب التجارة. فراجع.

ومن الغريب ما سبق من التذكرة والتحرير من وجوب إرجاع الخمر لصاحبها لو انقلبت خلا عند الغاصب، بخلاف ما إذا انقلبت عند غيره بعد إراقته لها وجمع الغير لها. لظهور أن انقلابها خلا في الموردين بعد زوال يد صاحبها عنها، فإن كان ذلك مانعاً من ثبوت حقه فيها لزم وجوب ردها في الموردين، وإلا وجب ردها فيهما معاً.

هذا ولو بني على الضمان فمقتضى ما يظهر من سيدنا المصنف عليه السلام وغيره من عدم ملكيتها وثبوت حق الاختصاص فيها يتعين ضمان الحق، دون العين. أما بناء على ما هو الظاهر من ملكيتها فالتعين ضمان العين، ومقتضى القاعدة حينئذ ضمانها بالقيمة.

وعن ابن الجنيد الضمان بقيمتها خلاً. لأن له حق اليد فكان على المعتدي الضمان بإتلاف حقه، ولا يصح الضمان بالمثل، فيضمن بالقيمة ويجب الخلل، لأنه أقرب إلى العين.

ويجب رد المغصوب (١)

وهو كما ترى لا ينهض بالخروج عن مقتضى القاعدة في الضمان، وحيث كان الظاهر عدم كون التالف مثلياً عرفاً، تعين الضمان بالقيمة.

نعم المتيقن من ذلك ما يتخذ للتخليل، لشيوع الابتلاء به في عصور المعصومين عليهم السلام مع احترامه حسب مرتكزات التشريعات كسائر الأموال، أما غيره مما يقتنى لأغراض سائغة، فضمانه في غاية الإشكال، لعدم احترامه بمقتضى المرتكزات بحيث يتدارك بالمال، وإن ثبت فيه حق الاختصاص، بنحو يحرم العدوان عليه تكليفاً. ونظير ذلك الخنزير. وإن كان الأمر فيها لا يخلو عن إشكال. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) بلا إشكال ظاهر، بل ولا خلاف، كما في التذكرة، وإجماعاً، كما في الدروس والروضة، وفي الجواهر: « بل الإجماع بقسميه عليه ان لم يكن ضرورة المذهب ». ويظهر من جملة من كلماتهم المفروغية عنه. وفي حديث حماد المعول عليه عند الاصحاب: « وله صوافي الملوك ما كان في أيديهم على غير وجه الغضب، لأن الغضب كله مردود »^(١)، وفي حديث عبد العزيز: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عمن أخذ أرضاً بغير حقها وبنى فيها. قال: يرفع بناؤه، وتسلم التربة إلى صاحبها. ليس لعرق ظالم حق... »^(٢).

مضافاً إلى أن المغصوب إن بقي تحت يد الغاصب رجح عدم تسليمه إلى حبسه عن صاحبه، ويحرم حبس الحق عن أهله، بل يجب تسليمه له خروجاً عن الضمان. وإن خرج عن يده فمقتضى الضمان لزوم الخروج عنه بتسليم المضمون بعينه، لأنه المتعين في الخروج عن الضمان مع القدرة عليه. وبذلك يظهر وجوب المبادرة في الرد،

(١) وسائل الشيعة ج: ٦ باب: ١ من أبواب الانفال حديث: ٤، وج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب الغضب حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب الغضب حديث: ١.

كما يظهر منهم المفروغية عنه، وفي الروضة أنه إجمالي.

هذا والمصرح به في كلماتهم وجوب رد المغصوب وإن أضر بالغاصب أو عسر عليه، ومنه ما لو احتاج تحصيله له لبذل المال، أو تلف ماله، كما لو جعل الخشبة المغصوبة في بنائه أو في سفينة تحمل مالا له أو نحو ذلك. وهو مقتضى عموم الوجوه السابقة.

ولا مجال للخروج عنها بقاعدتي نفي الضرر أو الحرج، لأنه هو الذي أوقع نفسه فيه. ولا سيما مع ما هو المرتكز عند المشرعة وتضمنه خبر عبد العزيز المتقدم من أنه ليس لعرق ظالم حق، بل ما تضمنه الخبر المذكور من رفع بناء الغاصب صريح في لزوم تسليم المغصوب لصاحبه وإن أضر بالغاصب.

كما أن مقتضى عموم قاعدة السلطنة في حق المالك وحرمة حبس حقه عنه وجوب المبادرة بتسليم المغصوب له وإن أضرت المبادرة بالغاصب وأمكن التسليم مع الانتظار من دون إضرار به، كما هو مقتضى ما سبق من عدم جريان قاعدة نفي الضرر والحرج في حق الغاصب، لعدم الحرمة له. وهو مقتضى بعضهم وصريح آخرين، بل في المسالك أنه صرح به الأكثر.

لكن صرح بعدم وجوب المبادرة ولزوم الانتظار في المبسوط والتذكرة جمعاً بين الحقين. وفيه: أنه فرع احترام حق الغاصب، وقد سبق المنع منه.

هذا وفي مفتاح الكرامة أنه على القول بالانتظار يلزم دفع القيمة للحيلولة، حتى إذا استرجعت العين استرجعت القيمة، بل يظهر منه أن ذلك هو مختار المبسوط والتذكرة. وكأنه بناء على ذلك اختار لزوم الانتظار إذا استلزم القبح والضرر الفاحش جمعاً بين الحقين.

لكن لا إشارة في المبسوط والتذكرة لدفع القيمة. كما لا وجه له، لأن بدل الحيلولة إنما يلزم إذا تعذر إرجاع العين لغرق وضياع ونحوها، وهو راجع إلى رضا المالك بالقيمة عوضاً عن المغصوب، المستلزم لصيرورة المغصوب للغاصب، فمع

فإن تعيب ضمن الأرش (١). فإن تعذر الرد ضمن مثله

رضا المالك بذلك في المقام يتعين مع تسليم القيمة عدم تسليم العين عند ارتفاع الضرر من تسليمها.

أما دفع القيمة لمجرد تأخير التسليم مع بقاء المغصوب في ملك صاحبه فلا دليل على وجوبه، بل لا منشأ لاحتماله.

وأما القبح مع لزوم الضرر الفاحش فهو غير ظاهر بعد ما سبق من سقوط حرمة الغاصب بعدوانه.

هذا كله إذا تعمد الغاصب الغصب. أما إذا لم يتعمده ووضع يده على مال الغير وتصرف فيه عن جهل بالحكم أو الموضوع فقد يتجه جريان قاعدة نفي الضرر أو الحرج في حقه في أصل تسليم المغصوب، فضلاً عن المبادرة إليه بعد إطلاق انصراف قوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حق» عنه، لقرب أخذ العمد في صدق الظلم أو انصرافه إليه. مضافاً إلى قصور المرتكزات التشريعية، بل إباؤها الإضرار بالغاصب. نعم لو لزم من أعمال قاعدة نفي الحرج أو الضرر في حقه الإضرار بالمالك، تعين قصور القاعدة المذكورة حينئذ، لكونها امتنانية، ويتعين تحكيم قاعدة السلطنة في حق المالك. إلا أن يلزم الإجحاف في حق المتصرف بالمال، نظير ما تقدم في المسألة الثلاثين من فصل الخيار من كتاب البيع، وقد تقدم هناك ما ينفع في المقام أيضاً. فراجع.

(١) كما صرح بذلك الأصحاب، بنحو يظهر منهم المفروغية عنه. وهو مقتضى

دليل الضمان.

مضافاً إلى صحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام الوارد في التجاوز بالعين المستأجرة عن مقتضى الإجارة. وفيه: «فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز؟ قال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه...»^(١).

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١٧ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

(١) ولو لم يكن مثلياً ضمنه بقيمته يوم التلف (٢) والأحوط استحباباً

(١) كما هو المعروف بين الأصحاب، وقد تقدم التعرض لذلك ولدليله مفصلاً في المسألة الثالثة عشرة من فصل شروط العقد من كتاب البيع عند الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد. كما تقدم هناك الكلام في تحديد كل من المثلي والقيمي، وفي حكم ما إذا اشتبه حال المضمون وتردد بين المثلي والقيمي.

(٢) كما سبق منه ^{تتسط} في المسألة الثامنة عشرة من فصل شروط المتعاقدين من كتاب البيع، وذكرنا هناك أن مقتضى القاعدة ضمان قيمة يوم الأداء، لكن يجب الخروج عنها بصحيح أبي ولاد، إذ فيه: «فقلت له: أرأيت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته»^(١). لظهوره في كون الظرف قيماً للقيمة بعد العلم بعدم كونه راجعاً لانشغال الذمة بها. على ما أوضحناه هناك كما تعرضنا هناك لوجه القول بضمن قيمة يوم التلف، والقول بضمن أعلى القيم. ودفعها بما لا يسعنا التعرض له هنا. فراجع.

هذا كله إذا كان تعذر الرد للتلف، أما إذا كان لأمر آخر، كضياع أو غرق أو استيلاء على العين ممن لا يتيسر استرجاعها منه، فمن الظاهر بقاء العين على ملك مالكيها، ومعه لا وجه لانشغال ذمة الغاصب بالبدل للمالك، إذ لا يجتمع له ملك البدل والمبدل. نعم مقتضى الضمان استحقاق المالك المطالبة بالبدل، وهو المعروف عندهم ببدل الحيلولة، وقد سبق في المسألة الخامسة عشرة من فصل شروط المتعاقدين من كتاب البيع أنه راجع إلى قبول المالك بالبدل عوضاً عن العين، ولزوم دفعه له إذا طلبه. وحينئذ يتعين دفع القيمة الثابتة للعين حين الوفاء، لأنها البدل حينئذ، من دون مخرج عن ذلك بعد قصور صحيح أبي ولاد عن الفرض، واختصاصه بالتلف.

اللهم الا أن يقال: التفريق بين التلف ومثل الضياع من موجبات الضمان مع بقاء العين يحتاج إلى عناية مغفول عنها جداً. ولا سيما مع ما تضمنته النصوص من

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١٧ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

التصالح لو اختلفت القيمة يوم تلفه وأدائه (١)، وفي المثلي يضمن لو أعوز
المثل قيمة يوم الأداء (٢)، ولو زاد للسوق فنقصت لم يضمنها (٣)

جعل التلف والضياع ونحوه في مساق واحد في الحكم بالضمان^(١). ومن هنا يقرب
إلحاق ذلك بالتلف. وإن كان الاحتياط بالصلح حسناً أو لازماً، كما ذكرناه هناك.
ثم إن مقتضى المعاوضة في بدل الحيلولة صيرورة العين في ملك الغاصب، كما
تقدم هناك، وأشرنا إليه آنفاً.

(١) خروجاً عن احتمال وجوب قيمة يوم الأداء، الذي سبق أنه مقتضى
القاعدة.

(٢) كما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والشرايع وجملة من كتب
العلامة و الدروس وغيرها، بل لم يعرف الخلاف فيه منا إلا من الإيضاح، فحكم
بلزوم أعلى القيم من حين الغصب إلى حين الأداء، وهو يبتني في الجملة على ضمان
المغصوب بأعلى القيم الذي سبق في المسألة المذكورة ضعفه.

وكيف كان فالوجه في الضمان بقيمة يوم الأداء ما ذكره غير واحد من أن
الثابت في الذمة هو المثل دون القيمة، ولذا كان للمغصوب منه الانتظار برجاء
تيسر المثل، ودفع القيمة إنما يكون عوضاً عن المثل، فاللازم ملاحظة البدلية حين
التعويض، وما هو البديل حينه هو القيمة المذكورة.

(٣) فقد صرح جمهور الأصحاب بعدم ضمان نقص القيمة السوقية مع بقاء
العين بحالها، ونفى الخلاف فيه في المبسوط، بنحو يظهر في نفيه بين المسلمين، وظاهر
غير واحد إجماع أصحابنا عليه، بل هو صريح المختلف والروضة. والوجه فيه: أن
موضوع الضمان هو العين، والقيمة من شؤونها الخارجة عنها، وليست جزءاً منها
لتكون مضمونة بضمائها.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٧ من أبواب كتاب الرهن، وباب: ١ من أبواب كتاب العارية، وباب: ٣
من أبواب كتاب الإجارة.

ولو زاد للصفة فنقصت ضمنها (١) مطلقاً (٢). ولو تجددت صفة لا قيمة

غايته أنه يجب دفعها بدلاً عن العين عند تعذر دفعها خروجاً عن مقتضى الضمان، ولا موضوع لذلك في فرض بقاء العين وتسليمها بنفسها. وهذا بخلاف الزيادة العينية في العين، حيث تكون قابلة للضمان بضمن العين في فرض وضع اليد عليها حينها، على ما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(١) بلا إشكال ظاهر. وقد صرح به غير واحد. لأن الزيادة جزء من العين - كالسمن - أو صفة فيها - كالجمال - فتكون تابعة لها مملوكة لمالكها تبعاً لها كسائر صفاتها السابقة على الغصب، فتكون مضمونة بضمنها.

نعم قد يشكل ذلك فيما إذا لم تكن تحت يد الغاصب، كما لو شردت الدابة فرعت وسمنت، ولم يعثر عليها الغاصب إلا بعد أن فقدت السمن الذي حصل لها، حيث لا وجه لضمانه الصفة بعد أن لم تكن الصفة ولا العين الواجدة لها تحت يده، والذي تحت يده الأولى والثانية هو العين الفاقدة لها لا غير. وضمن العين حال خروجها عن يده، ليس ليد فعلية، بل لليد السابقة المختصة بحال فقدها للصفة. كما أن ضمانها بتجدد اليد عليها بعد رجوعها، لا يقتضي ضمان الصفة لفرض فقدها حينها.

ولا سيما أن ضمان اليد ليس مقتضى عموم دليل لفظي، لينظر في شموله للصفة في الفرض، بل هو يبتني على المرتكزات العقلائية والمشرعية التي لا يتضح شمولها للفرض المذكور.

(٢) لعله بلحاظ أن الصفة (تارة): تكون صفة محضة، كيباض بشرة الجارية بعد أن كانت سمراء (و أخرى): تكون صفته مشوبة بعين كصبغ الثوب (وثالثة): تكون عيناً غير قابلة للفصل كالسمن. كما أنها (تارة): تستند للغاصب عرفاً، كما لو أحسن تغذية الحيوان حتى سمن (وأخرى): تستند لشخص آخر (وثالثة): لا تستند لأحد عرفاً، كما لو رعى الحيوان بنفسه مرعى جيداً فسمن.

وكان منشأ التعميم تبعية الصفة للعين في الملكية، فتكون مضمونة كالعين
بضمان اليد إذا نقصت، كالصفة التي كانت فيها حين الغصب.

لكن التعميم من الجهة الثانية لا يخلو عن إشكال، لأن الصفة هنا إنما تكون
تابعة للعين في الملكية عرفاً إذا لم تستند لعمل الغير، أما إذا استندت له فهي ملك
له، كما سبق في المسألة الثلاثين من فصل الخيارات من كتاب البيع وسبق منه **ثَبَّتْ** ما
يناسب ذلك.

غاية الأمر أنها إذا صدرت بفعل المتعدي الغاصب لم يكن لها حرمة، نظير عدم
الحرمة لعرق ظالم، فليس له المطالبة بقيمتها، ولا يثبت له الحق بسببها، ولا التصرف
فيها من أجل إزالتها.

إلا أن ذلك غير ضمانه لها، المتفرع على ملكية صاحب العين لها. ولا سيما مع ما
أشرنا إليه آنفاً من عدم عموم الدليل ضمان اليد، ليقضي الضمان في المقام.
أما إذا لم يكن متعدياً كالجاهل بالغصبية فيثبت له الحق بالعين بسببها كما يتعين
عدم ضمانه لها لو ذهبت قبل تسليم العين للمالك، كما لعله ظاهر.

وأما إذا كانت بفعل ثالث، فإن كان فعله لنفسه بتخيل ملكه للعين، جرى عليه
حكم الجاهل بالغصبية من ثبوت الحق له في العين، فيضمنها الغاصب لو تلفت تحت
يده له لا للمالك.

وإن كان فعله للمالك تبرعاً جرى عليها حكم ما لو حصلت الصفة بنفسها
في كونها ملكاً للمالك العين، فيضمنها الغاصب له لو تلفت بعد أن صارت تحت يده.
وإن كان فعله للغاصب جرى عليها حكم ما لو حصلت بفعل الغاصب من
عدم الحرمة لها، فلا تقتضي حقاً له في العين، مع عدم ضمانه لها لو تلفت تحت يده. وقد
تقدم في المسألة المذكورة ما ينفع في المقام. فراجع.

بقي شيء. وهو أنه لا يبعد البناء على أن المعيار في ضمان الأرش والصفة على
حال تسليم العين للمالك. فإذا أصاب العين نقص لا يضمنه الغاصب إلا إذا بقي حين

لها لم يضمنها(١). ولو زادت القيمة لنقص بعضه مما له مقدر كالجلب

استلام المالك لها، أما إذا زال بنفسه أو بفعل الغاصب أو غيره فلا يكون مضموناً على الغاصب. وإذا ذهبت الصفة الموجبة لزيادة العين الموجودة حين أخذها من المالك أو التي تحصل بعد أخذها منه ثم عادت حين تسلم المالك للعين فلا ضمان لها.

لأن ذلك هو المتيقن من دليل الضمان حتى صحيح أبي ولاد، لانصرافه للنقص الموجود حين استلام المالك للبخل، للغفلة عن النقص الذي يزول قبل ذلك.

ويترتب على ذلك تداخل العيب والصفة لو تكرر حصولهما في الضمان. فلو تكرر العيب والشفاء منه كان المعيار على حال تسليم العين، فإذا استلمها المالك حال الشفاء منه فلا ضمان، وإن استلمها حال وجوده ضمنه الغاصب بمرتبته حين الاستلام لا غير، دون ما زاد عليها ما كان عليه سابقاً، فضلاً عن وجوده في المرات السابقة التي زالت.

وكذا الحال في الصفة الموجبة لزيادة المالية فالمضمون منها هو النقص الحاصل حين استلام المالك، دون ما زاد من المراتب، فضلاً عما تكرر من المرات.

نعم المتيقن من ذلك كله ما إذا كان ارتفاع النقص الحاصل ورجوع الصفة الموجبة لزيادة القيمة مقتضى طبيعة العين المغصوبة ولو بمعونة العوامل الخارجية، كعوارض الحيوان من المرض أو السمن أو نحوهما.

أما إذا لم يكن كذلك، بل كان متمحضاً في السبب الخارجي - كتتعيل الدابة وتصليح السيارة - فالظاهر عدم الإعتداد بارتفاع النقص، بل للمالك المطالبة بالأرث كاملاً، ولا يعتد بالتدارك الحاصل بغير إذنه. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) بلا إشكال ظاهر، لعدم الموضوع للضمان المالي. وبذلك يظهر عدم ضمانه لها لو كانت موجودة في العين قبل الغصب، فذهبت تحت يد الغاصب.

نعم لو أمكن في الثاني إرجاعها فمن القريب وجوبه، كما لو كان كيس الطعام

فعله دية الجناية (١)،

خيطةً ففتحه، فلا يبعد وجوب خياطته ثانياً، رفعاً للعدوان الحاصل.

(١) كما في المبسوط و السرائر والشرايع وجملة من كتب العلامة والإيضاح وغيرها. وعن الكفاية أنه المشهور.

هذا والمعروف من مذهب الأصحاب أن دية الجناية على المملوك على نحو دية الجناية على الحر في النسبة، لكنها في الحر بنسبتها إلى ديته، ففيما فيه واحد - كاللسان والذكر - تمام الدية، وما فيه اثنان نصف الدية.. وهكذا، وفي الجروح ونحوها مما فيه مقادير منصوطة لها نسبتها من الدية، وفيما لا نص فيه الحكومة بالقياس إلى المنصوص.

أما في المملوك فنسبتها إلى قيمته، ففي القتل تمام القيمة، وفي الأعضاء والجروح على النسبة. نعم لو زادت قيمته على دية الحر ردت إليها، ولا تتجاوزها. ويشهد بذلك المنصوص. كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: لا يقتل الحر بالعبد. وإذا قتل الحر العبد غرم ثمنه وضرب ضرباً شديداً»^(١)، وصحيحه الآخر عنه عليه السلام: «قال: إذا قتل الحر العبد غرم قيمته وأدب. وقيل: فإن كانت قيمته عشرين ألف درهم؟ قال: لا يجاوز بقيمة عبد دية الأحرار»^(٢)، وموثق السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «قال: جراحات العبيد على نحو جراحات الأحرار في الثمن»^(٣)، ونحوه غيره.

وفي خبر حريز عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل شج عبداً موضحة. فقال: عليه نصف عشر قيمة العبد لمولى العبد. ولا تجاوز بثمن العبد دية الحر»^(٤)، وفي صحيح ابن مسكان عنه عليه السلام: «قال: دية العبد قيمته. فإن كان نفساً فأفضل قيمته عشرة

(١) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٤٠ من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٤٠ من أبواب القصاص في النفس حديث ٤.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٨ من أبواب ديات الشجاج والجروح حديث ٢.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٨ من أبواب ديات الشجاج والجروح حديث ٥.

آلاف درهم، ولا يجاوز به دية الحر^(١)، ونحوها غيرها.
نعم إذا كانت الجناية على الطرف مستوعبة للدية فعلى الجاني دفع القيمة، لكنه يأخذ العبد المجني عليه، ولا يجتمع لمولاه العبد وثمانه. لموثق أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في أنف العبد أو ذكره أو شيء يحيط بقيمته أنه يؤدي إلى مولاه قيمة العبد ويأخذ العبد»^(٢)، ونحوه صحيح غياث عن أبي عبد الله عن أبيه عليه السلام^(٣).

هذا وقد وقع الكلام في أن ذلك يجري في حق الغاصب إذا جنى على المملوك الذي غصبه أو لا؟ فقد اضطرت كلماتهم في المقام بما لا يسعنا استقصاؤه.
ومن الظاهر أنه بناء على عموم النصوص للغاصب يتعين ضمان المقدر، سواء كان بقدر فرق القيمة أم أكثر أم أقل. كما أن الجناية لو كانت مستوعبة للدية يتعين مع أخذ الدية دفع العين للغاصب، عملاً بالحديثين المتقدمين.
أما بناء على قصور النصوص عن الغاصب فيتعين عليه ضمان فرق القيمة، سواء كان بقدر المقدر أم أقل أم أكثر. ولو لم يكن موجباً لنقص القيمة فلا شيء على الغاصب حتى لو كان للجناية مقدر.
وابتداء المسألة على ذلك هو الاستفادة من مجموع كلام الجواهر، وإن أطال الكلام في الاحتمالات والاستدلالات، كما يظهر بمراجعته.
لكن قد يدعى أنه مع شمول النصوص للغاصب يتعين ثبوت أكثر الأمرين عليه: فرق القيمة للغصب، والمقدر للجناية، لأنه اجتمع سببان للضمان، فيؤثر كل سبب أثره.

وربما يبتني عليه ما في المبسوط وجمع مما تأخر عنه من ثبوت أكثر الأمرين من المقدر والأرش.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٦: من أبواب ديات النفس حديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٨: من أبواب ديات الشجاج والجروح حديث ٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٣٤: من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

وفيه: أن مقتضى ذلك عدم التداخل بينهما، بل مرجعه إلى تعدد المضمون، واستناد كل مضمون إلى سببه. وهو يقتضي ضمان مقدار الأرش مرتين لو اتفق مع المقدر، وجمعه مع المقدر لو اختلفا لا الاقتصار على أكثر الأمرين حينئذ. ولا يظن بأحد الالتزام بذلك.

والمتعين حمل الاختلاف بين الضمانين في المقام على الاختلاف في معيار الضمان بلحاظ حرمة المال المضمون، وحيث لا يكون معيار حرمة المال الواحد متعدداً تعين التنافي بين المعيار في الغصب والمعيار في الجناية، فمع فرض عموم النصوص المتقدمة للغاصب يتعين البناء على انحصار معيار الضمان فيه بضمن الجناية، تخصيصاً لعموم ضمان الغصب، كما يخص به عموم ضمان الإتلاف المبني على ضمان القيمة وفرقها، وعليه يقصر معيار ضمان الغصب عنه. أما مع قصور النصوص عنه فيتعين الاقتصار فيه على معيار ضمان الغصب، ولا يجري فيه معيار ضمان الجناية.

ودعوى: أخذ الغاصب بأشق الأحوال. ممنوعة. لعدم ابتناء ذلك على وجه ينهض بالاستدلال. ولا سيما أن عدوان الغاصب ليس بأشد ارتكازاً من عدوان الجاني المباشر للإتلاف، بل الأمر بالعكس.

إذا عرفت هذا فالظاهر عموم النصوص المتقدمة للغاصب. ومجرد سبق ضمانه للعين بضمن اليد لا ينافي عموم هذه النصوص له، لأنها حاکمة على دليل ضمان الغصب، لتعرضها لشرح كيفية الضمان والخروج عن تبعة المال المضمون.

بل لعله متيقن الدخول في إطلاقها، لظهور ابتناء الجنايات المنصوصة كثيراً على حبس الجاني للمجني عليه، واستيلائه عليه، خصوصاً مثل قطع اللسان والذكر، فحمل نصوص المقام على خصوص ما إذا حصلت الجناية مع إطلاق المجني عليه واستقلاله بنفسه أو مع حبسه من قبل شخص أجنبي عن الجاني غير تابع له بعيد جداً. ولا أقل من كونه مخالفاً لأطلاقها من دون قرينة.

بل ذلك لا يناسب ظهور إطباقهم على ضمانه أرش الجناية المنصوصة، وإن

اختلفوا فيما زاد عليها. حيث لا وجه له إلا البناء على شمول النصوص للغاصب.
وعلى ذلك لا بد من البناء على اقتصار الغاصب الجاني على ضمان الجنائية، دون
ضمان الغصب، فضلاً عن إلزامه بأكثر الأمرين.

كما يتعين البناء على أن جنايته لو كانت مستوعبة لقيمته كان له أخذ المملوك
بعد دفعها، كما هو ظاهر الخلاف أو صريحه في كتاب الغصب، مستدلاً عليه بالإجماع
والأخبار، وهو مقتضى إطلاق النهاية والمبسوط في كتاب الديات، حيث لم يستثن
الغاصب، وكذا غيره ممن أطلق في الديات ولم يفصل بين الغاصب وغيره. بل هو
صريح المذهب في كتاب الغصب.

بقي في المقام أمران

(الأمر الأول): إذا كان نقص العضو أو الصفة مع الغصب بجناية شخص
غير الغاصب، فلا إشكال ولا خلاف ظاهراً في ضمان الجاني غير الغاصب الدية
المنصوصة لا غير.

أما الغاصب غير المباشر للجناية فمقتضى القواعد الأولية ضمانه فرق ما بين
القيمتين لا غير، زاد على الدية المنصوصة أو نقص، لخروجه عن أدلة دية الجنائية
موضوعاً، وحيث يمتنع ثبوت ضمانين وعوضين لمضمون واحد ارتكازاً تعين
التداخل بين الضمانين في حق المالك، فيستحق الأكثر.

فإن كان هو الدية المسماة كان له أخذها من الجاني، ولا يرجع الجاني على
الغاصب بشيء، أو يأخذ مقدار فرق القيمة من الغاصب والزائد من الجاني، ويرجع
الغاصب على الجاني بما أخذ منه، كما هو الحال في سائر موارد ما إذا كان المتلف غير
الغاصب.

وإن كان الأكثر هو فرق القيمة كان له أخذه من الغاصب، ويرجع الغاصب
على الجاني بمقدار الدية المسماة لا غير. وللمالك أخذ مقدار الدية المسماة من الجاني
والزائد من الغاصب من دون أن يرجع الغاصب بشيء منه على الجاني.

وإن كانا متساويين رجع المالك على أيهما شاء، ويرجع الغاصب على الجاني، ولا يرجع الجاني عليه بشيء.
لكن صرح في المبسوط بثبوت أكثر الأمرين على الغاصب مع التداخل في حق المالك أيضاً.

فإن كان الأكثر المنصوص تخير المالك في الرجوع على أيهما شاء، مع استقرار الضمان على الجاني، فإن رجع المالك على الغاصب رجع الغاصب على الجاني، وإن رجع على الجاني لم يرجع الجاني على الغاصب.
وإن كان الأكثر فرق ما بين القيمتين كان للمالك الرجوع على الغاصب به، وللغاصب الرجوع على الجاني بمقدار الدية المنصوصة دون الزيادة.
وربما يستفاد ذلك من غيره، ولا يسعنا استقصاء كلماتهم.

ويشكل بأنه لا وجه لتكليف الغاصب بالدية المنصوصة، لتوقفه على شمول أدلة الجنائية له، والمفروض خروجه عنها موضوعاً، بخلاف ما سبق من فرض كونه مباشراً للجنائية. ومجرد وقوع الجنائية على المملوك وهو في ضمانه لا يقتضي تحميله لها بعد عدم مباشرته لها، وقصور أدلتها عنه.

نعم قد يقال: حيث تقدم أن المستفاد من أدلة الجنائية بيان معيار الضمان من حيثية حرمة المال - وهو الأدمي المملوك - فمن القريب عرفاً عدم الاقتصار في المعيار المذكور على الجنائية، بل عمومها لجميع أسباب الضمان، كاليد في الغاصب، والإتلاف في الجاني، والتسبب في مثل الإضرار بالطريق، وفي التفريط في حبس الحيوان المغتلم، ونحو ذلك، لا يحتاج تعدد الحرمة في المال الواحد إلى عناية.

ولذا يستفاد عرفاً مما دل على عدم ضمان المال بالإتلاف عدم ضمانه مطلقاً، ولو بسبب غير الإتلاف.

ولا سيما مع الإشارة في بعض النصوص المتقدمة إلى قضية ارتكازية، مثل عدم تجاوز قيمة العبدية الحر، الذي لا يفرق فيه عرفاً بين الموارد.

وعلى ذلك يتعين اقتصار حق المالك عند الغاصب على الدية المنصوصة، ولا مجال للبناء على ضمانه أكثر الأمرين من المنصوص و فرق القيمة. غاية الأمر أن يستقر الضمان على الجاني، كما في جميع موارد الإتلاف مع اليد.

وبذلك يظهر أمور (أحدها): ضمان العضو، وإن لم يكن موجبا لنقص قيمة المملوك، أو كان موجبا لزيادتها، لأن ذلك مقتضى دليل الجناية الذي هو المحكم في المقام، بناءً على ما سبق.

(ثانيهما): ثبوت دية النفس أو العضو على الغاصب لو حصل التلف لا بسبب جنائية مضمنة، كما لو مات المملوك حتف أنفه، أو يبس العضو فسقط، أو فعل ذلك العبد بنفسه، أو ذهب باعتداء حيوان عليه، أو غير ذلك.

وقد ذكر ذلك في الجملة - فيما إذا لم يوجب تلف العضو نقص القيمة - في التذكرة، والإيضاح، وجامع المقاصد، لدعوى: أنه لما كان العضو بنفسه مضموناً بضمان اليد فمع وجود المقدر له يجب الضمان به.

وحكم بعدم الضمان في التحرير. وكذا في القواعد على إشكال. وكأنه لعدم نقص القيمة، ليضمن بضمان اليد، وعدم الجنائية المضمنة لتلزم الدية المنصوصة. ويظهر اندفاعه مما سبق، من ظهور أدلة الجنائية في معيار حرمة المال في الادمي المملوك بنحو يسري في سائر أسباب الضمان، ومنها ضمان اليد في الغصب.

(ثالثها): أن دية النقص الحاصل لا بسبب جنائية مضمنة إن كانت مستوعبة لقيمة المملوك كان للغاصب أخذ المملوك لنفسه بعد دفع الدية المذكورة، كما تقدم فيما لو كان هو الجاني عليه.

(الأمر الثاني): أن ما تقدم يجري في جميع موارد تصرف الشارع في معيار الضمان على خلاف القاعدة، ولا يختص بالآدمي المملوك، كما ورد أن في عين الدابة ربع قيمتها^(١)،

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٩ باب: ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء.

ولو زادت العين زيادة عينية بأثره (١) رجع الغاصب بها

وورد مقادير خاصة في ديات بعض الكلاب^(١)، وغير ذلك. فإن الغاصب لها لو باشر ذلك، أو وقع ذلك عليها من غيره، أو بسبب غير مضمن فالأمر يختلف باختلاف المباني المتقدمة في الأدمي المملوك. وما جرينا عليه فيه يجري فيها. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم. ومنه نستمد العون والتسديد، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

(١) لم يتضح المراد بالزيادة العينية بأثر الغاصب، حيث قد يراد بها مثل السمن من الأجزاء غير المتميزة. والظاهر في ذلك ملك الغاصب للزيادة، لا بمعنى ملك عينها، لعدم تميزها عرفاً، بل ملك الصفة بمعنى استحقاقه ثبوت الحق له في العين بنسبتها في القيمة.

لكن الظاهر عدم الحرمة لحقه مع عدوانه، نظير سقوط حرمة عرق الظالم، فليس له التصرف في العين من أجل إتلاف الزيادة. نعم تثبت الحرمة له مع عدم عدوانه، كما سبق.

وقد يراد بها ما هو من سنخ النماء، كالصوف والبيض والولد. والظاهر أنه تابع في الملكية للعين، وإن كان بفعل غير المالك، تبعاً للمرتكزات العقلانية. ويناسبه بل يدل عليه، ما تضمن أن من غصب جارية فأولدها كان ولده رقاً مالكةا^(٢)، وما ورد فيمن تزوج امرأة فاستولدها، ثم تبين أنها ملك قوم لم يأذنوا في زواجها، من الحكم باستحقاقهم الولد بعينه أو قيمته^(٣).

وقد يراد بها إضافة شيء على العين خارج عنها، كالصبغ ذي الجرم، والزرع في الأرض ونحوهما.

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ١٩ من أبواب ديات النفس.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ٦١ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب: ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

وعليه أرش النقصان (١) لو نقصت.

ولا إشكال في ملك الغاصب لذلك، لعدم المنشأ لملك المغصوب منه له. وقد صرحوا بذلك بنحو يظهر منهم المفروغية عنه. لكن لا يخلو صدق الزيادة على ذلك عن خفاء لكونه مبيناً للعين عرفاً. وحيث إن سهل فصله كالزراع، كان له أخذه كما صرحوا بذلك. لعموم سلطنته على ملكه ويدل عليه خبر الدراوردي المتقدم عند الكلام في وجوب الرد.

غايته أن عليه تدارك ما يصيب العين المغصوبة، كطم الحفر، أو الأرش لو نقصت قيمتها.

وأما لو صعبت إزالته وكانت مشينة بالعين المغصوبة، كالصبيغ ذي الجرم فمقتضى إطلاقهم أن له إزالته وعليه الأرش.

وهو لا يخلو عن إشكال. لما فيه من الإضرار بالمالك، لا بلحاظ المالية، لفرض تداركه بالأرش، بل بلحاظ الشين الذي يلحق ملكه، ولا سيما أن ذلك قد يؤدي إلى حجر المالك عن ماله مدة طويلة.

وبذلك تقصر قاعدة السلطنة في حق الغاصب، لظهور خبر عبد العزيز المتقدم عند الكلام في وجوب رد المغصوب معتضداً بالمرتكزات العقلانية والمشرعية في سقوط حرمة مال الغاصب الظالم، لأن رفع بنائه مستلزم لإتلافه أو إتلاف أكثر عليه عرفاً وإن بقيت مادته.

نعم إذا كان جاهلاً بالغصبية ولم يكن عمله عدوانياً يتعين احترام ماله كاحترام المال المغصوب، ومراعاة الضرر في حق المالكين معاً، وجريان أحكام تراحم الضررين. نظير ما تقدم في المسألة الثلاثين من فصل الخيار من كتاب البيع.

(١) بلا إشكال. لاستناد نقص العين لفعله. ولو امتنع عن الإزالة حذراً من تحمل الأرش أو نفقة الإزالة، فإن كان عدم الإزالة منافياً للتسليم عرفاً، كما لو كانت الدار مشغولة بمتاعه وكان تفرغها منه موقوفاً على هدم بعض بنائها ألزم به، لوجوب

وليس له الرجوع بأرش نقصان عينه (١). ولو غضب عبداً وجنى عليه
بكمال قيمته رده مع الأرش على قول قوي (٢). ولو امتزج المغصوب
بجنسه، فإن كان بما يساويه شارك بقدر كميته (٣)،

تسليم المغصوب وعدم مزاحمة المالك فيه. وإن لم يكن منافياً للتسليم - كصبيغ الدار -
أشكل وجوب الإزالة. غاية الأمر أن يثبت الأرش لو كان بقاؤه موجباً لنقص قيمة
العين عما كانت عليه حين غضبها.

(١) لأنه يكون بفعله، ولسقوط حرمة بعدوانه. نعم إذا لم يكن معتدياً، لجهله
بالغضب. فالمتعين جريان أحكام تزاحم الضررين، كما تقدم.

(٢) كما قيل: إنه المشهور بين المتأخرين. خلافاً لما تقدم من الخلاف والمذهب
وغيرهما من أن للجاني الغاصب بعد دفع الدية أخذ المملوك لنفسه، وتقدم منا أن
ذلك هو الأظهر، كما تقدم الاستدلال عليه.

(٣) كما صرح بذلك جمهور الأصحاب، ونسبه في المسالك للأكثر. وهو يمتني
على ما سبق في المسألة الثانية من كتاب الشركة من حصول الشركة بالمزج. وإن سبق
منا - كما في الجواهر - الإشكال في كونها شركة حقيقية. وتقريب كونها حكمية بمعنى
جريان أحكام الشركة على المالكين. ولعله إليه قد يرجع ما ذكره بعضهم من كونها
شركة ظاهرية. فراجع.

وقد منع في السرائر من الشركة، لكون المغصوب بالمزج كالمستهلك، لتعذر
تسليمه بعينه. وعلى ذلك يضمه بمثله وله الوفاء من الممزوج ومن غيره، مدعياً أن
ذلك هو الذي تقتضيه أصول المذهب.

وهو كما ترى، لعدم تلف المال بالمزج حقيقة ولا عرفاً، وإمكان تسليمه بتمكينه
من المجموع، كسائر موارد الشركة. وإلا فليس استهلاك مال المغصوب بالمزج بأولى
من استهلاك مال الغاصب به، المقتضي للملكية المغصوب منه للمجموع، وتلف مال
الغاصب عليه من غير ضمان، لأنه بفعله وعدوانه.

مضافاً إلى أنه لو كان كلا المالين الممزوجين مغصوباً، فانفراد أحدهما بالمجموع وضمان للآخر ترجيح بلا مرجح وملك الغاصب للمجموع وضمانه لكل منهما حقه بالمثل راجع إلى مملكية العدوان، وهو مما تأباه المرتكزات العقلائية والمتشرعية، كما ذكر ذلك في الجملة في التذكرة، رداً على ما قد يظهر من بعض العامة.

نعم بناء على ما سبق منا في كتاب الشركة من كون الشركة حكومية فأخذ المالك لحصته من المجموع ليس قسمة حقيقية للمال المشترك بينه وبين الغاصب، بل أخذاً لقسمة من ماله وقسماً من مال الغاصب بدلاً عن القسمة الآخر من ماله.

لكنه بعد فرض كون المال مثلياً لو تعذر دفع شخصه تعين دفع فرد آخر مماثل له، فدفع بعض ماله إليه مع البعض من غيره مماثل له أقرب عرفاً من دفع فرد مباين ماله بتمامه مماثل له. فيكون هو المتعين عرفاً ما لم يتراضيا معا بغيره. فتأمل جيداً

هذا وفي الرياض التوقف في وجوب القبول على المالك إذا اعتذر لعدم قبوله بعذر موجه، ككون ماله حلالاً ومال الغاصب الممزوج به مشبوهاً أو نحوه. لأن إيجاب القبول حينئذٍ ضرر، وأي ضرر؟! وحكم لذلك بثبوت الخيار للمالك. وسبقه إلى ذلك في الجملة في التنقيح.

وهو كما ترى! إذ بعد عدم تلف مال المالك ووجوده في ضمن الممزوج وتحقق الشركة فيه بسبب ذلك، ولذا حكم بعدم الخيار في حق الغاصب في الدفع من غيره، لاوجه لمطالبة المالك بالغير.

على أنه لو فرض انتقال حق المالك لذمة الغاصب فللغاصب الوفاء من أي فرد شاء بما في ذلك الممزوج. والشبهة ونحوها لا تصلح لتبديل المملوك، بحيث يكون الممزوج مبايناً له، ولا للامتناع من قبول الوفاء به حتى لو فرض كونه مبايناً لعين مال المالك بعد كون المغصوب مثلياً يحق للغاصب الوفاء عنه بأي فرد شاء من جنسه في ذلك الممزوج.

كيف ولو شك المالك في تعيين المال المغصوب منه كان له وعليه تصديق

وإن كان بأجود منه شارك بقدر ماليته (١)، إلا أن تنقص قيمته بالمزج فعلى

الغاصب في تعيينه، وليس له الامتناع من قبوله والمطالبة بغيره للشبهة، فقبوله بدعوى الغاصب ملكيته لما تحت يده أولى من ذلك.

نعم لو علم بكون الممزوج به مغصوباً أيضاً وتعذر الوصول لصاحبه والقسمة معه، فالشركة وإن حصلت أيضاً، إلا أنه قد يتجه مطالبة المالك للغاصب بالبدل، لعدم التمكين من العين المغصوبة، بنحو يتحقق به التسليم عرفاً، فيجب على الغاصب أن يدفع له بمقدار ماله من غير الممزوج، ويكون هو الشريك للمغصوب من الآخر، كما في سائر موارد بدل الخيلولة. فتأمل جيداً.

(١) كما تقدم في المسألة الثانية من كتاب الشركة، على تفصيل - يظهر بالرجوع لما ذكرناه هناك - يجري في المقام.

هذا وقد صرح بالشركة، ولزوم الدفع من الممزوج، في القواعد والتذكرة والمختلف والدروس واللمعتين وجامع المقاصد.

وظاهر المختلف وجامع المقاصد أو صريحهما كصريح الروضة القسمة بنسبة كمية المالكين، لدعوى أن الجودة صفة زائدة أحدثها الغاصب، فتكون للمالك. ولعله مراد الكل، ولا سيما من صرح في الخلط بالأردأ بوجوب دفع الغاصب الأرش، كما في التذكرة، إذ هو غالباً بلحاظ نقص قيمة المغصوب مع إرجاعه بكميته من الممزوج. وفيه: أن الجودة في الحقيقة ليست في المال المغصوب، بل في مال الغاصب وجودة مقدار مال الغاصب بلحاظ اشتماله على الاجود.

على أن هذا لا يناسب ما يظهر منهم من أن الشركة في المختلفين بنسبة القيمتين، إذ لو كان المزج في المختلفين موجباً لزيادة صفة الجودة في الرديء ونقصها في الجيد لكانت الشركة بنسبة الكميتين.

وفي المبسوط: « والصحيح أن هذا كالمستهلك، فيسقط حقه من العين، ويصير في ذمة الغاصب، لأنه قد تعذر أن يصل إلى عين ماله بعينها، فانقل إلى الذمة، ويكون

الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه فيلزم المغصوب منه قبوله، لأجل أنه تطوع له بخير من زيتته، لا لأنه أعطاه عين ماله، وبين أن يعطيه مثله من غيره، لأنه كالمستهلك» وقريب منه في السرائر، واختاره في التحرير. ويظهر منهم المفروغية عن رد تمام مقدار المغصوب.

وهو كما ترى! (أولاً): لما سبق من أن المزج لا يوجب الاستهلاك. (وثانياً): لأنه لا يجب على المغصوب منه في المثلي أن يقبل بالأجود، بل له المطالبة بحقه وهو المثل.

وظاهر النافع تعين دفع كمية المغصوب من المزوج ويظهر التردد بين الشركة وضمان المثل من الشرايع والإرشاد والمسالك وعن غيرها.

والذي ينبغي أن يقال: لا إشكال في عدم الاستهلاك بالمزج لما سبق، والمتعين اشتراكهما في المزوج. إلا أن الشركة في المقام لما لم تكن حقيقية، بل حكمية مع بقاء كل من المالين بعينه على ملك صاحبه - كما تقدم - فيتعذر وصول تمام المال المغصوب لمالكه إلا ببذل الكل له، وحيث لا يجب ذلك على الغاصب لسلطنته على ماله، فدفع قسم من المزوج يناسب الشركة لا يفي بتسليم تمام ماله له، فله المطالبة بالمثل، للحيلولة، لا لاستهلاك ماله.

نعم له الرضا بالقسمة، ولا يحق للغاصب الامتناع، لأنه ليس أولى بتمام المزوج من المغصوب منه. إلا أن القسمة لا تكون بقسمة ماله المزوج بينهما على النسبة في المالية فيما إذا كانا ربويين، لما سبق في المسألة الثانية من كتاب الشركة من أن الشركة لما كانت حكمية فالقسمة بالوجه المذكور تستلزم الربا. فينحصر الأمر بشراء أحدهما حصة الآخر، أو بيع المجموع وقسمتها الثمن على النسبة أو نحو ذلك.

وهذا بخلاف ما إذا كان المزج بالمساوي في الجنس والوصف، حيث سبق أن دفع قسم من المزوج من تسليم بعض المال المغصوب وبعض من غيره بدلا عن الباقي، لأنه يضمن بمثله. فلاحظ.

الغاصب أرش النقصان (١). وكذا لو كان المزج بالأدون (٢). ولو كان بغير جنسه ولم يتميز كالخل بالعسل ونحو ذلك اشترك مع المالك فيه على حسب قيمة ما لهما (٣) إن لم تنقص قيمة مالية ماله،

(١) كما في سائر موارد حصول النقص بفعل الغاصب او غيره في المغصوب.
(٢) ما سبق في المزج بالأجود يجري هنا. وذهب في التذكرة إلى أن الشركة بنسبة كمية كل منهما. غاية الأمر أن يجب على الغاصب دفع الأرش، لنقصان صفة الجودة في المغصوب. ويظهر ضعفه مما سبق في المزج بالأجود.
وذهب إلى لزوم الضمان بالمثل في المبسوط والسرائر والنافع والإرشاد والدروس واللمعة. ويظهر وجهه مما تقدم في المزج بالأجود من أنه كالمستهلك.
وصرح بتخيير المالك بين المثل والحصة من الممزوج مع الأرش في القواعد والتحرير وجامع المقاصد والروضة.

واستدل عليه في جامع المقاصد - وقد يظهر من غيره - بأن حق المالك لا يسقط من العين والنقص في الخليط ينجر بالأرش، ولأن الخلط المذكور بمنزلة الاستهلاك، ولما كان الخليط أدون من ماله لم يجب عليه قبوله، فينتقل للمثل. وهو كالجمع بين المتنافيين.

ويظهر من الشرايع والمسالك ومحكي الكفاية التردد بين الوجهين. وقد ظهر مما سبق أنه لا مجال لدعوى الاستهلاك، وأن المتعين الشركة بنسبة قيمة كل منهما. غاية الأمر أنه لا يجب القبول، لتعذر تسليم مال المغصوب منه بتمامه. كما لا تصح القسمة في الربويين فراجع.

(٣) فقد احتمل قوياً في التذكرة الشركة بعد أن حكم أولاً بأن المغصوب يتلف بالمزج، وقد يظهر من المسالك أيضاً. أما الباقيون ممن سبق حتى الشرايع فقد صرحوا بلزوم دفع المثل، لاستهلاك المغصوب بمزجه بغير جنسه. ومما تقدم يظهر الوجه فيما ذكره سيدنا المصنف رحمته وحال ما ذكره الآخرون، وما ينبغي العمل عليه، فلا حاجة

وإلا كان عليه أرش النقصان (١). وفوائد المغصوب للمالك (٢). ولو

للإعادة.

نعم لو كان مزيج المغصوب بغير جنسه متلفاً له عرفاً، كمزج الدهن بالتيزاب
تعين الضمان بالمثل لا غير. ولا يجري ذلك في مثل مزج الجيد بالعفن والظاهر
بالنجس، حيث يسقط الممزوج عن الانتفاع، لأن ذلك ليس تلفاً للمغصوب عرفاً،
ليرتفع موضوع الاشتراك في الملكية. غايته أنه يجب الأرش وإن كان مستغرقاً لقيمة
العين. اللهم الا أن يقال: إذا لم يبق له قيمة فهو كالتالف عرفاً، ويضمن بمثله أو تمام
قيمته. وحيثئذ يتعين انتقال الموجود منه للغاصب، لكن بعد دفع البدل، لئلا يجتمع
للمالك البدل والمبدل. فلاحظ.

(١) لعين ما سبق.

بقي شيء. وهو أنه لو تلف الممزوج كان للمالك الرجوع على الغاصب بمثل
ماله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً، سواء كان هو المتلف له أو تلف بوجه غير
مضمن أم أتلفه غيره بوجه مضمن، لأنه الضامن للمغصوب بضمان اليد.
نعم في الثالث للغاصب الرجوع على المتلف بقيمة الممزوج، لإتلافه لماله،
ولاستقرار ضمان ماله المغصوب عليه، نظير الحال في تعاقب الأيدي.

كما أن للمالك أيضاً الرجوع رأساً على المتلف بحصته من الممزوج. فإن نقص
ماله بالمزج لم يكن له الرجوع عليه بالأرش، لعدم استناد المزج له، بل على الغاصب،
لتحقق النقص في ماله حال ضمان الغاصب له بضمان اليد. فلاحظ.

(٢) بلا إشكال ولا خلاف، كما يظهر من كلماتهم في الفروع المختلفة، بل يظهر
من بعضها المفروغية عنه من دون فرق بين الأعيان - كالتناءات - والمنافع. لتبعية
النماء والمنفعة للأصل في الملكية.

مضافاً إلى بعض النصوص الواردة في المتفرقة، مثل ما ورد في الجارية المدلسة،

اشتراه جاهلاً بالغصب رجع بالثمن على الغاصب (١) وبما غرم للمالك (٢) عوضاً عما لا نفع في مقابلته (٣) أو كان له فيه نفع (٤)، ولو كان عالماً فلا

بالإضافة للولد^(١) وكذا ما ورد في المغصوبة^(٢) وصحيح أبي ولاد الوارد في منفعة المغصوب^(٣) وغيرها. بل الأمر أظهر من ذلك.

نعم تقدم الخلاف في ضمان المنافع غير المستوفاة. لكنه لا يرجع إلى الخلاف في تبعيتها للعين في الملكية، بل إلى الخلاف في تحقق سبب الضمان بالإضافة إليها.

(١) قطعاً لبطلان البيع، فيكون غاصباً للثمن، بل يجري ذلك حتى لو كان المشتري حين الشراء عالماً بالغصب، كما تقدم في المسألة الثالثة عشرة من فصل شروط المتعاقدين.

كما يجري حتى لو أمضى المالك البيع، لأن صحة البيع لا تقتضي براءة ذمة المشتري من الثمن بدفعه لغير المالك. نعم لو أمضى المالك دفع الثمن للغاصب أجزاءه ولم يكن له استرجاعه منه.

(٢) كأنه للغرور فيه وفيما بعده. لكن تقدم منا في المسألة التاسعة عشرة من فصل شروط المتعاقدين أن ذلك يختص بما إذا كان الباع عالماً بالحال خادعاً للمشتري ومدلساً عليه، دون ما إذا كان جاهلاً مثله. فراجع.

(٣) كتلف النماء بأفة سماوية أو سرقة، حيث يكون مضموناً على المشتري بضمان اليد بعد فرض عدم صحة البيع.

(٤) كالمنافع المستوفاة له، والنماءات التي انتفع بها. وانتفاعه بها لا يرفع ضمان الغار لها، لأنه أقدم على أن ينتفع بها مجاناً، فضمنها بسبب الغرور للمالك.

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٤ باب: ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) راجع وسائل الشريعة ج: ١٤ باب: ٦١ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١٧ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

رجوع بشيء مما غرم للمالك (١). ولو زرع الغاصب للأرض فيها كان الزرع له (٢)،

هذا ولو زادت قيمة العين التي يدفعها للمالك عن الثمن الذي أقدم على الشراء به، رجع على البائع الغار بالزيادة للغرور أيضاً.

(١) بلا خلاف ولا إشكال ظاهر. لعدم السبب للضمان بعد عدم الغرور.
(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب. وظاهر التذكرة الإجماع عليه، وفي التنقيح: « هذا هو المشهور. وعليه انعقد الإجماع اليوم، ولا نعلم فيه خلافاً الا ما يحكى عن ابن الجنييد أن لصاحب الأرض أن يرد ما خسره الزارع ويملك الزرع» ونسبه في المختلف للمشهور ولم يذكر فيه الاخلاف ابن الجنييد المذكور، وهو وإن لم يكن خلافاً في ملكية الغاصب للزرع، إلا أنه خلاف للمشهور فيما رتبوه على ذلك من أن للغاصب الامتناع من تملكه للمغصوب بدفع نفقته له.

ويشهد للمشهور - مضافاً إلى قاعدة السلطنة في حق صاحب الزرع - معتبر عقبة بن خالد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها 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 كراء أرضه»^(١).
واستدل في المختلف لابن الجنييد بالنبوي: « من زرع في أرض قوم بغير إذنه فله نفقته وليس له من الزرع شيء». لكنه لم يرد من طرفنا، بل من طرق العامة^(٢).
وقريب منه حديث آخر رواه في التذكرة.

مع أنها يدلان على صيرورة الزرع لصاحب الأرض وإلزامه بدفع نفقة الزرع للزارع، وهو لا يقول بذلك.

هذا وقد روى في الكافي في الموثق عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: « في

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب الغصب حديث: ١.

(٢) سنن أبي داود ج: ٢ ص: ١٢٥ حديث: ٣٤٠٣، سنن الترمذي ج: ٢ ص: ٤١٠ حديث: ١٣٧٨.

رجل اكرى داراً وفيها بستان، فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر في ذلك صاحب البستان. فقال: عليه الكري ويقوم صاحب الدار الغرس والزرع قيمة عدل فيعطيه الغارس. وإن كان استأمر فعليه الكري وله الغرس والزرع يقلعه ويذهب به حيث شاء»^(١). وصدوره يشبه النبوي المتقدم، إلا أنه تضمن أن صاحب الأرض يدفع للزارع والغارس قيمة الزرع والغرس، لا ما أنفق عليهما. فيكون أبعد عن قول أبي الجنيد.

على أنه روى الحديث في الفقيه بسنده عن محمد مسلم وفي التهذيب في الموثق عنه هكذا: «فقال: عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل فيعطيه الغارس إن كان استأمره في ذلك. وإن لم يكن استأمره [في ذلك. يب] فعليه الكري، وله الغرس والزرع [و.يب] يقلعه ويذهب به حيث شاء»^(٢). وذيله يوافق المشهور. ودعوى: أن المعروف كون الكليني اضبط. مدفوعة بأنه لم يتضح بلوغ ذلك حداً ينهض بالحججة مع التعارض، ولا سيما مع اتفاق الفقيه والتهذيب على خلافه مع اختلافهما في جميع رجال السند.

مع عدم خلو ما في الكافي من التفصيل عن الغرابة، إذ مرجع قلع الغرس والزرع في ذيله إلى تلفها نوعاً، فيكون حال الزارع مع الاستئذان أشد منه مع عدم الاستئذان. ومن هنا كان قلع الزرع يناسب فرض عدم الاستئذان كما في الفقيه والتهذيب، حيث تسقط حرمة ماله لعدوانه. نظير ما في خبر عبد العزيز بن محمد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أخذ أرضاً بغير حقها وبنى فيها. قال: يرفع بناؤه وتسلم التربة إلى صاحبها. ليس لعرق ظالم حق»^(٣).

نعم صدر حديث محمد بن مسلم على رواية الفقيه والتهذيب لا يخلو عن مخالفة للقاعدة القاضية ببقاء الزرع والغرس لصاحبه واحترام ماله بعد عدم عدوانه.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣٣ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١، الكافي ج: ٥ ص: ٢٩٧.

(٢) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص: ٢٠٦.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب الغضب حديث: ١.

وعليه الأجرة (١). والقول قول الغاصب في القيمة (٢)

لكن من القريب حمله على صورة الإذن في الزرع والغرس من أجل الانتفاع بهما في مدة كراء الدار، وعدم توقع المستأجر بقاء الزرع والغرس بعد انتهاء المدة، أو على الإذن فيهما من دون اتفاق بينهما على كيفية التعامل بعد انتهاء مدة الكراء، فيكون الصحيح وارداً لحل المشكلة الناشئة من خطأ التقدير، أو من عدم تحديد الاتفاق بوجه تام.

وبالجملة: لا مجال للخروج عما عليه المشهور برواية الكافي. ولا سيما بعد هجر الأصحاب لها وعدم ظهور عامل بها منهم حتى ابن الجنيد، لعدم حكاية التعويل عليها عنه، وظهور عدم مطابقتها لفتواه.

(١) بلا خلاف ولا إشكال. ويقتضيه - مضافاً إلى القاعدة، لأن المنافع المستوفاة هي المتيقن من ضمان المنافع - النصوص السابقة.

(٢) كما في المبسوط والخلاف والسرائر والشرايع والمنافع وجملة من كتب العلامة والدروس واللمعتين والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. وقد يظهر التردد فيه من القواعد، كما أنه لم يرجح أحد الوجهين في كشف الرموز ومحكي غاية المراد، وصرح بأن القول قول المالك في المقنعة والنهاية، وعن الكفاية أنه لا يبعد ترجيحه، بل نسبه للأكثر في الشرايع والتحرير، وإن لم يتضح وجه النسبة.

وكيف كان فقد استدل لتقديم قول الغاصب بأنه غارم والأصل عدم انشغال ذمته بالزائد. خصوصاً مع ما تضمنه صحيح أبي ولاد من لزوم القيمة حين التلف، فإن قيمة يوم التلف حيث كانت مرددة بين الأقل والأكثر فالأصل عدم لزوم الزائد. نعم بناء على بقاء انشغال الذمة بالعين فقد يدعى عدم إحراز الفراغ عنها بدفع الأقل. وإن كان ذلك لا يخلو عن إشكال، لظهور أن دفع القيمة حينئذٍ لما كان بلحاظ بدليتها عن العين فلا يجرز استحقاق المالك للزائد، لعدم إحراز كون الأكثر

هو البدل، وإذا كان المالك يدعي إحراز ذلك، فلا طريق لإحراز الحاكم له، ليحكم ببطلان دعوى الغاصب، ووجوب دفع الأكثر عليه. وأما استصحاب انشغال ذمة الغاصب بالعين بعد دفع الأقل. فهو لا يحرز بدلية الأكثر عنها واستحقاق المالك له إلا بضميمة ملازمة غير شرعية.

هذا وأما الاستدلال لتقديم قول المالك بأنه المرجع في تعيين حال ملكه، أو بأنه الأعراف بقيمته. فلا يخلو عن إشكال، لعدم وضوح بناء العقلاء على ذلك في مثل القيمة مما يبتني نوعاً على شيء من الحدس.

على أن الغاصب كالمالك في معرفة العين بعد صيرورتها تحت يده، بل قد يكون أعرف منه. وإلا فلو كان هناك عينان متشابهان من عند الغاصب إحداها ملكه والأخرى مغصوبة، فهل يمكن البناء على أن مالك كل من العينين أعرف بقيمة عينه وشؤونها من الآخر؟!.

نعم في صحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام في قضية البغل الذي استأجره وتجاوز به عن موضع الإجارة: «فقلت له: رأيت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته. قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز. فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم تردده عليه. فقلت: من يعرف ذلك؟ قال: أنت وهو. إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن رد اليمين عليك فحلفت لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا فيلزمك...»^(١). وهو دال على تقديم قول المالك بيمينه.

قال في الرياض: «ولولا إطباق متأخري الأصحاب على العمل بالأصل العام واطراح الرواية لكان المصير إليه في غاية القوة. لكن لا مندوحة عما ذكره، لا اعتضاد الأصل بعملهم، فيترجح عليها وإن كانت خاصة، لفقد التكافؤ. ومع ذلك فالاحتياط لازم في المسألة بمراعاة المصالح». وقريب منه مفتاح الكرامة.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١٧ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

وهو كما ترى إذ كيف يمكن دعوى سقوط الصحيح بالإعراض بعد موافقة الشيخين له، وظهور الكليني في تصحيحه والعمل به، وتوقف من سبق في الحكم، وبعد احتمال كون نسبته للأكثر في الشرايع والتحرير لاستفادتهما ذلك من القدماء ممن لم يتيسر لنا الاطلاع على فتاواهم.

ومثله ما في الجواهر من حمل الصحيح على مجرد بيان انحصار معرفة القيمة كما هي بهما، وأن قبول قول المالك مع يمينه إنما هو مع التراضي بينهما بذلك، لا لقبول قول المالك، قال: «وإلا لم يكن معنى لقوله عليه السلام: «أو يأتي بشهود. ضرورة عدم الحاجة إليهم في إثبات قوله بناء على أن القول قوله» وقد أطال في تقريب ذلك بما لا يسعنا استقصاؤه، لعدم خروجه عما تقدم في بيان مراده.

إذ فيه: أن معرفة القيمة حقيقة لا ينحصر بهما، بل قد يجعلان بها معاً، وإنما ينحصر بهما في مقام التداعي، وهو الظاهر من الصحيح، بلحاظ اشتماله على اليمين وردّها حيث ينصرف ذلك لصورة التداعي بسبب شيوع التعرض لذلك في نصوصه. وحمل قبول قول المالك على فرض التراضي والصلح يحتاج إلى عناية وقرينة. وأما الشهود فإنما يحتاج إليهم لحجيتهم في إثبات ما يشهدون به بنحو له الاكتفاء بهم حتى مع شكه في القيمة، ولدفع اليمين عنه في قبول قوله. ومن هنا لا إشكال في دلالة الصحيح على تقديم قول المالك.

نعم هو وارد في قضية خاصة، وقد بيتني على كون صاحب البغل أعرف نوعاً من المستأجر بقيمة بغله، لا بتلائه بالتعامل بالبغال الموجب نوعاً لكونه من أهل الخبرة بقيمتها، بحيث يرجع إليه فيها. ولأجل ذلك يشكل فهم العموم من الصحيح.

اللهم إلا أن يكون مقتضى إطلاق الصحيح العموم لما إذ لم يكن صاحب البغل من أهل الخبرة بقيمته، وحينئذ يتعدى لسائر موارد الاختلاف بين المالك والغاصب في القيمة بضميمة إلغاء خصوصية المورد عرفاً. فتأمل. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

مع اليمين (١) وتعذر البينة (٢).

- (١) من أجل حسم الدعوى، كما هو الحال في سائر موارد التداعي والخصومة.
- (٢) لما هو المعلوم من الاكتفاء ببينة المدعي وإن لم يقبل قوله بيمينه. وأما بينة المنكر الذي يقبل قوله بيمينه فهو مورد كلام بينهم.
- نعم مقتضى صحيح أبي ولاد قبول بينة المالك مع الحكم فيه بقبول قوله بيمينه. فاللازم العمل به ولو في خصوص مورده. على أنه يأتي إن شاء الله تعالى عند الكلام في الاختلاف في الجدار من كتاب احياء الموات تقريب عموم قبولها. وكيف كان فالمعيار ليس على تعذر البينة، بل على عدم إقامة المدعي لها، كما لعله ظاهر.

استرجاع العين أو بدلها بالمقاصة

(مسألة): يجوز لمالك العين المغصوبة انتزاعها (١) من الغاصب (٢) ولو قهراً (٣).

(١) من الظاهر اختصاص المقاصة باسترجاع البدل. وهو المراد له ^{تدبير}. وذكر انتزاع العين استطرادي تمهيداً لذكر المقاصة هذا وتحرير ذلك هنا أنسب من تحريره في كتاب القضاء، كما جرى عليه الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم، لأن القضاء من شؤون الخصومة والاختلاف في الحق، وهو غير مفروض في المقام.

(٢) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر. لأنه مقتضى سلطنته على ماله. وبذلك يظهر عدم توقفه على مراجعة الحاكم الشرعي، كما صرح به غير واحد.

نعم لو ادعى الغاصب الملكية، وأنكر الغصبية، تعين الرجوع للحاكم لفصل الخصومة، لا لاستئذانه في انتزاع العين المغصوبة، الذي هو محل الكلام.

(٣) كما في الشرايع والقواعد والتحرير والدروس وكشف اللثام وغيرها. لسقوط حرمة ارتكازاً بمقتضى عدوانه، وعدم الحق له في الامتناع من تسليم العين المغصوبة.

بل صرح في القواعد وكشف اللثام وغيرها بأنه يجوز له ذلك ولو بمساعدة ظالم. والوجه فيه أن لا دليل على حرمة الاستعانة بالظالم على الأمر الحلال، إلا في الترافع والحكومة مع تيسر الرجوع للحاكم الشرعي.

كما صرح في كشف اللثام وغيره بجواز ذلك وإن استلزم كسر قفل أو باب أو

تمزيق ثياب أو نحو ذلك.

والوجه فيه المرتكزات العقلائية والمتشرعية القاضية بسقوط حرمة المعتدي فيما يعتصم به لعدوانه من مال أو عرض أو غيرهما، كما يناسبه قوله تعالى: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ﴾^(١)، وقوله ﷺ في خبر عبد العزيز بن محمد المتقدم عند الكلام في وجوب رد المغصوب: «ليس لعرق ظالم حق»^(٢). وقوله صلى الله عليه وسلم في خبر المجاشي: «لبي الواجد بالدين يحل عرضه وعقوبته»^(٣).

هذا إذا كان المستولي على المال متعمداً معتدياً. أما إذا كان معذوراً فلا موجب لسقوط حرمة في ماله وبدنه وعرضه، بل يتعين حينئذٍ تنبيهه، فإن لم يقتنع مكابرة عن علم سقط عذره وحرمة على نهج ما سبق. وإن لم يقتنع عن جهل وعذر انحصر الأمر بالترافع للحاكم وجرت أحكامه.

نعم إذا لم يلزم من استرجاع المال عدوان عليه في مال أو بدن أو عرض جاز، لعموم قاعدة السلطنة. إلا أن يصل الأمر إلى النزاع والخصومة، فينحصر الأمر بالترافع.

هذا وقد قيد كثير ممن سبق جواز انتزاع المال المغصوب بها إذا لم يلزم فتنة. وصرح في المسالك بأنه يتعين حينئذٍ الترافع للحاكم الشرعي. وعمم في الرياض لغير الحاكم ممن تندفع الفتنة بالترافع إليه. وخصه في الجواهر بما بلغت الفتنة حداً يجب على الإنسان الكف عن حقه بسببها لترتيب تلف الأنفس أو الأموال وغيره، حيث يمكن دعوى العلم من مذاق الشارع الأقدس بحرمة فعل ما يوصل إلى ذلك.

وما ذكره ثنثنت متعين في نفسه، ولعله مراد الكل. إلا أنه لا يختص بالفتنة، بل يجري في غيرها مما يعلم من مذاق الشارع الأقدس العلم بحرمة فعل ما يوصل إليه، كهتك من يحرم هتكه، أو ما يحرم هتكه من الأماكن المقدسة أو غير ذلك، كما لعله

(١) سورة النساء: آية ١٤٨.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب الغضب حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٨ من أبواب كتاب الدين حديث: ٤.

وإذا انحصر استنقاذ الحق بمراجعة الحاكم الجائر جاز ذلك (١). ولا يجوز له مطالبة الغاصب بما صرفه في سبيل أخذ الحق (٢)، وإذا وقع في يده مال الغاصب جاز أخذه مقاصة (٣).

ظاهر.

(١) فقد تقدم في المسألة العشرين من مباحث الاجتهاد والتقليد حرمة الترافع لحكام الجور، وحرمة ما يؤخذ بحكمهم وإن كان صاحبه محقاً، إلا مع توقف استنقاذ الحق على الرجوع إليهم، للخوف من الرجوع للحاكم الشرعي، أو لامتناع الخصم من الرجوع إليه. دون ما إذا كان لعدم تيسر مقدمات إثبات الحق عنده، كما إذا كان الشهود الذين يتسرون لصاحب الحق مقبولين عند حاكم الجور غير مقبولين عند الحاكم الشرعي. فراجع تفصيل الكلام في ذلك في المسألة المذكورة.

(٢) الظاهر عدم الخلاف فيه، لعدم ذكرهم له في أسباب الضمان. والوجه فيه الأصل بعد عدم الدليل على ضمانه له. ومجرد كونه السبب في خسارة صاحب الحق لا يكفي في ذلك ما لم يثبت كونه سبباً للضمان.

(٣) كما صرح به جمهور الأصحاب، وادعى في الخلاف وكشف اللثام وظاهر المبسوط الإجماع عليه، وفي الجواهر: «بلا خلاف فيه عندنا، بل الإجماع بقسمه عليه» وقد استدل عليه في الشرايع وغيره بعموم الإذن في الاقتصاص المستفاد من مثل قوله تعالى: ﴿وَالْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(١) وقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾^(٢).

وفيه: أن ذلك ظاهر في جواز الاقتصاص تكليفاً، ولو بمثل حبس مقدار الحق من مال المعتدي عنه في المقام، ولا ينهض بإثبات ولاية المعتدي عليه وضعاً على

(١) سورة البقرة: آية ١٩٤.

(٢) سورة النحل: آية ١٢٦.

ولا يتوقف على إذن الحاكم الشرعي (١)، كما لا يتوقف على تعذر الاستيفاء

استيفاء حقه من مال المعتدي، بحيث يملكه عوضاً عنه، بل هو أمر زائد على جواز الاقتصاص تكليفاً، ويحتاج إلى دليل.

فالعمدة في المقام النصوص الكثيرة الواردة في المقام. كصحيح داود بن رزين: «قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إني أعامل قوماً [أخالط السلطان: يب] فتكون عندي الجارية فيأخذونها، والدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها، ثم يقع لهم عندي المال فلي أن أخذه؟ قال: خذ مثل ذلك، ولا ترد عليه»^(١). ومعتبر أبي بكر الحضرمي عن أبي عبد الله عليه السلام: «قلت له: رجل كان له على رجل مال فجحده إياه وذهب به، ثم صار للرجل الذي ذهب به مال قبله، يأخذه منه مكان ماله الذي ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال: نعم. ولكن لهذا كلام يقول: اللهم إني أخذ هذا المال مكان مالي الذي أخذه مني، وإني لم أخذ الذي أخذته خيانة ولا ظلماً»^(٢). وقريب منه معتبره الآخر^(٣) وغيرها. وقد يأتي بعضها.

والظاهر حمل الأمر بالكلام الذي تضمنه حديث الحضرمي على الاستحباب، كما يظهر من الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم، لعدم تعرضهم لذلك في كتب الفتوى عدا المقتنع فيما يتيسر لي عاجلاً. ويناسبه خلو النصوص الأخرى الكثيرة عن الأمر به، مع شدة الحاجة للتنبيه عليه لو كان واجباً. ولعله لذا قال في الجواهر: «ولاريب في استحباب القول المزبور، وإن أطنب بعض الناس بدعوى الوجوب الذي يمكن دعوى الإجماع خلافها».

(١) كما هو ظاهر الأصحاب، لعدم تعرضهم لذلك. ويقتضيه إطلاق النصوص المتقدمة. ولا سيما مع ما هو المعلوم من حال الشيعة في عصور الأئمة

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٨٣ من أبواب ما يكتسب به حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٨٣ من أبواب ما يكتسب به حديث: ٥.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٨٣ من أبواب ما يكتسب به حديث: ٤.

بواسطة الحاكم الشرعي (١). ولا فرق بين أن يكون مال الغاصب من جنس المغصوب وغيره (٢).

صلوات الله عليهم من عدم ظهور الرجوع عندهم للحاكم في أمورهم. (١) كما في الخلاف والمبسوط والشرايع والقواعد والتحرير والدروس وغيرها، ونسب للأكثر في كشف اللثام وعن غيره، بل هو داخل في معقد الإجماع المدعى في الخلاف. لعموم النصوص المتقدمة. وألزم بالرجوع للحاكم في النافع والايضاح، وقد يظهر من غيرهما. واستدل عليه في الإيضاح بقيام الحاكم مقام المالك، فالبدل منه بمنزلة البدل من المالك مانع من المقاصة.

وهو كما ترى؟! لعدم فعلية البدل من الحاكم. غاية الأمر أنه بعد الترافع إليه وثبوت الحق عنده، إما أن يلزم المالك بالبدل، أو يتولى البدل بنفسه بدلاً عنه. فهو كما لو أمكن الرجوع لغير الحاكم من أجل إجبار المالك على البدل، لا ينافي صدق الامتناع من المالك والوجود ونحوهما مما تضمنته نصوص المقاصة، فيكون مقتضى إطلاقها الجواز.

نعم لو تحقق الترافع والبدل بعد حكم الحاكم منه أو من المالك لا يجوز الاستقلال بالاقتصاص بغير المبدول. وهو خارج عن مفروض كلامهم.

هذا ويظهر من كشف الرموز حمل كلام النافع على صورة الخصومة بين الطرفين في ثبوت الحق للمدعي، وأنه حينئذ يتعين الرجوع للحاكم وإقامة البينة عنده لفصل الخصومة. ولا يتضح الوجه في الحمل المذكور.

(٢) كما هو مقتضى إطلاق النصوص والفتاوى، بل هو صريح بعضها أو

كالصريح منها.

بقي في المقام أمران (الأول): قال في المبسوط: « وإن كان من غير جنسه لم يكن

له أن يملكه بنفسه، ولكن يباع بجنس الحق».

ولم يتضح الوجه في ذلك بعد ظهور قوله عليه السلام في الصحيح السابق: «خذ مثل ذلك، ولا تزدد عليه» في كون المراد بالمائة المماثلة في المقدار بحسب المالية، لا المماثلة في الجنس. بل هو كالصريح من حديث علي بن سليمان: «كتبت إليه: رجل غصب مالا أو جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل خيانة أو غصب [مثل ما خانه أو غصبه] أيحبل له حبسه عليه أم لا؟ فكتب: نعم يحبل له ذلك إن كان بقدر حقه. وإن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه، ويسلم الباقي إليه إن شاء الله»^(١).

وعلى ذلك ينوي التملك بالمأخوذ من غير الجنس بتمامه إن كان بقدر حقه، وبمقدار حقه منه إن كان أكثر، ثم يدفع إليه الزائد إن أمكن من عينه، وإن لم يمكن يتعين عليه إرجاع مقدار الزائد من قيمته إليه بعد احتسابه على نفسه أو بيعه، وقسمة الثمن بينهما على النسبة.

ولا دليل على ولايته على الاستيلاء عليه ثم بيعه قبل تملكه مقدار حقه منه، بحيث يبيعه بتمامه لصاحبه بجنس حقه أو بالنقد، ثم يستوفي حقه من الثمن، ويرجع الزائد للمالك.

وبذلك يظهر أنه لا موقع لما فرعه عليه في المبسوط من حكم الكلام في تلف العين من غير الجنس قبل البيع من دون تفريط، وأنه هل يكون مضموناً على أخذ المال، ويقع التهاتر في حقه ويجب عليه إرجاع الزائد، أو لا يكون مضموناً عليه، بل يتلف من مال صاحبه، ويبقى حقه الذي غصب منه في ذمة الغاصب.

وقد ذكره رَبِّهِ أن الثاني هو الأليق بمذهبنا، لأنه مأذون شرعاً في الاستيلاء عليه لاستيفاء حقه منه، فيكون أمانة غير مضمونة كالرهن. وقد ظهر مما سبق منا أنه مأذون في استيفاء حقه منه ابتداءً، لا بعد بيعه.

وحينئذٍ إن قبضه بوجه غير مضمن كالأمانات، فإن تلف على ذلك من دون أن ينوي استيفاء حقه منه تعين عدم ضمانه له، وتلفه من مال صاحبه، وبقاء حقه على

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٨٣ من أبواب كتاب ما يكتسب به حديث: ٩.

الغاصب. وإن نوى تملكه بتمامه أو بمقدار حقه من مقاصة تعين تلفه من ماله بتمامه في الأول ومن مالهما معاً في الثاني لأن وفاء ذمة الغاصب منه لا يخرج الزائد عن كونه أمانة غير مضمونة.

وإن قبضه بوجه مضمن فإن نوى استيفاء حقه به بتمامه أو ببعضه لزيادته عليه كان تلفه من ماله وبرئت ذمة الغاصب، وإن نوى الاحتفاظ به غصباً أو من أجل أن يستوفي حقه من بعد ذلك فتلف قبل أن ينوي استيفاء حقه منه تعين ضمانه له، لما سبق من عدم الدليل على الترخيص له في قبضه من دون استيفاء حقه منه وانشغلت ذمته ببذله للغاصب، ويتعين التهاثر لو تم شرطه.

أما إذا قبضه ابتداء من أجل استيفاء حقه منه وكان بمقدوره كان له وتلفه عليه وإن كان أكثر صار شريكاً فيه للغاصب وإذا تلف تلف منها معاً.

وربما يدعى عدم ضمانه للزيادة للغاصب، لأنه مأذون في قبضه بتمامه شرعاً، نظير ما تقدم من المبسوط.

لكن لم يتضح الاذن في قبض الزيادة بنحو تكون أمانة شرعية غير مضمونة. ولا سيما مع اختصاص النصوص بالإذن في استيفاء مقدار الحق في فرض وقوع المال في يد المغصوب منه، من دون أن تتضمن الإذن في القبض، والمتيقن من جواز القبض لو تم - كما هو غير بعيد - هو القبض من أجل الاستيفاء من دون استئمان شرعي يقتضي سقوط الضمان. وخصوصاً مع إطلاق الأمر بتسليم الزائد في حديث علي بن سليمان المتقدم. فلاحظ.

(الثاني): قال في الدروس: «وإذا جازت المقاصة أخذ من جنس ماله، فإن تعذر فمن غيره بالقيمة». ومقتضاه الترتيب بين الجنس وغيره.

ولم يتضح وجهه بعد ظهور النصوص والفتاوى في الاقتصاص من نفس المال الذي يقع مع مخالفته للمال المغتصب في الجنس، كما في بعض النصوص من دون تنبيه للمقاصة بالجنس مع إمكانه. ولا سيما في القيميات، كالجواري والحيوانات، كما هو

كما لا فرق بين أن يكون وديعة عنده وغيره (١). وإذا كان مال الغاصب

مورد بعض النصوص، فإن المقاصة بالنقد أقرب عرفاً من المقاصة بالجنس بعد تحويله على النقد بيع أو تقدير أو غيرهما، كما لعله ظاهر. فتأمل جيداً. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) كما هو مقتضى إطلاق المقتنع والمبسوط وصريح الاستبصار والشرايع والقواعد والتحرير وظاهر الدروس وعن أكثر المتأخرين.

وذهب إلى الحرمة في الفقيه والنهاية والغنية والكافي لابي الصلاح. وقد يظهر من التهذيب وحكي عن غيرها، بل في الغنية دعوى الإجماع عليه.

لعمومات حرمة خيانة الأمانة، وخصوص صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: « قلت له: الرجل يكون لي عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعني مالاً، ألي أن آخذ مالي عنده؟ قال: لا، هذه خيانة»^(١). ومعتبر ابن أخي الفضيل بن يسار: « كنت عند أبي عبد الله عليه السلام، ودخلت امرأة، وكنت أقرب القوم إليها، فقالت لي: أسأله. فقلت عما ذا. فقالت: إن ابني مات وترك مالاً كان في يد أخي فأتلفه، ثم أفاد مالاً فأودعنيه. فلي أن آخذ بقدر ما أتلف من شيء؟ فأخبرته بذلك. فقال: لا. قال رسول الله صلواته على من أطاعه: أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»^(٢).

لكن عموم حرمة خيانة الأمانة لا يختص بالوديعة، بل يعم جميع الأمانات، وبينه وبين عمومات المقاصة عموم من وجه. والأقرب عرفاً تقديم عمومات المقاصة، لأن حملها على ماعد الأمانات بأقسامها بعيد جداً، لشيوع وقوع مال الغاصب بيد المغصوب منه على أحد وجوه الأمانة. ولذا اختص الخلاف بالوديعة من بين الأمانات.

وأما حديثاً معاوية وابن أخ الفضيل فهما محمولان على الكراهة بقريئة صحيح

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٨٣ من أبواب كتاب ما يكتسب به حديث: ١١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٨٣ من أبواب كتاب ما يكتسب به حديث: ٣.

أبي العباس البقباق: « أن شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم، واستودعه بعد ذلك ألف درهم. قال أبو العباس فقلت له: خذها مكان الألف التي أخذ منك، فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام، فذكر له ذلك، فقال: أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف»^(١). معتضداً أو مؤيداً بحديث علي بن سليمان المتقدم.

على أن معتبر ابن أخي الفضيل قد استدل فيه بالنبوي المتضمن لأداء الامانة والنهي عن الخيانة من دون تخصيص بالوديعة، وهو المناسب لقوله عليه السلام في صحيح معاوية: «هذه خيانة» لوضوح أن الخيانة تعم جميع الأمانات ولا تختص بالوديعة.

بل مقتضى صريح معتبر الحسين بن المختار: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يكون له الشريك، فيظهر عليه قد اختان شيئاً، أله أن يأخذ منه مثل الذي أخذ من غير أن يبين له؟ فقال: شوه. إنما اشتركا بأمانة الله. وإني لأحب له إن رأى شيئاً من ذلك أن يستره عليه. وما أحب أن يأخذ منه شيئاً بغير علمه»^(٢). لظهور أن الشركة من الأمانة بالمعنى الأعم. وفي صحيح سليمان بن خالد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لي عنده مال، فكابرنني عليه وحلف، ثم وقع له عندي مال أخذه [فأخذه] لمكان مالي الذي أخذه وجحدته وأحلف عليه، كما صنع؟ قال: إن خانك فلا تخنه، ولا تدخل فيما عبته عليه»^(٣). فإن السؤال لم يتضمن تعيين كيفية وقوع مال الغاصب بيده، فيكون مقتضى ترك الاستفصال في الجواب عموم النهي لجميع موارد المقاصة، ويكون النهي عنها في الوديعة من صغريات العموم المذكور من دون خصوصية لها.

ولو فرض جعل قوله عليه السلام في الجواب: « إن خانك فلا تخنه» قرينة على حمل السؤال على صورة استئمان الغاصب دل على عموم النهي لمطلق الأمانة، نظير ما ذكرناه في معتبر ابن أخ الفضيل.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٨٣ من أبواب كتاب ما يكتسب به حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الشركة حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٨٣ من أبواب كتاب ما يكتسب به حديث: ٧.

أكثر قيمة من ماله أخذ منه حصة تساوي ماله وكان بها استيفاء حقه (١).
والمشهور جواز بيعها أجمع واستيفاء دينه من الثمن (٢). وفيه تأمل (٣)،
وإن كان هو الأظهر (٤). والباقي من الثمن يرد على الغاصب. ولو كان

وعلى ذلك فعموم النهي في النصوص لجميع موارد المقاصة، أو لجميع
موارد الاستئمان بالمعنى الأعم، ملزم بحمله على الكراهة، لما سبق من تعذر حمل
نصوص المقاصة على صورة عدم الاستئمان، لأنه حمل على الفرد النادر. ولا
سيما مع صراحة بعض نصوصها في الاستئمان، بل في الوديعة، كما سبق.
بقي شيء. وهو أن ما تضمنه صحيح البقباق من حب الإمام عليه السلام أخذ المال
مقاصة قد يكون لخصوصية في المورد، فلا ينافي كراهة المقاصة ذاتاً مطلقاً أو
في مطلق الأمانات أو في خصوص الوديعة، كما تضمنته النصوص السابقة على
الكلام المتقدم فيها. فلاحظ.

(١) كما تضمنته النصوص المتقدمة، وعليه فتوى الاصحاب. كما لا إشكال
في عدم جواز أخذ الزائد، لعدم الموجب لحله.
(٢) بل تقدم من المبسوط وجوبه. وتقدم أن المتيقن من الأدلة استيفاء حقه
من نفس العين ويكون شريكاً للغاصب فيها، ثم يكون البيع لهما وينقسم الثمن
بينهما، أو يدفع ما يحتسب الزائد على نفسه ويدفع قيمته للغاصب.
(٣) كأنه لعدم وضوح ولايته على البيع، سواء قلنا بكونه مقدمة لاستيفاء
الحق، كما تقدم من المبسوط، أم قلنا بكونه مقدمة لتمييز حق كل منهما بعد ثبوت
الحق في العين، كما تقدم منا. ويجري ذلك في دفع بدل الزيادة لو كان المال غير
قابل للقسمة وأخذه الغريم له.

(٤) لما هو المعلوم من أن الغاصب قد يتعذر مراجعته واستئذانه في البيع،
كالسلطان الذي هو مورد بعض النصوص المتقدمة، بل لعله الشايح في مورد
المقاصة، لغلبة عدم الحاجة للمقاصة لو أمكن استيفاء الحق اختياراً ولو لتعذر

المغصوب منه قد استحلف الغاصب، فحلف على عدم الغصب لم تجز المقاصة حينئذ(١).

أثبت الحق، فعدم التنبيه في النصوص لهذه الجهة موجب لظهورها بمقتضى إطلاقها المقامي في إيكال الأمر للمغصوب منه في استيفاء مقدار حقه من المال، مع جريه على الوضع المتعارف. والاحوط له تقليل الوسائط بالمقدار الذي لا يضر به.

(١) كما في الفقيه والنهاية والتهذيب والغنية والكافي والشرايع، وقد يظهر من نكت النهاية وغيرها، ويظهر من غير واحد في أحكام اليمين.

لحديث خضر النخعي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده. قال: إن استحلفه فليس له أن يأخذ منه شيئاً، وإن تركه ولم يستحلفه فهو على حقه»^(١). وخبر عبد الله بن وضاح: «كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخانني بألف درهم، فقدمته إلى الوالي فأحلفته فحلف، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجرة، فوقع له بعد ذلك عندي أرباح ودراهم كثيرة، فأردت أن أقتص الألف درهم التي كانت لي عنده وأحلف عليها. فكتبت إلى أبي الحسن عليه السلام فأخبرته أنني قد أحلفته فحلف... فكتب: لا تأخذ منه شيئاً، إن كان ظلمك فلا تظلمه ولو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك. ولكنك قد رضيت بيمينه. وقد ذهبت اليمين بما فيها...»^(٢). وحديث إبراهيم بن عبد الحميد عن بعض أصحابنا: «في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده إياه، فيحلف يمين صبر أن ليس له عليه شيء. قال: ليس له أن يطلب منه. وكذلك إن احتسبه عند الله فليس له أن يطلبه منه»^(٣). وقد فسر يمين الصبر بإمسك الشخص

(١) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٠ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٠ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٤٨ من أبواب كتاب اليمين حديث: ٣.

وحبسه يحلف.

وهذه النصوص وإن لم تخل عن ضعف في السند إلا أنها متعاضدة في أنفسها منجبرة بعمل من سبق وظهور اعتماد الكليني رضي الله عنه على بعضها. مضافاً إلى أنه قد يستفاد من موثق ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام : «قال: إذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه، فحلف أن لا حق له قبله، ذهب اليمين بحق المدعي، فلا دعوى له: قلت له: وإن كانت عليه بينة عادلة؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له. وكانت اليمين قد أبطلت كل ما أدعاه قبله مما كان قد استحلفه عليه»^(١).

فإن ذيله شاهد بأن عدم قبول البينة والقسامة ليس لعدم حجيتها، بل لبطلان الحق الذي يقومان عليه. وحيث لا يراد بذلك البطلان حقيقة، إذ لا إشكال في عدم براءة ذمة الحالف لو كان المدعي صادقاً واقعاً، فلا بد من حملة على البطلان عملاً، بمعنى عدم الأثر على ثبوته في حق صاحبه، وذلك كما يقتضي عدم حكم الحاكم له بنحو يقتضي إلزام الحالف بتسليم الحق، الراجع لعدم ترتب الأثر على البينة والقسامة، كذلك يقتضي عدم جواز مقاصة صاحب الحق له. بل يوكل الامر لله عز وجل. فتأمل جيداً.

وكيف كان فلا بد بلحاظ جميع ما سبق من الخروج عن إطلاق أدلة المقاصة، وعن خصوص معتبر أبي بكر الحضرمي على رواية الشيخ رضي الله عنه : « قلت له: رجل لي عليه دراهم فجحدني وحلف عليها، أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حقي؟ فقال: نعم، ولكن لهذا كلام...»^(٢)، فيحمل على ما إذا حلف مبتدئاً من دون أن يستحلف. على أن الحديث قد رواه في الفقيه غير مشتمل على الحلف. نعم ورد الحلف في بعض النصوص الناهية عن المقاصة، كصحيح سليمان

(١) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ٩ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٨٣ من أبواب كتاب ما يكتسب به حديث: ٣.

ابن خالد.

وقد يستفاد من تعليل الاقتصار على النهي فيها بالخيانة من دون تنبيه على مانعية الحلف عدم مانعيته. لكنه لا يزيد على الإشعار من دون أن يبلغ حد الظهور والحجة، فضلاً عن أن يكون له إطلاق، وأن يمنع من التعويل على النصوص المتقدمة الصريحة والظاهرة في النهي عنها.

ثم إن مقتضى إطلاق حديثي خضر وإبراهيم مانعية الاستحلاف من المقاصة ولو مع عدم النداعي والترافع للحاكم الشرعي أو حاكم الجور، كما يتعارف كثيراً. بل حتى حديث عبد الله بن وضاح، فإنه وإن تضمن الترافع إلا أن قوله عليه السلام في الجواب: « ولولا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ... » ظاهر في مانعية مطلق الاستحلاف والرضا باليمين من دون خصومية للتداعي.

بقي في المقام أمران (الأول): تضمن مرسل إبراهيم مانعية الاحتساب عند الله تعالى من المقاصة أيضاً. ولا يبعد أن يراد به إيكال الأمر إليه تعالى والاكتفاء بجزائه وتعويضه في الدنيا أو الآخرة.

لكن في كفاية المرسل في إثبات المانعية إشكال مع ضعفه في نفسه وعدم ظهور عامل به من الأصحاب فلا مخرج عن إطلاق نصوص المقاصة وظهور حديثي الاستحلاف المتقدمين في الحصر.

(الثاني): المتيقن من نصوص المقاصة وكلام الأصحاب الغاصب المتعمد المعتدي، دون غيره ممن عليه حق لغيره من دون تعمد وجحود وعدوان وخيانة، كالجاهل بثبوت الحق عليه، ولا طريق لإثباته.

نعم في حديث إسحاق بن إبراهيم على ما رواه في الوسائل: « ان موسى بن عبد الملك كتب إلى جعفر عليه السلام: يسأله عن رجل دفع إليه رجل مالا ليصرفه في بعض وجوه البر، فلم يمكنه صرف المال في الوجه الذي أمره به. وقد كان له عليه مال بقدر هذا المال، فسأل: هل يجوز أن أقبض مالي أو أردده عليه؟ فكتب: أقبض

مالك مما في يدك»^(١).

فان مقتضى اطلاقه جواز الاقتصاص بحقه وإن كان من عليه الحق غير معتد في منعه، لجهله بثبوت الحق عليه أو لعجزه عن وفائه أو نحو ذلك.

لكن مقتضى إطلاقه أيضاً العموم لما إذا أمكن استيفاؤه منه ومطالبته به، خصوصاً على ما في التهذيبيين من روايته هكذا: «أو أردته عليه وأقتضيه»^(٢). إذ هو كالصريح في إمكان المطالبة الذي لا يكون نوعاً إلا مع توقع الاستجابة، ومن الظاهر أن اختيار كيفية الوفاء تابع للمدين، ولا يخرج عن سلطنته إلا مع امتناعه عدواناً منه أو لتعذر الوصول إليه.

مضافاً إلى أنه لا إشارة في السؤال لكون المال المدفوع ملكاً مطلقاً للدافع، يمكنه الوفاء منه، فلعله ليس ملكاً له، أو ملك له معين لمصرف خاص بنذر أو نحوه لا يصلح لوفاء الحق الثابت عليه، ومقتضى ترك الاستفصال في الجواب عموم جواز استيفاء الحق منه مطلقاً ولو مع احتمال ذلك. ولا يظن بأحد إمكان البناء على إطلاقه. ومن هنا كان الحديث بظاهره من المشكل. وحيث كان وارداً في واقعة خاصة فلا مجال للتعدي عنها، واستفادة عموم جواز التقاص منه لغير المعتدي.

ومثله دعوى: إلغاء خصوصية موارد نصوص المقاصة، والتعدي لجمع موارد تعذر الاستيفاء ولو مع عدم العدوان ممن عليه الحق.

لاندفاعها بأنه لا مجال لذلك، لاحتمال دخل العدوان في سقوط حرمة المالك وجواز الاستيفاء من ماله وتجاوز سلطنته عليه.

ومن هنا يتعين الاقتصار في المقاصة على المتيقن من النص والفتوى، وهو صورة الجحود والعدوان في عدم وفاء من عليه الحق.

ومنه ما إذا كان امتناعه من أداء الحق للجهل بثبوته، لكن أمكن إثباته بالترافع

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٨٣ من أبواب كتاب ما يكتسب به حديث: ٨.

(٢) تهذيب الأحكام ج: ٦ ص: ٣٨٥، الاستبصار ج: ٣ ص: ٥٢.

الكلام في استرجاع العين أو بدلها بالمقاصة ٢٥٣

للحاكم، فامتنع من الترافع له، حيث يكون بامتناعه معتدياً في عدم أداء الحق، ويصدق عرفاً أنه قد ذهب بحق ذي الحق. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

وبذلك ينتهي الكلام في كتاب الغصب. فانه وإن اشتمل على فروع كثيرة تعرض لها الأصحاب رضوان الله عليهم لم يتعرض لها سيدنا المصنف رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، إلا أنه قد يظهر حكمها مما سبق هنا وفي كتاب البيع وغيره. وكان ذلك ضحى الأربعاء الخامس عشر من شهر رجب الأصب سنة ألف وأربعمائة وثلاث وثلاثين للهجرة النبوية، على صاحبها وآله أفضل الصلاة والسلام وأزكى التحية. بقلم العبد الفقير محمد سعيد الطباطبائي الحكيم عفي عنه. والحمد لله رب العالمين. وهو حسبنا ونعم الوكيل.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله
الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

كتاب إحياء الموات

كتاب إحياء الموات

لا يجوز التصرف في العامر المملوك (١)، ولا في ما فيه صلاحه المعبر

عنه بالحریم (٢)،

(١) لا إشكال في عدم جواز التصرف فيه مع احترام مالكة، كما لا خلاف

في ذلك، بل هو إجماعي أو ضروري لما دل على حرمة التصرف في ملك المسلم بغير
إذنه، ولما دل على اعتصام الذمي بالذمة.

نعم لو زوحم بتكليف مساو أو أهم جاز، كما يذكر في مباحث التزاحم.

وكذا لو فرض عدم احترام المالك. وكلاهما خارج عن مفروض كلامهم.

(٢) كما في المبسوط والمهذب، وإليه يرجع ما في الجامع من أنه لملك العامر،

ونحوه ما في الشرايع والنافع، كما ذكر فيهما وفي جملة من كتب العلامة والدروس

واللمعتين وغيرهما عدم جواز إحياء ذلك لغير مالك العامر، ونفى الخلاف فيه

في المسالك ومحكي المفاتيح والكفاية، وادعى الإجماع عليه في جامع المقاصد. وفي

التذكرة: « ولا نعلم خلافاً بين فقهاء الأمصار أن كلما يتعلق بمصالح العامر مما تقدم

أو بمصالح القرية - كبنائها ومرع ماشيتها ومحتطبها ومسيل مياؤها - لا يصح لأحد

إحياءه ولا يملك بالإحياء».

ومن المعلوم بعد النظر في كلماتهم أن المنع من ذلك إنما هو لمزاحمة مالك الأمر

المحيى، من دون خصوصية للإحياء، بل يجري في كل مالك مهما كان لسبب الملك.

هذا وقد استدل عليه بأمور (الأول): ما في التذكرة وغيره. قال في التذكرة في تنمة الكلام السابق: «لقوله عليه السلام: من أحب ميتة في غير حق فهي له. مفهومه أن ما يتعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء...».

لكن الحديث لم يرو من طرفنا، وإنما روي من طرق العامة وفي كتبهم^(١). واستدلال بعض أصحابنا به لا يكفي في جبره. لقلتهم وتأخرهم، ولعدم اقتصارهم في الاستدلال عليه، فلعل ذكرهم له لكونه مؤيداً، أو لبيان الوجه الذي اعتمده العامة الذين هم من جملة القائلين بذلك، كما سبق من التذكرة، أو لتخيل كونه من رواياتنا بسبب ذكر بعض أصحابنا له.

مع أن الحديث إنما يدل على عدم مملكية الإحياء في فرض ثبوت الحق، ومع ثبوته لا إشكال في عدم جواز مزاحمته، لمنافاتها لمقتضاه، وإنما الإشكال في ثبوت الحق، ليتحقق موضوع المنع في الحديث.

وأما ما في مفتاح الكرامة من أن استدلال أصحابنا بالحديث ظاهر في اتفاقهم على ثبوت الحق. فهو راجع إلى الاستدلال بالاتفاق المذكور، لا بالحديث.

(الثاني): معتبر محمد بن عبد الله: «سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة، وتكون له حدود تبلغ حدودها عشرين ميلاً أو أقل أو أكثر، يأتيه الرجل فيقول: اعطني من مراعي ضيعتك وأعطيك كذا وكذا درهماً. فقال: إذا كانت الضيعة له فلا بأس»^(٢). ومعتبر إدريس بن زيد عنه عليه السلام: «سألته وقلت: جعلت فداك إن لنا ضياعاً ولنا حدود ولنا الدواب وفيها مراعي. وللرجل منا غنم وإبل، ويحتاج إلى تلك المراعي لإبله وغنمه. أيحل له أن يحمي المراعي لحاجته إليها؟ فقال: إذا كانت الأرض أرضه فله أن يحمي ويصير ذلك إلى ما يحتاج إليه. قال: وقلت له: الرجل يبيع المراعي. فقال: إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس»^(٣).

(١) صحيح البخاري ج: ٣ ص: ١٣٩-١٤٠. سنن البيهقي ج: ٦ ص: ١٤٢.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٩ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.

(٣) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٢٢ من أبواب كتاب عقد البيع وشروطه حديث: ١.

فقد استدل بهما في الجواهر، ويأتي من مفتاح الكرامة الاستدلال بهما لملك الحریم لملك ذي الحریم. وكأنه لأن جواز حمى المرعى ويبيعه شاهد بثبوت حقه فيه، بنحو لا يجوز مزاحمته فيه ومنعه منه.

لكن ظاهر الأول وصريح الثاني اختصاص الجواز بها إذا كان المرعى له، لكونه جزءاً من ضيعته المملوكة له أو لكون أرضه ملكاً له دفعاً لتوهم دخوله في عموم النهي عن حمى الحمى، وأن الناس في الماء والكلاء سواء. وهو خارج عما نحن فيه من احتياج ما أحياه من الأرض للمرعى أو غيره من المرافق من دون أن يملك شيئاً منها. فهما في ذلك نظير موثق إسماعيل بن الفضل أو صحيحه: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع الكلاء إذا كان سيحاً، فيعمد الرجل إلى مائه إلى الأرض فيسقه الحشيش وهو الذي حفر النهر وله الماء يزرع به ما شاء. فقال: إذا كان الماء له فليزرع به ما شاء. وليبيعه [وليتصدق] بما أحب»^(١). ولا أقل من كونه مقيداً لهما لو تم إطلاقهما.

(الثالث): قاعدة نفي الضرر. وفيه: أنها إنما تنهض بتحريم التصرف المضر بالملك ذي الحریم تكليفاً، ولا تنهض بتحريم نفس الإحياء للحریم، ولا ينفي مملكته له، كما هو مدعاهم. غاية أنه يقتضي عدم جواز منع المحيي له من انتفاع مالك ذي الحریم بالحریم الذي أحياه.

على أنه قد لا يلزم الضرر، كما لو أحيى موضعاً وجعل له باين تفضيان إلى طريقين ولا يلزم الضرر عليه من اقتصاره على أحدهما، وكذا لو أمكنه بيع ما ملكه بالإحياء من دون ضرر عليه.

(الرابع): الأصل. وفيه: أنه يقتضي جواز التصرف، لا المنع منه. نعم هو لا يقتضي الملك بالإحياء، الذي هو محل كلام كثير منهم، بل مقتضى الاستصحاب عدمه. لكنه محكوم لعدم أدلة مملكية الإحياء. ودعوى: انصرافه عن صورة المزاحمة تحتاج إلى بيان منشأ الانصراف المذكور. ولو تم كان هو الدليل، لا الأصل.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٩ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٢.

فالعمدة في المقام أن ذلك نحو من الحق عرفاً. ولولا له لم يبق للملك فائدة نوعاً،
فيتعين البناء على مقتضاه، لعدم ثبوت الردع عنه، بل ثبت إمضاؤه شرعاً، لمطابقته
للمرتكزات التشريعية التي يقرب ابتناء الإجماع عليها.

وذلك هو الموجب لانصراف عمومات مملكية الأحياء عنه. وكأنه إلى هذا
ينظر قوله في التذكرة: «ولأننا لو جوزنا إحياءه أبطل الملك في العامر».

هذا وهل يكون الحریم مملوكاً لملك ذي الحریم، كما هو مقتضى الجمود
على التعبير بالملك في موضع من المبسوط وفي المهذب والوسيلة والسرائر وجامع
الشرايع، بل هو ظاهر التذكرة وصريح التحرير والإيضاح وفي المسالك وعن الكفاية
أنه الأشهر، أو لا بل لا يثبت له إلا حق الانتفاع به لا غير، كما قد يظهر من موضع
من المبسوط وغيره؟

وقد استدل على الأول بوجوه ذكر أكثرها في التذكرة وغيره من بعده.

(الأول): ما تضمن ثبوت الشفعة ببيع الحق في الطريق المشترك مع الدار

الواقعة فيه.

وفيه: أن الدليل على ذلك أحاديث منصور بن حازم المتقاربة المضمون، وفي
بعضها: «دار بين قوم اقتسموها، فأخذ كل واحد قطعة وبنائها وتركوا بينهم ساحة
فيها مرهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم أله ذلك؟ قال: نعم، ولكن يسد
بابه... فإن أراد صاحب [الدار] الطريق ببيعهم فإنهم أحق به...»^(١). وهو مختص بما
إذا كان الطريق جزءاً من دار، وكانت الدار بمجموعها مملوكة لهم بما فيها الطريق،
ولو لأنها حياة من قبلهم، ومحل الكلام ما إذا اختصت العمارة بغير الطريق من دار
أو متجر أو غيرهما. على أن الحكم مخالف للقاعدة، لاختصاص الشفعة بالمشاع، فكما
أمكن ثبوتها في المختص بسبب الاشتراك في الطريق المملوك للكل، أمكن ثبوتها فيه
بسبب الاشتراك في الطريق الذي هو مجمع لحقوقهم، من دون أن يكون مملوكاً لهم،

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٤ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٢.

ولا يستلزم ثبوتها حينئذٍ ملكهم له. فلاحظ.

(الثاني): حديثا محمد بن عبدالله وإدريس المتقدمان المتضمنان بيع المرعى التابع للضيعة، كما في مفتاح الكرامة وغيره، لان البيع بهاله من معنى حقيقي يختص بالمملوك.

ويظهر حاله مما سبق من خروجها عن محل الكلام. مع أن الاستعمال أعم من الحقيقة بعد فرض العلم بالمراد، وهو التنازل عن حقه في المرعى.

(الثالث): أن تبعيته لما أحيى نحو من الإحياء له، نظير عرصه الدار المملوكة في ضمنها وإن لم يكن فيها إحياء، لأن إحياء كل شيء بحسبه.

وفيه: أنه خارج عن المحيي عرفاً وإن كان من شؤونه ومستحقاً بتبعه، ولا يقاس بعرصه الدار، التي هي بمجموعها محياة عرفاً.

(الرابع): أنه مكان استحققه بالإحياء فملك كالمحيي. وهو كما ترى، لأن الاستحقاق أعم من الملك. واشتراكهما في السبب لا يستلزم اشتراكهما في الملك.

ومثله دعوى: أن معنى الملك موجود فيه، لدخوله مع المعمور في البيع، لأن بيع المعمور يقتضي انتقال مرافقه للمشتري تبعاً.

لاندفاعها بأن انتقاله تبعاً له بمعنى انتقال الحق فيه له، وهو لا يستلزم ملكه. كما هو ظاهر.

ومن هنا لا طريق لإحراز ملكية المحيي لحريم ما أحياه ومرافقه، ويتعين الاقتصار على كونه محقوقاً له، لأنه المتيقن من المرتكزات العرفية والمشرعية والإجماع التي تقدم أنها الدليل في المقام.

بل الظاهر عدم الملكية في حريم المملوك، بل ولا الاختصاص. لقضاء السيرة العرفية والمشرعية بجواز تصرف الغير فيه بنحو لا يزاحمه بغير إذنه، كدفن شيء فيه، وحفر بالوعة لا تضر بالطريق. وكذا لو استغنى عنه بعد الحاجة اليه، كما لو جف النهر، على ما يأتي ان شاء الله تعالى. ولا مجال لذلك كله مع ملكيته له أو اختصاصه

كالطريق والنهر (١) والمراح (٢) والمرعى (٣) إلا بإذن مالكة إذا كان

به ولو بنحو الإشاعة، بخلاف ما إذا كان الثابت له مجرد استحقاق الانتفاع بالوجه الذي يحتاج إليه حسب العادة، حيث يجوز ذلك كله حينئذٍ، لارتفاع موضوع الحق بارتفاع الحاجة.

ومن القريب جداً حمل الملكية في كلام غير واحد ممن تقدم على ما يعم مجرد الاستحقاق. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم

(١) فلا يجوز تغيير مجراه، ولا بناء مسناة له تمتع من الاستقاء منه أو توجب صعوبته، إلا بإذنه.

(٢) الظاهر أنه بضم الميم مأوى الإبل والبقر والمعز، ليناسب مُناخ الإبل المذكور في القواعد والدروس وجامع المقاصد.

(٣) تقدم من التذكرة عدّ جملة من الأمور. وذكر في القواعد مجتمع النادي ومرتكض الخيل ومناخ الإبل ومطرح القمامة وملقى التراب ومرعى الماشية. وربما ذكر في كلماتهم غير ذلك. والمعيار على ما يحتاج إليه بسبب العمران. وهو يختلف باختلاف البلاد والناس والأزمنة.

هذا وفي جامع المقاصد: «ولو أراد أحد إحياء ما يقرب من القرية ويكون الحريم من ورائه فالظاهر الجواز إذا لم يلزم ضيق في الحريم، ولولا ذلك لم تتصور سعة البلد إلا إذا نزل أهلها دفعة واحدة، وهو غير معلوم الوقوع». وأشار لذلك في مفتاح الكرامة. وما ذكره جيد بملاحظة السيرة والمرتكزات العقلانية والمشرعية. إلا أن يضر بأهل القرية أو المدينة بنحو معتد به.

كما أنه لو اتخذ أهل القرية أو البلد مثلاً لأنفسهم مكاناً خاصاً لمرفق خاص لهم وأحيوه بنحو يناسبه - كبناء سور له أو نحو ذلك - تعين ملكهم له وعدم جواز التصرف فيه بإحيائه أو نحوه، ونقل ذلك المرفق لما ورائه، إلا بإذنه.

وإذا رجع إلى وقفهم له على أهل القرية أو البلد لم ينفع إذنه في جواز التصرف

التصرف فيما فيه صلاح العاмер مزاحماً لحاجة المالك وإلا جاز(١).

(مسألة ١): حد الطريق المتكرر في المباحة(٢) مع المشاحة خمسة

أذرع(٣)

فيه بنحو لا يتناسب مع الجهة الموقوف عليها.

وكلاهما خارج عن محل الكلام من فرض كونه ميتاً يتصرف فيه بنحو يزاوهمهم. (١) سبق أن ذلك مقتضى سيرة العقلاء والمشرعة، وأنه شاهد بعدم ملكية مالك العامر لحريمه ولا اختصاصه به، بل ليس له إلا حق الانتفاع به، فإذا لم يكن تصرف الغير مزاحماً له جاز.

(٢) أما في الأرض المملوكة فهو تابع للمالك، ولا يجوز فتحه ولا تحديد عرضه إلا باذنه. ولو كانت مشتركة فلا بد من اتفاق الشركاء وإذنههم بأجمعهم، كما هو ظاهر. هذا ومجرد إذن المالك للغير في فتح الطريق في أرضه لا يمنعه من الرجوع فيه، على التفصيل الآتي إن شاء الله تعالى في الإذن للجار بوضع خشبة على حائطه.

وكذلك الحال في اتفاق الشركاء على فتح الطريق لهم في الأرض المشتركة. إلا أن يرجع إلى اتفاقهم على جعله طريقاً مشتركاً بينهم بنحو يلتزم كل منهم به بناء على التزام الآخرين به، فيكون حينئذٍ نحواً من العقد يلزم عليهم، نظير القسمة، ولا يخرج عنه إلا برضاهم بأجمعهم.

(٣) كما في الشرايع والنافع ونكت النهاية والقواعد والإرشاد والتذكرة - على نحو من الاضطراب في كلامه - وعن المقتصر. وقد استفاد مما في كشف الرموز والمهذب البارع وعن المفاتيح من أن روايته أصح طريقاً. كما ذكر ذلك في نكت النهاية أيضاً. ونسب لكثير في الإيضاح، وفي جامع المقاصد وعن الحواشي والإرشاد نسبه للأكثر، وإن لم أعر عليه في الإرشاد.

ويقتضيه حديث أبي العباس البقباق عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إذا تشاح قوم في طريق، فقال بعضهم: سبع أذرع وقال بعضهم: أربع أذرع. فقال أبو عبد الله عليه السلام:

لا، بل خمس أذرع»^(١).

والظاهر اعتبار سنده، حيث رواه في التهذيب بسنده عن الحسن بن محمد بن ساعة عن جعفر والميمثمي والحسن بن حماد عن أبي العباس البقباق. ورواه في الوسائل عن الشيخ بالسند المذكور، لكن عن الثلاثة كلهم عن أبان عن أبي العباس البقباق. وسند الشيخ للحسن بن محمد بن ساعة صحيح، والحسن موثق، والظاهر أن مراده بجعفر أخوه جعفر بن محمد بن ساعة الثقة. مع أن رواية الثلاثة للحديث تكفي في اعتباره بلحاظ تعاضدهم، بنحو يناسب معروفية الحديث واشتهاره، وأبان لا إشكال في وثاقته كأبي العباس. ولذا عده غير واحد من الموثق.

وفي مفتاح الكرامة: «ولا يخفى ما في متنه». وكأنه لأن التعرض للخلاف لا يناسب مقام الإمام عليه السلام. ولا سيما مع ظهور الجواب في الردع، لا في مجرد بيان الصحيح.

لكن ذلك يناسب كون المتعرض للخلاف بنحو يناسب الانحصار في القولين الأولين ليس هو الإمام عليه السلام، بل شخص آخر - كأبي العباس أو غيره - رد عليه الإمام عليه السلام ببيان الوجه الثالث الحق، من دون أن يمنع من ظهور الجواب، بل صراحتة، في المطلوب. بل من القريب أن يكون الخلاف المذكور بين المتشاحين أنفسهم نقله أبو العباس لشرح الواقعة المسؤول عنها.

هذا وقد ذهب إلى السبع في النهاية والسرائر وجامع الشرايع والتحرير والمختلف والإيضاح والدروس والمسالك وغيرها. لموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن رسول الله صلواته على من أطاعه قال: ... والطريق يتشاح عليه أهله فحده سبع أذرع»^(٢). ونحوه خبر مسمع^(٣)، ومعتبر الجعفریات، الذي رواه أيضاً بطريق صحيح في نوادر

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٥ من أبواب كتاب الصلح حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٥.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٦.

الراوندي^(١).

قال في جامع المقاصد: «وتنزل الأولى على ما إذا لم تدع الحاجة إلى أزيد من خمس. إن لم يلزم منه إحداث قول ثالث. فإن لزم فالعمل على السبع، لأن الضرورة تدعو كثيراً إليها، عند ازدحام الأحمال وعبور القوافل».

والجمع الذي ذكره بين طائفتي النصوص قد ذكر نظيره في المسالك، بل قال: «وقد يفرض احتياج بعضها إلى أزيد من السبع، كالطريق الذي يمر عليه الحاج بالكنايس ونحوها، فيجب مراعاة الحاجة بالنسبة إلى الزائد على المقدار. أما النقصان عنه فلا». ومرجع ذلك إلى حمل النصوص على التحديد من حيثية القلة.

وهو خروج عن ظاهرها، بل عن صريح حديث البقباق، للردع فيه عن القول بالسبع.

هذا مضافاً إلى أمرين (الأول): أن الجمع بين النصوص باختلاف الحاجة تبرعي بلا شاهد، فلا مجال للتعويل عليه.

(الثاني): أن الحاجة إذا اقتضت سعة الطريق، فإن استطرق قبل إحياء جانبه تعين إبقاؤه على ما هو عليه، ولا مجال للتشاح عليه وتضييقه، لتعينه باستطراق الجهة التي استحدثت من أجلها وتعلق الحق العام به، كما يناسبه موثق أبي العباس البقباق عن أبي عبد الله عليه السلام: «قلت له: الطريق الواسع هل يؤخذ منه شيء إذا لم يضر بالطريق؟ قال: لا»^(٢). ويزيد الأمر مع الحاجة تبعاً للمرتكزات، كما يستفاد من الموثق، مؤيداً بما دل على الضمان مع الإضرار بطريق المسلمين^(٣).

نعم في موثق محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام: «سألته عن رجل اشترى داراً فيها زيادة من الطريق. قال: إذا كان ذلك فيما اشترى فلا بأس». ونحوه حديثه عن

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ٨ من أبواب إحياء الموات حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢٧ من أبواب كتاب عقد البيع وشروطه حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٨، ٩، ١١ من أبواب كتاب موجبات الضمان.

أبي جعفر عليه السلام^(١) ولا يبعد حملهما على فرض مشروعية إضافة الزيادة للدار، ولو لاستغناء الطريق عنها، أو لهجر الطريق، أو لكونه طريقاً مملوكاً أدخلت الزيادة منه بإذن مالكة أو غير ذلك.

وإن حدثت الحاجة بعد إحياء جانبيه لم يجوز توسيعه لأجلها. إلا أن تبلغ الحاجة حداً يقطع معه بوجوب الأخذ من الجانبين، أو يثبت لأحد الولاية العامة، بحيث يسوغ له إرغام الناس على بذل أملاكهم مجاناً أو بثمان. ويأتي إن شاء الله تعالى تمام الكلام في الحاجة.

ومن هنا يقرب جداً حمل نصوص السبعة أذرع على الاستحباب، لأنه نحو من الجمع العرفي بينها وبين موثق البقباق. ولو فرض تعذر الجمع بينها عرفاً وتساقطها فمقتضى الأصل جواز إحياء ما زاد على الخمس تكليفاً. كما ان مقتضى عموم نصوص الإحياء تملكه بإحيائه، كما يظهر مما سبق.

هذا وأما ما تقدم من جامع المقاصد في وجه البناء على السبعة فهو إن رجع إلى ترجيح نصوص السبعة بذلك، ففيه: أن ذلك ليس من المرجحات. وإن رجع إلى تساقطها والاستدلال بذلك، ففيه: أن ذلك لا ينهض بالاستدلال والخروج عما سبق من الأصل والعموم. ولا سيما بلحاظ ما سبق من التفصيل في الحاجة.

بقي في المقام أمور (الأول): أن التحديد المذكور إنما يجري إذا لم يزاحم المارة، لعدم وجود المارة، أو لقلتهم، أو لوجود متسع لهم غير الطريق المنشأ، ولا يجري مع مزاحمتهم، كما إذا كثرت المارة في منبسط أرض لا عمران فيها من دون تحديد طريق لهم، ثم أريد عمران تلك الأرض وإحيائها، وجمع المارة في طريق خاص بين العمران، وكان الاقتصار فيه على الحد المذكور يضيق بهم ويزاحمهم.

لأنهم وإن لم يستحقوا طريقاً معيناً، ليمنع تضييقه، كما سبق، إلا إنهم يستحقون في منبسط تلك الأرض ما يفي بحاجتهم، فجمعهم في طريق ضيق تعد عليهم،

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٢٧ من أبواب كتاب عقد البيع وشروطه حديث: ٣ وذيله.

ونصوص التحديد المتقدمة تنصرف عن ذلك، للنظر فيها للحكم بين المتشاحين، والمنصرف منهم أفراد محددون، وهم الذين يريدون الإحياء في جانبي الطريق الذي هو مورد التشاح، من دون نظر فيها لحال الحق العام الثابت لعموم المارة، الذين لا يكونون نوعاً طرفاً للتشاح.

(الثاني): ما سبق من التحديد إنما هو مع التشاح كما هو مورد نصوصه. أما مع تراضي الأطراف بوجه خاص أقل أو أكثر فلا تحديد.

فإن اتفقوا على الأقل جاز، لعموم دليل الإحياء، إلا أن يضر بالمارة، لما سبق. لكن في الدروس أن للامام إلزامهم بالسبع. وهو غير ظاهر الوجه مع اختصاص النصوص بصورة التشاح، حيث يكون المتيقن من ذلك كون التحديد مراعاة لحق اطراف التشاح، ولا موضوع له مع عدمه.

ويؤيد ذلك أو يعضده قيام السيرة في البلاد على وجود الطرق الضيقة من دون ظهور إنكار لذلك من المشرعة، ولا إبقاء بمقتضى ارتكازاتهم.

وإن اتفقوا على الأكثر وانشؤوا الطريق حتى استطرق وصدق عليه الطريق لزمهم، وليس لهم ولا لغيرهم تضييقه، كما في المسالك، لما سبق من عدم جواز الأخذ من الطريق وإن اتسع ولم يضر به.

وأما ما في الدروس من جواز ذلك، لأن حريم الطريق باق. فهو يبتني على عموم التحديد وعدم اختصاصه بالتشاح، وقد سبق المنع من ذلك.

نعم لو لم يستطرق بعد جاز لهم الرجوع فيه وتضييقه، لعدم صدق الطريق عليه بعد، فيدخل في عموم جواز الإحياء بل يجوز ذلك لغيرهم إذا لم يزامهم ويضرهم، للعموم المذكور.

(الثالث): مقتضى التحديد المتقدم أن التشاح إن حصل عند إحياء جانبي الطريق لزم كلا الطرفين مراعاته. وإن حصل بعد إحياء أحد جانبيه عند إرادة إحياء الجانب الآخر لزم على المتأخر مراعاته بالرجوع في الإحياء بمقدار الحد، فإن تقدم

وحريم بئر المعطن (١) أربعون (٢)

وضيق الطريق متجاوزاً الحد لزم عليه الرجوع، لتعديه في تقدمه وتضييقه. إلا أن يرضى به الآخرون ويرتفع التشاح، فيكون كما لو اتفقوا على التضييق من أول الأمر. وأما الأول فلا يجب عليه الرجوع، لعدم تعديه في الإحياء بعد أن لم يكن مزاحماً لأحد. (الرابع): إذا هجر الطريق المستحدث من الموات للاستغناء عنه بغيره أو لهجر ما يستطرق به إليه أو نحو ذلك، بحيث يصدق عليه الموات عرفاً جاز لكل أحد إحياءه، كما ذكر ذلك في الجملة في الدروس والمسالك وغيرها. لعموم دليل الإحياء. نعم لو كان هجره مؤقتاً لعارض موقت لم يخرج بذلك عن حكم الطريق المتقدم.

كما أنه إذا كان مملوكاً بالأصل وقد عينه المالك طريقاً فهو نحو من الوقف يجري عليه حكم الوقف الذي ترتفع الجهة التي عين لها، من صيرورته صدقة عامة، وتجري عليه أحكامها.

(١) وهي التي تحفر لسقي الحيوانات - من الإبل ونحوها - عندها، وتتجمع حولها.

(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب، وظاهر التذكرة الإجماع عليه، كما هو مقتضى إطلاق معقد الإجماع في الخلاف على أن حريم البئر أربعون ذراعاً وفي الغنية: «وروى أصحابنا أن حد ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعاً، وما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون ذراعاً، وما بين بئر العين إلى بئر العين في الأرض الصلبة خمسمائة ذراع وفي الرخوة ألف ذراع. وعلى هذا لو أراد غيره حفر بئر إلى جانب بئره ليسوق [ليسرق] منها الماء لم يكن له ذلك بلا خلاف...».

ويقتضيه موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم 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...»^(١) ونحوه معتبر الجعفریات المروي بطريق صحيح في نوادر الراوندي^(٢). وخبر مسمع^(٣) ومرسل الصدوق: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن البئر حريمها أربعون ذراعاً لا يحفر إلى جانبها بئر أخرى لعطن أو غنم»^(٤).

هذا وفي خبر وهب بن وهب عن جعفر بن محمد عن أبيه: «أن علي بن أبي طالب كان يقول: حريم البئر العادية خمسون ذراعاً. إلا أن يكون إلى عطن أو إلى طريق، فيكون أقل من ذلك إلى خمسة وعشرين ذراعاً»^(٥). وزاد فيه في محكي قرب الإسناد: «وحريم البئر المحدثه خمسة وعشرين ذراعاً»^(٦) لكن صدره لا يدل على تعيين الخمسة والعشرين ذراعاً للعطن، وإنما يدل على أن منتهى القلة في المستثنى خمسة وعشرون ذراعاً، وذلك يجتمع مع ما تضمنته النصوص الأول من كون حريم بئر المعطن أربعين ذراعاً، ونحوه المرسل المروي في الكافي والتهذيب^(٧) بل لعله عينه. وأما الذيل فهو يدل على أن حريم البئر المحدثه خمسة وعشرون ذراعاً، ولا ينافي ذلك الزيادة فيما لو كانت كلا البئرين بئر معطن، كما تضمنه حديثا السكوني ومسمع.

على أن ضعف سند الحديث وعدم ظهور القائل بمضمونه مانع من رفع اليد به عن النصوص الأول والمعول عليها عند الأصحاب، وفيها المعتبر سنداً. ومثله صحيح حماد بن عثمان: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: حريم البئر

-
- (١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٥.
 - (٢) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ٨ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.
 - (٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٦.
 - (٤) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٧.
 - (٥) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٨.
 - (٦) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٩.
 - (٧) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٢.

العادية أربعون ذراعاً حولها»^(١) حيث يكون مقتضاه أن ما بين البئر ثمانون ذراعاً لا أربعين. فإنه أجنبي عما نحن فيه، لأن البئر العادية هي البئر القديمة نسبة إلى عاد، وهي لا تكون بئر معطن ولا ناضح، بل بئر عامة لكل الناس.

نعم في معتبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: يكون بين البئرين إذا كانت أرضاً صلبة خمسمائة ذراع، وإن كانت أرضاً رخوة فألف ذراع»^(٢).

وهو معارض لنصوص المقام، لعدم الاقتصار في حديثي السكوني ومسمع على بيان حريم البئر، ليتمكن الجمع بينها وبينه، بحملها على حريمه من حيثية عدم مزاحمة الغير له بإشغال المكان بما يزاحمه، وإن لزم التباعد بين البئرين بالمقدار الذي تضمنه المعتبر، بل تضمنت بيان حد الفاصل بين البئرين بما لا يناسب الحد المذكور فيه.

كما يتعذر الجمع بينها وبينه بالتخصيص بحمله على غير بئر المعطن والناضح، لأن الاستفادة منه عرفاً أن منشأ التحديد فيه تأثير إحدى البئرين على الأخرى، ومن البعيد جداً خصوصية بئر المعطن والناضح في إلغاء الجهة المذكورة. مع وضوح قيام السيرة على عدم مراعاة الحد المذكور فيه في بقية الآبار، خصوصاً مع شيوع تقارب الآبار في البيوت الصغيرة المتقاربة. ومثله الجمع بينها وبينه بالحمل على الاستحباب، لعدم قضاء العرف به مع الاختلاف الشاسع بين الحدين.

ومن هنا يتعين العمل بنصوص المقام، لظهور اشتهاار الفتوى بمضمونها واعتمادهم عليها، وعدم ظهور عامل به في المقام. بل لم يذكروه في نصوصه، وإنما يأتي منهم حملة على تحديد ما بين العينين. ويأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

هذا وقد نسب الحكم المذكور للمشهور في المختلف وغيره. وقد نبه في المختلف إلى ما ذكره ابن الجنيد، حيث قال: «ولو كان بقرب المكان الذي يريد الحافر حفر البئر

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٣.

فيه بئر عادية محفورة قبل الإسلام وماؤها نابع يمكن شربه بالترشح له فقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: حریم البئر إذا كانت حفرت في الجاهلية خمسون ذراعاً، وإن كانت حفرت في أول الإسلام فحریمها خمس وعشرون ذراعاً».

لكن لم يتضح كونه خلافاً فيما نحن فيه. والنبوي الذي ذكره لم يتضح لنا مصدره ولا طريقه.

وفي المسالك: «وبسبب اختلاف الروايات وعدم صحتها جعل بعضهم حریم البئر ما يحتاج إليه في السقي منها وموضع وقوف النرح والدولاب ومتردد البهائم ومصب الماء، والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض وغيره، والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العادة». وقد يظهر منه الميل إليه، وقد نسب لروضة الطالبين. وقريب منه ما ذكره بعض مشايخنا رحمهم الله.

ويظهر ضعفه مما سبق من اعتبار سند بعض نصوص المقام وعمل الأصحاب به وإمكان الجمع بينه وبين غيره من النصوص. ويأتي إن شاء الله تعالى في ذيل الكلام في حریم العين ما ينفع في المقام.

نعم المصرح به في كلام جمع كثير أو المنصرف من كلماتهم كون الحریم المذكور للبئر من جميع جهاتها، بنحو قد يلزم منه كون ما بين بئري المعطن ثمانين ذراعاً.

وهو خلاف صريح أحاديث السكوني والجعفریات ومسمع التي هي الدليل لهم. ولم أعر عاجلاً على من أفتى بمضمونها إلا في النهاية والسرائر والغنية في كلامه المتقدم وحينئذ لا دلالة فيهما على تحديد الحریم من غير جهة البئر الأخرى. ولا يبعد فهم العرف منها كون حده نصف المسافة المذكورة. ولا أقل من كون مقتضى الأصل عدم الزيادة عليه.

وكيف كان فيتعين العمل على مفاد هذه النصوص بعد اعتبار بعضها وعدم هجر الأصحاب لها، بل ظهور اعتمادهم عليها، وإن أغفلوا مدلولها أو أوهمت كلماتهم الخروج عنه. ولا مجال لدعوى انجبار دلالتها على ما يظهر منهم بعملهم، لعدم وجه

والناضح (١) ستون (٢). وحریم العین فی الرخوة ألف، وفي الصلبة

متعقل لذلك.

نعم قد یناسب ما ینظر منهم مرسل الفقیه المتقدم، بل هو صریح النبوی العامی: «من احتفر بئراً فله أربعون ذراعاً حولها لعطن ماشيته»^(١). لكن لا مجال للخروج بهما عن النصوص المتقدمة بعد ظهور اعتماد الاصحاح علیها، لا علی الأخيرین، خصوصاً بعد جریهم علی النصوص المذكورة فی بئر الناضح، وعدم تعرض الأخيرین له.

(١) البعیر الناضح الذی یستقی علیه، فیکون المراد فی المقام البئر الذی یستقی منه من دون أن یکون مجمعاً للحووانات الذی تستقی منه فی مقابل بئر المعطن المتقدم. (٢) كما صرح به جمهور الأصحاب علی نحو ما تقدم فی بئر المعطن وینحصر دلیله بموثق السکونی وخبر مسمع ومعتبر الجعفریات المتقدمة. ویجری ما سبق من مخالفة ذلك لمعتبر عقبة بن خالد، ومخالفة الأصحاب (رضوان الله تعالی علیهم) لما فهموه من الحدیثین.

هذا وقد أطلق فی الخلاف أن حریم البئر أربعون مستدلاً بإجماع الطائفة وأخبارها. وفي المبسوط: «وقد روى أصحابنا أن حدي بئر الناضح أربعون ذراعاً، وروي ستون ذراعاً... وقول النبي ﷺ: حد البئر أربعون ذراعاً يوافق ما قلناه». ثم نفى الخلاف فی الحد الذی ذكره، وفي المهذب: «وروى أصحابنا أن حد بئر الناضح أربعون ذراعاً. ووردت الرواية عن النبي ﷺ بما يوافق ذلك...» ثم ذكر ما یناسب الفتوی به.

لكن لم نعثر فی روايات أصحابنا علی ما یتضمن الأربعین فی بئر الناضح، بل لیس إلا بعض المطلقات المتقدمة الذی لو كانت معتبرة فی نفسها لزم الخروج عنها فی بئر الناضح بالنصوص السابقة.

(١) كثر العرفان ج: ٣ ص: ٥٧٥.

خمسائة (١)

هذا وفي المختلف: «وقال ابن الجنيدي: ولو كان البلاد مما لا يسقى الماء فيه إلا بالناضح كان حريم البئر قدر عمقها ممرّاً للناضح. وقد جاء في الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن حريم بئر الناضح ستون ذراعاً. قال: وقد يحتمل ذلك قدر عمق الآبار في تلك البلاد التي حكم بذلك فيها. ولا بأس بقول ابن الجنيدي وتأويله». وهو كما ترى خال عن الدليل، ومخالف لظاهر تلك النصوص، كما لا يناسب كلامه المتقدم في بئر المعطن.

بل هو مخالف لصريح أحاديث السكوني ومسمع والجعفریات للتفريق فيها بين بئر المعطن وبئر الناضح، مع عدم فرض الاختلاف بينهما في العمق. فلا مخرج عما سبق.

نعم لا يبعد كون مراده ما إذا كان الاستقاء من البئر وإخراج الماء منها بحبل يسحبه الحيوان ماشياً على سطح الأرض، حيث يحتاج الاستقاء منها قطع الحيوان مسافة تعادل عمقها. ولا يبعد هنا ثبوت الحريم للبئر في الجهة التي يتجه لها الحيوان بالقدر المذكور. ولا يختص ذلك بما بين البئرين، بل يجري في كل مزاحم يمنع الحيوان من الانطلاق حين سحبه للماء.

لكن الدليل على ذلك ليس هو النصوص المذكورة بل ما سبق في حريم كل عامر من أن لكل عامر حريمه المناسب للحاجة فيه.

(١) كما صرح بذلك جمهور الأصحاب. وتقدم من الغنية نفي الخلاف فيه، وظاهر التذكرة وصريح جامع المقاصد الإجماع عليه.

وقد استدل على التفصيل المذكور بمعتبر عقبة بن خالد المتقدم المتضمن للتفصيل المذكور في البئر بعد حمل البئر فيه على العين، كما يشهد به ما عن ابن الجنيدي: «وروي عن رسول الله أنه يكون بين العينين في الأرض الرخوة ألف ذراع في العرض،

ولو كان ضرر بذلك فالاحوط إن لم يكن أقوى اجتنابه (١)

وفي الأرض الصلبة خمسمائة^(١).

وبها يخرج عن إطلاق احاديث السكوني ومسمع والجعفریات المتقدمة، والمتضمنة للتحديد بخمسمائة ذراع، وإطلاق قول أبي عبد الله عليه السلام في مرسل محمد بن حفص: «يكون بين العينين ألف ذراع»^(٢).

لكن حمل البئر في معتبر عقبة بن خالد على العين لينهض بتقييد حديثي السكوني ومسمع، أو يكون شاهد جمع بينهما وبين مرسل محمد بن حفص لا يخلو عن إشكال. إذ البئر عرفاً غير العين.

ومجرد عدم إمكان العمل بالحد المذكور فيه في البئر لمخالفته للنص الذي عليه والفتوى، لا يتضح كفايته في القرينية على حمل البئر فيه على العين. فلم يبق إلا مرسل ابن الجنيد، ولم يذكره غيره، فضلاً عن أن يظهر منهم العمل به لينجر ضعفه.

ولا سيما مع ما في الخلاف من إطلاق أن حد العين خمسمائة ذراع مستدلاً عليه بإجماع الفرقة وأخبارهم التي ذكرها في التهذيب، مع أنه لم يذكر فيه ما تضمن الإطلاق المذكور غير حديثي السكوني ومسمع، حيث يظهر منه العمل بإطلاقهما. نعم هو لا يناسب ما في المبسوط والمهذب من نسبة التفصيل المذكور للرواية. ومن ثم لا يخلو الأمر عن إشكال. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) فعن ابن الجنيد بعد أن ذكر الحديثين السابقين بنحو يظهر منه العمل بهما: «وقد يجوز أن يكون هذان الحدان من الأغلب بهما زوال الضرر عن العينين جميعاً، فإن استيقن الضرر بالعين المستحدثة على ماء العين القديمة لم يطلق له الحفر. فإن حفر فتبين الضرر بذلك فعموم قول النبي صلی الله علیه وآله وسلم: لا ضرر ولا ضرار حاضر خاطر إقرار الثاني المحدث للضرر على الأول على إضراره به وموجب إزالة الضرر عنه».

(١) مختلف الشيعة ج: ٦: ص: ٢٠٧.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧: باب: ١٣ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.

وفي المختلف أنه جيد، وفي المسالك أنه أظهر، وعن الكفاية أنه قريب، وعن المفاتيح اعتماده.

لكن لا مجال للاستدلال بإطلاق نفي الضرر. لظهور نصوص التحديد في ملاحظة الضرر، وجعل الضابط في مانعيته.

نعم في صحيح محمد بن الحسين: «كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل كانت له قناة في قرية، فأراد رجل أن يحفر قناة أخرى إلى قرية له، كم يكون بينهما في البعد حتى لا تضر إحداهما بالأخرى في الأرض إذا كانت صلبة أو رخوة؟ فوقع عليه السلام: على حسب أن لا تضر إحداهما بالأخرى إن شاء الله تعالى». ورواه الصدوق والشيخ باسنادهما عن محمد بن علي بن محبوب بتفاوت يسير قال: «كتب رجل إلى الفقيه...»^(١) وفي معتبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل أتى جبلاً، فشق فيه قناة [جرى ماؤها. ثم إن رجلاً أتى ذلك الجبل فشق منه قناة أخرى. فذهبت الآخر بهاء قناة الأول [قناة الأخرى بهاء قناة الأولى. كافي. قناة الآخر بهاء قناة الأول. فقيه] قال: فقال: يتقاسمان [يتقايسان] بحقائب [بعقائب. وافي] البئر ليلة ليلة، فينظر أيتهما أضرت بصاحبتهما. فإن رأيت الأخيرة أضرت بالأولى فلتعور»^(٢) وقريب منه معتبره الآخر^(٣).

وإذا كان الأخيران محتملين للحمل على ما إذا كان الفاصل دون الحد المتقدم، فلا مجال لذلك في الصحيح، لأن التعرض في السؤال فيه عن البعد بين العينين في الأرض الصلبة والرخوة، ثم إهمال ذلك في الجواب وجعل المعيار على الضرر، كالصريح في انحصار الأمر بالضرر وعدم التعويل على الحد في البعد.

ومن هنا لا يبعد الجمع بين النصوص السابقة المتضمنة للتحديد بالمسافة وهذه النصوص بحمل التحديد بالمسافة في تلك النصوص على الحد الظاهري بلحاظ

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٤ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٦ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٦ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٣.

الغلبة، المستلزم لسقوط الحد المذكور عند ظهور الحال من تحقق الإضرار وعدمه، فيجوز تجاوز الحد المتقدم مع العلم بعدم الإضرار بالعين السابقة، ولا تكفي مراعاته مع ظهور الإضرار بها.

وقد أشار إلى ذلك في الجواهر، لكنه قال: « إن لم يكن ذلك إحداه قول على وجه يكون مخالفاً للإجماع ».

لكن لم يتضح نهوض الإجماع المدعى بالمنع من مقتضى الجمع بين النصوص بعد ظهور اعتماد بعض أهل الحديث على هذه النصوص في الجملة، لروايتهم لها في الباب المناسب، وبعد رجوع كلام ابن الجنيدي إلى مقتضى هذا الجمع، وقد استحسنته من استحسنته.

بقي شيء. وهو أن الجمع المذكور يختص بالعينين. أما البئر فلا موجب فيهما للخروج عن ظاهر التحديد المتقدم بعد اختصاص النصوص السابقة بالعينين، لأن العين هي التي يجري ماؤها في القناة على وجه الأرض، ولا يكون ذلك في البئر، بل يركد ماؤها في قعرها. ولا مجال للإلغاء خصوصية العين، لعدم وضوح فهم العرف للعموم بعد الاختلاف الشاسع بين العين والبئر في منبع الماء.

اللهم إلا أن يقال: التحديد المتقدم في البئر ليس كالتحديد المتقدم في العين ناظراً لتجنب الإضرار بالماء، بل هو ناظر لتحديد الحاجة للانتفاع بها في ظاهر الأرض. ولعل عدم التحديد فيها من حيثية الإضرار لغلبة عدمه بسبب استقرار ماء البئر في باطن الأرض وعدم فورانه وسيحبه على ظاهرها. فإذا فرض حصول الإضرار بوجه معتد به فإن لم يفهم وجوب تجنبه من نصوص العين الأخيرة المتقدمة، بإلغاء خصوصية مواردها، فلا أقل من كونه مقتضى عموم قاعدة نفي الضرر بعد عدم نهوض التحديد المتقدمة في البئر بالخروج عنه، لما ذكرنا من عدم نظرها لهذه الجهة.

بقي في المقام بعض أفراد الحريم ذكرها الأصحاب، ولم يتعرض لها سيدنا

المصنف قَدَسَ سَمُوهُ:

(منها): حریم النهر. قال في المبسوط: «وأما إذا حفر بئراً أو شق نهرًا أو ساقية، فإنه يملك حریمها حسب مرسومناه فيما مضى. وجملة أنه ما لا بد منه في استيفاء الماء ومطرح الطين إذا نصب الماء وكريت الساقية والنهر، ويكون ذلك على حسب الحاجة قل أو كثر». ونحوه في المهذب.

ويظهر الوجه فيه مما سبق في وجه احترام الحریم وعدم جواز إحيائه. والتحديد في بئر الناضح والمعطن يقتصر فيه على مورده، ويرجع في غيره من الآبار والشرب إلى ما يحكم به العرف، وهو مقدار الحاجة نوعاً، بحيث يعد المتجاوز عليه متعدياً عرفاً على من حق شأنه الانتفاع به.

نعم تقدم في صحيح حماد بن عثمان أن حریم البئر العادية أربعون ذراعاً، ويتعين العمل عليه في مورده بعد عدم ظهور هجره، كما تقدم في خبر وهب والمرسل أن حریم البئر لا يكون أقل من خمسة وعشرين ذراعاً. لكن ضعفهما وعدم ظهور عمل الاصحاب بهما، بل هجرهم لهما مانع من الخروج بهما عما سبق.

هذا وفي الشرايع: «وحریم النهر بمقدار مطرح ترابه والمجاز على حافته»، ونحوه في التذكرة والقواعد والتحرير والإرشاد والدروس وغيرها.

وفي مفتاح الكرامة أن هذا راجع لما سبق من المبسوط. وهو غير ظاهر حيث اكتفى في المبسوط بما لا بد منه في استيفاء الماء، كالممر للأمر المذكورة في كلامه ومقدار ما يحتاجه الاستقاء من المساحة. أما هذا فقد تضمن المجاز على حافتي النهر، وهو ظاهر في الطريق الموازي للحافتين معاً.

وقد يناسبه مرفوع إبراهيم بن هاشم: «حریم النهر حافته وما يليها»^(١). لظهوره في عموم الحریم لما وراء الحافة، وحيث لا يراد به جميع ما يليها تعين حمله على مقدار المجاز، وهو الطريق، ويكون تحديده تابعاً لحد الطريق المتقدم في أول المسألة.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٦ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٤.

لكن في نهوضه بالاستدلال إشكال، لضعفه في نفسه، وعدم وضوح انجباره بعمل الأصحاب، لعدم تعرض القدماء لذلك مع شدة الحاجة لبيانه.

ولا سيما أن مقتضاه العموم للنهر المباح، كدجلة والفرات مع عدم جري الناس على ذلك، لشيوع بناء البيوت وإنشاء المزارع على حافتيها، خصوصاً مع تعرضها لانحراف مجراها.

على أن ما ذكرناه في وجه دلالته وإن كان قريباً، إلا أنه لم يتضح فهم الفاضلين ومن تبعهما ذلك منه، واعتمادهم عليه ليكون ذلك عملاً منهم به، خصوصاً بلحاظ ما ذكرنا من عمومته للأبصار المباحة، وما سبق من مفتاح الكرامة. فلاحظ (ومنها): حريم الشجر. قال في التذكرة: « حريم الشجر ما تبرز أغصانه إليه أو تسري عروقه إليه ». ولم أعثر عاجلاً على من ذكره غيره.

ويتجه الأول الذي هو منضبط نوعاً في الشجر الذي من شأنه الاستغلال به وفيما لو كان التصرف مانعاً من امتداد أغصان الشجرة بنحو يضر بنموها. وقد يستأنس له بموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: « قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في رجل باع نخلاً واستثنى غلة نخلات [واستثنى عليه نخلة. في . يب] فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدخل إليها والمخرج منها ومدى جرائدها»^(١).

نعم تقدم في المسألة الثالثة من الفصل السادس من كتاب البيع قصره على خصوص النخلة، والرجوع في غيرها من الشجر إلى ما يتفقان عليه. ومن ثم لا ينهض بالاستدلال ولو بضميمة فهم عدم الخصوصية، وغايته التأييد.

وأما الثاني فلا مجال للبناء عليه، لعدم الدليل عليه، وتعذر الاطلاع عليه نوعاً، وعدم انضباطه، ليتمكن دعوى بناء العرف عليه ولعله لذا اقتصر في التحرير على الأول.

غاية الأمر أنه لا يجوز لمن يحمي الأرض القريبة منه قطعه - ولو مع عدم

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٣ من أبواب كتاب أحكام العقود حديث: ٢.

الإضرار بالشجرة التي سبق عليه غرسها، فضلاً عما إذا أضر بها - إلا بإذن صاحبها. نعم قد يحمل كلام التذكرة على الزرع الذي تنبسط عروقه وثمره على وجه الأرض، كبعض الخضروات مثل اليقطين والبطيخ. فيكون قريباً جداً، لقرب بناء العرف عليه.

لكن حملة على ذلك لا يخلو عن بعد، لعدم وضوح صدق الشجر عليه عرفاً. كما يتم ذلك في بعض المزروعات المستحدثة في بلادنا التي يكون ثمرها مع عروقتها تحت الأرض كالبطاطا.

هذا وينبغي أن يجعل من حريم الشجر الممر إليه، فإنه حريم لكل مملوك من شأنه المرور إليه، كما لعله ظاهر

(ومنها): حريم الدار. قال في الدروس: «فحريم الدار مطرح تراها وكناستها ومصب مياهها وثلوجها ومسلك الدخول والخروج إليها ومنها في صوب الباب» ومثله أو قريب منه في القواعد والتذكرة والتحرير واللمعتين وجامع المقاصد وغيرها. وفي المسالك: «هذا القول هو المشهور، بل كثير منهم لم يذكر فيه خلافاً. لأن ذلك مما تحتاج إليه الدار عادة» ومقتضى نسبه في الشرايع للقليل التردد فيه. وقد يظهر ذلك من المسالك، بل نسب فيه لبعضهم المنع منه.

هذا ولا إشكال في كون مسلك الدخول والخروج حريماً، لضرورة الدار له. وحينئذ إن كان هو الطريق النافذ فقدره مع التشاح ما سبق في أول المسألة، بل لا يبعد ذلك في الطريق غير النافذ، لإطلاق النصوص السابقة.

وأما مطرح التراب وغيره فلم يتضح الوجه في كونه حريماً، لتعارف طرح ذلك موقتاً في الطرق، ثم رفعه إذا كثر بنحو يضر بالطريق. وتعارف بناء الدور في المدن بعضها متصل ببعض من دون فصل بينها بما يكون مطرحاً للأمر المذكورة.

نعم لو عزل صاحب الدار مكاناً لهذه الأمور وأحياه ببناء سور له ونحوه ملكه. كما أنه لو استمر على استعماله عرفاً من دون إحياء له لم يملكه، إلا أنه لا يحل

لغيره مزاحمته فيه ومنعه بإحياء موضعه، لأن السابق إلى المباح أحق بالانتفاع به، ولا يجوز منعه. كما لو شق في المقام مجرى للمياه المستعملة بجانب داره من أجل تصريفها وإيصالها للمجرى الرئيسي أو للطريق العام.

(ومنها): حریم الحائط. قال في القواعد: « وحریم الحائط في المباح مقدار مطرح ترابه لو استهدم». وقد ذكره كل من تقدم في سابقه حتى الشرايع والمسالك عدا الدروس.

وظاهرهم بل صريح بعضهم تعليله بالحاجة عند الاستهدام. وظاهر التعليل المذكور إرادة الجدار من الحائط، لا البستان، لأن تراب البستان ونفاياته لا تختص بحال الاستهدام. نعم هو يعم الجدار الذي تحوط به البستان. وفي المسالك: « خص التراب بالذكر نظراً إلى كون الحائط يكون منه غالباً، وإلا فالمعتبر مطرح آلاته من حجر وتراب وغيرهما».

لكن الاستهدام حالة طارئة لا تبني على الاستمرار ليعزل للحاجة لها مكان خاص. كما أن السيرة في بناء البيوت وغيرها مما يحتاج إلى حائط على ضم بعضها إلى بعض من دون تفريق بينها لأجل ذلك، نظير ما تقدم في سابقه. ومن هنا لا مجال للبناء على ثبوت الحریم المذكور.

(ومنها): حریم المزرعة قال بعض مشايخنا رحمهم الله: «حریم المزرعة ما يتوقف عليه الانتفاع بها ويكون من مرافقها، كمسالك الدخول إليها والخروج منها، ومحل بيادرها وحظائرهما ومجتمع سهادها ونحو ذلك».

ولا ينبغي الأشكال في كون الطريق إليها حريباً لها، كما في كل ما يحتاج إلى ذلك. أما الباقي فلا يتضح كونه حريباً لها إذا كان خارجاً عنها، إلا بإحيائه ببناء سور له ونحوه، فيكون مملوكاً بالإحياء. نعم إذا كان جزءاً منها عرفاً كان محبباً عرفاً بإحيائها، فيكون مملوكاً معها، نظير ساحة الدار التي هي جزء من الدار محياة بإحيائها وإن لم يكن فيها بناء يخصها.

ويحبس النهر للأعلى إلى الكعب في النخل (١)،

هذا ما تيسر لنا التعرض له من أقسام الحریم في كلماتهم.
بقي شيء. وهو أنه لو استغني عن الحریم، كما لو ترك أهل القرية طريقاً
لاستغنائهم عنه بغيره، أو مرعى إبلهم لتركهم النقل عليها أو نحو ذلك، فالظاهر
رجوع حكم الموات له في جواز تملكه لكل أحد بالإحياء.
عملاً بعموم أدلة الإحياء بعد ارتفاع المانع منه، وفرض كون الأرض مواتاً،
وبعد ماسبق من عدم ملك الحریم لملك ذي الحریم، ولا اختصاصه به اختصاص
الوقف بالموقوف عليهم.

نعم لو كانت محياة عرفاً - كالمنتزهات المزروعة بعمل عامل - فان ماتت بسبب
هجرها جاز تملكها بالإحياء أيضاً. لما يأتي عند الكلام في الإحياء من جواز إحياء
الأرض العامرة إذا ماتت بسبب ترك أهلها لها.

وإن بقيت على إحيائها، فان كانت لشخص أو أشخاص خاصين فهي ملكهم،
وإن كانت لجهة عامة - كالقرية والمدينة - لم يبعد أن يجري عليها حكم الصدقة العامة
على أهل تلك الجهة، لأنها ليس مملوكة للموجودين منهم بأشخاصهم، ليرجع إليهم
في التصرف بها، بل هي مخصصة لأهل تلك الجهة ما تعاقبوا وتكاثروا، فيجوز الانتفاع
بها في جهة تنفعهم كذلك.

ويتعين حينئذ مراجعة الحاكم الشرعي في اختيار ما ينفعهم، لعدم وضوح
إطلاق السلطنة عليها لكل أحد ولا للموجودين بأشخاصهم بعد عدم ملكهم لها.
غاية الأمر أنه يتعين على الحاكم الشرعي الاحتياط بالتعاون مع الموجودين في ذلك،
لاحتتمال ولايتهم. لكن الظاهر خروج ذلك عن محل الكلام، وهو الحریم، ودخوله
في المملوك ونحوه. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما هو ظاهر النهاية وصريح النافع والجامع. لصحيح غياث بن إبراهيم
- بناء على ما هو الظاهر من أنه غير البتري - عن أبي عبد الله عليه السلام: «قضى رسول

الله صلی اللہ علیہ وسلم في سيل وادي مهزور أن يجبس الأعلى على الأسفل للنخل إلى الكعبين والزرع إلى الشراكين^(١). وقريب منه معتبره^(٢) وموثق حفص بن غياث^(٣) ومعتبر عقبة بن خالد عنه عليه السلام قال: «قضى رسول الله صلی اللہ علیہ وسلم في شرب النخيل بالسيل أن الأعلى يشرب قبل الأسفل يترك من الماء إلى الكعبين، ثم يسرح الماء إلى الأسفل الذي يليه، وكذلك حتى ينقضي الحوائط ويفنى الماء»^(٤).

هذا وظاهر السرائر والتذكرة أن الماء يجبس للشجرة إلى القدم، وللنخل إلى الساق، وهو صريح الشرايع والقواعد والإرشاد والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك. وفي الأخيرين والتذكرة وعن الكفاية والمفاتيح أنه المشهور، وفي الرياض نسبه للأكثر.

واستدل عليه بمرسلة المبسوط والسرائر: «وروى أصحابنا أن الأعلى يجبس إلى الساق للنخل، وللشجر إلى القدم، وللزرع إلى الشراك»^(٥). وفي الفقيه بعد أن ذكر حديث غياث: «وفي خبر آخر: للزرع إلى الشراكين والنخل إلى الساقين. وهذا على حسب قوة الوادي وضعفه»^(٦). وفي الغنية: «وقضى رسول الله صلی اللہ علیہ وسلم أن الاقرب إلى الوادي يجبس الماء للنخل إلى أن يبلغ في أرضه إلى أول الساق، وللزرع إلى أن يبلغ إلى الشراك ثم يرسله إلى من يليه...»^(٧).

لكن ظاهر المبسوط أن مضمون المرسل هو الحد الذي يختص روايته بالأصحاب من دون أن تكون لهم رواية غيره في قبال ما رواه العامة، مع أن الذي رواه الأصحاب ومنهم هو هوئنه في التهذيب هو النصوص السابقة، وليس في

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٨ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٨ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٨ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٤.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٨ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٥.

(٥) المبسوط ج: ٣ ص: ٢٨٤. السرائر ج: ٢ ص: ٣٨٥.

(٦) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٨ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٢.

(٧) غنية النزوع ص: ٢٩٥.

رواياتهم للمرسل من أثر.

مضافاً إلى أنه بعد أن ذكر روايات العامة والمرسل الذي نسبه للخاصة قال: «فإذا ثبت هذا فالأقرب إلى الفوهة يسقي ويحبس الماء عمن دونه، فإذا بلغ إلى الكعبين أرسله إلى جاره، هكذا الأقرب فالأقرب، كلما حبس الماء وبلغ إلى الكعبين أرسله إلى من يليه...».

وهو كما ترى - مع إلغائه للفرق بين أنواع ما يسقى - قد اقتصر في الحد على الكعبين بنحو يظهر منه كون ذلك مقتضى الرواية مع عدم تعرض الرسالة لهما، بل هما مقتضى النصوص المتقدمة، وهو الظاهر من التذكرة، حيث استدل للمشهور بحديثي غياث وعقبة بن خالد.

ولعله لذا حاول بعضهم إرجاع التحديد بالكعب لتحديد بالساق بلحاظ أن الكعب قبة القدم وأعلى، فإذا وصل الماء له فقد استغرق القدم وانتهى إلى الساق. لكنه - مع عدم خلوه عن الإشكال، بل المنع - لا يناسب تفريقهم بين الشجر والنخل.

ومن هنا لا ينبغي إطالة الكلام في توجيه ما ينسب للمشهور، ويتعين العمل على مفاد النصوص المتقدمة بعد اعتبار أسانيدها وتعاضدها في نفسها بنحو يطمأن أو يقطع بصدق مضمونها، وعدم ظهور هجر الأصحاب لها، بل ظهور عدمه.

وأما المراسيل فعمدتها مرسل المسوط لأنه الذي يحتمل انجباره بعمل الأصحاب، وقد عرفت الإشكال فيه بلحاظ عدم عمل مرسله به. وأما مرسل الفقيه فصريح مرسله عدم تقديمه على معتبر غياث، بل حاول الجمع بينهما بوجه تبرعي لا شاهد له، فيتعين تقديم معتبر غياث وما وافقه عليه، أو إرجاعه إليها. وأما مرسل الغنية فلا يبعد نقله بالمعنى لبنائه على أن وصول الماء للكعب يستلزم وصوله للساق. هذا ولا يبعد إلحاق الشجر بالنخل في الحد، لأنه أقرب عرفاً من إلحاقه بالزرع، وبه صرح في مفتاح الكرامة. فلاحظ.

وللزراع إلى الشراك (١)، ثم كذلك لمن هو دونه (٢).

(١) يظهر منهم الاتفاق عليه، تبعاً لاتفاق النصوص عليه، حتى المراسيل المتقدمة. نعم سبق من المبسوط جعل الحد الكعب من دون فرق بين المزروع. ولم يتضح وجهه.

(٢) وهو أيضاً مع من دونه يجري على الحد المتقدم، كما يظهر منهم المفروغية عنه، وهو المفهوم من نصوص المقام، بل هو صريح معتبر عقبة بن خالد.

بقي في المقام أمران (الأول): أن منصرف هذه النصوص، بل الظاهر منها، ما إذا جرى الماء من الأعلى إلى الأسفل، والكل في حاجة له، حيث يأخذ الأعلى حاجته منه، ويترك الباقي منه للأسفل، على التفصيل المتقدم. دون ما إذا سبق بعضهم للانتفاع بالماء لحاجته، ثم أراد غيره الانتفاع به قبله، كما لو سبق بعضهم لإحياء أرض على ذلك الماء ثم أراد غيره إحياء أرض أخرى عليه أعلى منها وأقرب إلى فوهة النهر يحتاج معها للماء كذلك. لظهور أكثر نصوص المقام في بيان قضاء النبي صلی اللہ علیہ وسلم في سيل وادي مهزور، وهو سيل يمر بأراض عامرة ذات نخل وزرع.

نعم معتبر عقبة بن خالد مطلق في نفسه. إلا أن من القريب انصرافه لذلك بسبب المرتكزات العقلانية على ثبوت الحق للأسبق، كما يأتي. مضافاً إلى قرب نهوض بقية النصوص ببيان موضوع قضائه صلی اللہ علیہ وسلم وأنه وادي مهزور. فلاحظ.

وعلى ذلك فالظاهر أولوية السابق، كما في المبسوط والتذكرة والقواعد والتحرير وجامع المقاصد وغيرها. لأن الماء يكون من مرافق أرضه التي يتوقف عليه صلاحها، فيثبت له الحق فيه عرفاً، كسائر حريمها، فلا يجوز مزاحمته فيه. وتردد في ذلك في الشرايع. والظاهر أنه في غير محله، لما سبق.

ويجري ذلك في غير الماء السائح الذي يعبر على الأراضي المحيية، كما في النهر المنخفض عن الأراضي الذي يحتاج الاستقاء منه لآلة، وماء البئر وماء الغدران. فإنه إذا كان بقدر حاجة جماعة خاصة قد سبقت إليه لاستقائهم منه أو سقي ماشيتهم أو

زروعهم، فالظاهر عدم جواز مزاحمة غيرهم لهم بنحو يضر بهم.
وقد ذكروا أنه إذا كان الماء شحيحاً قدم السابق إليه بنحو يظهر منهم أن السبق منشأ للأولوية وهو المطابق للمرتكزات العقلائية والمشرعية، فينفع في المقام.
نعم إذا كان الماء بطبعه كثيراً يسع الجميع، ولا يتوقع شحته بحيث لا يكون المتأخر عرفاً مزاحماً لمن سبقه، ثم طراً ما يقتضي شحته فالترجيح بالسبق لا يخلو عن إشكال، لعدم وضوح بناء العقلاء على ذلك. ولا سيما مع غلبة تدرج الناس في قصد الماء الكثير والتجمع عليه مع الغفلة عن الترجيح بالسبق الزماني عند شحته.

(الثاني): أن التقسيم بالوجه الذي تضمنته النصوص إنما هو في مثل السيل الذي يمر على الأراضي العامرة، بحيث تستقي منه بحسب الأعلى له عن الجريان للأسفل، ولا نظر لدليله للقسمة في غير ذلك، كالأنهار القليلة الماء التي يكون الاستقاء منها بالآلة والغدران التي تتجمع نتيجة الأمطار والسيول، والعيون النابضة بنفسها أو التي استنبطها شخص وسبلها والآبار القديمة أو المسبلة ونحو ذلك.
وقد تقدم أنه مع التعاقب في الورود للماء يترجح السابق، ولا يجوز للاحق مزاحمته، بل له الفضل لا غير. أما لو كان ورودهم للماء واحتياجهم له دفعة واحدة عرفاً فإذا كان الماء محصوراً تعين اشتراكهم فيه بالسوية، لاشتراكهم في ثبوت الحق فيه، وقبوله للقسمة.

من دون فرق في ذلك بين وفاء حصة كل منهم بحاجته وعدمه، لعدم دخل الحاجة في الاستحقاق، بل منشؤه السبق المشترك بينهم. غاية الأمر أن لكل منهم أن يستبدل قضاء بعض حاجته بحصته بمصالحة غيره عنها بشيء.

نعم إذا لم يكن بعضهم في مقام الاستقاء من الماء لقلته، لم يكن له مزاحمة الآخرين ولا منعهم، لأن السبق لا يقتضي ملكهم للماء واشتراكهم فيه، ليكون لصاحب الحصة المطالبة بها ومنع الغير منها أو مصالحته عليها، وإنما يملك الماء بالحيازة، ولا يفيد السبق إلا حق الاستقاء لا غير، فإذا لم يكن في مقام إعماله لم يكن له شيء.

وللمالك أن يحمي المرعى (١) في ملكه،

وأما إذا كان جارياً - كالأنهر - فلكل منهم أن يستقي منه بقدر حاجته حتى ينتهي الماء، لأنه سابق للماء الذي يأخذه عرفاً. والظاهر جريان السيرة العملية على ذلك.

وليس للأعلى أن يمنع غيره منه بتغيير مجراه لصالحه أو جعل الحواجز المانعة من جريانه حتى يستوفي هو حاجته، لمنافاة ذلك لإباحة الماء للكل، فهو نظير حمى الكلاء المحرم، والسبق إليه إنما يكون بالاستقاء منه لا غير. وأما ما تقدم من تقديم الأعلى في السيل فهو مختص بمورده، كما سبق، ولا مجال للتعدي منه للمقام.

هذا ما وسعنا من الكلام حسب ما ظهر لنا بعد الرجوع للمرتكزات، ولا يسعنا تعقيب كلماتهم في المقام. ويأتي من سيدنا المصنف عليه السلام التعرض لبعض أحكام المياه. كما يأتي منا إن شاء الله تعالى في ذيل كتاب إحياء الموات جملة من الفروع المتعلقة بها. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) بلا إشكال ظاهر. والظاهر عدم الخلاف فيه. لقاعدة السلطنة، ولعقبري محمد بن عبد الله وإدريس بن زيد وموثق الفضل المتقدمة في أول المسألة، ومرسل يونس عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل المسلم تكون له الضيعة فيها جبل [جل] مما يباع يأتيه أخوه المسلم وله غنم قد احتاج إلى جبل [جل]، يحل له أن يبيعه الجبل [الجل] كما يبيع من غيره أو يمنعه من الجبل [الجل] إن طلبه بغير ثمن. وكيف حاله فيه وما يأخذ؟ فقال: لا يجوز له بيع جبله [جله] من أخيه، لأن الجبل [الجل] ليس له...»^(١). فإن مقتضى التعليل فيه بأنه ليس له جواز البيع والمنع بلا ثمن إذا كان له. ويستفاد ذلك من غيرها.

وبذلك يخرج عما دل على أن المسلمين شركاء في الكلاء، كمعتبر محمد بن سنان عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن ماء الوادي، فقال: إن المسلمين شركاء في الماء

(١) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٢٢ من أبواب كتاب عقد البيع وشروطه حديث: ٢.

وللامام مطلقاً (١). وليس لصاحب النهر تحويله إلا بإذن صاحب الرحي

والنار والكلاء»^(١). فيحمل على غير المملوك من المباح الأصلي، ردعاً عما كان معروفاً في الجاهلية وحصل في الإسلام من حمي بعض أهل العزة أو السلطان الكلاء المباح لنفسه أو خاصته.

كما يناسبه أيضاً النصوص الدالة على جواز بيع الماء المملوك^(٢). حيث تدل على قصور عموم التشريك المتقدم عن المملوك. ولذا ذكر جمهور الأصحاب جواز بيع الماء المملوك.

نعم صرح غير واحد بكراهته. وكأنه للجمع بين ما دل على الجواز ومثل موثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النطاف والأربعاء أن يسنى مسناة فيحمل الماء فيسقي به الأرض ثم يستغني عنه. قال: فلا تبعه، ولكن أعره جارك. والنطاف: أن يكون له الشرب، فيستغني عنه يقول: لا تبعه أعره أخاك أو جارك»^(٣). ونحوه غيره^(٤). وسيأتي من سيدنا المصنف التنبيه لذلك.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب، لأن عصمته عندنا وأولويته بالمسلمين من أنفسهم تقتضي عموم سلطنته على ذلك، كالنبي صلى الله عليه وسلم الذي أجمع المسلمون على أنه يجوز له أن يحمي المباح. مضافاً إلى أن الكلاء غير المملوك من الموات الذي هو ملك له عليه السلام، وله أن يفعل في ملكه ما يشاء.

هذا وقد استدل على ذلك في الخلاف بالنبوي: «لا حمى إلا لله ولرسوله ولأئمة المسلمين»^(٥).

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٥ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.

(٢) راجع وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢٤ من أبواب كتاب عقد البيع وشروطه، ج: ١٧ باب: ٧ من أبواب كتاب إحياء الموات.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢٤ من أبواب كتاب عقد البيع وشروطه حديث: ١.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢٤ من أبواب كتاب عقد البيع وشروطه حديث: ٤.

(٥) الخلاف ج: ٣ ص: ٥٢٨.

ونسبه ابن زهرة للعمامة^(١). وقد ذكر غير واحد أن الذي رواه العامة: «لا حمى إلا لله ولرسوله». كما أنه لا وجود للحديث في روايات الخاصة. فالعمدة ما سبق.

هذا وظاهر المتن عدم جواز الحمى لآحاد المسلمين غير النبي صلی اللہ علیہ وسلم والإمام، وبه صرح جمهور الأصحاب، ونفى الخلاف فيه في المبسوط، وادعى الإجماع عليه في المسالك.

واستدل عليه بالنبوي: «لا حمى إلا لله ولرسوله»^(٢). لكنه لم يرد في كتبنا إلا مرسلًا. والظاهر أنه مأخوذ من العامة.

والعمدة فيه - بعد الإجماع - أن المنع مقتضى القاعدة، لعدم الدليل على سلطته على المباح ونفوذ منعه منه، مضافاً إلى ما تقدم من النصوص الظاهرة أو الصريحة في توقف جواز البيع والمنع من دون ثمن على الملك. كما لعله ظاهر.

نعم في خبر موسى بن إبراهيم عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن بيع الكلاء المرعى. فقال: لا بأس به. قد حمى رسول الله النقيع لخیل المسلمين»^(٣).

وقد يظهر منه العموم للمباح بقريئة الاستشهاد بحمي النقيع، ويستفاد من جواز البيع جواز الحمي، لظهور التلازم بينهما، كما يظهر من الخبر أيضاً.

لكن ذلك ليس بأولى من حمله على خصوص المملوك، الذي هو موضوع للسلطنة، ليناسب الاستشهاد بحمي النبي صلی اللہ علیہ وسلم النقيع، الذي هو تحت سلطنته، بل ملك له، بخلاف الأول، حيث يستلزم عدم مناسبة التعليل للحكم المعلل، للفرق بين النبي صلی اللہ علیہ وسلم وغيره بسلطنته صلی اللہ علیہ وسلم على المباح دون غيره. ولا أقل من العموم القابل للتخصيص. على أنه لا مجال للخروج به عن النصوص السابقة المعتضدة بالإجماع.

(١) غنية النزوع ص: ٢٩٤.

(٢) المبسوط ج: ٣ ص: ٢٧٠.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٩ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٣.

المنصوبة عليه بإذنه (١). وكذا غير الرحي أيضاً من الأشجار

(١) قال في النهاية: «وإذا كان للإنسان رحي على نهر والنهر لغيره وأراد صاحب النهر أن يسوق الماء في نهر آخر إلى القرية لم يكن له ذلك إلا برضا صاحب الرحي وموافقته» ونحوه في النافع وعن المفاتيح. وقد يستفاد من عدم السكوت عنه والتعليق عليه في كشف الرموز والمهذب البارع والتنقيح. ويشهد به صحيح محمد بن الحسين: «كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل كانت له رحي على نهر قرية والقرية لرجل، فأراد صاحب القرية أن يسوق إلى قريته الماء في غير هذا النهر ويعطل هذه الرحي، أله ذلك أم لا؟ فوقع عليه السلام: يتقي الله ويعمل بالمعروف ولا يضر أخاه المؤمن». ورواه الشيخ قده بإسناده عن محمد بن علي بن محبوب. قال: «كتب رجل إلى الفقيه...» وذكر مثله^(١).

وخصه في السرائر بما إذا كان وجود الرحي على النهر بأمر حق واجب وعليه جرى في نكت النهاية وفي الرياض والجواهر. وقد يرجع إليه ما في التذكرة من قصره على ما إذا كان على النهر رحي بحق ملك.

وقد استدل عليه في الرياض والجواهر بأن الإطلاق إنما يتم بناء على تقديم قاعدة نفي الضرر على قاعدة السلطنة على الملك. أما بناء على ما هو الظاهر من تقديم قاعدة السلطنة فلا بد من قصره على ما إذا كان وضع الرحي على النهر بحق واجب على صاحب النهر بنحو يوجب قصور قاعدة السلطنة في حقه.

وفيه: أن الظاهر تقديم قاعدة نفي الضرر على قاعدة السلطنة، لأنه وإن كان بين القاعدتين عموم من وجه، إلا أن قاعدة نفي الضرر قاعدة ثانوية، فهي حاكمة على قاعدة السلطنة. غاية الأمر أن قاعدة نفي الضرر تقصر عما إذا كان الضرر عن عدوان من المضور يسقط حرمة، كالغاصب الذي يزرع في الأرض المغصوبة، حيث يكون لمالك الأرض قلع زرعه لقاعدة السلطنة بعد قصور قاعدة نفي الضرر بالعدوان.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٥ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١ وذيله.

على أن تقديم قاعدة السلطنة - لو تم - إنما يقتضي التقييد المذكور لو انحصر الأمر بالقاعدة. أما مع ورود الصحيح المتقدم فالمتعين العمل به وإن قصرت القاعدة عن ذلك، لأنه أخص.

أما في نكت النهاية فقد استدل على التقييد المذكور بأن لازم الإطلاق أنه لو استعار صاحب الرحى النهر أو أستأجره مدة معينة فلا يجوز لصاحب النهر تغييره وتعطيل الرحى بعد انقضاء المدة، وحيث لا يمكن البناء على ذلك فلا بد من البناء على التقييد.

وما ذكره وإن كان متيناً إلا أنه إنما يقتضي قصور الحكم عما إذا كان وضع الرحى على النهر عدوانياً، والصحيح ينصرف عن ذلك، لأن عدم التنبيه للعدوان في وضع الرحى ظاهر في عدمه، وإلا كان حقيقاً بالتنبيه، لأنه أدعى للترخيص في تعطيله ارتكازاً.

لكن لا يقتضي الاقتصار على ما إذا كان صاحب الرحى يستحق ذلك بإجارة أو نحوها، كما لعله ظاهر التقييد في كلام من سبق، خصوصاً التذكرة. بل يصعب حمل الصحيح على خصوص ذلك، لأن وضوح عدم جواز مزاحمة صاحب الحق في حقه لا يناسب السؤال عن جواز تعطيل الرحى، ولا تعليل المنع في الجواب بلزوم الإضرار، بل تقتضي تعليله بأنه تعد على حقه.

وإنما يقتضي ما ذكره سيدنا المصنف رحمته من الاكتفاء بالإذن في نصب الرحى بنحو الإطلاق من دون تحديد بوقت خاص، بحيث يقتضي الإقدام على نصبها بنحو الدوام، وترتيب صاحبها أمره ووضعها على النحو المذكور، فيرجع الحكم في الصحيح إلى عدم جواز منع المأذون مما أذن له حينئذٍ، لأن الإذن في المقام اقتضت ترتيب الأثر بالنحو المبني على الدوام، بحيث يكون رفع اليد عنه ونقضه منشأ للضرر على المأذون نوعاً، نظير ما يأتي في مثل وضع الخشبة على حائط الجار، دفعاً لتوهم عموم جواز العدول عن الإذن لمثل ذلك بعد عدم العقد الملزم بالجري على مقتضاه.

المغروسة على حافتيه وغيرها على الأقوى (١). ويكره بيع ما زاد على الشرب

فإن هذا هو المنصرف من الصحيح دون الإطلاق بنحو يشمل ما إذا كان نصب الرحى عدوانياً، أو التقييد بما إذا استحق صاحب الرحى نصبها بإجارة أو نحوها كما سبق.

وما سبق من نكت النهاية لا يأبى ذلك، حيث لا يبعد ظهوره في المفروغية عن عدم جواز نقل النهر وتعطيل الرحى في المدة المعينة للاستعارة، مع مفروغيتهم عن عدم نفوذ شرط العارية، حيث لا ملزم على ذلك للعارية في المدة إلا ابتناء الأمر المعار له على الاستمرار في المدة المذكورة، كما تضمنه الصحيح. وهو مطابق للمرتكزات العرفية في نظائر المقام. وقد يشهد بالجري عليها وإمضائها شرعاً.

ودعوى: أن الصحيح لا يتضمن ملكية صاحب الضيعة للنهر، ومجرد سقي الضيعة به لا يقتضي ملكيته له، حيث قد يكون نهراً مباحاً عاماً يمر بالضيعة فيسقيها من دون أن يستقي منه غيرها، ليمنعه من تحويله، ولا يضر تحويله بغير صاحب الرحى، ولذا سأل عن حكمه معه.

مدفوعة بظهور إضافة النهر للضيعة في ملكية صاحب الضيعة تبعاً لها. وهو المناسب للتعليل في الجواب بالإضرار، وإلا كان الأنسب الجواب بأنه ليس بأولى من صاحب الرحى بالنهر بعد اشتراكهما في الانتفاع به. ولا أقل من العموم للنهر المملوك المستفاد من ترك الاستفصال في الصحيح

هذا ومن القريب جداً حمل الضرر في الصحيح على الضرر النوعي أو على ما يعم منع النفع الذي من شأنه أن يترتب على عمل الرحى، لأن ذلك هو المناسب في الرحى، ولأنه هو العمل بالمعروف عرفاً. ولا سيما مع أخذ الضرر في الصحيح بنحو الإطلاق، لا قييداً وشرطاً في المنع، فتأمل جيداً.

(١) لأن ذلك هو المستفاد من الصحيح عرفاً، لفهم عدم خصوصية الرحى.

مع أن ذلك مقتضى المرتكزات العرفية المشار إليها آنفاً، والتي سبق استفادة إمضائها

من الماء في القنوات والأنهار (١).

من الصحيح. نعم لم أعثر عاجلاً على من تعرض لذلك. ولعله لقلّة المتعرضين لأصل المسألة.

(١) يعني المملوكة، كما تقدم منا التعرض لذلك عند الكلام في جواز بيع حمى المرعى المملوك. لكن صرح في المبسوط بوجوب بذل ما زاد منها عن حاجته - لشربه وشرب ماشيته وسقي زرعه - للغير لشربه وشرب ماشيته، دون سقي زرعه. مستدلاً على ذلك بما رواه الخاصة والعامة من أن الناس شركاء في النار والماء والكلاء^(١). وما تضمن النهي عن بيع فضل الماء^(٢).

وفيه: أن ذلك - لو تم - لا بد من حملة على الكراهة، أو على المباح العام، بقريضة النصوص الصريحة في جواز بيع الماء من العيون ونحوها إذا كانت مملوكة. وقد تقدم بعضها عند الكلام في حمى المرعى المملوك مضافاً إلى عدم وضوح الفرق بين سقي الزرع وغيره.

ومثله ما في الغنية من قصر المنع المذكور ما إذا كانت البئر التي ملك التصرف فيها بالإحياء في البادية. فإنه مضافاً إلى الإشكال بما سبق لا وجه لما تضمنه وجه للتخصيص بالبادية.

اللهم الا أن يستدل عليه بمعتبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: « قال قضى رسول الله صلّى الله عليه وآله بين أهل المدينة في مشارب النخل انه لا يمنع نفع الشيء. وقضى بين أهل البادية أنه لا يمنع فضل ماء ليمنع فضل كلاء فقال: لا ضرر ولا ضرار^(٣). لكن لا بد من حملة على المياه العامة المسبلة من مياه العيون والآبار، دون الخاصة المملوكة، لأن ذلك هو الشايع في البادية. ولا سيما بلحاظ ذيله المتضمن نفى الضرر

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٥ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٧ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٧ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٢.

ويجوز إخراج الرواشن (١) والأجنحة في الطرق النافذة (٢)

والضرار، لأن ذلك إنما يكون بمنع الانسان غيره مما لا يختص به، كالمباح العام، دون منعه لغيره مما يختص هو به، للملكه له بالإحياء. ولا أقل من لزوم حمله على ذلك جمعاً مع نصوص بيع الماء المملوك المشار إليها آنفاً.

ولو فرض عدم وضوح الجمع المذكور فهو معارض لها، والنسبة بينه وبينها العموم من وجه مع تساقطها في مورد الاجتماع، وهو بئر البادية المملوك، فمقتضى قاعدة السلطنة على الماء عدم وجوب بذله.

(١) جمع روشن وقد فسر (تارة) بالكوة (وأخرى): بالرف (وثالثة): بما يخرج من البناء ويجعل تحته عمد في الدرب. لا ينبغي الإشكال في جواز الأول إذا لم يكن فيه تصرف في فضاء الطريق. ومجرد الاستفادة بسببه من هواء الطريق وضيائه ليس تصرفاً فيه عرفاً. وإنما يقع مورداً للكلام فيما إذا اقتضى التصرف في فضاء الطريق، بحيث يكون خارجاً فيه. وكذا المعنى الثاني والثالث.

(٢) كما في الخلاف والسرائر والمهذب والقواعد والمختلف والتحرير والمسالك وغيرها، وظاهر الشرايع المفروغية عن جواز اخراج الرواشن، بل يظهر من الخلاف تقريب إجماع المسلمين على جواز اخراج الاجنحة والساباطات والسقائف.

والوجه فيه - بعد السيرة التي أشار إليها في الخلاف - أن الطريق غير مملوك لأحد، وهو باق على إباحته الأصلية. غاية الأمر أن مقتضى صيرورته طريقاً استحقاق الناس المرور فيه، فمع عدم مزاحمة الرواشن والجناح ونحوهما لحقهم وعدم اضرارها بهم يتعين جواز الانتفاع به في ذلك.

نعم في مرسل المفيد في الإرشاد عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام في حديث طويل أنه قال: « إذا قام القائم عليه السلام سار إلى الكوفة فهدم بها أربعة مساجد، فلم يبقَ مسجد على وجه الأرض له شرف إلاّ هدمها وجعلها جماء، ووسّع الطريق الأعظم، وكسر كلّ جناح خارج في الطريق، وأبطل الكنف والمآزيب إلى الطرقات، ولا يترك

بدعة إلا أزالها ولا سُتة إلا أقامها...»^(١) وقد يظهر منه عدم شرعية إخراج الأجنحة في الطرق.

لكن لو غض النظر عن سنده فاستفادة ذلك منه إن كان بلحاظ قوله عليه السلام: «ولا يترك بدعة إلا أزالها». فهو موقوف على كونه من عطف العام على الخاص، ولا شاهد على ذلك، بل قد يكون من عطف أحد المتباينين على الآخر. وإن كان بلحاظ عمله عجل الله تعالى فرجه، فقد يكون ذلك من الأحكام الخاصة بعهدته عليه السلام، نظير حكمه بحكم آل داود من دون بيته. ولعله هو الحال في غير ذلك مما تضمنه الحديث الشريف. وهو الأنسب بالجمع بين الحديث والسيرة والاجماع فلا مخرج عما سبق. هذا وفي المبسوط أنه إنما يجوز إذا لم يمنعه مانع، فإن منعه مانع وجب عليه قلعه وحكاه في الخلاف عن أبي حنيفة.

ولم يتضح الوجه فيه، لأنه إن كان له الحق في نصبه وإخراجه لم يكن للغير منعه، وإن لم يكن له الحق فيه لم يحل له ذلك حتى لو لم يمنعه مانع. ولا سيما أن موضوع كلامه يعم الطريق العام الذي لا يختص بأحد ليكون له المنع. ولو فرض اختصاصه بمن له الحق في المنع لزم استئذانه قبل إخراجه، ولا يكفي عدم منعه. نعم لو كان الطريق مملوكاً بالأصل فبذله صاحبه ليكون طريقاً للمسلمين تعين استئذانه في ذلك. بل لو تصدق به عليهم وأوقفه ليكون طريقاً لهم لم ينفع استئذانه في الجواز، لخروجه عن ملكه وتعينه بجميع فضائه مهما علا لأن يكون طريقاً لهم.

هذا ومما سبق في وجه إخراج الرواشن والأجنحة في الطريق العام يظهر جواز حفر سرداب تحته إذا أحكم بناء حيطانه وسقفه بحيث لا يضر بالمارة، ولا يكون منظمة للخطر عليهم وإلا كان تعدياً محرماً، لما دل على أن من أضر بطريق المسلمين فهو ضامن^(٢)، لأن الضمان فرع العدوان المحرم. ولأنه خلاف وضع الطريق، لابتنائه

(١) الإرشاد ج: ٢ ص: ٣٨٥. واللفظ له. وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢٠ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.

(٢) راجع وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٩ من أبواب كتاب موجبات الضمان.

ما لم يضر بالمارة (١)، دون المرفوعة (٢)، إلا بإذن أربابها على المشهور.

على المرور فيه بأمان.

بل لو تجدد الضرر أو احتماله لم يبعد وجوب إلغائه، كما لو كان قليل المارة فكثروا، أو كان ممراً للماشين فصار ممراً للراكبين. لعموم ما سبق في وجه حرمة الإضرار بالطريق. ولا سيما أن من شأن الطريق أن تتعاقب عليه الأحوال وتختلف بمرور الزمن، وليس البناء على قصر المرور به على الحال التي أنشئ عليها. فلا حظ.

(١) الظاهر المفروغية عن عدم جوازه حيثئذٍ لمنافاته لحقهم. والمعيار في الإضرار ليس على خصوص مرور الإنسان الماشي، بل على ما يبتني عليه الطريق من حين إنشائه إلى حين إخراج الجناح والروشن، فإذا تعارف مثلاً مرور السيارات ذات الأحمال العالية فيه لزم عدم الإضرار بأحماها، كما صرح به بعضهم. وهو مقتضى إطلاق الآخرين. ويظهر وجهه مما سبق. لعموم ما تقدم في وجه حرمة الإضرار.

(٢) الظاهر أن المراد بها الطرق غير النافذة. وعدم الجواز فيها ظاهر التحريم وصریح القواعد. وكأنه لأنه مشترك بين أصحابه، فلا يجوز لأحد منهم الاستقلال بالتصرف فيه من دون إذن بقيتهم.

وفيه: أن اشتراكهم فيه كاشتراك المسلمين في الطريق العام إن ابتنى على الملك أو الاختصاص لزم المنع في الجميع إلا بإذن أصحابه أو إذن وليهم، مع أنه تقدم منهم الجواز في العام من دون إذن. وإن ابتنى على خصوص حق الاستطراق - كما تقدم - لزم المنع مما ينافيه دون غيره، ومنه المقام.

هذا وظاهر الخلاف والمهذب التفصيل بين ما إذا كان بابه فيه وما إذا لم يكن، فيجوز في الأول دون الثاني. وكأنه لاختصاص الطريق بمن بابه فيه، فلا يجوز لغيره التصرف فيه بدون إذنهم.

وفيه: أن اختصاصهم بالطريق إن رجع إلى ملكهم له توقف جواز تصرف كل منهم فيه بغير الاستطراق - ومنه إخراج الرواشن والأجنحة - على إذن الجميع، مع

والأظهر جواز الأمرين (١) مع كثرة الدور وطول المرفوعة (٢). بل يحتمل الجواز مع عدم الأمرين (٣). وكذا فتح الأبواب (٤). ولو أخرج الروشن في

أن ظاهرهما عدم وجوب استئذانهم في ذلك.

وإن رجع إلى اختصاصهم بحق الاستطراق فيه من دون ملك - كما تقدم - تعين جواز ما عداه - ومنه إخراج الرواشن والأجنحة - لغيرهم من دون استئذانهم. ومن هنا كان الظاهر الجواز مطلقاً ما لم يضر بالاستطراق، لانخفاضه، أو لكونه موجباً لظلامه أو تعفن نفاياته أو غير ذلك.

نعم لو كان مملوكاً بالأصل وجعله صاحبه طريقاً لهم تعين الاستئذان من صاحبه، على التفصيل المتقدم في الطريق العام، كما يظهر من ذلك جواز حفر السرداب تحته على التفصيل المتقدم في الطريق العام.

(١) يعني إخراج الرواشن والاجنحة.

(٢) لعل الوجه فيه أنها كالنافذة في كثرة الاستطراق بلحاظ السيرة التي هي الدليل لكثير منهم في المقام. لكن في كفاية ذلك في الفرق إشكال..

(٣) بل هو الظاهر، بلحاظ الأصل والعموم اللذين تقدمت الإشارة إليهما في فرض عدم ملكية أحد للطريق. فلاحظ.

(٤) لا إشكال في ذلك في الطريق النافذ، لعدم ملك أحد له، وعدم اختصاص حق الاستطراق فيه بأحد، فكما يستحق الاستطراق فيه كل أحد يجوز فتح الطريق فيه بفتح الباب فيه لمن هو عليه.

أما الطريق غير النافذ فقد يشكل الأمر فيه باختصاص حق الاستطراق فيه بأهله، بمعنى عدم جواز مزاحمته فيه ومنعه، وإن جاز لغيره المرور فيه من دون حق يقتضي المنع من المزاحمة ففتح الباب فيه والاستطراق فيه منها وإليها ينافي الاختصاص المذكور. ولذا يعتبر عرفاً تجاوزاً عليهم بل لا يبعد إباء المشرعة له بسبب ذلك، وبناءً عليهم على اختصاص أهله به بحيث لا يجوز للغير فتح الباب فيه إلا بإذنهم.

الطريق فليس لمقابله منعه (١). وإن استوعب عرض الدرب (٢) ولو سقط فبادر مقابله لم يكن للأول منعه على إشكال (٣) ضعيف (٤) ويستحب

وقد عثرنا في بعض الدور القديمة التي لها حيطان على بعض الطرق غير النافذة مع إلغاء أبوابها عليها إبقاء أثر الباب للتنبيه على تمسك صاحبها بحقه في الباب، بحيث له تجديد فتحه. وذلك يناسب البناء على عدم جواز ذلك له لو لم يكن له حق سابق.

ويؤيد ذلك مرسل دعائم الإسلام عن أبي عبد الله عليه السلام: « أنه قال: من أراد أن يحول باب داره عن موضعه أو يفتح معه باباً غيره في شارع مسلوكة نافذة، فذلك له، إلا أن يتبين أن في ذلك ضرراً بيناً. وإن كان في راتقة سكة غير نافذة لم يفتح فيها باباً ولم ينقله عن مكانه إلا برضى أهل الراتقة»^(١). فلاحظ.

نعم لو كان بين البيوت فضاء واسع يمر عليه كل منهم لداره، فلا يبعد عدم اختصاص حق الاستطراق بهم، لعدم صدق الطريق عليه وإن كان فيه استطراقهم، نظير الصحاري. وحينئذ يجوز لغيرهم الاستطراق فيه بفتح باب إليه، لبقائه على إباحته الأصلية. فتأمل جيداً.

(١) لما سبق من عدم منافاته لحقه، كي يكون له السلطنة على منعه. وتقدم من المبسوط ما يقتضي جواز منعه.

(٢) لعموم الوجه السابق لجواز نصب الجناح والروشن. نعم لا بد من عدم اتكائه على حائط المقابل إلا بإذن صاحبه، كما هو ظاهر. كما لا بد من عدم إضراره بالطريق، لما سبق.

(٣) كأن وجهه أن سبق حيازته موجب للملكية الأول له، فيكون مزاحمة الثاني منافية لعموم السلطنة عليه.

(٤) كأنه لعدم الموجب للملكية الأول له، لظهور اختصاص سبب ملكية

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٢.

للجار الإذن في وضع خشب جاره على حائطه (١) مع الحاجة (٢). ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع (٣)

الأرض بنحو يتبعها الفضاء بإحيائها، وهو غير حاصل في المقام. وملك الفضاء وحده بالاستيلاء عليه وجعله مورداً للانتفاع يحتاج إلى دليل.

ودعوى: أن من سبق إلى مال لم يسبق إليه أحد من المسلمين فهو أحق به. مدفوعة بأن المتيقن من ذلك عدم جواز مزاحمته ومنعه، لا ثبوت حق له فيه بحيث لا يجوز سبق غيره إليه لو تركه ولم يشغله كما في المقام.

(١) كما صرح به غير واحد. ولا ينبغي الإشكال فيه، لعموم استحباب قضاء حاجة المؤمن ومواساته، وعموم استحباب حسن الجوار، وخصوص معتبر الجعفریات عن علي عليه السلام: « قال: قال رسول الله صلی الله علیه وسلم: لا يمنع الجار جاره أن يضع خشبة على جداره»^(١) المحمول على استحباب القبول أو كراهة المنع، للقطع بعدم وجوبه، وفي المسالك أنه موضع وفاق بين الأصحاب. خلافاً لبعض العامة للنبوي المقارب للنبوي المتقدم المروي من طرفهم. ويظهر من غير واحد عدم الاطلاع على النبوي المتقدم من الجعفریات. فراجع

(٢) الظاهر تأكد استحباب القبول أو كراهة المنع مع الحاجة من دون أن يتوقفها عليها، كما يظهر من التحرير. لما هو المعلوم من عموم رجحان إجابة طلب المؤمن.

(٣) قطعاً، كما في التذكرة، وإجماعاً كما في الشرايع والتحرير ونفى الخلاف فيه في محكي مجمع البرهان. لما هو المعلوم من جواز الرجوع في الإذن بعد عدم الملزم بالمأذون فيه من عقد أو غيره.

نعم لو ابتنى العمل من المأذون على التزام الآذن بمقتضى إذنه وعدم رجوعه فيه أشكل جواز الرجوع. كما لو قال المأذون للآذن إني لا اشتري الخشب إلا أن تتعهد ببقاء الإذن وعدم التراجع عنه، فقال الآذن: اشتر فأنا لا أراجع عن إذني. فاشترى

(١) الجعفریات ص: ١٦٥.

وبعده (١)،

الحشب بناء على ذلك. لأن ذلك نحو من الاتفاق بينهما يشبه العقد، بل الظاهر صدق الشرط عليه، وهو نافذ عرفاً، حيث يعتبر التراجع عن الإذن نقضاً للاتفاق المذكور. وقد تقدم منا نظير ذلك عند الكلام في إذن صاحب الأرض في دفن الميت في أرضه من كتاب العارية. فلاحظ.

(١) قال في المبسوط: « فإن وضعها على الحائط لم يكن له الرجوع بعد ذلك مادامت تلك الجذوع باقية، لأن المقصود بوضعها التأييد والبقاء، دون القلع. فإن بليت وتكسرت بطل إذن المعير، ولم يكن لصاحب السباط أن يضع بدلها إلا بإذن مستأنف». ووافقه في السرائر، وحكاه في الإيضاح عن ابن البراج على إشكال في النسبة. نعم جنح إليه في مفتاح الكرامة والجواهر.

وما سبق من المبسوط راجع إلى ما سبق منا في تحويل مجرى النهر وتعطيل الرحي المنصوبة عليه من قضاء المرتكزات العرفية بعدم جواز الرجوع في الإذن إذا كان المأذون فيه مبنياً على الاستمرار بنحو يكون العدول عنه موجبا للضرر نوعاً، وأنه يقرب ورود الصحيح في الرحي جرياً على ذلك وإمضاء له. وقد أيد ذلك في مفتاح الكرامة بأنه لو جاز الرجوع ولو مع الأرش فقد لا يجبر الضرر، لعدم وفاء الأرش عرفاً بتدارك ضرر تخريب الملك.

ولا سيما أن الآذن قد يكون فوت على المأذون بسبب الإذن الفرصة بتحصيل غرضه من طريق آخر، كشراء ما يضع عليه خشبته أو وضعها في موضع آخر فاته بسبب إذن صاحبه ونحوهما، وغير ذلك مما يوجب الالتفات إليه إستيضاح حكم العرف المذكور. ومن هنا كان الوجه المذكور في غاية القوة. وبه يستغنى عن التمسك بقاعدة نفي الضرر.

كما أنه يفترق عنها بأن المعيار فيه على ترتب الضرر نوعاً بالعدول عن الإذن أو بتعمد الضرر فيه لفوت النفع، كما أشرنا إلى ذلك في مسألة الرحي المنصوبة على النهر،

إلا إذا لزم ضرر على واضع الخشب (١) فلا يجوز وإن بذل الأرش (٢). نعم

بخلاف قاعدة نفي الضرر حيث يقتصر فيها على الضرر الشخصي وبنحو لا يعم فوت النفع، كما هو ظاهر.

هذا وقد استدل في السرائر على المنع من الرجوع في الإذن بعد وضع الخشبة بأن رفع الخشبة عن حائط الأذن لما كان مستلزماً لرفعها عن حائط صاحب الخشبة فليس للأذن إجباره على رفعها عن حائط نفسه.

وهو كما ترى! فإن وضعها على حائط الأذن بعد عدوله عن إذنه إن كان بحق لم يكن للأذن إجباره على رفعه عنه. وإن لم يكن بحق كان له إجباره على رفعه وإن استلزم أمراً ليس من حقه إجباره عليه. ولذا لا إشكال في جواز إجباره على رفعه لو وضعه بدون إذنه وإن لزم رفعه عن حائط الماذون أيضاً. فالعمدة ما سبق.

(١) كأنه لقاعدة نفي الضرر التي سبقت الإشارة إليها. لكن سبق في مسألة الرحي المنصوبة على النهر من الرياض والجواهر أن لا مجال للخروج عن قاعدة السلطنة على المال بقاعدة نفي الضرر. ولازم ذلك أنه لا مجال للمنع من الرجوع عن الإذن في المقام من أجل لزوم الضرر على الجار صاحب الخشبة.

وقد وجهه في الرياض بأن النسبة بين القاعدتين العموم من وجه، ولا وجه لترجيح قاعدة نفي الضرر، بل قد يكون الترجيح في بعض الموارد لقاعدة السلطنة بعمل الأصحاب. ويظهر منعه مما سبق في الرحي المنصوبة على النهر. نعم لا حاجة للقاعدة المذكورة بعد ما سبق.

(٢) كأنه لأن بذل الأرش لا ينافي صدق الضرر، بل حيث كان تداركاً للضرر فهو متفرع عليه، ولا دليل على وجوب قبوله.

ولكن قاعدة نفي الضرر لما كانت واردة مورد الامتنان في حق المتضرر، فهي تنصرف عن الضرر المتدارك، لعدم منافاة تحمله للامتنان، ومعه لا يخرج عن قاعدة السلطنة في حق الأذن، فيجوز له الرجوع عن إذنه. ولعله لذا ذهب إلى جواز الرجوع

إذا حدث ضرر من ذلك على صاحب الجدار جاز له أمر جاره بالرفع (١) بلا أرش (٢)،

مع الأرش في الشرايع وجملة من كتب العلامة وجامع المقاصد والمسالك والإيضاح على اضطراب كلامه في كتاب العارية في الأرش.

بل صرح بالإشكال في ثبوته في كتاب الصلح من القواعد. وكأنه لعدم اقتضاء العارية الضمان بعد تحكيم قاعدة السلطنة، وعدم رفع اليد عنها بقاعدة رفع الضرر. ويظهر الإشكال فيه مما سبق.

هذا وقد ذكر في التذكرة والقواعد وغيرهما أنه لو أبقاه كان له المطالبة بالأجرة. وهو متجه بناء على جواز الرجوع في الإذن وعدم استحقاق الإبقاء. وعليه يكون الأرش هو فرق ما بين بقاءه بأجرة ونقضه أو تلفه بالإزالة. وقد تقدم نظير ذلك في المسألة الثلاثين في خيار الغبن من فصل الخيار من كتاب البيع. ومال في الدروس إلى عدم جواز نقضه للضرر، لكن له الأجرة بعد الرجوع عن الإذن. ويظهر وجهه مما سبق.

نعم لا مجال لذلك كله بناء على ما سبق في وجه عدم جواز الرجوع في الإذن، وأنه لا يبتني على قاعدة نفي الضرر، بل على ابتناء الإذن على الاستمرار. فلاحظ.

(١) كأنه لقصور قاعدة الضرر في حق المأذون بعد استلزام جريانها الضرر في حق الآذن، وحينئذ لا يخرج عن قاعدة السلطنة في حق الآذن القاضية بجواز الرجوع له عن إذنه. كما أنه بناء على ما ذكرنا من الوجه فلا يبعد قصوره أيضاً، لقصور الإذن نوعاً عما إذا لزم الضرر المعتد به غير المحتسب حين الإذن، فلا يخرج عن قاعدة السلطنة في حق الآذن أيضاً.

(٢) لعدم الموجب له بعد ما سبق من استحقاقه الرفع وجريان قاعدة السلطنة في حقه. ثم إن ما ذكر في الرجوع في الإذن في وضع الخشبة يجري في هدم الحائط الذي أذن بوضعها عليه. نعم لو كان هدمه نحو لا يوجب هدم البناء الذي للمأذون عليه،

ولو تداعيا جداراً مطلقاً لا يد عليه لأحدهما (١) فهو للحالف (٢) مع

لجعل دعائم أو نحو ذلك تحته حتى يقام ويتم بناؤه من جديد فلا إشكال، كما لعله ظاهر.

(١) تفسير للجدار المطلق. والظاهر أن المراد ما لا يختص أحدهما باليد عليه، فيشمل ما لو كان تحت يد كل منهما، لوضع بنائه عليه، أو لكون بنائه بنحو صالح لأن يكون لهما، لكونه بين أرضيهما من دون ثبوت اختصاص أحدهما بأرضه.

(٢) كما في المسوط والشرايع والتذكرة وغيرها. والجدار في الفرض يكون غالباً تحت يدهما معاً لكونه بين ملكيهما، كالذي يكون بين البساتين أو بين الدور لمجرد الستر من دون أمانة تقتضي اختصاص أحدهما به. فإنه عرفاً تحت يدهما معاً. وحينئذ لا إشكال في قبول البينة ممن يقيهما، لعموم حجية البينة، خصوصاً في القضاء. وذكر بعض مشايخنا ^{رضي الله عنهم} في مسألة التنازع في المال الذي تحت يد المتنازعين معاً أنه لا بد من اليمين معها، لأن مقتضى اشتراكهما في اليد على الأمر المتنازع فيه اشتراكهما فيه، فيكون كل منهما منكراً بالإضافة إلى نصفها المحكوم بأنه له، وبيئته وإن كانت حجة في إثبات أنه له، ولذا لو أقام كل من المدعي والمنكر البينة تساقطتا، إلا أنه لا يكتفي بها في الحكم بمضمونها، لما دل على أن وظيفة المنكر اليمين، فإنه يقتضي لزوم ضم الحلف للبينة في المقام.

وما ذكره بيتني على أمور. (الأول): أن مقتضى اليد التنصيف. وهو في محله لو حدة اليد عرفاً المقتضي للملكية صاحبها، وحيث كانت منسوبة لهما تعين حجيتها في ملكيتهما معاً لما تحتها المقتضي للتنصيف بينهما ظاهراً، كما لو شهدت البينة أنه لهما، والتكاذب بينهما في التداعي لا يقتضي تعدد الأيدي على الكل والتكاذب بينهما، على ما أوضحناه عند الكلام في قاعدة اليد في خاتمة الاستصحاب من الأصول. فراجع (الثاني): عموم حجية البينة للمنكر، كما هو مقتضى إطلاق دليلها.

وقد يدعى لزوم الخروج عنه بما دل على تكليف المنكر باليمين، كصحيح عثمان

ابن عيسى وحماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام الطويل الوارد في قضية فذك، وفيه: «وقد قال رسول الله صلواته على من: البينة على من أدعى واليمين على من أنكر»^(١). وقريب منه غيره^(٢).

ويندفع بأن تكليفه باليمين كما يكون لانحصار حجته به يكون للاكتفاء به منه تخفيفاً عنه، مع عموم حجية البينة في حقه. ولعل الثاني هو الأنسب، لمطابقة قوله للحجة الأولية والأصل، المناسب للتخفيف عنه. ولا سيما بلحاظ ما رواه الصدوق بأسانيده عن محمد بن سنان عن الإمام الرضا عليه السلام في جواب مسأله في العلل، وهو قوله عليه السلام: «والعلة في أن البينة في جميع الحقوق على المدعي، واليمين على المدعي عليه ما خلا الدم، لأن المدعى عليه جاحد، ولا يمكنه إقامة البينة على الجحود، لأنه مجهول وصارت البينة في الدم على المدعى عليه، واليمين على المدعي لأنه حوط يحتاط به المسلمون، لئلا يبطل دم امرئ مسلم، وليكون ذلك زاجراً وناهياً للقاتل، لشدة إقامة البينة على الجحود عليه، لأن من يشهد على أنه لم يفعل قليل، وأما علة القسامة أن جعلت خمسين رجلاً فلما في ذلك من التغليظ»^(٣). لصراحة صدوره في ابتناء جعل اليمين على المنكر على التخفيف.

كما أن مقتضى المقابلة في ذيله بالدم أن جعل اليمين على المنكر في الحقوق على نحو جعله على المدعي في الدم، ومن الظاهر أن احتياج المدعي في الدم لليمين والقسامة إذا لم يكن له بينة، أما معها فيحكم له بمقتضاها من دون حاجة لليمين. ومثله في الثاني موثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إن الله حكم في دمائكم بغير ما حكم به في أموالكم، حكم في أموالكم أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، وحكم في دمائكم: أن البينة على من ادعى عليه، واليمين على من

(١) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ٢٥ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٣.
(٢) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ٣ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٢.
(٣) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ٣ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٦.

ادعى ، لثلا يبطل دم امرئ مسلم»^(١). مضافاً إلى النصوص الكثيرة الآتية في تعارض البيئات وغيرها مما يشهد بشمول عموم حجية البيئة للمنكر.

ومن هنا لا مجال للخروج عن عموم حجية البيئة بما تضمن تكليف المنكر باليمين. نعم قد يشهد بذلك بعض النصوص الآتية في تعارض البيئتين ويأتي الكلام فيه (الثالث): أن الحكم التساقط مع تعارض بينة المدعي والمنكر. والنصوص في ذلك على طوائف مختلفة المضمون

(الأولى): ما يظهر منه التساقط، وقبول قول المنكر - كصاحب اليد - بيمينه، كمعتبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «إنَّ رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابة في أيديهما وأقام كل واحد منهما البيئَةَ أنها نتجت عنده فاحلفها علي عليه السلام فحلف أحدهما و أبي الآخر أن يحلف، ففضى بها للحالف. فقيل: فلو لم تكن في يد واحد منهما وأقاما البيئَةَ. فقال: أحلفها، فأَيُّها حلفَ و نكل الآخر جعلتها للحالف. فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين. قيل: فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البيئَةَ. قال: أقضي بها للحالف الذي هي في يده»^(٢).

وقريب منه معتبر غياث بن إبراهيم عنه عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام أختصم إليه رجلان في دابة، كلاهما أقاما البيئَةَ أنه أنتجها، ففضى بها للذي في يده. وقال: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين»^(٣). غايته أنه لم يتضمن اليمين لصاحب اليد، فيقيد بمعتبر إسحاق ونحوهما في ذلك والنبوي المرسل^(٤).

وصحيح حمران: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن جارية، لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأة، ادعى الرجل أنها مملوكة له، وادعت المرأة أنها ابنتها. فقال: قد قضى في هذا علي عليه السلام قلت: وما قضى في هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلهم أحرار، إلا من

(١) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ٣ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٢ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٢ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٣.

(٤) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ١٠ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٥.

أقر على نفسه بالرق، وهو مدرك. ومن أقام بينة على من ادعى من عبد أو أمة، فإنه يدفع إليه، ويكون له رقا. قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذي ادعى أنها مملوكة له بينة على ما ادعى، فإن أحضر شهوداً يشهدون أنها مملوكة، لا يعلمونه باع ولا وهب، دفعت الجارية إليه، حتى تقيم المرأة من يشهد لها أن الجارية ابنتها حرة مثلها، فلتدفع إليها، وتخرج من يد الرجل. قلت: فإن لم يقيم الرجل شهوداً أنها مملوكة له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأة البينة على أنها ابنتها دفعت إليها، فإن لم يقيم الرجل البينة على ما ادعى، ولم تقم المرأة البينة على ما ادعت خلت سبيل الجارية، تذهب حيث شاءت^(١). فإنه صريح أنه مع تعارض البينتين يرجع لأصالة الحرية، وإنما تدفع للمرأة لعدم المعارض لبينتها على أنها ابنتها.

(الثانية): ما تضمن الترجيح بكثرة العدد، كصحيح أبي بصير: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي القوم فيدعي داراً في أيديهم و يُقيم البيّنة و يقيم الذي في يده الدار البيّنة أنّه ورثها عن أبيه، ولا يدري كيف كان أمرها. قال: أكثرهم بيّنة يُستحلف وتدفع إليه. وذكر أنّ علياً عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغلة، فقامت البيّنة لهؤلاء أنّهم أنتجوها على مذودهم ولم يبعوا ولم يهبوا، وقامت البيّنة لهؤلاء ففرض عليه السلام بها لأكثرهم بيّنة واستحلفهم. قال: فسألته حينئذٍ فقلت: أرايت إن كان الذي ادعى الدار قال: إنّ أباً هذا الذي هو فيها أخذها بغير ثمن، و لم يقيم الذي هو فيها بيّنة إلاّ أنّه ورثها عن أبيه، قال: إذا كان الأمر هكذا فهي للذي ادعاها و أقام البيّنة عليها»^(٢).

وقد تضمنت جملة من النصوص أنه مع التساوي في العدد يقرع بينهما - أي الخصمين - فمن خرج سهمه يدفع له ما يدعيه^(٣). وفي أكثرها أنه يستحلف ثم تدفع

(١) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٢ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٩.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٢ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ١.

(٣) راجع وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٢ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٥، ٦،

له. وبها يقيد إطلاق الباقي^(١). ويكون المحصل أنه مع التساوي في العدد يقضى لمن خرج سهمه بعد يمينه.

(الثالثة): ما تضمنن قسمة المال المدعى بنسبة الشهود، كموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجلين ادّعىا بغلة فأقام أحدهما شاهدين، والآخر خمسة، فقضى لصاحب الشهود الخمسة خمسة أسهم، ولصاحب الشاهدين سهمين»^(٢) ونحوه معتبر الجعفریات^(٣).

ومقتضى هذه الطوائف الثلاث حجية بينة المنكر. ولذا تعارض بينة المدعى، فيتساقطان، أو يحتاج لعلاج التعارض بالترجيح أو التقسيم.

(الرابعة): ما تضمنن التعويل على بينة المدعى وإهمال بينة المنكر، لعدم حجيتها في نفسها، كخبر منصور: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل في يده شاة، فجاء رجل فادعاها، فأقام البيّنة العدول أنها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع، وجاء الذي في يده بالبيّنة مثلهم عدول أنّها ولدت عنده لم يبع ولم يهب. فقال أبو عبد الله عليه السلام: حقّها للمدّعي، ولا أقبل من الذي في يده بيّنة، لأنّ الله عزّ وجلّ إنّما أمر أن تطلب البيّنة من المدّعي، فإن كانت له بيّنة، وإلاّ فيمين الذي هو في يده. هكذا أمر الله عزّ وجلّ»^(٤). ومرسل دعائم الإسلام الآتي.

وهما صريحان في انحصار وظيفة المنكر باليمين وعدم حجية بينته، خروجاً عن عموم حجية البيّنة. وحينئذ لا تعارض بينته بينة المدعى، فضلاً عن أن تسقطها. هذا وقد يشكل الاستدلال بهما، لضعف سندهما. أما المرسل فظاهر. وأما خبر منصور فلرواية إبراهيم بن هاشم له عن محمد بن حفص عن منصور، ومحمد بن حفص

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٢ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٦، ٥، ١١، ٧.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٢ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ١٠.

(٣) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ١٠ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٤.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٢ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ١٤.

مجهول، وهو غير محمد بن حفص العمري الذي هو وكيل الناحية المقدسة، والذي كان الأمر يدور عليه. لتأخره في الطبقة عن إبراهيم بن هاشم الذي لقي الإمام الرضا عليه السلام وروى عن الإمام الجواد، فكيف يروي عنه إبراهيم ويروي هو عن منصور الذي هو من أصحاب الإمام الصادق عليه السلام؟!.

نعم قد يدعى إنجباره بعمل الأصحاب، حيث صرح بتقديم بينة الخارج - وهو غير صاحب اليد - في المقنع والفقيه - وحكاه عن رسالة والده - والنهائية، وقد يظهر من الخلاف، كما صرح به في الغنية والمراسم والوسيلة والمهذب والسرائر والشرايع والنافع والجامع والقواعد والمختلف والإيضاح وغيرهما. وكذا في المقنعة مع تساوي شهود الطرف في العدد والعدالة. ومن ثم كان هو المشهور، بل في الخلاف دعوى الإجماع عليه، كما هو محتمل الغنية.

لكن لم يتضح اعتمادهم على الخبر المذكور، ليكون ذلك منهم جابراً له، بل استدل عليه غير واحد بعموم ما دل على أن وظيفة المدعي البينة ووظيفة المنكر اليمين، ولم أعر عاجلاً على من استدل بالخبر المذكور من القدماء عدا ما يأتي من الاستبصار. بل لا مجال للتعويل عليه وعلى المرسل مع مخالفتها للطوائف الثلاث السابقة التي هي أكثر عدداً وأصح سنداً، خصوصاً الثانية الكثيرة العدد والتي يظهر منهم التعويل عليها في الجملة، بنحو لا مجال لاحتمال سقوطها عن الحجية بالهجر.

وفي الجواهر بعد الإشكال في الاستدلال بالعموم المذكور أن قبول بينة صاحب اليد لا يخلو عن قوة في غير مورد التعارض بين البيئتين، فتقدم بينة الخارج من دون نظر للمرجحات للإجماعات المحكية وغيرها.

لكن لا مجال لدعوى الإجماع بعد التصريح في المبسوط بتقديم بينة صاحب اليد لاجل اليد، وهو الذي حكم به في الخلاف في صدر كلامه، وإن كان ظاهر ذيل كلامه واستدلاله بتقديم بينة الخارج. كما أن المحكي عن ابن الجنيد قبول قول صاحب اليد بيمينه. وعن ابن أبي عقيل الرجوع للقرعة مع يمين من خرجت له، وفي المقنعة تقديم

بينة صاحب اليد مع ترجيحها بالعدد، بل لا يبعد عن كلامه الاكتفاء بترجيحها في العدالة، وتوقف في الدروس واللمعة والمسالك في المسألة، وهو ظاهر الارشاد. والانصاف أن سبر كلماتهم يشهد بمعرفة الخلاف في المسألة واضطرابهم فيها كالنصوص. وأما غير الاجماع مما ذكره - وهو خبر منصور لو فرض انجباره بالعمل - فهو يقتضي عدم قبول بينة صاحب اليد مطلقاً حتى لو أنفردت. هذا وقد يظهر من المشهور حمل الطائفة الثانية المتضمنة للترجيح بالعدد والقرعة على ما إذا لم تكن مع إحدى البيتين يد متصرفه، وكانت العين خارجة عن يد الخصمين معاً واستشهد في الاستبصار على ذلك بخبر منصور. كما يشهد له مرسل دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أنه قضى في البيتين يختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بيّنة كل واحد منهما وليس في أيديهما، فأما إن كان في أيديهما فهو بينهما نصفان. وإن كان في يدي أحدهما فإنما البينة فيه على المدعي واليمين على المدعى عليه»^(١).

لكنه لا يناسب صحيح أبي بصير، لصراحة صدره في الخصومة مع أصحاب الدار التي في أيديهم وهو مقتضى إطلاق بقية نصوص الطائفة الثانية. ومثله ما قد يظهر من نصوص التهذيبيين من حمل معتبر إسحاق بن عمار من الطائفة الأولى على خصوص صورة كون العين في يدهما أو خارجة عنهما. لصراحة ذيله في فرض كونها في يد أحدهما. وكذا معتبر غياث. ومثلها صحيح حران المتقدم لوروده في الجارية التي تكون حريتها مقتضى أصالة الحرية في الإنسان، فيكون مدعي حريتها منكرًا.

ومن هنا يتعين النظر في المسألة بملاحظة النصوص وما يقتضيه الجمع بينها، فنقول: بعد ما سبق من عموم حجية البينة للمنكر، فإن انفرد بها قبلت منه، للعموم المذكور المعتضد بالطوائف الثلاث الأول من النصوص المتقدمة التي سبق أن الطائفة

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ١٠ من أبواب کتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ١.

الرابعة لاتنهض بالخروج عنها.

وإن أقام كل منهما البينة وتعذر الجمع بين البينتين فلو انحصر الأمر بعموم حجية البينة لتعين البناء على تساقطها، كما هو مقتضى الأصل في تعارض الدليلين، ثم الرجوع لليمين على التفصيل المذكور في الرجوع إليها في القضاء.

وأما ما في المبسوط من عدم الحاجة لليمين لترجح بيته المنكر باليد، ومع البينة لا حاجة لليمين. فهو غير ظاهر الوجه، لعدم الدليل على ترجيح المذكور.

ويؤيد ذلك الطائفة الأولى من النصوص المتقدمة، ولا سيما مع ما سبق في الطائفة الأولى من أن مقتضى الجمع بين نصوصها الحاجة لليمين.

لكن مقتضى النصوص الكثيرة التي تضمنتها الطائفة الثانية الترجيح بين البيتين بالعدد ثم بالقرعة، مع تكليف من ترجح بيته باليمين.

ولا معارض لها إلا معتبري إسحاق وغيث من نصوص الطائفة الأولى المتضمنة قبول قول صاحب اليد بيمينه.

ويصعب الخروج عنها مع كثرتها، وظهور تعويل الأصحاب عليها في الجملة ولو في فرض خروج العين عن يد الخصمين.

هذا ويظهر من بعض مشايخنا ثُمَّ حمل معتبر اسحاق على ما إذا كان ذو اليد مكذبا لدعوى خصمه، وحمل نصوص الطائفة الثانية على ما إذا لم يكن كذلك، بل ادعى الجهل بالحال، وأن المال انتقل إليه بارث أو نحوه من صاحب اليد من دون علم بكيفية حصول يده.

وفيه: أن بعض نصوص الطائفة الثانية وإن تضمن ذلك، كموضوع السؤال في صحيح أبي بصير المتقدم، إلا أن بعضها صريح في صورة التكاذب، كالنزاع في البغلة الذي تضمنه الصحيح المذكور، وموثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: « قال: إن رجلين اختصما إلى علي في دابة فزعم كل واحد منهما أنها نتجت على مذوده، وأقام كل واحد

منهما بينة سواء في العدد فأقرع بينهما سهمين...»^(١).

ومثله ما في التهذيب من حمل ما في معتبر إسحاق في صورة تقابل البيئتين من الرجوع للحلف من دون نظر في الترجيح بينهما على ما إذا اصطلحا على ذلك. إذ هو خال عن الشاهد، بل هو مخالف للظاهر جداً. وكذا ما في الاستبصار من حمله على ذلك، أو على التخيير وإيكال الأمر لنظر الإمام، كما لعله ظاهر.

ومن هنا كان الظاهر استحكام التعارض بين الطائفتين. وإن لم يبعد ترجيح الطائفة الثانية، لأنها أكثر عدداً بنحو يجعلها أشهر رواية.

نعم لو لم يبلغ ذلك حدّ الترجيح تعين تساقط البيئتين بالتعارض، والبناء على قبول قول صاحب اليد يمينه، لما سبق من أن ذلك مقتضى القاعدة.

هذا والمتيقن من ذلك ما إذا كان الاختلاف بين الخصمين في الأموال، كما هو مورد أكثر نصوص الطائفة الثانية، ومورد معتبري إسحاق وغيث بن إبراهيم.

أما صحيح حمران المتقدم في الطائفة الأولى الوارد في الاختلاف في الجارية وأنها مملوكة أو حرة، والمتضمن الحكم بحريتها مع اختلاف البيئتين، لأصالة الحرية في الإنسان، والمبني على تساقط البيئتين فلا يعارضه من نصوص الطائفة الثالثة إلا صحيح الحلبي: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجلين شهدا على أمر، وجاء آخران فشهدا على غير ذلك، فاختلفوا. قال: يقرع بينهم، فأيهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق»^(٢)، ومعتبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله بل صحيحه عنه عليه السلام: «قال: كان علي عليه السلام إذا أتاه رجلان [يختصمان] عدلهم سواء وعددهم أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين...»^(٣)، بناء على ما هو الظاهر من إلغاء خصوصية الرجلين بنحو يعم المرأتين والرجل والمرأة. أما بقية نصوص الطائفة الثانية فهي مختصة بالنزاع في تعيين مالك المال، ولا تعم مورد صحيح حمران.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٢ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ١٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٢ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ١١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ١٢ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٥.

ومن الظاهر أن صحيح حمران أخص من الحديثين المذكورين، لاختصاصه بالنزاع في حرية الجارية ورقيتها، فيتعين تقديمه عليهما وتخصيصهما به. نعم هو يختص بما إذا كان هناك مدع يخالف قول الحجة.

بقي في المقام أمران (أحدهما): أن أكثر نصوص الطائفة الثالثة قد اقتصر فيه على الترجيح بالعدد، وعلى أنه مع التساوي فيه فالمرجح القرعة. نعم قوله عليه السلام في حديث عبد الرحمن بن أبي عبد الله المتقدم: « عدلهم وعددهم سواء » ظاهر بالترجيح بمرتبة العدالة، وهو الظاهر أو المصرح به في كلام جماعة، ومقتضى كلام غير واحد منهم تقديم الترجيح بمرتبة العدالة على الترجيح بالعدد، وإن نسب لهم في السرائر العكس واختاره.

لكنه لا يناسب بقية نصوص الطائفة المذكورة، لعدم الإشارة فيها لذلك مع شيوع الابتلاء به ومسيس الحاجة لبيانه وبيان مرتبة الترجيح به، وأنه يتقدم على الترجيح بالعدد أو يتأخر عنه.

ومن هنا لا يعد حمل حديث عبد الرحمن على التساوي في أصل العدالة، لا في مرتبتها، كما هو صريح مرسل دعائم الإسلام المتقدمة. ولا ياباه كلامهم أو كلام بعضهم، بل هو ظاهر ما حكاه في المختلف عن الصدوق الأول عليه السلام.

(ثانيهما): أن ما تضمنته الطائفة الثالثة من تقسيم المال المدعى بنسبة عدد شهود الطرفين لم أعثر عاجلاً على من ذكره في مقام الفتوى، بل لم يتعرضوا المناقشة مضمونها وتوجيهه عدا ما في التهذيبيين من حملها على جهة الصلح بين الخصمين والوساطة بينهما دون الحكم. وهو كما ترى خال عن الشاهد، بل يخالف للظاهر جداً.

فالعمدة في المقام ظهور سقوطها عن الحجية بهجر الأصحاب لها، ومخالفتها للنصوص الكثيرة المتقدمة. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(الرابع): مما يبتني عليه كلام بعض مشايخنا عليه السلام أن قبول بينة المنكر لا ينافي عموم ما تضمن أن وظيفة المنكر هي الحلف، الظاهر في توقف القضاء له على حلفه،

فيقيد به إطلاق حجية البيئنة في حق المنكر، لرجوعه إلى عدم الاكتفاء بها في القضاء لصاحبها.

وهو غير ظاهر الوجه، لأن ما تضمن أن البيئنة على المدعي لا يقتضي تكليف المنكر باليمين تعبدًا، كي لا ينافي في إطلاقه حجية البيئنة، ويتعين الجمع بين الأمرين، بل هو وارد لبيان حجية اليمين في حقه.

فإن كان وارداً لبيان انحصار الحجّة في حقه باليمين كان مقيداً لإطلاق حجية البيئنة في حقه، ولزم البناء على عدم حجية بيئته.

وإن كان مورداً لبيان الاكتفاء منه باليمين تخفيفاً - كما تقدم - لم يناف إطلاق حجية البيئنة في حقه المقتضي للاكتفاء بها منه من دون يمين كما يكتفى بها من المدعي. ولا سيما مع ما في صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: في كتاب علي عليه السلام أن نبياً من الأنبياء شكّا إلى ربه فقال: يا رب كيف أقضي فيما لم أر ولم أشهد؟ قال: فأوحى الله إليه: احكم بينهم بكتابي، وأضفهم إلى اسمي، فحلفهم [تحلفهم] به، وقال: هذا لمن لم تقم له بيئنة»^(١). فإن مقتضى إطلاقه أن كل من كانت حجته على دعواه البيئنة لا يحتاج إلى اليمين.

ومن هنا يتعين ابتناء وجوب البيئنة في المقام على ما سبق من الكلام في الأمر الثاني من عموم حجية البيئنة للمنكر وعدمه، فإن قلنا بعمومها له - كما صرح هو به - تعين عدم الحاجة لليمين، وإلا لزم في حقه اليمين، لأنه منكر بالإضافة إلى نصف الجدار المفروض اشتراكهما في اليد عليه، لما سبق في الأمر الأول من أن مقتضى اليد المذكورة اشتراكهما فيه.

هذا كله إذا كان الحائط تحت يدهما عرفاً، كما إذا كان بين أرضيهما أو نحو ذلك.

أما إذا لم يكن تحت يدهما - كالمبني في الأرض المباحة أو في الطريق العام لبعض

(١) وسائل الشريعة ج: ١٨ باب: ١ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ١.

الأغراض - فلا إشكال في الاكتفاء ببينة كل منهما لإثبات ملكيته له، بلا حاجة ليمينه، لأن كلا منهما مدع من دون أن يكون منكرًا. أما مع قيام البينة لكل منهما وتعارض البينتين، فيتعين البناء على التسايط والرجوع لليمين، كما تضمنته الطائفة الأولى، أو الترجيح بكثرة العدد ثم القرعة مع اليمين، كما تضمنته الطائفة الثانية، وسبق أنه الأقرب. ولا موضوع هنا للطائفة الرابعة، كما هو ظاهر.

بقي الكلام فيما إذا لم تكن لأحدهما بينة. ولعله مورد كلام سيدنا المصنف رضي الله عنه. فإذا كان الجدار تحت يدهما معاً عرفاً فالوجه في الحكم بها للحالف أن مقتضى اليد المشتركة التنصيف، فكل منهما منكر بالإضافة إلى النصف المحكوم بأنه له، ومدع بالإضافة إلى النصف المحكوم به لصاحبه. فإذا انفرد باليمين بملكته الكل ثبت الحكم بملكته للنصف الأول عملاً بما دل على تكليف المنكر باليمين مع عدم البينة، وللنصف الثاني عملاً بما دل على أنه مع امتناع المنكر من اليمين يكفي يمين المدعي في إثبات ما يدعيه.

مضافاً إلى صحيح سليمان بن خالد المتقدم المتضمن الحكم باليمين مع عدم البينة. ومثله إطلاق مرسل محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام المتضمن القضاء باليمين^(١). بل من القريب استفادته من الطائفة الأولى من نصوص تعارض البينتين المتضمنة الرجوع لليمين، لأن الاستفادة منها عرفاً هو الرجوع لها لتسايط البينتين كما لو لم يكن بينة في البينة. وما سبق من معارضة الطائفة الثانية لها المتضمنة للترجيح بين البينتين بالعدد والقرعة إنما يقتضي سقوطها عن الحجية في تسايط البينتين، لا في الرجوع لليمين بعد تسايطها.

ومنه يظهر الوجه في الرجوع لليمين لو لم يكن الجدار تحت يدهما عرفاً، حيث تضمن معتبر إسحاق بن عمار من نصوص الطائفة المذكورة الرجوع له عند تعارض البينتين. مضافاً إلى إطلاق حديثي سليمان بن خالد ومحمد بن قيس.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٨، باب: ١١ من أبواب كتاب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ٣.

نكول الآخر، ولو حلفاً أو نكلاً فلهما (١)، ولو اتصل ببناء أحدهما أو كان

(١) أما إذا كان بيدهما معاً عرفاً فالظاهر عدم الإشكال فيه. وبه صرح غير واحد. وهو الذي تقتضيه القاعدة بعد ما سبق من أن مقتضى يدهما التنصيف، حيث يكون كل منهما منكرًا بالإضافة إلى النصف الذي يحكم بأنه له ومدعيًا بالإضافة إلى النصف الذي يحكم بأنه لصاحبه، ومع تحالفهما يدفع كل منهما دعوى الآخر في النصف الذي ثبت له بمقتضى اليد، ويبقى النصف المذكور له تبعاً ليده.

مضافاً إلى ما يستفاد من مجموع معتبر إسحاق بن عمار من أن التحالف يقتضي التنصيف وإن لم يرد التنصيص فيه على المدعى من التحالف على ما تحت يدهما معاً. وأما مع نكولهما فهو مقتضى اليد من دون مخرج عنه من بينة الخصم أو يمينه. مضافاً إلى صحيح عبد الله بن المغيرة عن غير واحد عن أبي عبد الله: «في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لي. وقال الآخر: هما بيني وبينك. فقال: أما الذي قال: هما بيني وبينك فقد أقر بان أحد الدرهمين ليس له، وأنه لصاحبه، ويقسم الآخر بينهما»^(١)، بناء على إلغاء خصوصية الدرهم، كما هو الظاهر، ويأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الصلح

هذا ولو لم يكن الجدار بينهما عرفاً لعدم اليد منهما عليه، فالدليل على التنصيف مع حلفهما معتبر إسحاق بن عمار المتقدم، لتضمنه الفرض المذكور، وهو وإن ورد في فرض تعارض البيتين، إلا أن المستفاد منه عرفاً أن الحكم فيه متفرع على سقوط البيتين عن الحجية، فيكون المورد كما لو لم تكن بيته.

ومع النكول معتبر غياث المتقدم، لتعرضه لفرض عدم اليد أيضاً، ومقتضى إطلاقه التنصيف، خرج منه ما إذا حلف أحدهما فقط، حيث تضمن معتبر إسحاق أفراد الحالف بالعين، وبقي ما إذا امتنعا معاً من اليمين تحت الإطلاق المذكور. غاية الأمر أن المفروض فيه إقامتها معاً البيته. لكن المستفاد منه سقوط البيتين بالتعارض،

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٩ من أبواب كتاب الصلح حديث: ١.

له عليه طرح فهو له (١)

فهو كما لو لم تكن بينه، نظير ما سبق.

وبذلك يظهر أن الحكم بالتنصيف في المقام ونحوه مما كان فيه مورد النزاع خارجاً عن يد الخصمين ليس لقاعدة العدل والإنصاف، ليتجه من بعض مشايخنا ^{ثُمَّ} إنكار ثبوتها بنحو الإطلاق، بل لاستفادته من سياق نصوص المقام. وأما ما ذكره ^{ثُمَّ} من الرجوع للقرعة فهو يبتني على ثبوت عموم الرجوع إليها، وقد تقدم في المسألة التاسعة والثلاثين من مقدمة كتاب التجارة الإشكال في ذلك.

مضافاً إلى أن انحصار الخلاف بهما في ملكية ما هو خارج عن يدهما قد لا يستلزم العلم بانحصار المالك بهما، بل قد يحتمل معه كونه ملكاً لشخص ثالث، وحينئذٍ يشكل الإقراع بينهما لا غير. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم. (١) أما إذا اتصل ببناء أحدهما فهو المصرح به في المبسوط وما بعده وفي مفتاح الكرامة أنه مما طفحت به عباراتهم. والوجه فيه أنه يكون هو المختص باليد عليه عرفاً، فيقبل قوله فيه.

نعم لا بد أن يكون الاتصال بنحو تتداخل أحجار البناء بأحجار الحائط ويكون جزئين لشيء واحد عرفاً لتكون اليد على أحدهما يداً على الآخر، ولا يكفي كونه إلى جنبه مجاوراً له من دون ذلك، كما صرحوا به.

وأما إذا كان له عليه طرح فهو المصرح به في السرائر والشرايع وجملة من كتب العلامة والدروس وغيرها. وهو الذي ذكره في المبسوط أولاً فيما إذا كان عليه قبة أو نحوها، وإن قوى بعد ذلك الرجوع للقرعة. والوجه فيما ذكره ظهور ذلك في كونه تحت يده، وهو أمانة على ملكيته له.

نعم منع من الاكتفاء بوضع جذع أو جذوع عليه في المبسوط والخلاف وقد يظهر التوقف فيه من غيرهما، لعدم دلالته على الاختصاص، لما في الخلاف من أنه قد

يكون مأذونا في ذلك من جاره، ولأنه قبل وضع ذلك عليه كان محكوماً بأنه مشترك بينهما بلا خلاف، ولا دليل على تبدل الحال بوضعه.

ويندفع بأن اليد على الجذع يد على ما تحته عرفاً، وظاهر التصرف المذكور الاستحقاق والاختصاص.

نعم قد يتجه ذلك فيما لو علم بسبق خلوّ الجدار عن الجذوع، بحيث كان محكوماً عرفاً بأنه لهما، ثم استحدث وضع ذلك عليه، وادعى الجار عدم استحقاق وضعه وتعديده فيه. بخلاف ما إذا لم يسبق الحكم بأنه لهما عرفاً، كما لو كان ملك الجار لأرضه بعد وضع الجذوع على الجدار، أو جهل الحال. حيث يتعين الحكم بكونه لصاحب الجذوع، كما سبق.

هذا كله مع الجهل بمالك أرض الجدار. أما مع العلم بمالكها فمنها فالظاهر الحكم بملكية الجدار له حتى في صورة وضع الخص من الآخر، لأن يد المالك على الأرض تستتبع يده على ما فيها عرفاً، ووضع الخص من الآخر لا يقوى على رفع اليد عن الظهور المذكور.

بخلاف ما إذا كان متداخلاً في بناء الآخر، فإن وحدة البناء هي الأقوى ظهوراً في ملكية تمامه، ويحكم بعدم استحقاقه وضعه أو وضع بعضه في أرض الجار.

هذا والمعروف بين الأصحاب أن الخص بين الدارين يحكم به لمن إليه معاهد القمط، ونسبه غير واحد للمشهور، بل ادعى الإجماع عليه في الخلاف والغنية والسرائر وظاهر التذكرة.

وقد ينسب الخلاف في ذلك للمبسوط والنافع والإيضاح والمهذب البارع والصيمري والمقتصر. وإن كان في نسبه للمبسوط اشكال، للاقتصار فيه على نسبه لرواية أصحابنا. وكذا للنافع، حيث أفتى به أولاً، ثم استشكل في دليله بضعف إحدى الروايتين الآتيتين، ودعوى أن الثانية قضية في واقعة.

وكيف كان فيشهد له صحيح منصور بن حازم المروي في الكافي والتهذيب عن

أبي عبد الله: «سألته عن خص بين دارين فزعم أن علياً قضى به لصاحب الدار الذي من قبله وجه القمط»^(١). وقريب منه خبر جابر عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام^(٢).

ولو استشكل في الثاني بضعف السند كفى صحيح منصور. وما سبق من النافع من أنه قضية في واقعة. مندفع بأن نقل الإمام الصادق عليه السلام في الجواب له في بيان حكم المسألة ظاهر في عموم القضاء به.

نعم روى في الفقيه حديث منصور بسند آخر معتبر وفيه: «عن حظيرة بين دارين». كما رواه الكليني كذلك بسند صحيح آخر عن منصور بن حازم. ومن ثم قد يكون الصحيح مضطرب المتن، حيث قد يبعد تعدد السؤال مع وحدة اللسان في الطرق الثلاثة.

لكن من القريب كون المراد بالحظيرة هنا الحائط حيث يظهر من بعض كتب اللغة أنه قد يراد به ذلك، وفي بعضها أن من معانيها كل ما حال بينك وبين غيرك. ولا ينافيه مادة اشتقاقها فان الحظر هو المنع. كما أنه المناسب لما في الفقيه من جعله الحديث المذكور وحديث جابر المشتمل على النخص في باب الحكم في الحظيرة بين دارين، ثم تفسيره للنخص بالطن الذي يكون في السواد بين الدور. والطن هو حزمة القصب. حيث يرجع ذلك إلى اتحاد الوجهين معنى، واختلاف اللفظ بسبب النقل بالمعنى، من دون اضطراب في متن الحديث.

وإلا فلو أريد بالحظيرة البيت من قصب ونحوه توضع فيه الحيوانات ليمنعها من الحر والبرد لم يناسب السؤال والجواب في الحديث، لظهور أنها لما كانت بين الدارين فكل من الدارين إلى جانب أحد حيطانها وخصاصها، ولا يختص بها أحدهما. بخلاف الحائط الواحد من القصب ونحوه الذي بين الدارين، فإن له جانبيين لا غير أحدهما فيه القمط دون الآخر، فيختص إحدى الدارين بالجانب الذي فيه القمط كما تضمنه الجواب.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٤ من أبواب كتاب الصلح حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٤ من أبواب كتاب الصلح حديث: ٢.

مع اليمين (١) ولا يتصرف الشريك في الحائط والدولاب والبئر والنهر بغير إذن شريكه (٢) إلا فيما قامت السيرة على جوازه (٣)، ولا يجبر الشريك على

وبذلك يظهر الحال في الخصم بالضم، فإنه وإن فسر في غير واحد من كتب اللغة وبعض كتب الفقه بالبيت من قصب، أو منه ومن الشجر، بل لم أعر على تفسيره بالحائط من القصب ونحوه عدا ما في بعض كلمات المعاصرين، ويناسبه ما سبق من الفقيه من تفسيره بالطن - الذي هو حزمة القصب - الذي يكون بين البيوت في السواد. فإن ما بين البيوت المذكورة هو الجدار من قصب ونحوه يتخلله حزمات من قصب ونحوه تشدّ به، ليتناسك الجدار ولا يميل أو يسقط، وذلك هو المناسب للجواب، كما يظهر مما سبق. وهو المناسب لفتوى الأصحاب حيث جعل بعضهم ذلك من فروع النزاع في الجدار بين الدارين.

هذا ومن القريب كون ذلك من الأمارات العرفية على ملكية الخصم بالمعنى المذكور، واختصاص من إلى جانبه معاهد القماط به، بنحو يستغني بذلك عن التعبد بالنص.

ويلحق بمعاهد القماط في عصورنا الأطواق التي تكون في أحد جانبي الجدار لتقويته وإحكامه، حيث يتعارف جعلها إلى جانب دار مالك الجدار. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) لظهور أن اليد وغيرها من الأمارات لا توجب اليقين، بل هي حجة محتملة الخطأ، فيكون صاحبها منكرًا، وعليه مع التداعي والخصومة اليمين.
(٢) بلا خلاف ولا إشكال. لمنافاته لسلطنة الشريك على ماله، كما تقدم في كتاب الشركة، وتقدم ما ينفع في المقام. ومنه يظهر عدم خصوصية الأمور المذكورة في ذلك، بل يجري في كل عين مشتركة.

(٣) كمس الجدار والاتكاء عليه، واستقاء أحد الشريكين من البئر المشتركة بين الدارين.

العمارة إذا احتاجت العين المشتركة إليها (١).

هذا وما تقتضيه السيرة (تارة): يعم غير الشريكين، كمس الجدار من جهة الطريق والاتكاء عليه ونحوهما، حيث تجوز للاجنبي بمقتضى السيرة القطعية، للحرَج النوعي على المارة بتجنبه. إلا في حالة طارئة، كما لو كان بناؤه بعد طرياً، بحيث يتعرض بذلك للضرر (وأخرى): يختص بالشريكين، كالاتقاء من البئر المشتركة بين الدارين.

والترخيص في الأول شرعي في الشريك وغيره يرجع إلى قصور سلطنة المالك شرعاً عن التصرف المذكور. ومعه ليس للمالك المنع، كما صرح بذلك في الدروس في الجدار. لقصور سلطنته عن التصرف المذكور، فلا يجب استئذانه فيه. ومنه يظهر ضعف ما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك من أن له المنع، لأنه نحو تصرف في الجدار. لاندفاعه بأنه إنما ينفع مع عموم السلطنة له، وهو ممنوع لما سبق.

نعم لو ابتنت الشركة على عدم التصرف المذكور، بحيث يكون شرطاً صريحاً أو ضمناً فيها تعين امتناع الشريك منه، عملاً بالشرط، لا بمنع الشريك. لكنه يختص بموضوع الشرط، وهو الشريك، ولا يعم الأجنبي. إلا أن يشترط عليه أيضاً في عقد خاص.

أما الثاني فالترخيص فيه مالكي راجع إلى ابتناء إقدامها على الشركة على سلطنة كل منها على التصرف المذكور، فهو شرط ارتكازي في الشركة تبعاً للتعارف. وفي مثله لو ابتنت الشركة على خلاف ذلك خروجاً عن المتعارف تعين عدم جواز التصرف المذكور بغير إذن الشريك، كما تقدم منا التنبيه لذلك في المسألة الخامسة من كتاب الشركة.

(١) كما في المبسوط والخلاف والشرايع وجملة من كتب العلامة والدروس وغيرها، وظاهر التذكرة الإجماع عليه. وبعضهم وإن ذكره في الجدار، إلا أن بعضهم

(مسألة ٢): لا يجوز للعجار أن يتصرف في ملكه تصرفاً يوجب الضرر

المعتد به على جاره (١) إذا كان الضرر غير متعارف وقوعه فيما

صرح بالتعميم لغيره من الأعيان المشتركة، كما في الخلاف والقواعد والدروس. ولا ينبغي الإشكال في ذلك، لعدم المنشأ لوجوب البذل عليه، ليجبر عليه. نعم لو توقف الانتفاع بالعين المشتركة على البناء أو غيره لم يبعد أخذ الاشتراك في الإنفاق شرطاً ضمناً في الاشتراك، كما في مثل البئر والنهر والسيارة، حيث لا يبعد ابتناء الاشتراك فيها على اشتراط الاشتراك في نفقة استدامة الانتفاع بها من بناء أو كرى وتنظيف أو تصليح أو غيرها.

كما أنه لو كان الاشتراك في العين قهرياً، كالعين الموروثة، فالإنفاق بالوجه المذكور وإن لم يكن شرطاً، إلا أن تعطيل العين عن الانتفاع حيث يكون مضرراً بالشريك عرفاً كان له رفع الأمر للحاكم الشرعي، لتجنب الضرر المذكور بالقسمة لو أمكنت أو بالإنفاق من ماله أو من ريع العين بعد جعلها صالحة للانتفاع أو غير ذلك مما يتيسر ويكون أقل نفقة وكلفة.

ونظير ذلك ما لو اشتركا في عين يتوقف الانتفاع بها وحفظ ماليتها على بذل مال، كما لو صادوا سمكاً أو طيراً أو اقتطفوا ثمرة مباحة أو غير ذلك أو ورثا شيئاً من ذلك، وتوقف حفظهما والانتفاع بها على بذل مال، لحراستها أو نقلها للمدينة أو نحوهما، فإنه يجري الوجهان السابقان فيها من الشرط الضمني في الاشتراك الاختياري، والترافع للحاكم الشرعي في الاشتراك القهري.

نعم ما لا يهتم بالانتفاع به - كالجدار بين البساتين - لا مجال لجريان أحد الوجهين فيه. فلاحظ.

(١) صرح جمهور الأصحاب بأن للإنسان أن يتصرف في ملكه كيف شاء وإن كان مضرراً بجاره، وعن الكفاية أن ذلك هو المعروف من مذهب بين الأصحاب، ونفى الخلاف فيه في المبسوط والغنية والسرائر، فله أن يحفر بئراً في داره ولو أضرت

في تصرف الجار في ملكه تصرفاً يوجب الضرر على جاره ٣٢١

ببئر جاره.

وفرقوا بينه وبين الأرض الميتة بأن الأرض الميتة لاحق لأحد فيها، فمن سبق إلى حفر البئر فيها ثبت له حريمها تبعاً لها، بخلاف الأرض المملوكة، لثبوت حق مالكتها فيها، ولا مرجح لبعض الملاك على بعض، بحيث يمنعه من التصرف في ملكه. وهو كما ترى! (أولاً): لأنه يقصر عما إذا كان إحياء الأرض بجعلها داراً متأخراً عن إحياء من سبقه لأرضه بجعلها داراً وعن حفر البئر فيها.

(وثانياً): بأن دليل الحريم كما يقتضي قصور إباحة الإحياء في الأرض الميتة عن مقدار الحريم يقتضي قصور سلطنة المالك عن مقداره في ملكه.

فالعمدة في المقام: أن دليل حريم البئر يختص ببئر المعطن والناضح. وحريم بئر المعطن قد ثبت بلحاظ حاجة الإبل التي تستقي منها لمكان تتجمع فيه للاستقاء، ولا موضوع لذلك في بئر الدار. كما أن حريم بئر الناضح قد ثبت بلحاظ الحاجة للأرض بسبب التردد للبئر بنحو يؤثر على حاجة البئر القريبة منها. ولا يجري ذلك في بئر الدار التي يكون الاستقاء منها قليلاً. ولو كان بلحاظ أصل الاستقاء وإضراره بماء البئر الأخرى وإن قل لعم بئر المعطن.

وعلى ذلك لو كان المراد من بئر الدار الاستقاء الكثير بنحو تكون بئر ناضح تعين مراعاة الحريم المذكور لها، لإطلاق دليله وتقييده لعموم دليل السلطنة على المال، نظير تقييده لإطلاق إباحة الإحياء في الأرض الموات.

ولعله خارج عن مورد كلامهم بل لعله فرض لا واقع له، لأن الدار محاطة بسورها فكيف يكون لها حريم أكثر منه؟!

وأظهر من ذلك الحال في تحديد حريم العين. لصراحة بعض نصوصه في حفر العين في القرية وهي أرض مملوكة. نعم تقدم هنالك تقريب التعدي في حريمها للبئر. فراجع.

هذا وأما الإضرار في غير ما ثبت له حريم شرعاً فقد عرفت منهم جوازه.

ويظهر من جامع المقاصد التردد في ذلك، لأنه وإن ذكر التردد في الضمان مع الإضرار في سياق كلام للتذكرة بنحو يظهر منه أنه من تنمة كلام التذكرة، إلا أن عدم وجود ذلك في التذكرة، بل فيه التصريح بالجواز، شاهد بأنه أعرض عن إكمال كلام التذكرة واستأنف الكلام المتضمن للتردد. وعن الكفاية الإشكال في جواز ذلك مع كون الضرر فاحشاً.

وكيف كان فالمتعين المنع، لما تكرر منا من قصور قاعدة السلطنة عن صورة الإضرار بالغير، لحكومة قاعدة نفي الضرر عليها.

ولا سيما في الجار. للنهي عن الإضرار به في النصوص، كمعتبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قرأت في كتاب علي عليه السلام: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب بين المهاجرين والأنصار ومن لحق بهم من أهل يثرب: إن الجار كالنفس غير مصار، ولا إثم. وحرمة الجار على الجار كحرمة أمه...»^(١) ومعتبر زرارة عنه عليه السلام فيما كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لفاطمة عليها السلام وفيه: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره»^(٢) وغيرهما.

وأما ما في مفتاح الكرامة من أنه لا مجال لذلك بعد إطباق الأصحاب على الجواز تحصيلاً ونقلاً.

ففيه أنه لم يتضح بلوغ ذلك حد الإجماع الذي ينهض بالخروج عن مقتضى الأدلة، لا لما تقدم من جامع المقاصد وعن الكفاية، فإنها متأخران لا يقدحان في الإجماع، بل لقرب ابتناء كلام من سبق منه المنع على الرجوع لقاعدة السلطنة، والغفلة عن حكومة قاعدة نفي الضرر عليها. وقد أطل بعد ذلك في التفصيل في صور المسألة بما لا مجال للتعرض له وظهور ضعفه بعد ما سبق.

(١) وسائل الشيعة ج: ٨ باب: ٨٦ من أبواب كتاب أحكام العشرة حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ٨ باب: ٨٦ من أبواب كتاب أحكام العشرة حديث: ٣.

في تصرف الجار في ملكه تصرفاً يوجب الضرر على جاره ٣٢٣

بين الجارين (١) فلو تصرف كذلك وجب عليه رفعه (٢)، إلا إذا كان ترك التصرف يوجب ضرراً على المالك، فيجوز له ذلك (٣)، ويضمن الضرر الوارد على جاره إذا كان مستنداً إليه عرفاً على الاحوط إن لم يكن أقوى (٤)،

(١) أما ما يتعارف وقوعه بينهم فيكفي في الدليل على جوازه السيرة. وبها يخرج عما سبق. بل لا يبعد انصراف عموم دليل قاعدة نفي الضرر عنه. وكذا ما دل على النهي عن الإضرار بالجار لانصرافه للإضرار المنافي لحسن الجوار، والإضرار المذكور لا ينافيه عرفاً.

(٢) فإن ما سبق كما يقتضي حرمة إيقاع ما يوجب الضرر يقتضي حرمة إيقاعه. (٣) كما قطع بذلك في الرياض. لما تكرر منا في نظائر المقام من سقوط قاعدة الضرر بلحاظ التعارض بين تطبيقها في حق المالك وتطبيقها في حق الآخر، ومعه لا دافع لمقتضى السلطنة في حق المالك.

لكن احتاط بعض مشايخنا ^{رحمهم الله} في المقام، ولم يجزم بالجواز. ولعله لخصوص النصوص الواردة في الجار، حيث قد يستظهر منها خصوصية الجار وأهمية حرمة الإضرار به وإيذائه بنحو يصعب معها البناء على عموم قاعدة السلطنة حينئذٍ. فلاحظ. والله سبحانه العالم العاصم.

(٤) أما في فرض حرمة الإضرار فللقاعدة الضمان بالإتلاف. وأما في فرض جواز الإضرار فقد يشكل بأن المتيقن من قاعدة الضمان بالإتلاف ما إذا كان الإتلاف عدوانياً غير مستحق، دون ما إذا كان بحق.

ودعوى: أن استحقاق الاتلاف لا ينافي ضمانه. مدفوعة بأن ذلك وحده لا يكفي في الضمان ما لم يكن هناك دليل يقتضي الضمان، ولا مجال لذلك في قاعدة الضمان بالإتلاف، لعدم الإطلاق في دليلها، وإنما هي متصيدة من النصوص الواردة في الموارد المتفرقة، وهي مختصة بما إذا كان الإتلاف عدوانياً غير مستحق. وهو المتيقن

فإذا حفر في داره بالوعدة تضر بئر جاره وجب عليه طمها إلا إذا تضرر من ذلك فيضمن لجاره الضرر حيثئذ ولا يجب عليها طمها. وفي جريان الحكم المذكور لو كان حفر البئر متأخراً عن حفر بالوعدة إشكال (١)، ولا سيما مع التمكن من حفر البئر، في موضع آخر لا يحصل منه الضرر على البئر، بل الأظهر في هذه الصورة عدم لزوم طم بالوعدة (٢) وعدم ضمان الضرر

من المرتكزات العقلائية التي لا يبعد جري النصوص والفتاوى عليها.

كما لا مجال لقياسه على مثل الاضطرار لأكل طعام الغير، حيث لا إشكال في الضمان معه ولو مع الترخيص في الإلتلاف شرعاً.

للفرق بأن الأضطرار لا يرفع ملاك التحريم وإن سقط عن الفعلية، بخلاف المقام حيث لا ملاك للتحريم، وقضاء المناسبات الارتكازية بإلحاق الأول بموارد نصوص الضمان لا يستلزم إلحاق المقام بها. فلاحظ.

(١) بل منع، لعدم انتساب الإضرار لصاحب بالوعدة، فلا يكون معتدياً بذلك. غاية الأمر تعذر حفر البئر حيثئذ، وهو ليس إضراراً.

نعم إذا كان من شأن الجار أن يحفر البئر في المكان الخاص، وليس من شأن صاحب بالوعدة حفرها في المكان المضر به، فسبق وحفرها، كان مضراً بجاره في حفرها ومؤذياً له بذلك، فيحرم عليه حفرها ويجب عليه طمها إذا أراد الجار حفر البئر.

لكن لا يستند إليه الإضرار بالبئر عرفاً لو حفرت قبل طم بالوعدة، ليكون ضامناً لنقصها حيثئذ.

(٢) بلا إشكال ظاهر، لاستناد الضرر لسوء اختيار حافر البئر لمكانها. ومن أجل ذلك لا يصدق إيذاء الجار عرفاً بحفر بالوعدة. من دون فرق في الأمرين بين إمكان حفر بالوعدة في مكان آخر وعدمه.

الوارد على البئر (١).

(مسألة ٣): إذا اختلف صاحب العلو وصاحب السفلى كان

القول قول صاحب السفلى في جدران البيت (٢) وقول صاحب العلو في

السقف (٣)

(١) مما سبق يظهر عدم الضمان مع سبق حفر البالوعة مطلقاً حتى مع حرمة حفرها، لعدم كونها في الموضع المناسب وصدق إيذاء الجار بحفرها.

(٢) كما في المبسوط والشرايع والتحرير والقواعد والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، وفي المسالك أنه المشهور. لما ذكره غير واحد من أن جدران البيت من أجزائه، ويده عليه يد عليها، فيحكم بأنها ملكه.

وعن ابن الجنيد فيما لو كانت جدران البيت حامله للغرفة - كما هو مورد كلامهم ظاهراً - أنه يحكم به لهما معاً. قال في المختلف: «وكأنه نظر إلى أن لكل من صاحب العلو والسفلى يداً عليه وتصرفاً فيه. ولا بأس بهذا القول».

لكن الاشتراك بينهما في اليد غير ظاهر، بل الظاهر عدمه. ومجرد الاشتراك بينهما في التصرف فيه والانتفاع به لا يقضيه.

ومنه يظهر ضعف ما في التذكرة من الإشكال فيما عليه المشهور بمشاركة صاحب العلو لصاحب السفلى في الانتفاع والتصرف معاً، بل تصرفه وانتفاعه أكثر.

(٣) كما في السرائر والمختلف، وحكاة عن ابن الجنيد. وعليه جرى في الجملة في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومال إليه في الروضة، وربما حكى عن غيرها. قال في السرائر: «لأن الغرفة لا تكون بلا أرض، والبيت قد يكون بلا سقف... فترجحت دعواه بهذا الاعتبار».

وزاد في الروضة والمسالك أن تصرفه فيه أغلب من تصرف الآخر، بل في التذكرة أنه ينفرد بالتصرف فيه.

ويشكل الأول بأن المفروض أن كلا منهما يملك بيتاً جزء منه السقف، والبيت

المذكور تحت يده.

والثاني بأن زيادة التصرف أو الانفراد به ليسا دليلاً، ولا يقتضيان بنفسهما اليد عرفاً.

وفي الشرايع واللمعة أن المرجع القرعة. وعليه جرى في الخلاف للإجماع على عموم الرجوع لها، وإن جوز بعد ذلك التنصيف، كما جعله الأحوط في المبسوط بعد أن حكم بالتنصيف. وإن كان جمعها بين الأمرين ظاهر الأشكال.

ويشكل بها أشار إليه في الجملة غير واحد بأنه لو تم عموم الرجوع للقرعة في كل أمر مشكل فهو يختص بما إذا لم يكن هناك أمانة على الاشتراك، وهي اليد في المقام، فإن السقف المذكور جزء من كل من البيتين عرفاً، كالحائط بين الدارين، فيكون يد كل منهما على بيته يداً عليه عرفاً، وذلك يقتضي الاشتراك، كما قواه في الدروس وتقدم من المبسوط والخلاف في الجملة بل في المبسوط بعد ما سبق: « ولا خلاف أنه لا يجوز لصاحب السفلاي أن يسمر مسماراً في سقف هذا البيت إلا بإذن صاحب العلو، ولا لصاحب العلو أن يتد فيه وتداً إلا بإذن صاحب السفل » وهو يناسب الاشتراك جداً. وأما ما في جامع المقاصد من أن كونه سماء له لا يقتضي كونه تحت يده. فهو لا يخلو عن غرابة بعد كونه عرفاً جزءاً من البيت الذي هو له وتحت يده، كما هو جزء من البيت الأعلى.

هذا وفي القواعد أن الاحتمالات المتقدمة إنما تجري في السقف الذي يحتمل إحداثه بعد بناء جدران العلو كالجدوع التي يمكن ان يثقب لها في وسط الجدار، فيصير البيت الواحد بيتين، أما ما لا يمكن إحداثه إلا قبله، كالتصل بالجدار الأسفل والداخل في عقد جدرانه فيحكم به لصاحب الأسفل.

وعلى ذلك جرى في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة، وفي الأخيرين أن الخلاف المتقدم والاحتمال إنما هو في الأول.

وقد استدل على الحكم في الثاني بأنه لصاحب السفل بأن اتصاله ببنائه دليل

وجدران الغرفة (١) والدرجة (٢)، وأما الخزانة تحتها فلا يبعد كونها

على كونه جزءاً منه.

ويشكل بأن ذلك لا ينافي كونه جزءاً من الأعلى أيضاً، لأنه أرض له، فيكون تحت يدهما معاً، لأنه جزء من بيت كل منهما، ولا شاهد على اختصاص صاحب الأسفل به. ولا يقاس بالجدار، حيث إنه إذا اتصل ببناء أحدهما حكم له به. لأن الجدار بذلك يكون عرفاً جزءاً من البيت الذي اتصل ببنائه دون الآخر. بخلاف السقف، حيث ينتهي غالباً على الدخول ببناء الأسفل من دون أن يخرج عن كونه جزءاً من الأعلى أيضاً، بل هو من أهم أجزائه، لكونه أرضاً له.

نعم لو علم بسبق استقلال صاحب الأسفل ببيته قبل بناء الأعلى واستقلال صاحبه به، تعين استقلال صاحب الأسفل باليد على السقف والحكم به له تبعاً للبيت، ولا يعتنى باحتمال مشاركة صاحب الأعلى له حين بنائه، لمنافاته لليد، ولا باحتمال تجدد مشاركته له فيه، لمخالفته للأصل. ولعله خارج عن محل كلامهم.

(١) كما صرح به غير واحد ممن تقدم، والظاهر عدم الإشكال فيه، لاختصاصه باليد عليها والانتفاع بها، بخلاف جدران الأسفل، لاشتراكهما بالانتفاع بها، كما تقدم من ابن الجنييد وغيره، وإن تقدم الإشكال فيه.

(٢) كما في المبسوط والشرايع وجملة من كتب العلامة والشهيدان وجامع المقاصد وغيرهما، بل لم ينقل الخلاف فيه إلا ما يأتي في بعض فروض المسألة. وقد علل في كلامهم باختصاصه بالتصرف فيها.

ولعل الأولى توجيهه بأنه من لواحق العلو عرفاً بحيث ليس من شأنه الانفكاك عنه، فيكون تحت يده تبعاً له، كسائر شؤونه. ولا يقدر في ذلك مالو كانت أرضها ملكاً لصاحب الأسفل، لأن اليد على الأرض وإن كانت تقتضي اليد على ما فيها، كما تقدم في الجدار، إلا أن تبعيتها للأعلى هنا أقوى من تبعيتها للآخر في اليد. نظير ما لو خرج طرف الخشبة المتصلة ببناء أحد الجارين لأرض الآخر أو فضائه، حيث لا

لصاحب السفلى (١) وطريق العلو في الصحن بينهما.

يمنع ذلك من اختصاص من اتصلت بناؤه باليد عليها.

هذا وفي الدروس: «ولو اتفقا على أن الخزانة لصاحب الأسفل فالدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل، فيقتضي بها بينهما». وقريب منه في الروضة، وبناءه في المسالك على الكلام في السقف.

ويشكل بأن السقف مقوم للبيت عرفاً، بخلاف الخزانة، فإنها لا تتقوم بالسقف، بل قد يلحظ فيها مجرد مكان وضع المتاع، كما لو كان مكشوفاً. مع أن تبعية الدرج للأعلى أقوى عرفاً. فلا مخرج عما سبق.

(١) كما مال إليه في الجواهر، وحكاها في مفتاح الكرامة عن مجمع البرهان والارشاد، وإن كان الموجود في الإرشاد أنها بينهما. وهو الظاهر من المبسوط، بل يظهر منه المفروغية عنه، وإن نسب له في مفتاح الكرامة القول بأنها للأعلى. لأن ملاحظة تمام كلامه تشهد بأن مراده ذلك في الدرج لا في الخزانة. وكيف كان فالوجه فيه أنها من توابع الأسفل وأجزائه فتكون تحت يد صاحبه عرفاً. ولا وجه لكونها للأعلى بعد إمكان اختصاصه بالدرج التي هي مورد حاجته، دون ما تحتها.

نعم قد يدعي اشتراكها فيها، كما تقدم من الإرشاد واختاره في الشرايع والقواعد والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة. لأن مطلب صاحب العلو للدرجة يناسب ملكه لما تحتها، كما أن اتصالها بالأسفل وكونها من بيوتها يناسب ملكه لها، وذلك يقتضي الاشتراك بينهما.

لكن ذلك وحده لا يكفي في الحكم بالاشتراك مالم يتحقق الاشتراك بينهما في اليد، وقد سبق اختصاص صاحب الأسفل بها عرفاً.

وأشكل من ذلك ما في التحرير من أن الدرجة لو نصبت على العرصة من دون خزانة تحتها فما تحت الدرجة من العرصة لصاحب الأعلى.

والباقى للأسفل (١)،

ولم يتضح الوجه فيه، بل المقدار المذكور من العرصة من أجزاء الأسفل وإن لم يكن فيه خزانة ولا بيت، فيتعين كونه بينهما بناء على ما سبق منهم في الخزانة، ولصاحب الأسفل بناء على ما سبق منا.

نعم لو استقل بناء الدرجة عن الأسفل وحجب ما تحتها عنه، بحيث لا فراغ تحتها يلحق به كان صاحب الأعلى منفرداً باليد على الدرجة.

(١) كما صرحوا بذلك على تفصيل منهم لا يسعنا استقصاؤه.

والذي ينبغي أن يقال: إذا كانت الدرجة في عرصة الأسفل التابعة له والتي هي جزء منه فهي بتامها لصاحب الأسفل، لأنه صاحب اليد عليها عرفاً. غاية الأمر أن لصاحب الأعلى حق الاستطراق فيها لدرجته، من دون أن يكون مالكاً لمقدار الطريق، نظير صاحب النخلة في بستان الغير، حيث يكون له حق الاستطراق إليها. وعليه لو ارتفع موضوع الاستطراق بتلف البناء الأعلى أو نحوه لا يبقى له حق في شيء من الأسفل.

نعم لو انفصل الممر عن الأسفل ببناء أو نحوه كان لصاحب الأعلى كالدرجة، لانفراده باليد عليه عرفاً.

أما إذا كانت الدرجة في عرصة منفصلة عن الأسفل يمر كل منهما للملكة منها تعين اشتراكهما في العرصة المذكورة بتامها لاشتراكهما في اليد عليها لتبعيتها للملكة معاً بسبب الحاجة إليها والمرور منها، ولا مرجح لأحدهما بعد انفصالها عن ملك كل منهما.

بقي شيء. وهو أن مرادهم بالحكم في فروع هذه المسألة بملكيتهما أو ملكية أحدهما لشيء هو ملكيته ظاهراً تبعاً لليد، فيحكم بذلك له مع عدم الخصومة، أما معها فلا بد من يمين من يحكم له به قطعاً للخصومة، لأنه المنكر.

هذا إذا لم تكن للمدعي بينة وإلا حكم له تبعاً لها. ولو أقام كل منهما البينة

ويجوز للجار عطف أغصان الشجرة عن ملكه إذا تدلت عليه (١)،

جرى ما سبق منا في حكم تعارض البيئات من المسألة الأولى. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب بنحو يظهر منهم الاتفاق عليه في الجملة لأن إشغال داره بملك غيره مناف لسلطته على ملكه. وإنما الكلام في أمرين (الأول): وجوب استئذان المالك في ذلك مع الإمكان. ومقتضى إطلاق المتن والإرشاد عدم وجوبه، بل هو ظاهر المسالك، وهو صريح جامع المقاصد ومحكي مجمع البرهان وغيرها.

قال في جامع المقاصد: «لأن إزالة العدوان عليه أمر ثابت له، وتوقفه على إذن الغير ضرر». وزاد في المسالك: «ولأنه لو توقف على إذن المالك لتوقف على إذن الحاكم مع امتناعه، إذ لا يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذنه أو إذن من يقوم مقامه». هذا ولا يخفى أن مقتضى القاعدة وجوب الاستئذان من مالك الأغصان، لعموم قاعدة السلطنة في حقه، خصوصاً مع تردد العطف بين وجوه قد يرى الصلاح في ترك بعضها، فيرجع إليه في اختيار الوجه المناسب.

ولا مجال للخروج بالوجهين المذكورين عن ذلك. أما الأول فلعدم اطراده بل كثيراً يسهل ولا يلزم منه الضرر، إما لعدم كون تدلي الأغصان مضراً، أو لإحراز رضا صاحب الأغصان بعطفها، فلا يحتاج للاستئذان منه، وإما لسهولة استئذان صاحبها. ولو صعب استئذانه لسفر أو نحوه مع إضرارها فقد يسهل استئذان الحاكم الشرعي. ولو تعذر أو تعسر كان له الاستقلال بعطفها دفعاً للضرر.

وأما الثاني فلا مجال له، إذ ليس له المنع من التصرف في الأغصان، لمنافاة بقائهما لقاعدة السلطنة في حق جاره صاحب الدار، فلو منع لم يجب الاستجابة له، وسقط اعتبار إذنه، فلا يحتاج لإذن الحاكم الشرعي بدلاً عنه، لعدوانه، وليس لعرق ظالم حق.

ودعوى: أن امتناعه من الإذن إذا كان عدوانياً رجع ذلك إلى قصور سلطنته عن منع التصرف المذكور، لابتناء السلطنة على اختيار صاحبها في المنع من التصرف والإذن فيه، ولا معنى لسلطنته مع إلزامه بالإذن ومع قصور سلطنته لا يجب استئذانه من أول الأمر.

مدفوعة بأن لزوم الإذن عليه وعدم سلطنته على المنع لا ينافي سلطنته على ماله واحترامه ولزوم استئذانه ما لم يسقط احترامه بامتناعه. كما لا ينافي بقاء سلطنته على خصوصيات التصرف المختلفة، ولزوم استئذانه في اختيار بعضها. أما مع امتناعه من الإذن فيكون معتدياً في طلب الإبقاء وعدم الرضا بالإزالة، فتسقط حرمة كما سبق. ولعله لذا كان ظاهر أو صريح غير واحد وجوب مراجعة المالك وتوقف الاستقلال بذلك على امتناعه، كالمبسوط والشرايع والتذكرة والتحرير والدروس وغيرها، مع تصريح الكل بعدم وجوب مراجعة الحاكم لو امتنع المالك.

(الثاني): وجوب الإزالة على المالك. وهو ظاهر أو صريح المبسوط والشرايع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، بل صرح غير واحد منهم بضمانه لما يترتب عليه من الضرر لو امتنع من الإزالة. وصرح في التذكرة بعدم وجوب الإزالة عليه، بل يكفي إذنه فيها.

وفي الجواهر أنه مخالف للقواعد الشرعية. وكأنه لما صرحوا به من أنه لو مال حائطه على جاره أو على الطريق وجب عليه هدمه، وإلا ضمن.

وفيه: أن الضمان يختص بما إذا كان مفرطاً، كما تقدم في كتاب الغصب. وهو يختص بما إذا كان من شأنه القيام بذلك، ولا يتضح ذلك في المقام مع ترخيصه في الإزالة أو ترخيص الشارع مع امتناعه، كما هو المفروض.

ومن هنا يتعين قصر الوجوب والضمان على ما إذا استند إليه تدلي الأغصان على الجار عرفاً، كما إذا غرس الشجرة في موضع من شأنه السريان للجار، دون إذا لم يستند إليه، كما لو تدلت الأغصان على الجار بسبب نموها المفرط بسبب غير محتسب

فإن تعذر قطعها (١). وراكب الدابة أولى من قابض لجامها بجنايتها (٢).

أو بسبب ريح عاصف، أو بسبب انهدام منفذ من حائط الجار أو نحو ذلك.
(١) كما صرحوا به. لعين الوجه المتقدم على الخلاف المتقدم. وقد صرحوا أيضاً بعدم جواز قطعها مع إمكان عطفها، ونفى في مفتاح الكرامة وجدان الخلاف فيه. للزوم الاقتصار في دفع التعدي على داره على ما هو الأقل ضرراً على مالك الأغصان، لأنه المتيقن من دليل هدره وسقوط حرمة.
وبذلك يظهر أنه لو كان القطع هو الأقل ضرراً كان هو المقدم، كما لو كان حبس الأغصان عن الانتشار مضرراً بالشجرة لامتناعه أو غيابه.
أما مع مراجعته فله أن يفعل أو يأذن بها شاء. إلا أن يبلغ حد التبذير المحرم، كما هو ظاهر.

(٢) ذكروا في مبحث موجبات الضمان من كتاب الديات أن ركب الدابة وقائدها يضمنان ما تجنيه بيدها، ونفى في الجواهر وجدان الخلاف فيه، وفي الخلاف والغنية وظاهر المبسوط وعن غاية المرام الإجماع عليه.
ويشهد به صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن رجل يمر على طريق من طرق المسلمين فتصيب دابته إنساناً برجلها. فقال: ليس عليه ما أصابت برجلها، ولكن عليه ما أصابت بيدها، لأن رجلها خلفه إن ركب. فإن كان قادها فإنه يملك بإذن الله يدها يضعها حيث شاء... الحديث»^(١)، ونحوه صحيح سليمان بن خالد عنه عليه السلام^(٢).

وفي معتبر العلاء بن الفضيل عنه عليه السلام: «ليس عليه ما أصابت برجلها، وعليه ما أصابت بيدها. وإذا وقف فعليه ما أصابت بيدها ورجلها. وإن كان

(١) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ١٣ من أبواب كتاب موجبات الضمان حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ١٣ من أبواب كتاب موجبات الضمان حديث: ٩.

يسوقها فعليه ما أصابت بيدها ورجلها أيضاً»^(١) وفي موثق السكوني عنه عليه السلام: «انه ضمن القائد والسائق والراكب، فقال: ما أصاب الرجل فعلى السائق. وما أصاب اليد فعلى القائد والراكب»^(٢). وتضمنت ذلك نصوص أخر قد يأتي التعرض لبعضها.

وأما ما جتته برجلها فقد ذكروا عدم ضمانها له، وهو معقد إجماع الخلاف والغنية وظاهر المبسوط ويقتضيه مضافاً إلى الأصل النصوص المتقدمة.

لكن نسب للوسيلة ضمان الراكب ما تجنيه برجلها أيضاً، وإن لم تخل النسبة عن إشكال، لانه ذكر ذلك فيما إذا ساقه الراكب وضربه، مع حكمه بأنه لو ضربه غيره كان هو الضامن، حيث يظهر منه أن الضمان للضرب، لا للركوب والسياسة.

وكيف كان فيشهد له موثق أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام: « قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في صاحب الدابة أنه يضمن ما وطأت بيدها ورجلها وما نفحت برجلها فلا ضمان عليه إلا أن يضر بها إنسان»^(٣)، ومعتبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليه السلام: « أن علياً عليه السلام ضمن صاحب الدابة ما وطأت بيدها ورجلها. وما نفحت برجلها فلا ضمان عليه. إلا أن يضر بها إنسان... الحديث»^(٤)، ومعتبر اسحاق بن عمار عنه عليه السلام عن أبيه عليه السلام: « أن علياً كان يضمن الراكب ما وطأت الدابة بيدها أو رجلها. إلا أن يعثب بها أحد، فيكون الضمان على الذي عثب بها»^(٥)، وخبر أبي البختری عنه عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام: «أنه كان يضمن الراكب ما وطأت الدابة بيدها ورجلها. ويضمن القائد ما وطأت الدابة بيدها ويرثه من الرجل»^(٦).

-
- (١) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ١٣ من أبواب كتاب موجبات الضمان حديث: ٢.
 - (٢) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ١٣ من أبواب كتاب موجبات الضمان حديث: ٥.
 - (٣) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ١٣ من أبواب كتاب موجبات الضمان حديث: ٤.
 - (٤) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ١٣ من أبواب كتاب موجبات الضمان حديث: ٧.
 - (٥) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ١٣ من أبواب كتاب موجبات الضمان حديث: ١٠.
 - (٦) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ١٣ من أبواب كتاب موجبات الضمان حديث: ١٢.

لكن موثق أبي مريم وإن رواه في الوسائل عن الكليني والشيخ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ كما سبق، إلا أن الموجود في التهذيبيين الاقتصار فيه على اليد، من دون ذكر الرجل^(١). بل يظهر مما عن الوافي عدم وجود الرجل في الكافي أيضاً، حيث يناسب ذلك اختلاف نسخ الكافي.

وأما معتبر غياث فهو وإن رواه في الوسائل عن التهذيب كما سبق، إلا أن الصدوق رواه بسند معتبر أيضاً مقتصرأ فيه على اليدين من دون ذكر الرجلين^(٢). بل يظهر مما عن الوافي عدم وجود الرجل في التهذيب أيضاً، حيث يناسب ذلك اختلاف نسخ التهذيب.

مع أن مقتضى الجمع بين النصوص الكثيرة السابقة وحديثي أبي مريم وغياث لو تمت روايتهما بالوجه المتقدم حمل الأخيرين على السائق، كما تضمنه معتبر العلاء بن الفضيل، ويناسبه التعليل في صحيح الحلبي، لأن اليدين والرجلين جميعاً أمامه. ولا يعارضه معتبر السكوني الظاهر في ضمان السائق خصوص ما جنت الرجل دون ما جنت اليد.

لإمكان حمله بقريئة معتبر الفضل على ضمانه جناية الرجل مع جناية اليد في قبال القائد والراكب اللذين لا يضمنان جناية الرجل.

ولا سيما مع عدم القائل بظاهر معتبر السكوني، كما في الجواهر، بل نفى في الخلاف الخلاف في ضمان السائق الجميع، وادعى في الغنية وظاهر المبسوط الإجماع عليه.

وأما معتبر إسحاق بن عمار فهو وإن رواه في الوسائل عن الشيخ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ كما سبق، لكن الموجود في التهذيبيين: « كان يضمن الراكب ما وطئت بيدها ورجلها » بالواو، لا بأو.

(١) تهذيب الأحكام ج: ١٠، ص: ٢٢٧، الاستبصار ج: ٤، ص: ٢٨٥.

(٢) كتاب من لا يحضره الفقيه ج: ٤، ص: ١١٦.

وحيثئذ يحمل على أحد وجهين

(الأول): ما إذا كان الوطاء باليد والرجل معاً، فيكون سبب الضمان الوطاء باليد بقريئة النصوص الأول وهو يجري في حديثي أبي مريم وغياث، وإن كان الجمع الأول أقرب، بل هو المتعين.

(الثاني): ما ذكره الشيخ رحمته من حمل إطلاقه على ما إذا كان حين الركوب عليها واقفاً، بقريئة النصوص الأول الصريحة في الماشي. وخصوص معتبر الفضيل المتضمن للتفصيل بين الماشي والواقف.

فلم يبق إلا خبر أبي البخترى، حيث يبعد فيه الحمل الأول، لظهور قوله عليه السلام في ذيله: «ويبرئه من الرجل» في ملاحظة الرجل بانفرادها، والحمل الثاني، لظهور تعرضه لحكم القائد في فرض المشي.

لكن ضعفه مانع من التعويل عليه، فضلاً عن رفع اليد به عن النصوص الأول. ولا سيما مع ما سبق من ظهور عمل جمهور الأصحاب بالنصوص الأول وندرة القول بضمان الراكب لما تجنيه برجلها منا، وإن نسب لبعض العامة.

بقي في المقام أمور (الأول): سبق من جمهور الأصحاب إلحاق القائد بالراكب في عدم ضمان جناية الرجل، وهو معقد الإجماعات السابقة. ويقتضيه موثق السكوني، بل هو صريح خبر أبي البخترى، وظاهر قوله عليه السلام في صحيح الحلبي: «فإن كان قاد بها فإنه يملك بإذن الله يدها يضعها حيث يشاء» بلحاظ الاقتصار فيه على اليد مع سبق التفصيل بينها وبين الرجل في الراكب.

نعم في صحيح سليمان بن خالد: «وإن قاد دابة فإنه يملك رجلها بإذن الله يضعها بإذن الله». ومقتضاه ضمان القائد جناية الرجل.

لكنه وإن رواه في الوسائل هكذا عن الشيخ رحمته، إلا أن الموجود في التهذيبيين: «فإنه يملك يدها»، فيطابق صحيح الحلبي.

ولعله لذا لم يشر الاصحاب للاختلاف بين الصحيحين، ولم ينسب القول

بضمان القائد جناية الرجل لأحد.

(الثاني): ألحق جماعة ما تجنيه برأسها بما تجنيه بيديها في الضمان، ونسبه في الرياض للأكثر، وقد يرجع إليه ما في المبسوط من الاقتصار على الفم، وحمله على المثال.

لكن اقتصر على ما تجنيه بيديها في المقنعة والخلاف والمراسم والغنية والنافع. وكأنه للاقتصار على مفاد النصوص المتقدمة.

نعم قد يدعى أن مقتضى التعليل في صحيحي الحلبي وسليمان بن خالد بأن رجليها خلفه ضمان ما تجنيه بما يكون أمامه، ومنه الرأس. ويشكل بأن الأصل في التعليل أن يكون ارتكازياً، وذلك يناسب حمله على كون العلة هي أن الأمام تحت سيطرة الراكب ومن شأنه مراعاته، كما يناسبه قوله عليه السلام في الأول: « فإن كان قاد بها فإنه يملك بإذن الله يدها يضعها حيث شاء»، وذلك يختص باليدين، لأن توجيه سير الدابة يكون بهما، وهو تابع له. أما الرأس فكثيراً ما يحركه الحيوان من دون احتساب من الراكب بنحو خارج عن سيطرته، ولا يكون من شأنه مراعاته.

نعم لو كان الحيوان لجوجاً مضطرب الحركة. فقد يتجه الضمان، لأن من شأن راكمه وقائده مراعاته والتحفظ منه حينئذ، ويكون مفراطاً بإهماله.

(الثالث): قال في الشرائع: «ولو كان صاحب الدابة معها ضمن دون الراكب» ونحوه في النافع والقواعد واللمعة وعن غيرها. ولم يتضح الوجه فيه بعد إطلاق النصوص المتقدمة. وقد يحمل ذلك منهم على ما إذا كان هو السائق لها.

لكن من الظاهر أن المورد من اجتماع السبين للضمان. وحيث أشرنا آنفاً إلى أن ضمان من سبق بلحاظ أن من شأنه مراعاة الدابة وتوجيهها، فاللازم التفصيل بين اشتراكها في توجيهها والسيطرة على سيرها وانفراد أحدهما بذلك.

ففي الأول يشتركان في الضمان، لعدم المرجح لأحدهما بعد إطلاق دليل كل

وصاحب الأسفل أولى بالغرفة المفتوح بابها إلى غيره (١)

منها، وحيث يعلم بوحدة الضمان يتعين اشتراكهما، كسائر موارد اشتراك سببين في مسبب واحد. وفي الثاني يختص به المفرد فيهما أي كان.

وبذلك يظهر الحال فيما ذكره سيدنا المصنف رحمته من أولوية الراكب بالضمان من القابض على اللجام. فإنه إنما يتم مع عدم دخل القابض على اللجام بتوجيه الدابة، وإلا تعين انفراده بالضمان أو اشتراكه مع الراكب فيه على التفصيل المتقدم.

كما ظهر أن الحيوان لو خرج عن سيطرة الراكب والسائق والقائد فلا ضمان عليهم. إلا أن يكون خروجه متوقفاً بحيث يكونون مقصرين في استخدامه، فيتعين الضمان. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) المراد بذلك ما إذا كان على دار شخص غرفة مفتوح بابها على دار جاره وقد صرح بأنه يحكم بها لصاحب الدار، دون الجار في المبسوط والشرايع والتذكرة والقواعد والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد واللمعتين والمسالك وغيرها، ونفى الخلاف فيه في المبسوط.

وقد علل في كلامهم بأنها في ملكه، فتكون تحت يده، ومجرد فتح الباب لا يقتضي اليد. ويأتي تمام الكلام في ذلك.

ومقتضى إطلاق المبسوط والشرايع والتحرير والإرشاد واللمعة العموم لما إذا كان الجار هو المتصرف في الغرفة، بل قد يكون هو الظاهر من إطلاقهم، لأن جعل بابها للجار يلازم انفراده بالتصرف فيها نوعاً.

نعم لو كان لها باب آخر للدار أمكن انفراد كل منهما بالتصرف فيها أو اشتراكهما فيه. لكن الظاهر خروجه عن مفروض كلامهم.

وكيف كان فقد استشكل في القواعد في عموم ذلك لما إذا كان المتصرف هو الجار، وفي التذكرة أن الأقرب الحكم بها للجار حينئذٍ، قضاء باليد الدالة على الملكية، وفي جامع المقاصد أنه لا يخلو عن قوة، لأن يده فعلية، ومعها لا تثبت يد صاحب

مع التنازع (١) واليمين (٢)

الدار عليها تبعاً ليده على الدار.

وفي الدروس والمسالك والروضة أن الأقوى تقديم يد الجار، لأنها أقوى من يد صاحب الدار، وفي الاخيرين، لأن الأولى ذاتية والثانية تبعية بلحاظ تبعية الفضاء للأرض، مع احتمال تساويهما، لعدم تأثير قوة اليد.

وفيه: أن ثبوت اليد للجار وإن كان مسلماً، بل الظاهر انفراده بها. ولذا يكتفي باستثذانه بالتصرف فيها مع عدم المنازع، إلا أنها حادثة تبعاً لحدوث يد صاحب الدار على الفضاء وعلى الغرفة تبعاً له قبل تصرف الجار، ولا اعتبار باليد الحادثة ما لم يثبت كونها مالكة، نظير ما تقدم في ذيل الكلام في اختلافهما في السقف.

وبذلك يظهر أن الوجه في الحكم بها لصاحب الدار هو سبق يده، لا فعليتها، كما سبق منهم. وتبعيتها لما تحت يده بلحاظ فضاءها إنما يقتضي اليد مع عدم انفصالها وثبوت يد الغير عليها.

ومن الغريب ما في التذكرة من توجيه عدم الاكتفاء بفتح الباب في الحكم بها للجار بأن فتح الباب قد يكون بنحو الإعارة، ثم الحكم مع تصرف الجار بأنها له. إذ فيه: أن الإعارة تستلزم اليد وفعلية التصرف. فلاحظ.

نعم لو اعترف صاحب الدار بأنه قبل بناء الغرفة لم يكن مالكاً لفضائها، وإنما ملكها وملك فضاءها بعد بنائها اتجه ما ذكروه من الحكم بها للجار، لانفراده باليد. لكن الظاهر خروجه عن مفروض كلامهم. ولا أقل من انصرافه عنه.

(١) أما مع عدمه فيحكم بأنها للجار فيجوز شراؤها منه مثلاً، عملاً بمقتضى اليد التي هي حجة على الملكية وإن كانت حادثة، من دون حاجة للبيئة ولا لليمين. ولا مجال للحكم بها لصاحب الدار، لعدم فعلية يده. وسبقها إنما يقتضي الحكم بملكيتها لها مع منازعته لصاحب اليد الفعلية وحسم الدعوى لصالحه.

(٢) يعني: من صاحب الدار مع التنازع، لما سبق من أنه بسبب سبق يده يكون

وعدم البينة(١).

(مسألة ٤): الأراضي المنسوبة إلى طوائف العرب والعجم وغيرهم
لمجاورتها لبيوتهم ومساكنهم من دون تملكهم لها بالإحياء أو السبق
والتصرف بعنوان الملك(٢) باقية على إباحتها الأصلية(٣)،

منكراً، ولا بد له في حسم الدعوى عليه من اليمين. نعم لو لم تسبق يده اتجه الاكتفاء
باليمين من الجار، ثم الحكم بها له، لكونه هو المنكر.

(١) يعني: من الجار، لكونه مدعياً بسبب سبق يد صاحب الدار، فيكلف
بالبينة. نعم لو لم تسبق يد صاحب الدار كان هو المكلف بالبينة، لأنه هو المدعي. ولو
كان لكل منهما بينة جرى حكم تعارض البنات الذي تقدم عند الكلام في التنازع في
الجدار. فراجع.

(٢) الظاهر أنه إشارة لما يأتي في المسألة الخامسة من تملك الأرض العامرة
بالسبق إليها. أما السبق للأرض الميتة بنية التملك فهو لا يوجب التملك، لعدم
الدليل عليه، ومقتضى الاستصحاب عدمه. بل مقتضى إطلاق دليل مملكية الإحياء
جواز تملك الغير لها به، وعدم مانعية السبق المذكور منه.

(٣) لعدم المخرج عنها. ومثل ذلك ما تعارف في عصورنا من تسجيل بعض
الأراضي الميتة بالطابو هبة من الدولة لها، أو لشرائها منها. لعدم ملكية الدولة.
إلا أن تكون دولة مبنية على سلطة دينية، حيث قد يترتب الأثر على تصرفها في
المباح كما يترتب الأثر على تصرف الإمام عليه السلام وإن لم تكن مشروعة في نفسها. ومنه
قطاع السلطان التي يظهر من النصوص إمضاؤها.

نعم يكون لصاحب الطابو حق الانتفاع بها قانوناً، ولا يحق ذلك لغيره، بل قد
يتعرض للعقوبة لو حاول ذلك. لكن محل الكلام ثبوت الحق شرعاً.

كما أنه لا يجب على صاحب الطابو الاعتراف بها رسمياً لمن يحييها، وله أخذ
شيء من المال في مقابل الاعتراف المذكور، لأنه عمل محترم في نفسه.

فلا يجوز لهم منع غيرهم عن الانتفاع بها (١). ولا يجوز لهم أخذ الأجرة ممن ينتفع بها (٢). وإذا قسموها فيما بينهم لرفع التشاجر والنزاع لا تكون القسمة صحيحة (٣)، بل لكل المتقاسمين التصرف فيما يختص بالآخر

وكانه بلحاظ ذلك ذكر بعض مشايخنا رحمهم الله في بعض جواب الاستفتاءات الواردة عليه في الخمس أنه يثبت له بذلك حق يجب إخراج خمسه. لكن الظاهر أن ذلك لا يقتضي ثبوت حق له فعلاً، بحيث يعد مالاً شرعاً لشيء، لتترتب عليه آثار الملك من الخمس وحصول الاستطاعة للحج وغيرها، بل هو نظير بعض الحقوق القانونية التي يمكن أن يترتب عليها تحصيل المال بالتنازل عنها أو نقلها للغير، كحق الاستيراد لمن ينتسب لغرفة التجارة وما استحدث في هذه الأيام من حق الحج لعوائل قتلى النظام السابق وغيرهما.

غاية الأمر أنه يمنع من صدق الفقر عليه إذا كان المال الذي يقابل به يفني بمؤنة السنة لأنه قادر على اكتساب المال بذلك، فيكون غنياً للملكه مؤنته بالقوة. كما أن تسجيل الأرض بأسم غير المالك الشرعي لها يكون عيباً فيها عرفاً، فيستحق به فسخ البيع ونحوه مع الجهل به حينه. إلا أن يكون من سجلت الأرض باسمه مستعداً للاعتراف بها مجاناً بالوجه المتفق عليه حين البيع أو نحو ذلك، كما هو ظاهر.

(١) لعدم سلطنتهم عليها. كما لا يجوز لهم منع الغير عن إحيائها بنحو يملكها، لأجل ذلك أيضاً.

(٢) لعدم ملكهم ولا سلطنتهم على منفعتها بعد عدم ملكهم لها. وأخذ المال في مقابل عدم المنع أكل له بالباطل بعد حرمة المنع عليهم وعدم استحقاقهم له.
(٣) إذ القسمة فرع الشركة في المقسوم وملكه للمتقاسمين، والمفروض عدمه. نعم يمكن الاتفاق بينهم بنحو من الصلح على عدم انتفاع كل منهم بالقسم الذي يخصص للآخر. فينفذ ذلك عليهم جميعاً عملاً بعموميات نفوذ الصلح والعقد.

بحسب القسمة (١). نعم إذا كانوا يحتاجون إليها لرعي الحيوانات أو نحو ذلك كانت من حريم أملاكهم. وحينئذ لا يجوز لغيرهم التصرف فيها بنحو يزاحمهم ويعطل حوائجهم، كما عرفت سابقاً.

(مسألة ٥): إذا سبق إنسان إلى أرض عامرة ملكها (٢)، ولا يحصل

لكن لا ينفذ ذلك على غيرهم، فله الانتفاع والإحياء بالنحو المملك، بل لا يبعد ملكية الإحياء في حقهم أيضاً، عملاً بعموماته، وإن كان محرماً تكليفاً بمقتضى الصلح. لعدم وضوح كون ترتب التملك على الإحياء حقياً، لينفذ الصلح في منعه، بل من القريب كونه حكماً، فيكون الصلح على منعه باطلاً لمخالفته لحكم الشارع بملكية الإحياء. فلاحظ.

(١) كما يجوز لغيرهم ذلك بعد ما سبق من بقائها على إباحتها الأصلية.

(٢) كأنه لما يستفاد من سيرة العقلاء والمشرعة من أن من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو له، وهو الذي تضمنته في الجملة بعض روايات العامة^(١). ولا إشكال في ملكية الحيازة للمباحات الأصلية في مثل صيد حيوانات البر والبحر، وأخذ الحصى والأحجار من الصحاري والقفار، وغير ذلك.

لكن ذلك لا يجري في الأراضي العامرة، لأنها ملك لمن سبق منه عمارتها أو لمن انتقلت إليه منه. وليست باقية على إباحتها الأصلية كالأموال التي سبق الاستشهاد بها على السيرة.

فلا بد من حمل ذلك على أحد وجهين (الأول): أن لا يكون مالك العامر محترماً، كالحربي، فقد صرح في المبسوط بأن العامر في بلاد الشرك يملك بالقهر والغلبة. ونحوه أو قريب منه في السرائر والشرايع والتحرير، وفي القواعد أنه يملك بما يملك به سائر أموالهم.

(١) سنن البيهقي ج: ٦ ص: ١٤٢، ١٤٨.

السبق إليها إلا بالاستيلاء عليها (١) وكونها تحت سلطانه وخروجها من سلطان غيره (٢) إما بتحجير عليها أو زرعها (٣)

(الثاني): الآجام، فإنها من الأنفال، وهي ملك للإمام، إلا أنه محلل منهم لشيعتهم، كما تقدم ذلك كله عند الكلام في الأنفال في ذيل كتاب الخمس.

اللهم إلا أن يقال: الآجام جمع أجمة كقصة، وهي وإن فسرت بالشجر الكثير الملتف، كما في القاموس وعن ابن سيده، إلا أنها فسرت أيضاً بما يكون من القصب، كما عن الصحاح وفي مختاره، وهي على ذلك من الموات الذي لا يملك إلا بالإحياء. بل حتى على الأول يشكل كونها من العامر، إذ لا يعد كون المراد به ما إذا كان بنحو من التشعب والتداخل بحيث لا ينفع به إلا بتنظيمه وشق المسالك فيه وإزالة الشوائب عنه، ولا يعد كونه من الموات عرفاً، ويكون إحياءه بجعله صالحاً للارتفاع. ومن هنا قد ينحصر الأمر بالوجه الأول، وهو الذي اقتصر عليه من سبق.

(١) بحيث يكون له السيطرة عليها استقلالاً، نظير الاستقلال بالصيد وما تقدم في فصل بيع الحيوان من تملك الحربي بالسرقة. ولا بد مع ذلك من نية التملك بالاستيلاء، ولا يكفي في ملكه الاستيلاء عليه مؤقتاً لقضاء وطره منه ثم تركه. لخروجه عن المتيقن من مملكية السبق. فلاحظ.

(٢) هذا إنما يتجه في مثل أرض الحربي المملوكة له بالإضافة إليه فإنها إنما تملك منه بالسيطرة عليها قهراً عليه، بحيث تخرج عن سيطرته، نظير ملكه بنفسه بسرقة، على ما سبق توضيحه في بيع الحيوان. وأما بالإضافة إلى غيره فحيث لم تكن مسبقة بسيطرته فلا بد أن يكون المراد من خروجها من سلطان غيره منع الغير عنها بعد أن كان باستطاعته السيطرة عليها. وكذا في مثل الآجام لو كانت مما نحن فيه. وهو ما يأتي الكلام فيه.

(٣) يعني بنحو لا يكون سبباً في إحيائها، لغرض كونها محياة، بل يكشف عن الاستيلاء عليها والاستقلال بها.

أو نحو ذلك مما يوجب المنع عن غيره من الاستيلاء عليها (١). وإذا سبق إلى أرض ميتة لم يملكها إلا بالإحياء (٢).

(١) إن كان مراده منع الغير من ذلك شرعاً فهو متفرع على تملكه لها، فلا يصلح معياراً في ضابط التملك.
وإن كان مراده منعه خارجاً فهو تابع لأقوائته منه وليس هو شرطاً في التملك قطعاً، ولذا قد يظلم القوي الضعيف، فيغصبه ما سبقه إليه وتملكه. ومن هنا كان المعيار السابق في الاستيلاء عرفاً، وإن كان هناك من يقوى على الاستيلاء عليها وطرد السابق منها.

(٢) تملك الأرض بالإحياء في الجملة مما لا خلاف فيه ولا إشكال، وفي المهذب البارع: «وأجمعت الأمة على تملك الأرض الميتة مع إحيائها إذا خلت من الموانع»، وفي التنقيح: «وعلى ذلك إجماع المسلمين». وفي التذكرة: «والأخبار في ذلك كثيرة من طرق الخاصة والعامّة. وعامّة فقهاء الأمصار على أن الموات تملك بالإحياء وإن اختلفوا في شروطه».

وعليه سيرة المسلمين، بل عامّة الناس. وتشهد به - مع ذلك - النصوص الكثيرة.
كصحيح الفضلاء عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام: «قالا: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: من أحيى أرضاً مواتاً فهي له»^(١)، ونحوه صحيح زرارة^(٢)، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحق بها»^(٣)، وزاد في معتبره أو صحيحه: «وهي لهم»^(٤)، وقريب منه صحيح الآخر^(٥)، وفي

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٦.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٣.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٤.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.

صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «هي له، وله أجر بيوتها»^(١). ويستفاد من غيرها.

نعم تضمنت جملة من النصوص أن الأرض الميتة من الأنفال التي هي للنبي صلى الله عليه وسلم، ثم هي من بعده للإمام. وقد تقدمت في مبحث الأنفال في ذيل كتاب الخمس. كما تضمنت نصوص كثيرة أن الأرض كلها للإمام وقد عقد لها الكليني باباً خاصاً من كتاب الحجّة^(٢)، وفي بعضها أنها محللة لشيعتهم، وفي آخر أنها لا تحل إلا بدفع الخراج لهم.

وتقدم هناك وفي المسألة الثالثة عشرة من فصل شروط العوضين من كتاب البيع أن مقتضى الجمع بين طوائف النصوص ومضامينها البناء على ملكهم صلوات الله عليهم للأرض حقيقة، وأن الإحياء إنما يقتضي ملكها صورة بإجراء أحكام الملك من جواز التصرف الخارجي بالزراعة والسكن وغيرها والاعتباري بالبيع والشراء والإجارة ونحوها، وبقيّة أحكامه كالمراث، وأن ذلك في حق الشيعة لا يتوقف على دفع الخراج إلا بعد ظهور القائم صلى الله عليه وآله وعجل فرجه الشريف، وفي حق غيرهم لا يترتب ذلك إلا مع عدم بسط يد الإمام عليه السلام مع دفعهم الخراج له، وأنهم يطردون منها بعد ظهور القائم عليه السلام، وتحرم عليهم قبل ذلك مع عدم دفع الخراج. لكن يتعامل الشيعة معهم معاملة الملاك من أجل الهدنة التي لزمتهم.

ومرجع ذلك إلى جريان أحكام الملك بالإحياء مطلقاً، كما هو مقتضى السيرة، وإن لم يكن مملوكاً حقيقة. فراجع وتأمل. وبذلك يظهر أن اللازم مراعاة نصوص الإحياء، والنظر فيها، لأن مفادها هو الذي عليه العمل، وإن لم يكن هو الملك الحقيقي.

إذا عرفت هذا فيقع الكلام في أمرين. (الأول): الظاهر منهم المفروغية عن

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٨.

(٢) الكافي ج: ١ ص: ٤٠٧.

توقف جواز الإحياء والتملك به على إذن النبي ﷺ والإمام عليهما السلام من بعده. وقد ادعى الإجماع على ذلك في الخلاف وجامع المقاصد والمسالك وظاهر التذكرة والتنقيح. وذلك لما سبق من أنها من الأنفال التي هي لهما، فلا يجوز التصرف فيها إلا بالإذن من أحدهما، كسائر الأملاك.

وذلك كله لا إشكال فيه، وإنما الإشكال في أن المراد بالإذن هل هو الإذن الخاص لكل من أراد الإحياء أو الإذن العام المستفاد من نصوص الإحياء المتقدمة؟ قد يظهر من غير واحد الأول، بل هو كالصريح أو صريح اللمعتين وجامع المقاصد والمسالك، للتفصيل فيها بين غيبة الإمام وحضوره، فلا يحتاج لإذنه مع غيبته ويحتاج له في حال حضوره، بل في المسالك والروضة الإجماع على الثاني. بل يظهر منها ومن جامع المقاصد أن ذلك هو مراد الأصحاب من اعتبار الإذن ومن الاتفاق عليه.

لكن ذلك لا يناسب نصوص الإحياء المتقدمة، لظهورها في حصول التملك بالإحياء من دون حاجة للإذن. وقد يظهر منها بدواً أن ترتب الملك على الإحياء حكم شرعي كترتبه على موت المورث، إلا أنه بعد ملاحظة نصوص الأنفال وغيرها مما تضمن ملكهم صلوات الله عليهم للأرض يتعين حملها على أنه حكم إذني راجع إلى إذنها صلوات الله عليهم في التملك بالإحياء .

وأشكل من ذلك ما صرح به من سبق من عدم الحاجة لإذنه مع غيبته، حيث لا دليل على التفصيل المذكور بعد عموم أدلة اعتبار إذن المالك في التصرف، فإن كانت نصوص الإحياء ظاهرة أو محمولة على الإذن فلا فرق بين حالي الحضور والغيبة، وإلا فلا دليل على سقوط اعتبار الإذن حال الغيبة.

وأما ما في جامع المقاصد من الاستدلال على ذلك بأنه لو لا سقوط إذنه لامتنع الإحياء. ففيه: أن المفروغية عن إمكان الإحياء والتملك به حال الغيبة قد يكون للبناء على وفاء نصوص الإحياء بالإذن، لا للتعبد بسقوطه حال الغيبة.

وهو المناسب لعدم تعرض من سبق الارشاد من الأصحاب لهذا التفصيل، مع إطلاقهم اعتبار الإذن. ولا سيما أن ما عثرنا عليه من كلماتهم قد صدر في عصر الغيبة. وكذلك ما يظهر من جامع المقاصد أيضاً من ظهور نصوص الإحياء في عدم اعتبار الإذن، وأنه يقتصر في تخصيصها على حال الظهور.

إذ فيه: أنه لا دليل على اعتبار إذنه عليه السلام عندهم إلا عموم عدم جواز التصرف في ملك الغير بغير إذنه، فإذا فرض عدم استفادة الإذن من نصوص الإحياء يكون اعتبار الإذن مقتضى العموم المذكور الشامل لحال الغيبة، لا للدليل الخاص بحال الظهور، وإذا فرض استفادة الإذن منها، فلا حاجة لإذن آخر في حال الحضور. ويؤكد ما ذكرنا أن نصوص الإحياء قد صدرت في عصر الحضور، ولا إشارة في شيء منها ولا في غيرها إلى اعتبار الإذن.

ومن هنا كانت كلماتهم في غاية الاضطراب، والمتعين البناء على عدم اعتبار الإذن الخاص والاكتفاء بعموم الإذن المستفاد من نصوص الإحياء.

(الثاني): صرح بعدم تملك الذمي للأرض بالإحياء في القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك، بل صرحوا بعموم ذلك لما إذا أذن له الإمام في الإحياء، وظاهر التذكرة وجامع المقاصد الإجماع عليه.

نعم صرح في جامع المقاصد والمسالك والروضة بأنه لو أذن له في التملك ملك، لعصمته عليه السلام، قال في جامع المقاصد: «والحق إن الإمام لو أذن له في الإحياء لتملك قطعنا بحصول الملك له، وإنما البحث في أن الإمام عليه السلام هل يفعل ذلك أم لا؟ نظراً إلى أن الكافر أهل له أم لا؟. والذي يفهم من الأخبار وكلام الأصحاب العدم. وليس مرادهم أن الإمام عليه السلام يرخسه في التملك ثم لا يملك، قطعاً».

وكان مراده بالأخبار ما استدل به في التذكرة وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «موتان الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم مني أيها المسلمون»^(١)، وصحيح أبي خالد الكابلي

(١) تلخيص الحبير ج: ٣ ص: ٦٤ ح: ١٢٩٣.

عن أبي جعفر عليه السلام: « قال: وجدنا في كتاب علي عليه السلام أن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين. وأنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض، ونحن المتقون. والأرض كلها لنا فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها»^(١).

لكن الأول وما بمعناه لم يرو من طرقنا، بل من طرق العامة. مع أنه حيث لا يراد به التمليك للمسلمين فعلاً، ليتعذر تملك غيرهم له مع ملكيتهم له، بل تملكهم له على تقدير الإحياء، فهو راجع إلى الإذن لهم في التملك غير المنافي لتملك غيرهم به مع تحقق سببه. كما أنه لا ظهور للثاني في الحصر.

وأما كلام الأصحاب فكأنه اعتمد فيه على ما سبق من القواعد والتذكرة من الحكم بذلك ودعوى الإجماع عليه في الثاني. لكن لا مجال للتعويل عليه مع إطلاق مملكية الإحياء في المهذب والنافع واللمعة والإرشاد بل حتى في النهاية وإن لم يعبر بالملك، بل بأولوية التصرف الراجع لما سبق منا في الجمع بين النصوص. بل صرح بالعموم للذمي في المبسوط والخلاف والسرائر وجامع الشرايع والتحرير، واستحسنه في الشرايع. وهو المتعين بلحاظ إطلاق أو عموم نصوص الإحياء المتقدمة وغيرها.

ولا سيما صحيح محمد بن مسلم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشراء من أرض اليهود والنصارى. فقال ليس به بأس. قد ظهر رسول الله صلی اللہ علیہ وسلم على أهل خيبر فخارجهم على أن يترك الأرض في أيديهم... وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحق بها وهي لهم»^(٢). لأن التعرض في صدره لحكم الشراء من أرضهم موجب لقوة ظهور العموم في ذيله لهم. ونحوه في ذلك صحيح أبي بصير: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرضين من أهل الذمة. قال: لا بأس بأن يشتريها منهم إذا عملوها وأحيوها فهي لهم. وقد كان رسول الله صلی اللہ علیہ وسلم حين ظهر على خيبر...»^(٣).

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١١ باب: ٧١ من أبواب كتاب جهاد العدو حديث: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٤ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.

نعم إذا حجرها كان له حق التحجير (١). ويكفي في حصول التحجير

مضافاً في ذلك إلى أن مقتضى عمومات أدلة الأنفال، وما تضمن أن الأرض كلها للإمام عدم الفرق بين أرض دار الإسلام وأرض دار الكفر وغيرها، بل هو كالمقطوع به، فلولا جريان أحكام الملك بإحياء الكافر لم يكن موضوع للتفصيل بين الأرض الميتة والأرض العامرة التي يسلم أهلها أو المفتوحة عنوة وغيرهما، بل ينبغي بقاء الجميع على حكم الأرض الميتة.

ومن هنا لا ينبغي التأمل في عدم الفرق بين المسلم والكافر حتى غير الذمي في حكم الإحياء. وقد تقدم في المسألة الثالثة عشرة من فصل شروط العوضين من كتاب البيع من سيدنا المصنف رضي الله عنه التعرض لذلك، وتقدم منا الاستدلال عليه. فراجع.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب من دون ظهور خلاف فيه، وفي مجمع البرهان: « كأنه لا خلاف في ذلك ولا كلام»، وظاهر التذكرة الإجماع عليه، وفي الجواهر أنه يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل في مفتاح الكرامة أنه محصل معلوم. وظاهرهم، بل صريح كثير منهم، أن الحق المذكور وضعي، راجع إلى مانعته من مملكية إحياء الغير للأرض، بنحو لو أحيائها لم يملكها، لأنهم يذكرونه في جملة شروط مملكية الإحياء.

لكن ظاهر جامع الشرايع أنه تكليفي محض، يرجع إلى تحريم إحياء الغير للأرض من دون أن يمنع من تملك المحيي لها. قال بعد أن ذكر التحجير: « وليس لأحد أن يدخل عليه... فإن أحيائها غيره أساء وملك. وقيل: لا يملك».

وكيف كان فقد يستدل عليه بأمور (الأول): ما في المسالك وغيره، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: « من أحيأ مواتاً من الأرض في غير حق مسلم فهو له»^(١) لظهور القيد في الاحتراز. وفيه - مع أنه لم يرد من طرفنا - أنه لا ينهض ببيان موارد الحق، وقد يراد به حق الحريم الذي سبق الكلام فيه، أو الأرض الميتة المملوكة بإقطاع الإمام أو

(١) سنن البيهقي ج: ٦ ص: ١٤٢، مجمع الزوائد ج: ٤ ص: ١٥٧.

بالإحياء إذا ماتت بوجه لا يسوغ للغير إحيائها، أو غير ذلك.

(الثاني): قوله صلى الله عليه وسلم: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له»^(١) وفيه: - مع أنه لم يرد من طرفنا أيضاً - أن ظاهر السبق إلى الشيء فيه هو أخذه بنية التملك، فيرجع إلى امضاء فعله بسبب سبقه، كالسبق في المباحات للصيد واحتشاش الحطب واستقاء الماء، والمفروض عدم كفاية ذلك في تملك الأرض، بل لا بد فيه من إحيائها، ولا ينهض الحديث بإثبات الأولوية بالتحجير من دون تملك لها.

نعم في مرسل عوالي اللآلي عنه صلى الله عليه وسلم: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به»^(٢). لكنه - مع غض النظر عن سنده - وإن تضمن الأحقية التي هي أعم من الملكية، إلا أنه إنما يدل على الأولوية بسبب السبق بعد الفراغ عن كون الأمر الذي يتحقق به السبق موجبا للاستحقاق، كالسبق لأخذ الصيد الموجب للملكه، والسبق للجلوس في المكان العام الموجب للأولوية بإشغاله. فهو راجع إلى عدم جواز مزاحمة السابق بعد الفراغ عن تحقق مقتضي الاستحقاق بفعله، ولا ينهض بيان ما به الاقتضاء، ليدل على أن التحجير محقق للأولوية، فكما لا ينهض بيان أن السبق للنظر للصيد مثلاً يقتضي الأولوية به، كذلك لا ينهض بيان أن التحجير يقتضي الأولوية بالأرض الميتة.

(الثالث): حديث سمرة عنه صلى الله عليه وسلم: «قال: من أحاط حائطاً على أرض فهي له»^(٣) وفيه - مع غض النظر عن سنده - أنه ظاهر أو كالصريح في الملك، فيتعين الجمع بينه وبين نصوص الإحياء إما بالبناء على صدق الإحياء به ولو شرعاً، أو بحمله على ما إذا كان إحياءً عرفياً، كما في حظائر الحيوانات ونحوها. ولا مجال لحمله على حصول التحجير غير المملك، فضلاً عن التعدي منه لكل ما يتحقق به التحجير عرفاً.

(١) سنن البيهقي ج: ٦ ص: ١٤٢.

(٢) مستدرک الوسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٤.

(٣) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٣، سنن البيهقي ج: ٦

(الرابع): ما في القواعد وظاهر التذكرة وغيرهما من أن التحجير شروع في الإحياء، قال في التذكرة: «لأن الإحياء إذا أفاد الملك وجب أن يفيد الشروع فيه الأحقية كالاستيلاء مع الشراء».

وفيه: أن التحجير قد لا يكون شروعاً في الإحياء، كشق الأسس وإدارة التراب حول الأرض وغيرهما مما ذكره من وجوه التحجير.

إلا أن يريد بالشروع في الإحياء الشروع في تنفيذ العزم عليه بفعل مقدماته وما يكون شاهداً على العزم عليه، نظير السوم الذي جعله سبباً للأولوية بالبيع مع أنه مقدمة له. وحيث فكون الشروع في الإحياء سبباً للأولوية بالأرض، بنحو يلزم مراعاة إكمال له يحتاج للدليل. ومجرد ثبوت الأولوية في السوم - لو تم - لا يقتضي التعدي للمقام. على أنه غير تام حتى عنده، لما ذكره في التذكرة - وسبق منا في محله - من كراهة الدخول في سوم المؤمن وعدم حرمة.

مع أن حرمة تكليفاً لا تمنع من صحة بيع الداخل، والمدعى لهم مانعية التحجير من مملوكة الحيازة.

(الخامس): أنه يصدق بالتحجير الحيازة للأرض المباحة، وإن كانت لا تملك

إلا بالإحياء.

وفيه - مع الإشكال في اطراد صدق الحيازة به - : أنه لا دليل على ثبوت الأولوية

بالأرض بالحيازة بعد فرض عدم حصول الملك بها كما يحصل في مثل الصيد.

ولعله لذا قال في الجواهر: « ومع ذلك كله فالإنصاف أن العمدة الإجماع

المزبور».

نعم من القريب جداً ابتناء الإجماع المذكور على قضاء المرتكزات التشريعية والعقلانية بثبوت الأولوية بالتحجير، بحيث يكون التجاوز على التحجير تعدياً عرفاً وشرعاً. ويناسب ذلك عدم تيسر الإحياء بوجه دفعي، بل هو بيتني عادة على تعيين الأرض التي يريد الإنسان حيازتها وإحياءها أولاً بنصب العلامات عليها من المرور

ونحوها من أجل منع الآخرين عن إحيائها، لئلا تضيع جهوده في تهيئة مقدمات الإحياء البعيدة، كنقل آلات البناء وغيره إليها، ثم القرية، كشق الأسس في مثل الدور، وحرث الأرض في مثل البساتين، ثم الشروع بالإحياء تدريجياً حتى يبلغ الحد الكافي في التملك. ولو كان البناء على عدم الأولوية بذلك لاضطرت الأوضاع واشتد النزاع.

فالل دليل في الحقيقة هو المرتكزات المذكورة التي جرى عليها المجمعون بطبعهم، بنحو يظهر منهم مفروغيتهم عن ذلك، لا نفس الإجماع، لما تكرر منا من الإشكال في التعويل على الإجماعات المستحدثة في عصر تدوين الفتاوى. ولا سيما مع ظهور وهن أدلتهم. ومن هنا لا ينبغي الإشكال في ثبوت الأولوية بالتحجير وإن لم يحصل به الملك، لظهور النصوص والفتاوى في توقف الملك على الإحياء.

نعم حكى في الشرايع عن بعض فقهاء عصره - وقيل إنه ابن نما - أنه يسمي التحجير إحياء. قال *ثُمَّ نَسَبَ*: «وهو بعيد». بل هو مقطوع البطلان، لأن الإحياء عرفاً جعل الأرض عامرة صالحة للانتفاع بها، ولذا كانت الأرض الميتة مقابلة للأرض العامرة، مع وضوح أن الأرض الميتة قد تشتمل على بقايا العمران بنحو يزيد عما يتحقق بالتحجير.

على أن المهم ليس هو التسمية، بل الأحكام، ومن المقطوع به بملاحظة النصوص والفتاوى أن ما يحصل به الملك نحو خاص من العمران، وأن ما عداه لا يحصل به الملك، بل الأولوية المذكورة لا غير.

ومما ذكرنا في وجه ثبوت الحق بالتحجير يظهر اختصاص ذلك بما إذا كان المحجر قادراً على إحياء المقدار الذي حجره وعازماً عليه. أما إذا كان عاجزاً عن إحيائه أو غير عازم عليه فلا وجه لثبوت الحق به، لقصور الوجه السابق عنه، ومقتضى إطلاق أدلة الإحياء عدم مانعيته.

نعم إذا كان التحجير بأعيان مملوكة له أشكل التصرف فيها مع عدم إحراز

اعراضه عنها. وحيثنذ يجري فيها ما يأتي ان شاء الله تعالى في الأمر الثالث مما يأتي في ذيل الكلام في التحجير. فراجع.

بقي في المقام أمور (الأول): أن الأولوية المذكورة تقتضي عرفاً حقاً للمحجر في الأرض، وهذا الحق كما يقتضي حرمة التجاوز عليها من الغير تكليفاً بحيث يكون معتدياً عرفاً، وعاصياً شرعاً، إمضاء لبناء العرف المذكور، كذلك يقتضي المنع من ملكية المتجاوز لها بالإحياء.

والثاني إنما يقتضي المنع من مملكية الإحياء للأرض شرعاً بناء على جري الشارع الأقدس في ملكية الأرض بالإحياء على ما هم عليه وإمضاء له.

أما بناء على ما سبق من ملكية الأرض الموات للنبي صلى الله عليه وسلم والأئمة عليهم السلام من بعده، وأن ملكية غيرهم لها بالإحياء أو ترتب آثارها إنما هو بسبب إذنهم فيتوقف مانعية التحجير من ملكية المتجاوز أو ترتب أحكامها على قصور إذنهم عنه، كما هو الظاهر، إما لثبوت حرمة شرعاً فيقصر إذنهم عن الإحياء المحرم، أو لأن الاستفادة من مجموع النصوص والمعلوم من مذاق الشارع الأقدس في صورة عدم بسط يد الإمام عليه السلام الجري على ما عليه العرف والمسلمون في مثل ذلك مما يبتني عليه التعامل العام بين الناس ونظم أمورهم.

وبذلك يظهر ضعف ما سبق من جامع الشرايع من ملكية المتجاوز على التحجير وإن أساء.

(الثاني): حيث لم يكن التحجير سبباً في ملك الأرض أو جريان حكم الملك عليها - على الكلام السابق - فلا يصح بيع الأرض بمجرد تحجيرها، كما صرح به غير واحد.

لكن في التذكرة بعد أن منع من بيعها قال: «ويجتمل الصحة، لأن له حقاً فيه». وفيه: أن ذلك لا يصحح بيع الأرض ومقابلتها بالمال مع عدم ملكها. غاية جواز بيع الحق نفسه، على ما يأتي الكلام فيه.

هذا ولا إشكال ظاهراً في أن الحق المذكور قابل للانتقال القهري بالميراث، كما صرح به بعضهم. وفي مفتاح الكرامة: «كأنه مما لا ريب فيه».

كما أن الظاهر قبوله للنقل الاختياري بالصلح عليه، على ما صرح به غير واحد. بل لا يبعد إمكان هبته، كما في جامع المقاصد، وهي ترجع إلى التنازل عنه لذلك الشخص، لقابلية الحق المذكور لذلك بمقتضى المرتكزات العقلائية. ولا يهم مع ذلك التشكيك في صدق الهبة عليه.

بل كما لا يبعد جواز بيعه بنحو تترتب عليه آثار البيع الخاصة، كخيار المجلس. لكن منع منه غير واحد لدعوى عدم الملك. وفيه: أن الحق نحو من الملك المقابل بالمال، وقد تضمنت بعض النصوص بيع الحق. وقد ذكرناها في أول كتاب الإجارة. وأما احتمال ابتناء إطلاق البيع فيها على التسامح والمجاز.

فهو لو تم لا ينافي ظهور السكوت فيها عن التنبيه على عدم ترتب آثار البيع عليه في ترتب الآثار المذكورة، كما ذكرناه استدراكاً في أول فصل شروط العوضين من كتاب البيع.

وبالجملة: ليس المهم صدق البيع حقيقة عليه، بل ترتب آثاره. والظاهر ترتبها، لما تقدم فراجع. ولعله لذا استشكل في المنع من بيعه في القواعد.

هذا ويظهر من بعض مشايخنا رضي الله عنهم في منهجه عدم قابلية الحق للانتقال، لأنه حكم شرعي يختص بموضوعه، وليس لغير الشارع نقله، غاية الأمر أن يكون النقل لموضوعه بما هو موضوع للحق، فينتقل الحق تبعاً لذلك.

ويشكل بأن سبب النقل حيث أخذ فيه الملك شرعاً، كما في الميراث، أو عرفاً كما في المعاوضات، فإذا لم يكن المملوك هو الحق - لفرض كونه حكماً شرعياً - ولا موضوعه - وهو في المقام الأرض - كما هو المفروض، فكيف يتم النقل؟! وماذا ينقل؟. ونقل موضوع الحق بما هو موضوع له في مثل ذلك إنما يمكن إذا رجع إلى نقل الحق بنفسه.

ومن هنا كان الظاهر أن الحق نحو من الملك، ولذا يجوز لصاحبه المطالبة به والترافع للحاكم مع انتهاكه، لظهور أن المطالبة والترافع فرع الاستحقاق. أما الحكم فلا مجال لذلك فيه إلا من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الذي لا يختص بأحد، بل يجب على كل أحد بشرطه.

وحيث يكون موضوعاً لسلطنة صاحبه كالملك، وله أعمال سلطنته فيه بإسقاطه أو نقله، كما يكون موضوعاً للانتقال القهري بمثل الميراث المختص بالملك. نعم لا بد من إطلاقه وسعته بنحو يقبل الانتقال. فلو اختص بموضوعه - كحق المضاجعة - تعذر نقله وإن أمكن إسقاطه. وتحديد موضوع الحق سعة وضيقاً تابع لدليله من تعبد شرعي أو حكم عرفي لا يثبت الردع عنه.

ويترتب على الفرق بين الحق والحكم قبول الأول للإسقاط، وعدم قبول الثاني

له.

(الثالث): ذكر الشيخ رحمته في المبسوط أن المحجر لو أخر الإحياء خيره السلطان بين المبادرة للإحياء ورفع يده عن الأرض، فإن امتنع أخرجها من يده. وعلى ذلك جرى جماعة ممن تأخر عنه وإن عبر بعضهم بالإمام.

لكن لم يتضح الوجه في ثبوت الحق عليه في الإحياء بسبب التحجير، ليجبر عليه أو على رفع اليد عن التحجير. ومجرد اهتمام الشارع الأقدس بعمران الأرض وعدم تعطيلها لا يكشف عن ذلك، بل غاية ما يستفاد من ذلك حثه على عمران الأرض، من دون أن يقتضي ذلك حقاً على أحد. ولذا لا يجب على الناس كفايئاً عمارة الأرض الموات.

نعم حيث كان ثبوت الحق له في الإحياء ومنع الغير منه بسبب التحجير مستفاداً من حكم العقلاء - كما سبق - فالمتيقن منه ثبوته في المدة المتعارفة بين التحجير والإحياء، بحيث يكون التحجير عرفاً شريعياً في تنفيذ العزم على الإحياء، لا لمجرد منع الغير منه.

وحيثُ يُتَّبعُ الاقتصار في ثبوت الحق له على ذلك، والرجوع فيما زاد عليه لإطلاق دليل الإحياء، القاضي بعدم مانعية التحجير للغير منه ومن التملك به، فيجوز مبادرة الغير للإحياء من دون حاجة لمراجعة السلطان أو الحاكم، كما لو لم يحصل التحجير أصلاً.

ولا سيما أن السلطان أو الحاكم كثيراً ما لا يكون في مقام تعقيب المحجرين وإلزامهم بالإحياء، بل لم يعهد منه ذلك. فلا بد في حمله على ذلك من مراجعة من يريد الإحياء له بتقديم الدعوى له على المحجر، وهو فرع ثبوت الحق له في الإحياء، ليكون له المطالبة بحقه، ولا دليل على ثبوت الحق له في ذلك، ليطالب به.

ومجرد جواز الإحياء له والإذن له فيه من الإمام الذي تضمنته نصوص الإحياء لا يقتضي ثبوت الحق له، بحيث يكون له المطالبة به ورفع الدعوى على المحجر لمنعه من استيفاء حقه. ولذا لا يثبت له ذلك لو كان المنع بغير التحجير، كما لو أطال جماعة الإقامة في مكان للنزهة ونحوها بنحو يمنع الغير من إحيائها أو إحياء الأرض التي يستطرق إليها منها.

نعم إذا كان التحجير بشيء مملوك للمحجر، كبناء الأسس، أشكل تكليفاً التصرف فيه ما لم يثبت إعراضه عنه. وحيثُ إذا لزم منه تعطيله للأرض بنحو يعلم بعدم رضا الشارع به لحاجة الناس إليها أو نحوها كان لمن يريد الإحياء رفع أمره للحاكم الشرعي ليعمل ولايته في ذلك.

لكن لو عصى وتصرف فيه وأزاله بعد مضي المدة المتعارفة بين التحجير والإحياء، كان ضامناً له، وجاز له الإحياء بعد ذلك وملك الأرض به، ولا يمنع عصيانه من ذلك، كما لو عصى في شق الطريق من أجل الإحياء أو نحو ذلك. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(الرابع): أن التحجير كما يمنع الغير من إحياء الأرض المحجرة يمنع من إحياء ما يكون حريماً لها بحسب ما يحتاج إليه نحو الإحياء المقصود، كالطريق إليها

ونحوه مما سبق في المسألة الأولى عند الكلام في الحریم، لعین الوجه المتقدم لمناعیة التحجیر من الإحیاء، لأنه من شؤون الأرض التي يراد إحيائها.

(الخامس): بقي في المقام شروط آخر في مملكية الإحياء غير عدم التحجیر ذكر أكثرها الأصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) ينبغي الكلام فيها.

(أحدها): أن لا تكون معمورة. ولاريب في ذلك ما دامت العمارة باقية، لامتناع عمارة العامر، فلا يتحقق الإحياء المملك. وإنما الكلام فيها إذا اندرست عمارتها.

وقد تقدم الكلام في ذلك فيما لو كان المحيي الأول شخصاً خاصاً أو أشخاصاً مخصوصين عند الكلام في حكم الانفال في ذيل كتاب الخمس، وقربنا هناك جواز إحيائها للغير وترتب أحكام الملك عليها على تفصيل يظهر بمراجعة ذلك ومراجعة المسألة الثالثة عشرة من فصل شروط العوضين من كتاب البيع عند الكلام في بيع الأرض المفتوحة عنوة.

كما قربنا في المسألة المذكورة جواز إحياء الأرض المفتوحة عنوة إذا خربت ولم يكن ولي المسلمين في مقام إحيائها. ولا يسعنا هنا إطالة الكلام في ذلك بعد ما سبق منا في الموردین. فراجع.

(ثانيها): أن لا تكون حربياً لعامر، لأن دليل جعل الحریم يقتضي المنع من تملك شخص خاص له وسلطنته عليه. وقد تقدم تفصيل الكلام في الحریم في أول كتاب إحياء الموات فراجع.

(ثالثها): أن لا يكون مشعراً للعبادة، كعرفة ومنى وجمع، كما صرح به غير واحد، وفي مفتاح الكرامة: «عدم جواز إحياء هذه المواضع كلها أو الكثير منها كأنه من ضروريات الدين وإن لم يذكر ذلك أكثر المتقدمين».

وكان عدم ذكرهم له لوضوحه، لأن تعين الشارع الأقدس لها في الجهة الخاصة يقتضي تعيينها وبقائها على ذلك كالأوقاف المستحدثة، وهو ينافي تملك شخص خاص

لها بالإحياء عرفاً.

وذلك أولى مما في الشرايع من الاستدلال بأن في تملكها تفويت لمصلحة التعبد بها. حيث يقصر عن صورة عدم المزاحمة ولذا قال: «أما لو عرفها ما لا يضر ولا يؤدي إلى ضيقها عما يحتاج إليه المتعبدون - كاليسير - لم أمتنع منه». وفي المسالك وعن الكفاية أنه ليس بعيد.

لكنه في غاية المنع، لما سبق من أن الوجه في المنع ليس هو المزاحمة للتعبد، بل منافات التملك لتخصيص الشارع لها للجهة الخاصة.

على أن المزاحمة تختلف باختلاف الأزمنة، حيث تختلف بكثرة من يحتاج للتعبد فيها وقتهم، فالتملك بنحو الإطلاق الذي هو ظاهر أدلة الإحياء قد يكون سبباً للمزاحمة في بعض الأزمنة، والتملك بنحو الإناطة على عدم الحاجة لا دليل عليه.

ولعله لذا صرح بعدم ملكية الإحياء في مثل ذلك مطلقاً حتى مع عدم المزاحمة في القواعد والتحرير والدروس وجامع المقاصد والروضة وعن غيرها، وهو مقتضى إطلاق التذكرة واللمعة.

وعلى ذلك فالبناء الذي يكون في هذه الأماكن كما لا يوجب ملك صاحبه لموضعه لا يوجب اختصاصه به، لعدم الدليل على ذلك، بل يبقى كغيره من المواضع مباحاً للناسكين، وليس لأحد منعهم منه، ولا أخذ أجره منهم لوقوفهم فيه.

ولا يمنع من قوفهم فيه تصرفهم في البناء المملوك لصاحبه، لأنه لا حرمة لعرق ظالم.

غاية الأمر أنه لو سبق صاحبه أو من يأذن له إلى الوقوف فيه كان له ذلك ولا يجوز مزاحمته بالنحو المتعارف في المقدار الذي يسبق إليه الناسك، ولوزاد على ذلك لم يكن سبقه مانعاً من مزاحمة الغير له.

نعم لو كانت الزيادة عمودية ببناء طوابق على المكان مع عدم حجز الغير عن الطابق الأسفل أشكال المنع منه، فضلاً عن مزاحمته فيه. وكذا لو عصى وحجز الغير

عن الأسفل لا يجوز مزاحمته في الطابق الأعلى. كل ذلك لأن المتيقن من اشتراك الناس فيه هو السهل والأرض المنبسطة منها، دون الفضاء.

ولذا لا يظن أحد الإشكال في حرمة مزاحمته في الطوابق لو كانت منقولة، نظير العربة لو سبق نقلها من شخص إلى موضع لا تزيد مساحته في الأرض المنبسطة عن حاجته. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم

(رابعها): عدم إقطاع الإمام له، كما صرح به جمهور الأصحاب، ونفى الخلاف فيه في المبسوط.

هذا وظاهرهم بل صريح غير واحد منهم أن إقطاع النبي صلی اللہ علیہ وسلم أو الإمام علیہ السلام للأرض - كالتحجير - لا يوجب ملكها، وإنما يتم ملكها بالإحياء. المملك بإحيائه. لكن لما كانت الأرض الميثة ملكاً للإمام فكما يكون له إقطاعها بنحو يقتضي الأولوية في الإحياء مع عدم جريان حكم الملك إلا بالإحياء، كذلك له إقطاعها بنحو يقتضي جريان حكم الملك عليها رأساً من دون حاجة للإحياء وعلى الثاني جرى في المبسوط، بل نفى الخلاف فيه وإن لم يخل كلامه عن اضطراب. وهو ظاهر الإقطاع في النصوص.

وفي صحيح سليم بن قيس عن أمير المؤمنين علیہ السلام أنه استنكر في خطبة له علیہ السلام طويلة عدم إنفاذ الأولين قطائع أقطعها رسول الله صلی اللہ علیہ وسلم لأقوام^(١)، مع أنه ليس الموجود في التاريخ إلا أن عمر استرجع من بعض من أقطعه رسول الله صلی اللہ علیہ وسلم ما زاد عن قدرتهم على إحيائه، كما استطردها في كتابنا (فاجعة الطف). وهو وإن لم يكن دليلاً على انحصار الأمر بذلك، إلا أنه مؤيد لما ذكرنا وإن كان مستغنياً عن التأييد.

نعم لو كان مراد الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم جريان حكم إقطاع الإمام على إقطاع ولاية الجور أمكن دعوى أن المتيقن من دليل إمضاء إقطاعهم ما إذا كان بنحو يستتبع الإحياء. وإن لم يخل عن إشكال. والله سبحانه وتعالى العالم.

بناء الجدار المحيط بها (١)، بل بناء الأساس له، بل حفرها لبناء الأساس

(خامسها): أن لا يكون مما حماه النبي صلى الله عليه وسلم أو الإمام عليه السلام مما تقدم التعرض له في المسألة الأولى، لمنافاة الإحياء لذلك، فتقتصر عنه أدلة الإحياء، خصوصاً بناء على ما تقدم من دلالتها على الإذن في التملك بالإحياء، وأنه هو الموجب لملك الأرض الميتة، كما هو ظاهر.

نعم ليس ذلك مورداً للابتلاء في عصرنا، فلا ينبغي إطالة الكلام فيه.

(سادسها): أن يكون الإحياء بقصد التملك للأرض، فلو لم يكن بقصد تملكها، بل لقضاء وطر موقت منها، أشكل ترتب الملك عليه، بل منع منه في جامع الشرايع، وهو المناسب لما في المبسوط وجملة من كتب الأصحاب. بأن من حفر بئراً لا للتملك فهو أحق بها مدة مقامه عليها. بل مقتضى تعليل عدم ملكه لها في المبسوط بأنه لم يقصد الملك، والمحيي إنما يملك بالإحياء إذا قصد الملك، المفروغية عن ذلك. وكيف كان فمن القريب انصراف إطلاقات نصوص الإحياء عنه، إجراءً لها على ما عليه العرف من كون الإحياء نحواً من الحيازة التي يتوقف التملك بها على قصد التملك، ويرجع حكم الشارع الأقدس بالملك إلى إمضاء قصد الحائز والمحيي منها، لا إلى محض التعبد، كالملك بالميراث. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) تقدم من غير واحد عد التحجير شروعاً في الإحياء وتقدم أنه لايناسب بعض أمثلتهم. إلا أن يراد به الشروع في تنفيذ العزم على الإحياء والعمل على مقتضاه، وذلك هو المناسب للوجه المتقدم في الاستدلال على ثبوت الحق به.

وكيف كان ففي جامع المقاصد: « وفي عد التحويط بحائط من التحجير نظر، بل هو إحياء في نحو حظيرة. فإن قصدها بالتحويط فلا بحث، وإلا ففيه تردد. ومال في التذكرة إلى أنه إحياء وإن قصد به السكنى».

لكن صلوح الأرض المحوطة لأن تكون حظيرة أو مسكناً إنما يجعل التحويط

على نحو يكون له أهمية في نظر العرف (١).

إحياء إذا كانت معرضة لأن تجعل حظيرة أو مسكناً لتوقع الحاجة لأحد الأمرين. أما بدون ذلك فهو مجرد حبس للأرض من دون أن يصدق عليه الإحياء، بل يكون تحجيراً إن كان الغرض منه الشروع في تنفيذ إرادة الإحياء، ويجري عليه ما سبق من حكم التحجير.

أما إذا لم يكن الغرض منه ذلك، فلا يجري عليه حكم التحجير ولا يمنع الغير من إحياء الأرض، عملاً بإطلاق أدلة الإحياء المقتصر في الخروج عنها على المتيقن، وهو التحجير من أجل الإحياء.

نعم يجري في مواد الحائط المملوكة لصاحبه ما سبق في الأمر الثالث من تنمة الكلام في حكم التحجير. ويجري ذلك في غير حبس الأرض. فلاحظ.

(١) قد توسع الأصحاب في التحجير لمثل نصب المروز الذي هو عبارة عن جمع التراب ونضد الاحجار أو غرز القصب حول الأرض وكذلك حفر الساقية حولها. وهو كذلك، لما في ذلك ونحوه من الدلالة على عزل الأرض عن غيرها للعزم على إحيائها.

هذا ولا يبعد أن يكون من أفراد التحجير ما إذا شق نهراً في أرض موات أو استنبط عينا أو حفر بئراً للزرع أو نحو ذلك، حيث يكون ذلك تحجيراً للأرض التي من شأنها أن تزرع بهاء هذه الأمور، لأن ذلك عرفاً مظهر لإرادة إحيائها بالزرع، فلا يجوز مزاحمتها بإحيائها ومنعه من زرعها. بل الظاهر ثبوت التحجير المذكور بالشروع في الأعمال المذكورة. كما أن الشروع فيها تحجير لمواضعها من أجل إكمالها، فلا يجوز لغيره سبقه إلى إكمال ما شرع فيه، لينفرد به أو يشاركه فيه. نعم لو تأخر في الإكمال أو في زرع الأرض بعد الإكمال جرى ما سبق في تأخر الإحياء عن التحجير.

هذا ولو تردد مقدار حاجته بين مواضع أرض كبيرة، فإن حصر مقدار حاجته

(مسألة ٦): الإعراض عن الملك لا يوجب ارتفاع الملكية (١). نعم
إذا سبق إليه من تملكه ملكه (٢)، وإذا لم يسبق إليه أحد فهو على ملك مالكة
وإذا مات فهو لو ارثه (٣) لا يجوز التصرف فيه إلا بإعراض منه (٤).

تعين بالتحجير، وإلا جازت المبادرة للإحياء حتى يتضيق الموات وينحصر مقدار
حاجته بموضع معين، فيتعين للتحجير، ولا يجوز مزاحمته في المدة التي يقتضيها
التحجير. فلاحظ.

(١) كما تقدم في المسألة الرابعة والسبعين من كتاب الإجارة.
(٢) لظهور الإعراض في الإذن للغير في التصرف فيه بنحو الإطلاق، بحيث
يشمل التملك له، فيكون نظير الهبة، وتجري عليه أحكامها، ومنها لزوم في مورد
لزوم الهبة، كما تقدم في المسألة المذكورة.
(٣) عملاً بعمومات الميراث. نعم إذا شك في موت مالكة أمكن استصحاب
حياته لإحراز بقاء أثر إعراضه.
وكذا إذا طرأ على المعرض ما يسقط أثر إعراضه وإذنه عرفاً من جنون أو نحوه،
لأن أثر الإعراض والإذن تابع لهما حدوثاً وبقاءً، ولا يكفي حدوثهما في بقاء أثره.
نعم لا يضر في بقاء الأثر الغفلة والنوم ونحوهما مما لا ينافي بقاء الإذن الشأني
عرفاً، بحيث لو التفت لبقية على إذنه.
هذا ولو شك في بقاء الإذن بالنحو المذكور أمكن استصحابه، كما سبق
استصحاب حياته لو شك في موته.

(٤) لسقوط إعراض المورث وإذنه عن التأثير بالموت ونحوه، ويكون مقتضى
سلطنة المالك الفعلي عدم تملك ماله ولا التصرف فيه بنحو آخر إلا بإذنه أو إذن من
يقوم مقامه.

هذا ما ذكره سيدنا المصنف رحمته من أحكام الإحياء، وبعض أحكام

المشتركات. وقد يحسن منا تعميم الكلام في ذلك ببيان أمور.

(الأول): ذكر الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم من غير خلاف يعرف أن

المرجع في تحقق الإحياء العرف. وهو المتعين بعد عدم تحديد الشارع الأقدس له.

وهو يختلف باختلاف أنواع الإحياء، فالإحياء للزرع غير الإحياء للسكن أو

للتجار أو غير ذلك. نعم بعض أنواع الإحياء يتوقف عرفاً على الانتفاع بالمكان الذي

وقع الإحياء فيه أو وجود الحاجة له، كالإحياء بمثل التحويط بالخشب والقصب،

فإنه لا يكون إحياء إلا مع أحد الأمرين، أما بدونها فيكون عرفاً تحجيراً.

بل حتى مثل الاقتصار على التحويط بحائط، فإنه وإن كان ينفع للحظيرة،

لكن لا بد من اشغالها أو الاحتياج إليها، أما بدون ذلك فهو عرفاً تحجير لها كما سبق.

في المسألة الخامسة عند الكلام في التحجير. ولذا لا يصدق على الأراضي الشاسعة

المقتصر على تحويط قطع منها أنها محياة عرفاً، بل هي محجرة لا غير.

(الثاني): اختلف الأصحاب في المعدن، وأنه للإمام أو من المشتركات التي

يجوز لكل أحد تملكها بالسبق إليها، مع الاتفاق ظاهراً على وجوب الخمس فيها. وقد

تقدم منا عند الكلام في الأنفال في ذيل كتاب الخمس. تفصيل الكلام فيها بما لا مجال

معه للكلام فيها هنا.

(الثالث): المياه على قسمين:

(الأول): المياه العامة كالأنهر الكبيرة والصغيرة والآبار والعيون التي لم يختص

أحد بحفرها واستنباطها والغدران الكبيرة نتيجة الفيضانات والأمطار الغزيرة.

والظاهر أنها من المشتركات. فيجوز لكل أحد الانتفاع بها والاستقاء منها.

ففي معتبر محمد بن سنان عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن ماء الوادي. فقال: إن

المسلمين شركاء في الماء والنار والكلاء»^(١). وعلى ذلك ينبغي التنبيه لأمرين.

(أولهما): أنه لا يحل منع شخص من الانتفاع بها، فضلاً عن حماها من شخص

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٥ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.

خاص وحجرها لنفسه، لأنه تعد من المانع بعد عدم الأولوية له. مضافاً إلى معتبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أهل المدينة في مشارب النخل أنه لا يمنع نفع الشيء، وقضى بين أهل البادية أنه لا يمنع فضل ماء ليمنع فضل كلاء. فقال: لا ضرر ولا ضرار»^(١). فإن المباح من الماء هو المتيقن من مياه أهل البادية الأكثر ابتلاء عندهم.

نعم لو صنع مسناة على النهر العام ليسهل عليه الاستقاء منه. جاز له منع غيره من الاستقاء منها. لأنه نحو من الإحياء لموضعها، فيملكه كما يملكها، فلا يجوز التصرف فيها إلا بإذنه.

نعم لو عصى وأخذ الماء ملكه بالحيازة وإن كان عاصياً في الوصول إليه. نظير ما لو عبر إلى النهر على أرض مغصوبة، ولا حق لصاحب المسناة في الماء نفسه، كما لعله ظاهر.

هذا وفي موثق عبد الرحمن البصري عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: «قال: والنظاف شرب الماء ليس لك إذا استغنيت عنه أن تبعه جارك. تدعه له. والاربعاء المسناة تكون بين القوم فيستغني عنها صاحبها، قال: يدعها لجاره، ولا يبيعه إياه»^(٢)، ونحوه موثق أبي بصير^(٣).

لكنهما محمولان على الكراهة بقريئة ما تضمن جواز بيع الماء المملوك من النصوص، كموثق إسماعيل بن الفضل المتقدم في أول كتاب إحياء الموات وغيره^(٤). نعم لو كان صنع المسناة مزاحماً لاستقاء العامة من النهر وانتفاعهم به، لسعتها، أو لضيق الطريق الموصل للنهر، لم يحل صنعها إلا لمن يسبها للناس، وإلا كان معتدياً

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٧ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢٤ من أبواب كتاب عقد البيع وشروطه حديث: ٤.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٧ من أبواب كتاب إحياء الموات حديث: ١.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢٤ من أبواب كتاب عقد البيع وشروطه ج: ١٧ باب: ٧ من أبواب كتاب إحياء الموات.

في صنعها، فتسقط حرمتها.

(ثانيهما): أن ما يجاز من هذا الماء المباح لعامة الناس بقصد التملك، يملكه الحائز كسائر المباحات من دون ظهور خلاف منهم، وصرح بعدم الخلاف فيه في جامع المقاصد وغيره، بل في التحرير والتذكرة والمسالك وعن غيرها دعوى الإجماع عليه.

والظاهر أن من الحيازة شق نهر صغير من النهر الكبير، فيملك صاحب النهر الماء الذي يدخل فيه، كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك. وظاهر الشرايع والقواعد التوقف، بل قد يظهر من التحرير البناء على عدم ملكه له، بل له الأولوية به، وبه صرح في المبسوط. ووجه الأولوية عنده أنه في النهر المملوك له.

لكن الظاهر صدق الحيازة بذلك، كما لو صنع حظيرة يحبس فيها السمك إذا انحسر الماء عنها.

ويظهر الأثر لذلك فيما لو حفر نهراً في أرض مملوكة لغيره، حيث لا مجال بناء على ما في المبسوط لأولويته به بعد عدم ملكه للنهر، بل يكون الأولى به صاحب الأرض. أما بناء على ما ذكرنا من صدق الحيازة بذلك فيملكه وإن لم يملك آلة الحيازة. نعم إذا كان النهر المذكور كبيراً يضر بالنهر المباح الذي يشق منه أشكال جواز شقه، لأنه نحو من الحمى للمباح. فضلاً عما إذا كان بنحو يوجب تغيير مجراه، حيث ينافي ذلك عرفاً ما دل على عموم إباحة المباح. فلاحظ.

(الثاني): المياه الخاصة. وهي قد تملك بالحيازة من المباح، كما سبق في القسم الأول، وقد تملك باستخراجها من باطن الأرض. مثل ما يحفره له الإنسان في ملكه، فإنه يملكه تبعاً له.

وأما ما في كلماتهم من أن الحفر فيه تحجير فإذا بلغ الماء ملكه. فهو غير ظاهر المراد، فإن التحجير إنما يكون في المباح من أجل منع الغير من التملك كما سبق عند

الكلام في التحجير.

وأما ما يحفره له في المباح من بئر أو عين فإنه يملكه أيضاً، كما صرح به جمهور الأصحاب، ولا يظهر منهم الخلاف فيه، بل ظاهر غير واحد الإجماع عليه. وقد يستدل عليه (تارة): بأنه نهاء ملكه بلحاظ ملكه للبئر والعين بالاحياء، والماء نهاء لهما، كثمره الشجرة ولبن الدابة المملوكتين. (وأخرى): بما هو المعلوم من أن من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو أحق به، ويملكه كالصيد ونحوه. ويشكل الأول بعدم وضوح صدق النهاء عليه، فإن ظهور الماء بسبب حفر البئر واستنباط العين ونحوهما، ليس لكونه ناتجاً منها، بل لكونها سبباً في اتجاهه لهما وتجمعه فيهما، فهو نظير الشبكة التي تحبس الصيد.

كما يشكل الثاني بعدم اطراده، فإنه إنما يكون سبقاً لما يتجمع في البئر والعين إذا قصد أخذه له. أما ما يخرج من العين فلا يسبق صاحبها له، بل هو كالصيد الذي يقع في الشبكة ويخرج منها.

وأظهر من ذلك ما يتجمع في البئر بعد ما ينزحها غير صاحبها، فإن سبب جمعه هو النازح لها لا صاحب البئر. ومجرد حرمة النزح تكليفاً في حقه لا ينافي ترتب أثره، نظير الصيد بشبكة مغصوبة.

ومن هنا كان الأولى توجيه ذلك بملكه للماء تبعاً لملكه للبئر والعين بالاحياء، نظير ما يحفر أو يشق في الأرض المملوكة له، حيث لا إشكال في ملك صاحبها له مطلقاً تبعاً لملكه لها.

مضافاً إلى النصوص المتضمنة جواز بيع ماء القناة المملوكة^(١) حيث يستفاد منها ملك الماء تبعاً لملك منبعه. بل لا ينبغي الاشكال في ذلك بملاحظة المرتكزات العقلائية والمشرعية، وسيرتهم.

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ٢٤ من أبواب كتاب عقد البيع وشروطه وح: ١٧ باب: ٦ من أبواب كتاب إحياء الموات.

وحينئذٍ يجوز له منع الغير منه على كراهة، على ما تقدم في المسألة الأولى، كما يجرم على غيره التصرف فيه بغير إذنه، ومن أخذه حينئذٍ لم يملكه، بل يبقى على ملك صاحبه. وكل ذلك ظاهر.

نعم إذا كان الماء المذكور في أرض مكشوفة غير محجبة بسور ونحوه جاز التصرف فيه للواردين والعابرين بالشرب والغسل ونحوهما من غير حاجة لإذن المالك، كما يجوز التصرف في الأرض المكشوفة نفسها، لقيام السيرة على ذلك. وقد نبه له هنا في الجملة في الدروس، وتقدم منا الكلام فيه في المسألة السابعة والستين من فصل الوضوء من كتاب الطهارة.

والمتيقن من ذلك ما إذا لم يضر بالماء، وما إذا كان بالنحو المتعارف في سدّ حاجة الوارد والصادر، دون مثل أخذ الماء الكثير للخرن أو لسقي الزرع أو نحوها، بل يتعين فيه الاستئذان. لعموم حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه.

بقي شيء. وهو أنه صرح جماعة بأنه لو اشترك جماعة في حفر بئر أو شق نهر أو استنباط عين كان بينهم بنسبة عملهم أو بنسبة نفقتهم، وصرح بعضهم برجوع أحدهما للآخر لغلبة تبعية العمل للنفقة، فلو فرض عدم تبعيته له لتبدل سعر العمل في نوبة بعضهم كان المعيار على العمل. وإلى ذلك يرجع ما في الدروس من تبعية نسبتهم فيه لعملهم، لا لنفقتهم، إلا أن تكون النفقة تابعة للعمل.

هذا ولم يتضح الوجه في التبعية المذكورة، فان التملك في المقام إن كان بملاك الحياة فالحياة أمر بسيط ونسبتها للجميع تقتضي اشتراك الجميع في الأمر المحاز من دون تفاضل مهما كان عملهم أو نفقتهم.

وكذا إذا كان بملاك الإحياء فان مقتضى ما تضمن أن من أحى ملك ملك الجميع للأمر المحيي، وإطلاق النسبة لكل يقتضي التساوي بينهم. وأما ما في جامع المقاصد من كون ذلك ظلماً. فهو غير ظاهر بعد ما ذكرنا.

نعم قد تقدم في المسألة الثانية من كتاب الشركة بعض الكلام في ذلك، وذكرنا

أنه يتعين التفاضل فيما إذا قصدوه جميعاً حين الحيازة، لرجوعه إلى نيابة كل منهم عن الآخر في أن يجوز له النسبة المتفق عليها من الأمر المحاز. فراجع.

وأضعف من ذلك ما في المبسوط، فإنه ذكر عدم ملكية الماء الذي يجلبه النهر الذي يستقي من النهر الكبير المباح، بل يكون صاحب النهر أولى به لا غير، كما تقدم، إلا أنه ذكر أنه لو اشترك في النهر المذكور جماعة كان الماء بينهم على نسبة حاجتهم، لأن الانتفاع به لأجلها، فإذا كان لأحد الشريكين مائة جريب من الأرض يستقي بها من النهر وللآخر ألف جريب أخذ الأول من الماء بنسبة واحد إلى أحد عشر وأخذ الثاني الباقي.

إذ فيه: أنه لا أثر للحاجة في منشأ الاستحقاق، بل منشؤها في المقام الحيازة التي هي مشتركة بينهم من دون تفاضل. إلا أن تكون الحاجة في المقام منشأ لقصدهم حين فتح النهر التفاضل في الماء المحاز، فينفذ، كما سبق، هذا تمام ما تيسر لنا من الكلام في المياه وقد سبق بعض الكلام فيها تبعاً لسيدنا المصنف رحمته في المسألة الأولى. فراجع. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(الثالث): من المشتركات الأوقاف العامة والخاصة. والتصرف فيها وترجيح بعض الموقوف عليهم على غيرهم تابع لكيفية وقفها. ومع الإطلاق والتشاح يتقدم الأسبق، كما صرح به جماعة، نظير المباحات العامة كالصحاري وغيرها، لأن ذلك هو المنصرف من الإطلاق. لكن لو خرج تاركاً للمكان سقط حقه سواءً أبقى رحله أم لا، وسواء طال خروجه أم قصر.

كما لا يسقط حقه لو خرج لحاجة أو نحوها بحيث لا يكون تاركاً عرفاً للمكان. إلا أن يصدق معه تعطيل المكان، بحيث ينافي وضع الوقف وهو يختلف باختلاف الأمكنة وأسباب الخروج كل ذلك تبعاً للمرتكزات المتشعبة التي ينصرف إليها إطلاق الوقف.

نعم تقدم في المسألة العاشرة من فصل حقيقة الاعتكاف وشروطه في خاتمة

كتاب الصوم أن من سبق إلى مكان في المسجد أو المشاهد المشرفة فهو أحق به إلى الليل على تفصيل لا مجال لإطالة الكلام فيه هنا وبالرجوع إلى ذلك يظهر جريان ذلك في الأسواق الشائعة في العصور السابقة. وهي الأماكن والساحات الواسعة غير المملوكة ولا المختصة بأحد وقد تبنى الناس على إشغالها بعرض بضائعهم للبيع والشراء ونحوهما. فراجع.

وبقي في المقام أمران (أولهما): يجوز اشغال المساجد بغير الصلاة وبقية العبادات - من قراءة القرآن والدعاء والاعتكاف ونحوها - كالتدريس وعقد مجالس العزاء والوعظ والجلوس والنوم، بل حتى مثل البيع وبعض الصنایع، كما هو مقتضى السيرة المستمرة من الصدر الأول، بل يظهر من الأصحاب المفروغية عن ذلك، حيث صرحوا بکراهة أو استحباب تجنب البيع والشراء وإنفاذ الأحكام وتعريف الضوال وإقامة الحدود وإنشاد الشعر وعمل الصنایع من دون ظهور قول لهم بالتحريم. حملاً للنصوص الناهية عنها على الكراهة.

نعم الظاهر اختصاص الجواز بما إذا لم يزاحم الصلاة فيها، لأنها الوظيفة المعدة لها بالأصل. والمتيقن من ذلك الصلاة جماعة بالوضع المتعارف عليه في ذلك المسجد. بل قد يجري ذلك في غيرها من الصلوات إذا تعارف إيقاعها في مكان خاص به لكونه مظلاً أو مفروشاً أو غير ذلك، فيتجنب مزاحمتها فيه.

بل إذا أوجب ذلك هتكها وتوهينها عرفاً حرم. وهو يختلف باختلاف الأزمنة والبلدان والأعراف، ولا يسهل ضبطه وتحديده.

ومن ثم قد يتعين مراجعة الحاكم الشرعي عند التشاح واشتباه الحال، لاحتمال ولايته. فتأمل جيداً

(ثانيهما): يجوز إشغال المشاهد المشرفة بما تشغل به المساجد من العبادات وغيرها على التفصيل المتقدم.

وكان المعروف عن سيدنا المصنف عليه السلام عدم جواز مزاحمة ذلك - حتى الصلاة

الواجبة - للزائرين عند قيامهم بوظائف الزيارة المعهودة، لأنها معدة بالأصل للزيارة. لكنه غير ظاهر. بل هي من مواطن العبادة أيضاً، كالصلاة والدعاء ونحوهما، كما يظهر من النصوص الكثيرة. وعليه جرت سيرة المشرعة تبعاً لمرتكزاتهم. غاية الأمر أنه يشكل تعطيلها عن وظائف الزيارة بالمقدار المعتد به، لأنها الوظيفة الأصلية لها.

وإن كان الظاهر جواز ذلك لخصوص الصلاة، ولا سيما الجماعة عند دخول الوقت لأن في ذلك نحو من التكريم لها والتعظيم للصلاة بنحو يقطع برضا الشارع الأقدس به

(الرابع): من المشتركات الطرق. وقد تقدم في المسألة الأولى المعيار في تعيينها لتكون طريقاً وتحديدها، وبعض أحكامها. وفي تنمة ذلك نذكر أموراً (منها): أن الطريق غير النافذ لما كان مختصاً بأربابه - وإن لم يكن مملوكاً لهم، كما تقدم - فيجوز لكل منهم أن يتصرف فيه بغير إذنه بمثل الجلوس فيه ووضع بعض المتاع ورشه بالماء وغير ذلك مما لا يضر بهم عرفاً أو يزاحمهم في استطراقهم. من دون فرق بين كونه مفتوحاً في جانب الطريق العام وكونه محجوباً بباب ونحوه. أما غيرهم فيجوز له ذلك أيضاً إذا كان مفتوحاً. لما سبق من عدم كونه مملوكاً لهم. واختصاصهم به إنما هو بمعنى اختصاصهم في حق الانتفاع به بنحو لا يجوز لغيرهم مزاحمتهم فيه لا غير.

بل حتى لو كان مملوكاً لهم فلا يبعد جواز التصرف فيه للغير بنحو لا يضر بهم ولا يزاحمهم. لجواز ذلك في الأراضي المكشوفة المملوكة على ما أشرنا إليه آنفاً، وفصلنا الكلام فيه في المسألة السابعة والستين من فصل الوضوء من كتاب الطهارة. أما إذا كان محجوباً فيشكل جواز التصرف فيه لغيرهم حتى لو لم يكن مملوكاً لهم بالأصل، فإن الحجب لو لم يكن إحياء منهم له بنحو يوجب ملكهم له، فلا أقل من كونه موجباً عرفاً لاستحقاقهم حجه زائداً على الاستطراق بنحو يكون من حريم

دورهم المبنية على الحجب.

(ومنها): أن الطريق النافذ من المشتركات العامة ولا يختص بها أربابها الذين لهم دور أو نحوها شارعة أبوابها إليها، فيجوز لكل أحد التصرف فيها بالعبور والجلوس والبيع وغيرها ما لم يضر بالمارة. لما تضمن أن من أضر بطريق المسلمين فهو ضامن^(١). فإن ضمانه فرع عدوانه ارتكازاً. وكذا إذا زاحم العابرين والمستطرقين، لأنه خلاف وضع الطريق المبني على الاشتراك.

ومثل ذلك ما إذا أضر بوجه معتد به عرفاً بالمشرفين على الطريق من أهل الدور ونحوهم. لعموم قاعدة نفي الضرر.

(ومنها): أن من سبق إلى مكان في الطريق فهو أحق به ما دام فيه، كما هو الحال في جميع المباحات. وكذا إذا قام عنه وأشغله بمتاعه، فإنه لا يجوز لغيره رفعه مهما طال الزمان، لأنه كما يستحق الجلوس فيه يستحق وضع متاعه فيه. ولحرمة التصرف في متاعه بغير إذنه.

نعم في ثبوت الحق له فيه، بحيث لو عصى شخص فدفعه عن المكان أو رفع متاعه عنه، يكون عاصياً بإشغاله له إشكال. وإن لم يبعد وجوب تمكينه وإخلائه له مع مطالبته به ومزاحمته.

أما لو قام بنفسه عنه ولم يخلف فيه متاعه فلا إشكال في سقوط حقه، سواء قام ناوياً للعود أو لا، لأن المعلوم من ثبوت الحق له ثبوته ما دام شاغلاً له، ومقتضى الأصل جواز التصرف فيه وإشغاله لغيره بعد ذلك. والتحديد بالليل مختص بالمساجد والمشاهد والأسواق، كما سبق.

هذا كله مع عدم الإضرار أو المزاحمة للمارة. أما معها فلا حق له كما سبق، ويكون معتدياً، فيجوز منعه ودفعه ورفع متاعه، لأنه لا حرمة لعرق ظالم. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٩، ١١ من أبواب موجبات الضمان.

ولنكتف بهذا المقدار من الكلام في إحياء الموات وما ألحق به من المشتركات.
وكان ذلك ليلة الثلاثاء التاسع والعشرين من شهر ذي القعدة الحرام سنة الف
وأربعمائة وثلاث وثلاثين للهجرة النبوية على صاحبها وآله أفضل الصلاة والتحية.
والحمد لله رب العالمين، وله الشكر على جزيل نعمه. ونسأله المزيد من فضله وكرمه.
إنه أرحم الراحمين وولي المؤمنين. وهو حسبنا ونعم الوكيل.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله
الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

كتاب الدين

كتاب الدين

(مسألة ١): يكره الدين مع القدرة (١).

(١) كما في النهاية والكافي والغنية والسرائر وجامع الشرايع وجملة من كتب العلامة والدروس وغيرها. وظاهر المقنع عموم الكراهة، وبه صرح غير واحد، فقد ذكروا أنها تخف مع الحاجة.

قال في التذكرة: «وتخف الكراهة مع الحاجة. فإن اشتدت زالت. ولو خاف التلف ولا وجه له إلا الاستدانة وجبت». وكلماتهم متداخلة لا يسعنا استقصاؤها. والمستفاد من بعض النصوص كراهة الدين مطلقاً. كموثق السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام: «قال: قال رسول الله صلی اللہ علیہ وسلم: إياكم والدين، فإنه شين الدين [للدين م. فقيه]»^(١) وصحيح عبد الله بن ميمون القداح عنه عليه السلام عن علي عليه السلام قال: «إياكم والدين، فإنه مذلة بالنهار ومهمة بالليل وقضاء في الدنيا وقضاء في الآخرة»^(٢) وغيرهما.

لكن في معتبر موسى بن بكر: «قال لي أبو الحسن عليه السلام: من طلب هذا الرزق من حله ليعود به على نفسه وعياله كان كالمجاهد في سبيل الله. فإن غلب عليه فليستدن

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب الدين والقرض حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب الدين والقرض حديث: ٤.

على الله وعلى رسول الله صلی اللہ علیہ وسلم ما يقوت به عياله...»^(١)، وفي معتبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه: «قال: قال رسول الله صلی اللہ علیہ وسلم من طلب رزقاً حلالاً فأغفل [فأعقل. قرب الاسناد] فليستدن على الله ورسوله صلی اللہ علیہ وسلم»^(٢)، ونحوهما غيرهما. لظهور الأمر به في عدم كراهته بحيث يكون شيئاً للدين كما تضمنه موثق السكوني. ولا سيما مع جعل الاستدانة على الله ورسوله صلی اللہ علیہ وسلم، حيث لا يناسب ما تضمنه صحيح ابن القداح من أنه قضاء في الدنيا وقضاء في الآخرة، إذ مع كون الدين على الله ورسوله صلی اللہ علیہ وسلم يكون قضاؤه عليهما بتسهيل وفائه أو القضاء عنه، كما تضمنه قوله عليه السلام في ذيل الحديث: «فإن مات ولم يقضه كان على الإمام قضاؤه، فإن لم يقضه كان عليه وزره إن الله عزوجل يقول: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا... إلى قوله: وَالْغَارِمِينَ﴾ فهو فقير مسكين مغرم»^(٣).

نعم لا ينافي ما تضمنته النصوص الأول من كونه سبباً للذل والهمل والجهد ونحوها من الآثار الدنيوية. لكنها لا تقتضي الكراهة الشرعية، بل النهي الإرشادي. وأما الاستدلال لنفي الكراهة في المحتاج بالنصوص المتضمنة لاستدانة المعصومين صلوات الله وسلامه عليهم^(٤) فلا يخلو عن إشكال. لإمكان مزاحمة الجهات التي حملتهم على الاستدانة للكراهة من دون أن يرتفع ملاك الكراهة، بخلاف النصوص السابقة، فإنها ظاهرة في ارتفاع الكراهة مع الحاجة، بحيث لا ملاك لها. وكذا الحال في الأمر به في بعض الموارد مما لا يسعنا استقصاؤها. ثم إن ظاهر النصوص المذكورة أن المعيار الحاجة المعتد بها. أما معتبر موسى

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب الدين والقرض حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب الدين والقرض حديث: ١٠.

(٣) الكافي ج: ٥ ص: ٩٣ باب: الدين حديث: ٣.

(٤) راجع وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب الدين والقرض، وج: ٣ باب: ٣ من أبواب الملابس وغيرها.

بن بكر فظاهر. وأما معتبر الحسين بن علوان فلظهوره في عدم حصول الرزق لطالبه، ومن الظاهر أن الدين ليس رزقاً، بل المنصرف منه أن الدين يقوم مقام الرزق في سد الحاجة فالأمر به للإرشاد، وهو إنما يحسن عرفاً لسد الحاجة المعتد بها التي يهون لأجلها تحمل تبعة الدين الدنيوية التي تضمنها صحيح القداح.

نعم ورد الترخيص في الاستدانة للحج بنحو قد يظهر في عدم كراهته حينئذٍ، كما في صحيح معاوية بن وهب عن غير واحد: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني رجل ذو دين أفأتدين وأحج. قال: نعم. هو أفضى للدين»^(١)، ومعتبر عقبة قال: «جاءني سدير الصيرفي فقال: إن أبا عبد الله عليه السلام يقرأ عليك السلام ويقول لك: ما لك لا تحج. استقرض وحج»^(٢)، وخبر يعقوب بن شعيب: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يحج بدين وقد حج حجة الإسلام؟ قال: نعم. إن الله سيقضي عنه إن شاء الله»^(٣)، وخبر أبي موسى: «قلت لأبي عبد الله: جعلت فداك يستقرض الرجل ويحج؟ قال: نعم. قلت يستقرض ويتزوج؟ قال: نعم إنه ينتظر رزق الله غدوة وعشية»^(٤).

فإن مقتضى الحث في الأول على الدين للحج المستفاد من التعليل عدم كونه موجباً لشين الدين، بل مقتضى التعليل فيه وفي الثالث والرابع عدم ثبوت ملاك الكراهة المتقدم فيه، وهو تحمل تبعة القضاء، لأن من شأنه أن يقضى.

ويؤيده أو يعضده صحيح معاوية بن عمار عن غير واحد: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يكون علي الدين فتقع في يدي الدراهم، فإن وزعتها بينهم لم يبق شيء، فأحج بها، أو أوزعها بين الغرّام؟ فقال: تحج بها. وادع الله أن يقضي عنك دينك»^(٥)، وصحيح أبي همام: «قلت للرضاء عليه السلام: الرجل يكون عليه الدين ويحضره الشيء،

(١) وسائل الشيعة ج: ٨ باب: ٥٠ من أبواب وجوب الحج وشرائطه حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ٨ باب: ٥٠ من أبواب وجوب الحج وشرائطه حديث: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ٨ باب: ٥٠ من أبواب وجوب الحج وشرائطه حديث: ٨.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣ من أبواب كتاب الدين حديث: ١.

(٥) وسائل الشيعة ج: ٨ باب: ٥٠ من أبواب كتاب وجوب الحج وشرائطه حديث: ١٠.

أيقضي دينه أو يحج؟ قال: يقضي ببعض ويحج ببعض. قلت: فإنه لا يكون إلا بقدر نفقة الحج. قال: يقضي سنة ويحج سنة^(١).

نعم في معتبر موسى بن بكر: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يستقرض ويحج. فقال: إن كان خلف ظهره مال إن حدث به حدث أدى عنه فلا بأس^(٢)» وقريب منه خبر عبد الملك بن عتبة^(٣).

لكنها لا يناسبان النصوص السابقة التي هي كالصريحة في انحصار الوفاء برزق الله تعالى الذي يستدعى بالحج، أو بالتوكل على الله تعالى ودعائه. فلا بد من حملها على حجة الإسلام لبيان وجوبها بالاستدانة مع وجدان ما به الوفاء، لتحقيق الاستطاعة حينئذ المقتضية لوجوب الحج ووجوب الاستدانة مقدمة له.

لكن في السرائر: «ولا يجوز للإنسان أن يستدين ما يصرفه في نفقة الحج إلا بعد أن يكون الحج قد وجب عليه بوجود شرائطه، ويكون له ما إذا رجع إليه قضي منه دينه. وما ورد من الأخبار في جواز الاستدانة للنفقة في الحج فمحمول على ما ذكرناه وحررناه، لا على من لا يكون الحج قد وجب عليه، ولا يكون له ما إذا رجع إليه قضي عنه دينه، لأن هذا لا يجب عليه الحج وهو على هذه الصفة، وإذا كان كذلك لا يجب عليه، فلا يجوز أن يستدين ليفعل ما لا يجب عليه» وسبقه إليه في الجملة في النهاية، وعليه جرى في جامع الشرايع.

ويظهر ضعفه مما سبق من تعذر حمل الطائفة الأولى من نصوص الاستدانة للحج على ما إذا كان له ما إذا رجع إليه قضي دينه. وحينئذ يتعذر حملها على حجة الإسلام، لعدم كونه مستطيعاً حينئذ، بل يتعين حملها على الحج المستحب، كما هو صريح خبر يعقوب بن شعيب وصحيح أبي همام.

وأشكل منه ما ذكره من تحريم الاستدانة إذا لم يكن له مال يرجع إليه، حيث لا

(١) وسائل الشيعة ج: ٨ باب: ٥٠ من أبواب كتاب وجوب الحج وشرائطه حديث: ٦.

(٢) وسائل الشيعة ج: ٨ باب: ٥٠ من أبواب كتاب وجوب الحج وشرائطه حديث: ٧.

(٣) وسائل الشيعة ج: ٨ باب: ٥٠ من أبواب كتاب وجوب الحج وشرائطه حديث: ٥.

وجه له مع ما ذكره قبل ذلك من أن الدين مع عدم الحاجة مكروه لا محذور. بل سبق منا أن مقتضى النصوص المذكورة عدم الكراهة حينئذٍ.

وأما الدين للزواج فمقتضى خبر أبي موسى أنه كالدين للحج. لكن ضعفه قد يمنع من التعويل عليه. نعم من القريب أنصرافه لصورة الحاجة للزواج، فيدخل في الاستدانة للحاجة، ولا أقل من كونه المتيقن بلحاظ الجمع بين عموم كراهة الدين ودليل عدم الكراهة مع الحاجة. فتأمل.

هذا وفي القواعد: «وتخف الكراهة لو كان له ما يرجع إليه لقضاء دينه»، ونحوه في الدروس، وزاد ما إذا كان له ولي يقضي عنه، وهو ظاهر التحرير. وظاهر جامع الشرايع ارتفاع كراهة الدين معها حتى مع عدم الحاجة، وقد يظهر من النهاية. وظاهر التذكرة أن ذلك يرفع الكراهة مع الحاجة التي تخف الكراهة معها عنده، كما سبق.

وكانه لمعتبر سماعه - كما في الكافي والفقيه ومستطرفات السرائر - أو سلمة - كما في التهذيب - : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل منا يكون عنده الشيء يتبلغ به وعليه دين، أيطعمه عياله حتى يأتي الله عزوجل بميسرة فيقضي دينه، أو يستقرض على ظهره في خبث الزمان وشدة المكاسب، أو يقبل الصدقة؟ قال: يقضي بها عنده دينه، ولا يأكل أموال الناس إلا وعنده ما يؤدي إليهم حقوقهم. إن الله عزوجل يقول: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾. ولا يستقرض على ظهره إلا وعنده وفاء ولو طاف على أبواب الناس فردوه باللقمة واللقميتين والتمرمة والتمرتين. إلا أن يكون له ولي يقضي دينه من بعده. ليس منا من ميت إلا جعل الله عزوجل له وليا يقوم في عدته ودينه، فيقضي عدته ودينه»^(١)

(١) الكافي ج: ٥ ص: ٩٥ باب: قضاء الدين حديث: ٢ واللفظ له، والتهذيب ج: ٦ ص: ١٨٥ باب: الديون وأحكامها ج: ٨، السرائر ج: ٣ ص: ٥٩٠. وروى صدره في من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص: ١١٢ باب: الدين والقرض حديث: ١٢ وفي وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٤ من أبواب كتاب الدين والقرض حديث: ٣، كما روى في الوسائل ذيله في باب: ٢ من الأبواب المذكورة حديث: ٥.

لكن ظاهر الحديث حرمة الاستدانة مع عدم الأمرين، أو شدة كراهتها، بقريئة الاستشهاد بالآية الشريفة، وتقديم سؤال الناس باللقمة واللقتين والتمرتين على الاستدانة مع ما هو المعلوم من شدة كراهة السؤال، خصوصاً بالوجه المذكور المبني على المذلة والمهانة لمعلوم اهتمام الشارع الأقدس بتنزيه المؤمن عنهما. وذلك كله لا يناسب مرتكزات التشريع وسيرتهم، ولا النصوص المتقدمة المتضمنة للحث على الاستدانة للحاجة وللحج المندوب، بل ولا غيرها مما ورد في الدين، كما يظهر بسبرها والتأمل فيها.

كما أن تعليل أستدانته صلوات الله عليهم بوجود ولي لهم يؤدي عنهم لا يناسب صحيح معاوية بن وهب: «قلت لأبي عبد الله: إنه ذكر لنا أن رجلاً من الأنصار مات وعليه ديناران ديناً، فلم يصلّ عليه النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وقال: صلوا على صاحبكم حتى ضمنهما عنه بعض قرابته، فقال أبو عبد الله عليه السلام: ذلك الحق. ثم قال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إنما فعل ذلك ليتعظوا [ليتعاظوا. خ ل] وليرد بعضهم على بعض، ولئلا يستخفوا بالدين، وقد مات رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وعليه دين [وقتل أمير المؤمنين عليه السلام وعليه دين]»^(١)، ومات الحسن عليه السلام وعليه دين، وقتل الحسين عليه السلام، وعليه دين»^(٢).

لظهور الاستشهاد فيه بدينهم عليه السلام في تخفيف أمر الدين وإن وجب الاهتمام بادائه دفعاً لما يوهمه امتناع النبي صلى الله عليه وآله وسلم من الصلاة على المديون، ولو كان وجود الولي الذي يقضي الدين فارقاً لم يصح لذلك.

نعم في مستطرفات السرائر روى المعبر المتقدم بعد ذكر الآية الشريفة هكذا: «وما أحب له أن يستقرض إلا أن يكون له وفاء بذلك، إما في عقدة أو في تجارة، ولو طاف...». فقد يحمل على الكراهة أو الإرشاد منه عليه السلام ولو بلحاظ خصوصية مورد أو زمان. ومع ذلك فالحديث الشريف غريب المضمون لا ينهض بالاستدلال.

(١) ما بين القوسين لا يوجد في الكافي و التهذيب طبعة دار الكتب الإسلامية.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب الدين والقرض حديث: ١.

والأولى رد عمله إلى قائله عليه السلام.

ولعل الأول أن يقال: لما كان ظاهر بعض النصوص المتقدمة أن ملاك كراهة الدين هو تحمل مسؤولية الوفاء، فكلما كان الوفاء أقرب - لوجود ما يفي به أو من يفي عنه - تكون الكراهة أخف. هذا مع عدم الحاجة المعتد بها للدين، أما معها فقد تقدم عدم الكراهة.

ومن جميع ما سبق يظهر ضعف ما ذكره أبو الصلاح في الكافي وابن زهرة في الغنية من حرمة الدين عدم الضرورة إليه وفقد القدرة على أدائه. بل يكاد يقطع ببطلانه بلحاظ سيرة المشرعة، ولا سيما مع ما في الأول من أن أخذ الزكاة مع الحاجة إليه أولى منه، فإن لم يجدها فالقرض أفضل من الطلب بالكف حيث يظهر منه عدم التعويل على المعتبر المتقدم.

وأما ما في مفتاح الكرامة من إمكان حمل ذلك منهما على صورة عدم الحاجة بالفعل وعدم اطلاع الدائن على حاله. فهو خال عن الشاهد، لا يناسب كلاهما. كما أن ما ذكره ثُمَّ تَبَيَّنَ من الحرمة حينئذٍ خال عن الشاهد أيضاً. غاية الأمر أنه يحرم غش الدائن وخدعه من المستدين وغيره بإظهار قدرة المدين على الوفاء حتى مع حاجته للدين واضطراره إليه. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم. بقي شيء. وهو أن الدين (تارة): يطلق ويراد به خصوص القرض، الذي هو عبارة عن عقد يتضمن أخذ مال الغير بضمان بدله لصاحبه، الذي يأتي الكلام فيه في المسألة الثالثة إن شاء الله تعالى.

(وأخرى): يراد به مطلق انشغال الذمة للغير بالمال ولو بالشراء سلفاً، والنكاح على مهر في الذمة، وضمان دين الغير. بل حتى الضمان بمثل الجناية على المال والنفس. وصرح في جامع الشرايع بأن موضوع الكراهة الثاني. وهو المناسب للنصوص السابقة. ولعله مراد الكل، حتى من عبر بالقرض، إلغاءً لخصوصيته، بلحاظ عموم النصوص.

ولو استدان وجبت نية القضاء (١).

نعم يقصر عن مثل الشراء بالكلي في الذمة حالاً مبنياً على تعجيل أدائه لشيوع الابتلاء به بنحو ينصرف عنه إطلاق النص والفتوى، كما لعله ظاهر.

(١) كما في الكافي والمراسم والسرائر وجملة من كتب العلامة والدروس واللمعتين وغيرها، وفي جامع المقاصد دعوى الإجماع عليه. وإليه يرجع ما في النهاية وجامع الشرايع وما في المقنع عن رسالة والده من أنه إن لم ينو ذلك كان سارقاً.

وهو الذي تضمنته النصوص، كخبر عبد الغفار المجازي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل مات وعليه دين. قال: إن كان أتى على يديه من غير فساد لم يؤاخذ الله إذا علم من نيته، إلا من كان لا يريد أن يؤدي أمانته، فهو بمنزلة السارق. وكذلك الزكاة أيضاً. وكذلك من استحل أن يذهب بمهور النساء»^(١)، ومرسل ابن فضال عن بعض أصحابه عنه عليه السلام: «قال: من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق»^(٢)، وخبر أبي خديجة عنه عليه السلام: «قال: أيما رجل أتى رجلاً فاستقرض منه مالاً وفي نيته أن لا يؤديه فذلك اللص العادي»^(٣) وغيرها^(٤).

وكثرتها تكفي في تعاضدها بنحو تنهض بالحجية. ولا سيما مع ظهور اعتماد الأصحاب عليها.

ومن ثم قال في الجواهر: «نعم يستفاد من نصوص السرقة أن عدم نية القضاء حال القرض مفسدة لعقده، فيحرم على المقرض التصرف بالمال حينئذ... لكن لم أجده محرراً في كلامهم، بل ربما كان فيه ما ينافيه، كعدم ذكرهم له من الشرائط، وجعلهم وجوب العزم هنا كالواجب الموسع وغير ذلك. وعليه فينبغي الاقتصار فيه

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب الدين والقرض حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب الدين والقرض حديث: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب الدين والقرض حديث: ٥.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٥ باب: ١١ من أبواب المهور حديث: ٢، ١١.

على خصوص القرض. أما الابتياح مع عدم نية الوفاء فلا يقضي بفساد البيع». لكن المنصرف من النصوص الحث على نية الأداء، لا بيان شرطيتها في صحة القرض، كما هو المناسب لسياق المقام في سياق الزكاة التي لا موضوع فيها للشرطية، والمهر الذي هو من أفراد الدين وحرمة حبسه فرع استحقاقه وصحة العقد.

فهي نظير معتبر زرارة: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه، ولا على ولي له، ولا يدري بأي أرض هو؟ قال: لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيته الاداء»^(١).

ولذا يجب الاستمرار عليها، ولا يكفي تحققها حين القرض تصحيحاً له. ولا يختص الأمر بالقرض، بل يعم جميع أنواع الدين، حتى ما لا يستند للعقد، كالضمان بالإتلاف.

كما أن ما ذكره أخيراً من أنه بناء على فهم الشرطية فاللازم الاقتصار فيه على القرض، دون غيره من العقود الموجبة لانشغال الذمة، كالشراء نسيئة، غير ظاهر الوجه.

ولا سيما مع إطلاق خبر عبد الغفار، ومع ما ورد في المهر من أنه زان^(٢). ومن هنا لا معدل على فهمه الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم من النصوص.

هذا وفي مرفوع إبراهيم الهمداني إلى بعض الصادقين عليهم السلام: «قال: إني لأحب للرجل أن يكون عليه دين ينوي قضاءه»^(٣). وقد يظهر في الاستحباب.

لكن لا بد من رفع اليد عنه بالنصوص السابقة. ولا سيما أن النية المذكورة من مظاهر الانقياد للحكم الشرعي بالأداء، وهو من شؤون الطاعة الواجبة عقلاً.

نعم المناسبات الارتكازية قاضية بحمل النصوص السابقة والفتاوى على حرمة عدم نية الأداء مع الالتفات للدين وأدائه الراجع للتمرد والتهاون بذلك، لا

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٢ من أبواب الدين والقرض حديث: ١.

(٢) راجع وسائل الشيعة ج: ١٥ باب: ١١ من أبواب المهور.

(٣) الكافي ج: ٥ ص: ٩٣ باب: الدين حديث: ٤.

والقرض أفضل من الصدقة (١). ويحرم اشتراط زيادة في القدر

وجوب نيته تعبدًا، بحيث لا تجوز الغفلة عن ذلك، كما لعله ظاهر.

غاية الامر أنه يظهر من بعض النصوص الحث على الاهتمام بالأداء وهو خبر الحسن بن علي بن رباط: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من كان عليه دين ينوي قضاءه كان معه من الله حافظان يعينانه على الأداء عن أمانته، فإن قصرت نيته عن الأداء قصر عنه من المعونة بقدر ما قصر من نيته»^(١).

اللهم إلا أن يقال: المنصرف منه الحث على قوة العزم على الأداء وشدة الاهتمام به عند الالتفات للدين، لا فعلية العزم والاهتمام وفعلية الالتفات للدين مقدمة لذلك. فلاحظ.

(١) كما في المراسم والقواعد وجامع الشرايع واللمعة وظاهر النهاية والسرائر والتحرير والتذكرة، حيث تضمنت رواية ذلك في مقام بيان فضل القرض. وفي حديث محمد بن حباب القمط عن شيخ من أصحابنا: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لأن أقرض قرضاً أحب إلي من أن اتصدق بمثله...»^(٢) وصحيح ابن أبي عمير عن هيثم الصيرفي وغيره عنه عليه السلام: «قال: القرض الواحد بثمانية عشر... وإن مات حسبتها من الزكاة»^(٣)، مع أن الصدقة بعشرة، كما نبه له في اللمعة. وبه صرح في النبوي: «رأيت مكتوباً على باب الجنة: الصدقة بعشرة، والقرض بثمانية عشر. فقلت: يا جبرئيل: ولم ذلك والذي يتصدق لا يريد الرجوع، والذي يقرض يعطي لأن يرجعه؟ فقال: نعم هو كذلك، ولكن ما كل من يأخذ الصدقة له بها حاجة. فالصدقة قد تصل إلى غير المستحق، والقرض لا يصل إلا إلى المستحق. ولذا صار القرض

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب الدين والقرض حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٦ من أبواب الدين والقرض حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٦ من أبواب الدين والقرض حديث: ٤.

أو الصفة على المقرض (١). ولا فرق بين أن تكون الزيادة

أفضل من الصدقة»^(١).

وصريحه كمنصرف غيره الاختصاص بإقراض المحتاج، لأنه المناسب للمقارنة مع الصدقة.

(١) أما الزيادة في القدر فهي المتيقنة من الربا المحرم بالكتاب والسنة والإجماع، بل الضرورة من الدين.

وأما الزيادة في الصفة فقد صرح بالعموم لها في المبسوط والسرائر والشرايع والنافع وجملة من كتب العلامة وغيرها، وقد ادعي الإجماع عليه في الغنية والسرائر والمختلف.

ويشهد به صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر: «قال: من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلا مثلها. فإن جوزي أجود منها فليقبل. ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترط من أجل قرض ورقه»^(٢)، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إذا أقرضت الدراهم ثم جاءك بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط»^(٣)، وخبر خالد بن الحجاج: «سألته عن رجل كانت لي عليه مائة درهم عدداً قضانيها مائة وزناً. قال: لا بأس به ما لم يشترط. قال: وقال: جاء الربا من قبل الشروط إنما يفسده الشروط»^(٤) وقريب منها غيرها^(٥). فإن مقتضى الشرطية فيها ثبوت البأس مع الشرط.

ودعوى: أن ثبوت البأس أعم من الحرمة. مدفوعة بأنه لا مجال لذلك في المقام، بلحاظ أن المنصرف هو ثبوت البأس وعدمه من حيثية الربا المعلوم الحرمة، كما هو

(١) مستدرك الوسائل ج: ١٣ باب: ٦ من أبواب الدين والقرض حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث: ١١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٠ من أبواب الدين والقرض حديث: ١.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب الصرف حديث: ١.

(٥) راجع وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب الصرف.

المصرح به في ذيل خبر خالد بن الحجاج المتقدم. على أنه يكفي صحيح محمد بن قيس. نعم تضمنت جملة من النصوص جواز الاستيفاء بزيادة صفة أو الانتفاع بالعين المرهونة على الدين بإذن مالكيها أو نحو ذلك مما يستلزم ترتب المنفعة على القرض. لكنها - نظير ما تضمن الوفاء بالزيادة العينية - محمولة على عدم اشتراط ذلك

حين القرض، كما هو ظاهر بعضها، ويقتضيه الجمع مع النصوص المتقدمة. هذا وقد أجاز في النهاية إقراض الدراهم الغلة - وهي المكسرة أو المغشوشة - واشتراط الوفاء بالصحاح. ووافقه على ذلك في الكافي والوسيلة، وحكاها في المختلف عن ابن البراج، وزاد في الكافي اشتراط المصوغ من الذهب عيناً ومن الفضة ورقاً، و عوض نقد مخصوص من خالص الذهب والفضة من الغش من نقد غيره.

وفي المختلف أن الشيخ عليه السلام احتج بصحيح يعقوب بن شعيب: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغلة فيأخذ [منها. منه. يب] الدراهم الطازجية طيبة بها نفسه. فقال: لا بأس به. وذكر ذلك عن علي عليه السلام»^(١). ولم أعر على احتجاج الشيخ عليه السلام بذلك.

وكيف كان فلا بد من حمله بقرينة النصوص السابقة على صورة عدم الشرط. بل هو الظاهر منه، بلحاظ قوله «طيبة بها نفسه»، لظهوره في طيب النفس حين الوفاء، لا حين الاقتراض بنحو يرضى باشتراط ذلك عليه، ويكون ملزماً به حين الوفاء بسبب الشرط وإن لم تطب نفسه.

وقد استدل عليه بحديث عبد الملك بن عتبة عن عبد صالح: «قلت له: الرجل يأتيني يستقرض مني الدراهم فأوطن نفسي على أن أؤخره بها شهراً على أن يعطيني بها مضروبة، إلا أن ذلك وزنا بوزن سواء هل يستقيم هذا، إلا أني لا أسمى لها تأخيراً. إنما أشهد لها عليه فيرضى. قال: لا أحبه»^(٢). بدعوى: ظهور الجواب في الكراهة.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب الصرف حديث: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب الصرف حديث: ٩.

لكنه لو تم فليس بحيث يتعذر عرفاً حمّله على الحرمة من أجل النصوص السابقة، فيتعين ذلك.

هذا وفي النهاية أيضاً: «وإن أقرض شيئاً على أن يعامله المستقرض في التجارات جاز» وقريب منه في الفقيه، مدعيّاً الإجماع عليه. وفي القواعد: «يجوز لو اقرضه بشرط أن يقترض منه أو يقرضه أو يبيعه بثمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستلف منه». كما حكم في المبسوط بجواز الاقراض بشرط أن يرهنه على دين آخر سابق، وتبعه عليه غير واحد. بل زاد في الكافي أن يزوجه أو يخطب له.

وقد يستدل لما تقدم من النهاية بحديث محمد بن إسحاق بن عمار: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن سلسيل [سلسيل] طلبت مني مائة ألف درهم على أن تربحني عشرة آلاف، فأقرضها تسعين ألفاً وأبيعها ثوب وشي تقوم بألف درهم بعشرة آلاف درهم قال: لا بأس» قال الكليني: وفي رواية أخرى: لا بأس به إعطها مائة ألف وبعها الثوب بعشرة آلاف. وكتب عليها كتابين»^(١).

وصحيح أبي بصير عن أبي جعفر: «قلت له: الرجل يأتيه النبط بأحماهم فيبيعه لهم بالأجر، فيقولون له: أقرضنا دنانير، فإننا نجد من يبيع لنا غيرك، ولكن نخصك بأحماننا من أجل أنك تقرضنا. فقال: لا بأس به. إنها يأخذ دنانير مثل دنانيره، وليس بثوب إن لبسه كسر ثمنه، ولا دابة إن ركبها كسرها. إنها هو معروف يصنعه اليهم»^(٢).

وصحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام أو عن رجل عنه عليه السلام: «قلت له: أصلحك الله إنا نخالط نفراً من أهل السواد فنقرضهم القرض، ويصرفون إلينا غلاتهم فنيبيعها لهم بأجر، ولنا في ذلك منفعة. فقال: لا بأس. ولا أعلمه إلا قال: ولو لا ما يصرفون إلينا من غلاتهم لم نقرضهم. قال: لا بأس»^(٣).

لكن حديث محمد بن إسحاق لم يتضمن أخذ البيع شرطاً في القرض، بل يحتمل

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٩ من أبواب أحكام العقود حديث: ١، ٢.
 (٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث: ١٠.
 (٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث: ١٢.

فيه كون القرض شرطاً في البيع، أو كون كل منهما داعياً للآخر مقارناً له، من دون أن يكون شرطاً فيه، كما هو الظاهر من الرواية الأخرى التي أشار إليها الكليني رحمته. ولا سيما بلحاظ قوله فيها: «اكتب عليها كتابين».

كما أن صحيح أبي بصير إنما تضمن أن الداعي لهم لانزال الأحمال عند الرجل هو إقرضه لهم. وحديث جميل قد تضمن أن الداعي للمقرض هو صرفهم غلاتهم عنده، من دون أن يكون هناك التزام مشترك بين الطرفين راجع إلى اشتراط النفع بأحد الوجهين في القرض. بل قوله عليه السلام في الأول: «إنما هو معروف يصنعه إليهم» مشعر أو ظاهر في أن علة الحل هو كون الإقراض معروفاً يصنعه إليهم مجاناً، لا مقابلاً بالنفع الذي يقومون به، نظير ما يأتي في صحيح يعقوب بن شعيب.

مضافاً إلى أن حديث جميل إنما تضمن أن النفع - وهو صرف الغلات - يجر القرض، ولا إشكال فيه حتى مع الشرط، كما لو باع زيد عمراً بأقل من سعر المثل واشترط على عمر أن يقرضه على ما يأتي التعرض لذلك إن شاء الله تعالى.

ودعوى: عدم الفرق بين الأمرين، ولذا قد يستدل بنصوص جواز الثاني على الجواز في المقام. ممنوعة. لظهور أن تحريم الربا حكم تعدي، تابع سعة وضيقاً لمفاد أدلته. ولذا تضمنت النصوص بعض الحيل المخرجة عنه المفيدة فائدته في الجملة.

والحاصل: أن النصوص المتقدمة لا تنهض بجواز اشتراط ذلك، فلا مخرج عما سبق من عموم عدم جواز اشتراط النفع في القرض.

بل في صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين ديناراً ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً، قال: لا يصلح إذا كان قرضاً يجر شيئاً فلا يصلح. وسألته عن الرجل يأتي حريفه وخليطه فيستقرض منه الدنانير فيقرضه. ولو لا أن يخالطه ويحارفه ويصيب عليه لم يقرضه. فقال: إن كان معروفاً بينهما فلا بأس، وإن كان إنما يقرضه من أجل

راجعة للمقرض [للمقرض . ظ] وغيره (١). فلو قال: أقرضتك ديناراً بشرط أن تهب زيدا أو المسجد أو المآتم (٢) درهماً لم يصح. وكذا إذا اشترط

أنه يصيب عليه فلا يصلح»^(١).

وقد حمله الشيخ على الكراهة أو على المشروط.

ويبعد الأول أن قوله عليه السلام: «فلا يصلح» إن لم يكن في نفسه ظاهراً في الحرمة فلا أقل من حملها عليها بلحاظ أن الجهة الارتكازية الموجبة للسؤال هي شبهة الربا المعلوم الحرمة.

كما أنه يبعد حمل ذيله كون المحارفة داعياً، لأن ذلك مفروض في السؤال، فلا يبعد حمل التفصيل في الجواب على الشرط وعدمه. فيدل على التحريم مع الشرط، ويؤكد في المقام مفاد العموم المتقدم ولا أقل من أن ذلك مقتضى صدره المحمول على الشرط جمعاً مع بقية النصوص والمتيقن منه المحارفة، لأنها مورد السؤال. ومنه يظهر الحال في بقية ما تقدم من الكافي، وأنه يتعين المنع منه.

(١) الظاهر أن الصحيح للمقرض وغيره، حيث قد يتوهم قصور عموم عدم جواز اشتراط الزيادة عن الثاني، لعدم كونه زيادة في حق المقرض بعد انتفاع غيره به. ويندفع بأن المعيار في صدق الزيادة في حقه استحقاقه لها زائداً على القرض الذي دفعه، لا انتفاعه بها، إذ قد لا ينتفع نفسه بما يشترطه لنفسه، كملكه لأحد عموديه المقتضي لانعاقه، ومن المعلوم أن المستحق للشرط هو المشتري له حتى مع انتفاع الغير به. ولذا يكون إسقاطه - لو صح في نفسه - والمصالحة عليه ونحوهما تابعة له لا للمنتفع به. ومثل ذلك كاف في عموم المنع، ولا سيما قوله في صحيح شعيب المتقدم: «إذا كان قرضاً يجز شيئاً فلا يصلح».

(٢) المراد بالهبة لهما بذل المال لصلاحهما، لوضوح عدم قابليتهما للهبة الحقيقية.

أن يعمر المسجد أو يقيم المآثم أو نحو ذلك مما لوحظ فيه المال (١)، فإنه
يحرم (٢)، ويبطل القرض بذلك (٣).

(١) كأن المراد بملاحظة المال توقف تنفيذ الشرط نوعاً على بذل المال بحيث
يقابل بالمال وتكون له مالية. وإلا فنفس تعمير المسجد وإقامة المآثم ونحوهما ليست
مالاً، وربما تحصل من دون بذل المال، بخلاف هبة المال للمقترض أو غيره.

(٢) يعني: تكليفاً، لما هو المعلوم من أن المنع عنه لدخوله في الربا المحرم تكليفاً
بنحو يستتبع العقاب عليه، ووضعاً الراجع لبطلانه وعدم ملك المقترض للزيادة.

(٣) كما في الوسيلة والسرائر والشرايع وجملة من كتب العلامة والشهيدین
وغيرها، وفي السرائر والمختلف والمسالك الإجماع عليه.

وقد يستدل عليه بالنبوي: «كل قرض يجز نفعاً فهو حرام»^(١) المحمول على
صورة الشرط جمعاً مع النصوص الكثيرة المتقدم بعضها.

وهو كما ترى! (أولاً): لعدم رواية الحديث من طرقنا، وإنما ورد من طرق
العامة، كما في التذكرة وغيره، وما في الجواهر من انجباره بكلام الأصحاب غير
ظاهر، لعدم بناء على الأصحاب على التعويل على ما يرويه العامة في غير المشهورات،
وإنما يكون ذلك منهم، فيما يروى من طرقنا بوجه لم يتضح لنا اعتباره.

على أنه لم يتضح اعتماد الأصحاب على الحديث المذكور، بل نظرهم إلى أن
الرضا بالقرض مقيد بالزيادة المشروطة ونحو ذلك. ومجرد موافقة الحديث لفتواهم
لا يكفي في انجباره، كما لعله ظاهر.

(وثانياً): لأن الحرمة في المقام تكليفية راجعة إلى حرمة الربا تكليفاً، وهي لا
تقتضي الفساد. وبعبارة أخرى: الحديث غير وارد لبيان الحرمة، لوضوح حرمة الربا
تكليفاً في الإسلام، بل لتحديد موضوعها، وبيان عمومها لكل نفع، فهو مساوق لما

ورد عنهم صلوات الله عليهم من أن كل قرض جر نفعاً فهو ربا^(١)، وفساد الربا مستفاد من دليل آخر غير دليل تحريمه. ولا مجال لحمل الحرمة على الإرشاد للفساد، بعد أنس الذهن بحرمة الربا تكليفاً. وإنما ينصرف النهي لذلك في المعاملات ونحوها مما يطلب لأثره، لانصراف النهي لبيان حال الأثر الذي هو المهم نوعاً في غير ما يكون الذهن فيه مأنوساً بالتكليف ويهتم بتحديد موضوعه.

ومثله - الاستدلال - بما أشرنا إليه آنفاً من أن الرضا بالقرض مقيد بالزيادة، فمع عدم ثبوتها لا رضا به، فيبطل.

لاندفاعه برجوع ذلك إلى أن فساد الشرط لمخالفته للكتاب والسنة مستلزم لفساد العقد، والتحقيق عدمه، كما تقدم منا في المسألة الرابعة في ذيل الكلام في أحكام الشروط.

بل قد يستفاد من مساق نصوص الربا صحة القرض، للاقتصار فيها على حرمة الربا الذي هو الزيادة، من دون تنبيه فيها لبطلان القرض، بحيث يكون المال مغصوباً، والتصرف فيه فضولياً لا ينفذ إلا بإذن المقرض.

كما قد يستفاد من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾^(٢) فإن رأس المال عرفاً لا يختص بعين المال، بل يعم بدله من جنسه.

فلم يبق في المقام إلا الإجماع المدعى. وفي نهوضه بالخروج عن مقتضى القاعدة إشكال، خصوصاً مع عدم دعواه قبل صاحب السرائر، وعدم تعرض كثير من الأصحاب للمسألة، وقوة احتمال كون منشئه ما سبق من قصور الرضا بالقرض عن صورة عدم استحقاق الزيادة، ونحو ذلك من الاجتهاديات التي لم يتضح تماميتها.

ولعله لذا مال في الحدائق لعدم بطلان القرض، وجزم به بعض مشايخنا^(٣).

وبذلك يظهر الحال في الربا المعاملي إذا كانت الزيادة من سنخ الشرط مع

(١) مستدرک الوسائل: ج: ١٣: باب: ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث: ٢.

(٢) سورة البقرة آية: ٢٧٩.

ويجوز قبولها مطلقاً من غير شرط (١). كما يجوز اشتراط ما هو واجب على المقرض، مثل أقرضتك بشرط أن تؤدي زكاتك أو دين زيد

التماثل في العوضين، حيث يجري فيها ما سبق.

نعم إذا كانت جزءاً من أحد العوضين فالمتعين بطلان المعاملة، لقيام الربا بنفس المعاوضة، وعدم قصد المعاوضة بالمساوي، لتصح.

ثم إنه بناء على بطلان القرض فالمتعين ضمان المقرض له بضمان اليد، لكون اليد عليه عدوانية، كما في سائر موارد المقبوض بالعقد الفاسد.

لكن في الوسيلة أنه يكون أمانة في يده، ومقتضاه عدم ضمانه بضمان اليد. ويشكل بعدم قصد الاستئمان من المالك، وعدم الترخيص في قبض المال من الشارع، ليكون أمانة مالكية أو شرعية.

ومثله في الإشكال ما في الرياض وعن مجمع البرهان من قصر الضمان على

صورة علم المقرض.

ولا سيما مع إطلاق قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ * فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتِغُوا فَلَئِكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(١). حيث تضمن استحقاق المرابي رأس ماله على المدين المستلزم لصحة الدين أو ضمان المقرض لمال المقرض على تقدير بطلانه، من دون تفصيل بين علم المقرض بالبطلان وعدمه، ولا بين استناد تلف المال له وعدمه. فلاحظ.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب، وقد يظهر من بعضهم المفروغية عنه

ونفى الخلاف فيه في المسالك والروضة، وادعى الإجماع عليه في الغنية والتذكرة.

وكان المراد بالاطلاق أحد وجهين (الأول): عدم الفرق بين كون ذلك عادة

للمقرض بحيث يفعله حتى مع عدم الدين، وعدمه، كما هو مقتضى إطلاق جماعة.

وبه صرح في المبسوط والغنية والتذكرة والتحرير وعن غيرها، وفي الغنية الاجماع عليه.

نعم قد ينافي ذلك الصحيح عن هذيل: «قلت لأبي جعفر [لأبي عبد الله] عليه السلام: إني دفعت لأخي جعفر مالاً [كان لي]. يب [فهو يعطيني ما أنفق وأحج منه وأتصدق. وقد سألت من قبلنا فذكروا أن ذلك فاسد لا يحل، وأنا أحب أن انتهي إلى قولك] فما تقول؟ يب [فقال لي: أكان يعطيك قبل أن تدفع إليك مالك؟ قلت: نعم. قال: خذ منه ما يعطيك فكل منه واشرب وحج وتصدق. فإذا قدمت العراق فقل جعفر بن محمد افتاني بهذا»^(١).

لكن ذلك لا يناسب النصوص السابقة وغيرها مما تضمن جواز الزيادة مع عدم الشرط، خصوصاً صحيحي أبي بصير وجميل. فلا بد من الجمع بينه وبينها إما بحمل ذكر العادة فيه على الكناية عن عدم الاشتراط، أو حملة على الكراهة مع العادة ولو مع عدم الشرط، أو على التقية، لأن المنع مع عدم العادة محكي عن بعض العامة، رداً من الإمام عليه السلام على من يمنع منه مطلقاً، كما تضمنه الحديث، لعدم الموجب للتقية منه.

(الثاني): عدم الفرق بين كون من نيتها ذلك وعدمه، كما هو مقتضى إطلاقهم وصريح المسالك وعن غيره. ويشهد به إطلاق النصوص خصوصاً حديثي أبي بصير وجميل المتقدمين. وأظهر منهما معتبر أبي الربيع: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أقرض رجلاً دراهم فرد عليه أجود منها بطيبة نفسه، وقد علم المستقرض والقارض أنه إنما أقرضه ليعطيه أجود منها. قال: لا بأس إذا طابت نفس المستقرض»^(٢).

نعم صرح بكراهته في الدروس. ولم يتضح وجهه.

كما ذكر في النهاية جملة من صور الزيادة من غير شرط أو مع الشرط وحكم

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب الصرف حديث: ٤.

بجوازها، ثم قال: «والأولى تجنب ذلك كله».

ولم يتضح وجهه أيضاً بل هو لا يناسب ما تضمنته جملة من النصوص من أن خير القرض ما جر منفعة^(١)، وبعضها وارد للردع عن توهم حرمة حصول المنفعة من غير شرط كما يأتي.

بل في بعض النصوص استحباب ذلك للمقترض، كقول أبي جعفر عليه السلام في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج: «يا بني إن هذا هو الفضل فأعطه إياها»^(٢). بل في بعضها أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يفعل ذلك^(٣)، ومن البعيد أنه صلى الله عليه وآله وسلم يوقع مقرضه في أمر مكروه.

غاية الأمر أنه تقدم احتمال حمل حديث هذيل على كراهة قبول الهدية من المقرض إذا لم يكن من عادته ذلك.

وأما معتبر غياث عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إن رجلاً أتى علياً فقال: إن لي على رجل ديناً فأهدى إلي هدية. قال: احسبه من دينك»^(٤).

فهو لا يتضمن النهي عن قبول الهدية، ليتعين حمله على الكراهة من أجل ما سبق، بل تضمن الأمر بعد فرض قبولها باحتسابها من الدين، لا على أن يقبضها ابتداء وفاء له، لأنه خلاف قصد الدافع، بل إسقاط قدرها من الدين بعد قبولها، وهو أمر آخر يتعين حمل الأمر به على الاستحباب، كما صرح به بعضهم.

نعم في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه كره للرجل أن ينزا على غريمه. قال: لا يأكل من طعامه ولا يشرب من شرابه ولا يعتلف من علفه»^(٥)، وفي موثق سماعة عن أبي عبد الله: «سألته عن الرجل ينزل على الرجل وله عليه دين يأكل

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٩ من أبواب كتاب الدين والقرض حديث: ٤، ٥، ٦، ٨.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب الصرف حديث: ٧.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب الصرف حديث: ٦، ١١.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٩ من أبواب كتاب الدين والقرض حديث: ١.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٨ من أبواب كتاب الدين والقرض حديث: ٢.

من طعامه؟ قال: نعم يأكل من طعامه ثلاثة أيام، ثم لا يأكل بعد ذلك شيئاً^(١).
وقريب منه معتبر جراح المدائني^(٢).

ومقتضاها كراهة النزول على الغريم أكثر من ثلاثة أيام أو مطلقاً مع شدة الكراهة فيها زاد على الثلاثة، وهو مختص بالنزول على الغريم، حيث لا يبعد كون المتعارف نزول المسافر على أهل البلد من دون استئذان أو دعوة ممن ينزل عنده، بل لمجرد إحراز الرضا منه لتعارف ذلك، وقد تكون الكراهة حينئذٍ بسبب احتمال إحراجه أو التنزه عن ذلك وإن لم يكن مكروهاً شرعاً، ولا يشمل ما إذا دعاه واستضافه، بل من البعيد جداً رفع اليد لأجله عن استحباب إجابة دعوة المؤمن.

ومثلها في ذلك موثق إسحاق بن عمار عن العبد الصالح: «سألته عن الرجل يرهن العبد أو الثوب أو الحلي أو المتاع من متاع البيت، فيقول صاحب الرهن للمرتهن: أنت في حل من لبس هذا الثوب، فالبس الثوب وانتفع بالمتاع واستخدم الخادم. قال: هو له حلال إذا أحله. وما أحب له أن يفعل»^(٣). فإنه وإن كان ظاهراً في الكراهة، إلا أنه لا يناسب صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام الوارد في الرهن أيضاً وفيه: «فيحتاج إلى شيء من منفعتة [امتعتة. فقيهه] فيستأذن فيه، فيأذن له. قال: إذا طابت نفسه فلا بأس. قلت: إن من عندنا يروون أن كل قرض يجر منفعة فهو فاسد. قال: أو ليس خير القرض ما جر منفعة؟!»^(٤). لظهور ذيله في عدم الكراهة. ومن ثم قد يجمع بينهما بالتنزه عن مظنة ابتناء الإذن على نحو من الإحراج من دون كراهة شرعية. فتأمل جيداً.

بقي في المقام أمور (الأول): قال في التذكرة: «ولو دفع أجود من غير شرط، وجب قبوله، لأنه زاده خيراً». لكن التعليل لا ينهض بإثبات الوجوب، حيث لا

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٨ من أبواب كتاب الدين والقرض حديث: ٣.
(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٨ من أبواب كتاب الدين والقرض حديث: ٤.
(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٩ من أبواب كتاب الدين والقرض حديث: ١٥.
(٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٩ من أبواب كتاب الدين والقرض حديث: ٤.

دليل على وجوب قبول الخير .

وأما ما عن مجمع البرهان من أن ظاهر جملة من الأخبار وجوب أخذ الاجود . فهو في غاية المنع ، بل هي ظاهرة في مجرد الترخيص حتى قوله عليه السلام في صحيح محمد بن قيس المتقدم : « جوزي أجود منها فليقبل » لأن الأمر فيه بعد الحظر عن الشرط لبيان الترخيص . نعم حيث كان اختيار الفرد الذي به الوفاء تابعاً للمقترض ، فإذا كان الأمر المقترض كلياً مثلياً إذا أفراد متفاوتة في الجودة يتعين قبول ما يدفعه المقترض منها سواء كان مماثلاً لما أخذه أم لا أجود أو أردأ . فإذا اقترض مثلاً عشرة مثاقيل من الذهب وجب على المقرض قبول ما يدفعه وفاء عنها ، سواء أخذ تبراً فوفى بتبراً ومسكوكاً فوفى بمسكوك أم أخذ مسكوكاً فوفى بتبراً أو أخذ تبراً فوفى بمسكوك .

وهذا بخلاف ما إذا دفع إليه فرداً آخر غير ما اقترضه ، كما إذا اقترض مثلاً عشرة مثاقيل تبراً فدفع إليه المسكوك ، فإنه لا يجب عليه قبوله حتى لو كان أجود وأكثر قيمة ، لأنه مبين لحقه .

وأظهر من ذلك الزيادة العينية ، لعدم تحقق الوفاء بها ، بل هي تفضل لا يجب قبوله ، كالهبة . وأما النفع الخارجي فما كان منافياً لسلطنة المقرض لا يجب قبوله ، كصبغ ثوبه ، وما لم يكن منافياً لها لا يحتاج إلى قبوله ، كالنيابة عنه في بعض القربات من قراءة قرآن أو زيارة معصوم وكإسقاط حق عنه أو إبرائه من دين آخر عليه .

(الثاني) : لا ينبغي الاشكال في تحقق الوفاء بتمام المدفوع مع الزيادة في الصفة . وأما مع الزيادة العينية فهل يقع الوفاء بالمجموع فيلزم ، أو يختص بمقدار القرض ، وتكون الزيادة هبة مشاعة أو معينة ، ويجري عليها حكمها في اللزوم وعدمه ؟ قال في المسالك : « ولم أقف فيه على شيء . ولعل الثاني أوجه ، خصوصاً مع حصول الشك في انتقال الملك عن مالكة على وجه اللزوم » .

ويشكل ما ذكره أخيراً بأن الملك سنخ واحد ، واللزوم وعدمه من أحكامه الواردة عليه ، ومقتضى الاستصحاب عدم ارتفاعه بالفسخ ، وهو مطابق عملاً للزوم .

ومن ثم كان الاستصحاب من أدلة أصالة اللزوم في العقود، كما تقدم في أوائل الكلام في فصل الخيار من كتاب البيع.

نعم لا إشكال فيما ذكره من كون الزيادة هبة لو كان الدفع تدريجياً، بحيث يكون دفع الزيادة بعد تحقق الوفاء. وكذا لو كان دفعياً وقصد الوفاء بقدر الدين وبها زاد الإحسان وإن كان بنحو الإشاعة. أما لو قصد الوفاء بالمجموع فلا يبعد رجوعه إلى نحو من الصلح، بجعل المجموع وفاء. ولا مجال معه لترتب حكم الهبة.

(الثالث): قال في التذكرة: « لو اقضيه بشرط أن يرد عليه أردأ أو رد المكسر عن الصحيح لغا الشرط»، وقريب منه في الجملة في القواعد والتحرير والدروس وغيرها. ولا يسعنا تعقيب كلماتهم.

والذي ينبغي أن يقال: لو شرط المقترض الوفاء بالأقل عيناً أو صفة فالظاهر لزوم الشرط عملاً بعموم نفوذ الشرط، بناء على ما هو الظاهر من شموله للقرض على ما يأتي عند الكلام في اشتراط الأجل إن شاء الله تعالى. ولا تشمل النصوص السابقة لظهورها أو انصرافها لاشتراط المقرض الذي هو الربا عرفاً. لكن لا يلزم المقترض العمل على شرطه، بل له التنازل عنه وإسقاطه، لأن الشرط يقتضي حقاله، والحق يقبل الإسقاط.

نعم قد يرجع اشتراط الوفاء بالأقل عيناً إلى نية اقتراضه واستيهاب الزائد فلا موضوع للوفاء بالإضافة إليه.

كما قد يرجع اشتراط الوفاء بالأقل صفة إلى نية اقتراض القدر المشترك القابل للوفاء بأردأ أفراد، فإذا اقترض دراهم صحيحة واشترط وفاءها بالمكسرة رجع ذلك إلى اقتراض الفضة مع إلغاء خصوصية الدرهم الصحيح. وحينئذٍ له الوفاء بأي فرد منها حتى الأجود وهو الدراهم الصحيحة، كما سبق.

هذا ولو كان الشرط المذكور للمقرض أشكل نفوذه، لأنه وإن لم يوجب زيادة بلحاظ الأمر المشروط، إلا أنه يوجب زيادة بلحاظ أصل الاشتراط، لأنه يوجب حقاً

للمقرض على المقرض زائداً على وفاء الدين، نظير ما إذا اشترط المقرض زيادة يعود نفعها لغيره.

نعم لو رجع اشتراط الوفاء بالأقل عيناً إلى إقراضه وهبة الزائد من دون اشتراط فلا إشكال، كما هو ظاهر.

(الرابع): الظاهر اختصاص المنع بما إذا اشتمل القرض على الشرط، كما أشرنا إلى ذلك آنفاً، لأن ذلك هو الربا عرفاً الذي تضمنته النصوص، بخلاف ما إذا كان القرض هو الشرط في معاملة أخرى، كما لو باعه مثلاً بثمن المثل أو محاباة بشرط أن يقرضه فلا بأس بذلك.

قال في الخلاف: « يكره البيع والسلف في عقد واحد، وليس بمحظور ولا فاسد، وهو أن يبيع داراً على أن يقرض المشتري ألف درهم... دليلاً إجماع الفرقة وأخبارهم».

ويقتضيه - مضافاً إلى عموم نفوذ الشروط بعد ما سبق من قصور أدلة الربا عنه - صحيح محمد بن إسحاق بن عمار أو موثقه: « قلت لأبي الحسن عليه السلام: يكون لي على الرجل دراهم، فيقول: أخرنى بها وأنا أربحك فأبيعه جبة [حبة] تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال بعشرين ألف درهم، وأؤخره بالمال. قال: لا بأس»^(١). وقريب منه موثق مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢) وحديث عبد الملك بن عتبة: « سألته عن الرجل يريد [أريد] أن أعينه المال، أو يكون لي مال قبل ذلك، فيطلب مني مالاً أزيد على مالي الذي لي عليه، أيستقيم أن أزيد مالاً وأبيعه لؤلؤة تسوي مائة درهم بألف درهم، فأقول: أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخرك بثمنها وبمالي عليك كذا وكذا شهراً؟ قال: لا بأس»^(٣)، وغيرها.

وأما الكراهة التي ذكرها في الخلاف فلم يشر هو عليه السلام إلى منشئها، كما لم يتضح

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٩ من أبواب أحكام العقود حديث: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٩ من أبواب أحكام العقود حديث: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٩ من أبواب أحكام العقود حديث: ٥.

مما كان مالاً لازماً للأداء (١)، وكذا اشتراط ما لم يلحظ فيه المال (٢).

لنا عاجلاً.

(الخامس): لا إشكال ظاهراً في عدم اختصاص الربا في القرض بالأجناس الربوية، بل يعم كل قرض يبتني على الزيادة، وبه صرح غير واحد. ويقضيه إطلاق الباقيين، وظاهر المسالك الإجماع عليه. لصدق الربا عليه عرفاً. وما دل على التقييد بمختص بالمعاوضة التي هي مورد القرض المعاملي، كما يظهر بملاحظة أدلته المتقدمة في كتاب البيع. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) كأنه لانصراف أدلة قاحية شرط الزيادة عن مثل ذلك مما لا نفع فيه للمشتري، ولا خسارة فيه على المشروط عليه، لوجوب أدائه عليه مع قطع النظر عن الشرط.

لكن تقدم أن عدم صدق الزيادة بلحاظ عدم انتفاع المشتري بالأمر المشروط لا ينافي صدقها بلحاظ أصل الاشتراط، لأنه يقتضي نحواً من الاستحقاق زائداً على المال المقترض، فيدخل في عموم صدر صحيح يعقوب بن شعيب المتقدم.

وكذا الحال في عدم الخسارة على المشروط عليه، فإن الاشتراط يقتضي حقاً عليه للمشتري زائداً على المال المقترض، وعلى التكليف بالأداء الثابت عليه بالأصل. نعم قد يكون وجه الانصراف أن الشرط في المقام لا يقتضي ابتداء إلزام، بل تأكيد إلزام سابق. لكنه لا يخلو عن إشكال.

(٢) كأنه لانصراف الزيادة إلى ما يلحظ فيه المال ولو بلحاظ كونه مقدمة للقيام بالأمر المشروط.

لكن لازم ذلك جواز اشتراط مثل تعامل المقترض مع المقرض الذي تضمنته صحاح أبي بصير وجميل ويعقوب بن شعيب المتقدمة، لأن التعامل في نفسه لا يقابل بالمال. ومجرد ترتب النفع المادي عليه لا يصلح فارقاً بعد ما سبق من عدم توقف حرمة الاشتراط على وصول الزيادة للمقترض. مع أنه قد يترتب النفع المادي على

مثل أن تدعولي أو تدعو لزيد، أو تصلي أنت أو تصوم (١). ولا فرق بين أن ترجع فائدته للمقرض أو المقترض أو غيرهما. فالمدار في المنع ما لوحظ فيه المال ولم يكن ثابتاً بغير القرض، فيجوز شرط غير ذلك. ولو شرط موضع التسليم لزم (٢)

الدعاء. ومن ثم لا يخلو الأمر أيضاً عن إشكال.

(١) يعني: تصلي أو تصوم وجوباً أو استحباباً عن نفسك، إذ لو كانا عن الغير كانا مقابلين بالمال.

(٢) كما صرح به غير واحد، وفي الخلاف وظاهر التذكرة الإجماع عليه. والنصوص به مستفيضة، كصحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام: « قلت: يسلف الرجل الورق على أن ينقدها إياه بأرض أخرى، ويشترط عليه ذلك. قال: لا بأس^(١)، وقريب منه صحيحه الآخر عنه عليه السلام وصحيح زرارة عن أحدهما^(٢) وموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: « قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا بأس أن يأخذ الرجل الدراهم بمكة ويكتب لهم سفاتج أن يعطوها بالكوفة^(٣) وغيرها. وبها يخرج عما سبق من عدم جواز شرط الصفة.

وعن الشهيد في بعض فوائده المنع فيما إذا كان في ذلك نفع للمقرض. وفيه: أن استحقاق الأمر المشروط بالشرط يكفي في دخوله في عموم المنع، كما يظهر مما تقدم، لكن لا بد من الخروج عنه بالنصوص المتقدمة المعول عليها عند الأصحاب، وصورة انتفاع المقرض متيقنة منها.

هذا وقد وقع الكلام منهم في وجوب الدفع على المقرض في غيره مع مطالبة المقرض، ووجوب القبول على المقرض لو دفع له المقرض في غيره.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٤ من أبواب الصرف حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٤ من أبواب الصرف حديث: ٦.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٤ من أبواب الصرف حديث: ٣.

وينبغي التفصيل بين كون الشرط للمقترض على المقرض وكونه للمقترض على المقترض، وكونه لكل منهما على الآخر. فيجب في الأول على المقرض القبول، وفي الثاني على المقترض الدفع، لأن لكل منهما إسقاط شرطه، لأنه حق له، والحق قابل للإسقاط، فيكون الدين كما لو لم يكن شرط، وقد سبق في مبحث النقد والنسيئة من كتاب البيع أنه يجب مع حلول الدين على المقترض الوفاء مع المطالبة، وعلى المقرض القبول عند دفع المقرض. ولا عكس فلا يجب في الأول على المقترض الدفع، ولا في الثاني على المقرض القبول، كما لا يجب في الثالث على أحدهما الخروج عن الشرط، لأن لكل منهما التمسك بالشرط، ولا يسقط الشرط إلا برفع صاحبه اليد عنه وإسقاطه. ودعوى: أن الشرط وإن صح لا يقتضي تأجيل الدين، ومع حلول الدين يجب على المقترض الوفاء مع المطالبة، وعلى المقرض القبول مع الدفع على التفصيل المتقدم في مبحث النقد والنسيئة من كتاب البيع.

مدفوعة بأن دليل الوجوب المذكور هو قاعدة السلطنة، وهي محكومة للشرط المفروض صحته.

وأما ما قد يظهر من غير واحد من التفصيل بين لزوم الضرر من مخالفة الشرط وعدمه، فيجب في الثاني رفع اليد عن الشرط، عملاً بحكم الدين الحال، دون الأول، لقاعدة نفي الضرر.

فيشكل بأن الشرط إن نهض برفع اليد عن حكم الدين الحال تعين جواز التمسك به في الصورتين، وإن لم ينهض تعين جريان حكم الدين الحال في الصورتين، لعدم نهوض قاعدة نفي الضرر برفع اليد عن حكم الدين الحال، لأنه ينافي الامتنان في حق الآخر.

ولذا لا إشكال ظاهراً في وجوب الوفاء مع المطالبة بالدين الحال وإن توقف على بذل أكثر من قيمة المثل، كما يجب القبول بالوفاء وإن توقف حفظ الدائن للمال الذي يتحقق به الوفاء على بذل المال.

نعم اشتراط موضع التسليم لا بد أن يبتني ولو بحسب قرائن الحال على تعيين وقت التسليم، فمع حلوله يجب التسليم والتسلم ولو باستعانة كل من الطرفين بوكيله، فمع إخلال المشروط عليه بذلك يكون لمشترط المكان التنازل عن شرطه، ويجب على الآخر القبول.

ولو كان الشرط لهما معاً وكان الإخلال بالوقت من أحدهما، كان للآخر التمسك بشرط المكان وإن لزم التأخير في حق الآخر، لأنه هو الذي أوقع نفسه فيه. أما لو كان الإخلال بالوقت منهما معاً سقط شرط المكان كما لو لم يشترط. فلاحظ. بقي شيء. وهو أنه قال في القواعد: « ينصرف إطلاق القرض إلى أداء المثل في مكانه»، ونحوه في التذكرة والدروس وجامع المقاصد.

وقد يرجع إليه ما في المبسوط. قال: « إذا أقرض غيره طعاماً بمصر فلقية بمكة وطالبه به لم يجبر على دفعه، لأن قيمته تختلف. وإن طالبه المستقرض بقضه منه لم يجبر المقرض على قبضه، لأن عليه في حمله مؤنة... وإن طالبه بقيمته بمصر أجبر على دفعها، لأنه يملك ذلك». وقريب منه في التحرير.

قال في جامع المقاصد في بيان وجه تعين الوفاء في مكان القرض: « لأنه موضع الوجوب، إذ القرض على طريق الحلول. ولو أجل بسبب لازم فموضع الرد مكان الحلول على الظاهر».

وهو كما ترى، حيث لا منشأ للبناء على أن موضع أداء الواجب هو موضع ابتداء التكليف به، وليس بناؤهم على ذلك في غير المقام.

على أن المراد بموضع الوجوب موضع تواجد المقرض أو المقترض أو تواجدهما معاً. وما أكثر اختلاف موضع تواجدهما، خصوصاً عند حلول الدين المؤجل.

ومثله ما قد يظهر من المبسوط من التعليل لعدم وجوب الإجابة في غير البلد باختلاف القيمة. إذ فيه: أن المانع من وجوب الأداء في غير البلد إن كان هو الانصراف

المدعى كفى في عدم وجوب الأداء في غير البلد ولو مع عدم اختلاف القيمة. وإن كان هو اختلاف القيمة لزم الاقتصار على صورة الاختلاف فيها.

على أنه لا يصلح دليلاً على عدم وجوب الأداء في غير موضع الأقتراض، لأن القيمة قد تختلف في بلد القرض أيضاً مع عدم الاشكال ظاهراً في عدم جواز التأخير إلى حين رجوع القيمة لما كانت عليه حين القرض.

وأشكل من ذلك ما ذكره من وجوب دفع قيمة الأمر المقترض الثابتة له في مكان الاقتراض لو طالبه بها المقترض، معللاً له في المبسوط بأنه يملك ذلك.

إذ فيه: أنه إنما يملك الأمر المقترض، لا قيمته، والانتقال للقيمة إنما هو مع تعذره، والمفروض عدم تعذره، فاختلفت القيمة إن منع من وجوب الأداء فلا مجال للانتقال للقيمة، وإن لم يمنع منه تعين دفع المثل لا غير.

ومثله في الإشكال ما ذكره من التعدي في ذلك للضمان بالغصب أو الاتلاف. حيث لا منشأ لاحتمال خصوصية مكان الغصب أو الإتلاف في الأداء، وإذا أمكن احتمال الانصراف في القرض، لأنه عقد يتقوم بقصد الطرفين فلا مجال له في مثل الغصب مما لا يبتني الضمان فيه على القصد.

والذي ينبغي أن يقال: انشغال ذمة المدين في المقام وغيره يقتضي وجوب الوفاء عليه مع مطالبة الدائن، عملاً بعموم قاعدة السلطنة في حق الدائن، وما دل على حرمة حبس الحق عن أهله. كما يقتضي وجوب قبول الدائن وقبضه مع أداء المدين، على التفصيل المتقدم في مبحث النقد والنسيئة من دون فرق بين لزوم الضرر وعدمه، لما سبق من قصور قاعدة نفي الضرر عن المقام، لمنافاتها للامتنان في حق الآخر.

إلا أن يكون هناك ما يقتضي تأخير أداء الحق أو تعيين موضعه من شرط صريح أو ضمنى مستفاد من عادة أو انصراف أو غيرهما. ولم يتضح في المقام عموم انصراف القرض إلى الأداء في مكان القرض. نعم قد يستفاد ذلك أو غيره من قرائن محيطية بالقرض لا يسعنا فعلاً ضبطها. فلاحظ.

وكذا إذا اشترط الرهن (١). وفي جواز اشتراط الأجل فيه إشكال

(١) كما في القواعد والتذكرة والتحرير والدروس وغيرها، وظاهر جامع المقاصد عدم الخلاف فيه، بل الظاهر مفروغيتهم عنه، لابتناء الرهن نوعاً على ذلك. وعلل في كلامهم بأنه إحكام ماله. وهو كما ترى لا ينهض بالخروج عن عموم المنع من الشرط في القرض المستفاد مما تقدم.

اللهم إلا أن يدعى انصرافه عن ذلك ونحوه مما يرجع إلى محض التوثيق على الدين من دون نفع زائد على ذلك. لكن الدليل حيثنَّ عموم نفوذ الشرط، دون التعليل المتقدم. إلا أن يكون التعليل مسوقاً لتوجيه الانصراف المذكور.

مضافاً إلى أنه يستفاد من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ...﴾. لظهوره في جواز أخذ الرهن مع عدم الاستئمان، ومن الظاهر أن عدم الاستئمان إنما يكون من المقرض، وهو الذي يكون من شأنه المطالبة بالرهن.

وكذا ما تضمن من النصوص الكثيرة اشتراط ذلك في بيع النسيئة والسلم^(١)، لأنها من أفراد الدين.

والإنصاف أن الأمر أظهر من أن يحتاج إلى الاستدلال، لابتناء الرهن نوعاً على ذلك، وللسيرة القطعية، وغير ذلك.

ومثله ما أحقوه به من طلب الكفيل، بل تضمنه غير واحد من النصوص في بيع النسيئة. وكذا الإقرار والإشهاد ونحوهما، كما يناسبه قوله عليه السلام في بعض النصوص المذكورة: «استوثق من مالك ما استطعت»^(٢).

هذا وفي مرسل مروك عن أبي عبد الله: «قال: من كان الرهن عنده أوثق من

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب كتاب الرهن .

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب كتاب الرهن حديث: ٥ .

والمشهور أنه لا يتأجل بذلك (١) ولا يخلو من نظر، ولو شرط تأجيله في

أخيه المسلم فالله منه بريء»^(١).

وهو - مع غض عن ضعفه - ظاهر في حرمة أخذ الرهن تكليفاً لعدم الثقة بالمسلم خوفاً من خيانتته للأمانة، لا لخوف عجزه عن الأداء، من دون أن يدل على بطلان شرط الرهن، ولا على حرمة أخذه خوفاً من عجزه عن الأداء. ويأتي إن شاء الله تعالى تمام الكلام في هذا المرسل في أول كتاب الرهن عند الكلام في مشروعيتها. بقي شيء. وهو أنه ربما يلحق بذلك اشتراط الرهن على دين آخر غير الدين الذي يتضمن الشرط، كما في المبسوط والتذكرة والقواعد والإيضاح وكنز الفوائد. لدعوى: أنه ليس زيادة عين ولا صفة في القرض. ويظهر ضعفه مما سبق من أن الاستحقاق بالشرط مهما تضمن نحو من الزيادة. ولعله لذا منع منه في التحرير والدروس.

(١) حيث صرح بعدم صحة اشتراط الأجل فيه في الشرايع والنافع وجامع الشرايع والقواعد واللمعتين وعن غيرها، وفي الجواهر: «على المشهور شهرة عظيمة، بل لا خلاف أجده فيه قبل الكاشاني. نعم احتمله في المسالك». ونسب لجماعة غير من سبق. لكن لا تخلو النسبة عن إشكال، لظهور كلام بعضهم - كالسائر والتذكرة - في إرادة التأجيل المجرد بعد العقد المبني على الحلول، كما لو أقرضه من دون شرط، ثم قال: أجلتك إلى كذا، وإجمال كلام بعضهم من هذه الجهة.

نعم لم يعرف الخلاف منهم صريحاً في ذلك قبل المسالك، حيث يظهر منه الميل لصحة الشرط ولزومه، وربما حكى عن غيره، وجزم بذلك في ظاهر الحدائق ومحكي المفاتيح.

وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في أن مقتضى عموم نفوذ الشروط صحة

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١.

الشرط المذكور إذا كان في ضمن عقد القرض.

وقد يستدل على المنع بوجوه (الأول): أن القرض عقد جائز، وإذا جاز الرجوع فيه وفسخه سقط التأجيل تبعاً لذلك.

وفيه: أن مفاد القرض هو تمليك العين بنحو الضمان، بحيث يملك المقرض العين مضمونة عليه المستلزم لتبدل ملك المقرض العين الشخصية بملكه الكلي من المثل أو القيمة في ذمة المقرض، ومن الظاهر أن المضمون المذكور عقدي، ومقتضى عموم نفوذ العقود لزومه، ولذا يأتي في المسألة الثالثة عدم وجوب رد العين على المقرض لو رجع المقرض في القرض.

غاية الأمر أن مقتضى ملك المقرض للكلي جواز مطالبته به في كل وقت وفاء عن القرض، لسلطنته على ماله. لكن ذلك ليس فسخاً منه للقرض ولا شاهداً على جوازه، بل هو أمر مترتب عليه متفرع على استمرار مضمونه، فيكون مقتضى دليل لزوم الشرط لزومه تبعاً للزوم العقد الذي تضمنه وعدم فسخه، وبه ترفع اليد عن قاعدة السلطنة القاضية بجواز المطالبة بالوفاء.

وإن شئت قلت: جواز المطالبة بوفاء القرض لا يجعله جائزاً. وإطلاق الجواز عليه بلحاظ ذلك تسامح منهم، إلا أن يكون محض اصطلاح لا مشاحة فيه. على أن جواز العقد ذاتاً لا يمنع من اشتراط عدم الرجوع فيه، فيلزم بالشرط، كما تقدم في العارية. وربما يأتي في غيرها. فلاحظ.

(الثاني): ما دل على استحباب إمهال المقرض والرفق به^(١)، حيث يظهر منه المفروغية عن جواز مطالبته بالقرض. قال في الجواهر: «مقتضى إطلاق هذه الأدلة جواز ذلك حتى مع اشتراط الأجل».

وفيه: أن جواز المطالبة بالقرض إنما هو بلحاظ سلطنة المقرض على ماله، وذلك لا ينافي حرمة مطالبته به من جهة الشرط الذي يكون دليل نفوذه مقدماً على

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٢ من أبواب الدين والقرض.

قاعدة السلطنة ومقتضياً لقصورها، كما هو الحال في سائر موارد نفوذ الشرط، ولذا ذكروا - كما يأتي - جواز اشتراط تأجيله في عقد لازم.

وبذلك يظهر وهن ما ذكره بعد ذلك. قال: «على أن التعارض بين ما دل على لزوم الشرط وبين ما دل على استحباب القرض، وأن لكل منهما الرجوع متى شاء... ولا ريب في أن الترجيح للثاني، ولو للشهرة العظيمة، بل الإجماع المحكي الذي يشهد له التتبع». وقد جعل الشهرة هي الفرق بين ما إذا اشترط الاجل في عقد القرض وما إذا اشترط في عقد لازم آخر، حيث تكون الشهرة على لزوم الشرط حينئذٍ مرجحة لعموم نفوذ الشرط.

إذ فيه: أنه ظهر مما سبق أنه لا تعارض بين العمومين، بل يتعين حكومة عموم نفوذ الشروط على العموم الآخر.

على أنه لا مجال لجعل الشهرة الفتوائية مرجحة عند التعارض، خصوصاً بنحو يختلف الحال باختلاف الموارد، لرجوع ذلك إلى كونها جابرة للدلالة العامين، بحيث تقتضي تقديم كل منهما على الآخر في موردها الراجع لجعله مفسراً له ومقدماتاً عليه تقديم الخاص على العام، الذي يكون المعيار فيه قوة الدلالة فلاحظ.

(الثالث): الإجماع المشار إليه في كلام الجواهر، ونسب في مفتاح الكرامة دعواه إلى جماعة ولم يتيسر لي العثور إلا على ما في الرياض، قال: «وربما أشعر عبارة الماتن في الشرايع وكذا غيره بالإجماع. وهو الحجة».

وهو كما ترى ظاهر الوهن، لعدم التعويل على الإشعار في النصوص، فضلاً عن كلمات الأصحاب.

ولا سيما مع عدم التعرض للحكم فيما عثرنا عليه قبل الشرايع. وليس المذكور فيه مما يوهم الإجماع إلا دعوى هجر الرواية الدالة على لزوم شرط الأجل.

ويظهر من غير واحد ان المراد بها صحيح الحسين بن سعيد: «سألته عن رجل أقرض رجلاً دراهم إلى أجل مسمى، ثم مات المستقرض، أيحل مال القارض عند

موت المستقرض منه، أو للورثة من الأجل مثل ما للمستقرض في حياته؟ فقال: إذا مات فقد حل مال القارض»^(١).

لظهوره في المفروغية عن نفوذ شرط الأجل في القرض - والسؤال إنما هو عن حلوله بموت المقرض - وهو أيضاً مقتضى المفهوم في الجواب.

لكن وردت نصوص أخر في مطلق الدين، كموثق السكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام: « أنه قال: إذا كان على الرجل دين إلى أجل ومات الرجل حل الدين»^(٢)، والأصحاب قد اختلفوا بمضمونها من دون إشارة منهم لقصور ذلك عن القرض المشروط فيه الأجل، وأنه لا يتأجل أصلاً حتى قبل موت المقرض، فكيف يستفاد منهم ذلك بحيث يكشف عن هجرهم لصحيح الحسين بن سعيد؟! ولا سيما مع قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾^(٣) حيث تضمن التعبير بالدين وباشرط الأجل فيه، والظاهر اختصاصها بالقرض. ولا أقل من عمومها له، بل موته من أفراده المتيقنة.

واشترط الأجل فيه وإن أمكن أن يكون شرطاً للمقرض لبيان وجوب الوفاء على المقرض بحلوله من دون توقف على مطالبة المقرض، لا شرطاً للمقرض لبيان عدم جواز مطالبة المقرض به قبل حلول الأجل الذي هو محل الكلام، ولا إطلاق له، لعدم وروده لبيان مشروعية الدين المذكور، بل للأمر بكتابتها بعد الفراغ عن مشروعيتها.

إلا أن قصر النصوص المتقدمة المتضمنة للدين والفتاوى المطابقة لها على غير القرض مع التعبير عنه في الآية الشريفة بالدين يحتاج إلى عناية وتنبية، ومع عدم تنبيههم لذلك يصعب جداً حمل كلامهم عليه، بحيث يستفاد هجرهم لصحيح الحسين بن سعيد.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب الدين الحديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب الدين الحديث: ٣.

(٣) سورة البقرة: آية ٢٨٢.

عقد لازم صح ولزم الأجل (١).

وبالجملة: لا يتضح هجر الأصحاب للرواية بنحو تسقط عن الحجية، فضلاً عن إجماعهم بنحو ينهض بالحجية والخروج عن عموم لزوم الوفاء بالعقد والشرط. هذا والشرط المذكور إن كان للمقترض وحده، كان له رفع اليد عنه أو إسقاطه، فيجب على المقرض القبول لو عجل المقترض بالوفاء على النحو الذي يذكر في الدين الحال. وإن كان لكل منهما على الآخر لم يكن له الانفراد برفع اليد عنه، بل يكون للمقترض الامتناع من القبول بالوفاء، نظير ما تقدم في المسألة الأولى من فصل النقد والنسيئة من كتاب البيع.

نعم قد يشكل كونه شرطاً للمقترض بما سبق من عدم جواز اشتراط صفة في القرض زائدة عليه. وما سبق من احتمال حمل الآية الشريفة على اشتراط الأجل للمقترض لا يراد به الشرط حقيقة، بل قصر الإذن في تأجيل الوفاء على الأجل، وليس هو حقاً ثابتاً له بالشرط، بل هو مقتضى سلطنته على ماله، بخلاف المقام، حيث يكون التأخير للأجل حقاً له على المقترض.

ولا ينافي ذلك ما سبق من إمكان كونه حقاً لهما، لإمكان تصحيحه بأن يكون شرطاً في التأجيل الذي يستحقه المقترض، فهو إنما يستحق التأجيل على أن لا يخرج عن الأجل، من دون أن يكون شرطاً للمقترض في القرض، بخلاف ما إذا كان شرطاً للمقترض وحده، فإنه لا يكون إلا شرطاً في القرض، وقد سبق الإشكال فيه.

(١) كما في القواعد والتذكرة والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة وعن غيرها، بل عن مجمع البرهان أنه يمكن عدم الخلاف فيه.

والوجه فيه ما سبق من عموم لزوم العقود والشروط. مع قصور الوجه الأول والثالث من وجوه المنع المتقدمة عنه لو تمت في نفسها.

نعم يجري فيه الوجه الثاني، وإن سبق من الجواهر التفريق بين الموردين بالشهرة، وسبق الإشكال فيه.

(مسألة ٢): كل ما ينضبط وصفه وقدره صح قرضه (١).

وهو غير مهم بعد ما سبق من وهن الوجه المذكور، كغيره من الوجوه السابقة. واستشكل فيه في الدروس بأن الشرط في العقد اللازم يجعله جائزاً فكيف ينعكس؟! وكأنه يرجع إلى أن الشرط إذا كان موجباً لجواز العقد اللازم الذي أخذ فيه، فكيف يوجب لزوم العقد الجائز، وهو الدين؟!.

لكن جواز العقد اللازم بالشرط إنما هو بمعنى ثبوت الخيار فيه بمخالفة الشرط من دون أن ينافي نفوذ الشرط ولزومه ووجوب العمل عليه، وحيث كان مضمون الشرط في المقام هو استحقاق الأجل في الدين وعدم جواز المطالبة به قبل انقضائه تعين لزومه وعدم جواز المطالبة بالدين قبله، وإن جازت المطالبة به لولا الشرط، لقاعدة السلطنة في حق الدائن، كما سبق، ولا محذور في ذلك.

هذا ومقتضى عموم نفوذ الشرط نفوذ شرط تأجيل الدين حتى في ضمن العقد الجائز فيبقى مؤجلاً ما دام العقد لم يفسخ، فإذا فسخ بطل الشرط المذكور تبعاً للعقد الذي تضمنه. وإن كان الأمر محتاجاً لمزيد من التأمل.

(١) كما ذكر ذلك غير واحد، وإن اضطربت كلماتهم في صغرياته. وهو المناسب لما ذكره في كيفية الوفاء، فإن وفاء المثل بمثله فرع تقوم المالية بجنس محدد الخصوصية الدخيلة في المالية لتييسر الوفاء به.

وكذا الحال في القيمي بناء على وجوب وفاء ماله مماثل بمثله، لأن المماثلة فرع الانضباط ولو في الجملة على ما يأتي. وأما بناء على وجوب وفائه بقيمته فلأن ذلك فرع انضباط الخصوصية الدخيلة في القيمة، لتييسر دفعها وفاء عنه.

نعم لو فرض أن المقترض قد أخذ الأمر المقترض لا من أجل إنفاقه، بل للانتفاع به مع بقاء عينه وكان قيمياً، وتم ما يأتي في المسألة الثالثة من عدم وجوب دفع العين عند الوفاء، أمكن اقتراض ما لا تنضبط خصوصياته وصفاته الدخيلة في المالية، وعند الوفاء تعرض العين على أهل الخبرة من أجل تقدير قيمتها، ودفعها وفاء

وذو المثل يثبت في الذمة مثله (١)،

عن العين المقترضة.

أما لو كان الواجب عند الوفاء هو دفع القيمة الثابتة للأمر المقترض حين الاقتراض فالأمر أظهر، حيث يتيسر تقدير قيمة العين حين اقتراضها عند أهل الخبرة وإن لم تنضب خصوصياتها، ثم تدفع القيمة المذكورة عند الوفاء. وأظهر من ذلك ما إذا وجب عند الوفاء دفع العين بنفسها مع وجودها، حيث يتيسر دفعها في القرض المذكور وإن لم تنضب خصوصياتها وصفاتها الدخيلة في المالية، فيكون القرض نظير العارية، وإن افرق عنها بأنه يقتضي ملكية العين في زمن الاقتراض.

اللهم إلا أن يقال: عدم الانضباط لا يستلزم بطلان القرض، بل غاية ما يلزم منه تعذر العلم بالوفاء بالمساوي ويمكن تدارك ذلك بالاحتياط من أحد الطرفين أو التصالح بينهما. ويأتي تمام الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

هذا ولو تم وجه التحديد المذكور فلا ملزم بمعرفتهما خصوصيات الأمر المقترض حين الاقتراض، بل يكفي انضباطه بحيث يمكن الاطلاع عليه بعد ذلك، كما لو اقترض نقداً مردداً بين الدرهم والدينار، أو طعاماً مردداً بين الخنطة أو الشعير إلى غير ذلك. لعدم الدليل على شرطية العلم حين الاقتراض.

(١) كما في كلام جماعة ونفى الخلاف فيه في المسالك، وادعى الإجماع عليه في الغنية والتذكرة وعن غاية المرام وظاهر المفاتيح، بل الظاهر المفروغية عنه. لا لما سبق في مبحث بيع الفضولي من كتاب البيع من ضمان المثلي بمثله، بل لابتناء عقد القرض على ضمان المثلي بمثله، لأن ما يتحقق به القرض وإن كان هو العين الخاصة، إلا أن موضوعه الذي يكون مورداً للضمان بدفعها هو الكلي الذي تدخل تلك العين تحته.

ولذا لو كانت العين من صنف خاص من الجنس، كالدرهم التي هي من صنف المسكوك من الفضة، فإن كان موضوع اقتراضها الصنف ثبت في الذمة

خصوصية الصنف كالدراهم في المثال، وإن كان موضوع اقتراضها الجنس مع إلغاء خصوصية الصنف، ثبت في الذمة الجنس على سعته وإطلاقه، كالفضة في المثال ويتحقق الوفاء بأي صنف منها.

بخلاف ضمانها بالإتلاف أو اليد، فإنه يقتضي ضمانها بمثلها بلحاظ الجنس والصنف معاً، لدخلها معاً في المالية التي مبني الضمان على تداركها.

وبذلك يظهر أنه إن أخذت خصوصية الصنف في المقام لزم الوفاء بها، ولا يجوز غيرها وإن كان أجود إلا أن يرضى المقرض. وإن لم تؤخذ جاز الوفاء بأي فرد منها، ولا يجوز للمقرض طلب الوفاء بغيره وإن كان أدون.

كما ظهر أن الضمان في المقام ليس ابتدائياً كالضمان بالإتلاف واليد، بل هو راجع إلى نفوذ قصد المتعاقدين عند تحديد موضوع الاقتراض.

وعلى ذلك لا مجال لمطالبة المقرض بالقيمة، ولا لاكتفاء المقرض بدفعها. نعم يجوز الاكتفاء بدفعها بدلا عن المثل مع التراضي.

والمعيار حينئذٍ في تعيين القيمة، وأنها قيمة زمان الاقتراض أو قيمة زمان الأداء أو غيرهما، على موضوع التراضي المفروض، لأن اتفاقهما على تبديل المثل بالقيمة معاملة خاصة تحديد موضوعها تابع للمتعاملين. ومنه يظهر الإشكال فيما ذكره بعض مشايخنا رحمهم الله من تعيين قيمة حال الأداء حينئذٍ.

وأما إذا تعذر أداء المثل ففي المختلف أن اللازم قيمة يوم الأداء. وقد يرجع إليه ما في السرائر والتذكرة والقواعد من أن المعيار على وقت المطالبة، بلحاظ أن من شأن المطالبة التسليم، لوجوبه معها.

وكيف كان فهو المتعين بلحاظ انشغال الذمة بالمثل إلى حين الوفاء، فيجب عند الوفاء دفع البديل الذي تحفظ به ماليته حينئذٍ، وهو القيمة المذكورة.

وفي التحرير أن اللازم دفع قيمة وقت التعذر. وكأنه لأنه وقت الانتقال للقيمة.

وغيره قيمته (١)

وفيه: أن الانتقال للقيمة عند التعذر ليس لتبدل ما انشغلت به الذمة بالقيمة، إذ لا مانع من انشغال الذمة وضعاً بالمثل مع تعذره، وليس هو كالتكليف يسقط بالتعذر، ولذا لا إشكال في بقاء انشغال الذمة بالدين مع تعذر وفائه من كل وجه، وإنما يجب الانتقال للقيمة في المقام بلحاظ بدليتها عن المثل الذي تشغل به الذمة، فلا بد من ملاحظة بدليتها عند الوفاء، وما هو البديل عنه حين الوفاء هو قيمته حينئذٍ. ومنه يظهر ضعف احتمال ملاحظة القيمة وقت المطالبة، بلحاظ وجوب الوفاء حينئذٍ. حيث ظهر أن وجوب الوفاء عند المطالبة بأداء القيمة ليس لانشغال الذمة بالقيمة عند المطالبة، بل لأجل بدلية القيمة عما انشغلت به الذمة وهو المثل، وتبقى الذمة مشغولة بالمثل حتى يتحقق الوفاء بدفع القيمة بدلا عنه، فلا بد من بدليتها حين الوفاء، وليس البديل عنه حينئذٍ إلا قيمته حينئذٍ.

(١) كما صرح به غير واحد، وفي المسالك وعن غاية المرام والمفاتيح أنه المشهور. قال في المسالك: «لعدم تساوي صفات أجزائه واختلاف صفاته فالقيمة فيه أعدل. وهو قول الأكثر».

لكن هذا قد يتجه في الضمان القهري، دون الضمان العقدي، كما في المقام على ما تقدم، بل هو تابع لقصد المتعاقدين أو لدليل خاص.

وأطلق في الخلاف وجوب رد المثل في القرض، وفي الشرايع بعد أن ذكر ضمانه بالقيمة قال: «ولو قيل يثبت مثله أيضاً كان حسناً»، وجعله الأقرب في التذكرة إذا كان القرض يضبط بالوصف، وخص القيمة بما لا يضبط بالوصف. وهو خارج عن موضوع كلام الخلاف والشرايع، لأنها تضمننا تحديد موضوع القرض بما يضبط بالوصف.

وقد استدل عليه في الخلاف بأن دفع المثل مبرئ للذمة، ولا دليل على براءتها بدفع القيمة. ومرجه إلى قاعدة الاشتغال أو استصحابه.

وهو كما ترى، فإنه على القول بوجوب دفع القيمة لا يجزي دفع المثل، فالمقام من الدوران بين المتباينين، ولا متيقن في البين. على أن ذلك موقوف على عدم الدليل في المقام، فلا بد من النظر فيما استدل به على أحد الوجهين.

وقد استدل في التذكرة بما روي من أن النبي ﷺ: استقرض بكرة فرد بازلاً، وأنه استقرض بكرة فأمر برد مثله.

واستشكل فيه (تارة): بضعف السند، لأنه من روايات العامة. (وأخرى): بأنه حكاية حال لا إطلاق له، فلعله لرضا المقرض به.

ولاسيما أن المفروض في الأول هو الرد بالأفضل الذي لا يجب قطعاً، ومن شأن المقرض الرضا به، وأن الثاني لم ينفذ، والذي نفذ هو الرد بالأفضل، فقد روي أنه ﷺ اقترض بكرة، فقدمت عليه إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكرة، فرجع أبو رافع وقال: لم أجد فيها إلا جهلاً خياراً رابعياً. فقال ﷺ « أعطه إياه. إن خير الناس أحسنهم قضاء»^(١).

ولعل الأولى الاستدلال عليه بموثق أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام: « قال: إن رسول الله كان يكون عليه الشيء [الثنيّ]. في [فيعطي الرباع]»^(٢) لتضمنه تعرضه ﷺ لأن تشغل ذمته بالثنيّ. وذلك وإن لم يختص بالقرض، نعم بيع السلم واشتراط ذلك عليه في عقد لازم، إلا أن القرض متيقن منه، لكثرة تعرضه ﷺ له، وندرة تعرضه للأخيرين، بل يكاد يقطع بعدم تعرضه لها. وانشغال ذمته ﷺ بالثنيّ بسبب القرض شاهد بوجوب دفعه له وفاءً عن اقتراضه، لا بدلاً عما يجب الوفاء به، وهو القيمة.

مضافاً إلى ما أشرنا إليه عند الكلام في اقتراض المثلي من بناء القرض بحسب قصد المتعاقدين على ضمان الأمر المقترض بكلي يندرج تحته، بحيث يكون المدفوع

(١) صحيح مسلم ج: ٣ ص: ١٢٢٤ رقم الحديث: ١٦٠٠.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٢ باب: ١٢ من أبواب الصرف الحديث: ٦.

عند الوفاء من سنخه، فكأنه إرجاع له مع إغفال خصوصية العين، فهو نظير إرجاع الوديعة والعارية، وإن اختلفا عنه بالحفاظ على خصوصية العين، وبالعناية المذكورة يصح نسبة الوفاء لنفس القرض .

أما الضمان بالقيمة المباينة سنخاً للأمر المضمون ودفعها، فهو عرفاً ليس وفاءً له، بل تداركاً لخسارته. نعم هو وفاء لما انشغلت به الذمة بسبب خسارته، وهو القيمة التي هي أمر كلي.

ومن هنا يظهر أنه لا بد في موضوع القرض من أن يكون منضبطاً ذاتاً وصفة، بحيث يكون داخلياً تحت كلي عرفي متيسر للأفراد نوعاً، ليتيسر وفاؤه بفرد منه.

وإن شئت قلت: لما كان الوفاء من شؤون القرض فهو لا يكون إلا بما يسانخه، وهو الكلي الذي يندرج تحته، نظير القضاء والأداء، ولا يكون بالقيمة التي يكون بها تدارك ماليته من دون سنخية بينهما، نظير الفدية بدلاً عن الصوم.

سواءً كان الأمر المقترض مثلياً تقوم ماليته بعنوانه على إطلاقه أو بأصنافه - كالدرهم والدنانير والحنطة والشعير ونحوها - أم قيمياً لا تقوم ماليته بعنوانه، بل تختلف قيمته يسيراً باختلاف أفراده.

غاية الأمر أنه لا يعتبر ضبطه دقة بتام ما هو الدخيل في قيمته، كما هو الحال في المبيع في السلم على ما تقدم في محله. ولا أهمية لاختلاف القيمة، بل هو نظير ما سبق في المثلي من أنه مع اختلاف قيمته باختلاف أصنافه يمكن إقراضه بنحو الإطلاق.

وهذا بخلاف الإتلاف ونحوه من أسباب الضمان غير العقدي، فإنه حيث يلزم في الضمان حفظ مالية التالف، وكانت مالية التالف في القيمي متقومة بشخصه، تعين الانتقال للقيمة. ولا مجال للاكتفاء بما يساويه مالية من سنخه، لتباين موضوع الماليتين، فلا يكون أحدهما وفاء عن الآخر، بل يتعين الانتقال لما يتمحض في المالية، على ما أوضحناه في محله.

ومن جميع ما سبق يظهر الإشكال في اقتراض القيمي الذي لا يدخل تحت كلي

عرفي متيسر الأفراد نوعاً، خلافاً لما سبق من التذكرة، لعدم الموضوع لضمانه بحفظ سنخه، بل مرجع ضمانه بالقيمة إلى مجرد تدارك خسارته من دون وفاء له، وليس مبني القرض على ذلك.

وأما الإجماع على جواز قرض القيمي المدعى في التذكرة والدروس ومحكي غاية المرام. فالمتيقن منه ما يضبط بالوصف ويصح فيه السلم، بل صرحوا بالخلاف في غيره، والمنع صريح المبسوط وجامع الشرايع وظاهر الخلاف وغيره. ولا مجال للاستدلال على صحته بإطلاق ما دل على الحث على القرض وغيره من أحكامه. لعدم نهوض ذلك بإحراز موضوعه، وهو القرض، غايته أن مقتضى إطلاقه المقامي الرجوع في تحديده للعرف. ولا طريق لإحراز صدق القرض عرفاً في المقام.

ومثله الاستدلال بالأصل كما في المختلف. لظهور أن الأصل في المعاملات التي يراد ترتيب آثارها البطلان لاستصحاب عدم ترتب الأثر.

وكذا ما في السرائر وغيره من الاستدلال بالإجماع على جواز إقراض الخبز مع حكمهم بعدم جواز السلم فيه. إذ هو إنما يدل على عدم التلازم بين جواز القرض وجواز السلم، لا على جواز إقراض ما لا ينضبط بالوصف. على أنه لا يتضح الوجه في المنع من السلم في الخبز، بل يتعين جوازه مع ضبطه في الجملة بالنحو الذي سبق في السلم.

هذا ويظهر من الشرايع وغيره ابتناء المسألة على أن إقراض القيمي مع انضباطه هل يقتضي ضمانه بالمثل أو بالقيمة؟ فعلى الأول لا مجال لاقتراض ما لا ينضبط، وعلى الثاني يجوز اقتراضه.

وهو قد يتجه في الجملة بلحاظ أن البناء على ضمان القيمي المذكور بالقيمة بيتني على غض النظر عما سبق من الوجه المانع منه، ومع غض النظر عنه لا يبقى مانع من قرض القيمي الذي لا ينضبط، إلا أنه لا بد في تصحيح قرضه من الدليل عليه،

ولا دليل عليه بعد ما سبق من عدم الإطلاق لأدلة القرض، وعدم نهوض الأصل بتصحيحه.

على أنه لا أثر له بعدما سبق من وجوب قضاء القيمي الذي ينضبط في الجملة بالمثل لا بالقيمة. ومن هنا لا يخرج عما سبق من عدم صحة قرض القيمي الذي لا ينضبط.

نعم أشرنا في أواخر المسألة السادسة من كتاب الإجارة إلى إمكان إباحة العين بنحو الضمان بالثمن المسمى، كما لو أعلن صاحب المطعم الجاهز عن قيمة وجبة الطعام لمن يدخل ويأكلها. وكما يمكن ذلك مع فرض الضمان بقيمة المثل. لكنه لا يقتضي ملك العين للمستوفي، بل مجرد بذلها وإباحتها له، وبذلك يختلف عن القرض.

وكذلك إذا فرض مشروعية إنشاء المعاوضة بين العين والقيمة، وغض النظر عما يظهر منهم من لزوم العلم بقدر الثمن.

فإن ذلك يقتضي ترتب الأثر على المعاوضة المذكورة وتبادل الملكيتين بمجرد الإنشاء المذكور ولو مع عدم قبض العين، بخلاف القرض، حيث يتوقف الملك فيه عندهم على قبضها، كما أشرنا إليه آنفاً. مضافاً إلى ابتناؤه على عناية خاصة، وليس هو كالقرض ارتكازياً شائعاً عرفاً.

بقي شيء. وهو أنه بعد معرفة الضابط المتقدم في صحة قرض القيمي فلا مجال لإطالة الكلام في صغريات ذلك.

نعم تقدم دعوى الإجماع على جواز إقراض الخبز. مضافاً إلى غير واحد من النصوص، كمعتبر اسحاق بن عمار: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام: استقرض الرغيف من الجيران وتأخذ كبيراً ونعطي صغيراً وتأخذ صغيراً ونعطي كبيراً. قال: لا بأس»^(١)،

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣، باب: ٢١ من أبواب كتاب الدين والقرض الحديث: ٢.

وقت التسليم (١).

ومعتبر غياث عنه عليه السلام عن أبيه عليه السلام: « قال: لا بأس باستقراض الخبز^(١)» وفي حديث الصباح بن سيابه عنه عليه السلام: « فقال عليه السلام: نحن نستقرض الجوز الستين والسبعين عدداً، فيكون فيه الكبيرة والصغيرة، فلا بأس^(٢) ».

بل في موثق السكوني عنه عن أبيه عليه السلام: « قال: لا تمنعوا قرض الخمير والخبز، فإن منعه يورث الفقر^(٣) ».

والظاهر أنها واردة لدفع توهم حرمة بلحاظ أن أصله من المكيل والموزون، وبيان جوازه لصيرورته معدوداً. فلا ينافي انصرافه للاختلاف في الكبر والصغر بالنحو المتعارف الذي لا ينافي الانضباط في الجملة، الذي سبق اعتباره. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما في الشرايع - بناء على وجوب القيمة - والإرشاد وعن التبصرة. والظاهر أن مرادهم وقت تسليم الأمر المقرض، فيطابق ما في السرائر من أن الثابت قيمة يوم إقباض القرض، وما في الدروس واللمعتين من أن الثابت قيمته وقت القبض. وفي الدروس والروضة أنه المشهور.

وقد استدلل له في الروضة بأنه وقت الملك. وكأنه يريد أن عقد القرض بنفسه لا يترتب الأثر عليه إلا بالقبض، فبه ينتقل ملك الأمر المقرض إلى المقرض وملك بدله في ذمته إلى المقرض، وحيث كان بدله في القيمي هو القيمة كان المعيار فيها القيمة الثابتة له، لأنها هي البديل عنه عند تبادل الملكيتين، وهي التي تصلح أن تكون عوضاً عنه يتدارك بها ما طرأ على المقرض من الخسران بخروج الأمر المقرض عنه.

وبذلك يظهر أنه لا مجال لما في جامع المقاصد من أن الثابت هو قيمة يوم

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢١ من أبواب كتاب الدين والقرض الحديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢١ من أبواب كتاب الدين والقرض الحديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٣٨ من أبواب كتاب آداب التجارة الحديث: ١.

(مسألة ٣): إذا أقرض الإنسان عيناً فقبل المقرض فرجع في القرض

وطالب بالعين لا يجب إعادة العين بدون اختيار المقرض (١).

القرض، لأنه وقت الثبوت في الذمة. إذ هو لا يناسب ما هو المعروف، ويظهر منه الجري عليه من توقف ملك المقرض للقرض على القبض، حيث يظهر من ذلك عدم ترتب الأثر على القرض - وهو الضمان - قبله.

نعم ما ذكره قد يتجه في الضمان القهري بمثل التلف. وبه علل ضمان قيمة يوم التلف في ضمان اليد، على ما تقدم الكلام فيه في المسألة الثامنة عشرة من فصل شروط المتعاقدين من كتاب البيع.

أما الضمان العقدي كما في المقام - على ما تقدم - فهو تابع لقصد المتعاقدين، وحيث كان قصدهما الضمان حين الإنشاء، فالمناسب قصدهما الضمان بالقيمة الثابتة حينه، لأنها هي البديل الصالح لتدارك الأمر المقرض. وتوقف ترتب أثر العقد على القبض لا يقتضي تبدل طرف العقد، بحيث تثبت قيمة وقت القبض. ولعله لذا حكم في جامع الشرايع والقواعد والتحرير وغيرها بلزوم قيمة وقت القرض.

نعم لو كان المفروض إنشاء القرض بنفس القبض أو مقارنا له رجوع أحد القولين للآخر، كما هو ظاهر.

وبذلك يظهر أنه لا مجال لاحتمال لزوم قيمة وقت المطالبة أو الوفاء، قال في المسالك: « ولا اعتبار بقيمته يوم المطالبة هنا قولاً واحداً إلا على القول بضمانه بالمثل ويتعذر، فيعتبر يوم المطالبة... ».

(١) كما في السرائر والشرايع وجملة من كتب العلامة واللمعة والمسالك

وغيرها، وحكي عن جامع الشرايع، وهو المطابق لإحدى نسخته.

والوجه فيه أن مطالبة المقرض بالعين إن رجعت إلى مطالبته بالوفاء بها، فهي منافية لقاعدة السلطنة في حق المقرض، لملكه للعين، وذمته إنما انشغلت بالمثل، وله الوفاء باي فرد منه، ولا ينحصر بالعين. بل لو كان القرض قيمياً، وقلنا بضمانه

بالقيمة فلا تكون العين وفاء عما في الذمة، بل بدلاً عنه، فلا يجري دفعها إلا برضاها معاً بالتبديل المذكور.

لكن ظاهر العلامة في جملة من كتبه احتمال وجوب القبول، بل هو صريح القواعد في اقتراض الجارية مع حكمه بضمائها بالقيمة، وفي الدروس أنه الأصح، ونسب للخلاف دعوى الاجماع عليه.

لكن الموجود في الخلاف وإن كان هو نفي الخلاف في وجوب قبول المقرض للعين لو أرجعها المقرض، إلا أنه سبق منه البناء على ضمان القرض بمثله لا بقيمته مع اعتباره في المال المقرض أن يكون مضبوطاً بالوصف أو يصح فيه السلم، وهو خلاف المفروض في الدروس.

ومثله ما قد يدعى من أن الضمان بالقيمة لتعذر العين، فمع إمكان إرجاعها يتعين القبول، كما في المثلي. إذ فيه: أن وجوب أداء القيمة ليس لتعذر إرجاع العين، بل لانشغال الذمة بها بدلاً عن العين بمقتضى العقد، فوجوب قبول العين يحتاج إلى دليل. ووجوب قبول العين في المثلي لكونها من أفراد الكلي الذي انشغلت به الذمة. وتعيين الفرد الذي به الوفاء تابع للمقرض، وليست كالقيمة مباينة له. ومن هنا لا معدل عما سبق.

هذا ولو رجعت المطالبة بالعين إلى فسخ عقد القرض، فقد تقدم في أواخر المسألة الأولى عند الكلام في اشتراط الأجل في الدين، أن مقتضى عموم دليل لزوم العقود هو لزوم عقد القرض، بل هو أمر مترتب على نفوذه وعدم فسخه.

وبذلك يظهر ضعف ما في الخلاف والمبسوط من جواز رجوع المقرض في العين، بل قد يظهر من الخلاف الإجماع عليه. قال: «دليلنا أنه عين ماله، فكان له الرجوع فيه، لأن المنع يحتاج إلى دليل».

وهو كما ترى! إذ بعد خروجه عن ملكه وملك المقرض له يكون مقتضى قاعدة السلطنة في حق المقرض جواز الوفاء بغيره والامتناع من تسليمه بنفسه.

ومثله ما في المبسوط من أنه كاهبة إذا كان المراد به سوقه مساق الاستدلال، اذ هو بالقياس أشبه. بل بعد اختلاف حكم الهبة، فالقرض باهبة المعوضة - التي هي لازمة - أشبه.

بقي شيء. وهو أنه حيث كان منشأ البناء على عدم جواز رجوع المقرض بعين المال المقترض هو نفوذ القرض وترتب الأثر عليه وتملك المقترض للعين، فقد يكون مقتضى الجمود على عبارة سيدنا المصنف رحمته تحقق ذلك بقبول المقترض وإن لم يقبض العين، فضلاً عن أن يتصرف بها، وقد يستفاد أيضاً مما في الوسيلة من أنه يملكه بنفس عقد القرض.

لكن يظهر من الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم المفروغية عن عدم تملك المقترض للعين حينئذ، حيث تعرضوا للخلاف في أن المقترض يملك بالقبض أو بالتصرف، من دون أن يشيروا لاحتمال ملكه بالعقد من دون قبض. وفي الجواهر دعوى الإجماع بقسميه على عدم ملكه قبل القبض.

وكأن الوجه فيه ما أشار إليه غير واحد من أخذ القبض في مفهوم القرض عرفاً، فالقرض يتقوم بإعطاء المال مضموناً على الآخذ، لا مجرد تمليك المال للغير مضموناً عليه. وعلى ذلك لا يصح عرفاً إنشاء القرض من دون قبض، إلا أن يراد به بيان أن دفع المال المتعقب له بنحو الإقراض، مع إنشاء القرض بنفس الدفع والإقباض.

وأما صحة الإنشاء المذكور عرفاً إذا كان المال مقبوضاً قبل ذلك بوجه آخر. فهي تبني على أن استمرار قبضه يبتني على الإقراض.

وبذلك يظهر أنه لا مجال للاستدلال بعموم نفوذ العقد على عدم اعتبار القبض.

نعم لو لم يكن المنشأ إقراض المال، بل تمليكه للغير مضموناً عليه، وقصد به ملكيته له فعلاً، لا معلقاً على القبض، كان مقتضى عموم نفوذ العقد عدم توقف ملكه على القبض.

(مسألة ٤): لا يتأجل الدين الحال إلا باشرطه في ضمن عقد

لازم (١).

لكنه لا يكون قرضاً. كما أن مقتضاه حينئذ أنه لو تلف في يد صاحبه الأول من دون تفريط منه كان تلفه من مال صاحبه الثاني، ويبقى ضامناً للأول بمقتضى العقد. ومن هنا يشكل نسبة الخلاف في اعتبار القبض في ملك القرض لصاحب الوسيلة وسيدنا المصنف عليه السلام، لأن المفروض في كلامهما قبول القرض وتمامية عقده. وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في توقف ملك القرض على قبضه.

هذا وحيث لا إشكال في صدق القرض معه فمقتضى إطلاق دليل نفوذ العقد حصول الملك به من دون حاجة إلى التصرف. وبه صرح جمهور الأصحاب، ونسب للمشهور في كلام غير واحد، وفي المسالك أنه لا يتحقق الخلاف فيه، ونفى الخلاف فيه صريحاً في السرائر، بل ظاهره كالتذكرة الإجماع عليه. ولم يعرف الخلاف فيه منا، وإنما نسب في الخلاف والتذكرة لبعض العامة.

واستدل عليه في الخلاف وغيره بأنه لو لاه لما جاز التصرف.

وهو إنما يتجه مع المفروغية عن جواز التصرف الموقوف على الملك، كالعقود ووطء الجارية. أما التصرف الذي يكفي فيه الإذن في التصرف - كتقليب المال ونحوه - فيكفي فيه الإذن المستفاد من القرض بدفعه للمال وإن فرض عدم تحقق الملك به. على أن الأمر أظهر من ذلك.

(١) تقدم في آخر المسألة الأولى أن القرض الحال يتأجل باشرط تأجيله في

ضمن عقد لازم، بل ربما يتأجل أيضاً باشرطه في ضمن عقد جائز ويجري ذلك في كل دين، لعين ما تقدم في القرض.

وقد نبه عليه السلام هنا على أن الدين لا يتأجل بغير ذلك. وكأنه يشير إلى ما ذكره غير واحد من أنه لا يتأجل بتأجيله ابتداءً، كما لو قال: أجلته إلى كذا. وذلك لأنه ليس شرطاً، بل وعد ابتدائي، وليس من شأنه اللزوم. غايته أن يستحب الوفاء به، كما

ويصح تعجيل المؤجل بإسقاط بعضه (١)، ولا يصح تأجيل الحال بإضافة شيء (٢).

(مسألة ٥): لو غاب الدائن وانقطع خبره وجب على المستدين نية

القضاء (٣)،

ذكره أيضاً.

(١) بلا خلاف أجده فيه. كما في الجواهر. وقد تقدم التعرض له والاستدلال عليه في المسألة الثالثة من فصل النقد والنسيئة من كتاب البيع.
(٢) بلا خلاف ظاهر ولا إشكال، لأنه ربا. وقد تقدم تفصيل الكلام فيه في المسألة المذكورة أيضاً.

(٣) كما صرح بذلك في النهاية والسرائر وجملة من كتب الفاضلين والشهيديين وغيرها على اختلاف منهم في تحديد موضوع المسألة وبقيّة أحكامه بنحو لا يسعنا استقصاؤه. واللازم النظر في دليل المسألة وبيان ما يقتضيه.

ففي صحيح زرارة: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه ولا على ولي له، ولا يدري بأي أرض هو. قال: لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء^(١). وهو ظاهر في أجزاء النية المذكورة، وأنها تمام وظيفة المدين، وعدم التبعة معها من عدم الوفاء.

وبذلك يظهر الفرق بين المقام وما تقدم من وجوب نية القضاء على المدين، لعدم نهوض دليله بذلك، بل ترجع النية المذكورة فيما تقدم إلى الاهتمام بقضاء الدين والسعي له.

فما في كلام بعضهم من عدم خصوصية المقام في وجوب نية القضاء، وأن ذكرهم له هنا مستدرك، أو يحمل على وجوب النية المذكورة في غير محله. فلاحظ.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٢ من أبواب كتاب الدين والقرض الحديث: ١.

والوصية عند الوفاة (١)

كما يظهر أن المعيار ليس على الغيبة عن البلد الذي فيه المدين أو بلد الدائن، بل مجرد الجهل بمكانه ولو احتمال كونه في أحد البلدين، بنحو يكون سبباً للعجز عن معرفته والوصول إليه.

بل لا يبعد عموم الحكم لما إذا علم بكونه في البلد ولم يعرف بنفسه ولا عرف ولي له، لإلغاء خصوصية الجهل بمكانه عرفاً، وفهم أن المعيار على عدم معرفته ولا معرفة وليه، وأن ذكر الجهل بمكانه لأجل ذلك، لا لدخله بنفسه في الحكم.

نعم لا مجال لعمومه لما إذا عرف مكانه ولم يقدر على الوصول إليه ومعرفة حاله، حيث يتعين حينئذ الرجوع للقاعدة من الانتظار حتى يقدر على الوصول إليه أو يقطع بموته، فيجري عليه حكم من لا وارث له.

كما أنه لو علم بوجود الوارث له مع عدم القدرة عليه جرى الحكم على الوارث، لانطباق الموضوع عليه حينئذ لكونه هو صاحب الدين حينئذ.

هذا وقد أطلق في النهاية وجوب عزل مقدار الدين، بنحو قد يظهر في وجوب عزله بمجرد عدم القدرة على المدين، وفي السرائر أنه غير واجب بغير خلاف بين المسلمين، فضلاً عن طائفنا.

وذكر هو أنه يجب أن يسلمه إلى من يثق بدينه، ويجعله وصيه في تسليمه إلى صاحبه.

وهو كسابقه خال عن الدليل، بل السكوت عن ذلك وعدم بيانه - كما بين في اللقطة - شاهد بعدمه، لما سبق من ظهوره في بيان تمام حكم مورد السؤال.

(١) لأن مقتضى نية الوفاء التي تضمنها الصحيح السعي له مهما احتمل إمكانه. وهو الذي تقتضيه القاعدة أيضاً، حيث يلزم الخروج عن التكليف بالإيصال، والطريق المتيسر غالباً هو الوصية، فلو فرض وجود ما هو الأقرب في الوصول إليه تعين اختياره. ومنه يظهر الحال في اعتبار وثاقة الوصي في ذلك.

فإن جهل خبره ومضت مدة يقطع بموته فيها (١)

نعم يختص ذلك بما إذا احتمل الوصول إليه، أما مع القطع بعدم الوصول إليه فلا للوجوب المذكور.

(١) عملاً باستصحاب حياته حتى يقطع بوفاته وانتقال ماله لوارثه.

لكن ذكر سيدنا المصنف عليه السلام في فصل ميراث ولد الملاعنة والزنا والحمل والمفقود أن المفقود والمجهول حاله يتربص بهاله، وبعد الفحص عنه أربع سنين يدفع المال لوراثه الذي يرثه حين مضي الأربع سنين. وعليه جرى في الغنية.

وقد اختلف الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم في ذلك، تبعاً لاختلاف النصوص، أو للرجوع للقاعدة. هذا والنصوص على طوائف:

(الأولى): صحيح إسحاق بن عمار: «سألته عن رجل كان له ولد، فغاب بعض ولده فلم يدر أين هو ومات الرجل فكيف يصنع بميراث الغائب من أبيه؟ قال: يعزل حتى يجيء. قلت: فقد الرجل فلم يجيء. قال: إن كان ورثة الرجل ملاء بهاله اقتسموه بينهم، فإن هو جاء ردوه عليه»^(١). وفي بعض طرقه رواه عن أبي إبراهيم عليه السلام. وقريب منه موثقه^(٢).

(الثانية): صحيحه: «قال لي أبو الحسن عليه السلام: المفقود يتربص بهاله أربع سنين ثم يقسم».

(الثالثة): موثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: المفقود يجبس ماله على الورثة قدر ما يطلب في الأرض أربع سنين، فإن لم يقدر عليه قسم ماله بين الورثة. فإن كان له ولد حبس المال وأنفق على ولده تلك الأربع سنين»^(٣).

(الرابعة): صحيح علي بن مهزيار: «سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن دار كانت

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب كتاب ميراث الخنثى وما أشبهه الحديث: ٦.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب كتاب ميراث الخنثى وما أشبهه الحديث: ٨.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب كتاب ميراث الخنثى وما أشبهه الحديث: ٩.

لامرأة وكان لها ابن وابنة فغاب الابن في البحر [بالبحر] وماتت المرأة، فادعت ابنتها أن أمها كانت صيرت هذه الدار لها، وباعت أشقاصاً منها، وبقيت في الدار قطعة إلى جنب دار رجل من أصحابنا، وهو يكره أن يشتريها لغيبه الابن، وما يتخوف أن لا يجل شراؤها، وليس يعرف للابن خبر، فقال لي: ومنذ كم غاب؟ قلت: منذ سنين كثيرة، قال: ينتظر به غيبة عشر سنين، ثم يشتري، فقلت: إذا انتظر به غيبة عشر سنين يجل شراؤها؟ قال: نعم^(١).

ولا ينبغي الاشكال في لزوم الخروج بهذه النصوص عن مقتضى القاعدة المتقدمة بعد اعتبار أسانيدها وعدم ظهور هجر الأصحاب لها، وان اختلفوا فيما يعول عليه منها، كما يظهر من الشرايع.

فما ذكره في الشرايع والنافع وجماعة ممن بعده - تبعاً للخلاف - من لزوم الانتظار مدة لا يبقى إليها عادة في غير محله، وأضعف منه ما في الإرشاد من الاكتفاء بمضي مدة لا يبقى إليها غالباً. لعدم وضوح وجه الاكتفاء بالغلبة.

وعلى ذلك فمن الظاهر أن الطائفة الأولى أعم مما بعدها، فيتعين تخصيصها بها وحملها على ما قبل المدة التي تضمنتها الطوائف الأخيرة، أو حملها على استحباب الانتظار وعدم اقتسام الورثة للتركه إلا إذا كانوا ملاء احتياطاً للغائب.

كما يتعين الجمع بين الطائفة الثانية والرابعة بحمل الثانية على صورة الفحص فيها عن المفقود. كما تضمنته الطائفة الثالثة وحمل الرابعة على صورة عدمه، كما هو المناسب لموردها، لفرض غيبته في البحر المعلوم تعذر الفحص عادة معها، خصوصاً في تلك العصور، ولا أقل من كونه المتيقن منها.

ويكون المحصل: أنه مع تسر الفحص عنه يفحص عنه أربع سنين، ثم يرتب أثر موته. ومع تعذر الفحص ينتظر به عشر سنين. وعليه جرى بعض مشايخنا^{عليهم السلام}. وأما ما في المسالك وغيره من أن بيع القطعة من الدار لا يستلزم الحكم بموته،

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب كتاب ميراث الخنثى وما أشبهه الحديث: ٧.

سلم إلى ورثته (١)،

لأن للحاكم أن يبيع مال الغائب لمصلحته.

فيندفع بظهور الصحيح في أن البائع هو أخته لنفسها ولمصلحتها، وهي التي تأخذ الثمن، وليس هو الحاكم لمصلحة الغائب مع حفظ الثمن له. ومثله ما ذكره من أن بايع الدار ادعى ملكيتها من دون منازع، وذلك كاف في جواز الشراء.

لصراحة الصحيح في أن التوقف عن شراء الدار احتياطاً لغيبة الابن واحتمال ملكيته، وظاهر الجواب ارتفاع المنشأ للتوقف والاحتياط بمضي المدة المذكورة، والمفهوم منه عرفاً أن ذلك لعدم التعويل على احتمال حياته بعدها، وإلا فلو كان المنشأ لجواز الشراء هو قبول قول مدعي الملكية فلا أثر لتحديد مدة الغيبة، كما لعله ظاهر. ومن ذلك يظهر ضعف ما في المقنعة من إطلاق الحكم بمضمون الطائفة الأولى، والاقتصار في الخروج عنها على شراء العقار، وأنه يجوز بعد عشر سنين. ومثله ما في المبسوط من إطلاق جواز قسمته على ورثته وأخذ كفيل منهم، فإنه لا يناسب القاعدة، ولا شاهد عليه من النصوص المتقدمة.

على أن الذي يتصدى لذلك عندهم هو الحاكم الشرعي، ومن الظاهر شيوع الابتلاء بالمسألة في عصور المعصومين صلوات الله عليهم، ولا ريب في عدم تصديهم بأنفسهم لذلك، ولا لنصب من يقوم به، لعدم سماح الظروف لهم به، بل لو كان لظهره وبان.

ونحوهما في الضعف ما في النهاية حيث أطلق أنه مع طول المدة يجوز قسمته على الورثة الحاضرين. فإنه أيضاً لا يناسب النصوص المتقدمة ولا القاعدة. نعم لا إشكال في أن التحديد في هذه النصوص ظاهري، فلو انكشف موته قبله أو بعده تعين ترتيب أثر ذلك، كما لعله ظاهر.

(١) يعني: ورثته حين موته، لا حين القطع بموته لو كان متأخراً عن موته،

ومع عدم معرفتهم يتصدق به عنهم (١).

كما لعله ظاهر.

كما أنه مع الجهل بزمان موته وانتظر أربع سنين أو عشر يدفع لمن يرثه بعد المدة المذكورة، لاستصحاب عدم موته قبلها.

(١) كما في النهاية وجامع الشرايع والإرشاد واللمعة وغيرها، وفي جامع المقاصد والروضة أنه المشهور. وقد تقدم في المسألة التاسعة والثلاثين من مقدمة كتاب التجارة عند التعرض لحكم مجهول المالك التعرض للمسألة، والمنع من وجوب التصديق بنحو يكون وفاء للدين ويحرز به فراغ الذمة به. وقد أطلنا في تفصيل الكلام في ذلك بما لا مجال معه للكلام فيه هنا. فراجع.

هذا وقد صرح غير واحد بوجوب الاجتهاد في الفحص عنه أو عن الوارث. وقد يتجه بناء على وجوب تفرغ الذمة بالتصدق، لعدم تحقق اليأس من الوصول إليه وعدم إحراز فراغ الذمة بدونه.

أما بناء على عدم وجوبه فلا يتضح الوجه فيه، لأن المتيقن من الأدلة حرمة حبس الدين وسائر الحقوق عن أصحابها، ولا دليل على وجوب الاجتهاد في إيصالها إليهم، بل مقتضى صحيح زرارة المتقدم عدم وجوب الفحص بالنحو المذكور. غايته أن مقتضى ما تقدم فيه من الاجتزاء بنية الوفاء الفحص بمثل السؤال عنه وعدم التعمية بالنحو المنافي للنية المذكورة عرفاً.

نعم قد يستدل على وجوب الطلب بصحيح معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام: « في رجل كان له على رجل حق ففقده ولا يدري أحى هو أو ميت، ولا يعرف له وارثاً ولا نسباً ولا ولداً قال: اطلب. قال: فإن ذلك قد طال فأتصدق به؟ قال: اطلبه»^(١). وصحيح هشام بن سالم: « سأل خطاب الأعور أبا إبراهيم وأنا جالس فقال: إنه كان عند أبي أجير يعمل عنده بالأجرة، ففقدها وبقي من أجره شيء ولا يعرف له

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب كتاب ميراث الخنثى وما أشبهه الحديث: ٢.

(مسألة ٦): لو اقتسم الشريكان الدين لم يصح (١) بل الحاصل لهما

والتالف منها.

وارث. قال: فاطلبوه. قال: قد طلبناه فلم نجده. فقال: مساكين - وحرك يده - فأعاد عليه. فقال: اطلب واجهد، فان قدرت عليه، وإلا فهو كسبيل مالك حتى يجيء له طالب، فإن حدث بك حدث. فأوص به إن جاء له طالب أن يدفع إليه^(١). لظهور الأجر والحق في الدين مع تضمنهما الحث على الطلب.

اللهم إلا أن يقال: ظاهر حال السائل فيهما في كونه مهتما بتفريغ ذمته، ولذا سأل في الأول عن التصدق، فيكون الأمر بالطلب لبيان توقف فراغ الذمة على الوصول إليه الذي ينحصر طريقه بالفحص والطلب له، لا لوجوب الجهد في الطلب مقدمة للإيصال. ولا أقل من حملها على ذلك جمعاً مع صحيح زرارة الظاهر في بيان تمام الوظيفة. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب، وفي الروضة وعن مجمع البرهان أنه المشهور، وعن الكفاية انه المعروف بين الأصحاب، وفي الغنية دعوى الإجماع عليه. ويشهد به صحيح سليمان بن خالد: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما، ومنه متفرق عنهما، فاقتهما بالسوية ما كان في أيديهما وما كان غائباً عنهما، فهلك نصيب أحدهما مما كان غائباً واستوفى الآخر، عليه أن يرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بهاله»^(٢).

ومعتبر غياث بن إبراهيم عنه عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام: «في رجلين بينهما مال منه بأيديهما، ومنه غائب عنهما، فاقتهما الذي بأيديهما واحتال كل واحد منهما بنصيبه، فقبض أحدهما ولم يقبض الآخر. فقال: ما قبض أحدهما فهو بينهما، وما

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب كتاب ميراث الخنثى وما اشبهه الحديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب الدين والقرض الحديث: ١.

ذهب فهو بينهما»^(١). وقريب منه موثقاً محمد بن مسلم ومعاوية بن عمار ومرسل علي بن الحكم عن أبي حمزة^(٢).

وموثق عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقتهما العين والدين، فتوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه وخرج الذي للآخر أيرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بهاله»^(٣)

هذا وقد استشكل في السرائر في التعويل على نصوص المسألة على مبناه من عدم التعويل على أخبار الآحاد مدعياً أنها خبران ومرسل. وقد تكرر منا ضعف مذهبه في أخبار الآحاد ولا سيما في المقام حيث ظهر أنها خمسة معتبرة السند سادسها المرسل، وقد رواها الصدوق والشيخ عليه السلام. وقد عول عليها جمهور الأصحاب رضوان الله عليهم.

نعم المتيقن من هذه النصوص هو وجوب الرد مع القسمة بعد التلف، وهو كما يكون لبطلان القسمة ابتداءً يكون مع صحتها، وكون وجوب الرد بسبب التلف. ويظهر الأثر بينهما في المال المقبوض قبل التلف، فعلى الأول لا يصح لمن وقع الدين في سهمه قبضه لنفسه. ولو قبضه فضولياً بالإضافة لحصة الشريك، فلا تبرأ ذمة الدافع بالإضافة لحصة الشريك إلا بإجازته، وعلى الثاني يصح له قبضه ويختص به بمقتضى الشركة وله التصرف فيه وتبرأ منه ذمة المدين. غاية أنه يجب عليه الرد على شريكه بعد التلف.

ومن الظاهر أن مقتضى عموم نفوذ القسمة هو الثاني، بل لعله ظاهر النصوص المتقدمة، لظهورها في صحة قبض أحدهما لنفسه.

ودعوى: توقف القسمة على تعيين المقسوم خارجاً أو على قبضه زائداً على ذلك لا شاهد لها، بل عموم العقود شاهد على بطلانها.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٣ من أبواب كتاب الضمان الحديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٦ من أبواب كتاب الشركة الحديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٦ من أبواب كتاب الشركة الحديث: ٢.

وبذلك لا تنافي بين هذه النصوص وصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام:
«سألته عن رجلين اشتركا في السلم أيصلح لهما ان يقتسما قبل ان يقبضا؟ قال: لا
بأس به»^(١).

غايته أن السكوت في هذا الصحيح عن التنبيه لوجوب رد أحد الشريكين على
الأخر لو تلف حقه ظاهر في عدم وجوبه، فيرفع اليد عن ذلك جمعاً مع النصوص
الأول.

وهو أقرب مما ذكره بعضهم من الجمع بينها وبينه بحمله على صحة القسمة،
وحملها على جوازها وعدم لزومها، وأن للشريك الذي تتلف حصته فسخها. لظهور
تلك النصوص في إطلاق وجوب الرد وعدم توقفه على فسخ الشريك المذكور
للشركة.

وبعض كلماتهم تناسب ما ذكرنا، أو لا تأباه، لاقتصارهم على وجوب الرد من
دون تعرض لبطلان القسمة. ولا سيما مع ظهور جملة من كلماتهم في صحة قبض أحد
الشريكين حصته لنفسه.

بقي في المقام أمور (الأول): من الظاهر أن القسمة مع الإشاعة إنما تكون مع
تباين أطرافها خارجاً في الأعيان الخارجية أو اعتباراً في الذميات. وعليه فقسمة الدين
إنما تكون مع تميز الديون، إما لاختلاف سنخ الدين ولو مع وحدة المدين، كما لو كان
مديناً لهما مائة دينار وألف درهم، وكان مقتضى القسمة اختصاص أحدهما بالدينارين
والآخر بالدرهم، وإما لاختلاف شخص المدين ولو مع اتحاد سنخ الدين، كما لو
كان لهما في ذمة زيد ألف درهم، وفي ذمة عمرو الف أخرى، وكان مقتضى القسمة
اختصاص أحدهما بدين زيد والآخر بدين عمرو.

أما مع وحدة المدين فلا موضوع للقسمة، كما لو كان لهما في ذمة زيد ألفا درهم،
إذ مجرد ملك كل منهما ألف درهم في ذمته من دون تميز لأحد الألفين عن الآخر ثابت

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب الدين والقرض الحديث: ١.

مع قطع النظر عن القسمة، فلا أثر للقسمة، بل تلغو، لعدم الموضوع ويتعين بقاء الإشاعة والشركة في الدين المذكور.

كما لا تصدق قسمة الدين باتفاق الشريكين في الأعيان والديون عند القسمة على اختصاص أحدهما بالأعيان والآخر بالديون. لأن القسمة المذكورة بين الأعيان والديون، لا في نفس الديون.

ومن ثم يشكل وجوب الإرجاع على من صارت له الأعيان إذا توت الديون أو أبعاضها، لقصور النصوص السابقة عنه. إلا أن يستفاد منها عدم استقرار القسمة في الدين، حتى يقبض، ومع عدم قبضه لا بد من التدارك. لكنه لا يخلو عن اشكال. (الثاني): قال في الخلاف: « إذا كان بينهما شيء فباعاه بثمان معلوم كان لكل واحد منهما أن يطالب المشتري بحقه، فإذا أخذ قدر حقه شاركه فيه صاحبه». ونحوه في المبسوط والتحرير والإرشاد وغيرها، وقد يظهر من الشرايع والقواعد، وفي جامع المقاصد والمسالك والروضة أنه المشهور.

وفي المبسوط أنه منصوص عليه لأصحابنا، وفي الخلاف: «دليلنا: إجماع الفرقة، فإن هذه المسألة منصوصة لهم، ورواياتهم واردة بها». والظاهر أنه يشير إلى النصوص المتقدمة في قسمة الدين، كما هو صريح بعضهم، حتى ابن إدريس الذي خالف في المسألة، فإنه ذكر استدلالهم بتلك الروايات وأجاب عنها بما سبق منا رده.

لكن النصوص المتقدمة أجنبية عنه، لورودها في قسمة الدين بين الشريكين، ولم يفرض ذلك في كلامهم هنا، بل مجرد قبض أحد الشريكين حصته من الثمن، وهو ليس من قسمة الدين في شيء.

وأشكل من ذلك ما قد يظهر من بعضهم من أن من لم يقبض حصته من الشريكين مخير بين أن يشارك القابض فيما أخذه وأن يستقل بأخذ تمام حقه من المدين. لظهور ذلك في فرض عدم تلف حقه عليه، مع أن المفروض في هذه النصوص لزوم رد القابض عليه إذا تلف حقه عليه، فكيف تكون هي الدليل في المقام؟! على أنه

لا يتضح منشأ البناء على التخيير المذكور. وعلى ذلك يتعين الرجوع للقاعدة القاضية باستقلال الآخذ لحصته بما أخذه، كما يكون له الاستقلال بإجراء سائر أحكام دينه عليه من إبرائه منه والمصالحة عنه والإحالة به وغير ذلك.

ودعوى: أنه بعد كون الدين مشتركاً بينهما فحقه لا يتعين بقضه له، بل هو جزء من المال المشترك بينهما.

مدفوعة بأن اشتراكهما في الدين يرجع عرفاً إلى اختصاص كل منهما بحصته منه، فللمدين تسليمها له، كسائر ديونه مع دائنيه. ولذا كان المفروض في كلماتهم قبضه لحقه، لا لمقدار حقه.

ولعله لما سبق أو بعضه يظهر من غير واحد التردد. كما ذكر في المختلف وجامع المقاصد والمسالك أن ما ذكره ابن إدريس لا يخلو عن قوة، وإن ذكر في الأول قبل ذلك أن ما ذكره الشيخ ليس بعيداً من الصواب، وفي الأخيرين أن الوقوف مع المشهور أولى.

نعم مع بقاء شركة التجارة، إما للزومها، أو لبناء الشريكين على ذلك، فالمتعين عدم استقلال كل منهما بقض حقه، بل ليس له إلا قبض مال الشركة، لأن ذلك مقتضى بقاء الشركة. لكنه خارج عن محل كلامهم في المقام.

(الثالث): موضوع المنع في أكثر النصوص المتقدمة المال الذي ليس في أيدي الشريكين، وهو أعم من الدين، ولا يختص بالدين إلا موثق عبد الله بن سنان لكن لا يتضح عمومها لغير الدين بعد التعبير فيها باحتيال أحدهما للآخر بنصيبه، كما تضمن بعضها التعبير بالاستيفاء وبعضها التعبير بالاقتضاء، وذلك كله لا يناسب الأعيان. ومن هنا لا مجال للبناء على عموم الحكم لغير الدين من الأعيان التي ليست تحت يد الشريكين. ولعله لذا كان ظاهر الاصحاب أو صريحهم الاختصاص بالدين. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(مسألة ٧): يصح بيع الدين بالحاضر (١) وإن كان أقل منه (٢) إذا كان من غير جنسه، أو لم يكن ربوياً (٣).

(١) كما هو المعروف من مذهب الأصحاب. لعموم نفوذ التجارة عن تراض وعموم نفوذ العقود.

ومنع في السرائر من بيعه على غير من هو عليه، للإجماع على لزوم تعيين المبيع، ولا يتعين الدين إلا بقبضه.

وهو كما ترى! إذ لا يراد بتعيينه تشخيصه، بل مجرد تحديده وإن كان كلياً، كما في بيع السلم.

ولو لا ذلك لم يصح بيعه حتى على من هو عليه، لعدم تشخيصه أيضاً. ومجرد سقوطه عنه وبرائة ذمته منه لا يكون فارقاً بعد عدم تشخيصه عند البيع. ومن ثم كان ظاهر بعضهم شذوذه في ذلك.

ومثله ما في التحرير من عدم جواز بيع الدين المؤجل مطلقاً. وكأنه لعدم القدرة على تسليم المبيع. لكن يكفي القدرة على تسليمه عند حلول الأجل، ولا تعتبر القدرة على تسليمه حين العقد، ولذا صح بيع السلف. وقد تقدم في المسألة السادسة من فصل بيع السلف من كتاب البيع ما ينفع في المقام.

نعم تقدم في المسألة السادسة من فصل التسليم والقبض من كتاب البيع المنع من بيع المكيل والموزون قبل قبضه إلا تولية أو إذا لم يربح. كما تقدم من جماعة في المسألة السادسة من فصل بيع السلف من الكتاب المذكور المنع من بيع ما يشتري قبل حلول الأجل مطلقاً أو على غير البايع، وتقدم منا الكلام فيه. فراجع.

(٢) للعمومين المتقدمين. وكذا الحال لو كان أكثر. ولعله إنما لم يذكره لندرته.

(٣) تجنبا عن محذور الربا.

والظاهر أن ذكره ﷺ لكونه شرطاً لجواز التفاضل سواء كان الأكثر هو الثمن

أم المثمن، دفعاً لمحدور الربا، لا لجواز مطلق بيع الدين بالدين ولو مع عدم التفاضل. كما أن اللازم استثناء بيع أحد النقدين من الذهب والفضة بالآخر أيضاً. لأنه من بيع الصرف الذي يلزم فيه التقابض نصاً وإجماعاً، كما تقدم في محله، ومن الظاهر عدم انحصار الأمر بهما.

وفي النهاية: «ومن باع الدين بأقل مما له على المدين لم يلزم المدين أكثر ما وزن المشتري من المال» ونحوه عن القاضي، وإن لم يتيسر لنا العثور على ذلك في كلامه، كما استظهر في الجواهر من الدروس موافقته، وإن لم يخل عن إشكال. نعم قد يظهر ذلك من الكليني ونكت النهاية وكشف الرموز. كما ربما يظهر ذلك من الشرايع، حيث ذكر الحكم، ثم قال: «على رواية» من دون إشارة لعدم صلوحها للاستدلال، وقريب منه في اللمعة.

وتردد فيه في النافع والإرشاد ومنع منه في السرائر على تقدير صحة البيع، وكذا في التحرير والمختلف والتذكرة والتنقيح والمسالك وغيرها.

واستدل للأول بخبر أبي حمزة: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشتراه بعرض ثم انطلق إلى الذي عليه الدين فقال: أعطني ما لفلان عليك، فإني قد اشتريته منه. كيف يكون القضاء في ذلك؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: يرد الرجل الذي عليه الدين ماله الذي اشتراه به من الرجل الذي له الدين»^(١).

وخبر محمد بن الفضيل: «قلت للرضاء عليه السلام: رجل اشترى ديناً على رجل، ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له: ادفع إلى ما لفلان عليك فقد اشتريته منه. قال: يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين وبرئ الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه»^(٢).

ولا بد من حملهما - ككلام الشيخ عليه السلام - على صورة صحة البيع، لعدم كونه ربوياً ولا بيع صرف، كما سبق. ويناسبه فرض الشراء بعرض في الأول. فلما وقع لما

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٥ من أبواب كتاب الدين والقرض الحديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٥ من أبواب كتاب الدين والقرض الحديث: ٣.

في السرائر من استهجان كلام الشيخ رحمته بنحو قد يظهر في الانحصار بالوجهين.
وقد استشكل في الاستدلال بالأول في التذكرة بأنه غير صريح فيما ادعاه
الشيخ، لجواز أن يكون الثمن مساوياً.

وفيه: أن منصرف السؤال فيه ذلك، لأن من شأن الدين نوعاً أن يباع بأقل منه،
وإلا فلا يظهر منشأ للسؤال، بخلاف ما إذا كان أقل، لثبوت نظير ذلك في الضمان.
ولا سيما أن ظاهر الحديثين - ولا سيما الأول - أن السؤال ليس عن حكم نفس بيع
الدين، بل عما يترتب على البيع بعد الفراغ عن صحته.
على أن الثاني كالصريح في ذلك، بلحاظ قوله عليه السلام فيه: « وبرئ الذي عليه
المال من جميع ما بقي عليه»، كما لعله ظاهر.

مع أنه لو فرض إطلاقه كفى في المقام. غاية الأمر أنه يلزم تخصيص الأول
بالإضافة إلى البيع بالأكثر، وهو نادر.

وأشكل من ذلك قوله في المختلف: «ولا ريب في صحة البيع ولزومه،
ووجوب إيفاء المشتري ما على المديون. ولا بد حينئذٍ من محمل للروايتين. وليس
بعيداً عن الصواب أن تحمل على أمرين.

(الأول): الضمان: ويكون إطلاق البيع عليه والشراء بنوع من المجاز. إذ
الضامن إذا ادعى [أدى.ظ] عن المضمون عنه بأذنه عرضاً عوضاً عن الدين كان
له المطالبة بالقيمة. وهو نوع من المعاوضة يشبه البيع، بل هي هو في الحقيقة، وإنما
ينفصل عنه بمجرد اللفظ لا غير.

(المحمل الثاني): أن يكون البيع وقع فاسداً. فإنه يجب على المديون دفع ما
يساوي مال المشتري إليه بالإذن الصادر من صاحب الدين، ويرأى من جميع ما بقي
عليه من المشتري، لا من البائع، ويجب عليه دفع الباقي إلى البائع، لبراءته من المشتري.
وهذان المحملان قريبان يمكن صرف الروايتين إليهما. وكلام الشيخ أيضاً
يحمل عليهما...».

للإشكال فيه (أولاً): بأنه لا مجال لنفي الريب في وجوب إيفاء المشتري تمام الدين على تقدير صحة البيع بعد ما سبق من الروايتين، وتردد أو فتوى من سبق بمضمونها، وبعد عدم لزوم محذور عقلي أو مخالفة نقل قطعي منه.

(وثانياً): بأن تعسف حمل الروايتين على أحد الوجهين اللذين ذكرهما وضعف

الثاني من الوضوح بحد يغني عن إطالة الكلام فيه.

نعم استشكل في الرواية الأولى في التذكرة بضعف السند.

وكأنه لأن في طريقها محمد بن الفضيل، وقد ضعفه الشيخ رحمته الله في كتابه. وهو

يقتضي ضعف الثانية أيضاً.

لكن محمد بن الفضيل من رواة تفسير القمي وكامل الزيارات وممن روى عنه صفوان وابن أبي عمير والبرنطي، وقد ذكروا أنهم لا يروون إلا عن ثقة، كما ذكره الشيخ المفيد رحمته الله في رسالته العددية في جملة الفقهاء والرؤساء الأعلام الذين يؤخذ منهم الحلال والحرام والفتيا والأحكام ولا يطعن عليهم بشيء، ولا طريق لدم واحد منهم.

وتعارض التوثيق والتضعيف وإن كان يقتضي تساقطها، فيكون الرجل مجهولاً. إلا أن من القريب أن يكون منشأ التضعيف ما ذكره الشيخ في موضع آخر من كتابه من أن الرجل يرمى بالغلو، لكثرة كونه منشأ للتضعيف في كلامهم، وكونه الأنسب بوجوه التوثيق المتقدمة، خصوصاً كلام المفيد رحمته الله، لاختلاف الاجتهادات في تشخيص الغلو المسقط للوثاقة.

بل عمل الشيخ بروايته مع مخالفتها للقاعدة لا يناسب تضعيفه له بنحو يرجع إلى عدم وثاقته عنده. إلا أن يبتني على قرينة خارجية تعضد الرواية، كاعتماد الأصحاب على كتابه لا اطلاعهم على تأخر طروء سبب الضعف عن روايتهم له أو نحو ذلك مما يكون جابراً لها. ومن ثم يصعب طرح الروايتين لضعف سندهما.

وأشكل من ذلك ما قد يظهر من بعضهم من توهينها بالشهرة على خلافها. إذ

ولا يصح بدين مثله إذا كان ديناً قبل العقد (١)، ولا فرق في المنع بين كونها حالين ومؤجلين ومختلفين (٢) ولو صار ديناً بالعقد (٣)

أنه لم يتضح الجزم بمخالفتها إلا من السرائر، لما أشرنا إليه في وجه استهجانته للحكم، ثم من العلامة في بعض كتبه وبعض من بعده. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) بلا إشكال ظاهر ولا خلاف، بل ظاهر جملة من كلماتهم المفروغية عنه، وفي مفتاح الكرامة أنه قد نقل الإجماع مستفيضاً على فساده. لأنه المتيقن عندهم من بيع الدين الذي ورد النص بالمنع عنه. وهو معتبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا يباع الدين بالدين»^(١).

(٢) لإطلاق النص والفتوى.

(٣) بعد أن تضمن دليل المسألة النهي عن بيع الدين بالدين فقد وقع الكلام بينهم في شموله لما يكون ديناً بالعقد.

والظاهر عدم شموله له، لأن مقتضى جعل طرفي المعاوضة الدين صدق الدين على العوضين في رتبة سابقة عليها، وهو لا يصدق في المقام إلا مجازاً بلحاظ الأول والمشاركة.

وأما إطلاق البيع بالدين على البيع نسيئة فهو لا يرجع إلى كون الثمن ديناً - كما هو الحال في بيع الدين بالدين الذي هو محل الكلام - بل إلى بيان نوع البيع كما يظهر من الجواهر، فإن البيع (تارة): يبتنى على تسليم العوضين، كما هو مقتضى إطلاق البيع، وهو البيع نقداً.

(وأخرى): يبتنى على تأجيلها أو تأجيل أحدهما باشتراط ذلك، فإن ابنتى على تأجيل المبيع كان سلفاً، وإن ابنتى على تأجيل الثمن كان نسيئة.

(وثالثة): لا يبتنى على أحد الأمرين بل على مجرد التسامح والإذن في تأخير

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٥ من أبواب كتاب الدين والقرض الحديث: ١.

التسليم من دون الزام به، بل مع إمكان الرجوع عنه في كل وقت والمطالبة بالتسليم، كما هو شايع في التعامل. ويعبر عن الأخيرين في عرفنا بالبيع بالدين، في مقابل الأول الذي هو البيع نقداً.

وبعبارة أخرى: الظرف في قولنا: يبيع بالدين (تارة): يكون متعلقاً بالفعل لبيان الثمن، فيرجع إلى كون الثمن ديناً، وتكون الباء باء العوض، نظير قولنا: يبيع بدينار.

(وأخرى): يكون متعلقاً بمصدر محذوف وقائماً مقامه لبيان نوع البيع، وأنه يبتني على تأجيل الثمن إما بمجرد الإذن في ذلك بالالتزام به، وتقديره: يبيع بيعاً بنحو يبتني على الدين، نظير يبيع نسيئة حيث يكون تقديره يبيع بيعاً نسيئة، فتكون الباء للمصاحبة، نظير قولنا: بعته بشرط كذا.

وعلى الأول لا بد من كون الثمن ديناً قبل العقد، سواء كان مؤجلاً أم حالاً، بل يشمل ثمن بيع النقد إذا كان كلياً لم يقبض بعد. ولا يشمل ما إذا صار الثمن ديناً بالعقد، سواء كان مؤجلاً أم حالاً يؤذن في تأخيره أولاً، كما إذا كان الثمن في بيع النقد كلياً.

وعلى الثاني لا بد من ابتناء البيع على تأجيل الثمن، فلا يشمل البيع نقداً بثمن كلي وإن صار ديناً بمجرد العقد، كما لا يشمل البيع بدين قبل العقد وإن كان مؤجلاً، لأن تأجيله ليس بسبب البيع وباشترائه فيه، بل بذاته مع قطع النظر عن البيع.

هذا وظاهر قوله صلوات الله عليه وسلم: «لا يباع الدين بالدين» بيان نوع العوضين في البيع المنهي عنه، وأن كلا منهما دين، لا بيان نوع البيع، وأنه يبتني على تأجيل التسليم في العوضين معاً، الراجع للسلف نسيئة، لاحتياج ذلك إلى نحو من الحذف والتقدير كما يظهر مما سبق. بل التعبير عن السلف ببيع الدين غير مألوف عرفاً، وليس هو كالتعبير عن النسيئة بالبيع بالدين المألوف في عرفنا.

وأما حملة على بيع الدين بنحو يبتني على تأجيل الثمن. فهو - مع ابتناؤه على

نحو من الحذف و التقدير، كما سبق - راجع إلى البيع الذي يتني على تأجيل الثمن، فلا يشمل بيع الدين الذي هو دين قبل العقد، لما ذكرناه آنفاً من أن التأجيل فيه ليس بسبب ابتناء البيع عليه، مع أنه عندهم متيقن من الحديث.

على أن التعبير عن ذلك بالبيع بالدين وإن كان شائعاً في عرفنا وما قاربه، إلا أنه لم يتضح مألوفيته في عصر صدور الحديث.

وأما حمل قوله صلى الله عليه وسلم: «بالدين» على بيان العوض ونوع البيع معاً فهو متعذر عرفاً، لأنه من سنخ الجمع بين معنيين متباينين، بل يتعين حمله على بيان العوض لا غير، لما عرفت من كونه متيقناً من الحديث، ولشيوخ استعمال باء العوض في مثل هذا التركيب تبعاً للغة والعرف المعلوم سبقه.

ومن هنا لا مخرج عما سبق من اختصاص الحديث بما إذا كان كلا العوضين ديناً قبل العقد.

ولعله لما ذكرنا صرح بجواز بيع الدين نسيئة في النهاية والشرايع والنافع وكشف الرموز والمسالك والروضة، بل في الثلاثة الأخيرة توجيهه بما ذكرنا.

وأما ما في جامع المقاصد من أن اسم الدين واقع على المؤجل وإن لم يكن قد ثبت في الذمة، لأن المحققين من أهل اللغة فسروا الكالي بالمؤخر. وقد أطبق جميع الفقهاء على أن بيع المؤجل الموصوف بمثله باطل.

ففيه: أن النهي عن بيع الكالي بالكالي إنما ورد من طرق العامة^(١). على أن الحديث لو تم ما ذكره فيه يكون ظاهراً في النهي عن بيع السلف بالدين المؤجل، وهو أجنبي عما نحن فيه من بيع الدين الثابت في الذمة بالدين. أما الوارد من طرقنا فهو النهي عن بيع الدين بالدين، كما تقدم، وقد عرفت الكلام فيه.

وأما الإجماع الذي ادعاه فهو يختص بالسلف، ولا يشمل بيع ما هو دين قبل البيع نسيئة، ولا سيما بعد ما تقدم من النهاية وغيره، حيث لا مجال معه لدعوى

(١) سنن البيهقي ج: ٥ ص: ٢٩٠.

بطل في المؤجلين (١) وصح في غيرهما (٢). ولو كان أحدهما ديناً قبل العقد

الاجماع على البطلان.

(١) يعني: بأن يكون الدين المبيع مؤجلاً والثمن الذي يصير ديناً بالعقد مؤجلاً. وكأنه لدعوى صدق بيع الدين بالدين، لصدق البيع بالدين على بيع النسيئة، كما تقدم من جامع المقاصد.

ويظهر ضعفه مما سبق من ظهور الحديث الشريف في النهي عن جعل الدين طرفاً للمعاوضة، وهو يقتضي كونه ديناً قبل التعاوض. وتعميمه لما يكون ديناً بها مجاز بلحاظ الأول والمشاركة.

نعم يصدق عرفاً البيع بالدين على البيع نسيئة. لكن سبق أنه راجع إلى بيان نوع البيع، لا إلى بيان طرف المعاوضة الذي هو ظاهر الحديث. اللهم إلا أن يكون قد اعتمدت على ما تقدم من جامع المقاصد. وتقدم الكلام فيه.

(٢) كأنه لعدم صدق بيع الدين ولا البيع به مع الحلول. ولذا لا يصدق فيما إذا كان الثمن كلياً مع ابتناء البيع على تعجيل التسليم والتسلم، كما هو مقتضى إطلاقه، مع صيرورة الثمن ديناً وانشغال الذمة به بتمامية العقد إلى حين التسليم.

لكن لا إشكال في صدق بيع الدين ولو مع حلوله، بل يصدق على الثمن في بيع النقد المبني على تعجيل التسليم قبل تسليمه أنه دين، فيكون بيعه بدين من بيع الدين بالدين، كما سبق.

كما أنه يظهر مما سبق أنه يصدق البيع بدين مع كون الثمن كلياً حالاً ليس البناء على تعجيل تسليمه، بل على الإذن في تأجيله من دون أن يكون شرطاً. نعم لا يصدق فيما إذا ابتنى على تعجيل تسليم الثمن. غاية الأمر أنه لا يراد بالتعبير المذكور بيان الثمن، بل بيان نوع البيع. فإن كان ذلك كافياً في المنع تعين الاقتصار في الجواز على هذه الصورة. والإل لم يصح إطلاق المنع إذا كانا مؤجلين.

والآخر ديناً بعد العقد صح (١) إلا في بيع المسلم فيه قبل حلوله مطلقاً (٢)، وفي المنع عن بيعه بعد حلوله بمؤجل ومطلق بيع الحال بالمؤجل فضلاً عن بيع المؤجل بالمؤجل تأمل (٣).

(١) مقتضى إطلاقه عدم الفرق في الصحة بين كونها حالين ومؤجلين ومختلفين، وهو لا يناسب ما سبق في وجه إطلاق المنع من بيع الدين قبل العقد بالدين الذي يصير ديناً بعد العقد إذا كانا معاً مؤجلين.
(٢) كما تقدم منه في المسألة السادسة من فصل بيع السلف من كتاب البيع. وتقدم منا الكلام فيه. فراجع.

(٣) أما في المسلم فيه فقد تقدم منه تَبَيَّنَ ومنا الكلام فيه في محله. وأما في غيره من بيع الحال بالمؤجل فقد ظهر مما تقدم جوازه.

وأما بيع المؤجل بالمؤجل فتأمل فيه لا يناسب ما سبق منه تَبَيَّنَ من منع بيع الدين المؤجل بالمؤجل. إلا أن يكون ذلك عدولاً منه عما سبق. فلاحظ.

بقي شيء. وهو أنه لو بيع الدين في مورد جواز بيعه، ثم تعذر تحصيل المشتري له، جرى عليه حكم تلف المبيع قبل قبضه من بطلان البيع ورجوع الثمن للمشتري الذي تقدم التعرض له في المسألة الثالثة من فصل القبض والتسليم من كتاب البيع.

فإن النص المتقدم هناك وإن ورد في بيع الأعيان، إلا أن بناء العقلاء على التسليم والتسليم تبعاً لابتناء البيع على ذلك شامل له. ومرجعه إلى ثبوت حق الخيار للمشتري في فسخ البيع واسترجاع الثمن، كما يظهر مما سبق هناك. وكأنه إلى هذا يرجع ما في النهاية من رجوع المشتري على البايع بالدرك.

أما لو أراد رجوعه إليه بنفس الدين الذي بيع بحيث يكون عليه وفاؤه فلا مجال للبناء عليه. إذ مع لزوم البيع للمشتري يملك الدين في ذمة المدين، ولا دليل على وجوب وفاء البايع عنه، ومع فسخ البيع لا يستحق المشتري إلا الثمن الذي دفعه، كما ذكرنا.

(مسألة ٨): يجوز للمسلم قبض دينه من الذمي من ثمن ما باع من المحرمات (١). ولو أسلم الذمي بعد البيع استحق المطالبة بالثمن (٢). وليس للعبد الاستدانة بدون إذن المولى (٣).

نعم يختص ذلك بما إذا تعذر تسلم المشتري له في وقته، دون ما إذا تيسر له تحصيله فلم يبادر حتى تعذر، لما ذكرناه في كتاب البيع من قصور بناء العقلاء عن ذلك. فاللازم حينئذ البناء على لزوم البيع وتلفه من مال المشتري، لعموم نفوذ البيع. ثم إنه لو تعهد البائع للمشتري فإن رجع تعهده إلى ثبوت حق الخيار للمشتري في الفسخ على تقدير عدم تحصيله فلا أثر له، لثبوته بمقتضى نفس البيع، كما سبق. وإن رجع إلى التعهد بنفس الدين رجع إلى نحو من الكفالة الذي يأتي الكلام فيه في كتاب الضمان إن شاء الله تعالى.

هذا ولو علم بحصول بعض الدين أمكن بيعه بتمامه بنحو لا يكون البائع متعهداً بتحصيل الباقي، ليحق للمشتري الرجوع بما يقابله من الثمن، نظير بيع الآبق مع الضميمة، حيث تقدم عند الكلام في اشتراط القدرة على تسليم المبيع من كتاب البيع عدم اختصاص ذلك بالآبق، والعموم لجميع ما يجرز القدرة على بعضه. كما أنه لو لم يجرز حصول شيء من الدين أمكن بيعه بتمامه مع ضميمة محرزة الحصول للمشتري، لعين ما سبق.

(١) تقدم منا ذكر ذلك والاستدلال عليه في المسألة الأولى من مقدمة كتاب التجارة، وتقدم أنه لا يختص بما إذا كان بايع المحرم ذمياً، بل حتى إذا كان مسلماً. فراجع.

(٢) تقدم أيضاً في المسألة المذكورة منا ذكر ذلك والاستدلال عليه.

(٣) كما صرح به غير واحد، بل لا خلاف فيه، بل الظاهر المفروغية عنه. ولا ينبغي الإشكال فيه، لما هو المعلوم من الحجر عليه في نفسه وماله لو قلنا بملكيته، ومن الظاهر ابتناء الاقتراض على خروج العين عن ملك المقرض ودخولها في ملك

فإن فعل يضمن العين (١)، فيردّ ما أخذ (٢). ولو تلفت ففي ذمته مثله أو قيمته (٣). ولو أذن له لزمه دون المملوك (٤)

المقترض وانشغال ذمته ببدلها، وهو نوع من التصرف في نفسه.

هذا وفي صحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: «قلت له: الرجل يأذن لمملوكه في التجارة، فيصير عليه دين. قال: إن كان أذن له أن يستدين فالدين على مولاه، وإن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى، ويستسعى العبد في الدين»^(١). وقد يظهر بدواً في صحة دينه.

اللهم إلا أن يقال: ليس السؤال فيه عن حكم استدانته، بل عن طريق الخلاص منه بعد فرض وقوعه وعدم واجديته لمقداره، وهو كالصريح في تلف العين، ومع تلفها لا إشكال في انشغال ذمته ببدلها، ويكون ديناً عليه، فلا ينافي عدم صحة استدانته، لما سبق.

نعم لو وقع منه بدون إذن سيده كان فضولياً للمولى إجازته، إذ المنع منه ليس لامتناعه ذاتاً، بل لقصور السلطنة عنه، فينفذ بإجازة من له السلطنة عليه.

(١) يعني: بضمان اليد، وهو - كضمان الإلتلاف - تابع لتحقيق موضوعه من دون أن يتوقف على السلطنة، لعموم دليله.

(٢) بخلاف المقترض، حيث تقدم أنه لا يجب عليه إرجاع العين، لملكه لها بالاقتراض وانشغال ذمته بالبدل رأساً.

(٣) كما هو مقتضى الضمان. وكذا الحال لو تعذر إرجاعها لأمر غير التلف، كما هو ظاهر.

(٤) بلا خلاف ولا إشكال، وظاهرهم المفروغية عنه. ويقتضيه صحيح أبي بصير المتقدم وغيره مما يأتي بعضه. والمتيقن من ذلك ما إذا استبقاه أو باعه، كما يظهر مما يأتي أيضاً.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣١ من أبواب كتاب الدين والقرض الحديث: ١.

وإن أعتق (١).

(١) كما في الاستبصار وظاهر المبسوط وعليه جرى في الوسيلة والسرائر وظاهر الشرايع والنافع وغيرها، وفي المختلف أنه المشهور، وفي الجواهر أنه المشهور نقلاً وتحصيلاً. ويقتضيه إطلاق صحيح أبي بصير المتقدم.

وفي النهاية والكافي لأبي الصلاح أنه يلزم العبد، وحكاه في المختلف عن ابن البراج أيضاً، واختاره هو فيه وفي ظاهر التذكرة.

لموثق أو صحيح ظريف بياع الاكفان: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام لي كنت أذنت له في الشراء والبيع فوقع عليه مال الناس، وقد أعطيت به مالاً كثيراً. فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن بعته لزمك ما عليه، وإن أعتقته فالمال على الغلام. وهو مولك»^(١). ونحوه موثقه أو صحيحه الآخر. وفيه: أنه اعتقد ولم يلزمه شيء^(٢). وفي خبر عجلان عنه: «في رجل أعتق عبداً له وعليه دين. قال: دينه عليه لم يزد عتقه إلا خيراً»^(٣).

وقد حملها في الاستبصار على ما إذا لم يأذن له في الاستدانة. وهو قد يتجه في الأخير، دون الأولين، للحكم فيها بثبوت الدين على المولى مع بيعه، ومن المعلوم أنه مع عدم الإذن فالدين على العبد مطلقاً وإن باعه. بل إطلاق الإذن في التجارة الذي فرض فيها يقتضي الإذن الذي هو من شؤونها، فعدم التنبيه فيها لمنعه من الدين ظاهر في إطلاقه بنحو يشمل الدين المسبب عنها.

ومن هنا يتعين حملها على صورة الإذن في الدين، وحيث كانا أخص من صحيح أبي بصير يتعين رفع اليد عن إطلاقه وتقييده بهما.

وقد يؤيد ذلك خبر عجلان، لأن عدم الاستفصال فيه وإن كان يقتضي العموم

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣١ من أبواب كتاب الدين والقرض الحديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣١ من أبواب كتاب الدين والقرض الحديث: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٥٤ من أبواب كتاب العتق الحديث: ١.

لصورة عدم الإذن، فيخصص بصحيح أبي بصير كما تقدم. بل قوله عليه السلام: « لم يزد عتقه إلا خيراً » قد لا يناسب تحمله للدين المأذون فيه الذي كان على المالك، لأنه نحو من الضرر بسبب العتق، إلا أن السؤال فيه عن حال الدين بعد العتق لا يناسب إرادة الدين غير المأذون فيه الذي يثبت عليه قبل العتق، إذ لا يحتمل تحمل المالك له بسبب العتق الذي هو إحسان محض منه، بخلاف الدين الذي كان على المالك قبل العتق، حيث يحتمل تحمل العبد له، لأنه يصير بالعتق قادراً على السعي في وفائه بسبب رفع حجر الرق عنه - الذي هو زيادة خير - فلا ملزم للإلزام المعتق له به.

كما قد يؤيده أيضاً خبر شريح: « قال أمير المؤمنين عليه السلام في عبد بيع وعليه دين. قال: دينه على من أذن له في التجارة وأكل ثمنه^(١) » لإشعار الجواب أو ظهوره في أن علة تحمل المالك للدين مع البيع ليس مجرد الإذن في التجارة المناسب للإذن في الاستدانة، بل إبقاؤه على الرق ببيعه وأكل ثمنه.

والحاصل: أنه لا بد من حمل صحيح أبي بصير على غير صورة العتق جمعاً مع ما تقدم، وعمدته الصحيحان المتقدمان.

ودعوى: سقوطهما عن الحجية بهجر المشهور لهما. ممنوعة لظهور اختلاف فتويي الشيخ، وظهور ابتناء فتواه وفتوى بعض من تبعه ببقائه في ذمة المولى على الجمع بين النصوص بوجه تقدم ضعفه. كما أن ابن إدريس قد أهمل حديث ظريف بناء منه على عدم حجية خبر الواحد، كما أهمله بعضهم للبناء على ضعفه، وكلاهما في غير محله.

ورجح في الشرايع صحيح أبي بصير بأنه أشهر الروايتين، وفي النافع بالشهرة، والأولى - لو تمت - ليست من المرجحات، كالثانية لو أريد بها الشهرة في الفتوى ما لم تكن الأخرى شاذة، ولا مجال لذلك في المقام. مع أن الترجيح فرع تعذر الجمع العرفي، ومن الظاهر إمكانه. فلا مخرج عما سبق.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٥٥ من أبواب كتاب العتق الحديث: ٢.

وغريم المملوك أحد غرماء المولى (١). ولو أذن له في التجارة فاستدان لها

هذا كله فيما إذا استدان العبد بإذن مولاه لنفسه في تجارة مأذون فيها أو نحوها. أما إذا كان وكيلًا عن المولى في الاستدانة للمولى فلا إشكال في إلزام المولى به مطلقاً كسائر ديونه، وهو خارج عن مورد النصوص السابقة. (١) يعني مع إذنه له في الاستدانة. وبه صرح به غير واحد. وهو مقتضى إلزام المولى بدينه.

مضافاً إلى صحيح زرارة: « سألت أبا عبد الله [أبا جعفر] عليه السلام عن رجل مات وترك عليه ديناً وترك عبداً له مال في التجارة وولداً، وفي يد العبد مال ومتاع، وعليه دين استدانه العبد في حياة سيده في تجارة [تجارته]، وإن الورثة وغرماء الميت اختصموا فيما في يد العبد من المال والمتاع وفي رقة العبد. فقال: أرى أن ليس للورثة سبيل على رقة العبد ولا على ما في يده من المتاع والمال، إلا أن يضمّنوا دين الغرماء جميعاً، فيكون العبد وما في يده من المال للورثة. فإن أبوا كان العبد وما في يده للغرماء يقوم العبد وما في يديه من المال، ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص، فإن عجز قيمة العبد وما في يديه عن أموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقي لهم إن كان الميت ترك شيئاً. قال: وإن فضل من قيمة العبد وما كان في يديه عن دين الغرماء رده على الورثة» (١).

نعم في خبر أشعث عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين وقد أذن لعبده في التجارة وعلى العبد دين. قال يبدأ بدين السيد» (٢).

لكن لا مجال للتعويل عليه مع ضعف سنده وعدم ظهور عمل الأصحاب به. وقد احتمل في الاستبصار حمله على ما إذا كان ماذوناً في التجارة دون الاستدانة، وحمل ظهوره في أدائه من التركة بعد أداء دين السيد على الاستحباب. وهو مخالف لظاهره جداً. والأولى رد علمه لقائله عليه السلام.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣١ من أبواب كتاب الدين والقرض الحديث: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٥٥ من أبواب كتاب العتق الحديث: ١.

ألزمها المولى مع إطلاق الإذن (١)، وإلا تبع به بعد العتق (٢)

(١) لأن التجارة معرضة نوعاً للدين، فإطلاق الإذن فيها ظاهر في الإذن فيه. نعم يختص بالدين بالمقدار الذي يتعارف في التجارة المأذون فيها، دون ما زاد على ذلك مما يبتني عرفاً على التغير والمغامرة.

(٢) كما صرح به غير واحد، وفي الجواهر أنه المشهور نقلاً وتحصيلاً، بل في الخلاف دعوى الإجماع عليه.

والوجه فيه: أنه بعد ما سبق من عدم إلزام المولى بدينه، وما هو المعلوم من ملك المولى له ولمنفعته فلا مجال لوفاء الدين من رقبته ببيعه، ولا من منفعته باستسعائه. مضافاً إلى معتبر روح بن عبد الرحيم بل صحيحه عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل مملوك استتجره مولاه فاستهلك ما لا كثيراً. قال: ليس على مولاه شيء، ولكنه على العبد. وليس لهم أن يبيعه، ولكنه يستسعى. وإن حجر عليه مولاه فليس على مولاه شيء ولا على العبد»^(١)، فإنه لا مجال لحملة على عموم طلب الاتجار من العبد للاتجار المبني على استهلاك المال الكثير، لانصرافه عن ذلك، وللحكم في الحديث بعدم تحمل المولى ما حصل، وإذا كان ذلك على العبد، فقد تضمن الحديث أن للمولى التحجير عليه ومنعه من السعي في الوفاء.

لكن في النهاية وظاهر الاستبصار أو صريحه أن العبد يستسعى، وفي المبسوط بعد أن حكم أنه يتبع به بعد العتق، قال: «وقد روي أنه يستسعى العبد في ذلك». والظاهر أن مراده بذلك صحيح أبي بصير المتقدم في أول المسألة، حيث تضمن ذلك في المأذون في التجارة دون الاستدانة.

ويظهر منه ومن النهاية خصوصية الإذن في التجارة في ذلك تبعاً للرواية. أما لو استدان من دون أن يأذن له في التجارة فقد حكم في المبسوط بأنه يتبع به بعد العتق من دون إشارة للرواية. ولعله إليه يرجع ما في النهاية من أنه يكون ضائعاً، وإلا فمن

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٣١ من أبواب كتاب الدين والقرض الحديث: ٤.

وكذا لو استدان لغيره (١).

البعيد حكمه بعدم انشغال ذمة العبد به، بحيث لا يطالب به حتى بعد العتق. وهو الظاهر من المختلف، حيث قرب العمل بالصحيح، لكون المالك غاراً للدائن بإذنه للعبد في التجارة التي من شأنها الاستدانة وإن صرح له بعدم الإذن فيها. لكن لا إشارة في الصحيح لفرض التغير من المالك، ومقتضى إطلاقه الاستسعاء ولو مع عدمه.

نعم مقتضى الجمع بينه وبين حديث عبد الرحيم حمل الاستسعاء فيه على استحباب الرضا به من المالك وإن كان له المنع منه والتحجير على العبد. هذا وفي معتبر وهب بن حفص: «سألته عن مملوك يشتري ويبيع قد علم ذلك مولاه حتى صار عليه مثل ثمنه. قال: يستسعى فيما عليه»^(١) وقد حمله في الاستبصار على صورة عدم الإذن له في الاستدانة.

لكن يمكن حمله على أن إقرار المولى له مع علمه ظاهر في إذنه له في التجارة بتبعاتها، ومنها الاستدانة، ويكون الحكم باستسعائه بنحو الإلزام للمولى، لأنه أحد وجوه تحمله دينه.

فالعمدة صحيح أبي بصير. وقد سبق الكلام فيه. وإن كانت المسألة بعد في غاية الإشكال. ولا بد من مزيد من التأمل. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) يعني: فإن كان بإذنه كان عليه، وإلا لزم العبد يتبع به بعد العتق، عملاً بالقاعدة على تقدم تقيبه. ولا مجال هنا لاحتمال استسعاء العبد، لعدم ورود النصوص الخاصة بذلك.

هذا تمام ما ذكره سيدنا المصنف عليه السلام في الدين. وقد تقدم منه بعض الفروع المتعلقة به في فصل النقد والنسيئة من كتاب البيع، وتقدم منا الكلام فيها بنحو يعني عن الكلام فيها هنا لعموم أدلتها للمقام. كما أنه يأتي منه في كتاب الحجر بعض الفروع

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣١ من أبواب كتاب الدين والقرض حديث: ٦.

المتعلقة به نرجى الكلام فيها تبعاً له، وقد أهمل التعرض لبعض الفروع التي ذكرها الأصحاب أو تكون مورداً للعمل.

ويحسن بنا التعرض لها:

(الأول): قال في التحرير: «يجب على المدين ترك الإسراف في النفقة. وليقتصد فيها، ولا يجب عليه التقدير». وقريب منه في النهاية والسرائر والقواعد والدروس وجامع المقاصد. والظاهر أن مرادهم من الإسراف ما ينافي الاقتصاد، والإفلاس الإسراف ببعض مراتبه محرم حتى في حق غير المدين.

ومقتضى إطلاقهم وجوب ذلك ولو مع عدم مطالبة الدائن. وهو غير ظاهر الوجه، بل هو لا يناسب سيرة المشرعة، كما لا يناسب ما تقدم في المسألة الأولى من عدم الكراهة فضلاً عن الحرمة في الدين للحج المستحب ولعله لم يتعرض لذلك جملة من الأصحاب.

نعم يتجه ذلك مع مطالبة الدائن، كما هو ظاهر كلام غير واحد. وكذا لو كان منافياً لنية الوفاء، لتوقع مطالبة الدائن مع اقتضاء التوسع عادة العجز عن الوفاء، لما سبق في المسألة الأولى من وجوب نية الوفاء المقتضية لهيئة أسبابه، فضلاً عن تجنب معوقاته.

وأما في غير ذلك فالمتعين الكراهة، لأنه المستفاد عرفاً من كراهة الدين مع عدم الحاجة - التي سبق التعرض لها في المسألة الأولى - إلحاقاً لإبقاء الدين بإحداثه.

(الثاني): لا إشكال في وجوب أداء الدين الحال مع القدرة. لما هو المعلوم من حرمة حبس الحق عن أهله، بل هو من الكبائر على ما تقدم في مباحث الاجتهاد والتقليد، وللنصوص الواردة في خصوص الدين^(١).

كما أن مقتضى عموم السلطنة على المال عدم حبس الدين على صاحبه إلا بإذنه، فإذا لم يجرز رضاه بتأخيره حرم حبسه، فضلاً عما إذا علم بعدم رضاه.

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٨ من أبواب كتاب الدين والقرض.

نعم ظاهر حال المقرض مع عدم تحديد الأجل رضاه بتأخيره، لا ابتناء الدين على ذلك. وكذا إذا أذن في تأخير الوفاء بعد حلول الدين المؤجل. وحينئذ لا تجب المبادرة للوفاء إلا مع ظهور أمانة عدم رضاه بالتأخير.

بل يكفي أن يحتمل بوجه معتد به أن يكون عدم مطالبته بالدين لغفلته عنه ونسيانه له، أو عروض محذور يمنعه من المطالبة، ولو كان هو الحياء، أو تخيل عجز المدين عن الوفاء أو نحو ذلك، لأن مقتضى قاعدة السلطنة في حق الدائن عدم حبس حقه عنه إلا برضاه، والمتيقن الرضا بالتأخير إلى المدة السابقة على حصول الاحتمال المذكور، ولا مجال لاستصحاب رضاه بالتأخير للزمان المتأخر، لتعدد الموضوع.

نعم لو صرح بالإذن في التأخير إلى أمد خاص، واحتمل عدوله قبل انقضاء المدة فلا يعتد به بالاحتمال المذكور، لأصالة عدم عدول صاحب الرأي عن رأيه، التي هي من الأصول العقلانية المعول عليها في سائر الموارد.

(الثالث): يجوز التبرع بأداء الدين عن الميت. بل يستحب مع كون المدين مؤمناً، لما دل على استحباب صلة المؤمن بعد موته وعمل البر عنه، ووفاء الدين من أفضل البر.

ويتأكد ذلك في الأبوين، لتأكد حقهما. وخصوص ما ورد في دينهما، كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: إن العبد ليكون باراً بوالديه في حياتهما ثم يموتان فلا يقضي عنهما الدين ولا يستغفر لهما، فيكتبه الله عاقاً، وإنه ليكون في حياتهما غير بار بهما فإذا ماتا قضى عنهما الدين واستغفر لهما، فيكتبه الله باراً...»^(١) وغيره.

بل يشرع التبرع بوفاء دين الحي بلا حاجة إلى إذنه من دون ظهور إشكال ولا خلاف. وعليه سيرة المشرعة تبعاً للمرتكزات العرفية، التي تقدم التعرض لها في المسألة الثامنة من فصل الكفارة من كتاب الصوم، حيث ذكرنا هناك بناء العرف على الاجتزاء في الخروج عن التكليف بفعل الغير إذا كان الغرض من التكليف عرفاً

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣٠ من أبواب كتاب الدين والقرض الحديث: ١.

محض تحقق الفعل في الخارج بلحاظ منفعته. بل وضوح ذلك يغني عن إطالة الكلام فيه.

بل الظاهر جواز التبرع حتى مع كراهة المدين له. لعين ما سبق. ويأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الضمان عند الكلام في شروطه ما ينفع في المقام. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم. ومنه نستمد العون والتوفيق. وبذلك نكتفي في بيان الفروع المتعلقة بالدين.

وقد انتهى الكلام في ذلك ضحى السبت الخامس عشر من شهر صفر الخير سنة ألف وأربعمائة وأربع وثلاثين للهجرة النبوية على صاحبها وآله أفضل الصلاة والتحية. في النجف الأشرف ببركة الحرم المشرف على مشرفه الصلاة والسلام. بقلم العبد الفقير (محمد سعيد) عفي عنه خلف المرحوم آية الله السيد محمد علي الطباطبائي الحكيم رحمته.

والحمد لله في البدء والختام. والصلاة والسلام على سادة الأنام محمد وآله مصابيح الظلام.

المحتويات

المحتويات

كتاب اللقطة

٧.....	أقسام اللقطة
٨.....	الكلام في لقيط دار الكفر
١٢.....	الكلام في وجوب أخذ اللقيط
١٧.....	الكلام فيما يوجد في يد اللقيط
١٨.....	في التقاط الكافر للصبى في دار الإسلام.....
٢٧.....	الكلام في نفقة اللقيط
٢٩.....	فيما لو تبرع متبرع في النفقة على اللقيط
٣٥.....	في كراهة أخذ الضالة
٣٧.....	الكلام فيما لو وجد حيوان في غير العمران
٣٩.....	الكلام فيما إذا كان الحيوان قادراً على السعي إلى الماء والكأ
٤١.....	الكلام في ضمان استيفاء المنافع من الحيوان الملتقط
٤٤.....	الكلام في أخذ ما لا يقوى على الامتناع من السباع ونحوها.....
٤٧.....	الكلام في جواز التملك
٤٨.....	الكلام في ضمانها
٥٢.....	الكلام في ترك صاحب الحيوان في الطريق
٥٥.....	الكلام في عدم جواز أخذ الحيوان إذا كان قادراً على التعيش
٥٦.....	الكلام فيما لو وجد الحيوان في العمران
٦٥.....	في بيع الحيوان اللقيط
٦٦.....	الكلام في التصدق بثمنه

- ٦٩ عدم جواز أخذ الإنسان للحيوان إذا دخل داره
- ٧٠ في وجوب الإنفاق على الضالة من ماله والرجوع به على مالكة
- ٧٢ الكلام فيما إذا لو كان للحيوان نهاء
- ٧٦ الكلام في جواز أخذ اللقطة من غير الإنسان والحيوان
- ٨٠ عدم الفرق بين ما يوجد في الحرم وغيره مع تأكيد الكراهة في الحرم
- ٨٣ في جواز تملك اللقطة وفيما يجب فيه التعريف
بقي في المقام أمران:
- ٨٤ الأول: وجوب التعريف إذا كان درهماً
- ٨٦ الثاني: عدم وجوب التعريف إذا كان أقل من درهم
- ٨٦ الكلام في ملك اللقطة
- ٨٩ الكلام في ضمان اللقطة فيما لو تلفت قبل وجود المالك
- ٩٢ بقي شيء فيما ذكره الشيخ رحمته في المبسوط
بقي في المقام أمور:
- ٩٥ الأول: اختلاف الأصحاب في جواز تملك لقطة الحرم
الثاني: الظاهر عدم الفرق في ثبوت الوظيفة المذكورة بين القول بجواز الالتقاط
وحرمته
- ٩٥ الثالث: الكلام في عدم الضمان للمالك لو ظهر بعد التصديق
- ٩٨ الرابع: الكلام في عدم الضمان مع إبقاء العين عنده بناء على جوازه
- ٩٩ الكلام في التخيير في لقطة غير الحرم
- ١٠٥ الكلام في المدار في القيمة على مكان الالتقاط
- ١٠٥ الكلام في المراد من الدرهم
- ١٠٦ الكلام فيما لو كان المال لا يمكن فيه التعريف
- ١٠٩ في وجوب المبادرة إلى التعريف من حين الالتقاط
- ١١٥ في عدم وجوب مباشرة الملتقط للتعريف
- ١١٧ الكلام فيما يجب بعد التعريف سنة
- ١١٨ إذا كانت اللقطة مما لا تبقى فترة
- ١٢٣ بقي شيء. ما ذكره الشيخ رحمته في المبسوط بعد التعرض لحكم الالتقاط

المحتويات ٤٥٧

- فيما لو ضاعت اللقطة من ملقط والتقطها آخر ١٢٤
- بقي شيء. في حكم العين بيد الملتقط الثاني ١٢٦
- في وجوب التتابع في التعريف طوال السنة وتفسيره ١٢٩
- في وجوب كون التعريف في موضع الالتقاط ١٣٣
- الكلام فيما إذا التقط في موضع الغربة ١٣٨
- ما يلزم في عبارة التعريف ١٤٠
- إذا وجد مقداراً من المال وأمكن معرفة صاحبه ١٤١
- في التقاط الصبي أو المجنون ١٤٢
- الكلام فيما لو عرف صاحب اللقطة بعد التعريف ١٤٥
- بقي شيء. ما ذكره المحقق ثُمَّ في الشرائع ١٤٧
- اللقطة أمانة لا تضمن ١٤٩
- الكلام في جواز دفع اللقطة إلى الحاكم ١٥٢
- وجوب دفع اللقطة فيما لو شهدت البينة على المالك ١٥٤
- في تلف العين قبل التعريف ١٥٥
- الكلام فيما لو ادعى اللقطة مدع ١٥٦
- بقي شيء. في كفاية وجوب دفع اللقطة بالعلم أو البينة أو الوصف في ملكية المالك.. ١٦٠
- الكلام فيما لو حصل للقطة نداء ١٦١
- إذا عرف المالك ولم يمكن الوصول للقطة إليه ١٦٣
- الكلام فيما إذا مات الملتقط ١٦٤
- الكلام فيما إذا وجد مالاً في صندوقه ١٦٦
- فيما لو تبدل بعض ممتلكات الإنسان ١٧٣

كتاب الغصب

- في مفهوم الغصب ١٨١
- فيما لو غصب الحامل ١٨٨
- في تعاقب الأيدي ١٩١
- بقي في المقام أمور:
- الأول: فيما يشترط في رجوع السابق على اللاحق ١٩٢

- الثاني: فيما لو رجع المالك على اللاحق وكان مغروراً من قبل السابق ١٩٢
- الثالث: في رجوع المالك على كل منهما بقيمة العين حين أخذها ١٩٢
- عدم ضمان الحر مطلقاً ١٩٣
- في ضمان جنابة العبد المجنون أو الفرس لو أزال القيد عنها ١٩٦
- في ضمان انهيار الجدار إذا لم يصلحه المالك ١٩٩
- الكلام فيما لو فتح باب غيره فسرق المتاع ٢٠٢
- الكلام فيما لو أجاج ناراً من شأنها السرية إلى ملك الغير ٢٠٥
- في ضمان الخمر والخنزير للذمي ٢٠٦
- في ثبوت حق الاختصاص للمسلم ٢٠٨
- في وجوب رد المغصوب ٢١٠
- في الضمان بالأرث فيما لو تعيب المغصوب ٢١٢
- الكلام في ضمان الصفة لو نقصت ٢١٥
- فيما لو زادت القيمة لنقص بعضه ٢١٨
- بقي في المقام أمران:
- الأول: إذا كان نقص العضو من غير الغاصب ٢٢١
- الثاني: عدم اختصاص ما تقدم بالأدمي المملوك ٢٢٣
- لو زادت العين زيادة عينية ٢٢٤
- فيما لو زادت القيمة أو نقصت ٢٢٥
- الكلام فيما لو امتزج المغصوب بجنسه ٢٢٦
- الكلام في استرجاع العين أو بدلها بالمقاصة ٢٣٩

كتاب إحياء الموات

- عدم جواز التصرف في العامر المملوك ٢٥٧
- في حدود الطرق المبتكرة ٢٦٣
- بقي في المقام أمور:
- الأول: في كون التحديد مختص بما إذا لم يراحم المارة ٢٦٦
- الثاني: كون التحديد إنما هو مع التشاح ٢٦٧

٢٦٧	الثالث: في لزوم مراعاة إحياء جانبي الطريق مع التشاح
٢٦٨	في حریم البئر
٢٧٢	في حریم العين في الرخوة
٢٧٦	بقي شيء. الكلام في البئرین
٢٧٧	الكلام في حریم النهر
٢٧٨	الكلام في حریم الشجر
٢٧٩	الكلام في حریم الدار
٢٨٠	الكلام في حریم المزرعة
٢٨١	في حبس النهر للأعلى إلى الكعب
٢٨٤	في حبس الزرع إلى الشراك
٢٨٦	في أن للمالك أن يحمي المرعى في ملكه
٢٨٧	في أن للإمام أن يحمي المرعى مطلقاً
٢٨٩	الكلام في حرمة تحويل النهر إلا بإذن صاحب الرحى
٢٩٣	الكلام في جواز إخراج الرواشن في الطرق
٢٩٨	الكلام في وضع الجار الخشب على حائط جاره
٣٠٢	الكلام في تداعي الجيران جداراً
	بقي أمران:
٣١١	الأول: اقتصار النصوص على الترجيح بالعدد
٣١١	الثاني: في تضمن بعض النصوص تقسيم المال بنسبة عدد شهود الطرفين
٣١٣	الكلام فيما إذا لم تكن لأحد الجارين بينة
٣١٨	في تصرف الشريك في الحائط ونحوه بغير إذن شريكه
٣٢٠	في تصرف الجار في ملكه تصرفاً يوجب الضرر على جاره
٣٢٥	الكلام في اختلاف صاحب العلو وصاحب السفلى
	بقي في المقام أمور:
٣٣٥	الأول: في إلحاق الأصحاب القائد بالراكب في عدم ضمان جنابة الرجل
٣٣٦	الثاني: إلحاق جماعة ما تجنيه برأسها بما تجنيه بيدها
٣٣٦	الثالث: ما ذكره في الشرائع من ضمان صاحب الدابة فيما إذا كان معها

٤٦٠ مصباح المنهاج

الكلام في الأراضي المنسوبة إلى طوائف العرب والعجم ٣٣٩

في سبق الإنسان إلى أرض عامرة ٣٤١
الكلام في أمرين:

الأول: المفروغية عن توقف جواز الإحياء على إذن النبي صلى الله عليه وسلم أو الإمام عليه السلام ... ٣٤٤

الثاني: الكلام في عدم تملك الذمي بالإحياء ٣٤٦

الكلام في حق التحجير ٣٤٨
بقي في المقام أمور:

الأول: ما تقتضيه الأولوية عرفاً في التحجير ٣٥٢

الثاني: عدم جواز بيع الأرض بمجرد تحجيرها ٣٥٢

الثالث: في تأخير الإحياء ٣٥٤

الرابع: في مانعية التحجير من إحياء ما يكون حريماً للأرض المحجرة ٣٥٥

الخامس: في ذكر شروط أخرى في مملكية الإحياء غير عدم التحجير ٣٥٦

الكلام في الإعراض عن الملك ٣٦١
في بيان أمور:

الأول: في كون المرجع في تحقق الإحياء العرف ٣٦٢

الثاني: الكلام في المياه الخاصة ٣٦٤

الثالث: الكلام في المشتركات من الأوقاف العامة والخاصة ٣٦٧

الرابع: الكلام في المشتركات من الطرق ٣٦٩

كتاب الدين

في كراهة الدين ٣٧٥

الكلام في وجوب نية القضاء مع الاستدانة ٣٨٢

في حرمة اشتراط الزيادة على القرض ٣٨٥

الكلام في اشتراط الأجل ٤٠٥

الكلام فيما يصح فيه القرض ٤١٠

بقي شيء. الكلام في جواز إقراض الخبز ٤١٧

الكلام في جواز رجوع المقرض بالعين ٤١٩

لا يتأجل الدين الحال إلا باشتراطه في ضمن عقد لازم ٤٢٢

٤٦١	المحتويات
٤٢٣	الكلام فيما لو غاب الدائن وانقطع خبره
٤٢٩	الكلام في اقتسام الشريكين الدين
	بقي في المقام أمور:
٤٣١	الأول: الكلام في مورد قسمة الدين
٤٣٢	الثاني: ما ذكره في الخلاف من القسمة
٤٣٣	الثالث: النصوص الخاصة بالدين
٤٣٤	جواز بيع الدين بالحاضر
٤٣٨	في عدم جواز بيع الدين بمثله قبل العقد
٤٤٣	جواز قبض المسلم دينه من الذمي من ثمن المحرمات
٤٤٣	عدم جواز استدانة العبد إلا بإذن المولى
	فروع في الدين:
٤٥٠	الأول: ما قاله في التحرير من عدم جواز إسراف المدين في النفقة
٤٥٠	الثاني: في وجوب أداء الدين الحال مع قدره
٤٥١	الثالث: جواز التبرع بأداء الدين عن الميت
٤٥٥	المحتويات

مكتب سماحة المرجع الديني الكبير
السيد الحكيم (دام ظله)

العراق - النجف الأشرف: هاتف: ٣٣٣١٨٠ - ٣٧٠٠٤٦ (٣٣) (+٩٦٤).

ايران - قم: ص.ب. (٤٨٦ / ٣٧١٨٥). هاتف: ٣٧٧٣٤٢٢١ - ٣٧٧٤٠٢٣٠ (+٩٨ ٢٥).

فاكس: ٣٧٧٤٢١٤٦ (+٩٨ ٢٥).

سوريا - دمشق - السيدة زينب (عليها السلام): هاتف: ٦٤٧٠٧٥٢. فاكس: ٦٤٧٢٠٥٨ (+٩٦٣ ١١).

لبنان - بيروت: هاتف: ٤٥١٦٣٤ (+٩٦١ ١). فاكس: ٤٥١٦٣٥ (+٩٦١ ١).

<http://www.alhakeem.org>

العنوان على الانترنت:

<http://www.alhikmeh.com>

الحكمة للثقافة الإسلامية:

info@alhakeem.com

البريد الإلكتروني:

