



جواهر الكلام

في ثوبه الجديد

أسلوب جديد في تحليل البحوث
كتاب (جواهر الكلام)
وعرضها على منهجية موضوعية

الطبعة الثانية عشر

مقرون

مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي



جواهر الكلام
في ثوب الجديد

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ۱۲۰۰ - ۱۲۶۶ ق.، شارح.	سر شناسه
شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. شرح	عنوان قراردادی
جواهر الکلام فی ثوبه الجدید: اسلوب جدید فی تحلیل اباحت کتاب (جواهر الکلام) وعرضها بمنهجیه موضوعیه / [محمد حسن بن باقر صاحب جواهر]؛ تحقیق مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام.	عنوان و نام پدیدآور
قم: مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت (ع)، ۱۴۲۱ ق. = ۲۰۰۰ م. = ۱۳۷۹ -	مشخصات نشر
ج. ۴: ۲۹ × ۲۲ س. م.	مشخصات ظاهری
دوره: ۳- ۸۶- ۹۶۴ ج. ۱۹: ۳۱- ۵- ۹۶۴- ۹۷۸	شابک
وضعیت فهرست نویسی	فیبا
یادداشت	عربی.
یادداشت	کتاب حاضر شرحی است بر «شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام» تألیف محقق حلی.
یادداشت	ج. ۱۹ (چاپ اول: ۱۴۳۶ ق. = ۱۳۹۳) (فیبا).
یادداشت	کتابنامه.
موضوع	محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲ - ۶۷۶ ق. «شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام» - نقد و تفسیر.
موضوع	فقه جعفری.
شناسه افزوده	محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲ - ۶۷۶ ق. «شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام»، شرح
شناسه افزوده	موسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)
رده بندی کنگره	۱۳۷۹ ۴۰۲۱۶ ش ۳/۱۸۲ BP
رده بندی دیویی	۲۹۷/۳۴۲
شماره کتابخانه ملی	۶۸۱۳ - ۸۰



جميع حقوق الطبع محفوظة للنشر

هوية الكتاب

الكتاب:	جواهر الکلام فی ثوبه الجدید
النشر:	مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامی
الطبعة الاولى:	۱۴۳۶ هـ - ۲۰۱۵ م
المطبعة:	جامعة المدرسين
الكمية:	۱۰۰۰ نسخة

ISBN 964-8360-86-3 (Vol.set)

ISBN 978-964-2730-31-5 (Vol.19)

دائرة معارف الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت (عليه السلام)

ص. ب. ۳۷۱۸۵ / ۳۷۹۶ ۳۷۷۳۹۹۹۹

الجمهورية الإسلامية الإيرانية - قم المقدسة

و كفاء التوزيع :

□ لبنان - بيروت - حارة حريك - شارع السيد عباس الموسوي - بناية الغدير
هاتف: ۰۱/۵۵۲۲۶۲ - ۰۳/۶۴۶۶۲۲ - تلفاكس: ۰۱/۵۵۸۲۱۵
ص. ب. ۲۴/۵۰ - الرمز البريدي: ۱۰۱۷ - ۲۰۱۰ - برج البراجنة

Iran Code



241111783210024



جواهر الكلام

في ثوبه الجديد

أُسلوبُ جَدِيدُ في تَحْلِيلِ انْحَاثِ
كِتَابِ (جَوَاهِرِ الْكَلَامِ)
وَعَرْضِهَا بِمَنْهَجِيَّةٍ مَوْضُوعِيَّةٍ

الجزء التاسع عشر

تحقيق

مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[كتاب الغضب]

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين الغر الميامين

(كتاب الغصب)

(والنظر في السبب والحكم واللاحق) :

(أما الأول : فالغصب)

(هو) لغة : أخذ الشيء ظلماً [١] .

[ويمكن إرادة ما لو كان المال في يده فغصبه من الأخذ] [قال المصنف : هو] (الاستقلال بإثبات اليد على

مال الغير عدواناً) [٢] .

[١] كما في القاموس وغيره ، قال في الأول : « غصبه بغصبه : أخذه ظلماً كأغصبه ، وفلاناً على الشيء : قهره »^(١) .

وفي الصحاح : « الغصب : أخذ الشيء ظلماً تقول : غصبه منه ، وغصبه عليه بمعنى والاغتصاب مثله ، والشيء غصب ومغضوب »^(٢) . نعم في الإيساد لبعض الشافعية زيادة « جهاراً »^(٣) لتخرج السرقة ونحوها .

وعن ابن الأثير : أنه أخذ مال الغير ظلماً وعدواناً^(٤) .

وليه يرجع ما في الكتاب والقواعد والنافع والإرشاد والدروس والمعة والتنقيح^(٥) من أنه [ذلك] .

[٢] بل في المسالك نسبته إلى الأكثر^(٦) . إذ ليس فيها إلا تبديل الأخذ بالاستقلال ، نظراً إلى صدق الغصب بذلك وإن لم يكن

أخذاً ، كما لو كان المال في يده فغصبه . مع أنه يمكن إرادة ما يشمل ذلك من « الأخذ » الموافق لقوله ﷺ : « على اليد ما أخذت »^(٧) . وأبدل « الاستقلال » في التحرير والإيضاح بـ « الاستيلاء على مال الغير بغير حق »^(٨) .

كما أنه في التبصرة والروضة وغيرهما من كتب متأخري المتأخرين تبديل « المال » بـ « الحق » ، فقالوا :

« الاستيلاء على حق الغير عدواناً »^(٩) . وفي الكفاية والمفاتيح « الاستيلاء على حق الغير بغير حق »^(١٠) . واستعرف

الوجه في ذلك كله . وعن الوسيلة : « الاحتواء على مال الغير بغير تراض »^(١١) .

(١) قاموس المحيط ١ : ٢٦٥ . (٢) الصحاح ١ : ١٩٤ .

(٣) لا يوجد الكتاب لدينا . (٤) النهاية (ابن الأثير) ٣ : ٣٧٠ .

(٥) القواعد ٢ : ٢٢١ - ٢٢٢ . المختصر النافع : ٢٥٧ . الإرشاد ١ : ٤٤٥ . الدروس ٣ : ١٠٥ . اللمعة : ٢٢١ . النفيح ٤ : ٦٤ .

(٦) المسالك ١٢ : ١٤٨ . (٧) المستدرک ١٤ : ٨ ، ب ١ من الوديعة ، ح ١٢ .

(٨) التحرير ٤ : ٥١٩ . الإيضاح ٢ : ١٦٦ . (٩) التبصرة : ١٠٨ . الروضة ٧ : ١٩ .

(١٠) كفاية الأحكام ٢ : ٦٣٢ . المفاتيح ٣ : ١٧٠ . (١١) الوسيلة : ٢٧٦ .

وفي التنقيح: «إنَّ الفقهاء يطلقون الغضب على ما في التعريف الأوَّل وعلى ما يشبهه من المضمونات إمَّا بالإتلاف مباشرة أو تسبیباً، وإمَّا بالقبض بالبيع الفاسد»^(١) ونحوه قول بعض الشافعية «إنَّ كلَّ مضمون على ممسكه مغضوب»^(٢).

وفي المسالك: إنَّ الأظهر إطلاقه على ما يقتضي الإثم وغيره، والأغلب الأوَّل^(٣).

قلت: الذي يحضرنى من استعمال لفظ «الغضب» في الكتاب والسنة:

١ - قوله تعالى: ﴿يَأْخُذُ كُلَّ سَفِيْنَةٍ غَضْبًا﴾^(٤).

٢ - وقول الصادق عليه السلام في خبر أبي ولاد في شأن البغل الذي استأجره، حيث قال: فلي عليه علفه؟ قال: «لا، لأنك

غاصب»^(٥).

٣ - وقول أمير المؤمنين عليه السلام: «إذا اغتصب أمة فافتضت فعليه عُشر قيمتها»^(٦) و«الحجر المغضوب في الدار رهن على

خربائها»^(٧).

٤ - وقول أبي الحسن عليه السلام في ذكر ما يختص بالإمام: «وله صوافي الملوك ما كان في أيديهم على غير وجه الغضب؛ لأنَّ

الغضب كله مردود»^(٨).

٥ - وفي الخبر: «من غرس أو زرع في أرض مغضوبة فله الزرع والغرس وعليه الأجرة لصاحب الأرض»^(٩).

وفي آخر: «عن رجل اغتصب امرأة فرجها»^(١٠)، وفي ثالث: «أول فرج غضبناه»^(١١).

٦ - وفي النبوي: «من غصب شبراً من أرض طوَّقه الله من سبع أرضين يوم القيامة»^(١٢). وفي آخرين: «من غصب

أرضاً»^(١٣) و«غصب فذك»^(١٤) و«غصب علي عليه السلام الخلافة»^(١٥) و«غصب أولاده حقوقهم»^(١٦).

(١) التنقيح ٤: ٦٥. (٢) الميز ٥: ٣٩٦. روضة الطالبين ٤: ١٨٥.

(٣) المسالك ١٢: ١٤٩. (٤) الكهف: ٧٩.

(٥) الوسائل ٢٥: ٣٩١، ب ٧ من الغضب، ح ١.

(٦) الوسائل ٢١: ٣٠٤، ب ٤٥ من المهور، ح ٢.

(٧) الوسائل ٢٥: ٣٨٦، ب ١ من الغضب، ح ٥، وفيه: «الحجر الغضب...».

(٨) المصدر السابق: ح ٣.

(٩) أرسله في مفتاح الكرامة ٦: ٢٠٥. انظر الوسائل ٢٥: ٣٨٧، ب ٢ من الغضب.

(١٠) الوسائل ٢٠: ٣٢٠، ب ٨ من النكاح المحرم، ح ١.

(١١) الوسائل ٢٠: ٥٦١، ب ١٢ من ما يحرم بالكفر، ح ٢، وفيه: «أَنَّ ذلك فرج غضبناه».

(١٢) تلخيص الجبير ٣: ٥٣، ح ١٢٦٩. انظر سنن البيهقي ٦: ٩٩.

(١٣) كنز العمال ١٠: ٦٤١، ح ٣٠٣٦٦.

(١٤) البحار ١٠٠: ٣٦٦، ب ١٥ من المزار، ح ٦.

(١٥) البحار ١٠٢: ١٤٩، ب ٥٧ من المزار، ح ٥.

(١٦) تفسير القمي ١: ١٧٠.

وعلى كل حال فليس للغصب حقيقة شرعية قطعاً، كما أنه ليس له أحكام مخصوصة زائدة على المضمون بقاعدة «اليد» و«من أتلف» كي يحتاج إلى المتعبدية في تنقيح معناه [١].

وعلى تقديره [= عدم ثبوت الحقيقة الشرعية] فالمتمتجه ملاحظة المعنى اللغوي لا الاصطلاحي بين الفقهاء الذي مبناه ملاحظة الضمان لا خصوص كونه غصباً وإلا فليس المأخوذ غلطاً أو نسياناً مغضوباً قطعاً [٢].

[١] وقولهم: «إن الغاصب يؤخذ بأشَقِّ الأحوال فيضمن القيمة وإن زادت عن دية الحرّ، ويكلف إذا أتلف المثلي بالمثل وإن تضاغت قيمته» ستعرف تحقيق الحال فيه.

[٢] ومن هنا يظهر لك الحال فيما أطنبوا فيه في المقام من المناقشة في التعريف الأول بعد أن ذكرنا أن المراد بالاستقلال فيه الإقلال أي الاستبداد به، وأنه احترز به عما لو أزعج المالك عن ماله ولم يستول عليه، فإنه لا يضمن لو تلف المال، وكذا لو مدّ مئود الدابة المركوبة لمالكها مع قوته على دفعه. وبالمال عن إثبات اليد على ما ليس بمال كالحرّ، فإنه لا يضمن. نعم يشمل «المال» العين والمنفعة المجردة عنها، كما لو أجز داره ثم استولى عليها، فإنه يكون غاصباً للمنفعة. ويخرج منه منفعة البضع، فإنها وإن دخلت في المنفعة لكن لا تدخل في المال الذي ينقسم إليه العين والمنفعة، فالداخل هنا في المال منفعة خاصة، وهي منفعة المال لا مطلق المنفعة، كما أن المراد بالعين عين خاصة، وهي عين المال لا مطلق العين.

وبإضافة المال إلى الغير عن مال نفسه، كما لو أثبت يده على ماله عدواناً كالمرهون المشروط كونه في يد المرتهن مثلاً، فإنه ليس بغاصب. وبالعدوان عن إثبات يد المرتهن والولي والوكيل والمستأجر وغيرهم مما لا يكون عدواناً. فأوردوا عليه - وإن كان لا يخفى عليه ما في بعضه أو جميعه - بأنه ينتقل في عكسه بما لو سكن مع المالك قهراً أو بغير إذنه وإن قدر المالك على دفعه فلم يفعل، فإنه غير مستقل بإثبات اليد؛ لمشاركة المالك له في اليد، بل ربما كان المستقل بها في الثاني هو المالك.

بل ينتقل بما لو اشترك اثنان في غصب مال بحيث يعجز كل واحد عن الاستقلال به منفرداً، فإنه لا استقلال لكل واحد بالمال، وإنما هو مركب منهما، مع أن كل واحد منهما محكوم بكونه غاصباً، ومن ثم تخير المالك في تضمين من شاء منهما، وإلى ذلك نظر من بدّل الاستقلال بالاستيلاء. وبما لو أذن غير المالك لغيره في سكنى داره والسكن جاهل بالحال، فإنه ليس بغاصب؛ لأنه غير متعبد، والأذن وإن كان متعدياً بالإذن إلا أنه غير مستقل بإثبات اليد، مع أنه الغاصب شرعاً، والضمان راجع عليه. وبما لو استقل بإثبات اليد على حرّ صغير أو مجنون فتلف بسبب كلدغ حية أو وقوع حائط عند الشيخ^(١) كما سيأتي.

وبأنّ منفعة البضع قد تضمن كما لو تمتدّ الرضاع المحرّم، أو رجع الشاهدان بالطلاق عنه. وبما لو استولى المالك على ماله المرهون عدواناً، فإنه يضمنه مع التلف بالمثل أو القيمة، ويكون رهناً، وحق المرتهن لا يسمى مالاً. وبما لو استقل باليد على حق الغير في نحو المدرسة والرباط والمسجد والتجوير، فإنه في جميع ذلك غاصب مع أنه لم يستول على ماله.

وبما لو غصب الوقف العام، فإنه ليس ملكاً للغير أو الخاصّ على القول بانتقال ملكه إلى الله تعالى، وإليه نظر من بدّل المال بالحق. وبما سيأتي من الصور التي يضمن فيها المال بالتسبب من دون أن تستقل يده، كما لو فتح قفص الطائر أو حلّ قيد الدابة ونحو ذلك. وبمن ترتبت يده على يد الغاصب جاهلاً، فقد سوّه غاصباً، وجوّز الرجوع عليه، مع أنه غير عاد، وكذا من سكن دار

غيره أو لبس ثوبه غلطاً. ومن هنا عدلوا عن التعريف المزبور إلى ما سمعت وإن اختلفت عباراتهم في المعدول إليه أيضاً.

وفي المسالك: «ومن تعريفاته: أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق، وهو أعم من الأول، وسالم من كثير مما يرد عليه ومتناول لهذه الأسباب الأخيرة الموجبة للضمان مع عدم العدوان، فإن عدم الحق أعم من العدوان، لأن المستولي على مال الغير جهلاً أو غلطاً غير عاد وإن كان ذلك بغير حق، كما لا يخفى» إلى أن قال: «وعذر الأول: أن الثابت في هذه المواضع حكم الغصب لا حقيقته التي لا تتم إلا بالتحريم، وتبقى فيه مشاركته للأول في الاستيلاء على حق الغير مما ليس بمال فكان الأجود على هذا عبارة ثالثة، وهي: الاستيلاء على حق الغير بغير حق - وإليه نظر في الكفاية والمفاتيح^(١) - فإن الاستيلاء يتناول مشاركة المالك في الانتفاع بماله وإن لم يكن مستقلاً، وكذا المشارك في الغصب لغيره من غير أن يكون أحدهما مستقلاً، و«الحق» يشمل المال من عين أو منفعة وغيره، كما ذكر في الأمثلة وغيرها، و«بغير حق» يشمل باقي أفراد الضمان الذي لم يتحقق معه العدوان، والأظهر في الاستعمال إطلاق الغصب على ما يشمل المقتضي للإثم وغيره وإن كان الأغلب الأول^(٢).

قلت: ومنه ما في الدروس وغيرها من أن «تحريم الغصب عقلي وإجماعي وكتابي وسني، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٣)، ﴿وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ﴾^(٤)، ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا﴾^(٥) وقال النبي ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام... لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيب نفسه»^(٦)، إلى آخره. ونحوه غيره ومنه يعلم عدم كون ما ذكر أخيراً - من الجاهل والناسي - غاصباً؛ ضرورة عدم الإثم فيه، وإن ثبت له حكم الغصب الذي هو الضمان الناشئ من قاعدة «على اليد» الشاملة للغصب وغيره. كما أنه من الجميع يعلم: عدم الغصب في المتلف - مباشرة أو تسبباً - من دون استيلاء وإن ضمنه بقاعدة الاتلاف أو الضرر. بل مما ذكرنا يعلم الخطأ في كثير؛ ضرورة عدم حقيقة شرعية للغصب، بل هو باق على المعنى اللغوي الموافق للعرفي الذي يمكن عدم اندراج السرقة فيه، وإليه نظر من اعتبر «الجهار» فيه، بل لا بد فيه من قهر واستعلاء ونحوهما. وكان الأكثر لم يلحظوا فيما سمعته من تعريفهم إلا كشف المعنى المزبور من حيث كونه سبباً للضمان الذي يتعلق بالمال، وإن ذكروا غيره من أسباب الضمان معه في كتاب الغصب، ولم يختلط عليهم المعنى المزبور وإن اختلفت عباراتهم في تأديته نحو اختلاف عبارات أهل اللغة في تأدية المعنى اللغوي التي ربما يكون بعضها أوضح من الأخرى. والذي يسهل الخطأ عدم أحكام شرعية معلومة زائدة على الضمان عنوانها «الغصب» كي يحتاج إلى التعب في تحقيق معناه - إلا نادراً، كتكليف الغاصب بالرد وإن استلزم المشقة الشديدة بتلف المال وغيره. وحينئذ لا ريب في الرجوع فيه إلى المعنى اللغوي الموافق للعرفي دون الاصطلاحي الذي سمعت^(٨) نسبه في التنقيح إلى الفقهاء بعد تسليمه كما هو واضح.

(١) تقدمت عبارتهما مع التخريج في ص ٧.

(٢) المسالك ١٢: ١٤٨ - ١٤٩.

(٣) البقرة: ١٨٨.

(٤) النساء: ١٠.

(٥) الوسائل ٢٩: ١٠، ب ١ من القصاص في النفس، ح ٣، وفيه: ... بطيبة...

(٦) الدروس ٣: ١٠٥.

(٨) تقدم في ص ٨.

(و) على كل حال (لا يكفي) في تحقّق كون المال مغصوباً (رفع يد المالك مالم يثبت الغاصب يده) [١].

وحينئذٍ (فلو منع غيره من إمساك دابّته المرسلة فتلفت لم يضمن، وكذا لو منعه من القعود على بساطه أو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية أو تلفت عينه) [٢].
و[المختار] [٣] أنّه لا يلزم من عدم كونه غاصباً عدم كونه ضامناً [٤].
ولا ينبغي التأمل في عدم ضمان نقصان القيمة السوقية].

[١] كما صرح به الفاضل^(١) وغيره.

بل عن التذكرة نفي الشك فيه^(٢)؛ لما عرفت من كونه الأخذ أو الاستقلال أو الاستيلاء، والجميع غير صادق وإن أطلق على الشخص نفسه أنّه مغصوب بمعنى كونه مقهوراً.

[٢] كما في النافع ومحكي التحرير والتبصرة وشرح الإرشاد للفخر^(٣) وإن لم يذكر في بعضها تمام الأمثلة.

بل في المسالك وغيرها نسبت به إلى المشهور^(٤)؛ للأصل بعد عدم تحقّق العصب بعدم إثبات اليد.

لكن عن التذكرة بعد أن نفي الشك عن عدم تحقّق العصب في الدابة المزبورة، قال: «وهل يضمن؟ قال بعض علمائنا: لا يضمن وفيه إشكال»^(٥).

[٣] [كما] منه [= مما تقدم] يعلم [ذلك].

[٤] لإمكان سبب آخر غير العصب.

ولهذا إذا قال في المسالك^(٦) وتبعه عليه غيره: إنّه ينبغي أن يختصّ ما ذكره بما لا يكون المانع سبباً في تلف العين بذلك، بأن اتّفق تلفها مع كون السكنى غير معتبرة في حفظها، والمالك غير معتبر في مراعاة الدابة، كما يتّفق لكثير من الدور والدواب، أمّا لو كان متوقفاً على سكنى الدار ومراعاة الدابة لضعفها أو كان أرضها مسبعة مثلاً، فإنّ المتّجه الضمان نظراً إلى كونه سبباً قوياً مع ضعف المباشر، وهو المحكي عن الشهيد في بعض فتاواه والكركي^(٧)، واستحسنه في الرياض، لعموم «لا ضرر ولا ضرار»^(٨).

قال: «ومن هنا يتّوجه الحكم بضمان نقص القيمة السوقية للمتاع إذا حصل بمنع المالك عن بيعه ولو مع بقاء العين وصفاتها، وذكر القائل المتقدّم أنّه لم يضمن قطعاً، لأنّ الفائن ليس بمال، بل اكتسابه، وهو كما ترى، لاتّحاد وجه الحكم بالضمان هنا وفيما مضى، وهو صدق الإضرار المنفي شرعاً، وليس فيه ما يقتضي تخصيص الضرر المنفي

(١) التحرير ٤: ٥٢٠. القواعد ٢: ٢٢٢.

(٢) (٥) التذكرة ١٩: ١٧٨ - ١٧٩.

(٣) المختصر النافع: ٢٥٧. التحرير ٤: ٥٢٠. التبصرة: ١٠٨. شرح الإرشاد: ٢١٧ (مخطوط).

(٤) (٦) المسالك ١٢: ١٥٠. كفاية الأحكام ٢: ٦٣٢.

(٧) نقله عن الشهيد في المسالك ١٢: ١٥٠. حاشية الشرائع (حياة الكركي) ١١: ٤٢٥. جامع المقاصد ٦: ٢١٨ - ٢١٩.

(٨) الوسائل ٢٥: ٤٠٠، ب ٥ من الصفحة، ح ١.

بما يكون متعلّقه مالا، ولعلّه لذا اختار الشهيد في بعض فتاواه الضمان هنا، وإن قوّى في الدروس عدم الضمان مطلقاً وفقاً للمشهور، كما في المسالك والكفاية^(١).

قلت: لا ينبغي التأمل في عدم ضمان نقصان القيمة السوقية؛ لعدم تفويت مال الغير بمباشرة أو تسبيب، ومن هنا لم تضمن منافع الحرّ إجماعاً، مع أنّ قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» تأتي فيه. على أنّ استفادة الضمان من القاعدة المزبورة متوقّفة على الانجبار بفتوى الأصحاب؛ إذ لا اقتضاء لها إلا عدم مشروعية ما فيه الضرر والضرار في الإسلام على معنى النهي عن إيجاده، وهو إنّما يقتضي حرمة ذلك، لا الجبر بالضمان المتوقّف على إرادة انتفاء وجوده في الدين المنزل على إرادة جبر ما يحصل منه فيه بالغرامة، لأنّه أقرب المجازات إلى نفيه، بل يمكن دعوى إرادة ذلك حقيقة من النفي بلا تجوّز.

إلا أنّ ذلك كلّهُ كما ترى لا يصلح دليلاً لذلك من دون انجبار بفتوى الأصحاب فضلاً عن الفتوى بخلافه. بل في الدروس وجامع المقاصد والروضة لم يضمن في الفرض قطعاً^(٢)، مع حكمهم بالضمان في الأوّل مع فرض التسبيب. وما يحكي عن الشهيد^(٣) في بعض فتاواه - مع أنّه لم تتحقّق - من الفتاوى المهجورة، خصوصاً بعد اتّفاقيهم ظاهراً في أسباب الضمان الثلاثة على انحصار اقتضاها الضمان في تلف المال عيّناً أو منفعة، كما هو واضح.

نعم ما استحسّنه من الضمان في الأوّل - تبعاً لمن عرفت - في محلّه، مع فرض تحقّق معنى السببية المقتضية للضمان في الصورة المفروضة، والأصل فيه ما سمعته^(٤) من الفاضل في محكي التذكرة، وإليه أشار في الدروس بقوله: «وللفاضل وجه بالضمان وإن لم يسم غاصباً»^(٥). ولكنّ ظاهرهما احتمال الضمان مطلقاً لا في خصوص صورة التسبيب التي قيّد بها كلامهم من عرفت. على أنّه إن كان منشؤه قاعدة نفي الضرر - كما سمعته من الرياض - يتّجه إطلاق الضمان حتى في صورة عدم كونه سبباً؛ ضرورة حصول الضرر بمنع إمساكه الذي اتّفق تلف الدابة معه بأكل سبع في أرض غير مسبعة على وجه يكون سبباً، ولا أظنّ أنّه يلتزمه سيّد الرياض، ومنه يظهر ضعف كلامه زيادة على ما سمعت. وعلى كلّ حال، فعلى القول بالضمان في صورة التسبيب خاصة فالظاهر عدم اندراجها في إطلاق المشهور عدم الضمان المراد منه - بقرينة التفرّيع على ما ذكرناه في معنى الغصب - عدمه من حيث الغصب الذي هو سبب في ضمان المغضوب وإن تلف بأقّة سماوية؛ لكون اليد يد ضمان، فالعرض أنّه بمجرد دفع يد المالك لا يدخل في ضمانه دخول المغضوب الذي لا يتحقّق إلا بإثبات اليد مع ذلك.

بل يؤكّد ذلك ما سمعته من المشهور حتى المصنّف: من الجزم بالضمان أو التردّد فيه فيما لو منعه من حراسة ما شيّته حتى تلفت، فلا يتوجّه ما وقع من هؤلاء الجماعة من دعوى تقييد المشهور بما ذكرناه، فإنّ مقتضاه: قول المشهور بعدم الضمان في صورة الإلتلاف التسببي المجمع على الضمان به كما ستعرف، واحتمال استثناء خصوص السبب المزبور منه واضح الفساد.

(١) الرياض ١٢: ٢٥٥ - ٢٥٦.

(٢) الدروس ٣: ١٠٦. جامع المقاصد ٦: ٢١٩. الروضة ٧: ٢١.

(٣) نقله في المسالك ١٢: ١٥٠.

(٤) تقدم في ص ١١.

(٥) الدروس ٣: ١٠٥.

[نعم إذا فرض تحقّق معنى السببية المقتضية للضمان في الصورة المفروضة فالقول بالضمان في محلّه].
نعم قد يشكّ في حصول التسبب في الصورة المزبورة ونظائرها من دعوى احتمال كون الثابت من السبب المقتضي للضمان ما لا يشمل الفرض المزبور، كما ستعرف تحقيق ذلك فيما يأتي إن شاء الله تعالى .
هذا كلّه فيما إذا لم يحصل إلّا منع المالك عن ماله .
(أما لو قعد على بساط غيره أو ركب دابّته ضمن) [١].
فلا إشكال في تحقّق الغصب مع الجلوس على البساط وركوب الدابّة سواء قصده أم لا، وسواء كان المالك حاضراً وأزعجه أم لا [٢].

[١] لتحقّق معنى الغصب -الذي هو الاستقلال أو الاستيلاء أو الاحتواء، بل أو الأخذ- بذلك فيهما .
بل في القواعد: «ويتحقّق إثبات اليد في المنقول بالنقل إلّا في الدابة، فيكفي الركوب، وفي الفرائش الجلوس عليه»^(١).
وهو صريح في استثنائهما من المنقول، وإن كان هو كما ترى .
[٢] لتحقّق الاستيلاء عليه على وجه العدوان حيث نعتبه أو مطلقاً حيث يكتفى في الضمان .
وربّما^(٢) قيل باشتراط نقل المنقول في ضمانه، فلا يكفي مجرد ركوب الدابة من غير أن تنتقل به والجلوس على البساط كذلك، نظراً إلى أنّ ذلك هو القبض في البيع وغيره لأمثاله من المنقولات .
وجوابه منع عدم تحقّق القبض مطلقاً بذلك، فإنّ القبض له حكمان: أحدهما دخوله في ضمانه، وهو حاصل بالركوب والجلوس من غير نقل، والثاني تمكينه من التصرف، وهذا يشترط في الركوب ونحوه إذن المالك فيه .
ولا فرق في هذا بين أن ينقله وعدمه، فلا وجه لإخراج التصرف بغير النقل من القبض على هذا التقدير . وكأنّه لا حاصل له .
وإن كان الفاضل في محكي التذكرة قد ذكر أيضاً: أنّ للقبض في البيع حكمتين^(٣) على ما سمعته من التفصيل إلّا أنّ ذلك لا مدخل له في ردّ بعض الشافعية القائل: بأنّ القبض هنا كالبيع لا يتحقّق في المنقول، إلّا بنقله^(٤) حتى أنّ الكركي في باب تسليم المبيع أشكله بأنّه «لو أخذ المشتري بيده ولم ينقله بل تسلّمه في موضعه الذي كان فيه ثم تلف لا يكون في ضمانه، مع أنّه في يده، وخبر عقبة بن خالد^(٥) يدلّ على ذلك إلّا ما دلّ على ثبوت الضمان بإثبات اليد بِنَافِيهِ، والجواب يحتاج إلى فضل تأمل، وتحقيق هذا موقوف على تحقيق معنى إثبات اليد»^(٦) انتهى .
فكون القبض له حكمان لا مدخل له في ذلك، على أنّ مرجع الحكمين المزبورين إلى القبض والإقباض، لا إلى اختلاف معنى

القبض في المقام وفي البيع .

(٢) انظر الجامع للشرائع : ٣٥٠ .

(١) القواعد ٢ : ٢٢٢ .

(٣) التذكرة ١٩ : ١٧٩ .

(٤) العزيز ٥ : ٤٠٦ .

(٥) الوسائل ١٨ : ٢٣، ب ١٠ من الغبار، ح ١ .

(٦) جامع المقاصد ٤ : ٣٩٧ .

[و هل يشترط في الضمان النقل في المنقولات أم لا؟].

فالتحقق في الجواب عدم اعتبار النقل في قبض المنقول في المقامين [الضمان والبيع]، بل في كل مقام اعتبر الشارع فيه القبض [١].

(و) على كل حال فـ [المختار] [٢] أنه (يصح غصب العقار ويضمنه الغاصب) [٣].

[و] (يتحقق) عرفاً (غصبه بإثبات اليد عليه مستقلاً من دون إذن المالك) من غير فرق بين أن يزعم المالك - فيخرجه ويدخلها بقصد السكنى - وعدمه، بأن يستولي عليها ويتسلم مفاتيحها وإن لم يدخلها أصلاً [٤].
[وأما الداخل لا بقصد الاستيلاء بل لينظر إليه ليتخذ مثله مثلاً فليس بغاصب].

[١] لتحققه عرفاً بإثبات اليد - بتصرف بل وبدونه - وإن لم يحصل فيه نقل، كما حققنا ذلك في كتاب البيع، فلاحظ وتأمل، والله العالم.

ومن الغريب ما يظهر من الفاضل في المقام من التفصيل في المنقول بين الدابة والفراش وبين غيرهما، فيتحقق القبض في الأولين بالركوب والجلوس وإن لم يكن نقله، بخلاف غيرهما^(١).

ولا نعرف له وجهاً إلا ادعى العرف المردودة على مدّعيها؛ ضرورة اتحاد الجميع فيه.

وأغرب منه ادعى كون القبض هنا كالقبض في البيع الذي ذكروا فيه أنه في المكيل والموزون لا يحصل إلا بكيله ووزنه، فيقتضي حينئذ توقف الغصب على ذلك، وهو معلوم الفساد.

[٢] [إذ] لا خلاف ولا إشكال عندنا في [ذلك].

[٣] بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى ما سمعته من النصوص^(٢)، وإلى صحة بيعه وغيره مما يتوقف على تحقق القبض. فما عن أبي حنيفة وتلميذه أبي يوسف^(٣) - من عدم تصور غصبه لعدم تصور إثبات اليد فيه - واضح الضعف، بل (و) الفساد؛ ضرورة كونه [كذلك].

[٤] لكن في القواعد: «أنه يتحقق الغصب في العقار بالدخول وإزعاج المالك فإن أزعج لم يدخل أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعم لم يضمن»^(٤).

ويمكن حمله على إرادة تحقق الغصب بذلك، خصوصاً مع ملاحظة كلامه في التذكرة^(٥)، لا توقفه عليه كما فهمه منه في المسالك وأورد عليه بالساكن مع المالك وبغصب العقار مع غيبة المالك^(٦).

ثم الظاهر أنّ تقييده بقصد الاستيلاء للاحتراز عن الداخل لا بقصده بل لينظر إليه ليتخذ مثله مثلاً، ليس بغاصب عرفاً

(١) انظر التذكرة ١٩: ١٧٨، ١٨٠. القواعد ٢: ٢٢٢.

(٢) تقدم في ص ٨.

(٣) انظر المبسوط (للسرخسي) ١١: ٧٣ - ٧٤. بدائع الصنائع ٧: ١٤٥ - ١٤٦.

(٤) القواعد ٢: ٢٢٢.

(٥) انظر التذكرة ١٩: ١٨٢ - ١٨٣.

(٦) المسالك ١٢: ١٥١ - ١٥٢.

قطعا، لكن لو انهدمت في تلك الحال فعن التذكرة في الضمان إشكال، ينشأ من أنه قد حصل التلف في يده، كما لو أخذ منقولا من بين يدي ماله لينظر إليه فتلف، فإنه يضمنه، ومن الفرق بينهما بأن اليد على العقار حكمية لا حقيقة كاليد على المنقول، فلا بد في ثبوت اليد على العقار من أمر آخر، وهو قصد الاستيلاء^(١).

وفي جامع المقاصد بعد أن ذكر كلاماً يوهم اعتبار الأمرين في غصب العقار، قال: «وينبغي أن يقال: المزاحم للمالك في العقار إما أن يدخل عليه مستولياً أو لا.

وعلى كل من التقديرين إما أن يزعه أو لا، وعلى كل تقدير إما أن يكون الغير قوياً والمالك ضعيفاً أو بالعكس، أو يكونان قوين، فهذه عدة صور.

من يدخل على المالك مستولياً ويزعه أو لا يزعه ولكل منهما قوة فيضمن النصف، لأن الإزعاج للمالك غير معتبر في الغصب للعقار كما ذكره في التذكرة. ولا يعتبر قصد الاستيلاء إذا تحقق الاستيلاء وإن اعتبره هنا وفي التحرير، لحصول اليد والاستيلاء حقيقة فهذه صورتان:

ولو دخل الضعيف على القوي بقصد الاستيلاء فليس بغاصب، إذ لا أثر لقصد شيء لا يتمكن من تحقيقه، ولو دخل القوي على الضعيف مستولياً بحيث اضمحلت يده، فالمتجه كونه غاصباً للجمع، ولا فرق في هذين الموضعين بين الإزعاج وعدمه، فهذه أربع صور أخرى.

ولو أزعج القوي لمثله ولم يدخل أو القوي الضعيف كذلك، ففي تحقق الغصب إشكال، ينشأ: من أن قبض العقار يكفي فيه التمكن من التصرف والتخلية وتسليم المفتاح كما سبق في البيع، وبذلك يدخل تحت يد المشتري وفي ضمانه، فيجب أن يكون هذا القدر كافياً في صدق الغصب، ومن أن العرف قاض بأن الغصب إنما يتحقق بالدخول؛ لأن الاستيلاء به يحصل، ونحو ذلك قال في التذكرة وهنا وفي التحرير جزم باشتراط الدخول، والمسألة موضع تردد، ولا يتصور إزعاج الضعيف القوي.

ولا أثر لانتفاء الدخول والإزعاج إلا إذا كان المالك غائباً فأسكن غيره مع جهل الغير، فإن في الدروس: إن الأمر غاصب، لأن يد المأمور كيد، والسكان ليس بغاصب وإن ضمن المنفعة.

ويشكل بما لو انهدمت الدار وهو فيها مثلاً، فإن عدم التضمن مع إثبات يده بغير حق وإن كان مغروراً بعيد، فإن قال بثبوته ولم يسمه غاصباً فلا مشاحة في التسمية^(٢).

وهو ملخص ما ذكره في التذكرة^(٣)، كما أن ما فيها تلخيص ما في بعض كتب الشافعية^(٤).

(١) التذكرة ١٩: ١٨٣ - ١٨٤.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٢١١ - ٢١٢.

(٣) انظر التذكرة ٢: ٣٧٧ (حجربة).

(٤) انظر المزيب ٥: ٤٠٧. روضة الطالبين ٤: ١٩٠.

ولعل الأولى من ذلك إيكال الأمر في صدق الغضب وصدق أخذ اليد إلى العرف الذي هو المرجع في نحو ذلك [١].

(وكذا لو أسكن غيره) فيها بعنوان الإذن منه والرخصة من غير فرق بين جهل الساكن بالحال وعلمه، وإن كان في الثاني يكون كل منهما غاصباً، كما أنَّ كلاهما ضامن في الأول وإن لم يكن الجاهل غاصباً؛ لعدم علمه بالحال إلا أنه ضامن بإثبات اليد واستيلائه على مال الغير بغير حق في الواقع، فهو كالغاصب في ضمان العين والمنفعة وإن لم يسم غاصباً اصطلاحاً [٢].

[١] ضرورة عدم حصول كشف العرف بما ذكره في صورة دخول الضعيف على القوي، واستيلائه على ما تصرف فيه وثبتت يده عليه، فإن عدم تحقق الغضب به بناءً على أنه الاستيلاء ممنوع. إذ قوة المالك لا تنافي صدق الاستيلاء وإثبات اليد من الضعيف، وأوضح من ذلك استيلاء الضعيف دار المالك القوي الخالية عنه. على أنه لو سلم عدم تحقق الغضب - بناءً على اعتبار القهر فيه أو الاستقلال المفقود في الصورة الأولى - فلا ريب في الضمان من حيث قاعدة اليد وإن لم يكن غصباً.

وكذا ما ذكره في صورة دخول القوي على الضعيف مستولياً من اضمحلال يد المالك وكونه غاصباً للجميع؛ إذ يمكن منعه مع فرض بقاء تصرف المالك وعدم رفع يده، وقدرة القوي على رفع يده لا يقتضي استقلاله بإثبات اليد، وحينئذٍ فلا يتجه ضمانه الجميع على التقدير المزبور. ودعوى اختصاصه باليد ممنوعة كل المنع اللهم إلا أن يفرض دخوله على وجه لم تبق له يد أصلاً وكان الجميع في يد القوي واستيلائه، وربما يشهد لذلك ما عن بعض النسخ من فرضه على هذا الوجه.

وكذا ما ذكره في صورة الإشكال الذي لا ينبغي حصوله مع فرض كون الإزعاج لتحقيق الاستيلاء الذي يكفي مثله في قبض العقار وصيورته تحت يده، كما في غضب المالك دار بعض رعيته، فإن احتمال توقّف صدقه على دخوله واضح المنع في العرف. كما أنه لا ينبغي حصوله بالإزعاج الذي لم يقصد به الاستيلاء على الدار، فإن هرب المالك وإزعاجه خوفاً من المالك على نفسه لا يقتضي غضب الدار مع فرض عدم إرادة الاستيلاء عليها.

وبالجملة إيكال الأمر إلى العرف - في صدق الغضب والقبض وإثبات اليد - أولى من الإطناب في ذكر الأفراد المختلفة باعتبار خصوصياتها. ومن هنا لم يمكن كشف المعاني العرفية باعتبار عدم الإحاطة بخصوصياتها التي تدرك بالذوق وحسن الانتقاد في كل موضع بخصوصه.

ولعل إلى هذا المعنى أشار المصنف بقوله: «ويتحقق» إلى آخره؛ ضرورة عدم ذكره زيادة على ما سمعته من التعريف، فليس المراد منه إلا الإيكال إلى العرف الذي لا ريب في تحققه بإزعاج المالك من داره، واستيلائه عليها بأخذ المفاتيح مثلاً ونحوه وإن لم يدخل إليها كما عرفت.

[٢] لأنّ ضمان المأخوذ باليد بعد فرض تحقق صدقه عرفاً لا يتوقّف مع ذلك على صدق الغضب معه، لعموم قاعدة «اليد». ففي الضمان من بعضهم هنا عملاً لم يتحقق فيه الغضب وإن تحقق فيه إثبات اليد^(١) لا وجه له، أو يراد منه نفيه من حيث الغضب.

وعلى كل حال (فلو سكن الدار مع مالكما قهراً لم يضمن الأصل) أي جميع الدار [١] .

(و) من هنا (قال الشيخ ^(١) : يضمن النصف) مع فرض تساوي يديهما في الدار [٢] (و) لكن في المتن [٣] فيه تردد منشؤه : عدم الاستقلال من دون المالك (فلا يتحقق الفصب الذي هو الاستقلال بإثبات إيلد [٤] . [والصحيح هو ضمان النصف مع فرض تساوي يديهما على الدار] .

[٢] لعدم استقلاله لإثبات اليد ، بل مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين ضعف المالك وقوته ؛ لأنّ الفرض عدم رفع يده بل هي باقية على نحو ما لو كان قوياً .

[٣] وتبعه الأكثر ، بل المشهور ، بل لانجد فيه خلافاً محققاً .

[٤] وتعبه بعض من تأخر عنه ^(٢) .

[٥] ولم نجد له لأحد ممن تقدمه فضلاً عن الجزم بعدمه ، وإن حكاه المصنف في النافع ^(٣) قولاً ، بل عن التنقيح ^(٤) نسبته إلى المبسوط إلا أننا لم نتحققه .

وعلى تقديره فهو واضح الفساد ؛ ضرورة صدق الفصب بذلك عرفاً المقتضي لاعتبار الاستيلاء فيه دون الاستقلال أو للقول بتحقيقه هنا ولو بالنسبة إلى النصف . ودعوى اعتباره فيه على معنى رفع يد المالك ولو على جهة المشاركة واضحة الفساد ؛ لأنّ العرف أعدل شاهد بخلافها .

بل مقتضى ذلك عدم الضمان على الشخصين المشتركين في غصب شيء واحد على وجه لا استقلال لكل منهما ، وهو معلوم الفساد .

الهم إلا أن يفرّق بين شركة المالك وغيره ، ولكنّ العرف على خلافه قطعاً ، ودعوى كون الغاصب حينئذ مجموعهما الذي حصل له وصف الاستقلال وتضمنه يقتضي التوزيع بينهما يدفعها ؛ إمكان القول بمثله في الفرض وإن سقط الضمان بالنسبة إلى المالك باعتبار عدم تصوّر ضمان ماله لنفسه .

بل إن لم يكن إجماعاً مكن القول بضمان الغاصب لجميع عين الدار مع فرض إثبات يده عليها جميعها بالتصرف والانتفاع ونحوهما ، وإن كان المالك أيضاً متصرفاً بها أجمع .

فإن اجتماع اليمين على الكل بالمعنى المزبور غير ممتنع ، والحكم بالتنصيف في الملكية في مثله باعتبار عدم تعقل الحكم بملكية الجميع الذي هو مقتضى اليد لكل منهما ، فليس حينئذ إلا التنصيف بينهما كالبيتين ، لا لأنّ يد كل منهما على النصف كما أوضحنا ذلك في كتاب القضاء .

أما في المقام فلا مانع من الحكم بضمان الغاصب لجميع العين باستيلائه على جميعها الذي لا ينافيه استيلاء المالك أيضاً على جميعها .

(١) المبسوط ٣ : ٧٣ .

(٢) كفتخر الدين في شرح الارشاد : ٢١٧ (مخطوط) .

(٣) المختصر النافع : ٢٥٧ .

(٤) التنقيح ٤ : ٦٦ .

هذا بالنسبة إلى العين. أمّا بالنسبة إلى المنفعة فيضمن الغاصب كلّ منفعة للعين - التي صارت في يده واستيلائه - سواء استوفاهما أو لا. نعم ما استوفاهما المالك منها تسقط عن ضمانه باعتبار استيفاء المالك لها، فتأمل جيّداً، فإنّه دقيق [١]. [ولو كان المالك أكثر من واحد هل يلزم الغاصب النصف أيضاً أو بالنسبة؟].

[١] هذا، وفي الرياض تبعاً للكفاية^(١): « لا بدّ من التقييد بكونه متصرفاً في النصف مثلاً بحيث يمنع المالك من أنواع التصرفات فيه، كالبيع والهبة وأمثالهما، لا مجرد السكنى »^(٢). وفيه أنّه يكفي في ضمانه النصف إثبات يده بالسكنى على الإشاعة وإن لم يمنعه عن التصرفات المزبورة، لصدق « على اليد »^(٣).

وعن مجمع البرهان أنّ ذلك - أي ضمان النصف - إذا شاركه في كلّ موضع من البيوت بحيث ما يزاكمه ولا يزعه إلا عن النصف، ثمّ قال: « ويمكن أن يكون الحكم كذلك إذا شاركه في البيوت من غير تعيين نصف، بل يقول له: أنا وأنت نكون في هذه الدار مع إثبات يده على الكلّ وعدم منعه من شيء، مثل الشريكين بالنصف وأحدهما يأذن للآخر »^(٤). واستجوده بعض من تأخّر عنه، وقال: « لا فرق بعد فرض تصرفه في قدر النصف أو أقلّ أو أكثر، لأنّ المتصرف في جميع الدار مثلاً إثنان، فيحال الضمان عليهما كالجنائيات، فلو جنبا عليه ومات من جنائيهما كانت الدية عليهما نصفين وإن كان أحدهما جرحه ألف جرح والآخر جرحاً واحداً »^(٥).

قلت: لا يخفى عليك ما في ذلك كلّ بعد الإحاطة بما ذكرناه، وأنّه لا يقاس المقام - الذي بناء الضمان فيه على قاعدة « اليد » - على الجنابة التي يصدق أنّهما معاً قتلاه وإن تعدّدت جنابة أحدهما دون الآخر بخلاف المقام الذي فرض فيه صدق « الاستيلاء على الجميع » و« اليد » على كلّ منهما، فيضمن الجميع من كانت يده يد ضمان دون الآخر، إذ ليس يد كلّ منهما على النصف حتى يختص ضمانه به. وكذا لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه ما في المحكي عن أبي العباس في كتابيه من أنّ الغاصب لا يضمن من الأجرة إلا قدر ما ينتفع به من السكنى^(٦). إذ قد عرفت أنّ المتّجه ضمانه لكلّ منفعة عدا ما استوفاهما المالك، من غير فرق بين ما استوفاهما وما لم يستوفها؛ لأنّ يده يد ضمان على العين وعلى المنفعة، بل القائل بالتنصيف يضمنه منفعة النصف وإن لم يستوفها. بل قد يظهر لك بالتأمّل فيما ذكرناه ما ذكره غير واحد من التفرّيع على القول بالتنصيف - منهم الفاضل المقداد في التنقيح - أنّه لو كان المالك أكثر من واحد هل يلزم الغاصب النصف أيضاً أو بالنسبة، فلو كان اثنين لزمه الثلث، وثلاثة لزمه الربع؛ الأقرب الأخير، كما لو تعدّد الغاصب، والتحقيق يقتضي الضمان على نسبة ما استولى عليه واستقلّ به، إن نصفاً فنصف، وإن ثلثاً فثلث، وإن رباعاً فربع، وهكذا^(٧).

وظاهره كون التحقيق غير ما جعله الأقرب أولاً. وفي الرياض أنّ ظاهر العبارة ونحوها من عبارات الجماعة يقتضي عدم الفرق في ضمانه النصف بين وحدة المالك وتعدّده، ويحتمل تخصيصها بالصورة الأولى والرجوع في الثانية إلى الضمان بالنسبة، ثمّ حكى ما سمعته من التنقيح، وقال: « هو جيّد »^(٨).

(١) كفاية الأحكام ٢: ٦٣٣. (٢) الرياض ١٢: ٢٥٩. (٣) المستدرک ١٤: ٨، ب ١ من الوديعة، ح ١٢. (٤) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٥٠٤ - ٥٠٥. (٥) مفتاح الكرامة ٦: ٢١٢. (٦) المهذب البارع ٤: ٢٤٨. المقنن ٣٤١. (٧) التنقيح ٤: ٦٧. (٨) الرياض ١٢: ٢٥٨ - ٢٥٩.

قلت: قد عرفت أنَّ ضمان العين يتبع اليد والاستيلاء، فمع فرض صيورتها أجمع تحت يده - على وجه لا ينافي كونها مع ذلك تحت يد المالك - يتَّجه ضمان الجميع. نعم لو فرض تصوّر كون الداخل تحت يده النصف مشاعاً أو الثلث كذلك من دون تصوّف في الجميع اتَّجه حينئذٍ ضمان ذلك عليه خاصة. وأمّا المنفعة فيضمن منها منفعة ما كان في يده من غير فرق بين ما استوفاه وغيره عدا ما استوفاه المالك، نعم لو فرض كون ما في يده النصف ولكن نسبة انتفاعه بها إلى انتفاع المالك لثلاث وثلاثين، وثلث اتَّجه حينئذٍ ضمان النصف للعين والثلثين للانتفاع. وبالجمله فالمسألة في غاية الغموض ومحتاجة إلى التأمل التأمّل، والله العالم. هذا كلّ في قهر الغاصب المالك لقوّته بالنسبة إليه.

(و) أمّا لو كان الساكن ضعيفاً عن مقاومة المالك لم يضمن من حيث الغصب قطعاً، بناءً على اعتبار القهر في مفهومه الذي لا يتصوّر في الفرض، وأمّا ضمانه من حيث اليد فقد عرفت الحال فيه، وأنّ المتّجه فيه الضمان للمنفعة والعين لو تلفت [١]. (ولو كان المالك غائباً ضمن) [٢]. وإن كان الساكن ضعيفاً [٣]. ولكن لا يخفى عليك أنّ مثله أتّ في الحاضر القوي؛ ضرورة عدم الفرق في سكنه مع عيال المالك بين حضور المالك وغيبته، وكذا سكنه في دار المالك القوي الخالية [٤]. بل الظاهر عدم اعتبار قصد الغصبة فيه ومنه يعلم الوجه في ضمان المأخوذ للنظر ونحوه [٥]. (ولو رفع كتاباً بين يدي المالك بقصد النظر لا بقصد الغصبة فالظاهر أنّه غاصب).

[١] وفي الدروس: «لو سكن الضعيف مع المالك القوي فهو ضامن للمنفعة، وفي كونه غاصباً الوجهان»^(١). قلت: قد عرفت ضمانه العين أيضاً لو تلفت؛ لقاعدة «على اليد» وإن لم نقل بكونه غاصباً.

[٢] بلا خلاف أجدّه فيه بيننا.

[٣] معلّلين له بأنّه غاصب؛ لأنّ الاستيلاء حاصل في الحال، وأثر قوّة المالك سهولة انتزاعه من يده وليس بمحقّق.

[٤] التي صرّح في التحرير^(٢) بضمانها؛ إذ القهريّة منتفية على كلّ حال، كما أنّ الاستيلاء حاصل على كلّ حال. ولا يرد بالأخذ المستفاد من قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت»^(٣) أزيد من هذا.

[٥] وإن استشكل فيه من عرفت بل في الدروس: «لو رفع كتاباً بين يدي المالك فإن قصد الغصب فهو غاصب، وإن قصد النظر إليه ففي كونه غاصباً الوجهان»^(٤) مع أنّ منشأ الوجهين المذكورين في كلامه سابقاً الشكّ في أنّ الغصب «الاستقلال» أو «الاستيلاء»، وهما معاً في الفرض حاصلان. نعم يمكن الشكّ في كون المراد بـ «الأخذ» المستفاد من قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت»^(٥) الاستيلاء بالشيء كالمالك أو الأعمّ منه ومما يشمل الأخذ للنظر ونحوه؟ الظاهر الثاني. بل لعله الموافق لكلمات الأصحاب في غير المقام التي لا تخلو من تشويش نشأ من إطناب الشافعية في تنقيح أفراد الغصب عرفاً. ولعله لأنّه من حيث كون الغصب سبباً للضمان عندهم. وأمّا نحن فقاعدة «اليد» أعمّ عندنا منه، ومساوية له في كَيْفِيَّة الضمان بالآفة السماوية وغيرها وإن كان هو أيضاً سبباً؛ لقوله ﷺ في الخبر السابق: «كلّ مغصوب مردود»^(٦).

(٢) التحرير ٤: ٥٢١.

(١) (٤) الدروس ٣: ١٠٦.

(٥) المستدرك ١٤: ٨، ب ١ من الوديعة، ح ١٢.

(٣) المستدرك ١٤: ٨، ب ١ من الوديعة، ح ١٢.

(٦) تقدّم في ص ٨، بلفظ: «الغصب كله مردود».

نعم ينبغي تنقيح قاعدة « اليد » ولا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه تحقيق القول فيها ، وأنه لابد في الضمان من إثباتها ؛ لأنه هو معنى الأخذ . لكن يكفي فيه الأخذ المشترك ولو مع المالك ، كما عرفت البحث فيه . والأولى من ذلك إيكاله إلى العرف ، والتمسك في محال الشك فيه بأصل البراءة ونحوه كما سمعته في الغصب والقبض ، والله العالم .

(وكذا لو مذهب بمقود دابةً فقادها) بقصد الاستيلاء عليها أو ساقها كذلك (ضمن) وإن كان مالكها حاضراً لكن غير مثبت يده عليها [١] . نعم في المتن : (لا يضمن لو كان صاحبها راكباً لها) [٢] [لكن الصحيح أنه يضمن النصف هنا أيضاً كما لو ركبها معه] .

[١] لأنه حينئذ غاصب بمعنى : مستقل بإثبات يده ومستولٍ ومحتوٍ (و) آخذ .

[٢] كما في محكي المبسوط^(١) ، ومرادها على الظاهر كونه مع ذلك قادراً على منع الغاصب ، كما في القواعد وجامع المقاصد والمسالك^(٢) وغيرها ؛ لعدم صدق « الاستيلاء » فضلاً عن « الاستقلال » و « الأخذ » . وإليه يرجع ما في الإرشاد : « إلا أن يكون المالك راكباً إلا مع الإلجاء »^(٣) بمعنى كونه ملجأً غير قادر على دفعه ، كقوله في غيره : « ولو يمد بمقود دابةً وصاحبها راكبها فلا استقلال إلا مع ضعفه عن المقاومة »^(٤) .

ولعل وجه حينئذ ضرورة يده بمنزلة العدم في جنب القائد المفروض كونه قاهراً مستولياً نحو ما سمعته في الداخل القوي على مالك الدار الذي يده معه - لضعفه وإن لم يزعه - بمنزلة العدم ، فيضمن الجميع حينئذ . مع أنك قد عرفت الإشكال فيه سابقاً مع صدق بقاء يده وتصرفه وإن كان الغاصب قادراً على رفعهما ، إلا أنه ما لم يتحقق لا يصدق « الاستقلال » و « الاستيلاء » للجميع ، ومثله يأتي في المقام . ولعله لذا تأمل فيه المقدس الأردبيلي ، خصوصاً مع ملاحظة الحكم له باليد في مقام التنازع^(٥) . كما أنه قد يشكل ما ذكره - من عدم الضمان لو كان المالك الراكب قادراً - بما تقدم لهم من ضمان النصف بدخول الساكن قهراً مع المالك . ولعله لذا لم يفرق بعضهم^(٦) بين المسألتين ، بل لعل حكاية العدم قولاً في المسألة السابقة كما في النافع^(٧) مأخوذ من هذه المسألة .

وربما فرّق بأن القائد لا استيلاء له - مع المالك الراكب - على نصف ولا ربع ؛ لأنه أقوى بدأ وأكثر تصرفاً ، ولهذا يحكم له بها عند التنازع .

وفيه : أنه لا يتم على القول بالتنصيف عند التداعي ، كما عن الخلاف والسرائر وثاني المحققين والشهيد^(٨) ، بل عن ثاني الشهيدين التصريح في باب الديات بأن جنائنها بيدها على القائد والراكب بالتنصيف^(٩) ، فيضمن النصف أيضاً هنا باعتبار إثبات يده مع يد المالك ، كما لو ركبها معه .

(١) المبسوط ٣ : ٧٣ . (٢) القواعد ٢ : ٢٢٣ . جامع المقاصد ٦ : ٢٢٠ . المسالك ١٢ : ١٥٤ .

(٣) الإرشاد ١ : ٤٤٥ . (٤) الدروس ٣ : ١٠٦ .

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٥٠٩ . (٦) التنقيح ٤ : ٦٦ .

(٧) المختصر النافع : ٢٥٧ .

(٨) الخلاف ٣ : ٢٩٦ . السرائر ٢ : ٦٧ . جامع المقاصد ٥ : ٤٤٠ . المسالك ٤ : ٢٩٧ .

(٩) الروضة ١٠ : ١٦٣ .

بل قد يقال : بضمانه الكلّ في الفرض باعتبار صدق « الاستيلاء » و « الأخذ » الذي لا ينافيه قدرة المالك على الدفع إذا لم يدفع ، كما إذا لم يكن راكباً لها وكان حاضراً قادراً على الدفع ، أقصاه إثبات يده [١] .
ولعلّ إيكال الأمر في ذلك إلى العرف - المختلف باختلاف الأحوال والخصوصيات - أولى .
وعلى كلّ حال فلا خلاف ولا إشكال في ضمانه لها - لو اتفق تلفها بقوده لها - وإن كان الراكب قوياً على الدفع ، بل لا يبعد ضمانه لمنفعتيها التي فانت على المالك بقوده ، وكذا لو ساق الدابة وكان لها جماح فشردت بسوقه فوقعت في بئر ضمن ، والله العالم . (وغضب الأمة الحامل) مثلاً (غضب لحملها « لولدها » خ ل) أيضاً [٢] (لثبوت يده) بل استقلاله واستيلائه (عليهما) . فيضمنهما حينئذٍ معاً ولو بضمان تفاوت قيمتها حاملاً وحائلاً لو اسقطت .
وإن تلفت بعد الوضع فد [حقي : إنه] [٣] ألزم بالأكثر من قيمة الولد وقيمتها حاملاً إن اعتبرنا الأكثر ، وإلا فقيمتها يوم التلف . ولعلّ المراد قيمة الولد يوم التلف ، فيكون المعنى : أنّه تلف الولد بعد الوضع غرم الأكثر من قيمة الولد إلى يوم التلف ، مضافاً إلى الأكثر من تفاوت قيمتها حاملاً وحائلاً ، وعلى القول باعتبار وقت التلف كان عليه قيمة الولد حينه وقيمة التفاوت كذلك إن كان [٤] . وعلى كلّ حال فلا إشكال في ضمان الحمل والحامل في الفرض ، بل [قيل :] [٥] (وكذا يضمن حمل الامة المبتاعة بالبيع الفاسد) [٦] [وهو المختار] .

[١] ولا ينافي ذلك يد الغاصب ، بل ولا استقلاله واستيلاؤه وأخذوه واحتواؤه ، بل هو بقوده لها وعدم ممانعة المالك له استولى عليه وعليها ، نحو ما سمعته في الساكن المتصرف بجميع الدار مع عدم إزعاج المالك .
[٢] بلا خلاف ولا إشكال^(١) .

[٣] [قوله] في المسالك .

[٤] وكأنّ ما في المسالك مأخوذ ممّا في التحرير ، قال فيه : « لو غضب الأمة الحامل كان غاصباً للحمل ، فلو تلف الحمل ألزم بقيمته ، بأن تقوم الأمة حاملاً وغير حامل ، ويلزم بالتفاوت ، ولو تلف بعد الوضع ألزم بالأكثر من قيمته وقت الولادة إلى يوم التلف ، وكذا البحث في الدابة الحاملة »^(٢) .

[٥] [قوله] في التذكرة والتحرير^(٣) .

[٦] لمعوم « على اليد » . لكن في القواعد والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها عدم الضمان^(٤) ؛ لعدم كونه مبيعاً حتى يضمن بقاعدة « ما يضمن بصحيحه » فهو حينئذٍ أمانة في يد المشتري . وفيه : أنّه مع فرض عدم إذن من المالك إلا الإذن البيعية التي فرض عدمها يبيّن الفساد ، فيتّجه الضمان حينئذٍ لعدم الإذن ، والأصل الضمان . وقاعدة « ما يضمن » بناء الضمان فيها على ذلك ، وإلا فهي ليست من أسبابه من حيث نفسها ، وحينئذٍ فلا حاجة إلى ما في الدروس من حمل القول بالضمان على إرادة اشتراط دخول الحمل^(٥) .

(٢) التحرير ٤ : ٥٢١ - ٥٢٢ .

(١) المسالك ١٢ : ١٥٥ .

(٣) التذكرة ١٩ : ١٧٧ . التحرير ٤ : ٥٢٢ .

(٤) القواعد ٢ : ٢٢٣ . الدروس ٣ : ١٠٨ . جامع المقاصد ٦ : ٢٢٠ . المسالك ١٢ : ١٥٥ .

(٥) الدروس ٣ : ١٠٨ .

نعم لا وجه للقول بضمان حمل المقبوض بالسوم مع فرض كون السوم على الحامل دون الحمل [١] إلا أن يفرض دخوله في السوم مع الحامل فيضمن. وقيل: لو أثبت يده على مسجد أو رباط أو مدرسة على وجه التغلب ومنع المستحق فالظاهر ضمان العين والمنفعة؟. وقد يشكل الضمان في المسجد ونحوه من المشاعر مما لم تكن المنفعة فيه ملكاً للناس وإن ملكوا الانتفاع به؛ إذ هو غير المنفعة، فلا مالية حيثئذ حتى يتجه الضمان وإن تحقق الغصب في مثله [٢]. [فلا ضمان فيما إذا لم يكن بمال كالمسجد]. أما ما كان ملكاً للمسلمين أجمع كالطرق ونحوها فلا بأس بالقول بالضمان عيناً ومنفعة، بل المسجد الموقوف لا المخلوق مشعراً كذلك أيضاً إن قلنا بكونه ملكاً للمسلمين عيناً ومنفعة، وإن كان هو لا يخلو من نظر [٣]. [ولو أثبت يده على مال نفسه عدواناً كالمرهون في يد المرتهن هل هو غاصب وضامن أو لا؟]. [لا إشكال بأنه غاصب، وأما الضمان فلا، ولكن يجب دفع المثل والقيمة لتكون رهناً]. [ولو تعاقبت الأيدي الغاصبة على المغضوب تخير المالك في إلزام أيهم شاء أو إلزام الجميع] أو

[١] كما صرح به غير واحد؛ لكونه أمانة صرفة في يده وضمان الحامل على خلاف مقتضى القواعد، فيقتصر عليه. لكن عن التذكرة التصريح بضمانه أيضاً^(١). ويمكن حمله على المفروض دخوله في السوم مع الحامل أو يقال بأنه مقتضى عموم «على اليد» الذي لا ينافيه كونه بالإذن بعد انصراف الأمانة المنفي عنها الضمان إلى غير الفرض، فتأمل جيداً. هذا، وقال في الدروس: «ولو أثبت يده على مسجد أو رباط أو مدرسة على وجه التغلب ومنع المستحق فالظاهر ضمان العين والمنفعة»^(٢). ولعله لذا صرح بعض الشافعية بتحقيق الغصب والإثم بإقامة من قعد في مسجد أو موات أو استحق سكنى بيت برباط، ويجب الرد في الأعيان الاختصاصية، وفي المنافع الاختصاصية بتعلق الإثم ثم قال: «ولا ضمان في شيء من متعلقات الاختصاص»^(٣). وهو جيد فيما ليس هو بمال كالمسجد.

[٣] لقوة احتمال كونه كالتحرير في الخروج عن المالية. وقد تقدم مافي المسالك^(٤) من انتقاض التقييد في التعريف بمال الغير بما لو استولى المالك على ماله المرهون عدواناً، فإنه يضمنه مع التلف بالمثل أو القيمة، ويكون رهناً، وحق المرتهن لا يسمى مالاً وإن نزل منزلته. وبما لو استقل باليد على حق الغير في نحو المدرسة والرباط والمسجد والتحجير، فإنه في جميع ذلك غاصب مع أنه لم يستول على ماله. وبما لو غصب الوقف العام، فإنه ليس ملكاً للغير، أو الخاص على القول بانتقال ملكه إلى الله، إلا أن يراد من الغير ما يشمل الله تعالى، وهو بعيد^(٥). وفي الدروس: «وإضافة المال إلى الغير - أي في التعريف - ليخرج به مال نفسه، فإنه لو أثبت يده على مال نفسه عدواناً كالمرهون في يد المرتهن فليس بغاصب إلا أن ينزل استحقاق المرتهن منزلة المال، مع أنه لو تلف بعد التعدي ضمن قيمته أو مثله، ويكون رهناً»^(٦).

قلت: لا إشكال في تحقق الغصب - بمعنى القهر على غير الحق الذي هو نوع من الظلم - في مثل ذلك، وأما الضمان فلا يكون إلا للمال، ووجوب دفع المثل أو القيمة لتكون رهناً لو أتلّفه ليس ضماناً لحق الارتهان، بل هو حكم شرعي لدليله، والله العالم.

(١) التذكرة: ١٩ - ١٧٧ - ١٧٨. (٢) الدروس ٣: ١٠٦.

(٣) انظر حواشي الشيرازي ٦: ٢ - ٣. إعانة الطالبين ٣: ١٣٧. (٤) تقدم في ص ٩، ولكن لم ينسب إلى المسالك.

(٥) المسالك ١٢: ١٤٧ - ١٤٨. (٦) الدروس ٣: ١٠٧.

البعض (بدلاً واحداً) على حد سواء أو مختلفاً [١]. ولا فرق في تعاقب أيديهم بين كونه بصورة الضمان بيع فاسد ونحوه وعدمه. نعم قرار الضمان على من تلف المصنوب في يده منهم، بمعنى: أنه لورجع المالك على غيره رجوع هو عليه مع فرض عدم زيادة في العين يختص الأول بضمانها، بخلاف ما لورجع عليه نفسه، فإنه لارجوع له على غيره؛ لأنّ دَمَتَه المشغولة للمالك بالبدل، وإن جاز له إلزام غيره - باعتبار الفصب - بأداء ما استغلت دَمَتَه به، فيملك حينئذٍ من أدى بأدائه ما للمالك في دَمَتَه بالمعاوضة الشرعية القهرية. وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا دَمِي، إذ لا دليل على شغل ذمم متعدّدة بمال واحد، فحينئذٍ يرجع عليه ولا يرجع هو. كما أنه اتضح لك أيضاً جواز مطالبة الكلّ ببذل واحد على السواء ومختلفاً [٢]. ويرجع حينئذٍ غير من تلف المال من يده على من تلف المال في يده بمقدار ما أدى. بل [الظاهر] [٣] عدم الفرق في الضمان بين الجاهل والعالم وإن افرقا في الإثم وعدمه والغرور وعدمه [٤].

[١] بلا خلاف ولا إشكال، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل في مجمع البرهان^(١) دعواه، لأنّ كلّاً منهم غاصب مخاطب برّد العين أو القيمة؛ لقوله ﷺ: «كل مصنوب مردود»^(٢)، و«على اليد ما أخذت»^(٣). وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اغْتَنَى عَلَيْكُمْ﴾^(٤) و﴿جزاء سيئة﴾^(٥). وغيرها مما دل على العقاب بمثل ما عقوب^(٦)، وأنّ الحرّمات قصاص^(٧) ونحوه. [٢] لأنّه إذا جاز له مطالبة كل منهم بالجميع فالبعض بطريق أولى.

[٣] [كما أنّ] ظاهر عدم تقييد الأيدي بكونها غاصبة في النافع والمصلحة^(٨) يقتضي [ذلك].

[٤] بل هو صريح المحكي عن المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية^(٩). بل لم يرد المصنّف من التقييد المزبور إخراج الجاهل؛ لتصريحه بعد ذلك بالرجوع على الجاهل. نعم ما تقدّم في الدروس^(١٠) سابقاً - من أنّ الساكن في البيت بأمر الغاصب جاهلاً يضمن المنفعة - ظاهر في ضمانها خاصّة. ومن هنا نشأت الشبهة على المقدّس الأردبيلي، فتردّد أو مال إلى عدم الرجوع على الجاهل المغرور^(١١) الذي لم يعلم اندراجه في قوله ﷺ في خبر سمره بن جندب: «على اليد»^(١٢) الذي لم تثبت صحّته، ولا تواتره بعد معلومية عدم كونه غاصباً، وإلا لكان آتماً. وفيه - بعد إمكان تحصيل الإجماع على خلافه - أنّ عدم تواتره، بل وعدم صحّته لا يقدح بعد العمل به الجابر له سنداً ودلالة، بل نصوص المصنوب التي منها قوله ﷺ: «كل مصنوب مردود»^(١٣) شاملة له؛ ضرورة صدق المغصوبة على ما في يده وإن لم يكن هو الغاصب. وعدم كونه مخاطباً بالخطاب التكليفي لجهله لا يقتضي عدم كونه مخاطباً بالخطاب الوضعي، وقاعدة العرور ظاهرة في الرجوع عليه.

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٥١٦ - ٥١٧.

(٣) المستدرك ١٤: ٨، ب ١ من الوديعة، ح ١٢.

(٥) (٦) الشورى: ٤٠. النحل: ١٣٦.

(٩) المبسوط ٣: ٦٨. التذكرة ١٩: ١٨٤. التحرير ٤: ٥٤١. جامع المقاصد ٦: ٢٢٥. المسالك ١٢: ١٥٦. الروضة ٧: ٢٥. كفاية الأحكام ٢: ٦٤٩.

(١٠) الدروس ٣: ١٠٦ ولكن لم يتقدّم.

(١٢) المستدرك ١٤: ٨، ب ١ من الوديعة، ح ١٢.

(١٣) تقدّم في ص ٨، بلفظ: «الفصب كلّ مردود».

(٢) تقدّم في ص ٨، بلفظ: «الفصب كلّ مردود».

(٤) (٧) البقرة: ١٩٤.

(٨) انظر المختصر النافع: ٢٥٧. اللعة: ٢٢١.

وإن رجع هو [= الجاهل] على من غره فيما إذا لم تكن يده يد ضمان ولم يكن التلف مباشرة منه بغير غرور، كما لو أعاره الغاصب إتياء عارية غير مضمونة أو أودعه إتياء فتلف بأفة سماوية مثلاً.

أما إذا كانت يده يد ضمان أو باشر هو إتلافه بغير غرور فلا رجوع له، كما ستسمع تفصيله إن شاء الله تعالى عند تعرض المصنف له [١]. [ولو كانت فيهم يد غير عادية بمعنى لو كانت اليد الأولى عادية غارة والثانية مغرورة والثالثة عادية لعلهما بالفصم مثلاً، فهل يجوز للمالك الرجوع إلى المغرور؟]. [يجوز الرجوع إليه إذا كان التلف في يده]. أو يقال باختصاص قاعدة الغرور بما إذا كان التلف في يده، وحينئذ يتجه في المثال الرجوع على من تلف المال في يده خاصة دون الأول، بخلافه على السابق، فإن المتجه فيه التخيير بين الرجوع على الغار وإن رجع هو على من تلف المال في يده وبين الرجوع على من تلف المال في يده ابتداءً جمعاً بين القاعدتين، لعدم تنافيهما. هذا، ومرادنا بما ذكرنا - من رجوع الجاهل على غيره لو رجع عليه - إذا كان مغروراً، أما مع عدم الغرور فلا رجوع له، بل هو حينئذ كالعالم في ذلك، بل مرادنا أيضاً بالجاهل غير العالم بالفصم من غير فرق بين الغافل والناسي وغيرهما، والله العالم. (والحر لا يضمن بالفصم ولو كان صغيراً) لا عيناً ولا منفعة [٢]. على معنى كونه كفصم المال الموجب للضمان وإن مات حتف أنفه [٣]. وأنه إنما يضمن عيناً بالجناية عليه مباشرة أو تسبباً (و) منفعة بالاستيفاء أو تسبباً على الوجه الذي سيأتي إن شاء الله.

[١] والمراد من عبارة الدروس ما ذكرناه سابقاً من أن الضمان للمنفعة مستقر على الساكن بخلاف العين، فإنه يرجع به على الغار، كما صرح به في المقام، قال: «وتعاقب الأيدي العادية على العين يوجب تضمين كل واحد منهم، وقرار الضمان على من تلفت في يده، فيرجع غيره عليه لو رجع عليه، ولو كان فيهم يد غير عادية فقرار الضمان على الغار»^(١). وإن كان لا يتم إطلاقه فيما لو كانت اليد الأولى عادية غارة والثانية مغرورة والثالثة عادية لعلهما بالفصم مثلاً، فلو رجع المالك على الثانية المغرورة لم يكن قرار الضمان على الغار الذي هو الأول. فالمتجه تقييد ذلك بما إذا كان التلف في يد المغرور لا مطلقاً حتى في مثل الفرض الذي لم يكن التلف في يده.

[٢] بلا خلاف محقق أجده فيه.

[٣] بل ولا إشكال؛ ضرورة عدم كونه ملاً حتى يتحقق فيه الضمان. وما في النافع من أنه «لو كان أي التلف لا بسببه كالموت ولدغ الحية ققولان»^(٢) لم نتحققه. ونحوه ما عن المفاتيح من نسبة ما في المتن إلى القيل^(٣) والكفاية إلى المشهور^(٤)، ولذا قال في محكي المذهب والمقتصر: «إن الأصحاب على خلافة»^(٥) أي القول المحكي في النافع، كما عن التنقيح الاعتذار عنه بالمسامحة^(٦). بل فيه: وفي الروضة الإجماع على عدم ضمان الصغير إذا كان تلفه بالموت الطبيعي^(٧). ومن هنا طفت عباراتهم بعدم ضمان الحر بالفصم.

(١) الدروس ٣: ١٠٨. (٢) المختصر التاسع: ٢٥٧.

(٣) المفاتيح ٣: ١٧١ ولم ينسب إلى القيل.

(٤) كفاية الأحكام ٢: ٣٤٤.

(٥) المذهب البار ٤: ٢٤٩. المختصر: ٣٤٢.

(٦) التنقيح ٤: ٦٧. الروضة ٧: ٢٧.

(٧) التنقيح ٤: ٦٨.

بل (لو أصابه غرق أو حرق^(١)) أو غيرهما فضلاً عن أن يصيبه (موت في يد الغاصب^(٢)) من غير تسببيه لم يضمنه) [١].

بل (قال) الشيخ (في كتاب الجراح) [٢]: (يضمنه الغاصب إذا كان صغيراً) أو مجنوناً (وتلف بسبب كلدغ الحية والمقرب ووقوع الحائط) [٣].

[١] للأصل، كما عن مبسوط الشيخ وإيضاح الفخر^(٣) وغيرهما. بل في المسالك نسبته إلى الأشهر^(٤)، بل عن الكفاية إلى المشهور^(٥) (و) إن كنا لم نتحققه.

[٢] [كما] من المبسوط^(٦).

[٣] بل في الدروس ومحكي الخلاف والمختلف^(٧) هو قوي. وعن المقتصر هو حسن^(٨).

بل عن التبصرة وتعليق الإرشاد^(٩) وغيرهما احتياله. وهو المحكي عن أبي حنيفة^(١٠) أيضاً، ولا ترجيح في النافع وكشف الرموز والتحرير والإرشاد والتذكرة في موضع منها غاية المراد والتنقيح والمهذب البارع والروضة^(١١) على ما حكى عن بعضها.

نعم لا وجه ظاهر يقتضي الضمان؛ إذ دعوى كونه بغصبه صار سبباً شرعاً لتلفه - كحفر البئر - واضحة المنع.

والخير: «من استعار حراً صغيراً فغيب ضمن»^(١٢) لا جابر له ولا عامل به، ومناسبة الضمان للعدوان - بل عدمه يفضي إلى الاحتيال في قتل الأطفال - مجرد اعتبار، والضمان في نقل المملوك الصغير والمجنون إلى السبعة أو المضاعة كما عن التذكرة^(١٣) لا يقتضي الضمان في الفرض، لظهور التسبب فيه بخلافه.

ومن الغريب ما عن الفاضل من الجزم في موضع من محكي التذكرة بعدم الضمان في مثله^(١٤) وتردده في المقام، فالمتجه عدم الضمان مع فرض عدم تقصير منه في حفظه بالإهمال ونحوه.

وربما يحمل القول بالضمان على ما لو أهمل بحيث يكون سبباً في تلفه، لكونه غير قابل لحفظ نفسه، بخلاف ما إذا لم يهمل فاتفق تلفه بأمر لا مدخل لإهماله فيه، وحينئذ يكون النزاع لفظياً.

(١) في الشرائع: حرق أو غرق. (٢) في الشرائع: «غاصب».

(٣) المبسوط ٣: ١٠٥، الإيضاح ٢: ١٦٨.

(٤) المسالك ١٢: ١٥٨.

(٥) كفاية الأحكام ٢: ٦٣٤.

(٦) الدروس ٣: ١٠٦، الخلاف ٣: ٤٢١، المختلف ٦: ١٣٥.

(٨) المقتصر: ٣٤٢.

(٩) التبصرة: ١٠٨. نقله عن تعليق الإرشاد في مفتاح الكرامة ٦: ٢٢٣.

(١٠) بدائع الصنائع ٧: ١٤٦.

(١١) المختصر النافع: ٢٥٧، كشف الرموز ٢: ٣٨١، التحرير ٤: ٥٢٠، الإرشاد ١: ٤٤٥، انظر التذكرة ١٩: ١٧٣، غابة المراد ٢: ٣٩٥ - ٣٩٦، التنقيح

٤: ٦٧ - ٦٨، المهذب البارع ٤: ٢٤٨ - ٢٤٩، الروضة ٧: ٢٧ - ٢٨.

(١٢) الوسائل ٢٩: ٢٤٦، ب ١٢ من موجبات الضمان، ح ٢.

(١٣) التذكرة: ١٩: ١٧٣.

(١٤) انظر التذكرة ١٩: ٢١٩ - ٢٢٠.

[نعم إذا أهمل في حفظه بحيث يكون سبباً في تلفه ، لكونه غير قابل لحفظ نفسه يكون ضامناً ، بخلاف ما إذا لم يهمل فاتَّفَقَ تلفه بأمر فلا ضمان] . ثم إنَّ الظاهر عدم الفرق في الحكم المزبور بين الصغير والمجنون [١] .

بل [الظاهر] [٢] عدم الفرق بينهما وبين الكبير إذا حبس بحيث لا يقدر على الخلاص منه ثم حصل في الحبس شيء أهلكه ، لظلمته وعدم قدرته على الفرار من أذيته [٣] . وأما الكبير لو كان به خبل أو بلغ رتبة الصغير لمرض أو كبر ، فيكون مضموناً أيضاً وملحقاً بالصغير غير الدافع عن نفسه مع الإهمال [٤] .

(ولو استخدم الحرَّ فعليه^(١) الأجرة) [٤] . أما (لو حبس صانعاً لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به) فضلاً عن غير الصانع [٥] .

[١] كما صرَّح به جماعة .

[٢] [كما] في مجمع البرهان^(٢) أنَّ الظاهر [ذلك] .

[٣] إذ هو حينئذٍ كالطفل ، بل كالحوانات التي لا شعور لها ، فعلة الضمان فيهما سواء . وربما كان في ذلك نوع إيماء إلى ما ذكرنا إذا كان المراد منه أنَّ لحبسه على الوجه المزبور مدخلاً في تلفه على وجه يكون سبباً وإن كان كبيراً قابلاً للدفع عن نفسه إلا أنَّه منعه عن ذلك على وجه صار كالصغير الغير القابل للدفع عن نفسه .

وكذا ما في جامع المقاصد والروضة من أنَّه لو كان بالكبير خبل أو بلغ رتبة الصغير لمرض أو كبر ففي إلحاقه وجهان^(٣) .

ضرورة كون الوجه في الضمان ما عرفت ، إذا لا خصوصية للصغير من حيث كونه كذلك ، بل ليس إلا لعدم قابليته للدفع عن نفسه ، فغيره ممَّا كان كذلك في القصور مثله في الضمان مع الإهمال على الوجه المزبور ، والله العالم .

[٤] بلا خلاف أجده فيه ، بل ولا إشكال ؛ لأنَّ منفعة متقوِّمة حينئذٍ ، فهو كمن أخذ مال غيره (و) لو لأنَّ منفعته المزبورة تقابل بمال .

[٥] بلا خلاف أجده فيه . بل في الكفاية هو مقطوع به في كلام الأصحاب^(٤) . وإن عتبر في التذكرة بلفظ « الأقوى »^(٥) مشعراً باحتمال الضمان فيه .

بل في مجمع البرهان قوة ذلك^(٦) ؛ لقاعدة نفي الضرر مع كونه ظالماً وعادياً ، فيندرج في قوله تعالى ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾^(٧) و ﴿ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ ﴾^(٨) وغيرهما ممَّا دلَّ على المقاصة والعقاب بمثل ما عوقب^(٩) ، فالضمان حينئذٍ لذلك لا للغصب الذي لا يقتضيه ، باعتبار عدم كون المَغْصُوب مَالاً تتبعه منفعة ولو شرعاً في الدخول تحت اليد واسم الغصب وغيرهما .

(١) في الشرائع : « لزمه » بدل « فعليه » .

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٥١٢ .

(٣) جامع المقاصد ٦ : ٢٢١ ، وفيه : « احتمال » بدل « وجهان » . الروضة ٧ : ٢٨ .

(٤) كفاية الأحكام ٢ : ٦٣٤ .

(٥) التذكرة ١٩ : ٢١٩ .

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٥١٣ .

(٧) البقرة : ١٩٤ .

(٨) النحل : ١٢٦ .

(٩) الشورى : ٤٠ .

(لأنّ الحرّ لا يدخل تحت اليد على وجه تدخل منافع معه كالمال ولو شرعاً، بل (منافعه في قبضته) ككتابه باقية على أصالة عدم الضمان (و) إن ظلم وأثم بحبسه أو منعه عن العمل .

وحكاية في الرياض عن خاله العلامة في حواشيه عليه، حيث قال: «إن ثبت إجماع على ما ذكره الأصحاب، وإلاً فالأمر كما ذكره الشارح»^(١).

ومال إليه في الرياض حيث يكون الحابس سبباً مفوّتاً لمنافع المحبوس، ثمّ قال: «يحتمل قوياً اختصاص ما ذكره الأصحاب بصورة عدم استلزام الحبس التفويت كما فرضناه بل القوات، وربّما يستفاد ذلك من التذكرة حيث إنّه مع تصريحه بما ذكره الأصحاب قال في عنوان البحث: منفعة بدن الحرّ تضمن بالتفويت لا بالقوات انتهى. ويظهر الفرق بين المقامين فيما لو حبسه مدة لها أجره في العادة، فإن كان لو لم يحبس لحصلها كان حبسه سبباً لتفويتها، فيضمن هنا كما ذكره، وإن كان لو لم يحبس لم يحصلها أيضاً لم يكن حبسه سبباً لتفويتها، وهذا هو مراد الأصحاب في حكمهم بنفي الضمان فيه كما احتملناه من كلامهم، ولا شبهة فيه»^(٢).

قلت: لا يخفى فساد الاحتمال المزبور على من لاحظ كلمات الأصحاب، بل فرضهم المسألة في حبس الصانع كالصريح في عدم الضمان وإن كان سبباً.

والمراد بالتفويت في عبارة التذكرة الاستيفاء، كما يشعر به تفريع ذلك عليها فيها، قال: «منفعة بدن الحرّ تضمن بالتفويت لا بالقوات، فلو قهر حرّاً واستعمله في شغل ضمن أجرته؛ لأنّه استوفى منافعه، وهي متقومة، فلزمه ضمانها، كما لو استوفى منافع العبد، ولو حبسه مدة لمثلها أجره وعطل منافعه، فالأقوى أنّه لا يضمن الأجرة، لأنّ منافعه تابعة لما لا يصح غصبه، فأشبهت ثيابه وأطرافه، ولأنّ منافعه في يده، لأنّ الحرّ لا يدخل تحت اليد، فمنافعه تفوت تحت يده فلم يجب ضمانها، بخلاف الأموال، وهو أصحّ وجهي الشافعية، والثاني أنّه يضمنها؛ لأنّ منافعه تتقوّم بالعقد الفاسد، فأشبهت منافع الأموال فقد فوّتها بحبسه فضمنها كمنافع العبد، أمّا لو منعه من العمل من غير حبس فإنّه لا يضمن منافعه وجهاً واحداً، لأنّه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه، فالحرّ أولى»^(٣).

وهو كالصريح فيما ذكرناه، على أنّ التسبب الذي ذكره إنّما يقتضي الضمان إذا تعلّق بتلف الأموال، ومنفعة الحرّ معدومة، فلا يتصور التسبب لتلفها.

كما أنّ قاعدة نفي الضرر والضرار وغيرها ممّا ذكره من الآيات لو اقتضت الضمان على وجه تشمل الفرض لأثبتت فقهاً جديداً.

ضرورة اقتضاها الضمان بالمنع عن العمل أو الانتفاع بماله، وغير ذلك ممّا عرفت عدم القول به من العامة - الذين مبني فقههم على القياس والاستحسان -، فضلاً عن الإمامية الذين مبني فقههم على القواعد المقررة الثابتة عن أهل بيت العصمة، فلا وجه للضمان في الفرض كما قطع به الأصحاب.

(١) (٢) الرياض ١٢: ٦٦٣ - ٦٦٤.

(٣) التذكرة ١٩: ٢١٩.

نعم (لو استأجره لعل) في زمان معين (فاعتقله ولم يستعمله فيه) استقرت الأجرة عليه [١].
[وكذا ما كان مثله].

أما لو استأجره على عمل فاعتقله مدة يمكن فيها استيفاء العمل ولم يستوفه وبذل الأجير نفسه للعمل كذلك ولم يستوفه منه ففي استقرار الأجرة (تردد) [٢].
(و) لكن (الأقرب أن الأجرة لا تستقر) [٣] (لمثل ما قلناه) [٤].
(ولا كذلك [= في عدم استقرار الأجرة] لو استأجر دابة) مثلاً لنقل متاع مثلاً (فحبسها بقدر الانتفاع) أو بذلت له كذلك فتسلمها ولم يستوف [٥].

[١] قولاً واحداً كما عن المذهب البارع^(١).

ولا نزاع فيه كما في جامع المقاصد^(٢). ولعله - بعد إرادة الإجماع منه - الحجة بعد اقتضاء عقد الإجارة ملك الثمن، وعدم الاستيفاء إنما كان لتقصير من المستأجر، وقد فات الزمان، والأصل عدم بطلانها، كما أن الأصل عدم قيام غير الزمان - الذي هو متعلق العقد - مقامه.

ولعل مثله ما قيل من «أنهم ذكروا قرارها أيضاً فيما لو استأجره لقلع ضرره فبرأ بعد أن مضت مدة يمكنه القلع فيها بادل الأجير نفسه فيها، وإنما كان التأخير من جانب المستأجر»^(٣).

وذلك لما عرفت من اقتضاء العقد ملك الأجرة على الوجه الذي سمعته، والقرض لم يبق محلّ للعمل، والأصل عدم الانقضاء وعدم قيام غير متعلق العقد مقامه، فهو حينئذ كالأجير الخاص.

وكذا ما كان مثله، إذ ليس لقلع الضرس خصوصية.

[٢] كما في التذكرة والقواعد والإرشاد وغاية المراد^(٤).

[٣] كما في التحرير وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والمسالك والروضة والرياض^(٥) وغيرها على ما حكى عن بعضها.

[٤] من أن منافع الحرّ تضمن بالاستيفاء لا بالقوات، فمنعته في المدة المزبورة غير مضمونة على الحابس وإن بذلت له، فالعمل باق على استحقاقه عليه بالعقد الذي يقتضي ملك الأجرة بملك العمل عليه وتسليمه بتسليمه الذي لم يحصل، ولا دليل على الاكتفاء عن تسليمه بالحبس في المدة المزبورة، ولا بالبدل فيها.

[٥] لأن منفعتهما حينئذ مضمونة عليه، فتقوم مقام المنفعة المستحقة له بعقد الإجارة ولو بالتهاتر القهري باعتبار كونه مستحقاً

(١) المذهب البارع ٤ : ٢٥٠.

(٢) جامع المقاصد ٦ : ٢٢٢.

(٣) في مفتاح الكرمة ٦ : ٢٢٤.

(٤) التذكرة ٢ : ٣٨٢ (حجربة). القواعد ٢ : ٢٢٣. الإرشاد ١ : ٤٤٥. هاية المراد ٢ : ٣٩٦.

(٥) التحرير ٤ : ٥٢١. جامع المقاصد ٦ : ٢٢٢. حاشية الإرشاد (حياة الكرهي) ٩ : ٤٧٦. المسالك ١٢ : ١٦٠. الروضة ٧ : ٢٨. الرياض

١٢ : ٢٦٣.

عليه من منفعة الدابة المزبورة؛ لأنها مضمونة عليه في يده مقدار ما هو مستحق له، وهو أقرب من أجرة المثل التي هي بدل ما يفوت من المنفعة لو لم يكن له مقدار ما فات في يده ممّا هو مضمون عليه، فتأمل جيّداً، فإنّه دقيق جداً.

وربما كان في عبارة الأصحاب شهادة على ذلك حتى عبارة المصنّف: ومع قطع النظر عن ذلك فالإجماع بقسميه على قيام تسليم العين المملوكة مقام تسلّم المنفعة المستحقّة بعقد الإجارة، بخلاف الحرّ.

فما عن إجارة التذكرة^(١) والمسالك^(٢) من الاستقرار في الحرّ بذلك أيضاً واضح الضعف، وإن قوّاه الأردبيلي^(٣) هنا لما سمعته ممّا ذكره في الاستئجار على القلع للضرس الذي قد عرفت الفرق بينه وبين المقام بعد تسليم الحكم فيه؛ ولأنّ العقد موجب للمعوضين، وقد بذل هذا عوضه، فيلزمه العوض الآخر، كما في نفقة الزوجة والمهر، فإنها إذا مكّنت نفسها وإن لم يستمتع بها، ويجب عليها تسليم نفسها إذا تسلّمت المهر الذي هو قياس لا يأتي في نحو المقام الذي هو من عقود المعاوضة المقتضية ملكاً بملك وتسليماً بتسليم، بخلاف التمكين الموجب للنفقة الذي هو من الأحكام، وكذا تسليم نفسها بالمهر.

على أنّه يكفي في الفرق: ثبوت الدليل على وجوب التمكين بالنفقة وتسلّم المهر، ولا دليل في المقام على الاكتفاء عن حصول العمل الذي هو مقتضى عقد الإجارة بالمدّة المزبورة، خصوصاً إذا لم ينو المعبوس ولا الحابس الوفاء والاستيفاء عمّا عليه من العمل. وفي الايضاح: «والتحقيق أنّ هذا هل هو تمليك للمنافع، فإذا أهمل استعمالها حتى تلفت لم يضمن، أو هو كالدين في دقّة الحرّ، فلا يسقط إلا بالاستيفاء أو الإبراء؟ والأشبه الثاني، لأنّ الحرّ يستحقّ عليه في دقّته ولا يملك عينه ولا منافعه، ولأنّها معدومة، فيتبع الأصل في الملك أو اليد، وهما منفيان في الحرّ، ويرد استحقاق المستأجر الأوّل أجرة المثل على من استعمل الأجير الخاصّ»^(٤).

وهما - كما ترى - ليس من التحقيق في شيء، خصوصاً بعد أن أشكله بما ذكره أخيراً. ومن هنا قال في جامع المقاصد: «في هذا البناء نظر؛ إذ لا يلزم من ملك المنافع استقرار الأجرة بالحبس في المدّة المذكورة، لأنّ العقد المملّك إذا لم يوجب الاستقرار فلا دليل على ثبوته بمضي المدّة المذكورة»^(٥).

ومرجعه إلى ما ذكرناه من عدم الدليل على قيام الحبس أو البذل المدّة المزبورة مقام تسلّم العمل، بخلافه في المال وفي الأجير الخاصّ.

لكن قال متصلاً بما سمعت: «ووجه شيخنا الشهيد الاستقرار في بعض حواشيه بأنّ المنافع ملكها المستأجر وتلفها مستند إلى فعله، ويؤيّده الحكم باستقرار الأجرة على قلع الضرس مع البرء وسبق التمكين من قلعه»^(٦). قلت: هو كما ترى راجع إلى ما سمعته من الفخر، ويرد عليه ما عرفت، والله العالم.

(١) التذكرة ١٨: ٢٩٩.

(٢) المسالك ٥: ١٩٤ - ١٩٥.

(٣) مجمع الفالدة والبرهان ١٠: ٥١٤.

(٤) الايضاح ٢: ١٦٨.

(٥) (٦) جامع المقاصد ٦: ٢٢٢.

(ولا يضمن الخمر) مع تلفها (إذا غضبت من مسلم) وكان الغاصب مسلماً [١].

(و) كذا (لو غضبها الكافر) من المسلم [٢].

نعم (تضمن إذا غضبت من الذمي مستتراً^(١) ولو) كان الذي (غضبها) منه (المسلم) [٣].

أما المتظاهر فلا ضمان وإن كان الغاصب كافراً [٤].

(وكذا) الكلام في (الخنزير) بالنسبة إلى ضمانه وعدمه في المسلم والمتستر والمتظاهر وغير ذلك مما

عرفت. وكذا ضمانه بالقيمة عند مستحلّيه [٥].

[١] على الأشهر في محكي المختلف^(٢)، بل المشهور في المسالك^(٣).

بل بلا خلاف - أي بين المسلمين - في محكي الخلاف^(٤)، بل إجماعاً في التذكرة^(٥). فما عن أبي علي - من إطلاق

ضمان الخمر المغصوبة بقيمتها خلأً^(٦) - واضح الضعف، وإن نزل على الخمر المتخذة للتخليل إلا أنه منافٍ لإطلاق معقد الإجماع ونفي الخلاف المزبورين.

بل صريح الشهيدين والكركي عدم ضمان المتخذة للتخليل وإن أتم^(٧).

بل قيل: يعزّر^(٨). بل في المسالك: أنه المشهور^(٩)؛ لأنها على كل حال غير مملوكة للمسلم وإن سبق ملكه قبل

الخرمية، فلا وجه لضمائها. وما عن المقدس الأردبيلي^(١٠) - من التأمل في أصل الخروج عن الملكية بذلك وفي عدم ضمانها بالمثل أو بالخل - من الوسوسة. وكذا ما عن ظاهر المفاتيح^(١١) أو صريحها من ضمان المتلف لها؛ ضرورة ظهور النصوص والفتاوى في عدم ملكية المسلم للخمر مطلقاً وإن كان المتخذ للتخليل منها محترماً، بمعنى الإثم في غضبه ووجوب ردّ عينها وإن انقلبت خلأً عند الغاصب.

[٢] كما صرح به غير واحد، بل عن الخلاف نفي الخلاف^(١٢) أيضاً، لما عرفت مما هو مشترك بين الكافر (و) المسلم.

[٣] بإجماع الفرق وأخبارها في محكي الخلاف^(١٣). بل قيل: إن الإجماع أيضاً ظاهر المبسوط والسرائر والتذكرة^(١٤).

[٤] قولاً واحداً.

[٥] بلا خلاف ولا إشكال.

(١) في بعض النسخ: «مستتراً».

(٢) المسالك ١٢: ١٦١.

(٣) التذكرة ١٩: ١٩٧.

(٤) نقله في المختلف ٦: ١٣٢.

(٥) الدرر ٣: ١٠٨. الروضة ٧: ٢٩. جامع المقاصد ٦: ٢٢٣.

(٦) مجمع المقاصد ٦: ٢٢٣.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٥١٥.

(٨) المفاتيح ٣: ١٧١.

(٩) مفتاح الكرامة ٦: ٢٢٦.

وكذا الخمر يضمنها المسلم للذمي المستتر بها بالقيمة عند مستحلها [١].

[ولو كان المتلف ذمياً على ذمي فهل يضمن الخمر بالقيمة أو المثل؟].

[قال المصنف] * ويضمن الخمر بالقيمة عند المستحل لا بالمثل، ولو كان المتلف ذمياً على ذمي، وفي هذا

تردد [٢]. [ولعل الأقوى أنه يضمن القيمة].

[أسباب الضمان]:

(وهنا أسباب أخر يجب معها الضمان) غير الغصب جرت عاداتهم في البحث عنها في كتابه.

[ضمان المباشرة]:

(الأول: مباشرة الإتلاف) [٣].

(سواء كان المتلف عيناً، كقتل الحيوان المملوك وتخريق الثوب أو منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة وإن لم

يكن هناك غصب) أي استقلال يد على أنه عدوان.

[١] بإجماع الفرق وأخبارها في محكي الخلاف والتذكرة^(١)، ولا بحث فيه كما في جامع المقاصد^(٢)؛ لاستحالة ثبوت الخمر في ذمة المسلم وإن كانت مثلية.

بل عن المبسوط والسرائر والتحرير والمختلف وغيرها ذلك أيضاً إذا كان الغاصب كافراً^(٣).

بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه^(٤). بل عن الخلاف دعوى إجماع الفرق وأخبارها عليه أيضاً^(٥).

خلافاً للمحكي عن القاضي في أحد قوليه من القول بضمن مثله^(٦). وفي جامع المقاصد والمسالك تقييد

ضمان القيمة بما إذا ترفعوا إلينا^(٧). وفي القواعد: الإشكال^(٨) في ذلك كقول المصنف: [ذلك].

[٢] ولعل منشأ أنها مال مملوك وهو مثلي، فيضمن بمثله، وقد أمرنا بإقارهم على ما عندهم^(٩). ومن أنه يمتنع في شرع

الإسلام الحكم باستحقاق الخمر - وإن كنا لا نعترضهم إذا لم يتظاهروا بها - فامتنع الحكم بالمثل للعارض، فيجب الانتقال إلى

القيمة، كما إذا تعدر المثل في المثلي.

ولعل هذا أقوى، خصوصاً مع ملاحظة اشتراط التستر في احترامها، فمتى حكم لهم بها ظاهراً زال احترامها. وما عساه

يقال - من أنه لا يلزم من الحكم باستحقاقها إظهارها - يدفعه: أن الحكم باستحقاقها ظاهر في ذلك، خصوصاً إذا انجر إلى الإظهار

عند الامتناع من الأداء فحبس حتى يؤذي، وخصوصاً مع ملاحظة ما سمعت من الإجماع المحكي المعتمد بالشهرة بقسميهما، والله

العالم.

[٣] بلا خلاف فيه بين المسلمين فضلاً عن المؤمنين، بل الإجماع بقسميه عليه إن لم يكن ضرورياً.

(١) الخلاف ٣: ٤١٤. التذكرة ١٩: ١٩٧، ١٩٩. (٢) جامع المقاصد ٦: ٢٢٣.

(٣) المبسوط ٣: ١٠٠. السرائر ٢: ٤٩٢. التحرير ٤: ٥٢٢. المختلف ٦: ١٣٥ - ١٣٦.

(٤) التذكرة ١٩: ١٩٧. (٥) الخلاف ٣: ٤١٤ - ٤١٥.

(٦) المهذب ١: ٤٤٤. (٧) جامع المقاصد ٦: ٢٢٣. المسالك ١٢: ١٦٢.

(٨) القواعد ٢: ٢٢٤. (٩) انظر الوسائل ١٥: ١٤٩، ب ٦٨ من جهاد العدو.

[ضمان التسييب]:

(الثاني: التسييب وهو كل فعل يحصل التلف بسببه كحفر البئر في غير الملك، وكطرح المعائر في المسالك) [١].

[١] بلا خلاف أجمده في أصل الضمان به بل يمكن تحصيل الإجماع عليه. مضافاً إلى خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال رسول الله ﷺ: من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابةً أو حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب فعضب فهو له ضامن»^(١). وصحيح الحلبي عنه عليه السلام أيضاً: «سألته عن الشيء يوضع على الطريق فتتمر به الدابة فتتفر بصاحبها فتعقره؟ فقال: «كل شيء يضرب بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه»^(٢). وخبر أبي الصباح الكناني عنه عليه السلام أيضاً: «من أضرب بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن»^(٣). وصحيح زرارة عنه عليه السلام أيضاً: قلت له: رجل حفر بئراً في غير ملكه فمر عليها رجل فوقع فيها. فقال: «عليه الضمان؛ لأن كل من حفر بئراً»^(٤) في غير ملكه كان عليه الضمان»^(٥). وموثق سماعة: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحفر البئر في داره أو ملكه؟ فقال: «ما كان حفر في داره أو ملكه فليس عليه ضمان وما حفر في الطريق أو غير ملكه فهو ضامن لما يسقط فيها»^(٦). إلى غير ذلك من النصوص التي منها: المعتبرة المستفيضة الدالة:

- ١ - على غرامة الشاهد إذا رجع عن شهادته بعد ما قضي بها للأول قدر ما أتلفه من مال الرجل^(٧).
- ٢ - وعلى أنه يقتل إذا قتل بشهادته، وقال الشاهد: تعددت الشهادة عليه زوراً^(٨).
- ٣ - وعلى غرامة دية اليد مثلاً لو شهد عليه بالسرقة ورجع، وقال: إنني اشتبهت^(٩).
- ٤ - وعلى غرامة المهر لو شهد بطلاق زوجة ثم تزوجت، أو بموت زوجها، ثم جاء زوجها، أو رجع الشاهد عن شهادته بالطلاق^(١٠).
- ٥ - ومنها ما دل على رجوع المغرور^(١١).

٦ - ومنها ما دل على تسييب الإكراه^(١٢)، وغير ذلك المعلوم عدم خصوصية الطريق فيها، كمعلومية عدم خصوصية لما ذكر فيها من الأفراد، خصوصاً بعد ملاحظة العموم في صحيح الحلبي منها^(١٣)، وغيره.

نعم عبر الأصحاب عملاً فيها بالسبب واختلفوا في تعريفه فعرفه المصنف هنا بما سمعت، وفي الدييات بـ «ما لولاه لما حصل التلف عنده لكن علة التلف غيره، كحفر البئر ونصب السكين وإلقاء الحجر، فإن التلف عنده بسبب العثار»^(١٤).

وفي القواعد هنا: «السبب: إيجاد ما يحصل التلف عنده إذا كان السبب ممّا يقصد لتوقع تلك العلة، كالحافر وفتح رأس

(١) الوسائل ٢٩: ٢٤٥، ب ١١ من موجبات الضمان، ح ١. (٢) الوسائل ٢٩: ٢٤٣، ب ٩ من موجبات الضمان، ح ١.

(٣) (٥) الوسائل ٢٩: ٢٤١، ب ٨ من موجبات الضمان، ح ١، ٢. (٤) لم ترد «بئراً» في المصدر.

(٦) الوسائل ٢٩: ٢٤١، ب ٨ من موجبات الضمان، ح ٣ وذيله. (٧) انظر الوسائل ٢٧: ٣٢٧، ب ١١ من الشهادات.

(٨) انظر الوسائل ٢٧: ٣٢٨، ب ١٢ من الشهادات. (٩) انظر الوسائل ٢٧: ٣٣٢، ب ١٤ من الشهادات.

(١٠) انظر الوسائل ٢٧: ٣٣٠، ب ١٣ من الشهادات. (١١) انظر الوسائل ٢١: ٢١١، ٢٢٠، ب ٢، ٧، من الميوب والتدليس.

(١٢) انظر الوسائل ١٠: ٥٦، ب ١٢ من ما يمسك عنه الصائم. (١٣) تقدم آنفاً.

(١٤) الشرائع ٤: ٢٥٤.

الطرف، والمكره على الإلتلاف، والمباشرة: هي إيجاد علة التلف، كالقتل والإحراق»^(١).

وقال في قصاصها: «أقسام المزهق ثلاثة: شرط وعلة وسبب، فالشرط ما يقف عليه تأثير المؤثر ولا مدخل له في العلة، كحفر البئر بالنسبة إلى الوقوع، إذ الوقوع مستند إلى علته، وهي التخطي ولا يجب به قصاص، وأما السبب فهو ماله أثر ما في التوليد، كما للعة، لكنه يشبه الشرط من وجه، ومراتبه ثلاثة: الأول: الإكراه - وذكر تفصيل الحال فيه - الثاني: شهادة الزور - ثم ذكر تفصيل الحال فيها - الثالث: نحو تقديم الطعام المسموم إلى الضيف - وذكر تفصيل الحال فيه»^(٢).

وقال في دياتها: «السبب هو كل ما يحصل التلف عنده بعلة غيره، إلا أنه لولاه لما حصل من العلة تأثير كالحفر مع التردّي»^(٣).

وقال في الإيضاح في وجه التردّد في ضمان الولد بموته جوعاً لو حبس الشاة أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فأفق بها أو غصب دابة فبيعها ولدها: «ينشأ في الأول من أنه مات بسببه، لصحة إسناده إليه عرفاً، ولأن السبب هو فعل ما حصل بهلاكه عنده لعله سواه، وهذا تفسير بعض الفقهاء، وزاد آخرون: ولولاه لما أثرت العلة، وهذا التفسير أولى، فعلى هذا ليس هو السبب، ولأنه يمكن اعتياضه بغيره فهو أعم، فليس بسبب ولا يده عليه، ولا مباشرة ولا ضمان، وهذا منشأ النظر في الباقيين، وأيضاً ينشأ في الثاني من أنه تصرف في المالك لا في المال، ومن حيث إنه سبب عرفاً، وأما في الثالث فمن حيث إنه سبب حدوث ميل يشبه القسري لوجود ميل الولد إلى أمه طبعاً فهو سبب، ومن الشك في كونه سبباً شرعياً في الضمان والأصل البراءة»^(٤).

وقال في غاية المراد في بيان الوجه في سببية دلالة السارق: «إن السبب على ما فسره الفقهاء هو إيجاد ملزوم العلة قاصدا لتوقع تلك العلة، ومنهم من يفسره بأنه فعل ما يحصل عنده التلف لكن لعله غيره، فهو أعم من الأول لإمكان سبب آخر بدل منه»^(٥).

وقال في جامع المقاصد: «عرف في الدروس السبب بأنه فعل ملزوم العلة وقريب منه ما ذكره الشارح الفاضل، والمعنى قريب، وقول المصنّف: «إذا كان السبب ممّا يقصد لتوقع تلك العلة» غير محتاج إليه، بل هو مضمّن، إذ حفر البئر قد لا يقصد الحافر به توقع العلة الموجبة للتلف ولا قصدها أكثر، مع الضمان قطعاً للسببية، وكأنّه أراد الاحتراز عما إذا كان حدوث المقتضي للتلف على تقدير ذلك الفعل نادراً، فإنه لا يعدّ سبباً، ولعله أراد بقصده كون شأنه ذلك، وكان الأولى أن يقول: هو إيجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب ممّا يتوقع معه علة التلف، بأن يكون وجودها معه أكثر، وأعلم أنّ شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد فسر السبب بتفسيرين - ثم حكى عبارته السابقة، وقال -: في الأول نظر، لأنه إنما يصدق في العاصب إذا قدّم طعام الغير لأكل مباحاً له، لأنه قاصد حينئذ بالتقديم الأكل، ولا ريب أنّ حفر البئر سبب وطرح ما يتعثر به سبب بغير خلاف، والظاهر أنّ مراد الجماعة كونه يقصد توقع العلة باعتبار الشأن، فيكون تقديره هكذا: السبب إيجاد ملزم العلة الذي شأنه أن يقصد معه توقع

(٢) القواعد ٣: ٥٨٩ - ٥٩١.

(١) القواعد ٢: ٢٢١.

(٣) القواعد ٣: ٦٥١.

(٤) الإيضاح ٢: ١٦٧.

(٥) غاية المراد ٢: ٣٩١ - ٣٩٢.

تلك العلة»^(١). وقال في مجمع البرهان بعد أن حكي عن بعض زيادة « قصد توقع تلك العلة » على تعريفه بأنه إيجاد ملزوم العلة المتلفة : « نحن ما نقدر على فهم المذكور من دون زيادة فكيف مع الزيادة »^(٢). وذلك لأنه ذكر سابقاً « أن الملزومية غير ظاهرة ، وإنما الظاهر كونه موقوفاً عليه عليه العلة ، وأنها لم تتحقق إلا بعد تحققه ، لا أنه لازمه لوجوده ، فإنه معلوم عدم استلزام الحفر للتردي والإلقاء ، ولعل المراد بالملزومية ذلك المقدار فقط ، إذ لا يحتاج إلى شيء بعد وجوده إلا المباشرة »^(٣).

وقال في المسالك : « إن ما له مدخل في هلاك الشيء إما أن يكون بحيث يضاف إليه الهلاك في العادة إضافة حقيقية له أو لا يكون كذلك ، وما لا يكون كذلك إما أن يكون من شأنه القصد به ما يضاف إليه الهلاك أو لا يكون كذلك ، وما يضاف إليه الهلاك يسمى علة ، والإتيان به مباشرة ، وما لا يضاف إليه الهلاك ولكن يكون من شأنه أن يقصد بتحصيله ما يضاف إليه سمي سبباً ، والإتيان به تسيباً »^(٤).

إلى غير ذلك من كلماتهم التي لم نعرف الداعي لهم إلى صدورها بعد خلق نصوصهم عن اللفظ المزبور عنواناً للحكم ، وإنما الموجود في النصوص ما عرفت ، ومنه يتعدى إلى أمثاله بعد العلم بعدم الخصوصية للمذكور فيها ، أو يستند إلى ما سمعته من العموم في بعضها ، والأصل البراءة فيما لا يضاف إليه الإلتلاف حقيقة ، ولا يندرج في الأمثال المزبورة ، بل مع الشك فيه كذلك أيضاً .

ولعل المحصل منها : الضمان على وجه يجعل ضابطاً هو إيجاد ما يصلح أن يقصد حصول التلف به في بعض الأحيان ولو بواسطة غيره معه ، سواء كان له مدخلة في علة العلة كالحفر أو في وجودها كالغرور والإكراه ، ومع فرض قصور العبارة عن تأديته لا يلتفت إليها . ودعوى أن المحصل منها الضمان بمفهوم السبب - الذي قد عرفت الخلاف في تعريفه على وجه بنوا الضمان وعدمه في بعض الفروع عليه - واضحة الفساد ؛ ضرورة كون الثابت خصوص بعض المصاديق التي لا ينتقل منها إلى جعل عنوان الحكم مفهوم السبب الذي ذكره ، خصوصاً بعد العلم بأن ما سمعته من التعريف له من الأمور الاصطلاحية ، لا أنه مفهوم عرفي .

بل لا يبعد كون المراد لهم ضبط ما استفادوا الضمان به من النصوص المزبورة^(٥) ، لا أن المراد كون المدار على صدق اسم « السبب » ، خصوصاً بعد أن لم يكن له معنى منقح عرفاً . بل ربما أطلق اسمه على المعلوم عدم الضمان به ، وليس في شيء من النصوص ما يقتضي جعل مفهومه عنواناً ، بل « السبب » المذكور هنا غير موافق لمعنى السبب بمعنى العلة التامة ولا السبب الاصطلاحي الذي هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته ، بل ليس هو إلا من الشرائط كما سمعت الاعتراف به من الفاضل .

فالتحقيق حينئذ كون المدار على الاستفادة من النصوص المزبورة^(٦) وغيرها مما صرح فيها بالضمان به ، والتعدي منه إلى مشابهه في ذلك الإجماع أو بفهم عرفي ينتقل منه إلى كون المذكور مثلاً لما كان من سنخه ، ولعل ذلك وجه التردد فيما سمعته من الأمثلة وإلا فتعريف السبب المزبور صادق عليه ، كصدق التسيب بالمعنى العرفي .

(١) جامع المقاصد ٦ : ٢٠٧ .

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٤٩٦ .

(٣) المسالك ١٢ : ١٦٣ .

(٤) تقدم في ص ٣٢ .

(٥) تقدم في ص ٣٢ .

[ولعل الضابط هو إيجاد ما يصلح أن يقصد حصول التلف به في بعض الأحيان ولو بواسطة غيره معه، سواء كان له مدخلة في علّة الحفر أو في وجودها كالغرور والإكراه].

والظاهر عدم كون التعدي والتفريط - الموجبين للضمان في الأمين - من ذلك حتى يصحّ التعدي منها إلى ما مثله في غير الأمين، فيكون دلالة السارق وفتح الباب ومنع المالك حراسة ماثيته موجبا للضمان باعتبار إيجاب مثله في الأمين الذي مدار ضمانه على التعدي والتفريط الصادق ثانيهما في المفروض إذا كان من الأمين دون غيره [١]. ومنه يعلم: عدم اعتبار قصد توقع العلة فيه ولا أكثرية ترتب التلف به ولا منشأته [٢]. وعلى كل حال فـ [سهل يكون حفر البئر في غير الملك سببا للضمان مطلقاً أم لا؟] [٣].

[١] فتأمل جيداً في جميع ما ذكرناه، فإنه دقيق نافع لم أجده محزراً في كلامهم.

[٢] ضرورة إطلاق النصوص المزبورة^(١) الضمان بالأمور المذكورة من غير تقييد لشيء منها بشيء من ذلك، كضرورة كون مراد الأصحاب بما ذكروه من موجبات التضمن بالتسبب هنا أنّ الضمان يكون به. لأنّ المراد متى صدق السبب حصل الضمان؛ ضرورة وقوع حفر البئر - الذي لا إشكال في كونه سبباً نصّاً^(٢) - فتوى - على وجوه عديدة لا ضمان فيها. ولعله لذا وغيره قيد ما حكاه بعضهم من الإجماع على التضمن بالسبب بقوله: «في الجملة»^(٣). وقال في المسالك: «واعلم أيضاً أنّ تمثيل المصنّف السبب بحفر البئر في غير الملك تخصيص للسبب الموجب للضمان، فإنّ حفره - وإن كان في ملك الحافر - يكون سبباً في الهلاك، لكنّه غير مضمون، فالسبب المعرف سبب خاص، وهو الموجب للضمان، وإن كان التعريف صادقاً على ما هو أعمّ»^(٤). وإن كان آخر كلامه لا يخلو من نظر في الجملة.

[٣] قد أطلق المصنّف وغيره كون حفر البئر في غير الملك سبباً للضمان، وهو أعمّ من الحفر في طريق مسلوكة أو في ملك الغير أو في ملك مشترك. بل عن ظاهر الفنية الإجماع على ذلك^(٥) ومقتضى إطلاقهم عدم الفرق في المتردي بين أن يكون المالك أو غيره وبين الداخل بإذنه أو غيره، وبين كون البئر مكتشفة أو مغطاة. بل مقتضى إطلاق غير واحد عدم الفرق بين كون ذلك لمصلحة المسلمين وغيره، بل عن الفخر التصريح بالأخير^(٦). لكن عن الشيخ والفاضل وثاني الشهيدين والأردبيلي عدم الضمان إذا كان الحفر في الطريق لمصلحة المسلمين كالحفر للبالوعة والاستقاء ونحو ذلك^(٧)، واستحسنه المصنّف. إلّا أنّ ما سمعته من النصوص^(٨) - المشتمل على العموم اللغوي وترك الاستفصال - يقتضي الضمان مطلقاً. بل قيل: «إنّ الاستفادة منها كون التعدي موجباً للضمان، فيشمل الحفر في الملك المشترك»^(٩)، مؤيداً بما حكى من إطلاق الفتاوى ضمان المتعدي بالحفر. اللهم إلّا أن يقال: إنّ المنساق من ذلك التعدي في جميع الحفر لا في مثل الفرض - وإن وجب عليه الاجتناب فيه من باب المقدّمة - فيبقى على أصالة البراءة. وربما احتمل ضمان النصف مطلقاً أو إن كان الشريك واحداً، وإلّا فثلاثان إن كانوا ثلاثة وهكذا.

(١) تقدم في ص ٣٢. (٢) انظر الوسائل ٢٩: ٢٤١، ب ٨ من موجبات الضمان.

(٣) (٤) الرياض ١٤: ٢٢٤. المسالك ١٢: ١٦٤. (٥) استظهره في مفتاح الكرامة ٦: ٢١٩. انظر الفنية: ٤١٠ - ٤١١.

(٦) الايضاح ٤: ٦٦٢.

(٧) المبسوط ٧: ١٨٦. الارشاد ٢: ٢٢٦. التحرير ٥: ٥٤٠. المسالك ١٥: ٣٦٢. مجمع الفائدة والبرهان ١٤: ٢٥٨.

(٨) انظر الوسائل ٢٩: ٢٤١، ب ٨ من موجبات الضمان. (٩) مفتاح الكرامة ٦: ٢١٩.

ويأتي تمام الكلام في المسألة إن شاء الله تعالى في الديات، كما أنه يأتي إن شاء الله تعالى تمامه في الضمان بالمعائر [١].

[ويضمن بالقاء القمامة في الطريق ولو كان الإلقاء لضرورته].

وعلى كل حال فـ [المختار] [٢] التضمن بالتسبب في الجملة.

(لكن إذا اجتمع السبب والمباشر قَدَمَ المباشر في الضمان على ذي السبب، كمن حفر بئراً في ملك غيره عدواناً فدفع غيره فيها إنساناً فضمان ما يجنيه الدفع على الدافع) [٣].

[١] المصرّح به في جملة من الكتب، وهي شاملة للدكة والقمامات كفشور البطيخ ونحوها. بل عن المبسوط التصريح بالضمان في الأخير^(١) [أي القمامات]. نعم قيده المصنّف والفاضل في المحكّي من تحريره وإرشاده بمن لم ير القمامة^(٢). والأصل فيه ما سمعته من الصحيح^(٣)، بل لا يبعد القول بالضمان فيما فعله لضرورته؛ إذ لا تنافي بين الجواز والضمان. [٢] [كما لا خلاف ولا اشكال في ذلك].

[٣] لما عرفته من تقديم المباشرة على التسبب الذي لم أجد فيه خلافاً بينهم. بل أرسلوه إرسال المسلّمات في المقام وفي القصاص والديات. بل عن كشف اللثام الإجماع عليه^(٤). بل في مجمع البرهان: «أن من المعلوم عقلاً ونقلاً إسناد الفعل إلى القريب دون البعيد الذي هو سبب السبب وله مدخلة ما في ذلك الشيء، وهو ظاهر، وكأنّه مجمع عليه»^(٥).

قلت: وهو كذلك، بل لعلّ التضمن بما ذكروه من السبب - الذي قد عرفت كونه من الشروط - باعتبار قربه إلى علّة التلف، فهو أقوى من غيره من الشرائط التي لها مدخلة في التلف أيضاً، إلّا أنّ القريب منها سوّه بالسبب وجعلوا التضمن به، ولا ريب في أنّ المباشرة أقرب منه، بل السبب في الحقيقة قد صار من آلات المباشر في مباشرته، كقتله بالسيف والدفع في البئر وإلقائه على السكين المنصوب مثلاً، وإغراقه في الماء الذي وضعه الغير وهكذا. إلّا أنّه مع ذلك كلّه قد ناقش فيه في الرياض بأنّ القوّة لا تدفع الضمان عن السبب بعد وجود ما يقتضي ضمانه أيضاً، وهو ما مرّ من حديث نفي الضرر^(٦) ولا امتناع في الحكم بضمانهما معاً، وتخبر المالك في الرجوع إلى أيّهما شاء كالغصب، فلو لا الإجماع الظاهر المعتضد بالأصل لكان القول بضمانهما - كترتب الأيدي في الغصب - في غاية الحسن^(٧).

ثم قال: «وعلى هذا تبّه خالي العلامة دام ظلّه في حاشيته على شرح الإرشاد إلّا أنّ ظاهره سلّمه الله المصير إليه أو بقاؤه في شباك التردد من دون أن يقطع بما ذكره الأصحاب، ولعلّه لتوقّفه في فهم الإجماع وتردّده في قبول حكايته من ناقله، لعدم قطعه به، وهو حسن، ولكن الإجماع ظاهر، فالمصير إلى ما ذكروه متعيّن»^(٨).

قلت: لا يخفى عليك ما فيه بعد التأمل فيما ذكرناه؛ ضرورة أنّ القوّة إذا كانت على وجه لا يسند الفعل إلّا إلى ذهاب تدفع الضمان عن السبب الذي ظاهر ما دلّ على التضمن به إنّما هو فيما إذا لم يكن معه مباشر قوي.

(١) المبسوط ٧: ١٨٩. (٢) التحرير ٥: ٥٤٠. الإرشاد ٢: ٢٢٧.

(٣) وهو صحيح الحلبي تقدّم في ص ٣٢. (٤) كشف اللثام ١١: ٢٧٩.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٥٠١. (٦) انظر الوسائل ١٨: ٣٢، ب ١٧ من الخيار، ح ٣.

(٧) (٨) الرياض ١٢: ٢٦٦.

نعم قد يشك في صورة ما لو قصد الاشتراك في الإلتاف، بأن فعل ذو السبب سببه لإرادة مباشرة الإلتاف من المتلف، كما لو نصب سكّيناً في الأرض ليدفعه الآخر عليها مثلاً، مع أنّ التحقيق فيها أيضاً كون الضمان على المباشر الذي يسند الفعل إليه وإن كان ذلك معيّناً له وصار فعله من المعدّات، كما هو واضح بأدنى تأمل في الفرق بين المعدّات القريبة والبعيدة [١].

هكذا كلف في اجتماع المباشرة والتسبب. أمّا اجتماع السببين بأن يحفر واحد بئراً ويضع آخر عنده حجراً فيعثر به إنسان فيقع في البئر [٢]. وربما احتمل ترجيح الأقوى، كما لو نصب سكّيناً في البئر المذكور. وقد يحتمل قوياً تساوي السببين، لاشتراكهما في التلف الحاصل خارجاً، وأنه لولا الحجر لم يحصل التردّي في البئر، كما أنه لولا البئر لم يؤثّر العثر بالحجر تلفاً، بل لو فرض كون كلّ من السببين متلفاً لو استقلّ، إلا أنّهما اشتركا فيما تحقّق في الخارج من التلف يتّجه أيضاً فيه الاشتراك في الضمان، وتامم الكلام في ذلك في الدّيّات إن شاء الله تعالى. وكيف كان فقد استثنى [٣] من قاعدة «تقديم المباشر» ما إذا ضعف المباشر [٤]. وكذا الريح والشمس والنار والسبع وغيرها ممّا لا عقل له ولا اختيار[.]

[١] ولعلّه لذا قالوا في القصاص: إنّه يحبس ذو السبب إلى أن يموت، والقصاص على المباشر.

[٢] ففي المسالك: «إن اتّفقا في وقت واحد اشتركا في الضمان؛ لعدم الترجيح، وإن تعاقبا فالضمان على المتقدّم في التأثير، لاستقلاله بالضمان أولاً، فكان أولى، وهو سبب السبب، فيجب وجود المسبّب عنده»^(١). وكأنّه أراد ما في التذكرة: قال: «ولو تعدّد السبب فالضمان على المتقدّم منهما إن ترتّبا، كما لو حفر شخص بئراً في محلّ عدواناً ووضع آخر حجراً فيه فعثر إنسان بالحجر فوق في البئر، فالضمان على واضع الحجر، لأنّ السبب المؤدّي إلى سبب الإلتاف، فكان أولى بالضمان؛ لأنّ المسبّب يجب مع حصول سببه فيه، فوضع الحجر يوجب التردّي، أمّا لو انتفى سبب الترتيب فالضمان عليهما، كما لو حفر ووضع الحجر، فإنّ الضمان عليهما»^(٢).

قلت: لا يخلو كلامهما من خفاء في الجملة، والذي ذكره غيرهما أنّه يقدّم الأوّل في الجناية وإن تأخّر حدوثه عن الآخر.

[٣] [كما استثنى] غير واحد من الأصحاب [ذلك].

[٤] وفي الدروس والملمعة الاختصار على استثناء الغرور والإكراه^(٣). بل في القواعد الاقتصار على الثاني^(٤) منهما، كما في الإرشاد الاختصار على الأوّل^(٥) منهما. إلا أنّ الظاهر إرادة المثال؛ ضرورة ضعف الريح والشمس والنار والسبع وغيرها ممّا لا عقل له ولا اختيار. ولعلّه لذا قال في المسالك: «وله صور كثيرة تأتي جملة منها، وقد تقدّم منها مسألة الغرور بتقديم الطعام إليه جاهلاً. فإنّ الضمان يستقرّ على الأمر»^(٦). قلت: بل لو لم يكن منه أمر، بل مجرد تقديمه له ضيافة وإن قال في التذكرة «من قال كله ولم يقل: إنّه ملكي ولا طعام فلان غصبته، بل أطلق فوجهان، أقواهما الضمان؛ لأنّه غزّه أيضاً»^(٧).

(١) المسالك ١٢: ١٦٤، وفيه: «لا ستغاله، يدلّ على استقلاله». (٢) التذكرة ١٩: ١٦٢.

(٣) الدروس ٣: ١٠٧. الملمعة: ٢٢١.

(٤) بل اقتصر على الثاني منهما، انظر الإرشاد ١: ٤٤٤. (٦) المسالك ٢: ١٦٥.

(٧) التذكرة ١٩: ١٨٨ نقلاً بالمعنى.

[ويضمن بمجرد تقديم الطعام ضيفاً] بل لو كان الطعام ملك المأمور المغرور ضمنه له أيضاً [١].
وأما المكره فـ [المختار] [٢] [أته] (لا يضمن المكره المال وإن باشر الإتلاف والضمان على من أكرهه، لأنّ
المباشرة ضعفت مع الإكراه، فكان ذو السبب هنا أقوى) [٣]. نعم قد تقدّم في كتاب الطلاق تفصيل ما يتحقّق به
الإكراه [٤].

[ويصدق الإكراه بخوف الضرر وإن كان يسيراً فضلاً عن الضرر الكثير].
ثم إنّ [الظاهر] [٥] عدم رجوع المالك على المكره بخلاف الجاهل المغرور [٦].
ولكن مع ذلك - إن لم يكن إجماعاً - لا يخلو من نظر، خصوصاً مع عود النفع إلى المباشر، باعتبار مباشرة
الإتلاف وإن رجع هو على المكره [٧].
[بل قد يقال باختصاص الضمان بالمباشر الذي هو المكره والمغرور وإن أثم المكره والغاز].

[١] لأنّه وإن كان قد سلّطه عليه وصيّره بين يديه إلّا أنّه باعتقاده أنّه ملك الغير وأنّه مسلّط على إتلافه بغير عوض، فليس
تسليمه له تسليماً تامّاً يتصرّف فيه تصرّف المالك، فلذلك ضعف مباشرته بالغرور وما اشترت من أنّ قرار الضمان على من تلف في
يده المال إنّما هو في غير الفرض.

[٢] [و] هو الذي أشار إليه المصنّف بقوله: [ذلك].

[٣] بلا خلاف أجدّه في شيء من ذلك.

[٤] وفي المسالك: «ربّما قيل هنا باشتراط زيادة خوف ضرر لا يمكن تحمّله، والأشهر الأوّل»^(١).

قلت: ولعلّه لصدق الإكراه الذي هو عنوان الحكم نصّاً^(٢) وفتوى وإن كان الضرر يسيراً.

[٥] [إذ] ظاهر الأصحاب في المقام [ذلك].

[٦] فإنّ له الرجوع عليه وإن رجع هو على الغاز. ولعلّه لعدم صدق «أخذت» الظاهر في الاختيارية عليه بخلاف المغرور.
مضافاً إلى ظهور رجوع المغرور في ضمانه وإن رجع هو، وحينئذ يكون المراد من قولهم: «الضمان على المباشر إلّا مع قوّة ذي
السبب» أنّه يستقلّ السبب بالضمان مع قوّة، ولا يشاركه المباشر إلّا في الغرور، كما أنّه يستقلّ المباشر بالضمان ولا يشاركه
السبب.

[٧] بل قد يقال: إنّ القاعدة تقتضي اختصاص الضمان بالمباشر الذي هو المكره والمغرور وإن أثم المكره والغاز، لاستقلال
المباشر بالإتلاف، ولكن ضمننا للدليل لا لقوّة السبب على المباشر المخصوصة بما إذا كان الإسناد حقيقة للسبب دون المباشر الذي
هو كالريح والشمس. بل قد يقال: بشمول قوله عَلَيْهِ «كلّ مغضوب مردود»^(٣) له وإن كان مكرهاً على تناول المغضوب والتصرّف
فيه.

(١) المسالك ١٢: ١٦٥.

(٢) انظر الوسائل ١٥: ٣٦٩، ب ٥٦ من جهاد النفس.

(٣) التهذيب ٤: ١٤٠، ح ٢، وفيه: «المغضوب كلّ مردود». الوسائل ٢٥: ٣٨٦، ب ١ من الغصب، ح ٣، وفيه: «لأنّ كلّ غصب مردود».

بل ينبغي الحزم به فيما لو كان مغصوباً في يده قبل الإكراه فأكره على إتلافه . بل هو كذلك في كل مضمون في يده ثم أكره على إتلافه [١] .

أما إذا كان مضموناً في يده سابقاً فإنه يبقى على حكم ضمانه وإن أكره على إتلافه حتى لو كان الإكراه بالحكم الظاهري من حاكم الشرع .

نعم هو يرجع على المكره الذي قد صار بمنزلة مَنْ تلف المال في يده بالنسبة إلى قرار الضمان بعد أن رفع الشارع حكم التلف في يد المكره عنه ، وكذا الكلام في المغرور والغر بالنسبة إلى ذلك .

ومنه يعلم الوجه حينئذ في تخيير المالك في الرجوع عليهما ، فإن رجع على المكره - بالكسر - لم يرجع على المكره - بالفتح - ، بخلاف العكس على نحو ما سمعته في قرار الضمان على من تلف المال في يده في الأبادي المتعاقبة .

كما أنه مما ذكرنا يعلم الفرق بين المضمون في يد المكره - وبين غيره كالوديعه ، وإن كان فيه البحث السابق ، فتأمل جيداً ، فإنه دقيق نافع في أطراف المسألة .

هذا [في المال وأما النفس] [٢] فإن الإكراه على إتلافها لا يوجب سقوط الضمان عن المكره .

نعم في الجرح إشكال [٣] .

وقد تقدم لنا بعض الكلام في ذلك ، ويأتي إن شاء الله تعالى ، والله العالم .

(ولو أرسل في ملكه ماء فأغرق مال غيره أو أجاج ناراً فيه ، فأحرق لم يضمن ما لم يتجاوز قدر حاجته اختياراً) ولا علم ولا ظن التعدي فضلاً عما لو علم أو ظن عدم التعدي [٤] . وإن كان [عدم الضمان] لا يخلو من

[١] لأن رجوع المالك حينئذ عليه باعتبار حكم الضمان السابق ، بل لا ينفيه كلام الأصحاب المراد منه عدم الرجوع من حيث الإتلاف الإكراهي خاصة ، باعتبار ضعف حكم المباشرة بالإكراه .

ولذا رفع الشارع حكم الإكراه عن المكره الذي يمكن إرادته ما يشمل الوضع منه أيضاً وإن لم يكن كذلك في الخطأ والنسيان للدليل .

[٢] وكأن المصنف أشار بالاعتصار على المال إلى الاحتراز عن النفس .

[٣] من حيث تناول قوله ^(١) : « لا تقيّة في الدماء » ^(١) له . وعدمه [= تناول] .

[٤] بلا خلاف أجده فيه ، بل في المسالك الاتفاق ^(٢) .

للأصل بعد عدم التفريط ، وعموم تسلط الناس على أموالهم ^(٣) .

وزاد في المسالك بأن « سببته في الإتلاف ضعيفة بالإذن له من قبل الشارع في فعل ذلك في ملكه ، فلا يتعقبه ضمان » ^(٤) .

(١) رسائل المرتضى ٢ : ٩٤ . انظر الوسائل ١٦ : ٢٣٤ ، ب ٣١ من الأمر والنهي ، أيضاً .

(٢) المسالك ١٢ : ١٦٦ .

(٣) بحار الأنوار ٢ : ٢٧٣ ، ح ٧ .

(٤) المسالك ١٢ : ١٦٦ .

نظر إن لم يكن إجماعاً [١] . نعم قد يقوى عدم الضمان في الفرض إذا اتفق عصف الهواء بغتة بعد إشعال النار مثلاً ، فإنه يمكن منع إسناد الإتلاف إليه حينئذٍ ، بل هو من التسبب الجائز له نحو حفر البئر في ملكه فألقت الريح فيها شيئاً [٢] . وعلى كل حال فممّا ذكرنا يعلم أنّه لا إشكال في الضمان مع التجاوز عن قدر الحاجة والعلم أو الظن بالتعدّي [٣] . بل منه يعلم أيضاً قوّة القول بالضمان مع انتفاء أحد الأمرين [٤] . وحينئذٍ فظاهر قول المصنّف : (مع علمه أو غلبة ظنه أنّ ذلك موجب للتعدّي إلى الإضرار) [٥] لا يخلو من نظر [٦] .

[١] مع فرض إسناد الإتلاف إلى فعله ، لظهور خطأ ظنه أو قطعه وقدرته على المنع ، لصدق الإتلاف عليه حقيقة ، فيكون من المباشرة . والإذن الشرعية لا تنافي حكم الوضع الذي هو الضمان الحاصل بإتلاف النائم والغافل والمجنون والصبي . اللهم إلا أن يمنع إطلاق سببية الإتلاف للضمان على وجه يشمل الفرض ، لعدم ثبوت « من أتلف مال غيره فهو له ضامن » رواية من طرقنا ولا قاعدة ، وثبوت الضمان في المذكورين للإجماع . إلا أنّ الإنصاف عدم خلوّ ذلك عن النظر ؛ ضرورة المفروغية من قاعدة « من أتلف » التي لهجت بها ألسنة الفقهاء في كل مقال ، وربّما كان في بعض النصوص إشعار بها . بل قد عرفت أنّ المقام من المباشرة باعتبار كونه من توليد فعله كالقتل بنحو ذلك خطأ ، واعتقاد عدم التعدّي - بعد ظهور خطأ - لا أثر له .

[٢] ولعلّه عليه ينزّل إطلاق محكي المقننة والنهاية والمبسوط والسرائر عدم الضمان إذا أشعلها في ملكه فحملتها الريح إلى غيره^(١) .

[٣] بل في المسالك : « لا شبهة في الضمان لتحقق التفريط المقتضي له مع وجود السببية الموجبة للضمان »^(٢) . وفي الكفاية أنّه مقطوع به في كلامهم ، ولا أعرف فيه خلافاً^(٣) .

[٤] كما هو مقتضى اشتراط عدمه بهما في بعض العبارات بل هو صريح المحكي عن التحرير واللمعة^(٤) ، بل والكفاية : وإن اعتبر الظنّ القوي فيها^(٥) ، بل والدروس : وإن اعتبر العلم ولم يكتف بالظن^(٦) . وكأنّه مال إليه في المسالك فيما لو علم التعدّي وتركه اختياراً وإن كان فعله بقدر حاجته ، قال : « لأنّ ترك قطعه مع عم التعدّي إلى الغير وقدرته على قطعه تعدّد محض ، نعم مع عدم العلم ولا الظنّ قد يشكل الضمان على تقدير تجاوز الحاجة ، لأنّ فعله مأذون فيه على التقدير ولا تفريط »^(٧) . قلت : قد عرفت صدق الإتلاف عليه وإن كان مأذوناً غير مفرط .

[٥] كالفاضل في القواعد والإرشاد^(٨) .

[٦] ولعلّ المراد بالظنّ في كلامهم ما يشمل قضاء العادة بسرائره ، كما لو كان الهواء شديداً بحيث يحمل إلى ملك الغير وإن اتفق عدم شعوره بذلك لبلادة أو غيرها . وفي القواعد في كتاب الديات : « وإن كان الهواء عاصفاً ولا حائل أو أجح أكثر من قدر الحاجة مع غلبة الظنّ بالتجاوز ضمن »^(٩) . ونحو ذلك ما عن غصب التذكرة^(١٠) ، وظاهره الاكتفاء بعصف الهواء عن غلبة الظنّ .

(١) المقننة : ٧٤٨ - ٧٤٩ . النهاية : ٧٦١ . المبسوط : ٣ : ١٠٣ . السرائر : ٢ : ٤٩٤ .

(٢) (٧) المسالك : ١٢ : ١٦٦ ، ١٦٧ ، (٥) كفاية الأحكام : ٢ : ٦٣٦ .

(٤) التحرير : ٤ : ٥٢٥ . لللمعة : ٢٢١ .

(٨) القواعد : ٢ : ٢٢٣ . الإرشاد : ١ : ٤٤٥ .

(١٠) التذكرة : ١٩ : ١٧٥ .

(٦) الدروس : ٣ : ١٠٧ . القواعد : ٦٥٦ .

[ولا يناف الضمان بالعلم أو غلبة الظنّ بأنّ ذلك موجب للتعدّي إلى الإضرار].
والتحقيق ما عرفت من كون المدار على صدق الإلتاف حقيقة ولو بالتوليد إن لم يكن إجماع على خلافه، من غير فرق بين التجاوز في الحاجة وعدمه، وبين العلم أو الظنّ بالتعدّي وعدمه.
نعم لو كان ذلك من التسبّب لم يكن عليه ضمان ما لم يعلم التعدّي أو يغلب على ظنّه ولو لكونه من شأنه ذلك.
وبما ذكرنا يفرّق بين تأجيح النار في العاصف وبين تأجيحها بلاريج ثمّ يعرض الريح في الأثناء كما أشرنا إليه سابقاً [١].

(ويُتفرّع على السبب فروع:)

[حكم ما لو ألقى صبيّاً في مسبعة فقتله السبع]:

(الأوّل: لو ألقى صبيّاً في مسبعة أو حيواناً يضعف عن الفرار ضمن لو قتله السبع) وإن لم نقل بأنّ موت الصبي المغصوب سبب يوجب الضمان مطلقاً؛ لأنّه أقوى من المباشر الذي لا يحال عليه الضمان [٢].
بل لا فرق بين الصغير وغيره كالمجنون ونحوه ممّن لا يتمكّن من التخلّص.
نعم لا يضمن الكبير - الذي يمكنه التحرّز عادة - باتّفاق إلتاف السبع له [٣].

[١] هذا وفي المسالك: «ولو اتّفق جفاف شجر جاره بالنار بسبب المجاورة، فالحكم كما لو سرت إليها، إلّا أن يكون أغصان الشجرة في هواء أرض موقد النار، فلا ضمان إذا كان عطفها غير ممكن، وإلّا اتّجه الضمان، لأنّه ليس له إلتافها مطلقاً كما تقرّر في موضعه.

وفي التذكرة^(١) أطلق عدم ضمانها متى كانت في هواء موقد النار، وضمنها إن لم يكن كذلك من غير تقييد بعلم التعدّي أو تجاوز الحاجة، محتجّاً بأنّ ذلك لا يكون إلّا من نار كثيرة»^(٢)، ولا يخفى ما فيه.
قلت:

قد تقدّم تحقيق الحال في المسألة سابقاً، والله العالم.

[٢] خلافاً للمحكي عن مبسوط الشيخ من عدم الضمان، لأنّ الحرّ لا يدخل تحت اليد^(٣).

وفيه:

عدم انحصار الضمان بذلك.

ضرورة ضمانه بمباشرة الإلتاف وتسببه على الوجه الذي قدّمناه وإن لم يكن غصباً.

[٣] لأنّ ذلك لا يعدّ سبباً في حقّه، وإنّما وقع بالاتّفاق.

(١) انظر التذكرة: ١٩ - ١٧٥ - ١٧٦.

(٢) المسالك: ١٢ - ١٦٧ - ١٦٨.

(٣) المبسوط: ٧ - ٤٦. وانظر: ٣ - ١٠٥، أيضاً.

كما لو وضع الصبي في غير المسبعة فافتترسه السبع اتفاقاً فإنه لا يضمه [١].

[حكم ما لو غصب حيواناً فمات ولده أو تبعه]:

(الثاني: لو غصب شاة فمات ولدها جوعاً ففي الضمان تردّد، وكذا لو حبس مالك الماشية عن حراستها فاتفق تلفها، وكذا التردّد لو غصب دابة فتبعها الولد) [٢].

[١] على المشهور، خلافاً للشيخ^(١) ومن عرف. وعنه احترز المصنّف بقوله: «مسبعة».

لكن في القواعد: «لو نقل صبيّاً حرّاً إلى مضیعة فافتترسه سبع ففي الضمان إشكال»^(٢).

بل في التذكرة: «لو نقل صبيّاً حرّاً إلى مضیعة فاتفق سبع فافتترسه فلا ضمان عليه، إحالة للهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته، ولم يقصد الناقل ذلك، وفيه إشكال، أمّا لو نقله إلى مسبعة فافتترسه سبع وجب الضمان، وبه قال أبو حنيفة؛ لأنّه قصد الإتلاف بالنقل، وللشافعية وجهان، أشهرهما أنّه لا ضمان»^(٣).

وفي جامع المقاصد بعد أن جعل منشأ الإشكال عدم دخول الحرّ تحت اليد وحصول السبب، قال: «وهذا الإشكال ليس بشيء بعد ما سبق في كلامه من أنّ الصبي إذا ألقاه في مسبعة فافتترسه السبع ضمنه، وكذا ضمانه لو تلف بسبب لدغ الحية ووقوع الحادث على الرأي، فإنّ إلقائه في مضیعة أقرب إلى توقّع علّة الهلاك من هذه الأخيرة، والأصحّ الضمان فيه وفي المجنون كما سبق»^(٤).

قلت: لعلّ الفرق أنّه لا تسبیب باتّفاق افتراس الأسد له في المضیعة باعتبار عدم اعتياده فيها، بخلاف أرض المسبعة، فيكون الأوّل كضمانه لو تلف بلدغ حية أو عقرب - الذي توقّف هو فيه، ونسب الضمان إلى رأي - بخلاف أرض المسبعة، بل كاد يكون ما ذكرناه صريح ما حكيناه عنه في التذكرة، والله العالم.

[١] كما في القواعد والإرشاد والكفاية^(٥)، بل والإيضاح باعتبار عدم الترجيح فيه^(٦). بل والتذكرة وإن اقتصر على الثاني^(٧).

بل واللمعة وإن اقتصر على الأخير^(٨).

نعم قرب في الدروس فيه الضمان^(٩)، وفي الروضة أنّه أقوى^(١٠).

وجعل منشأ النظر في غاية المراد^(١١) في الثلاثة عدم الاستقلال، فلا يتحقّق غصب، ومن أنّه سبب في الإتلاف، إذ لولا لم

(١) المبسوط ٧: ١٨. (٢) القواعد ٢: ٢٢٤، وفيه: «مسبعة» بدل «مضیعة».

(٣) التذكرة: ١٩: ١٧٣.

(٤) جامع المقاصد ٦: ٢٢٤.

(٥) القواعد ٢: ٢٢٣. الإرشاد ١: ٤٤٤. كفاية الأحكام ٢: ٦٣٧.

(٦) الإيضاح ٢: ١٦٧ - ١٦٨.

(٧) التذكرة: ١٩: ١٧٢.

(٨) اللمعة: ٢٢١.

(٩) الدروس ٣: ١٠٧.

(١٠) الروضة ٧: ٢٥.

(١١) غاية المراد ٢: ٣٩٤.

[والمتمّجه عدم الضمان في ذلك كلّه].

يتحقّق التلف، وإن كان لعلّة أخرى خارجة.

وفي جامع المقاصد والمسالك: «الأولى أن يقال: إنّ منشأ النظر الشكّ في كونه سبباً في التلف وعدمه، لانتفاء المباشرة للإتلاف والغصب» ثمّ قال في الأول: «والتحقّق أن يقال: إنّ قصد توقّع العلة في التلف بغصب الشاة والدابة وحبس المالك عن حراسة الماشية حيث يكون التلف متوقّعا^(١) ثابت، ومعه فالضمان لازم، لضعف المباشرة، ومثله ما لو منع المالك من إمساك دابّته المرسلّة حيث يتوقّع تلفها مع بقائها مرسلّة، ويختلف الأمر في ذلك باختلاف الأحوال، فربّما كان بقاء الدابة المرسلّة أيّاماً وشهراً لا يتوقّع معه التلف، فلا ضمان لو حبس المالك فأتفق على سبيل الندرة - إلى أن قال - ولو منعه من بيعه فأتفق تلفه فلا ضمان؛ لعدم تحقّق معنى السببية في التلف بالمنع من البيع، إذ ليس ممّا يقصد بمنع البيع توقّع حدوث علة التلف، ولو كان مشرفاً على الموت فمنعه من بيعه ليدّكيه المشتري أو منعه من تدكيته فهنا يحتمل الضمان احتمالاً لا يخلو من وجه لوجود معنى السببية»^(٢) إلى آخره.

وكأنّه إليه عرّض في المسالك، حيث قال في المسائل الثلاث: «والحقّ أنّ منشأ التردّد إنّما يكون من الشكّ في السببية هنا، إذ لو سلّمّت لم يبق إشكال في الضمان، ومنشأ الشكّ فيها مبني على تعريف السبب فعلى ما ذكره المصنّف من تعريفه إذا مات الولد جوعاً بحيث لولا غصب الأمّ لما مات عادة فالسببية متحقّقة فيه، لكن اتفاق تلف الماشية بعد حبس المالك عن حراستها قديكون بسبب حيسه وقد لا يكون، فإن فرض فهو سبب أيضاً، وإن فسر السبب بإيجاد ما يحصل التلف عنده لعلّة أخرى إذا كان السبب ممّا يقصد لتوقّع تلك العلة كما عرّفه جماعة فيتوقّف ثبوت سببيته على قصد الغاصب للشاة والحابس للمالك إلى إتلاف الولد والماشية. والأصحّ الضمان مع استناد التلف إلى فعل الغاصب بمعنى أنّه لولا الغصب والحبس لما تلفت عادة، فإنّ الواقع في العبارة أعمّ منه، لتحقّق السببية حينئذٍ، والقصد غير معتبر في تحقّقها وترتّب أثرها كما اقتضاء التعريف الذي اخترناه»^(٣) انتهى.

وفي الإيضاح: «منشأ النظر في الأول من أنّه مات بسببه لصحة إسناده إليه عرفاً؛ ولأنّ السبب هو فعل ما يحصل الهلاك عنده لعلّة سواء، وهذا تفسير بعض الفقهاء» إلى آخر ما حكيناه عنه سابقاً في شرح قول المصنّف: «الثاني التسبب»^(٤). وممّا ذكرناه في ذلك المقام وغيره يظهر لك النظر في جملة من هذه الكلمات؛ ضرورة أنّك قد عرفت كون السبب هو ما دلّت عليه النصوص المزبورة أو الحقّ به بإجماع ونحوه، وما عداه فالأصل براءة الذمّة من الضمان به.

فالمتمّجه عدم الضمان حينئذٍ في المسائل المفروضة بعد فرض الشكّ في السببية الشرعية بالمعنى الذي ذكرناه. ولا يجدي كونها أسباب عرفية أو مشابهة لما في النصوص ممّا ذكر فيها الضمان به بعد حرمة القياس عندنا وعدم الإجماع على الإلحاق وعدم دلالة عرفية على وجه يندرج فيها، فتأمّل حيّداً. فإنّ تحقيق المقام ونظائره مبني على ما قدّمناه سابقاً، والله العالم.

(١) في المصدر بعدها إضافة: «فالضمان».

(٢) جامع المقاصد ٦: ٢١٨ - ٢١٩.

(٣) المسالك ١٢: ١٦٩ - ١٧٠.

(٤) تقدّم في ص ٣٣.

[حكم ما لو فتح باباً على مال فسرق أو فك قيد العبد فأبق]:

(الثالث: لو فك القيد عن الدابة فشردت أو عن العبد المجنون فأبق ضمن؛ لأنّه فعل يقصد به الاتلاف) [١].
(وكذا لو فتح قفصاً عن طائر فطار مبادراً أو بعد مكث) [٢]. ولو تلفت هذه الثلاثة بغير الجهة التي هي فعل السبب، كأن مات الطائر مثلاً، فلا ضمان [٣]. واحترز بـ «المجنون» عن العاقل الذي [لا ضمان له] [٤] كفتح الباب وقد أشار إليهما المصنّف بقوله: (ولا كذا) لك الحكم (لو فتح باباً على مال فسرق، أو أزال قيداً عن عبد عاقل فأبق) [٥]. بل لعلّ الثاني كذلك [= لا خلاف فيه] (لأنّ التلف بالمباشرة لا بالسبب) [٦].

[١] فيندرج في «السبب» المنتزع من النصوص السابقة.

[٢] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك. بل عن الكفاية: أنّه المعروف من مذهب الأصحاب^(١). بل عن ظاهر التذكرة الإجماع في الأخير، أو في الثلاثة^(٢) كما عن المبسوط والغنية نفي الخلاف فيها^(٣). وكذا عن المبسوط: أنّه لو أهاج الدابة فشردت أو الطائر فطار [ضمن] بلا خلاف^(٤) أي منّا ومن العامة. وعن التذكرة: لو أهاج الطائر ضمن قولاً واحداً^(٥). بل صرح غير واحد بأنّه لو أفسد الطائر مثلاً بخروجه ضمنه؛ لأنّ فعل الطائر منسوب إليه. وإن كان لا يخلو من نظر، خصوصاً في مثل إتلاف الدابة بعد الفكّ بعض الأموال؛ ضرورة إمكان منع السببية الشرعي.

[٣] لعدم مدخلة السبب وعدم وضع اليد الموجب للضمان.

[٤] [كما] صرح غير واحد بعدم ضمانه؛ لقوّة المباشر على السبب.

[٥] بل لم أجد خلافاً في الأوّل منهما وإن أشعر به نسبته إلى المشهور في الكفاية^(٦)، إلّا أنّنا لم نتحقّقه.

[٦] نعم قيد الأخير في محكي التذكرة وجامع المقاصد والكفاية بما إذا لم يكن أبقاً^(٧). لكن في التذكرة في الضمان حينئذ إشكال، من حيث استناد فعله إليه، فكان مباشراً، ومباشرة معتبرة، لأنّه عاقل، ومن حيث إنّ المالك قد اعتمد ضبطه فإطلاقه إتلاف عليه فكان كحلّ المجنون والدابة، فلا شكّ في صدق السببية، وليس هناك مباشر يمكن أخذ الحقّ منه، وكونه قادراً على التحفظ مع عدمه لا ينفع؛ وهذا أقوى؛ لمكان التسبب - كما يأتي في غضب الحرّ - مع صدق التصرف في مال الغير، ولأنّه بهذه العادة قد أشبه الدابة ونحوها^(٨). وفيه: أنّه منافع لقاعدة تقديم المباشر على السبب. وهذا وفي الدروس: «ولو فتح باباً على عبد محبوس فذهب في الحال ضمنه عند الشيخ، ونقل عن كلّ العامة عدم الضمانه، ولا فرق بين كونه عاقلاً أو مجنوناً أبقاً أو غير أبق بالغا أو صبياً»^(٩). ولا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه، وقد يستأنس للضمان بما ورد من الضمان بإطلاق الغريم^(١٠). وعلى كلّ حال، فقد أشار المصنّف وغيره بقوله: «فطار مبادراً» إلى آخره إلى خلاف بعض الشافعية^(١١) حيث حكم بالضمان في الأوّل دون الثاني لبعض الوجوه الاعتبارية.

(١) كفاية الأحكام ٢: ٦٣٧. (٢) التذكرة ١٩: ١٦٦، ١٧١.

(٣) المبسوط ٣: ٨٩. الغنية: ٢٨١ - ٢٨٢. (٤) المبسوط ٣: ٨٩. الدروس ٣: ١٠٨.

(٥) التذكرة ١٩: ١٧٠. جامع المقاصد ٦: ٢١٧. كفاية الأحكام ٢: ٦٣٧.

(٨) العبارة منقولة مما في التذكرة ١٩: ١٧١. وما في مفتاح الكرامة ٦: ٢١٩.

(١٠) الوسائل ٢٩: ٤٩، ب ١٦، من قصاص النفس. (١١) العزيز ٥: ٤٠١ - ٤٠٢.

(وكذا) لا ضمان (لو دلّ السارق) [١]. [والضمان على السارق]. [ولا بأس بالضمان فيما إذا كان مستأناً فدلّ السارق على أمانته].

بل الظاهر عدم الضمان على ذي السبب، مع عدم العلم بكون التلف به مجرداً عن مباشر أقوى منه، فلو فلو حصل التلف بمباشرة غيره ولم يعلم كونه ممن يقدم على السبب أو لا لم يضمن [٢]. وأولى من ذلك بعدم الضمان ما إذا لم يعلم أصل كون التلف به، كما لو وجد دابة - مثلاً - ميتة في البئر المحفورة عدواناً ولم يعلم أنها ماتت في الخارج، ثم رميت به أو برذيتها به. أما لو علم مدخلية في التلف، ولكن لم يعلم مباشرة غيره معه على وجه يرتفع الضمان معها، فقد يتوهم الحكم بضمنان ذي السبب حينئذٍ [٣]. (ولو أزال وكاء الظروف فسال ما فيه ضمن إذا لم يكن يحبس به إلا الوكاء) [٤].

مع فرض كونه مطروحاً على الأرض؛ ضرورة كونه مباشراً للإتلاف أو بحكمه. (وكذا) لو سقط بفعله أو بما يستند إلى فعله، كما (لو سال منه ما ألان الأرض تحته فاندفع ما فيه ضمن) [٥] (لأن فعله سبب مستقل بالإتلاف) [٦].

[١] لما عرفت. لكن الفاضل في الإرشاد هنا قال بالضمان^(١). ونسبه غير واحد ممن تأخر عنه إلى مخالفة جميع الأصحاب. وفي غاية المراد: «قد تصفحت كتب أصحابنا فلم أجد أحداً قال بالضمان»^(٢). قلت: وإن لم ينص على عدمه من تقدمه غير المصنف إلا أن قاعدة «تقديم المباشر على السبب» المعلومة عندهم تقتضي كون الضمان على السارق. وربما نزل ما في الإرشاد على ما إذا كان مستأناً فدلّ السارق على أمانته، ولا بأس به وإن كان خروجاً عما نحن فيه، فاتضح بذلك كله أن الضمان على المباشر الذي هو أقوى من السبب.

[٢] للأصل وظهور النصوص السابقة^(٣) في اعتبار التلف به في التضمنين به.

[٣] لأصالة عدم الغير، لكن لا يخفى عليك أنه من الأصول المثبتة بعدما عرفت من ظهور النصوص في اعتبار كون العطب به خاصة في الضمان فلا حظ وتأمل، والله العالم.

[٤] بلا خلاف كما عن المبسوط والسرائر^(٤)، بل ولا إشكال.

[٥] بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له.

[٦] إذ السقوط بالميلان الناشئ من الإبتلال الناشئ من الفتح، وهو مما قد يقصد به ذلك، ولعله بمعونة فتوى الأصحاب ملحق بالمستفاد من النصوص السابقة^(٥) أو مندرج فيها.

(١) الإرشاد: ١: ٤٤٤.

(٢) غاية المراد ٢: ٣٩٢.

(٣) تقدمت في ص ٣٢.

(٤) المبسوط ٣: ٨٩ - ٩٠. السرائر ٢: ٤٨٥.

(٥) تقدمت في ص ٣٢.

(أما لو فتح رأس الظرف فقلبته الريح) الحادثة أو زلزلة أو وقوع طائر (أو ذاب بالشمس ففي الضمان تردّد) [١].
(ولعلّ الأشبه أنّه لا يضمن) لا (لأنّ الريح والشمس كالمباشر، فيبطل حكم السبب) [٢].

[١] كما في التحرير والإرشاد^(١).

[٢] ضرورة قوّة السبب بالنسبة إليهما بعد عدم قابليتهما للضمان. بل للشكّ في السببية المزبورة شرعاً على وجه يترتب عليها الضمان، خصوصاً بعد عدم تعارف قصد الإنلاف بالفتح بتوقّع الهبوب، والأصل البراءة.

خلافاً للفخر في المحكي من شرح الإرشاد وغاية المراد والدروس وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والمسالك من الحكم بالضمان^(٢)؛ لأنّ فعله سبب تلفه، إذ لولا الفتح لما ضاع ما فيه، ولم يتخلّل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه، فوجب الضمان، إذ هو كما لو جرح إنساناً فأصابه الحرّ أو البرد فسرت الجراحة، فإنّه يضمن، فكذا هنا.

بل عن مجمع البرهان: لا إشكال في الضمان إذا علم كون فعله سبباً فقط لا غير، ولم يعلم استناده إلى غيره بالكليّة^(٣). ولا يخفى عليك ما في الجميع بعد الإحاطة بما ذكرناه من كون المدار على السبب الشرعي المستفاد من النصوص المزبورة^(٤)، أو ما يلحق به بإجماع ونحوه، والمقام ليس كذلك.

خصوصاً في مثل حدوث الريح الذي جزم بعدم الضمان فيه في محكيّ المبسوط فارقاً بينه وبين إشراق الشمس^(٥).

بل عنه وعن الغنية نفي الخلاف في عدم الضمان به^(٦)، وفي الكفاية أنّ عدم الضمان به أقرب^(٧).

وعن التذكرة التوقّف في الضمان به، بخلاف الشمس فاستوجه الضمان بها، قال: «لأنّها ممّا يعلم طلوعها، فيكون الفاتح له معرّضاً ما فيه للشمس بخلاف هبوب الريح الذي هو غير منتظر ولا متوقّع، فالهلاك حينئذٍ لم يحصل بفعله، وليس فعله ممّا يقصد به تحصيل ذلك العارض، ففعله غير ملجئ، والأمر الحادث مباشر، فلم يتعلّق الضمان بفعله، فكان كما لو فتح الحرز فسرق غيره أو دلّ سارقاً فسرق»^(٨).

قلت: لا يخفى عليك ما في الجميع بعد الإحاطة بما ذكرناه؛ ضرورة صدق السببية على مذاقهم فيها.

بل في جامع المقاصد: أنّ وجود الريح كثير موجب لتوقّع القلب والانتقال^(٩).

نعم يتوجّه عدم الضمان بناءً على ما ذكرناه من كون سبب الضمان شرعياً، وهو ما تضمنته النصوص المزبورة أو الحق به بإجماع ونحوه ولو على وجه تنجبر الدلالة، كما هو واضح.

(١) التحرير ٤: ٥٢٤. الإرشاد ١: ٤٤٤.

(٢) شرح الإرشاد: ٢١٧ (مخطوط). غاية المراد ٢: ٣٩٣. الدروس ٣: ١٠٧. جامع المقاصد ٦: ٢١٤. حاشية الإرشاد (آثار الكركي) ٩:

٤٧٥. المسالك ١٢: ١٧٣. (٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٩٨.

(٤) تقدّمت في ص ٣٣. (٥) المبسوط ٣: ٩٠.

(٦) المبسوط ٣: ٩٠. الغنية: ٢٨١. (٧) كفاية الأحكام ٢: ٦٣٨.

(٨) حكاة في مفتاح الكرامة ٦: ٢١٥. انظر التذكرة ١٩: ١٦٣ - ١٦٤.

(٩) جامع المقاصد ٦: ٢١٤.

وكذا الكلام فيما إذا أزال أوراق الكرم وجرد عناقيدها للشمس حتى أفسدها.

الهمم إلا أن يقال فيه وفي أمثاله بصدق إسناد التلف إليه حقيقة، فيخرج حينئذٍ عما نحن فيه.

ولوفرض مجيء إنسان فأسقطه فلا شبهة في كون الضمان عليه؛ لأنه مباشر أو كالمباشر في القوة من الأول بل الظاهر ضمان الأخير فيما لو فتح رأسه وأخذ ما فيه في الخروج ثم جاء آخر ونكسه، وإن احتمل اشتراكهما في ضمان الخارج بعد النكس، إلا أن الأول أصح؛ ضرورة كون الثاني المباشر أو بحكمه.

ولوفرض في الجامد مجيء آخر بعد الفتح فقرب منه ناراً حتى ذاب وضاع، فالضمان على الثاني [١].

وأولى من ذلك ما لو كان رأس الزق مفتوحاً من المالك فجاء إنسان فقرب منه النار. هذا، ولا يخفى عليك

الحال فيما لو حلّ رباط سفينة فغرقت بالحلّ، أو غرقت بسبب حادث من هبوب ريح أو غيره [٢].

[ضمان القبض بالعقد الفاسد]:

(ومن الأسباب) الموجبة للضمان على نحو ضمان الغصب (القبض بالعقد الفاسد) كعقد البيع ونحوه من

العقود الموجبة لانتقال الضمان إلى القابض [٣].

[١] لكونه مباشراً أو بحكمه. وربما احتمل عدم ضمانهما معاً؛ لأنّ مجرد الفتح لا يقتضي الضمان فيه، وعدم تصرف الثاني في الطرف ولا في المظروف، إلا أنّه كما ترى.

[٢] وفي المسالك الجزم بالضمان في الأول، وفي الثاني الوجهان^(١)، والله العالم.

[٣] بلا خلاف أجده فيه، بل هو المعروف من مذهب الأصحاب. بل في المسالك: هو موضع وفاق. لعموم «على اليد»، ولأنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده^(٢).

كما تقدّم الكلام في ذلك مستوفى في كتاب البيع وغيره، ولم نجد من تأمل في ذلك سوى المقدّس الأردبيلي^(٣)، وهو في غير محله. نعم قد يتأمل في وجه القاعدة المزبورة في صورة العكس، «وهي كلّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده»، وإن كانت مسلمة بينهم أيضاً كالأولى، كما أوضحنا ذلك كلّ في محله. ونزيد هنا بأن نقول: لعلّ الوجه في الإجماع المزبور في الصورتين، أمّا الضمان في الأولى فلعموم «على اليد»، ولأنّ الإقدام منهما قد وقع بعنوان المعاملة - التي مقتضاها الضمان - من دون نظر إلى صحتها وفسادها، بل لاحظاً مسمّاها المشترك بين الصحيح والفساد، والقرض أنّ مقتضاها الضمان الذي هو مضمون «على اليد»، ولا فرق في ذلك بين العلم بالفساد والجهل به. وأمّا الثانية فقد لاحظاً مسمّاها المشترك بين الصحيح والفساد الذي مقتضاه عدم الضمان، فمع فرض كونه العنوان يترتب عدم الضمان على تقديري الصحة والفساد مع العلم والجهل به، إذ عدم الضمان ليس من أحكام الصحيح منه، ولا أنّ الإذن مقيدة بالصحيح منه؛ ضرورة عدم ملاحظة ذلك لهما وإن زعماً أو أحدهما الصحة، لكنّه لا على وجه تقيّد الإذن بها. بل ليس الصادر منهما ولا العنوان لهما إلا المسمّى المشترك بين الصحيح والفساد الذي مقتضاه عدم الضمان؛ لعدم كونه من أحكام الصحيح منه فتأمل جيّداً، فإنّه دقيق نافع، بل يمكن الجزم بأنّه وجه الإجماع، والله العالم.

(و) منها أيضاً (القبض بالسوم، فإنَّ القبض يضمن) [١].

[المختار] [٢] عدم اختصاص الحكم بالمقبوض للشراء المعبر عنه بالسوم، بل المراد منه الأعم من ذلك، وهو كل مقبوض ليكون مضموناً عليه حينئذٍ، فيندرج فيه: قبض المرأة المال ليكون مهرأً والرجل ليكون عوض خلع، ونحو ذلك [٣].

(وكذا استيفاء المنفعة بالإجارة الفاسدة سبب لضمان أجره المثل)، أو الأقل منها ومن المسمى [٤].

[١] عند الأكثر، بل المشهور، كما في المسالك^(١) وغيرها؛ لعموم «على اليد ما أخذت» المقتصر في الخروج منها على غير الفرض من الأمانة. خلافاً للمحكي عن موضع من السرائر^(٢) والمختلف^(٣) والإيضاح^(٤) ومجمع البرهان^(٥)، بل في المسالك^(٦) والكفاية^(٧). «وهو متجه»؛ للأصل بعد كون القبض المزبور بإذن المالك، فيكون أمانة كالوديعة. وفيه منع اقتضاء ذلك عدم الضمان حتى في مثل الفرض، خصوصاً بعد الشهرة على الضمان فيه، بل ربّما أرسلوه إرسال المسلمات.

بل المحكي^(٨) عن كثير - حتى المختلف والإيضاح والمسالك ومجمع البرهان - التصريح بالضمان فيما إذا دفع البائع لبعده كفي موصوف عبيدين للمشتري ليتخير فأبق أحدهما، إلحاقاً له بالمقبوض بالسوم إن لم يكن منه، اعموم «على اليد» وقد تقدم الكلام في ذلك كله أيضاً.

[٢] [كما] منه [= مما تقدم] يعلم [ذلك].

[٣] لاتحاد المدرك في الجميع، والله العالم.

[٤] بلا خلاف أجده فيه؛ لقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» وعموم «على اليد» و«من أتلف». وأصله احترام مال المسلم.

نعم في المسالك: أن ضمان ذلك من باب المباشرة للإتلاف، لا من باب الأسباب وإدخالها في السبب تجوز، قال: «ومن حكم إتلاف مال الغير مع عدم تسليط المالك: أن يلزمه العوض إما بعين إذا كان أو قيمة المثل أو أجرته عيناً كان أو منفعة»^(٩).

وفيه أن المراد هنا بالسبب كون ذلك من أسباب الضمان، لا أن المراد الضمان بالتلف السببي وفرق واضح بينهما.

(١) المسالك ١٢: ١٧٤.

(٢) السرائر ٢: ٣٨٦.

(٣) المختلف ٥: ٣٢١.

(٤) الإيضاح ٢: ١٦٧.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٩٨ - ٤٩٩.

(٦) المسالك ١٢: ٧٤ - ١٧٥.

(٧) كفاية الأحكام ٢: ٦٣٨.

(٨) حكاية في مفتاح الكرامة ٦: ٢١٧.

(٩) المسالك ١٢: ١٧٥.

وهل العين مضمونة بالاستيفاء؟ [١].

[قد يقوى عدم ضمانها].

[حكم الفصب]:

(النظر الثاني: في الحكم)

[والمختار] [٢] أنه (يجب ردّ المغصوب ما دام باقياً) [٣].

بل الظاهر كون الحكم كذلك (ولو تعسر) واقتضى هدم البناء أو خراب السفينة (كالخشبنة تستدخل في البناء واللوح في السفينة)، ضرورة بقائها على ملكه ووجوب ردّها إليه فوراً [٤].

(و) حينئذٍ فلا يلزم المالك أخذ القيمة [٥].

(وكذا) الكلام فيما (لو مزجه مزجاً يشق تمييزه^(١) كمزج الحنطة بالشعير أو الدخن بالذرة و) حينئذٍ (يكلف^(٢) تمييزه^(٣) وإعادة ته). .

[١] قال في جامع المقاصد: «الذي يلوح من كلامهم العدم، والذي ينساق إليه النظر كونها مضمونة: لأنّ التصرف في العين غير جائز، فهو بغير حقّ، فيكون في حال التصرف استيلاؤه عليها بغير حقّ، وذلك معنى الفصب، إلّا أنّ كون الإجارة الفاسدة لا تضمن بها كما لا تضمن بالصحيحة منافٍ لذلك، فيقال: إنّه دخل معه على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقاً، والأصل براءة الذمّة من الضمان، فلا تكون العين بذلك مضمونة، وإنّما تضمن المنفعة خاصّة، ولولا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن؛ لأنّ استيلاءه بغير حقّ، وهو باطل»^(٤).

قلت: قد قدّمنا الكلام مستوفى على وجه يعلم منه عدم المنافاة بين ضمان العين وبين القاعدة المزبورة، ويعلم منه أيضاً الفرق بين الرهن وبينها، فلاحظ وتأمل، فإنّه مع ذلك قد يقوى عدم ضمانها أيضاً، والله العالم.

[٢] [كما لا خلاف بيننا في ذلك].

[٣] بل الإجماع بقسميه عليه إن لم يكن ضرورة من المذهب. مضافاً إلى قوله عَلَيْهِ في النصوص السابقة: «كلّ مغصوب مردود»^(٥).

[٤] وقد سمعت قول أمير المؤمنين عليه السلام: «إنّ الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها»^(٦).

[٥] خلافاً لأبي حنيفة وتلميذه الشيباني، فإنّهما قالاً بملك الغاصب لهما^(٧)، فلا يجب عليه ردّها، ولكن يلزمه قيمتها.

ولا ريب في مخالفة ذلك قواعد الإسلام بل الواجب عليه مع استخراجها ردّ أجزائها من حين الفصب إلى حين الردّ والأرض إن

نقصت .

(١) في الشرائع: «تميّزه».

(٢) في الشرائع: «كلف».

(٣) تقدّم في ص ٨، وفيه: «لأنّ الفصب كلّ مردود».

(٤) جامع المقاصد ٦: ٢١٦.

(٥) انظر بدائع الصنائع ٧: ١٤٩. المبسوط (للسرخي) ١١: ٩٣.

(٦) تقدّم في ص ٨، وفيه: «الحجر المغصوب...».

(٧) انظر بدائع الصنائع ٧: ١٤٩.

نعم لو بلغت حدّ الفساد على تقدير الإخراج بحيث لا يبقى لها قيمة فـ [المختار] [١] وجوب تمام القيمة عليه. ولكن هل يجبر على إخراجها؟ [٢]. [الظاهر عدم الإيجاب].
ولعلّ احتمال وجوب بقائها وأخذ الأجرة عنها خاصّة - أو مع القيمة للعين للحيلولة لتعذر إيصالها كما هي، لكن مع ملاحظة سلب المنفعة الخاصّة أيضاً - أولى [٣].
وعلى كلّ حال فقد ظهر لك أنّه لو أدرج لوحاً مغصوباً في سفينة وجب قلعه إن لم يخف من نزع هلاك نفس محترمة أو مال كذلك، بأن كانت على وجه الأرض مثلاً، أو أدرجه في أعلاها على وجه لم يخش من نزع الغرق [٤].
وإن كانت في اللجّة وخيف من النزاع غرق حيوان محترم - آدمي أو غيره - أو مال كذلك لغير الغاصب الجاهل بالغصب [٥].

- [١] [كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].
- [٢] ظاهر الدروس عدم قال فيها: «يجب ردّ المغصوب إلى مالكه إجماعاً، ولقوله بأنه لو غرق: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّه»^(١)، وإن تعمّر كالساجة في البناء واللوح في السفينة وإن أدّى إلى خراب ملكه؛ لأنّ البناء على المغصوب لا حرمة له، ويضمن أرش نقصانهما وأجرتهما، ولو علم تعييبهما وأنّه لا ينتفع بإخراجهما ضمنهما الغاصب بقيمتيهما»^(٢). بل عن صريح المبسوط^(٣) ذلك أيضاً.
- بل في المسالك: «ظاهرهم عدم وجوب ردّها وأنّها تنزل منزلة المعدومة»^(٤).
- وإن قال بعد ذلك: «ولو قيل بوجوب إعطائها المالك إذا طلبها كان حسناً وإن جمع بين القيمة والعين»^(٥). قلت: لكنّه منافٍ لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» ومنافٍ أيضاً لملك القيمة التي هي عوض شرعي يقتضي ملك معوّضه للدافع. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّها عوض مألّيته وإن بقي هو مملوكاً، لكنّه كما ترى، وتستمع إن شاء الله تحقيق الحال في المسألة الآتية.
- [٣] وإن لم أجد من احتمله هنا.
- [٤] وخلاف أبي حنيفة^(٦) آتٍ هنا.
- [٥] ففي القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر غيرها عدم وجوب النزاع^(٧). بل في مجمع البرهان لا خلاف فيه^(٨)، جمعاً بين الحقيّن، واحترام روح الحيوان، سواء كان الغاصب أو الغاصب أو غيره.
- وفيه: إمكان إلزام الغاصب ومن بحكمه بذبح الحيوان مقدّمة لإيصال مال الغير الواجب عليه فوراً. ودعوى حرمة ذبحه لغير الأكل ممنوعة.

(١) المستدرك ١٤: ٨، ب ١ من الوديعه، ح ١٢. (٢) الدروس ٣: ١٠٩.

(٣) المبسوط ٣: ٨٦. (٤) المسالك ١٢: ١٧٦.

(٥) المسالك ١٢: ١٧٦. (٦) تقدّم في ص ٤٩.

(٧) القواعد ٢: ٢٣٥. التذكرة ١٩: ٣١٧ - ٣١٨. جامع المقاصد ٦: ٣٠٤. المسالك ١٢: ١٧٦. الروضة ٧: ٣٦.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٥٢٠ - ٥٢١.

[الظاهر عدم وجوب النزاع ولكن يمكن إلزام الغاصب ومن بحكمه بذبح الحيوان مقدّمة لإيصال مال الغير الواجب عليه فوراً].

ولو كان المال للغاصب أو من بحكمه - وهو العالم بأن فيها لوحاً مغصوباً - فالظاهر وجوب النزاع [١].
بل لو اختلفت السفينة بسفن كثيرة للغاصب ولم يوقف على اللوح إلا بفصل الكل فالظاهر ذلك أيضاً [٢].
بل قد يقال: إنّ للمالك أخذ ماله من الغاصب الممتنع عن دفعه في كلّ حال - وإن استلزم ذلك تلف نفس الغاصب - مع فرض عدم التمكن منه إلا في الحال المزبور، وخصوصاً مع حاجة المالك له في تلك الحال لحفظ نفسه مثلاً [٣].

[١] وفقاً للفاضل في القواعد والتحرير وولده والشهيد والكركي^(١). بل هو قضية إطلاق المصنّف وغيره، بل في المسالك نسبته إلى صريح الأكثر^(٢)؛ لأنّ دفع المغصوب واجب فوراً ولا يتمّ إلّا به، والضرر هو الذي أدخله على نفسه بعدوانه الذي لا يناسبه التخفيف.

وعن المبسوط والتذكرة وظاهر السرائر عدم وجوب النزاع^(٣)؛ لأنّ السفينة لا تدوم في البحر، فيسهل الصبر إلى انتهائها إلى الشطّ، فتؤخذ القيمة للحيلولة إلى أن يتيسّر الفصل وردّ اللوح مع أرش النقص إن نقص جمعاً بين الحقيّن، بخلاف الساحة في البناء الذي لا أمده ينتظر. وهو كما ترى مجرّد اعتبار لا يرجع إلى محض، ودعوى سقوط المقدّمة - لقاعدة الضرر ونفي الحرج - واضحة السقوط بعد أن كان هو السبب في إدخالهما عليه.

[٢] للمقدّمة وإن حكي عن الشافعية احتمال عدم^(٤). لكنّه في غير محلّه، لما عرفت من تطابق النصّ والفتوى على إلزام الغاصب هنا بالأشقّ على وجه يقدّم على نفي الضرر والحرج. كما أوماً إلى قوله: «الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها»^(٥)؛ ضرورة اقتضائه ردّه على مالكه وإن استلزم خراب الدار أجمع، كما هو واضح.

[٣] فإنّ احترام نفس الغاصب في الفرض غير معلوم، ولعلّ قوله تعالى: ﴿فَقَنْ إِضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾^(٦) يشعر بذلك، ضرورة ظهوره في سقوط احترامه بالبغي والدعوان وإن كان في غير المفروض، كما قدّمنا الكلام فيه سابقاً. بل قد يشعر به في الجملة سقوط احترامه في الدفاع عن المال ولو يسيراً. اللهمّ إلّا أن يفرّق بينهما بأنّ ذلك حيث يمكن رفع الغاصب يده عن الفصـب، فمع امتناعه يسقط احترامه، بخلاف الفرض الذي يجب فيه على الغاصب حفظ نفسه المفروض توقّفه على بقاء العين المغصوبة في يده، بل له أخذ مال الغير قهراً ابتداءً مقدّمةً للحفظ.

وفيه: إمكان منع الرخصة له في بقاء المغصوب في يده حفظاً لنفسه باعتبار كونه باغياً وعادياً قبل حال الاضطراب، فلا رخصة له، وفرق بينه وبين الاضطراب ابتداءً لأخذ مال الغير لحفظ نفسه؛ لعدم البغي والدعوان قبل حال الضرورة مع أنّه يمكن منع الرخصة فيه إذا فرض توقّف حياة المالك على بقاءه؛ لأنّه لا تقيّة في الدعاء، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

(١) القواعد ٢: ٢٣٥. التحرير ٤: ٥٢٧. الإيضاح ٢: ١٨٧ - ١٨٨. الدروس ٣: ١٠٩. جامع المقاصد ٦: ٣٠٤.

(٢) المسالك ١٢: ١٧٦ - ١٧٧. (٣) المبسوط ٣: ٨٦ - ٨٧. التذكرة ١٩: ٣١٨. السرائر ٢: ٤٨٤.

(٤) المزيب ٥: ٤٦٦. روضة الطالبين ٥: ٥٥. (٥) الوسائل ٢٥: ٣٨٦، ب ١ من الفصـب، ح ٥.

(٦) البقرة: ١٧٣.

(ولو خاط ثوبه) مثلاً (بخيوط مغصوبة فإن أمكن نزعها) على وجه تصل إلى مالكةا (الزم) الغاصب (ذلك) وإن استلزم فساد الثوب (وضمن ما يحدث من نقص).
(ولو خشي تلفها بانتزاعها لضعفها ضمن القيمة) [١].

بل قد تقدّم أيضاً أن من كان في يده المغمصوب لو رجع المالك عليه وغرّمه كان له [= الغاصب] الرجوع على من استقرّ التلف في يده على وجه يملك ما كان في ذمّته ما كان في ذمّته للمالك عوض ما أذاه.
بل يستمع ملك الغاصب المغمصوب إذا أدّى قيمته للحيلولة وإن كان منزلاً [٢].
[ولا فرق في ذلك بين الموجود من العين المغصوبة ممّا لا قيمة له وبينها إذا كانت كذلك لو انتزعت، كما في الفرض الذي يتعدّر فيه الردّ للعين، فإنّ المالك للعين يملك القيمة والغاصب يملك العين المغصوبة].

[١] كما في القواعد والدروس^(١) وغيرها^(٢)؛ لكونه كالمعدوم باعتبار تعدّر ردّه، وظاهرهم عدم وجوب الإخراج حينئذٍ كما اعترف به في المسالك^(٣). ولكن في جامع المقاصد في شرح عبارة القواعد التي هي كعبارة المصنّف: «ولو طلب المالك نزعها وإن أفضى إلى التلف وجب، ثمّ يضمن الغاصب النقص، ولو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة، ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك كما سبق من أنّ جنائية الغاصب توجب أكثر الأمرين، ولو استوعبت القيمة أخذها ولم تدفع العين»^(٤).

ونحوه في المسالك، قال: «الخيوط المغمصوبة إن خيط به ثوب ونحوه فالحكم كما في البناء على الخشبة، فللمالك طلب نزعه وإن أفضى إلى التلف، ويضمن الغاصب النقص إن اتّفق، وإن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، ولا يخرج بذلك عن ملك المالك كما سبق، فيجمع بين العين والقيمة»^(٥).

وهو كما ترى منافٍ لظاهرهم الذي اعترف به في المسالك سابقاً.
ومن هنا جزم في مجمع البرهان بعدم وجوب النزاع في مثل الفرض، بل قال: «يمكن أنّه لا يجوز وتعيّن القيمة؛ لأنّه بمنزلة التلف، فتلزمه القيمة فقط، وحينئذٍ يمكن جواز الصلاة في ذلك الثوب المخاط، إذ لا غضب فيه يجب ردّه، كما قيل بجواز المسح بالبطوبة من الماء المغمصوب الذي حصل العلم بحاله بعد الغسل وقبل المسح»^(٦).

وهو جيّد موافق لما قلناه سابقاً من اقتضاء ملك المالك القيمة خروج المغمصوب عن ملكه، لكونها عوضاً شرعياً عنه، وقد تقدّم سابقاً في وطء حيوان الغير الموجب لدفع القيمة عنه ما يؤكّد ذلك في الجملة.

[٢] بل كأنّ ذلك مفروغ منه عند التأمل في كلماتهم في مقامات متعدّدة ظاهرة أو صريحة في أنّ المؤدّى عن المضمون عوض شرعي عنه على وجه يقتضي الملك للطرفين، من غير فرق بين الموجود من العين ممّا لا قيمة له وبينها إذا كانت كذلك لو انتزعت، كما في الفرض الذي يتعدّر فيه الردّ لنفس العين المغصوبة. بل لعلّ قول المصنّف وغيره: [ذلك].

(١) القواعد ٢: ٣٣٥. الدروس ٣: ١٠٩.

(٣) المسالك ١٢: ١٧٦، ١٧٨.

(٤) جامع المقاصد ٦: ٣٠٤ - ٣٠٥.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٥٢١.

(٢) كذا في النسخ الأصلية والأولى: «غيرهما».

(وكذا لو خاط بها جرح حيوان له حرمة لم تنتزع إلا مع الأمن عليه تلفاً وشيناً و) إلا ضمنها (١).

وإن كان لنا نظر وتأمل في أصل ما ذكره هنا [٢].

[نعم إذا خيف على نفسه فلا يكلف بالنزع حينئذ].

[وإذا خاط به حيوان غيره أمكن إلزامه بشراء ما يجوز ذبحه من الحيوان إذا كان للغير مأكولاً أو غيره ليذبح

ذلك الحيوان وينزع منه الخيط].

[ويمنع إطلاق قرار الضمان على الغاصب فيما إذا علم ذي الجرح بغصب الخيوط وطلبه التخييط بها].

وعلى كل حال، فإذا مات الحيوان الذي خيط به جرحه، فإن كان غير الآدمي نزع منه الخيط، وفي الآدمي

[١] مؤيداً لذلك؛ ضرورة اقتضائه جواز التصرف للآدمي مثلاً بما خيط به جرحه، وليس ذلك إلا للخروج عن ملكه بضمان القيمة له بتعذر الرد، لاحترام الحيوان.

[٢] قالوا - واللفظ لثاني الشهيدين منهم في المسالك -: «إن خيط به جرح حيوان فهو إما محترم أو غيره، والمحترم إما آدمي أو غيره، فالآدمي إن خيف من نزع تلفه أو غيره من المحذور المجوز للعدول إلى التيمم^(١) من المرض والشين لم ينزع، وعلى الغاصب قيمته، ثم إن خاط جرح نفسه فالضمان مستقر عليه، وإن خاط جرح غيره بإذنه وهو عالم بالغصب قيل كان قرار الضمان عليه، والأجود قراره على المباشر... وأما غير الآدمي فعلى ضربين: أحدهما غير المأكول، والحكم فيه كالآدمي؛ لأنه لا ينتفع به مع ذبحه، والثاني المأكول، فإن كان لغير الغاصب لم ينزع، لحرمة روحه، وإن كان للغاصب فوجهان: أنه يذبح ويرد الخيط، لإمكان الجمع بين الحقيين وهو جائز الذبح، وأظهرهما - وهو الذي يقتضيه إطلاق المصنف - المنع كما في غير المأكول، لأن للحيوان حرمة في نفسه، ولهذا يؤمر بالإنفاق عليه، ويمنع من إتلافه بغير الذبح للأكل، وقد روي أنه ﷺ نهى عن ذبح الحيوان إلا لأكله^(٢)» (٣).

قلت: قد يناقش أولاً بإمكان منع جعل مسوغ التيمم عذراً في عدم وجوب الرد هنا مطلقاً، لما عرفته من تكليف الغاصب بأشئ الأحوال في الرد وإن استلزم الضرر عليه والمشقة، فمع فرض أنه قد خاط به جرحه وكان في نزع مشقة لا يخشى منها التلف وإن جاز التيمم لها أو يخشى الشين من نزعه يتجه تكليفه بذلك؛ إلزاماً له بأشئ الأحوال، لأنه هو الذي أدخل الضرر عليه باختياره الغصب الذي مقتضاه ذلك، واحتمال الفرق بين الضرر المالي وغيره لا دليل عليه.

نعم قد يتجه ذلك مع الخوف على النفس الذي يسقط معه خطاب الرد، فتأمل جيداً.

وثانياً بإمكان إلزامه بشراء ما يجوز ذبحه من الحيوان إذا كان للغير، مأكولاً أو غيره، مقدمة لذبحه ونزع الخيوط منه، وإن

أدى ذلك إلى ضرر عليه، فضلاً عن إلزامه بذبح ما يجوز ذبحه من الحيوان الذي له، ودعوى حرمة غير الأكل واضحة المنع.

وثالثاً: يمنع إطلاق قرار الضمان عليه حتى في صورة علم ذي الجرح بغصب الخيوط، وطلبه التخييط بها.

وجهان أصحهما عدم [١].

قلت: قد يقال باستثناء ذلك، كما ذكروه في النيش للتوصل إلى المال بل يمكن منع كون ذلك من المثلة المحرمة خصوصاً في بعض الأفراد.

وأما غير المحترم من الحيوان، وهو ما يصح إتلافه بغير التذكية، كالخنزير والكلب العقور، فلا يبالي بهلاكه ونزع الخيط منه.

ويلحق بهما الكافر الحربي، بل والمرتد عن فطرة، بل والزاني المحصن ونحوهم ممن هو غير محترم النفس، وكذا لو عرض عدم احترامها برودة ونحوها بعد الخياطة [٢].

ونحوه يجري في المحارب.

والكلام هنا يجري نحوه في لوح السفينة في صورة ما إذا كان فيها حيوان وإن لم يذكر احتمال الذبح هناك، كما نبهنا عليه، والله العالم.

(ولو حدث في المغصوب عيب) مستقر لا سراية له (مثل تسويس التمر أو تخريق الثوب ردّه مع الأرض)، سواء كان بفعل الغاصب أو غيره، وسواء زال معه الاسم أو غيره [٣].

(ولو كان العيب غير مستقر) بل هو سارٍ لا يزال يزداد إلى الهلاك (كعفن الحنطة قال الشيخ) في المحكي

[١] كما في المسالك^(١) وغيرها. لما فيه من المثلة، والآدمي محترم حياً وميتاً. ولذلك قال عليه السلام: «كسر عظم الميت ككسر عظم الحي»^(٢).

[٢] واحتمال عدم الجواز باعتبار كون الحدّ وظيفة الإمام، وعدم جواز قتل المحارب في بعض الأحوال على بعض الأقوال كما ترى؛ ضرورة عدم كون ذلك من الحدّ، بل هو أخذ ماله المستلزم لموت غير محترم النفس.

[٣] بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه.

بل هو مقتضى وجوب ردّ المغصوب وضمان ما فات منه، المستفادين من العقل والكتاب والسنة والإجماع. خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة من أنه إذا غيّر الغاصب المغصوب تغييراً أزال به الاسم والمنفعة المقصودة منه - كما إذا قطع الثوب أو طحن الحنطة مثلاً - ملكه وضمن قيمته للمالك^(٣).

بل عنه لو دخل لص دار رجل مثلاً، فوجد بغلاً وطعاماً ورحى فضمد البغل وطحن الطعام ملك الدقيق فإن انتبه صاحب الدار بعد ذلك كان للصّ قتاله عن دقيقه، فإن أتى الدفع عليه فلا ضمان على اللص^(٤). وهو كما ترى منافٍ لقاعدة بقاء الملك، بل وللمعلوم من الشرع، والله العالم.

(١) المسالك ١٢: ١٧٩.

(٢) كنز العمال ١٥: ٧ - ٦٧٦، ح ٤٢٦٩٢، وفيه: «كسر عظم الحي».

(٣) المبسوط (للسرخي) ١١: ٨٦.

(٤) نقله ابن جرير على ما في الخلاف ٣: ٤٠٧.

من مبسوطه^(١): الأقوى أنه (يضمن قيمة المغصوب) [١].

لكن قال المصنف: (ولو قيل برد العين مع أرش العيب الحاصل ثم كلما ازداد^(٢) دفع أرش الزيادة) حتى يهلك (كان حسناً) [٢].

لكن قد يقال: إن الأرش الذي دفعه الغاصب إنما هو أرش عيب سارٍ على معنى تقويم الحنطة صحيحة بكذا ومعيبة بالعيب المزبور بكذا، فهو كمال حق المالك، فلا وجه لضمان ما تجدد بعده [٣].

[١] لأنه بشرفه على التلف صار كالمستهلك، فيضمن الغاصب حينئذ مثله أو قيمته، بل مقتضى ذلك بناءً على ما قدمناه كون المغصوب ملكاً للغاصب.

وعن التذكرة: أنه أظهر قولي الشافعية^(٣).

[٢] وإن فعل ذلك المالك عناداً، لعدم كونه تالفاً حقيقة.

بل جزم به كل من تأخر عنه. نعم في قواعد الفاضل ذلك «على إشكال، ينشأ من حصول البراءة بدفع العين وأرش النقص، فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه إلى أن يتلف. ومن استناد النقص إلى السبب الموجود في يد الغاصب»^(٤). ولا يخفى ما في الوجه الأول؛ ضرورة عدم اقتضاء دفع أرش الحاصل كونه كمال الحق الواجب، لعدم حدوث تلف شيء يكون مضموناً بعد، فإذا حدث ضمنه لأنه مستند إلى جنايته.

ومعاندة المالك بالطريق الشرعي -الذي هو تسلط الإنسان على ماله- لا تقتضي سقوط أرش الجناية المضمونة.

وفي جامع المقاصد تقييد الحكم المزبور بما إذا لم يتمكن المالك من العلاج بسهولة، وإلا ففيه تردد^(٥). وتبعه في المسالك، قال: «هذا إذا لم يمكن إصلاحه، وإلا سقط أرش ما زاد على ذلك لاستناد الفائت إلى تقصير المالك، كما لو جرحه فترك علاج الجرح مع قدرته عليه، فإنه لا يكون مضموناً»^(٦).

قلت: يمكن منع عدم الضمان في الجرح، بل نفى الخلاف بعضهم عن الضمان لو جرحه فترك المداواة حتى مات، قال: «لأن السراية مع ترك المداواة من الجرح المضمون على الجارح»^(٧).

نعم لو فصد الفصاد مداواة لمرضه بأمر الطبيب فترك شدة أو ترك كل منهما شدة حتى نزف الدم فمات فخيرة الكتاب والتحرير والإرشاد والتلخيص^(٨) أنه لا ضمان على الفصاد. واستشكل فيه الفاضل^(٩) في [باب] القصاص من استناد الموت إلى سراية الجرح، فهو كغيره من الجراحات التي يهمل المجروح مداواتها، وعلى كل حال فما نحن فيه من الأول.

[٣] إذ هو حينئذ كرجوع المشتري على البائع بمثل العيب المزبور لو فرض سبقه أو حدوثه في الثلاثة على وجه يكون ضمانه على البائع، ودعوى التزام ذلك فيه أيضاً واضحة المنع، فتأمل جيداً، والله العالم.

(٢) في الشرائع بعدها إضافة: «عيباً».

(٤) القواعد ٢: ٢٣٠.

(٦) المسالك ١٢: ١٨١.

(٨) التحرير ٥: ٤٢٣. الإرشاد ٢: ١٩٥. تلخيص الغرام: ٣٣٥.

(١) المبسوط ٣: ٨٢.

(٣) التذكرة ١٩: ٢٧٨.

(٥) جامع المقاصد ٦: ٢٦٨.

(٧) مفتاح الكرامة ٦: ٢٦٠.

(٩) القواعد ٣: ٥٨٥.

(ولو كان) المغصوب باقياً (بحاله ردّه، ولا يضمن تفاوت القيمة السوقية) [١].

وخصوصاً إذا فانت القيمة ثمّ عادت إلى ما كانت وقت الغصب.

نعم لو كان التفاوت بسبب نقصان في العين ضمن ذلك، كما ستعرف الكلام فيه وفي غيره، والله العالم.

وكيف كان (فإن تلف المغصوب ضمنه الغاصب بمثله إن كان مثلياً) [٢].

والمراد من ضمانه بمثله عدم تسلط المالك على إلزامه بالقيمة لو أرادها، كما أنّه لا تسلط للغاصب على إلزام

المالك بقبول القيمة لو بذلها.

[والظاهر أنّ الضمان بالمثل] ضمان الشيء بمثله العرفي لا الاصطلاحي، نعم خرج الحيوان [٣].

[١] بلا خلاف أجده فيه بيننا. بل في المسالك نسبته إلى أكثر أهل العلم^(١)؛ لأنّ الفائت رغبات الناس لا شيء من المغصوب. خلافاً لشذاذ من العامة^(٢).

[٢] بلا خلاف معتدّ به أجده فيه كما اعترف به بعضهم^(٣).

بل هو من قطعيات الفقه كما يومئ إليه أخذه مسلماً في سائر أبوابه.

وفي جامع المقاصد الإجماع عليه^(٤). بل في غاية المراد: أطبق الأصحاب على ضمان المثلي بمثله إلّا ما يظهر من ابن الجنيد، فإنّه قال: إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضي صاحبه^(٥). ولعلّه يريد القيمي^(٦).

لكن لم نعثر في شيء ممّا وصلنا من الأدلة - عدا معقد الإجماع والفتاوى - على المثلي والقيمي عنواناً كي يرجع فيهما كغيرهما إلى العرف بعد انتفاء الشرع.

نعم قال الله تعالى شأنه: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(٧) و﴿جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾^(٨) ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾^(٩) إلى غير ذلك ممّا ورد في المقاضة التي مقتضاها [ذلك].

[٣] لما في صحيح أبي ولاد^(١٠) من ضمان قيمة البغل وغيره ممّا ورد فيه القيمة^(١١) بناءً على إرادة الإلزام بها على وجه لا يجزي غيرها من الخبر المزبور. فيتجسّد حينئذ احتمال كون الأصل الضمان بالمثل العرفي إلّا ما خرج بالدليل.

ولعلّه لذا ذهب المصنّف فيها تقدّم من كتاب القرض إلى ضمان القيمي بمثله، لإطلاق ما دلّ على قرض الشيء بمثله الصادق بالمثل العرفي، وقد تقدّم الكلام فيه في محلّه. وعلى كلّ حال فالآيات المزبورة لا دلالة في شيء منها على المثلي المصطلح الذي ستسمع ما ذكروا له من التعاريف المتعدّدة.

بل قيل^(١٢): إنّ المراد بالآية^(١٣) إن كان بيان التشبيه الخاص - بمعنى عدم التجاوز في مقدار الاعتداء عمّا اعتدى به - فهو

(١) المسالك ١٢: ١٨١ - ١٨٢. (٢) انظر حلية العلماء ٥: ٢١١.

(٣) الرياض ١٢: ٢٦٩. (٤) جامع المقاصد ٦: ٢٤٥.

(٥) انظر المختلف ٦: ١٣١. (٦) غاية المراد ٢: ٣٩٨.

(٧) (١٣) البقرة: ١٩٤. (٨) الشورى: ٤٠.

(٩) النحل: ١٢٦. (١٠) الوسائل ٢٥: ٣٩١، ب ٧ من الغصب، ح ١.

(١١) انظر الوسائل ٢١: ٢٠٣، ٨٨ من نكاح العيب والإماء. (١٢) قاله المحقق القمي.

حينئذٍ أجنبي عن المثلي المصطلح؛ ضرورة كون المراد حينئذٍ التساوي في مقدار الاعتداء في القتل والجرح وأخذ المال من دون ملاحظة المثل أو القيمة، بل ليس فيها حينئذٍ إلّا حكم واحد، وهو الرخصة في الاعتداء بمقدار اعتداء المعتدي، وأن لا يتجاوز عنه، والمراد بالمقدار هو أن يحكم أهل العرف بأنهما سيان في المنفعة والفائدة ويرضى العقلاء بتمكّن كلّ منهما مقام الآخر من غير فرق بين المثل والقيمة، وإن كان المراد التشبيه المطلق - يعني يجوز لكم الاعتداء على نحو يماثل اعتداء المعتدي في الاعتداء والمعتدى به - فهذا إطلاق ينصرف إلى العموم في كلام الحكيم، وحينئذٍ فهو يشتمل على حكمين:

الأول: الرخصة في الاعتداء، والثاني: أن ذلك على سبيل المثلية في كلّ شيء، وهو يشمل المثلي والقيمي أيضاً، ففي كلّ منهما يجب اعتبار المماثلة في الاعتداء والمعتدى به في كلّ شيء إلّا مع التعذّر وهو يناسب مذهب ابن الجنيّد بلزوم المثل في القيمي أيضاً إلّا مع التعذّر، فلا تدلّ الآية على التفصيل المزبور. فالمناص بأن ينشأ تفسير الآية على الوجه الثاني وبخصّ عمومها بدليل خارجي مثل صحيح أبي ولاد^(١)، أو يقال: إن حكم القيمي ليس داخلًا في الآية، أو يعترف بمذهب ابن الجنيّد، فيندرج مسألة الرجوع إلى المثل في المثلي تحت عموم الآية. لا لأنّ لفظ المثل فيها بمعنى المثلي المصطلح، بل لأنّ المماثل المصطلح من أفراد المماثلة المعتبرة في الآية بالمعنى، ويخرج القيمي بالصحيحة المزبورة^(٢). إلى آخر ما ذكره القائل المزبور، فإنّه وإن كان كلامه لا يخلو من غشاة وقبح تأدية وخلل في النقل عن ابن الجنيّد - الظاهر في ضمان مطلق المغصوب بقيمته، وتوقّف الاجتزاء بالمثل على رضا المالك، بناءً على رجوع القيد في كلامه إلى الأخير، وإن كان راجعاً إليهما كان مراده كون التخيير حينئذٍ بيد المالك بين المثل والقيمة مطلقاً، كما هو المعروف في النقل عنه - لكنّه راجع إلى ما ذكرناه من عدم دلالة الآية على اعتبار المثلي المصطلح، بل إن كان ولا بدّ فكيفي المثل العرفي. ولعلّه قال ذلك المقدّس الأردبيلي بعد أن أشكل ما ذكره من تعاريف المثلي ما حاصله: من أن «تحقيقه مشكل جدّاً، وهو مبنيّ أحكام كثيرة، والذي تقتضيه القواعد أنّه لفظ عليه أحكام بالإجماع والكتاب والسنة وليس له تفسير في الشرع، وما ذكر مجرد اصطلاح فيمكن أن يحال إلى العرف، وهو كلّ ما يقال إنّه مثلاً عرفاً يؤخذ به، فإن تعذّر أو لم يكن أصلاً فالقيمة، بل ينبغي ملاحظة مثل المتلف، فلا يجرى مطلق الحنطة عن الصنف الخاصّ المتلف، بل لا فرق بينها وبين الثوب، بل والفرس وغيرهما إذا كان لهما أمثال عرفيّة»^(٣). قلت: لكن ذلك كلّ - كما ترى - مخالف للإجماع بقسميه، بل ولما هو كشروري الفقه بين العامة والخاصّة، فيمكن أن يقال - بملاحظة ذلك وملاحظة الأمر بالقيمة في الحيوانات والمنافع^(٤) والسفرة المتلطفة في الطريق وكان فيها بيض ولحم وغيرهما^(٥)، وغير ذلك مآورد فيه الأمر بالقيمة^(٦) - وله أمثال عرفيّة - إنّه لا يراد المثل العرفي، بل هو شيء فوق ذلك، وهو المماثلة في غالب ما له مدخلة في مالية الشيء، لا المماثلة من كلّ وجه المتعدّرة.

ولا مطلق المثل العرفي الذي يطلق مع وجود جهة الشبه في الجملة، وهذا لا يكون إلّا في الأشياء المتساوية المتقاربة في الصفات والمنافع، والمعلوم ظاهرها وباطنها.

- (١) الوسائل ٢٥: ٣٩١، ب ٧ من الفصـب، ح ١.
(٢) جامع الشتات ٢: ٣٠٠ - ٣٠١.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٥٢٥.
(٤) انظر الوسائل ٢٥: ٤٦٨، ب ٢٣ من اللفظة، ح ١.
(٥) انظر الوسائل ٢٥: ٣٩١، ب ٧ من الفصـب.
(٦) انظر الوسائل ٢٥: ٣٩١، ب ٧ من الفصـب.

[ويمكن أن يقال: إنه لا يراد المثل العرفي، بل هو شيء فوق ذلك لا المماثلة من كل وجه المتعذرة].
 [ولا مطلق المثل العرفي الذي يطلق مع وجود جهة الشبه في الجملة، وهذا لا يكون إلا في الأشياء،
 المتساوية المتقاربة في الصفات والمنافع والمعلوم ظاهرها وباطنها].
 ومن هنا كان الحيوان قيمياً باعتبار أنه وإن وجد له مثل عرفاً ولكن لم يعلم باطنه المختلف أشد الاختلاف،
 وكذا الثوب، بل والأرض التي فيها قطع متجاورات والمنافع المختلفة كل الاختلاف باعتبار الاستيفاء، وفرض
 وجود المثل المنطبق على المعنى المصطلح في بعض الأفراد لا يوافق أطراف قواعد الشرع، فلذا كان المدار على
 النوع، بل الصنف. (و) [المراد بالمثلي] (١) [هو ما يتساوى قيمة أجزائه] (٢).
 ولعل المراد يساوي قيمة أجزاء الصنف من النوع منه، بل الأشخاص من الصنف، بل على أن يكون ذلك
 التساوي من حيث الذات لا الاتفاق.
 وحينئذ فالمن من شخص الحنطة الخاصة مثلاً والدهن الخاص مثلاً قيمة أجزائه متساوية؛ ضرورة كون
 الرطل بدرهم مع فرض كون المن بدرهمين وهكذا [٣].

[١] [كما] بذلك يَضَحُّ لك المراد في تعريف المشهور - كما في المسالك (١) - وغيرها - للمثلي بأنه [هو ما يتساوى قيمة أجزائه].
 [٢] وزاد بعضهم (٢) التمثيل بالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والأدهان وما أشبه ذلك.
 [٣] ولا يرد النقض بالتوب أو الأرض الذي يمكن دفعه بعدم غلبة ذلك فيهما، وفرض بعض الأفراد كذلك لا يناسب أطراف قواعد
 الشرع.
 بل مما ذكرنا يعلم اندفاع ما أورد في مجمع البرهان بأنه إن أريد التساوي بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شيء من الأشياء؛
 إذا ما من شيء إلا وأجزاؤه مختلفة في القيمة في الجملة، مثل الحنطة والشعير وجميع ما قيل: إنه مثلي، فإن قبيلاً من حنطة يساوي
 عشرة وآخر يساوي عشرين.
 وإن أريد التساوي في الجملة فهو في القيمي أيضاً موجود، مثل الأرض والثوب ونحوهما، وإن أريد مقداراً خاصاً فهو مجهول (٣).
 قلت: قد عرفت أن المراد المساواة في غالب ماله مدخلية في المالية، وتفاوت أفراد الحنطة وإن كان معلوماً، إلا أنك قد
 عرفت المساواة في أشخاص الأصناف، ولا يكفي الاتحاد في اسم النوع المنافي لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» ولغيرها.
 ولعله أشار إلى ما ذكرنا الشهيد في الدروس بتعريفه المثلي بأنه التساوي الأجزاء والمنفعة المتقارب الصفات (٤).
 بل هو في الحقيقة كشف لتعريف المشهور لا أنه تعريف آخر وإن توهمه غير واحد. بل لعله المراد من تعريفه له في غاية

(١) المسالك ١٢: ١٨٢.

(٢) مثل المحقق في جامع المقاصد ٦: ٢٤٣.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٥٢٢، مع تفاوت في بعض الكلمات.

(٤) الدروس ٣: ١١٣.

المراد أيضاً بأنه ما تتساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية^(١) على معنى إرادة التساوي المزبور ، لا أن المراد به الاتحاد في اسم القليل والكثير منه كالماء والحطبة كي يرد عليه الانتقاض بالأرض . وإليه يرجع ما في التذكرة عن بعض من أنه ما لا يختلف أجزاء النوع الواحد منه في القيمة ، وربما يقال في الجرم والقيمة ، ويقرب منه قول من قال : إنه الذي يتشاكل في الخلقة ومعظم المنافع أو ما تتساوى أجزاؤه في المنفعة والقيمة ، وزاد بعض من حيث الذات لا من حيث الصفة^(٢) .

بل لعله المراد أيضاً من تعريفه بالمقدّر بالكيل والوزن على معنى غلبة التساوي في أجزائها على الوجه المزبور في كثير من أفرادها المتعارفة ، فلا يرد النقض بالمعجونات . ومن هنا زيد فيه اشتراط جواز السلم فيه ، أو اشتراط جواز بيع بعضها ببعض بتشابه الأصليين في قضية التقابل^(٣) . فلا يرد ما في المسالك من أنه « اعترض على العبارات الثلاثة بأن القمام والمغارف والملاعق المتخذة من الصفر موزونة ، ويجوز السلم فيها ، وبيع بعضها ببعض وليست مثلية . مضافاً إلى ما أورد هو عليه بـ « منع جواز السلم فيها ؛ لاختلافها وعسر ضبطها »^(٤) ، وإلى ما ذكرناه سابقاً من أن المراد التساوي ذاتاً لا اتفاقاً بصنع صانع ونحوه .

بل يرد عليه ما قيل^(٥) من اقتضائه كون الشيء مثلياً في بلد قيمياً في آخر ، لمكان اختلافهما في الكيل والوزن وعدمهما . إذ قد عرفت أن المراد بهذا المتعارف في الغالب باعتبار كشفه عن تساوي أجزائه ، لا أن المراد مثليته من حيث الكيل والوزن المختلفين باختلاف البلدان .

وبالجملة فالمراد من التعاريف واحد ، وهو التساوي الذاتي في غالب ما له مدخلة في الرغبة والقيمة ، وأن يكون ذلك غالباً في أفراد الأصناف لا اتفاقاً .

بل لعله المراد أيضاً ممّا في الإرشاد وشرحه الإسعاد لبعض الشافعية من تعريفه بأنه ما أمكن ضبطه بكيل أو وزن وجاز السلم فيه .

بل لعله المراد أيضاً ممّا حكاه في الرياض عن خاله في دفع ما سمعته من المقدّس الأردبيلي من « أنه لعل المراد التقارب المتعارف المعتبر به عند أهل العرف ، أي ما يكون متساوي الأجزاء عرفاً يكون مثلياً وغير المتساوي كذلك غير مثلي . وأيضاً المثلي ما تعارف تحقّق المثل له بحيث يساويه ويمائله في الطبيعة والمميّز النوعي والصنفي ، وهو أقرب إليه من كلّ جنس وإن كان مثل الدرهم والدينار »^(٦) .

بل يعلم ممّا ذكرنا أيضاً أنه لا وقع لما اعتذر به الكركي عن التعريف المزبور بأن « الظاهر منه إرادة ضبط المثلي بحيث يتميز فضل تميّز ، لا التعريف الحقيقي . أو يكون التمثيل بالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والأدهان داخل في التعريف ، فيكون انكشافه بهذه الأمثلة »^(٧) ؛ ضرورة أنك قد عرفت كون المراد بالتعريف المزبور ما لا يحتاج معه إلى الاعتذار المذكور . ومن الغريب ما في المسالك من أنه « اعترض عليه بأنه إن أريد بالأجزاء كلّ ما تركّب عنه الشيء لزم أن لا تكون الحبوب مثلية ، لأنّها

(٢) (٣) التذكرة ١٩ : ٢١٣ ، ٢١٤ .

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٥٢٥ .

(٧) جامع المقاصد ٦ : ٢٤٥ .

(١) غايّة المراد ٢ : ٣٩٨ .

(٤) المسالك ١٢ : ١٨٣ .

(٦) الرياض ١٢ : ٢٧١ .

[ويمكن أن يقال: بل قيل إن الظاهر رخصة المالك بأخذ المثل بالمماثلة العامة إرفاقاً بالمالك، فلا يجوز للغاصب التجاوز عنه مع تقاضيه ذلك، لأنه لا يجوز للمالك مطالبة الغاصب بالقيمة، فيجوز للمالك مطالبة بالقيمة ولا يرضى إلا بذلك في عوض ماله. بل ربما يقال: إن التقدين هما الأصل في الأعراس في الغرامات وغيرها].

تركب من القشور والألباب، والقشر واللّب مختلفان في القيمة، وكذلك الثمر والزبيب لما فيهما من العجم والنوى وإن أريد الأجزاء التي يقع عليه اسم الجملة لزم أن لا تكون الدراهم والدنانير مثلية لما يقع في الصحاح من الاختلاف في الوزن والاستدارة والإعوجاج ووضوح السكة وخفائها وذلك ممّا يؤثر في القيمة^(١).

بل ممّا ذكرناه يظهر لك المناقشة فيما في الرياض وغيره من أنّه «لا يذهب عليك عدم ظهور حجة لهذه التعاريف عدا العرف واللغة، وهما بعد تسليم دلالتهما على تعيين معنى المثل المطلق وترجيحهما أحد الآراء لا دلالة لهما عليه، إذ هي فرع لتعلق الحكم بلفظ «المثل» في دليل، وليس بوجود عدا قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(٢) وفيه نظر؛ لاحتمال كون المراد بالمثل فيه أصل الاعتداء لا مثل المعتدى فيه الذي هو ما نحن فيه، فتأمل^(٣). إذ قد عرفت أنّ المراد به ذلك ولو بمعونة ما سمعت من النص والفتوى.

ثم قال: «هذا مع أنّه لم يظهر حجة على أصل اعتبار المثل في المثلي والقيمة في القيمي عدا الإجماع والاعتبار، وليس فيهما ما يرجح أحد التعريفات، فليرجع في خصوص الأفراد إلى ما أجمع على كونه مثلياً أو قيمياً، ولا إشكال فيما ظهر فيه، وبشكل الأمر فيما عداه، وينبغي الاحتياط في مثله بالرجوع إلى الصلح والتراضي إن أمكن، وإلا فلا يبعد ترجيح مختار الأكثر لرجحانه بالشهرة، ولولاها لكان العمل بالتخيير بين الآراء متجهاً، كما هو الحال في ترجيح الأقوال المختلفة التي لا مرجح لأحدها على الآخر من الأدلة، وربما يرجح مختار الأكثر على أكثر ما عداه أيضاً بسلامته عن النقض الذي يورد عليه من شموله للتوب، لأن قيمة أجزائه متساوية مع أنّه قيمي، وذلك فاته يميني، وإن التوب ليس بمتساوي الأجزاء، فإن ذراعاً منه قد يسوي عثمانياً، والآخر شاهيات، بل ربما لا يكون له قيمة أصلاً^(٤) بل من التأمل في ما ذكرنا يظهر لك أنّه من غرائب الكلام. على أنّه يمكن أن يقال، بل قيل: «إن الظاهر من الآية^(٥) رخصة المالك بأخذ المثل بالمماثلة العامة إرفاقاً بالمالك فلا يجوز للغاصب التجاوز عنه مع تقاضيه ذلك، لأنه يجوز للمالك مطالبة الغاصب بالقيمة، فإن الظاهر أنّ التالف في حكم المثلث والعوض في حكم الثمن، والتخيير بيد البائع في التعيين، فيجوز للمالك مطالبة بالقيمة، ولا يرضى إلا بذلك في عوض ماله. ولا يمكن التمسك بأصالة براءة الغاصب عن لزوم القيمة، لاستصحاب شغل الذمة الموقوف ببراءتها بأداء حق المالك وإرضائه؛ لكونه مطلوباً^(٦).

بل ربما يقال: إن التقدين هما الأصل في الأعراس في الغرامات وغيرها، كما يشعر به بعض النصوص^(٧) التي تقدّمت في كتاب الزكاة على ما يخطر في البال. ولعلّه إليه نظر الإسكافي في إطلاقه ضمان القيمة وتعليق المثل على التراضي.

(١) (٦) المسالك ١٢: ١٨٢. جامع الشتات ٢: ٣٠١ - ٣٠٢. (٢) (٥) البقرة: ١٩٤.

(٣) (٤) الرياض ١٢: ٢٧٠.

(٧) انظر الوسائل ٩: ١٣٩، ب ١ من زكاة الذهب والفضة، ح ٧.

وعلى كل حال فـ[الظاهر] [١] أنَّ المثلّي المصطلح هو الذي يمكن لعقلاء العرف الحكم بمثلي له مساوٍ فيما له مدخلية في مآليته في غالب صنفه، وما ليس كذلك فهو قيمي، ولو لأنَّ المغصوب مثلي معيب، ولم يكن في غالب صنفه معيب كذلك، فيكون الحاصل أنَّ المراد بالمثلّي في كلامهم هو الذي له مثل بمعنى أنّه مساوٍ له في جميع ما له مدخلية في مآليته من صفاته الذاتية لا العرضية - كالمكان والزمان - على وجه يكون غالباً في صنفه، وما عداه قيمي، فتأمل فإنّه جيّد [٢].

(فإن تعذّر المثل) المزبور بعد أن كان موجوداً حين تلف المغصوب [٣] (ضمن قيمته) أي المثل [٤]. وعلى كل حال فالمراد قيمته (يوم الإقباض) أي حينه (لا يوم الإعواز) ولا أقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف، ولا أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز، ولا أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت الإعواز، ولا أقصاها من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة، ولا أقصاها من وقت الإعواز إلى وقت المطالبة، ولا أقصاها من وقت تلف المغصوب إلى وقت المطالبة، ولا قيمته يوم التلف، ولا قيمته يوم المطالبة، ولا أنّه إن كان منقطعاً في جميع البلاد فلا اعتبار بقيمته يوم الإعواز وإن كان في تلك البقعة، فالاعتبار بقيمته يوم الحكم

[١] [كما] قد ظهر لك من جميع ما ذكرنا [ذلك].

[٢] وأما وجه تعيين الغرامة به مع فرض تحقّقه فللإجماع والاعتبار وغيرهما، والله العالم.

[٣] كما في التذكرة^(١) والمسالك^(٢) وغيرهما.

[٤] بلا خلاف أجهده فيه، بل قيل: إنه إجماعي^(٣)؛ لنفي الضرر وقبح التكليف بما لا يطاق والإضرار بتأخير الحقّ فتعيّنت القيمة المزبورة جمعاً بين الحقّين.

لكن قد يناقش إن لم يكن إجماعاً بأنّ ذلك لا يقتضي وجوب القبول على المالك لو دفع الغاصب، فإنّ له التأخير إلى حال التمكن من المثل.

اللهم! إلا أن يكون ذلك ضرراً على من عليه الحقّ ولو باعتبار بقاء دَمَتِه مشغولة بناءً على أنّ مثله ضرر منفي أيضاً، وفيه تأمل.

أو يقال: إنه مقتضى قوله **إِلَّا**: «المغصوب مردود»^(٤) بناءً على إرادة ما يشمل ردّ المثل أو القيمة من الردّ فيه، فيكون ذلك تكليفاً للغاصب، فيجب القبول على من له الحقّ مع دفع الحقّ.

هذا، وقد يظهر من بعض عبارات التذكرة^(٥) والايضاح^(٦) عدم وجوب القبول عليه وأنّ له التأخير إلى وجدان المثل فيمثل المطالبة، وحينئذ يرتفع الإشكال من أصله.

(١) التذكرة: ١٩: ٢٢٧.

(٢) المسالك: ١٢: ١٨٣.

(٣) مفتاح الكرامة: ٦: ٢٤٢.

(٤) تقدّم في ص ٨، بلفظ: «الفصب كلّ مردود».

(٥) انظر التذكرة: ١٩: ٢٢٧.

(٦) الايضاح: ٢: ١٧٥.

بالقيمة [١]. [ويلزم الغاصب تحصيل المثل ولو من البلاد النائية التي لا ينقل منه عادة إن لم يستلزم التكليف بالمحال. ولكن لا يجب عليه شراء المثل بأكثر من ثمن المثل، وأما المراد بالفقدان] فالمتجّه جعل المدار على ذلك

[١] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا وإنما بعضها وجوه وبعضها أقوال للعامة. نعم في الإيضاح أن الأصح ضمانه أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة^(١). ولم نعرفه لغيره، بل هو مبني على وجوب ضمان أعلى القيم في المغصوب، واستعرف ضعفه. كما أن بعض الوجوه مبنية على ضمان المغصوب - مع تجدد تعذر المثل - بقيمة لا قيمة المثل.

وقيل: «إنهم اختلفوا في باب القرض في وقت وجوب قيمة المثل في المثلي إذا تعذر على أقوال، فبعض على أنها تجب قيمته يوم المطالبة، وبعض وقت القرض، وبعض وقت التعذر، ولا فرق ظاهر بين المقامين»^(٢). بل عن ابن إدريس^(٣) التصريح بأن الحكم فيهما سواء. وفيه: منع تحقق خلاف معتد به، وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه؛ ضرورة كونه - بعد ثبوت المثل في الذمة في القرض والغصب - يستصحب بقاؤه إلى حين أدائه. وتجدد تعذره لا يرفع الحكم الوضعي الذي هو ملكية المثل عليه، ولذا يجب عليه أدائه مع فرض تجدد التمكّن منه، فهو إلى حين الإقباض ليس له في ذمته إلا المثل الذي تؤدي القيمة بدلاً عنه بطلب من المالك أو اختيار من الغاصب على الوجهين السابقين، فبئر الذمة حينئذٍ على وجه لو تمكّن من المثل بعد ذلك لم يجب عليه دفعه، بلا خلاف أجده فيه بيننا. وبذلك يفرق بينه وبين ما يؤدي للحيلولة بين المالك وملكه، فإنّ المقام شبه أداء الدين بغير جنسه مع التراضي، أو قلنا بأن ولاية ذلك بيد الغاصب، بخلاف ما يؤدي للحيلولة، فإنه ليس بدلاً عن العين بنفسها، بل هو بدل عن حيلولتها. وعلى كلّ حال، فالعرض أن أداء قيمة المثل عند تعذر المثل ليس لثبوتها في الذمة، بل التاب في الذمة المثل والقيمة أداء عنه، فلا تعتبر إلا قيمته حين القبض. نعم لو قلنا بالتعذر تثبت في الذمة القيمة أتجه اعتبارها عنده لا وقت الإقباض، لكونه حينئذٍ كتلف القيمي بناءً على ذلك فيه، لكن لا دليل عليه، بل مقتضى استصحاب بقاء المثل في ذمته خلافه، والإعواز لا يرفع الحكم الوضعي كما ذكرناه. ومن هنا - مضافاً إلى ما استعرف من عدم ضمان أعلى القيم في المغصوب - يظهر لك ضعف الوجوه المزبورة، بل وغيرها من الوجوه المحتملة في المقام غير العشرة المذكورة في كلام العامة^(٤). هذا، وفي التذكرة: «والمراد بالفقدان أن لا يوجد في ذلك البلد وما حوالاه»^(٥). وزاد في المسالك: «مما ينقل منه إليه عادة، كما بين في انقطاع المسلم فيه»^(٦). ونحوه عن الكفاية^(٧) ومرجعه إلى ما عن جامع المقاصد من «أن المرجع فيه إلى العرف»^(٨). وفيه: أنه ليس في شيء من الأدلة العنوان بذلك حتى يرجع إليه، بل مقتضى تكليف الغاصب بالأشئ لزوم تحصيل المثل ولو من البلاد النائية التي لا ينقل منها عادة إن لم يستلزم التكليف بالمحال. ولعلّه لذا قال في التحرير وغيره: «لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل فالوجه وجوب الشراء»^(٩). وفيه أنه منافع لما دلّ على نفي الضرر^(١٠) والخرج في الدين^(١١)، والخروج عنه في خصوص ردّ العين المغصوبة لا يقتضي الخروج عنه في مثله.

(١) (٢) الإيضاح ٢: ١٧٥. مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٣. (٣) السرائر ٢: ٤٩١.

(٤) العزيز ٥: ٤٢٢. (٥) التذكرة ١٩: ٢٢٨.

(٦) المسالك ١٢: ١٨٣. (٧) كفاية الأحكام ٢: ٦٤٠.

(٨) جامع المقاصد ٦: ٢٤٥. (٩) التحرير ٤: ٥٢٩. الإيضاح ٢: ١٧٨.

(١٠) انظر الوسائل ٢٥: ٤٢٧، ب ١٢ من إحياء الموات. (١١) الحج: ٧٨.

[١٠: العرف] والله أعلم.

(و) تيمم كان قد [المختار] [١] أنه (لو أعوز فحكم الحاكم بالقيمة) ولم يدفعها المحكوم عليه برضاً من خصمه أو عذمه (هـ) سائق أنها (زادت أو نقصت) بعد الحكم المزبور (لم يلزم ما حكم به الحاكم، وحكم بالقيمة وقت تسليمها) [٢]، وذلك (ل) سماعا عرفت من (أن الثابت في الذمة ليس إلا المثل) وإنما تدفع القيمة بدلاً عنه، فيكون المدار حينئذٍ على حين القبض [٣]. ولو أُلِف الغاصب مثلياً وظفر به المالك في غير مكان الإتلاف [٤].

[١] [كما] قد ظهر لك ممّا ذكرنا [ذلك].

[٢] ضرورة عدم اقتضاء الحكم المزبور تعيينها، وإنما هو بيان قدر الاستحقاق في ذلك الوقت لو دفع.

[٣] كما هو واضح بعد الإحاطة بما ذكرناه. هذا، ولا يخفى عليك اقتضاء التقيد بما سمعت في أصل المسألة أنه لو لم يكن المثل موجوداً وقت التلف تجب قيمة التالف، بل هو الذي استظهره في جامع المقاصد^(١)؛ لصيرورته بفقد المثل قيمياً حين التلف. وقد يناقش بعدم المنافاة بين ثبوته في الذمة وبين تعدد أدائه في ذلك الوقت، ودعوى صيرورته قيمياً واضحة المنع، إذ المثلي لا يتعين كونه كذلك بتعدد المثل، وإلا لزم عدم وجوب دفعه لو تمكن منع بعد ذلك قبل الأداء، لثبوت القيمة حينئذٍ في الذمة، ولا أظن أن القائل المزبور يلزمه، لوضوح ضعفه. فالتوجه ثبوت المثل في ذمته على كل حال، وتعدد أدائه حال التلف لا يقتضي عدم ثبوته في الذمة، فإن عدم التمكن من وفاء الدين لا يقتضي عدم ثبوته في الذمة، وحينئذٍ لم يكن للتقيد المزبور فائدة. ولعله لذا تركه المصنف، بل قيل «والمبسوط والتحرير والإرشاد والدروس»^(٢)، بل في الأخير ما هو كالصرح في ذلك، قال: «فإن تلف فعليه ضمان المثل، فإن تعدد قيمته يوم الإقباض، سواء تراخى بتسليم المثل عن تلف العين أم لا»^(٣)، والله العالم.

[٤] فمن ابن إدريس أن له إلزامه به في ذلك المكان وإن كان هو أعلى قيمة من مكان الفصب وكان حمله يحتاج إلى مؤونة، قال: «لأنه الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلة وأصول المذهب»^(٤) ووافقه الفاضل وولده والشهيد والكركي^(٥)؛ لأن وجوب رد المظلمة فوري، ولا تراعى مصلحة من حقه أن يؤخذ بأشق الأحوال. لكن عن المبسوط ما حاصله على طوله: أنه إذا اختلفت القيمة للمالك قيمته في بلد الفصب أو يصبر حتى يصل إليه ليستوفي ذلك؛ للضرر المنفي^(٦). قيل: «وهو المحكي عن القاضي والشافعي»^(٧). ونوقش بمنافاته لفورية الحق، وبأن تأخير الأداء ورد المظلمة ضرر على المالك والضرر لا يزال بالضرر. بل قيل: «إذا تعارض الضرران فالترجيح لنفي ضرر المالك، إذا الضرر المنفي إنما هو من شرح الحكم، والغاصب بما أدخله على نفسه»^(٨) مصافاً إلى أنه يؤخذ بأشق الأحوال، وإلى إطلاق ما دل على وجوب رد المظلمة^(٩) من سلب المظلم على استيفائها متى تمكن منها^(١٠)، والفرص أن الثابت في ذمته المثل، ودعوى اعتبار المكان في منيته واضحة لفتح له وشرافاً ومراً.

(١) جامع المقاصد ٦: ٢٥٢. (٢) قاله في مفتاح الكرامة ٦: ٢٥٠.

(٣) الدروس ٣: ١١٣. (٤) الرراير ٢: ٤٩٠ - ٤٩١.

(٥) النفوس ٢: ٢٢٨، الإيضاح ٢: ١٧٦، الدروس ٣: ١١٤. جامع المقاصد ٦: ٢٥٦.

(٦) المبسوط ٦: ٢٥٢. (٧) مفتاح الكرامة ٦: ٢٥٢.

(٨) انظر الوسائل ١٦: ٥٢، ب ٧٨ من جهاد النفس. (٩) الوسائل ٢٣: ٢٨٥، ب ٤٧ من الإيمان، ح ١.

[فللمالك إلزامه به في ذلك المكان وإن كان هو أعلى قيمة من مكان الغصب].

نعم يتجّه بناءً على ذلك أنّه ليس للمالك الامتناع لو بذله الظالم في غير بلد الظلم وإن اقتضى ضرراً على المالك لقلّة القيمة مثلاً [١] .

بل [الظاهر] [٢] أنّ على الغاصب ضمان المثل وإن خرج بالزمان أو المكان عن التقويم كما لو أتلف عليه ماءً في مفازة ثمّ اجتمعاً على نهر ، أو أتلف عليه جمداً في الصيف ثمّ اجتمعاً في الشتاء [٣] .
هذا كله في المثلي ، (وإن لم يكن) المغصوب المتلف (مثلياً) بل كان قيمياً كالحيوان ونحوه ممّا لم يكن

[١] وإن تردّد فيه في جامع المقاصد ^(١) ولم يرجح .

[٢] [كما] قد ينفذ من ذلك [أي ممّا تقدّم] .

[٣] وإن ذكر فيه في القواعد احتمالين ، ثانيهما أنّ عليه قيمة المثل في تلك المفازة أو الصيف من دون ترجيح ^(٢) ، بل في الدروس قوّة الاحتمال الثاني ^(٣) ، بل لعلّه خيرة الفخر ^(٤) ، بل هو خيرة الفاضل في التذكرة ^(٥) . بل في جامع المقاصد نسبته إلى اختيار الأصحاب وغيره ، وأنّه لا محيد عنه ^(٦) .

وإن كنّا لم نعرّض على من تعرّض له بالخصوص غير من عرفت .

لكن قد عرفت أنّ الثابت في ذمّته المثل ، كما هو مقتضى إطلاق الفتاوى ومعقد الإجماع ، والمكان والزمان لا مدخلة له في حقيقة المثلية .

وقاعدة الضرر مشتركة بينه وبين المالك ، وأخذه بأشقّ الأحوال إنّما هو في ردّ العين المغصوبة لا المثل .

ولذا صرح في جامع المقاصد ، بل لعلّه ظاهر غيره أيضاً بعدم ضمانه غير المثل لو بقي له قيمة في الجملة في غير المكان المزبور ، وإنّما ذاك حيث لا يكون له قيمة ^(٧) .

على أنّ المتجّه بناءً على ذلك ضمانه المثل في أقرب الأماكن والأزمنة إلى النهر والشتاء ، لا قيمته في ذلك المكان والزمان .

ودعوى أنّه لمّا كان مثله في الشط لا قيمة له فالعدول إلى قيمة مثله الآخر غير معقول ، فتعيّن الرجوع إلى قيمة عين

المغصوب في مكانه أو زمانه خالية عن الدليل ، بل ظاهر الدليل خلافها .

ضرورة اشتغال الذمّة بالمثل حال التلف وإن اختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة في القيمة ، ولا دليل على عود اشتغال الذمّة

بالقيمة ، بل مقتضى الأصل خلافه ، والله العالم .

(١) جامع المقاصد ٦ : ٢٥٨ .

(٢) القواعد ٢ : ٢٢٨ .

(٣) الدروس ٣ : ١١٣ .

(٤) الإيضاح ٢ : ١٧٧ .

(٥) التذكرة ١٩ : ٢٣٤ .

(٦) جامع المقاصد ٦ : ٢٥٧ - ٢٥٨ .

(٧) جامع المقاصد ٦ : ٢٥٧ .

لعقلاء العرف طريق للحكم بالمساواة فيما له مدخلية في مآليته من صفاته الذاتية في الصنف (ضمن قيمته) [١].
نعم للأصحاب خلاف في تعيين القيمة فـ [سقيلاً] [٢]: إنها (يوم غصبه) (و) كأنه [٣] (هو اختيار الأكثر) [٤].

[١] بلا خلاف معتد به في ذلك هنا . تقدّم للمصنّف في كتاب القرض ضمان القيمي بمثله . وقد سمعت الكلام فيه هناك .
كما أنّك سمعت^(١) الكلام في المحكي عن ابن الجنيّد المحتمل لإرادة ما لا ينافي المشهور منه ، وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه .

لظهور صحيح أبي ولاد^(٢) وغيره ممّا دلّ على ضمان الحيوان عبد أو غيره^(٣) في كون اللازم القيمة ، ومنه نصوص^(٤) عتق الشريك المقتضي للسرابة المأمور فيها بالتقويم ، فليس للمتلف دفع المثل العرفي إلّا مع رضا المالك ، كما أنّه ليس للمالك اقتراحه عليه .

وما في بعض أخبار العامة - عن عائشة قالت : صنعت حفصة طعاماً فبعثت به إلى رسول الله ﷺ فأخذني الأفكل فكسرت الإناء ، فقلت : يا رسول الله ، ما كفارة ما صنعت ؟ فقال : « إناء مثل الإناء وطعام مثل الطعام »^(٥) .

وعن أنس : « أنّ امرأة كسرت قصعة أخرى فدفع النبي ﷺ قصعة الكاسرة إلى صاحبه المكسورة ، وحبس المكسورة في بيته »^(٦) - ليس حجة عندنا ، مع إمكان حمل الأخير منهما على علم النبي ﷺ بحصول الرضا منهما بذلك ، بل وإمكان حملة الأول على تحقّق المثلية فيهما ، وغير ذلك .

[٢] وذلك عن المقنعة والمراسم وموضع من المبسوط والنهاية وفي النافع وكشف الرموز^(٧) .

[٣] [كما] مال إليه في الإرشاد بل في التحرير^(٨) .

[٤] لأنّه أول وقت دخول العين في ضمان الغاصب ، والضمان إنّما هو لقيمته ، فيضمن بالغصب حالة ابتدائه .

وفيه : أنّ الحكم بضمان العين بمعنى أنّه لو تلفت وجب القيمة بدلها ، لا وجوب قيمتها حينئذٍ ، فإنّ الواجب ما دامت العين باقية ردّها ، ولا ينتقل إلى القيمة إلّا مع التلف ، فلا يلزم من الحكم بضمانها على هذا الوجه اعتبار ذلك الوقت .

نعم قد يستدلّ له بما في صحيح أبي ولاد المتضمّن غضب البغل بمخالفته لما وقع بينه وبين صاحبه : أرايت لو عطب البغل أو أنفق أليس كان يلزمي ؟ فقال الصادق عليه السلام : نعم قيمة بغل يوم خالفته^(٩) .

وفيه احتمال تعلّق الظرف بالفعل المدلول عليه بقول : « نعم » ، فيكون المراد يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل لو عطب ،

(١) تقدم في ص ٥٦ . (٢) الوسائل ٢٥ : ٣٩١ ، ب ٧ من الغصب ، ح ١ .

(٣) انظر الوسائل ٢٩ : ٢٤٥ ، ب ١٢ من موجبات الضمان . (٤) انظر الوسائل ٢٣ : ٣٦ ، ب ١٨ من العتق .

(٥) انظر سنن البيهقي ٦ : ٩٦ ، وفيه : « صفة » بدل « حفصة » . (٦) انظر سنن البيهقي ٦ : ٩٦ .

(٧) المقنعة : ٦٠٧ . وذكره في المراسم : ١٧٢ ، في مورد المقبوض بالبيع الفاسد ونقله عن الثالث في المسالك ١٢ : ١٨٥ ، انظر المبسوط ٣ : ٦٠ .

النهاية : ٤٠٢ . مختصر النافع : ٢٥٧ . كشف الرموز ٢ : ٣٨٢ .

(٨) انظر الإرشاد ١ : ٤٤٦ . التحرير ٤ : ٥٣٠ .

(٩) الوسائل ٢٥ : ٣٩١ ، ب ٧ من الغصب ، ح ١ .

بمعنى أنها تتعلق بك ذلك اليوم ، وحينئذٍ فحدّ القيمة غير مبيّن فيه ، فلا ينافي ما دلّ على القيمة يوم التلف الذي ستعرف أنّه الأصح . ودعوى أنّ الأوّل أظهر ممنوعة ، بل قيل : إنّ ما ذكرناه أظهر بشهادة قوله فيه بعد ذلك : فإن أصاب البغل كسراً أو دبراً وعقر ، قال عليه السلام : « عليك قيمة ما بين وقت الصحة والعيب يوم تردّه عليه ، قلت : فمن يعرف ذلك ؟ قال : أنت وهو ، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك وإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك ، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا فيلزمك » ^(١) الحديث الظاهر في اعتبار القيمة يوم الردّ لا الغصب ^(٢) .

وإن كان فيه أولاً : أنّ الموجود فيما حضرنى من نسخة التهذيب الصحيحة المحشاة « تردّه عليه » من دون لفظ « يوم » ^(٣) ، ومعناه أنّك تردّ الأرض عليه مع البغل .

وثانياً : أنّه على التقدير المزبور كما يخالف يوم الغصب يخالف يوم التلف ؛ ضرورة كونه غير يوم الردّ ، فلا يوافق المختار ، بل ولا شيئاً من الأقوال .

بل إن جعلت الظرف فيه متعلّقاً بقوله : « عليك » كان منافيّاً أيضاً لما عرفت من أنّ الضمان المعلق ثابت بالمخالفة ، والمحقّق حال حصول العيب .

فالتّجّه أن يراد منه أنّ عليك ردّ الأرض حين تردّ البغل ، لأنّ الأرض يتعلّق وجوبه بك يوم ردّ البغل لا يوم حصول العيب فيوافق حينئذٍ المراد من النسخة الساقطة فيها لفظ « اليوم » . ولقد أطنب بعض ^(٤) الفضلاء في بيان المعنى المزبور ، لعدم وقوفه على النسخة التي ذكرناها ، وحينئذٍ لا يكون منافيّاً للمختار ولا مؤيِّداً له .

نعم ربّما قيل : إنّه ظاهر فيه ، باعتبار أنّ سؤال الراوي عن الضمان بسبب التلف لا بسبب المخالفة ، فمطابقة الجواب للسؤال يقتضي أن يكون المراد منه : نعم يلزمك يوم خالفته هذا الحكم ، يعني يصير حكمك في هذا اليوم لزوم قيمة البغل إن هلك ، والمتبادر منه - بعد معلوميّة أنّه ليس المراد قيمته ميّناً - هو أقرب زمان حياته إلى الموت ، وهو قبيل التلف ، وهذا معنى قيمته يوم التلف .

بل لعلّ تنكير « بغل » يرمّز إلى ذلك أيضاً ، إذ هو إشارة إلى أنّه يفرض الميّت حياً ، وإلا فلا ريب أنّه لا يكفي قيمة أي بغل يكون ، وهو مناسب لكون الظرف لعموم متعلّقاً بـ « يلزمك » ، وإلا فلا يناسب التنكير ، إذ البغل يوم المخالفة حيّ بالفرض والاستصحاب ، فالأولى تعريفه . ثمّ إنّ الظاهر بناء قوله عليه السلام : « حين اكترى » على غلبة عدم التفاوت في هذه المدّة القليلة وعلى الاستصحاب ، وإلا فلم يقل أحد باعتبار القيمة حين الكري ، كما هو واضح . وكيف كان ، فلا دلالة في الصحيح المزبور على القول المذكور ، ولعلّه لذا ترك أصحاب القول المزبور الاستدلال به واقتصروا على الوجه الذي قد عرفت ضعفه .

ومن الغريب نسبة المصنّف والفاضل في التحرير إيّاه إلى الأكثر ^(٥) ، مع أنّه لم نعرفه لغير من عرفت ، والله العالم .

(١) الوسائل ٢٥ : ٣٩١ ، ب ٧ من النصف ، ح ١ .

(٢) انظر الرياض ١٢ : ٢٧٣ . مفتاح الكرامة ٦ : ٢٤٤ .

(٣) لا توجد لدينا .

(٤) انظر كفاية الأحكام ٢ : ٦٤٣ .

(٥) التحرير ٤ : ٥٣٠ .

(وقال في المبسوط^(١)) [١] (والخلاف^(٢)) [٢]: إنه (يضمن أعلى القيم من حين الفصب إلى حين التلف) [٣] وفي المتن (وهو حسن) [٤] (وقال المصنف): (ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك على

- [١] ومحكي النهاية في موضع منهما^(٣).
- [٢] والوسيلة والغنية والسرائر والإيضاح واللمعة والمقتصر والتبصرة^(٤) على إشكال.
- وكذا شرح الإرشاد للفخر^(٥) على ما حكي عن بعضها.
- [٣] بل في المختلف أنه أشهر^(٦)، بل عن بيعة نسبته إلى علمائنا^(٧).
- [٤] وكأنه قال به أو مال إليه في الكفاية^(٨) وكذا المسالك^(٩)، بل فيها: «أن في خبر أبي ولاد^(١٠) ما يدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين»^(١١) وقواه في الروضة أيضاً، لمكان هذا الخبر الصحيح، مع أنه ذكر الاستدلال به القول السابق^(١٢). ولكن لا يخفى عليك - بعد الإحاطة بما ذكرناه - عدم إشعار في الصحيح المزبور فضلاً عن الدلالة.
- الله! إلا أن يقال: إنه بناءً على تعلق الظرف بالفعل المستفاد من قول: «نعم» يكون المراد: أن ابتداء الضمان من ذلك اليوم إلى يوم التلف، فيضمن الأعلى منه حينئذٍ.

بل إن جعل متعلقاً بالقيمة يكون المراد منه ذلك أيضاً، لعدم معقولة ضمان القيمة مع وجود العين، فيكون الحاصل: أنه تلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفة. إلا أن ذلك كله كما ترى تجسّم وخطب بين الضمان التقديري المتحقّق بالمخالفة والضمان التحقيقي الحاصل يوم التلف، كما هو واضح نعم قد استدّل له بأنه مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حالة أعلى القيم ولو تلف فيها لزمه ضمانه، فكذا بعده، وأنه يناسب التغليب على الغاصب الذي يؤخذ بأشقّ الأحوال.

وفيه: أن الزيادة للسوق ما دامت العين باقية غير مضمونة إجماعاً، ولا يلزم من ضمانها لو تلفت في تلك الحال ضمانها مع عدم تلفها فيها؛ لأنّ ضمانها على تقدير تلفها في الحالة العليا ما جاء من قبل الزيادة، بل من حيث الانتقال من ضمان العين إلى القيمة لفوات العين، وهو منتفٍ على تقدير عدم تلفها في تلك الحالة العليا. وأخذ بأشقّ الأحوال إنما هو بالنسبة إلى ردّ العين نفسها مطلقاً، لعدم الدليل، بل الأصول تقضي بخلافه. وأضعف من ذلك ما عن المصنف في أحد قوله من أنه يضمن الأعلى من حين الفصب إلى حين ردّ القيمة^(١٣)، إذ هو كما قيل: «مبني على أنّ القيمي يضمن بمثله كالمثلي، وإنما ينتقل إلى القيمة عند دفعها لتعذر المثل فيجب أعلى القيم إلى حين دفع القيمة، لأنّ الزائد في كلّ آن سابق على الدفع من حين التلف مضمون تحت يده، ولهذا لو دفع العين حالة الزيادة كانت للمالك، فإذا تلفت في يده ضمنها»^(١٤) ولعله إليه أشار المصنف بقوله [ذلك].

(١) المبسوط ٣: ٧٢. (٢) الخلاف ٣: ٤١٥.

(٣) لم نثر عليه في النهاية ونقله عنه في المذهب البارع ٤: ٢٥٢.

(٤) الوسيلة: ٢٧٦. الغنية: ٢٧٩. السرائر ٢: ٤٨١. الإيضاح ٢: ١٧٣. اللمعة: ٢٢٢. المقتصر: ٣٤٢ - ٣٤٣. التبصرة: ١٠٨.

(٥) شرح الإرشاد: ٢١٧ (مخطوط).

(٦) المختلف ٦: ١١٦.

(٨) كفاية الأحكام ٢: ٦٤١.

(٧) المختلف ٥: ٥٦.

(٩) المسالك ١٢: ١٨٦ - ١٨٧.

(١٠) الوسائل ٢٥: ٣٩١، ب٧ من الفصب، ح١.

(١١) مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٤.

(١٢) (١٣) الروضة ٧: ٤٢ - ٤٤، ٤٠.

تردّد) [١]. و[المختار][٢] أنَّ الأقوى وجوب القيمة حين التلف [٣].

[١] إذ منشأ التردّد في ذلك كون الواجب في القيمي المثل أو القيمة، وإلا فلا إشكال في عدم اعتبار زيادة القيمة ونقصانها بعد يوم التلف على جميع الأقوال عدا القول المزبور. وهو - كما ترى مع ضعف المبني - عليه ينبغي تقييده بما إذا تعدّر المثل، وحينئذ يتّجه ضمان المثل يوم الإقباض كما عرفته في المثلي. على أنّه لا يتمّ بالنسبة إلى ضمان العليا حال وجود العين. ولعلّه لذا قيل: «إن وجه القول قاعدة الضرر، وذلك لأنّ عدم تمكينه منها حين ارتفاع القيمة ضرر عليه، وتقويت لتلك المنفعة العليا»^(١)، ومن هنا كان هو خيرة العلامة الأكبر آغا محمد باقر البهبهاني فيما حكي عنه^(٢) الأعلى مع. إلّا أنّك قد عرفت فيما تقدّم اقتضاء القاعدة المزبورة ضمان الأعلى مع فواته وإن ردّ العين نفسها، وهو مخالف للإجماع بقسميه، بل قد عرفت عدم الضمان فيما لو منعه من بيع ماله بقيمة عالية، كما تقدّم الكلام في ذلك كلّ مفضلاً.

[٢] [كما] بذلك كلّ يظهر لك [ذلك].

[٣] وفاقاً للفاضل في جملة من كتبه والشهيد والسيوري والكركي والأردبيلي^(٣). بل هو المحكي عن القاضي بل في الدروس وكذا الروضة نسبته إلى الأكثر^(٤). وذلك لأنّه وقت الانتقال إلى القيمة، وإلّا قبله مكلف بردّ العين من غير ضمان للنقص السوقي إجماعاً. واحتمال منع الانتقال إلى القيمة حين التلف - وإن كان هو وقت الانتقال إلّا أنّه ينتقل إلى الأعلى حينه - يدفعه عدم الدليل. ودعوى أنّه قاعدة الاشتغال - باعتبار اقتضاء التلف الانتقال إلى القيمة، والفرض أنّها ذات أفراد، فتوقّف البراءة على دفع أعلاها - يدفعها ما تحقّق في الأصول من أنّ مثله يجري فيه أصل البراءة؛ ضرورة رجوعه إلى الشكّ في التكليف بين الأقلّ والأكثر. واحتمال الإجماع في التادية - المجهول غاية لضمان ما في اليد - واضح الفساد؛ ضرورة صدق التادية على الأقلّ، وإنّما الشكّ في التكليف في متعلّق التادية أنّه قيمة يوم التلف أو الأعلى، والأصل براءة الذمّة من الثاني. واحتمال ترجيحه بمناسبته لأخذ الغاصب بالأشقّ - مع أنّه لا دليل على اعتبار مثل هذا الظنّ الحاصل من مثله - ليس بأولى من ترجيح الأوّل بانسباق بدلية قيمة يوم التلف عن العين التي لو ردّها في ذلك اليوم لبرأ؛ إذ هو معنى البدلية لا القيمة السابقة. ودعوى أنّ القيمة بدل شرعي، والفرض عدم العلم من الشارع أنّ البدل قيمة يوم التلف أو العليا - يدفعها الانسباق المزبور من كلّ ما دلّ على الضمان. وبه يدفع ما عساه يقال من معارضة أصل البراءة الذي قدّمناه بأصالة عدم وصول الحقّ إلى مستحقّه، وعدم براءة الظالم من ظلامته. بل وبه يندفع ما يقال أيضاً من أنّ أصل البراءة لا يشخص قيمة يوم التلف؛ إذ لعلّه يوافق قيمة يوم الغصب إذا فرض كونها أقلّ.

لهمّ إلّا أن يمنع الانسباق المزبور على وجه يكون دليلاً شرعياً، فيشكل الحال حينئذ. ولعلّه لذا كان المعروف بين الأصحاب ضمان الأعلى، بل لم يذكر بعضهم^(٥) قيمة يوم التلف قولاً، بل ولا وجهاً بل لم ننحّقه ممّن تقدّم على الفاضل وإن حكي عن القاضي^(٦)، بل سمعت نسبته في الدروس إلى الأكثر.

(١) الرياض ١٢: ٢٧٥. (٢) حاشية مجمع الفائدة والبرهان: ٦٢٤.

(٣) المختلف ٦: ١١٦، التذكرة ١٩: ٢٤٠، التحرير ٤: ٥٣٠، الدروس ٣: ١١٣، التتبع ٤: ٧٠، جامع المقاصد ٦: ٢٤٦، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٥٢٨.

(٤) المذهب ١: ٤٣٦ - ٤٣٧، الدروس ٣: ١١٣، الروضة ٧: ٤١.

(٥) مثل العلامة في القواعد ٢: ٢٢٦.

(٦) المذهب ١: ٤٣٦ - ٤٣٧.

ولكن لا ريب في أنَّ الاحتياط لا ينبغي تركه، بل الظاهر أنه لابد من ملاحظة أعلى القيم في التقويم يوم التلف على معنى: إلزام الغاصب بقيمة العين المعتورة عليها أوقات في يده قد اختلفت قيمتها فيها مع فرض مدخلية ذلك في القيمة. هذا، ولا يخفى عليك أنَّ محلَّ الخلاف [١] ما إذا كان نقصان القيمة مستنداً إلى السوق. أمّا إذا استند إلى حدوث نقص في العين ثمَّ تلفت، فإنَّ الأعلى مضمون [٢].

ولو على معنى ضمان أرش النقصان وقيمة العين حال التلف، والله العالم. (و) كيف كان فـ[المختار] [٣] أنَّ (الذهب والفضة) مضروبين أو غير مضروبين إذا لم يكن فيهما صناعة محلَّلة (يضمنان بمثلهما) [٤]. (و) لكن مع ذلك (قال الشيخ^(١)): هما قيميان فـ[يضمنان بنقد البلد كما لو أتلَّف مالا مثل له] [٥]. نعم (لو تعدَّر المثل) ضمنه حينئذٍ بالنقد كما عرفته في كلِّ مثلي تعدَّر مثله (فإن كان نقد البلد مخالفاً للمضمون في الجنس) بأن كان أحدهما ذهباً، والآخر فضةً (ضمنه بالنقد)، وإن اختلفا في الوزن، لعدم الربا فيه. (و) كذا (إن كان من جنسه واتفق المضمون والنقد وزناً صحَّ) أيضاً [٦].

(وإن كان أحدهما أكثر قوم بغير جنسه) ويؤخذ قيمته (ليسلم من الربا) فيأخذ كمال حقه [٧].

[١] كما صرح به غير واحد.

[٢] إجماعاً كما في المسالك والروضة^(٢).

[٣] [كما] قد عرفت ممَّا ذكرناه في تحقيق المثلي [ذلك].

[٤] كما صرح به غير واحد. بل في المسالك نسبته إلى المشهور^(٣)؛ ضرورة إمكان الحكم بالمساواة في الصف على الوجه الذي ذكرناه. ودعوى أنَّ الصحاح من الدراهم والدنانير مختلفة في الوزن والاستدارة والاعوجاج ووضوح السكة وخفائها على وجه يؤثر في القيمة يدفعها بعد تسليمها ما عرفت من أنَّ المدار على المساواة في الصف، والفرض حصوله، فلا يقدح اختلاف البعض.

[٥] وفي المسالك: «ولعلَّه نظر إلى الاختلاف، فإنَّه لا يجري عليه تعريف المثلي بأنَّه ما تساوى أجزاؤه، لأنَّه اختار في المبسوط هذا التعريف من غير أن يعتبر تقاربا في الصفات، ولا يدخل فيه بدونه، ولكن لابد من مراعاة ذلك في التعريف، وإلا لم يدخل فيه شيء من المثليات؛ لاختلاف صفات أصنافها الموجب؛ لاختلاف قيمتها من الحبوب والأدهان وغيرها»^(٤). وفيه - مع إطلاق الشيخ قيمة الذهب والفضة لخصوص الدراهم والدنانير منهما - أنه لا ريب في حصول التساوي في أجزاء أصنافها على الوجه الذي ذكرناه، (و) على كلِّ حال فلا ريب في ضعف القول المزبور، فيضمن بالمثل حينئذٍ.

[٦] لما عرفت.

[٧] ورده ابن إدريس^(٥) بمنع ثبوت الربا هنا؛ لأنَّه مختص بالبيع، فلا يضرب اختلافهما في الوزن، وكذا لو غالب فردّه مع أرش النقص من جنسه. وإلى رده أشار المصنف بقوله [ذلك].

(ولا يَظُنُّ أَنَّ الرِّبَا يَخْتَصُّ بِالْبَيْعِ ، بَلْ هُوَ ثَابِتٌ فِي كُلِّ مَعَاوِضَةٍ عَلَى رِبَوِيَّيْنِ مُتَّفِقِي الْجِنْسِ) وَزَنَّا [١] . (ولو كان في المَغْضُوبِ صِنْعَةٌ) مُحَلَّلَةٌ (لَهَا قِيَمَةٌ غَالِبًا كَانَ عَلَى الْغَاصِبِ مِثْلُ الْأَصْلِ وَقِيَمَةُ الصَّنْعَةِ وَإِنْ زَادَ) بِذَلِكَ (عَنِ الْأَصْلِ رِبَوِيًّا كَانَ أَوْ غَيْرَ رِبَوِيٍّ ؛ لِأَنَّ لِلصَّنْعَةِ قِيَمَةً تَظْهَرُ لَوْ أُزِيلَتْ عَدَوَانًا وَلَوْ مِنْ غَيْرِ غَضَبٍ) فَلَا يَكُونُ مِنَ الرِّبَا الَّذِي هُوَ الزِّيَادَةُ فِي أَحَدِ الْعُوضَيْنِ [٢] .

وعلى كُلِّ حَالٍ فَقَدْ ظَهَرَ لَكَ [٣] كَوْنُ الْمَفْرُوضِ مِثْلِي الْأَصْلِ قِيَمِي الصَّنْعَةِ [٤] .

[١] وقد عرفت في كتاب البيع تحقيق الحال في ذلك .

نعم يمكن أن يمنع كون المقام من المعاوضات ، بل هو من الغرامات التي لا تندرج في أدلة الربا المراد منها الإرباء الحاصل بفعل المتعاملين . بل لو سلم تناول أدلته لمثل ذلك كان بينه وبين ما دلّ على أداء القيمة العموم من وجه ، ويمكن الترجيح لما هنا بإطلاق الفتاوى .

اللهم إلا أن يقال : إنَّ المقام من المعاوضة بعد فرض كونه مثلياً ، لما عرفت من كون الثابت في الذمة المثل ، والقيمة عوض عنه مع التعذر ، خصوصاً إذا قلنا بتوقف ذلك على رضا المالك ، وإنما يتجّه ذلك على قول الشيخ^(١) بكونه قيمياً ، مع إمكان منع كونه معاوضة مصطلحة على التقدير المزبور ، حتى مع اعتبار رضا المالك الذي لا ينافي كونه غرامة برضاه ، فتأمل جيداً ، والله العالم .

[٢] كما صرح بذلك كله في محكي المبسوط والسرائر والتحرير والإرشاد وموضع من التذكرة^(٢) . لكن أشكله في الدروس بعموم الربا^(٣) ، وزاد في المسالك : « أَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ بِالصَّنْعَةِ عَنْ أَصْلِهِ ، وَإِنَّمَا اشْتَمَلَ عَلَى وَصْفٍ زَائِدٍ ، وَقَدْ صَرَّحُوا فِي بَابِ الرِّبَا بِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَصْنُوعِ وَغَيْرِهِ فِي الْمَنْعِ مِنَ الْمَعَاوِضَةِ عَلَيْهِ بِزِيَادَةٍ ، وَهَذَا أَقْوَى ، فَضَمَّانَا بِالْقِيَمَةِ أَظْهَرَ ، مَعَ أَنَّا نَمْنَعُ مِنْ بَقَائِهِ مِثْلِيًّا بَعْدَ الصَّنْعَةِ ؛ لِأَنَّ أَجْزَاءَهُ لَيْسَتْ مُتَّفَقَةً الْقِيَمَةِ ، إِذْ لَوْ انْفَصَلَتْ نَقَصَتْ قِيَمَتُهَا عَنْهَا »^(٤) .

قلت : قد عرفت البحث في باب الربا عن الصفات الحاصلة للربوي بالعمل ونحوه ، كما أنك عرفت هنا قوة احتمال منع الربا في الغرامات . بل ممّا ذكرناه يعلم الحال في المغضوب ذي الصنعة إذا كان من النقدين وكان نقد البلد - الذي هو قيمة له - موافقاً له في الحس^(٥) ومختلفاً معه في الوزن فإن كونه قيمياً لا يدفع احتمال الربا عنه ، بل لابدّ من تقويمه بغير الجنس حينئذٍ ، إلا بناءً على ما ذكرناه من عدم جريان الربا في الغرامات .

[٣] [كما] أن المعروف بين من تعرّض للمسألة [ذلك] .

[٤] وعن موضع من التذكرة : أَنَّهُ قِيَمِي^(٦) . وفي المسالك : أَنَّهُ أَظْهَرَ ، لِلْمَنْعِ مِنْ بَقَائِهِ مِثْلِيًّا بَعْدَ الصَّنْعَةِ ؛ لِأَنَّ أَجْزَاءَهُ لَيْسَتْ مُتَّفَقَةً الْقِيَمَةِ ؛ إِذْ لَوْ انْفَصَلَتْ نَقَصَتْ قِيَمَتُهَا مُتَّصِلَةً كَمَا لَا يَخْفَى^(٧) .

وفيه : أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ ضَاطِعًا لِلْمِثْلِيِّ كَمَا عَرَفْتَهُ ، بَلْ هُوَ تَسَاوِي الْأَجْزَاءِ عَلَى حَالِهَا بِالْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَاهُ سَابِقًا .

(١) المبسوط ٣ : ٦١ .

(٢) المبسوط ٣ : ٦١ . السرائر ٢ : ٤٨٧ . التحرير ٤ : ٥٣٠ - ٥٣١ . الإرشاد ١ : ٤٤٦ . التذكرة ١٩ : ٢٣٥ .

(٣) الدروس ٣ : ١١٦ .

(٤) (٧) المسالك ١٢ : ١٩١ .

(٥) في بعض النسخ : « الجنس » .

(٦) التذكرة ١٩ : ٢٢٧ .

[و]يقول[١] احتمال كون المصنوع مثلياً مع صناعته [٢]. هذا كله لو تلف المغصوب المصنوع. أمّا لو تلفت الصنعة فقط، فإنّه يضمنها، ولا حجر في كون ضمانها من جنس جوهر الإناء: لانقضاء الربا [٣]. و[المختار أنّها] [٤] قيمة، فليس للمالك الإلزام بعودها، كما أنّه ليس عليه قبول ذلك لو بذله الجاني، وفرق واضح بين المقام وبين الإلزام بتسوية الحفر في الأرض الذي هو من قبيل ردّ المغصوب إلى محلّه، والله العالم.

(وإن كانت الصنعة محرّمة) كما في آنية الذهب والفضة والصنم والصليب وغيرها (لم يضمن) بها، سواء أتلفها خاصّة أم مع ذبها [٥]. [ولا ريب أنّ الأظهر في حدّ المشروع لإبطال الصنعة أنّها تفضّل مقدّراً لا تصلح لاستعمال الحرام، فإذا رفع وجه الربط وترك على شكل قصعة كفى]. بل لا يبعد الضمان على من تجاوز الحدّ المزبور، فيضمن حينئذٍ التفاوت بين قيمتها مكسورة إلى الحدّ المشروع وبين قيمتها منتهية إلى الحدّ الذي أتى به.

[١] [إذ] منه ينقدح قوّة [ذلك].

[٢] كما احتمله في الدروس^(١) وإن استبعده في المسالك^(٢)، بل لعلّ جزمهم به في الدراهم والدنانير يؤيد ذلك؛ ضرورة اشتراك الجميع في أنّ لعقلاء العرف طريقاً للحكم بالمساواة في الصنف.

[٣] إذ لا معاوضة بين جنسين لا حقيقية ولا حكمية، كما هو واضح.

[٤] [كما أنّ] ظاهرهم الاتفاق على كونها حينئذٍ [كذلك].

[٥] بلا خلاف أجدّه فيه. بل في الكفاية نسبته إلى قطع الأصحاب^(٣)؛ لأنّ الفصب لا يصير ما لا قيمة له شرعاً ذا قيمة، ولا يجعل ما هو محرّم - بجنب إتلافه على جميع المكلفين من غير - فرق بين الغاصب وغيره قيمياً محترماً. هذا ولكن في القواعد: «لو أتلف آنية الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة إشكال ينشأ من مساواة الغاصب غيره وعدمها»^(٤) مع أنّه قال فيها قبل ذلك: «وإذا كسرت آلات الملاهي فلا ضمان، فإن أحرقت ضمن قيمة الرضاخ وكذا الصليب»^(٥).

بل صرح به غيره، بل في الكفاية نسبة ذلك كله إلى قطع الأصحاب^(٦).

نعم للعامة خلاف في الحدّ المشروع لإبطالها على وجهين: أحدهما أنّها تكسر حتى تنتهي إلى حدّ لا يمكن اتّخاذ آلة محرّمة منها لا الأولى ولا غيرها^(٧)، وعن الكركي: أنّه ليس ببعيد؛ لأنّه أجزر لمن هي له^(٨).

وفيه: أنّه تعدّد عن الإذن في التصرف في مال الغير، ومن هنا كان الأظهر عند العامة أنّها لا تكسر الكسر الفاحش لكنّها تفضّل. ولكن في حدّ التفصيل عندهم وجهان أحدهما أنّها تفضّل مقدّراً لا تصلح لاستعمال الحرام، فإذا رفع وجه الربط وترك على شكل قصعة كفى.

والثاني: تفضّل إلى حدّ لو فرض اتّخاذ آلة محرّمة من مفصلها لوصل إلى الصانع التعب^(٩). ولا ريب في أنّ الأظهر منهما الأوّل، اقتصاراً في حرمة التصرف في مال الغير على مقدار الإذن.

(٢) المسالك ١٢: ١٩١.

(١) الدروس ٣: ١١٦.

(٤) (٥) القواعد ٢: ٢٢٨، ٢٢٦.

(٣) (٦) كفاية الأحكام ٢: ٦٤٥.

(٨) جامع المقاصد ٦: ٢٤٧.

(٧) (٩) المزب ٥: ٤١٤.

كما [أَنَّ المختار] (١) ضمان قيمة الرضا، وهو الذي يبقى بعد الكسر- [٢].

(ولو كان المغضوب دابةً فجنى عليها الغاصب أو غيره) بما لا مقدّر فيه في الإنسان (أو عابت من قبل الله سبحانه رذها مع أرش النقصان) [٣].

(وتساوى بهيمة القاضي وغيره في الأرض) [٤].

(و) كذا لو كان ذلك فيما له مقدّر في الإنسان منها إذ (لا تقدير في قيمة شيء من أعضاء الدابة) [٥].

[١] [ل] أَنَّهُ لَا خِلَافَ أَجْدِهِ هُنَا فِي [ذَلِكَ].

[٢] بل الكفاية نسبته إلى قطع الأصحاب^(١)؛ لأنّه مال مملوك محترم. لكن عن ظاهر جماعة في باب المكاسب^(٢) أَنَّ آلاَتِ اللّهِ لَا تَعْدُ مَالاً، وَأَنَّهَا غَيْرُ مَمْلُوكَةٍ؛ لِلخَبَرِ^(٣) والقاعدة، وقولهم بعدم ضمان المتلف لها قيمتها، بل قيل: إِنَّ الْأَمْرَ فِي الصُّلْبَانِ وَالْأَصْنَافِ وَاضِحٌ، وَلَا قَائِلَ بِالْفَرْقِ^(٤). وَأَنَّهُ رُبَّمَا جُمِعَ بَيْنَ كَلَامِهِمْ فِي الْمَقَامَيْنِ بِإِرَادَةِ مَلِكِ الْمَادَّةِ دُونَ الصُّورَةِ، وَعَدَمِ ضَمَانِ الْمَادَّةِ لَوْ تَوَقَّفَ إِنْثَالُ الصُّورَةِ عَلَيْهَا، أَوْ لَا تَمْلِكُ مطلقاً، وَلَكِنَّهَا غَيْرُ الرِّضَاضِ بَعْدَ الْكَسْرِ.

قلت: قد تقدّم ما عندنا في باب المكاسب ومنه يعلم الحال في المقام، فلا حظ وتأمل، وعلى كلّ حال فإشكال الفاضل^(٥) في غير محلّه، والله العالم.

[٣] بلا خلاف أجده فيه. بل الإجماع بقسميه عليه. مضافاً إلى عموم الأدلّة وخصوص صحيح أبي ولّاد السابق^(٦).

[٤] عندنا: لإطلاق الأدلّة؛ وَلَأنَّ الْمَدَارَ عَلَى تَفَاوُتِ الْمَالِ لَا مَالِكِهِ. خِلَافاً لِلْمَحْكِيِّ عَنْ مَالِكٍ وَأَحْمَدَ^(٧) فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ مِنْ أَنَّ فِي قِطْعِ ذَنْبٍ بِهِيْمَةٍ الْقَاضِي تَمَامُ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَصْلُحُ لَهُ بِذَلِكَ.

وفيه ما عرفت من أَنَّ النِّظَرَ فِي الضَّمَانِ إِلَى نَفْسِ الْمَالِ لَا إِلَى غَرَضِ الْمَالِكِ. وَلِذَا كَانَ فِي طَوءِ الْوَلَدِ جَارِيَةِ الْأَبِ بِالشَّبْهَةِ مَهْرَ الْمَثَلِ، كَمَا فِي طَوءِ الْأَجْنَبِيِّ وَإِنْ حُرِمَتْ بِالْأَوَّلِ عَلَى الْأَبِ، كَمَا هُوَ وَاضِحٌ.

لكن في التذكرة: «لو غصب شيئاً تتفاوت قيمته بالنسبة إلى أربابه، كما لو غصب حجة إنسان بدين أو ملك فالأقرب ضمان التفاوت بالنسبة إلى ربه إن غصبه منه، وإن غصبه من غيره لم يضمن بالزيادة، بل بما يساوي قيمته بالنسبة إلى ذلك الغير». وجعل الشأن في الخاتم والنعل بالنسبة إلى كبر الإصبع وغيره كذلك^(٨). ولم أجده لغيره، كما أنّه لا وجه له واضح؛ ضرورة عدم ثبوت مالية الشيء في نفسه عرفاً بذلك. بل ظاهر كلام الأصحاب خلافه، بل في الدروس: «إنّ مركوب القاضي كغيره وإن صيّره أبتر وكذا لو أتلّف وثيقة بمال أو خفلاً لا يصلح إلّا لوأحد»^(٩) والله العالم.

[٥] عند المشهور، بل لا أجده فيه خلافاً إلّا ممّن ستعرفه. (بل) نسبه بعض^(١٠) إلى التدرّة.

(١) كفاية الأحكام ٢: ٦٤٥.

(٢) مفتاح الكرامة ٢: ٣٢.

(٣) انظر الوسائل ١٧: ٨٥، ب ٢ ممّا يكتب به، ح ١.

(٤) مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٥.

(٥) تقدّم في ص ٧١.

(٦) تقدّم في ص ٦٥ - ٦٦.

(٧) المجموع ١٤: ٢٤٥. المغني (لابن قدامة) ٥: ٣٨٥. الشرح الكبير (المغني) ٥: ٣٩٠.

(٨) التذكرة ١٩: ٢٨٣.

(٩) الدروس ٣: ١١٨.

(١٠) المفاتيح ٣: ١٧٣.

فـ(يرجع) فيه (إلى الأرض السوقي) كغيره من الأموال من غير فرق بين الفرس والبقرة وغيرهما وبين ما ينتفع بظهرها ولحمها أو أحدهما أو بغيرهما وغيرها [١] .

نعم (روي) [٢] أن علياً عليه السلام « قضى (في عين الدابة) بـ (مبيع) ثمنها » أي (قيمتها) [٣] .

(و) قد (حكى الشيخ رحمه الله في المبسوط والخلاف عن الأصحاب في عين الدابة نصف قيمتها وفي العينين كمال قيمتها ، وكذا كل ما في البدن منه اثنان) [٤] .

[١] خلافاً لأحمد بن حنبل في الأولين^(١) (و) لأبي حنيفة في الثلاثة الأخيرة^(٢) .

[٢] [رواه] عاصم بن حميد عن الباقر عليه السلام^(٣) ومسمع^(٤) عن الصادق عليه السلام .

[٣] كما روى أبو العباس عن الصادق عليه السلام أنه قال : « من فقأ عين دابة فعليه ربع ثمنها »^(٥) . وفي صحيح عمر بن أذينة المروي في التهذيب : كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رواية الحسن البصري يرويها عن علي عليه السلام في عين ذات الأربع قوائم إذا فقئت ربع ثمنها ، فقال : « صدق الحسن ، قال علي عليه السلام ذلك »^(٦) .

كما أنه روى فيه صحيحاً عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى علي عليه السلام في عين فرس فقئت ربع ثمنها »^(٧) .

قيل^(٨) : رواه في الكافي حسناً بإبراهيم^(٩) ، بل قيل^(١٠) : هو صحيح في زيادات حدود الفقيه^(١١) ، ومنه يعلم ما في المسالك^(١٢) وغيرها من الطعن في السند ، نعم لم نجد بها عاملاً سوى ما عن النهاية والوسيلة^(١٣) من أنه في فقه عين البهيمة ربع قيمتها بعد الحكم فيهما أيضاً أن الجناية على أعضائها بحسب قيمتها ، ولولا ندرة القائل بذلك لكان العمل بها في خصوص العين متجهاً ، بل يمكن القول بعدم العلم بالإعراض عنها بعد احتمال عدم العثور عليها ، فإن الشهيد في غاية المراد مع سعة باعه قال : « لم أعتز على غير الأخبار الثلاثة »^(١٤) .

نعم إن علم الإعراض عنها فلا محيص عن طرحها أو حملها على ما كان الأرض فيه ذلك ، خصوصاً [مع حكاية الشيخ ذلك] .

[٤] قال في الأول منهما بعد أن حكم بضمان الأرض في الأعضاء : « وروى أصحابنا في عين الدابة نصف قيمتها ،

(١) المغني (لابن قدامة) ٥ : ٣٨٦ . (٢) المغني (لابن قدامة) ٥ : ٣٨٧ .

(٣) لم نثر عليه في المصادر الحديثة ، نعم نقله الشهيد في غاية المراد ٢ : ٤٠١ عن عاصم بن جميل .

(٤) الوسائل ٢٩ : ٣٥٦ ، ب ٤٧ من ديات الأعضاء ، ح ٤ . (٥) الوسائل ٢٩ : ٣٥٥ ، ب ٤٧ من ديات الأعضاء ، ح ١ .

(٦) التهذيب ١٠ : ٣٠٩ ، ح ١١٥٠ . الوسائل ٢٩ : ٣٥٥ ، ب ٤٧ من ديات الأعضاء ، ح ٢ .

(٧) التهذيب ١٠ : ٣٠٩ ، ح ١١٥١ . والوسائل نفس الموضع والباب ، ح ٣ .

(٨) (١٠) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٥٣١ . مفتاح الكرامة ٦ : ٢٤٠ .

(٩) الكافي ٧ : ٣٦٧ ، ح ١ . الوسائل ٢٩ : ٣٥٥ ، ب ٤٧ من ديات الأعضاء ، ذيل الحديث ٣ .

(١١) الفقيه ٤ : ١٧٢ ، ح ٥٣٩٨ .

(١٢) المسالك ١٢ : ١٩٤ .

(١٣) النهاية : ٧٨١ . الوسيلة : ٤٢٨ .

(١٤) غاية المراد ٢ : ٤٠٠ - ٤٠١ .

وفي العينين كمال قيمتها، وكذلك قالوا في سائر الأطراف ممّا في البدن منه إثنان ففيه كمال القيمة»^(١).
وقال في الثاني: «إذا قلع عين دابة كان عليه نصف قيمتها، وفي العينين جميع قيمتها، وكذا كلّ ما كان في البدن منه إثنان ففي الإثنين جميع القيمة وفي الواحد نصف قيمتها، دليلنا إجماع الفرقة وأخبارها»^(٢).
مع أنّ المحكي عنه فيه في آخر المسألة التاسعة من الغصب الحكم بالأرض^(٣)، والحكم أيضاً به في ذنب حمار القاضي^(٤) لا القيمة باعتبار كونه واحداً.

اللهمّ إلّا يريد بالأرض هو ما ذكره فيه من النصف والكُلّ. كما أنّه لم نجد ما ذكره من الرواية، كما اعترف به في السرائر^(٥) وغيرها، بل قد عرفت أنّه نفسه روى في التهذيب ما سمعت.

وفي المختلف: «يمكن حمل الرواية والإجماع الذي ادّعاه الشيخ على غير الغاصب في إحدى العينين بشرط نقص المقدّر عن الأرض»^(٦).

وهو كما ترى إنّما يتمّ ذلك في العبد كما ستعرف من أنّ جناية غير الغاصب عليه مضمونة بالمقدّر من قيمته وإذا تجاوزت دية الحرّ ردتّ إليها، وكلام الشيخ وما ادّعاه من الأخبار والإجماع في الدابة.

ومن الغريب ما في الرياض حيث حكى عن الشيخ أوّل القول المزبور في الغاصب^(٧)، مع أنّ الشيخ لم يفرّق بين الغاصب وغيره في المسألة، وثانياً قال في مسألة العبد: «ولذا حمل الفاضل في المختلف كلام الشيخ عليه»^(٨). مع أنّ كلّاً من كلام الحامل والمحمول خال عن ذكر العبد، على أنّ قوله: «في إحدى العينين» لا وجه له.

اللهمّ إلّا أن يكون عدم تصوّر نقص المقدّر فيه عن الأرض بعد أن كان الواجب تمام القيمة، وبالجملة لا وجه للحمل المزبور. وأغرب منه ما في المسالك حيث إنّ بعد أن روى الأخبار الثلاثة الأول، وذكر حمل المختلف، قال: «وهذا الحمل حسن لو صحّت الرواية، ومع ذلك فمدلولها خلاف ما ادّعاه»^(٩).

ضرورة عدم الحسن فيه، بل قد عرفت صحّة الرواية، ولكن هجرها - مع فرضه - ومعارضتها بما سمعت منع من العمل بها، كما أنّه منع من العمل بما حكاها الشيخ من الإجماع والأخبار أنّه لم نعرف ذلك لأحد ممّن تقدّمه لا فتوى ولا رواية، بل فتواه نفسه وروايته بخلافه.

(١) البسوط ٣: ٦٢.

(٢) الخلاف ٣: ٣٩٧.

(٣) الخلاف ٣: ٤٠١.

(٤) الخلاف ٣: ٣٩٦.

(٥) السرائر ٢: ٤٩٨.

(٦) المختلف ٦: ١٢٣.

(٧) الرياض ١٢: ٢٧٨.

(٨) الرياض ١٢: ٢٧٩.

(٩) المسالك ١٢: ١٩٤.

(و) [المختار] [١] [أُن] (الرجوع إلى الأرض السوقي) مطلقاً (أشبه) [٢].

(ولو غضب عبداً أو أمةً فقتله أو قتله قاتل ضمن قيمته ما لم تتجاوز^(١) دية الحرّ، ولو تجاوزت لم يضمن الزيادة) [٣].

وعلى كلّ حال ففي المتن (ولو قيل: يضمن) الغاصب (الزائد بسبب الغصب كان حسناً) [٤].

[١] [كما] بذلك كلّهُ ظهر لك أنّ ما عليه المشهور من [الرجوع... هو أشبه].

[٢] بأصول المذهب وقواعده، لأنّه مال كغيره من الأموال، ولا يقاس على الإنسان في ذلك، كما لا يقاس على العبد في الرجوع إلى دية الحرّ مع التجاوز، فتؤخذ القيمة حينئذٍ مع تلفه وإن تجاوزت دية الحرّ، والله العالم.

[٣] قال في الخلاف في باب الغصب: «إذا قتل عبداً كان عليه قيمته ما لم تتجاوز قيمته دية الحرّ عشرة آلاف درهم، وكذا إن كانت أمة ما لم تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم دية الحرّة» إلى أن قال «دليلنا إجماع الفرقه وأخبارهم»^(٢) وظاهر ذكره ذلك في الباب المزبور أنّ الغاصب حكمه ذلك.

قيل: «وأظهر منها في ذلك عبارة المبسوط، قال: وإن كان عبداً نظرت، فإن قتله ففيه قيمته، وإن زادت على دية الحرّ لم يلزمه أكثر من ذلك»^(٣).

بل قيل: «إنّه قد طفحت بذلك عباراتهم في باب القصاص والديات فيما يكان يزيد على عشرين موضعاً من دون تعرّض من أحد منهم لاستثناء الغاصب إلّا الشهيد الثاني وكاشف اللثام»^(٤) إلّا أنّه يمكن أن يقال: إنّ ذلك منهم من حيث الجناية لا الغصب، بل يمكن إرادة الشيخ ذلك فيما سمعته من خلافه.

بل في المختلف: «الظاهر أنّ مراد الشيخ بقوله في المبسوط: -إنّه لا يلزم القاتل الزيادة عن دية الحر- الجاني دون الغاصب؛ لأنّه أشار في المبسوط إلى ما اخترناه من لزوم الزائد؛ لأنّه قال: إذا غضب عبداً فقطع آخر يده فإن رجع السيّد على الغاصب رجع بأكثر الأمرين ممّا نقص وأرش الجناية وإن رجع على القاطع رجع بالأرش، وهو نصف القيمة، والزائد في مال الغاصب، لاختصاص ذلك بالجاني، فلا يتعدّى إلى الغاصب، لما فيه من مخالفة الأصل فإنّ العبد مال»^(٥).

وإن كان قد يقال بإمكان فرق الشيخ بين الطرف والنفس، بل هو مقتضى الجمع بين كلاميه.

[٤] بل عن ابن إدريس^(٦) والفاضل^(٧) وولده والشهيد^(٨) والكركي^(٩) وغيرهم الجزم بذلك.

(٢) الخلاف ٣: ٣٩٨.

(١) في الشرائع زيادة: «قيمته».

(٣) (٤) مفتاح الكرامة ٦: ٢٣٦.

(٥) المختلف ٦: ١٢٤ - ١٢٥.

(٦) السرائر ٢: ٤٩٢.

(٧) القواعد ٢: ٢٢٥. التحرير ٤: ٥٣١. المختلف ٦: ١٢٤.

(٨) الإيضاح ٢: ١٧٢. انظر غايّة المراءد ٢: ٤٠١ - ٤٠٢. اللمعة ٢٢٢. الدروس ٣: ١١٤. المسالك ١٢: ١٩٥.

(٩) جامع المقاصد ٦: ٢٣٩.

ولذا نسبته في المسالك وغيرها إلى أكثر المتأخرين^(١).

بل فيها: أنه «يرتفع الخلاف»^(٢) بناءً على ما سمعته من المختلف، بمعنى اتفاق الجميع على ضمان الغاصب تمام القيمة وإن تجاوزت دية الحر، وذلك لأنه مال فيضمن بقيمته.

وأما اقتصرنا في غير الغاصب على الدية عملاً بالاتفاق، فيبقى ما عداه على الأصل.

على أن الرجوع إلى دية الحر مع التجاوز إنما هو من حيث الجناية التي لا تنافي وجوب سبب آخر للضمان، وهو النصب الذي لا رجوع فيه، كما لو مات في يده، فإنه يضمن قيمته وإن تجاوزت بلا خلاف محقق أجده فيه كما ستعرف، بل لعل غيره من أسباب الضمان كالقبض بالسوم والعارية المضمونة كذلك، كل ذلك مضافاً إلى تكليف الغاصب بأشق الأحوال.

هذا، ولكن قد يناقش بإطلاق ما دلّ على الرجوع مع التجاوز، من غير فرق بين الغاصب وغيره، ففي الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام: «دية العبد قيمته، وإن كان نفيساً فأفضل قيمته عشرة آلاف درهم، ولا يتجاوز دية الحر»^(٣).

وفي صحيح ابن رثاب عنه عليه السلام أيضاً: «إذا قتل الحر العبد غرم قيمته وأدب قيل: وإن كانت قيمته عشرين ألف درهم؟ قال: لا يتجاوز قيمة العبد دية الأحرار»^(٤). ونحوه خبر أبي الورد^(٥).

وفي المرسل في الإيضاح: «أن العبد لا يتجاوز بقيمته دية موله»^(٦).

وظاهره عدم الفرق الغاصب وغيره، بل ظاهر المرسل منها عدم الفرق بين الموت والقتل، بل قد يؤيده الصحيح الأول، إلا أن الإجماع على خلافه.

بل لعل قوله عليه السلام في الصحيح الأول: «دية العبد» ظاهر في الجناية، فليس إلا المرسل الذي لا جابر له، بل قد عرفت أن الموهن له محقق.

أما الجناية المقتضية لكون القيمة بحكم الدية فيبقى الحكم فيها على الإطلاق الذي ينبغي الخروج به عما يقتضي ضمان القيمة وإن تجاوزت، وليس التعارض بينها من وجه، بل هو فرد آخر للخاص، فتأمل جيداً.

وربما يؤيد ذلك ما تسمعه^(٧) من الشيخ والمصنف في النافع والفاضل في الإرشاد في المسألة الآتية، وهي الجناية على ما فيه مقدّر من الأعضاء حيث وافقوا الشيخ فيها على عدم الفرق بين الغاصب وغيره في دفع المقدّر ما لم يتجاوز دية الحر في العضو، والله العالم.

(١) المسالك ١٢: ١٩٥.

(٢) المسالك ١٢: ١٩٦.

(٣) الوسائل ٢٩: ٢٠٧، ب ٦ من ديات النفس، ح ٢.

(٤) المصدر السابق: ح ٣.

(٥) الوسائل ٢٩: ٢٠٨، ب ٧ من ديات النفس، ح ١.

(٦) الإيضاح ٤: ٥٨١ - ٥٨٢.

(٧) يأتي في ص ٧٨.

- (و) [المختار] [١] أنه (لا يضمن القاتل غير الغاصب سوى قيمته ما لم تتجاوز^(١))، ولو تجاوزت دية الحرّ ردت إليه [٢]. نعم لو قتلته غير الغاصب في يد الغاصب مثلاً (فإن) لم ترد قيمته عن دية الحرّ فلا إشكال، وإن زاد الأرض) أي القيمة (عن) مقدّر (الجناية) الذي هو دية الحرّ (طوبل الغاصب بالزيادة دون الجاني) [٣]. وفيه البحث السابق [٤]. هذا كله في الجناية، (أمّا لو مات في يده ضمن قيمته ولو تجاوزت دية الحرّ) [٥].
- (ولو جنى الغاصب) أو غيره (عليه بما دون النفس فإن كان تمثيلاً) وتنكيلاً (قال الشيخ^(٢)): عتق وعليه قيمته) [٦].
- (و) لكن (فيه تردّد ينشأ) مما عرفت (و) (من الاقتصار بالعتق في التمثيل) المخالف للأصل (على مباشرة المولى) [٧].

- [١] [كما] بذلك كلّ ظهر لك أنّه لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].
- [٢] بل الإجماع بقسميه عليه. مضافاً إلى ما سمعته من النصوص.
- [٣] على قول الأكثر.
- [٤] ومن الغريب جزم المصنّف بذلك هنا وعدمه في الأوّل الذي هذا من فروعه، كما هو واضح، والله العالم.
- [٥] كما صرح به غير واحد، بل في الكفاية لا أعرف خلافاً بينهم في ذلك^(٣).
- لكن في الدروس: «لو مات لزمته قيمته وإن تجاوزت دية الحرّ عند المتأخّرين، خلافاً للشيخ مدّعياً عليه الإجماع»^(٤). وإن كنّا لم نتحقّقه، بل المحكي عن الشيخ في الخلاف التصريح بذلك كالسراير^(٥)، بل اقتصر غير واحد على نقل الخلاف عن الشيخ في مسألة القتل كما عرفت. وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه؛ لقاعدة ضمان القيمة في المغصوب بالغة ما بلغت، المقتصر في الخروج عنها على الجناية لو قلنا بالرجوع إلى دية الحرّ فيها، ولا استبعاد في الأحكام الشرعية المبنية على حكم خفية، والله العالم.
- [٦] لقول الصادق عليه السلام في مرسل ابن محبوب: «كلّ عبد مثّل به فهو حرّ»^(٦) الذي لا ينافيه ذكر «المولى» في غيره حتى يحمل عليه. مؤيداً بأنّ الحكمة في الانتعاق بتنكيل المولى جبر وهن المنكّل، لما فاتته من التكسّب.
- [٧] لأنّه المتيقّن، بل لا جابر للمرسل المزبور بالنسبة إلى ذلك. مضافاً إلى قوله عليه السلام: «لا عتق إلّا في ملك»^(٧)، بناءً على انتعاقه على المنكّل لا المولى. واحتمال الحكمة معارض باحتمال كونها المواخذة على سوء فعل المولى، بل هو الظاهر.
- وما أبعد ما بين القول المزبور والقول بعدم الانتعاق بتنكيل المولى فضلاً عن غيره كما عن ابن إدريس^(٨)، بل المصنّف تردّد فيه أيضاً في كتاب العتق، وإن كنّا بيّنا هناك ضعف ذلك، بل بطلانه.

(١) في الشرائع زيادة: «دية الحرّ».

(٢) كفاية الأحكام ٢: ٦٤٦.

(٣) الخلاف ٣: ٤٢١. السرائر ٢: ٤٩٢.

(٤) عوالي اللئالي ٣: ٤٢١، ح ٣.

(٥) الخلاف ٣: ٣٩٨. المبسوط ٣: ٦٢.

(٦) الدروس ٣: ١١٤.

(٧) الوسائل ٢٣: ٤٣، ب ٢٢ من العتق، ح ١.

(٨) السرائر ٣: ٩-٨.

إِلَّا أَنَّ الْمَتَجِّهَ الْاِقْتِصَارَ عَلَى تَنْكِيلِ الْمَوْلَى [فِي الْاِنْتِقَاقِ] (١).

نعم لو أُعِدَّ أو عُمِيَ أو جُذِمَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ اِنْتَقَتْ وَضَمِنَ الْغَاصِبُ قِيَمَتَهُ ، وَاللَّهُ الْعَالِمُ .

(و) كَيْفَ كَانَ فِي [الْمَخْتَارِ] [٢] أَنَّ (كُلَّ جَنْيَاةٍ) عَلَى الْمَغْصُوبِ (دَيْتَهَا مَقْدَرَةٌ فِي الْحَرِّ فَهِيَ مَقْدَرَةٌ فِي

الْمَمْلُوكِ بِحَسَابِ قِيَمَتِهِ) الْمَنْزَلَةُ فِيهِ مَنْزِلَةُ الدِّيَةِ (وَمَا لَيْسَتْ مَقْدَرَةٌ^(١) فِي الْحَرِّ فَفِيهَا الْحُكُومَةُ) سِوَاهُ كَانَتْ الْجَنْيَاةُ مِنَ الْغَاصِبِ أَوْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ ، بَلْ هُوَ كَذَلِكَ لَوْ كَانَ التَّلَفُ بِأَقْفَى سَمَاوِيَةٍ [٣] .

[١] الَّذِي هُوَ الْمُنَاسِقُ نَصّاً وَفَتْوًى كَمَا هُوَ وَاضِحٌ . وَمِنَ الْغَرِيبِ مَا عَنِ الْفَاضِلِ فِي بَعْضِ فَوَائِدِهِ : مِنْ بِنَاءِ الْخِلَافِ فِي الْحُكْمِ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْحِكْمَةِ أَنَّهَا الْجَبَرُ أَوْ الْعُقُوبَةُ ، فَعَلَى الْأَوَّلِ يَنْتَقِى دُونَ الثَّانِي^(٢) . إِذْ هُوَ مَعَ أَنَّهُ إِحَالَةٌ عَلَى مَجْهُولٍ لَا وَجْهَ لَهُ بَعْدَ مَعْلُومِيَةٍ عَدَمِ أَطْرَادِ الْحِكْمَةِ عَلَى وَجْهِ تَثْبِيتِهَا بِأَحْكَامٍ شَرْعِيَّةٍ . وَكَذَا مَا عَنِ غَيْرِهِ مِنْ بِنَائِهِ عَلَى خُرُوجِ الْعَبْدِ بِالتَّنْكِيلِ عَنِ الْمِلْكِيَّةِ أَوْ الْمَوْلَى عَنِ أَهْلِيَّةِ التَّمَلُّكِ بِالنِّسْبَةِ لِلْعَبْدِ أَوْ عُقُوبَةِ مُحَضَّةٍ ، فَعَلَى الْآخِرِينَ لَا عِتْقَ بِخِلَافِ الْأَوَّلِ ، كَمَا هُوَ وَاضِحٌ .

[٢] [كَمَا] عَنِ الْخِلَافِ وَمَوْضِعٍ مِنَ الْمَبْسُوطِ^(٣) [ذَلِكَ] .

[٣] لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ مَضْمُونٌ ، بِإِلْخِلَافِ أَجْدِهِ فِي الْآخِرِ ، أَيْ مَا لَا مَقْدَرَ لَهُ . وَمَا عَنِ الْمَبْسُوطِ^(٤) مِنَ الْاِقْتِصَارِ عَلَى خُصُوصِ جَنْيَاةِ الْغَاصِبِ لَيْسَ خِلَافاً فِي الْمَسْأَلَةِ ؛ ضَرُورَةُ شَتْرَاكِ الْجَمِيعِ فِي مَدْرَكِ الْحُكْمِ ، وَهُوَ كَوْنُهُ مَضْمُوناً عَلَيْهِ ، وَلَا مِثْلَ لَهُ وَلَا قِيَمَةً مَقْدَرَةً ، فَلَا بَدَّ مِنَ الْأَرْضِ .

وَأَمَّا الْأَوَّلُ : [أَيْ مَا لَهُ الْمَقْدَرُ] فَهُوَ خَيْرَةُ النَّافِعِ وَالْإِرْشَادِ وَمَجْمَعُ الْبِرْهَانِ^(٥) ، بَلْ عَنِ الْمُقْتَصِرِ : أَنَّ الْمَشْهُورَ رَدَّهُ مَعَ رَدِّ دِيَةِ السَّيِّدِ مِثْلاً ، وَهِيَ نِصْفُ الْقِيَمَةِ^(٦) : بَلْ عَنِ الْخِلَافِ : أَنَّ عَلَيْهِ إِجْمَاعَ الْفَرَقَةِ وَأَخْبَارَهُمْ^(٧) ، وَلَعَلَّهُ يَرِيدُ بِالْأَخْبَارِ قَوْلَ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) : « جَرَاحَاتُ الْعَبِيدِ عَلَى نَحْوِ جَرَاحَاتِ الْأَحْرَارِ فِي الثَّمَنِ »^(٨) . وَنَحْوَهُ الْمُرْسَلُ^(٩) وَفِي قَوْلِهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) : « الثَّمَنِ » إِشْعَارَ بِإِرَادَةِ الْأَعْضَاءِ . وَفِي الْإِيضَاحِ الْاِسْتِدْلَالُ عَلَيْهِ بِمَعْنَى النَّصِّ^(١٠) ، مَفْسُراً لَهُ فِي حَاشِيَتِهِ بِأَنَّ مَا فِيهِ مِنَ الْحَرِّ دَيْتُهُ فِيهِ مِنَ الْعَبْدِ قِيَمَتُهُ^(١١) ، وَعَنِ الْخِلَافِ^(١٢) أَيْضاً إِجْمَاعَ الْفَرَقَةِ وَأَخْبَارَهُمْ عَلَى هَذِهِ الْعِبَارَةِ . وَعَنِ السَّرَائِرِ : أَنَّهُ وَرَدَ فِي الرِّقِيقِ الْمَمَالِكِ مِنْ بَنِي آدَمَ نِصْفُ الْقِيَمَةِ ، وَكَمَا هِيَ فِي الْمَتَّحِدِ فِي الْبَدَنِ وَالْمَتَّعَّدِ^(١٣) . وَلَعَلَّ وَفَاقَ الْفَاضِلِينَ هُنَا مُؤَيِّدٌ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْمَسْأَلَةِ السَّابِقَةِ مِنْ ظُهُورِ الرِّوَايَاتِ فِي الْأَعْمِ مِنَ الْغَاصِبِ وَغَيْرِهِ . إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَقَامِ وَبَيْنَ السَّابِقِ ، بَلْ لَعَلَّ تِلْكَ الرِّوَايَاتِ أَظْهَرُ دَلَالَةً فِي كَوْنِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ ، حَيْثُ تَضْمَنُ بِأَيِّ سَبَبٍ مِنْ أَسْبَابِ الضَّمَانِ لَا تَتَجَاوَزُ دِيَةَ الْحَرِّ ، وَخُرُوجِ الْمَوْتِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ مِثْلاً لَا يَنَافِي ذَلِكَ ؛ ضَرُورَةُ بَقَاءِ الْجَنْيَاةِ الْمَوْجِبَةِ لَكَوْنِ الْقِيَمَةِ بِحُكْمِ الدِّيَةِ عَلَى مُقْتَضَى إِطْلَاقِ النُّصُوصِ الْمَزْبُورَةِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ سَابِقاً .

(١) فِي الشَّرَائِعِ : « بِمَقْدَرَةٍ » . (٢) نَقَلَهُ فِي الْمَسَالِكِ ١٢ : ١٩٧ .

(٣) الْخِلَافُ ٣ : ٣٩٩ ، ٤٠١ . الْمَبْسُوطُ ٣ : ٦٢ - ٦٣ . (٤) انْظُرِ الْمَبْسُوطَ ٣ : ٦٢ .

(٥) الْمُخْتَصَرُ النَّافِعُ : ٢٥٧ . الْإِرْشَادُ ١ : ٤٤٦ . مَجْمَعُ الْفَائِدَةِ وَالْبِرْهَانُ ١٠ : ٥٣٤ - ٥٣٥ .

(٦) الْمُقْتَصِرُ : ٣٤٣ . (٧) (١٢) الْخِلَافُ ٣ : ٣٩٩ .

(٨) الْوَسَائِلُ ٢٩ : ٣٨٨ ، ب ٨ مِنْ دِيَاتِ الشَّجَاجِ وَالْجَرَاحِ ، ح ٢ .

(٩) الْمَصْدَرُ : ٣٨٩ نَفْسُ الْبَابِ ، ح ٤ . (١٠) الْإِيضَاحُ ٢ : ١٧٢ .

(١١) نَقَلَهُ فِي مِفْتَاحِ الْكِرَامَةِ ٦ : ٢٣٥ . (١٣) السَّرَائِرُ ٢ : ٤٩٨ .

(و) لكن مع ذلك قال المصنّف: (لو قيل يلزم الغاصب أكثر الأمرين من المقدّر والأرث كان حسناً) [١]. هذا كله مع عدم استغراق الجناية القيمة. (أمّا لو استغرقت^(١) قيمته) بأن جنى الغاصب على ما فيه قيمته كالأنف والذكر مثلاً. (قال الشيخ رحمه الله [٢]: كان المالك مخيراً بين تسليمه وأخذ القيمة، وبين إمساكه ولا شيء له تسوية بين الغاصب في الجناية وغيره) [٣].

[١] كما هو صريح محكي المبسوط في موضع منه، والحلي والفاضل وولده والكركي والشهيد^(٢) وغيرهم، وعن كشف الرموز: أنّه قريب^(٣)، والدروس والكفاية: أنّه قوي^(٤)، بل في جامع المقاصد: أنّه مذهب الأكثر^(٥). بل في الرياض: أنّ عليه عامة من تأخّر^(٦)، بل عن المهذب البارع: أنّ المشهور ردّه مع الأرث بالغاً ما بلغ^(٧). وكأنّ الوجه في ذلك أنّ الأكثر إن كان هو المقدّر فهو جان، والحرّ أصل للعبد في ذلك إجماعاً بقسميه ونصوصاً، وإن كان الأكثر الأرث فهو مال مضمون عليه بعموم «على اليد» كثيره من الأموال، ولا منافاة بين العمل بجهتي الضمان. وبذلك يفرّق بين الغاصب وغيره، فيضمن الأوّل الأرث وإن زاد عن المقدّر في دية الحرّ، بخلاف الثاني، فإنّه يضمن من حيث الجناية معه خاصّة، والاتفاق نصّاً وفتوى على التقدير لها بما عرفت ما لم تتجاوز دية الحرّ، وإلا ردّت إليها. وحينئذٍ فلو جنى عليه جان وهو في يد الغاصب تخيّر المالك بين الرجوع على الغاصب بأكثر الأمرين ويرجع هو على الجاني بالمقدّر، وبين الرجوع على الجاني بالمقدّر وبالزيادة إن كانت على الغاصب الذي يضمن كلّ نقص يكون على العين ولو بأفة سماوية. ولكن في ذلك المناقشة السابقة التي منشؤها مساواة الغاصب لغيره في الجناية الموجهة للدية المقدّرة في المملوك بالقيمة، والله العالم.

[٢] [كما] في محكي الخلاف^(٨).

[٣] وعليه إجماع الفرقة وأخبارهم. ولعلّ مراده بالأخبار إطلاق قول أبي جعفر رحمه الله في خبر أبي مريم: «قضى أمير المؤمنين رحمه الله في أنف العبد أو ذكره أو شيء يحيط بقيمته أنّه يؤدّي إلى مولاه قيمة العبد ويأخذ العبد»^(٩). ونحوه خبر غياث^(١٠) المراد منهما مع مشيئة المولى ذلك، للقطع بعدم خروجه عن ملكه بذلك. وبالإجماع ما أرسلوه إرسال المسلّمات في كتاب القصص والديّات، بل قيل: إنّ حكي عليه الإجماع صريحاً وظاهراً في خمسة مواضع^(١١) من غير إشارة منهم إلى الفرق بين الغاصب وغيره عدا نادر من بعض الناس. مؤيداً ذلك كله بأنّ في ردّه مع القيمة جمعاً بين العوض والمعوّض عنه، بل وبما قيل من أنّ المضمون مع تلف الكلّ هو جميع القيمة فقط، فلا يعقل وجوبها في البعض مع بقاء الجملة على ملكه، وإلا استوى الكلّ والبعض، بل يزيد حكم البعض على الجملة^(١٢)، وإن كان فيه ما فيه.

(١) في الشرائع زيادة: «دينه».

(٢) المبسوط ٣: ٩٨. السرائر ٢: ٤٩٦ - ٤٩٧، ٤٨٨. التحرير ٤: ٥٣١. الإيضاح ٢: ١٧٢. جامع المقاصد ٦: ٢٣٨ - ٢٣٩. اللزمة:

(٣) كشف الرموز ٢: ٣٨٧.

(٤) الروضة ٧: ٤٨.

(٥) (١٢) جامع المقاصد ٦: ٢٣٩، ٢٤٠.

(٦) كفاية الأحكام ٢: ٦٤٦ - ٦٤٧.

(٧) المهذب البارع ٤: ٢٥٣.

(٨) الخلاف ٣: ٤٠١.

(٩) التهذيب ١٠: ١٩٤، ح ٧٦٥. الوسائل ٢٩: ٣٣٨، ب ٣٤ من ديات الأعضاء، ذيل الحديث ١.

(١٠) الوسائل ٢٩: ٣٣٨، ب ٣٤ من ديات الأعضاء، ح ١. (١١) مفتاح الكرامة ٦: ٢٣٧.

(و) لكن مع ذلك (فيه التردد) السابق [١]، «ولولا الشهرة بالقول بدفع العين مع القيمة لكان القول بالتخيير بين تسليمه وأخذ القيمة وبين إمساكه ولا شيء له لا يخلو من قوة». وكيف كان فعلى الفرق بين الغاصب وغيره يتجه وجوب أكثر الأمرين عليه من القيمة - التي لا تتجاوز دية الحر - والأرض وإن تجاوز [٢].

وعلى كل حال، بناءً على الفرق بين الغاصب وغيره لو جنى جان على المغصوب بما يحيط بقيمته كان للمالك الرجوع على كل منهما، ولكن لو دفعه إلى الجاني وأخذ القيمة منه كان له الرجوع على الغاصب بالقيمة ناقصاً لا تاماً مع احتمال [٣].

[١] الذي منشأ اختصاص هذه النصوص كغيرها من النصوص السابقة بغير الغاصب الذي فيه ضمان اليد.

بل جزم الحلّي والفاضل ولده والشهيدان والكركي بوجوب دفع الغاصب إياه مع القيمة وإن كانت الجناية من غيره^(١). وذلك لأنّ العبد مضمون، وكلّ عضو عضو منه كذلك، فكُلّ عضو فات منه يلزمه قيمته، مع أصالة بقاء العبد على ملكه. ومن هنا ربما اجتمع للمالك عدّة قيم، كما لو قطع واحد رجله وآخر يده وثالث عينه ورابع أذنه، فإنّ للسيد إمساكه ومطالبة كلّ منهم بقيمة ما جنى، كما نصوا عليه في باب الديات. ولا جمع بين العوض والمعوّض؛ لأنّ العوض قيمة العضو، والمعوّض ذلك العضو الفائت لا العبد، ولذا لو قطع إحدى يديه ودفع إليه نصف القيمة لم يجب عليه تسليم نصف العبد. كلّ ذلك مضافاً إلى الضرر على تقديري الدفع وعدمه، خصوصاً إذا كان العبد كسوباً لا يمنعه قطع أنفه مثلاً، وحمل الغاصب على الأجنبي قياس. ولكن لا يخفى عليك ما في الجميع، والعمدة تناول النصوص المزبورة للغاصب وغيره وعدمه؛ ضرورة عدم معارضة شيء من ذلك للنصوص المفروضة تناولها. كما أنّه على تقدير عدم التناول لا وجه لوجوب الدفع على المالك، فإنّ المقام ليس من الجمع بين العوضين الممنوع كما هو واضح، ولولا الشهرة المزبورة لكان الأول لا يخلو من قوة.

[٢] وقد يحتمل وجوب القيمة عليه وإن تجاوزت، باعتبار تنزيل الشارع الأنف منزلة الكلّ، ولا ريب في وجوبها على الغاصب وإن تجاوزت بناءً على الفرق بينه وبين الجاني غير الغاصب. فكذا الأنف لو قطعه، فيكون المراد في الأنف القيمة في الغاصب وغيره، إلّا أنّها قيدت في الثاني بعدم التجاوز بخلاف الأول. إلّا أنّه كما ترى، بل مقتضاه ذلك في الجناية على ما يوجب نصف القيمة الذي قد عرفت أنّه يجب منه في الغاصب أكثر الأمرين مع تقييد نصف القيمة بعدم التجاوز؛ لأنّها تجب من حيث التقدير الشرعي باعتبار الجناية وإن كان النقص المالي أقلّ منها.

[٣] لأنّ العين مضمونة في يده ودفعها للجاني لأخذ قيمته بقدر الجناية لا يسقط ضمانها. ولعلّ هذا مراد الفاضل في القواعد، قال: «ولو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة، سواء باشر الغاصب أو الأجنبي، أي هو في يد الغاصب - بخلاف الجاني على غير المغصوب، فإن رجع على الأجنبي دفع إليه العبد ورجع بقيمته على الغاصب، وإن رجع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجاني مجاناً»^(٢). انتهى. وكأنّ الوجه في الأخير أنّه دفع جناية الجاني - الذي استقرّ عليه التلف - عنه، فيرجع بها.

واشترط ردّ العبد إنما هو مع التمكن منه لا مطلقاً حتى لو مات أو أبق مثلاً. ويحتمل الرجوع عليه بقيمة العبد مقطوع الأنف مثلاً [١]. ويحتمل أن لا يرجع بشيء لتعذر شرط الرجوع فيسقط المشروط ولعله لا يخلو من قوة. ولو جنى العبد المغصوب بما يوجب القصاص نفساً أو طرفاً واقتص منه - ولو بعد ردّه للمولى - ضمنه الغاصب، وكذا لو سرق أو ارتد عن فطرة فقطع أو قتل.

نعم لو غصبه بعد ارتداده أو سرقة أو استحقاق القصاص عليه مثلاً ضمن قيمة عبد مستحق للقتل. ولو جنى بما يوجب تعلّق المال بريقته فذاه الغاصب بأقلّ الأمرين من أرش جنائته وقيمته، ويحتمل بأرش الجنابة بالغاً ما بلغ، كما سسمع إن شاء الله تمام الكلام فيه عند ذكر المصنّف له.

وبالجملة كلّ نقص يكون فيه مضمون عليه ولو كان منه أو من أفة سماوية. بل [قيل: ٢] لو جنى على سيّده فجنابته مضمونة على الغاصب أيضاً [٣]. وحينئذٍ فإن اقتص المولى فعلى الغاصب أرش العضو التالف بالقصاص [٤]. [لو كانت الجنابة خطأ لم يستحقّ السيّد على الغاصب شيئاً من حيث الجنابة].

نعم لو تراضى الغاصب مع السيّد على مال للعفو عن القصاص الذي يوجب على الغاصب النقص صحّ. بل قد يقال بوجوب الدفع على الغاصب مقدّمة لرّد العين كما هي الواجب عليه. بل قد يتقدّم من ذلك وجوب دفع الأزيد من قدر الجنابة. ومنه يتقدّم قوة القول بوجوب فدائه في الجنابة المالية على الأجنبي بالأزيد من مقدّر الجنابة، مقدّمة لوجوب الرّد فتأمل جيّداً، فإنّه قد يفرّق بين السيّد والأجنبي بعد فرض إرادة السيّد القصاص منه، لاختياره حينئذٍ عدم ردّ العين كما هي، فيسقط الخطاب بذلك. وكيف كان، فإنّما يضمن الغاصب نقص القيمة حيث يحصل ولو بسبب من العبد، ولا يضمن أرش نفس العضو الذي فرض قطعه بسرعة أو جنابة [٥]. ولو زادت جنابة العبد عن قيمته ثمّ مات فعلى الغاصب قيمته يدفعها إلى سيّده فإذا أخذها تعلّق بها أرش الجنابة، فإذا أخذ وليّ الجنابة القيمة من المالك رجع على الغاصب بقيمة أخرى [٦].

أما لو كان العبد ودیعة فجنی بما تستغرق قيمته ثمّ قتله المستودع وجب عليه قيمته وتعلّق بها أرش الجنابة،

[١] لأنّها تقوم مقامه مع التعذّر، وبأخذ منه قيمة الصحيح.

[٢] [كما في التحرير^(١)] [ذلك].

[٣] لأنّه من جملة جنایاته الموجبة للنقص.

[٤] كما في التذکرة، بل قال: « وإن عفا على مال ثبت المال على العبد، وفذاه الغاصب بأقلّ الأمرين من أرش الجنابة وقيمة العبد كالأجنبي »^(٢) وإن كان لا يخلو من تأمل باعتبار أنّ السيّد لا يثبت له على ماله مال. ومن هنا لو كانت الجنابة خطأ لم يستحقّ السيّد على الغاصب شيئاً من حيث الجنابة، لأنّها لا توجب شيئاً.

[٥] لأنّه ذهب بسبب غير مضمون فأشبه سقوطه بغير جنابة.

[٦] لأنّ المأخوذة أولاً استحقّت بسبب وجد في يده، فكانت من ضمانه.

فإذا أخذها ولي الدم لم يرجع المالك على المستودع بشي [١].

ولو جنى العبد في يد المالك بما يستغرق قيمته ثم غصبه غاصب فجنى في يده بالمستغرق أيضاً فـ[المختار] [٢] بيع في الجنائيتين، وقسم ثمنه بينهما، ورجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني [٣].
ولو مات العبد في يد الغاصب فعليه قيمته بينهما، ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة، لأنه ضامن للجنابة الثانية، ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذ كما قلناه، فتأمل جيداً. فإن بعضه لا يخلو من بحث، والله العالم.
(ولو زادت قيمة المملوك بالجنابة) التي لا مقدّر لها شرعاً ردّه ولا شيء عليه [٤]. كالسمن المفرط في نحو العبد والجارية ممّا لا يقصد فيه اللحم [٥]. أمّا لو كان لها مقدّر (كالخصاء أو قطع الإصبع الزائدة) المقلّرين بتمام القيمة وثلاث دية الإصبع الأصلية (ردّه مع دية الجنابة) [٦] (لأنّها مقدرة) [٧].

[١] لأنه جنى وهو غير مضمون.

[٢] [كما] في التحرير^(١) [ذلك].

[٣] لأنّ الجنابة في يده وإن كان للمجني عليه أولاً أخذه دون الثاني؛ لأنّ الذي أخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانياً، فلا يتعلّق به حقّه، ويتعلّق به حقّ الأوّل، لأنّه بدل عن قيمة الجاني.

[٤] للأصل.

[٥] بلا خلاف أجده فيه. لكن عن المبسوط فيما لو حلق لحية الأمة فلم تنبت من دون غضب فزادت قيمتها، قال: نعتبها ما بعيد إن زالت لحيتها نقصت قيمته^(٢). وعن أبي العباس وثاني الشهيدين فيها الحكومة^(٣). وفيه أنّه لا دليل عليه، كما تعرفه في الديبات إن شاء الله.

[٦] كما عن الشيخ^(٤) وغيره، بل في الكفاية: أنّه المشهور^(٥).

[٧] فيتناوله دليلاً وإن لم تنقص القيمة. نعم قد يشكل ذلك من الشيخ إذا فرض استيعاب القيمة بأنّه لا يوافق ما سمعته منه من تخيير المالك بين الردّ وأخذ القيمة وبين الإمساك ولا شيء له، فيتّجه في المقام ذلك لا الردّ مع المقدّر بل عن موضع من مبسوطه التصريح بذلك^(٦). وفيه ما عرفت سابقاً. كما أنّ ما في القواعد من أنّه لا شيء في قطع الإصبع الزائدة كالسمن المفرط^(٧) لا يخفى عليك ما فيه؛ لما عرفت من أنّ لها مقدراً بخلافه. نعم في محكي التحرير: لو سقط ذو المقدّر بأفة سماوية وكان تزيد به القيمة لا شيء^(٨). بل في القواعد ذلك أيضاً إلا أنّه قال: على إشكال^(٩). لكن عن التذكرة والإيضاح: أنّ الأقرب وجوب القيمة^(١٠). بل في جامع المقاصد: أنّه أصحّ؛ لأنّه يضمن بالتلف اليد العادية كما يضمن بالجنابة^(١١). وكأنّه مصادرة، والتقدير للجنابة لا يقتضي التقدير لغيرها، كما أشرنا إليه سابقاً، والله العالم.

(١) التحرير ٤: ٥٣٣.

(٢) المبسوط ٧: ١٥٤.

(٣) المذهب البارع ٥: ٣٠٣، ٣٠٦. الروضة ١٠: ١٩٩.

(٤) المبسوط ٣: ٦٤.

(٥) كفاية الأحكام ٢: ٦٤٧.

(٦) المبسوط ٧: ١٥٨.

(٧) القواعد ٢: ٢٣٢.

(٨) التحرير ٤: ٥٣٤.

(٩) التذكرة ١٩: ٢٥٢، الإيضاح ٢: ١٨٣ - ١٨٤.

(١٠) جامع المقاصد ٦: ٢٨٥.

(و) على كلِّ حال فلا يخفى أنَّ (البحث في المدبّر والمكاتب المشروط) والمطلق الذي لم يؤد شيئاً (وأمّ الولد كالبحت في القرن) [١].

نعم لو تحرّر البعض جرى على كلِّ من جزء الحرّ والملك حكمه ، كما هو واضح ، والله العالم .
(وإذا تعذّر) عادة (تسليم المغصوب دفع الغاصب البذل) مثلاً أو قيمة (ويملكه المغصوب منه ولا يملك الغاصب العين المغصوبة ، ولو عادت كان لكلّ منهما الرجوع) [٢].

[١] ضرورة اشتراك الجميع في المملوكية .

[٢] كما صرح بذلك كلّ غير واحد من أساطين الأصحاب ، كالشيخ^(١) وابن إدريس^(٢) والفاضل^(٣) والشهيد والكركي^(٤) وغيرهم بل في المسالك نسبته إليهم^(٥) مشعراً بالاتفاق عليه .
بل في محكي الخلاف والغنية نفى الخلاف عن ملك المغصوب منه البذل المزبور^(٦) .
بل ظاهرهما على ما قيل بين المسلمين^(٧) .

نعم في قواعد الفاضل ما صار سبباً للوسوسة في الحكم المزبور فإنه قال في موضع منها : « ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة ، فإن عاد تراداً ، وللغاصب حبس العين إلى أن يرذ القيمة عليه على إشكال ، فإن تلف العبد محبوساً فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع الأولى »^(٨) .

وقال في آخر : « ويجب ردّ العين ما دامت باقية ، فإن تعذّر دفع الغاصب البذل ، ويملكه المغصوب منه ، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة ، فإن عاد فلكلّ منهما الرجوع ، وهل يجبر على إعادة البذل لو طلبه الغاصب ؟ إشكال »^(٩) .

لكن في جامع المقاصد بعد أن شرح العبارة الأولى ، قال : « واعلم أنّ هنا إشكالاً ، فإنه كيف تجب القيمة ويملكها بالأخذ ويبقى العبد على ملكه ؟ وجعلها في مقابل الحيلولة لا يكاد يتّضح معنا »^(١٠) .

وقال في شرح الأخرى : « ومقتضى كلامهم أنّ تملكه للحيلولة يقتضي أن لا يكون في مقابل العين المغصوبة ، وتحقيقه لا يخلو من إشكال »^(١١) .

(١) البسيط ٣ : ٩٥ . الخلاف ٣ : ٤١٢ .

(٢) الرائر ٢ : ٤٨٦ .

(٣) الإرشاد ١ : ٤٤٦ ، التحرير ٤ : ٥٣٥ . الدروس ٣ : ١١٢ .

(٤) جامع المقاصد ٦ : ٢٧١ .

(٥) المسالك ١٢ : ٢٠٠ - ٢٠١ .

(٦) الخلاف ٣ : ٤١٢ . الغنية ٢٨١ - ٢٨٢ .

(٧) مفتاح الكرامة ٦ : ٢٥٤ .

(٨) القواعد ٢ : ٢٢٨ .

(٩) القواعد ٢ : ٢٣٠ .

(١٠)(١١) جامع المقاصد ٦ : ٢٦١ ، ٢٧١ .

وبذلك كله ظهر لك أنَّ للمغضوب أحوالاً ثلاثة :

أحدها : حال وجود العين على وجه يتمكّن من ردّها إلى مالكيها فليس عليه إلّا وجوب الردّ ، وإطلاق الضمان عليه على معنى : دخوله في ضمانه لو حصل سببه ، وهو التلف أو الضياع أو نحوهما ممّا يشمل الحيلولة .
والثاني : ذلك أيضاً إلّا أنّه يتعسّر ردّها ، فعليه ضمان قيمتها تحقيقاً لا تقديراً ، وهو المسمّى بضمان الحيلولة ومعه يملك المغضوب منه القيمة المضمونة عليه باعتبار كونها كالدين على الغاصب فيملكها من هو له وإن بقيت

وتبعه ثاني الشهيدين ، حيث إنّه بعد أن ذكر بقاء العين المغضوبة على ملك المالك ، وأنّ ملك القيمة للحيلولة ، قال : « هكذا أطلقوه ولا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض والمعوّض على ملك المالك من غير دليل واضح ، ولو قيل بحصول الملك لكلّ منهما متزلاً أو توقّف ملك المغضوب منه للبدل على اليأس من العين وإن جاز له التصرف فيه كان وجهاً في المسألة »^(١) . واستحسنه في الكفاية^(٢) .

قلت : لكنّه مخالف لما عرفته من الاتفاق المؤيّد بمعلومية عدم اعتبار توقّف ملكية المالك القيمة على الغاصب على خروج المغضوب عن قابلية التملّك بموت ونحوه ، كما يومئ إليه ما دلّ^(٣) على الضمان بالضياع والسرقة ونحوهما في الأمين المفرط ، فإنّ المال لم يخرج بذلك عن قابلية التملّك .

بل من المقطوع به الضمان في نحو الوقوع في بحر ونحوه ممّا يحصل معه اليأس من الرجوع ، وليس هو حينئذٍ إلّا من ضمان الحيلولة .

بل أدلّة الضمان التي منها « على اليد »^(٤) شاملة لذلك قطعاً ، فهي حينئذٍ مقتضية لملك المالك القيمة ؛ ضرورة كونه معنى ضمانها الذي هو شغل الدّمة بالمثل أو القيمة على نحو اشتغالها به لو تلف ، كما يقضي به إطلاق الضمان عليهما نصّاً^(٥) وفتوى ، فحينئذٍ يكون مملوكاً عليه ذلك ، كما أنّه مملوك للمالك ، فهو بالنسبة إلى ذلك كالدين الذي لا ريب في ملكه لصاحبه إذا دفعه إليه ، فالقيمة المدفوعة حينئذٍ مملوكة والعين باقية على الملك للأصل .

ولأنّها مغضوبة ، وكلّ مغضوب مردود وأخذ القيمة غرامة - للدليل الشرعي - لا ينافي ذلك .

على أنّ دفع البدل للحيلولة إن لم يكن على وجه الملكية للمالك لم يجد في دفع ضرر المالك .

بل ربّما يكون ضرراً عليه بوجوب حفظه ونحوه عليه ، كما أنّ جواز التصرف فيه إن لم يكن على وجه يشمل ما يعتبر فيه الملك كذلك أيضاً ، فليس حينئذٍ إلّا الملكية التي لا تستلزم خروج المبدل عنه عن ملك الأول ، بل لعلّ قوله ﷺ : « حتى تؤدّي »^(٦) ظاهر في خلافه .

مضافاً إلى أصالة بقاءه على ملكه وإلى ما عرفته من الاتفاق عليه ، ولذا لم يذكروا خلافاً ، بل ولا إشكالاً في ملك نمائه المنفصل له . ودعوى أنّه من الجمع بين العوض والمعوّض عنه الممنوع منه شرعاً واضحة الفساد ، بل هي مجرد مصادرة .

(١) المسالك ١٢ : ٢٠١ . (٢) كفاية الأحكام ٢ : ٦٤٨ .

(٣) انظر الوسائل ١٩ : ٨١ ، ب ٥ من العارية منها . (٤) المستدرک ١٤ : ٨ ، ا ١ من الودية ، ح ١٢ .

(٥) انظر الوسائل ١٩ : ٨١ ، ب ٥ من العارية . و ٩١ ، ٩٦ ، ا ١ ، ٣ منها .

العين مملوكة له أيضاً [١].

الثالث: حال تلف العين وخروجها عن قابلية الملك بموت ونحوه فيتعلّق مثلها أو قيمتها في ذمّة الغاصب تعلّق الديون [٢]. [وليس للغاصب حبس العين المغصوبة حتى يقبض ما دفعه من بدل الحيلولة].

[١] للأصل وغيره معارف.

[٢] وليس في كلام الفاضل في القواعد^(١) - الذي ذكرناه - منافية لشيء من ذلك، بل هو صريح كلامه كغيره من الأصحاب على وجه لم يعرف فيه خلاف بينهم، وإنما إشكاله في حبس الغاصب العين إلى أن يقبض ما دفعه من بدل الحيلولة، باعتبار كونه المعاوضة التي لكلّ من المتعاضين حبس العوض على الآخر حتّى يحصل التقابض.

والأقوى خلافه؛ ضرورة عدم المعاوضة التي مقتضاها ذلك في المقام وإن كانت هي معاوضة معنوية، فليست هي إلّا نحو ما كانت عنده عين لمن له عنده كذلك. فإنّه ليس له الحبس كما هو واضح. خصوصاً بعد قوله **بأنّ**: «المغصوب مردود»^(٢) والقرض بقاؤه، وإشكاله أيضاً في جبر إعادة المالك البدل لو طلبه الغاصب منه باعتبار ملكه له، والأصل اللزوم، ولتوقّف تمام البدية على تمامية الملك التي منها عدم تسلّط الغاصب عليه بنحو ذلك:

بل في الإيضاح: «لو كان بحيث يجبر على الردّ لكان نقصاً في البدية؛ إذ قد لا يرغب المعاملون فيه»^(٣). وإن كان فيه أنّه مع خروجه عن ملك المغصوب منه لا يجب عليه إعادته قطعاً، بل عنه في الحاشية^(٤) دعوى الإجماع عليه فلا مانع حينئذٍ من رغبة المعاملين فيه.

نعم قد يقال: إنّ مقتضى قوله **بأنّ**: «حتى تؤدّي»^(٥) مضافاً إلى الاتفاق ظاهراً أنّ ملك المغصوب منه متزلزل، بمعنى كونه مراعى يعود المال، فينفسخ الملك حينئذٍ قهراً بالأداء الذي هو غاية الضمان. ومن هنا جزم في التذكّرة بأنّ القيمة المدفوعة يملكها المغصوب منه ملكاً مراعى بالحيلولة فيزول بزوالها^(٦)، وفي جامع المقاصد «هو واضح»^(٧)، بل هو الذي جزم به في القواعد أولاً، فقال: «بتراداً»^(٨). ومن هنا تعجّب الكركي منه، فقال: «والعجب أنّ المصنّف جزم فيما سبق بالتراد، وتردّد في أنّ للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل، وهنا تردّد في إيجاب المالك على الدفع لو طلبه الغاصب، وينبغي عدم التردّد في وجوب الردّ حينئذٍ؛ لأنّ هذا الملك ثبت على طريق القهر، لأجل عدم وصول ملك المالك إليه، فإن كان على جهة البدية فإذا استحقّ المالك ملكه وجب عود مال الغاصب إليه، لامتناع زوال البدية وعدم رجوع كلّ من البدلين إلى ماله، وإن كان على جهة الحيلولة فقد زالت، فلا وجه لعدم الردّ أصلاً، لأنّ الحال دائر بين الأمرين»^(٩) إلى آخره. وإن كان يرفع عجه: ما ذكرناه من احتمال تمامية ملك المالك لما أخذه على وجه لا تسلّط للغاصب على فسخه، فإنّ له الرضا بما قبضه عوضاً عن ماله، كما عرفت.

(١) تقدم في ص ٨٣.

(٢) التهذيب ٤: ١٣٠، ٢، وفيه: «المغصوب كلّ مردود». الوسائل ٢٥: ٣٨٦، ١ من الفصب، ح ٣، وفيه: «لأنّ الفصب كلّ مردود».

(٣) نقله في مفتاح الكرامة ٦: ٢٦٣.

(٤) الإيضاح ٢: ١٨١.

(٥) التذكّرة ١٩: ٢٤١ - ٢٤٢.

(٦) المستدرک ١٤: ٨، ١ من الودبعة، ح ١٢.

(٧) القواعد ٢: ٢٢٨.

(٨) (٩) جامع المقاصد ٦: ٢٧٢.

وعلى كل حال فلا إشكال - بناءً على ما ذكرناه - في أنَّ للغاصب التسلُّط على جبره على ردِّه حينئذٍ لكن ردَّ عينه خاصَّةً أو بدلها، لا نماينها المنفصل الذي صار في ملكه، أمَّا المتصل فيردِّه مع العين على حسب غيره ممَّا يملك متزلاً [١] - والأقوى - بناءً على ما ذكرناه - أنَّ له [أي للغاصب] جبره، بل في احتمال أنَّ له الحبس حتى يدفع إليه [٢]. فلو حبسه وتلف كان ضامناً لقيمته الآن ويرجع بما دفعه أولاً، بل يقوى ذلك وإن قلنا بجواز حبسه [٣].

[١] وعلى هذا يكون معنى قوله لا يملك: «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي» ^(١) بيان أنَّ أخذها موجب لضمان ما أخذته بتلف أو حيولة مثلاً أو قيمة حتى تؤدِّي العين، إلَّا أنَّه لا وجود للغاية مع التلف، فيستقرُّ الملك على المضمون بخلاف الحيولة، فإنَّ الغاية محتملة الحصول، فإذا حصلت ارتفع ضمانها السابق واللاحق على معنى: رجوع ما دفعه من المثل والقيمة بسبب الضمان إليه. مؤيداً ذلك بمعلومية أنَّ ما دفعه بسبب ضمانه قد كان بدلاً عن العين، لمكان الحيولة، فيعود إلى صاحبه بعد المبدل إلى صاحبه. واحتمال عدم استحقاقه العود - باعتبار أنَّه دفعه غرامة شرعيَّة، وخصوصاً مع تلف عينه، ويكون ذلك هو وجه الإشكال في عبارة الفاضل ^(٢) - واضح الفساد؛ ضرورة منافاته للاتفاق ظاهراً - بل هو قد صرح في المقامين بالترادُّ - وللبدلية التي ذكرناها، وللغاية التي فسرناها، وللاعتبار - بل لا يبعد كونه من الجمع بين العوض والمعوَّض الممنوع، فليس إشكاله حينئذٍ إلَّا في تسلُّط الغاصب على جبره على ذلك، أو أنَّ له الرضا به عوضاً عما غصب منه.

[٢] لأنَّه وإن لم يكن معاوضة حقيقة فهو كالمعاوضة وإن كان الأصح خلافه كما ذكرناه.

[٣] كما هو ظاهر عبارة القواعد السابقة ^(٣). وذلك لأنَّ حكم الغصب قد زال على تقدير جواز الحبس، فهي يد غير الأولى، لكونها مستحقَّة، إلَّا أنَّها يد ضمان أيضاً كالقبض بالسوم؛ لأنَّه الأصل في كلِّ يد قد استولت على مال الغير إلَّا ما خرج من الوديعة والقلقة ونحوها، كما حرَّزناه غير مرَّة. ومن هنا جعل ^(٤) الضمان في المقام ببقية يوم التلف، مع أنَّ مذهبه ضمان المغصوب بأعلى القيم، إذ ليس هو إلَّا لخروج اليد عن حكم الغصب باستحقاق الحبس وجوب ردِّ المالك القيمة الأولى.

وبذلك يظهر لك ما في المحكي عن السيّد العميد في شرحه للعبارة، قال: «هذا إنَّما يتمشَّى على وجوب قيمة يوم التلف أمَّا لو أوجبنا الأكثر كان له الأكثر من القيمتين الأولى والثانية» ^(٥). وإنَّ وجهه في جامع المقاصد بأنَّه إن كان الأقل هو القيمة الأولى فقد دفعها عوضاً عن العين باستحقاق، فلا يجب ما سواها، وإن كان الأقل هو الثانية فهي المستحقَّة بالتلف؛ لأنَّ الأولى للحيولة، وقد زالت بجواز الحبس ^(٦). ولكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه وبعد الإغضاء عن لفظ «الأقل» في كلامه الذي قيل: «إنَّه من سهو القلم، وإلَّا فالمراد: الأكثر» ^(٧) بل في جامع المقاصد بعد التوجيه المزبور، قال: «وفيه نظر لأنَّ المدفوع للحيولة لم يكن عوضاً عن العين قطعاً، ولهذا لا تخرج بذلك عن ملك المالك، ولا يستقرُّ ملكه على المدفوع حيث كانت العين باقية على ملك المالك مضمونة على الغاصب، وخرج بجواز الحبس إلى أن يقبض القيمة عن كونه غاصباً فوجبت قيمته يوم التلف» ^(٨). وإن كان قد يناقش بإمكان بقاء حكم الغصب - وهو ضمان الأعلى؛ للأصل - وإن خرج عن سمِّه وعن الإنثام ببقائه تحت يده، والأمر سهل بعد أن كان المختار وجوب القيمة يوم التلف.

إلا أن المتَّجَّه في المقام بناء على ذلك [المختار من وجوب القيمة يوم التلف] أنه يستقرّ ملك المالك على ما أخذه للحيولة من القيمة إذا فرض اتّحادها في الزمانين، كما أنه يتَّجه مطالبة المالك بالزائد إذا فرض كونها أعلى يوم التلف [١]، أما إذا فرض العكس ففي تسلّط الغاصب على استرجاع الزائد نظر، أقواه العدم [٢]. - ويتَّجه ضمان أعلى القيم في هذا القسم]. بل يتَّجه أيضاً ضمان ما يتلف من العين المغصوبة من النماء المتَّصل والمنفصل [٣]. نعم لو فرض تلفها ولم يكن لها نماء ولا زادت قيمتها كانت قيمته يوم الحيولة مجزئة [٤]. اللهم إلا أن يقال: إن ذلك كلّ داخل في القيمة المدفوعة بدلاً عنها، كالمنافع في أحد القولين على ما ستسمع إن شاء الله.

بقي شيء: وهو أنه لو أخذ المالك قيمة الحيولة في الأيدي المتعاقبة مثلاً من الأول مثلاً، فاستحقّ هو الرجوع بما أذاه للمالك على من حصلت الحيولة في يده من الأيدي المتأخّرة أمكن القول بملكه له منزلاً على حسب ملك المالك له لو رجع به ابتداءً، وعلى حسب ملك ما دفعه هو إليه؛ لأنّه يأخذه بدلاً عمّا دفعه للمالك باعتبار حصول المغصوب في يده، فيملكه على حسب ملك المالك لما أخذه منه، فإذا عادت العين ورجعت إلى المالك عاد هو بما دفعه للمالك، وعاد من كانت الحيولة في يده بما أخذه الغاصب الأول منه، إلا أن نماء الأول للمالك ونماء الثاني للغاصب [٥]. ثم إن الحيولة - التي تبقى العين فيها على ملك المالك وإن ملك القيمة - إنما هي مع معلومية بقاء العين على ملك مالكيها إلا أنه منع مانع من تسليمها. أمّا إذا كانت الحيولة تقتضي زوال ملك المالك عنها في ظاهر الشرع كالإقرار بالفصب بعد البيع وكالشهادة على أنّها مال الغير ونحو ذلك ممّا يحكم به في ظاهر الشرع أن العين لغير من أقرّه المقرّ، فإذا دفع القيمة للمالك فهل العين أيضاً تبقى على ملك مالكيها كالقسم الأول من الحيولة أو تنزّل هذه الحيولة منزلة التلف، فيملك الحائل - إذا أذى للمالك - العين التي حال بينها وبين مالكيها بالإقرار؟

[١] ضرورة بقائها على ضمان الغاصب.

[٢] للأصل؛ ولأنّ دفعه مستحقاً عليه وغير ذلك. ومن هنا يتَّجه ما ذكره معظم من ضمان أعلى القيم في هذا القسم.

[٣] كما جزم في جامع المقاصد^(١)، وإن استشكل فيه الفاضل في القواعد^(٢) من حيث إنّه لم يدخل تحت يده التي هي سبب الضمان؛ لأنّ القرض تجدّد بعد دفع القيمة وبراءته من العين، فأولى بأن يبرأ من النماء.

وفيه أولاً أنه سبب تلفه على المالك وثانياً منع براءته من الضمان للعين فضلاً عن نمانها للأصل. ولذا قلنا بوجوب القيمة عليه يوم التلف مع فرض كونها أعلى من يوم الحيولة؛ إذ الدفع لها لا يقتضي البراءة من الضمان.

[٤] إذ لا يجب للعين الواحدة قيمتان.

[٥] واحتمال القول هنا بعدم جواز رجوع ذي اليد الأولى على من حصلت الحيولة في يده، بل يختص الحكم في خصوص التلف واضح الفساد؛ ضرورة اتّحاد المدرك في الجميع كما لا يخفى على من أحاط خبراً بما ذكرناه في مسألة الأيدي المتعاقبة.

لم أجده محزراً هنا [١]. [الظاهر هو الأول] ولكن الثاني محتمل [٢].

(و) على كل حال فـ [المختار] [٣] أن (على الغاصب الأجرة إن كان ممّالاً له أجرة في العادة من حين الغصب

إلى حين دفع البذل) [٤]. نعم [الظاهر] [٥] إخراج نحو غصب الغنم والمعز والشجر [٦].

بل (قيل) [٧]: إنّه يضمن الأجرة المزبورة (إلى حين إعادة المغصوب) فالمنافع المتجددة بين دفع القيمة

للهيولة وبين ردّ العين أو تلفها مضمونة (و) إن كان (الأول أشبه) عند المصنف [٨].

[١] بل ظاهرهم فيما يأتي الأول.

[٢] وربما يشهد له بعض الكلام السابق في باب الإقرار، والله العالم.

[٣] [كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].

[٤] بل الإجماع بقسميه عليه؛ لما عرفته فيما تقدّم من ضمان كل ما فات في يد الغاصب ولو بأقصة سماوية إذ المنافع أموال فتضمن كالأعيان.

[٥] [كما أنّ] ظاهر قول المصنف وغيره: «فيما له أجرة في العادة» [ذلك].

[٦] حيث لا منفعة له تستأجر عادة. كما عن المبسوط^(١) التصريح به، مع أنّه قيل: «إن كلام الحلّي والفاضل والكركي وثاني الشهيدين^(٢) في كتاب الإجارة في مسألة ما لو استأجر فتأخّر للشّم أو دراهم أو دنائير للزينة ينافي ذلك. إلّا أنّ التحقيق خلافه وإن قلنا بصحة الإجارة في مثله، لكنّها لا تعدّ عرفاً إتلاف مال على الغاصب، مع فرض عدم استعدادها لذلك»^(٣). نعم لو تعدّدت المنافع كالعبد الخياط والحائك ففي القواعد^(٤) وعن غيرها لزم أعلاها، (و) ستسمع تحقيق ذلك عند تعرّض المصنف له إن شاء الله تعالى.

[٧] كما في التذكرة ومحكي المبسوط^(٥) وظاهر غيرهما.

[٨] بأصول المذهب وقواعده التي منها أصل البراءة. وأنّ القيمة المأخوذة منزلة منزلة المغصوب، فكأنّه عاد إليه، بل هي الواجبة عليه، وقد دفعها فبرأ، وأنّه استحقّ المالك الانتفاع بالقيمة التي هي عوض وبذل في المعنى، فلم يبق له على الغاصب حقّ في ذلك المال، وإلا لم تكن فائدة للغاصب في الدفع. ولكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه من بقاء العين المغصوبة على ملك المالك، وعلى وجوب ردّها على الغاصب مع التمكن، وعلى ضمانها وضمان نمانها، وأنّ القيمة للهيولة غرامة شرعية ثبتت بالأدلة، وهي لا تقتضي براءة ولا تغييراً للحال الأول. ومن هنا قال في جامع المقاصد: «إنّ الذي يقتضيه النظر الوجوب لبقاء الغصب كما كان، نعم على القول بأنّ للغاصب حبس المغصوب إلى أن يقبض البذل يتأتّى عدم وجوب الأجرة بعد دفعه»^(٦). وإن كان فيه: إمكان القول بالوجوب حتى على التقدير المزبور؛ ضرورة عدم المنافاة بين البقاء على حكم الغصب بالنسبة إلى ذلك كضمان النماء، وبين جواز الحبس له، كما أشرنا إليه سابقاً.

(١) المبسوط ٣: ٦٥.

(٢) انظر السرائر ٢: ٤٧٥. القواعد ٢: ٢٨٧. جامع المقاصد ٧: ١٢٥ - ١٢٦. المسالك ٥: ٢١٢.

(٣) قاله في مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٦.

(٤) القواعد ٢: ٢٢٦.

(٥) انظر التذكرة ١٩: ٢١٦ - ٢١٨. المبسوط ٣: ٦٥.

(٦) جامع المقاصد ٦: ٢٧٣.

فالتحقق الوجوب [أي دفع الأجرة إلى حين إعادة المغصوب]، وخصوصاً إذا كان تعذر الرد ناشئاً عن اختيار الغاصب بل قد يقال بوجوب الأجرة حتى مع استمرار الاستتباب وعدم معرفة كون المغصوب باقياً أو تلف على وجه لا تكون له أجرة إن لم يكن إجماعاً على خلافه [١]. (ولو غصب شيئين ينقص قيمة كل واحد منهما إذا انفرد عن صاحبه كالحقنين) اللذين قيمتهما مجتمعين مثلاً عشرة، وقيمة كل واحد منفرداً ثلاثة (فتلف أحدهما ضمن التالف بقيمته مجتمعاً)، وهو خمسة، (وردة الباقي وما نقص من قيمته بالانفراد)، وهو اثنان [٢].

(وكذا) الكلام (لو شق ثوباً) موضوعاً على الشق (نصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما) منفرداً (بـ) حواسطة (الشق) المزبور وإن لم ينقص مجموعهما، ولو لأن منفعة أحدهما متوقفة على الآخر لصغر النصف عن الاستقلال وعدم وجود مماثل له (ثم تلف أحدهما) فإنه يغرم قيمة النصف الذاهب مجتمعاً ويرد الباقي مع أرش نقصانه الحاصل بالانفراد [٣]. نعم لو فرض مع ذلك حصول نقص عليهما بالشق ضمنه أيضاً حتى لو ردّهما، وهو واضح كوضوح عدم شيء عليه غير التعزير لو ردّهما، والفرض عدم نقص قيمتهما بالشق.

(أما لو أخذ فرداً من حقّين يساويان عشرة) مثلاً (فـ) أتلفه أو (تلف في يده، وبقي الآخر في يد المالك ناقصاً عن قيمته) مجتمعاً (بسبب الانفراد) الحاصل له بعد غصب الآخر (ردّ قيمة التالف لو كان منضمّاً إلى صاحبه) [٤]. نعم (في ضمان ما نقص من قيمة الآخر تردّد) [٥].

[١] للأصل، فتأمل، والله العالم.

[٢] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك إلا من الشهيد إن كان خلافاً كما ستعرف، بل ولا إشكال؛ لضمان الغاصب كلّ نقص يكون في يده على المغصوب ولو من حيث الاجتماع والانفراد اللذين فرض مدخليتهما في القيمة. ولكن في اللصة في الفرض يضمن قيمة التالف مجتمعاً^(١)، وهو يقضي بأنه لا يلزمه إلا خمسة. ولعله لأنّه لم يتلف غيره، ولأنّ نقص الباقي نقص سوق فلا يضمن. وفيه: أنّه تلف مع صفة الاجتماع المشتركة بينهما والفرض ضمانها. ونقص السوق الذي لم يضمن هو الذي لا يكون بسبب شيء في المغصوب ولو وصفاً، لا المفروض الذي هو كلفك تركيب باب كما هو واضح.

[٣] إذ هو حينئذ كمسألة الخفين وإن أوهم التعبير خلافه، إلا أنّ التشبيه بهما شاهد على ما ذكرناه.

[٤] بلا خلاف؛ إذ هو كما لو أتلف رجل أحدهما (و) الآخر الآخر.

[٥] كما في محكي التحرير^(٢)، من أنّه لم يدخل تحت يده كي يكون مضموناً عليه كالأول. ومن عدم انحصار الضمان في الغصب، بل من التسبب الصادق في المقام، كحبس المالك عن ماشيته. وقوّاه [= الضمان] في محكي الايضاح وجامع المقاصد^(٣)، وفي المسالك: هو الأصح^(٤)، كلف أجزاء الباب والسرير ونحوهما ممّا لم يعتبر فيهما إلا الجزء الصوري الذي هو كالاجتماع في زوجي الباب والخف. إلا أنّه قد عرفت تحقيق الحال عندنا في مثل الضمان بذلك ونحوه ممّا لم يتضح لنا اندراجه في المستفاد من نصوص الضمان به، والأصل البراءة.

[والمختار عدم الضمان].

وعلى الأول يكون المضمون حينئذ سبعة وعلى الثاني خمسة [١].

(و) كيف كان فـ [المختار] [٢] أنه (لا يملك) الغاصب (العين المغصوبة بتغييرها^(١)) يعمل من الأعمال (إخراجها عن الاسم والمنفعة، سواء كان ذلك بفعل الغاصب أو فعل غيره، كالحنطة تطحن والكتان يغزل وينسج) [٣].

ولا شيء للغاصب عن عمله الذي هو غير محترم بسبب عدم الإذن فيه وإن زادت به القيمة، بل إن كان ممّا يمكن ردّه إلى الحالة الأولى وأراد المالك ردّه وجب على الغاصب ذلك، ويضمن أرش النقص إن كان. نعم لو يرضى المالك ببقائه على الحالة لم يكن له ردّه، لحرمة التصرف في مال الغير، بل هو كذلك مع الجهل بحاله أيضاً، كما أنه للمالك إذا لم يمكن ردّه كطحن الحنطة وأرش نقصه إن فرض على الغاصب، وذلك كلّ واضح. (ولو غصب مأكولاً) مثلاً (فأطعمه المالك) بأن قال له: هذا ملكي وطعامي، أو قدّمه إليه ضيافة، أو نحو ذلك ممّا يتحقّق به الغرور منه (أو شاة فاستدعاه وذبحها مع جهل المالك ضمن الغاصب) [٤].

[١] ويحتمل كونه ثلاثة وإن لم أجد به قائلًا، باعتبار أنّه قيمة المتلف؛ لأنّ تلفه في يده لم يكن إلا حالة التفريق، فمع فرض اعتبار قيمة يوم التلف يتجه ضمان الثلاثة التي هي قيمته. وفيه أنّ ضمان الخمسة باعتبار تلفه عنده مضموناً عليه مضمناً؛ لأنّ الفرض غصبه كذلك، وأمّا الإثنين فضمنهما - على تقدير القول به - من التسبّب الذي لا ينافي ضمان القيمة يوم التلف. ومن هنا لم يقطع لو أخذه على وجه السرقة، وكان قيمته مع نقصان الثاني نصاباً.

بل عن التذكّرة الإجماع عليه، قال فيها: «لو أخذ أحدهما على صورة السرقة وقيّمته مع نقصان الثاني نصاب لم يقطع إجماعاً، لأنّ الزائد إنّما ضمنه في ذمّته بتفريقه بين الخفين، فكان كما لو ذبح شاة تساوي ربع دينار في الحرز ثمّ أخرجها وقيّمته أقلّ، فإنّه لا يقطع، فكذا هنا»^(٢).

قلت: لا إشكال في عدم القطع بالنقصان في الثاني المفروض تنمّة النصاب به؛ لعدم كونه من السرقة، إنّما الكلام في نقصان المسروق نفسه، والظاهر عدمه أيضاً؛ لأنّ نقصانه وإن كان مضموناً عليه لكنّه غير داخل في المسروق نفسه، فتأمل جيّداً، والله العالم.

[٢] [كما لا خلاف عندنا ولا إشكال في ذلك].

[٣] للأصل، والإجماع بقسميه. خلافاً لأبي حنيفة، كما قدّمنا الكلام فيه سابقاً^(٣).

[٤] بلا خلاف ولا إشكال.

وإن كان المالك المباشر للاتلاف ولتسلّم المال، إلّا أنّه ليس تسليمًا تامًّا يتصرّف به المالك تصرّف المالك في أملاكهم على أنّه مال له.

وكذا لو أودعه المالك أو أجره إياه أو أعاره إياه عارية غير مضمونة أو أرهنه [١].
نعم لو وهبه المالك هبة لازمة أو أقرضه له كان تسليمًا تامًا.
ومن هنا لو دفع إليه عوض حقّه الثابت عليه على سبيل الهبة اللازمة فأخذها المالك على هذا الوجه ونوى الدافع عن حقّه كان وفاءً على الأقوى [٢]. [ولا فرق في ذلك بين الغاصب والمديون].
ولا يشترط في كلّ منهما الإعلام بكونه الدين أو المغضوب بعد الاستيلاء التامّ على وجه الملكية التامة [٣].
وبالجملة فالمدار على صدق الأداء في المقام [٤].

[١] فإنّ التسليم في ذلك كلّهُ غير تامّ وبقا على ضمان الغاصب ولو للشكّ في صدق الأداء معه ، بل قد يشكّ في صدقه مع تعميم الانتفاع مع عدم التملك اللازم ؛ لعدم كون يده حينئذٍ يد مالك ، كما كانت على المغضوب .
[٢] كما عن التذكرة^(١) ، بل صرح غير واحد بالاكْتفاء في ذلك بالإهداء ، ومقتضاء جريان مثله في المقام ؛ ضرورة عدم الفرق بين الغاصب والمديون بالنسبة إلى ذلك بعد أن كان الاعتبار بنيتّه في التشخيص دون الديان ، ولذا يجب عليه القبول لو بذله .
[٣] ولذا اكتفى الأصحاب بالدسّ في المال على وجه يكون في يده على أنّه من أمواله .
[٤] بل في القواعد : أنّه « لو أمر الغاصب المالك بالأكل مع جهله بالحال فباعه أو بالعكس فالأقرب زوال الضمان »^(٢) ؛ لأنّه قد تصرف باختياره لا بقول الغاصب ، فصادف التصرف ملكه ؛ ولأنّ العين لو كانت مملوكة للغاصب لكان على المتصرف بمخالفة الأمر الضمان ، وكلّ ما يقتضي الضمان على تقدير الملك لا يتصور فيه الغرور .
إذ تقريره إنّما هو بكونه ملكاً له ، وعلى تقدير الملك فالضمان ثابت ، وبه جزم الكركي^(٣) .
لكن قد يناقش بأنّه - وإن كان غير مغرور - لا يصدق عليه أنّه أدى المال ، والأصل بقاء الضمان ، وكذا لو غصبه من الغاصب وأتلفه بنية العدوان منه .

اللهمّ إلا أن يقال : إنّ وإن كان لا يصدق على تسليمه أنّه أداء إلا أنّه صار في عهدة المالك لو كان مملوكاً لغيره ، ومثله يسقط الضمان على من عليه الضمان ولو لظهور أدلة الضمان في غير الفرض ، أو غير ذلك .
وعلى كلّ حال فلا إشكال في الضمان في مفروض المتن ؛ لأنّ المباشرة ضعيفة بالغرور المانع عن استتباع الضمان المقتضي لعدم غرم الغاصب . وحينئذٍ فالسبب أقوى في الإلتاف الموجب للضمان ، بل هو المستقرّ عليه ، لعدم تعقّل ضمان المالك لماله وإن قلنا بضمان المغرور في غير المقام . كما صرح به من تعرّض له من الأصحاب من غير نقله خلاف .
بل عن التذكرة : أنّه الذي يقتضيه مذهبه^(٤) .

لكن في القواعد : « لو زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاء وبرأ الغاصب ، وفي الأرش إشكال »^(٥) . وفيه منع براءته من الضمان مع عدم العلم بالحال .

(١) نقله في مفتاح الكرامة ٦ : ٣٣١ . التذكرة ١٩ : ١٩٠ . (٢) القواعد ٢ : ٢٢٥ .

(٣) جامع المقاصد ٦ : ٢٣٥ . (٤) التذكرة ١٩ : ١٨٨ .

(٥) القواعد ٢ : ٢٢٥ .

[ولو زوّج الغاصب الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل فلا يبرأ من الضمان مع عدم العلم بالحال]، فلو تلفت قبل ظهور الحال وهي بيد المالك على أنها زوجة وهي مملوكة للغاصب لم يبرأ [١].

[كما أنه لا إشكال في الأرض] سواء قلنا: إنه أرش ما ينقص منها بالولادة، أو أنه تفاوت ما بين قيمتها طلقاً وقيمتها أمّ ولد محتمل البقاء والموت ولذا لا يعاد على الغاصب لو مات الولد [٢].

نعم (إن أطعمه) أي الطعام (غير المالك^(١)) قيل [٣].

إن المالك (يغرم أيهما شاء) [٤].

(لكن إن أغرم الغاصب لم يرجع على^(٢) الأكل) الذي هو مغرور له (وإن أغرم الأكل رجع الأكل على الغاصب لغروره) [٥].

(وقيل) [٦]: (بل يضمن الغاصب من رأس، ولا ضمان على الأكل) أصلاً، (لأنّ فعل المباشر ضعيف عن التضمن بمطابقة^(٣) الاعتراض، فكان السبب أقوى) [٧].

و(الأول) هو الأصح [٨].

[١] لكون التسليم غير تامّ كما أنّ فيه أيضاً منع الإشكال في الأرض.

[٢] لأنّ اللعب الذي ثبت لم يزل، وإنما انقطع بعد مدّة، والمأخوذ أرشاً إنّما أخذ على تقدير رجاء انقطاعه وعروض زواله، أو أنّ الأرض هنا مهر أمثالها أو الثّمر أو نصفه؛ ضرورة كون المفروض من مسألة الغرور التي قد عرفت عدم الخلاف في ضمان الغاصب؛ بل هو أيضاً ممّن جزم بذلك، فالفرق بينهما غير جيّد (و) لا واضح.

[٣] والقائل غير واحد.

[٤] للمباشرة والغصب.

[٥] الذي صار به مباشرته ضعيفة بالنسبة للسبب، فيكون قرار الضمان عليه.

[٦] وإن كنّا لم نتحقّق قائله منّا.

[٧] نعم هو قول الشافعي في القديم وبعض كتب الجديد^(٤).

والمشهور عند الشافعية الأول.

[٨] لأنّ ضعف المباشرة لا يبلغ حدّاً ينتفي به الرجوع عليه مع كونه متصرّفاً في مال الغير ومتلفاً له على وجه يندرج في قاعدة «من أتلف مال غيره فهو له ضامن» ولكن ينجر غروره برجوعه على الغاز.

بل لعلّ قوله لا يبرأ: «المغرور يرجع على من غره»^(٥) ظاهر في ذلك كما تقدّم الكلام فيه سابقاً، والله العالم.

(١) في الشرائع: «غيره» بدل «غير المالك».

(٢) في الشرائع: «إلى».

(٣) في الشرائع الحجري وبعض نسخ الجواهر: «بمضامة».

(٤) المجموع ١٤: ٢٧٠.

(٥) أرسله في جامع المقاصد ١٣: ٢٩٥.

(ولو غصب فحلاً فأنزاه على الأنتى كان الولد لصاحب الأنتى وإن كانت للغاصب) [١].

(و) كذا [المختار] [٢] أنه (لو نقص الفحل بالضراب ضمن الغاصب النقص) كما في غيره من الأعيان المغصوبة (وعليه أجرة الضراب) [٣].

(و) لكن مع ذلك في المتن وغيره (قال الشيخ في المبسوط: لا يضمن الأجرة) (و) على كل حال فلا ريب في أن (الأول أشبه) [٤] (لأنها عندنا ليست محرمة) [٥].

بل قد يقال بضمائنها بغواتها تحت يده وإن لم يستوفها، بل ينبغي الجزم به إذا كان ممّا يعتاد استجاره لذلك، أما مع عدمه فلا يخلو من إشكال [٦].

[١] كما صرح به الشيخ والحلي والفاضل والشهيدان والكركي^(١) وغيرهم على ما حكي عن بعضهم. بل في جامع المقاصد الإجماع عليه على الظاهر^(٢). وفي المسالك^(٣) وغيرها نفي الخلاف فيه. بل يمكن تحصيل القطع به من السيرة المستمرة في سائر الأعصار والأمصار على تبعية الولد في غير الإنسان للأنتى من غير فرق بين الغاصب وغيره. فتأمل بعض الناس فيه - بأن الولد من الفحل، فلا يكاد يوجد الفرق بينه وبين الحب إذا نبت في أرض الغير^(٤) - في غير محله، إذ هو كالاجتهاد في مقابلة النص. على أنه قيل: «يمكن الفرق بأن النطفة لا قيمة لها وليست مملوكة بعد انفصالها، ولا واجبة الرد إلى مالك الفحل والنشوء والنماء من الأنتى، ولا كذلك الحب، فإنه مملوك له قيمة، ويجب رده»^(٥)، وإن كان فيه ما فيه، والله العالم.

[٢] [ب] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].

[٣] عند أهل البيت عليهم السلام كما في محكي السرائر، بل فيه: «ما قاله شيخنا في مبسوطه من أن أجرة الفحل لا تجب على الغاصب؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن كسب الفحل»^(٦) فهو حكاية مذهب المخالفين، فلا يتوهم أنه اعتقاده^(٧).

[٤] بأصول المذهب وقواعده. بل لا أجد فيه خلافاً إلا من الشيخ إن كان.

[٥] وعن مكاسب التذكرة ونهاية الإحكام نسبته إلى علمائنا^(٨)، فتكون حينئذٍ منفعة محللة مضمونة عليه.

[٦] إذ صحة الإجارة أعم من الضمان بالغصب، وإلا لوجب على من غصب تفاحة أجزتها للشئ أو دراهم أو دنائير أجزتها للزينة، بناءً على صحة الاستجار لذلك، والتزامه في غاية البعد، لعدم صدق فوات المال. ولعله لذا قيد المصنف وغيره^(٩) ضمان الأجرة بما إذا كان المصنوب ممّا له أجرة في العادة. وعلى كل حال فعلى الغاصب أجرة الضراب، لما عرفت، والنبوي المروي في غير طرفنا من أنه نهى صلى الله عليه وآله عن عسب الفحل^(١٠) أي ماؤه وضرايه محمول على الكراهة أو على بيع مائه، فلا إشكال في الحكم حينئذٍ، والله العالم.

(١) المبسوط ٣: ٩٦. السرائر ٢: ٤٩٢. القواعد ٢: ٢٣٨. الدروس ٣: ١١٦. المسالك ١٢: ٢٠٦. جامع المقاصد ٦: ٣٢٢.

(٢) (٤) جامع المقاصد ٦: ٣٢٢. (٣) المسالك ١٢: ٢٠٦.

(٥) مفتاح الكرامة ٦: ٣٠٣. (٦) انظر الوسائل ١٧: ٩٥، ب ٥ ممّا يكتب به، ح ١٣ - ١٤.

(٧) السرائر ٢: ٤٩٢. (٨) التذكرة ١٠: ٦٧. نهاية الإحكام ٢: ٥٠٩.

(٩) كما تقدّم في ٨٨. (١٠) سنن البيهقي ٥: ٣٣٩.

(ولو غصب ماله أجرة وبقي في يده حتى نقص كالثوب يخلق والدابة تهزل لزمه الأجرة والأرض ولم يتدخلها ، سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أو لم يكن) [١] .
(ولو أغلى الزيت) مثلاً (فنقص) وزنه (ضمن النقصان) وإن لم تنقص القيمة [٢] .
بل وإن زادت قيمته على ما قبل الغليان [٣] .

[١] بلا خلاف ولا إشكال في الأخير ، وإن قالوا لو انتقص العبد بسقوط عضو منه مثلاً بأفة يضمن الأرض والأجرة ؛ لما قبله سليماً ولما بعده ناقصاً ؛ إذ لا يعقل أجرة شيء معدوم بعد عدمه .
أمّا الأول وهو الذي يكون نقصه باستعماله فهو الذي صرح به الشيخ^(١) والفاضل^(٢) والشهيدان^(٣) والكركي^(٤) وغيرهم . بل لا أجد فيه خلافاً ؛ لأصالة عدم تداخل الأسباب ؛ إذ فوات الأجزاء في يد العاصب سبب لضمناها ، والانتفاع سبب آخر لضمنا الأجرة ، فلا يتدخلان كأول .

لكن في القواعد والدروس احتمال وجوب الأكثر من الأرض والأجرة^(٥) . وهو الضعيف من وجهي الشافعي^(٦) .
وأضعف منه تعليقه بأن النقصان نشأ من الاستعمال ، وقد قوبل بالأجرة ، فلا يجب له ضمان آخر ، وإلا لوجب ضمانان لشيء واحد ؛ ولأن نقص الأجزاء ملحوظ في الأجرة ، ولذا لم يضمنها المستأجر ، بل والمستعير ، ولأن ما ينقص بالاستعمال تعتبر أجرته زائدة على ما لا ينقص به ، فلو لا كونها ملحوظة لم تتحقق الزيادة ؛ إذ كل ذلك لا يقتضي الأكثر المزبور ، وإنما يقتضي دخول الأرض في الأجرة . مع ما في الأول من أن الأجرة لم تجب للاستعمال ، وإنما تجب لفوات المنفعة على المالك ، فتجب وإن لم تستعمل ، كما أنها تجب وإن لم يفت شيء من الأجزاء فلم يجب ضمانان لشيء واحد .

وفي الثاني إننا نمنع لحظ الأجزاء الناقصة في الأجرة ، ولم لا يكون سقوط ضمانها للإذن في الاستعمال الشامل لإتلافها كالمستعير . وثبوت الزيادة المذكورة غير معلوم ، وبتقديرها لا يدل على التداخل ، كما أنه مع فرض الملاحظة لا تدخل أيضاً ، والله العالم .

[٢] بلا خلاف أجده بين الخاصة والعامة .

[٣] لأنه مثلي يضمن بمثله . وعمله الذي قد زاد به - الواقع تبرعاً - لا يقوم مقام ذلك .

فما في المسالك من احتمال الرد ولا غرامة ؛ لأن ما فيه من الزيادة والنقصان يستندان إلى سبب واحد فينجبر النقصان بالزيادة^(٧) ، واضح الضعف ؛ لما عرفت .

(١) المبسوط ٣ : ٦٩ - ٧٠ .

(٢) الإرشاد ١ : ٤٤٧ ، التحرير ٤ : ٥٣٦ - ٥٣٧ .

(٣) الدروس ٣ : ١١٨ ، المسالك ١٢ : ٢٠٧ .

(٤) جامع المقاصد ٦ : ٢٥٠ .

(٥) القواعد ٢ : ٢٢٧ ، الدروس ٣ : ١١٨ .

(٦) المجموع ١٤ : ٢٤٢ .

(٧) المسالك ٢ : ٢٠٨ .

وإن نقصت قيمته دون عينه ردّه مع أرش النقصان الذي هو مضمون عليه بالفصب .
وإن نقصاً معاً ردّ مثل الناقص مع الباقي إلا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر ممّا نقص من العين ، فيلزمه مع مثل
الذهاب أرش نقصان الباقي [١] .

ولو لم ينقص معاً ردّه ولا شيء عليه كما هو واضح .
(ولو أغلى عصيراً فنقص وزنه قال الشيخ :) [٢] (لا يلزمه ضمان النقيصة ؛ لأنها نقيصة الرطوبة التي لا قيمة
لها) [٣] . (بخلاف الأولى ، وفي الفرق تردد) بل منع [٤] .

وكذا يضمن النقص لو خلّل العصير ونقصت عينه دون قيمته ، بل وكذا إذا صار الرطب تمرّاً والعنب زبيباً
واللبن جبناً أو سمناً أو زبداً [٥] .

نعم قد يشكل الضمان بالمثل باعتبار عدم المثل للأجزاء الثالثة ، فيتعيّن القيمة ، والله العالم .
(النظر الثالث : في اللواحق)

(وهي نوعان : النوع الأوّل في لواحق الأحكام ، وهي مسائل) :

[لو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب] :

(الأوّل : إذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب) أو غيره فيه صنعة اقتضت تلك الزيادة (فإن كانت) تلك
الصناعة (أثراً) محضاً لا عيناً (كتعليم الصناعة وخياطة الثوب) بخيوط المالك (ونسج الغزل وطحن الطعام) وصياغة
النقرة (ردّه ولا شيء له) [٦] .

بل كانت تلك الصفات من توابيع مال المالك فلو أتلفها أو تلفت في يده كان ضامناً لها ، كما تسمع تحقيقه إن
شاء الله تعالى عند تعرّض المصنّف له .

(ولو نقصت قيمته) أي المغصوب (بشيء من ذلك ضمن الأرض) [٧] .

[١] لأنّ الفرض عدم عود القيمة بعود الكمية الأولى .

[٢] [قاله] في محكي المبسوط ، بل والخلاف ^(١) وإن كنّا لم نتحقّقه .

[٣] إذ النار تعقد أجزاء العصير ، ولهذا تزيد حلاوته .

[٤] ولذا كان أكثر المتأخّرين أو جميعهم على خلافه ، وذلك لأنّ الواقع نقص محسوس في العين ، فيجب بدله .

مع منع معلومية كون الذاهب أجزاء مائة خاصة بخلاف الزيت ، وإن تفاوتت بالقلّة والكثرة .

[٥] ولعلّه لأنّ الجميع مثلي وقد نقص نقيصة حسية ، فيضمن وإن زادت قيمته في الحال الآخر الذي هو الأقلّ .

[٦] بلا خلاف ولا إشكال ؛ لعدم احترام العمل بغير إذن من المالك .

[٧] لما عرفته مكرراً من كون يد الغاصب يد ضمان .

كما عرفت فيما تقدّم أنّه إن لم يمكن ردّه إلى الحالة الأولى ردّه إلى مالكة بحاله مع أرش النقصان إن كان . وإن أمكن ردّه إلى الحالة الأولى ، فإن رضي به المالك لم يكن للغاصب ردّه إلى ما كان ، وإن ألزمه الردّ إلى الحالة الأولى لزمه ذلك مع أرش النقص عمّا كان قبل تلك الزيادة ، ولا يجبر على رفاء الثوب الذي شقّه وإصلاح الإناء الذي كسره مع الأرض بعد ذلك [٨] .

بل يضمن الأرض خاصة كما أنّه لا يضمن تلك الزيادة بتلك الصنعة بعد الأمر له بالردّ المقتضي لإتلافها ، وإنّما يضمن ما نقص من قيمة أصل النقرة بالكسر [٩] .

واحتمال الفرق [بين الصنعة والكسر] - بأنّ الصياغة جنائية من الغاصب على مال المالك ، والنقص بالكسر مسبّب عنها فيضمنه ، وأمر المالك بإعادة العين كما كانت لا يقتضي سقوط الضمان ؛ لبقاء الغصب المقتضي للضمان إلى حصول التسليم التامّ حتى لو تلفت العين في حال ردّها إلى البلد وقد أمره بذلك ، بخلاف الصنعة التي لم تكن العين عليها في وقت الغصب ولم تستقرّ للمالك في دمه الغاصب - يقتضي عدم ضمانه الصنعة حتى لو تعمّد إتلافها لعدم دخولها ابتداءً تحت يد ضمانه .

بل يقتضي عدم الضمان لو أعلف الدابة المغصوبة حتى سمتت وقد كانت في مكان بعيد ، ثمّ أمره المالك برده فوراً على وجه يستلزم فوات سمتها .

بل قد يقال : إنّه يقتضي عدم الضمان لو غصبه من المالك سميماً ونقله إلى مكان بعيد محافظاً على بقاء سممه

[٨] لأصل ، ولأنّه لا يعود إلى ما كان بذلك .

[٩] كما صرح بذلك كلّ الفاضل في القواعد ، قال فيها : « لو صاغ النقرة حلياً ردّها كذلك .

فلوكسر ضمن الصنعة ، وللمالك إجباره على ردّها نقرة ، ولا يضمن أرش الصنعة ، ويضمن ما نقص من قيمة أصل النقرة »^(١) .

ونحوه المحكي عن التحرير^(٢) والدروس^(٣) وغيرهما .

لكن قد يشكل أولاً : أصل الإيجاب - بعد عدم الضرر على المالك والضرر على الغاصب - بقاعدة نفي الضرر والضرار مع منع عدم صدق التادية بنحو ذلك .

ويدفع بقاعدة تسلّط الناس على أموالهم ، وهو الذي أدخل الضرر على نفسه بتعديّه ، وبأنّه لا ريب في عدم تأديته كما غضب ، وهو واضح .

وثانياً : بأنّه لا فرق بين أصل النقرة وبين الصنعة بعد صيرورتها ملكاً للمالك ، فإن كان الأمر بالردّ إذناً بإذهاها فلا تضمن ، فكذلك هو إذن في النقصان بعد فرض لزومه لردّها نقرة .

(١) القواعد ٢ : ٢٣٤ .

(٢) التحرير ٤ : ٥٣٨ .

(٣) الدروس ٣ : ١١١ .

ثم أمره المالك برده فوراً على وجه يقتضي زوال السمن المزبور، لعدم الجنائية منه في وجود السمن [١].
[وعلى كل حال فكل ما أمر به المالك من إتلاف مالية لماله لم يكن مضموناً، وإلا بقي على قاعدة الضمان].
(وإن كانت^(١)) زيادة القيمة في المغصوب لأن الغاصب قد زاد فيه (عيناً) محضة كالغرس ونحوه (كان له

[١] ولعله لذلك كله التزم بعض الناس بضمان الصنعة^(٢)، وقال في جامع المقاصد: «وفي الفرق نظر ينبغي تأمله»
ثم قال: «ويحتلج بالخاطر فرق ينبغي تأمله بعد ذلك، وهو أن طلب المالك رد الحلي نكرة يقتضي عدم قبول
الصنعة، بخلاف رد السمين إذا استلزم رده الهزال، وبخلاف نقصان العين بالكسر، فإنه لا يقتضي ذلك، ولا منافاة
بين ملكية السمن والرضا بها، وطلب الرد على الفور.
وإن علم هزاله به للاعتماد على كون ما ينقص من العين مضموناً عليه»^(٣).

وفيه:

أنه يمكن تقرير مثله في الصنعة بأن يقال: إن أمره في الرد للاعتماد على ضمان كل نقص يكون بذلك وإن علم استلزامه
لخراب الصنعة.

ثم قال: «ويمكن أن يفرق بوجه آخر، وهو أن الأمر برد الحلي نكرة يدل على عدم قبول الصنعة والترخيص في إتلافها
بخلاف ما ينقص بالكسر؛ لأن الأمر بالكسر لا يقتضي قبول الناقص من الفضة وإن كان لازماً عنه لا محالة، فهو محسوب من جملة
المؤونة الواجبة على الغاصب، فإنه لو أمره المالك برد الدابة إلى بلد الغصب وكان ذلك مستلزماً للهزال لا يكون دالاً على عدم إرادة
السمن والترخيص في إتلافه، فيكون من باب المقدمة، كالعلف والسقي»^(٤).

قلت:

لا يخفى عليك ما فيه من التشويش وصعوبة الفرق بين ما ذكره من الوجهين وإن حاول الفرق بينهما بفهم العرف الإذن في
الصنعة وعدمها في السمن، والعلم باستلزام الرد الهزال لا يقتضي الإذن.

نعم لو صرح أو علم من حاله عدم إرادة السمن المنافي للتضمن؛ لأن من عادته ركوب الدابة المضرة أتجه حينئذ عدم
الضمان كما هو واضح.

أو بإمكان الجمع بين إرادة وصولها إليه مع إرادة بقائها سميئة وإن كان لا يتحقق في الخارج، بخلاف إرادة ردها نكرة مع
الصنعة، إذ هي النقرة المصنوعة المأمور بردها نكرة، أي بلا صنعة كما هو واضح بأدنى تأمل.

فإن مرجعه إلى عدم ضمان كل ما أمر به المالك من إتلاف ماليته لماله كأصل المال بخلاف ما لو لم يكن مأموراً به مما هو
مضمون على الغاصب وإن كان هو لازم تحقق المأمور به في الخارج المفروض استحقاق الغاصب إياه، فإنه ليس لازماً لأمره، فبقي
على قاعدة الضمان، والله العالم.

(١) في الشرائع: «كان».

(٢) مفتاح الكرامة ٦: ٢٧٧.

(٣) جامع المقاصد ٦: ٢٩٥ - ٢٩٦.

(٤) جامع المقاصد ٦: ٢٩٦.

أخذها وإعادة المغصوب وأرشه لو نقص) كما تسمع تفصيل الكلام فيه إن شاء الله عند ذكر المصنف له .
(و) إن كانت غير محضة كما (لو صيغ الثوب) المغصوب بصيغ منه ، فإن كان الحاصل مجرد تمويه لا يحصل منه عين لو نزع فليس للغاصب النزاع إن رضي المالك ، وله إجباره عليه في أقوى الوجهين [١] . ويحتمل ضعيفاً لعدم [٢] .

وإن كان الحاصل بالصيغ عيناً لا أنه تمويه محض ، فإن كان يمكن فصله (كان له إزالة الصيغ بشرط ضمان الأرض إن نقص الثوب) وإن لم يأذن المالك ، بل وإن منع [٣] .

[١] لأن الواجب عليه إعادة العين كما كانت ، ولأنه قد يريد تغريمه أرش النقصان الحاصل وإزالته .

[٢] لأنه كقصارة الثوب .

[٣] وفاقاً للشيخ^(١) وابن زهرة^(٢) وإدريس^(٣) والفاضل في أكثر كتبه^(٤) ، والشهيد^(٥) والكركي^(٦) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، بل في المسالك : أنه الأشهر^(٧) ، بل في المختلف^(٨) والتنقيح^(٩) : هو المشهور ، بل في الرياض : أنه المشهور ، خصوصاً بين المتأخرين^(١٠) .

ومن الغريب بعد ذلك كله ما في الإيضاح من أنه لا خلاف في منع الغاصب من الإزالة لو نقص الثوب بهاولاً في إجابته مع عدم هلاك الصيغ وعدم نقص الثوب أصلاً^(١١) .

اللهم إلا أن يريد بذلك مع العلم بالنقص بعد حمل عبارات الأصحاب على النقص المحتمل ، إلا أنه كما ترى منافٍ لإطلاقهم ، كمنافاة ما تسمعه من والده وغيره لما ذكره أخيراً من نفي الخلاف عن الإجابة .

وعلى كل حال فلا ريب في أن المشهور ما عرفت خلافاً للمحكي عن الإسكافي والفاضل في المختلف من أنه ليس للغاصب قلع الصيغ بدون إذن المالك ، فإن لم يرض دفع قيمة الصيغ ووجب على الغاصب قبوله^(١٢) . واستجوده في التنقيح ، بل قال : « وعليه الفتوى »^(١٣) .

(١) المبوط ٣ : ٧٧ . الخلاف ٣ : ٤٠٦ .

(٢) الفتنى : ٢٧٩ .

(٣) السرائر ٢ : ٤٨١ .

(٤) القواعد ٢ : ٢٣٤ . التحرير ٤ : ٥٣٨ . الإرشاد ١ : ٤٤٧ .

(٥) اللمعة : ٢٢٢ . الروضة ٧ : ٥١ .

(٦) جامع المقاصد ٦ : ٥٩٦ .

(٧) المسالك ١٢ : ٢١٣ .

(٨) المختلف ٦ : ١١٨ .

(٩) التنقيح ٤ : ٧٣ .

(١٠) الرياض ١٢ : ٢٨٢ .

(١١) الإيضاح ٢ : ١٨٧ .

(١٢) المختلف ٦ : ١١٨ .

(١٣) التنقيح ٤ : ٧٤ .

فهو كمالين متلاصقين لشخصين لم يرض كل منهما بتخليصه من الآخر، فإنه لا ريب في تولي الحاكم ذلك، فكذا المقام المحتمل تولي المالك، لما عرفت من العدوان من الغاصب.

وفي الرياض بعد أن حكاه عن خاله العلامة البهبهاني في حاشيته على مجمع البرهان، قال: «وهو غير بعيد نظراً إلى قواعدهم المقررة في الغصب»^(١).

بل في المختلف بعد أن حكى عن المشهور الأول، واختار مذهب الإسكافي محتجاً باستهلاك عين الغاصب وعدم انتفاعه بصبغه واستلزام قلعه التصرف في مال الغير بغير إذنه، قال: «ومن العجيب إيجاب التصكين على المالك من أخذ الصبغ وإن تعيب ثوبه وعدم قبول عوض الصبغ منه، وإجبار الغارس المستعير للأرض على أخذ قيمة الغرس من المالك إذا دفعها، مع أن المالك أذن في الغرس ولا ضرر عليه ولا على أرضه بأخذ الغرس، والمالك هنا لم يأذن في الصبغ وعليه ضرر في أخذه من ثوبه»^(٢).

وفيه:

أن ذلك إنما يرد على الشيخ المحكي عنه ذلك^(٣)، أما على الأصح من عدم التسلط على الإجبار المخصوص كما بيناه في محله فلا عجب، كما أن دليله لا يرجع إلى حاصل؛ ضرورة أعمية مفروض البحث من استهلاك عين مال الغاصب وعدم انتفاع به، أو أنه مخصص بما أمكن فصله على وجه يكون مالا، وعلى تقديره قاعدة تسلط الناس على أموالهم ولو إتلافاً عامة للأمرين، واستلزام القلع التصرف في مال الغير لا يقتضي سقوط احترام مال الغاصب.

ودعوى أنه كما أن وقوعه عدواناً لا يقتضي إسقاط مالية الغاصب فله التصرف فيه بالقلع، فكذلك عدوانه لا يقتضي نفي سلطنة المالك عن ملكه، فله أن يمنع الغاصب عن التصرف فيه بالقلع، وحيث تعارض الحقان ينبغي أن يترجح جانب المالك؛ لعدم نقصيره وتداركه مال الغاصب بالقيمة، بل هو أولى كما مضى.

لا يخفى عليك ما فيها من عدم اقتضاء ذلك ترجيح المالك على وجه ينتقل إليه مال الغاصب بالقيمة قهراً على مالكه، بل أقصاه عدم تسلط أحدهما على الآخر في ذلك، فبقى قاعدة تسلط الناس على أموالهم وقاعدة إيصال كل مال إلى صاحبه وغيرها على حالهما، ولكن يولي الحاكم من يخلص كل مال عن الآخر ويوصله إلى صاحبه.

أو نقول بولاية ذلك إلى المالك باعتبار دخول الغاصب عليه، فهو كمن ألقى في دار غيره شيئاً، فإن للمالك إزالته. وبالجمله ما ذكره من الترجيح المزبور لا يقتضي الوجه المذكور، وإن تمّوه باعتبارات لا تصلح مدركاً شرعياً، فالتحقيق ما ذكرناه.

بل هو أولى من الشركة في المتساويين التي أوجبنا فيها الإجبار بطلب أحد الشريكين مع الإشاعة فيها دون المقام، ولذا قیدوا بعدم الضرر هناك دونه هنا.

(١) الرياض ١٢: ٢٨٢.

(٢) المختلف ٦: ١١٨.

(٣) المبوط ٣: ٥٥.

أما إذا لم يكن عدواناً من أحدهما ، بأن أطار الريح ثوباً في إيجانة صبيغ لآخر وتعاسرا وكان يمكن الزوال كان المتولّي الحاكم على الظاهر .

وعلى كلّ حال فمع فرض تضرّر الغاصب بنقص ماله أو بهلاكه بالإزالة لا جبر له ، لأنّه ذو الاختيار السيئ الذي أدخل الضرر على نفسه بخلاف المالك المظلوم ، ولذا وجب الأرض عليه لو نقص الثوب بذلك دونه [١] .

(و) من ذلك يعلم أنّه كما أنّ للغاصب حقّ المطالبة بالإزالة فكذا (لصاحب الثوب إزالته أيضاً) مباشرة أو استحقاقاً [٢] .

بل هو أولى (لأنّه) فعله (في ملكه بغير حق) [٣] .

(و) [المختار] [٤] أنّه لو أراد أحدهما ما لصاحبه بقيمته لم يجب على أحدهما إجابة الآخر وكذا لو وهب

[١] وإلى ما ذكرنا يرجع استدلال المشهور بأنّه إن لم يجب الإزالة كان عدواناً آخر ، والظالم لا يستباح ظلمه والتعطيل ضرر عليهما ، كما أنّ بيع كلّ واحد ماله منفرداً عن الآخر لا يرغب فيه ، فليس إلا الإجابة وغير ذلك ممّا ذكره ، وإن كان ما ذكرناه أولى ، بل لعله لا ينافي كلام الأصحاب وإن كان يوهّم في الظاهر أنّ للغاصب مباشرة الإزالة ، إلا أنّ المراد بيان حقّ المطالبة بالإزالة وإن كان مع التعاسر يتولّى الأمر من عرفت ليوصل حقّ كلّ واحد إلى صاحبه .

[٢] لما عرفت .

[٣] ولذا صرح الفاضل في القواعد^(١) والإرشاد^(٢) ، بل والتحرير^(٣) ومحكي المبسوط^(٤) والإيضاح^(٥) بإجبار الغاصب على الفصل مع طلب المالك وقبول الصبيغ لذلك وإن تضرّر الغاصب بنقص ماله أو هلاكه ، ويدفع الأرض لنقص ثوب المالك ؛ لأنّه الذي أدخل الضرر على نفسه ، فتبقى قاعدة إيصال الحقّ إلى مستحقّه بحالها .

فما في محكي التذكرة من أنّه هل يملك إجبار الغاصب على فصله ؟ الأقرب أنّه إن كان له غرض كان له ذلك ، وكذا إن كان للصبيغ قيمة ، وإلا فلا^(٦) لا يخلو من نظر وإن وجّه بأنّه إن خلا عن الغرض وكان المنفصل منه يضيع بالكلية ، أو يحدث في الثوب نقصان بحيث لا يفي بأرشفه قيمة المفصول كان تخسيراً للغاصب عناداً أو عبثاً^(٧) .

إلا أنّه كما ترى مجرد اعتبار لا يرجع إلى دليل ، ومن هنا قال في القواعد : « يجبر وإن استضرّ بعدم الصبيغ أو نقصت قيمته »^(٨) ، وهو واضح .

[٤] [كما] ممّا ذكرنا يعلم أيضاً [ذلك] .

(١) القواعد ٢ : ٢٣٤ .

(٢) الإرشاد ١ : ٤٤٧ .

(٣) التحرير ٤ : ٥٣٨ .

(٤) المبسوط ٣ : ٧٧ - ٧٨ .

(٥) الإيضاح ٢ : ١٨٧ .

(٦) التذكرة ١٩ : ٣٠٤ .

(٧) مفتاح الكرامة ٦ : ٢٧٩ .

أحدهما صاحبه لم يجب على الموهوب له القبول [١] .

(ثم) لا يخفى عليك أنه مع عدم إمكان الفصل أو إمكانه والتراضي بالشركة (يشتركان فإن لم ينقص قيمة مالهما) بأن كان الثوب يساوي عشرة والصنغ كذلك ومصبوغاً عشرين (فالحاصل لهما) .
(وان زاد^(١)) لزيادتهما معاً لا لزيادة أحدهما فصار يساوي ثلاثين (فكذلك) في صيرورة الحاصل بينهما ، ونحوه لو زادت بسبب العمل خاصة ، لأن كل واحد منهما قد زاد بالصنعة ، والزيادة الحاصلة بفعل الغاصب إذا استندت إلى الأثر المحض تسلّم للمغصوب منه ، والمفروض هنا زيادة نصف الأثر والنصف الآخر للصنغ .
(ولو زادت قيمة أحدهما) خاصة (كانت الزيادة لصاحبها ، وإن نقصت قيمة الثوب بالصنغ لزم الغاصب الأرض) [٢] (ولا يلزم المالك ما ينقص من قيمة الصنغ) [٣] .

[١] لما فيه من المنّة ، بلا خلاف أجده فيه إذا كان الطالب الغاصب وإن احتمله في الكفاية^(٢) ، إلا أنه لم نجده لغيره حتى من العامة مع وضوح ضعفه .

وأما إذا كان المالك فهو المشهور نقلاً وتحصيلاً ، بل هو مقتضى كل من قال بإجابه لو طلب الإزالة .
نعم قد سمعت^(٣) كلام أبي علي ومن وافقه أو مال إليه ، بل عن التذكرة ذلك أيضاً إذا كان لا يمكن فصل الصنغ ولا يحصل منه ؛ لأنه لا ذريعة إلى تصرفه في ثوبه إلا بدفع قيمة الصنغ^(٤) . ولا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرنا . كما أن منه يعلم النظر فيما في القواعد والتذكرة والروضة^(٥) وغيرها من أن لصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس . ضرورة عدم الفرق بينهما في جواز الامتناع بناءً على ما ذكرنا . وما يقال - من أنه لو لم يجبر الغاصب أضراً بالمالك ؛ لأن بيع الثوب وحده مظنة قلة الراغب فيه ؛ لمكان عيب الشركة فيفضي إلى عسر البيع وقلة القيمة^(٦) - مجرد اعتبار . ومن هنا اعترف في جامع المقاصد بأن ذلك لا يتجده على القول بعدم تملك ماله بالقيمة إذا لم يرض ؛ لاستلزامه نقل الملك مع عدم الرضا ؛ إذ الجمع بين الحقيين ودفع الضرر عن المالك مشترك بين المقامين ، كما أن ضرر المالك مشترك أيضاً في المقامين ، وحيث ضاق به الخناق قال : « وبالجملة فقول المختلف لا يخلو من وجه »^(٧) .

وفيه : أنه لا داعي إلى القول بالحكم المزبور كي يلتجئ إلى ذلك ، بل لعل التأمل في المتن ومحكي المبسوط^(٨) وغيره يقتضي ما قلناه من عدم الإيجاب مطلقاً ، وهو الأصح وإن قيل : هو أضعف وجوه الشافعية التي منها أيضاً تسلط كل منهما على جبر الآخر^(٩) ، والله العالم .

[٢] لأن يده يد ضمان لمثل ذلك .

[٣] لعدم عدوانه .

(١) في الشرائع : « زادت » . (٢) كفاية الأحكام ٢ : ٦٥٢ .

(٣) تقدم في ص ٩٩ . (٤) التذكرة : ١٩ : ٣٠٧ .

(٥) القواعد ٢ : ٢٣٤ . التذكرة : ١٩ : ٣٠٨ . الروضة ٧ : ٥٣ . (٦) (٩) مفتاح الكرامة ٦ : ٢٨١ .

(٧) جامع المقاصد ٦ : ٣٠٠ .

(٨) المبسوط ٣ : ٧٨ .

(ولو بيع مصبوعاً بنقصان من^(١) قيمة الصبغ لم يستحق الغاصب شيئاً إلا بعد توفية المصبوب منه) تمام (قيمة ثوبه على الكمال)، لأن نقص الثوب من غير تغير السوق مضمون عليه، (و) لذا (لو بيع مصبوعاً بنقصان من^(٢) قيمة الثوب) لا يتغير السوق (لزم الغاصب إتمام قيمته) ولو كانت قيمة كل منهما خمسة وسواى المصبوغ عشرة إلا أنه لارتفاع قيمة الثوب في السوق إلى سبعة وانحطاط قيمة الصبغ فيه إلى ثلاثة كان للمالك سبعة هي نصف العشرة وخمسها، وللغاصب ثلاثة خمس العشرة وعشرها، لأن الحكم يتعلّق بما صارت القيمة إليه، ولا أثر للخسرة بعد تغير السوق، ولو انعكس الأمر انعكس الحكم أيضاً [١]. هذا كله إذا كان الصبغ من الغاصب، أما إذا كان مغصوباً من آخر فإن لم يحدث بفعله نقصان عليهما أو على أحدهما لم يغرّم شيئاً، وكانا شريكين في الثوب المصبوغ كما سبق، نعم يجب عليه الفصل مع إمكانه لو طلباه أو أحدهما، وإن حدث النقص فيهما أو في أحدهما عمّا كان قبل الصبغ غرّمه الغاصب لمن حصل في حقه.

ثم إن [الظاهر] [٢] اشتراكهما في الثمن، ومع فرض نقصه يرجع كل منهما على الغاصب بنقصه [٣]. ولا ضمان مع استناد النقصان إلى تغير السوق لا إلى الغاصب].

ولو كان الصبغ مغصوباً من مالك الثوب، فإن لم يحدث بفعله نقصان فيهما فهو للمالك، ولا غرم على الغاصب، ولا شيء له وإن زادت القيمة، لأن الموجود منه أثر محض، وإن حدث بفعله نقصان غرم. وإذا أمكن الفصل فللمالك إيجابه عليه وتضمينه النقص إن حصل، وليس للغاصب الفصل إذا رضي المالك، وذلك كله واضح، والحمد لله.

[١] لأن نقص السوق غير مضمون إذا لم يكن لنقص في العين أو صفاتها.

[٢] [كما هو] مقتضى الشركة التي ذكرناها.

[٣] لكن عن التذكرة فيما إذا حدث نقص - مثل أن كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وبلغت قيمة الثوب مصبوعاً عشرة - يكون الثمن لصاحب الثوب، ويغرّم الغاصب الصبغ للآخر، وتأمل في مقتضى الشركة المزبورة^(٣). ولا نعرف له وجهاً.

وفي المسالك: بعد أن حكم بالشركة مع عدم النقصان على حسب ما سبق في الغاصب والمالك، قال: «وإن حدث نقصان فإن بقيت قيمة الثوب فهي لصاحب الثوب، ويغرّم الغاصب الصبغ للآخر، وإن زادت بما لا يبلغ قيمة الصبغ فالزائد لمالك الصبغ، ويغرّم الغاصب له الباقي وإن زادت عنهما فهو بينهما بالنسبة. هذا كله إذا لم تنقص القيمة السوقية لأحدهما، وإلا اعتبربت النسبة كما مرّ»^(٤). وظاهره المنافاة لما ذكرناه من الشركة المزبورة.

اللهم إلا أن يتجسّم له، والأمر سهل بعد وضوح الحال، كوضوح عدم الضمان مع استناد النقصان إلى تغير السوق لا إلى فعل الغاصب.

[حكم ما لو غصب دهنًا فخلطه بمثله أو بأدون أو بأجود]:

المسألة (الثانية: إذا غصب دهنًا كالزيت أو السمن) أو نحو ذلك ممّا لا يمكن تمييزه (فخلطه بمثله) ذاتًا ووصفًا (فهما شريكان) حقيقة - على وجه يملك كلّ منهما في مال الآخر - أو حكمًا [١].

وحينئذٍ فلا فرق بين المزج الاختياري والاتّفاقي والغصبي في حصولها به، وليس هو من الهلاك الموجب للضمان؛ ضرورة إمكان التأدية ولو في ضمن الجميع أقصاه أنّه يكون أذاه مع غيره، بل ليس هو من الحيلولة التي بمعنى تعذّر إيصال المال إلى مالكة لمانع عن إيصاله.

بخلاف المقام الذي قد تعذّر فيه إيصاله منفرداً، لا أصل للإيصال، فهو حينئذٍ كالثوب المصبوغ أو كالصبغ الذي صبغ به الثوب، فإنّه لا شيء منهما ينتقل إلى الدّمة على وجه الضمان، لكونه تالفًا أو للحيلولة، بل هو كباقي تعذّر صفات المغصوب من الصّحّة والعيب ونحوهما.

(و) بذلك كلّ يظهر لك الحال فيما (لو^(١) خلطه بأدون أو أجود) [٢].

[١] كما صرح به غير واحد. بل في المسالك نسبته إلى الأكثر^(٢). وقد حقّقنا ذلك في كتاب الشركة. بل لا خلاف بينهم فيه هناك.

بل حكينا الإجماع بقسميه عليه.

لكن في محكي السرائر هنا: أنّ مال المالك كالمستهلك إن شاء الغاصب أعطاه من زيت المخلوط، وإن شاء أعطاه من غيره مثل زيت، مدعيًا: أنّه الذي تقتضيه أصول المذهب، لأنّ عين الزيت المغصوب قد استهلك؛ لأنّه لو طالبه برده بعينه لما قدر على ذلك^(٣).

وفيه: أنّه لا شيء في أصول المذهب يقتضي الخروج بذلك عن الملك، وإلا لخرج بالاختلاط أيضاً بغير اختبار أو برضاً منهما.

كما أنّه ليس في شيء منها ما يقتضي الانتقال عن الملك بمحض التعدي لو غصب رطلاً من هذا ورطلاً من هذا وخلطهما، فإنهما يكونان بذلك هالكين.

وأما تقتضي أصول المذهب بقاء كلّ منهما على ملك مالكة، ويجري عليهما حكم المشترك بالإتلاف والبيع ونحوهما. أو يثبت أنّ مثله سبب شرعي للشركة على وجه يكون الحبة الواحدة مشتركة بينهما وإن كانت في الواقع هي لأحدهما، كما تقدّم ذلك كلّ وغيره في كتاب الشركة.

[٢] وقد قالوا في كتاب الشركة بحصولها به في القسمين الأوّلين [أي المثل والأدون] على معنى.

الشركة بالثمن على نسبة القيمة.

(١) في الشرائع: «إن».

(٢) المسالك ١٢: ٢١٥.

(٣) السرائر ٢: ٤٨٢.

أما الثالث ففي المتن (قيل^(١)): يضمن المثل، لتعذر تسليم العين، وقيل^(٢): يكون شريكاً في فضل الجودة، ويضمن المثل في فضل الرداءة إلا أن يرضى المالك بأخذ العين [١].

فالتحقيق بقاء مال المالك على ملكه ولكن الظاهر أن له من الثمن بنسبة ماله كالمال المخلوط بغير اختيار [٢].

[١] وظاهره عدم الترجيح كالمسالك^(٣) وغيرها. لكن في القواعد والتذكرة والإرشاد والمختلف والدروس وجامع المقاصد اختيار الشركة في الثاني^(٤).

بل صرح غير واحد منهم بأنه يقسم معه بالسوية مع فرض التساوي؛ لأن الزيادة الحاصلة زيادة صفة حصلت بفعل الغاصب أو عنده عدواناً، فلا يسقط حق المالك من العين بسببها، كما لو صاغ النقرة وعلف الدابة فسمنت وعلم العبد صنعة، ودخل الضرر بذلك على الغاصب إنما كان بسوء اختياره.

لكن في محكي المبسوط: «أن الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه أو مثله من غيره فإن باعه قسم الثمن بينهما على قدر الزيتين، والصحيح أن هذا كالمستهلك، فيسقط حقه من العين، ويصير في ذمة الغاصب؛ لأنه قد تعذر أن يصل إلى عين ملكه بعينها، فإذا انتقل إلى الذمة يكون الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه فيلزمه قبوله؛ لأنه قد تطوع خيراً من زيت، لأنه أعطاه عين ماله، وبين أن يعطيه مثله من غيره»^(٥).

ونحوه عن السرائر^(٦)، واختاره في التحرير^(٧).

وفيه منع الاستهلاك الملحق بالتلف الموجب للانتقال في الذمة، وإلا كان المساوي كذلك، مع أن الشيخ لا يقول به.

بل دعوى كون مال المالك مستهلكاً ليس بأولى من القول بأن مال الغاصب مستهلك، فلا شيء له وهو واضح الفساد.

[٢] إذ دعوى كون ذلك كالأثار التي تحصل من فعل الغاصب واضحة الفساد؛ ضرورة كون علو قيمته بأجزاء عينية من مال الغاصب الذي بغصبه لم يخرج عن الاحترام ولا يدخل في ملك المالك قهراً.

وبذلك يظهر لك ما في كلام الأولين، ويمكن حمل ما في القواعد والإرشاد والتذكرة وغيرها^(٨) من إطلاق الشركة على الوجه الذي ذكرناه؛ لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» وغيرها من الاستصحاب ونحوه.

لأن المراد الشركة حقيقة؛ لعدم الدليل والضرر على مالك الجيد، مع فرض إرادة المساواة على تقدير التساوي في الكم.

ولا دليل على الشركة في العين بحسب القيمة على وجه يكون لمالك الجيد في العين أزيد قدرماً مما كان له، بل لعل ظاهر

(١) اصباح الشيعية: ٣٤٠.

(٢) الجامع للشرائع: ٣٥١.

(٣) المسالك ١٢: ٢١٦.

(٤) القواعد ٢: ٢٣٥. التذكرة ١٩: ٣١٢. الإرشاد ١: ٤٤٧. المختلف ٦: ١١٨. الدروس ٣: ١١٠. جامع المقاصد ٦: ٣٠٢.

(٥) المبسوط ٣: ٧٩ - ٨٠.

(٦) السرائر ٢: ٤٨٢.

(٧) التحرير ٤: ٥٢٨.

(٨) تقدّم عنهم آنفاً.

الأدلة خلافه، بل هو من الربا بناءً على عمومته لمثل ذلك .

هذا وفي الرياض : « واعلم أنَّ ما ذكره الأكثر في المقامين أظهر إن أرادوا نفي الخيار للغاصب وإثباته للمالك ، وإن أرادوا لزوم القبول عليه فمشكل ، حيث يتعذر لعدم قبوله بعذر موجه ، ككونه ماله حلالاً ومال الغاصب الممزوج به مشبوهاً أو نحوه ، فإنَّ إيجاب القبول عليه ضرر وأي ضرر ، فالتحقيق في المقامين ثبوت الخيار للمالك »^(١) .

وفيه : ما لا يخفى ، بل هو من غرائب الكلام ؛ ضرورة اقتضاء المزج المزبور الشركة مع من له المال حتى لو علم كونه للغير ، فإنَّ ذلك لا يجعله بمنزلة التالف حتى ينتقل إلى المثل .

وكان الذي أوقعه في هذا الكلام المقداد في التنقيح ، فإنَّه في المساوي حكى عن الشيخ في المبسوط قولين : أحدهما ضمان الغاصب فيتخير بين الدفع من الممزوج وبين غيره ، وثانيهما : الشركة ؛ لأنَّه قادر على بعض عين ماله وبدل الباقي ، ولا معنى للتخير مع وجود بعض العين ، كما لو غصب صاعين فتلف أحدهما ، فإنَّ المالك يأخذ الموجود وبدل التالف ، ولا يلزمه أخذ بدل الكل ، فكذلك في صورة النزاع ، وهو اختيار المصنف والعلامة في المختلف . وفيه نظر ؛ لأنَّ العين وإن وجدت لكن يتعذر تسليمها منفردة ، فليست كالصاعين ، وجاز أن يكون في زيت الغاصب شبهة وإن ساواه في الماهية^(٢) .

وهو مع أنه كما ترى لا ترجيح فيه .

وقال في المزج بالأجود : « لا خلاف في أنَّ للغاصب الدفع من العين ، ويجب على المالك القبول ، لاشتماله على الزيادة عن حقه مع تبرع الغاصب بها ، وهل للغاصب الدفع من غيرها ممَّا يساوي مال المالك ، وحينئذٍ يجب على المالك القبول ؛ إذ لا تفاوت عليه أم لا ؟ يظهر من كلام الشيخ الأول ، وتبعه ابن إدريس ، والأجود أنَّ الخيار للمالك ، فله المطالبة بالعين منه لوجود حقه فيها ، والزيادة تبرع من الغاصب ، كما لو علم العبد صنعة ، فإنَّ له أخذ عبده وإن زادت قيمته ، وله المطالبة بالمثل من غيرها لما قلناه أولاً ولجواز اشتماله على منة لا يجب تحمُّلها »^(٣) .

وهو - مع ما فيه من منافاة ما استوجده لما نفي الخلاف فيه ، مع فرض كون المراد على الإطلاق ، كما سمعته^(٤) من الرياض ، بل هو ظاهر التعليل أيضاً ، ومع منافاة الخيار إذا كان ذلك من قبل تعلم الصنعة ، ضرورة وجوب القبول عليه - لا حاصل له . وكأنَّه لم يسمع في المقام وفي كتاب الشركة حصولها في ذلك وفي المساوي ، ولم يلحظ كلام الأصحاب وتعبيرهم بالشركة في المقامين وإن كانت على التفصيل الذي ذكرناه .

ومن الغريب نفيه الخلاف ، وقد عرفت المخالف ، وهو القائل بالشركة على معنى كونه في الثمن على النسبة فإنَّه لا يجب عليه القبول حينئذٍ .

(١) الرياض ١٢ : ٢٨١ .

(٢) التنقيح ٤ : ٧٢ .

(٣) التنقيح ٤ : ٧٢ - ٧٣ .

(٤) تقدم آنفاً .

وأما الأول الذي هو الخلط بالأدون [ففيه قولان] [١] . والتحقيق بقاء المال على ملك مالكه ، وبشتركان في قيمته بالنسبة ، كما لو اختلط المالان بغير اختيار [٢] . هذا كله في الخلط بالجنس . (أما لو خلط بغير جنسه) كما إذا خلط الزيت بالشيرج و خلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير (لكان مستهلكاً وضمن المثل) [٣] .

[١] ففي القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والروضة يتخير المالك بين المثل والعين مع الأرض^(١) ؛ لأنه في حكم المستهلك بالاختلاط المزبور ، إلا أن حق المالك لا يسقط من العين بفعل الغاصب مع إمكان التوصل إلى البعض . والنقص في الخليط يجب جبره بالأرض إذا كانا غير ربوبيين ، أو كانا وقتنا بعدم جريان الربا فيه ، باعتبار أنه غرامة عما جناه الغاصب على ماله لا بيع ، بل ولا معاوضة ، بناءً على عموم الربا لسائر المعاوضات فما في الرياض من إشكال الأرض في الربوبيين بذلك^(٢) لا يخلو من نظر . هذا ، وفي المبسوط والسرائر والإرشاد واللمعة والدروس وغيرها أنه يضمن بالمثل ؛ لأنه مستهلك^(٣) . وفي التنقيح : لا خلاف في أنه يضمن بالمثل^(٤) . ولا يخفى عليك ما في القولين بعد الإحاطة بما ذكرناه ، كما لا يخفى عليك ما في نفي الخلاف . [٢] وما أدري ما الذي دعاهم إلى الفرق بين المزج الغصبي وبين المزج الاتفاقي ؟ فتأمل . بل ذلك صريح الاستدلال في الرياض^(٥) وغيره على الحكم في المساوي ، فضلاً عن غيره بأن عين مال المالك موجودة في الجملة ، وغايته أنها بغيرها متمتزة ، وذلك لا يخرجها عن ملكه ؛ ولأن في ذلك إيصال المالك إلى بعض حقه بعينه وإلى بدل بعضه من غير زيادة فوت ، فكان فكان أولى من إيصاله إلى بدل الكل . إذا هو كما ترى أجني عن اقتضاء المزج المزبور الشركة ، ولو على الوجه الذي ذكرناه ، كما هو واضح ، والله العالم . [٣] كما صرح به الفاضل والشهيدان والشيخ^(٦) فيما حكى عنه وغيرهم . بل في الكفاية : أنه أشهر^(٧) ، بل لا أجد فيه خلافاً ؛ لأنه تالف ؛ لبطان فائدته وخاصيته بخلاف الجيد مع الرديء المتفقين في الجنس . نعم احتمل في التذكرة قوياً ثبوت الشركة ، كما لو مزجها بالرضا أو امتزجا بأنفسهما^(٨) . وفي المسالك : « له وجه ؛ لأن إسقاط حقه من العين مع وجودها بعيد ، إلا أنه يشكل بأنه على تقدير القسمة الإجبارية يكون قد حتمنا على المالك أخذ غير المثل إن كان الطالب هو الغاصب ، أو كلّفنا الغاصب بغير المثل في المثلي إن كان الطالب المالك ، وكلاهما خارج عن قواعد الغصب ، لكنه وارد على تقدير امتزاجهما بغير الغصب كما مرّ ، وفيه جمع بين الحقيين »^(٩) . قلت : ظاهرهما المفروغية من الشركة في مثله إذا كان بغير الغصب ، وقد تقدّم في كتاب الشركة أن ظاهرهم تحقّقها بمزج المتفقين في الجنس ، أما غيره فلا ، إلا أننا احتملناه هناك ، لكن على معنى الشركة في الثمن على حسب نسبة قيمة المال . لا على معنى ملك كل منهما بعض ما للآخر المنافي للأصل بلا دليل ، ولا بأس بالقول بمثله في المقام ، ولا منافاة فيه لقواعد الغصب . إذ ليس هو من التلف الموجب للمثل ، بل هو من مزج المالين الذي لا يمكن تخليص أحدهما من الآخر ، والله العالم .

(١) القواعد ٢ : ٢٣٥ . التذكرة ١٩ : ٣١٢ - ٣١٣ . جامع المقاصد ٦ : ٣٠٢ - ٣٠٣ . الروضة ٧ : ٥٦ .

(٢) الرياض ١٢ : ٢٨٢ .

(٣) المبسوط ٣ : ٨٠ . السرائر ٢ : ٤٨٢ . الإرشاد ١ : ٤٤٧ . اللمعة ٢٢٢ : الدروس ٣ : ١١٠ .

(٤) التنقيح ٤ : ٧٢ . (٥) الرياض ١٢ : ٢٨٠ .

(٦) القواعد ٢ : ٣٣٥ . الدروس ٣ : ١١٠ . الروضة ٧ : ٥٨ . المبسوط ٣ : ٨٠ .

(٧) كفاية الأحكام ٢ : ٦٥٢ . (٨) (٩) التذكرة ١٩ : ٣١٥ . المسالك ١٢ : ٢١٧ .

[ويحتمل الشركة في الثمن على حسب نسبة قيمة المال لا على معنى ملك كل منهما بعض ما للآخر].

[ثبوت الضمان في منافع المغمضوب]:

المسألة (الثالثة) [المختار] [١] أن (فوائد المغمضوب مضمونة بالغصب ، وهي مملوكة للمغمضوب منه) [٢]

(وإن) كان قد (تجددت في يد الغاصب ، أعياناً كانت كاللبن والشعر والولد^(١) والثمر ، أو منافع كسكنى الدار وركوب الدابة) [٣] .

بل و [لا فرق] [٤] في المنافع بين الفوات والتفويت .

(وكذا) الكلام في (منفعة كل ماله أجرة بالعادة) [٥] .

أنا إذا لم يكن لها أجرة في العادة كالغنم والشجر ونحوهما مما لا تستأجر عادة لذلك وإن قلنا بصحة إجارتها لبعض الانتفاعات إلا أنها ليست أموالاً عرفاً ، والأصل البراءة .

بل قد يقال بذلك حتى لو استوفاهما بأن نشر ثيابه على الشجر مثلاً أو ربط دابته بأصله .

نعم لو كان قد أجره لذلك كانت الأجرة للمغمضوب منه بعد الإجارة ، كما هو واضح إنما الكلام فيما لو تعددت

منافعه كالعبد الخياط الحائك [٦] .

[فقد قيل : له أجرة المثل عن عمل مطلق] .

[١] [كما] لا خلاف في [ذلك] .

[٢] لأنها نماء ملكه .

[٣] بل الإجماع بقسميه عليه .

[٤] وذلك للإجماع بقسميه [على عدم الفرق أيضاً] في ذلك .

[٥] لأن المنافع محسوبة أموالاً شرعاً وقبضها بقبض العين .

[٦] ففي القواعد في موضع منها : « والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد والتفويت ، ولو تعددت المنافع

كالعبد الخياط الحائك لزمه أجرة أعلاها ، ولا تجب أجرة الكل »^(٢) .

وفي موضع آخر منها : « إن الغاصب يضمن الأجرة ، - أي العين المغمضوبة - وإن لم ينتفع بأجرة المثل عن عمل

مطلق مدة الغصب .

ولو انتفع بالأزيد ضمن الأزيد ، وإن انتفع بالأنقص ضمن أجرة المطلق »^(٣) .

وفي الدروس : « لو استعمله بما له أجرة زائدة عن أجرة المثل المطلقة لزمه الزائد »^(٤) .

(١) في الشرائع : « والوبر » .

(٢) القواعد ٢ : ٢٢٦ .

(٣) القواعد ٢ : ٢٣١ .

(٤) الدروس ٣ : ١١٢ .

فيمكن أن يقال: إنَّ المراد بـمطلق مثل العمل مدّة الغضب: هو ملاحظة أجره المثل لتلك العين المغضوبه القابلة للانتفاع بها تلك المنافع المتعدّدة - إن كانت - من غير ملاحظة منفعة مخصوصة إن لم تكن قد استوفى الأعلى

لكن في الروضة: «لو تعدّدت المنافع فإن أمكن فعلها جملة أو فعل أكثر من واحد وجب أجره ما أمكن، وإلا - كالخياطة والحيّاكة والكتابة - فأعلاها أجره، ولو كانت الواحدة أعلى منفردة عن منافع متعدّدة يمكن جمعها ضمن الأعلى»^(١).

وفي المسالك:

«إن استعملها في الأعلى ضمنها، وإن استعملها في الوسطى أو الدنيا أو لم يستعملها ففي ضمان أجره متوسطة أو الأعلى وجهان».

ثم قال: «وفي القواعد اعتبر في أجره الصانع الأعلى، ثم حكم في مطلق المغضوب بضمان أجره المثل عن عمل مطلق، ولعل المطلق شامل للأعلى، لأنَّ المراد بأجره المطلق أجرته لعمل يليق به عادة من غير تقييد بعمل مخصوص كالكتابة مثلاً، أو الخياطة أو ركوب الدابة أو تحميل التراب عليها أو البرّ، فيتناول الأعلى حيث يكون قابلاً، وربما فسر المطلق بالمتوسط، فيختلف الحكم»^(٢).

وكأنّه أشار بما ذكره أخيراً إلى ما جامع المقاصد من «أنَّ المراد بالعمل المطلق المتوسط الذي لا يكون مقيداً بقيد القلة والكثرة، وفي فهم المتوسط من المطلق خفاء، إلا أنَّ ما سيذكره في العبارة يرشد إلى ذلك، ووجه ضمانه أنَّ المتوسط هو الغالب، فإنَّ إيجاب الأجر لنفسه فوق المعتاد نادر، كما أنَّ الرضا بالتراخي أيضاً نادر».

فإن قلت: كيف وجب في المنافع أجره الأعلى ووجب في العمل أجره الأوسط؟

قلت:

لا أولوية بالنسبة إلى المنافع للقادر عليها، فإنَّ كلّاً منهما ممكن على حدّ سواء، بخلاف العمل، فإنَّ في مراتبه تفاوتاً»^(٣).

ثم قال في وجه الآخر بعد تفسيره المطلق بالمتوسط أيضاً: «أما الأوّل فلائّه قد استوفاه، فيجب بدل ما استوفاه، وأما الثاني فلائّن الزائد على الأنقص قد فات، وهو محسوب على العاصب»^(٤).

واختصر في شرح العبارة الأولى على التعليل بعدم استيفاء الكلّ دفعة، والمنفعة العليا من جملة ما فات تحت اليد، فتجب أجرتها، والمراد بأجره المثل وكأنّه فهم من عبارة «أجره المثل» ذات العمل المتحد، فلاحظ الوسط فيه، إلا أنَّ الإطلاق يقتضي الأعم.

(١) الروضة ٧: ٤٦.

(٢) المسالك ١٢: ٢١٧ - ٢١٨.

(٣) جامع المقاصد ٦: ٢٧٤.

(٤) المصدر السابق.

منها، وإلا كان له، فإن استعملت في الأدنى ضمن أجره المطلق المزبور، كما إذا لم يستعملها [١].

بل لا يبعد التقويم بما ذكرنا حتى في ذي المنافع المتعددة القابل للإتيان بها أجمع دفعة، فإن ذلك أيضاً أحد الأبدال، فتأمل جيداً فإنه دقيق، وهو الأصح.

نعم يلحظ الوسط من كل منفعة الموافق للمعتاد لا النادر، كما أنه يلحظ في الدابة وغيرها أجرتها في الوقت المعتاد فعله، كالنهار دون الليل إلا أن يكون له منفعة معتادة في الليل أيضاً، وبالجمله فالميزان ما عرفت، والله العالم.

(و) على كل حال فـ [المختار] [٢] أنه (لو سمنت الدابة في يد الغاصب أو تعلم المملوك صنعة أو علماً فزادت قيمته ضمن الغاصب تلك الزيادة) على معنى دخولها في ضمانه، كما لو كانت سميكة كذلك عند المالك. وحينئذٍ (فلو هزلت) الدابة (أو نسي) المملوك (الصنعة أو ما علمه فنقصت القيمة لذلك ضمن الأرض) وهو التفاوت (وإن رد العين) على المالك. لما عرفته من ضمانه ذلك ولو للمتجدد من فعله مما يكون أثراً تابعاً لعين المالك.

(ولو تلفت^(١)) العين قبل أن يردها (ضمن قيمة الأصل والزيادة) التي هي الأرض كما في غير ذلك من الصفات التي كانت عند المالك أو تجددت عند الغاصب، والله العالم.
(فرعان:)

[لو زادت القيمة لزيادة صفة ثم زالت ثم عادت]:

(الأول: لو زادت القيمة لزيادة صفة) كانت في يد المالك أو تجددت عند الغاصب (ثم زالت) تلك (الصفة ثم عادت الصفة) بعينها كما لو كانت كاتباً فنسي ثم تذكر أو ذا صنعة كذلك (و) عادت (القيمة) بعودها (لم يضمن قيمة الزيادة التالفة؛ لأنها انجبرت بالثانية) [٣]. نعم (لو نقصت الثانية عن قيمة الأولى ضمن التفاوت) [٤].

[١] ودعوى لزوم ذلك للأعلى ممنوعة. نعم مقتضاه عدم الفرق بين العبد ذي المنافع المتعددة وغيره. ولعله لذا أطلق في الدروس^(٢)، بل لا يبعد أن يكون ذلك من الفاضل رجوعاً عما ذكره أولاً من ضمان الأعلى؛ ضرورة عدم فوات الأعلى بخصوصها؛ إذ هو أحد المنافع الفائتة على البذل.

[٢] [كما] قد ظهر لك مما ذكرنا غير مرة [ذلك].

[٣] فكأنها لم تزل. على أن ملاحظتها مع الموجودة حال التلف غير معقولة؛ ضرورة كونه بمنزلة ملاحظتها مرتين، إذ ليست هي إلا صفة واحدة، والمتجددة ليست غيرها على وجه تضمم معها. اللهم إلا أن يراد ضم مقدار النقص السابق مع القيمة حال التلف، كما أنه يدفعه مع العين لو ردها (و) على كل حال فلا ضمان، للأصل، وصدق الأداء لما أخذ حتى على المعنى الذي ذكرناه سابقاً. وقاعدة نفي الضرر وأن الظالم لا يظلم وغير ذلك.

[٤] لعدم الجابر حينئذٍ للنقص الفائت.

بل لعل الأمر كذلك فيما إذا لم يكن العائد عين الأول، كالسمن الذي تعقبه هزال ثم السمن على وجه عادت القيمة بالسمن الأول، بحيث لو لوحظ الأول والحادث لم يبلغ القيمة المزبورة، وإن كان السمن المتجدد من الله تعالى شأنه وليس هو السمن الأول - إلا أنه لما كان فرض ملاحظته مع الأول لا يزيد في قيمة العين بل إما القيمة واحدة أو ينقصها - لم يكن وجه لضمان الفائت الذي هو على التقدير ليس بفائت [١].

نعم هو [= القول بالضمان] متجه لو فرض زيادة القيمة بملاحظة التالف مع الموجود.

ولا يبعد أن يكون على ذلك المدار في الانجبار وعدمه في سائر الصفات، فكل صفة ذاهبة يمكن تقديرها مع المتجددة وتزداد القيمة بذلك هي لا تنجر بالمتجددة وكل صفة لا يمكن تقديرها مع المتجددة أو أمكن ولكن لا تزيد بها القيمة عن المتجددة - بل هي أي أو تنقص - لا تضمن وتنجر بالثانية [٢].

بل لا يبعد أن يقال بكون التفاوت - لو دفعه إليه - متزلزلاً مراعى بعدم العود كالحيلولة، فلو ردّ العبد الذي نسي الصنعة ودفع معه الأرض، ثم تذكرها وهو في يد المالك ردّ إلى الغاصب ما أخذ منه [٣].

[١] لكن في المسالك: «فيه قولان: أحدهما: أنه ينجر أيضاً ويسقط الغرم، كما لو أبق العبد فعاد أو جنى على عين فابيضت ثم زال ذلك البياض، والثاني: العدم؛ لأنّ السمن الثاني غير الأول، والأول وقع مضموناً، والثاني تجدد هبة من الله تعالى شأنه كالأول لو كان متجدداً، فلا يحصل للغاصب بسببه شيء، وهذا أظهر»^(١). وفيه ما عرفت.

[٢] وحينئذٍ فكل من المحكي عن صريح المبسوط والإرشاد^(٢) من إطلاق الانجبار في مثل السمن كظاهر المصنف؛ لأصالة عدم الضمان، وصريح محكي التذكرة وجامع المقاصد وظاهر الدروس من إطلاق عدم الانجبار^(٣)؛ لأنّ الثاني مال متجدد للمالك، والأول مال ذاهب، وثبوت الضمان بالهزال الأول، ولا دليل على البراءة منه، فالأصل يقتضي بقاءه، لا يخلو من نظر. لما عرفت من التفصيل المزبور الذي لا يخفى عليك ما في الأصلين المزبورين معه، خصوصاً الأخير المنوع قرار الضمان فيه، بل هو متزلزل مراعى، كضمان الحيلولة وكضمان الصفة الذاهبة المحتمل عودها بعينها، كالتذكر بعد النسيان الذي لا إشكال في الانجبار فيه.

[٣] فإنّ المدار في ذلك على قاعدة نفي الضرر والضرار التي مقتضاها ما عرفت. واحتمال - أن يقال: إنّ التالف مال قد ذهب في يد الغاصب وهو مضمون عليه، وما تجدد نماء مال المالك هبة من الله تعالى شأنه، فلا وجه لجبره الأول، بل يأخذ الأرض منه وإن ردّ العبد إليه بالقيمة السابقة - يدفعه: أنه ضرر على الغاصب منفي بالقاعدة المزبورة التي لا ينافيها غصبه، فإنّ الظالم لا يظلم، بل ليس الفرض إلا كغصب دابة هزلت، وكانت قيمتها هزلة وسمينة واحدة. فإنه لا شيء على الغاصب، بلا خلاف أجده، كما تسمعه من المصنف، وقد قدّمنا الكلام فيه سابقاً؛ ضرورة كون الذاهب حينئذٍ لا قيمة له، فتأمل جيداً، فإني لم أجد ما ذكرناه من الضابط محرراً في كلام الأصحاب. بل لا يخلو كلام بعضهم من تشويش، كالفاضل في التذكرة الذي قد سمعت صريح المحكي عنه من عدم الانجبار في مسألة السمن، قال في العبد: «إذا مرض عند الغاصب ثم برئ رده من غير شيء»^(٤) وهو مناف لذلك، والله العالم.

(١) المسالك ١٢: ٢١٩ - ٢٢٠. (٢) المبسوط ٣: ٦٤. الإرشاد ١: ٤٤٧.

(٣) التذكرة ١٩: ٢٥٨، ٢٦٣. جامع المقاصد ٦: ٢٩١. الدروس ٣: ١١٢.

(٤) التذكرة ١٩: ٢٦٣.

وكيف كان فهذا كله فيما لو تجددت صفة مثل الأولى كالسمن المفروض (أما لو تجددت صفة غيرها مثل أن سمنت فزادت قيمتها ثم هزلت فنقصت قيمتها ثم تعلّمت صنعة) مثلاً (فزادت قيمتها ردها ، وما نقص بفوات الأولى) [١] . بل لو تكرر النقصان وكان في كلّ مرة مغايراً بالنوع للنقص في المرة الأخرى ضمن الكل ، حتى لو غصب جارية قيمتها مئة ، فسمنت وبلغت القيمة ألفاً ، وتعلّمت صنعة فبلغت ألفين ، ثم هزلت ونسيت الصنعة فعادت قيمتها إلى مئة ردها ورغم ألفاً وتسعمئة ، وكذا لو علّم المخسوب سورة من القرآن أو حرفة فنسيها ثم علّمه حرفة أو سورة أخرى فنسيها أيضاً ضمنهما .

نعم إن لم تكن مغايرة بأن كانت سورة واحدة أو حرفة واحدة مراراً وهو ينساها في كلّ مرة لم يضمن إلا أكثر المراتب نقصاناً [٢] . ولو زادت قيمة الجارية بتعلّم صنعة محرّمة كالغناء ثم نسيتها [٣] [فيضمن النقصان] .

[١] بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل هو مقتضى الضابط الذي ذكرناه ؛ ضرورة زيادة القيمة بتقدير السمن الفائت مع الصفة المتجددة ، فيضمنه الغاصب الذي قد فات تحت يده .

[٢] وإن قال في المسالك : فيه الوجّهان ، كما قال في العبد : « إذا مرض ثم بري فزال أثر المرض ففي جبر الصحة للفائت منها وجّهان » نعم لأنّ الصحة الثابتة ^(١) هي الأولى ، وبه قطع في التذكرة والثاني العدم ، لمنع كونها الأولى ، بل يكفي الشك فيستصحب حكم الضمان ، وكذا الحكم فيما لو رده مريضاً ، ثم بريّ وزال الأثر ^(٢) .

وقال أيضاً : « لو غصب شجرة فتحات ورقها ثم أورقت ، أو شاة فجّر صوفها ثم نبت يغرم الأول ، ولا يجبر بالثاني ، لأنّه غيره ، بخلاف ما لو سقط سنّ الجارية المغصوبة ثم نبت أو امتعط (تمعط خ ل) شعرها ثم نبت فإنّه يحصل الانجبار ، والفرق أنّ الورق والصوف متقومان فيغيرهما ، وسنّ الجارية وشعرها غير متقوّمين ، وإنما يغرم أرش النقص الحاصل بفقدانهما ، وقد زال هكذا قيل : وهذا يتمّ في الشعر أمّا في السنّ فلا ، لأنّ لها مقدراً في الحرّ ، فيكون حكمها في الرقّ بنسبته من القيمة » ^(٣) .

قلت : لا يخفى عليك الحال في ذلك كلّ بعد الإحاطة بما ذكرناه من الضابط المزبور .

كما أنّه لا يخفى عليك خروج ضمان نحو الصوف والورق عما نحن فيه ؛ ضرورة كونها أعياناً مملوكة لا مدخلة للمتجدد منها في مالية الذاهب ، بل ولا إطلاقة الفرق بين الشعر والسنّ كما تعرفه في محلّه إن شاء الله تعالى ، فتأمل جيّداً .

[٣] ففي المسالك : « قيل : لم يضمن النقصان ، لأنّه محرّم والمضمون الزيادة المحترمة ، وربما احتمل هنا الغرم ، لأنّ الواجب على الغاصب قيّتها كذلك ، ولهذا لو غصب عبداً مغنياً يغرم تمام قيمته » ^(٤) . قلت : ينبغي الجزم بالاحتمال المزبور ، ولا ينافي ذلك ما سمعته ^(٥) من عبارة القواعد من تقييد المنافع المضمونة بالمباحة ؛ لأنّ الظاهر إرادة إخراج المنافع المحرّمة كالغناء واللعب بآلات اللهو ونحو ذلك مما هو غير زيادة القيمة بتعلّم العلوم التي استعملها محرم كالسحر والموسيقى وغيرهما ممّا يزيد في القيمة معرفته وإن لم يستعمله ، ولو لأنّه قد يحتاج إليه على وجه لا حرمة فيه ، كما هو واضح .

[حكم الزيادة المتصلة لو لم تزدد به القيمة]:

الفرع (الثاني): لا يضمن من الزيادة المتصلة ما لم تزدد به^(١) القيمة، كالسمن المفرط (في الحيوان الذي لا يراد فيه ذلك) إذا زال والقيمة على حالها أو زائدة (١) [١].

[والظاهر أنه لو كان بعض السمن لا أثر له في القيمة وبعضه له أثر فزال الجميع، فإنه يضمن قيمة ما له أثر فيها دون ما زاد عليه].

[عدم تملك ما يقبض بالبيع الفاسد]:

(المسألة الرابعة): [المختار] [٢] أنه (لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد) الذي معناه عدم ترتب الأثر عليه، فيبقى حينئذٍ على ملك المالك [٣].

(و) كذا [المختار] [٤] أنه أي المشتري (يضمنه وما يتجدد من منافعه) أعياناً وغيرها [٥].

[ولا فرق بين عالمين وجاهلين والمختلفين].

(و) كذا يضمن (ما يزداد من قيمته لزيادة صفة فيه) ولو متجددة في يده ثم ذهب فنقصت قيمته (ف) سيرده حينئذٍ مع الأرض، إذ هو حينئذٍ كالعين المغصوبة في هذه الأحكام.

بل [المختار أنه] [٦] (إن تلف^(٢) في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين قبضه إلى حين تلفه إن لم يكن

[١] بلا خلاف ولا إشكال؛ إذ المعتبر من هذه الصفات ماله أثر في القيمة دون غيره، من غير فرق بين الموجود حال الغصب والمتجدد. بل قد عرفت أنّ المدار على قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» مضافاً إلى قاعدة «على اليد». وكأنه احتراز بقوله: «والقيمة بحالها» عما لو كان بعض السمن لا أثر له في القيمة وبعضه له أثر فزال الجميع، فإنه يضمن قيمة ماله أثر فيها دون ما زاد عليه، والله العالم.

[٢] [كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].

[٣] وتسميته شراءً مع فساده لأعمية البيع من الصحيح والفاسد أو مجازاً بناءً على أنه حقيقة في الصحيح وإن كان هو واضح الفساد. بل مقتضاه الإجمال المقتضى لبطان الاستدلال على نفي ما شك فيه من الشرائط والموانع بناءً على احتماله.

[٤] [كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].

[٥] لأصالة الضمان المستفاد من عموم «على اليد» وغيرها، وهو مبنى قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده». مضافاً إلى إقدامه على كونه مضموناً على لو صحّ البيع، بمعنى أنّ تلفه من ماله، فيكون في فاسده كذلك بل لا غرور فيه بالنسبة إلى ذلك في صورة علم البائع بالفساد فضلاً عن غيرها. ومن هنا لم يفرقوا في الضمان المزبور بين العالمين والجاهلين والمختلفين ووسوسة بعض الناس في صورة العالمين أو علم البائع^(٣) في غير محلها.

[٦] [كما] في المتن وغيره [ذلك].

(٢) في الشرائع: «تلف».

(١) في الشرائع: «بها».

(٣) مجمع الفائدة: ٨: ١٩٢.

مثلياً) [١]. وكيف كان فلا يخفى عليك أن المقام - حيث يكون الفساد من جهة كون المبيع مستحقاً للغير - من مسألة تعاقب الأيدي على المغصوب التي قد عرفت تحقيق الحال فيها، كما أنه تقدّم في كتاب البيع جملة من أحكام المسألة [٢]. (ولو اشترى من غاصب) ولم يجز بناءً على جريان الفضولي فيه (ضمن العين والمنافع) على حسب ما عرفت (ولا يرجع على الغاصب) بشيء إذا غرم منهما (إن كان عالماً) [٣].

(و) لكن للمالك الرجوع على أيهما شاء في المطالبة بالعين أو بدلها ومنافعها وصفاتها حتى المتجدّد في يد المشتري منها [٤]. (فإن رجع على الغاصب) بالبدل (رجع الغاصب على المشتري) الذي استقرّ الضمان عليه بالتلف في يده [٥].

(و) لذلك (إن رجع) المالك (عليه) أي (المشتري لم يرجع على الغاصب) بشيء (لاستقرار التلف في يده) [٦].

[١] لأنّه من المغصوب الذي عرفت حكمه كذلك عند المصنف وغيره باعتبار أن المالك لم يأذن في قبضه إلا على تقدير صحّة البيع، فبدونه يكون موضوعاً بيده بغير حق. لكن في المسالك: «هذا يتمّ على تفسير الفصب بأنّه الاستيلاء على مال الغير بغير حق، أمّا لو اعتبرنا العدوان لم يتمّ كونه غاصباً إلا بتقدير علمه بالفساد وجهل البائع، أمّا مع جهلها أو جهل المشتري فليست يده يد عدوان، والوجه حينئذٍ أنّه يضمن القيمة يوم التلف إن لم نقل في الغاصب مطلقاً كذلك، وإلا كان الحكم فيه كذلك مطلقاً بطريق أولى»^(١). وفيه أنّه على تقدير العلم ليس بغاصب أيضاً، لما عرفت من أنّه القاهر غيره، كما عرفت أن الوجه في ضمان الأعلى إن كان صحيح أبي ولاد^(٢) اختص بالغاصب، وإلا فما ذكرناه من الوجه له لا يخصه، خصوصاً إذا قلنا: إن وجهه الدخول في الضمان بمجرد القبض على معنى كونه مخاطباً برده - أو قيمته - لو تلف في كلّ آن، فإذا فرض حصول العليا في مئته في آن من الآتات لا دليل على سقوطها إلا إذا ردّ العين نفسها. والأمّر سهل بعد ما عرفت من تحقيق الحال في المغصوب فضلاً عن مفروض المقام.

[٢] إلا أن المصنّف وغيره ذكروا ذلك منها هنا باعتبار بعض الأحكام الخاصة بها من حيث الشراء من الغاصب فقال [بذلك].

[٣] ضرورة كونه كالغاصب حكماً، إذ لا غرور منه.

[٤] لأنّ كلّاً منهما مصداق «على اليد ما أخذت»^(٣) و«المغصوب مردود»^(٤) وغير ذلك من الأدلّة كتاباً^(٥) وسنة^(٦) وإجماعاً بقسميه.

[٥] لعدم الغرور.

[٦] الموجب للرجوع عليه، كما أوضحناه في مسألة تعاقب الأيدي.

(١) المسالك ١٢: ٢٢٣. (٢) الوسائل ٢٥: ٣٩١، ب ٧ من الفصب، ح ١.

(٣) المستدرک ١٤: ٨، ب ١ من الودعة، ح ١٢.

(٤) التهذيب ٤: ١٣٠، ح ٢، وفيه: «المغصوب كلّ مردود». الوسائل ٩: ٥٢٤، ب ١ من الأنفال، ح ٤، وفيه: «لأنّ الفصب كلّ مردود».

(٥) انظر: البقرة: ١٩٤. الشورى: ٤٠. النمل: ١٢٦.

(٦) انظر الوسائل ٢٥: ٣٨٣، ب ١ من الفصب.

نعم لو كان قبل بيعه قد استوفى شيئاً من المنافع أو مضى زمان يمكن استيفاء شيء منها فيه أو نقصت في يده نقصاناً مضموناً اختصّ بضمانه من غير أن يرجع به على المشتري ابتداءً أو عوداً، بل لا رجوع للمشتري على الغاصب مع علمه حتى بالثمن مع تلفه [١].

[وأما مع بقاء عين الثمن ففي رجوع المشتري وعدمه قولان].
ولا ريب في قوته [= الرجوع] من حيث القواعد. هذا كله مع علمه.
(وإن كان المشتري جاهلاً بالغصب رجع على البائع بما دفع من الثمن) إن كان باقياً وبذله إن كان تالفاً [٢].
ثم إن كانت قيمة العين بقدر الثمن فذاك وإن كانت أزيد ففي رجوعه على الغاصب بالزيادة عن الثمن وجهان [٣].

[١] إجماعاً عقوبة له.

بل في المسالك: أن الأشهر عدم الرجوع به مع وجود عينه.
بل ادّعى عليه في التذكرة الإجماع^(١). وإن كان لا يخلو من نظر قد تقدّم في كتاب البيع.
بل عن المصنف في بعض رسائله قول بجواز الرجوع به حينئذ^(٢).
بل في الروضة حكايته عنه مطلقاً، بل قوّاه هو فيها مصرحاً بأنّ الواقع خلاف الإجماع المزبور^(٣).
بل الشهيد في اللعة أيضاً صرح بالرجوع مع بقاء العين مع العلم والجهل^(٤).

[٢] لظهور فساد العقد الموجب لتراّد العوضين.

[٣] من أن الشراء عقد ضمان وقد شرع فيه على أن تكون العين من ضمانه وإن كان الشراء صحيحاً. ومن دخوله على أن يكون المجموع في مقابلة الثمن، وهو يقتضي كون الزائد عليه في معنى التبرّع به وإعطائه إياه بغير عوض فأخذ منه عوضه فيرجع به.
وفي المسالك: «وهذا قوي، ولا يمنع من ذلك كون البيع عقد ضمان؛ لأنّه إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنّه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله واستقرّ عليه الثمن فهذا مسلم، ولكن لم يكن شارعاً فيه على أن يضمن القيمة، ومعلوم أنّه لو لم يكن المبيع مغضوباً لم يلزمه شيء بالتلف، غايته أن يكون ما قابل الثمن من المبيع مأخوذاً بعوضه والباقي سالم له بغير عوض، فكان الغاصب غاراً موقعاً إياه في خطر الضمان، فليرجع عليه، وإن كان المراد غيره فلمّ قلتم: إنّ الشراء عقد ضمان مطلقاً؟! وحينئذ فإن رجع المالك على المشتري جاهلاً بعوض المبيع لم يرجع به على الغاصب البائع إن لم تزد قيمته عن الثمن، وإن رجع به على الغاصب رجع به على المشتري وإن رجع بالزيادة على المشتري رجع بها على الغاصب وإن رجع بها على الغاصب لم يرجع بها على المشتري، ويظهر من إطلاق المصنف عدم رجوع المشتري بالدرك مثلاً أو قيمة، ومن تعليقه بكون قبضه مضموناً عدم رجوعه بالزائد، وقد عرفت جواب التعليق^(٥)».

(١) المسالك ١٢: ٢٢٤. (٢) المسائل الطبرية (الرسائل السبع) ٣٠٦-٣٠٧.

(٣) الروضة ٣: ٢٣٥.

(٤) اللعة: ١٠٥.

(٥) المسالك ١٢: ٢٢٥-٢٢٦.

قلت : الظاهر صحّة إطلاق المصنّف [في عدم رجوع المشتري على البائع مطلقاً] (وللمالك مطالبته بالدرّك إما مثلاً أو قيمة ، ولا يرجع^(١) بذلك على الغاصب لأنّه قبض ذلك مضموناً ، ولو طالب الغاصب بذلك رجع الغاصب على المشتري^(٢)) الذي هو غير مغرور بالنسبة إلى ذلك ، ويده يد ضمان للشيء مثلاً أو قيمة لو فسد البيع بفساد صيغة ونحوها ، كما لا إشكال في عدم رجوعه به [١] .

هذا كله بالنسبة إلى الثمن (و) أمّا (ما يغترمه المشتري ممّا لم يحصل له في مقابلته نفع كالنفقة والعمارة) إذا نقضها المالك (فله الرجوع به على البائع) الذي هو الغاصب [٢] .

[١] وهذا معنى إقدامه على كون العين مضمونة عليه ، لا ما ذكره .

وما في الروضة من « أنّ ضمانه للمثل والقيمة أمر زائد على فوات العين الذي قد قدم على ضمانه وهو مغرور من البائع بكون المجموع له بالثمن فالزائد بمنزلة ما رجع عليه به ، وقد حصل في مقابلته نفع ، بل أولى »^(٣) لا محض له ، خصوصاً قوله : « فالزائد ... » إلى آخره ، بناءً على عدم رجوعه بمثله .

ثم قال : « هذا إذا كانت الزيادة على الثمن موجودة حال البيع ، أمّا لو تجددت بعده فحكمها حكم الثمرة ، فيرجع بها أيضاً كغيرها ممّا حصل له نفع في مقابلته على الأقوى ، لغروره ودخوله على أن يكون ذلك له بغير عوض »^(٤) . وهو مثل سابقه أيضاً ؛ ضرورة كون الإقدام المزبور إنّما هو على تقدير صحّة البيع لا مطلقاً ، إذ هو معنى كون البيع عقد ضمان كما عرفت . ودعوى أنّ الفعل نفسه غرور ممنوعة بعد ما عرفت من كون ميناه كذلك نحو الفساد بغير ذلك من الخلل في الشروط الذي لا كلام عندهم في ضمان المشتري المبيع بزيادة قيمته حتّى مع علم البائع بالفساد دون المشتري وإنّ وسوس فيه بعض الناس^(٥) لكنّه في غير محلّه .

واحتمال الفرق بأنّ ذلك إنّما نشأ من الجهل بالحكم الشرعي الذي لا مدخلية فيه للبائع بخلاف المقام الذي منشؤه الجهل بالموضوع ، والقرض علم البائع به دونه يدفعه :

أولاً أنّ المسألة عندهم عامّة لما إذا كان البائع عالماً أولاً وإن فرضت في المقام مخصوصة .

وثانياً مبنى الضمان عندهم أنّ فعل البائع من التسبب الذي ترتّب عليه فعل المشتري ، سواء كان البائع عالماً أو لا ، كتسبب حفر البئر للتردي فيها وإن لم يقصد الحافر ذلك ولا علمه .

وفيه : إمكان منع التسبب المقضي للضمان فضلاً عن كون القرار عليه ، خصوصاً بعد ملاحظة ما ذكرنا من أنّ مقتضى الإقدام على المعاوضة ذلك ، فتأمل جيّداً ، والله العالم .

[٢] لأنّه دخل على أن يكون ذلك له بغير غرم ، وإنّما جاء الضرر من تغريب الغاصب .

(١) في الشرائع بعدها زيادة : « المشتري » .

(٢) في الشرائع بعدها زيادة : « ولو طالب المشتري لم يرجع على الغاصب » .

(٣) الروضة ٣ : ٢٣٦ .

(٤) الروضة ٣ : ٢٣٨ .

(٥) كفاية الأحكام ٢ : ٦٥٥ .

وكذا القول في أرش نقصانه [١].

وهو إن تمّ إجماعاً فذاك، وإلاّ للنظر فيه مجال [٢].

(و) من ذلك ما (لو) كان المبيع جارية ذ(أولدها المشتري كان) الولد (حرّاً) قطعاً [٣].

(و) إن (غرم قيمة الولد) للمالك باعتبار أنّه نماء ملكه وقد أتلفه عليه (و) لكن (يرجع بها على البائع)

الغاصب [٤].

والكلام في تخيير المالك لغيره من مسائل الغرور [٥].

(وقيل في هذه: له مطالبة أيّهما شاء، لكن لو طالب المشتري) المغرور (رجع) بها (على البائع) الغاصب الغازّ

(ولو طالب البائع لم يرجع) بها (على المشتري) [٦]، (وفيه احتمال آخر) وهو [٧] إلحاق عوض الولد بما حصل

له نفع في مقابلته كالمهر [٨].

[والأصحّ أنّه يتخيّر في الرجوع بأيّهما شاء، لكن لو طالب المشتري المغرور بها رجع على البائع الغاصب

الغازّ، ولو طالب البائع لم يرجع بها على المشتري].

(أمّا ما حصل للمشتري في مقابلته نفع كسكنى الدار وثمرة الشجر^(١) والصوف واللبن، فقد قيل: يضمنه

[١] وظاهرهم عدم الخلاف فيه، معلّين له بالغرور الذي هو من السبب المقضي للضمان مقدّماً على غيره مما هو أضعف منه.

[٢] [كما] لا يخفى عليك وجهه بعد الإحاطة بما ذكرناه من منع مثله سبباً يقتضي الضمان على وجه يقَدّم على مباشرة المشتري.

مضافاً إلى اقتضاء معنى كون البيع عقد ضمان على الوجه الذي ذكرناه ذلك أيضاً، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

[٣] لأنّه ولد شبهة من الحرّ، فيلحق بأبيه.

[٤] كما صرح به في الموقّ^(٢)، ولأنّه أقدم على أن يسلم له الولد حرّاً من غير غرامة.

[٥] فقيل^(٣): لا يرجع المالك إلّا على الغاصب باعتبار كونه الغازّ.

[٦] لأنّ قرار الضمان عليه؛ لأنّه أقوى.

[٧] كما في المسالك [ذلك]^(٤).

[٨] لأنّ نفع حرّية الولد يعود إليه.

ويمكن أن يريد به احتمال عدم التخيير، بل يتعيّن رجوع المالك ابتداءً على البائع بناءً على كونه الغازّ نحو ما سمعته فيمن

قدّم إلى غيره طعام الغير وأكله.

والأمر سهل، خصوصاً بعدما عرفت من أنّ الأصحّ في تلك التخيير.

(١) في الشرائع: «الشجرة».

(٢) التحرير ٤: ٥٤٢.

(٤) المسالك ١٢: ٢٢٨.

(٢) انظر الوسائل ٢١: ٢٠٣، ب ٨٨ من نكاح العبيد والإماء.

الغاصب لا غير ، لأنه سبب الإلتلاف ، ومباشرة المشتري مع الغرور ضعيفة ، فيكون السبب أقوى ، كما لو غصب طعاماً وأطعمه المالك ([١] .

(وقيل : له إلزام أيهما شاء ، أما الغاصب فلمكان الحيلولة ، وأما المشتري فلمباشرة الإلتلاف ، فإن رجع على الغاصب رجع على المشتري ، لاستقرار التلف في يده ، وإن رجع على المشتري لم يرجع على الغاصب ([٢] .
(والأول أشبه) عند المصنف [٣] .

[١] الذي قد عرفت الكلام فيه سابقاً .

[٢] لما عرفت من كون قرار الضمان عليه .

وهو المحكي عن الشيخ^(١) وابن إدريس^(٢) .

[٣] هنا وفي كتاب التجارة ومحكي التنقيح^(٣) ؛ لقوة السبب على المباشر .

بل لو قلنا بجواز رجوع المالك على المشتري - باعتبار حصول التلف في يده - كان له الرجوع على الغاصب للغرور ، فإنه أقدم على أن تكون هذه المنافع له مجاناً من غير دفع عوض ، فهو كما لو قدم إليه طعام الغير وأكله فرجع المالك عليه .

لكن لعل خلافهم هنا يؤول إلى عدم تحقق قاعدة الغرور في المقام ، وإلا فلا مدخلة لحصول النفع في مقابلته ، إذ ليس هو بأعظم من أكل المغرور الطعام الذي قدم إليه ، ومع ذلك جزموا بكون الضمان أو قراره على الغازر .

ولعل لهذا قال في الرياض : « والقول بعدم الرجوع أوفق بالأصل مع عدم معلومية صلوح المعارض للمعارضة ، بناءً على عدم وضوح دليل على ترتب الضمان على الغازر بمجرد الغرور وإن لم يلحقه ضرر ، كما فيما نحن فيه بمقتضى الفرض لاستيفائه المنفعة في مقابلة ما غرمه ، والإجماع على هذه الكلية غير ثابت بحيث يشمل مفروض المسألة ، نعم ربما يتوجه الرجوع حيث يتصور له الضرر بالغرور ، كما إذا أخذت منه قيمة المنافع أزيد مما يبذله هو في مقابلتها من غير ملكه ونحو ذلك »^(٤) .

وإن كان ما ذكره لا يخلو من نظر ؛ ضرورة عدم مدخلة التضمن بقاعدة الغرور في حصول الضرر وعدمه ، بل هو من باب قوة السبب على غيره ولو المباشرة .

نعم إنما المتجه ما ذكرناه من منع تحقق الغرور الذي يترتب عليه الضمان إذ المسلّم منه ما يترتب فعل الغير على فعله من حيث المجانية ابتداءً ، كالإباحة والهبة والعارية ونحوها .

بخلاف ترتب فعل المشتري هنا على زعم كونه مالكاً الحاصل من وقوع عقد البيع مع البائع ، خصوصاً مع جهل البائع بالحال كالمشتري ، فتأمل .

(١) المبوط ٣ : ٧١ .

(٢) السرائر ٢ : ٣٢٥ ، ٤٩٣ .

(٣) السرائر ٢ : ١٤ . التنقيح ٤ : ٧٥ .

(٤) الرياض ١٢ : ٢٩٠ .

[والمَتَجَّه الثاني].

ولو كان المغصوب جارية بكرة فافتضها المشتري فرجع عليه بالعوض [١].

[فلا يرجع المشتري بها إلى البائع الغاصب].

[حكم ما لو وطأ الغاصب مملوكة غيره]:

المسألة (الخامسة):

التي تقدّم في كتاب البيع والنكاح تفصيل الكلام فيها، ولكن لا بأس بإعادته على الإجمال هنا، فنقول: (لوغصب) غاصب (مملوكة فوطأها فإن كانا) معاً (جاهلين بالتحريم) للجهل بتحريم الزنا مطلقاً، أو لو تمّ حلّها خاصّة، لدخولها بالغصب في ضمانه، وإن كان لا تقبل دعواهما ذلك إلّا مع احتمالها، للقرب من عهد الإسلام، أو للتولّد في موضع بعيد منه، أو لقصور في معرفة ذلك، أو لظنّ أنّها جاريته وأنّه سيّدها، أو لغير ذلك [ففي المتن] (لزمه مهر أمثالها) [٢] (للشبهة) [٣] (وقيل) [٤]: (عشر قيمتها إن كانت بكرة ونصف العشر إن كانت ثيباً) [٥].

[١] ففي المسالك: «في رجوعه به الوجهان، لحصول نفع في مقابلته، وأولى بعدم الرجوع هنا لو قيل به ثمّ، لأنّه بدل جزء فيها أتلفه فأشبه ما لو قطع عضواً من أعضائها وأما المنافع التي لم يستوفها وفاتت تحت يده فيرجع عليه بها ففي حكم ما لم يحصل له في مقابلته نفع وأولى بالرجوع، لأنّه لم يتلف ولا شرع في العقد على أنّ يضمنها»^(١). قلت: لا يخفى عليك وجه الكلام في الأخير بعد الإحاطة بما ذكرناه إن لم يكن إجماعاً والظنّ بعدمه، فإنّ ملاحظة اختلافهم في مسألة الزيادة ومسألة ما كان له نفع في مقابلته ومسألة حرّية الولد، وعدم خلافهم في الرجوع فيما يغرمه من النفقة والعمارة، وفيما لا نفع له في مقابلة ما فات يده وغير ذلك تقتضي عدم تنقيح المسألة عندهم على وجه تكون إجماعية. وإن أمكن وجه الفرق بين مسألة الزيادة والغرامة بأنّ الزيادة من مقتضى ضمان المعاوضة الذي أقدم عليه، فلا رجوع له بها، بخلاف الغرامة، فإنّه خارجة عن المعارضة، وإنّما تترتب على إيقاع البائع البيع، كتحديد الطعام للأكل.

وإن كان فيه ما فيه أيضاً كما لا يخفى عليك بعد التأمل فيما ذكرناه، والله العالم.

[٢] كما عن المبسوط والسرائر والتحريير وجامع المقاصد^(٢) وغيرها.

[٣] المقتضية ضمان قيمة منفعة البضع المقدّرة بذلك بعد عدم التقدير شرعاً.

[٤] كما عن بعض أصحابنا على ما في محكي السرائر^(٣).

[٥] بل هو خيرة الإرشاد والدروس^(٤) هنا. بل قد تقدّم في كتاب النكاح ما يستفاد منه قوّته، للنصوص المستفيضة حدّ

(١) المسالك ١٢: ٢٢٨.

(٢) المبسوط ٣: ٦٥-٦٦. السرائر ٢: ٤٨٩. التحرير ٤: ٥٤٣. جامع المقاصد ٦: ٣٠٩.

(٣) السرائر ٢: ٤٨٩.

(٤) الإرشاد ١: ٤٤٧. الدروس ٣: ١١٥.

[فالأنوى أنه يلزمه عشر قيمتها إن كانت بكرًا، ونصف العشر إن كانت ثيبًا].

(وربما قصر بعض الاصحاب هذا الحكم) أي مهر المثل أو العشر ونصفه (على الوطء بعقد الشبهة) دون

الاستفاضة أو متواترة - التي فيها الصحيح وغيره - المشتملة على التعليل المستفاد منه عدم الاختصاص في المورد، وعلى التفصيل الذي يحكم به على المطلق منها .

قال ابن سنان في الصحيح: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لم يعلم بحبلها فوطأها؟ قال: «يردها على الذي ابتاعها، ويردّ عليه نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها» ^(١).

وفي الكافي: وفي رواية أخرى: «إن كانت بكرًا فعشر قيمتها وإن لم تكن بكرًا فنصف عشر قيمتها» ^(٢).

وفي حسن عبد الملك بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام: «يردّ الحبل ويردّ معها نصف عشر قيمتها» ^(٣) ونحوه خبر فضيل ^(٤) وسعيد بن سار ^(٥).

وما في التهذيب - من رواية حسنة أخرى لعبد الملك عنه عليه السلام أيضًا: في الرجل يشتري الجارية وهي حبلى فيطأها، قال: «يردها ويردّ عشر ثمنها إذا كانت حبلى» ^(٦) - محمول على الغلط من الراوي أو الناسخ بإسقاط لفظ «نصف» لطابق غيره .

وفي خبر طلحة بن زيد: «إذا اغتصب الرجل أمة فاقترضها فعليه عشر ثمنها، فإن كانت حرة فعليه الصداق» ^(٧).

وفي الصحيح سأل الصادق عليه السلام: أرأيت إن أحلّ جارية لأخيه ما دون فرجها فغلبته الشهوة فاقترضها؟ قال: يغرم لصاحبا عشر قيمتها إن كانت بكرًا وإن لم تكن بكرًا فنصف عشر قيمتها» ^(٨) وفي صحيح ابن صبيح: في رجل تزوّج امرأة فوجدها أمة دلست نفسها - إلى أن قال عليه السلام «ولمواها عشر قيمتها إن كانت بكرًا، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها» ^(٩).

إلى غير ذلك من النصوص المذكورة في كتاب النكاح، ووطء أحد الشريكين في البيع .

بل حكيت الشهرة على هذا القول مستفيضًا فيما إذا ظهر استحقاق الأمة الموطوءة، بل عن صريح خلاف الشيخ وظاهر إيضاح النافع الإجماع عليه ^(١٠). فمن الغريب بعد ذلك دعوى أن القول المزبور في غاية الضعف وأنّ دليله في غير مورد البحث بل من النصوص المزبورة يستفاد ضعف القول بمهر المثل إن لم يكن المراد به المذكور في النصوص المزبورة . كما أنّ منها يستفاد ضعف القول الآخر الذي أشار إليه المصنف بقوله: [وربما...].

- (١) الوسائل ١٨: ١٠٥، ب ٥ من أحكام العيوب، ح ١.
- (٢) الكافي ٥: ٢١٤ ح ٣. الوسائل ١٨: ١٠٦، ب ٥ من أحكام العيوب، ح ٤.
- (٣) الوسائل ١٨: ١٠٦، ب ٥ من أحكام العيوب، ح ٣، وفيه: «عير، بدل وعمر».
- (٤) الوسائل ١٨: ١٠٧، ب ٥ من أحكام العيوب، ح ٨.
- (٥) الوسائل ١٨: ١٠٨، ب ٥ من أحكام العيوب، ح ٩.
- (٦) الوسائل ١٨: ١٠٧، ب ٥ من أحكام العيوب، ح ٧.
- (٧) الوسائل ٢١: ٣٠٤، ب ٤٥ من المهور، ح ٢.
- (٨) الوسائل ٢١: ١٣٢، ب ٣٥ من نكاح العبد والاماء، ح ١.
- (٩) الوسائل ٢١: ١٨٦، ب ٦٧ من نكاح العبيد والاماء، ح ١.
- (١٠) الخلاف ٣: ١٥٨ - ١٥٩. نقله عن الإيضاح في مفتاح الكرامة ٦: ٢٨٩.

الوطء بغيره [١]. كما أن الظاهر [٢] عدم عشر آخر عوض البكارة التي أزيلت بالوطء المشتمل على استيفاء منفعة البضع وجناية زوال البكارة [٣]. نعم (لو افتضها بإصبعه لزمه دية البكارة) وهي العشر أو التفاوت أو أكثر الأمرين، وهو الأصح كما سمعته سابقاً في جناية الغاصب. (ولو وطأها مع ذلك لزمه الأمان) [٤].

[١] لأن منفعة البضع لا تضمن بدونه، كما يظهر في الزانية، وكأنه من الاجتهاد في مقابل النص والفتوى، بل الإجماع.

[٢] وذلك من النصوص المزبورة.

[٣] ولعله لذا قال بعضهم^(١) بوجود عشر آخر مضافاً إلى وجوب العشر لو اقتضها بالإصبع فلو اكتفى به في الوطء أيضاً كان الانتفاع بالوطء بغير عوض. إلا أن ذلك كما ترى كالاجتهاد في مقابلة النص أو الظاهر كالنص المعتضد بالأصل وغيره. ومن هنا استظهر في الدروس بالتداخل على تقدير وجوب العشر دون مهر المثل، قال: «ولو كانت بكراً فعليه مع المهر أرش البكارة إن قلنا بمهر المثل، وإن قلنا بالعشر فالظاهر التداخل»^(٢). ولعله لظهور نصوص العشر فيه، بخلاف مهر المثل الذي مستنده على القول به القاعدة التي لا يدخل فيها أرش الجناية. لكن قد يناقش أولاً بظهور نصوص آخر فيه كالعشر قد تقدمت في المباحث السابقة. وثانياً بأن مهر المثل ملحوظ فيه أرش البكارة، كما في الحرّة التي لا أجد أحداً ممن يعتد به ذكر فيها أرش الجناية مضافاً إلى المهر وحينئذٍ (ف) يدخل فيه دية البكارة.

[٤] لأنهما حينئذٍ سببان مستقلان، والأصل عدم تداخلهما، كما جزم بذلك كله في التحرير وغيره، قال: «ولو افتضها بإصبعه لزمه أرش البكارة، فإن وطأها بعد ذلك لزمه الأمان، ولو ذهب البكارة بالوطء لم يجب أكثر من المهر أو العشر»^(٣). ومن ذلك يعرف النظر فيما في المسالك حيث إنه بعد أن ذكر وجه وجوب الأمرين في الافتضاض بالإصبع ثم الوطء، قال: «وذهب جماعة منهم العلامة في التحرير والشهيد في الدروس إلى التداخل، لأن البكارة ملحوظة على تقدير وجوب المهر أو العشر، ويزيد باعتبارها الواجب، ولو وجب أرش البكارة منفرداً لزم وجوب مهر ثيب لا بكر، كما لو افتضها بإصبعه ثم وطأها، فلا وجه للجمع بينهما وأجيب بأن ملاحظة البكارة في مهر المثل أو العشر لا يقتضي التداخل، لأن ملاحظتها من حيث إن وطء البكر خلاف وطء الثيب، فملاحظتها باعتبار الوطء لا باعتبار الجناية، فلا بد للبكارة من شيء زائد، وهو عشر آخر على قول أو أرش نقصان قيمتها عن حالة البكارة إلى الثيبوبة نظراً إلى نقصان (نقص ل) المالية»^(٤). وفيه أولاً أنك قد سمعت ما في التحرير والدروس من التداخل في الوطء دون الفرض الذي لم يحضرني أحد قال بالتداخل فيه، بل ولا وجه معتد به له، ويمكن أن يكون نص المصنف وغيره عليه للتنبيه على خلاف بعض العامة^(٥). وثانياً أن ما ذكره من عدم التداخل في صورة الوطء وإن كان هو المحكي عن المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد وبيع الروضة ومحمّل السرائر^(٦) لما ذكره من التعليل، إلا أنك عرفت ظهور النصوص - على كثرتها - في عدم وجوب شيء غير العشر أو مهر المثل خصوصاً مع ملاحظة أنها في مقام البيان، بل يمكن أن يكون من قبيل الاجتهاد في مقابلة النص.

(١) المسالك ١٢: ٢٣١. (٢) (٣) الدروس ٣: ١١٥. التحرير ٤: ٥٤٣ - ٥٤٤.

(٤) المسالك ١٢: ٢٣٠ - ٢٣١. (٥) انظر روضة الطالبين ٤: ٧٧.

(٦) المبسوط ٦٦: التذكرة ١٩: ٣٢٤. جامع المقاصد ٦: ٣١٠. الروضة ٣: ٣٢٨. السرائر ٢: ٤٨٩. ٣: ٤٤٩.

نعم بقي شيء في مفروض المسألة، وهو احتمال استحقاق مهر البكر وإن كان وطؤها بعد الافتضاـض بالإبـصـع، بناءً على أن المراد من البكر هي التي لم توطأ وإن ذهب بكارتها بإبـصـع ونحوه، إلا أن المنساق إلى الذهن خلافه، فتستحق حينئذ في الفرض أرش البكارة ومهر الثيب نصف العـشـر أو غيره [١].

كما أن منه يعلم عدم وجوب أكثر الأمرين به - من العـشـر والتفاوت - وإن قلنا به في غير ذلك من جنـايـة الغاصب فيما له مقدّر [٢].

بل الظاهر وجوب العـشـر أيضاً لو وطأها بالعقد بزعم الصّحة [٣].

وعلى كلّ حال فالتحقيق ما ذكرناه من وجوب العـشـر مطلقاً، فتأمل جيّداً، والله العالم.

(و) كيف كان فـ [المختار] [٤] أن (عليه أجرة مثلهـا من حين غضبها إلى حين عودها) [٥].

ثم الكلام فيما لو تعددت منافعها - على وجه يمكن جمعها أو لا يمكن - كالـكـلام السابق [٦].

[١] وعلى كلّ حال فقد ظهر لك مما ذكرناه أن القول بالتداخل في زوال البكارة بالوطء لذلك لا يقتضي القول به في مفروض المسألة، وهو واضح.

[٢] للنصوص التي منها المشتمل على الفصـب وما في معناه المقتصر على وجوب العـشـر^(١).

فما في القواعد من احتمال ذلك بل عنه في المختلف الفتوى به^(٢) لا يخلو من نظر.

نعم هو كذلك فيما لو افتضاه بإبـصـعه، كما أشرنا إليه سابقاً.

[٣] لما سمعته من كون المستفاد من النصوص^(٣) - على كثرتها - أن ذلك هو المقدّر لها في كلّ وطء محترم لم يثبت له مسمى، وخصوص خبر المدلّسة^(٤).

فما في القواعد من احتمال وجوب الأكثر في العقد في غير محلّه، قال فيها: «فلو وطأ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر أمثالها، أو عشر قيمتها مع البكارة ونصفه مع التيبوبة، ويحتمل مع البكارة الأكثر من الأرض والعـشـر، ومع العقد الأكثر من الأرض والعـشـر ومهر المثل»^(٥).

وإن كان في قراءة «مهر المثل» بالرفع أو الجر إشكال، إلا أن الظاهر الأول، فيكون احتمالاً مستقلاً، لا أنه داخل في الأكثر.

[٤] [ب] - لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].

[٥] نعم في جامع المقاصد والمسالك تقييد ذلك بغير زمن الوطء الذي قد ضمن فيه منفعة البضع^(٦). وفيه - مع قصور

الزمن المزبور بحيث لا يقدر في تقويم أجرة مثلهـا - أنه يمكن أن يكون لها منفعة تـجـامـع الوطء فيضمنها أيضاً.

[٦] ورّبما كان في إطلاق المصنّف وغيره هنا أجرة المثل إيماء إلى اعتبار الأعلى إذا لم يكن قد استوفاه.

ودعوى انطباق أجرة المثل عليه ممنوعة، كما تقدّم الكلام في ذلك مفضلاً، فلاحظ وتأمل، والله العالم.

(١) انظر الوسائل ٢١: ٣٠٤، ب ٤٥ من المهور، ح ٢: ٢١: ٥٢، ب ٣٥ من نكاح العبد والاماء، ح ١: ٢١: ١٨٥، ب ٦١ من نكاح العبيد

والاماء، ح ١. (٢) القواعد ٢: ٢٣٦. المختلف ٩: ١٥٢.

(٣) انظر الوسائل ١٨: ١٠٥، ب ٥ أحكام الميـوب. (٤) الوسائل ٢١: ١٨٥، ب ٦٧ من نكاح العبد والاماء، ح ١.

(٥) القواعد ٢: ٢٣٦. (٦) جامع المقاصد ٦: ٣١٢. المسالك ١٢: ٢٣١.

- (و) لو أحبلها لحق به الولد (١) .
- [و] (عليه قيمته يوم سقط حياً) [٢] .
- نعم قد يقال بضمان الغاصب بتفاوت قيمة الجارية بذلك لا قيمة الولد ، فتأمل جيداً [٣] .
- (و) كذا يضمن الغاصب (أرش ما ينقص من الأمة بالولادة) [٤] .
- (ولو سقط ميتاً قال الشيخ رحمته) [٥] (لم يضمنه) الغاصب (لعدم العلم بحياته) [٦] .
- (وفيه اشكال ينشأ من تضمين الاجنبي) لو أسقطه [٧] ، (و) لكن (فرق الشيخ بين وقوعه بالجناية وبين وقوعه بغير جناية) [٨] .

- [١] للشبهة بلا خلاف معتد به .
- بل عن الخلاف والمبسوط الإجماع على ذلك في مسألة ظهور استحقاق الأمة الموطوءة في باب البيع ^(١) .
- فما عن المقنعة والنهاية من الحكم برقية الولد إلا أن يرضيه الأب عنه بشيء ^(٢) . شاذ أو يريدها ما ذكره المصنف
- (و) غيره من أن [عليه قيمته يوم سقط حياً] .
- [٢] بل لا أجد فيه خلافاً ، لأنّه وقت الحيلولة بين مولى الأمة وبين ما هو من نمانها وتابع لها ، فيقوم حينئذ رقيقاً وتدفع قيمته للمولى كما علّله به غير واحد إذ هو كما ترى .
- بل للنصوص المستفادة منها ذلك ، ولولاها لأشكل الحال في أصل ضمانه ؛ لأنّه حرّ ولم يكن مالاً للمالك ، وقد حال الغاصب بينه وبين صاحبه .
- ودعوى أنّ المراد بالحيلولة هو أنّه لو لا أنّه مشتبّه يلحق به الولد لكان ملكاً للمولى واضحة الفساد .
- [٣] فإنّ المسألة غير محرّرة ، وتظهر ثمره ذلك فيما تسمعه من عدم الضمان لو سقط ميتاً وغيره ، والله العالم .
- [٤] بلا خلاف ولا إشكال ؛ لما عرفت من ضمان ذلك كلّهُ على الغاصب ، وهو واضح .
- [٥] [قاله] في محكي المبسوط ^(٣) .
- [٦] وتبعه في التحرير ^(٤) والدروس ^(٥) .
- [٧] مع أنّ الأصل أيضاً عدم حياته .
- [٨] قال ما لفظه : « لو أحبلها الغاصب جاهلاً بالتحريم ثمّ ولدته ميتاً لم يضمن الغاصب قيمة الولد ، لأنّه لا يعلم كونه حياً قبل هذا ، ولأنّه ما حال بينه وبين سيده في وقت التصرف ولو ضربها أجنبي فألقت الجنين ميتاً فعلى الضارب الضمان ، لأنّ الإلقاء عقيب ضرب بطنها مسقط للولد غالباً ، بخلاف ما إذا سقط لنفسه ، لأنّ الأصل الموت

(١) الخلاف ٣ : ١٥٩ . المبسوط ٢ : ١٥٠ .

(٢) المقنعة : ٦٠١ . النهاية : ٤١٠ .

(٣) المبسوط ٣ : ٦٦ .

(٤) التحرير ٤ : ٥٤٤ .

(٥) الدروس ٣ : ١١٥ .

حَتَّى يَعْلَمَ غَيْرُهُ»^(١). وظاهره التردد في الفرق، بل هو صريح بكلامه الآتي، ومثله الفاضل في القواعد^(٢).
 بل غير واحد الجزم بضعفه، باعتبار أن عدم العلم بحياته ثابت على التقديرين، مع أنه لا يتم إطلاقه مع العلم بحياته ولو بولادته بعد الأربعة أشهر أو الخمسة، بناءً على ما في النصوص من ولوج الروح فيه^(٣) حينئذٍ. أو لغير ذلك من ولادته كامل البدن على وجه يظهر منه أنه كان حياً، خصوصاً مع الحركة ونحوها.
 كما أنه لا يتم أيضاً بالنسبة للجاني ضرورة أعمية الجنابة من الحياة، فإنها قد تكون في حال العلم بعدم ولوج الروح فيه، ولذا كان المحكي^(٤) عنه في الدييات الضمان بها مطلقاً على وجه يظهر منه المفروغية من ذلك أو الإجماع عليه كنسبة الحلي^(٥) له إلى الروايات.

ومن ذلك يعلم كون التعليل المزبور منه تقريباً لا تحقيقاً، فلا وجه للإيراد عليه، بل يحتمل كون مراده تنزيل الجنابة منزلة الحياة بالنسبة إلى الضمان، وإلا فلا فرق بين السقوط من دون جنابة ومعها بالنسبة للحياة والموت. نعم يتجه الفرق بينهما بثبوت الدليل على الجنابة - من إجماع أو نصوص أو غيرهما - من غير فرق بين العلم بولوج الروح فيه وعدمه، بل حتى لو علم عدم ولوجها فيه، بخلاف السقوط.

وا احتمال أن ضمانه هنا لأن يد الفاصب يد ضمان يدفعه. أنه حر لا يدخل تحت اليد، ولا يرد ضمان الفاصب إياه بجنابة الأجنبي لدليله إن كان، وإلا أشكل الرجوع على الفاصب لعدم كونه جانبياً وعدم يد ضمان له عليه، نحو ما قاله بعضهم^(٦) من عدم رجوع المالك بالمهر على من غصب جارية وباعها فوطأها المشتري، لعدم الاستيفاء منه وعدم دخول البضع تحت اليد، بل هذا أولى.

بل إن لم يكن دليل على ذلك أشكل أصل رجوع المالك، لأنه انعقد حرّاً، فليست ديته إلا للفاصل. ودعوى أن القاعدة ضمان يد الفاصب كل ما يضمن بجنابة جاني، يدفعها: أنه بعد انعقاده حرّاً ليس من المغصوب في شيء. كما أن ضمان القيمة يوم الولادة للنص والفتوى لا يقتضي الضمان مع السقوط ميتاً، والفرض انعقاده حرّاً. فما في الإرشاد وجامع المقاصد والمساك من ضمان الفاصب دية جنين أمة^(٧) لا يخلو من نظر حينئذٍ.

على أن المتجه حينئذٍ ضمانه مقدّر الحياة كما لو ولد مريضاً، وخصوصاً إذا كان سقوطه ميتاً في زمن الولادة. ومن هنا قيل: إن الذي صرحت به عباراتهم وأقصحت به رواياتهم في باب الدييات أن جنين الأمة إذا لم تلجه الروح أو لم تعلم حياته له مقدّر شرعاً، وهو عشر قيمة أمه وقت الجنابة، وإن ولجته الروح فقيمته يوم سقط حياً^(٨).

(١) المبوط ٣: ٦٦. (٢) القواعد ٢: ٢٣٦.

(٣) انظر الكافي ٦: ١٢، ب ١ بدء خلق الإنسان وتغلب في بطن أمه.

(٤) المبوط ٧: ٢٠٥.

(٥) السرائر ٣: ٤١٧.

(٦) (٨) جامع المقاصد ٦: ٣١٧ - ٣١٨. مفتاح الكرامة ٦: ٢٩٣.

(٧) الإرشاد ١: ٤٤٧. جامع المقاصد ٦: ٣١٣. المسالك ١٢: ٢٣٢.

- (و) حينئذٍ في الفرض (لو ضربها أجنبي فسقط) جنينها (ضمن الضارب للغاصب دية جنين حر) [١].
 (وضمن الغاصب للمالك دية جنين أمة) [٢].
 بل المتّجه بناءً على ما سمعته منهم التفصيل بين ولوج الروح وعدمه فيضمن الغاصب في الأوّل قيمته يوم سقوطه مفروض الحياة، وفي الثاني دية جنين، فتأمل جيّداً، فإنّ كلامهم في المقام لا يخلو من تشويش.
 ولو كان الجاني هو الغاصب ف[المختار أنّه] [٣] ضمن للمالك دية جنين أمة، وباقى دية جنين الحرّة للإمام [٤]. هذا كلّهُ في الجاهليين.
 (ولو كان) لـ أي (الغاصب والأمة عالمين بالتحريم فللمولى المهر) والولد والأرث (إن أكرهها الغاصب على الوطء) [٥].
 (وعليه) أي الغاصب (الحّد) [٦].
 (وإن طأعت^(١) حدّ الواطئ) بل هما معاً.

- [١] لأنّ الولد محكوم بحريّته للشبهة.
 [٢] قيل: لأنّه ضامن للمالك قيمته على تقدير كونه مملوكاً، كما لو ولد حياً^(٢).
 وفي المسالك: «ولا يتوقّف مطالبته بحقه على أخذ الغاصب حقه من الجاني، بل كلّ واحد من الحقيّين متعلّق بذمّة غريمه من غير تقييد بالآخر»^(٣).
 وقد يظهر من هذه العبارة بل وعبارة المتن وغيره أنّه لا تخيير للمالك في الرجوع هنا على الجاني والغاصب، وإنّما يتعيّن حقه على الغاصب خاصّة.
 ولعلّه لما عرفت من أنّ مقتضى القواعد اختصاص حقّ الجناية بالغاصب؛ لأنّه انعقد حرّاً، فلا حقّ للمالك عليه إلا أن يكون هناك دليل مخصوص فيتّبع، ولعلّه خاصّ بالرجوع على الغاصب كما هو ظاهر من عرفت، لا أقلّ من أن يكون ذلك هو المتيقّن منه إن كان إجماعاً أو استظهاراً مما ورد في ضمانه لو ولد حياً^(٤) أو غير ذلك.
 [٣] [كما] في المسالك [ذلك] [٥].
 [٤] لأنّ القاتل لا يرث، والأمة رقيقة لا ترث، والله العالم.
 [٥] بلا خلاف ولا إشكال.
 بل في المسالك الاتفاق عليه^(٦).
 [٦] لكونه زانياً.

(١) في الشرائع: طأعته.

(٢) مفتاح الكرامة ٦: ٢٩٤.

(٣) (٥) المسالك ١٢: ٢٣٣.

(٤) انظر الوسائل ٢٩: ٣٢٢، ب ٢١ من ديات الأعضاء، ح ١.

(٦) المسالك ١٢: ٢٣٢.

(ولا مهر) [١] (وقيل) [٢]: (يلزمه عوض الوطء؛ لأنه للمالك) [٣]. (و) لا ريب في أن (الأول أشبه) [٤] [إلا أن تكون بكرًا فيلزمه أرش البكارة] [٥].
بل لو زالت بكارتها في يده بغير ذلك [= بغير الوطء] ضمنها أيضاً [٦].
ولكن قد يشكل ذلك [٧] [= ضمان أرش البكارة]، فمع فرض إسقاطه [= المهر] من الشارع لكونها زانية يتبعه هو [= الأرض] أيضاً في السقوط فتأمل جيداً.

[١] في المشهور.

للأصل والنسب: «لا مهر لبني»^(١) الذي لا وجه للبحث في سنده بعد أخذ الأصحاب له مسلماً، ولا في دلالة على المطلوب بعد العموم اللغوي المحتاج في تقييده بالحرّة إلى دليل.
وإطلاق لفظ المهر لا يقتضي ذلك وإن اختصت اسم المهرية بالحرّة، لكن من الشائع أيضاً في النص والفتوى إطلاقه على عوض بضع الأمة، فيقال: مهر الأمة، وإن لها مهر، أو مهرها عتقها^(٢)، وغير ذلك.
وكون اللام للتمليك أو الاختصاص أو الاستحقاق - والثلاثة متتفة عن الأمة - لا ينافي انسياق إرادة ما ثبت بسبب وطئها، سواء كان لها أو لغيرها، أي مولاه، نحو ما يقال: الأجرة للدار أو للدابة.
ودعوى أن زناها لا ينافي ثبوت حق المالك من حيث المالية، يدفعها: أن مالية البضع لا تخلو من شائبة التعبد، ولذا لا يثبت عوضه على حسب غيره من المنافع، بل لا بد له من ضابط خاص، فلا يثبت حينئذٍ إلا حيث يثبت الشارع.
[٢] وإن كنّا لم نعرف القائل قبل المصنف.

[٣] نعم هو خيرة الفاضل في التذكرة والمختلف وثاني الشهيدين في بيع الروضة ورهنها^(٣). بل مال إليه أولهما في الدروس^(٤)، بل هو ظاهر إطلاق بيع الممعة^(٥).

[٤] باصول المذهب التي منها أصل البراءة المعتضد بما سمعت السالم عن معارضة ما عرفت إلا أنه قد يستفاد من الصحيحتين السابقتين^(٦) نبوته للمولى ولو من ترك الاستفصال ونحوه.

[٥] بلا خلاف أجده فيه. بل عن فخر الإسلام الإجماع عليه^(٧)؛ لأنها جنابة، وكل جنابة مضمونة على الغاصب.

[٦] ونفي المهر لها لا ينافي ثبوت ذلك [= أرش البكارة] لها وإن كان لم يظهر له فائدة بناءً على أن أرض البكارة عشر قيمتها وهو المقدّر لها مهر، فمع فرض زناها وقلنا لا مهر لمولاها لأنها بغي كان له أخذ العشر من حيث الجنابة بزوال البكارة.

[٧] بما سمعته سابقاً من ظهور النصوص في دخول أرض البكارة في المهر، بناءً على أنه العشر.

(١) تلخيص الحبير ٣: ٥٥، ح ١٢٧٣. جامع المقاصد ٥: ١٣١. انظر الوسائل ١٧: ٩٥، ب ٥ من ما يكتسب به، ح ١٣ - ١٤.

(٢) انظر الوسائل ٢١: ١٠٢، ب ١٥ من نكاح العبد والاماء، ح ٣.

(٣) التذكرة ١٩: ٣٢٤ - ٣٢٥. المختلف ٦: ١٢٦. الروضة ٣: ٣٢٧، ٤: ٨٦.

(٤) الدروس ٣: ١١٥.

(٥) الممعة: ١١١.

(٦) شرح الإرشاد: ٢١٩ (مخطوط).

(٧) تقدّمنا في ص ١١٩.

(ولو حملت لم يلحق به الولد وكان رَقاً لمولها) [١].

كما [أُ] المختار [٢] أَنَّهُ [يضمن الغاصب ما ينقص بالولادة] كما في كُلِّ عين مغصوبة .

(ولو مات ولدها في يد الغاصب ضمنه) [٣].

(ولو وضعته ميتاً) [٤] [قيل : لا يضمن^(١) ؛ لأننا لا نعلم حياته قبل ذلك ، وفيه تردّد] [٥].

[ولكن الأصَحَّ الضمان].

(و) على كُلِّ حال ، فـ (لو كان سقوطه بجناية جان لزمه دية جنين الأمة على ما يذكر^(٢) في الجنائيات) .

(ولو كان الغاصب عالماً وهي جاهلة لم يلحق به^(٣) الولد) [٦] (ووجب) عليه (الحَدَّ والمهر) [٧].

(ولو كان بالعكس) أي هو جاهل وهي عالمة (لحق به الولد وسقط عنه الحَدَّ و) أمّا (المهر) ففيه البحث

السابق (وعليها الحَدَّ) [٨].

[١] بلا خلاف ، بل ولا إشكال ، لأنَّ الفرض كونه زانياً ، فليس له إلّا الحجر وكذلك هي ، إلّا أَنَّهُ يبقى كونه نماءً للمالك فيملكه حينئذٍ من هذه الجهة كولد البهيمة من حيث النسبة .

[٢] [ل] أَنَّهُ لا خلاف (و) لا إشكال في [ذلك].

[٣] ضرورة كونه مغصوباً كامئاً .

[٤] ففي ما حضرنا من نسخ المتن [ذلك].

[٥] لكن في المسالك : « أَنَّ المصنَّفَ جزم هنا بضمانه »^(٤) .

ولعله عثر على نسخة أخرى بل لعلها هي الأصَحُّ . ضرورة كون الجنين في الفرض مملوك كحمل البهيمة ، فيكون مضموناً على الغاصب ، والحمل الذي لم تلجه الروح أو لم نعلم حياته له قيمة شرعاً ، وهو العشر فيضمنه .

هذا ولكن في القواعد : « ولو وضعته ميتاً فالإشكال كما تقدّم »^(٥) ومقتضاه اتِّحاد المسألتين .

وفي جامع المقاصد : « وربما رجَّح الضمان هنا بأنَّ التقويم في الأوَّل إنّما هو بعد وضعه حيّاً بخلافه هنا ، ولا أثر له ، لأنَّ المراد التقويم المخصوص لا وجوب دية الجنين الذي يراد وجوبه في الموضعين »^(٦) .

قلت : ولا يخفى عليك وضوح الفرق بين المسألتين ، ومن الغريب ما في التحرير والدروس ومحكي المبسوط من الجزم بأنَّه لا شيء عليه^(٧) ؛ إذ هو كما ترى .

[٦] لكونه زانياً .

[٧] بلا خلاف ولا إشكال .

[٨] لأنَّها زانية ، والله العالم .

(١) المبسوط ٣ : ٦٧ . (٢) في الشرائع : « نذكر » .

(٣) لم ترد ، في الشرائع . (٤) المسالك ١٢ : ٢٣٥ .

(٥) القواعد ٢ : ٢٣٧ . (٦) جامع المقاصد ٦ : ٣١٥ .

(٧) التحرير ٤ : ٥٤٤ . الدروس ٣ : ١١٥ . المبسوط ٣ : ٦٧ .

[حكم ما لو غصب حباً فزرعه أو بيضاً فاستفرخه]:

المسألة (السادسة: إذا غصب حباً فزرعه أو بيضاً فاستفرخه قيل) (١): [الزرع والفرخ للغاصب] (٢): [وقيل] (٣): إنه [للمغصوب منه] (٤). (و) على كل حال (فهو أشبهه) (٥).

[١] والقاتل الشيخ في المحكي من غصب خلافه ومبسوطه وابن حمزة في الوسيلة (٢).

[٢] محتجاً عليه بأن عين المغصوب قد تلفت، فلا يلزم الغاصب سوى قيمتها أو مثليها. بل عنه في الخلاف: «من يقول: إنَّ الفرخ عين البيض وإنَّ الزرع هو عين الحب مكابر، بل المعلوم خلافه» (٣).

[٣] والقاتل الأكثر، بل في الدروس أنه فتوى من سبق الشيخ (٤).

[٤] بل عن الناصرية نفي الخلاف فيه (٥)، بل عنها وعن السرائر الإجماع عليه (٦). بل عن الخلاف في باب الدعاوي والمبسوط في باب العارية (٧) التصريح بما عليه الأصحاب. ومن هنا أساء الأدب ابن إدريس بقوله: «فقد دخل رحمه الله في جملة من يكابر» (٨).

[٥] بأصول المذهب وقواعده التي منها استصحاب الملك لهما وإن تغيرت الصورة التي هي ليست عنوان الملكية. ولذا لا إشكال في بقاءهما على الملك لو فرض استحالتهم إلى ذلك من دون غصب؛ ضرورة كون الاستحالة بالنسبة إلى ذلك كتغيير صفات الشيء من السمن ونحوه. بل من القطعيات عندهم عدم خروج الثوب مثلاً عن الملك بقطع الغاصب له قطعاً متعدداً، حتى قيل: «إنَّ الشيخ نفسه من المصرحين بذلك» (٩) مع أنه أولى بصدق اسم التلف عليه. وكون البيضة تصير علقه ونحوها إذا صارت فرخاً فتخرج بذلك عن الملك، فيملكها الغاصب حينئذ يوضع اليد نحو ما سمعته في الخمر إذا تخللت - مع أنه لا يتم في الزرع، ومبني على خروجها عن الملك بذلك - لم يحك عن الشيخ مثله في العصور إذا انقلب خمرًا في يد الغاصب ثم صار خلًا في يده. بل ظاهره كثيره أن للمالك فيه حقاً يقتضي تملكه له وإن لم يكن في يده وإن كان هو مطالباً بدليله في الخمر كما ستعرف. وبالجمله لا يخرج المال عن الملك بمثل الاستحالة المزبورة، ولا يرد النقص بملكية صاحب الأنتى ما يتكون من عشب الفحل فيها الذي أقصاه أن يكون استحالة بعد أن عرفت الدليل على ذلك. على أنه ربما فرق بعدم ملكية النطفة، بخلاف الحب والبيض، وبعدم معلومية كيفية التكون أنه من نطفة الفحل على وجه تكون نطفة الأنتى من المعدّات لها أو بالعكس أو أنه منهما، وإن كان هو على كل تقدير خارج بدليله. بخلاف مفروض البحث الباقي على أصالة الملكية التي لا دليل على الخروج عنها بلباس الصور المتعددة التي من المعلوم عدم ضرورية الشيء بها تالفاً، إذ التلف: العدم، لا تغيير الصورة التي لا وجه لملك الغاصب بها، مع أنها ليست من فعله. إذ لم يصدر منه إلا الإحضار ووضع البذر في الأرض ونحو ذلك من فعل المعدّات، لصيرورة الحب زرعاً ممّا هي غير صالحة لنقل الملك عن مالكه؛ ضرورة كون ذلك من النماء التابع للملك وإن اختلف مع نماء النخلة مثلاً بالحصول مع بقاء الأصل بخلافه، فإنَّ الأجزاء الأصلية باقية معه. وكيف كان، فالمسألة مفروغ منها، وإن أظنبت فيها بعض الناس (١٠) بردّ ما ذكره الفاضل في المختلف عليه (١١)، إلا أنه في غير محلّه، بل لعلّ إكثار الكلام فيها من اللغو المنهي عنه، والله العالم.

(١) في الشرائع: «الأشبه». (٢) الخلاف ٣: ٤٢٠. المبسوط ٣: ١٠٥. الوسيلة: ٢٧٦ - ٢٧٧.

(٣) (٤) الخلاف ٣: ٤٢٠ - ٤٢١. الدروس ٣: ١١١. (٥) الناصريات: ٣٨٧.

(٦) (٨) السرائر ٢: ٤٨٢، ٤٨٣. (٧) الخلاف ٦: ٣٤٤. المبسوط ٣: ٥٦.

(٩) (١٠) مفتاح الكرامة ٦: ٢٧٦. (١١) المختلف ٦: ١٢٠.

(ولو غصب عصيراً فصار خمرًا ثم صار خلًّا) في يد الغاصب قبل أن يدفع بدله ، بل وبعده إذا كان على وجه كدفع الحيلولة (كان للمالك) [١] .

(و) حينئذ لو نقصت قيمة الخل عن قيمة العصير ضمن الأرض (لوجوب ردّه تامًّا) [٢] .

قلت : إن تمّ الإجماع في ذلك كلّ ، وآلا فلا يخلو من إشكال [٣] .

- [١] على ما صرح به غير واحد .
- بل عن رهن غاية المرام^(١) والمسالك^(٢) نفى الخلاف فيه ؛ لأنّه عين ماله .
- [٢] كما صرح به غير واحد .
- بل في مفتاح الكرامة « به صرح الأصحاب كالشيخ^(٣) وابن إدريس^(٤) ومن تأخر عنه »^(٥) .
- [٣] ضرورة أنّه بصيرورته خمرًا خرج عن ملك المالك وصار في ذمّة الغاصب المثل ؛ لأنّه تلف أو بمنزله فإذا صار خلًّا لا دليل على عوده إلى ملك المالك ، بل يمكن أن يكون من المباح ، يملكه من يسبق إليه ، أو يكون هو في يده أولى به .
- وعلى كل حال فلا دليل على عوده إلى ملك المالك ، ولعلّه لذاحكي عن الفاضل وولده والشهيد والكركي الإشكال في ردّه إلى المالك في باب الهبة^(٦) ، بل ستمسح الإشكال فيه أيضًا في القواعد .
- بل قال فيها هنا أيضًا : « ولو غصب خمرًا فتخلّل في يده حكم بها للغاصب ، ويحتمل المالك »^(٧) .
- بل عن ولده في شرح الإرشاد أنّه قوّاه^(٨) ، بل في الإيضاح صحّحه^(٩) ، بل عنه في الكتابين أنّ وجه الاحتمال الثاني ثبوت الأولوية للمالك باليد للتخليل^(١٠) .
- ومقتضاه كون موضوع المسألة الخمر المتخذة للتخليل ، بل قد يؤيّده أنّها التي يتصوّر فيها الغصب دون غير المحترمة .
- ولعلّ وجهه أنّ فائدة احترامها جواز إبقائها في يده وعدم وجوب إراققتها ، لا أنّها تكون ملكاً له إذا صارت خمرًا في يد غيره وإن أثمّ بأخذها منه .
- اللهم إلّا أن يكون إجماعاً على ذلك ، كما يحكي عن الخلاف نفى الخلاف عن وجوب ردّها للمالك^(١١) ، وعن التذكرة : أنّه

(١) غاية المرام ٢ : ١٥٧ .

(٢) المسالك ٤ : ٧٠ .

(٣) المبسوط ٣ : ٧٢ .

(٤) السرائر ٢ : ٤٩٠ .

(٥) مفتاح الكرامة ٦ : ٢٧٥ .

(٦) القواعد ٢ : ٤١٠ . الإيضاح ٢ : ٤٢٢ . حاشية القواعد (موسوعة الشهيد الأوّل) ١٤ : ٤٠٤ - ٤٠٥ . جامع المقاصد ٩ : ١٨٤ .

(٧) القواعد ٢ : ٢٣٣ .

(٨) شرح الإرشاد : ٢١٩ (مخطوط) .

(٩) الإيضاح ٢ : ١٨٦ .

(١٠) حكاة في مفتاح الكرامة ٦ : ٢٧٥ .

(١١) الخلاف ٣ : ٤٠٨ .

مذهبنا^(١)، فإن تمّ إجماعاً فذاك، وإلا كان محلاً للمنع.

ودعوى أنّ ما نحن فيه غير غصب الخمر التي تخلّت في يده؛ لأنّ العصور مملوك لمن هو في يده وإنما طرأ عليه مانع الملك، فيزول بزواله، بخلاف الخمر، فإنّها لم تكن مملوكة له بوجه، فتخلّلها في يده إحداث ملك لمن هي في يده واضحة الفساد؛ ضرورة أنّ سبق الملكية بعد زوالها بصيرورتها خمرًا غير مجد.

كما أنّ شهرة الفرق بين الخمر المحترمة وغيرها بحيث يقتضي ملك المالك لها لو صارت خلأً ولو تحت يد غيره لا حاصل لها، إن لم يكن إجماعاً أو غيره ممّا يصلح لأن يكون دليلاً شرعياً.

ومن ذلك كلّ يظهر لك النظر في كثير ممّا في المسالك وغيرها، ومنه قوله فيها:

« وعلى تقدير تخمير العصور في يد الغاصب لو اختار المالك تغريمه قبل انقلابه خلأً فله ذلك، فإذا أخذ العوض فانقلب خلأً في يد الغاصب وجب ردّه وأخذ البذل، كما لو دفعه حيث لم يمكنه ردّ المغصوب لمانع آخر، مع احتمال استقرار ملك الغاصب عليه حينئذٍ، لخروجها عن أهلية الملك حين الخمرية وبراءته منها بدفع البذل وتخليها لأوجب حدوث ملكيته لمن هي في يده، ولو طلب المالك أخذها خمرًا مع أخذ البذل ففي إيجابته إليه وجهان: من خروجها عن ملكه، ومن ثمّ وجب البذل تاماً، ومن بقاء الأولوية، لإمكان إرادة التخلي، ومن ثمّ عاد ملكه إليها قبل دفع البذل، وهذا أقوى، إلا أن يعلم من حاله أنّه يتخذها للشرب لزوال حقّه حينئذٍ، وكون إعادتها إليه تعاوناً على الإثم والعُدوان، ثمّ على تقدير إعادتها إليه مع البذل فصارت خلأً في يد المالك ففي وجوب ردّ المثل إلى الغاصب وجهان: من أنّه أخذها للحيلولة وقد زالت، ومن أنّه ملك متجدّد، لأنّ العصور لما صار خمرًا صار تالفًا، فوجب بدله، والأقوى الأوّل، لأنّ الأصل ماله، وإنّما حدث له مانع الخمرية، فإذا زال المانع عاد الملك، ولم يبطل حقّه منه رأساً، وإنّما زال الملك بالفعل وبقي بالقوّة القريبة منه^(٢).

قلت: لا يخفى عليك ما فيه وإن كان قد أخذ كثيراً منه ممّا في القواعد، قال: «ولو غصب عسيراً فصار خمرًا ضمن المثل وفي وجوب الدفع إشكال، فإن أوجبناه فصار خلأً في يد المالك ففي وجوب ردّ المثل إشكال، فإن صار خلأً في يد الغاصب ردّه مع أرش النقصان إن قصرت قيمة الخلّ^(٣)».

ضرورة ظهور ما ذكره أولاً وأخيراً، بل صريحه أنّ البذل المأخوذ هو بدل حيلولة.

وفيه: أنّه لا وجه لها بعد خروج المال عن ملكية المالك، وما ذكره من المانع والقوّة القريبة من الفعل لا حاصل له بحيث يرجع إلى دليل معتبر.

بل لا يخفى عليك النظر في كلامه من غير ذلك، بل وما سمعته من القواعد، لاشتراك الجميع في الاحتياج إلى الدليل على الوجه الذي ذكرناه، والله العالم.

(١) النكرة ١٩: ٢٥٧.

(٢) المسالك ١٢: ٢٣٨ - ٢٣٩.

(٣) القواعد ٢: ٢٣٣.

[حكم الزرع في الأرض المغصوبة]:

المسألة (السابعة: لو غصب أرضاً فزرعها أو غرسها فالزرع ونماؤه للزارع) (١).

[١] بلا خلاف أجد فيه، بل في التنقيح عليه انمقد الإجماع اليوم^(١).

قلت: واليوم بل وقبل اليومين، إذ لم نجد مخالفاً في ذلك منّا. كل ذلك مضافاً إلى خبر 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: زرعْتَ بغير إذني فزرعك لي وعليّ ما أنفقت، أله ذلك أم لا؟ فقال: «للزارع زرعه ولصاحب الأرض كراهه»^(٢). ونحوه موثق سماعة^(٣)، بل وموثق آخر^(٤). بل هو على أصول المذهب وقواعده: ضرورة كون الزرع والغرس ملك الغاصب، والأرض إنما هي من المعدّات كالماء والهواء ونحوهما. نعم عن أبي علي: إن لصاحب الأرض أن يرد ما خسره الزارع ويملك الزرع^(٥)، وهو ليس خلافاً في أصل الملكية. وإنما هو قريب من قول أحمد بن حنبل.. إن جاء صاحب الأرض والزرع قائم فيها لم يملك إجبار الغاصب على قلعه، وخير المالك بين أن يقيه إلى الحصاد بأجرته وأرض النقص، وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون الزرع له^(٦)، لأن رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ: «من زرع أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء، وله نفقته»^(٧)، ومثله خبره الآخر عنه عليه السلام أيضاً^(٨). إلا أنّهما من غير طرقنا، بل لعلّ النصوص المزبورة للتعرض بفساد القول والافتراء في إخباره. على أنّهما ظاهران في الملك القهري الذي هو خلاف ظاهر المحكي عن ابن الجنيّد.

نعم في الموثق: في رجل أكرى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك، فقال: «عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الغرس والزرع قيمة عدل ويعطيها الغارس، وإن كان استأمره فعليه الكراء وله الغرس والزرع بقلعه ويذهب به حيث شاء»^(٩). لكنه خبر متّحد، قد أعرض عنه الأصحاب، فلا يصلح الخروج به عن العمومات فضلاً عن الأدلة السابقة، كما هو واضح. ورواه في التهذيب^(١٠) ومحكي الفقيه^(١١): «يقوم صاحب الدار الغرس والزرع قيمة عدل إن كان استأمره، وإن لم يكن استأمره فعليه الكراء» إلى آخره، وحينئذ يكون دالاً على المطلوب لا مخالفاً له.

ولعله لذا لم أعر على موافق لابن الجنيّد وإن مال إلى ما سمعته منه في الصبغ جماعة، وتعبّج الفاضل في المختلف من مخالفة الشيخ لابن الجنيّد في الصبغ مع قوله في المستعبر للغرس بوجوب الإجابة عليه لو بذل صاحب الأرض قيمة الغرس^(١٢). لا دلالة فيه على اختيار ذلك، على أنّه قد صرح هنا بعدم وجوب القبول^(١٣)، نعم صرح بموافقته في مسألة الصبغ، بل مال إليه غيره أيضاً. ويمكن أن يكون الوجه مضافاً إلى ما سمعته من النصوص إمكان الفرق بينهما باعتبار تعمّر زوال الصبغ أو عدم نفع معتد به فيما زال منه، بخلاف الزرع والغرس، أو شدّة التبعية فيه على وجه يكون أثره من الصفات بخلافهما، أو غير ذلك، والله العالم.

(٢) الوسائل ٢٥: ٣٨٧، ب ٢ من الغصب، ح ١.

(١) التنقيح ٤: ٧٧.

(٤) (٩) الوسائل ١٩: ١٥٦ - ١٥٧، ب ١٩ من الإجارة، ح ١ وذيله.

(٣) انظر الفقيه ٣: ٣٢٧، ح ٣٨٦٩.

(٦) الكافي في فقه أهل المدينة ٢: ٢٢٣.

(٥) نقله في المختلف ٦: ١٣١ - ١٣٢.

(٨) سنن البيهقي ١٣٦: ١٣٦.

(٧) سند أحمد بن حنبل ٤: ١٤١.

(١٠) التهذيب ٧: ٢٠٦، ح ٩٠٦. الوسائل ٢٥: ٣٨٧، ب ٢ من الغصب، ح ٢.

(١٢) (١٣) المختلف ٦: ١١٨، ١٣١ - ١٣٢.

(١١) الفقيه ٣: ٢٤٦، ح ٣٨٩٦.

- (و) على كل حال فـ [المختار] [١] أنَّ (عليه أجرة الأرض وإزالة زرع وغرسه) وإن تضرر بذلك [٢].
- (و) عليه أيضاً طم الحفر وأرش الأرض إن نقصت بالزرع أو بالقلع [٣].
- (و) كذا [المختار] [٤] أنَّه (لو بذل صاحب الأرض قيمة الغرس لم يجب على الغاصب إجابته) [٥]. بل لو رضي بالإبقاء بالأجرة لم يجب عليه [٦]. (وكذا) [المختار] [٧] أنَّه (لو بذل الغاصب أجرة الأرض أو قيمتها لم يجب على صاحب الأرض قبوله) [٨]. بل (لو وهبه) منه لم يجب عليه [٩]. (ولو حفر الغاصب في الأرض بئراً مثلاً (كان عليه طمها) مع طلب المالك، لوجب إعادة العين كما كانت مع الإمكان. (وهل له طمها مع كراهية المالك؟ قيل) [١٠]: (نعم) نه المالك أم لم ينه، رضي أم لم يرض (تحفظاً من درك التردّي) [١١]. وفيه إشكال.

[١] [كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].

[٢] فإنه الذي أدخله على نفسه، قال عبد العزيز بن محمد: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «من أخذ أرضاً بغير حقها أو بنى فيها، قال: يرفع بناؤه ويسلم التربة إلى صاحبها ليس لعرق ظالم حق، ثم قال: قال رسول الله ﷺ: من أخذ أرضاً بغير حقها كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر»^(١).

[٣] بلا خلاف ولا إشكال.

[٤] [كما] عرفت أنَّه لا خلاف معتد به ولا إشكال في [ذلك].

[٥] وما سمعته من الإسكافي قد عرفت ضعفه، وإن قال في جامع المقاصد: «إنه لو وجد به فائل -أي غيره- لكان قوياً»^(٢). إذ هو كما ترى.

[٦] للأصل ولتسلط الناس على أموالهم.

[٧] [كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].

[٨] للأصل (و) غيره.

[٩] لذلك، ولما فيه من المنّة.

[١٠] والقائل الشيخ وابن زهرة^(٣) فيما حكى عنهما.

[١١] وفيه: أنَّ ذلك لا يقتضي جواز التصرف له في مال الغير، وإنما أقضاه الضرر عليه، وهو الذي أدخله على نفسه. على أنه يمكن زوال الضمان عنه بالرضا بالإبقاء على وجه يرتفع عدوانه، بناءً على اعتبار ذلك في الضمان. بل هو المحكي عنه في ديات المبسوط، قال: «لو حفر بئراً عدواناً ثم إن المالك رضي ببقائها بعد الحفر العدواني سقط الضمان»^(٤). بل عنه هنا التصريح بأن الصحيح براءة بالبراء^(٥). وعليه يكون النزاع حينئذٍ معه في أنَّ الرضا بالإبقاء أو النهي عن الطم يقتضي الإبراء -كما سمعته منه في الديات ووافقه عليه المصنف والفاضل^(٦) على ما قيل^(٧) فيها -أم لا يقتضي ذلك، لأنه أعم فيبقى الضمان مستصحباً؟ ولعل الأقوى فيه ما ذكره.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٣٢٨.

(٤) المبسوط ٧: ١٨٦.

(٧) انظر مفتاح الكرامة ٦: ٢٧٤.

(١) الوسائل ١٩: ١٥٧، ب ٣٣ من الإجابة، ح ٣.

(٣) المبسوط ٣: ٧٣. الغنية: ٢٨١.

(٥) المبسوط ٣: ٧٣ - ٧٤. القواعد ٣: ٦٥٣.

[ولكن هل الرضا بالبقاء أو النهي عن الظلم يقتضي الإبراء أم لا يقتضي ذلك ؟ لعل الأقوى فيه عدم الإبراء] ، بل القول بعدم البراءة لو صرح بالإبراء لا يخلو من وجه كما ستعرف [١] .

[وقول المصنف : (ولو قيل للمالك منعه كان حسناً ، والضمان يسقط عنه برضا المالك باستبقائها) فيه إشكال [٢] . نعم الأحسن منه القول بأن له منعه وإن بقي الضمان عليه [٣] .

[حكم ما لو حصلت دابة في دار لا تخرج إلا بالهدم :

المسألة (الثامنة : إذا حصلت دابة) مثلاً (في دار لا) يمكن أن (تخرج إلا بهدم فإن كان حصولها) فيها (بسبب من صاحب الدار أُلزم بالهدم والإخراج ، ولا ضمان على صاحب الدابة) [٤] .

(وإن كان من صاحب الدابة ضمن الهدم) وخصوصاً إذا كان بسبب غصبه للدار [٥] .

لكن قد يقال حينئذٍ بوجوب ذبح الحيوان إن كان ممّا يؤكل ولم يرض المالك بالهدم ؛ وخصوصاً إذا كان قيمته أقل من أرش الهدم .

اللهمّ إلا أن يكون ذلك نحو الغرس في أرض الغير غصباً ، فإنّه يملك حفرها لقلع غرسه ، ويضمن الأرض للمالك إن كان . وقد يفرق بينهما بتوقّف الاستيلاء على تمام ما له بالحفر فيملكه ، بخلاف المقام المفروض تمكّنه من ذبح الحيوان من غير تصرف في دار المالك الواجب عليه إرجاعها له تامّة .

[١] ومن ذلك يعرف ما في قول المصنف : [ولو قيل] .

[٢] بناء على الوجه الذي ذكرناه وإن تبعه عليه من تأخّر عنه .

[٣] لما عرفت ، خصوصاً بعد ما سمعت سابقاً من النظر في اعتبار العدوان في الضمان بذلك ، لإطلاق الأدلة الذي لا ينافيه الضمان ، خصوصاً مع ابتداء الحفر على العدوانية - كما في المقام - الذي لا يدفع السببية الشرعية الرضا المتأخّر مع التصريح فضلاً عن مجرد الكراهة للظلم التي لا تنافي لإرادة البقاء على الضمان مع ذلك .

ومن هنا تردّد في محكي التحرير في الإبراء إذا أبرأه ، من أنّ المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن ، ومن أنّ حصول الضمان لتعديّه بالحفر ، والإبراء لا يزيله ؛ لأن الماضي لا يمكن تغييره عن الصفة التي وقع عليها ، ولأنّ الضمان ليس هنا للمالك ، فلا يصحّ الإبراء منه ، ولأنّه إبراء ممّا لا يجب فلم يصح^(١) .

ولا يخفى عليك الحال بعد التأمل فيما ذكرناه على أي وجه يفرض البحث ، والله العالم فلاحظ وتأمل .

[٤] لعدم العدوان منه ، وخصوصاً إذا كان ذلك غصباً من صاحب الدار للدابة مثلاً ، لما عرفت من وجوب ردّ المغصوب إلى مالكه وإن ترتّب عليه ضرر اضعاف المغصوب .

[٥] بلا خلاف أجدّه فيه بين من تعرّض له ممّن .

بل في المسالك^(٢) وغيرها عدم الإنشكال في الحكمين .

(١) التحرير ٥ : ٥٤١ ، وفيه : « حقاً » بدل « هنا » .

(٢) المسالك ١٢ : ٢٤١ .

نعم لو لم يكن الحيوان ممّا يذبح أمكن القول حينئذٍ بذلك [١].

إنّما الكلام فيما ذكره المصنّف بقوله: (وكذا إن لم يكن من أحدهما تفريط ضمن صاحب الدابة الهدم، لأنّه

لمصلحته) [٢].

قلت: الذي ينبغي في هذه ونحوها [٣] ترجيح الأعظم ضرراً منهما على الآخر إذا لم يكن عن تفريط كما هو المفروض، ومع فرض التساوي من كلّ وجه يرجع إلى القرعة أو إلى اختيار الحاكم، وهكذا في كلّ حقّين تزامنا ولا مرجّح لأحدهما ولو من جهة التفريط وعدمه [٤].

ولعلّ مثل ذلك لو جاء السبل بنخلة زيد مثلاً فأثبتها في أرض الغير، فإنّ عليه تخليص ملك الغير منها، وجبر كلّ ضرر يكون من ذلك عليه [٥].

نعم لو اختار صاحب المال إتلاف ماله لأجل أن لا يغرم كان له ذلك، كما هو واضح والله العالم.

[١] لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، وكيف كان فالأمر في ذلك سهل.

[٢] بل في المسالك نسبته إلى المشهور^(١)، بل قيل: لا خلاف فيه بيننا^(٢).

لكن قال في المسالك: «ويشكل بأنّ التخليص والمصلحة قد تكون مشتركة بينهما، بل هو الأغلب، وقد تكون مختصة بصاحب الدار، بأن لا يكون لصاحب الدابة حاجة إلى إخراجها، لصغرها أو عدم صلاحيتها للانتفاع وصاحب الدار يحتاج إليها في موضع الدابة عاجلاً والفرض انتفاء التفريط.

نعم لو خيف هلاك الدابة بدون الإخراج أتجه وجوبه، لحرمة الروح، ومع ذلك ففي اقتضاء ضمان صاحب الدابة نظر»^(٣).

[٣] بعد ملاحظة «لا ضرر ولا ضرار» وقاعدة الجمع بين الحقّين.

[٤] وكأنّ وجه ما ذكره الأصحاب في الفرض أنّ صاحب الدابة مكلف بأخذها من دار الغير وتخليص ملكه منها، فكلّ ضرر حصل على صاحب الدار بالنسبة إلى ذلك وجب جبره على صاحب الدابة لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار».

[٥] ولعلّه لذا ذكره في التذكرة مفروغاً منه، بل قال فيها: «هو ظاهر مذهب الشافعية أيضاً، لأنّه إنّما نقض بتخليص ملكه». نعم حكى عن بعض الشافعية أنّه لا يضمن صاحب الفصيل شيئاً، لأنّه لا تفريط من أحد، والإخراج لا بدّ منه، لحرمة الروح، ثم قال: «وإنّما يتمّ هذا فيما إذا خيف هلاكه لو لم يخرج»^(٤).

قلت: بل قد يقال بضمانه حينئذٍ أيضاً، لأنّ خوف الهلاك لا يدفع الضمان عنه.

ثم قال: «وهكذا إذا باع داراً فيها حباب لا تخرج إلا بنقض الباب فإذا نقلها كان إصلاح ذلك عليه، لأنّها لتخليص ملكه»^(٥) وهو كالصريح في المفروغية من ذلك.

(١) (٣) المسالك ١٢: ٢٤٢.

(٢) مفتاح الكرامة ٦: ٢٨٦.

(٤) (٥) التذكرة ١٩: ٢٨٤.

(ولو أدخلت دابة رأسها في قدرٍ) مثلاً (واقترع إخراجها) منه (إلى كسر القدر فإن كانت يد مالك الدابة عليها أو فرط في حفظها ضمن) القيمة إن لم يكن لمكسوره قيمة أو الأرض إن كان .
(وإن لم يكن يده عليها وكان صاحب القدر مفرطاً - مثل أن يجعل قدره في الطريق - كسرت القدر عنها ولا ضمان في الكسر) [١] . والتحقيق (في تراحم الحقوق) ما ذكرناه من كون التخيير في القطع للحاكم ، وأولى منه الرجوع إلى القرعة ، والله العالم .

[١] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بين من تعرض له من الشيخ^(١) والفاضل^(٢) والشهيد^(٣) والكركي^(٤) .
نعم في التذكرة في صورة تفريط صاحب الدابة : « فإن كانت غير مأكولة اللحم لم يجز ذبحها ووجب كسر القدر مع ضمانه وإن كانت مأكولة اللحم فهل تذبح أو يكسر القدر ؟ الأقرب ذبحها ، لأنه ينتفع بلحمها ، فيقل الضرر على صاحبها ، والنقص إن كان فمن صاحبها وقع حيث وقع التفريط منه »^(٥) .

قلت : قد يلوح منه الترجيح بقلة الضرر ، إلا أن ما ذكره أخيراً يأتي في الأول مع فرض كون التفريط منه .
وفي الدروس بعد أن ذكر الحكم كما ذكره المصنف وغيره ، قال : « ولو كان كسرها أكثر ضرراً من قيمة الدابة أو أرشها احتمل أن تذبح الدابة »^(٦) .

وفيه - مضافاً إلى عدم تفصيله بين المأكول وغيره - إمكان منعه مع فرض كون التفريط منه ، لأنه حينئذٍ السبب في إدخال الضرر على نفسه .

ثم قال : « أما لو أدخل ديناراً في محبرته وكانت قيمتها أكثر منه ولم يمكن كسرها لم تكسر المحبرة ، وضمن صاحبها الدينار مع عدم تفريط مالكه ، ولو دخلت زهرة اليقطين في إناء الغير فعظمت اعتبر التفريط ، ومع انتفائه يتلف أقلهما قيمة ويضمن صاحب الآخر ، وإن تساويا فالأقرب أن الحاكم يجبرهما ، فإن تمانعا فالقرعة »^(٧) .
وفيه إشعار في الجملة بما ذكرناه من الميزان في تراحم الحقوق ، لكن لا يخفى عليك ما في قوله : « فالأقرب ... إلى آخره » سواء أراد الإيجاب أو التخيير .

اللهم إلا أن يريد من التخيير أن الحاكم يختار كلاً منهما في كل من الأمرين ؛ لاشتراكهما معاً في مفاد الأصول وغيره .
إلا أنه لما كان ذلك لا يقطع الأمر لاحتمال التمانع في الخارج أمر بالقرعة ، وإلا فمع فرض سبق أحدهما إلى شيء من الفردين لم يكن عليه إثم .
إلا أن ذلك أيضاً كما ترى .

(١) المبسوط ٣ : ٩٣ - ٩٤ .

(٢) القواعد ٢ : ٢٣٦ ، التحرير ٤ : ٥٤٩ .

(٣) الدروس ٣ : ١١٠ ، المسالك ١٢ : ٢٤٢ .

(٤) جامع المقاصد ٦ : ٣٠٧ .

(٥) التذكرة : ٢٨٧ .

(٦) (٧) الدروس ٣ : ١١٠ ، وفيه : « بخيرهما » بدل « بغيرهما » .

ولو فرطاً معاً [١]. [كسرت القدر أيضاً، ولا يضمن صاحب الدابة].

(و) كيف كان فـ (إن لم يكن من أحدهما تفریط ولم يكن المالك معها وكانت القدر في ملك صاحبها كسرت، وضمن صاحب الدابة، لأن ذلك لمصلحته) [٢].

نعم بقي شيء، وهو أن التفریط جهة مريحة لغير المفرط على كل حال وإن عظم ضرره في ظاهر كلامهم، إلا أنه لا يخلو من إشكال في بعض الأفراد [٣].

[١] فعن التذكرة كسرت القدر أيضاً، وضمن صاحب الدابة؛ لأنه لمصلحته^(١). وفيه إشكال بل عن الأردبيلي الجزم بعدم الضمان^(٢).

[٢] كما في القواعد ومحكي المبسوط^(٣) وغيره، بل في المسالك: أنه المشهور^(٤). لكن أشكله بنحو ما سمعته سابقاً من «أن المصلحة قد تكون مشتركة وقد تكون مختصة بصاحب القدر أو غالبية، خصوصاً إذا كان ما يبقى من القدر بعد الكسر له قيمة، فإن حفظه مصلحة للمالكها. وقد تكون قيمة القدر أو أرشه تزيد عن قيمة الدابة على تقدير إتلافها فالزام صاحب الدابة زيادة عن قيمة دابته بعيد. وأيضاً فقد تكون مأكولة اللحم فلا يفوت عليه بذبحها ما يقابل القدر أو ما يفوت منها، وكون المقصود خلاص الحيوان - لأنه ذو روح - لا يتم مطلقاً؛ لأنه على تقدير صلاحيته للذبح لا يتعين تخليصه ببقائه ليكون حكمه حكم القدر مع اشتراكهما في عدم التفریط، واحتمل في الدروس ذبح الدابة مع كون كسر القدر أكثر ضرراً من قيمة الدابة أو أرشها ترجيحاً لأخف الضررين. وبالجمله فحكم المسألة مع انتفاء التفریط مشكل وإن كان المشهور ما ذكره المصنف»^(٥).

قلت: لا يخفى عليك - بعد الإغضاء عما في بعض كلامه - عدم الإشكال في ذلك وفي غيره من الأمثلة المذكورة في المقام - من بلغ الشاة جوهرة الغير وغير ذلك - مع الإحاطة بما ذكرناه من الميزان في تراحم الحقوق. ولعل إطلاق الأصحاب أن المصلحة لصاحب الدابة مبنية على اقتضاء بقاء القدر هلاكها، فالضرر عليه حينئذٍ بالبقاء دون صاحب القدر الذي يأخذ قدره بعد الموت تامةً، ومن هذه الجهة خصوصاً صاحب الدابة بالضمان. أما لو فرض عدم ذلك مع كون القدر في رأسها وإن تضررت فالمصلحة مشتركة بينهما، كما هو واضح، خصوصاً مع فرض احتمال تلفه لو بقي على رأسها، والفرض أن لمكسوره قيمة، فتأمل.

[٣] هذا، وفي المسألة أيضاً: «واعلم إن عطف المصنف قوله: «ولم يكن المالك معها» على ما «إذا لم يكن من أحدهما تفریط» غير جيد، لأن عدم كون المالك معها قد يكون من موجبات عدم التفریط، وقد يجامع التفریط، وكذا قوله: «وكانت القدر في ملك صاحبها» فإنه من أمثلة عدم التفریط عطفه عليه المقضي للمغايرة وكونه شرطاً آخر مع عدم التفریط ليس بجيد. وكان حكمهما أن يكونا مثالين لعدم التفریط، ولو جعل الواو للحال قرب من المقصود، وإن كان لا يخلو من قصور في الجملة»^(٦). قلت قد يقال: إن وجود المالك مع الدابة مقتضى لضمان ما تحته وإن لم يكن مفرطاً. ومن هنا جعله في الأول مقابلاً للتفریط، وأما القدر فالواو فيه للحال كما ذكر، فلا إشكال في العبارة حينئذٍ، والله العالم.

[حكم اسناد الحائط بجذع بغير إذن مالكة]:

المسألة (التاسعة:) (قال الشيخ رحمته في المبسوط : إذا خشي على حائط جاز أن يسند^(١) بجذع) مثلاً (بغير إذن مالك الجذع مدعياً للإجماع) [١]. (وفي دعوى الإجماع) المزبور (نظر) [٢].
[والميزان ما ذكرناه من ترجيح الأعظم ضرراً من الحقوق عند التعارض] ، فيقدم الكلّي منها على الجزئي ، كما لو كان حائط في طريق المسلمين مثلاً أو كانت قنطرة كذلك ، فإنّ إسناده بجذع الغير - مع فرض انحصار الأمر فيه - والجبر بالأرض والأجرة ونحو ذلك أولى [٣].
[لو جنى العبد المغصوب فقتل] :

المسألة (العاشرة : إذا جنى العبد المغصوب عمداً فقتل ضمن الغاصب قيمته) يوم تلفه غير مستحقّ عليه القصاص أو أعلى القيم من يوم غصبه إلى يوم تلفه ، أو غير ذلك ممّا عرفت البحث فيه سابقاً .
إنّما المراد هنا بيان كونه مضموناً على الغاصب وإن كانت الجناية من العبد بلا تفريط من الغاصب [٤].
ولا فرق في الضمان المزبور بين القصاص فيه بعد ردّه إلى سيّده أو قبله [٥].
وكذا لو ارتدّ في يد الغاصب فقتل بعد ردّه إلى السيّد أو قبله .
نعم لو غصبه مرتدّاً أو سارقاً فقتل أو قطع عنده فالأقوى ضمانه إياه مستحقّ القتل أو القطع [٦].

[١] أي قال : بلا خلاف^(٢) .

[٢] ضرورة عدم حكاية موافق له ممن تقدّمه أو عاصره . نعم في الدروس بعد أن حكى ذلك عنه ، قال : « وحينئذٍ الأقرب ضمان عينه وأجرته وإن انتفى الإثم »^(٣) . وهو - مع أنّه غير صريح في وفاقه - لا مدخلة له في ثبوت الدعوى المزبورة . ولعلّه لذا نزلّه في جامع المقاصد على خصوص خوف تلف النفس المحترمة ، قال : « والحقّ أنّه إن خيف بترك ذلك ضرر على نفس محترمة ونحو ذلك جاز إسناده ، لجواز إتلاف مال الغير لحفظ النفس ، ويضمن العوض ، ويبلوغ من تعليل الشيخ إرادة هذا المعنى ، حيث قال : إنّ مراعاة المصالح الكلية أولى من الجزئية مع التعارض ، وهذا حيث لا يمكن نقضه أو يخاف المعالجة قبله »^(٤) . قلت : لا دالة في كلامه على خصوص تلف النفس . ويمكن حمل كلامه على ما ذكرناه أيضاً من الميزان مع التعارض في الحقوق .

[٣] فإنّه جهة مرّجحة أيضاً ، ولعلّ ذلك باب عظيم يفتح منه أمور كثيرة ، فتأمّل والله العالم .

[٤] ولا أجد خلافاً في ذلك ، بل ولا إشكالاً ، لما عرفته مكرراً من كون الغاصب يد ضمان وإن تلف بأفة سماوية .

[٥] ضرورة عدم براءته بالردّ المزبور ؛ لثبوت الاستحقاق عليه في يده والفرض ضمانه .

[٦] ضرورة عدم خروجه بالارتداد ولو فطرياً عن الملك فله قيمته ، بل صرح بعضهم^(٥) بجواز بيعه كذلك ، خصوصاً بعد القول باختصاص جواز قتله للسلطان - بناءً على أنّه من الحدود - وقد لا يظفر به .

[والمختار] (١) أنه لا فرق في الردّة بين الفطرة والملة إذا كانت مقتضية للقتل [٢].

نعم لو ارتدّ في يده ثمّ مات في يد المالك من غير قتل ضمن الأرض خاصّة [٣].

كما أنه لا يبرأ بالموت عن الأرض [٤].

ومن ذلك يعلم أنّ الوجه فيما لو اشترى مرتدّاً أو سارقاً فقتل أو قطع في يد المشتري عدم رجوعه بشيء على

البائع مع فرض علمه وإقدامه المسقطين لخيار العيب، أمّا مع الجهل فله الأرض خاصّة [٥].

(و) كيف كان فـ (إن طلب وليّ الدم الدية) في مفروض المسألة على الوجه الشرعي المقرّر في العبد (لزم

الغاصب أقلّ الأمرين من قيمته ودية الجناية) [٦].

[١] [كما من هنا يظهر لك ذلك].

[٢] فما في القواعد^(١) من الإشكال في ذلك - ممّا عرفت ومن وجود السبب في يد المالك فهو كوجود المسبّب، وأنّه لا يضمن

بالجناية فلا يضمن باليد، وأنّ إزالة ملك المالك لا تضمن بالقتل فأولى أن لا يضمن إزالة يده - واضح الضعف، إذا كلّ ذلك كما ترى.

وأضعف من ذلك قوله متصلاً بالإشكال السابق: «فإنّ منعه ضمن النقص الزائد على المقدّر لو حصل زائد عليه»^(٢) سواء

كان مراده خصوص القطع أو الأعمّ منه ومن الارتداد، على معنى أنّه لو كان قيمته مئة فقطع ونقصت قيمته إلى عشرين فإنّه يضمن

الزائد على جانبته التي هي نصف القيمة، وهو ثلاثون، أو كانت قيمته ألفي دينار فقتل فإنّه يضمن الغاصب حينئذ ألف دينار.

إذ هو - كما ترى - لا وجه له بعد أن كانت الجملة غير مضمونة على الغاصب كما هو المروض، فالمتّجه عدم ضمانه شيئاً،

وهو واضح.

وأضعف منهما قوله متصلاً بذلك: «وكذا الإشكال لو انعكس»^(٣) أي ارتدّ أو سرق في يد الغاصب فقتل أو قطع في يد

المالك؛ ضرورة منافاته لما سبق منه ومن غيره في خصوص ذلك.

بل ولقواعد الغصب التي منها ضمان العين المغصوبة على الغاصب على كلّ حال ومن غير فرق بين الآفة السماوية وغيرها.

[٣] لأنّه ردّه ناقصاً، والقرض عدم قتله، فلا يضمن كمال القيمة.

[٤] ضرورة تحقّق النقصان فيه وإن تلف بالموت لا بالعيب الحادث في يد الغاصب.

[٥] فما في القواعد من الإشكال في أنّه من ضمان البائع^(٤) في غير محله، والله العالم.

[٦] كما صرح به الفاضل والشهيدان والكركي^(٥) وغيرهم.

بل لا أجد فيه خلافاً بيننا، وإن قال في المسالك: إنّ الأشهر^(٦) مشعراً بوجوده إلّا أنّنا لم نتحقّقه.

وعلى كلّ حال فوجهه أنّه الذي يستحقّه الولي مع فرض كون طلبه على الوجه الذي ذكرناه؛ ضرورة أنّ الدية إن كانت أقلّ

فظاهر، وإن كانت القيمة أقلّ فإنّ الجاني لا يجني على أكثر من نفسه.

نعم لو اقترح غير ذلك بأن طلب أضعاف قيمته على العفو عن القصاص عنه وجب على الغاصب بذله [١]. ولو مات العبد المزبور دفع الغاصب القيمة التي ثبتت عليه بالغصب للمالك، فإن رجع المجني عليه على المالك بالقيمة التي هي بدل العين التي تعلّق بها حقّ الجناية دفعها إليه مع فرض المساواة بين القيمة المدفوعة للغصب وبين قيمة الجناية، ورجع على الغاصب بقيمة أخرى [٢].

[ويجوز للمجني عليه الرجوع على الغاصب]. نعم لو كان الدفع [أي دفع الغاصب للقيمة] بإذن المجني عليه اتّجه عدم الرجوع حينئذٍ [٣]. [ويخصّص المالك بالزائد والتفاوت بين القيمة المضمونة للجناية وبين القيمة للغاصب، ولا رجوع للمجني عليه في ذلك].

ولو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ثمّ قتله المودع - بالفتح - فعليه قيمته يتعلّق بها أرض الجناية، فإذا أخذهها الولي لم تجب قيمة أخرى على المودع؛ لأنّه جنى وهو غير مضمون عليه، كما هو واضح.

[١] لما عرفته من تكليفه بالأحقّ بالنسبة إلى ردّ العين فكلّ ما يتوقّف على ذلك يجب عليه دفعه. وقد احتمله في جامع المقاصد^(١) هنا، بل مال إليه غيره. ولعلّه لا ينافيه ما في المتن وغيره بعد تنزيله على ما ذكرناه. اللهمّ إلا أن يقال: لا يجب على الغاصب بذل الزائد المقترح لكن فيه منع واضح.

[٢] بلا خلاف أجهده في شيء من ذلك ولا إشكال، عدا استحقاق رجوع المجني عليه على المالك بالقيمة. لاحتمال اختصاص رجوعه على الغاصب، فيخصّص المالك حينئذٍ بما أخذ، كما أنّه يختصّ الجاني بأرض جانيته لو أخذه، ولا يرجع عليه المالك، فهما حينئذٍ كرجلين لكلّ واحد منهما دين على ثالث. بل عن التذكرة نفي البأس عن ذلك، وأنّ المشهور عند الشافعية الأوّل^(٢). قلت: لعلّ وجه رجوعه على المالك أنّه قبض قيمة العين التي تعلّق بها حقّ المجني عليه على وجه ينتقل منها إلى قيمتها. بل قد يتوهم عدم رجوع المجني عليه على الغاصب باعتبار عدم ضمانه للعين التي تعلّقت بها الجناية بالنسبة إلى الجاني، ولذا لا يجوز له ردّها للسيد بعد الجناية. لكن يدفعه أنّا منعه ذلك بعد تعلّق الحقّ فيها، كما يمنع بالنسبة إلى قيمتها أيضاً، لقيامها مقامها، فالذي جوّز رجوعه على الغاصب هو دفعه لما تعلّق له حقّ المجني عليه من غير إذن، نحو رجوع الديان على من دفع عبناً من تركه الميت إلى وارثه مثلاً بغير إذن منه.

[٣] وعلى كلّ حال فليس هو كدبّين على ثالث، بل هو دين واحد تعلّق به حقّان وإن رجع السيد على الغاصب إذا أخذه منه ذو الحقّ المقدّم عليه باعتبار ضمانه عليه، فتأمّل جيّداً، فإنّ المسألة غير محزرة في كلامهم. ومن ذلك أيضاً ما يظهر من غير واحد من التفاوت بين القيمة المضمونة للجناية وبينها للغاصب، بناءً على ضمان أعلى القيم له، فيخصّص المالك حينئذٍ بالزائد، ولا رجوع للمجني عليه في ذلك. مع أنّه قد يشكل ذلك، خصوصاً لو فرض الأعلى بعد حصول الجناية، بأنّ حقّ الجناية إنّما تعلّق بالرقبة، ولذا لو مات ولم يكن مضموناً سقط، ولكن لما كان مضموناً بالغصب قامت قيمته مقام عينه في التعلّق، فأی قيمة كانت للغصب يتعلّق بها حقّ الجناية، لأنّه تابع له في ذلك، فلا فرق بين القول بالأعلى وغيره.

(١) جامع المقاصد ٦: ٢٨٠.

(٢) التذكرة ١٩: ٣٦٨.

هذا كله في الجناية الموجبة قصاصاً في النفس، (وإن أوجبت قصاصاً فيما دون النفس فاقتص منه ضمن الغاصب الأرض) على حسب ما تقدم الكلام فيه سابقاً لو جنى هو عليه نفسه.

(وإن عفى على مال ضمن الغاصب أقل الأمرين) على حسب ما سمعت الكلام فيه في النفس [١].

ولو جنى في يد سيده بالمستوعب ثم غصب فجنى أخرى بالمستوعب ولم يحكم به للأول فـ [قيل] [٢]: بيع فيهما ويرجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني منهما [٣].

والظاهر كون المراد: مع اختيارهما [= المجني عليه الأول والثاني] البيع، لا أنه يباع عليهما قهراً؛ إذ لا إشكال في جواز استرقاقه لهما، كما لا إشكال في استرقاق الأول له من دون حاجة إلى حكم به، وأنه لو استرقه الأول ثم جنى الجناية الثانية اختص بالثاني.

نعم يشتركان فيه مع فرض عدم استرقاق الأول له مثلاً على ما قدّمناه سابقاً من عدم اختصاص ذي الجناية الأولى به ولا الثاني [٤].

إنما الكلام في استحقاق رجوع الأول بما يأخذه المالك من الغاصب عوض جناية الثاني التي هي مضمونة عليه دون الثاني [٥].

[١] ضرورة اتحاد المدرك في الجميع، فلا حاجة إلى عود الكلام.

[٢] [قاله] في القواعد ومحكي التذكرة وجامع المقاصد^(١).

[٣] لأن الجناية وقعت في يده وكان للمجني عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني، لأن الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانياً، فلا يتعلق به حقه. ونحو ذلك ما ذكرناه سابقاً عن التحرير^(٢).

[٤] وإن أوهم الأخير بعض النصوص^(٣)، لكنه معارض بغيره^(٤)، كما تقدم البحث فيه سابقاً، ويأتي إن شاء الله، والأمر في ذلك كله سهل.

[٥] وقد وجهه في جامع المقاصد بأن «حق المجني عليه أولاً متعلق بقيمة العبد كلها، لأن الفرض أن الجناية مستوعبة، وقد وجد باقي القيمة فيتعلق به حقه. وأما الثاني فلأن الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانياً، وهو نصف القيمة المستحق له، فلا يتعلق به حقه مرة أخرى، لاستحالة تعلق حقه به مرتين، والنصف الآخر من القيمة قد فات بتعلق حق المجني عليه أولاً به، فكان القيمة من أول الأمر مقدار النصف.

وأما المجني عليه الأول، فإن حقه متعلق بتمام القيمة، والجناية الثانية لكونها مضمونة على الغاصب في حكم المنتفية، فيبقى تعلق حقه بالقيمة جميعها ثابتاً، ولما لم تكن الجناية الأولى مضمونة على الغاصب لم يكن المالك الرجوع بما أخذه المجني عليه أولاً»^(٥).

(١) القواعد ٢: ٢٣٢. التذكرة ١٩: ٢٦٩. جامع المقاصد ٦: ٢٨١ - ٢٨٢.

(٢) انظر التحرير ٤: ٥٣٣.

(٣) (٤) انظر الوسائل ٢٩: ١٠٤، ب ٤٥ من القصاص في النفس.

(٥) جامع المقاصد ٦: ٢٨٢.

قلت: لكن قد يقال: إن ما أخذه المالك بسبب الغضب لا مدخلية له في الجناية، فلا يتجه رجوع الأول عليه بها [١]. وعلى كل حال ينبغي أن يكون الذي يضمنه الغاصب قيمة نصف عبد مستحق عليه الجناية الأولى [٢]. وكيف كان فالمسألة محتاجة إلى التأمل، ولو مات في يد الغاصب فعليه قيمته، تقسم بينهما، ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة، ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذه منه بناءً على ما عرفت [٣]. ولو وهب المجني عليه ثانياً ما أوجبه الجناية للمالك فالرجوع بالنصف بحاله. نعم لو وهبه للغاصب لم يبعد سقوط الرجوع به، فتأمل. ولو جنى على سيده عمداً فاقطع منه ولته ضمن الغاصب كالأجنبي [٤]. ولو جنى على طرف فاقطع منه سيده ضمن الغاصب أكثر الأمرين على الوجه السابق [٥]. نعم لو كانت الجناية خطأ أو شبه عمداً فلا ضمان على الغاصب [٦]. نعم لو فرض حصول نقص في قيمته بالجناية المزبورة ضمنه كما يضمنه لو حصل في العمد من حيث الجرأة، وهو غير أرش الجناية. ولو عفا السيد على مال [هل يفديه الغاصب بأقل الأمرين من أرش الجناية وقيمة العبد كالأجنبي؟] [٧] [المختار أنه يضمن الغاصب أكثر الأمرين كما تقدم سابقاً].

[١] إذ هما حيثيتان مختلفتان، وأقصى الأدلة اشتراك الجنائيتين برقبة العبد دون غيره وإلا لاقتضى شركة الثاني، فإن الفرض كون الثانية كالأولى في التأثير. ولا مدخلية للسبق فمع فرض وجود باقي القيمة يتعلّقان به معاً وإن كان هو عوض الثانية منهما. وفيه: أن المجني عليه الأول أولى بذلك، لأن المالك بحكم منقطع السلطان عليه بالجناية الأولى المفروض كونها مستوعبة، أقصى ما هناك قد زاحمتها الجناية الثانية في عينه دون القيمة الحاصلة بسبب الضمان الذي هو تدارك ما أخذه الثاني. اللهم إلا أن يقال: إن الضمان المزبور لم يكن للمجني عليه الأول لأن الفرض عدم منع الغاصب له عن استيفاء جنياته، وإنما هو للمالك باعتبار بقاء العين على ملكه قبل الاستيفاء.

[٢] لأن الفرض أنه غصبه كذلك، لا نصف قيمته بدون الوصف المزبور كما عساه يظهر من كلام المتعرضين له.

[٣] وفيه البحث السابق.

[٤] لإطلاق الأدلة.

[٥] وما في القواعد من الإشكال في أصل الضمان^(١) باعتبار أنه إذا سلمه للمولى فقد مكّنه منه غاية التمكن واضح الضعف.

[٦] لعدم ثبوت مال للسيد على عبده. وما عن الإيضاح من الضمان أيضاً كالأجنبي^(٢) واضح الضعف.

[٧] ففي التذكرة «ثبت المال على العبد وفداه الغاصب بأقل الأمرين من أرش الجناية وقيمة العبد كالأجنبي»^(٣).

وحكاية في جامع المقاصد عنها، ثم قال: «ووجهه أن المال ليس بثابت هنا أصالة من أول الأمر، فيمتنع ثبوته، لاستلزامه وجوب مال للسيد على عبده، وإنما هو عوض عن جناية ثابتة مستحقة على العبد مضمونة على الغاصب فلا يمتنع ثبوت عوضها، لأن الخيار في ذلك إلى المجني عليه»^(٤). قلت: لا يخفى عليك ما فيه، وحمله على إرادة العفو عنه على المال بالمعنى الاقتراحي لعدم القصاص منه كما تقدم سابقاً لا يقتضي الفداء بأقل الأمرين، كما هو واضح، والله العالم.

[لو نقل المغصوب إلى غير بلد الغصب]:

المسألة (الحادية عشر): [إذا نقل المغصوب إلى غير بلد الغصب لزمه إعادته] إن كان مالكة فيه [١].
أما لو كان مالكة في غيره وجاء به الغاصب إليه فـ [تخير المالك بين أن يقبضه حيث يدفعه إليه وبين أن يأمره بالرد إلى المكان الذي غصبه فيه] [٢]. [وحيث يرضى المالك ببقائه دون المكان الأول، فليس للغاصب الزيادة عليه وإن نقله إلى مكان الغصب، فلا يجب عليه الإعادة وإن أتم بنقله إليه]. وكيف كان فتحق المالك على الغاصب الرد لا مؤونته (و) حيثنذر فـ (لو طلب المالك الأجرة عن إعادته لم يلزم الغاصب لـ) كما عرفت من (أن الحق هو النقل) لا أجزته. (ولو رضي المالك به هناك لم يكن للغاصب قهره على الإعادة) قطعاً. إنما الكلام في قهر المالك الغاصب على الرد في غير بلد الغصب وأنه هل له ذلك أم لا؟ [٣]. [المختار أنه ليس له ذلك].
(النوع الثاني: في مسائل التنازع، وهي ست:)

[لو تلف المغصوب واختلفا في القيمة]:

المسألة (الأولى: إذا تلف المغصوب واختلفا في القيمة فـ) [قبيل: [٤] إن] (القول قول المالك مع يمينه) بل

[١] بغير إشكال؛ لتوقف الأداء والرد على ذلك.

[٢] [كما] في المسالك «تخير المالك بين أن يقبضه حيث يدفعه إليه وبين أن يأمره بالرد إلى المكان الذي غصبه فيه؛ لأنه عاد بنقله، فكان الرد عليه حيث يطلبه المالك، وله أن يأمره برده إلى بعض المسافة، بل هو أولى»^(١). قلت: قد يناقش فيه إن لم يكن إجماعاً -بعد الدليل عليه. بل مقتضى الأصل أو الأصول خلافه. بل ظاهر «تودي»^(٢) بل و«مردود»^(٣) ذلك أيضاً إذا كان المراد الرد إلى المالك. اللهم إلا أن يقال: إن الظاهر من الرد إرجاع الشيء إلى المحل الذي أخذه منه، خصوصاً بعد الاعتراض بفتوى من وقفنا عليه من الأصحاب.

ثم قال: «وحيث يرضى المالك ببقائه دون المكان الأول ليس للغاصب الزيادة عليه، لأنه تصرف في المغصوب بغير إذن المالك، فلو تجاوز به المأذون فللمالك إلزامه بإعادته لتعديده في النقل كأصله»^(٤). قلت: قد يناقش بوجوب الإعادة مع فرض المجني به إلى بلد الغصب وإن أتم بذلك.

[٣] [ف] في المحكي عن التذكرة: «أنه لو نقل حراً صغيراً أو كبيراً من موضع إلى موضع آخر بالقهر، فإن لم يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع الأول فلا شيء عليه، وإن كان فاحتاج إلى مؤونة فهي على الناقل على إشكال»^(٥). بل في المسالك^(٦) الجزم به. ضرورة عدم دليل على ذلك بعد ما ذكرناه من عدم الضمان بقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» ونحوها، فتأمل جيداً، والله العالم.

[٤] [كما] عن المقنعة والنهاية^(٧).

(١) المسالك ١٢: ٢٤٧. (٢) المستدرک ١٤: ٧، ب ١ من الودعة، ح ١٣.

(٣) الوسائل ٢٥: ٣٨٦، ب ١ من الغصب، ح ٣.

(٤) (٦) المسالك ١٢: ٢٤٨.

(٥) المقنعة: ٦٠٧. النهاية: ٤٠٢.

(٥) التذكرة ١٩: ٢٢٠.

(و) [فيل] [١]. (هو قول الأكثر) [٢]. (وقيل) [٣]: (القول قول الغاصب) بيمينه [٤]. (و) لا ريب في أنه (هو أشبه) [٥]. فالأقوى حينئذ قول الغاصب في نفي الزيادة على ما أقر به، لكن مع ذكره قيمة للعين المغصوبة ممكنة. (أما لو ادعى ما يعلم كذبه فيه مثل أن يقول: ثمن الجارية حبة أو درهم لم يقبل) قطعاً [٦].

[١] [كما] عن التحرير^(١).

[٢] وإن كنا لم نجده لغيرهما.

[٣] والقائل الشيخ والحلي والفاضل وولده والمقداد والشهيدان والكركي^(٢) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم.

[٤] بل في المسالك نسبتها إلى أكثر المتأخرين^(٣)، بل في الرياض إلى عامتهم^(٤).

[٥] بأصول المذهب وقواعده التي منها أصالة براءة ذمته باعتبار أنه غارم ومنكر. لكن في صحيح أبي ولاد فمن يعرف ذلك أي القيمة؟ قال: «أنت وهو، إما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، فإن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة تلزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا فيلزمك»^(٥) مؤيداً بأعرافية المالك بقيمة ماله من الغاصب الذي يناسبه الأخذ بأشق الأحوال. ولعله لذا قال في الكفاية: «لا يبعد ترجيحه»^(٦). وفي الرياض: «لو لا إطباق متأخري الأصحاب على العمل بالأصل العام وإطراح الرواية لكان المصير إليها في غاية القوة»^(٧).

قلت: لكن قد يقال: يمكن حمله على إرادة بيان أن ذلك طريق لمعرفة القيمة مع التراضي بينهما في ذلك، لا أن المراد بيان تقديم قوله مع عدم التراضي، وإلا لم يكن معنى لقوله فيلزمك: «أو يأتي... بشهود»؛ ضرورة عدم الحاجة إليهم في إثبات قوله بناءً على أن القول قوله. بل قد يشعر قوله: «إما» بما ذكرناه، لأن معادله المقدر «وإما أن يحلف هو فيلزم ما يحلف عليه، أو يرد اليمين عليك فيلزمه ما تحلف عليه أو يأتي بشهود». ولعل التأمل الجيد يقتضي أن المراد بالصحيح المزبور بيان انحصار معرفة القيمة كما هي بهما، لكن بالحلف على الوجه المزبور أو بالشهود، وهو كذلك فإن كلًّا منهما مدع بالنسبة إلى تعيين كون القيمة كذا في الواقع. وقولنا بتقديم قول الغاصب يراد منه: تقديمه بالنسبة إلى نفي شغل ذمته بالزائد، لا على تعيين كون القيمة كذا، فلا دلالة في الصحيح المزبور على فرض المسألة بما عند الأصحاب من كون المراد شغل ذمة الغاصب بالزائد وعدمه. بل إن لم يحمل على ما ذكرناه من التراضي بينهما على اليمين لم يكن معنى لقوله فيلزمك: «تعرفها أنت وهو»؛ ضرورة كون المعرفة للمالك حينئذ، بناءً على أن القول قوله، وليس المراد من قوله فيلزمك: «فإن رد اليمين عليك» اليمين المردودة المصلحة، إذ تلك إنما هي على نفي ما يدعيه المنكر على إثبات ما يدعيه الغاصب، فلا محيص حينئذ عن حمل الصحيح المزبور على ما ذكرناه، وإلا نافي قواعد القضاء، فتأمل جيداً، والله العالم. وأما التأيد المزبور فليس دليلاً شرعياً.

[٦] للعلم بكذبه.

(١) التحرير ٤: ٥٠٥.

(٢) المبسوط ٣: ٧٥. السرائر ٢: ٤٩٠. المختلف ٦: ١٢٨. الإيضاح ٢: ١٩٦. التنقيح ٤: ٧٨. الدروس ٣: ١١٧. الروضة ٧: ٥٨. جامع

المقاصد ٦: ٣٣٦. (٣) المسالك ١٢: ٢٤٩.

(٤) الرياض ١٢: ٢٩٣. (٥) الوسائل ٢٥: ٣٩١، ب ٧ من الغصب، ح ١.

(٦) كفاية الأحكام ٢: ٦٥٦. (٧) الرياض ١٢: ٢٩٤.

وهل يقدم حينئذ قول المالك بيمينه؟ [١]. أو يطالب بما يكون محتملاً فيقبل منه وهل جرأ؟ وجهان [٢]. [المختار الثاني]. ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في السوق في وقتها فأدعى المالك أنها قبل التلف والغاصب بعده، فالقول قول الغاصب أيضاً بيمينه [٣].

[لو تلف وادعى المالك صفة تزويد بها الثمن]:

المسألة (الثانية: إذا تلف وادعى المالك) فيه (صفة يزيد بها الثمن كمعرفة الصنعة فـ) [المختار] [٤] أن القول قول الغاصب مع يمينه لأن الأصل يشهد له [٥]. وكذا لو كان الاختلاف في تقدمها لتكثر الأجرة [٦]. وكذا لو ادعى المالك تخلف الخمر في يد الغاصب فأنكره الغاصب، فإن القول قول الغاصب بيمينه [٧]. هذا كله في دعوى المالك الصنعة الحادثة التي تزيد بها القيمة.

(أما لو ادعى الغاصب عيباً) متجدداً لكن عند المالك (كالعور وشبهه) مما هو عارض للعبد بعد الصحة (وأُنكر^(١) المالك فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل الصحة) [قال المصنف: (سواء كان المغصوب موجوداً أو معدوماً) [٨]. لكن التحقيق أنه يقدم قول الغاصب إذا كان العبد حياً وقول السيد إذا كان العبد مدفوناً مع إنكار المالك وجود أصل العور].

[١] لانتفاء الوثوق بالغاصب، لظهور كذبه وحصر دعواه فيما علم انتفاؤه فيلغى قوله بالكلفة.

[٢] وفي جامع المقاصد: «لم أجد تصريحاً بأحدهما»^(٢). لكن في التحرير صرح بالثاني منهما^(٣)، وهو الذي قوّاه في الروضة والمسالك^(٤) أطراداً للقاعدة. ولا يلزم من إلغاء قوله المخصوص لعارض كذبه إلغاء قوله مطلقاً حيث يوافق الأصل، وهو كذلك.

[٣] لأنه منكر، والله العالم.

[٤] [كما] لا خلاف أجده هنا في [ذلك].

[٥] إذ معرفة الصنعة حادث، والأصل عدمه. نعم في الكفاية في عموم صحيح أبي ولاد^(٥) ما يخالفه^(٦)، وقد عرفت الحال فيه.

[٦] لأصالة عدمه أيضاً.

[٧] للأصل أيضاً، والله العالم.

[٨] لكن في المبسوط «إذا غصب عبداً فردّه وهو أعور فقال سيّده: عور عندك، وقال الغاصب: بل عندك فالقول قول الغاصب، لأنه غارم، فإن اختلفا في هذا والعبد قد مات ودفن فالقول قول سيّده إنّه ما أعور، والفصل بينهما إذا مات ودفن فالأصل السلامة حتّى يعرف عيباً فكان القول قول السيّد وليس كذلك إذا كان حياً، لأن العور مشاهد

(٢) جامع المقاصد ٦: ٣٣٧.

(٤) الروضة ٧: ٥٨ - ٥٩. المسالك ١٢: ٢٤٩.

(٦) كفاية الأحكام ٢: ٦٥٧.

(١) في الشرائع: «فأنكر».

(٣) التحرير ٤: ٥٥٠.

(٥) انظر الوسائل ٢٥: ٣٩١، ب ٧ من الغصب، ح ١.

موجود»^(١). وأول من تعرّض لرّدّه الحلي في السرائر ، قال : « فإن غضب عبداً فردّه وهو أعور واختلفا فقال سيده : عور عندك ، وقال الغاصب : بل عندك ، قدّم قول الغاصب ، لأنّه غارم ، وقال بعض أصحابنا : فإن اختلفا والعبد قد مات ودفن فالقول قول سيده : إنّه ما كان أعور ، والذي يقوى عندي : أنّ القول قول الغاصب ، لأنّه غارم في المسألتين ، والأصل براءة الذمّة ، وهذا الذي ذكره بعض أصحابنا تخريج من تخريجات المخالفين ، والذي تقتضيه أصول المذهب ما ذكرناه »^(٢) . وأمّا الفاضل فقد وقع له في القواعد عبارات ثلاثة : الأولى « لو تنازعا في عيب يؤثّر في القيمة ففي تقديم أحد الأصلين نظر »^(٣) . والثانية : « لو ادّعى الغاصب عيباً تنقص به القيمة كالعور قدّم قول المالك »^(٤) وفي جامع المقاصد : أنّه رجوع عن التردّد إلى الجزم^(٥) . والثالثة : « لو ادّعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب والغاصب سبقه فالقول قول المالك على اشكال »^(٦) . قلت : لا يخفى عليك أنّ التحقيق ما ذكره الشيخ من الفرق بين المسألتين مع إنكار المالك وجود أصل العور ، كما هو ظاهر قول الشيخ : « ما عور » أو صريحه ، لأنّه الذي يقتضيه الأصل بجميع معانيه . ولعلّه لذا جزم الفاضل بتقديم قول المالك فيه ، بخلاف ما إذا كان العور محقّقاً ، ولكن النزاع بينهما في سبقه ولحوقه ولا أصل يقتضي شيئاً منهما حتى مع العلم بالتأريخ ، بناءً على ما حقّقناه في محلّه ، ولا الاقتران الذي مقتضى الأصل أيضاً عدمه مع أنّه يمكن فرض المسألة مع القطع بعدمه ، ولعلّه لذا تردّد الفاضل . ولكن فيه أنّ أصل براءة ذمّة الغاصب بحاله حينئذٍ سالم عن المعارض ، ولهذا جزم الشيخ فيه بأنّ القول قول الغاصب ، لأنّه غارم ، وإن كان لم يثبت ما ادّعه من سبق ، من حيث تعارض أصلي تأخّر الغصب عن العيب والعكس . ومنه يعلم ما في جامع المقاصد ، حيث إنّه جعل وجه النظر في عبارة الفاضل ناشئاً من تعارض الأصلين : قال « فإنّ الأصل براءة الذمّة من أرض ذلك ، والأصل السلامة من العيب يقتضي شغل ذمّة الغاصب لضمان جميع أوجب التردّد » ثمّ قال : « لا يخفى أنّ التعارض غير واضح ، لأنّ أصل السلامة من العيب يقتضي شغل ذمّة الغاصب لضمان جميع العبد ومع ذلك لا يبقى أصل البراءة ، لوجود الناقل عنه ، ولأنّ الأصل عدم تقدّم العيب »^(٧) ، وتبعه على ذلك في المسالك^(٨) . إذ لا يخفى عليك ما فيه ، لأنّ أصالة عدم تقدّم العيب معارضة بأصالة عدم تقدّم الغصب مع فرض جهل التأريخ ، أو بناءً على أنّ العلم به كالجهل به ، وهو منشأ نظر الفاضل وأصل السلامة من العيب بعد وجوده - الذي هو بمعنى استصحابها إلى حين الغصب - ليس هو إلّا أصل عدم تقدّم العيب على الغصب المعارض بمثله ، كما هو واضح . ومنه يعلم ما في عبارة المصنف أيضاً إن كان مراده ما يشمل دعوى تقدّم العور وتأخّره ، كما يشعر به قوله : « سواء » إلى آخره معرّضاً به لما سمعته من الشيخ المقتضي عدم معنى لأصل السلامة مع فرض وجود المغصوب معيّباً كما عرفت . ولقد أجاد الفاضل في المختلف حيث إنّه بعد أن حكى كلام الشيخ وابن إدريس ، قال : « والوجه أن نقول : إن كان السيّد ادّعى بعد موته ودفنّه أنّه اعور عند الغاصب ، وادّعى الغاصب أنّه اعور عند المالك ، فلا فرق بين المسألتين ، وإذا كان قد أنكر عوره مطلقاً قدّم قوله ، وهو الظاهر من كلام الشيخ ، فإنّه قال : القول قول السيّد إنّه ما عور ، والأصل السلامة ، ولأنّه لو لا ذلك لما بقي فرق بين الموت وعدمه »^(٩) وهو جيّد جداً ، موافق لما حقّقناه .

(١) المبسوط ٣ : ١٠٤ . (٢) السرائر ٢ : ٢٩٥ .

(٣) القواعد ٢ : ٢٢٨ . (٤) (٦) القواعد ٢ : ٢٤١ .

(٥) جامع المقاصد ٦ : ٣٣٧ - ٣٣٨ . (٧) جامع المقاصد ٦ : ٢٦٢ - ٢٦٣ .

(٨) المسالك ١٢ : ٢٤٩ - ٢٥٠ . (٩) المختلف ٦ : ١٢٩ .

نعم لو فرض كون دعوى الغاصب أنه أكمه لا عور حادث أمكن حينئذٍ تقديم قول المالك [١].

[حكم ما لو باع الغاصب شيئاً ثم ملكه بسبب صحيح]:

المسألة (الثالثة: إذا باع الغاصب شيئاً) أو وهب مثلاً (ثم انتقل إليه بسبب صحيح) كميّرات ونحوه، ولم نقل بأن ملك الفضولي لما باعه إجازة (فقال للمشتري: بعثك ما لا أملك) والآن قد انتقل إلى سبب صحيح (وأقام بينة هل تسمع بينته؟ قيل: لا؛ لأنه مكذب لها بمباشرة البيع) الظاهر في أنه ملكه.

(وقيل) [٢]: (إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم إليه من الألفاظ ما يتضمّن ادعاء الملكية) كأن يقول: بعثك ملكي أو هذا ملكي أو قبضت ثمن ملكي أو أقبضته ملكي (قبلت ولا ردّت) [٣] (وهو المختار). ولو أقرّ بالغصبية بعد أن باعه وقبل الانتقال إليه بسبب صحيح وكذّبه المشتري أغرم الثمن للمالك إن أجاز البيع وإلا فقيمه [٤].

[١] لأصالة السلامة - التي هي معنى غلبة السلامة - الواردة على أصل البراءة إلا أن الكلام في حجية الغلبة المزبورة على وجه تصلح قاطعاً للأصل المزبور في المقام، ومع فرضه لا إشكال في الضمان حينئذٍ لما ذكره، فتأمل جيداً.

بل مما ذكرناه يعلم ما في كثير من الكتب، حتى الدروس، وإن وافق ما قلناه في الجملة، قال: «ولو اختلفا في تقدّم العيب حلف الغاصب عليه، لأنه غارم قاله الشيخ وابن إدريس، ولو قيل يحلف المالك، لأن الأصل السلامة وعدم التقدّم كالبيع كان وجهاً ولو اختلفا في العيب بعد موته أو انقطاع خبره حلف المالك عند الشيخ والغاصب عند ابن إدريس والأول أصح»^(١).

إذ لا يخفى عليك ما في الوجه الذي ذكره؛ ضرورة التعارض فيما ذكره من أصل السلامة وعدم التقدّم كما عرفت، وحلف المالك على ذلك في البيع، لأصالة لزوم العقد والبراءة من الأرض، بخلاف المقام مقتضى لشغل ذمة الغاصب الذي مقتضى الأصل براءتها، فتأمل جيداً، والله العالم.

[٢] والقائل الشيخ والفاضل والشهيدان^(٢) وغيرهم.

[٣] بل لا أجد فيه خلافاً بين من تعرّض له منّا. بل لم أجد القائل بعدم السماع مطلقاً، بل عن المبسوط: أنه لم يذكره لأحد من العامة، وإنما ذكره احتمالاً^(٣)، مع أنه واضح الضعف؛ ضرورة عدم اقتضاء إيقاع البيع مثلاً البيعية على وجه يكون تكذيباً للبينة، بحيث لا تكون حجة له؛ إذ البيع حقيقة يقع على الملك وغيره. وتنزيل إطلاق البيع على ما يملكه فيما لو باع النصف مشاعاً للقربة الدالة على ذلك لا يقتضي تنزيل إيجاد صيغة البيع على الملكية بحيث تنافي دعواه اللاحقة وبينته. خصوصاً مع ملاحظة عموم قوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٤).

[٤] لكن في القواعد: «ولو أقرّ بائع العبد بالغصبية من آخر وكذّبه المشتري أغرم البائع الأكثر من الثمن والقيمة للمالك»^(٥). ولم يظهر لنا وجه له معتد به، والمآل ما قلناه.

(١) الدروس ٣: ١١٧.

(٢) المبسوط ٣: ١٠٠، الإرشاد ١: ٤٤٨، القواعد ٢: ٢٤١، الدروس ٣: ١١٨، المسالك ١٢: ٢٥١ - ٢٥٢.

(٣) حكاة في مفتاح الكرامة ٦: ٣١٤، انظر المبسوط ٣: ١٠٠، ١٠٤.

(٤) المستدرک ١٧: ٣٦٨، ب ٣ من القضاء، ح ٤.

(٥) القواعد ٢: ٢٤٠.

وحينئذٍ فلو فرض زيادة ما قبض من الثمن عنها وجب عليه دسها في مال المشتري ، هذا .
ولكن ليس للمشتري مطالبته بما دفع إليه من الثمن بعد عدم تصديقه في إقراره ، كما أنه ليس للبائع مطالبة المشتري مع عدم الإجازة إلا بأقلّ الأمرين من القيمة والثمن [١] .
سواء أجاز المقر له أم لا بعد عدم تصديق المشتري .
ولو عاد العبد إليه بفسخ أو غيره وجب ردّه على مالكه واسترجع ما دفعه [٢] .
ولو كان إقراره في مدّة خياره فـ [عقيل نفسخ البيع ولكن فيه نوع تأمل] [٣] .
ولو أقرّ المشتري خاصّة لزمه ردّ العبد إلى المقرّ له ، ويدفع الثمن إلى بائعه ، ولو أعتق المشتري العبد لم ينفذ إقرارهما معاً عليه ، وكذا لو باعه على ثالث لم يصدّقهما ، ولو صدّقهما العبد بعد عتقه فالأقرب القبول [٤] .
[ويحتمل العدم] . والأقوى الأول [٥] . وعلى الثاني للمالك تضمين أيّهما شاء ، فيضمنه يوم العتق بناءً على المختار ، فإن ضمنّ البائع رجع على المشتري لأنّه أنفذه ، وإن رجع على المشتري رجع بالثمن خاصّة . ولو مات العبد وخلف مالا [٦] [فـ] إن المتجنّه كونه للإمام والله العالم .
[حكم اختلاف في ردّ العبد المغصوب قبل موته أو بعده] :
المسألة (الرابعة : إذا مات العبد) المغصوب مثلاً (فقال الغاصب رددته قبل موته ، وقال المالك : بعد موته

- [١] لأنّ الأولى إن كانت أقلّ فليس له غيرها بمقتضى إقراره وإن كان الثمن أقلّ فليس له سواء في ظاهر الشرع .
[٢] كما في القواعد^(١) وغيرها . بل صرح بعضهم بأنّ ما دفعه كان للحيلولة^(٢) . ومقتضاه بقاء العين على ملك المالك وإن دفع له القيمة كما سمعته في الحيلولة . وقد تقدّم بعض الكلام في ذلك في كتاب الإقرار .
[٣] [كما] في القواعد ومحكي غيرها انفسخ البيع ، لأنّه يملك فسخه ، فقبّل إقراره بما يفسخه^(٣) ، إذ الإقرار يجب أن ينفذ حيث يمكن نفوذه ، وهو ممكن على هذا التقدير ، فكان كما لو أعتق ذو الخيار أو باع .
ولكن قد تقدّم في بحث الحيلولة وفي كتاب الإقرار ما يظهر منه نوع تأمل في ذلك وبحث في القاعدة المزبورة على وجه يحصل منها الانفساخ ظاهراً وإن لم ينشئ الفسخ ، فلاحظ وتأمل .
[٤] وفاقاً للفاضل في بعض كتبه^(٤) . لعموم « إقرار العقلاء » . ومن أنّه في الاعتاق مانع لوقوعه صحيحاً ، ومنشئ العقد والإيقاع أعلم به . لكن في القواعد : « ويحتمل عدمه ، لأنّ العتق حقّ لله تعالى ، كما لو اتّفق العبد والسيد على الرقّ وشهد عدلان حسبة بالعتق »^(٥) . بل هو المحكي عن المبسوط والتذكرة والإيضاح^(٦) .
[٥] والفرق بين الأمرين واضح .
[٦] ففي التحرير هو للمدعي إن لم يخلف وارثاً ولا ولاء لأحد عليه^(٧) . وفيه [إشكال] .

فالقول قول المالك مع يمينه (١) . [ولكن] (قال في الخلاف : ولو عملنا في هذه بالقرعة كان جائزاً) [٢] .

قلت : ولعلّه كذلك إن لم ترجح بينة الداخل أو الخارج ، وإلا كان العمل عليها دونها ، كما حققناه في كتاب القضاء [٣] . نعم يرجع إلى القرعة في البيّنتين المتضادّتين ولم تكن إحداهما بيّنة داخل وخارج ، كما في دعوى

[١] لتعارض الأصلين وتساقطهما ، أو أنّ مفادهما الاقتران الذي لا يفيد البراءة . مضافاً إلى اتّفاقهما على عدمه مع أنّه حادث والأصل عدمه ، وعلى كلّ حال فيبقى أصل بقاء الضمان بحاله على قطعه لأصل البراءة . ومن هنا كان المشهور على ذلك ، بل لا يجد فيه خلافاً (و) إن قال المصنف والفاضل في التحرير ^(١) [ذلك] .

[٢] إلّا أنّنا لم نتحقّقه ، فإنّ عبارته المحكيّة عنه في المختلف في تعارض البيّنتين ، قال : « إذا غضب عبداً ومات واختلنا ، فقال الغاصب رددته حيّاً ومات في يد المالك ، وقال المالك رددته ميتاً وأقام كلّ منهما بيّنة بما ادّعاه سقطنا ، وعدنا إلى الأصل ، وهو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم ردّه ، ولأنّ كلّ منهما مدّع موت العبد عند صاحبه وتكاثراً سقطنا ، وبقي الأصل وهو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم ردّه ، وإن عملنا في هذه المسألة على القرعة كان جائزاً » ^(٢) . ولعلّه لذا حكاه في الدروس عنه في ذلك : قال « ولو اختلفا في ردّه أو في موته قبل الردّ أو بعده أو في ردّ بدله مثلاً أو قيمةً حلف المالك ، ولو أقاما بيّنتين تساقطنا ، وحلف المالك ، وفي الخلاف يجوز العمل بالقرعة لتكافؤ الدعويين ، وهو حسن بل واجب ، وقال ابن ادريس : البيّنة للغاصب لأنّها تشهد بما يخفى » ^(٣) .

[٣] ولعلّ ما عن المبسوط هنا مبني على ترجيح بيّنة الداخل ، قال : « إذا أقام كلّ منهما بيّنة عمل على ما نذكره في تقابل البيّنتين وإن قلنا : إنّ البيّنتين إذا تقابلتا سقطنا وعدنا إلى الأصل - وهو بقاء العبد عنده حتى يعلم ردّه كان قوياً » ^(٤) . لكن في محكي السرائر : أنّ الذي قوّاه مذهب الشافعي في تقابل البيّنتين لا مذهب أصحابنا وإنّما مذهب أصحابنا بلا خلاف بينهم الرجوع إلى القرعة ، لأنّه أمر مشكل ، وهذا ليس من ذلك القبيل ، ولا هو منه بسبيل ، ولا في هذا إشكال - إلى أن قال : « إنّما نسمع بيّنة الغاصب لأنّها تشهد بأمر قد يخفى على بيّنة المالك ، فلا إشكال هنا حتى تستعمل فيه القرعة ، بل مثاله رجل غضب مالا ثمّ قال الغاصب : رددته ، وقال المغضوب منه : ما رددته ، فالقول قول المغضوب منه ، فإن أقام كلّ منهما بيّنة سمعت بيّنة الغاصب ، لأنّ لبيّنته مزية على بيّنة المغضوب منه ، لأنّها تشهد بأمر قد يخفى على بيّنة المالك ، وكذا لو ادّعى قضاء الدين وأنكر المالك وأقام كلّ منهما البيّنة - إلى أن قال - ولا يقول أحد من علمائنا : إنّهُ يستعمل هنا القرعة ، ولا يعاد إلى الأصل » ^(٥) . وحاصله تقديم بيّنة الخارج على الداخل . وقد ذكرنا في كتاب القضاء تفصيل الحال والأقوال ، فلاحظ وتأمل . نعم حاول في المختلف جعل الفرض من المتضادين الذي هو محلّ القرعة أو التساقط والرجوع إلى الأصل ، وذلك لأنّ الموت أمر وجودي طارئ على الحياة ، فهو حينئذٍ ضدّها ، ولا يمكن الجمع بينهما فحصل الاشتباه الموجب للقرعة أو التساقط والرجوع إلى الأصل ^(٦) . ولعلّه لذا جزم به في الدروس ^(٧) .

لكن فيه أنّ ذلك لا يخرج المسألة عن مسألة بيّنة الداخل والخارج ، فلا بدّ حينئذٍ من بناء ترجيح إحدى البيّنتين على ذلك .

(١) التحرير ٤ : ٥٥١ . (٢) المختلف ٦ : ١٣٠ .

(٣) الدروس ٣ : ١١٧ . (٤) المبسوط ٣ : ١٠٥ .

(٥) السرائر ٢ : ٤٩٦ ، مع زيادة بعض العبارات . (٦) المختلف ٦ : ١٣١ .

(٧) الدروس ٣ : ١١٧ .

رجل زوجية امرأة ودعوى آخر كذلك ، فتأمل جيداً . هذا كله في الردّ حياً أو ميتاً .

أما ردّ أصل المغصوب أو قيمته أو مثله فـ [المختار] [١] أنّ القول قول المالك [٢] .

ولا يشكل ذلك باقتضائه التخليد في السجن حينئذٍ ، لإمكان الالتزام بذلك ، كما لو أقام المالك بيّنة عليه بوجود عين المغصوب ، فيحبس إلى أن يتحقّق الحاكم عدم العين عنده فيلزمه بالمثل أو القيمة .

وقد يحتمل الانتقال إلى ذلك من أوّل الأمر [٣] .

[لو اختلفا في تلف المغصوب] :

المسألة (الخامسة) : إذا اختلفا في تلف المغصوب فالقول قول الغاصب مع يمينه [٤] .

وكيف كان (فإذا حلف) من أوّل الأمر أو بعد اليأس من دفع العين (طالبه المالك بالقيمة لتعزّر العين) [٥] .

[لو اختلفا في ثوب العبد ونحوه] :

المسألة (السادسة) : إذا اختلفا فيما على العبد من ثوب أو خاتم أو نحوهما ، فقال المالك : هو لي وقال الغاصب : هو لي (فالقول قول الغاصب مع يمينه) [٦] ؛ (لأنّ يده) حالة الغصب (على الجميع) فيقدم قوله [٧] .

٨٨/٨٨ = ٧٨/٥٥٨

[١] [كما لا إشكال ولا خلاف في ذلك] .

[٢] لأنّ الأصل عدم ذلك ، فهو منكر .

[٣] لسقوط التكليف بنفس العين بدعوى الردّ التي هي كدعوى التلف التي ذكرها المصنّف وغيره فقال : [بذلك] .

[٤] بل لا أجد فيه خلافاً بينهم . بل عن ظاهر غاية المراد بل والتذكرة الإجماع عليه^(١) . وليس - مع أنّه مخالف للأصل - إلّا لأنّه لو لم يقبل لزم تخليده الحبس لو فرض صدقه ؛ إذ قد يصدق ولا بيّنة له . وفي المسالك : « ولا يرد مثله فيما لو أقام المالك البيّنة ببقاء العين ، فإنّه حينئذٍ يكلف بردها ويحبس مع إمكان صدقه ، إذ البيّنة ببقائها لا تقتضي المطابقة في نفس الأمر ، لأنّه يمكن الفرق هنا بأنّ بقاءها ثابت شرعاً ، وظاهر الحال يقتضي صدق البيّنة فيه ، فيجوز البناء على هذا الظاهر وإهانتها بالضرب والحبس إلى أن يظهر للحاكم كون تركه عناداً ، فإذا تعزّر الوصول إلى العين انتقل إلى بدلها كما هنا ، بخلاف البناء على الأصل ، فإنّه حجة ضعيفة مختلف فيها بين الفقهاء والأصوليين ، فلا يناسبها التضييق بالعقوبة ونحوها »^(٢) . قلت : لكن ذلك كلّ كما ترى لا يوافق قواعد الإمامية ؛ ضرورة كونه مجرد اعتبار ، فإن ثبت إجماع فذاك ، وإلّا كان المتّجه الحبس إلى أن يظهر للحاكم على نحو البيّنة .

[٥] ولو للحيلولة التي قد عرفت اقتضاها ذلك . فما عن بعض العامة من أنّه ليس للمالك المطالبة بالقيمة ، لأنّه يزعم بقاء العين ، فلا يستحقّ بدلها^(٣) واضح الضعف ، والله العالم .

[٦] بلا خلاف أجده فيه .

[٧] ولا يعارضه سبق يد المالك بعد زوالها بطرود يد الغصب التي حكم بسببها بضمانه العين والمنفعة ، والله العالم .

(١) استظهره في مفتاح الكرامة ٦ : ٣١١ . انظر غاية المراد ٢ : ٤١٠ - ٤١١ . التذكرة ١٩ : ٣٤٥ .

(٢) المسالك ١٢ : ٢٥٤ . (٣) حلية العلماء ٥ : ٢٥٥ . المجموع ١٤ : ٢٩٧ .

[كتاب الشفعة]

والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين الغر الميامين ، أعلام الحق وأدلاء الخلق ، السادة الولاة والذادة الحماة .

(كتاب الشفعة)

[التي هي كالمستثنى من حرمة أخذ مال الغير قهراً] [١] [قال المصنف] (هي استحقاق أحد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع) [٢] . [وما قيل في تعريفها لغة : إنها مأخوذة من الشفع بمعنى الضم أو الزيادة

[١] الذي ذكره المصنف وغيره متصلاً بكتاب الغصب تنبيهاً على أن ذلك كالمستثنى من حرمة أخذ مال الغير قهراً ، للسنة المتواترة التي سيمر عليك جملة منها في تضايع الكتاب ، والإجماع بقسميه عليه ، بل هو من المسلمين . وما يحكي عن جابر بن زيد والأصم من إنكار الشفعة ^(١) على فرض صحة الحكاية من الشواذ المعلوم بطلانه خصوصاً بعد الطعن في عقيدة جابر منهما بالخروج . وعلى كل حال ففي بعض كتب الشافعية أنها اختلفت في مأخذها لغة هل هي مشتقة من الشفع بمعنى الضم أو الزيادة أو التقوية ، أو من الشفاعة ؟ أقوال متقاربة ^(٢) . وفي التنقيح : « هي مأخوذة من الزيادة ، لأن سهم الشريك يزيد بما ينضم إليه ، فكأنه وتر نصار شفعاً » ^(٣) . وفي المسالك تبعاً للتذكرة وجامع المقاصد : « مأخوذة من قولك : شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفعاً به كأن الشفع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب صاحبه ، ويقال : أصل الكلمة التقوية والإعانة ، ومنه الشفاعة والشفيع ، لأن كل واحد من الوترين يتقوى بالآخر ، ومنه شاة شافع للتي معها ولدها ، لتقويها به » ^(٤) . وفيه ما لا يخفى ، إلا أن الأمر سهل ، كسهولة الأمر فيما ذكر في تعريفها المحكي عن أبي الصلاح وابني زهرة وإدريس ^(٥) وغيرهم بأنها استحقاق الشريك المخصوص على المشتري تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه أو قيمته . (و) في القواعد : « هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع » ^(٦) . كقول المصنف هنا : [ذلك] .

[٢] وفي النافع : « استحقاق حصة الشريك لانتقالها بالبيع » ^(٧) . وفي الإيساد لبعض الشافعية : « هي حق تملك قهري يثبت للشريك على الحادث بالعوض ^(٨) الذي ملك به » ^(٩) . ويقرب منه ما في الدروس : « حق ملك قهري يثبت بالبيع لشريك قديم على شريك حادث فيما لا ينقل عادة مع إقراره » ^(١٠) . إلى غير ذلك ؛ ضرورة معلومية كون المراد منها التمييز في الجملة لترتب الأحكام عليه ، وإلا فتمامه يعلم بالإحاطة بالأدلة التي ستعرفها إن شاء الله . وليس المراد منها التحديد الحقيقي ، ولأن ذلك للاختلاف بينهم في معنى شرعي لها ، كما ذكرنا ذلك غير مرة .

(١) (٢) العزيز ٥ : ٤٨٢ - ٤٨٣ المجموع ١٤ : ٣٠٢ . معنى المحتاج ٢ : ٢٩٦ .

(٣) (٨) التنقيح ٤ : ٧٩ . في بعض النسخ : « العرض » . (٤) المسالك ١٢ : ٢٥٩ . التذكرة ١٢ : ١٩٣ . جامع المقاصد ٦ : ٣٤٢ .

(٥) الكافي : ٣٦١ . الغنية : ٢٣٢ . السرائر ٢ : ٣٨٥ . (٦) القواعد ٢ : ٢٤٢ .

(٧) (٩) المختصر النافع : ٢٥٩ . لا يوجد : « الإيساد » عندنا . (١٠) الدروس ٣ : ٣٥٥ .

أو التقوية أو من الشفاعة وغيرها وإصطلاحاً استحقاق الشريك وغيرها من التعاريف فإذا المراد من تعريفها التمييز في الجملة لترتب الأحكام عليه، وليس المراد منه التعريف الحقيقي]. وحينئذ فلا ثمرة في [التنقض طرداً وعكساً فيما ذكر من التعريفات] (١).

[١] [ك] ما في المسالك من أنه « ينتقض تعريف الكتاب في طرده بما لو باع أحد الشريكين حصته للآخر، فإنه يصدق عليه أن المشتري قد استحق حصّة شريكه الآخر بسبب انتقالها بالبيع. ولا عذر في أن الشريك بعد بيع حصته ليس بشريك، لمنع زوال اسم الشريك عنه، بناءً على أنه لا يشترط في صدق المشتق حقيقة بقاء المعنى المشتق منه. ولا مخلص من ذلك إلا بالاتزام كونه حينئذ مجازاً كما يقوله بعض الأصوليين، لكن الأصحاب لا يقولون به. وعلى هذا فتصدق الشركة بعد المقاسمة، ويلزم ثبوت الشفعة لأحد الشريكين المتقاسمين حصّة الآخر إذا باعها لغيره، وهم لا يقولون به. ويصدق مع تكثر الشركاء إذا كانوا ثلاثة فباع أحدهم لأحد الآخرين، فإنه حينئذ يصدق بقاء شريكين قد انتقلت الحصّة المستحقّة بالبيع إلى أحدهما من شريكه. إلا أن يقال: هنا: إن الشريك لم يستحق حصّة شريكه، بل بعض حصته، وهي المنتقلة بالبيع دون باقي حصته، وهي حصّة الشريك الآخر، حيث إن شريكه يشمل الشريكين، بناءً على أن المفرد المضاف يفيد العموم، فلم يتحقق استحقاقه حصّة شريكه. ويؤيد هذا أن الحصّة وإن كانت صادقة ببعض ما يستحقّه الشريك كما يقال: باع حصّة من نصيبه وإن قلت إلا أنه بإضافتها إلى الشريك تناولت جميع حصته، بناءً على القاعدة المذكورة وقد أشرنا إليها فيما سبق. ولا مخلص من هذه المضايقات إلا بدعوى كون الشريك بعد انتقال حصته لم يبق شريكاً عرفاً، والاستحقاق بسبب بيع أحد الشريكين الآخر لا يتحقق إلا بعد تمام البيع، ومعه تزول الشركة عرفاً وإن صدقت لغة^(١). وكأنه أشار بهذا التطويل إلى بيان ما في جامع المقاصد من الإيراد على تعريف الفاضل بـ «أنه صادق على استحقاقه انتزاع حصته ببيعها، ثم إن الحصّة لا يعلم أي حصّة يراد بها، وكذا الشريك لا يتعين أي شريك يراد به»^(٢). لكنه على كل حال هو كما ترى مع طوله وقلة محصوله لا يخلو بعضه من خلل؛ ضرورة كون المراد استحقاق حصّة الشريك الحادث بسبب انتقالها إليه بالبيع. ولو سلم إرادة الأول كما هو ظاهر تعريف القواعد^(٣) فالمراد استحقاق الشريك حصته التي باعها لغيره، فلا يرد شيء مما ذكر. وقول المصنف: «أحد الشريكين» كالصرح في عدم تحققها مع الكثرة فلا يرد ما ذكر من بيع أحد الثلاثة. وأغرب من ذلك: ما ذكره في مسألة المشتق، ودعواه الإجماع ظاهراً على عدم اعتبار بقاء المبدأ في الصدق ثم تقريره على ذلك لزوم تحقق الشفعة بعد المقاسمة. مع أنه ممنوع في مثل الحائض والشريك، وعلى تقديره فلا يلزم منه ما ذكره بعد النص والفتوى على اعتبار عدم القسمة في ثبوتها إلى غير ذلك ممّا لا يخفى عليك حاله. وكذا ما في الرياض تبعاً للتفنيح^(٤) من «أن تعريف المصنف في النافع وإن انتقض في طرده بأمر: منها ما لو باع أحد الشريكين حصته للآخر، فإنه يصدق عليه أن المشتري قد استحق حصّة شريكه الآخر بسبب انتقالها بالبيع، إلا أنه أجود ممّا عرفها في القواعد... إلى آخره لانتقاضه طرداً زيادة على ما ينتقض به الأول بأنّه قد يستحقّ الشريك حصّة شريكه المنتقلة عنه بالبيع لا بسبب الشفعة بل بسبب آخر، كالإرث وغيره. وإنما لا ينتقض ما هنا به لتعليل الاستحقاق بالانتقال بالبيع، ليخرج ما كان الانتقال لا به، بل بغيره من النواقل، كالهبة والإصداق والصلح ونحو ذلك^(٥) (و) الأمر في ذلك كله سهل.

(١) المسالك ١٢: ٢٥٩ - ٢٦٠.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٣٤٢.

(٣) (٤) (٥) التفنيح ٤: ٨٠. الرياض ١٢: ٢٩٧ - ٢٩٨.

(٣) تقدّم في ص ١٥١.

إنما الكلام في (النظر في ذلك) أي كتاب الشفعة وهو يعتمد خمسة مقاصد :

[ما يثبت فيه الشفعة] :

(الأول) : في (ما تثبت فيه الشفعة) .

(و) [المختار] [١] أنها تثبت في الأرضين كالمساكن والعراض والبساتين (بل تثبت في ذلك (اجماعاتاً))

بقسميه [١] .

(وهل تثبت فيما ينقل كالثياب والآلات والسفن والحيوان ؟ قيل) [٣] : (نعم) تثبت (دفعاً لكلفة القسمة ،

واستناداً إلى رواية يونس عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام) [٤] (وقيل) [٥] : (لا) تثبت [٦] (اقتصاراً في

[١] [كما لا خلاف بيننا - بل وبين غيرنا عدا النادر الذي عرفته - في ذلك] .

[٢] بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر كالنصوص ^(١) من الطرفين .

[٣] والقائل الإسكافي والشيخان في المقنعة والنهاية والاستبصار والصدوقان والمرضى وأبو الصلاح وابن البراج وابنا زهرة وإدريس بل وحمزة ^(٢) في الظاهر على ما حكي عن بعضهم .

[٤] التي تستمعها ^(٣) . ونفى عنه البعد في الدروس واختاره في الرياض ^(٤) . وفي المسالك وغيرها نسبته إلى أكثر

المتقدمين وجماعة من المتأخرين ^(٥) . بل في الانتصار الإجماع عليه ، وأنه من متفردات الإمامية ^(٦) . بل عن ابن

إدريس الإجماع أيضاً ^(٧) . وإن كنا لم نتحققه ؛ لأن عبارته المحكية عنه في المختلف ^(٨) كما تحتمل ذلك تحتمل إرادة عموم

معقد الإجماع أو إطلاقة ، فلاحظ .

[٥] والقائل الشيخ والطبرسي والراوندي وسائر والفاضل والده وولده والآبى والشهيدان في اللمعة والروضة ^(٩)

على ما حكي عن بعضهم .

[٦] بل عن الخلاف نسبته إلى أكثر أصحابنا ^(١٠) . بل عن التذكرة إلى المشهور ^(١١) . بل في الدروس نسبته إلى

المتأخرين ^(١٢) .

(١) انظر الوسائل ٢٥ : ٣٩٩ ، ب ٥ من الشفعة . سنن البيهقي ٦ : ١٠٩ .

(٢) نقله عن الإسكافي في المختلف ٥ : ٣٢٦ . المقنعة : ٦١٩ . النهاية : ٤٢٣ - ٤٢٤ . الاستبصار ٣ : ١١٨ ، ذيل الحديث ٤٢٠ . المقنع : ٤٠٥ . نقله عن

علي بن بابويه في المختلف ٥ : ٣٢٦ . الانتصار : ٤٤٨ . الكافي : ٣٦٢ . المهذب ١ : ٤٥٨ . الغنية : ٢٣٦ . السرائر ٢ : ٣٨٩ . انظر الوسيلة : ٢٥٨ .

(٣) تأتي في ص ١٥٤ .

(٤) الدروس ٣ : ٣٥٦ . الرياض ١٢ : ٢٩٩ .

(٥) الانتصار : ٤٤٨ - ٤٤٩ .

(٦) المسالك ١٢ : ٢٦١ .

(٧) حكاية في الرياض ١٢ : ٣٩٩ . انظر السرائر ٢ : ٣٨٩ .

(٨) المختلف ٥ : ٣٢٩ .

(٩) المبسوط ٣ : ١٠٦ - ١٠٧ . المؤتلف من المختلف ١ : ٦٢٨ . فقه القرآن ٢ : ٦٩ . المراسم : ١٨٣ . القواعد ٢ : ٢٤٢ وحكاية عن والده في المختلف

٥ : ٣٢٧ . الإيضاح ٢ : ١٩٧ - ١٩٨ . كشف الرموز ٢ : ٣٩٢ . اللمعة : ١٦١ . الروضة ٤ : ٣٩٧ .

(١٠) الخلاف ٣ : ٤٢٥ .

(١١) التذكرة ١٢ : ١٩٤ .

(١٢) الدروس ٣ : ٣٥٥ - ٣٥٦ .

التسلط على مال المسلم بموضع الإجماع، واستضعافاً للرواية المشار إليها، وهو أشبه) عند المصنف [١].

[١] وفاقاً لمن عرفت.

إلا أن الرواية المزبورة رواها المشايخ الثلاثة عن الصادق عليه السلام عن الشفعة لمن هي؟ وفي أي شيء هي؟ ولمن تصلح؟ وهل يكون في الحيوان شفعة؟ وكيف هي؟ فقال: «الشفعة جائزة - وفي الفقيه واجبة - في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه، فشريكه أحق به من غيره وإن زاد على اثنين فلا شفعة لأحد منهم»^(١). ومعتضدة بما في الفقيه بإسناده عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن عبد الله بن سنان: أنه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه؟ قال: «بيعه، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه، فلما أقدم على البيع قال له الشريك: أعطني، قال: «هو أحق به، ثم قال عليه السلام: لا شفعة في الحيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحداً»^(٢).

وبصحيح ابن سنان: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه فقال أحدهم: أنا أحق، أله ذلك؟ قال: «نعم إذا كان واحداً»^(٣).

وبصحيح الحلبي في التهذيب^(٤) وحسنه كالصحيح في الكافي^(٥) عن أبي عبد الله عليه السلام أيضاً أنه قال: في المملوك بين شركاء يبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه: أنا أحق به، أله ذلك؟ قال: «نعم إذا كان واحداً، قيل له: في الحيوان شفعة؟ قال: لا»^(٦) المحمول على إرادة نفيها في الحيوان إذا لم يكن الشريك واحداً، وبشهادة خبر الفقيه^(٧) الذي به أيضاً يقيد إطلاق نفيها في الحيوان في غير الخبر المزبور.

وبذلك جمع الشيخ^(٨) بينها، ولعله أولى من الجمع بينها بتخصيص المملوك من الحيوان، كما تسمعه من الفاضل في المختلف، وعلى كل حال فهي مؤيدة لمرسلة يونس^(٩).

مضافاً إلى إطلاق قول أبي عبد الله عليه السلام في حسن العنوي: سألت عن الشفعة في الدور أشياء واجب للشريك؟ ويعرض على الجار وهو أحق بها من غيره؟ فقال: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالتمن»^(١٠) وغيره من الإطلاقات. وإلى ما يفهم من خبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بين الشركاء في الأرض والمساكن، وقال: لا ضرر ولا ضرار، وقال: إذا أُرِفَت الأرف وحددت الحدود فلا شفعة»^(١١). كل ذلك مضافاً إلى الإجماع المحكي المعتضد بالشهرة المزبورة الجابرين لما في النصوص المزبورة من الضعف في السند أو الدلالة.

(١) الكافي ٥: ٢٨١، ح ٨، الفقيه ٣: ٧٩، ح ٣٣٧٧، التهذيب ٧: ١٦٤، ح ٧٣٠، الوسائل ٢٥: ٤٠٢، ب ٧ من الشفعة، ح ٢.

(٢) الفقيه ٣: ٨٠، ح ٣٣٧٨، الوسائل ٢٥: ٤٠٤، ب ٧ من الشفعة، ح ٧.

(٣) الوسائل ٢٥: ٤٠٣، ب ٧ من الشفعة، ح ٤.

(٤) التهذيب ٧: ١٦٦، ح ٧٣٥.

(٥) الكافي ٥: ٢١٠، ح ٥.

(٦) الوسائل ٢٥: ٤٠٢، ب ٧ من الشفعة، ح ٣.

(٧) المتقدّم أنفاً.

(٨) الاستبصار ٣: ١١٨، ذيل الحديث ٨.

(٩) تقدّم أنفاً.

(١٠) الوسائل ٢٥: ٣٩٦، ب ٢ من الشفعة، ح ١ وذيله.

(١١) الوسائل ٢٥: ٣٩٩، ب ٥ من الشفعة، ح ١.

مضافاً إلى مخالفة العامة الذين جعل الله الرشد خلافهم .
 وربما نوقش في الشهرة المزبورة بأن الصدوقين وابن أبي عقيل لم يذهبوا إلى الإطلاق المزبور .
 قال في المقنع : « لا شفعة في سفينة ولا طريق ولا حمام ولا رعى ولا نهر ولا ثوب ولا في شيء مقسوم ، وهي واجبة في كل شيء عدا ذلك من حيوان أو أرض أو رقيق أو عقار »^(١) .
 وقال أبوه : « الشفعة واجبة في كل شيء من حيوان أو عقار أو رقيق إذا كان الشيء بين شريكين ، وليس في الطريق شفعة ولا في نهر ولا في رعى ولا في حمام ولا في ثوب ، ولا في شيء مقسوم »^(٢) .
 ولعله لذا حكى عنهما في الدروس إثباتها في الرقيق والحيوان^(٣) .
 وقال ابن أبي عقيل : « لا شفعة في سفينة ولا رقيق »^(٤) . وفي النهاية بعد أن صرح بثبوت الشفعة في الضياع والعقار والحيوان والمتاع قال : « ولا شفعة فيما لا يصح قسمته مثل الحمام والأرحية وما أشبههما »^(٥) . ومن ذلك يعلم أن في المسألة أقوالاً لا قولين خاصة . كما عساه يظهر من المصنف وغيره ثبوتها في المنقول مطلقاً وعدمها فيه كذلك . والتفصيل بما سمعته من الصدوقين والشيخ في النهاية .
 بل ومن ابن أبي عقيل إذا كان يثبتها فيما عدا ما ذكر . وتفرد الفاضل في المختلف بثبوتها في الأراضي وفي خصوص المملوك^(٦) وإن حكاه المصنف فيما يأتي^(٧) ، إلا أننا لم نتحققه . ولا يخفى عليك وجه الجميع بعد الإحاطة بما ذكرناه .
 مضافاً إلى خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : « قال رسول الله ﷺ لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق ولا في رعى ولا في حمام »^(٨) .
 وخبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام : « ليس في الحيوان شفعة »^(٩) . والمرسل في الكافي : « إن الشفعة لا تكون إلا في الأرضين والدور فقط »^(١٠) . المنجز بما عرفت من الشهرة بين المتأخرين بل إطباقهم .
 بل قد سمعت حكايتهما على الإطلاق .

وقول الصادق عليه السلام في خبر عبد الله بن سنان : « لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما »^(١١) .
 وقوله عليه السلام في خبر السكوني : « لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم »^(١٢) .
 وقول أحدهما عليه السلام في المرسل : « الشفعة لكل شريك لم يقاسم »^(١٣) .

- (١) المقنع : ٤٠٥ . (٢) (٤) نقله في المختلف ٥ : ٣٢٦ .
 (٣) الدروس ٣ : ٣٥٦ . (٥) النهاية : ٤٢٣ - ٤٢٤ .
 (٦) المختلف ٥ : ٣٢٧ - ٣٢٨ . (٧) يأتي في ص ١٥٩ .
 (٨) الوسائل ٢٥ : ٤٠٥ ، ٨ من الشفعة ، ذيل الحديث ١ . (٩) الوسائل ٢٥ : ٤٠٣ ، ٧ من الشفعة ، ح ٦ .
 (١٠) الكافي ٥ : ٢٨١ ، ذيل الحديث ٨ . الوسائل ٢٥ : ٤٠٥ ، ٨ من الشفعة ، ح ٢ .
 (١١) (١٢) الوسائل ٢٥ : ٣٩٦ ، ٣ من الشفعة ، ح ١ ، ٢ .
 (١٣) الوسائل ٢٥ : ٣٩٧ ، ٣ من الشفعة ، ح ٣ .

وقول علي عليه السلام: « لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم »^(١). والمرسل في الفقيه عن الصادق عن أبيه عليه السلام: « إن رسول الله صلى الله عليه وآله قضى بالشفعة ما لم تؤزف يعني تقسم »^(٢) بناءً على ظهورها في كون مورد الشفعة القابل للقسمة، بخلاف الحيوان ونحوه. بل ذكر الأرف - التي هي علامة الحدود في قسمة الأراضي - مشعر بأن مرودها خصوص الأراضي. بل في بعض كتب الشافعية^(٣) أن الأصل في عدم ثبوتها في المنقول حديث جابر: « إن النبي صلى الله عليه وآله قضى بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وطُرقت الطرق فلا شفعة »^(٤).

ورواه البخاري: « إنما الشفعة »^(٥) إلى آخره باعتبار أنه خصها بما تدخله القسمة والحدود والطرق، وهذا لا يكون في المنقولات. بل عن الشيخ الاستدلال بهذه النصوص على الاختصاص^(٦)، مضافاً إلى خبر جابر منها: « لا شفعة إلا في ربع أو حائط »^(٧).

ورواه في الإسهاد: « الشفعة في كل مشترك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فيأخذ أو يدع »^(٨). والإنصاف أن ذلك كله مما يورث الشك للفقيه، خصوصاً بعد عدم الشهرة المحققة المعتمدة بها للقضاء في ذلك، بل ما حكاها المرنضى عن العامة من اتفاقهم عدا مالك على عدم ثبوتها في المنقول^(٩) معارض بما عن الخلاف^(١٠) من حمل مرسل يونس^(١١) على التقيّة من أبي حنيفة ومالك^(١٢). كما أن ما أذاعه من الإجماع لم نتحقّقه، إذ لم نعرف من وافقه على ذلك ممن تقدّمه إلا المفيد، مع أنه حكى عنه في المختلف أنه لم يصرّح بشيء^(١٣)، وإن كان هو خلاف الموجود عندنا في مقننته من التصريح بذلك في آخر كلامه^(١٤). وإلا ابن الجنيّد^(١٥)، ولم نقف على عبارته، وليس النقل كالعيان. وأما الصدوقان وابن أبي عقيل فقد عرفت الحال في كلامهم.

وأما النصوص السابقة - المرسل بعضها والمضطرب الآخر منها في الحيوان - فيستبعد الجمع بينها بما ذكرناه، لأنّ السؤال في بعضها قد وقع عنه بعد « المملوك » المقيّد بوحدة الشريك.

على أنّ حمل النصوص المطلقة على ذلك - مع عدم خصوصية للحيوان - في غاية البعد، كطرح نصوص السفينة^(١٦). والإطلاقات المزبورة يشك في إرادة الفرض منها، خصوصاً مع ملاحظة الشهرة وعدم سوقها لبيان نحو ذلك.

(١) الوسائل ٢٥: ٣٩٨، ب ٣ من الشفعة، ح ٧.

(٢) الفقيه ٣: ٧٦، ح ٣٣٧، الوسائل ٢٥: ٣٩٨، ب ٣ من الشفعة، ح ٨.

(٣) مغني المحتاج ٢: ٢٩٦.

(٤) سنن البيهقي ٦: ١٠٢، صحيح البخاري ٣: ٢٧، ٤٧، ١١٢.

(٥) صحيح البخاري ٣: ١١٢، ٨٠، ٦٥.

(٦) الخلاف ٣: ٤٦٦.

(٧) البدر المنير ٧: ٧.

(٨) لا يوجد الكتاب عندنا.

(٩) الانتصار: ٤٤٨.

(١٠) الخلاف ٣: ٤٢٥، ٤٢٦.

(١١) تقدّم في ص ١٥٤.

(١٢) لم يتعرض في الخلاف لمرسلة يونس ومنشأ ما هنا ما قاله في مفتاح الكرامة ٦: ٣١٩. انظر الخلاف ٣: ٤٢٥.

(١٣) المختلف ٥: ٣٢٦.

(١٤) المقننة: ١٤.

(١٥) نقله في المختلف ٥: ٣٢٦.

(١٦) انظر الوسائل ٢٥: ٤٠٤، ب ٨ من الشفعة، ح ١.

فالتحقيق حينئذٍ الاختصار على المتيقن [١]، وهو الأخذ في غير المنقول، [ولكن مع ذلك يستحب الشفعة في المنقول] [٢]. هذا كله في المنقول فعلاً (أما الشجر والنخل والأبنية فتثبت فيها^(١) الشفعة تبعاً لـ) بيع (الأرض) [٣].

ومن هنا قد يتوقف فيما لا يدخل تحت اسم المسكن والدار من البناء كجدار ونحوه [٤].
[ويحتمل تعميم الحكم له أيضاً]. نعم لا إشكال في تناول اسم الدار لجميع ما يثبت فيها من الأبواب والأخشاب والأعتاب ونحوها من المنقولات التي أثبتت تبعاً للدار [٥].
[ولا تثبت في المفاتيح وإن تبعها في البيع].
[ولو كانت أرض الغرفة سقف صاحب السفلى المختص فلا شفعة فيها].

- [١] [وذلك] فيما خالف الأصول العقلية والنقلية .
- [٢] وحمل النصوص في المملوك والحيوان^(٢) على ضرب من الندب، بل لا يبعد حمل مرسل يونس^(٣) عليه والله العالم .
- [٣] بلا خلاف أجه فيه . بل عن المبسوط نفية في موضعين^(٤) . بل قيل : إن ظاهره نفية بين المسلمين^(٥) . ولعله كذلك، بل قد يظهر من ذكر القولين فيما لو أفردا في المتن وغيره الإجماع على ثبوتها في صورة الضم . كل ذلك مضافاً إلى دخول الأبنية في « المساكن » التي قد سمعت التصريح بها بالدور في نصوصنا^(٦) . نعم ليس في شيء منها ذكر الحائط بمعنى البستان الشامل للأرض والغرس وإنما هو موجود في نصوص العامة^(٧) . إلا أنه لا فرق عند الأصحاب بينه وبين البناء، كما أنه ليس في شيء من نصوصنا لفظ « البناء »، بل فيها الأراضي والمساكن والدور .
- [٤] وإن حكى عن ظاهر جماعة وصريح آخرين ثبوت الشفعة فيه تبعاً للأرض^(٨)، لكنه لا يخلو من نظر .
- اللهم إلا أن يكون ذلك مثلاً لكل ما يثبت في الأرض، سواء كان مسكناً أو غيره .
- [٥] بل في بعض كتب الشافعية دخول المفاتيح أيضاً^(٩) . وإن كان فيه منع واضح وإن قلنا بتبعيتها لبيع الدار عرفاً، كتبعية ثياب العبد ومقود الدابة ورحلها، إلا أن ذلك لا يقتضي التبعية في الشفعة التي مدارها اسم البستان والدار والمسكن لا ما يتبعها عند بيعها، فتأمل جيداً فإنه دقيق . على أن الأصل المزبور يقتضي الاختصار على المتيقن . ولعله لذا جزم في القواعد والذكرية والتحرير وجامع المقاصد بعدم الشفعة فيما لو كانت أرض الغرفة سقف صاحب السفلى المختص^(١٠)؛ لعدم التبعية لأرضه حينئذٍ . ولكن في الدروس : لا شفعة فيها عند الفاضل^(١١) مشعراً بنوع تردد فيه .

(١) في الشرائع : « فيه » .
(٢) انظر الوسائل ٢٥ : ٤٠١ ، ب ٧ من الشفعة .
(٣) تقدم في ص : ١٥٤ .
(٤) المبسوط ٣ : ١٠٧ . و ١١٩ .
(٥) (أ) مفتاح الكرامة ٦ : ٦٢٠ .
(٦) الوسائل ٢٥ : ٣٩٥ - ٣٩٨ ، ب ٢ ، ٤ ، ٥ من الشفعة .
(٧) تقدم بعضها في ص ١٥٦ . انظر سنن البيهقي ٦ : ١٠٤ - ١٠٩ .
(٨) المجموع ١١ : ٢٧١ .
(٩) القواعد ٢ : ٢٤٢ . الذكرية ١٢ : ٢٠١ . التحرير ٤ : ٥٥٧ . جامع المقاصد ٦ : ٣٤٦ .
(١٠) الدروس ٣ : ٣٥٥ .

أما لو كان السقف لهما [١]. [فالمختار ثبوت الشفعة].

(و) على كل حال فلا إشكال في البناء والغرس التابع للأرض .

نعم (لو أفرد بالبيع نزل على القولين) السابقين [٢].

وكذا لو بيعا مع أرض أخرى . أما لو بيعا مع مغرسهما وأسهما خاصة من أرض البستان والدار [٣]. [فعدم

الشفعة لا يخلو من وجه]. و [المختار] [٤] حينئذ عدم الشفعة في الدار التي أرضها غير مملوكة للشريكين ولو لأنها

مفتوحة عنوة وقلنا بعدم ملكها تبعاً للآثار ، أو كانت وقفاً على غيرهما أو كانت مستأجرة أو عارية أو نحو ذلك [٥].

ولو كان في أرض بالبستان أو الدار زرع يجزّ مرة بعد أخرى [٦]. [أو لم يكن كذلك بل يجزّ مرة واحدة

ويؤخذ]. [فلعّل الأصحّ عدم الشفعة فيهما].

[١] ففي القواعد إشكال من حيث إنّه في الهواء فليس بثابت ^(١) . ولا ترجيح في التحرير والدروس ^(٢) . بل في

التذكرة : « الأقرب أن لا شفعة » ^(٣) بل في جامع المقاصد : أنّه الأصحّ : لأنّ ثبوت الشفعة فيها تبعاً للأرض ولا أرض هنا .

وعدم النقل عادة لا يخرجها عن كونها منقولة في الأصل وصائرة إلى النقل ^(٤) . إلّا أنّه لا يخفى عليك ما فيه ، لصدق اسم المسكن

والدار ، وكون الشيء منقولاً أو ثابتاً ليس عنواناً في شيء من النصوص . ولعلّه لذا حكي عن الفخر : أنّ الأولى ثبوت الشفعة ^(٥) . بل

لو لا ذلك لأشكل حينئذ الشفعة في مسكن الأسفل باعتبار أنّ أعلاه ملك لغيره . إلّا أنّه - كما ترى - يمكن القطع بعدمه ، والله العالم .

[٢] بلا خلاف أجده فيه .

[٣] فالأصحّ عند الشافعية عدم الشفعة ^(٦) ؛ لأنّ المبيع من الأرض هنا تابع ، وهو الأسن والمغرس ، والمتبوع وهو البناء

والشجر . ولا يخلو من وجه ؛ للشك في التبعية هنا ؛ لعدم صدق البستان والدار على الفرض ؛ إذ هما اسم للمجموع المركّب من ذلك ،

وهو المدار .

[٤] [إذ] منه [= مما تقدم] يعلم [ذلك] .

[٥] فإنّها وإن صدق عليها اسم الدار والبستان لكأنه لا بيع فيها لأرضها مع الآثار حتّى تتحقّق الشفعة حينئذ .

[٦] فالذي صرح به بعض الشافعية : الشفعة في أصوله وإن كان الجزّة الظاهرة لا شفعة فيها . أمّا إذا لم يكن كذلك بل

يجزّ دفعة واحدة ويؤخذ فلا شفعة فيه ^(٧) .

قلت : لعلّ الأصحّ خلافه فيهما ، ضرورة عدم دخولهما في اسم الحائط والدار حتّى تتحقّق الشفعة فيه ، وليس هو من التوابع

الثابتة . ومن هنا كان المحكي عن الخلاف وفقه الراوندي والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها عدم الثبوت فيه

من دون تفصيل ^(٨) .

(١) القواعد ٢ : ٢٤٢ . (٢) التحرير ٤ : ٥٥٧ ، الدروس ٣ : ٣٥٥ .

(٣) التذكرة ١٢ : ٢٠١ . (٤) جامع المقاصد ٦ : ٣٤٦ .

(٥) حكاة في مفتاح الكرامة ٦ : ٣٢١ ، ولكن في الإيضاح ٢ : ١٩٨ ، الأولى عدم ثبوت الشفعة .

(٦) فتح العزيز ١١ : ٣٧٠ . (٧) العزيز ٥ : ٤٨٥ ، روضة الطالبين ٥ : ٧٠ .

(٨) الخلاف ٣ : ٤٢٦ - ٤٢٧ . فقه القرآن ٢ : ٦٩ . التذكرة ١٢ : ١٩٧ ، ٢٠٠ ، التحرير ٤ : ٥٥٨ . جامع المقاصد ٦ : ٣٤٥ - ٣٤٦ .

ولو كان في الدار نخلة أو شجرة أو نحوهما ممّا لا تسمّى بستاناً فلا شفعة فيها ببيع الدار [١].
بل قد عرفت أنّ التبعية العرفية كذلك ما لم تدخل في المسمى على وجه تكون من أجزاء الدار عرفاً، مثل
الرفوف المثبتة فيه.

بل لو فرض بناء بيوتها أجمع بالخشب ونحوه ثبت فيها الشفعة تبعاً للأرض [٢].
بل لا يبعد إلحاق بناء القصب ونحوه ممّا يكون مبنياً على الثبات والدوام على وجه الجزئية منها، فتأمل
جيداً [٣]، نعم تتجه الشفعة في ذلك وإن لم تدخل تحت اسم المسكن والبستان والدار، بناءً على أنّ البناء
والغرس مثال لكل ما يثبت في الأرض على هذا النحو. ولذا تثبت الشفعة في الحمام والدكان والرحى والبر ونحوها
مع السعة، ولا يدخل شيء منها في اسم البستان والدار، كما أومأنا إليه في الجدار المبنى في أرض.
ومن ذلك ينقدح الشفعة حينئذ في النخلة في الدار وفي المنارة مثلاً في البستان، بل وفي البيوت التي تبنى
فيها لأجل إحراز الثمرة أو لأجل حيواناتها أو لنحو ذلك.

بل وما يثبت فيها من حشيش ونحوه وإن كان ممّا ينقل، فتأمل جيداً. والله العالم.
(و) كيف كان فـ [لقد قيل] [٤] (من الأصحاب من أوجب الشفعة في العبد) من المنقول خاصة (دون غيره
من الحيوان) فضلاً عن غيره [٥].

[١] إذ ليس هي منها في شيء والتبعية الجعلية في البيع لا تجدي.

[٢] لصدق اسم المسكن والدار.

[٣] فإنّ المدار ما عرفت. وإلا فالفروع المتصورة في المقام كثيرة لا يصعب عليك بحمد الله شيء من أحكامها بعد الإحاطة بما
ذكرناه حتى أصالة عدم الشفعة مع الشك.

[٤] [قاله] في التحرير والنافع^(١).

[٥] إلّا أنّنا لا نعرفه، كما اعترف به الشهيد^(٢) وغيره. نعم قد سمعت^(٣) من الفاضل في المختلف اختياره. لصحبي المملوك
السابقين^(٤)، ونفي الشفعة في الحيوان في أحدهما وفي غيرهما من النصوص. لكن - مع أنّه قول لم نعرف من وافقه عليه لا مَن
تقدمه ولا مَن تأخّر عنه. بل قد عرفت ما في خبر الفقيه^(٥) المشتمل على نفيها في الحيوان مع التعدّد، وبه يجمع بين النصوص.
فالمُتجه حينئذٍ عدم الفرق بين المملوك وغيره من أصناف الحيوان - إلّا أنّك قد عرفت ما يدلّ على عدم جريانها في مطلق المنقول
حيوان وغيره، على وجه لا تقاومه النصوص المزبورة بحيث يقيّد بها. وكذا مرسل يونس السابق^(٦) وغيره مما سمعت، ولا أقلّ من
حصول الشكّ بعد تصادم المرجّحات جميعها، والأدلة كذلك حتّى المطلقات. فيتّجه الرجوع إلى الأصل الذي مقتضاه عدم ثبوت
الشفعة في غير محلّ اليقين، كما سمعت الكلام فيه سابقاً.

(١) التحرير ٤: ٥٥٧. المختصر النافع: ٢٥٧.

(٢) غاية المراد ٢: ١٥١.

(٣) تقدّم ص ١٥٥.

(٤) الوسائل ٢٥: ٤٠٢، ب ٧ من الشفعة، ح ٤.

(٥) الفقيه ٣: ٨٠، ٣٣٧٨. الوسائل ٢٥: ٤٠٤، ب ٧ من الشفعة، ح ٧.

(٦) الوسائل ٢٥: ٤٠٢، ب ٧ من الشفعة، ح ٢.

[لكن المتّجه عدم الفرق بين المملوك وغيره من أصناف الحيوان في عدم ثبوت الشفعة].

[وعدم جريانها في مطلق المنقول حيوان وغيره].

بل [المختار ترجيح] (١) اعتبار قابلية القسمة في محلّ الشفعة (و) إن قال المصنف: (في ثبوتها في النهر والطريق والحمام) وتخوها - ممّا يضر قسمته تردّد لكن (أشبهه) (٢) [أنها لا تثبت] (٣).

(١) [إذ] من ملاحظة الأصل المزبور يرجح حينئذٍ [ذلك].

(٢) [بأصول المذهب وقواعده التي قد سمعتها].

(٣) [وفاقاً للشيخ وسلاّن وابن حمزة والبراج والفاضل وولده والشهيد وأبي العباس والمقداد والكركي وثاني الشهيدين^(١) على ما حكى عن بعضهم].

بل لعلّه ظاهر ما سمعته من الصدوقين بل وابن أبي عقيل^(٢).

بل عن بعض نسبته إلى أكثر المتأخرين^(٣)، بل عن التذكرة نسبته إلى أكثر علمائنا^(٤)، بل في المسالك: هو المشهور، خصوصاً بين المتأخرين^(٥)، بل في الدروس: عليه المتأخرون^(٦).

فمن الغريب ما عن المحدث البحراني من الإنكار على الفاضل نسبته إلى أكثر علمائنا قائلاً: إن الشهرة إنما وقعت بعد العلامة^(٧). إذ لا يخفى عليك ما فيه.

على أنّه لم يحك الخلاف في ذلك إلا عن المفيد والمرتضى وابن زهرة وإدريس وأبي علي والقاضي^(٨)، ولا سابع لهم. على أنّ مقنعة الأول خالية عن التعرّض لخصوص ذلك، نعم فيها تعميم لكلّ مبيع مشاع^(٩). والمحكي عن مهذب الأخير منهم الوفاق للمشهور.

وعلى كلّ حال، فيدلّ على الأوّل - مضافاً إلى الأصل المزبور - ما سمعته من النصوص المشتملة على نفيها في النهر والطريق والرحى والحمام^(١٠) بعد الإجماع على تقييده بغير القابل للقسمة إن لم يكن ذلك هو المنساق منه.

بل لعلّ المنساق منه ولو بضميمة ما عرفت كون ذلك مثلاً لكلّ ما هو غير قابل لها من الأراضي.

(١) الخلاف ٣: ٤٤١. المبسوط ٣: ١١٩. المراسم: ١٨٣. الوسيلة: ٢٥٨. المهذب ١: ٤٥٨. التحرير ٤: ٥٥٨. القواعد ٢: ٢٤٣. الإيضاح ٢:

١٩٩. غاية المراد ٢: ١٥٤ - ١٥٥. الدروس ٣: ٣٥٦. المهذب البارع ٤: ٢٦٤ - ٢٦٥. التنقيح ٤: ٨٢. جامع المقاصد ٦: ٣٥٣. الروضة ٤:

٣٩٨. (٢) تقدّم في ص ١٥٥.

(٣) جامع المقاصد ٦: ٣٥٣.

(٤) التذكرة ١٢: ٢٠٣.

(٥) المسالك ١٢: ٢٦٥. المقنعة: ٦١٨.

(٦) نسبة في الدروس ٣: ٣٥٦. إلى الشهرة وأخذ ما هنا عن مفتاح الكرامة ٦: ٣٢٤.

(٧) الحدائق ٢٠: ٣٠٦.

(٨) سيأتى أنّ المقنعة لم يتعرض لذلك وحكاها في الإيضاح ٢: ١٩٩. الانتصار: ٤٤٨. الغنية: ٢٦٦. السرائر ٢: ٣٩٠. نقله عن أبي علي في المختلف

٣٣٢: ٥. وفي المهذب ١: ٤٥٨، ولا شفعة... ولا ما لا تصح القسمة. ولعلّه في الكامل كما في مفتاح الكرامة ٦: ٣٢٤.

(١٠) انظر الوسائل ٢٥: ٤٠٤، ٨ من الشفعة.

واحتمال حمله على التقيّة يدفعه أنّ المحكي عن أبي حنيفة وأصحابه، وابن شريح والثوري ومالك في إحدى الروايتين ثبوت الشفعة في ذلك^(١)، نحو ما سمعته^(٢) من المرتضى، وهم أولى بالتقيّة من غيرهم.

بل عن الخلاف^(٣) الاستدلال على ذلك بخبر جابر العامي عن النبي ﷺ: «إنما جعلت الشفعة فيما لم يقسم»^(٤) باعتبار أنّ «لم» لا تدخل إلا على ما يمكن قسمته، ويصحّ اتصافه بها ولو وقتاً؛ ولهذا يصحّ أن يقال: «السيف لا يقسم» ولا يقال: «لم يقسم» فالنفي بها حينئذٍ بمعنى عدم الملكة لا بمعنى السلب. قلت: لعلّ الاستدلال به باعتبار كون المنفي بها وصفاً أو صلة للمقسوم، وإلا فالنفي بها على غير الوجه المزبور موجود في المروي من طرقنا. كقول أحدهما ﷺ في مرسل جميل: «الشفعة لكل شريك لم تقاسمه»^(٥). وقوله ﷺ في عدة أخبار: «الشفعة لا تكون إلا لشريك لم تقاسمه»^(٦). بل قد يقال بظهوره أيضاً في ذلك، لكن لا من حيث خصوص النفي بـ «لم» بل من حيث قوله: «يقاسمه» و«لا يقاسمه» في ذلك أيضاً. خصوصاً مع قوله ﷺ في أحدهما أيضاً: «إذا أُرُفت الأُرف وحُدّت الحدود فلا شفعة»^(٧) في ذلك أيضاً.

بل وإلى إشعار قوله ﷺ في الخبر المزبور: «لا ضرر ولا ضرار» بناءً على أنّ المراد بذلك من حيث احتمال طلب الشريك الحادث القسمة المحتاجة إلى مؤونة، كما عساه يشهد لذلك قوله ﷺ: «إذا أُرُفت... إلى آخره». وإن كان قد يناقش باحتمال كونه تجدد الشركة وسوء الشريك، بل لعله أظهر. وذلك لأنّ الشفعة إنّما تثبت بانتقال الملك عن الشريك إلى المشتري، فلا بدّ أن يكون الضرر - الذي تناط به الشفعة في ظاهر النصّ وكلام الأصحاب - ناشئاً من جهة، وضرر طلب المشتري القسمة ليس ضرراً ناشئاً منه، لسبقه على الانتقال وثبوته للشريك على كلّ حال، فضرر طلب القسمة لازم على كلّ تقدير.

بل هو من لوازم الشركة فيما يقبل القسمة، فلا يمكن أن يكون مثله الضرر الذي تناط به الشفعة. بل المراد أنّ نفوذ سلطة الشريك على بيع نصيبه على أيّ حال ضرر على شريكه. كما أنّ منعه منه ضرر أيضاً، فاللازم من ذلك أحقيّة الشريك من غيره إذا بذل ما بذل غيره، وهذا لا يختلف فيه القابل للقسمة وغيره. نعم أقصى ذلك أنّه حكمه لا يجب أطرافها وأقصاها الإطلاق أو العموم المقيّد أو المخصّص بما سمعت. وأمّا مرسل يونس وإجماع المرتضى فقد عرفت^(٨) الحال فيهما سابقاً بل ممّا سمعته هنا يزداد ذلك فيهما، وبعد التنزّل والقول بتصادم المرجّحات والأدلّة حتّى مطلقها فالأصل المزبور باق بحاله، ومقتضاه عدم الشفعة في ذلك.

بل ربّما قيل^(٩): إنّهُ يشك في أصل دخول الحَمَام والطاحونة وغيرهما في مرسل الكافي^(١٠) النافي للشفعة في غير الأرضين والمساكن، باعتبار اقتضاء المقابلة فيه إرادة الأرض الخالية عن البناء. وإن كان هو كما ترى خصوصاً في مثل الحَمَام والطريق والدكان المعلوم ثبوت الشفعة فيها مع فرض قبول القسمة كما ستعرف، والله العالم.

(١) انظر المغني والشرح الكبير ٥: ٤٦٥ - ٤٦٦، ٤٦٩.

(٢) تقدم في ص ١٥٦.

(٣) الخلاف ٣: ٤٤١.

(٤) سنن البيهقي ٦: ١٠٢ - ١٠٣.

(٥) الوسائل ٢٥: ٣٩٦، ب ٣ من الشفعة، ح ٣.

(٦) انظر الوسائل ٢٥: ٣٩٦، ب ٣ من الشفعة.

(٨) تقدّم في ص ١٥٦.

(٩) تقدّم في ص ١٥٥.

(١٠) الوسائل ٢٥: ٣٩٩، ب ٥ من الشفعة، ح ١.

(١١) مفتاح الكرامة ٦: ٣٢٥.

(و) كيف كان ففي المتن (نعني بالضرر) المانع عن الإجبار على القسمة (أن لا ينتفع به بعد قسمته) [١].
وحينئذٍ (فالمتمضرر لا يجبر على القسمة) بخلاف الآخر.
قلت: قد حَقَّقنا ذلك في بحث القسمة على وجه يعلم منه فساد تخصيص الضرر بذلك [= عدم النفع بعد القسمة].

بل هو أعمّ منه ومن نقص القيمة الفاحش فلاحظ وتأمل.
بل قد يتوقّف في منع الضرر إذا كان من حيث قِلّة النصيب لا من حيث نفس القسمة، وإن كان لا يخلو من وجه والله العالم. (ولو كان الحَمَام أو الطريق أو النهر ممّا لا يبطل) أصل (منفعته بعد القسمة) وإن لم تكن المنفعة السابقة [٢] (أجبر الممتنع وثبتت الشفعة).

أما إذا قلنا: إنّه عدم إمكان الانتفاع به على الوجه السابق أو عدم النقص الفاحش بالقيمة فلا بدّ من فرض عدمه على كلّ منهما في ثبوت الشفعة حينئذٍ؛ ضرورة توقّف قابليّته للقسمة - على وجه يتحقّق فيه الإجبار - على ذلك، والفرض أنّه عنوان الشفعة. وحينئذٍ فلو كان أحد المذكورات ضيقاً بحيث لا يمكن الانتفاع به بعد القسمة لا في الوجه السابق ولا في غيره، أو تنقص قيمته نقصاناً فاحشاً لم تثبت فيه الشفعة على التقادير الثلاثة، بناءً على اعتبار قابلية القسمة فيها. أمّا مع السعة بحيث يمكن الانتفاع به على الوجه السابق بعد قسمته ولا تنقص قيمته تثبت الشفعة، كما لو كان الحَمَام واسعاً، بحيث يسلم لكلّ من الشريكين حَمَام، وكذا الطريق والنهر، بل والبئر إذا فرض سعتها على وجه يمكن أن تبنى، فتجعل بئرين لكلّ واحد منهما بياض يقف فيه ويرتقى به، فلا إشكال حينئذٍ في ثبوت الشفعة لتحقّق قابلية القسمة حينئذٍ.

بل [٣] (وكذا لو كان مع البئر بياض أرض) مزرع مثلاً، وأمكن التعديل (بحيث يسلم البئر لأحدهما) والبياض لآخر وإن لم ينتفع به على الوجه السابق ولكن له منفعة أخرى بناءً على [كون الضرر بمعنى عدم الانتفاع بعد القسمة] [٤].

نعم لو قلنا باعتبار بقاء المنفعة السابقة لم تثبت الشفعة، إلّا أن يفرض بقاء قابلية الأرض للزراعة بمطر أو بقاء آخر غيره. وكذا الكلام في غيره من بيت الرحي ونحوه.

- [١] بل في المسالك: «لضيقة أو لقلة النصيب أو لأنّ أجزاءه غير منتفع بها كالأمثلة المذكورة إذا كانت بالغة في الصغر هذا الحد، فلو بقي للسهم بعد القسمة نفع ما ثبتت الشفعة» ^(١) إلى آخره.
[٢] [هذا] بناءً على ما سمعته من المصنّف في تحديد الضرر المانع من الإجبار [بذلك].
[٣] [كما] في القواعد والدروس ومحكي المبسوط والتحرير ^(٢) [ذلك].
[٤] [وهو] ما ذكره المصنّف في الضرر كما عن التذكرة التصريح بذلك ^(٣)؛ ضرورة تحقّق قابليّته القسمة على ذلك.

بل ينبغي القطع به لو فرض كون الرحي المشتركة أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين [١].
لو فرض سعة بيت الرحي بحيث يمكن جعله موازناً لما فيه المرافق مع سلامتها أو لما فيه الرحي، أو كان
موضع الحجر في الرحي واحداً لكن لها بيت يصلح لغرض آخر وأمكنت القسمة، بأن يجعل موضع الحجر لواحد
وذلك البيت لآخر، ليتحقق الانتفاع لكل منهما - على الوجه الذي اعتبره المصنف - تحققت الشفعة لنحو ما سمعته
في البئر [٣]. ثم المراد بالشفعة في الرحي إذا بيعت مع الأرض المثبتة فيها، وكذا البئر على نحو ما سمعته في البناء
والغرس، والله العالم.

(و) كيف كان فـ (في دخول الدولاب والناعورة في الشفعة إذا بيعا مع الأرض تردّد) ونظر [٣]: (إذ ليس من
عادة أن ينقل) فيتبع الأرض [٤]. ولكن الأصح ثبوتها [٥]. كتناولها للأبواب المثبتة عادة مع قبولها للنقل عادة.
بل لو قلنا بعدم دخولها في الاسم أمكن القول بتبعيتها لنحو ما سمعته في الجدار والحمام والرحى ونحوها [٦].
نعم لو بيعا منفردين لم يكن شفعة [٧].
كما [أ] المختار [٨] أنه (لا تدخل الحبال التي ترتكّب عليها الدلاء في الشفعة) [٩].

[١] كما في القواعد ومحكي المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد^(١) التصريح به.
[٢] لكن في الدروس: «لو اشتملت الأرض على بئر لا يمكن قسمتها وأمكن أن تسلم البئر لأحدهما مع قسمة
الأرض تثبت الشفعة في الجميع، قيل: وكذا لو أمكن جعل أكثر بيت الرحي موازناً لما فيه الرحي، ويلزم منه أنه لو
اشتملت الأرض على حمام أو بيت ضيقين وأمكن سلامة الحمام أو البيت لأحدهما أمكن أن تثبت، وعندني فيه
نظر؛ للشك في وجوب قسمة ما هذا شأنه»^(٢). قلت: وفيه أنه لا فرق بينه وبين ما ذكره من البئر والأرض الذي جزم به.
ولعله يريد النظر في الجميع. وأما تحقيق حال وجوب قسمة مثل ذلك فقد ذكرناه في كتاب القسمة في القضاء، فلاحظ وتأمل.
[٣] كما في القواعد^(٣).

[٤] ومن أنهما منقولان في أنفسهما.
[٥] كما في التحرير والإيضاح والدروس وجامع المقاصد^(٤) وغيرها على ما حكى عن بعضها؛ لتناول اسم الدار
والحمام والبستان له إذا كان من جملة المرافق.

[٦] وحينئذٍ فما عن التذكرة من أن الأقرب عدم الدخول^(٥) لا يخلو من نظر.

[٧] بلا خلاف ولا إشكال بين القائلين بعدم ثبوتها في المنقول.

[٨] [و] لا خلاف (و) لا إشكال بينهم في [ذلك أيضاً].

[٩] لأنها من المنقول.

(١) القواعد ٢: ٢٤٣. المبسوط ٣: ١٢١. التذكرة ١٢: ٢٠٦. التحرير ٤: ٥٥٨. جامع المقاصد ٦: ٣٥٥.

(٢) الدروس ٣: ٣٥٧، وفيه: «موازيًا» بدل «موازناً». (٣) القواعد ٢: ٢٤٢.

(٤) التحرير ٤: ٥٥٨. الإيضاح ٢: ١٩٨. الدروس ٣: ٣٥٦. جامع المقاصد ٦: ٣٤٥.

(٥) التذكرة ١٢: ١٩٨.

كالدلاء بنفسها (إلا على القول بعموم الشفعة في المبيعات) بل [المختار] [١] أنه (لا تثبت الشفعة في الثمرة) مؤثرة كانت أو لا (وإن بيعت على رؤوس النخل أو الشجر منضمة إلى الأصل و) إلى (الأرض) [٢]. ولا شفعة في الأرض المقسومة [٣].

نعم (تثبت) الشفعة (في الأرض المقسومة بالاشتراك في الطريق أو الشرب) كبشر ونهر (إذا بيع معها) [٤] (ولا فرق بين الدار والبستان).

[١] [إذ] بل لا خلاف بينهم أيضاً إلا ما سمعه من الشيخ في المبسوط منهم (و) لا إشكال في [ذلك].
[٢] لأنها قد صارت من المنقول، إذ لا يراد دوامها، وإنما لها أمد معين ينتظر، فليست هي من التوابع الثابتة ولا داخلية في مفهوم البستان، ولذا لا تدخل في بيع الأصل بعد ظهورها. خلافاً لما عن المبسوط من الثبوت فيها وفي الزرع^(١)، وهو المحكي عن أبي حنيفة ومالك^(٢)، وضعفه واضح.

[٣] عندنا، إلا ما يحكي عن العماني^(٣) مثلاً. ويمكن دعوى أنه مسبوق بالإجماع وملحوق به. مضافاً إلى الأصل والنصوص المستفيضة أو المتواترة المروية من طريقي العامة^(٤) (و) الخاصة^(٥) التي منها ما مر: «لا شفعة إلا لشريك لم تقاسمه».

[٤] بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به بعضهم^(٦). بل في محكي الخلاف الإجماع عليه^(٧) وإن كان قد اقتصر على الطريق، كالمقنع والمهذب والوسيلة^(٨) تبعاً لما تسمعه من النص، وإلا فأكثر الفتاوى على عدم الفرق بينه وبين النهر والساقية، وفي بعضها التعبير بالشرب، بل في آخر التصريح بالبشر. لكن ستنسج (الإنشكال فيه من الفاضل. نعم ظاهرهم الاتفاق على عدم الفرق بين الدار والبستان. والأصل في ذلك - مضافاً إلى الاستصحاب في بعض الأفراد وعدم تمامية القسمة، للاشتراك في الطريق مثلاً - حسن منصور بن جازم بإبراهيم: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصته، فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال: «إن كان باع الدار وحول بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة»^(٩). وقريب منه ما يحكي عن الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام^(١٠). وربما أيد أيضاً بحسنه الآخر بالكاهلي، بل وسمه غير واحد بالصفة، ولعله كذلك قلت لأبي عبد الله عليه السلام: دار بين قوم اقتسموها فأخذ كل واحد منهم قطعة فبناها وتركوا بينهم ساحة فيها ممرهم، فجاء رجل فاشتري نصيب بعضهم أله ذلك؟ قال: «نعم ولكن يسدّ بابها ويفتح باباً إلى الطريق، أو ينزل من فوق السطح ويسدّ بابها، فإن أراد صاحب الطريق بيعه فإنهم أحقّ به، وإلا فهو طريقه يجي حتى يجلس على ذلك الباب»^(١١). ونحوه الموثق^(١٢)، ولكن لا تعرض فيهما لبيع الدار مع الممر كما هو محلّ البحث. بل ظاهرهما

- (١) المبسوط ٣: ١١٨ - ١١٩.
(٢) المغني (لابن قدامة) ٥: ٤٦٤.
(٣) نقله في المختلف ٥: ٣٣٠.
(٤) انظر سنن البيهقي ٦: ١٠٢ - ١٠٥.
(٥) تقدّم في ص ١٥٥ - ١٥٦.
(٦) الرياض ١٢: ٣١٣.
(٧) الخلاف ٣: ٤٢٧، ٤٢٩.
(٨) المقنع ٤٠٦. المهذب ١: ٤٥٤. الوسيلة ٢٥٨.
(٩) يأتي في ص ١٦٨.
(١٠) الوسائل ٢٥: ٣٩٨، ب ٤ من الشفعة، ح ١.
(١١) فقه الرضا: ٣٦٥. المستدرك ١٧: ٩٩، ب ٤ من الشفعة، ح ٢.
(١٢) الوسائل ٢٥: ٣٩٩، ب ٤ من الشفعة، ح ٢١.
(١٣) الوسائل ٢٥: ٣٩٩، ب ٤ من الشفعة، ج ٣.

[بلا فرق بين كون الدار مقسومة بعد أن كانت مشتركة أو منفردة من أصلها].

ثبوت الشفعة في الطريق خاصة . فالدليل حينئذٍ منحصر في الاول [= حسن منصور بن حازم] الذي ظاهر ترك الاستفصال فيه عدم الفرق بين كون الدار مقسومة بعد أن كانت مشتركة أو منفردة من أصلها . كما صرح به في التذكرة والمسالك والروضة والكفاية والرياض^(١) . « بل قيل : إنه ظاهر المقنع والنهاية والمبسوط والخلاف والمهذب وفقه الراوندي والغنية والسرائر والتبصرة والمفاتيح »^(٢) . بل لعله مراد الجميع وإن فرض الحكم في الأرض المقسومة مع الاشتراك في الطريق في المتن والوسيلة والنافع والقواعد والتحرير في موضع منه والإرشاد والمختلف والدروس واللمعة^(٣) كما حكي عن بعضها . لكن في جامع المقاصد « أنه الذي يقتضيه صحيح النظر ، لأن ضم غير المشفوع إلى المشفوع لا يوجب ثبوت الشفعة في غير المشفوع اتفاقاً ، والمبيع الذي لا شركة فيه في الحال ولا في الأصل ليس من متعلقات الشفعة ، إذ لو بيع وحده لا تثبت فيه شفعة بحال . وإثباتها لا يكون إلا لمحض الجواز ، فإذا ضم إلى المشترك وجب أن يكون بحكمه كذلك . ولعموم قوله عليه السلام : « لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم »^(٤) ولا شركة هنا في الحال ولا في الأصل . ولخبر أبي العباس : « الشفعة لا تكون إلا لشريك »^(٥) . وفي معناها نصوص البصري^(٦) وهارون^(٧) وعبد الله بن سنان^(٨) والسكوني^(٩) ، وكلها حجة على عدم ثبوت الشفعة في الدار الغير المشترك إذا كان الطريق مشتركاً »^(١٠) . وهو كما ترى ؛ ضرورة كونه كالاجتهاد في مقابل إطلاق الدليل المزبور الحاكم على إطلاق النصوص المزبورة الظاهر في اعتبار الشركة فعلاً المعلوم عدم اعتباره في الفرض ، للنص المزبور المعمول به بين الأصحاب وإن خالف إطلاق تلك الأخبار المزبورة . على أنه لا فرق بين المقسوم وغيره في عدم ثبوت الشفعة فيه لو لا النص المزبور . وكأن مقصود الاقتصاد فيما خالف الأصل وإطلاق الأدلة على المتيقن وهو المقسوم . وفيه أنه لا فرق بينه وبين الظاهر في الحجة . ولعله لذا ونحوه تعجب منه في المسالك ، قال : « وأما معارضة روايتي منصور الصحيحة والحسنة »^(١١) بتلك الأخبار الدالة على اعتبار الشركة وترجيح تلك بالكثرة وموافقتها للأصل فعجيب ، لأن مدلولها - على تقدير قطع النظر عن سندها - اعتبار الشركة بالفعل كما ذكرناه . وروايتي منصور دلت على الاكتفاء بالشركة في الطريق ، فهي خاصة وتلك عامة ، فيجمع بينهما بتخصيص العام بما عدا ذلك »^(١٢) . وهو في محله . واحتمال كونه مع الشركة في الأصل أنه لا يحتاج إلى التخصيص باعتبار صدق الشركة مع عدم القسمة ولو في الطريق أو الشرب ، بخلاف ما إذا لم يكن شركة في الأصل . يدفعه ظهور الأدلة في إرادة الشركة في نفس المشفوع لا في بعضه ، وألا لكفى حينئذٍ عن الطريق برأس الجدار ونحوه مما هو معلوم عدمه . فلا محيص حينئذٍ عن القول بأن سبب ثبوت الشفعة في الفرض دليل خاص غير سبب الشفعة المعهود الذي هو الاشتراك مع عدم القسمة .

(١) انظر التذكرة : ١٢ : ٢١٠ - ٢١٢ . المسالك : ١٢ : ٢٧١ . الروضة : ٤ : ٣٩٨ . كفاية الأحكام : ١ : ٥٤٢ . الرياض : ١٢ : ٣١٤ .

(٢) مفتاح الكرامة : ٦ : ٣٢٣ .

(٣) الوسيلة : ٢٥٨ . المختصر النافع : ٢٥٨ . القواعد : ٢ : ٢٤٢ - ٢٤٣ . التحرير : ٤ : ٥٥٨ . الإرشاد : ١ : ٢٨٥ . المختلف : ٥ : ٣٣١ - ٣٣٢ . الدروس : ٣ : ٣٥٧ .

(٤) الوسائل : ٢٥ : ٣٩٩ ، ب ٣ من الشفعة ، ح ٧ .

(٦) الوسائل : ٢٥ : ٣٩٥ ، ب ١ من الشفعة ، ح ٢ .

(٨) الوسائل : ٢٥ : ٣٩٦ ، ب ٣ من الشفعة ، ح ١ .

(١٠) جامع المقاصد : ٦ : ٣٥١ - ٣٥٢ .

(١٢) الوسائل : ١٢ : ٢٧٢ - ٢٧٣ .

(٥) الوسائل : ٢٥ : ٣٩٥ ، ب ١ من الشفعة ، ح ١ .

(٧) الوسائل : ٢٥ : ٣٩٦ ، ب ٢ من الشفعة ، ح ١ .

(٩) الوسائل : ٢٥ : ٣٩٦ ، ب ٣ من الشفعة ، ح ٢ .

(١١) الوسائل : ٢٥ : ٣٩٨ - ٣٩٩ ، ب ٤ من الشفعة ، ح ٢ ، ١ .

بل [الظاهر] (١) عدم اعتبار كون الطريق قابلاً للقسمة - لو بيع مع الدار - في ثبوت الشفعة فيهما وإن اعتبرنا ذلك لو بيع بانفراده كما عرفته سابقاً [٢] .

[١] كما أنَّ ظاهر الصحيح المزبور [ذلك] .

[٢] ولعلَّ ذلك لما قيل^(١) من الاكتفاء بقبول القسمة في المجموع لا لأبعاضه ، أو لأنَّ هذه القابلية كعدمها ؛ ضرورة كون الشيء مقسوماً ، فلا مدخل لقابليته وعدمها .

إلاَّ أنه كما ترى لا يخلو من غبار ، ولكن العمدة في ثبوت الحكم المزبور الصحيح المذكور الذي بإطلاقه يقتضي عدم اعتبار ذلك ، وبعد كونه صحيحاً وأطلقت الفتوى بمضمونه يتَّجه الخروج به عن كلِّ ما يقتضي عدمها في ذلك .

فما عساه يظهر من الدروس من اعتبار ذلك . قال : « ولا مع القسمة إلاَّ مع الاشتراك في الطريق والنهر اللذين يقبلان القسمة على الخلاف »^(٢) .

في غير محله ، وإن كان وجهه : الاختصار على المتيقن في تبعية الدار للطريق الثابتة فيه الشفعة .

وفيه : ما عرفت من أنَّ الظاهر كالمتيقن في الحجية .

بل قد عرفت أيضاً أنَّ مقتضى إطلاق الحسن المزبور ثبوت الشفعة للاشتراك في الطريق لا للشفعة فيه ، وكأنَّه قسم آخر مما

أثبت الشارع فيه الشفعة ، هذا .

وفي التذكرة : « الأقرب عندي أنَّ الطريق إن كان ممَّا يمكن قسمته والشريك واحد وبيع مع الدار المختصة بالبايع صفقة للشريك الآخر أخذ الطريق خاصة إن شاء ، وإن شاء أخذ الجميع ، وإن لم يمكن قسمته لم يكن له أخذه خاصة ، بل إمَّا أن يأخذ الجميع أو يترك »^(٣) .

وهو وإن كان صريحاً فيما ذكرناه من عدم اعتبار قابليته القسمة في الطريق في ثبوت الشفعة في الدار مثلاً .

لكن قد يناقش بأنَّ المجموع إمَّا أن يكون متعلق الشفعة أو لا ، فإن كان الأول وجب أن يأخذ الجميع أو يترك ، وليس له

تبعض الصفقة ، وإن كان الثاني لم يثبت له شفعة في غير الطريق ولا فيه إلا إذا كان واسعاً قابلاً للقسمة .

وربَّما أجيب^(٤) بأنَّ هذا منه ، بناءً على المشهور المعروف بينهم من أنه ليس للشفيع أخذ البعض وترك البعض ، بل إمَّا أن

يأخذ الجميع أو يترك .

وفيه : أنَّ ذلك لا يقتضي التفصيل المزبور .

مضافاً إلى ما قيل^(٥) من أنَّ هذا الشرط ترك ذكره فيما يقرب من عشرين كتاباً ، ولا دليل عليه يصح الاستناد إليه .

وإن كان قد يقال : إنَّه يكفي في الدليل أنَّ ذلك هو المتيقن من دليل الشفعة المخالفة للأصل التي مبني ثبوتها على رفع الضرر .

(١) مفتاح الكرامة ٦ : ٣٢٣ .

(٢) الدروس ٣ : ٣٥٧ .

(٣) التذكرة ١٢ : ٢١١ - ٢١٢ .

(٤) (٥) مفتاح الكرامة ٦ : ٣٢٤ .

[وهل يعتبر وحدة الشريك في صحة الشفعة في الفرض بناءً على عدم ثبوتها في الكثرة ؟].
 [ولعله كذلك ، بلا فرق بين الفرض وغيره].
 هذا كله في بيع الأرض مع الطريق أو الشرب .

فلا وجه لمشروعيتها معه ، فإن التبعض ضرر ، خصوصاً في بعض الأفراد ولا يزال الضرر بالضرر .
 بل ينبغي الجزم بعدمها في مثل الفرض إذا فرض عدم طريق للمشتري إلا الطريق المخصوص الذي يريد أن يشفع فيه الشفع .

وقابليته للقسمه غير مجد بعد فرض أخذ الشفع له أجمع وبقاء الدار بلا طريق .
 ولعله لذا جزم الشافعية بعدم الشفعة هنا في الطريق وإن كان قابلاً للقسمه ^(١) .
 بخلاف ما إذا لم يكن كذلك ، فإنهم جزموا بالشفعة في الطريق حينئذ دون الدار ؛ لعدم الشركة فيها ، وإن عرفت أنه مخالف لما عندنا من ثبوت الشفعة فيهما .

ومن ذلك كله يظهر لك أنه لا فرق في ثبوت الشفعة بين قابلية الطريق للقسمه وعدمها ؛ لإطلاق الدليل .
 وإن الشفع على كل حال إما أن يأخذ الجميع أو يترك كما سمعته من المشهور .
 ودعوى ثبوت شفتين مع سعة الطريق أصلية وتبعية - بخلاف ما إذا لم يكن واسعاً فإنه شفعة واحدة في المجموع - خالية عن الدليل ، بل ظاهر الأدلة خلافها ، فتأمل جيداً .
 هذا ، وربما ظهر ممّا سمعته ^(٢) من التذكرة من وحدة الشريك اعتبار ذلك في صحة الشفعة في الفرض بناءً على عدم ثبوتها في الكثرة .

ولعله كذلك وإن تردّد فيه بعض المعاصرين ^(٣) .
 لكنّه في غير محلّه .

لما تسمع من الأدلة في اعتبار ذلك في الشفعة من غير فرق بين الفرض وغيره .
 ودعوى ظهور سؤال الصحيح المزبور في التعدّد - مضافاً إلى معروفة ذلك في الطرق المرفوعة - واضحة الفساد ؛ إذ يمكن أن يكون ترك التعرّض للسؤال المزبور للتقية ، كما في غيره من النصوص الظاهرة في ذلك .
 أو على المجاز جمعاً بينه وبين ما دلّ على عدمها مع الكثرة ، وتعارف التعدّد في الطرق المرفوعة لا يقتضي ثبوت الشفعة فيها كما هو واضح .

واحتمال خروج الفرض بخصوصه عن حكم الكثرة في غابة البعد ، خصوصاً بعد إطلاق الأصحاب من دون إشارة إلى استثنائه كما ستعرف ، والله العالم .

(١) روضة الطالبين ٤ : ٢٤٩ . حلية العلماء ٥ : ٢٦٩ .

(٢) تقدم في ص ١٦٦ .

(٣) مفتاح الكرامة ٦ : ٣٢٤ .

(و) أمّا لو أُفردت الأرض المقسومة بالبيع لم تثبت الشفعة في الأرض (١).

نعم تثبت في الطريق أو الشرب إن بيعا و(كان) كلّ منهما (واسعاً يمكن قسمته) بناءً على ما عرفته من اعتبار ذلك في الشفعة.

والأثبت وإن لم يقبلا كما عرفت البحث فيه سابقاً.

بقي شيء: وهو أنّ [هـ قد يقال] [٢] إلحاق الشرب بالطريق في الحكم المزبور [٣].

فإن كان إجماعاً وألا كان محلاً للإشكال [٤].

[والمختار] [٥] عدم ثبوتها في الدار بالشركة في أسس الجدار ونحوه [٦].

وإن ثبتت فيه نفسه بل لا يخفى عليك أنّ المتّجه [٧] الحكم بعدمها في محالّ الشك حتى لو فرض حصوله

[١] بلا خلاف ولا إشكال.

مضافاً إلى الصحيح (و) الموثّق المزبورين ^(١).

[٢] [كما أنّ] ظاهر المعظم [ذلك].

[٣] وإن كنّا لم نجد في نصوصنا، بل ولا في نصوص العامة.

[٤] خصوصاً بعدما عرفت من أصالة عدم الشفعة في غير الفرض فضلاً عنه.

وعلى الأوّل ينبغي الاقتصار على النهر والساقية، لأنّه المتيقن منه.

كما عساه يورى إليه تعبير المصنف به هنا، ثمّ نفاها بعد ذلك عن المقسوم إلّا مع الشركة في الطريق والنهر.

كما أنّه في التذكرة جعل العنوان «النهر والساقية».

ثمّ قال: «ولو كانت المزرعة مختصة وبثرتها التي [يسقى] الزرع منها مشتركة حتّى بيعت المزرعة والبئر ففي ثبوت الشفعة

في المزرعة بمجرّد الشركة في البئر إشكال ينشأ من الاقتصار على مورد النصّ فيما يخالف الأصل، ولا شكّ في مخالفة الشفعة

للأصل، ومن أنّها مشتركة في المستقى، والشافعي ألحق الشركة في البئر بالشركة في الممرّ» ^(٢).

قلت: لا يخفى عليك ما في الوجه الثاني بعد فرض عدم الدليل عليه، بل مطلق الشرب إن لم يكن إجماعاً، ولم نتحقّقه،

خصوصاً بعد ما سمعته من الاقتصار على الطريق في الكتب السابقة ^(٣).

[٥] [كما] من ذلك [= ما تقدم] يعلم [ذلك].

[٦] للأصل المعتضد بظاهر النصّ والفتوى.

[٧] [وذلك] بملاحظة ما ذكرنا من أصالة عدم الشفعة.

وخصوصاً في صورة الاشتراك في الطريق [ذلك].

(١) الوسائل ٢٥: ٣٩٨، ٣٩٩، ب ٤ من الشفعة، ح ١، ٢.

(٢) التذكرة ١٢: ٢١٢.

(٣) تقدّم في ص ١٦٤.

بيع بعض الدار مثلاً وبعض الطريق ونحوه من الصور لم يحكم بها [١].
 اللهم إلا أن يفرض القطع بعدم مدخلية ذلك أو الظن على وجه معتد به .
 ومن ذلك أيضاً الشركة في الطريق أو النهر مع كون الدار وقفاً والأخرى طلقاً على البحث الذي تسمعه فيما يأتي إن شاء الله والله العالم .
 (ولو باع عرصة مقسومة) مثلاً (وشقصاً من أخرى) غير مقسومة (صفقة فالشفعة في الشقص خاصة بحصته^(١) من الثمن) . وهكذا الحكم في كل بيع مشفوع وغيره صفقة [٢].
 بل لا خيار للمشتري [٣].
 بل [الظاهر] [٤] عدم الفرق في ذلك بين الجاهل والعالم [٥].
 ولا فرق بين كون غير المشفوع من مصالح المشفوع كبقر الضيعة وعدمه [٦].
 والمراد بنسبة قيمته من الثمن : أن يقوم المجموع ثم يقوم المشفوع فينسب قيمته إلى مجموع القيمتين ،
 فيأخذ من الثمن بتلك النسبة ، فإذا قيل : قيمة المجموع مثلاً مئة وقيمة المشفوع خمسون أخذه الشفع بنصف الثمن ، وهكذا ، والله العالم .
 (و) كيف كان فـ [المختار] [٧] أنه (يشترط) في ثبوت الشفعة (انتقال الشقص بالبيع ، فلو جعله صداقاً أو

-
- [١] باعتبار كون المنساق من النص بيع الدار مع تمام ممرها .
 [٢] بلا خلاف ولا إشكال ، بل حكى الإجماع عليه صريحاً وظاهراً^(٢) ؛ لوجود المقتضي فيه على وجه يندرج في إطلاق الأدلة ذون غيره .
 واتحاد الصفقة لا يخرج كلاً منهما عن حكمه .
 [٣] كما صرح به المصنف وغيره فيما يأتي ؛ لإقدامه على البعض لو صار ، ولأنه حدث سبب التبعض في ملكه .
 [٤] [كما أن] مقتضى التعليل الثاني الذي ذكره المصنف وغيره فيما يأتي [ذلك] .
 [٥] فما في بعض الكتب من ثبوت الخيار مع الجهل^(٣) . اشتباه . منشؤه تخيل كون المقام من أفراد خيار تبعض الصفقة المشروط بالجهل .
 لكن ستمتع فيما يأتي عن الأردبيلي احتمال ثبوته مع الجهل قائلاً : «إنه أشار إليه المحشي»^(٤) .
 [٦] خلافاً لما لك^(٥) .
 [٧] [بـ] لا خلاف معتد به في [ذلك] .

(١) في الشرائع : «بصفة» .

(٢) انظر جامع المقاصد ٦ : ٣٥٧ . التذكرة ١٢ : ٢٦٣ .

(٣) مفتاح الكرامة ٦ : ٣٢٧ .

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٩ .

(٥) انظر فتح الميز (المجموع) ١١ : ٤٥٢ .

صدقة أو هبة أو صلحاً فلا شفعة) [١].

(ولو كانت الدار) بعضها (وقفاً وبعضها طلقاً فيبيع الطلق لم يكن للموقوف عليه شفعة ولو كان واحداً) [٢].

[١] بل حكى الإجماع عليه جماعة، ولعله كذلك؛ لأنّ خلاف ابن الجنيّد^(١) في ذلك حيث أثبتتها في الهبة بعوض وغيره غير فادح في محض الإجماع فضلاً عن محكيه.

وفي محكي المبسوط إجماع الفرقة وأخبارها على عدم الشفعة في الصداق^(٢).

ويدلّ عليه - مضافاً إلى ذلك وإلى الأصل المزبور - مفهوم قول الصادق عليه السلام في حسن الغنوي السابق: «الشفعة في البيوع»^(٣).

بل وقوله عليه السلام في مرسل يونس: «الشفعة جائزة في كل شيء إذا كان الشيء بين شريكين فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحقّ به من غيره»^(٤).

بل وغير ذلك من النصوص الظاهر في القيدية التي هي أقوى من غيرها دلالة. واحتمال ورود هذه المفاهيم مورد الغالب في بعض السؤال في آخر - فلم تبلغ درجة الحجية - يدفعه أنّه واضح المنع، خصوصاً بعد ملاحظة الانجبار بما عرفت. وإلى خصوص صحيح أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً في خصوص الصداق: سألت عن رجل تزوّج امرأة على بيت في دار وله في تلك الدار شركاء؟ قال: «جائز له ولها، ولا شفعة لأحد من الشركاء عليها»^(٥).

بناءً على ظهور نفيها من حيث كونه صداقاً لا من حيث تعدّد الشركاء ولو بملاحظة الانجبار. ومن الغريب بعد ذلك ما في المسالك وبعض^(٦) أتباعها من أنّه «لا دليل صريح للمشهور، وإنّما تضمّنّت الروايات ذكر البيع، وهو لا ينافي ثبوتها بغيره. ومن ثمّ خالف ابن الجنيّد، فأثبتها بمطلق النقل حتّى بالهبة بعوض وغيره، لما أشرنا إليه من عدم دليل يقتضي التخصيص، ولاشتراك الجميع في الحكمة الباعثة على إثبات الشفعة، وهو دفع الضرر عن الشريك. ولو خصّها بعقود المعاوضات كما يقول العامة كان أقعد، لأنّ أخذ الشفع للموهوب بغير عوض بعيد، وبه خارج عن مقتضى الأخذ»^(٧) إلى آخره.

إذ هو كما ترى - بعد الإغضاء عمّا فيه من عدم صحة النقل المزبور عن ابن الجنيّد - يمكن منع الاشتراك في وجه الحكمة، وعلى تقديره لا يعارض ما سمعته من الأدلة، كإطلاق ما دلّ على ثبوتها بعد تسليمه على وجه يشمل الفرض، لاحتمال كونه مساقاً لغير ذلك، والله العالم.

[٢] كما في النافع والدروس والرياض ومحكي المبسوط^(٨).

بل في الأخير نفي الخلاف فيه^(٩)، وفي سابقه عن الحلّي نسبته إلى الأكثر^(١٠).

(١) نقله في المختلف ٥: ٣٣٩. (٢) المبسوط ٣: ١١١.

(٣) تقدّم في ص ١٥٤.

(٤) الوسائل ٢٥: ٤٠٢، ب ٧ من الشفعة، ح ٢.

(٥) الوسائل ٢٥: ٤٠٧، ب ١١ من الشفعة، ح ٢، وفيه: «عن أبي جعفر عليه السلام».

(٦) المفاتيح ٣: ٧٦ - ٧٧. (٧) المسالك ١٢: ٢٧٣.

(٨) المختصر النافع: ٢٥٧. الدروس ٣: ٣٥٨. الرياض ١٢: ٣٠٨. المبسوط ٣: ١٤٥.

(٩) المبسوط ٣: ١٤٥. (١٠) الررائز ٢: ٣٩٧.

ولعله الأذى (لأنه ليس مالكا للرقبة على الخصوص) [١].

(وقال المرتضى) [٢] ما حاصله أنها (تثبت الشفعة) للموقوف عليه مطلقاً [٣].

[١] وإن كان واحداً حال بيع الشريك. ضرورة قصد الواقف تملك الموقوف عليهم في سائر الطبقات، ولذا يتلقون منه لا من الموقوف عليه الأول. وخصوصاً إذا كان الواحد المزبور من أفراد غير المنحصر ابتداءً إلا أنه اتفق الانحصار فيه. كما لو كان الوقف على بني زيد فأتفق انحصار ذلك في واحد، فإن التملك للجنس حينئذ. وعلى كل حال فلا ريب في الشك في الاندراج في إطلاق أدلة الشفعة - التي قد عرفت أنها على خلاف الأصل - إن لم يكن الأظهر عدم الاندراج. خصوصاً مع ملاحظة القيدية في مرسل يونس^(١) التي منها ظهور كون الشركة بينهما على وجه يكون لكل منهما بيع نصيبه.

[٢] [كما في الانتصار].

[٣] قال ما نصّه: «مما انفردت الإمامية به: القول بأن لإمام المسلمين و خلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التي ينظرون فيها على المساكين أو على المساجد أو على مصالح المسلمين، وكذلك كل ناظر بحق في وقف من وصيّ ووليّ، وادّعى على ذلك كله الإجماع»^(٢). وقال أيضاً: «إنه من متفرداتنا، وإن باقي الفقهاء يخالفون»^(٣). ثم قال: «ويمكن أن يقال للمخالف على سبيل المعارضة له: الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر، فأولى الأشياء بأن يدفع عنها الضرر حقوق الفقراء ووجوه القرباء، فإن قالوا: الوقوف لا مالك لها فيدفع الضرر عنه بالمطالبة بشفعته قلنا: إذا سلم أنه لا مالك لها فيها هنا منتفع بها ومستضر يعود إلى المشاركة فيها، وهم أهل الوقوف، ومصالح المسلمين إنما يجب دفع الضرر عنها مثل ما يجب من دفع الضرر على الآدميين»^(٤). وفيه: ما لا يخفى بناءً على انتقال الموقوف في مثل ذلك إلى الله تعالى شأنه؛ ضرورة عدم اندراجه حينئذ في أدلة الشفعة، بل وعلى القول بكونه ملكاً للمسلمين، بناءً على عدم ثبوت الشفعة مع الكثرة الذي قد اعترف هو به في الكتاب المزبور^(٥). بل قد عرفت الشك في الاندراج في إطلاق الشفعة مع الاتحاد ابتداءً فضلاً عن غيره. ولعله لذا لم يثبتها العامة وإن قالوا بها مع الكثرة، ومن هنا جزم غيره بخلاف ما ذكره. ومنه يعلم ما في دعوى إجماعه المزبور الذي لم نجد من وافقه عليه لا قبله ولا من تأخر عنه، عدا ما يحكى^(٦) عن النبي تلميذه، ولم نتحققه لما قيل^(٧) من أنه لم نجده في الكافي. بل عن السرائر: أن الأكثرين على خلافه^(٨). بل قد سمعت ما عن الشيخ من نفي الخلاف عن ذلك، بل قيل: إن ظاهره نفيه بين المسلمين^(٩). نعم في الدروس^(١٠) وغيرها: أن المتأخرين على ثبوتها مع كون الموقوف عليه واحداً، لأنه مالك حينئذ على المشهور، بل لم يعرف فيه خلاف، فيندرج في إطلاق الأدلة، ولا مانع إلا كونه محجوراً عليه في التصرف. وذلك لا ينافي كونه مالكا مقاسماً، ولذلك ثبت لغيره ممن هو محجور عليه في التصرف. كما لا ينافية الانتشار بعد ذلك. كانتشار المملوك بالبيع والموت ونحوهما. مضافاً إلى الاشتراك في الحكمة أو العلة. إلا أن ذلك كله كما نرى لا ينافي انسياق غيره من الأدلة.

(١) تقدم في ص ١٥٤. (٢) (٣) الانتصار: ٤٥٧.

(٤) الانتصار: ٤٥٧ - ٤٥٨. (٥) الانتصار: ٤٥٠.

(٦) حكاية في المذهب الرابع: ٤، ٢٦٦، والمقتصر: ٣٤٦. (٧) (٩) مفتاح الكرامة: ٦، ٣٢٨.

(٨) السرائر: ٣٩٧. (١٠) الدروس: ٣، ٣٥٨.

بل قد يشك في ثبوتها لذي الطلق لو فرض بيع الوقف على وجه يصح [١].

[الشفيع وشرائطه]:

(المقصد الثاني: في الشفيع)

(وهو) مع قيوده [٢] (كل شريك) ولو في الطريق أو النهر (بحصة مشاعة) على جهة الطلق (قادر على الثمن) فعلاً أو قوة دافع له غير مماطل ولا هازل.

(و) مع ذلك (يشترط فيه الإسلام إذا كان المشتري مسلماً) وأما قابلية القسمة والاتحاد [ففيهما خلاف] [٣]. وحينئذٍ (فلا يثبت الشفعة^(١) بالجوار) [٤].

[١] وإن قال في المسالك: «لا إشكال في ثبوتها حينئذٍ؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع»^(٢) ضرورة إمكان منع وجود المقتضي عليه بعد انسياق غير ذلك من الأدلة. وخصوصاً في الوقف العام أو الخاص مع تعدد الشركاء. وكأنه تنبع في ذلك ما في جامع المقاصد ومحكي التحرير من التصريح بالجوار^(٣). بل في الدروس^(٤) القطع بذلك. ولم يذكر أحد منهم التقييد بالواحد. بل ظاهر المسالك وجامع المقاصد^(٥) ثبوتها على كل حال. وفيه منع واضح، والله العالم.

[٢] المتفق عليها إلا من نادر.

[٣] فلا اتفاق عليهما. أما الأول فلما عرفت. وأما الثاني فستعرف الكلام فيه.

[٤] عندنا وفي المسالك: أنه مذهب الأصحاب إلا العماني^(٦). بل في المفاتيح: لا خلاف فيه من^(٧)، فلم يعدّه مخالفاً، ولعله لشذوذه كما في الدروس^(٨). بل عن الخلاف والغنية والسرائر الإجماع عليه^(٩). وهو كذلك، بل يمكن دعوى القطع به أيضاً من النصوص المتفقة على اعتبار الشفعة في الشفعة ولو في الطريق^(١٠). ويمكن حمل كلامه على خصوص ذلك، فإن المحكي عنه أنه قال: «لا شفعة لجار مع الخليل»^(١١) وهو بمفهومه يقتضي ثبوتها للجار في الجملة فيمكن إرادته ما ذكرنا، لا مطلق الجوار المحكي عن أبي حنيفة وجماعة من العامة^(١٢). للنبوي المروي في طرقهم: «أن الجار أحق بالشفعة» أو «بشفعته»^(١٣) الذي أوجب عنه باحتمال كون الإضرار فيه أنه أحق بالعرض عليه لا الأخذ بالشفعة. وإن كان هو كما ترى يمكن إرادة الشريك من «الجار» فيه، خصوصاً بعد ملاحظة معارضته لغيره. وخصوصاً بعد ما روه عن عمر بن الثريد عن أبيه، قال: بعث حثاً من أرض لي فيها شريك، فقال شريكي: أنا أحق بها، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال: «الجار أحق بشفعته» أو «بالشفعة»^(١٤) وخصوصاً بعد التوسعة في إطلاق الجار على الزوجة باعتبار الاشتراك في العقد (و) إن بعدت عنه في المكان.

(١) في الشرائع زيادة: «لجار».

(٢) المسالك ١٢: ٢٧٤.

(٣) جامع المقاصد ٦: ٣٥٨، التحرير ٤: ٥٥٩.

(٤) الدروس ٣: ٣٥٩.

(٥) انظر المسالك ١٢: ٢٧٤، جامع المقاصد ٦: ٣٥٨.

(٦) المسالك ١٢: ٢٦٩.

(٧) المفاتيح ٣: ٧٦.

(٨) الدروس ٣: ٣٥٧.

(٩) الخلاف ٣: ٤٢٧، ٤٢٩، الغنية: ٢٣٣، السرائر ٢: ٣٨٦، (١٠) انظر الوسائل ٢٥: ٣٩٨، ٣٩٩، ب ٣، ٤ من الشفعة.

(١١) نقله في جامع المقاصد ٦: ٣٤٧.

(١٢) انظر اختلاف الحديث ١: ٥٣٧، الأم ٤: ٥، سنن النسائي ٧: ٣٢٠، سنن البيهقي ١٦: ١٠٦.

(١٤) انظر المجموع ١٤: ٣٠٣ - ٣٠٤، والناصريات: ٣٧٦، في الصادر: «الشريد» بدل «الثريد».

بل (لا) شفعة (فيما قسّم وميّز إلّا مع الشركة في طريقه أو نهره) على الوجه الذي عرفته سابقاً [١] .
 (و) كيف كان فـ [المختار] [٢] أنّها (تثبت بين شريكين ^(١)) .
 (و) لكن الكلام في أنّها (هل تثبت لما زاد عن شفيع واحد ؟) ففي المتن (فيه اقوال : أحدها : نعم تثبت ^(٢))
 مطلقاً على عدد الرؤوس . والثاني : تثبت في الأرض مع الكثرة ، ولا تثبت في العبد إلّا للواحد . والثالث : لا تثبت في
 شيء مع الزيادة على الواحد وهو أظهر) [٣] .

[١] بلا خلاف أجده إلّا منه ^(٣) [= العماني] أيضاً ، كما اعترف به غير واحد .
 بل لعلّ ما سمعته من الإجماع على نفيتها بالجوار يدلّ عليه ، بل لا ريب في لحوقه بالإجماع إن لم يكن قد سبقه أيضاً .
 بل لعله كذلك ، خصوصاً بعد ملاحظة المقطوع به من النصوص - إن لم يكن المتواتر - في اعتبار الشركة وعدم القسمة في
 الشفعة من قولهم ^(٤) : « لا تكون الشفعة إلّا لشريكين ما لم يتقاسما » ^(٤) و « لا شفعة إلّا لشريك غير مقاسم » ^(٥) .
 و « الشفعة لا تكون إلّا لشريك » ^(٦) و « الشفعة لكلّ شريك لم يقاسمه » ^(٧) .
 و « إذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة » ^(٨) و « إذا أُرُفَت الأُرف وحُدَّت الحدود فلا شفعة » ^(٩) وغير ذلك ، والله العالم .
 [٢] [بـ] لا خلاف ولا إشكال بين العامة والخاصة نصّاً وفتوى في [ذلك] .
 [٣] وأشهر ، بل المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً . بل هي كذلك كما ستعرف .
 بل لم نعرف القول الأوّل لأحد منّا ؛ إذ المحكي عن ابن الجنيّد في الانتصار أنّه يوجب الشفعة في العقار فيما زاد على اثنين ،
 وإنّما يعتبر الاثنين في الحيوان خاصة ^(١٠) .
 نعم في المختلف بعد أن حكى عن الصدوق التفصيل المزبور ، قال : « وكذا اختار ابن الجنيّد ثبوت الشفعة مع الكثرة » ^(١١) ،
 ويمكن أن يريد التفصيل أيضاً ، فلا يكون حينئذٍ قائل منّا بالقول المزبور ، وعلى تقديره فهو أبو علي خاصة .
 وأمّا الثاني فلا أجده قائلًا به أيضاً ؛ إذ الصدوق قد استثنى الحيوان ، فإنّه بعد أن ذكر خبر طلحة بن زيد عن جعفر بن محمد
 عن أبيه عن علي ^(١٢) : « الشفعة على عدد الرجال » ^(١٢) .
 قال : وسئل الصادق ^(١٣) عن الشفعة لمن هي ؟ وفي أي شيء ؟ وهل تكون في الحيوان شفعة ؟ وكيف هي ؟ قال : « الشفعة
 واجبة في كلّ شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه ، فشريكه أحقّ به من
 غيره ، فإن زاد على اثنين فلا شفعة لأحدٍ منهما » ^(١٣) .

(١) في الشرائع : « الشريكين » . (٢) في الشرائع : « وتثبت » .

(٣) نقله في المختلف ٥ : ٣٣٠ . (٤) (٥) الوسائل ٢٥ : ٣٩٦ ، ب ٣ من الشفعة ، ح ٢٠١ .

(٦) الوسائل ٢٥ : ٢٩٥ ، ب ١ من الشفعة ، ح ١ . (٧) الوسائل ٢٥ : ٣٩٧ ، ب ٣ من الشفعة ، ح ٣ .

(٨) الوسائل ٢٥ : ٣٩٧ ، ب ٣ من الشفعة ، ح ٤ . (٩) الوسائل ٢٥ : ٣٩٧ ، ب ٣ من الشفعة ، ح ٥ .

(١٠) الانتصار : ٤٥١ - ٤٥٢ . (١١) المختلف ٥ : ٣٣٤ .

(١٢) الفقيه ٣ : ٧٧ ، ح ٣٣٧١ . الوسائل ٢٥ : ٤٠٣ ، ب ٧ من الشفعة ، ح ٥ وذيله .

(١٣) الفقيه ٣ : ٧٩ ، ح ٣٣٧٧ . الوسائل ٢٥ : ٤٠٢ ، ب ٧ من الشفعة ، ح ٢ وذيله .

ثم قال: « قال مصنف هذا الكتاب: يعني بذلك الشفعة في الحيوان وحده، فأما في غير الحيوان فالشفعة واجبة للشركاء وإن كانوا أكثر من اثنين، وتصدق ذلك ما رواه أحمد بن محمد بن أبي نصر عن عبد الله بن سنان قال: سألت عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه، قال: « يبيعه » قلت: فأتتهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم على البيع قال له شريكه: أعطني، قال: « هو أحق به » ثم قال: قال عليه السلام: « لا شفعة في حيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحداً »^(١).

وهو كالصريح فيما حكيناه عنه، فلم يكن حينئذ قائل منا بالقول المزبور أيضاً. فمن الغريب ما عن صاحب الكفاية^(٢) من اختيار القول المزبور. وأغرب منه ما سمعته من الصدوق الذي حمل مرسل يونس المزبور المشتمل صريحاً على الحيوان وغيره على ما عدا الحيوان. وأغرب من ذلك استشهاده على ما تخيله أنه جمع بين النصوص بالصحيح المزبور.

ولعله لذا وافق في المقنع^(٣) المشهور، كالمحكي عن أبيه في رسالته^(٤) وفي الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام^(٥) بناءً على أنه له. وحينئذ فيكون القول الثالث خيرة الصدوقين والشيخين وعلم الهدى وسائر وأبي الصلاح وبني حمزة والبراج وزهرة وإدريس والراوندي والطبرسي والكيدري والفاضلين والشهيديين والكركي والأردبيلي^(٦) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم.

بل في الانتصار ومحكي الغنية والسرائر والتنقيح الإجماع عليه^(٧).

بل في الأول منها ومحكي الخلاف والمبسوط: أنه من متفرداتنا^(٨)، وأنه لم يوافقنا عليه أحد.

بل في الانتصار أيضاً: أن الإجماع سبق ابن الجنيّد، فلا اعتبار بخلافه^(٩).

ويدلّ عليه - مضافاً إلى ذلك وإلى الأصل ومرسل يونس^(١٠) ونصوص المملوك والحيوان^(١١) - ولو على القول بثبوت الشفعة

فيهما وما عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام^(١٢) - صحيح عبد الله بن سنان: « لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما، فإذا

(١) الفقيه ٣: ٨٠، ذيل الحديث ٣٣٧٧ وح ٣٣٧٨. (٢) كفاية الأحكام ١: ٥٤٤.

(٣) المقنع: ٤٠٥.

(٤) نقله في المختلف ٥: ٣٣٢.

(٥) فقه الرضا: ٢٦٤. المستدرک ١٧: ١٠٣ ب ٧ من الشفعة، ح ١.

(٦) المقنع: ٤٠٦. نقله عن علي بن بابويه في المختلف ٥: ٣٣٢. المقنع: ٦١٨. النهاية: ٤٢٤. الانتصار: ٤٥٠. المراسم: ١٨٣. الكافي: ٣٦١.

الوسيلة: ٢٥٨. المذهب: ١: ٤٥٣. الغنية: ٢٣٢، ٢٣٤. السرائر: ٣٨٦-٣٨٧. فقه القرآن ٢: ٦٩. المؤلف من المختلف ١: ٦٣٢. اصباح

الشجرة: ٢٥٣-٢٥٤. المختصر النافع: ٢٥٩. الإرشاد: ١: ٣٨٤. التحرير: ٤: ٥٦٤. الدروس: ٣: ٣٥٧. الروضة: ٤: ٣٩٧. جامع المقاصد: ٦: ٣٦٢

- ٣٦٣. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٨.

(٧) الانتصار: ٤٥٠. الغنية: ٢٣٤. السرائر ٢: ٣٨٧. التنقيح ٤: ٨٨.

(٨) الخلاف ٣: ٤٣٥. المبسوط ٣: ١١٣.

(٩) الانتصار: ٤٥٢.

(١٠) الوسائل ٢٥: ٤٠٢، ب ٧ من الشفعة، ح ٢.

(١١) انظر الوسائل ٢٥: ٤٠٢، ب ٧ من الشفعة.

(١٢) تقدم آنفاً.

صاروا ثلاثة فليس لواحد مهم شفعة^(١). ولا معارض لذلك إلا خبرا السكوني^(٢) وطلحة بن زيد^(٣) «الشفعة على عدد الرجال» و«على الرجال»^(٤).

وهما - مع الطعن في سنديهما وموافقتهما لإطباق العامة - محتملان لما في الانتصار^(٥) من إرادة وجوبها بالشركة، سواء زادت السهام أو نقصت، بعد حمل لفظ «الرجال» و«الشركاء» - إن لم نقل بكون الجمع حقيقة في الاثنين فصاعداً، أو بإرادة المجاز منه، نحو قوله تعالى ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ﴾^(٦) - على إرادة الشركة في الأملاك الكثيرة، لا في الملك الواحد.

ثم قال: «وأما الخبر الذي وجد في روايات أصحابنا أنه إذا سمح بعض بحقهم من الشفعة، فإن من لم يسمح بحقه على قدر حقه فيمكن أن يكون تأويله أن الوارث لحق الشفعة إذا كانوا جماعة - فإن الشفعة عندنا تورث - متى سمح بعضهم بحقه كانت المطالبة لمن لم يسمح، وهذا لا يدل على أن الشفعة في الأصل لأكثر من شريكين»^(٧). وإلا ما يوهمه خبر منصور بن حازم المتقدم^(٨) المحمولان أيضاً على الثقة أو غيرها مما عرفت كخبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بين الشركاء»^(٩). ومن الغريب بعد ذلك كله ما في المسالك وبعض أتباعها^(١٠) من الوسوسة في الحكم المزبور.

فإنه بعد أن ذكر في الأولى النصوص للطرفين وأنه يمكن أن يقال: إنه مع تعارض الروايات الصحيحة تتساقط ويرجع إلى حكم الأصل. قال: «وفيه نظر، لمنع التعارض، لأن هذه الروايات أكثر وأوضح دلالة، لأن رواية ابن سنان^(١١) التي هي عمدة الباب لا صراحة فيها، حيث إنه أثبت الشفعة للشريكين باللام المفيدة للاستحقاق أو ما في معناه، والمطلوب لا يتم إلا إذا أريد ثبوتها بين الشريكين لا لهما ولا ينافيه قوله: ولا تثبت لثلاثة، إذ لا قائل بالفرق بين الاثنين والثلاثة. ولجواز إرادة عدم استحقاق كل واحد من الثلاثة بخصوصه دون الآخر. وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلا أن فيه طريقاً للجمع مع أن رواية منصور أصح طريقاً، وتيدة لرواية (ومؤيدة برواية خ ل) ابن سنان الآتية»^(١٢). وهو من غرائب الكلام. وكأن الذي أوقعه في ذلك ما في مختلف الفاضل، فإنه بعد أن ذكر المسألة بتمامها قال: «وقول هؤلاء لا يخلو من قوة، لصحة حديث منصور بن حازم، وأدعاء ابن إدريس الإجماع على سقوطها مع الكثرة خطأ»^(١٣). ولا يخفى عليك ما فيه، خصوصاً حكمه بخطأ الإجماع المزبور الذي هو مع شهادة التنبع له قد سبقه إليه من تقدمه وواقفه عليه من تأخر عنه. وصحيفة منصور لم يذكر فيها حكم الكثرة وإنما فيها ثبوت الشفعة مع اللفظ الموهم لها: نيكف تصلح معارضة لما ذكر فيه الحكم صريحاً؟!

ولعله لذا جزم في الروضة^(١٤) بموافقة المشهور، وهو فيها أقفه منه في المسالك كما لا يخفى على من لا حظهم.

(١) الوسائل ٢٥: ٤٠١، ب ٧ من الشفعة، ح ١، وفيه: «لم يقاسم».

(٢) الوسائل ٢٥: ٤٠٣، ب ٧ من الشفعة، ح ٥، وذيله.

(٤) نقل الخبران في التهذيب والفتاوى بلفظ الأول والثاني منقول في الوافي ١٨: ٧٧٣، ح ١٨٢٧٦.

(٥) الانتصار: ٤٥١. (٦) النساء: ١١.

(٨) تقدّم في ص ١٦٤. (٩) الوسائل ٢٥: ٤٠٠، ب ٥ من الشفعة، ح ١.

(١٠) المسالك ١٢: ٢٨٢، الفاتح ٣: ٧٧. (١١) الوسائل ٢٥: ٤٠٢، ب ٧ من الشفعة، ح ١.

(١٢) المسالك ١٢: ٢٨٢. (١٣) الروضة ٤: ٣٩٧، المختلف ٥: ٣٣٦.

(١٤) المسالك ١٢: ٢٨٢.

ثم إنَّ [الظاهر] (١) عدم الشفعة مع الكثرة السابقة على عقد البيع، كما لو كان الشيء مشتركاً بين ثلاثة فيبيع أحدهم نصيبه.

أما إذا كانت لاحقة، كما لو كان الشيء مشتركاً بين اثنين فباع أحدهما نصيبه على اثنين دفعة أو ترتيباً ثم علم الشريك بذلك فالظاهر ثبوتها [٢].

[١] [كما هو] المنساق من الأدلة والفتاوى.

[٢] كما عن الشهيد في حواشيه^(١).

وفي الدروس: «لو باع أحد الشريكين بعض نصيبه من رجل ثم باع الباقي من آخر فعلى المشهور للشريك الأخذ منهما أو يترك، وعلى الكثرة له أخذ نصيب الأول والثاني، وفي مشاركة الأول له أوجه: المشاركة لأنه كان شريكاً عند العقد.

وعدمها لأن ملكه مستحق للشفعة، والتفصيل إن عفا عنه شارك، لقرار ملكه. ويشكل بأن القرار إنما حصل بعد استحقاق الشريك الشفعة، فلا يكون مقاوماً للقرار أولاً، ويضعف بأن حقيقة الملك سابقة»^(٢). وكلامه الأول صريح في ثبوتها على القول بالاتحاد.

بل ظاهر الفاضل في القواعد المفروغية من ذلك، قال فيها في التفريع على القول بالكثرة: «ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل، ثم الباقي لآخر، ثم علم الشفيع فله أخذ الأول والثاني وأحدهما، فإن أخذ الأول لم يشاركه الثاني، وإن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأول، وعلى ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة للشفيع أخذ الجميع وتركه»^(٣).

وكأنه لما ذكرناه من اندراج الفرض في إطلاق الأدلة؛ ضرورة صدق اتحاد الشريك، بل لو كان مثله مسقطاً للشفعة لما أغفلوه، إذ ليس هو من النادر.

بل لعل الاتحاد المزبور هو وجه تخييره بين أخذ الجميع وتركه؛ ضرورة كونه كالشفعة الواحدة التي لا تنقبض. ويبع الشريك من شخصين ولو على التعاقب لا يرفع ظهور الأدلة في عدم التبعض المزبور.

والمراد توجيه كلامه بما ذكرناه، وإلا فللمانع أن يمنع التبعض في الفرض باعتبار تعدد البيع المقتضي لتعدد الاستحقاق. كما يظهر لك فيما لو فرض علم الشريك ببيع بعض نصيبه من المشتري الأول فشفع فيه، ثم بعد ذلك باع شريكه ما بقي من نصيبه لآخر مثلاً، فإن لشريكه عدم الشفعة ولا يكون ذلك تبعضاً.

واحتمال الفرق بين ذلك وبين محل البحث -لصدق التبعض فيه دون الفرض المزبور- لا منشأ له على وجه يرجع إلى محصل بعد فرض ثبوت الاستحقاق للشريك بالبيع الأول، سواء حصل الثاني أو لم يحصل، فهما حينئذ سببان لا مدخلية لأحدهما في

(١) نقله في مفتاح الكرامة: ٦ - ٣٣٢ - ٣٣٣.

(٢) الدروس ٣: ٣٧٧.

(٣) القواعد ٢: ٢٥٠.

[ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لآخر ثم علم الشفيع فالقول بأن له أخذ الجميع والبعض لا يخلو من قوة]. وكيف كان فالمتجه على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة أن تكون على الرؤوس لا

الآخر .

واحتمال عدم ثبوت الشفعة إلا مع بيع تمام النصيب ولو من اثنين - فلا يتحقق شفعة ببيع بعض النصيب خاصة - لا أظن أحداً

يلتزمه .

فتأمل جيداً، فإن الأمر لا يخلو من خفاء، وإن كان القول بأن له أخذ الجميع والبعض وليس هو من التبعض - خلاف ما سمعته^(١) من الفاضل - لا يخلو من قوة .

ولكن على كل حال من التأمل فيما ذكرنا يظهر النظر فيما في جامع المقاصد حيث إنه وجه كلام الفاضل بأنه : « إذا أخذ الجميع لم تتكرر الشفعاء ، فلم يتحقق المنافي ، بخلاف ما إذا أخذ البعض »^(٢) .

إذا يخطئ عليك ما فيه كما اعترف ضوبه من أنه إنما يجيء هذا المحذور لو أخذ من الثاني ، أما إذا أخذ من الأول خاصة فلا يتكرر الشفعاء - حينئذٍ - لعدم شفعة للثاني .

بل قد يقال : إنه لو أخذ الجميع فللأول الشفعة في نصيب الثاني على الاحتمال الذي ذكر ، لأنه كان شريكاً ومستحقاً في وقت البيع للثاني فلا يزول استحقاقه بأخذ ملكه ، فلا يتم ما ذكره .

وأيضاً فإنه في وقت البيع الثاني كان المشتري الأول مالكاً قطعاً ، فإن استحق الشفعة بملكه ثبت مع تعدد الشركاء والشفعاء ، وإن لم يستحق مع كونه شريكاً تخلف الأثر .

نعم على القول بأن كون ملكه مشفوعاً ينافي استحقاقه لا إشكال .

كما أنه لا إشكال في الأول أيضاً بناءً على اعتبار بقاء الملك للشفيع في الشفعة ، فمع فرض أخذ الشريك الأول الجميع لم تكن شفعة للمشتري الأول ؛ لانتقال ملكه عنه .

بل لعل صحيح النظر يقتضي عدم الشفعة له أصلاً ، لوجود المانع بالنسبة إليه ، وهو الكثرة ، بخلاف الأول الصادق عليه الاتحاد بملاحظة شركته مع البائع التي بها اندرج في إطلاق الأدلة ، بخلاف المشتري الأول الذي تحقق معه كثرة الشركاء بشركة البائع وشريكه الأول .

وأما المناقشة في أصل ثبوت الشفعة للشريك الأول ، بأن قوله عليه السلام في صحيح عبد الله بن سنان السابق : « فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة »^(٣) يقتضي منع الكثرة اللاحقة كالسابقة .

فيدفعها ظهور إرادة معنى الكون من « الصيرورة » في المقام ولو بملاحظة غيره من النصوص إن لم يكن ذلك هو المنساق ، فتأمل جيداً ، وربما يأتي إن شاء الله تعالى لذلك تنمة .

(١) تقدم في ص ١٧٦ .

(٢) جامع المقاصد ٦ : ٣٩٥ ، وفيه : « الثاني ، بدل « المنافي » .

(٣) الوسائل ٢٥ : ٤٠٢ ، ب ٧ من الشفعة ، ح ٦ .

السهم [١]. [وهو الأصح]. (و) كيف كان فـ [المختار] [٢] أنه (تبطل الشفعة بعجز الشفيع عن) دفع (الثلث) مع عدم رضا المشتري بالصبر، وأنه لا يكفي بذل الضامن والرهن والعوض [٣].

[١] كما عن الصدوق^(١)؛ لما سمعته من خبري طلحة^(٢) والسكوني^(٣). ولأن سبب الاستحقاق الشركة في الجملة ولو بأقل جزء، ولذا لو انفرد ذو الحصة القليلة أخذ الكل كذي الحصة الكثيرة، وليس ذلك إلا من جهة كون السبب الشركة، والأصل عدم الفاصل. ولا ينافي ذلك التوزيع في تعلق الديون على قدرها دون الرؤوس بعد اختصاصه بالدليل الكاشف عن كون التعلق من جهتها، لأصل الدينية المشتركة بين القليل والكثير، بخلاف المقام. خلافاً للمحكمي عن أبي علي فجعلها على قدر السهام، ولكن قال: «ويجوز قسمتها على عدد الرؤوس»^(٤). ومقتضاها التخيير. واحتجوا له بأن مقتضى الشفعة الشركة، والمعلول يتزايد بتزايد علته وينقص بنقصها إذا كانت قابلة للقوة والضعف. وفيه أولاً: أنه لا يقتضي التخيير، وثانياً: منع التزايد إذا لم يظهر من الأدلة؛ إذ لعل أصل الشركة هي العلة، من غير فرق بين قلة النصيب وكثرته. ومن هنا كان القول الأول أصح كما اعترف به غير واحد والله العالم.

[٢] [بـ] لا خلاف - كما عن غير واحد الاعتراف به - في [ذلك].

[٣] بل ربما كان ظاهر المسالك في أول تعريف الشفيع أو صريحها الاتفاق على اعتبار القدرة عليه فيه^(٥) الذي لا ريب في منافاة العجز لها. وفي مجمع البرهان: «دليل اشتراط القدرة في الشفعة على الثمن - ولو بالقرض وبيع شيء وسقوطها مع العجز - يمكن أن يكون إجماعاً»^(٦). قلت: وقد يدل عليه في الجملة - مضافاً إلى ذلك وإلى الأصل - فحوى حسن علي بن مهزيار: سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فكيف يصنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها، أبييها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة؟ قال: «إن كان معه في المصّر فلينتظر به إلى ثلاثة أيام، فإن أتاه بالمال، وإلا فليبع وبطلت شفعته في الأرض، وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة أيام، فإن وفاه وإلا فلا شفعة له»^(٧). وإن قيل: هو ظاهر في الشفعة قبل البيع^(٨)؛ لأن المراد بصاحب الأرض الشريك الأصلي الذي هو البائع إلا أن الأصحاب قاسوا حال المشتري عليه. لكن قد يمنع ظهوره في ذلك كما عساه يشهد له قوله: «طلب شفعة أرض» فإن الشفعة حقيقة لغة وعرفاً: الاستحقاق بعد البيع. بل قيل: المراد حينئذٍ بالطلب الأخذ بها^(٩)، بل لعل البطلان أيضاً ظاهر في ذلك، وحينئذٍ يكون المراد بصاحب الأرض: المشتري. بل لو قلنا بإعادة المعنى الحقيقي من الطلب فيه لا الأخذ كان المراد أنه أرادها ومضى ليحضر الثمن ليحصل استحقاق الأخذ بها أو التملك على حسب ما سمعته في اعتبار سبق دفع الثلث كان أيضاً دالاً على المطلوب، فتأمل جيداً. بل في الرياض: «هذا مع احتمال أن يكون الإلحاق - على تقدير صحة ما ذكره - من باب تنقيح المناط القطعي لا القياس الخفي»^(١٠). وإن كان فيه منع العمل بالأصل حتى يتجه التنقيح المزبور؛ ضرورة عدم نهائيل بسقوط الشفعة بانتظار البائع الثلاثة بل إطلاق الأدلة منافية لذلك.

(١) الفقيه ٣: ٧٧، ح ٣٣٧٠، ٣٣٧١.

(٢) الوسائل ٢٥: ٤٠٣، ب ٧ من الشفعة، ح ٥.

(٣) نقله في المختلف ٥: ٣٦٦.

(٤) الوسائل ٢٥: ٤٠٣، ب ٧ من الشفعة، ذيل الحديث ٥.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٩.

(٦) المسالك ١٢: ٢٧٧.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٠ - ٢١، الحداد ٢٠: ٣٠٨.

(٨) الوسائل ٢٥: ٤٠٦، ب ١٠ من الشفعة، ح ١.

(٩) الرياض ١٢: ٣١٨ - ٣١٩.

(١٠) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢١.

وعلى كل حال فـ [حقيق] [١] [إنه] يتحقق العجز باعترافه ، وفي تحقّقه بإعساره وجهان ، [أجودهما العدم] [٢] و[أنه] [٣] ينتظر به ثلاثة أيام كمذعى غيبته [٤] (و) كذا تبطل (بالمماطلة) [٥] والمراد بالمماطل القادر على الأداء ولا يؤدّي، ولا يشترط فيه مضيّ الثلاثة، ويحتمل إلحاقه بالعاجز. بل (وكذا [تبطل] لو هرب) [٦].

[١] [قاله] في جامع المقاصد والمسالك .

[٢] [كما] في الأخير منهما : « أجودهما العدم ؛ لإمكان تحصيله بقرض ونحوه »^(١).

[٣] [كما] فيهما معاً [ذلك].

[٤] ولعلّ ذلك منهما بناءً على عدم اختصاص التحديد المزبور في الحسن المذكور بغيبة الثمن مع وجوده ، بل هو للأعمّ من ذلك ومن تحصيله . فإنّ المراد من قوله : « لم ينضّ » لم يحصل ولم يتيسّر ويتنجز . بل في المسالك في شرح قول المصنف : [وكذا تبطل بالمماطلة].

[٥] « والمراد بالمماطل القادر على الأداء ولا يؤدّي ، ولا يشترط فيه مضيّ الثلاثة ، لأنّها محدودة للعاجز ، ولا عجز هنا ؟ ويحتمل إلحاقه به ، لظاهر رواية ابن مهزيار عن الجواد عليه السلام بانتظاره ثلاثة أيام حيث لم ينضّ الثمن »^(٢) . وكأنّه أخذهُ مما في جامع المقاصد ، فإنّه بعد تفسير المماطل بما عرفت . قال : « وهل يتحقّق كونه مماطلاً قبل الثلاثة ؟ ظاهر إطلاقهم يقتضي ذلك ، ولإشعار رواية ابن مهزيار عن الجواد عليه السلام^(٣) بانتظاره ثلاثة أيام حيث لم ينضّ الثمن »^(٤) . ولكن ليس فيه : أنّ الثلاثة تحديد للعاجز كما سمعته من المسالك ، بل لم أعرفه لغيره ، بل ظاهرهم الاتفاق على عدمه ، وأنّه لا شفعة له مع فرض عجزه المتحقّق باعترافه أو بالقرائن أو بغير ذلك حال البيع وإن تجدد له القدرة بعد ذلك بيسير . بل ظاهرهم سقوطها بتحقّق المماطلة كذلك .

[٦] الذي ذكر فيه في جامع المقاصد والمسالك وغيرهما أنّه إن كان قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة له ، وإن كان بعده فلمشتري الفسخ ولا يتوقف على الحاكم كما حكاه في الثاني^(٥) منهما عن التحرير^(٦) لعموم « لا ضرر ولا ضرار » ولأنّ الأخذ لما كان مبنياً على القهر لم يلزم المشتري حكمه ، بخلاف ما إذا هرب المشتري عن أداء ثمن المبيع . نعم في مجمع البرهان بعد أن ذكر دليل البطلان بالعجز قال : « وكذا دليل البطلان بالمماطلة مع الوجدان ، فإنّه كالعجز بل أقبح . وكذا الهرب بعد البيع ثلثا يعطي الثمن معها ، ولكن ينبغي أن يكون المراد بالمماطلة والعجز إلى وقت يضرّ بحال المشتري أو البائع عرفاً الصبر إليه ولو كان قليلاً ، ويؤيده جواز الصبر ثلاثة أيام مع دعوى غيبة الثمن وصبر الثلاثة أيام بعد مدة الرواح إلى بلد الثمن ومجيئته »^(٧) . ولكن فيه أيضاً أنّه منافي لظاهر الأصحاب . فإنّهم اعتبروا في الشفيع القدرة على الثمن ، وفرّعوا على ذلك أنّه لا شفعة للعاجز ولا للمماطل ولا للهارب وإن كان هو على ضرب من التجوّز في الآخرين ؛ ضرورة صدق القدرة عليهما ، ثمّ ذكروا مسألة التأجيل لمذعي غيبة الثمن ، وظاهرهم أنّه متى تحقّق العجز حال البيع لا شفعة . وكذا متى تحقّق المظل والهرب المنافي للفورية مع فرض حصوله قبل الأخذ بها بعد تحقّق سببها . نعم لو لا الأصل السابق قد يناقش في الشرط المزبور على الوجه المذكور - إن لم يكن إجماعاً - بأنّه لا دليل عليه بحيث يعارض إطلاق ما دلّ على ثبوتها ببيع الشريك نصيبه . نعم فحوى الحسن المزبور يقتضي التأجيل ثلاثة أيام مطلقاً ، فإن لم يكن ثمّ إجماع أتجه جعلها غاية للجمع . بل ظاهرهم عدم التقييد بالضرر في ثلاثة المصّر وأنما قيده به لو ادّعى غيبته في بلد آخر الذي هو مضمون الحسن السابق .

(١) (٦) جامع المقاصد ٦ : ٣٦٣ . المسالك ١٢ : ٢٨٤ . (٢) (٤) المسالك ١٢ : ٢٨٤ . جامع المقاصد ٦ : ٣٦٣ .

(٣) (٥) تقدّم في الصفحة المتقدمة ، بل في الأوّل منهما . (٧) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٠ .

قال المصنّف: (ولو ادّعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيّام، فإن لم يحضره بطلت شفّعته، فإن ذكر أنّ المال في بلد آخر أجل بمقدار وصوله إليه وزيادة ثلاثة أيّام ما لم يتضرّر المشتري) [١].
ثم إنّ [الظاهر] [٢] أنّ ابتداء الثلاثة من حين شفّعته لا من حين البيع.
والظاهر صدقها مع التّفيق لو وقعت خلال اليوم [٣].
[وأما القول باعتبار الليالي بحيث تلتقّ ثلاثة أيّام وثلاث ليال فهو جيّد لو قلنا: إنّ مسمّى اليوم شامل لليل اعتبرت، ولو وقع البيع أوّل الليل فالليالي داخلة تبعاً إن لم يرد دخول الرابعة أيضاً].
[ولا حاجة إلى إكمال الرابعة] مع فرض الصدق بدونها بل وبدون الأولى، ولكن دخلت تبعاً للأيّام كدخول المتأخّرة إذا احتيج إلى التّفيق من يومها كما هو واضح.

[١] ونحوه غيره، بل لا أجد خلافاً بينهم في ذلك.

بل عن الغيبة بعد أن ذكر التأجيل المزبور على الوجه المذكور، قال: «هذا إذا لم يؤدّ الصبر عليه إلى ضرر، فإن أدّى إلى ذلك بطلت شفّعته بدليل إجماع الطائفة»^(١).

نعم في مجمع البرهان بعد أن ذكر أنّ وجه ذلك نفيه عقلاً ونقلًا قال: «لكنه غير ظاهر، لأنّ نجد وقوعه في الشرع كثيراً، فليس له ضابط واضح، خصوصاً مع وجود النصّ»^(٢).

قلت: لا ريب في رجحان العمل بدليله مع فرض تحقّقه بالإحالة على بلد بعيد مثلاً بعد الاعتضاد بما عرفت وأصالة عدم الشفّعة التي كان الضرر منشأ مشروعيّتها وإن كان التعارض بينهما من وجه، والأمر في ذلك سهل.
[٢] [كما هو] ظاهر الخبر المزبور^(٣).

[٣] كما صرح به في جامع المقاصد والمساك.

وفي الأوّل منهما: «وهل تعتبر الليالي بحيث تلتقّ ثلاثة أيّام وثلاث ليال؟ لا تصريح بذلك. ولو قلنا: إنّ مسمّى اليوم شامل لليل اعتبرت، نعم لو وقع البيع أوّل الليل فالليالي داخلة تبعاً»^(٤).

وهو جيد إن لم يرد دخول الرابعة أيضاً تبعاً.

لكن في الثاني منهما: «وتعتبر الثلاثة ولو ملققة لو وقع الإمهال في خلال اليوم، والليالي تابعة لأيّام، فإن وقع نهاراً اعتبر إكمال الثلاث من اليوم الرابع، ودخلت الليالي تبعاً، ولو وقع ليلاً أجل ثلاثة أيّام تامة وتمام الليلة من الرابعة كذلك»^(٥).

وفيه: أنّه لا حاجة إلى إكمالها [بذلك].

(١) الغنية: ٢٣٦.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢١.

(٣) الوسائل ٢٥: ٤٠٦، ب ١٠ من الشفّعة، ح ١.

(٤) جامع المقاصد ٦: ٣٦٤.

(٥) المسالك ١٢: ٢٨٥.

ويعتبر في الذهاب إلى بلد المال حصول ما يحتاج إليه عادة من رفيق وغيره، ولا يجب تحصيله بأجرة [١].
[وكذا في بقائه أيضاً في نفس البلد لتحصيل المال].

ثم إنَّ [المراد] [٢] بطلانها على تقدير عدم إحضاره في المدة المضروبة سقوطها إن لم يكن أخذ، وتسَلَطَ المشتري على الفسخ إن كان قد أخذ [٣].

[ولو رضي بالتأخير في ابتداء الأمر أو في أثناء الثلاثة فيبقى على ما تقتضيه القواعد من الصحة].

هذا كله على القول بعدم مدخلية دفع الثمن في ملك الشقص، وإلا فلا ريب في عدم الصحة [٤].

[١] حملاً للإطلاق على المعتاد الذي هو مراعى أيضاً في بقائه أيضاً في نفس البلد لتحصيل المال.

[٢] [كما أنَّ] المحكي عن التذكرة وصرَّح به في جامع المقاصد والمسالك^(١) كون المراد [ذلك].

[٣] قيل: «ولعله كذلك. لأنَّ الحكم بالبطلان إنما هو مراعاةً للمشتري، فإذا رضي بأخذ الشفيع بالتأخير فقد أسقط حقه، وليس في إطلاق الرواية ما ينافي ذلك؛ لأنَّ غايتها إسقاط حق الشفيع من التسلُّط على المطالبة، وهو لا يستلزم إسقاط حق المشتري من المطالبة بالثمن بعد إجراء الصيغة الناقلة.

وبالجملة لا دلالة فيها على بطلان حق الشفيع، وعلى تقديره لا ضرر فيه أيضاً، وإن هي حينئذٍ إلا كما ورد في خيار التأخير من بطلان البيع^(٢) مع إطباق الأصحاب على بقاء الصحة وثبوت الخيار لا فساد من أصله. فما في الكفاية من أنَّ هذا التفصيل غير مذكور في الرواية^(٣) محلَّ مناقشة إن أراد الردُّ بها عليه. وإن أراد عدم استفادة ما ذكره منها فحسن إلا أنه لم يستند إليها في ذلك، ولعله أخذ مِمَّا قدَّمناه من الحجة^(٤). وفيه ما لا يخفى من أنَّه لا حجة تقتضي العدول عن ظاهر قوله عليه السلام: «بطلت شفعتي»^(٥) وقوله عليه السلام: «ولا شفعة له»^(٦) إلى إرادة نفي اللزوم لا الصحة بعد تعبير الأصحاب أيضاً بالبطلان الظاهر في الانفساخ لو وقعت وعدم استحقاق لها إن لم تقع، لكن مع بقاء طلب المشتري إرادة الثمن من الشفيع؛ لأنَّ ذلك هو ظاهر النص.

أما لو رضي بالتأخير في ابتداء الامر أو في أثناء الثلاثة فلا يندرج في النص المزبور فيبقى على ما تقتضيه القواعد من الصحة. بخلاف ما لو مضت الثلاثة وهو مستمر على طلب الثمن فلم يأت به الشفيع، فإنَّ ظاهر النص حينئذٍ عدم الاستحقاق والانفساخ. فلو رضي بعد ذلك لم يجد في ثبوت حق الشفعة أو في بقاء الثمن في دمة الشفيع، كما لو كان في الابتداء مثلاً. خصوصاً بعد إمكان الفرق بينها وبين العقد الذي له جهة صحة ولزوم. بل قاعدة الضرر ونحوها إنما تزلزل لزومه الذي هو مناط الضرر. ومن هنا ينصرف ما دلَّ على نفي الصحة فيه إلى اللزوم بخلاف الشفعة التي هي أشبه شيء بالإيقاع وباختيار الفسخ واللزوم ونحو ذلك مما لم يجر فيه التعارف المزبور، فبقاء اللفظ على حقيقته حينئذٍ أولى، لعدم الصارف عنه.

[٤] كما تسمع تحقيقه إن شاء الله، والله العالم.

(١) التذكرة: ١٢: ٢٤٩. جامع المقاصد: ٦: ٣٦٤. المسالك: ١٢: ٢٨٥.

(٢) انظر الوسائل: ١٨: ٢١، ب ٩ من الخيار.

(٣) كفاية الأحكام: ١: ٥٤٥.

(٤) الرياض: ١٢: ٣١٩.

(٥) الوسائل: ٢٥: ٤٠٦، ب ١٠ من الشفعة، ح ١.

(٦) الوسائل: ٢٥: ٤٠٦، ب ١٠ من الشفعة، ح ١.

(و) [المختار] [١] أنها [تثبت للغائب] [٢]. ولا فرق [٣] بين طول الغيبة وقصرها.

نعم ينبغي تقييده بما إذا لم يتمكن من الأخذ بنفسه أو وكيله [٤].

والأفان آخر مع إمكان المطالبة كذلك بطلت شفعته [٥]. وكذا لا تسقط شفعته بترك الإشهاد وإن تمكن منه فضلاً عما لو عجز عنه أو قدر على إشهاد من لا يقبل قوله أو على من لم يقدم معه أو من يحتاج إلى التزكية.

أما لو ترك الطلب - بمعنى إنشاء الأخذ قولاً - بعد علمه بالحال وعدم تمكنه من المسير والتوكيل في دفع الثمن فلم أجد لهم تصريحاً فيه، ولكن ينساق من فحواه عدم بطلان الشفعة [٦].

ولو كان للغائب وكيل عام [أو وكيل في الأخذ فيجب مراعاة المصلحة مع الإطلاق وعدمها مع التصريح] [٧].

[ولو ترك هذا الوكيل الأخذ كان للغائب المطالبة بها مع قدومه، سواء ترك الوكيل لمصلحة أو لا]. إن لم يكن ذلك منه إسقاطاً لها مع فرض عموم وكالته ووجود المصلحة فيه.

[١] [كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].

[٢] بل عن الخلاف والتذكرة الإجماع عليه^(١). وفي محكي الغنية: يستحق الشفعة من علم بالبيع بعد السنين المتطاولة بلا خلاف وإن كان حاضراً في البلد، وكذلك حكم المسافر إذا قدم من غيبته^(٢). ويدل عليه - مضافاً إلى ذلك وإلى إطلاق الأدلة - خبر السكوني المنجبر بعمل الطائفة عن أمير المؤمنين عليه السلام: «وصي اليتيم بمنزلة أبيه، يأخذ له الشفعة إذا كان له فيه رغبة، وقال: للغائب شفعة»^(٣).

[٣] نصاً وفتوى.

[٤] كما صرح به الفاضل والشهيدان والكركي^(٤) وغيرهم.

[٥] كما صرح به في محكي التذكرة^(٥).

بل في التحرير: «لو أشهد على المطالبة ثم آخر القدوم مع إمكانه فالوجه بطلان شفعته، وكذا لو لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل فترك»^(٦).

[٦] لعدم ثبوت الفورية على الوجه المزبور، والأصل بقاؤها.

[٧] ففي التحرير: «فله الأخذ بالشفعة مع المصلحة للغائب، وكذا لو كان وكيلاً في الأخذ وإن لم يكن مصلحة»^(٧). وفيه أنه لا فرق بينهما في مراعاتها مع الإطلاق وعدمها مع التصريح. وفيه [= في التحرير] أيضاً «لو ترك هذا الوكيل الأخذ كان للغائب المطالبة بها مع قدومه، سواء ترك الوكيل لمصلحة أو لا»^(٨). وهو كذلك.

(١) الخلاف ٣: ٤٣١. التذكرة ١٢: ٢٨٣.

(٢) الغنية: ٢٣٥.

(٣) الوسائل ٢٥: ٤٠١، ب ٦ من الشفعة، ح ٢.

(٤) التحرير ٤: ٥٦٠. الدروس ٣: ٣٦٠. الروضة ٤: ٤٠٠. المسالك ١٢: ٢٨٦. جامع المقاصد ٦: ٤٠٢.

(٥) التذكرة ١٢: ٢٨٣.

(٦) (٧) (٨) التحرير ٤: ٥٦١.

ومن لم يعلم بالحال كالعائب وإن كان حاضراً، وكذا المريض الذي لا يتمكن من المطالبة بنفسه ولا بوكيله، ونحوهما المحبوس ظلماً أو بحق يعجز عنه، أمّا إذا كان محبوساً بحق يقدر عليه فهو كالمطلق.

إلى غير ذلك من الفروع التي ذكروها في المقام، مضافاً إلى غيرها ممّا هو حاضر في الذهن [١].

ولكن التحقيق عدم الفرق بين الحاضر والعائب الذي هو أحد أفراد المطلق [٢]. [فالحاضر] إذا فرض كون المانع له عن إحضار الثمن عذر شرعي - مثل مرض أو حبس بحق يعجز عنه أو غير ذلك - كان حكمه حكمه [٣]. بل قد يقال بجريانه في العائب، على معنى: أنّه ينتظر به - زيادة على زمن قدومه على المتعارف - ثلاثة أيام أيضاً من حيث تيسر الثمن ونضوضه الذي هو حكم الشفيع في نفسه [٤]. والمعمى عليه كالعائب [٥]، أي ينتظر إفاقته وإن تطاول الإغماء؛ إذ لا ولاية لأحد عليه، فلا يتصور الأخذ عنه [٦]، فإن أخذ أحد لغا، وإن أفاق وأجاز ملك من حين الإجازة لا قبلها، فالنماء للمشتري قبلها [٧].

[١] لكن لا يخفى على من تأمل كثيراً منها: أنّه قد يتوهم الفرق بين الحاضر والعائب، حيث ذكروا التأجيل للأول بالنسبة إلى إحضار المال بالثلاثة أيام.

وأنّه متى انقضت ولم يحضره بطلت شفيعته، سواء كان ذلك لعذر أو لغير عذر.

بخلاف العائب، فإنّه على شفيعته مع فرض عدم تمكنه من القدوم والتوكيل ولو سنين، سواء قارَ (بادر خ ل) في إنشاء الشفعة أو لم يقَر (لم يبادر خ ل) ولعلّه لظهور الحسن المزبور^(١) المشتمل على التأجيل بالثلاثة في غيره.

أمّا هو فباق على إطلاق الأدلة المقتضي بقاء الشفعة، والأصل عدم سقوطها.

[٢] وإنما ذكره الأصحاب بخصوصه تبعاً للنص عليه، وإلا فالحاضر أيضاً [كذلك].

[٣] ولا ينافيه الحسن المزبور^(٢) الظاهر في البطلان من حيث عدم نضوض الثمن بمعنى عدم تيسره، لا من جهة أخرى.

[٤] كما عساه يومئ إليه تضمّنه ذكر الثلاثة لمن ادّعى غيبة الثمن في بلد آخر، فلاحظ وتأمل جيّداً، فإنّ المسألة غير منقّحة في كلامهم.

[٥] كما في القواعد والتحرير وجامع المقاصد والدروس^(٣).

[٦] كما في الدروس وجامع المقاصد^(٤).

[٧] قيل: «ولعلّه لأنّه لا مجيز له في الحال، فيكون كالصبي الذي لا ولي له في أحد القولين»^(٥). وفيه: أنّه خلاف ما اختاره

في البيع من عدم اشتراط هذا الشرط. كما أنّ مختاره هناك كون الإجازة كاشفة، ولذا قيل: إنّ ذلك منه بناءً على عدم جريان الفضولي في الشفعة^(٦).

وفيه: أنّ ما ذكرناه من دليله شامل لها، على أنّ مقتضاه عدم النقل أيضاً والله العالم.

(١) الوسائل ٢٥: ٤٠٦، ب ١٠ من الشفعة، ح ١. (٢) الوسائل ٢٥: ٢٠٦، ب ١٠ من الشفعة، ح ١.

(٣) القواعد ٢: ٢٤٥. التحرير ٤: ٥٦٣. جامع المقاصد ٦: ٣٧٥. الدروس ٣: ٣٦١.

(٤) الدروس ٣: ٣٦١. جامع المقاصد ٦: ٣٧٥. (٥) مفتاح الكرامة ٦: ٣٤٢.

(٦) مفتاح الكرامة ٦: ٣٤٢.

(و) كذا [تثبت] [١] لـ (السفيه) أيضاً [٢]. [ويجوز له الأخذ بنفسه مع إجازة الولي].
 بل قد يحتمل جواز ذلك له مع رضا المشتري بالبقاء في ذمته أو إبرائها له [٣]. [وكذا تثبت للمفلس].
 وإمكان رضا المشتري بالبقاء في ذمته أو إبرائها، أو استدائه من غير ماله الذي تعلق به حق الغرماء، أو رضوا
 هم بدفع ذلك من ماله. وإن كان لا يجب عليهم، بل لهم منعه من ذلك [٤].
 وعلى كل حال يتعلق حينئذٍ حقهم بالشقص إذا شفع به كما في غير ذلك من المال المتجدد له.
 نعم [قيل: أنه] [٥] ليس للغرماء الأخذ بها ولا إجبارها عليها وإن بذلوا له الثمن، ولا منعه منه وإن لم يكن له
 فيه حظ [٦]. ولو أخذ ولم يتيسر له الثمن ولم يرض المشتري بالصبر كان له الانتزاع منه [٧].
 (وكذا) [المختار] [٨] ثبوتها أيضاً [للمجنون والصبي] [٩].

[١] [كما] لا خلاف ولا إشكال في ثبوتها [لهذا].
 [٢] لإطلاق الأدلة، بل عن الخلاف الإجماع على ذلك^(١)، بل هو مندرج في المحكي من معقد إجماع الغنية على أن
 لولي غير كامل العقل أن يأخذ له بالشفعة^(٢)، إلا أن الذي يأخذ له الولي ولو بإجازته له ذلك أو إذنه له فيه على حسب غيره
 من التصرفات المالية. ولا ينافي ذلك اقتصار غير واحد - بل الأكثر على ما قيل^(٣) - على الصبي والمجنون، وخصوصاً مثل عبارة
 المتن المذكور فيها ثبوت الشفعة للسفيه. ومع ذلك اقتصر في أخذ الولي على الصبي والمجنون، فإن ذلك قد يوهم اختصاص أخذ
 الولي بهما دونهما. ومن هنا قال في المسالك: «كان على المصنف جمع الضمير المضاف إلى الولي، ليتناول السفيه، لئلا يتوهم أنه
 يتولى الأخذ دون الولي بقرينة تخصيص الطفل والمجنون بأخذ الولي»^(٤). قلت: يمكن أن يكون ذلك للفرق بينهما بسلب عبارتهما
 دونه، فلا يأخذ لهما إلا الولي بخلافه، فإنه له الأخذ بنفسه مع إجازة الولي.
 [٣] وإن كان هو خلاف ظاهر الأصحاب، وكذا لا أجد خلافاً بينهم في ثبوتها للمفلس؛ لإطلاق الأدلة.
 [٤] بلا خلاف أجده فيه ولا إشكال.
 [٥] [قاله] في القواعد والتحرير وجامع المقاصد^(٥).
 [٦] لأنه لا ملك له قبل الأخذ ليتعلق به حقهم، وكونها حقاً مائلاً لا يقتضي التعلق المزبور للأصل.
 ولا يجب عليه الاكتساب لهم، ولأن ذلك حق له، وليس من لوازمه التصرف فيما تعلق حقهم به من ماله، فلا دخل له
 بذلك وإن لم يكن فيه حظ له.
 [٧] ولا ينافيه تعلق حق الغرماء، لأنه انتقل إليه على الوجه المزبور، كما هو واضح.
 [٨] [كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].
 [٩] بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى إطلاق الأدلة وخصوص خبر السكوني المتقدم^(٦) في الثاني منهما.

(١) الخلاف ٣: ٤٤٣. (٢) الغنية: ٢٣٧.

(٣) مفتاح الكرامة ٦: ٣٣٦. (٤) المسالك ١٢: ٢٨٦.

(٥) القواعد ٢: ٢٤٥. التحرير ٤: ٥٦٣. جامع المقاصد ٦: ٣٧٥.

(٦) تقدم في ص ١٨٢.

(و) لكن (يتَوَلَّى الأخذ) عنهما (وليتهما) كما في غير ذلك من أمورهما نعم قَيِّده المصنّف [١] بكون ذلك (مع الغبطة) [٢] وفيه مناقشة].

[نعم يعتبر الغبطة في خصوص الوصي، وأما الأب والجَدّ فيكفي عدم المفسدة في أخذهما للشفعة لهما].
 (ولو ترك الولي المطالبة) بالشفعة مع الغبطة (فيلج الصبي أو أفاق المجنون فله الأخذ) [٣] (لأن التأخير لعذر) وهو الصبا والجنون [٤]. بل لو عفا الولي في الحال المزبور لم يمض عفوهُ حتى من الأب والجَدّ مع فرض مفسدة في ذلك للموَلَّى عليه [٥]. بل لعل الأقوى جواز تجديد الولي الأخذ وإن ترك سابقاً أو عفا [٦].
 (و) على كلِّ حال لا غرامة عليه [٧].

نعم (إذا^(١) لم يكن في الأخذ غبطة) حيث تعتبر أو كان فيه فساد حيث يكون عدمه هو المعتبر (فأخذ الولي^(٢))

[١] ومن تأخر عنه [بذلك].

[٢] إلا أنه لم نجد في كلام من تقدّم عليه حتى معقد إجماع الخلاف وغيره.
 ولعلّه لحظ الرغبة - المراد بها المصلحة - في الخبر المزبور^(٣).

وفيه أنّه يمكن إرادته ذلك في خصوص الوصي لا مثل الأب والجَدّ الذي قد ذكرنا في غير المقام أنّ المعتبر في تصرفهما له عدم النفسة كما هو ظاهر النصوص^(٤). بل عن فخر الإسلام إطلاق ذلك في مطلق الولي^(٥). إلا أنّ الأصحّ الفرق بينهما وبين الوصي مثلاً، والله العالم.

[٢] بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، ولا ينافي ذلك التراخي المزبور.

[٣] وتفسير الولي لا يسقط حقهما الثابت لهما حال قصورهما بالنص^(٦) والفتوى، وإنما المتجدّد لهما عند الكمال أهلية الأخذ لأصل الحقّ.

[٤] كما لا ينافيه أيضاً الضرر على المشتري بطول الانتظار، إذ هو كالاتجاه في مقابلة إطلاق النص^(٧) والفتوى، خصوصاً بعد أن كان هو السبب في إدخال الضرر على نفسه بذلك. وخصوصاً بعد ثبوت مثله في الغائب.

[٥] كما صرح به بعضهم^(٨)؛ لبطان تركه وعفوهُ، فلا يترتب على أحدهما أثر. وليس هما من التراخي المسقط للشفعة قطعاً، لأنّ تفسيره السابق بمنزلة عدمه بعد فرض بقاء حقّ الشفعة للموَلَّى عليه. اللهمّ إلا أن يكون بذلك فاسقاً على وجه ترتفع به ولايته. وفيه منع واضح، وعلى تقديره يمكن عودها بالتوبة حينئذٍ. فاستشكل بعضهم في ذلك بالنسبة إلى الولي خاصة دون الطفل مثلاً عند بلوغه فإنّ له الأخذ^(٩)، في غير محلّه، كما هو واضح، والله العالم.

[٦] كما عن بعضهم^(١٠) التصريح به؛ لأصل وغيره.

(١) (٢) في الشرائع: وإن. في الشرائع المحققة: «الموَلَّى». (٣) (٦) تقدّم في ص ١٨٢.

(٤) انظر الوسائل ٢٠: ٢٧٥، ٢٨٩: ٦، ١١ من عقد النكاح. و ٢١: ٢٨٧، ٢٨: ٢٨ من المهور ٢٦: ٢١٩، ١١ من ميراث الأزواج.

(٥) حكاة في مفتاح الكرامة ٦: ٣٣٧. (٧) انظر الوسائل ٢٥: ٤٠١، ٦ من الشفعة، ح ٢.

(٨) التحرير ٤: ٥٦٢. جامع المقاصد ٦: ٣٧٤. (٩) القواعد ٢: ٢٤٥.

(١٠) التحرير ٤: ٥٦٢.

مع ذلك (لم يصح) [١]. [وقيل: إنه لا شفعة لهما بعد الكمال إذا كان الترك من الولي أصلح من الأخذ، أو كان في الأخذ فساد على المولى عليه] ولعله كذلك إذا كان ذلك لإعسار الصبي ونحوه مما يقتضي عدم ثبوت الشفعة له للعجز، بناءً على سقوط الشفعة به كما عرفت. أمّا إذا لم يكن كذلك فيشكل السقوط [٢]. [ولو كان للصبي شفعة والحظّ له في تركه فترك الولي وبلغ الصبي رشيداً فله المطالبة بالأخذ وله تركه].

نعم لو عفا وأسقط وفرض مصلحة تقتضي صحّة ذلك كان من آثارها السقوط، فلا شفعة لهما بعد الكمال [٣]. ولو جهل الحال أنّ ذلك كان لمصلحة أو لا فهو كباقي تصرفات الولي [٤].

[١] بلا خلاف ولا إشكال؛ لأنّ الفرض عدم تصرّفه على الوجه المشروع، وكان ضامناً لما دفعه من الثمن، والشقص باقٍ على ملك المشتري. هذا، وفي جملة من كتب الفاضل وجامع المقاصد والروضة: أنّه لا شفعة لهما بعد الكمال إذا كان الترك من الولي أصلح من الأخذ، أو كان في الأخذ فساد على المولى عليه^(١).

[٢] لإطلاق الأدلّة، ولا ينافيه عدم جواز أخذ الولي المعتبر فيه المصلحة أو عدم المفسدة.

ولعله لذا قال في محكي الخلاف: «إذا كان للصبي شفعة والحظّ له في تركه فترك الولي وبلغ الصبي رشيداً فله المطالبة بالأخذ وله تركه، لأنّها حقّة، وليس على إسقاطها دليل، وأيضاً جميع العمومات التي وردت في وجوب الشفعة تتناول هذا الموضوع، ولا دلالة على إسقاطها بترك الولي»^(٢). وهو جيّد جداً، بل هو مقتضى كلّ من أطلق أنّ لهما الشفعة مع الكمال لو ترك الولي من غير تنقيح بما إذا كان ذلك مع النبطة. فما في الرياض من أنّه لا يظهر خلاف في أنّه لو كان الترك لعدم المصلحة لم يكن لهم بعد ارتفاع المانع الأخذ بالشفعة^(٣) في غير محلّه. ودعوى أنّه إذا كان حينئذٍ الحظّ في الترك وجب أن يصحّ كما يصحّ الأخذ واضحة الفساد، إذ ليس من آثار صحّة الترك سقوط حقّ الشفعة للمولى عليه. بل أقصاه موافقة الشارع فيما قرّره له في الفعل والترك. لذلك [٣] = لاقتضاء المصلحة.

[٤] لكن في القواعد: «فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة إلّا أن يكون الترك أصلح»^(٤). وفي جامع المقاصد: «أن مقتضاه أنّ لهما المطالبة مع الجهل لظهور كون الاستثناء متّصلاً. ثم قال: وفيه لأنّ المطالبة فرع الثبوت حينئذٍ، والثبوت إنّما يتحقّق مع المصلحة، والفرض جهالة الحال، فلا مقتضي للثبوت، وهذا وجيه»^(٥). قلت: مضافاً إلى حمل فعل المسلم أو تركه على الوجه الصحيح. وخصوصاً الولي الذي لا اعتراض للمولى عليه إلّا مع العلم بفساد فعله وتركه، ولولا ذلك لكان المتّجه الثبوت للاستصحاب، ولا دليل على اشتراط ذلك بترك الولي له مع المصلحة فيه. ومن ذلك يعلم ما في الروضة - تبعاً لما سمعته من جامع المقاصد -: «فإن ترك في موضع الثبوت - أي مع المصلحة - فلهم عند الكمال الأخذ لا من ترك لعدم المصلحة، ولو جهل الحال ففي استحقاقهم الأخذ نظراً إلى وجود السبب فيستصحب، أم لا التفاتاً إلى أنّه متّقد بالمصلحة ولم يعلم؟ وجهان: أوجدتهما الثاني»^(٦) والله العالم.

(١) الإرشاد: ٣٨٥. القواعد ٢: ٢٤٤. النذكرة ١٢: ٢٣٥. التحرير ٤: ٥٦١ - ٥٦٢. جامع المقاصد ٦: ٣٦٧. الروضة ٤: ٤٠٠.

(٢) الخلاف ٣: ٤٤٤ - ٤٤٥. (٣) الرياض ١٢: ٣٢١.

(٤) القواعد ٢: ٢٤٤. (٥) جامع المقاصد ٦: ٣٦٧.

(٦) الروضة ٤: ٤٠٠ - ٤٠١.

(وتثبت الشفعة للكافر على مثله) وإن كان البائع مسلماً [١].

(ولا تثبت له على المسلم ولو اشتراه من ذمي) أو غيره [٢].

(وتثبت للمسلم على المسلم والكافر) [٣].

(وإذا باع الأب أو الجد) وإن علا (عن اليتيم) أو المجنون (شقصه المشترك معه) لمصلحة إنفاق أو غيره

(جاء أن يشفعه) [٤] [و] (ترتفع التهمة) بإحضار العدول والحضور عند الحاكم ونحو ذلك^(١) (لأنه) أي الأخذ بها

(لا يزيد عن بيع ماله من نفسه) (المعلوم جوازه) [٥]. وكذا تثبت الشفعة للولد على والده [٦].

[١] بلا خلاف، بل عن جماعة الإجماع عليه؛ لإطلاق الأدلة وعمومها السالمين عن المعارض عدا إطلاق الخبر: «ليس

لليهودي والنصراني شفعة»^(٢). المقيد إجماعاً بإرادة فيها لهما على المسلم الذي أشار إليه المصنف بقوله: [ذلك].

[٢] بلا خلاف فيه أيضاً، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي منهما مستفيض إن لم يكن متواتراً.

مضافاً إلى الخبر المزبور^(٣) وقوله تعالى ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(٤).

وإلى أن «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»^(٥) فلا يقهر الكافر المسلم على أخذ ماله من يده.

[٣] إجماعاً أو ضرورة من المذهب إن لم يكن الدين، والله العالم.

[٤] كما صرح به الشيخ والفاضل في بعض كتبه وولده والشهيدان والكركي^(٦) على ما حكى عن بعضهم؛ لإطلاق

الأدلة، بل لا أجد فيه خلافاً. نعم في قواعد الفاضل: «وللأب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون وإن كان هو

المشتري أو البائع عنهما على إشكال»^(٧).

بل في مختلفه: الجزم بالعدم في الوكيل على بيع ما يستحق الشفعة به. محتجاً بأن قبول الوكالة رضاً منه بالتملك

للمشتري، وحينئذ تسقط الشفعة^(٨).

بل في جامع المقاصد^(٩) توجيه الإشكال المزبور بذلك. ولكنه كما ترى؛ ضرورة عدم الدلالة على ذلك.

بل لعل إيقاع العقد المذكور تهديد للأخذ بها وتحقيق سببه، فلا يكون الرضا به مسقطاً لها بل الرضا بالسبب رضاً

بالمسبب، لا أن إيجاد العلة - وهي البيع - ينافي طلب المعلول وهو الشفعة. (و) دعوى أن عدم الشفعة للتهمة له بتقليل الثمن

يدفعها - مع أن ذلك مناف لاثماته الشرعي - إمكان فرض بيعه على وجه [ترتفع التهمة].

[٥] فالإشكال في ذلك فضلاً عن الجزم بالعدم في غير محله.

[٦] لإطلاق الأدلة. وإن قال في جامع المقاصد: «فيه احتمالان وفي الاستحقاق قوة»^(١٠).

(١) في بعض النسخ بعداً زيادة: «و». (٢) الوسائل ٢٥: ٤٠١، ب ٦ من الشفعة، ح ١ - ٢.

(٣) المصدر السابق: ح ٢. (٤) النساء: ١٤١.

(٥) الوسائل ٢٦: ١٤، ب ١ من موانع الإرث، ح ١١.

(٦) المبسوط ١٥٨: ١٢، التذكرة ٢٣٥: ١٢، الإيضاح ٢: ٢٠٢، الدروس ٣: ٣٦١، المسالك ١٢: ٢٨٨. جامع المقاصد ٦: ٣٦٥ - ٣٦٦.

(٧) القواعد ٢: ٢٤٤. (٨) المختلف ٥: ٣٥١ - ٣٥٢، ٣٦٠.

(٩) جامع المقاصد ٦: ٣٦٥. (١٠) جامع المقاصد ٦: ٣٦٦.

بل [المختار] (١) ثبوتها أيضاً للوكيل في البيع والشراء [٢]. [ولا فرق بين الولي والوكيل].
 (و) كيف كان فـ (هـ) ذلك للوصي ؟ (قال الشيخ) في مبسوطه : (لا) يجوز له ذلك (لمكان التهمة) [وفيه إشكال] [٣].
 ولذلك قال المصنف : (ولو قيل بالجواز كان أشبه) [٤] (كالوكيل) [٥]. [والجواز هو الأشبه كالوكيل].
 (وللمكاتب) (المشروط والمطلق) (الأخذ بالشفعة) [٦].
 (و) حينئذ فـ (لا اعتراض لمولاه) عليه حتى لو كان هو البائع أو المشتري. ولو باع المكاتب شقصاً على المولى ببعض مال الكتابة ثبتت الشفعة لشريكه، فإن كان مشروطاً وفسخت الكتابة فالأولى بقاء الشفعة اعتباراً بحال البيع، وربما احتمل سقوطها، لخروجه بذلك عن كونه مبيعاً، والأول أصح.

[١] [كما] ممّا ذكرنا يعلم [ذلك].

[٢] بل في جامع المقاصد : «أنّ ذلك له قولاً واحداً»^(١) وإن كان فيه أنّ المخالف الشيخ فيما حكى من مبسوطه والفاضل في المختلف^(٢)، واستشكل فيه في محكي التذكرة^(٣)؛ لنحو ما سمعته سابقاً. وقد عرفت ضعفه، لكن لم يظهر لنا الفرق بين الولي والوكيل حيث حكى عن المبسوط : أنّ للأول الشفعة بخلاف الثاني^(٤). كما أنّ المحكي عنه في التذكرة الجزم بها للأول والتوقف فيها في الثاني^(٥). ونحوه الكلام في العبد المأذون.

[٣] ولفظه : «إذا باع ولي اليتيم حصته من المشترك بينه وبينه لم يكن له الأخذ بالشفعة إلا أن يكون أباً أو جدّاً، لأنّ الوصي متهم فيؤثر تقليل الثمن، ولأنّه ليس له أن يشتري لنفسه بخلاف الأب والجد»^(٦).

ولكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه.

[٤] بأصول المذهب وقواعده.

[٥] الذي قد عرفت الحال فيه.

بل جزم به الفاضل في بعض كتبه والشهيدان والكركي^(٧)؛ لما عرفته.

بل عن ظاهر المختلف الإجماع. على أنّه يجوز للوصي أن يشتري لنفسه كالأب والجد^(٨)، وفي جامع المقاصد والممالك : لا بحث في الصّحة إذا رفع أمره إلى الحاكم فباع فأخذ بالشفعة لارتفاع التهمة حينئذ^(٩).

وهو جيّد لو انحصر مستند الشيخ في ذلك، وقد سمعت التعليل به وبغيره وإن كان هو فاسداً كما عرفت، والله العالم.

[٦] بلا خلاف ولا إشكال؛ لانقطاع سلطنة المولى عنه بالنسبة إلى ذلك.

(١) جامع المقاصد ٦ : ٣٦٦. (٢) المبسوط ٣ : ١٤٢. المختلف ٥ : ٣٥١، ٣٦٠.

(٣) التذكرة ١٢ : ٢٣٦. (٤) (٦) المبسوط ٣ : ١٤٢، ١٥٨.

(٥) التذكرة ١٢ : ٢٣٥، ٢٣٦.

(٧) القواعد ٢ : ٢٤٤. التحرير ٤ : ٥٦٢. الدروس ٣ : ٣٦١. الممالك ١٢ : ٢٨٨. جامع المقاصد ٦ : ٣٦٦.

(٨) استظهره في مفتاح الكرامة ٦ : ٣٣٥، انظر المختلف ٥ : ٣٦١.

(٩) جامع المقاصد ٦ : ٣٦٦. الممالك ١٢ : ٢٨٨.

(ولو ابتاع العامل في القراض شقصاً وصاحب المال شفيعه) لأنّه مشترك بينه وبين غيره (فقد ملكه بالشراء) مع فرض عدم الربح (لا بالشفعة) [١].

(و) حينئذٍ فلو أراد المالك الاختصاص به بأن يفسخ المضاربة فيه (لا اعتراض للعامل إذا^(١)) لم يكن ظهر^(٢) ربح، و) لكن (له المطالبة بأجرة عمله) المحترم كما في غير ذلك من أعيان المضاربة.

وإن لم يختار المالك الفسخ بقيت المضاربة بحالها، وليس للعامل أجرة بل له شرطه من الربح. ولا يلزم من ملك صاحب المال له الفسخ، فإنّ جميع مال القراض مملوك له [٢].

نعم لو ظهر الربح للعامل في المبيع وقتنا بملكه بذلك على وجه يكون شريكاً للمالك بمقدار ما يخصه من الربح فالمتّجه الموافق لقواعد المضاربة أنّه حينئذٍ يكون شريكاً في الشقص مع صاحب المال، سواء فسخ المضاربة أم لا.

وليس لصاحب المال أن يأخذ نصيب العامل من الربح بالشفعة أيضاً [٣]. سواء قارن الشراء أم تأخر. نعم لو فرض أنّ ما اشتراه به من الثمن قد ظهر فيه الربح وقتنا بملكه به على وجه صار شريكاً أتجه حينئذٍ كون المبيع مشتركاً بينه وبين المالك بالبيع، بل أتجه أخذ المالك فيه بالشفعة. أمّا في الفرض فلا ملك للعامل بالبيع وإن كان الربح مقارناً [٤].

[١] بلا خلاف أجدّه فيه بيننا ولا إشكال؛ لأنّ العامل كالوكيل عن المالك، فكأنّ ما يشتريه للقراض هو ملك لربّ المال. فلا يتصور شفعة له حينئذٍ في ماله؛ إذ الملك لا يملك من جهتين، واستحقاقه القصاص على عبده لو جنى عليه ليس ملكاً لملكه.

فما عن الكركي في بعض حواشيه المكتوبة بخطه على جامع المقاصد - من أنّه لا يمتنع أن يستحقّ الملك بالشراء ثمّ بالشفعة، إذ لا يمتنع اجتماع العلتين على معلول واحد، لأنّ علل الشرع معرّفات^(٣) - واضح الفساد وإن كان يستمع اختيار مثله من المصنّف والفاضل وغيرهما في الفروع على القول بالكثرة؛ ضرورة عدم وجود العلة بعد أن كان الشراء له بالوكالة عن العامل، والفرض ظهور أدلّة الشفعة بل صراحتها في بيع الشريك حصّته من غير من له الشفعة، كما هو واضح. [٢] وذلك كلّّه واضح من قواعد الشفعة والمضاربة.

فمن الغريب ما عن المبسوط من عدم الترجيح في المسألة، والاقتصار على نقل أقوال ثلاثة فيها أحدها: ما عرفته، والثاني: أنّه يأخذه بالشفعة، والثالث: عدم أخذه بها ولا بغيرها^(٤).

وكأنّها للعامة، ولا وجه للأخيرين منها فيما فرضناه من موضوعها.

[٣] لأنّ العامل لم يملكه بالشراء الذي هو شرط ثبوت الشفعة، وأنما ملكه بظهوره.

[٤] لأنّ ملكه طارئ على ملك ربّ المال، فالبيع لم يفد إلّا ملك ربّ المال بأجمعه للمبيع، لأنّ الثمن له.

(١) في الشرائع: «إن». (٢) في الشرائع بعدها زيادة: «فيه».

(٣) هذه الحواشي غير موجودة في النسخة المتداولة لدينا. (٤) المبسوط ٣: ١٥٧ - ١٥٨.

ثم إنَّ العامل يملك ولو على جهة الترتب الذاتي ، وحينئذٍ فليس ذلك من أسباب استحقاق الشفعة [١] .
وليس لصاحب المال قطع تسلط العامل على الحصة بالفسخ وردّه إلى الأجرة [٢] .
بل يستقرّ ملكه عليها إن لم يتجدّد ما يبطله كخسارة المال لا غير [٣] .

[١] اختصاص موردها بالبيع نصّاً^(١) وفتوى .

[٢] كما تسمعه من بعض الشافعية^(٢) .

[٣] لأصالة بقاء ملكه عليه إلّا بوجه ناقل شرعاً ، وهو منتف هنا .

وهذا هو حاصل ما في الدروس : « وليس للمالك أخذ ما اشتراه العامل بالشفعة ، بل له فسخ المضاربة فيه ، فإن كان فيه ربح ملك العامل نصيبه ، وإلّا فله الأجرة »^(٣) .
لكن في قواعد الفاضل : « ويملك صاحب مال القراض بالشراء ، لا بالشفعة إن لم يكن ربح أو كان ، لأنَّ العامل لا يملكه بالبيع ، وله الأجرة »^(٤) .

وربّما استظهر منه أنّ للمالك الاختصاص بالعين على كلّ حال ، وأنّه ليس للعامل إلّا الأجرة وإن كان قد ظهر الربح .
ولذا حكى في جامع المقاصد النظر فيه عن حواشي الشهيد بأنّ فتوى المصنّف ملك الربح بالظهور ، وحينئذٍ يملك العامل حصة من الشقص ويكون شريكاً ، قال : « ثم أجاب بما لا يدفع السؤال ، ثم اعترف بورود السؤال »^(٥) .
قلت : قد يدفع بأنّ المراد استحقاق الأجرة مع الفسخ وعدم ظهور الربح ، كما عساه يشعر به قوله : « لأنَّ العامل » إلى آخره .
المراد منه أنّه وإن كان ربح ويملكه العامل إلّا أنّ ملكه له بسبب اقتضاء عقد المضاربة ذلك ، لا البيع الذي لم يحصل منه إلّا ملك ربّ المال للجميع باعتبار كون الثمن ملكاً له وملك العامل طارئ عليه ، فلا شفعة له بملك العامل .
لأنّه لم يملكه بالبيع الذي هو عنوان الشفعة ، وأنّما ملكه بظهور الربح ، والذي ملكه بأجمعه أوّلاً بالبيع إنّما هو ربّ المال ، فلا يتصوّر له شفعة على كلّ حال .

بل يشهد لذلك أيضاً ما في تحريره ، قال فيه : « ولو اشترى المضارب بمال القراض شقصاً في شركة ربّ المال فليس لربّ المال فيه شفعة على الأقوى ، لأنّ الملك له ، ولو كان فيه ربح فكذلك ، سواء قلنا إنّ العامل يملك بالظهور أو بالإيضاض ، لأنّه شراء مأذون فيه ، وإن لم يكن ظهر ربح لم يكن للعامل اعتراض ، ولو كان له الأجرة عن عمله »^(٦) .
أي : لا اعتراض له عليه لو أراد فسخ المضاربة والاستبداد بالشقص وإن كان له حينئذٍ أجرة عمله ، كما في غيره من أعيان المضاربة مع فرض عدم الربح ، أمّا معه فله نصيبه .

وحينئذٍ فينزل ما في القواعد على إرادة هذا المعنى ، وكأنّهم أهملوه اتكالاً على قواعد المضاربة .
ولعل هذا أوّلي من دفعه بما في التذكرة عن بعض الشافعية من الوجه الثالث في المسألة^(٧) ، وهو أنّ للمالك أن يأخذ بحكم

(١) الوسائل ٢٥ : ٣٩٥ ، ٣٩٨ ، ٤٠١ ، ٤٠٥ ، ٤٠٦ ، ب ٢ ، ٤ ، ٧ ، ٩ ، من الشفعة .

(٢) يأتي في الذيل .

(٣) الدروس ٣ : ٣٦٠ .

(٤) جامع المقاصد ٦ : ٣٦٩ .

(٥) القواعد ٢ : ٢٤٤ .

(٦) التذكرة ١٢ : ٢٨٣ .

(٧) التحرير ٤ : ٥٦٣ .

فسخ المضاربة ، لأنه لما امتنع استحقاؤه الشفعة فلا أقل من أن يستحقّ قطع سلطنة العامل عن الشقص ، لأنه ممكن ، فلا يلزم من امتناع الشفعة لامتناعها انتفاء هذا .

كما نقول فيما إذا جنى المرتهن على عبد المولى فإنه يكون للمولى فكّه من الرهن بسبب الجناية .
وحينئذٍ فيكون على صاحب المال أجرة المثل عن عمله لكونه محترماً ، سواء ظهر فيه ربح أو لا .

إذ يرد عليه أن فسخ المالك إذا طرأ على المضاربة لا يسقط استحقاق العامل من الربح الذي ثبت استحقاؤه ، لأنّ الفسخ إنما يؤثّر بالنسبة إلى مستقبل الزمان لا فيما مضى ، فيجب أن يقال : إن ظهر ربح فللعامل حقّه منه إن قلنا يملكه بالظهور ، وإلاّ فله الأجرة ، وهو المطابق لما سمعته ^(١) من الدروس .

والمناقشة فيه : بأنّ هذا الحكم آتٍ في جميع أقسام المضاربة فلا خصوصية لكون الشقص مشفوعاً في ثبوت الفسخ - يدفعها : أنه لا مانع من كون الحكم كذلك ؛ إذ لم يظهر من أحد أنّ لهاها هنا خصوصية ، بل يمكن إيكال ما في بعض العبارات من الإجمال إلى وضوح الأمر بملاحظة قواعد المضاربة .

وكأنّ الذي دعاهم إلى ذكر الفرع : أنّ الشيخ في المبسوط ذكره ، وذكر فيه أقوالاً ولم يرجح أحدها ، فأرادوا تنقيح ذلك على قواعد الإمامية تعريضاً بما سمعته من بعض الشافعية ، هذا .

ولكن في جامع المقاصد : « يمكن الجواب عن السؤال الأول بأنّ العامل وإن استحقّ الحصة من الربح بالظهور إلاّ أنّ استحقاق الاختصاص بالعين بسبب الشركة سلط المالك على قطع استحقاؤه من العين ، فإنّ الشركة هنا إن لم تكن موجبة لاستحقاؤه التملك - لكونه مالِكاً حقيقة - فلتنكّر رافعة لتملّك العامل بعض العين ، ومتى فات حقّه من الربح استحقّ أجرة المثل ولو لم يظهر ربح ففي استحقاق الأجرة إلى حين الفسخ كلام يأتي إن شاء الله تعالى ، وهذا لا بأس به . إذا عرفت ذلك فقول المصنف : « لأنّ العامل لا يملكه بالبيع » تحليل لقوله : « يملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة » على تقدير الربح ، ومعناه أنّ استحقاق العامل متأخّر عن العقد ، فلا يمكن أخذه بالشفعة ، وفيه تنبيه على استحقاق العين والاختصاص بها من دون العامل وإن ظهر ربح ، لأنّ حقّ المالك - وهو الاختصاص بسبب الشركة - أسبق ، فلا يزيله حقّ العامل الطارئ ، بل للمالك فسخ استحقاؤه ، وينتقل إلى أجرة المثل ، وهذا هو تحقيق هذا المحلّ ^(٢) .

قلت : لا يخفى عليك ما فيه من أنّه أولاً : هو بعينه ما سمعته من بعض الشافعية الذي قد اعترف هو بفساده وأورد عليه ما ذكرناه .

وثانياً أنّ ما ذكره من اقتضاء الشركة قطع سلطنة العامل لا نعرف له وجهاً يطابق أصول الإمامية .

فمن الغريب قوله : « إنّ هذا تحقيق هذا المحلّ » وما كنّا لنؤثّر أن يقع منه مثل ذلك ، وربما كان التزام سوء تعبير الفاضل وغيره أولى من مخالفة الضوابط الشرعية .

(١) تقدم في ص ١٩٠ .

(٢) جامع المقاصد ٦ : ٣٧٠ .

وإذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها مع الغبطة فإن عفا فللمالك الأخذ [١].
ولو كان للعامل الشفعة - بمعنى أنه اشترى للمضاربة شقصاً له فيه الشفعة - لأنه الشريك كان له مع عدم الربح الأخذ، لأن ملك الشقص لغيره، وكذا مع الربح إذا لم نقل بملكه بالظهور، أمّا معه فلا شفعة له به [٢].
(فروع على القول بثبوت الشفعة مع كثرة الشفعاء) قد جرت العادة بذكرها وإن لم نقل بها [٣].
(وهي كثيرة وقد اختار المصنف منها عشرة) (١).

[١] وهو معنى ما في الدروس من «أنها تثبت للعامل فإن ترك فللمالك الأخذ» (٢).
بل وما في التذكرة: من «أن للعامل في المضاربة الأخذ بالشفعة إذا بيع شقص في شركة المضاربة، فإذا أخذ فإن كان هناك ربح فلا حصّة له في ذلك، بل الجميع للمالك، لأن العامل لا يملكه بالشفعة» (٣)، فالجميع لصاحب المال، وكذا إن لم يكن ربح، وللعامل الأجرة، ولو ترك كان لرب المال الأخذ، لأن المشتري بمال المضاربة له هذا إذا لم يظهر في الحصّة التي اشتراها المضارب ربح، ولو كان قد ظهر فيه ربح لم يكن هناك شفعة، لا للعامل ولا لرب المال لزيادة الشركة على اثنين» (٤).

قلت: ضرورة كون العامل حينئذ شريكاً ورب المال والشريك البائع في الأرض المزبورة مثلاً. لكن قد يناقش فيما ذكره - من عدم شيء للعامل وإن كان ربح، وإنما له الأجرة - بأن أخذه بالشفعة إن كان من عمل المضاربة فله ربحه، وإلا فلا أجرة له.
وقوله: «لأن العامل لا يملك بالشفعة» يدفعه أنه لا يملك بها ولا بغيرها من النواقل، وإنما يملك بظهور الربح، ولم يجز له الأخذ بها إلا لأنها من عمل المضاربة وإن كان الملك لرب المال كالشراء.
[٢] لصيرورة بعضه ملكاً له بالظهور.

ولا وجه للشفعة بملكه كما سمعته في رب المال، والشفعة بما يخص رب المال منه تبيعش للشفعة لكن في التحرير عينا احتمالان، قال: «ولو كان المضارب شقيقه ولا ربح في المال فله الأخذ، لأن الملك لغيره وإن كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك، وإن قلنا يملك بالظهور احتمل الشفعة وعدمها كرب المال» (٥).

ولعله لنحو ما سمعته من الكركي سابقاً وتسمعه فيما يأتي من الفروع العشرة.
ثم قال: «وإن باع المضارب شقصاً في شركته لم يكن له الأخذ بالشفعة، لأنه متهم على إشكال» (٦).
وفيه ما عرفت سابقاً من عدم صلاحية التهمة مانعاً، والله العالم.

[٣] وذلك: [تشجيعاً للأذهان، ولأنه قد ينتفع بها على المختار أيضاً في حال إرث المتعديين الشفعة].

(١) في الشرائع: «عشر».

(٢) الدروس ٣: ٣٦٠.

(٣) في المصدر: «بالبيع» بدل «بالشفعة».

(٤) التذكرة ١٢: ٢٨٢.

(٥) التحرير ٤: ٥٦٣.

(٦) التحرير ٤: ٥٦٤.

[حكم ما لو باع أحد الشركاء نصيبه وعفا بعضهم]:

الفرع (الأول: لو كان الشفعاء أربعة) مثلاً (فباع أحدهم) نصيبه وقلنا بسقوط حقّه من الشفعة بذلك [١].
(و) حينئذٍ فإذا عفا آخر) منهم بأن أسقط حقّه من الشفعة (فـ) [المختار] [٢] أنّ (للآخرين أخذ المبيع
(و) لا تسقط الشفعة بفعل الأولين .

نعم (لو اقتصر في الأخذ على حقّهما) [قال المصنف] (لم يكن لهما ؛ لأنّ الشفعة لإزالة الضرر وبأخذ البعض
يتأكد) [٣].

[وهذا صحيح إذا قلنا بتوزيع الشفعة عليهم].

فالمتّجه حينئذٍ سقوط حقّ الأولين وبقاء حقّ الآخرين ، بل ليس لهما أخذ حقّ الأولين بالشفعة ، لعدم ثبوته
لهما [٤].

[١] للشك في ثبوتها معه ، والأصل عدمه إن لم يكن المناسق من الأدلة خلافه .

خصوصاً بعد ملاحظة أنّ حكمه شرعياً قاعدة الضرر ، فلا يجري استصحاب بقائها مع احتمالها أيضاً ، لكن الأقوى الأول .

[٢] [اذ] الذي ذكره غير واحد كالشيخ والفاضل والشهيد والكركي^(١) على ما حكى عن بعضهم [ذلك].

بل في المسالك : أنّه المشهور^(٢) . وإن كنّا لم نتحقّقه قبل المصنّف .

[٣] وفيه :

أولاً : أنّ الضرر هو الذي أدخله على نفسه بإقدامه على شراء ذي الشفعاء المتعدّدين إذا قلنا بتوزيع الشفعة عليهم .

وثانياً : أنّ الشفعة حقّ مالي قابل للتقسيط والانتقام . بل هو المناسق من قوله ﷺ : « الشفعة على عدد الرجال »^(٣) ؛

ضرورة أنّ معنى كونها عليهم دون السهام توزيعها عليهم ، ولا معنى للتوزيع إلّا بإرادة تبعية شفعة كلّ واحد نصيبه .

وثالثاً : أنّ العفو يقتضي استقرار المعفو عنه على ملك المشتري كما لو عفوا جميعاً .

ورابعاً : قد سمعت سابقاً ما حكاها المرتضى ﷺ من أنّه في روايات أصحابنا إذا سمح بعض بحقوقهم من الشفعة فمن لم يسمع

بحقه على قدر حقّه^(٤) .

[٤] لعدم ثبوته لهما ؛ وهو المحكي عن أبي علي والفاضل في موضع من التذكرة^(٥) .

ودعوى أنّ الشفعة كالخيار لو ورث فإنّه واحد لا يتبع الحصص فيمضي فسخ الواحد على الجميع وإن لم يرضوا بذلك يدفعها

- بعد تسليم ذلك - وضوح الفرق بينها وبينه بكونه راجعاً إلى فسخ العقد ، وهو غير قابل للتبعيض بخلاف الشفعة فإنّ مرجعها إلى

نقل ملك المشتري إلى الشفيع من دون فسخ عقد .

ومع فرض تعدّد المستحقّين وكون الاستحقاق على عددهم لا مناص عن القول بالتوزيع على حسب ما ذكرناه .

(١) المبسوط ٣ : ١١٣ - ١١٤ . التحرير ٤ : ٥٦٤ . التذكرة ١٢ : ٣٦٦ . الدروس ٣ : ٣٧٨ . المسالك ١٢ : ٢٩١ . جامع المقاصد ٦ : ٣٨١ .

(٢) المسالك ١٢ : ٢٩١ .

(٣) (٤) تقدّم في ص ١٧٥ .

(٥) نقله عن أبي علي في المختلف ٥ : ٣٣٧ . التذكرة ١٢ : ٢٨٥ .

وعلى كل حال فـ [المختار] [١] حينئذ جريان حكم هذا الفرع على القول بالائتداد في صورة الإرث [٢].
 (و) [المختار] [٣] فيما (لو كان الشفعاء غيباً) كلهم أو بعضهم (ف) إن (الشفعة لهم) على الوجه الذي ذكرناه إلا أن المصنف بناءً على مختاره السابق من عدم تبعض الشفعة.
 قال: (فإذا حضر واحد فطالب^(١))، فإما أن يأخذ الجميع أو يترك، لأنه ربما لا يأخذ الغائبان، فتتفرق الصفقة على المشتري، فهو حينئذ بمنزلة أن (لا شفع الآن غيره ولو حضر آخر أخذ من الآخر النصف أو ترك)؛ لأنهما حينئذ بمنزلة أن لا شفع غيرهما (فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك، وإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك) [٤] [وهو ضعيف].

[١] [إذ] مما ذكرنا يعلم [ذلك].

[٢] التي ذكر في المسالك فيها احتمالاً آخر، وهو بطلان حق الجميع بعفو البعض.

بناءً على أنهم يأخذون الشفعة للموثر ثم يتلقون منه، فيكون عفو بعضهم بمثابة عفو الموثر عن بعض حقه^(٢).

بل هو المحكي عن ابن شريح^(٣) في أصل المسألة أيضاً وإن كان هو واضح الفساد.

وأوضح فساداً منه احتمال^(٤) عدم سقوط حق واحد من الأولين في أصل المسألة؛ لأن الشفعة لا تتبعض فيغلب جانب الثبوت؛ إذ هو مع أنه كماترى منافٍ لقاعدة تسلط الناس على حقوقهم كأموالهم.

مضافاً إلى ما سمعته من الخبر المزبور^(٥)، والله العالم.

[٣] [كما] مما ذكرنا يعلم الحال [في ذلك].

[٤] إلا أن ذلك كله مع منافاته لما ذكرناه سابقاً من الأدلة قد يناقش فيه.

أولاً: بأن الغيبة لا تسقط حق الشفعة، فلا وجه لأخذ الأول الجميع على وجه يكون ملكاً له، والفرض أن له الربع وعدم عفو أحد منهم.

واحتمال حصوله بعد ذلك لا يجعل الحق تماماً له الآن، إذ احتمال الكشف لا دليل عليه، بل ظاهر الأدلة خلافه.

وخوف التبعض لا يقتضي ثبوت الحكم المزبور، كما أن الأخذ منه بعد ذلك كذلك أيضاً، وبعد الإغضاء فاقتضاء احتمال

التبعض إيقاف الحق أولى من أن يقتضي التسلط على حق غيره على وجه يكون ملكاً له، بل هو منافٍ لاشتراك الحق بينهم.

وثانياً: بأن المعلوم من الأدلة أخذ الشفع من المشتري لا من الشفع الذي استحق الملك بالشفعة لا بالشراء.

وتعلق حق الشفع الغائب فيما شفع فيما شفع فيه إن كان مانعاً من الانتقال فلا وجه لأخذ الأول الجميع بها وإن لم يكن مانعاً

فلا دليل على فسخ ما ملكه الشفع الأول الذي مقتضى الأصل لزومه.

بل قد يقال: إن أخذ الثاني من الأول تبعض لما أخذ بالشفعة أيضاً، ولا دليل عليه، بل هو مقتضى ماذكروه أنه لا بد

(١) في الشرائع: «وطالب».

(٢) (٤) المسالك ١٢: ٢٩٢.

(٣) انظر فتح الميز (المجموع) ١١: ٤٨٣، وفيه: «ابن شريح».

(٥) تقدم في ص: ١٧٥.

للحاضرين من الاجتماع وشفعتهم في الشقص أجمع إذا أرادوا الاشتراك بها من المشتري، وإلا فمتى ترتبوا لم يحصل ذلك؛ لأنَّ كلَّ واحد منهم لا ينتقل إليه مقدار نصيبه للتبعض، والأخذ منه خلاف المفروض الذي هو كون الأخذ من المشتري.

وثالثاً ما ذكره من التعليل بالتبعض لا يتمُّ إلا بالنسبة إلى الأول، أمّا من بعده فافتصاره على نصيبه لا يضّرُّ بالمشتري، لأنَّ الشقص قد أخذ منه تامّاً على التقديرين بخلاف اقتصار الأول على حصّته، فإنّها تفرّق الصفقة على المشتري. ومن هنا احتمل على هذا في القواعد والدروس وجامع المقاصد^(١) تخيير الثاني بين أن يأخذ النصف أو الثلث، فإذا قدم الثالث ووجدهما قد تساوى في الأخذ أخذ الثلث منهما على السوية، وإن وجد الثاني قد اقتصر على الثلث تخيّر بين أن يأخذ من الأول نصف ما في يده، وهو تمام حقّه ولا يتعرّض للثاني وبين أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده.

لأنّه يقول: ما من جزء إلا ولي منه ثلثه، فإن ترك الثاني حقّه حيث لم يشاطر الأول فلا يلزمي أن أترك حقّي، ثمَّ له أن يقول للأول ضمّ ما معك إلى ما أخذته لتقسّمه نصفين، لأنّنا متساويان في الحقّ، وحينئذٍ فنصّصّ قسمة الشقص من ثمانية عشر لأنّنا نحتاج إلى عدد له ثلث وثلثه ثلث، وأقلّه تسعة يحصل منها ثلاثة في يد الثاني وستّة في يد الأول، ثم ينزع الثالث من يد الثاني واحداً ويضمّه إلى الستّة التي في يد الأول يكون سبعة ويقتسمانها بينهما، وهي لا تنقسم على اثنين، فنضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر، للثاني منها أربعة، وهي مضروب الاثنين اللذين بقيا له في اثنين تبقى منها أربعة عشر، لكلّ واحد من الأول والثالث سبعة، وإذا كان ربع الدار ثمانية عشر كان جملتها اثنين وسبعين. وفيه:

أولاً: أنّ عدم حصول التبعض بأخذه لا يقتضي التخيير المزبور. بل يقتضي الاقتصار على حقّه أو المشاطرة مع الأول؛ لاحتمال عدم أخذ الغائب، كما جزم به في جامع المقاصد^(٢) وهو ظاهر المصنّف.

وثانياً أنّه مع أخذه مقدار حقّه مشاعاً لا تسلّط للشريك عليه، إذ لا زيادة له عنده. كلّ ذلك بعد البناء على أنّ الشركاء ثلاثة كما فرضها في القواعد^(٣) حتّى يكون حقّه الثلث أو يراد الثلث بعد حقّ الأول فينطبق حينئذٍ على مثال المتن. وعلى كلّ حالٍ هو واضح الضعف لا ينطبق على قواعد الإمامية، وأنما هو مناسب لمذاق العامّة.

واحتمل أيضاً^(٤) أن لا يأخذ الثالث من الثاني شيئاً بل يأخذ نصف ما في يد الأول فيقسم المشفوع أثلاثاً، بناءً على أنّ فعل الثاني لا يعدّ عفواً عن السدس، بل اقتصاراً على حقّه، وإلّا لأتجه بطلان حقّه.

لأنّ العفو عن البعض عفو عن الكلّ على قول، وإنما أخذ كمال حقّه مع أنّه قد قال بعضهم بسقوط حقّه، لكونه قد عفا عن بعضه. ولكنّه في غاية الضعف.

ولعلّ الاحتمال المزبور هو الموافق لما قلناه، بناءً على أنّ الشركاء ثلاثة أو يأخذ نصفاً ممّا في يده بعد إخراج رבעه حتّى ينطبق المختار على مثال المتن، والله العالم.

(١) القواعد ٢: ٢٤٨ - ٢٤٩. الدروس ٣: ٣٧٨. جامع المقاصد ٦: ٣٨٨ - ٣٨٩.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٣٨٩. (٣) القواعد ٢: ٢٤٩.

(٤) المسالك ١٢: ٢٩٣.

[لو امتنع الحاضر من الأخذ بالشفعة أو عفا]:

الفرع (الثاني: لو امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعة) [١].

(و) لكن على ما ذكرنا [من توزيع الشفعة عليهم] (كان للغائب) قدر استحقاقه وعلى ما ذكره المصنف [٢]

له (أخذ الجميع) أو الترك. (وكذا لو امتنع ثلاثة أو عفا كانت الشفعة باجمعهما للرابع إن شاء) على مختار المصنف [٣]. وأما على ما قلناه فله الربع خاصة، والله العالم.

[حكم ما لو حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعة ثم حضر الآخر]:

الفرع (الثالث: إذا حضر أحد الشركاء فأخذ) الجميع (بالشفعة) بناءً على ما سمعته من المصنف [٤].

ف(بقاسم) وكلاء الغائبين فإن له ذلك، لأن الحق الآن مختص به (ثم حضر الآخر) الغائب (ف) إن عفا

استمرت القسمة، وإن (طالب) وأخذ ف(قد قيل: [٥] [فسخ القسمة] إن شاء (وشارك الأول) [٦]. [فبناءً على ما ذكرناه من توزيع حق الشفعة إذا أخذ حصته وقاسم مع وكلاء الغائبين لم يكن لأحد منهم الفسخ].

(وكذا لو رده الشفيع الأول) أي ما شفع فيه، وهو الجميع على مختار المصنف (يعيب ثم حضر الآخر) كان له

(الأخذ) للجميع [٧]. (لأن الرد) المزبور أبطل الأخذ من أصله فكان (كالعفو) الذي قد عرفت أن حكمه ذلك [٨]. وأما على المختار فليس للآخر إلا نصيبه، كما أنه ليس للأول إلا ذلك، فإذا فرض رد نصيبه كان كالعفو

[١] للأصل وغيره مما عرفت.

[٢] وغيره.

[٣] والجماعة.

[٤] (و) غيره [أيضاً].

[٥] [قاله] في القواعد^(١) وغيرها.

[٦] لأن حقه شائع في المأخوذ وفي باقي السهام. ولكن قد يناقش: بأصالة بقاء القسمة الواقعة بينه وبين الوكلاء. إذ المستحق هو حينئذٍ، والغائب حقه متجدد فيما أخذه الأول، فلا وجه للتسلط على فسخ القسمة. ولذا بناءً على ما ذكرناه إذا أخذ حصته وقاسم مع وكلاء الغائبين لم يكن لأحد منهم الفسخ.

[٧] كما صرح به الفاضل والكركي وثاني الشهيدين^(٢).

[٨] وعن محمد بن الحسن الشيباني: أنه يختص الثاني بأخذ حصته خاصة^(٣). لأن الأول أسقط حق الثاني مما زاد على حصته، ورده بالعبأ أحدث ملكاً جديداً للمشتري بعد أن خرج عنه، فلا يكون كالعفو، بل كعوده إلى المشتري ببيع أو هبة. واحتمله الفاضل في القواعد^(٤). ولكن لا ريب في ضعفه؛ ضرورة أن الرد أوجب فسخ الأخذ ولم ينشأ سبباً جديداً للملك، فلا يساوي عوده بالعقد.

(١) (٤) القواعد ٢: ٢٤٩.

(٢) (٢) القواعد ٢: ٢٤٩. جامع المقاصد ٦: ٣٨٩. المسالك ١٢: ٢٩٤.

(٣) نقله في التذكرة ١٢: ٣٤٣. انظر حلية العلماء ٥: ٢٩٦.

بالنسبة إليه ، ولا حقّ للآخر فيه ، كما هو واضح ، والله العالم .

[لو استغل الأرض الشفيع الأول بعد الأخذ بالشفعة ثم حضر الثاني]:

الفرع (الرابع: لو استغلها الأول) أي ظهرت الثمرة ظهوراً تخرج به عن تبعية الأصل بعد أخذه وقبل أخذه الثاني (ثم حضر الثاني) مثلاً (شاركه في الشقص دون الغلة) التي ملكها الأول بكونها نماء ملكه المنحصر فيه قبل أخذه الثاني ، كما أنّ الأول لا يملك ما حصل من غلة الشقص بعد الشراء وقبل الأخذ بالشفعة ، بل هو للمشري . نعم لو كان الأول وكيلاً عن الثاني وأخذ لهما بالوكالة كان شريكاً له .

بل لو قبل ذلك فضولاً وأجاز - بناءً على جريان الفضولي في الشفعة - كان كذلك أيضاً ، كما هو واضح [١] . ولا يخفى عليك حكم ذلك بناءً على المختار ، والله العالم .

[لو قال الحاضر: لا أخذ بالشفعة حتى يحضر الغائب]:

الفرع (الخامس: لو قال الحاضر) ابتداءً مثلاً (لا أخذ) الجميع بالشفعة [بناءً على أن له ذلك] (حتى يحضر الغائب لم تبطل شفيعته) قطعاً بناءً على التراخي .

وأما على الفور فالأقوى [٢] أنّه كذلك أيضاً [٣] ؛ (لأنّ التأخير لغرض لا يستصنّ الترك) بحيث ينافي الفورية [٤] (و) لكن (فيه تردّد) وإشكال [٥] . و[لكن] لا يخفى عليك عدم جريان الفرع المزبور على المختار [من عدم ثبوت الشفعة مع الشفعاء] ، والله العالم .

[حكم ما لو ظهر الشقص مستحقاً للغير بعد الأخذ بالشفعة]:

الفرع (السادس: لو أخذ الحاضر ودفع الثمن ثم حضر الغائب فشاركه ودفع إليه النصف ممّا دفع إلى المشتري^(١))

[١] فما عن بعض الشافعية من احتمال مشاركة الثاني للأول على كلّ حال^(٢) في غاية السقوط .

[٢] كما في المسالك ومحكي المبسوط والتذكرة^(٣) .

[٣] وفي الدروس: أنّ فيه قوة^(٤) .

[٤] إذ قد لا يسلم له الشقص المشفوع ، مع فرض اقتضاء الأخذ دفع جميع الثمن الذي قد يكون كثيراً ويصعب عليه تدبيره في تلك الحال . بل الأغراض كثيرة في عدم التعجيل مضافاً إلى عدم دليل على الفورية من النصوص على وجه ينافيه ذلك ، فيبقى استصحاب بقائها بحاله .

[٥] كما في القواعد^(٥) . لما تسمعه من الإجماع المحكي على الفورية التي ينافيها ذلك ، لتسكّنه من الأخذ ولا أقلّ من التلّك في كون ذلك عذراً فإنّ ضرره لا يدفع بضرر المشتري . على أنّك قد عرفت مخالفة الشفعة للأصل ، فينبغي الاقتصاد فيها على اليقين . ولعلّه لذا ربّما مال إليه بعض المحقّقين^(٦) ، وإن كان الأقوى الأول .

(١) في الشرائع بدله: البائع . (٢) انظر روضة الطالبين ٥ : ١٠٤ .

(٣) المسالك ١٢ : ٢٩٦ . المبسوط ٣ : ١١٥ . التذكرة ١٢ : ٣٤١ (٤) الدروس ٣ : ٣٧٨ .

(٥) القواعد ٢ : ٢٤٩ . (٦) جامع المقاصد ٦ : ٣٩٠ .

وهكذا (ثم خرج الشقص مستحقاً) بعد أن ترتبوا في الأخذ فـ [قد قيل: ١] (كان دركه على المشتري دون الشفع الأول؛ لأنه كالثائب عنه) أي المشتري (في الأخذ) من الثاني [٢]. [لكن الأوفق أن الدرك على الشفع دون المشتري]. كما لا يخفى عليك سقوط الفرع المزبور على المختار، والله العالم.

[حكم ما لو باع أحد الشركاء حصته لشريكه]:

الفرع (السابع) لو كانت الدار بين ثلاثة مثلاً (فباع أحدهم من شريكه) فـ [قد قيل: ٣] (استحق الشفعة الثالث دون المشتري؛ لأنه لا) يعقل أن (يستحق) الإنسان (شيئاً على نفسه) [٤]. (وقيل) [٥]: (يكون

[١] [وهو] المشهور كما في المسالك^(١).

[٢] إذا الشفع إنما يأخذ من المشتري لهم وإن أخذ بعضهم من بعض ظاهراً، أو كالثائب عن غيره من الشفعاء في الأخذ من المشتري. وعلى كل حال فلا درك عليه، لاستحقاقهم جميعاً الشفعة على المشتري وإن ترتبوا في الأخذ، فإن الترتب الذي قد عرفت كونه كالتبابة لا يغير هذا الحكم. ولكن قد يناقش بأن ذلك لا ينطبق على قواعد الإمامية، إذ هو اعتبار محض؛ ضرورة أن الأخذ الثاني ليس ميثباً عندهم على أخذ الأول بل يفترق إلى أخذ جديد وصيغة خاصة كالأول، وملك الأول للجميع لا يرتفع من أصله بأخذ من بعده، بل من حين الأخذ. ومن ثم كان مجموع النماء المنفصل له، فكونه كالثائب في محل المنع، وخصوصاً في عهدة الثمن، فإن المشتري لم يتسلم من غير الأول شيئاً، وإنما الأول أخذ من الثاني نصفه، فلا وجه لرجوعه به على المشتري. ومن هنا حكى عن بعض الشافعية أن هذا الخلاف في الرجوع بالمعروف من أجره ونقص قيمة الشقص، وأما الثمن فكل يسترد ما سلمه ممن سلمه إليه بلا خلاف^(٢).

بل عن التذكرة: أنه المعتمد^(٣)، كما عن الكركي أنه استجوده^(٤)، وفي المسالك استحسنته^(٥). [وذلك لما ذكر]. ولكن الإنصاف أن التفصيل المزبور لا يخلو من نظر أيضاً؛ ضرورة كون المفروض مع ملاحظة ملك كل منهم من الآخر حقيقة يكون كترتب المشتريين بعضهم من بعض من غير فرق بين الثمن وغيره، وإلا كان كالثائب فيهما. ولا يخفى عليك أن الأول أوفق بالقواعد.

[٣] [قاله] في محكي الخلاف في موضع منه والدروس^(٦).

[٤] ولظهور أدلة الشفعة في غيره أو صراحتها، فإن قوله **إِلَّا**: «فشريكه أحق من غيره بالثمن»^(٧) صريح في غير المشتري، إذ لا يصدق عليه نفسه أنه غيره. مضافاً إلى ظهورها أجمع في تعدد المشتري والشفيع والبائع على وجه يقتضي أن ذلك هو موضوع الشفعة الثابت من الشرع، لاشتمالها على ذكر ذلك في مقام الضابط والبيان على نحو القيود التي تذكر في التعريف. وحينئذ فإما أن يأخذ الجميع بها أو يترك للثالث تنبض الشفعة.

[٥] والقائل الشيخ في المحكي من مبسوطه وموضع من خلافه^(٨).

(١) المسالك ١٢: ٢٩٦. (٢) فتح العزيز (المجموع) ١١: ٤٨٦.

(٣) التذكرة: ١٢: ٣٤٠ - ٣٤١.

(٤) جامع المقاصد ٦: ٣٩١.

(٥) المسالك ١٢: ٢٩٧. (٦) الخلاف ٣: ٤٤٧. الدروس ٣: ٣٧٩.

(٧) الوسائل ٢٥: ٤٠٢، ب ٧ من الشفعة، ح ٢، مع اختلاف. (٨) المبسوط ٣: ١٣٨. الخلاف ٣: ٤٥٢.

[١] وحينئذٍ فهو - أي الشريك - مخير بين أخذ نصف المبيع أو تركه لا جميعه، كما في المسالك وغيرها. ثم قال فيها [في المسالك]: «فإن قال المشتري: خذ الكل أو اترك الكل وقد تركت أنا حقّي لم يلزمه الإجابة، ولم يصح إسقاط المشتري الشفعة، لأن ملكه مستقرّ على النصف بالشراء، فأشبه ما إذا كان للشخص شفيعان حاضر وغائب فأخذ الحاضر الجميع ثم عاد الغائب، فإن له أن يأخذ نصفه، وليس للحاضر أن يقول: اترك الكل أو خذ الكل وأنا تركت حقّي، ولا نظر إلى تبعض الصفة عليه، فإنه لزم من دخوله في هذا العقد»^(١). قلت: قد يناقش بأن الشفعة من الأسباب الاختيارية في نقل الملك لا القهريّة، وحينئذٍ فمع فرض عدم اختيارها لا مانع من سقوطها. واستقرار ملكه على المشفوع من حيث الشراء لا ينافي سقوط استحقاقه إياه من جهة الشفعة. وحينئذٍ يكون بمنزلة عفو أحد الشفيعين فيلزم الثالث بأخذ الجميع أو تركه حذراً من تبعض الشفعة، إذ لا شفع حينئذٍ غيره. وعلى كلّ حال فقد مال إلى القول المزبور المصنف بقوله: [ولعله أقرب].

[٢] ونحوه الفاضل في المختلف^(٢)، بل في جامع المقاصد: أنه أصح^(٣). بل قيل: «إنه الظاهر من التذكرة أيضاً»^(٤). وكأنّه لا اشتراكهما في العلّة الموجبة للاستحقاق، ولا يمتنع أن يستحقّ تملك الشقص بسببين: البيع والشفعة، لأنّ علل الشرع وأسبابه معرّفات فلا يمتنع أن يجتمع اثنان منها على معلول واحد. ولأنّ للشفعة أثراً آخر غير استحقاق الملك، وهو منع الشريك الآخر من تملك مقدار مشفوعه بالشفعة، وهذا الأثر لا مانع منه. إلا أنّ الجميع كما ترى بعد أن عرفت قصور أدلّة الشفعة عن ثبوتها في الفرض، بل قيل: «إن سبب الاستحقاق بالشفعة مترتب على سببه بالشراء ومتفرّع عليه فليسا معلولي علّة واحدة حتّى يقال: إنه لا يمتنع تملك الشقص بسببين، وإن علل الشرع لا يمتنع اجتماعها، بل إنّما ملكه أولاً بسبب الشراء، وبعد الشراء استحقّه بالشفعة، فيعود المحذور من كونه يستحقّ تملك ملكه»^(٥). بل قيل: «إنه على تقدير اجتماع العلتين بعد الشراء فأثرهما مختلف، لأنّ الشراء علّة في نقل الملك إليه من غيره، والاستحقاق بالشفعة أثره قرار ملكه عليه، فأحدهما غير الآخر وجوداً وأثراً»^(٦). وإن كان ذلك كلّه لا يخلو من نظر؛ ضرورة عدم المنع من ترتّب الملك على الشراء وترتب الشفعة عليه، نحو الاعتناق للقريب المترتب على ملكه الحاصل بالشراء، لأنّ استحقاق الشفعة أمر غير الملك الحاصل من الشراء. ثم إنّ الثمرات المترتبة على ذلك كثيرة فإنّ للشفعة أحكاماً حتّى مع الإقالة عن عقد البيع. فالعمدة في الجواب ما ذكرناه، ولولاه لأتجه ما ذكره الشيخ والجماعة، وكأنّهم غفلوا عن أنّ مفاد النصوص ما ذكرنا فلاموضوع للشفعة شرعاً؛ لأنّ الفرض مشمول لنصوصها، ولكنّ المانع عدم تعقّل استحقاق ذلك على ملكه حتّى يتّجه الجواب عنه بأنّها معرّفات لا علل تامّة. ومن الغريب تسالمهم على ما ذكرناه فيما تقدّم من أنّه لو اشترى العامل ما فيه شفعة للمالك، معلّلين له بأنّ المالك يملكه بالشراء لا بالشفعة وقولهم هنا: إنّ الأقرب والأصحّ والأثووى صحة الشفعة للمشتري نفسه. وممّا ذكرنا يعلم أنّه لا وقع لما أوجب عمّا ذكره المستدل بـ «أنّ للشفعة أثراً آخر» إلى آخره، بـ «أنّ استحقاق الملك ومنع الشريك معلولاً علّة واحدة، وهو استحقاق الشفعة، فيمتنع تخلف أحدهما عن الآخر، وقد امتنع أحدهما من جهة استلزامه المحال. فينبغي أن يمتنع الآخر»^(٧) إلا مع الدليل المقتضي لذلك. وكيف كان فقد ظهر لك أنّ القول المزبور في غاية السقوط وإن كان لما ذكرناه لا لما ذكروه مما هو واضح الاندفاع، والله العالم.

(١) (٢) المسالك ١٢: ٢٩٨ - ٢٩٩. المختلف ٥: ٣٥٨. (٣) جامع المقاصد ٦: ٣٨٠ - ٣٨١.

(٤) (٥) (٦) (٧) المسالك ١٢: ٢٩٨.

(٤) مفتاح الكرامة ٦: ٣٤٥.

[قد عرفت عدم ثبوت الشفعة في الفرض]. [ولولا ما ذكرنا من عدم ثبوت الشفعة في الفرض المذكور لكان المتجّه الشفعة بينهما].

[حكم ما لو باع اثنان من الشركاء صفقة الاثنین أو أكثر]:

الفرع (الثامن: لو باع اثنان من) الشركاء مثلاً (ثلاثة) مثلاً (صفقة للشفيع أخذ الجميع وأن يأخذ من اثنين ومن واحد: لأن هذه الصفقة) وإن كانت واحدة في الصورة إلا أنها بسبب تعدّد البائع والمشتري (بمنزلة عقود متعدّدة) فلا تبغض للشفعة لو اقتصر على الأخذ من واحد فضلاً عن الاثنين، إذ هي شفعات متعدّدة، كما لو باع كلّ واحد من كلّ واحد بصيغة مستقلّة.

(و) كذا (لو كان البائع واحداً من اثنين كان له) أي الشفيع (أن يأخذ منهما أو من أحدهما) [١]. ومثله ما لو كان البائع اثنين من واحد أو من اثنين كما قال المصنّف: (ولو باع اثنان) مثلاً (من اثنين كان ذلك بمنزلة عقود أربعة) [٢].

وحينئذٍ (للفشيع أن يأخذ الكلّ وأن يعفو وأن يأخذ الربع أو النصف أو ثلاثة الأرباع) ولا يشاركه الأوّل في شفعة الثاني ولا هما في شفعة الثالث فيما لو أخذ الجميع دفعة أو ترتباً - على وجه لا ينافي الفورية أو قلنا بعد اعتبارها - بناءً على اعتبار بقاء الملك في استحقاقها كما قدّمناه سابقاً، وإلا شاركه الأوّل فيهما وهما في الرابع، وهو واضح.

كوضوح كون المسألة من أربعة وعشرين لو أخذ من الثاني خاصّة وقلنا بقسمة الشفعة على السهام، ومن اثني عشر على القول بقسمتها على الرؤوس.

ومن ثلاثين إن أخذ من الثالث وقلنا بالقسمة على السهام، ومن ثمانية عشر على القسمة على الرؤوس. وتصح من مئة وعشرين - بناءً على احتمال مشاركة الأوّل للشفيع وإن زال ملكه - في صورة ما لو كان للشفيع نصف العقار المشفوع ولشريكه الآخر الذي باع من الثلاثة نصفه، فباع من كلّ واحد منهم سدساً، وقلنا بكون الشفعة على حسب السهام.

أمّا على القول بأنها على عدد الرؤوس تصحّ من ستّة وثلاثين [٣].

وأولى من ذلك بالتعدّد بيع الشفيعين من دارين وإن كان البائع والمشتري واحداً.

[١] لما عرفت.

[٢] ضرورة أن كلّ واحد منهما باعتبار بيعه لاثنتين كان عقده بمنزلة عقدين.

[٣] كما أظنّ في بيان ذلك في المسالك^(١) لما أحمله الفاضل والكركي^(٢) في ضابط ذلك. إلا أنّه لا فائدة مهمّة فيه، وإنّما المراد هنا بيان: أنّه لا تبغض في الشفعة مع تعدّدها بتعدّد البائع والمشتري. بل قد يقال بتعدّدها أيضاً بتعدّد الثمن وإن كان البائع والمشتري والمبيع واحداً في الظاهر.

وعلى كلِّ حال فلا تبعض في ملك كلِّ واحد من المشتريين الذي ملكه بعقد واحد حقيقة، بل هي في الجميع شفعات متعدّدة [١].

(و) كيف كان فد (ليس) للمشتريين ولا (لبعضهم مع الشفيع شفعة؛ ل) أن (انتقال الملك إليهم دفعة فيتساوى الآخذ والمأخوذ منه) [٢].

نعم لو كانوا مترتّبين ثبت لبعضهم في الجملة كما (لو باع الشريك حصّته من ثلاثة في عقود متعاقبة، فله) أي الشفيع (أن يأخذ الكلَّ وأن يعفو وأن يأخذ من البعض) دون الآخر [٣].

لكن (إن أخذ من الأوّل لم يشاركه الثاني والثالث) [٤].

(وكذا لو أخذ من الأوّل والثاني لم يشاركه الثالث) [٥].

نعم (لو عفا عن الأوّل وأخذ من الثاني شاركه الأوّل) [٦].

(وكذا لو أخذ من الثالث) وعفا عن الأوّلين (شاركه الأوّل والثاني لاستقرار ملكهما بالعفو) [٧]، هذا.

وقد تقدّم لنا في بحث ثبوت الشفعة مع الكثرة ما له نفع في المقام عند تعرّضنا لمناعية الكثرة اللاحقة، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

[١] وإن كان لا يخلو بعض الأفراد من نظر، خصوصاً مع ملاحظة مخالفة الشفعة للأصل.

اللهم إلا أن يقال: إن الأدلّة مطلقة والتميقن من تبعض الشفعة الممتنع هو ما اقتضت الشفعة تفريق ملك الشخص الواحد الذي ملكه بجهة واحدة دون غيره. وكأنّه المراد من تبعض الصفقة هنا ولو بمعونة اتفاقهم ظاهراً على تعدّدها بالتعدّد المزبور. فلا ينافي ذلك جريان حكم الصفقة الواحدة في غير الشفعة في بعض الأفراد إن كان، والله العالم.

[٢] ومن المعلوم نصّاً وفقوئاً أنّه يشترط في ثبوت الشفعة لأحد الشريكين على الآخر تقدّم ملك المستحقّ على المستحقّ عليه (و) هو منتفٍ هنا في المشتريين بعقد واحد.

[٣] لما عرفته من تعدّد الشفعة بتعدّد المشتريين (ف) لا تبعض.

[٤] لعدم شركة لهما في وقت شراء الأوّل، فلا شفعة لهما.

[٥] (و) ذلك لعدم شركة له وقت شرائهما.

[٦] لسبق شركته واستقرار ملكه بالعفو.

[٧] واحتمال عدم مشاركة السابق في شفعة اللاحق - لأنّ ملكه حال شراء الثاني وإن كان حاصلّاً قبل شراء اللاحق ومستقرّاً عند الآخذ بالعفو المفروض إلا أن ملكه حال شراء اللاحق كان مستحقّاً لأن يؤخذ بالشفعة، فلا يكون سبباً في استحقاقه إيّاها - يدفعه أنّ ذلك لا يخرج عن كونه مالكاً وشريكاً على وجه يندرج في إطلاق الأدلّة.

بل لعلّ مقتضاه ثبوتها له أو لهما وإن لم يعف، لعدم الدليل على اعتبار استقرار الملك حال أخذ الشفعة.

بل لإطلاق الأدلّة بنافيها، فتثبت لمن كان ملكه مشتملاً على خيار لغيره قبل أن يفسخ ذو الخيار.

اللهم إلا أن يقال: إن الشفعة على خلاف الأصل، والتميقن ثبوتها لمن لم يكن حال حقّه متعلّق الشفعة، ومن هنا اعتبر

[حكم ما لو باع أحد الحاضرين المشتريين لغائبين فقدم الثالث ثم الرابع]:

الفرع (التاسع: لو باع أحد الحاضرين ولهما شريكان غائبان فـ) قد عرفت في المسألة الأولى ما اختاره المصنف والجماعة من أنَّ (الحاضر هو الشفيع في الحال، إذ ليس غيره) حاضراً (فإذا أخذ وقدم أحد الغائبين شاركة فيما أخذ الحاضر بالسوية) لأنهما لا شفيع غيرهما، أو يأخذ مقدار حصته على حسب ما عرفته سابقاً. (ولو قدم الآخر شاركهما فيما أخذاً فيكون له ثلث ما حصل لكل واحد منهما).

كما تقدّم الكلام في ذلك كلّ مفصلاً، والله العالم.

[تساوى الشركاء في حق الشفعة]:

الفرع (العاشر: لو كانت الدار بين اخوين) مثلاً (فمات أحدهما وورثه ابنان فباع أحد الوارثين) نصيبه (كانت الشفعة بين العم وابن الأخ لتساويهما في الاستحقاق) [١].

(وكذا) الحكم (لو كان وارث الميت جماعة) [٢].

[كيفية الأخذ بالشفعة]:

(المقصد الثالث: في كيفية الأخذ).

(و) [المختار] [٣] أنه (يستحق الشفيع الأخذ) من المشتري (بالعقد وانقضاء الخيار) لهما أو لأحدهما أو

لأجنبي (لأنه وقت اللزوم) [٤].

[١] على وجه كانا شريكين بالسوية وإن اختلف سبب الملك الذي لا مدخل له في استحقاق الشفعة. خلافاً لبعض العامة فجعلها مختصة بإبن الأخ^(١)؛ لأنّ ملكه باعتبار اتحادهما في سبب الملك الذي هو الإرث، ولهذا لو ظهر دين على أبيهما بيع ملكهما فيه دون العم. وهو كما ترى؛ ضرورة عدم مدخلية ذلك في استحقاق الشفعة التي عنوان ثبوتها تحقق الشركة النابتة هنا بين العم وابن الأخ وإن اختلف السبب.

[٢] إذ لا فرق على التقديرين بين الواحد والجماعة، كما هو واضح، والله العالم.

[٣] [إذ] لا إشكال كما لا خلاف فيه [هـ].

[٤] المتيقّن من ثبوت الشفعة المخالفة للأصل. بل عن الخلاف والمبسوط والمهذّب والغنية^(٢): لا شفعة في البيع الذي فيه الخيار للبائع أولهما، لأنّ الملك لم يزل عن البائع، أمّا ما لا خيار فيه أو فيه الخيار للمشتري وحده ففيه الشفعة، لأنّ الملك قد انتقل عن البائع وصار للمشتري. وهو المحكي عن أبي علي^(٣)، بل في التحرير: فيه قوة. لأنّ في الأخذ إسقاط حقّ البائع^(٤) وإن قال بعد ذلك: «إنّا في ذلك من المتوقّفين»^(٥).

نعم في الإرشاد: يستحق الشفيع الأخذ بالعقد، وإن اشتمل على خيار البائع فبعد انقضائه^(٦).

(١) المجموع ١٤: ٣٣٢ - ٣٣٣. المغني والشرح الكبير ٥: ٥٢٤، ٥٤٣.

(٢) الخلاف ٣: ٤٤٥. المبسوط ٣: ١٢٣. المهذّب ١: ٤٥٥. الغنية: ٢٣٣.

(٣) نقله في المختلف ٥: ٣٤٠.

(٤) (٥) التحرير ٤: ٥٦٩. (٦) الإرشاد ١: ٣٨٥.

(وقيل) [١]: يستحق الأخذ (بنفس العقد وإن لم ينقض الخيار، بناءً على أن الانتقال يحصل بالعقد وهو أشبه) [٢].

[بل قد يقال بثبوتها ببيع الشريك وإن لم نقل بالانتقال إلى المشتري].

[ويجمع بين حق الخيار وحق الشفعة ببقاء الخيار واستحقاق القيمة على المشتري كما لو تلفت العين أو تصرف المشتري فيها تصرفاً لازماً].

[١] والقائل الحلي والفاضل وولده والشهيدان والكركي^(١) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم.

[٢] بإطلاق أدلة الباب.

بل لا خلاف فيه في الحقيقة إلا من الفاضل في الإرشاد^(٢) بعد أن كان مبنى الأول عدم الانتقال الذي قد عرفت فساده في محله.

بل قد يقال إن مقتضى إطلاق أدلة الشفعة ثبوتها ببيع الشريك وإن لم نقل بالانتقال إلى المشتري. إذ لعل تهوؤ ذلك له كافٍ في ثبوتها.

وأما احتمال كون المانع أنه ليس له أخذ العين قبل الخيار - كما تسمع حكايته في الروضة^(٣) عن بعض - فمع أننا لم نتحققه واضح المنع، فإن حق الخيار لا يمنع من الأخذ كما في غير المقام. وكذا احتمال أن المانع اقتضاء الأخذ سقوط خيار البائع الثابت بأصل العقد كما سمعته^(٤) من تعليل التحرير؛ ضرورة اندفاعه بأن ذلك ليس بأولى من القول بمنع سقوطه، بل يبقى الأخذ حينئذٍ مراعى بالفسخ فيبطل وعدمه فيثبت. كما هو خيره [= العلامة] في غيره [= غير التحرير] وولده والكركي وثاني الشهيدين^(٥) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم. وإن قال في الدروس بعد أن حكاه عن الفاضل: «لا أعلم به قائلًا»^(٦).

إلا أن ذلك غير قاذح بعد اقتضاء الدليل له، وهو استصحاب بقاءه.

نعم قد يناقش بأن ذلك إنما يقتضي فسخ ملك العقد ذي الخيار لا الملك الحاصل بسبب آخر الذي مقتضى الاستصحاب وإطلاق الأدلة لزومه؛ لأنه متعلق بالعقد دون العين. فالجمع بينهما ببقاء خياره، واستحقاقه القيمة على المشتري. كما لو تلفت العين أو تصرف المشتري فيها تصرفاً لازماً، كما حققناه في محله. ولعل القائل بسقوطه كما عن ابن إدريس^(٧) يريد هذا المعنى، وإلا فلا معنى لسقوطه بفعل غيره، والخروج عن الملك لا ينافي بقاءه إلا أني لم أجد هنا من احتمله. ولعل وجه ما ذكره من المراءاة: أن الشفع بشفعه صار بمنزلة المشتري، ففي الحقيقة ملكه بالعقد الأول الذي فيه الخيار. بل في بعض النصوص «ليس للشفع إلا الشراء والبيع الأول»^(٨).

(١) السرائر ٢: ٣٨٦، التذكرة ١٢: ٢١٧، القواعد ٢: ٢٤٣، ٢٥٠، الإيضاح ٢: ٢٠٠، اللعة: ١٦١، المسالك ١٢: ٣٠٧، جامع المقاصد ٦: ٣٦٠،

(٢) الإرشاد ١: ٣٨٥.

(٣) يأتي في ص ٢٠٥.

(٤) تقدم في ص ٢٠٢.

(٥) المختلف ٥: ٣٤٠ - ٣٤١، الإيضاح ٢: ٢٠٠، جامع المقاصد ٦: ٣٩٦، المسالك ١٢: ٣٠٧.

(٦) الدروس ٣: ٣٦٢.

(٧) استظهره في جامع المقاصد ٦: ٣٦٠، انظر السرائر ٢: ٣٨٦.

(٨) كما في مرسل ابن محبوب الآتي في ص ٢١٣.

هذا كله في خيار البائع خاصة أو مع المشتري والأجنبي .

(أما لو كان الخيار للمشتري خاصة فإنه يستحق) الأخذ بالشفعة (بنفس العقد) [١] .

ولعله (لتحقق الانتقال) بذلك [٢] .

وأما [حكم] خيار المشتري [٣] . فالتحقيق بقاء ماله من الخيار الذي لا يبطل بأخذ الشفعة ، كخيار الشرط

[١] بلا خلاف كما في المسالك ^(١) ، بل عن الكفاية الإجماع عليه ^(٢) ، والتذكرة : أنه مذهبننا ^(٣) .

[٢] عند الشيخ ومن عرفت ، كما حكي عنه التصريح بذلك في المقام ^(٤) .

لكن عن خيار خلافه أنه قال : « ينتقل عن البائع بنفس العقد ، ولكن لا ينتقل إلى المشتري أيضاً حتى ينقضي الخيار ، فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأول » ^(٥) .

وحينئذ يتجه قوله بعدم الشفعة هنا ؛ لعدم انتقال الملك إلى المشتري ليؤخذ منه بالشفعة ، إلا أنه لما حكم بثبوت الشفعة هنا لو كان الخيار للمشتري ورجع عن ذلك القول ولم يقل غيره بذلك القول لم يتحقق الخلاف في المسألة زيادة على التفصيل المذكور .

[٣] ففي المسالك : « أن ظاهرهم سقوط خياره » ^(٦) . وإن كنا لم نتحققه ، بل ظاهر كلامه في الروضة خلافه ؛ لاتقاء الفائدة في فسحه ، بخلاف فسح البائع ؛ لأن غرضه على تقدير الفسخ حصول الثمن ، وقد حصل من الشفع ^(٧) .

ولكن في الدروس : « ويلزم على قول الفاضل - أي المزبور - أن تكون المطالبة مراعاة » ^(٨) .

وفي المسالك : « وال لزوم غير واضح ، للفرق بين الأمرين بما ذكرناه من حصول الفائدة للبائع لا للمشتري إلا أن يقال : بأن المشتري يتعلق غرضه في الخيار بغير الثمن ، كما إذا أراد أن يدفع دركه عنه . ويمكن على هذا أن يراعى سقوط خياره بأشتراط سقوط الدرك عنه ، مع أنهم حكموا بأنه ليس للمشتري الرد بالعيب لو رضي الشفع بالعيب ، مع أن فيه الدرك ، فليكن هنا كذلك » ^(٩) .

قلت : هو حاصل ما في الدروس ، فإنه بعد أن ذكر لزوم المراعاة على قول الفاضل ، قال : « ويمكن القول بأن الأخذ يبطل خيار المشتري ، كما لو أراد الرد بالعيب فأخذ الشفع ، ولأن الغرض الثمن وقد حصل من الشفع ، إلا أن يجاب بأن المشتري يريد دفع الدرك » ^(١٠) .

ولكن لا يخفى عليك ما في الجميع ؛ ضرورة عدم مدخلة حصول الفائدة وعدمها في ثبوت الحق مع فرض اقتضاء إطلاق الأدلة ^(١١) والاستصحاب بقاءه ، وعدم الرد بالعيب - مع فرض أخذ الشفع ورضاه به - أنه انتقل الملك عنه ، ولا تسلط له على فسحه ، فيتعين له الأرض ، ولكن الأصل براءة الذمة منه هنا بعد أخذ الشفع بالثمن الذي اشتراه ، فلم يلحقه منه ضرر .

(١) المسالك ١٢ : ٣٠٧ . (٢) كفاية الأحكام ١ : ٥٤٥ .

(٣) التذكرة ١٢ : ٢١٨ . (٤) الخلاف ٣ : ٤٤٥ ، المبوط ٣ : ١٢٣ .

(٥) الخلاف ٣ : ٢٢ . (٦) المسالك ١٢ : ٣٠٨ .

(٧) الروضة ٤ : ٤٠٢ . (٨) (١٠) الدروس ٣ : ٣٦٢ .

(٩) المسالك ١٢ : ٣٠٨ - ٣٠٩ . (١١) انظر الوسائل ٢٥ : ٣٩٨ ، ٤٠١ ، ب ٢ ، ٤ ، ٧ من الشفعة .

ونحوه مثلاً، فيفسخ حينئذ إن شاء، ويدفع القيمة أو المثل كما في غير الفرض [١].

وكيف كان فـ[الختار][٢] ثبوت الشفعة للمشتري الأول - الذي فرض وجود الخيار لبائعه - لو لم يأخذ شفيعه بالشفعة بل باع شقصه من آخر [٣].

فإن فسخ بائعه بعد الأخذ فمشفوعه له، وإن فسخ قبله فلا شفعة للبائع قطعاً، لتجدد ملكه حين الفسخ. وأما المشتري فقد ذكرنا قوة سقوطها منه أيضاً [٤].

[ولكن الأقوى ثبوت الشفعة له].

[والظاهر ثبوت الشفعة بالمعاطاة بناءً على إفادتها البيع وإن كان متزلزلاً].

[١] إلا أنني لم أجد أحداً احتمل هذا هنا.

وكذا ما ذكرناه سابقاً وإن كان هو مقتضى قواعد الخيار، فلاحظ وتأمل.

نعم في اللعنة والروضة: «ويستحق الأخذ بالشفعة بنفس العقد وإن كان فيه خيار بناءً على انتقال المبيع إلى ملك المشتري به، فلو أوقفناه على انقضاء الخيار - كالشيخ - توقّف على انقضائه. وعلى المشهور لا يمنع الأخذ من التأخير، لأصالة بقاء الخيار، فإن اختار المشتري أو البائع الفسخ بطلت الشفعة وإلا استقر الأخذ، وجعل بعض الأصحاب الأخذ بعد انقضاء الخيار مع حكمه بملكه بالعقد، نظراً إلى عدم الفائدة به قبله، إذ ليس له انتزاع العين قبل مضي مدة الخيار، لعدم استقرار ملكه. والظاهر أن ذلك جائز لا لازم، بل يجوز قبله وإن منع من العين، والفائدة تظهر في النماء وغيره.

واحتمل المصنّف في الدروس بطلان خيار المشتري بالأخذ، لانتهاء فائدته، إذ الغرض الثمن وقد حصل من الشفع، كما لو أراد الرد بالعيب فأخذ الشفع. ويضعف بأن الفائدة ليست منحصرة في الثمن فجاز أن يريد دفع الدرك عنه»^(١). ولا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه هنا وفي بحث الخيار ما فيه من محال النظر.

[٢] [كما] ممّا ذكرنا يظهر لك [ذلك].

[٣] للاندراج في إطلاق الأدلة.

[٤] اقتصاراً في ثبوت الشفعة - المخالفة للأصل - على المتيقن الذي هو وجود الملك وقت الأخذ، كوقت البيع، مع أنه احتمله غير واحد للأصل.

ولكن الأقوى الأول كما عن الكركي^(٢) التصريح به.

هذا ولا يتوهم من ذكر العقد في المتن وغيره اعتبار كون البيع بصيغته في ثبوت الشفعة، إذ الظاهر ثبوتها بالمعاطاة بناءً على إفادتها البيع وإن كان متزلزلاً.

لإطلاق الأدلة، ويأتي البحث في الفسخ من البائع أو المشتري بعد الأخذ نحو ما سمعته في الخيار، والله العالم.

(١) اللعنة: ١٦١، الروضة ٤: ٤٠١ - ٤٠٢.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٣٦١.

(وليس للشفيع تبعيض حقّه) إذا كان انتقاله إلى المشتري على الوجه الذي قدّمناه في الفرع الثامن [١].
 (بل) لا يبعد كونها من قبيل حقّ القصاص الذي لا يقبل التجزئة، فلا يصحّ وإن رضي المشتري [٢].
 وحينئذٍ (مأخذ الجميع أو يدع) بل لو قال: «أخذت نصف الشقص خاصّة» بطلت شفيعته في الجميع [٣].
 وكذا لو قال: «أخذت نصف الشقص» وإن لم يقل: «خاصّة» للتبعيض وفوات الفورية].
 نعم قد يقال بالصحة مع فرض عدم فوات الفورية ولو بقول وكيله مقارناً لقوله: «وأخذت النصف الآخر له» [٤].

[١] كما صرح به الشيخ والفاضل والشهيدان والكركي^(١) وغيرهم، بل لا أجد فيه خلافاً وإن ترك التعرّض له جماعة.

بل قد سمعت^(٢) ما في التذكرة في الشفعة في الدار بالشركة في الطريق الواسع، لكنّه ليس خلافاً في المسألة.
 للضرر بالتفريق الذي ينافي حكمة مشروعية الشفعة.
 ولأنّه المنساق من قوله لِلْإِثْلَاقِ: «فشريكه أحقّ به من غيره بالثمن»^(٣).
 [٢] خصوصاً مع ملاحظة مخالفة الشفعة للأصل، التي ينبغي الاختصار فيها على المتيقّن بعد الشكّ في الإطلاقات والعمومات ولو للمفروغية منه عند الأصحاب.
 [٣] لأنّ العفو عن البعض يبطلها حينئذٍ بل صرح الفاضل والكركي وثاني الشهيدين^(٤) ببطلانها لو قال: «أخذت نصف الشقص» وإن لم يقل: «خاصّة» للتبعيض وفوات الفورية.
 كما عن محدّد بن الحسن الشيباني^(٥). خلافاً للمحكي عن أبي يوسف من الصحة في الجميع؛ لاستلزام أخذ البعض أخذ الجميع؛ لعدم صحة أخذه وحده^(٦).
 وفيه منع واضح.

[٤] وقد أشار إلى ما ذكرنا في الدروس، قال: «لو قال: أخذت نصف الشقص خاصّة بطلت، لأنّ العفو عن البعض يبطلها. ويحتمل أن يكون ذلك أخذاً للجميع. ولو اقتصر على قوله: أخذت نصفه فوجهان وأولى بالبقاء، لأنّ أخذ البعض لا ينافي أخذ الكل إلّا أن يؤدّي إلى التراخي»^(٧).

وإن كان لا يخفى عليك ما في احتماله في الصورة الأولى المفروض فيها التصريح بالبعض خاصّة. والله العالم.

(١) المبسوط ٣: ١١٤، الإرشاد ١: ٣٨٦، القواعد ٢: ٢٥١، اللغة: ١٦١، المسالك ١٢: ٣١٠، جامع المقاصد ٦: ٣٩٩.

(٢) تقدّم في ص ١٦٦.

(٣) انظر الوسائل ٢٥: ٤٠٢، ب ٧ من الشفعة، ح ٢: ٢٥، ٣٩٥، ب ٢، ح ٢.

(٤) القواعد ٢: ٢٥١، التذكرة ١٢، ٣٣٠، جامع المقاصد ٦: ٤٠٠، المسالك ١٢: ٣١٠.

(٥)(٦) المغني والشرح الكبير ٥: ٤٨٣، ٤٨٩، ٤٩٠، المجموع ١٤: ٣٣٠.

(٧) الدروس ٣: ٣٧٠.

(و) كيف كان فـ[المختار] [١] أنَّ الشفيع (يأخذ بـ) حثل (التمن الذي وقع عليه العقد) لا أزيد من ذلك (وإن كان^(١) قيمة الشقص أكثر أو أقل).

(ولا يلزمه ما يغرم المشتري من دلالة أو وكالة أو غير ذلك من المؤن) التي هي ليست من التمن وإن كانت من توابعه.

نعم هو ظاهر فيما لو كان مثلياً، أما القيمي فستسمع الكلام فيه مفضلاً إن شاء الله تعالى .

(و) حينئذٍ- لو زاد المشتري في التمن بعد العقد وانقضاء الخيار له لم تلحق (الشفيع (الزيادة) لعدم كونها من التمن (بل كانت هبة) من المشتري للبائع فـ(لا^(٢) يجب على الشفيع دفعها) [٢] نعم (لو كانت الزيادة في زمن^(٣) الخيار قال الشيخ: تلحق بالعقد؛ لأنها بمنزلة ما يفعل في العقد^(٤)) والشفيع يأخذ بالتتمن الذي يستقر عليه العقد [٣]، [لكن الصحيح أنه لم تلحق].

[قال المصنف: (وهو يشكل على القول بانتقال الملك بالعقد) [٤].

[١] [إذ] لا خلاف بين الخاصة والعامة نصاً^(٥) وفتوى في [ذلك].

[٢] للأصل (و) ظهور النص والفتوى في أنه ليس عليه إلا التمن .

[٣] وكذا الكلام في النقيصة، قيل: وهو مبني على مذهبه السابق من عدم الانتقال إلا بانقضاء الخيار^(٦).

ونوقش^(٧) بأنّه لو كان كذلك لحص الحكم بما إذا كان الخيار للبائع لاعتراؤه هنا بالانتقال إذا كان للمشتري خاصة وإن صرح بالتعميم في البيع .

وتعليه الحكم هنا بالاستقرار لا يدل على البناء على مذهبه، بل لعلمه ظاهر في خلافه .

واحتمال بناء ذلك على مذهبه في البيع يزيد في الاضطراب؛ لتصريحه هنا بالانتقال، مع أنه لا داعي له .

بل لعل قول المصنف: (وهو يشكل على القول بانتقال الملك بالعقد).

[٤] ظاهر في عدم البناء على ذلك، وإلا لكان مردوداً لا مشكلاً، إذ إشكاله لا يكون إلا على معنى أنه لا يتم إطلاقه الإلحاق على تفصيله فإنه مع الانتقال للمشتري لا ينبغي أن تلحق الزيادة ولا النقيصة .

كما أنه لا يتم على القول بالانتقال في الحالتين .

ولعل الأولى أن يقال: إن التمن عرفاً ما وقع مدخولاً للبائع في العقد، سواء قلنا بالانتقال وعدمه، خلافاً للشيخ^(٨)، فجعله

أعم من ذلك ومن المبدول في زمن الخيار مطلقاً، بدعوى كون التمن لما يدفع قبل استقرار العقد وإن كانت ممنوعة عليه، والأمر سهل بعد توضيح الحال .

(١) في الشرائع: «كانت» . (٢) في الشرائع: «ولا» .

(٣) في الشرائع: «زمان» . (٤) المبسوط ٣: ١٠٨ .

(٥) انظر الوسائل ٢٥: ٣٩٦، ب ٢ من الشفعة، ح ١، سنن البيهقي ٦: ١٠٤ .

(٦) الدروس ٣: ٣٦٣ . (٧) المسالك ١٢: ٣١١ - ٣١٢ .

(٨) المبسوط ٣: ١٠٨ .

(وكذا لو حطَّ البائع من الثمن) بعد العقد (لم يلحق بـ) الثمن في (العقد) مطلقاً أيضاً كالزيادة [١].
(ولا يلزم المشتري دفع الشقص ما لم يبذل الشفع الثمن الذي وقع عليه العقد) أوْلاً [٢].

[١] لما عرفته من أنه مدخول الباء فيه، والله العالم.

[٢] كما صرَّح به في القواعد والمعة والروضة ومحكي المبسوط^(١) بل هو صريح المصنّف فيما يأتي.
إلا أنه أُنْشِئَ بمناقاته لمقتضى المعاوضة وهو التقابض^(٢)، ودفع بأنّها معاوضة قهرية فجبوهن قهر المشتري بتسليم الثمن، بخلاف البيع فإنّ مبناه على الاختيار فلم يكن أحد المتبايعين، أولى بالبداة من الآخر، إلا أنّها كما ترى مجرّد اعتبار لا يناسب مذاق الإمامية.

ومن هنا قال في المسالك: «لو قيل بالتقايض كان وجهاً»^(٣).

تبعاً لما في جامع المقاصد من أنّها معاوضة يجب فيها التسليم والتسلّم دفعة واحدة، والأصل عدم وجوب التقدّم في التسليم على أحد بخصوصه، نعم إن تمّ اشتراط تسليم الثمن في حصول الملك بالأخذ ثبت وجوب هذا^(٤).
قلت: يمكن أن يكون مدركه قوله لا يلزم: «فهو أحقّ بها من غيره بالثمن»^(٥) بناءً على أنّ المراد من كونه أحقّ من غيره مع دفع الثمن.

بل قد يقال: إنّ منه يستفاد مدخلية دفع الثمن في حصول الملك أو في استحقاق الأخذ بالشفعة، فلا وجه لوجوب التقايض هنا بعد توقف ملك الشفع أو استحقاقه الأخذ بالشفعة على دفع الثمن، كما سمعت الاعتراف به من الكركي.
ومن الغريب ما سمعته من المسالك مع ميله إلى عدم تمامية ملك الشفع بدون الدفع المزبور، قال متصلاً بما سمعته منه: «واعلم أنّ الملك للشفع يحصل بالأخذ قبل دفع الثمن، كما أنّ الملك يحصل في البيع بالعقد، ووجوب التسليم حكم آخر بعد. وهل الحكم هنا كذلك بمعنى عدم توقّف الملك على التقايض أم لا يتمّ ملك الشفع هنا بدون تسليم الثمن؟ ليس في عبارة المصنّف ما يدلّ على زيادة على الأوّل.

وذهب بعضهم إلى الثاني، وليس بذلك البعيد، ثمّ على تقديره هل يكون دفع الثمن جزءً من السبب المملّك أم كاشفاً عن حصول الملك بالأخذ القولى؟ وجهان أجودهما الثاني، وتظهر الفائدة في النماء المتخلّل»^(٦).
بعد الإغضاء عمّا في أوّل كلامه وأثنائه من التنافي ظاهراً.
وفي مجمع البرهان: «لابدّ -أي في الملك- من الأخذ وهو إمّا بالفعل أو القول كما تقدّم عند علمائنا، ذكره في التذكرة»^(٧).

والذي ذكره سابقاً: «أنّه يأخذ إمّا بالفعل بأن يأخذ الحصّة بدفع الثمن إلى المشتري أو يرضى بالصبر

(١) القواعد ٢: ٢٥١. للمعة: ١٦٢. الروضة ٤: ٤١٣. المبسوط ٣: ١٥٦.

(٢) انظر المسالك ١٢: ٣١٢، ٣٣٦. (٣) المسالك ١٢: ٣١٢ - ٣١٣.

(٤) جامع المقاصد ٦: ٣٩٩.

(٥) الوسائل ٢٥: ٣٩٦، ب ٢ من الشفعة، ح ١. ٢٥: ٤٠٢، ب ٧ من الشفعة، ح ٢.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٨.

فيملكه ، وإمّا باللفظ ، كقوله : أخذت وتملكت ونحو ذلك «^(١) إلى آخره .

وفي محكي الغنية والسرائر ما لفظه : « واشترطنا عدم عجزه عن الثمن ، لأنّه إنّما يملك الآخذ إذا دفع إلى المشتري ما بذله للبائع ، فاذا تعذّر عليه ذلك سقط حقّه من الشفعة »^(٢) بل قيل : إنّ ظاهر الأوّل أو صريحه أنّه لا خلاف فيه^(٣) .

والأصل في المسألة ما في قواعد الفاضل ، فإنّه بعد أن ذكر ملك الشفيع الآخذ بالعقد ، قال : « وهو قد يكون فعلاً بأن يأخذه الشفيع ويدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذٍ ، ولفظاً كقوله : أخذته أو تملكته وما أشبه ذلك من الألفاظ الدالة على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضا بالصبر »^(٤) .

وظاهره انحصار المملّك في ذلك ، فلا يكفي حينئذٍ الأخذ القولي من دون دفع الثمن .

ولكن قال في التحرير : « يملك الشفيع الشقص بأخذه وبكلّ لفظ يدلّ على أخذه »^(٥) ولم تعرّض لدفع الثمن فيهما .

وقال في الدروس : « لا يملك الشفيع بالمطالبة ولا بدفع الثمن مجرداً عن قول حتّى يقول : أخذت الشقص أو تملكت بالثمن وشبهه - إلى أن قال : ولو رضي المشتري بتأخير الثمن ملك بالأخذ ، وله التصرف أيضاً »^(٦) .

وفي جامع المقاصد : « إنّ اشتراط دفع الثمن في حصول الملك لا دليل عليه ، والأصل عدمه ، والشفعة في معنى المعاوضة ، إذ هي من توابع العين ، ودفع أحد العوضين غير شرط في تملك الآخر . ولأنّه لو كان الدفع شرطاً لوجب أن يكون فورياً كالأخذ فتبطل الشفعة بدونه مع التمكن ، وإمهال الشفيع ثلاثة أيّام قد يدلّ على خلاف ذلك ، وليس في النصوص ما يدلّ على الاشتراط المذكور ، والذي في رواية ابن مهزيار « إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيّام إن أتاه بالمال وإلا فليبع وبطلت شفّعته في الأرض »^(٧) وليس كلام الأصحاب صريحاً في اشتراط ذلك » . ثم حكى عن التذكرة ما هو ظاهر أو صريح في عدم اعتبار دفع الثمن في الملك بالأخذ القولي^(٨) .

قلت : بل عن المبسوط في آخر الباب التصريح أيضاً بأنّه لا يشترط مع الأخذ باللفظ دفع الثمن في حصول الملك^(٩) . لكنّ الإنصاف أنّ كلامهم غير منقح في المقام .

(١) مجمع الفائدة والبرهان : ٩ : ٢٧ .

(٢) الغنية : ٢٣٥ . السرائر : ٢ : ٣٨٨ .

(٣) مفتاح الكرامة : ٦ : ٣٥٥ .

(٤) القواعد : ٢ : ٢٥٠ .

(٥) التحرير : ٤ : ٥٦٩ .

(٦) الدروس : ٣ : ٣٧١ .

(٧) الوسائل : ٢٥ : ٤٠٦ ، ب ١٠ من الشفعة ، ح ١ .

(٨) جامع المقاصد : ٦ : ٣٩٧ - ٣٩٨ ، وفيه البيع بدل العين .

(٩) انظر المبسوط : ٣ : ١٣٦ .

والذي يقع في الذهن راجياً من الله تعالى أن يكون هو الصواب هو أنَّ الشفعة من الحقوق كالخيار ونحوه، لا المعاوضات المحتاجة للتقايض [١].

وحينئذٍ فالمتَّجه حصوله وإسقاطه بالفعل والقول على نحو الخيار فلا إشكال في تحقُّق الأخذ بالشفعة مع التخليه من المشتري والقبض من الشفيع مع دفع الثمن منه [= الشفيع] أو الرضا [من المشتري] بالصبر عليه [٢]. كما أنَّه لا إشكال في تحقُّقه أيضاً باللفظ مع الدفع المزبور أو الرضا بالصبر. نعم يشترط لأصل الأخذ بهذا الاستحقاق إحضار الثمن، فإن أَدعى غيبته أَجَل الأجل المزبور [وهو ثلاثة أيام]، وبدونه لا أثر للأخذ بالاستحقاق المزبور لا قولاً ولا فعلاً [٣].

[١] كما عساه يشهد له ما تسمعه من الأصحاب فيما يأتي من أنَّه لا يكلف المشتري قبض الشقص من البائع إن لم يكن قد قبضه وتسليمه للشفيع. بل ويشعر به أيضاً قوله عليه السلام: «فهو أحقُّ به من غيره»^(١).

[٢] فما عساه يتوهم من عبارة الدروس السابقة^(٢) من اعتبار القول في غير محلِّه؛ ضرورة صدق الأخذ بالشفعة التي هي عبارة عن استحقاق انتزاع حصَّة الشريك.

[٣] وهو معنى ما سمعته^(٣) من الغنية والسرائر. بل يمكن حمل عبارة المتن وما سابها على ذلك. بل ورواية علي بن مهزيب^(٤) أيضاً، وحاصله أنَّ الشفعة التي هي عبارة عن الاستحقاق المزبور يعتبر في الأخذ به ذلك، فلا أثر للأخذ به بدونه إلَّا مع الرضا بالصبر، أو أَدعى غيبة الثمن، فيؤجِّل ثلاثة أيام كما عرفته سابقاً. ولا ينافي ذلك حصول الملك بعده، بل ولا الفورية التي يعدُّ مثل ذلك عذراً فيها.

بل قد يدعى أنَّ ذلك من تمام ثبوت الاستحقاق، على معنى: أنَّ الأحقية المزبورة لا تتحقَّق إلَّا مع دفع الثمن على الوجه المزبور، نحو اشتراط الخيار برَد الثمن.

بل يمكن إرادة هذا المعنى من قوله عليه السلام: «فهو أحقُّ به من غيره بالثمن»^(٥) على معنى: أنَّه مع دفعه للثمن هو أحقُّ من غيره، وحينئذٍ فيقيد الإطلاق إن كان بما ذكرنا، مثل قوله عليه السلام: «وصيَّ اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له بالشفعة»^(٦) الذي هو غير منساق لبيان ذلك.

وكذا إطلاق ما دلَّ على ثبوت الشفعة ببيع الشريك وإن أيد بدعوى أنَّ الأصل تسلُّط الناس على حقوقهم كأموالهم فله الأخذ بحقه، والأصل عدم الاشتراط.

إذ قد عرفت أنَّ المجتمع من النصِّ والفتوى ثبوت الشفعة مع الحال المزبور دون غيره. كما عرفت سابقاً أنَّ الأصل عدمها بعد الشك في تناول الإطلاق - فضلاً عن الظنِّ - بتوقُّف الأحقية على دفع الثمن أو عدم ترتُّب الأثر على الأخذ به بدونه - ولو من فتاوى الأصحاب واستبعاد تملك الشفيع الشقص بقول: «شفعت» وهو غائب لا يتمكَّن من دفع الثمن ولو بالتوكيل، بل يمكن القطع بعدمه.

(١) الوسائل ٢٥: ٤٠٢، ب ٧ من الشفعة، ح ٢. (٢) تقدَّم في ص ٢٠٩.

(٣) تقدَّم في ص ٢٠٩. (٤) الوسائل ٢٥: ٤٠٦، ب ١٠ من الشفعة، ح ١.

(٥) الوسائل ٢٥: ٣٩٦، ب ٢ من الشفعة، ح ١. (٦) الوسائل ٢٥: ٤٠١، ب ٦ من الشفعة، ح ٢.

[ويستبعد تملك الشفيع الشقص بقول : شفعت وهو غائب لا يتمكن من دفع الثمن ولو بالتوكيل بل يمكن القطع بعدمه]، كما أنه يمكن القطع بعدم وجوب القول المزبور على الغائب غير المتمكن والمحسوس كذلك ولو كان ذلك أخذاً للشفعة لوجب المبادرة إليه [١]. (ولو اشترى شقصاً وعرضاً في صفقة أخذ الشقص) خاصة بالشفعة (بحضته^(١) من الثمن) [٢]. كما تقدّم الكلام في ذلك مفصلاً.

(و) ذكرنا هناك أيضاً أنه (لا يثبت بذلك للمشتري خيار) لإقدامه، (ولأنّ استحقاق الشفعة تجدد في ملك المشتري) [٣]. ولا فرق في ذلك بين الجاهل والعالم.

(و) كيف كان فـ [المختار] [٥] أنه (يدفع الشفيع مثل الثمن إن كان مثلياً كالذهب والفضة) وغيرها [٦]. إنّما الكلام (إن لم يكن له) أي الثمن المدفوع للبائع (مثل كالحيوان والثوب والجوهر) وغيرها من القيميات فـ (عقيل) [٧]: (تسقط) الشفعة (لتعذر المثلية) المعتبرة في الشفعة (ولرواية علي بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام) [٨].

[١] إلى غير ذلك مما يظهر بالتأمل، والله العالم.

[٢] بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه.

[٣] فلم يحصل شرط خيار تبويض الصفقة الذي هو كون التبويض في العقد نفسه. ومن هنا لا فرق في ذلك بين الجاهل والعالم، كما هو مقتضى إطلاق المصنف وغيره. لكن في مجمع البرهان: «يمكن ذلك إذا ادعى كونه جاهلاً وقبل منه فيثبت له الخيار وإليه أشار المحشي»^(٢). ولا يخفى عليك ما فيه، والله العالم.

[٥] [كما لا خلاف ولا إشكال فيه]ـه.

[٦] بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر، مضافاً إلى أنّه المتيقّن من المروي في نصوص الفريقين من أنّه يأخذ بالثمن^(٣) بعد القطع بعدم إرادة نفس الثمن الذي ملكه البائع (و) لا تسلط للشفيع عليه.

[٧] والقائل الشيخ في الخلاف وابن حمزة والفاضل في المختلف والكركي والخراساني في الكفاية^(٤) على ما حكى عن بعض.

[٨] الآية. بل قيل^(٥): «إنّه ظاهر الإيضاح، ومال إليه في التحرير ومجمع البرهان، وهو المحكي عن الطبرسي، وأنه يشعر به كلام النهاية والمهذب»^(٦)، بل في الدروس: أنّه والقول الآتي مشهوران^(٧)، بل في الخلاف عليه إجماع الفرقة وأخبارهم^(٨).

(١) في الشرائع: «بحضه».

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٩.

(٣) انظر الوسائل ٢٥: ٣٩٥، ب ٢ من الشفعة. مسند أحمد ٣: ٣١٠.

(٤) الخلاف ٣: ٤٣٢. الوسيعة: ٢٥٨. المختلف ٥: ٣٣٧ - ٣٣٨. جامع المقاصد ٦: ٤٠٥. كفاية الأحكام ١: ٥٤٦.

(٥) مفتاح الكرامة ٦: ٣٦٥.

(٦) النهاية ٤٢٤. المهذب ١: ٤٥٨.

(٧) الدروس ٣: ٣٦٧.

(٨) الخلاف ٣: ٤٣٢.

(وقيل) [١]: لا تسقط الشفعة، بل (يأخذها بقيمة العرض) [٢]، نعم هي (وقت العقد) أو وقت الأخذ أو أعلى القيم من وقت العقد إلى وقت الأخذ [٣].
 (و) على كل حال فـ (هو) أي القول الثاني (أشبهه) عند المصنف [٤].
 ولكن الإنصاف أنَّ الأول [أي السقوط] أقوى [٥].

- [١] والقائل الشيخان في المقنعة والمبسوط وأبو الصلاح وابن زهرة وإدريس والآبي والفاضل في التذكرة والإرشاد والتبصرة والشهيدان والمقداد وأبو العباس^(١).
 [٢] بل في المسالك وغيرها: أنه مذهب الاكثر^(٢).
 وفي الرياض تارة نسبته إلى الشهرة العظيمة وأخرى أنه أشهر. بل لعل عليه عامة من تأخر^(٣) إلا من ندر ممن تأخر عن تأخر وإن كان فيه ما فيه.
 [٣] المعروف فيما بينهم الأول. بل لم نعرف القائل بالثاني وإن حكي.
 أمّا الثالث فهو المحكي عن الفخر^(٤)، والموجود في الإيضاح إلى وقت الدفع. محتجاً عليه بأنه أخذ قهري كالغصب^(٥).
 وفيه: ما لا يخفى في المقيس والمقيس عليه. ومن هنا قال في غاية المراد: «إنه لا وجه له»^(٦). بل جعل الثاني كذلك أيضاً^(٧). وهو في محله وإن رماه ما غيره بالضعف.
 وقيل - كما عن أبي علي -: لا شفعة إلا أن تأتي الشفيع بعين الثمن^(٨).
 وفي الدروس: أن في رواية هارون الغنوي^(٩) إلماً به^(١٠)، لكن في الإيضاح: أن الإجماع على خلافه^(١١).
 [٤] بإطلاق نصوص الباب وفقاً لمن عرفت.
 [٥] ولو للشك من تعارض الأدلة. وقد عرفت أن الأصل عدم الشفعة.
 إذ حجة الأول - مضافاً إلى الإجماع المزبور والأخبار التي أرسلها الذي لا يقدر في حجته فتواه في المبسوط - المتأخر عنه -

(١) المقنعة: ٦١٩. المبسوط ٣: ١٠٨. الكافي: ٣٦١ - ٣٦٢. الغنية: ٢٣٢، ٢٣٦. السرائر ٢: ٣٨٥. كشف الرموز ٢: ٣٩٤. التذكرة ١٢: ٢٥٧. الإرشاد ١: ٣٨٦. التبصرة: ٩٨. اللزمة: ١٦١. الدروس ٣: ٣٦٧ - ٣٦٨. المسالك ١٢: ٣١٦. التنقيح ٤: ٨٩ - ٩٠. المختصر: ٣٤٦ - ٣٤٧.
 (٢) المسالك ١٢: ٣١٥. التحرير ٤: ٥٧٣.
 (٣) الرياض ١٢: ٣٢١.
 (٤) نقله عنه في جامع المقاصد ٦: ٤٠٥.
 (٥) (١١) الإيضاح ٢: ٢١٠.
 (٦) غاية المراد ٢: ١٦١.
 (٧) غاية المراد ٢: ١٦٢.
 (٨) نقله في المختلف ٥: ٣٣٧ - ٣٣٨. الدروس ٣: ٣٦٧.
 (٩) الوسائل ٢٥: ٣٩٦، ب ٢ من الشفعة، ح ١.
 (١٠) الدروس ٣: ٣٦٧.

بخلافه المحتمل كونه عن غفلة أو غيرها - خبر علي بن رثاب الذي قيل^(١) إنه رواه في الفقيه^(٢) وفي قرب الإسناد^(٣) في الصحيح وفي التهذيب^(٤) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل اشترى داراً برقيق ومتاع وبرّ وجوهر؟ قال: « ليس لأحد فيها شفعة »^(٥). وخبر هارون وغيره ممّا هو مروى عند الطرفين من أنّ « الشريك أحقّ من غيره بالثمن »^(٦) الذي لا يصدق عرفاً على القيمة .

بل في مرسل ابن محبوب: كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل اشترى من رجل نصف دار مشاعاً غير مقسوم، وكان شريكه الذي له النصف الآخر غائباً، فلما قبضها وتحول عنها انهدمت الدار وجاء سيل خارق فهدمها وذهب بها، فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعة من هذا، فأعطاه الشفعة على أن يعطيه ماله كمالاً الذي نقد في ثمنها، فقال: « ضع عني قيمة البناء، فإن البناء قد تهدّم وذهب به السيل، ما الذي يجب في ذلك؟ فوقع عليه السلام: « ليس له إلا الشراء والبيع الأول إن شاء الله تعالى »^(٧).

ومن المعلوم عدم صدق ذلك على القيمي، بل قد سمعت أنّ أبا علي اعتبر في الشفعة عين الثمن التي دفعها جموداً على حقيقة اللفظ، وإن كان يمكن دعوى القطع بخلافه وأن المراد المثل.

وما في المسالك من أنّه « بعد تعدّد العلم بعدم إرادة الحقيقة فالواجب أقرب المجازات إليها بحسبها، فإن كان مثلياً فالأقرب إليه مثله، وإن كان قيميّاً فالأقرب إليه قيمته، وهذا واضح. أمّا اختصاصه بالمثلي فلا، إذ لو كان الثمن قيميّاً فلا بدّ من اعتبار مجازه حيث لا تراد الحقيقة، وإلا لزم اختصاص الحكم بالحقيقة، فبرّد مثله في المثلي، لأنّ المثل ليس بحقيقة »^(٨).

يدفعه: تعارف التجوّز برّد الثمن لو ردّ المثل في المثلي، وأنّه البيع والشراء الأوّل كما سمعته في المكاتبه بخلاف القيمي، فتخصّص الرواية حينئذٍ الواردة في بيان محلّ الشفعة - على وجه يراد منها القيدية في جميع ما ذكر فيها، كالتعارف في التعاريف بالمثلي دون القيمي الذي لم يدخل فيها حتّى يحتاج إلى اعتبار مجازه. ومنه يعلم ما في حملها على الغالب من كون قيمة الدار ونحوها المثلي. وكذا ما فيها أيضاً من المناقشة في الأولى بضعف السند، لأنّ في طريقه الحسن بن سماعه وهو واقفي.

قال: « والعجب من دعوى العلامة في التحرير صحّته مع ذلك، ودلالته على موضع النزاع ممنوعة، فإنّ نفي الشفعة أعمّ من كونه بسبب كون الثمن قيميّاً أو غيره، إذ لم يذكر أنّ في الدار شريكاً فجاز نفي الشفعة لذلك عن الجار وغيره، أو لكونها غير قابلة للقسمة، أو لغير ذلك. وبالجمله فإنّ المانع من الشفعة غير مذكور، وأسباب المنع كثيرة فلا وجه لحمله على المتنازع أصلاً. والعجب مع ذلك دعوى أنّه نصّ في الباب مع أنّها ليست من الظاهر فضلاً عن النصّ »^(٩).

إذ لا يخفى عليك أولاً أنّها مروية في الفقيه وغيره في الصحيح.

- (١) قاله في مفتاح الكرامة ٦: ٣٧٦.
- (٢) الفقيه ٣: ٨٠، ح ٣٣٧٩.
- (٣) قرب الإسناد: ١٦٥، ح ٦٠٣.
- (٤) التهذيب ٧: ١٦٧، ح ٧٤٠.
- (٥) الوسائل ٢٥: ٤٠٦، ب ١١ من الشفعة، ح ١.
- (٦) الوسائل ٢٥: ٣٩٦، ب ٢ من الشفعة، ح ١. سنن البيهقي ٦: ١٠٤.
- (٧) الوسائل ٢٥: ٤٠٥، ب ٩ من الشفعة، ح ١.
- (٨) (٩) المسالك ١٢: ٣١٥ - ٣١٦.

وثانياً أنّها - على ما ذكر - من قسم الموثق الذي فرغنا من حجّيته في الأصول .

وثالثاً أنّها معتضدة ومنجبرة بما سمعت^(١) من الإجماع المحكي والروايات المرسلّة والشهرة المحكيّة في الدروس .

كما أنّه لا يخفى عليك انسياق كون نفي الشفعة في الدار المزبور لمكان الثمن المذكور ، وإلا فلا فائدة في تعداده في السؤال وعدم ذكر الشريك لمعلومية كون نفي الشفعة عند الإمامية له لا لغيره .

واحتمال فيها لاحتمال عدم القسمة وغيره خلاف ما يشعر به تعداد الثمن في السؤال ، بل كان ينبغي التعبير بغير هذه العبارة ، على أنّ ترك الاستفصال فيها كافٍ .

بل قد يدعى الظهور أو الصراحة في ذلك بملاحظة إرادة الرّد بها على ما هو المعروف من فتوى أبي حنيفة والشافعي ومالك بثبوت الشفعة في نحو ذلك^(٢) . ودعوى معارضة ذلك بأنّها ذكر فيها أنّ المبيع الدار ، والمتبادر منها المجموع وهو مما لا يتأتّى فيه بعد الشراء شركة توجب الشفعة ، ولا تثبت فيها إلّا من حيث الجوار . فنفي الشفعة في الرواية يحتمل أن يكون مستنداً إلى هذا ، ولو أريد من الدار بعضها تعيّن ما استظهر من السياق إلّا أنّ إطلاقها على البعض مجاز لا يصار إليه إلّا بالقرينة ، وهي في الرواية^(٣) مفقودة . يدفعها ظهورها على كلّ حال في أنّ المسقط للشفعة كون الثمن المذكور منها .

وحينئذ تكون دالّة على المطلوب الذي هو نفي الشفعة فيها لو حصل سببها بالشركة في الطريق أو البر أو البعض أو الجوار أو غير ذلك . لأنّ المراد - ولو بقرينة الجواب - أنّ السائل لما سأل عن الشفعة في الدار المشتراة بالثمن المزبور أجاب الإمام عليه السلام لا شفعة لأحد فيها على كلّ حال ، من حيث إنّ ثمنها ما ذكره السائل .

ومن هنا قال في جامع المقاصد : إنّها نصّ في الباب^(٤) ، ولعلّ التأمل الجيد يشهد له .

ومن الغريب ما في بعض الكتب من المناقشة في الخبر المزبور^(٥) بأنّ الأبي في كشف الرموز رواه : « رجل اشترى دراهم بريق ومتاع^(٦) » إذ هو وإن كان كذلك كما هو عندنا في نسخة قديمة لكنّه من الغلط الذي لا يصلح معارضاً لما في الجوامع العظام وكتب الفروع . ومن الغريب ما في الكتاب المزبور أيضاً في شرح ما في النافع « وقيل تسقط الشفعة استناداً إلى رواية فيها احتمال^(٧) » . قال ما نصّه : « لأنّها مقصورة على من اشترى دراهم^(٨) بريق ومتاع وبزّ وجوهر ، فالتعدي إلى غير ذلك من المحتمل ، ويحتمل أن تكون الشركة في الدراهم^(٩) »^(١٠) . إذ هو - كما ترى - لا ينبغي أن يصدر من أصاغر الطلبة . وعلى كلّ حال فلا أقلّ من انتداح الشكّ - مما ذكرنا - في دعوى تناول إطلاق الأدلّة للفرض . مؤيداً بقيام القيمة مقام العين غالباً وبحصول العلة أو الحكمة التي هي الضرر . ويكونه فتوى من لا يعمل إلّا بالقطعيّات وفتوى المتقنة التي هي متون أخبار ، وبأنّ ذلك يؤدي إلى سهولة الأمر في إسقاط الشفعة مع وهن إجماع الخلاف بمصيره إلى خلافه في المبسوط ، على أنّها جميعها كما ترى ، والله العالم .

(١) تقدم في ص ٢١١ . (٢) المغني (لابن قدامة) ٥ : ٥٠٥ . المجموع ١٤ : ٣١٨ .

(٣) (٥) تقدّم في ص ٢١٣ . (٤) جامع المقاصد ٦ : ٤٠٥ .

(٦) مفتاح الكرامة ٦ : ٣٦٦ . (٧) المختصر : ٢٥٩ .

(٨) (٩) في المصدر يدلّهما : « داراً ... الدار وأشير في المورد الأوّل ما هنا بعنوان خ ل » .

(١٠) كشف الرموز ٢ : ٣٩٤ .

(وإذا علم) الشفيع (ب) تحقّق (الشفعة) لتحقّق الشراء المقتضي لها (فله المطالبة) والأخذ بها (في الحال) [١].

إنّما الكلام في وجوب ذلك عليه على وجه إن لم يفعل لم تكن له شفعة كما سيأتي الكلام فيه .
وعلى كلّ حال (ف) [المختار] [٢] أنّه (إن أحرّ لعذر عن مباشرة الطلب وعن التوكيل فيه لم تبطل شفيعته)
وإن قلنا بالفورية، فإنّه على القول بها لا يضرّ عدمها للعذر العرفي [٣].

(وكذا لو ترك توهّمه كثرة الثمن) لأمانة أوجبته كإخبار مخبر ثمّ ظهر كذبه (فبان قليلاً، أو توهّمه) -ه كونه
(الثمن ذهباً) يصعب عليه قيمته (فبان فضّة أو حيواناً فبان قماشاً) سهل القيمة بناءً على ثبوت الشفعة مع كون
الثمن قيمياً، أو توهّم كونه المبيع سهماً قليلة فبانّت كثيرة أو بالعكس، أو أنّه اشتراه لنفسه فبان لغيره أو بالعكس أو
أنّه اشتراه لشخص فبان أنّه لآخر، أو أنّه اشترى الكلّ بثمن فبان أنّه اشترى نصفه بنصفه أو بالعكس، أو أنّه اشترى
الشقص وحده فبان أنّه اشتراه مع غيره أو بالعكس، إلى غير ذلك ممّا هو عذر عرفاً عن الفور بها، لاختلاف الفرض
باختلافه [٤].

نعم لو أخبره بقلة الثمن مثلاً أو تأجيله فلم يشفع ثمّ بان كثرت وحلوله فإنّه من الإهمال المسقط على القول
بالفورية [٥]. اللهم إلّا أن يفرض تعلق غرض بكون الثمن كثيراً أو حالاً، والله العالم.

[١] بلا خلاف ولا إشكال.

[٢] [كما] لا خلاف ولا إشكال فيه [ه].

[٣] كما يشعر به نصوص الغائب^(١) وغيرها.

[٤] وفي محكي المبسوط أنّه عقد لها ضابطاً، فقال: «وجملته أنّ الشفيع متى بلغت الشفعة ولم يأخذ لغرض
صحيح ثمّ بان خلاف ذلك لم تسقط شفيعته»^(٢). ونحوه ضابط الكركي، قال: «كلّ أمر ظهر له وقوع البيع عليه
والغرض الصحيح قد يتعلّق بغيره فتبيّن خلافه فالشفعة بحالها، لا تبطل للعذر»^(٣). ونحوهما ما في المسالك من أنّ
التأخّر لغرض صحيح أو عذر معتبر لا يخل بالفورية^(٤).

والأصل في ذلك أنّ المسلم من دليل الفورية - لو قلنا بها بملاحظة ما ذكره من الأعذار المزبورة وما ورد من النصّ على
الغائب^(٥) ودعوى غيبة الثمن - البطلان مع الإهمال وعدم الأخذ برغبة عنها من حيث هي، لا لأمر غير ذلك وقد تبيّن خلافه، نحو ما
سمعت من الأثّار؛ لإطلاق ما دلّ على كونه أحقّ من غيره المقتصر في تقييده على ما هو المتيقّن من الإهمال المزبور، دون الأعذار
المذكورة التي يتعلّق بها غرض العقلاء.

[٥] لعدم ظهور كون الترك لعذر تبيّن خلافه.

(١) انظر الوسائل ٢٥: ٤٠٠، ب ٦ من الشفعة، ح ٢. و ٢٥: ٤٠٦، ب ١٠ من الشفعة، ح ١.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٤٠٩.

(٣) المبسوط ٣: ١٥٣.

(٤) الوسائل ٢٥: ٤٠١، ب ٦ من الشفعة، ح ٢.

(٥) المسالك ١٢: ٣٢٠.

(وكذا) يعذر (لو كان محبوساً بحق وهو^(١) عاجز عنه) بخلاف ما لو كان قادراً [١]. إذ يجب عليه دفع الحق ليخلص من الحبس المانع من تعجيل المطالبة، أو يوكل من يأخذ له بها [٢]. وهو جيد مع علمه بها. أمّا إذا كان الحبس المزبور مانعاً له من العلم بها فالظاهر كونه عذراً وإن أثم هو بتأخير الحق المحبوس عليه. كما أنه معذور لو كان محبوساً باطل وإن قدر على أدائه قليلاً كان أو كثيراً، (و) قد علم بها، إذ لا يجب عليه دفع ما ليس مستحقاً عليه. نعم يشترط في بقائها أن يكون قد (عجز) مع ذلك (عن الوكالة) وإلا بطلت شفاعته. والمراد بالحق ما كان في ظاهر الشرع كذلك وإن لم يعترف هو به بل ادّعى المظلومية [٣]. (و) كيف كان فبناءً على أنها (تجب المبادرة إلى المطالبة عند العلم) أي الأخذ بالشفعة عند العلم بتحقق سببها: الاشتغال بالأخذ ومقدّماته. (لكن على ما جرت العادة به غير متجاوز عاداته في مشيه) وإن قدر على الأزيد منه وانتظار الصبح لو علم ليلاً. (ولو كان متشاعلاً بعبادة واجبة أو مندوبة) صلاة أو غيرها (لم يجب عليه قطعها وجاز الصبر حتى يتمها) وإن كان القطع سائغاً له.

(وكذا لو دخل عليه وقت الصلاة صبر حتى يتطهر ويصلي متئداً) أي متوانياً ومتتّبناً، وكذا بالنسبة إلى مقدّماتها ومتعلقاتها الواجبة والمندوبة التي يعتادها، وانتظار الجماعة، وتحري الرفقة حيث يكون الطريق مخوفاً ليصحبهم هو أو وكيله، وزوال الحرّ والبرد المفرطين، ولبس الخفّ ونحوه، وغلق الباب، والخروج من الحمام بعد قضاء طوره لو سمع بعد دخوله، والسلام على المشتري بعد وصوله وتحيته بالاعتدال، ونحو ذلك [٤]. وبالجملة فذلك ونحوه لا يسقط الشفعة حتى لو تمكّن من التوكيل معه وتركه، لأنّه زمان قصير، فإنّ العذر الذي لا تسقط معه الشفعة قسمان: أحدهما ما ينتظر زواله عن قريب، كاشتغال بالصلاة والطعام وقضاء الحاجة ونحوها، وهذا لا يجب عليه التوكيل معه وإن تمكّن منه، لأنّ انتظار زواله غير منافٍ للفرورية المعتبرة فيها عند القائل بها. والثاني: ما لا ينتظر زواله عن قريب، كالسفر والمرض والحبس على الوجه السابق، وهذا تجب عليه المبادرة أو التوكيل مع القدرة.

[١] لأنّ التأخير من قبله حينئذٍ.

[٢] كما في المسالك^(٢) وغيرها.

[٣] وإن احتمل لكّنه واضح الضعف.

[٤] ممّا ذكره الشيخ والفاضل والشهيدان^(٣) وغيرهم. بل في جامع المقاصد: أنّ من ذلك تشييع المؤمن والجنّاة وقضاء حاجته وعيادة المريض وما جرى هذا المجرى ممّا لم تجر العادة بالإعراض عنه، وخصوصاً إذا كان موجباً للطنع فيه^(٤).

(١) في الشرائع: «لحقّ هو» بدل «يحقّ وهو».

(٢) المسالك ١٢: ٣١٧.

(٣) المبسوط ٣: ١٠٨. القواعد ٢: ٢٥١. الدرر ٣: ٣٦٤ - ٣٦٥. المسالك ١٢: ٣١٩.

(٤) جامع المقاصد ٦: ٤٠٢.

(و) حينئذ (ولو علم بالشفعة مسافراً) مثلاً (فإن) كان (قدر على السعي أو التوكيل فأهمل بطلت شفيعته ، ولو عجز عنهما لم تسقط وإن لم يشهد بالمطالبة) وإن تمكّن منه كما تقدّم الكلام في ذلك وغيره مفصلاً في أول المقصد الثاني [١].

[وإذا كان المشتري حاضراً هل يلزم القول «أخذت الشفعة» أم لا؟].
[المختار عدم وجوب المبادرة إلى القول المزبور وإن كان متمكناً منه].
[وأن الأخذ بالشفعة ليس عبارة عن القول المزبور ، بل هو مع دفع الثمن أو أنه لا يثبت حقّ الشفعة إلا بعد دفعه] ، وحينئذ فلا يترتب على القول المزبور بدونه أثر من تملك العين أو غيره [٢].
وكيف كان فـ [الظاهر] [٣] قبول دعواه في وجود الأعدار المزبورة من غير فرق بين ما لا يعرف إلا من قبله وغيره [٤] ولكن خرج منه صورة الإهمال مع عدم عذر أصلاً فما لم يتحقق فهو على حقّه .
ومنه يعلم حكم حال الشكّ [٥].

[١] لكن في المسالك هنا : « هذا كله إذا كان غائباً ، أمّا مع حضور المشتري فلا يعدّ شيء من هذه عذراً ، لأنّ قوله : «أخذت بالشفعة» لا ينافي شيئاً من ذلك »^(١) .

قلت : إنّ كلامهم في المقام وفي ثبوت الشفعة للغائب صريح أو كالصريح في عدم وجوب المبادرة إلى القول المزبور ، وإن كان متمكناً .
بل ليس شيء ممّا ذكره عذراً عن الفورية - من الحبس وغيره - صالحاً لأن يكون عذراً عن القول المزبور الذي لا ينافيه حبس ولا غيره .

ومنه يعلم أنّ الأخذ بالشفعة ليس عبارة عن القول المزبور ، بل هو مع دفع الثمن أو أنه لا يثبت حقّ الشفعة إلا بعد دفعه كما ذكرناه سابقاً .

[٢] وذلك كله شاهد على خلاف ما سمعته سابقاً من الكركي وبعض أتباعه . بل ذكرهم كيفيّة فور الشفع بالنسبة إلى حضوره عند المشتري كالصريح أيضاً في ذلك ؛ ضرورة أنه إذا كان أخذ الشفعة الذي هو فوري هو قول : «أخذت» لا يحتاج معه إلى ذكر كيفيّة الفور في مشيه إلى المشتري ، بل لا يحتاج إلى أصل حضوره معه ، كما هو واضح بأدنى تأمل .

[٣] [كما هو] ظاهر الأصحاب أيضاً - بل عن الفاضل في التذكرة والكركي في جامعهم^(٢) الصريح به .

[٤] ولعله لما أشرنا إليه سابقاً من اقتضاء إطلاق الأدلة ثبوت حقّه مطلقاً .

[٥] وليس القائل بالفورية يقول : إنّ الشفعة الثابتة هي التي على جهة الفور على وجه تكون الفورية قيداً لها ، وإنّ الأعدار المزبورة كالمستثنى منها . ضرورة عدم دليل له لا على المستثنى ولا على المستثنى منه ، بل ذكره للأعدار المزبورة غير مشير إلى دليل مخصوص في شيء منها كالصريح فيما قلناه .

بل [المختار] [١] عدم وجوب الإشهاد على العذر [٢].
واللازم إحضار الثمن في استحقاق الأخذ بالشفعة وفي التملك بالقول أو الفعل].

[١] [كما] ذكر غير واحد من الأصحاب [ذلك].

[٢] بل في المسالك: « لا يجب ذلك عندنا »^(١) مشعراً بالإجماع عليه يشهد لذلك أيضاً ضرورة كون مبناه أنه مصدق في حصول العذر ، فلا يحتاج إلى الإشهاد .

وفي القواعد : « فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب ، فإن منعه مرض أو حبس باطل فليوكل إن لم يكن فيه مؤنة ومئة ثقيلة ، فإن لم يجد فليشهد ، فإن ترك الإشهاد فالأقرب عدم البطلان »^(٢).

وعلله في جامع المقاصد بـ « أن الحق قد ثبت ، والأصل بقاءه ، ولأن فائدة الإشهاد ثبوت العذر ، وهو ثبت بإقرار المشتري أو يمين الشفيع على نفي التقصير ، لأن الأصل معه : فلا أثر لتركه ، ولعموم دلائل الشفعة المتناولة لمحل النزاع »^(٣).

لكنه قد حكى فيه قولاً آخر بالسقوط ^(٤) بـ « أن الإشهاد قائم مقام العقب . فتركه بمنزلة تركه » ، ثم قال : « وفي المتقدمين منع »^(٥).

وكانه أشار بذلك إلى ما ذكره الفخر في محكي الإيضاح من أن الأصح البطلان إذا لم يشهد ؛ لأن الإشهاد قائم مقام الطلب ، فتركه كتركه وأن الترك أعم من أن يكون لعذر أو لا ، ولا يعلم الأول إلا بالإشهاد ، والشفعة على خلاف الأصل^(٥).

إلا أن ذلك كله لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرنا .

بل من التأمل فيه يعلم أنه لا تجتمع كلماتهم إلا على مدخلة إحضار الثمن في استحقاق الأخذ بالشفعة أو في التملك بالقول أو الفعل اقتضاراً فيما خالف الأصل على المتيقن .

ودعوى الاكتفاء بإطلاق ما دل على ثبوت الشفعة يدفعها ما عرفته سابقاً من أنه لا إطلاق يوثق به بعد قوله ^(٦) في بعضها : « بالثمن »^(٦) المحتمل لما سمعت ، وبعد ظهور أكثر الكلمات المذكورة - في بيان الأعداء وفي كيفية المبادرة - في خلاف ذلك وفي عدم الاكتفاء بالأخذ القولي .

بل في جامع المقاصد : « أن القوم مطبقون على وجوب السعي إلى المشتري ، والقائلون بالفور جعلوه على الفور »^(٧).

لكنه حكى عن التذكرة أنه قال فيها : « لو لم يتمكن من المضي إلى أحدهما أي المشتري أو القاضي ولا من الإشهاد فهل يؤمر أن يقول : تملك الشقص أو أخذته ؟ الأقرب ذلك ؛ لأن الواجب الطلب عند القاضي أو المشتري ، فإذا فات القيد لم يسقط الآخر ، وللشافعية وجهان »^(٨).

قلت : لا يخفى عليك ما فيه من عدم الدليل على وجوب القول المزبور ، بل الظاهر أنه لا أثر له كما عرفت .

وفي المحكي من بعض عباراتها أيضاً : « لا يشترط في تملك الشفيع الشفعة بالشقص حكم الحاكم ولا حضور

(١) المسالك ١٢ : ٦٢٠ . (٢) القواعد ٢ : ٢٥٧ .

(٣) (٤) جامع المقاصد ٦ : ٤٣٨ . (٥) الإيضاح ٢ : ٢١٨ .

(٦) مثل حسن الفتوى المتقدم في ص ١٥٤ . (٧) جامع المقاصد ٦ : ٤٣٩ .

(٨) التذكرة ١٢ : ٣٢٢ .

التمن أيضاً ولا حضور المشتري ولا رضاه عند علمائنا»^(١) ثم أخذ في الاحتجاج على ذلك وقال: «إن الأخذ بالشفعة كالدَّ بالعب لا يحتاج إلى حضور المشتري ورضاه»^(٢).

وقال أيضاً: «لو لم يمض إلى المشتري ومضى إلى الحاكم لم يكن مقصراً في الطلب»^(٣).

وقال فيها أيضاً: إن ذلك - أي حضور الشريك أو الحاكم أو العدلين - غير شرط عند أصحابنا^(٤).

إلى غير ذلك مما ذكر فيها مما هو غير منقح، وفيه احتمالات متعدّدة.

وكذا ما عن المبسوط فإنه قال في مقام: «إذا ثبت أن له المطالبة فهي على ما جرت العادة به، فمتى بلغه وجوب الشفعة سار إلى المطالبة على حسب العرف والعادة، فإن لم يكن مشغولاً بشيء قام من وقته، وإن كان مشغولاً بشيء كالصلاة والطهارة والأكل فحتى يفرغ. وإن كان وقت الصلاة قد دخل فحتى يؤذن ويقيم ويصلي، ويتطهر إن كان على غير طهر.

وإن كان البلاغ ليلاً فحتى يصبح، ولا يلزمه أن يجد بسيره بل يمشي على سجيّة مشيه، ولا يستعجل فيه وإن كان قادراً على العجلة. وإن كان ركباً فلا يركض ولا يعدو بل يسير على سجيّة مشيه، لأنّه هو العرف والعادة»^(٥).

وقال في مقام آخر: «إذا وجبت له الشفعة فسار إلى المطالبة على العادة قال قوم: إن أتى المشتري فطالبه فهو على شفّعته، وإن تركه ومضى إلى الحاكم فطالبه بها عنده فهو على شفّعته عند قوم، وقال قوم: تبطل شفّعته، فإن ترك الحاكم والمشتري معاً ومضى فأشهد على نفسه أنّه على المطالبة بطلت شفّعته وقال أبو حنيفة: لا تبطل، ويكون على المطالبة بها أبداً، وقال من خالفه: إنّ غلط، لأنّه ترك المطالبة بها مع القدرة عليها، وقول أبي حنيفة أقوى؛ لأنّه لا دليل على بطلانها»^(٦).

والغرض من نقل هذه العبارات بيان أنّ المبسوط والتذكرة لا وثوق بما يصدر من بعض العبارات فيهما، لأنّهما مساقان للبحث مع العامة فربما وقع فيهما ما يظنّ أنّه على مذهبنا، وهو بحث منهما مع العامة على أصولهم، وإلا فتحقيق الحال أنّه لا أثر في نصوصنا ولا في أصولنا لاعتبار حكم الحاكم أو حضوره في الأخذ بالشفعة، ولا للإشهاد بالنسبة إلى الصّحة ولا بالنسبة إلى إثبات ذلك أو إثبات العذر المانع له.

نعم قد سمعت الكلام في قوله إِلَّا: «فهو أحقّ بها من غيره بالتمن»^(٧).

وأما خبر ابن مهزيار^(٨) فليس فيه إلا انتظار ثلاثة أيام لمن كان في المصر بالنسبة إلى إحضار التمن، وأنّه إذا ادّعى غيبته في بلد آخر ينتظر مع ذلك مقدار ذهابه وإيابه.

(١) (٢) التذكرة ١٢: ٢٤٨، وفيه: «بالشفعة» بدل «الشفعة بالنقص».

(٣) التذكرة ١٢: ٣٢١. (٤) انظر التذكرة ١٢: ٢٤٧ - ٢٤٨.

(٥) المبسوط ٣: ١٠٨. (٦) المبسوط ٣: ١٥٦.

(٧) تقدّم في ص ١٥٤.

(٨) الوسائل ٢٥: ٤٠٦، ب ١٠ من الشفعة، ح ١.

[ولا يعتبر حكم الحاكم أو حضوره في الأخذ بالشفعة] نعم بناءً على ما ذكرناه من اعتبار إحصار الثمن في أصل استحقاق الأخذ بالشفعة أو في التملك لو فرض غيبة المشتري أو حصول مانع له من المواجهة معه ولا وكيل له فهل يقوم الحاكم مقامه فإن تعذر فالإشهاد أو لا يعتبر شيء من ذلك؟ [١] قد يحتمل الأول هنا. بل وكذا فيمن له الخيار وأراد الفسخ وإن كان الأقوى ما عرفته [٢].

[والمختار] [٣] أنه لو جهل استحقاق الشفعة فهو على شفعتها [٤].
وكذا الحال فيما لو علم ثبوتها وجهل فوريتها [٥]. بل وكذا الحال في النسيان [٦].
[ولا تسقط حق الشفعة بتقابل المتبايعين] [٧]؛ [لأن الاستحقاق] لها [حاصل بالعقد] [٨].

[١] كما هو مقتضى الأصول والقواعد وإطلاق نصوص الباب، فبقى حينئذٍ الشفعة لصاحبها بحاله مع عدم الإهمال منه.
[٢] ولعل إهمال الأصحاب ذكر الأعدار الحاصلة للشفيع بسبب المشتري اتكالا على ظهور الأمر وأنها أولى من الأعذار المتعلقة بالشفيع. فتأمل جيداً، فإن المسألة لا تخلو من تشويش، ومنه وقع الكركي فيما سمعت، والله العالم والهادي.
[٣] [إذ] لقد ظهر لك مما ذكرناه من الأصل المزبور [ذلك].
[٤] كما صرح به غير واحد؛ للإطلاق.

نعم قيده بعضهم بما إذا كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ في بزية لا يعرفون الأحكام^(١). مع أن الأصح خلافه؛ ضرورة عدم كون ذلك من الضروريات التي لا يعذر فيها إلا من كان كذلك.
[٥] ولكن في جامع المقاصد: «أن الظاهر السقوط»^(٢).

وفيه: أنه لا فرق بينه وبين الأول الذي اعترف فيه بعدم السقوط، كما هو الموافق لما ذكرناه من الأصل.
[٦] وإن تردد فيه في محكي التحرير^(٣)، بل قال بعض الناس: إن السقوط به؛ لأنه معذور^(٤). لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه الذي مرجعه الاقتصاد في سقوطها على إهمالها بعد التمكن منها من سائر الوجوه. وإن أطلق بعضهم على ذلك اعتبار الفورية فيها^(٥)، لكن المراد منه - بقرينة ما سمعت من الأعدار - ذلك، بل ستعرف تعبير المصنف عن ذلك بالمسقطات، والله العالم.

[٧] كما صرح به الشيخ وبنو البراج وحمزة وإدريس والفاضل وولده والشهيدان والكركي^(٦) وغيرهم على ما حكي عن بعضهم. بل لا أجد فيه خلافاً بينهم.

[٨] الذي صدق معه أن الشريك قد باع نصيبه، وهو عنوان ثبوتها في النص^(٧) والفتوى.

(١) التذكرة ١٢: ٣٢٥. (٢) جامع المقاصد ٦: ٤٠٤.

(٣) التحرير ٤: ٥٧٢. (٤) الدروس ٣: ٣٦٥. الروضة ٤: ٤٠٦.

(٥) القواعد ٢: ٢٥١.

(٦) المبسوط ٣: ١١١، ١٢٤، المذهب ١: ٤٥٥، الوسيطة ٢٥٩، السرائر ٢: ٣٩٤، التذكرة ١٢: ٢٣١، القواعد ٢: ٢٥٣، شرح الإرشاد: ١٧١

(مخطوط). الدروس ٣: ٣٧٢، المسالك ١٢: ٣٢١، جامع المقاصد ٦: ٤١٤.

(٧) انظر الوسائل ٢٥: ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٠٤، ب ٧ من الشفعة، ج ٢، ٣، ٤، ٧.

(فليس) حينئذٍ (للمتبايعين إسقاطه) بالإقالة.

نعم [١] حكم بصحتها مع وقوعها وترتب آثارها من النماء وغيره.

إلا أن للشفيع فسخا حينئذٍ باعتبار سبق حقه، فيكون حينئذٍ صحتها مراعى بعفو الشفيع، فإن حصل استمر وإلا انفسخ من حينه [٢].

[١] [إذ] لما كانت أدلة الإقالة مطلقة أيضاً شاملة للفرض [حكم بذلك].

[٢] لكن عن الشهيد في حواشيه أنه قال: «يفهم من فسخ الإقالة والرد أمران: الأول الفسخ مطلقاً بالنسبة إلى الجميع فتكون الإقالة والرد نسبياً منسياً. الثاني أنه بالنسبة إلى الشفيع خاصة، لأنهما مالكان حال التصرف، فيترتب أثر تصرفهما عليه. قال: وتظهر الفائدة في النماء، فعلى الأول نماء الثمن بعد الإقالة والرد للبائع، ونماء المبيع للمشتري، وعلى الثاني بالعكس»^(١).

وفي جامع المقاصد بعد أن حكى ذلك عنه قال: «أقول: إن الإقالة والرد يقتضيان الفسخ، والفسخ لا يتجزأ، فإما الصحة مطلقاً أو البطلان مطلقاً، وحيث كان حق الشفيع أسبق كان الوجه البطلان مطلقاً»^(٢).

قلت: لكن من حينه كما هي القاعدة في الفسوخ، وحينئذٍ يكون مختاره الشق الأول، لكن على الوجه الذي ذكره.

لا ماعسا يظهر من الشهيد من ارتفاع الإقالة والفسخ من أصلهما كما عساه يومئ إليه الثمرة المزبورة.

اللهم إلا أن يريد أن نماء الثمن بعد فسخ الإقالة يكون للبائع ونماء المبيع للمشتري، لا النماء المتخلل بين الإقالة وفسخ الشفيع؛ ضرورة أن مرجح ذلك حينئذٍ إلى عدم تأثير ما وقع من الإقالة والرد.

وهو - مع أنه ليس قولاً لأحدٍ منا، بل ولا من العامة عدا ما سمعته من ابن شريح، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه - منافع لإطلاق دليلهما الذي لا ينفيه تعلق حق الشفيع بعد أن تسلط به على الخيار.

إذ لا دليل على منافاة تعلق حقه لأصل صحتها على وجه لا يؤثر سببها، وإن كان قد يتوهم من نحو عبارة المتن، إلا أن صحيح النظر فيها وفيما تعقبها يقتضي خلافه، خصوصاً بعد تصريح الفاضل وغيره بأن للشفيع فسخ الإقالة والرد.

قال في القواعد: «فإن تقابل المتبايعان أو رد بعيب للشفيع فسخ الإقالة والرد، والدرك باقٍ على المشتري»^(٣). ونحوه غيره، بل أصرح منه.

بل قيل: إن الإجماع البسيط والمركب على عدم كون ذلك كالفضولي موقوف على الإجازة من الشفيع، وإلا كان باطلاً من أصله^(٤).

وهو كذلك، خصوصاً في مثل تصرف المشتري مثلاً بالوقف ونحوه فإن المحكي عن ابن شريح خاصة عدم صحة التصرف^(٥)، وقد أطبق العامة والخاصة على خلافه. وحينئذٍ فالمراد من قول المصنف وغيره [الدرك باقٍ على المشتري].

(١) الحاشية التجارية (موسوعة الشهيد الأول) ١٤: ٣٣٧ - ٣٣٨.

(٢) القواعد ٢: ٢٥٣.

(٣) جامع المقاصد ٦: ٤١٥.

(٤) فتح العزيز (المجموع) ١١: ٤٦٧.

(٥) مفتاح الكرامة ٦: ٣٧٤.

(و) [بعد فسخ الشفع الإقالة والرد بشفعته في الشقص يكون] (الدرك باق على المشتري) [١].

[١] أنه بعد فسخ الشفع الإقالة والرد بشفعته في الشقص يكون الدرك باقياً على المشتري ، لانفساخ الإقالة والرد السابقين .
لأن المراد مع فرض بقاء أثرهما من كون الشقص ملكاً للبائع للشفع أن يشفع به ، ويأخذه من ملك البائع بالتمن السابق على الإقالة ، ولكن الدرك يكون على المشتري ، لاستصحاب بقاءه .
وإن احتمله بعض الناس بل ادعى أنه الموافق لقواعد الباب وغيرها ومحكي الإجماع على أن الدرك على المشتري ^(١) .
وحينئذ فيجمع بين ما دل على بقاء الشفعة وعلى صحة الإقالة والرد وكون الدرك على المشتري .
ولا ينافي ذلك كون الأخذ حينئذ من البائع ، إذ ليس في نصوص الشفعة ما يقتضي اشتراط صحتها بكون الأخذ من المشتري .
بل صرح الفاضل بأخذ الشفع من البائع فيما إذا خُلف المتبايعان وتحالفاً ^(٢) .
بل في محكي الخلاف : أن الشفع يأخذ من البائع فيما إذا ادعى المالك البيع وأنكر المشتري وحلف ^(٣) .
إلا أنه مخالف لظاهر جماعة وصريح آخرين ، كالفاضل ^(٤) والكركي ^(٥) وثاني الشهيدين ^(٦) وغيرهم .
بل يمكن دعوى القطع بخلافه ، خصوصاً بملاحظة عدم الدليل على ضمان درك ما هو ملك الغير من دون سبب من أسباب الضمان .

وخصوصاً بملاحظة الإجماع بقسميه فضلاً عن ظاهر الأدلة على أخذ الشفع من المشتري بمعنى الانتقال من ملكه إليه .
نعم لعل الأولى من ذلك احتمال سقوط الشفعة من أصلها بناءً على ظهور قوله **لَا يُلْغَى** : « فهو أحق بها من غيره بالتمن » ^(٧) .
في عدم رد المبيع إلى المالك الذي هو الشريك الأول ، كما تسمعه ^(٨) عن المروزي في تصرف المشتري بوقف أو بيع أو نحوهما أو القول بعدم تأثير الإقالة ، باعتبار تعلق حق الشفع في العين نفسها على وجه يكون الدرك على المشتري ، ولا يكون ذلك إلا بعدم تأثير الإقالة والرد كما سمعته من ابن شريح .

إلا أنهما معاً يمكن دعوى الإجماع من المسلمين على خلافهما فضلاً عن غيره من الأدلة . وعلى كل حال فالاحتمال مع فرضه إنما هو بهذا المعنى ، لا أنهما مؤثران والشفع باق على شفعته ، فيأخذ من البائع ويكون مع ذلك الدرك على المشتري الذي قد زال شراؤه بالإقالة . بل مرجع ذلك إلى تبعض حكمها الذي أشار إليه الشهيد في أحد الوجهين السابقين . ولقد أطنب هنا بعض ^(٩) الناس بما لا يرجع إلى محصل ، بل لعل التأمل فيه يقضي بتناقض أطرافه ووسطه ، فضلاً عن مخالفته لإجماع المسلمين ، فضلاً عن الخاصة ، فالمتمجه حينئذ ما ذكرناه .

(١) (٩) انظر مفتاح الكرامة ٦ : ٣٧٤ . (٢) القواعد ٢ : ٢٥٣ .

(٣) نقله في مفتاح الكرامة ٦ : ٣٧٣ . انظر الخلاف ٣ : ٤٥١ - ٤٥٢ .

(٤) التحرير ٤ : ٥٧٦ .

(٥) جامع المقاصد ٦ : ٤١٦ .

(٦) المسالك ١٢ : ٣٢٣ .

(٧) تقدم في ص ١٥٤ . انظر التهذيب ٧ : ١٦٤ . ح ٧٢٨ .

(٨) يأتي في ص ٢٢٤ .

(نعم لو رضي) الشفيع (بالبيع) على وجه تسقط به شفعته (ثم تقايلا لم يكن له شفعة، لأنها) أي الإقالة (فسخ) كالرّد بالعيب (وليس بيعاً) [١].

وكيف كان فـ [المختار] [٢] أن تصرّف المشتري في الشقص قبل الأخذ الصحيح يترتب عليه الأثر [٣]. فيكون حينئذٍ حقّ تعلق الدين: بالتركة الذي لا يمنع الوارث من التصرف لو أَرادَه وإن تسلّط بعد ذلك على فسخه إن لم يدفع له الدين [٤].

[١] عندنا، خلافاً لأبي حنيفة^(١). وهو واضح البطلان كما تقدّم ذلك في محله.

لكن بقي شيء: وهو أنّ مقتضى ما سمعته من عبارة الفاضل السابقة مساواة حكم الرّد بالعيب للإقالة، بل هو المحكي أيضاً عن جميع من عرفت ممّن صرح بحكمها.

لكن قد يشكل بإمكان الفرق بينهما سبق حقّ الشفيع على ما وقع بينهما من الإقالة التي هي كالتصرّف من المشتري الذي ستعرف عدم سقوط الشفعة به، بخلاف الرّد بالعيب الثابت بنفس العقد الذي هو إن لم يكن أسبق من حقّ الشفعة باعتبار تأخره ولو ذاتاً عن تمام العقد - وإلا فهو مقارن، فلا ترجيح لحقّ الشفيع على حقّه.

اللهم إلا أن يقال: إنّ حقّ الرّد بالعيب إنّما يثبت حين العلم به، بخلاف حقّ الشفيع الثابت بتمام العقد.

ولكن قد يناقش بمنع اعتبار العلم في استحقاق الرّد به، بل هو ثابت بنفس العقد.

ولكن لا يحصل له الأخذ بحقه إن شاء إلا بعد العلم به.

ومن هنا صرح غير واحد باقتران الحقيقتين وتساويهما في الثبوت إلا أنّه ادّعى تقديم حقّ الشفيع على حقّ المشتري، باعتبار أنّ الثمن حاصل له من الشفيع، فلا ضرر عليه.

ولكنه كما ترى إن لم يكن إجماعاً بإمكان منع الاقتران أولاً؛ ضرورة تأخر حقّ الشفعة عن تمام العقد، ولذا كان حقّ البائع مقدّماً على حقّ الشفيع إذا كان له الخيار بالاشتراط في العقد مثلاً، فيفسخ ويرجع المال إليه وإن شفع الشفيع به.

وبإمكان منع الترجيح ثانياً بعدم انحصار الأمر في الثمن، إذ الدرك عليه، وهو ضرر آخر عليه.

مضافاً إلى ما عرفته سابقاً من عدم صلاحية مثل ذلك لإسقاط حقّ اقتضاه الدليل، فليس حينئذٍ إلا الإجماع إن تمّ.

كما أنّه ليس لما ذكره سابقاً من سقوط خيار المشتري بالشفعة - بخلاف خيار البائع - إلا الإجماع إن تمّ، وإلا فالمنجّه بقاؤهما معاً وسقوط الشفعة لسبق تعلق حقّهما عليه، فتأمل جيّداً.

[٢] [ب] خلافاً لأجده بيننا فيه [هـ].

[٣] لإطلاق الأدلة السالم عن معارضة تعلق حقّ الشفيع بعد أن لم يكن دليل يقتضي أنّ مثله مانع من التصرف - كحقّ الرهانة - إلا القياس الممنوع عندنا.

[٤] بل لا خلاف أجده في ذلك أيضاً بين العامة إلا ما يحكي عن ابن شريح^(٢) منهم فقامس تعلق الحقّ المزبور على حقّ الرهانة، وهو كما ترى.

نعم لا يبطل ذلك حقّ الشفيع [١].

لكن تصرّف المشتري يقع على نوعين: أحدهما ما تثبت فيه الشفعة أيضاً كالبيع (و) ثانيهما ما ليس كذلك فإن كان الأول كما (لو باع المشتري كان للشفيع فسخ البيع والأخذ من المشتري الأول، وله أن يأخذ من الثاني) [٢]. (وكذا) لو زادت العقود عن الاثنين فإن أخذ بالشراء الأول دفع الثمن وبطل المتأخر مطلقاً، وإن أخذ بالآخر أخذ بثمنه وصحّ السابق مطلقاً، لأن الرضا به يستلزم الرضا بما سبق عليه. وإن أخذ بالمتوسط أخذ بثمنه وصحّ ما تقدّمه وبطل ما تأخر عنه.

فلو باعه المشتري بعشرة فباعه الآخر بعشرين فباعه الآخر أيضاً بثلاثين فإن أخذ من الأول دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلاثين والثاني على الأول بعشرين [٣]. ولو أخذ من الثاني صحّ الأول ودفع عشرين وبطل الثالث، فيرجع بثلاثين، ولو أخذ من الثالث صحّت العقود ودفع ثلاثين، كما هو واضح. نعم ينبغي أن يعلم أنّ فسخه يكون بشفيعته [٤]. ويكون انتقاله حينئذٍ إلى المشتري والشفعة به من الترتّب الذاتي.

بل لا يبعد القول بعدم أثر لقوله: «فسخت» متقدّماً على الشفعة [٥].

بل لا يبعد بطلان الشفعة حينئذٍ بناءً على منافاة مثل ذلك لفوريّتها [٦].

وإن كان الثاني [بأن لا يكون تصرف المشتري على نحو تثبت فيه الشفعة كالبيع] كما (لو وقفه المشتري أو جعله مسجداً للشفيع إزالة ذلك كله وأخذه بالشفعة) [٧].

ومّا ذكرنا يظهر لك الحال فيما لو كان قد وهبه المشتري بعوض أو غير عوض هبة جائزة أو لازمة؛ ضرورة كونه كغيره من التصرفات التي للشفيع فسخها والأخذ من المشتري بالثمن الذي أخذ به، فيملكه هو حينئذٍ دون

[١] بلا خلاف أجده أيضاً بيننا - لسبق تعلّقه وإطلاق ما دلّ على ثبوته - بل ولا بين العامة أيضاً إلا ما يحكى عن المروزي^(١) منهم من سقوطها حينئذٍ، وهو واضح الضعف عندنا وعندهم.

[٢] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل ولا إشكال؛ لأنّ كلّ منهما سبب تامّ في ثبوت الشفعة، فالتعيين إلى اختياره.

[٣] لأنّ الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده وكذا الثاني.

[٤] لأنّه هو الثابت له من الأدلة.

[٥] لعدم الدليل عليه.

[٦] كما تسمعه من بعضهم في مثل ذلك.

[٧] بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل ولا إشكال؛ لسبق حقّه، بل عن المبسوط الإجماع على أنّ له نقض المسجد - إن كان قد بناه مسجداً - أخذه بالشفعة^(٢). فما عن بعض العامة من عدم جواز نقض الوقف^(٣) واضح الضعف، نحو ما سمعته سابقاً من بعضهم من عدم جواز مطلق التصرّف للمشتري، وآخر من سقوط الشفعة مطلقاً.

(١) فتح العزيز (المجموع) ١١: ٤٦٧ - ٤٦٨. (٢) المبسوط ٣: ١٤٠.

(٣) بدائع الصنائع ٥: ٢٢. المغني (لابن قدامة) ٥: ٥٠٠.

الموهوب الذي قد انفسخت هبته وصار الدرك على الواهب الذي هو المشتري، لامتناع صحّة الهبة مع ذلك [١].
 (و) كيف كان فـ [المختار] [٢] أنّ الشفيع يأخذ من المشتري [٣].
 (و) حينئذ يكون (دركه عليه) [٤].
 (و) على الأخذ من المشتري فـ (لا يأخذ من البائع) بمعنى الانتقال إليه من البائع الذي انقطع سلطانه عن

[١] كما صرح به غير واحد، بل لا أجد فيه خلافاً بينهم. لكن في قواعد الفاضل: «والثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمة، وإلا فإنكالك، فإن قلنا به رجح المتهب بما دفعه عوضاً، وإلا تخير بينه وبين الثمن»^(١). وهو كما ترى منافٍ لما عرفت وإن وجه كلامه الأول بـ «أنّ للواهب أن يرجع في أصل الهبة، فله أن يرجع في ثمن الموهوب»^(٢)، ومقتضاه أنّه إن لم يرجع يكون الثمن للمتهب. وفيه - مع أنّ مقتضاه أيضاً أن لا يكون إشكال في كون الثمن للمتهب إذا كانت لازمة - : أنّ ذلك لا يتمّ إلا على تقدير كون الأخذ بالشفعة غير مبطل للهبة، وقد عرفت سابقاً أنّ الأخذ إنما يكون بالبائع السابق الذي يتمتع معه الحكم بصحة التصرف اللاحق، كما اعترف به هو سابقاً في البيوع المترتبة. مضافاً إلى معلومية منافية كون الأخذ من المشتري والدرك عليه، لبقاء الهبة وثبوت ملك المتهب. ونحوه يجري أيضاً فيما ذكره من الإشكال الذي قيل: «إنه ينشأ من بطلان الهبة بالأخذ بالشفعة لسبق حق الشفيع. ومن إمكان الجمع بين الحقين، وحق الشفيع إنما هو في العين، ولا فائدة له في إبطال الهبة من رأس، فأخذها وتبقى الهبة بحالها، ويكون المراد من الإبطال إبطال اختصاص المتهب بالعين، لا إبطال أصل الهبة»^(٣). إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه من أنّ الشفيع إنما يأخذ بالبيع الأول من المشتري الذي يكون الدرك عليه والثمن حق له، فليس حينئذ إلا إبطال الهبة ورجوع الأمر كما كان قبلها. ودعوى انفساخها في حق الشفيع خاصة دون الآخر يدفعها: أنّ مقتضاها زوال الدرك عن المشتري حينئذ على أنّ الفسخ لا يقبل التجزؤ. كما أنّ دعوى احتمال كون الدرك عقوبة للمشتري وإن لم يعد الملك له - والتجزؤ بالنسبة إلى الأحكام - لا ينبغي أن يصغى إليها، إذ هي مجرد تهجس في مقابلة الأدلة الشرعية. ومن الغريب بعد ذلك ما في الإيضاح من اختيار كون الثمن للمتهب في اللازمة^(٤). وما عن حواشي الشهيد من أنّ المنقول أنّ الهبة إن كانت لازمة يكون الثمن للموهوب له مطلقاً، وكذا إن تصرف؛ لأنها قد صارت لازمة^(٥)؛ إذ لم نعرفه قولاً لأحد من أصحابنا، بل صريح كلامهم خلافاً كما لا يخفى. ومن ذلك يظهر لك ضعف ما فزع الفاضل بقوله: «فإن... إلى آخره» الذي معناه أنّه إن قلنا بكون الثمن للواهب فإن كان المتهب قد دفع عوضاً للهبة فقد فات المعوض فيرجع به، وإن قلنا بأنّه للمتهب تخير بين العوض - بأن يفسخ الهبة لقوات العين فيرجع به - وبين بقائها فأخذ الثمن، لأنّه حقه، إذ الفرض لزومها من طرف الواهب. إلا أنّ ذلك - كلّ كما ترى - لا ينبغي أن يسطر، ولعلّه من خرافات العامة، والله العالم.

[٢] [كما] لا إشكال لا خلاف في [ذلك].

[٣] لأنّه المتيقّن من أدلة الشفعة إن لم يكن المنساق، خصوصاً نحو قوله عليه السلام: «فهو أحقّ بها من غيره بالثمن»^(٦).

[٣] بلا خلاف أجده فيه أيضاً، بل عن الغنية والسرائر الإجماع على ذلك^(٧).

(١) القواعد ٢: ٢٥٣. (٢) (٣) انظر مفتاح الكرامة ٦: ٣٧٢ - ٣٧٣.

(٤) الإيضاح ٢: ٢١١. (٥) نقله في مفتاح الكرامة ٦: ٣٧٣.

(٦) التهذيب ٧: ١٦٤، ح ٧٢٨. الوسائل ٢٥: ٣٩٦، ب ٢ من الشفعة، ح ١.

(٧) الغنية: ٢٣٧. السرائر ٢: ٣٩٠.

العين بالبيع منه وصار للمشتري . و (لكن لو) فرض أنَّ الشفيع (طالب) بشفعته (و) كان (الشقص في يد البائع قيل له : خذه من البائع أو دعه ^(١)) [١] .

(ولا يكلف المشتري القبض من البائع مع امتناعه ولو ^(٢) التمس ذلك الشفيع) [ويقوم قبضه مقام قبض المشتري] [٢] . (و) ذلك لأنَّه (يقوم قبض الشفيع مقام قبضه) .

(و) حينئذٍ (يكون الدرك مع ذلك على المشتري) وإن قبضه الشفيع من البائع [٣] . بل لعلَّ المتَّجه عدم إلزام المشتري بتحصيله من البائع لو فرض عصيانه به . وليس للشفيع منع الثمن - الذي رضي المشتري ببقائه في ذمته عند أخذه بالشفعة عليه - حتى يسلمه الشقص [٣] .

(و) على كلِّ حال فـ (ليس للشفيع فسخ البيع) الواقع بين الشريك والمشتري ولو بالإقالة عن تراضٍ بينه وبين البائع [٤] .

(و) حينئذٍ فـ (لو نوى الفسخ والأخذ من البائع لم يصح) ولم يترتب عليه أثر وإن كان الشقص في يد البائع وقبضه الشفيع من يده [٥] . بل قد يقال: بحصول ملك الشقص له بقصد تملكه وإن غلط بقصد كونه من البائع [٦] .

[١] كما صرح به غير واحد .

[٢] بلا خلاف أجدّه فيه وإن قال في الكفاية : إنّه المشهور ^(٣) مشعراً بوجود مخالف . لكن لم أتحقّقه . نعم يحكى عن الشافعية قول بأنَّ له أن يكلفه ذلك ؛ لأنَّ الشفيع بمنزلة المشتري من المشتري ^(٤) . وفيه منع واضح ؛ ضرورة عدم دليل على وجوب ذلك ، خصوصاً بعد كون الأخذ منه قهراً بلا معاوضة وتراضٍ بينهما وإنما الواجب عليه رفع يده عنه وكلّ مانع من جهته ؛ لأنَّ الشقص بالشفعة صار ملكاً للشفيع ، يأخذه أينما وجده من هو في يده ، ولا حقّ له على المشتري بحيث يكلفه قبضه حتّى يقبضه منه ، خصوصاً بعد أن لم يكن لذلك ثمرة .

[٢] لما عرفت من أنَّ الأخذ وانتقال الملك إليه منه .

[٣] لعدم المعاوضة بينهما الموجبة للتقاض ، كما عرفته سابقاً .

[٤] بلا خلاف أجدّه فيه ، بل ولا إشكال ؛ لأصالة لزومه وانحصار حقه في الأخذ من المشتري . بل قيل : « لو اشتغل بالفسخ بعد علمه بالحال بطلت شفيعته . لمنافاة مثله للقورية » ^(٥) وإن كان فيه ما فيه .

[٥] لما عرفت من عدم حقّ له في الفسخ ولو بالإقالة ، فلا يتصور أخذه من البائع بمعنى انتقاله منه إليه ؛ ضرورة كونه ملكاً للمشتري . بل قيل : « تبطل شفيعته حينئذٍ لمنافاته للقورية » ^(٦) ، وإن عرفت أنّه لا يخلو من نظر .

[٦] إذ لا دليل على اعتبار قصد الانتقال من المشتري أو عدم قصد كونه من البائع ، وإنما الثابت من الأدلة انتقاله من المشتري إليه ، لا أنَّ المعبر في الشفعة قصد ذلك ، فيكفي قصد تملك الشقص بالثمن ؛ لصديق الأخذ بالشفعة حينئذٍ . ولعلَّ ذلك غير منافي لما في المتن وغيره من عدم صحة ذلك لو نواه ؛ ضرورة إرادة عدم ترتب أثر لذلك عليه ، لا أنَّ أخذه بالشفعة حينئذٍ باطل .

[والمختار] [١] أن المعتبر في الشفعة قصد تملك الشقص بالثمن من دون ملاحظة كونه من المشتري أو البائع وإن كان هو شرعاً ينتقل إليه من المشتري فتأمل جيداً، فإنه ربما دق، والله العالم .
(ولو انهدم المبيع أو غاب فإن كان بغير فعل المشتري) بل بأفة سماوية قبل المطالبة أو بعدها (أو بفعله قبل مطالبة الشفيع) بالشفعة (فهو بالخيار بين الأخذ بكل الثمن أو الترك) [٢].

[١] [إذ] من ذلك [= مما تقدم] يعلم [ذلك].
[٢] وفاقاً للمشهور، بل عن الغنية الإجماع عليه^(١)، وهو الحجة .
مضافاً إلى مرسل ابن محبوب السابق^(٢).
وقوله إِنَّمَا في حسن الغنوي: «فهو أحق بها من غيره بالثمن»^(٣).
وأصالة عدم الضمان حتى لو كان بفعله؛ ضرورة أنه تصرف في ملكه تصرفاً سائناً، فلا يكون مضموناً عليه والفائت لا يقابل بشيء من الثمن، فلا يستحق الشفيع في مقابلته شيئاً، كما لو تعيب في يد البائع فإن المشتري يتخير بين الفسخ والإمضاء .
لكن في جامع المقاصد بعد أن جعل الصور أربعة: والأولى منها ما كان ذلك بفعل المشتري قبل المطالبة، واقتصر في الاستدلال لها بالأخير .

قال: «وفيه نظر؛ لأن المشتري وإن تصرف في ملكه إلا أن حق الشفيع قد تعلق به، فيكون ما فات منه محسوباً كما يحسب عليه عين المبيع، ولا استبعاد في تضمين المالك ما يجني على ملكه إذا تعلق به حق الغير، كالرهن إذا جنى عليه الراهن، وقد سبق في كتاب البيع وجوب الارش على البائع إذا تعيب المبيع في يده، فينبغي أن يكون هناك ذلك، وقد نبه كلام المصنف في التذكرة على ذلك»^(٤).

ثم قال: «الثانية والثالثة أن يكون ذلك بغير فعل المشتري مطلقاً أي سواء طالب الشفيع بالشفعة أم لا، فإنه لا شيء على المشتري بل يتخير الشفيع بين الأخذ بمجموع الثمن والترك. وتقريبه مع ما سبق أن ذلك ليس بفعل المشتري، وملكه غير مضمون عليه، وجوابه جوابه مع النقض بما إذا تلف بعض المبيع. والذي يقتضيه النظر ثبوت الارش في صورتين أيضاً. وكلام المصنف في التذكرة مطابق لذلك، فإنه فرض المسألة فيما إذا تعيب الشقص من غير تلف شيء من العين من غير تقييد بكون ذلك بفعل المشتري، وكونه بعد المطالبة وعدمه» .

ثم حكى قول بعض الأصحاب بوجوب الارش بمثل هذا التعيب في المبيع لو كان في يد البائع، ثم قال: «فينبغي أن يكون هناك ذلك، وهو متجه»^(٥).

قلت: لا يخفى عليك ما في ذلك من منافاته لما سمعت من المرسل^(٦) المنجر بما عرفت والإجماع المحكي المؤيد بالحسن المزبور^(٧).

(١) الغنية: ٢٣٨. (٢) تقدم في ص ٢١٣.

(٣) التهذيب ٧: ١٦٤، ح ٧٢٨. الوسائل ٢٥: ٣٩٦، ب ٢ من الشفعة، ح ١.

(٤) جامع المقاصد ٦: ٤١٨. (٥) جامع المقاصد ٦: ٤١٨.

(٦) الوسائل ٢٥: ٤٠٥، ب ٩ من الشفعة، ح ١. (٧) الوسائل ٢٥: ٣٩٦، ب ٢ من الشفعة، ح ١.

وأصالة عدم الضمان التي منها يعلم الفرق بين المقام وبين المبيع في يد البائع المعلوم ضمانه عليه بدليله .
 بل يمكن دعوى إجماع الأصحاب على خلافه في الجملة ، فإني لم أجد من وافقه على تمام ما ذكره حتى الفاضل في التذكرة .
 قال فيها : « إذا اشترى شقصاً من دار فانهدمت إما بفعل المشتري أو بغير فعله فلها أحوال : الأول أن تتعيب من غير تلف شيء ولا انفصال بعضها عن بعض ، بأن يتشقق جدارها أو تميل اسطوانتها أو ينكسر جذعها أو يضطرب سقفها ، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بكل الثمن وبين الترك ، ويكون تعيبه في يد المشتري كتعيب المبيع في يد البائع ، فإنه يخير بين الفسخ وبين الأخذ بجميع الثمن عند بعض علمائنا ، وبه قال الشافعي ، وعند بعضهم لا يسقط الأرض فينبغي أن يكون هنا كذلك »^(١) .

وهي كما ترى لا صراحة فيها ، بل ولا ظهور ، بل ظاهرها موافقة المشهور ، وقوله : « فينبغي » من تمة القول الذي حكاه .
 نعم في الخلاف كما في المختلف : « إن كان ذلك بأمر سماوي فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك وإن كان بفعل آدمي كان له أن يأخذ العرصة بحصتها من الثمن »^(٢) .

بناءً على شمول « الآدمي » للمشتري فيه ، فيكون بإطلاقه موافقاً له في بعض الصور .

وهو - مع أنه لم يفرق فيه بين المطالبة وغيرها - .

يمكن أن يكون مراده عدم دخول الأنقاض بالشفعة ، لصيرورتها منقولة حينئذٍ بالانهدام ، فيأخذ العرصة حينئذٍ خاصة بما يخصها من الثمن .

كما هو المحكي عن أحد قولي الشافعي^(٣) وهذه مسألة أخرى غير ما نحن فيه .

كل ذلك مع أن قوله : « حق الشفع متعلق به » إن أراد حق المطالبة فمسلّم ، ولكن بمجرّده لا يوجب الضمان على المشتري ، فلا بد من دليل يقطع الأصل ، والقياس على الرهن ليس من مذهبننا .

و ضمان المبيع في يد البائع - مع أنه خارج عما نحن فيه ؛ لأنه ملك المشتري دون البائع - مستند لدليله من قوله بإشعاره : « كل مبيع »^(٤) وغيره كما تقدّم في محله .

وإن أراد به الملكية فممنوع ، إذ لا ملك قبل الأخذ ، بل لو قلنا به فلا ضمان أيضاً إذا كان بأفة سماوية للأصل .

خصوصاً إذا لم يقبضه المشتري ؛ إذ لا موجب لضمّانه ولو قلنا بكونه ملكاً للشفيع ، خصوصاً بعد ما ذكرناه من أن الأخذ بالشفعة ليس من المعاضات .

واستبعاد جواز ذلك للمشتري لتمكّنه حينئذٍ من عدم رغبة الشفع فيه باهدامه وتعيبه لا يرجع إلى محصل على وجه يكون دليلاً شرعياً موافقاً لأصول الإمامية وقواعدهم ، والله العالم .

(١) التذكرة : ١٢ : ٢٦٤ - ٢٦٥ .

(٢) الخلاف : ٣ : ٤٣٧ - ٤٣٨ . المختلف : ٥ : ٣٥٥ .

(٣) فتح العزيز (المجموع) : ١١ : ٤٥٣ .

(٤) المستدرک : ١٣ : ٣٠٣ ، ب ٩ من الخيار ، ح ١ .

(و) على كل حال فـ (الانقراض للشفيع باقية كانت في المبيع أو منقولة عنه) [١]. (لأن لها نصيباً من الثمن) الذي يأخذ به الشفيع، فلا يلزم بدفع الثمن لما عداها [٢].

(وإن كان العيب بفعل المشتري بعد المطالبة) بالشفعة (ضمنها المشتري) [٣].

بل لا ينبغي الإشكال فيه بناءً على إرادة الأخذ من المطالبة، ضرورة صبرورته حينئذٍ ملكاً للشفيع، فيضمنه المشتري بغيره بتعيّبه.

أما لو أريد من المطالبة إرادة الأخذ بالشفعة كما هو مقتضى قوله: (وقيل: لا يضمنها؛ لأنه لا يملك بنفس المطالبة بل بالأخذ) فهو مشكل إن لم يكن إجماعاً وإن قال المصنف [٤]. والأول أشبه [٥].

[١] بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل في المسالك^(١) ما يشعر بالإجماع عليه.

نعم قد سمعت^(٢) ما احتملناه في عبارة الخلاف ويحكى عن الشافعي في أحد قوليه أخذ العرصة خاصة بتمام الثمن في وجه أو بما يخصها في آخر^(٣).

ولا ريب في أن الأصح ما ذكره المشهور؛ لتعلق الحق بها غير منقولة [لذلك].

[٢] لما فيه من الضرر ودفع ما يخض العرصة خاصة منافٍ لقوله لَا يَلِيَّ: «فهو أحق بها بالثمن»^(٤) فتأمل جيداً.

[٣] على المشهور المحكي في كلام جماعة، بل عن الغنية الإجماع عليه مع العلم بالمطالبة^(٥).

[٤] وغيره.

[٥] ضرورة عدم موجب للضمان.

وما في الإيضاح^(٦) وجامع المقاصد^(٧) من توجيهه بأن الشفيع استحق بالمطالبة أخذ المبيع كاملاً أو تعلق حقه به فإذا نقص بفعل المشتري ضمنه له كما ترى، بل مقتضاه الضمان في غير هذه الصورة حينئذٍ التي اعترفوا فيها بعدمه.

لأن استحقاق الشفيع لم يثبت بالمطالبة بل بالبيع، وإذا كان مضموناً عليه للشفيع فلا فرق بين أن يكون ذلك بفعل المشتري أو غيره.

وكيف كان فقد حكى الخلاف في ذلك عن الشيخ^(٨) وأنه إليه أشار المصنف بالقليل.

وقد سمعت عبارته في الخلاف الخالية عن ذكر المطالبة وعدمها.

(١) المسالك ١٢: ٣٢٥.

(٢) تقدم في ص ٢٢٨.

(٣) روضة الطالبين ٥: ٨٩.

(٤) الوسائل ٢٥: ٣٩٦، ب ٢ من الشفعة، ح ١.

(٥) الغنية: ٢٣٨.

(٦) الإيضاح ٢: ٢١٢ - ٢١٣.

(٧) المقاصد ٦: ٤١٩.

(٨) استظهره في المسالك ١٢: ٣٢٦.

وأما المبسوط فقال ما نصّه : « إذا اشترى شقصاً فوجب للشفيع فيه الشفعة فأصابه نقص أو هدم قبل أن يأخذ الشفيع بالشفعة فهو بالخيار بين أن يأخذها ناقصاً بكلّ الثمن أو يدع ، سواء في ذلك كان هدمها المشتري أو غيره أو انهدم من غير فعل أحد ، وكذلك إن احترق بعضهما ، أو كانت أرضاً فغرق بعضها ، فللشفيع أن يأخذ ما يبقى بجميع الثمن أو يدع ، لأنّه إن هلك بأمر سماوي فما قرط فيه ، وإن هدمه هو فإنما هدم ملك نفسه ، وإذا أخذه بالشفعة أخذ ما اتصل به وما انفصل عنه من آلاته ، لأنّه جميع المبيع .

وقيل : إنّه بالخيار بين أن يأخذ الموجود بما يخصّه من الثمن أو يدع ، والذي يقوى في نفسي أنّها إذا انهدمت وكانت آلاتها باقية فإنّه يأخذها وآلاتها بجميع الثمن أو يتركها ، وإن كان قد استعمل آلاتها المشتري أخذ العرصة بالقيمة ، وإن احترقت أخذ العرصة بجميع الثمن أو يترك » ^(١) .

ونحوه عن جامع الشرائع ^(٢) .

ولعل نسبة الخلاف إليه باعتبار عدم ذكره المطالبة ، بل جعل العنوان « عدم أخذ الشفيع بالشفعة طالب أو لم يطالب » . فبناءً على إرادة غير الأخذ من المطالبة في كلامهم يكون مخالفاً وإلا فلا ، حتّى لو قيل بالملك بها دونه ؛ ضرورة كونه خلافاً فيما يحصل به الملك ، وإلا فالمفروض في كلامه قبل حصول الملك للشفيع .

نعم ظاهرة التفصيل في خصوص تلف البعض بين أن يكون بفعله وبين أن يكون بالآفة ، فالأوّل يأخذه بما يخصّه من الثمن ، لأنّ ذلك هو المراد من القيمة ولو بقرينة ما بعده ، والثاني يأخذه بالثمن ، ومرجعه إلى ما سمعته ^(٣) من ظاهر الخلاف .

وأما عبارته في النهاية فهي : « والغائب إذا قدم وطالب بالشفعة كان له ذلك ، ووجب عليه أن يرّد مثل ما وزن من الثمن من غير زيادة ولا نقصان ، فإن كان المبيع قد هلك بآفة من جهة الله أو من جهة غير جهة المشتري أو هلك بعضه بشيء من ذلك لم يكن له أن ينقص من الثمن بمقدار ما هلك من المبيع ، ولزمه توفية الثمن على الكمال ، فإن امتنع من ذلك بطلت شفاعته » ^(٤) وهي كما ترى أجنبية عن ذلك .

وعلى كلّ حال فظاھر في الكتب الثلاثة عدم الفرق بين فوات الجزء والوصف إذا كان بالآفة . وهو لا يخلو من قوّة . بل لعل المرسل المزبور ^(٥) [أي مرسل ابن محبوب] دالّ على ذلك ، خصوصاً مع ملاحظة كون المفروض فيه أنّ السيل خارق ، وهو مستلزم لذهاب بعض الأنقاض ، خصوصاً إذا كانت من اللبن ونحوه مما يذهب بالسيل .

بل قد يقال : إنّ قوله لَا يَبْقَى فِيهِ : « ليس له » ^(٦) إلى آخره مطلق لا يختصّ بخصوص مورد السؤال ، فيشمل حينئذٍ صورة إتلاف

(١) المبسوط ٣ : ١١٦ ، وفيه : « بعضها ، بدل « بعضهما » .

(٢) الجامع للشرائع : ٢٧٩ .

(٣) تقدّم في ص ٢٢٨ .

(٤) النهاية : ٤٢٦ .

(٥) تقدّم في ص ٢١٣ .

(٦) أي في المرسل .

- [والقول بعدم الفرق بين فوات الجزء والوصف إذا كان بالآفة لا يخلو من قوة].
[وقد يقال بعدم الفرق بين وقوع ذلك بالآفة أو إتلاف المشتري وبفعله].
[فلا يضمن المشتري، سواء كان النقص بفعله أو بآفة].

المشتري أيضاً بإحراق ونحوه.

بل لعل قوله لَا يَلِي: «فهو أحق بها من غيره بالثمن»^(١) يقتضي ذلك أيضاً؛ ضرورة كون المراد منه بيان أحقية الشفع من غيره بجميع الثمن، تلف بعضه أو لا.

وليس المراد منه بين أحقيته في الكل بالكل وفي البعض بالبعض، وإلا لجاز للشفيع التبعيض اختياراً، وهو معلوم بعدم. وكذا لا دليل على كون التلف في يد المشتري بفعله أو بآفة من ضمانه كما ورد مثله في المبيع.

على أنه لا ضرر ولا ظلم على الشفع بعد عدم إلزامه بذلك، بل إن شاء أخذ وإن شاء ترك، ولا أقل من أن يكون ذلك هو المتيقن من مشروعية الشفعة التي عرفت مخالفتها للأصل، على أنه لو كان ذلك من ضمانه لآتجه كون الهدم ونحوه أيضاً من ضمانه. ودعوى عدم مقابلة ذلك بالثمن واضحة الفساد، خصوصاً بعد ملاحظة المقابلة لو تعيب المبيع في يد البائع، بل وفي يد المشتري في زمن خياره المضمون أيضاً على البائع. وفيما لو اشتراه فوجده معيباً وإن ذهب بعض^(٢) الأصحاب في الأول إلى التخيير بين الأخذ بتمام الثمن والترك. ولكنه قول مرغوب عنه.

وبذلك يظهر لك النظر فيما وقع من الفاضل والشهيد والكركي^(٣) وغيرهم من ضمان المشتري لو كان التالف بعض أجزاء المبيع التي تقابل بالثمن، سواء كان بآفة سماوية أو بفعله قبل المطالبة أو بعدها، بل ظاهر بعضهم^(٤) المفروغية من ذلك. ولذا فرض محل الكلام - في الصور الثلاثة السابقة - فيما إذا انهدم أو تعيب مع عدم تلف شيء من أجزاء المبيع التي تقابل بالثمن، وجعل الخلاف في خصوص ما إذا كان بفعل المشتري بعد المطالبة، مع أن جملة من عبارات الأصحاب - كعبارة المصنف هنا وفي النافع^(٥) - مطلقة لا أثر فيها لاستثناء خصوص ما لو تلف بعض الأجزاء الذي هو غالب للانهدام المفروض في عباراتهم. ولقد أجاد في الرياض حيث إنه - بعد ذكر الكلام في الصور الثلاثة - قال: «ثم إن الحكم بعدم الضمان على المشتري حيث توجه إنما هو إذا لم يتلف من الشقص شيء يقابل بشيء من الثمن، وإلا قيل: ضمن بحصته من الثمن على الأشهر، قيل: لأن إيجاب دفع الثمن في مقابلة بعض المبيع ظلم، وفيه نظر، ولذا أطلق الحكم في العبارة هنا وفي المبسوط وغيرهما، ومع ذلك يدفعه إطلاق ما مر من الخبر فتأمل»^(٦).

وكأنه أشار إلى ما ذكرناه من إطلاق المرسل المزبور^(٧) الذي لا إشكال في شموله لتلف بعض الأجزاء بالسبيل إن لم يكن ظاهراً فيه. ويكفي ذلك في الدلالة على المطلوب بعد الإتمام بعدم القول بالفصل.

(١) تقدّم في ص ١٥٤ في حسن الفتوى.

(٢) انظر مفتاح الكرامة ٦: ٣٧٨.

(٣) القواعد ٢: ٢٥٤. الدروس ٣: ٣٧٢. المسالك ١٢: ٣٢٦. جامع المقاصد ٦: ٤٢٠.

(٤) انظر المسالك ١٢: ٣٢٤ - ٣٢٦.

(٥) المختصر النافع: ٢٥٨.

(٦) الرياض ١٢: ٣٣٢.

(٧) تقدّم في ص ٢١٣.

فيتجه حينئذٍ عدم ضمان المشتري مطلقاً من غير فرق بين تلف بعض المبيع وغيره وبين كون ذلك بأفة أو بفعل المشتري قبل المطالبة - بمعنى إرادة الأخذ بالشفعة على وجه لا ينافي الفورية ولو لوجود عذر - وبعدها [١]. (ولو غرس المشتري أو بنى) على وجه لا يكون ظالماً في ذلك بأن قسمه مع الشفيع غير مخبر له بالشراء بل بإظهار الوكالة عن البائع فيها أو بغير ذلك (فطالب الشفيع بحقه) بمعنى أنه أخذ بالشفعة (فإن رضي المشتري بقلع غراسه أو بنائه فله ذلك) [٢].

من غير حاجة إلى استئذان الشفيع وإن صارت الأرض ملكاً له، إذ هو ملكه، وله إزالته عن المكان المزبور، بل هو كتفريغ المبيع للمشتري.

(و) من هنا (لا يجب) عليه (إصلاح الأرض) بطم الحفر مثلاً [٣].

[١] اللهم إلا أن يكون إجماعاً كما عساه يتخيل في خصوص إتلاف المشتري بعض أجزاء المبيع دون غيره؛ لعدم قائل بعدم الضمان فيه.

ولكن قد عرفت إطلاق المصنف وغيره ممن لم يتعرض فيه لذكر بعض الأجزاء.

وأما إجماع الغنية^(١) أيضاً في التعيب بفعله بعد المطالبة فلم تتحقق؛ لأننا لم نتحقق المراد بها هنا في كلامهم هل هي الأخذ بالشفعة أو إرادة ذلك على وجه لا ينافي الفورية، فإن كان الأول فلا ينبغي الخلاف في الضمان إذا كان بفعل المشتري، من غير فرق بين التعيب والإتلاف، فالإجماع حينئذٍ في محله.

وإن كان الثاني فلا يخفى عليك ما فيه من الإشكال، بل المنجّه فيه عدم الضمان؛ ضرورة عدم أثر لها إلا تأكيد الاستحقاق الثابت بال عقد قبلها فإن كان هو الموجب للضمان ثبت بدونها، وإلا فلا ضمان معها أيضاً كما هو واضح، فهو حينئذٍ مظنة الإجماع لا الضمان.

ومن التأمل فيما ذكرنا يظهر لك التشويش في المقام في جملة من عبارات الأساطين كالفاضل والشهيد وغيرهم^(٢)، فلاحظ وتأمل والله العالم.

[٢] بلا خلاف أجده فيه.

[٣] كما صرح الفاضل في القواعد^(٣) وغيرها ومحكي المبسوط^(٤)، لأنه لا يضمن العيب الذي فعله قبل الطلب بالتصرف في ملكه، وبعده لتخليص النقص للشفيع الذي قدم بأخذه بالشفعة على ذلك.

خلافاً للمحكي عن أبي علي من إيجاب الظم^(٥)، واحتمله الفاضل^(٦) وغيره، بل عن الأردبيلي الميل إليه، بل

(١) تقدّمت الإشارة إليه في ص ٢٢٧.

(٢) تقدّمت المصادر في ص ٢٣١.

(٣) القواعد ٢: ٢٥٤.

(٤) المبسوط ٣: ١١٨.

(٥) نقله في المختلف ٥: ٣٥٧.

(٦) القواعد ٢: ٢٥٤.

إلى وجوب الأرض لو حصل في الأرض نقص من القلع ، حتّى لو كان الطالب للقلع الشفيع^(١) .

نعم لا يبعد عدم ذلك مع جهله بالشفعة .

وفي المختلف : « المختار أن نقول : إن اختار المشتري القلع كان له ذلك وعليه أرض ما نقص من الأرض بذلك ، وطمّ الحفر ، لأنّه يطلب تخليص ملكه من ملك غيره ، قوله : إنّه تصرّف في ملكه ، قلنا : إنّه ممنوع ، بل تصرّف بالقلع في ملك الشفيع ، فكان عليه أرضه ، نعم تصرّف بالفرس صادف ملكه ، فلم يكن عليه غرم من أجرة وغيرها ، ولو اختار الشفيع القلع فالأقرب عدم وجوب الأرض ، لأنّ التفريط حصل من المشتري حيث غرس في أرض متزلزلة الملك . ولأنّه غرس في حقّ غيره بغير إذنه ، فأشبه ما لو بانت الأرض مستحقّة ، وقوله بالتفريط : « لا ضرر ولا ضرار »^(٢) مشترك بين الشفيع والمشتري ، فلا يختصّ به أحدهما »^(٣) .

وقوّاه في جامع المقاصد^(٤) والمسالك^(٥) بعد أن حكيا عنه التفصيل في وجوب الطمّ عليه بين كون القلع منه ابتداءً فيجب ؛ لأنّ النقص قد حدف في ملك غيره بفعله لمصلحة من غير إذن من الغير ، فيجب إصلاحه .

وبين كونه لطلب الشفيع فلا يجب ؛ لأنّ طلبه القلع يتضمّن الإذن في الحفر ، وليس هو كالغاصب ؛ لأنّه غير عاد بفعله . بل حكاه أولهما^(٦) أيضاً عن صريح التذكرة وإن كنّا لم نتحقّقه ، كما أنّه لا صراحة في كلامه بالتفصيل الذي حكياه ، بل ولا ظهور ، بل ربّما استظهر منه إلزامه بذلك .

اللهمّ ألا أن يكون قد لاحظا المفهوم في كلامه .

وعلى كلّ حال فالأقوى الأوّل وفاقاً لمن عرفت .

بل في المسالك نسبته إلى صريح الشيخ والأكثر^(٧) .

للأصل السالم عن معارضة دليل معتدّ به يقتضي ذلك ، وقاعدة الضرر يدفعها إدخاله نفسه فيه بشفيعته بالأرض التي هي كذلك .

فهو حينئذٍ كمن أدخل مال غيره في داره مثلاً فاحتاج المالك في إخراجها إلى خراب في الدار ، فإنّه لا يضمن^(٨) له ، لكون الإلتاف المزبور مستحقّاً له عليه نحو ما لو غصب شجر الغير فغرسه في ملكه فقلعه المالك ونقصت الأرض . فلا ضمان حينئذٍ بالإلتاف المزبور الذي كان السبب فيه أقوى من المباشر ، ولا أقلّ من الشك في حصول سبب الضمان معه ، والأصل البراءة .

(١) حكاة في مفتاح الكرامة ٦ : ٣٨٢ . انظر مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٣٤ - ٣٥ .

(٢) الرسائل ٢٥ : ٤٢٩ ، ب ١٢ من إحياء الموات ، ج ٣ ، ٤ .

(٣) المختلف ٥ : ٣٥٦ - ٣٥٧ .

(٤) جامع المقاصد ٦ : ٤٢١ - ٤٢٢ .

(٥) المسالك ١٢ : ٣٢٨ .

(٦) جامع المقاصد ٦ : ٤٢٢ .

(٧) المسالك ١٢ : ٣٢٨ .

(٨) في بعض النسخ : « يضمنه » .

[وهو الأقوى].

وأما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فغير مضمون عليه [١]. [ولا يخفى ما في قول المصنف:] إنَّ للشفيع أن يأخذ بكلِّ الثمن أو يدع [٢].

(و) كيف كان (ف) إن امتنع المشتري من الإزالة كان الشفيع مخيراً بين إزالته ودفع الأرض، وبين بذل قيمة الغراس والبناء ويكون له مع رضا المشتري، وبين النزول عن الشفعة [٣].

[١] لما عرفته سابقاً في مسألة التعيب والانهدام.

لكن في المسالك هنا « أن فيه قولين : أشهرهما ذلك ، لأنَّ هذا الناقص ليس له قسط من الثمن فلا يضمنه المشتري كالنقص بالاستخدام ولأنَّه تصرف في ملك نفسه ، فلا يتعقبه ضمان .
وقيل : يجب الأرض ، خصوصاً إذا كان بعد المطالبة »^(١).

ولم تتحقّق القول المزبور حتّى من الكركي الذي قد سمعت كلامه في المسألة السابقة ، فإنَّه وافق هنا ، لكن قال : « نعم لو كان ذلك بعد المطالبة أتجه القول بضمانه على ما سبق في مسألة الاستخدام والتعيب »^(٢).
وإن كان لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما سمعته منه هناك .

كما أنَّه لا يخفى عليك ما في إطلاق الفاضل هنا والتفصيل هناك ، بل (و) إطلاق المصنّف هنا أيضاً [أنَّ للشفيع أن يأخذ بكلِّ الثمن أو يدع].

[٢] مع تفصيله السابق.

بل في المسالك : « إنَّ ظاهر العبارة يقتضي عدم ضمان النقص الحاصل بالقلع أيضاً ؛ لحكمه بأنَّه يأخذ بكلِّ الثمن الشامل لحالة النقص بالغرس والقلع وعدمه »^(٣).

وفيه : أنَّ الأرض الحاصل بالقلع لا مدخلة له في الأخذ بكلِّ الثمن بل هو غرامة حاصلة له بعد الشفعة بفعله في ملك غيره الذي قد أخذ منه بكلِّ الثمن ، فتأمل جيّداً ، والله العالم .

[٣] كما صرّح به غير واحد .

نعم في قواعد الفاضل : « تخيير الشفيع بين قلعه مع دفع الأرض على إشكال ، وبين بذل قيمة البناء والغرس إن رضي المشتري ومع عدمه نظر ، وبين النزول عن الشفعة »^(٤).

بل في إيضاح ولده : « إنَّ الإشكال الأوّل في موضعين : الأوّل في القلع ، وينشأ من أنَّ حقَّ الشفيع أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب ، ومن أنَّ المشتري تامَّ الملك قبل أخذ الشقص ، ولهذا ملك النماء ، ومن بنى في ملكه لم يتعدّ كالذي لا شفعة عليه .

(١) المسالك ٢ : ٣٢٨ ، وفيه : « وجهان » بدل « قولان » .

(٢) جامع المقاصد ٦ : ٤٢٢ .

(٣) المسالك ١٢ : ٣٢٨ .

(٤) القواعد ٢ : ٢٥٤ .

[ولكن الإنصاف قوة عدم وجوب الأرض على الشفع].

[والأقوى توقّف الأخذ على الرضا وليس له أخذ البناء والغرس بالقيمة قهراً على المالك].

وجواز انتزاعه من يده ليس موجباً لتعديّه ونقض بنائه، وإلاّ ثبت في الموهوب إذا غرس أو بنى، ورجع الواهب على القول بالجواز، ولأنّ الشفعة موضوعة لإزالة الضرر فلا يزال بالضرر. الثاني في وجوب الأرض مع القلع، وينشأ من أنّه نقص دخل على ملك المشتري لمصلحة الشفع. وإلى هذا ذهب الشيخ في المبسوط، ومن أنّ التفريط حصل من المشتري حيث زرع في أرض متزلزلة الملك واختاره المصنّف في المختلف^(١).

وفيه: أنّ الإشكال الأوّل واضح الفساد؛ ضرورة عدم تصوّر وجوب إبقاء ملك الشفع مشغولاً بملك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقّه من الأرض إلاّ أن يتخيّل وجوب قبول الأجرة على الشفع أو بذل القيمة وإن لم يرض. ولكنهما معاً كما ترى.

ولذا جزم الكركي بأنّه وهم وأنّ بطلانه أظهر من أن يحتاج إلى بيان^(٢).

وهو كذلك، إذ وجوب الإبقاء بالأجرة ممّا لا يحتمله أحد في المقام، ولعلّه ستعرفه من كون صاحب الأرض كالمغصوب بعد امتناع المشتري من الإزالة، فلا يجبر مع كونه مظلوماً ومغصوباً؛ لأنّه لم يرض بالإبقاء الذي هو غير الابتداء على القبول بالأجرة، كما هو واضح.

نعم ما ذكره من الإشكال الثاني في محلّه وإن كان وجوب الأرض هو الذي صرح به الشيخ وابنا زهرة وإدريس والفاضل في جملة من كتبه والشهيدان والكركي^(٣) على ما حكى عن بعضهم.

لكنّ الإنصاف قوة ما في المختلف من عدم وجوب الأرض^(٤)، بل مال إليه في محكي التذكرة^(٥)؛ لوجوب الإزالة عليه بعد طلبها من الشفع.

والضرر هو الذي أدخله على نفسه بفعله في الأرض المستحقّة الانتزاع منه.

بل الظاهر كونه ظالماً بإبقائه البناء والغرس في أرض الغير وامتناعه من القلع.

وكون الابتداء بحق لا يقتضي كون الاستدامة كذلك؛ إذ لم يحصل من المالك ما يقتضي الإذن فيها، كما في العارية التي تقدّم الكلام فيها في محلّه.

وحينئذ فيندرج في قوله **يُجْبَرُ**: «لا حقّ لعرق ظالم»^(٦) ولذا كان له جبره على القلع؛ ضرورة كونه المتصرّف في مال الغير

(١) الإيضاح ٢: ٢١٤ - ٢١٥.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٤٢٣.

(٣) الخلاف ٣: ٤٢٩، المبسوط ٣: ١١٨، الفتنى: ٢٣٧، السرائر ٢: ٣٩١، الإرشاد ١: ٣٨٦، التحرير ٤: ٥٧٨، الدروس ٣: ٣٧٣، المسالك ١٢:

٣٢٩، جامع المقاصد ٦: ٤٢٣.

(٤) المختلف ٥: ٣٥٦.

(٥) التذكرة ١٢: ٢٧٠.

(٦) الوسائل ٢٥: ٣٨٨، ب ٣ من الغصب، ح ١. و ١٩: ١٥٧، ب ٢٢ من الإجارة، ح ٢، وفيها: «ليس لعرق ظالم حق».

دون صاحب الأرض ، فتأمل جيداً فإنه ربما دق .
على أنه لو كان المالك مستحقاً لأرضه لاتجه وجوبه له حتى لو قلعه هو مع طلب الشفيع ، إذ مع فرض استحقاقه له لا تفاوت فيه بين الامتناع وعدمه ، بل لعله في الثاني أولى .
ثم إن الأرض الذي يجب دفعه على الشفيع ، إن كان هو تفاوت ما بين كونه مقلوعاً وباقياً .
ففيه : ما عرفت من أنه غير مستحق للبقاء عليه ، فلا وجه لدفع عوض عما لا يستحقه .
وإن كان المراد به النقص الذي قد يحصل عليه بنفس القلع لا من حيث بقاءه ففيه : أنه بعد أن كان مستحقاً عليه - على وجه لو باشره لم يتبع به الشفيع - لا معنى لإتباعه به بعد الامتناع ، خصوصاً إذا كان ذلك بمباشرة الحاكم ، فتأمل جيداً .
على أن الأرض المزبور قد لا يحصل ، كما إذا فرض عدم تفاوتها حال قلعها وحال قيامها ، لأنها قلعت على وجه لم يحصل فيها عيب ، وظاهرهم لزوم الأرض للقلع .
وإن أريد به تفاوت ما بين كونها مقلوعة فعلاً ومستحقّة القلع واقفة ففيه : أن متصور في قلع غير المستحق لاحتمال عفو المستحق مثلاً ، فتزيد قيمتها بذلك حينئذ .
أمّا مع قلع المستحق - الذي تفوت معه جميع احتمالات البقاء الحاصلة من احتمال رضاه - فلا وجه لفرض التفاوت فيه .
نعم لو فرض أن للمالك الإبقاء بأجرة قهراً على الشفيع اتجه حينئذ الأرض المزبور ، والمفروض عدم ذكر أحد له وجهاً فضلاً عن القول به فتأمل جيداً .
وأمّا النظر الذي ذكره الفاضل في الثاني مع عدم رضا المشتري بالقيمة فلا ريب في أن الأقوى توقف ذلك على الرضا ، وليس له أخذ البناء والغرس بالقيمة قهراً على المالك .
ولكن في الإيضاح : أن جمهور أصحابنا على ذلك ^(١) .
وفي جامع المقاصد نسبته إلى الأكثر ^(٢) .
وإن كنا لم نتحقق ذلك .
نعم في المبسوط : « قلنا للشفيع أنت بالخيار بين ثلاثة أشياء : بين أن تدع الشفعة أو تأخذ وتعطيه قيمة الغرس والبناء ، أو تجبره على القلع ، وعليك قيمة ما نقص » ^(٣) .
وعن أبي علي : « كان الشفيع مخيراً بين أن يعطي قيمة ما أخذ من المشتري وبين أن يترك الشفعة » ^(٤) . ولم نجد غيرهما .
وعلى كل حال فلا ريب في ضعفه ، بل هو منافٍ لأصول المذهب وقواعده ، بل يمكن إرادة الشيخ أن ذلك مع الرضا .

(١) الإيضاح ٢ : ٢١٥ .

(٢) جامع المقاصد ٦ : ٤٢٤ .

(٣) المبسوط ٣ : ١١٨ .

(٤) نقله في المختلف ٥ : ٣٥٧ ، وفيه : « أحده » بدل « أخذ من » .

وعلى كل حال فحيث تبذل القيمة - باتفاقهما أو قهراً على المالك - فعلى المختار يقوم غير مستحقّ للبقاء بأجرة ، بل مستحقّ القلع بلا أرض ، وتدفع إلى المالك [١] . ولو دفع الأجرة فلا أرض له من حيث البقاء .
نعم قد يحصل فيه نقص بالقلع وقد لا يحصل ، كما لو فرض قلعه على وجه لا نقصان فيه عن حال قيامه ، وحينئذٍ فلا أرض محقق بالقلع على القول به .
وأما على المختار فلا يحتاج إلى شيء من ذلك . وقد تقدّم تحقيق القول في الأرض في الغرس في الأرض المستعارة ، وفيما لو جاء السبل بنخلة شخص فغرسها في ملك الغير . فلاحظ ما تقدّم لنا في الكتب السابقة ، والله العالم . وعلى كل حال فلو اختلف الوقت فاختر الشفع قلعه في وقت أسبق تقصر قيمته عن قلعه في وقت آخر ليخفّ الأرض عليه فله ذلك .
إذ لا يجب عليه الإبقاء إلى أن يجيء الزمان الذي تكثر فيه قيمته ، كما هو واضح .

[١] وعلى غيره [= غير المختار] ففي القواعد « لم يقوم مستحقاً للبقاء في الأرض ولا مقلوفاً ؛ لأنه إنما يملك قلعه مع الأرض ، بل إما أن يقوم الأرض وفيها الغرس ثم تقوم خالية ، فالتفاوت قيمة الغرس ، فيدفعه الشفع أو ما نقص منه ^(١) ، أو يقوم الغرس مستحقاً للترك بالأجرة أو لأخذه بالقيمة إذا امتنع من قلعه » ^(٢) . ونحوه في الدروس ، ولكن قال : « وهذا لا يتم إلا على قول الشيخ بأن الشفع لا يملك قلعه ، وأنه يجاب إلى القيمة لو طلب تملكه ، وهو مشكل » ^(٣) .

قلت : مضافاً إلى أنه لا يقهر على الثاني منهما أيضاً ، فكلّ منهما غير مستحقّ إلا مع الرضا به ، فلا وجه لملاحظته في التقويم .

بل قد ينقدح من ذلك الإشكال في جعل الثاني من أحذوجه التخيير ؛ ضرورة عدم انحصار وجه التراضي فيه .
بل قد يشكل الوجه الأول من وجهي التقويم أيضاً بأنه قد يكون لضميمة كل من الغرس والأرض إلى الآخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة ، وذلك بتمامه لا يستحقّه المشتري ، فكيف يكون ما عدا قيمة الأرض خالية من مجموع القيمتين حقاً للمشتري ؟ !

بل قد يشكل الثاني أيضاً بأنه لا يتم على القول بوجوب دفع الأرض مع القلع ، لأنه لا يملك طلب الأجرة على الإبقاء ، إذ القلع لا يسوغ إلا مع ضمان الأرض ، فما دام لا يبذله فالإبقاء واجب عليه ، ولا أجرة له عليه .
وفي المسالك : « أنه لا يقوم مستحقاً للبقاء في الأرض مجاناً ولا مقلوفاً مطلقاً ، لأنه إنما يملك قلعه مع الأرض فيقوم كذلك ، بأن يقوم قائماً غير مستحقّ للقلع إلا بعد بذل الأرض أو باقياً في الأرض بأجرة إن رضي المالك ، فيدفع قيمته كذلك إلى المشتري ، وإن اختار القلع فالأرض هو ما نقص من قيمته كذلك بعد قلعه » ^(٤) .
ولعله لا يخلو من شيء مع التأمل فيما ذكرناه من أنه لا استحقاق له في البقاء .

ولو غرس المشتري أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع على وجه يكون الغرس والبناء بالإذن المعتبر - بأن كان الشفيع لا يعتقد الشفعة له ، أو يتوهم كثرة الثمن ثم تبيّن له الخلاف فأخذ الشفيع بالشفعة - فالحكم كما إذا غرس أو بنى بعد القسمة وأما الثالث وهو النزول عن الشفعة [١] . فقد يشكل بأنه لا دليل على تسلط الشفيع على فسخ شفيعته بعد أن أخذ بها ، كما هو المفروض في موضوع المسألة .

نعم لو كان هذا التخيير قبل الأخذ لكان جواز النزول - بمعنى ترك الأخذ بالشفعة - واضحاً لا بعد الأخذ ، خصوصاً لو رضي المشتري ببذل الغرس والبناء له مجاناً وإن كان لا يجب عليه القبول [٢] .

ولكن أقصى ذلك أنه يجبره الحاكم على قلعه وعلى دفع الأجرة مدّة الامتناع بل وعلى أجرة القلع إن احتاج ، والله العالم .

(وإذا زاد ما يدخل في الشفعة تبعاً كالودي المتباع مع الأرض فيصير نخلة أو الغرس من الشجر يعظم) وكزيادة أغصان الشجر ونحو ذلك مما هو نماء متّصل بالعين التي تعلّقت الشفعة بها (فالزيادة للشفيع) [٣] . وأما الودي فهو فسيل النخل قليل : إن غير المغروس منه ليس تابعاً للأرض في الشفعة [٤] .

قلت : هو كذلك إذا كان مطروحاً على وجه الأرض ، أما إذا كان نابتاً في أسفل النخلة مثلاً ولكن لا يكون نخلة حتى يقطع منها ثم يفرس فدعوى عدم تبعيته للأرض في الشفعة محل منع ، خصوصاً مع فرض كون عنوان الشفعة « البستان » و « الحائط » [٤] . نعم لو تجدد فسيل بعد البيع لم يكن للشريك الشفعة فيه [٥] . وأما ما يبس من أغصان الشجر أو سعف النخل بعد الابتاع وتعلّق حتّى الشفعة به فلا يبعد بقاؤها فيه حتى لو قطع منها [٦] .

[١] الذي حكى عن المبسوط أنه قال : « لا كلام فيه » ^(١) وفي جامع المقاصد : « لا بحث فيه » ^(٢) وفي المسالك : « هو واضح » ^(٣) .

[٢] لما فيه منة .

[٣] بلا خلاف أجده فيه كما عن المبسوط ^(٤) . بل قيل : مراده نفيه بين المسلمين ^(٥) ، بل ولا إشكال ؛ ضرورة تبعية ذلك للعين التي تعلّق بها حتّى الشفعة . نعم في المسالك : « الودي يكسر الدال المهملة بعد الواو المفتوحة والياء المشدّدة أخيراً بوزن « غني » فسيل النخل ، وزاد بعضهم قبل أن يفرس ، ولكن المراد هنا المغروس ليكون تابعاً للأرض ، أما غير المغروس فلا شبهة في عدم تبعيته للأرض في الشفعة » ^(٦) .

[٤] كما في بعض نصوص الجمهور ^(٧) الذي انجبر بعمل الأصحاب ؛ ضرورة دخول ذلك ونحوه فيه .

[٥] لعدم دخوله في المبيع .

[٦] للأصل ، ولأنّه كالأحجار المنقّصة من الدار .

- | | |
|-----------------------------|------------------------------|
| (١) المبسوط ٣ : ١١٨ . | (٢) جامع المقاصد ٦ : ٤٢٤ . |
| (٣) المسالك ١٢ : ٣٢٩ . | (٤) المبسوط ٣ : ١١٩ . |
| (٥) مفتاح الكرامة ٦ : ٣٨٨ . | (٦) المسالك ١٢ : ٣٣٠ - ٣٣١ . |
| (٧) تقدّم ببعضها في ص ١٥٦ . | |

[كما في الأحجار المنقضة من الدار]. وكذا كل ما كان كذلك من الكرب ونحوه [١].
 نعم لو كان كذلك حال الابتياح أمكن منع الشفعة فيه [٢]. هذا كله في النماء المتصل على الوجه المزبور.
 (أما النماء المنفصل) المتخلل بين العقد والشفعة (كسكنى الدار وثمره) غير النخل بل و(النخل) بعد التأبير (فهو للمشتري) [٣].
 نعم (لو حمل النخل) بأن حصل فيه الطلع (بعد الابتياح فأخذ^(١) الشفيع قبل التأبير قال الشيخ رحمته الله) [٤]:
 فيه قولان أولاهما أن (الطلع للشفيع لأنه بحكم السعف) [٥].
 (و) لكن (الأشبه) [٦] (اختصاص هذا الحكم بالبيع) [٧].
 وحينئذ فهو من بيع المشفوع وغير المشفوع الذي قد عرفت أخذ الشفيع له بما يخصه من القيمة.
 وكذا الحال في كل ما كان نحو الثمرة في الاستعداد للنقل.
 وعلى كل حال فالمشتري يستحق بقاء الثمرة إلى وقت أخذها مجاناً [٨].

[١] وتوهم كونه من النماء المنفصل فيختص به المشتري، يدفعه: فرض تعلق حق الشفعة به حال الابتياح ولا دليل على زواله.
 [٢] لكونه منقولاً أو بحكمه حال الابتياح، فلا يتعلق به حق الشفعة، بل يكون حينئذ من ضم المشفوع إلى غير المشفوع، والله العالم.
 [٣] بلا خلاف بل ولا إشكال؛ ضرورة أنه نماء ملكه وإن كان متزلاً. على أنه ليس من متعلق البيع الذي ثبت فيه حق الشفعة، فهي حينئذ للمشتري (و) إن بقيت على الشجرة، لأنها بحكم المنفصل.
 [٤] [قاله] في محكي المبسوط^(٢).
 [٥] كما يؤمن إليه اندراج في بيع البستان. ولعله لذا يحكى عن الفاضل في التذكرة: أنه قوى الدخول في الشفعة فيما إذا كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء ثم أخذه الشفيع قبل التأبير^(٣).
 [٦] بأصول المذهب وقواعده.
 [٧] لدليله الذي قد عرفت الحال فيه في محله، فلا يلحق به الشفعة. وأبعد من ذلك ما يحكى عنه أيضاً فيه وفي الخلاف من أنه إذا باع النخل منضمّاً إلى الأرض وهو مثمر وشرط الثمرة في البيع كان للشفيع أخذ ذلك أجمع؛ لعموم الأخبار^(٤). ونحو ما سمعته من التذكرة في غير المؤبر.
 وفيه: أن الفرض تخصيص عمومها بغير المنقول الذي منه الثمرة وإن بقيت عليه إلى أوان بلوغها.
 [٨] بلا خلاف أجده، وهو إن تم إجماعاً كان الحجة، لا ما ذكره من أن له أمداً ينتظر، وستعرف الكلام في الزرع الذي هو نحو ذلك، والله العالم والهادي.

(١) في الشرائع: «وأخذ».

(٢) المبسوط ٣: ١١٩.

(٣) التذكرة ١٢: ٢٧٥.

(٤) المبسوط ٣: ١١٩. الخلاف ٣: ٤٤٠.

(ولو باع شقصين من دارين) مثلاً (فإن كان الشفيع واحداً فأخذ منهما أو ترك جاز، وكذا إن أخذ من إحداهما^(١) وعفا عن شفيعته من) الدار (الأخرى، وليس كذلك لو عفا عن بعض شفيعته من الدار الواحدة) [٢].
(ولو بان الثمن) الذي دفعه المشتري (مستحقاً) للغير (فإن كان الشراء بالعين) ولم يجز المالك (فلا شفعة لتحقق البطلان) بالبيع [٣].

(وإن كان) الثمن (في الذمة ثبتت الشفعة لثبوت الابتياح) وإن فسد الوفاء [٤].
(ولو دفع الشفيع الثمن) للمشتري (فبان مستحقاً) بعد أن كان الشفيع جاهلاً به (لم تبطل شفيعته على التقديرين) أي كون ثمن المشتري معيناً أو مطلقاً [٥].
و[القول بالبطلان إذا علم الشفيع باستحقاق الثمن] لا بأس به، بناءً على ما ذكرناه من كون الأخذ بالشفعة لا يكون إلا بعد دفع الثمن أو أنه جزء المملك [٦].

قلت: لا ينبغي التأمل في الصحة مع الإطلاق [في الثمن] إذا رضي المشتري بكونه في ذمته ثم دفع المستحق للغير، أما الإطلاق بمعنى أنه قال في مجلس الشفعة: «أخذت بعشرة دراهم» مثلاً ثم دفعها في المجلس

[٢] ضرورة وضوح الفرق بينهما - وإن كان الداران ملكاً لواحد والمشتري واحداً - بأن الشركة في أحد الشقصين سبب غير الشركة في الآخر فلا تكون الشفعة فيها واحدة بخلاف الدار، فإن سبب الشركة فيها واحد. كما أشرنا إلى ذلك عند البحث في عدم جواز تبعض الشفعة فلاحظ، والله العالم.

[٣] الذي هو سبب استحقاق الشفعة.

[٤] بلا خلاف أجدّه في شيء من ذلك ولا إشكال، والله العالم.

[٥] ضرورة كون البيع صحيحاً وهو سبب الشفعة، إذ المستحق هو ما دفعه الشفيع لا المشتري. أو أن المراد: تقديري أخذ الشفيع الشفعة بالثمن المستحق - بأن قال مثلاً: تملك الشقص بهذه الدراهم - أو المطلق الذي رضي المشتري به في ذمته، فقال: تملكته بعشرة دراهم، ثم دفع المستحق وفاء. ولعله أولى ليوافق ما في غيره من كتب الأصحاب، والأمراً سهل بعد وضوح الحكم، وهو عدم البطلان؛ لأن المفروض جهله، فلا ينافي ذلك الفورية على كل تقدير، وإنما يجب عليه الفور بعد العلم.

نعم في الدروس: «إنها تبطل إذا علم الشفيع باستحقاق الثمن إذا جعلناها فورية»^(٢).

[٦] لكن في المسالك: «ولو كان عالماً ففي بطلانها وجهان مبنيان على أن الملك يحصل بقوله: أخذت أو به ويدفع الثمن، فعلى الأول لا يضّر لحصول الملك، وعلى الثاني يحتمل البطلان لمنافاته الفور، والصحة لأن المعتبر فورية الصيغة، والأصل عدم اعتبار غيرها»^(٣). ولا يخفى عليك ما في الأخير؛ ضرورة كون المراد فورية نفس الشفعة لا الصيغة المفروض كونها جزء مملك، ولذا جزم بالبطلان مع ذلك الكركي^(٤). ثم قال «وربما فَرَّقَ مع العلم بين كون الثمن معيناً ومطلقاً؛ لأنه مع التعيين يلغو الأخذ فينافي الفورية، بخلاف المطلق، فإن الأخذ صحيح، ثم ينفذ الواجب بعد ذلك»^(٥).

(١) في الشرائع: «أحدهما».

(٢) الدروس ٣: ٣٦٧.

(٣) (٥) المسالك ١٢: ٣٣٣.

(٤) جامع المقاصد ٦: ٤٢٩.

فالظاهر البطلان معه أيضاً [١].

(ولو ظهر في المبيع عيب) حال البيع (فأخذ المشتري أرشه) لاختياره ذلك أو لانهصار الحق فيه لإحداثه في المبيع حدثاً يمنع الرد (أخذه الشفيع بما بعد الأرض) الذي هو كالجزء منه، فالثمن حينئذ هو الباقي بعد الأرض فيأخذ به الشفيع (وإن أمسكه المشتري معيباً ولم يطالب^(١) بالأرض أخذه الشفيع بالثمن أو ترك) [٢]. لكنه [= الأخذ بالثمن أو الترك] لا يخلو من نظر تعرفه عند تحقيق المسألة فيما يأتي إن شاء الله تعالى، والله العالم. (مسائل ست):

[لو ادعى أنه اشترى سهماً فترك الشفيع ثم بان خلافه]:

(الأولى): قد عرفت فيما سبق أن من الأعداء التي لا تسقط معها الشفعة على القول بفورييتها ما (لو قال) المشتري مثلاً: (اشتريت النصف بمئة فترك) الشفيع الأخذ بها (ثم بان أنه اشترى الربع بخمسين) فإنه إذا كان كذلك (لم تبطل الشفعة) [٣]. (وكذا لو قال: «اشتريت الربع بخمسين» فترك ثم بان أنه اشترى النصف بمئة لم تبطل شفيعته؛ لأنه قد لا يكون معه الثمن الزائد وقد لا يرغب في المبيع الناقص) [٤]. نعم لو علم أن عدم الأخذ بها لا من حيث كثرة الثمن أو قلته المبيع بل رغبة عنها على كل حال، فالظاهر السقوط. ومن هنا يتجه للمشتري اليمين على الشفيع لو ادّعاء بذلك؛ كما يتجه بقاؤها مع الشك في الحال لموت الشفيع مثلاً [٥].

[اعتبار العلم بالثمن في الأخذ بالشفعة]:

المسألة (الثانية): إذا بلغه البيع فقال: «أخذت بالشفعة» فإن كان عالماً بالثمن صح (وترتب الأثر عليه وإن قلنا بتوقف الملك على دفع الثمن أو الرضا بالصبر به؛ إذ المراد بالصحة ما يشمل التأهل لترتب الأثر كصحة الأجزاء. وإن كان جاهلاً لم يصح) (وإن علم بعد ذلك ودفع فـ(لو قال) حينئذ: «أخذت بالثمن بالغاً ما بلغ» لم

[١] لفوات الفورية بالمعنى الذي ذكرناه. ثم قال: «والوجهان آتيان في بطلان الأخذ، ويفتقر إلى تملك جديد أم يصح والثمن دين عليه، والأظهر الثاني مع الإطلاق»^(٢). وفيه ما عرفت، والله العالم.

[٢] لأن الثمن هو ما جرى عليه العقد، كما ذكر ذلك غير واحد.

[٣] وإن كان هو مقتضى التقسيط الموافق للأخبار المفروض كذبه؛ لأصالة بقائها بعد عدم دليل على بطلانها بغير الإهمال رغبة عنها بعد معرفة الواقع.

[٤] فلم يتحقق الإهمال المزبور الذي هو عنوان سقوطها، فيبقى أصالة بقائها بحاله، كما تقدم تحقيق ذلك كله وبيان الضابط فيه وأصل الحكم بذلك، فلاحظ وتأمل.

[٥] ضرورة أنه بناء على ما ذكرنا متى قام احتمال العذر لوجود الغرض المعتد به عند العقلاء ويمكن استناد الترك إليه - كفى في استصحاب بقائها. ولعل عبارة المصنف وغيره موافقة لذلك وإن كان قد يحتمل القول: بأن الشفعة على خلاف الأصل، والمتيقن ثبوتها مع كون الترك لعذر وإلا سقطت. لكن الأول أقوى وأوفق بإطلاق الأدلة والله العالم.

يصح مع الجهالة تفصيلاً من الغرر) [١]. ولكن لا يشترط العلم على نحو اشتراطه في البيع ولكن مع ذلك والاحتياط لا ينبغي تركه حتى بالنسبة إلى المثلث أيضاً.

[حكم تسليم الثمن على الشفيع قبل تسلّم المبيع]:

المسألة (الثالثة): قد عرفت سابقاً أنه (يجب) على الشفيع (تسليم الثمن أولاً، فإن امتنع الشفيع لم يجب

[١] كما لو قدم المشتري مثلاً على الشراء بالثمن المجهول ورضي به، فإنّ الدخول على تحمّل الغرر لا يرفع حكم المترتب عليه من بطلان المعاوضة مع وجوده، والفرض أنّ الشفعة بمعنى المعاوضة؛ لأنّه يأخذ بالثمن الذي بيع به. ومن هنا اشتراط علمه به حين الأخذ حذراً من الغرر اللازم على تقدير الجهل؛ لأنّ الثمن يزيد وينقص، والأغراض تختلف فيه قلّة وكثرة. هذا خلاصة ما في المسالك والروضة وجامع المقاصد^(١)، بل والمصنّف وغيره ممّن علّل الحكم بالغرر. بل لعنّه لذلك اشتراط أيضاً العلم بالمثلث في جامع المقاصد والروضة ومحكي التذكرة^(٢) وإن كنّا لم نجده لغيرهم. نعم ذكر الشيخ وأبو الصلاح والفاضلان والشهيدان والكركي والكاشاني^(٣) على ما حكى عن بعضهم اشتراط العلم بالمثلث. بل قيل: «إنّه لم يذكر هذا [أي اشتراط العلم بالمثلث] فضلاً عن الأول [أي اشتراط العلم بالمثلث] في المقنع والمقنعة والنهاية والوسيلة والغنية والمهذب والمراسم وفقه القرآن والسرائر والنافع والتبصرة»^(٤). بل في مجمع البرهان: «لا دليل عليه من عقل ولا نقل إلا أن يكون إجماعاً»^(٥). قلت: هو كذلك بعد عدم ثبوت عموم النهي عن الغرر أولاً، وعدم ثبوت كونها معاوضة بنافيها الغرر ثانياً. نعم قد يقال: إنّ الشفعة على خلاف الأصل والمتيقّن من شرعية الأخذ بها إن لم يكن المناسق من نصوصها هو حال العلم بالمثلث. مضافاً إلى ما عرفت من اعتبار دفعه في التملّك بها، ومع عدم العلم به لا طريق إلى دفعه. واحتمال الاجتزاء بدفع ما يعلم فيه الثمن لا يكفي في قطع الأصل المزبور. لكن ذلك كلّ لا يقتضي اشتراطه على كيفية اشتراطه في البيع بحيث لا يجدي قول: «أخذت بالشفعة» وإن علم به بعد ذلك ودفعه. اللهم إلا أن يدعى ظهور قوله لا يبيح: «فهو أحقّ بها من غيره بالمثلث»^(٦) و«ليس له إلا الشراء والبيع الأول»^(٧) في ذلك. ولكنّه واضح المنع؛ ضرورة أنّ أقصاه اعتبار دفع الثمن لا العلم به حال الأخذ. وبالجملة، فالذي يمكن استفادته من الأدلّة عدم الشفعة مع فرض الجهل به على وجه لا يتحقّق أنّه أخذ بالمثلث وبالشراء الأوّل لموت البائع والمشتري ولا بينة أو لغير ذلك. وهو الذي تسمعه فيما يأتي من المصنّف وغيره من كون الجهل مسقطاً للشفعة أمّا غيره فلا. ولعلّه لذا ترك اشتراطه من عرفت على وجه يظهر منه عدم اشتراطه ولو بملاحظة ذكره غيره من الشرائط، وأنّه في مقام البيان، وقاعدة حجية مفهوم اللقب في عبارات الفقهاء. بل من تعرّض لذلك اقتصر أكثرهم على ذكر ذلك في الثمن دون المثلث. ولكن مع ذلك فلا احتياط لا ينبغي تركه، خصوصاً بعدما عرفت أنّها على خلاف الأصل، والله العالم.

(١) المسالك ١٢: ٣٣٥. الروضة ٤: ٤١٣. جامع المقاصد ٦: ٣٩٩.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٣٩٩. الروضة ٤: ٤١٣. التذكرة ١٢: ٢٥٣.

(٣) المبسوط ٣: ١٥٥-١٥٦. الكافي: ٣٦١. التحرير ٤: ٥٩١. الإرشاد ١: ٢٨٦. اللمعة ١٦٢. المسالك ١٢: ٣٣٥. جامع المقاصد ٦: ٣٩٩.

(٤) (٥) مفتاح الكرامة ٦: ٣٥٧. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣٨٠.

(٦) التهذيب ٧: ٧٢٨. الوسائل ٢٥: ٣٩٦، ب ٢ من الشفعة، ح ١.

(٧) الوسائل ٢٥: ٤٠٥، ب ٩ من الشفعة، ح ١.

على المشتري التسليم حتى يقبض) [١]. فلا حَـقَّ حينئِذٍ للشفيع قبله، وإن قال: «أخذت بالشفعة» [٢].

[لو ترك الشفيع بزعم أن المشتري اثنان فبان واحداً أو بالعكس]:

المسألة (الرابعة: لو بلغه أن المشتري اثنان فترك) الشفعة لذلك (فبان واحداً أو واحد) كذلك (فبان اثنين أو بلغه أنه اشترى لنفسه فبان لغيره أو بالعكس لم تبطل الشفعة؛ لـ) ما عرفت من (اختلاف الغرض في ذلك) عند العقلاء [٣].

[لزوم إبقاء الزرع في الأرض المشغولة قبل البيع]:

المسألة (الخامسة: إذا كانت الأرض مشغولة بزرع) على وجه شرعي (يجب) على الشفيع (تبقيته) إلى أوانه مجاناً [٤].

[١] لما تقدّم سابقاً من توقّف حصول الملك عليه مع طلب المشتري له.

[٢] نعم قد يشكل ذلك بناءً على حصول الملك بالقول المزبور: بأنّ الشفعة معاوضة أو كالمعاوضة يعتبر فيها التقاض لا تقديم الثمن أولاً. وإن قيل: «إنّ ذلك لجبر وهنه بالأخذ منه قهراً، بخلاف البيع المبني على التراضي من الجانبين، فلم يكن أحد المتعاضين أولى من الآخر بالبدء فيتقاضى ما مع أنه قد قيل بوجوب تسليم البائع أولاً فيكون هنا أولى»^(١). إلّا أنّ ذلك كلّه كما ترى لا يوافق أصول الإمامية، بل مقتضى القول المزبور تسليم المشتري الشفيع أولاً؛ ضرورة كونه الذي هو بمنزلة البائع للشفيع. اللهمّ إلّا أن يريد بذلك أصل الابتداء من أحدهما لا التقاض، والله العالم.

[٣] وقد عرفت الضابط وغيره، مما يتعلّق بذلك. وما أدري ما الذي دعا المصنّف إلى عدم نظم هذه الأمثلة كما صنّع الفاضل في القواعد^(٢)؟! مع أنّ كتابه مبني على التهذيب، والله العالم.

[٤] كما في القواعد والتذكرة والتحرير والدروس^(٣). قيل: «لأنّه تصوّف بحق؛ إذ المفروض أنّه تصوّف بعد القسمة الشرعية أو بالإذن مع الإشاعة وله أمد ينتظر، فتكون مدّته كالمنفعة المستوفاة للمشتري وكذلك الغرس والبناء، فإنّه لا أمد لهما ينتظر فيه القلع»^(٤). ولكنّه كما ترى لا يرجع إلى دليل معتدّ به شرعاً، خصوصاً إذا كان الزرع بعد القسمة على الوجه الشرعي فأخذ الشفيع بالشفعة، فإنّه لم يكن إذن من الشفيع بالزرع حتّى يكون كالعارية التي قد عرفت البحث فيها سابقاً. ودعوى كونه حينئِذٍ كالمشتري للأرض ذات الزرع يدفعها. بعد التسليم. إمّا كان منع الحكم في المشبه به إذا لم يكن عرف يقتضي ذلك على وجه يكون كالشرط المضمّر. على أنّ مقتضى ما ذكره من الأمد عدم تسلّط الشفيع على فسخ الإجارة لو وقعت من المشتري، لأنّ لها أواناً ينتظر. ولعلّه لذا قال في جامع المقاصد: «لو أجز المشتري إلى مدّة فأخذ الشفيع فهل له فسخ الإجارة؟»^(٥) من دون ترجيح. ولكن لا يخفى عليك ما فيه، خصوصاً مع فرض طول مدّة الإجارة. وبالجمله فهذه اعتبارات لا توافي أصول الإمامية، ومن هنا كان المحكي عن جامع الشرائع: أنّه يجبر المشتري على القلع بعد ضمان الأرض كالغرس^(٦). قلت: بل المتّجه بناءً على ما ذكرنا عدم الأرض وإن كان لم نجد القائل به، والله العالم.

(١) المسالك ١٢: ٣٣٦. (٢) القواعد ٢: ٢٥٢.

(٣) القواعد ٢: ٢٥٥. التذكرة ١٢: ٢٧١، ٢٧٢. التحرير ٤: ٥٧٨. الدروس ٣: ٣٧٣.

(٤) (٥) مفتاح الكرامة ٦: ٣٨٧. جامع المقاصد ٦: ٤٢٧. (٦) الجامع للشرائع: ٢٧٩.

وعلى كل حال (ف) [قد قيل:] [١] إن (الشفيع بالخيار بين الأخذ بالشفعة في الحال وبين الصبر حتى يحصد؛ لأن له في ذلك غرضاً وهو الانتفاع بالمال و) الغرض (تعذر الانتفاع بالأرض المشغولة) [٢].
[وقال المصنف:] (وفي جواز التأخير مع بقاء الشفعة تردد). ولكن لا يخفى عليك قوة الأول [٣].

وكذا الكلام في ذي الثمرة التي يجب بقاؤها أيضاً إلى قطافها.
اللهم! إلا أن يقال: إن الثمر لا يمنع الانتفاع بالمأخوذ هنا فلا عذر، والله العالم.

[عدم صحة الإقالة بين البائع والشفيع]:

المسألة (السادسة): قد عرفت فيما تقدم أيضاً أنه (إذا سأل البائع الشفيع الإقالة) أو بالعكس (فأقاله لم يصح لأنها إنما تصح بين المتعاقدين) [٤].

[لواحق الأخذ بالشفعة]:

(المقصد الرابع: في لواحق الأخذ بالشفعة).

(وفيه مسائل):

[لو اشترى بثمن مؤجل وأراد الشفيع أخذه]:

(الأولى: إذا اشترى) المشتري ما فيه الشفعة (بثمن مؤجل قال) الشيخ (في المبسوط^(١)) [٥]: (للشفيع

[١] [قاله] في الإرشاد وكذا الدروس ومحكي المبسوط وشرح الإرشاد للفخر^(٢).

[٢] فلا يجب عليه بذل الثمن الموجب للانتفاع به من غير مقابل، فيجوز له حينئذ تأخير الأخذ، لأن تعجيله ملزوم لتعجيل الثمن. وفي المختلف والإيضاح وجامع المقاصد ومحكي التذكرة وظاهر التحرير: لا يجوز له التأخير^(٣). وفي المسالك: لا يخلو من قوة؛ لأن الشفعة على الفور ومثل ذلك لا يثبت عذراً، كما لو بيعت الأرض في غير وقت الانتفاع، فإنه لا يجوز تأخير الأخذ إلى وقته إجماعاً^(٤).

ولعله لذلك قال المصنف وكذا الفاضل في القواعد^(٥): [ذلك].

[٣] لأن الشفعة وإن كانت على خلاف الأصل إلا أنه بعد تعلّقها يكون مقتضى الأصل بقاءها بعد عدم دليل على الفورية على وجه ينافي ذلك، خصوصاً بعد ما سمعت ما ذكره من الأعداء التي لا تنطبق إلا على إرادة سقوطها مع إهمالها رغبة عنها لا مع الغرض المعتد به عند العقلاء.

[٤] وهما البائع والمشتري دون الشفيع الذي يأخذ من المشتري، كما هو واضح، والله العالم.

[٥] والخلاف^(٦) وأبو علي والطبرسي فيما حكى عنهما^(٧).

(١) (٦) المبسوط ٣: ١١٢. الخلاف ٣: ٤٣٣.

(٢) الإرشاد ١: ٣٨٧. الدروس ٣: ٣٦٤. المبسوط ٣: ١٥٩. شرح الإرشاد: ١٧٢ (مخطوط).

(٣) المختلف ٥: ٣٦١ - ٣٦٢. الإيضاح ٢٠: ٢٢٠. جامع المقاصد ٦: ٤٤٤ - ٤٤٥. التذكرة ١٢: ٢٧٢. التحرير ٤: ٥٧٨.

(٤) المسالك ١٢: ٣٣٧. (٥) القواعد ٢: ٢٥٨.

(٧) حكاه عنهما في المختلف ٥: ٣٤٥. انظر المؤلف من المختلف ١: ٦٣١.

أخذه بالثمان عاجلاً وله التأخير وأخذه بالثمان في محله [١].

(و) لكن قال الشيخ (في النهاية^(١)): يأخذه) أي الشفيع الشفص من المشتري (عاجلاً ويكون الثمن عليه) إلى وقته حتى لو مات المشتري وحل ما عليه وإن احتمل حلوله على الشفيع حينئذ [٢].
(و) إنما (يلزم كفيلاً بالمال إن) أراد المشتري (و) (لم يكن) هو وفياً (ملياً، وهو أشبه) عند المصنف [٣].

[١] وهو المحكي عن أبي حنيفة والشافعي في الجديد^(٢)؛ لاختلاف الذم في ذلك، فيجب إما التعجيل وإما الصبر إلى وقت الحلول. ولا ينافي ذلك القويرة بعد أن كان التأخير لغرض معتد به عند المقلد، وليس هو للرغبة عن الشفعة.

[٢] لكنه واضح الضعف لما ستعرف.

[٣] وكافة من تأخر عنه، بل هو المحكي أيضاً عن المقنعة والمهذب والغنية والسرائر^(٣)، بل في الخلاف نسبتة إلى قوم من أصحابنا - مشعراً بوجود القائل فيه غير المفيد ممن تقدم -، وأنه قوي^(٤)؛ لأن حتى الشفعة على الفور، فترك الطلب إلى الأجل منافٍ له، وأداء الثمن في الحال زيادة صفة في الثمن لا يلزم بها الشفيع. فالقول الأول حينئذ يستلزم أحد محذورين، إما إسقاط الشفعة على تقدير ثبوتها أو إلزام المشتري بزيادة لا موجب لها، وكلاهما باطلان. بيان الملازمة أنه لو جُوزنا له التأخير لزم الأمر الأول، والمفروض أنها على الفور على ما اعترف به الخصم، وإن لم نجوز له التأخير ألزمناه بزيادة صفة - وهي تعجيل الثمن - من غير موجب. بل ظاهر قوله عليه السلام: «هو أحق بها من غيره بالثمان» إرادة الممانلة بعد معلومية عدم إرادة نفس الشخص، ولا تتحقق إلا بالمساواة في الأجل. وعدم تساوي الذم - الذي ذكره الخصم - لا يقتضي ما عرفت من التخيير؛ لإمكان التخلص بالكفيل الوفي الملي مع فرض عدم كون الشفيع كذلك، فتبقى الشفعة حينئذ على الفور بعد سقوط العذر بما عرفت. وهذا ولكن في الرياض المناقشة بأن الخبر المزبور لم يدل إلا على عدم وجوب تعجيل الثمن على الشفيع، وهو لا يستلزم وجوب الأخذ بالشفعة حالاً إلا على تقدير اعتبار القويرة، والمفروض عدمه. فالمتجه على هذا التخيير بين الأمرين اللذين ذكرهما في المبسوط والخلاف^(٥) وبين ما ذكره الأصحاب، وهو في غاية القوة إن لم يكن إحداث قول ثالث في المسألة^(٦).

قلت: لكن فيه: أنه لا وجه حينئذ لجواز التأخير بعد فرض مشروعية الشفعة بالأجل؛ ضرورة إمكان الفور بالشفعة بلا ضرر على الشفيع، ولا وقع لقوله: «والمفروض عدمه»؛ ضرورة أن الإشكال على القول بالقويرة، لا على التراخي الذي يمكن معه تأخير الشفعة إلى وقت الحلول، وما سمعته من الدليل مبني على الفور، والشيخ عليه السلام جعل التأخير للعذر الذي لا ينافي بالقويرة الذي هو قد اعترف به. نعم على التراخي يتجه البحث أيضاً في أن له الشفعة معجلة مع بقاء الثمن في ذمته إلى الأجل أو لا، بل يؤخرها إلى الأجل؛ لأن الذم غير متساوية. وبالجمله ما ذكره في غاية السقوط على القول بالقويرة. كما أنه قد يناقش المشهور بمنافاته لما سمعته منهم من وجوب دفع الثمن أولاً؛ لتوقف استحقاق الشفعة عليه، أو لأنه جزء مملك أو شرط كاشف، أو لأن ذلك حكم تعبدى للشفعة وإن لم يتوقف عليه الملك. واحتمال اختصاص ذلك بغير المؤجل مجرد تهجس لا يساعد عليه شيء من الأدلة التي

(١) النهاية: ٤٢٥. (٢) انظر المغني (لابن قدامة) ٥: ٥٠٧. الأم ٤: ٣.

(٣) المقنعة: ٦٢٠. المهذب ١: ٤٥٨. الغنية: ٢٣٦. السرائر ٢: ٣٨٨.

(٤) الخلاف ٣: ٤٣٤. (٥) المبسوط ٣: ١١٢. الخلاف ٣: ٤٣٣.

(٦) الرياض ١٢: ٣٣٣.

هي - مضافاً إلى إطلاق أدلة الشفعة - قوله عليه السلام: «هو أحقّ بها من غيره بالثمن» ^(١) وما في المكاتبه من أنه «ليس للشفيع إلا الشراء والبيع الأول» ^(٢). وخبر علي بن مهزيار ^(٣) المشتمل على بطلان الشفعة بالتأخير عن الثلاثة أيام في المصر وفي غيره بعد مضي مقدار الذهاب والإياب إليه كما عرفته سابقاً، وليس في شيء منها تعرض للثمن المؤجل.

على أن مقتضى ذلك إختلاف كيفية التملك بالشفعة في المؤجل وغيره والنصوص كادت تكون صريحة في اتحاد كفيتهما. وأيضاً لو كان المراد من الثمن في النصوص المزبور ما يشمل المؤجل لكان المتجه اعتبار جميع ما يذكر شرطاً فيه بين المشتري والبايع من المكان والرهن والكفيل وغير ذلك.

إذ لا فرق بين اشتراط الزمان لأدائه واشتراط غيره من المكان ونحوه مما يرجع إليه، ولا أظنّ أحداً يلتزمه. وأيضاً إذا فرض شمول النصوص المزبورة للمؤجل على أجله فلا وجه للمطالبة بالكفيل بعد عدم ثبوت الحق. ودعوى إختلاف الذمم في ذلك لا ترجع إلى دليل معتبر يوافق أصول الإمامية بحيث يقطع به إطلاق الأدلة ويسقط الحقّ الثابت منها مع فرض تعدد الكفيل عليه. خصوصاً مع العلم بحال الشفيع، وإنّما يناسب هذه الاعتبارات مذاق العامة القائلين بذلك، كأحمد ومالك والشافعي في القديم ^(٤). وأيضاً يتجه عليه أنه لا يجب على المشتري قبوله - فضلاً عن البايع - لو بذله الشفيع حالاً؛ لتعذر الكفيل عليه مثلاً. كما لا يجب على البايع قبوله من المشتري كذلك، إذ الأجل حقّ لهما. ويمكن أن يكون للمشتري غرض بالتأخير، وظاهر المفيد بل صريحه في المقنعة ^(٥) التزامه ذلك. ولكن لا يخفى ظهور كلامهم في غيره. واستشكله في الرياض بناءً على مذهب المشهور ثم قال: «ولا يبعد لزوم عليه التفاتاً إلى أن الحكم بالتأجيل في حقّ الشفيع إنّما هو مراعاة لحقه واستخلاص له عن لزوم التعجيل به، فإذا سقط حقه وتبرّع بالتعجيل فلا موجب للمشتري عن عدم قبوله مع دلالة الإطلاقات على لزومه» ^(٦). قلت: مع فرض دلالة الإطلاق على ذلك لم يكن وجه لجواز شفعته مؤجلاً؛ ضرورة أن مبنى ذلك كما عرفت دعوى ظهور قوله عليه السلام «بالثمن» ^(٧) في المماثلة حتى بالتأجيل. وحينئذ يكون الأجل بالنسبة إليه كالأجل بالنسبة للمشتري، وإن كان الأقوى ما عرفت من ظهور الأدلة في اعتبار الحلول في الثمن في مشروعية الشفعة عندنا. وإنّما كلامنا على المشهور الذي مقتضاه أن للمشتري عدم القبول وإن بذله الشفيع وإلزامه بالكفيل.

وفيه ما عرفت، مضافاً إلى منافاته للإرفاق بالشفيع الذي ثبتت له الشفعة مراعاة للضرر عليه، ولا ريب في حصول كمال الضرر عليه بإلزامه بالكفيل وعدم قبول الثمن حالاً منه على وجه تسقط شفعته إن لم يتيسر له ذلك. وأيضاً قد عرفت أن الشفعة على خلاف الأصل، والمتيقّن من ترتّب الأثر على الأخذ بها مع دفع الثمن فعلاً. بل إن يكن إجماع على كفاية الصبر من المشتري في ثبوته في ذمة الشفيع. أمكن المناقشة في ثبوتها فيها على وجه يكون ديناً له على الشفيع ويملكه بالإيجاب من الشفيع خاصة.

(١) التهذيب ٧: ١٦٤، ح ٧٢٨. الوسائل ٢٥: ٣٩٦، ب ٢ من الشفعة، ح ١.

(٢) الوسائل ٢٥: ٤٥٥، ب ٩ من الشفعة، ح ١. (٣) الوسائل ٢٥: ٤٠٦، ب ١٠ من الشفعة، ح ١.

(٤) انظر فتح العزيز (المجموع) ١١: ٤٥٠. المدونة الكبرى ٥: ٤٠٦.

(٥) المقنعة: ٦٢٠. (٦) الرياض ١٢: ٣٣٤.

(٧) الوسائل ٢٥: ٣٩٦، ب ٢ من الشفعة، ح ١.

وعلى كل حال فـ [المختار] [١] أُن المتَّجه حينئذٍ اعتبار الحلول عليه متى أخذ بالشفعة [٢].
نعم هل يكون التأجيل للمشتري عذراً للشفيع لو أراد التأخير بشفعته من حيث الزيادة له بناءً على الفورية ؟
وجهاً لا يخلو أولهما من قوة [٣].
[الشفعة تورث]:

المسألة (الثانية) قال المفيد والمرضى^(١) رحمهما الله [٤].
إن (الشفعة تورث) ولو للإمام عليه السلام سواء طالب المورث أولاً إذا لم يكن ذلك إسقاطاً [٥]. (و) لكن مع ذلك
قال الشيخ [٦]: (لا تورث) [٧] (تويلاً على رواية) محمد بن يحيى عن (طلحة بن زيد) [٨]. (و) لكن (هو)

- [١] [إذ] قد ظهر لك من ذلك كله [ذلك].
[٢] لَيْتُمْ ملكه للشقص . و لظاهر قوله عليه السلام : « أَحَقُّ بالثمن »^(٢) والمراد منه من حيث المقدار . وخبر ابن مهزيار^(٣) وغير ذلك
مما أشرنا إليه .
[٣] بناءً على ما تكرر منا غير مرة من أن مقتضى إطلاق الأدلة ثبوت حق الشفعة على الدوام ، والضرر على المشتري بذلك هو
الذي أدخله على نفسه بشرائه ما فيه الشفعة غير ملاحظ لما يسقطها . ولكن للإجماع المحكي أو غيره قلنا بسقوطها مع الإهمال
رغبة عنها من حيث كونها كذلك لا لغرض معتد به عند العقلاء . وبعد تسليم عدم كون ذلك عذراً مجزئاً للتأخير لا مدخل له فيما
ذكرناه من أن الشفعة على الحلول مطلقاً . وحينئذٍ فكلام الشيخ عليه السلام قد تضمن أمرين لا مدخلة لأحدهما في الآخر ، والله العالم .
[٤] وأبو علي والشيخ في بيع الخلاف وابن إدريس ويحيى بن سعيد والآبي والفاضل والشهيدان والكركي والمقداد
وابن فهد والصيمري^(٤) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم .
[٥] بل ظاهر المرتضى وعن صريح السرائر : الإجماع عليه ؛ لعموم الأدلة كتاباً وسنةً . سيما المرسل في المسالك وغيرها
عنه عليه السلام : « ما ترك الميت من حق فهو لوارثه »^(٥) . المندرج فيه حق الخيار بلا خلاف ، بل قيل : إنه متفق عليه^(٦) . وكذلك حق
القذف وغيره مما هو كالشفعة ، وتجدد ملك الوارث لا ينافي أخذ ما استحقه مورثه .
[٦] [قاله] في النهاية ومحكي الخلاف هنا والمهذب والوسيلة والطبرسي^(٧) .
[٧] بل عن المبسوط نسبته إلى الأكثر^(٨) .
[٨] عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنه قال : « لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم » وقال : إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : لا يشفع في
الحدود ، وقال : لا تورث الشفعة »^(٩) .

(١) المقنعة : ٦١٩ ، الانتصار : ٤٥١ . (٢) (٣) تقدّم في ص ٢٤٦ .

(٤) نقله عن أبي علي في المختلف ٥ : ٣٤٧ ، الخلاف ٣ : ٢٧ ، السرائر ٢ : ٣٩٢ ، الجامع للشرائع : ٢٧٨ ، كشف الرموز ٢ : ٣٩٨ ، القواعد ٢ : ٢٥٨ .

الدروس ٣ : ٣٧٤ ، المسالك ١٢ : ٣٤٠ - ٣٤١ ، جامع المقاصد ٦ : ٤٤٧ ، التنقيح ٤ : ٩٥ ، المقنن : ٣٤٨ ، غاية المرام ٤ : ١١٥ .

(٥) (٦) المسالك ١٢ : ٣٤١ .

(٧) النهاية : ٤٢٥ - ٤٢٦ ، الخلاف ٣ : ٤٣٦ - ٤٣٧ ، المهذب ١ : ٤٥٩ ، الوسيلة : ٢٥٩ ، المؤلف من المختلف ١ : ٦٣٢ .

(٨) المبسوط ٣ : ١١٣ . (٩) الوسائل ٢٥ : ٤٠٧ ، ب ١٢ من الشفعة ، ح ١ .

أى طلحة بن زيد (بصري) [١]. (و) من هنا كان (الأول أشبه) [٢] ولذا قال المصنف: (تمسكاً بعموم الآية) [٣].
[تقسيم حق الشفعة على الوارث]:

المسألة (الثالثة: وهي) أي الشفعة بناءً على أنها (تورث كالمال) تقسّط على النصيب لا الرؤوس (فلو ترك زوجة) مثلاً (ولداً فللزوجة الثمن وللولد الباقي) [٤]. ثم [المختار] [٥] أنها [= الزوجة] لا تحرم من الشفعة وإن

[١] بل قيل: إن محمّد بن يحيى غير معروف^(١) وإن كان فيه أنّ الظاهر كونه الخزّاز.

بل قيل: إنّ الظاهر عدّ حديث طلحة من القوي أو الموثّق، لأنّ كتابه معتمد ودخل تحت إجماع العدة، وأنّ صفوان يروي عنه^(٢)، إلّا أن ذلك غير مجد بعد إعراض من عرفت عنه وتحقّق خلاف الأثرية المحكية.

[٢] بأصول المذهب وقواعده التي منها عدم الخروج بمثله عن العمومات، خصوصاً بعد رجوع الشيخ في الخلاف^(٣) إلى الأول في كتاب البيع المتأخّر عن الشفعة، ومعلومية كون النهاية متون أخبار، ورواية الصدوق^(٤) له أعمّ من عمله به، كما لا يخفى على من لاحظ كتابه، فينحصر الخلاف حينئذٍ في نادر، وخصوصاً بعد إضماره وموافقه للمحكي عن الثوري وأبي حنيفة وأحمد^(٥).

[٣] فمن الغريب بعد ذلك كلّ ميل المقدّس الأردبيلي إلى العمل أو قوله به^(٦)، والله العالم.

[٤] بلا خلاف أجده فيه بيننا وإن توهم ذلك من عبارة المبسوط. قال: «فمن أثبت الميراث في الشفعة ورّثه على فرائض الله، فإن خلف زوجة وابناً كان لها الثمن والباقي لابنه، وعلى هذا أبداً عند من قسمه على الانصاء، ومن قسمه على الرؤوس جعله بينهما نصيبين»^(٧) والظاهر أنّه أراد العامة. قال في محكي التذكرة: «اختلفت الشافعية فقال بعضهم: إنّ الشافعي قال: إنّها على عدد الرؤوس، ونقله المزني عنه، وقال بعضهم: هذا لا يحفظ عن الشافعي، فإن الجماعة إذا ورّثوا أخذوا الشفعة بحسب فروضهم قولاً واحداً، لأنّهم يرثون بالشفعة عن الميت، لا لأنّهم يأخذونها بالملك»^(٨). لكن في المختلف بعد أن ذكر ما في المبسوط قال: «إنّ كلامه الأخير يصيّر المسألة خلافية»^(٩). وعلى كلّ حال فلا خلاف محقّق ولا إشكال؛ ضرورة أنّه مقتضى ثبوتها بالإرث القسمة على النصيب كغيرها من الموروث، وليس ثبوتها بالشركة، ولذا أثبتنا من لم يقل بالشفعة مع الكثرة كما أوماً إليه في الدروس وغيرها. قال: «ليس هذا مبنياً على الكثرة، لأنّ مصدرها واحد، فتقسم على السهام» ثم قال: «ولك أن تقول هل الوارث يأخذ بسبب أنّه شريك أم يأخذ للمورث ثم يخلفه فيه؟ فعلى الأول يتّجه القول بالرؤوس وعلى الثاني لا»^(١٠). ومن الغريب بعد ذلك كلّ ما في الرياض من دعوى «أنّ الحجّة على ذلك غير واضحة عدا ما استدلّوا به لإثبات أصل المسألة من عمومات الإرث، وهو حسن إن بلغ درجة الحجّة كما ظنّوه، وإلّا - كما ذكره بعض الأجلّة، ولعلّه لا يخلو من قوّة - ففيه مناقشة، والأصل يقتضي التسوية، لكن المخالف لهم غير معروف وإن ذكره قولاً، والظاهر أنّه من العامة كما يستفاد من جماعة»^(١١).

وفيه: أنّه مع فرض عدم تناول أدلّة الإرث لذلك لا شفعة أصلاً للوارث - الذي تجدد ملكه بعد حصول البيع - وإن كانت ثابتة للمورث، لكن الفرض عدم تناول أدلّة الإرث لذلك، فليس حينئذٍ إلّا الشركة المتجدّدة، وهي لا تقتضي الشفعة، كما هو واضح.
[٥] [كما] أن ذكر الزوجة في المتن وغيره لبيان [ذلك].

(١) انظر الرياض ١٢: ٣٣٨. مفتاح الكرامة ٦: ٤٠٤. (٢) مفتاح الكرامة ٦: ٤٠٤. الخلاف ٣: ٢٧.

(٤) الفقيه ٣: ٧٨، ح ٣٣٧٣. (٥) المغني (لأين قدامة) ٥: ٥٣٦ - ٥٣٧.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١١ - ١٢. (٧) المبسوط ٣: ١١٣. التذكرة ١٢: ٢٨٥.

(٩) المختلف ٥: ٣٥٤. (١٠) (١١) الدروس ٣: ٣٧٤. الرياض ١٢: ٣٣٩.

حرمت من بعض الأشياء [١]. [بل قد يقال: إنها ترث الشفعة في العقار وإن لم تكن ترث من الشقص].

وعليه قد يتصور إرثها للشفعة بالشركة في الشرب، فإنها ترث منه ويتبعه إرثها للشفعة حيثئذ.

وبالجملة: فالمراد أنها حيث ترث الشفعة يكون لها الثمن في المشفوع والباقي للولد إذا لم يكن غيرهما، لا

أنه يكون بينهما بالنصف كالشريكين على القول بثبوتها مع تعدد الشركاء، كما عرفت الكلام فيه مفصلاً [٢].

(و) كيف كان (ف) لو عفا أحد الوارث عن نصيبه لم تسقط الشفعة وإن قلنا بالسقوط لو وقع ذلك عن

المورث الذي لا شريك له فيها، بناءً على منافاة مثله للفورية، والفرض عدم صحة التبعض منه، بخلاف الفرض الذي قد اشترك فيه جميع الورثة، فلا يسقط الحق بعفو البعض.

نعم لو فرض أن الوارث واحد وعفا عن البعض سقطت بناءً على السقوط بمثله في المورث.

(و) على كل حال فإذا عفا البعض (كان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع) [٣].

وكيف كان فقول المصنف (وفيه تردد ضعيف) [فيه احتمالان] [٤].

[١] بل قد يقال: إنه لبيان أنها ترث الشفعة في العقار وإن لم تكن ترث من الشقص الذي استحق به المورث الشفعة، فهي تشارك الورثة في الشفعة دون الشقص الذي انتقل إليه من المورث، فإن استحقاقهم الشفعة ليس للشركة؛ ضرورة تجدد ملكهم، بل هو للإرث المشترك بينهم وبينها في سببه المستفاد من الكتاب والسنة. اللهم إلا أن يقال: إنها تمنع من الإرث للعقار والحق المتعلق به المقضي لانتقاله أيضاً. خصوصاً مع ملاحظة ما ورد من حكمة منعها من الإرث منه^(١) مؤيداً بأن إرث الشفعة إنما يكون بإرث سببه، والفرض عدم إرثها في الشقص الذي هو سببها، إلا أن الجميع كما ترى.

[٢] واحتمال القول به هناك ذلك أيضاً لبعض النصوص السابقة يدفعه عدم الجابر له في المقام، لما عرفت، والله العالم.

[٣] لأن عفوه إنما يسقط استحقاقه نفسه الأخذ لا الشفعة عن مقدار حقه؛ لما عرفت من عدم تبعض الشفعة، والفرض أن مصدرها هنا واحد، فليست إلا شفعة واحدة وإن كثرت المستحق لها على وجه توزع عليهم على قدر النصيب لو أخذوا بها.

وبذلك ظهر لك الفرق بين المقام وبين العفو من أحد الشركاء بناءً على ثبوتها مع الكثرة، لأنها باعتبار تعدد مستحقيها أصالة كانت بمنزلة تعدد الشفعات، فيمكن القول بصحة عفو البعض بالنسبة إلى نصيبه خاصة، ولا تبعض في الشفعة كما سمعته من أبي علي سابقاً، بل سمعت ما يقتضي قوته. لكن عن التذكرة هنا: «الوجه أن حق العافي للمشتري، لأنهما لو عفوا معاً لكان الشقص له، فكذا إذا عفا أحدهما يكون نصيبه له، بخلاف حد القذف، فإنه وضع للزجر، فله تعالى فيه حق»^(٢). بل قد سمعت^(٣) سابقاً ما في الانتصار أيضاً. بل تأمل في ذلك أيضاً المقدس الأردبيلي هنا^(٤). وهو وإن كان مؤيداً لما ذكرناه سابقاً على القول بالكثرة، إلا أن الإنصاف إمكان الفرق بين المقامين بما عرفت.

[٤] محتمل لإرادة بيان احتمال سقوط أصل الشفعة بعفو البعض كالمورث. وإرادة بيان صحة عفو العافي في نصيبه، فبأخذ غيره من شركائه ما عداه. وقد عرفت وجه ضعفه على كلا التقديرين.

(١) انظر الوسائل ٢٦: ٢٠٥، ب ٦ من ميراث الأزواج. (٢) التذكرة ١٢: ٢٨٥ - ٢٨٦.

(٣) تقدم في ص ٢٤٧. (٤) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١١.

نعم لو عفا أحد الوراث وطالب الآخر فمات المطالب وورثه العافي فله الأخذ بالشفعة [١]. ولو مات مفلّس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة، بناءً على المختار من انتقال التركة للوارث وإن استغرقها الدين. أمّا على القول ببقائها على حكم مال الميّت ففي ثبوت الشفعة إشكال، وعلى تقديره ففي الأخذ بها له إشكال. ولو بيع بعض ملك الميّت في الدين لم يكن لوارثه المطالبة بالشفعة، بناءً على أنّ التركة ملك له، بل وعلى القول بأنّها على حكم مال الميّت وأنّه لا يملك شيئاً منها إلّا بعد قضاء الدين [٢].

نعم لو قلنا بأنّه يملك الرائد عن قدر الدين اتّجه احتمال ثبوتها له [٣]. وكذا الكلام فيما لو كان الوارث شريكاً للمورث فبيع نصيب المورث في الدين. ولو اشترى شقصاً مشفوعاً وأوصى به ثمّ مات فللشفيع أخذه بالشفعة [٤]. ويدفع الثمن إلى الورثة، وبطلت الوصية التي هي ليست أولى من الوقف [٥]. ولو أوصى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحقّ الشفعة الوارث، بناءً على أنّ القبول ناقل [٦]. نعم بناءً على أنّ القبول كاشف عن ملكه بالموت تكون الشفعة له إذا قبل وشفع فوراً، ولا يستحقّها قبل القبول [٧]. وعلى تقدير استحقاقه [= الوارث] المطالبة لو طالب ثمّ قبل الموصى له افتقر إلى الطلب ثانياً [٨].

[١] لاستحقاق المطالب الجميع بعد عفو العافي فموته ينتقل استحقاقه إلى وارثه الذي هو العافي، ولا يضرّ عفو السابق، لأنّ هذا حقّ آخر بسبب آخر غير الأوّل. فما في القواعد والمحكي من حواشيهما للشهيد من الإشكال في ذلك^(١) في غير محلّه.

[٢] ضرورة تجدد ملكه حينئذٍ بعد البيع، فلا يستحقّ شفعة.

[٣] لأنّه شريك حينئذٍ.

[٤] لسبق حقّه.

[٥] لتعلّقها بالعين لا البدل.

[٦] لأنّه المالك حينئذٍ دون الموصى له.

[٧] لعدم العلم بكونه مالكا قبله، وحينئذٍ يتّجه كونه عذراً له. لكن في الدروس: «هل يكون ذلك عذراً له؟ الأقرب لا»^(٢). وفيه ما عرفت. بل في القواعد: «ولا يستحقّ الوارث أي المطالبة - لأنّا لا نعلم أنّ الملك له قبل الردّ - ثمّ قال: ويحتمل مطالبة الوارث، لأنّ الأصل عدم القبول، وبقاء الحقّ»^(٣). وفيه: أنّه - مع اعتبار الردّ في تملكه أيضاً مقتضى الأصل عدمه فهو حينئذٍ مملوك لمالك في الواقع غير معيّن، وعدم القبول الذي يدعى أصالة عدمه مرجعه إلى أمر وجودي، وهو إنشاء عدم إرادته لا لسكوت فإذا مات انتقل إلى وارثه. وهكذا تملك كلّ منهما في الحقيقة متوقّف على أمر وجودي مقتضى الأصل عدمه، لأنّ الموت صالح لتمليك الموصى له وتمليك الوارث لمكان الوصية المستعقبه للقبول والردّ، فليس هناك حقّ لأحدهما يستصحب بقاؤه.

[٨] لظهور عدم استحقاق المطالب.

(١) القواعد ٢: ٢٥٨. نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٦: ٤٠٦.

(٢) الدروس ٣: ٣٧٥.

(٣) القواعد ٢: ٢٥٩.

ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له ، بناءً على النقل وفي الوارث وجهان مبنيان على ثبوتها لمن باع قبل العلم ببيع شريكه وعدمه ، أقواما الثبوت ، والله العالم .
[لو باع الشفيع نصيبه قبل العلم بالشفعة] :

المسألة (الرابعة) : إذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة (على وجه لا ينافي الفورية) قال الشيخ^(١) [١] :
(سقطت شفيعته) [٢] (لأن الاستحقاق لها) (بسبب النصيب) مع البيع [٣] . (لكن المختار عدم السقوط) .
هذا كله مع العلم (أما لو باع قبل العلم) فـ [قد قيل :] [٤] (لم تسقط ؛ لأن الاستحقاق سابق على البيع) [٥] .

[١] والقاضي وابن حمزة ويحيى بن سعيد والفاضل والشهيد والكرخي^(٢) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم :
[٢] بل لا خلاف فيه محقق كما ستعرف ؛ لأن البيع بعد العلم يؤذن بالإعراض عنها ، كما إذا برك أو ضمن الدرك [لذلك] .
[٣] للضرر المنفي حال البيع ، وقد زال بزوال أحد جزئيه ، فيزول المسبب ، ولا يكفي وجوده حال الشراء ، لظهور قوله عليه السلام :
« لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم »^(٣) في اعتبار حصولها حال الشفعة وإلا ثبت لغير شريك ، مؤيداً بما سمعته من كون العلة في ثبوتها الضرر^(٤) الممتنع مع البيع . ولكن قد يناقش بمنع الإيدان المزبور ؛ ضرورة أعمية البيع منه ، وبأن المسلم من جزئية الشركة للسبب حصولها حال البيع ، لبقاؤها إلى حال الأخذ ، فإن النصوص إنما هي في بيان موضوع استحقاق الشفعة لا أخذها . ودعوى ظهورها في اعتبار بقاء وصف « الشريك الغير المقاسم » حال الأخذ واضحة المنع . بل صريح كلامهم في استحقاق الشفعة للشريك وإن حصلت القسمة الشرعية مع الوكيل أو غيره . والضرر إنما هو حكمة لا علة ، والظهور من الخبر المزبور قد عرفت أنه حين تعلّقها لا حين الأخذ بها ، وليس ذلك إثباتاً لها لغير شريك بل هو استدامة لثبوتها حال الشركة .
[٤] [كما] عن الشيخ ويحيى بن سعيد وظاهر ابن حمزة^(٥) .

[٥] وفي القواعد ففي البطلان إشكال ينشأ من زوال السبب ومن ثبوته قبل البيع^(٦) . قيل^(٧) : « ونحوها ما في التحرير والحواشي والدروس من عدم الترجيح مع الميل في الأخير إلى البطلان »^(٨) الذي هو خيرة الإرشاد والمختلف وجامع المقاصد ومجمع البرهان^(٩) . وفي المسالك : لا يخلو من قوة^(١٠) . لكن لا يخفى عليك ما في التعليل المزبور المقتضي للصحة أيضاً في الصورة السابقة . فمن الغريب الإشكال هنا من جهته مع الجزم بالسقوط في الأولى فضلاً عن الجزم بعدم السقوط هنا . ولعله لذا جزم من عرفت بالبطلان كالأولى ، إلا أنه قد عرفت الإشكال في ذلك . وأما المتن فالموجود عندنا في نسختين وحكي^(١١) أيضاً عن ثلاث نسخ مصححة محشة [ولو قيل : ليس له الأخذ في صورتين كان حسناً] .

(١) المبسوط ٣ : ١٢٣ .

(٢) المهذب ١ : ٤٥٥ . الوسيلة : ٢٥٩ . الجامع للشرائع : ٢٧٩ . القواعد ٢ : ٢٥٨ . الدروس ٣ : ٣٨٦ . جامع المقاصد ٦ : ٤٤٥ .

(٣) الوسائل ٢٥ : ٣٩٦ ، ب ٣ من الشفعة ، ح ٢ . (٤) انظر الوسائل ٢٥ : ٣٩٩ ، ب ٥ من الشفعة ، ح ١ .

(٥) المبسوط ٣ : ١٤٢ . الجامع للشرائع : ٢٧٩ . الوسيلة : ٢٥٩ .

(٦) القواعد ٢ : ٢٥٨ . (٧) مفتاح الكرامة ٦ : ٤٠٣ .

(٨) انظر التحرير ٤ : ٥٩٠ . ولم نثر عليه في الحواشي . الدروس ٣ : ٣٨٨ .

(٩) الإرشاد ١ : ٣٨٧ . المختلف ٥ : ٣٦١ . جامع المقاصد ٦ : ٤٤٦ - ٤٤٧ . مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٤٠ .

(١٠) المسالك ١٢ : ٣٤٤ . (١١) مفتاح الكرامة ٦ : ٤٠١ .

[قال المصنف:] [ولو قيل ليس له الأخذ في الصورتين كان حسناً] [١].

[والأقوى عدم السقوط مطلقاً، سواء كان قبل العلم بها أو بعده]. وعلى كل حال فلا إشكال في أن للمشتري

الأول الشفعة على الثاني، إذا لم يشفع الشفع بنصيبه بناءً على ثبوت الشفعة له [٢].

بل وإن شفع في أقوى الوجحين، كما قدّمنا ذلك سابقاً، والله العالم. ومنه يعلم الوجه في قول المصنف:

(تفريع على قوله) أي الشيخ (رحمه الله) (لو باع الشريك وشرط الخيار للمشتري ثم باع الشفع نصيبه، قال

الشيخ^(١): الشفعة للمشتري الأول، فإن^(٢) الانتقال تحقق بالعقد) [٣]. [قال:] [ولو كان الخيار للبائع أو لهما

فالشفعة للبائع الأول] عند الشيخ رحمه الله (بناءً) منه (على أن الانتقال لا يحصل إلا بانقضاء الخيار) فالبائع حينئذ هو

الشريك [٤].

[لو باع شقصاً في مرض الموت من وارث محاباة]:

المسألة (الخامسة): لو باع شقصاً في مرض الموت من وارث) أو غيره (وحابى فيه) بأن باعه بنصف قيمته

مثلاً (فإن خرج) ت المحاباة (من الثلث صح) [٥].

(وكان للشريك^(٣) أخذه بالشفعة) بما وقع عليه العقد من الثمن [٦].

[١] بل في الدروس^(٤) حكاية البطلان عنه أيضاً. وحينئذ يكون من القائلين بالسقوط فيهما. لكن في المسالك: «أن الذي

اختاره المصنف عدم البطلان مطلقاً لأن الاستحقاق ثبت بالشراء سابقاً على بيعه، فيستحب لأصالة عدم السقوط، ولقيام السبب

المقتضي له، وهو الشراء فيجب أن يحصل المسبب»^(٥). ولعله عثر على نسخة خالية عن لفظ «ليس». ومن هنا جعل الأقوال في

المسألة ثلاثة: السقوط مطلقاً، وعدمه كذلك، والتفصيل بين حالي العلم والجهل. وحينئذ يكون موافقاً لما ذكرناه من أن الأقوى

عدم السقوط مطلقاً، مع أنه لا وحشة من الانفراد مع الحق، كما لا أنس بالكررة مع الباطل.

[٢] ضرورة كونه حينئذ شريكاً قديماً، وقد حدث عليه ملك المشتري الثاني.

[٣] وحينئذ يكون شريكاً قديماً قد حدث عليه ملك المشتري الثاني، فيأخذ الشفع منه حيث لا تسقط شفعته ببيع نصيبه أو

فقلنا بعدم السقوط مطلقاً، ويأخذ هو من المشتري الثاني.

[٤] وعلى ما يحكى عنه في الخلاف من أن الخيار إذا كان للمشتري وحده ينتقل الملك عن البائع ولا يثبت

للمشتري^(٦). يتجه عدم الشفعة لكل منهما. وإن كان هو في غاية الضعف. بل قد عرفت أن الأصح انتقال المبيع إلى المشتري

مطلقاً، فالشفعة حينئذ له كذلك على الوجه الذي ذكرناه والله العالم.

[٥] بلا خلاف ولا إشكال.

[٦] لإطلاق الأدلة.

(١) المبوط ٣: ١٢٣. (٢) في الشرائع: «لأن».

(٣) في الشرائع المحققة: «للشفع».

(٤) المسالك ١٢: ٣٤٤.

(٥) الخلاف ٣: ٢٢، ٤٤٥.

(٦) الدروس ٣: ٣٦٨.

(وان لم يخرج) منه بأن لم يكن له ما عده مثلاً، ولم نقل بخروج المنجز من الأصل، كما هو الأصح (صح) البيع (منه) فيه) بما قابل الثمن وما يحتمله الثلث من المحابة) لا غيرهما (إن لم تجز الورثة) ويأخذ الشفع حينئذ ذلك بكل الثمن.

فلو فرض مثلاً كون قيمة الشقص مئتين فحابي وباعه بمئة وليس له سواء صح البيع في خمسة أسداسه التي هي النصف والثلث، وبطل في السدس الذي لم يقابله ثمن، فيأخذ الشفع إن شاء خمسة أسداسه بكل الثمن [١]. نعم لا يتم ذلك في الربوي كما إذا كان جميع تركته كزاً من طعام قيمته ستة دنانير فباعه بكر ردي قيمته ثلاثة، فإن الحكم بصحة ما قابل الثمن منه والثلث والبطلان في السدس يستلزم الربا؛ ضرورة كونه حينئذ خمسة أسداس كز بكر.

ومن هنا روعيت المطابقة بين العوضين في المقدار مع إيصال قدر العوض والثلث إلى المشتري، فيرد على الورثة ثلث كزهم وقيمتهم ديناران ويردون عليه ثلث كزه وقيمتهم دينار، فيصح البيع في ثلثي كل واحد منهما بثلثي الآخر. [وقد يقال بمثل ذلك في غير الربوي أيضاً] [٢].

فالمتمجه حينئذ في مسألة الدار المزبورة صحة البيع في ثلثيها بثلثي المئة فيأخذ الشفع ذلك به إن شاء. إلا أنه لما كانت المسألة دورية - لأنه لا يعرف قدر ما يصح فيه البيع إلا بعد أن يعرف مقدار التركة لتخرج المحابة من ثلثها، ولا يعرف مقدار التركة إلا إذا عرف قدر الثمن، لأنه محسوب منها، لانتقاله إلى ملك المريض بالبيع - كان لمعرفة ذلك طريقان:

أحدهما: إسقاط الثمن من قيمة المبيع ونسبة الثلث إلى الباقي، فيصح البيع بقدر تلك النسبة. ففي المثال تسقط المئة - التي هي الثمن - من قيمة المبيع - وهو المئتان فيبقى - مئة، وينسب ثلث التركة - وهو ستة وستون وثلثان - إلى الباقي بعد الإسقاط، وهو المئة فيكون ثلثين فيصح البيع في ثلثين بثلثي الثمن. والثاني طريق الجبر والمقابلة كما تقدم ذلك كله في كتاب الوصايا، فلاحظ وتأمل.

هذا كله على المختار من كون المنجزات من الثلث (و) إلا فقد (قيل) هنا: (يمضي) البيع (في الجميع) بالثمن

[١] لأن الأصل لزوم البيع من الجانبين خرج منه ما زاد عن الثلث ممّا لا عوض عنه، فيبقى الباقي.

ولأن ذلك بمنزلة بيع وهبة، فالبيع منه ما قابل الثمن والهبة ما زاد، فتنفذ في الثلث منه وبطل في الباقي.

[٢] لكن الفاضل في أكثر كتبه والكركي وثاني الشهيدين قالوا بمثل ذلك في غير الربوي أيضاً^(١)؛ لأن فسخ البيع في بعض المبيع يقتضي فسحه في قدره من الثمن، لوجوب مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن، فكما لا يجوز فسخ البيع في جميع المبيع مع بقاء بعض الثمن قطعاً فكذلك لا يجوز فسخ بعض المبيع مع بقاء جميع الثمن، وإذا امتنع ذلك وجب الفسخ فيهما، لأن المانع في الموضعين هو بقاء أحد المتقابلين بدون المقابل الآخر. كما لو اشترى سلعتين فبطل البيع في إحدهما، فإن المشتري يأخذ الأخرى بقسطها من الثمن.

(من الأصل ويأخذه الشفيع) حينئذٍ بذلك (بناءً على أن منجزات المريض ماضية من الأصل) [١] [وهو فاسد].
[لو صالح الشفيع على ترك الشفعة]:

المسألة (السادسة: إذا صالح) المشتري مثلاً (الشفيع على ترك الشفعة صح وبطلت الشفعة) [٢]: (لأنه حق مالي) كالخيار (فينفذ فيه الصلح) [٣] على وجه يكون الصلح هو المسقط فلا يحتاج بعد إلى إنشاء مسقط نحو الصلح القائم مقام الإبراء [٤].

ويمكن تصوّر وجهين آخرين للصلح أحدهما وقوعه على أن يوجد المسقط كغيره من الأعمال، وثانيهما إيقاعه على أن لا يأخذ الشفعة وإن كانت هي حقاً له [٥]. [والظاهر جواز ذلك].

إلا أن الأول مع فرض عدم وفائه بما عليه من إنشاء المسقط - الذي يفرض توقّف السقوط عليه - لا يحصل به السقوط حينئذٍ.

[١] لكن قد بينا فساده في محله فلاحظ وتأمل. ثم لا يخفى أنه لا فائدة في تخصيص المصنف الحكم بالوارث إلا ما قيل^(١) من التنبيه بذلك على خلاف العامة^(٢) في المحاباة معه، فإنّ منهم من حكم بصحة البيع ومنع الشفعة، ومنهم من منعهما ومنهم من أثبتها. لكن كان الأول أن يقول: «وارث أو غيره» لا الاقتصاد عليه خاصة، والأمر سهل.

[٢] كما صرح به الشيخ والحلي والفاضل والشهيدان والكركي^(٣) وغيرهم. بل لا أجد فيه خلافاً وإن أشعر به ما في المفاتيح من نسبتها إلى القيل^(٤). بل عن ظاهر المبسوط والتذكرة الإجماع عليه حيث قيل فيهما: عندنا^(٥).

[٣] الذي أدلته عامة له ولغيره من إسقاط حق الزوجة وغيره.

[٤] ودعوى الشك في مشروعية الصلح على الوجه المزبور يدفعها ظهور اتفاق الأصحاب على مشروعيتها على الوجه المذكور الذي هو عندهم كالصلح النقلي المملّك. ولا يلزم من ذلك مشروعيتها على وجه يفيد فائدة الطلاق أو النكاح أو التحرير أو الوقف أو غير ذلك من العقود بعد ظهور الاتفاق على خلافه. وعموم جوازه بين المسلمين لو سلم اقتضاؤه ذلك لا يجدي بعدما عرفت الذي هو العمدية في ذلك لا اعتبار الألفاظ المخصوصة فيها، خصوصاً مثل الطلاق الذي ورد فيه «إنما الطلاق أن يقول... أنت طالق»^(٦).

إذ هو - مع أنه لا يتم في غير الطلاق ممّا لم يرد فيه الحصر المزبور - لا ينافي المشروعية بالصلح بعد تسليمها؛ ضرورة كونه صلحاً مفيداً فائدة الطلاق أو الوقف أو التحرير لا أنه طلاق ووقف وتحرير فهو عقد مستقل برأسه مفيد فائدة غيره لا أنه فرع على غيره كما قاله الشيخ^(٧)، وقد عرفت ضعفه في محله، فالعمدة في المنع حينئذٍ ما عرفت.

وعلى كلّ حال فما في المتن وغيره من كتب الأصحاب من الصلح المذكور في المقام يراد منه المعنى المزبور، وهو الذي يكون مقتضاه السقوط من غير حاجة إلى مسقط بعد ذلك.

[٥] ولعلّ عموم الصلح مع عدم ظهور اتفاق على عدم يقتضي الجواز.

(١) المسالك ١٢: ٣٤٧. (٢) انظر المعنى (لأين قدامة) ٥: ٤٧٢ - ٤٧٤.

(٣) المبسوط ٣: ١٤٥. الرائر ٢: ٣٩٧. القواعد ٢: ٢٥٨. الدروس ٣: ٣٦٩. المسالك ١٢: ٣٤٨. جامع المقاصد ٤٤٦: ٤٤٤.

(٤) المفاتيح ٣: ٨٢. (٥) المبسوط ٣: ١٤٥. التذكرة ١٢: ٣٣٠.

(٦) الوسائل ٢٢: ٤١، ب ١٦ من مقدمات الطلاق، ح ٣. (٧) المبسوط ٢: ٢٨٨.

لكن لو فعل المصالح ضد ما صولح عليه - بأن أنشأ ما يقتضي الأخذ بالحق - يترتب على ذلك أنه وإن أتم بعدم الوفاء بالأول أو لا أثر له بعد أن ملك عليه غيره بعقد الصلح ؟ وجهان أقواهما الثاني [١] .

وأما الثاني فلا يبعد أنه على النحو المزبور أيضاً ، فلا يؤثر بعد إنشاء الشفعة المستحق عليه تركها نحو استحقاق عدم العزل عن الوكالة على الموكل مثلاً بالاشتراط في عقد لازم . ومنه يعلم : صحة شرط ترك الأخذ به فيه أيضاً ، فلا يؤثر إنشاؤها بعد ذلك [٢] . كما أنه لا ينافي ذلك عدم صحة انتقالها من ذي الحق إلى غيره لو صالح عنها أجنبي على وجه يرد إثبات الشفعة له [٣] .

[لو تبايعاً شقصاً فضمن الشفيع الدرك] :

المسألة (السابعة) : إذا تبايعا شقصاً فضمن الشفيع الدرك عن البائع أو) عهدة الثمن (عن المشتري) في نفس العقد (أو شرط المتبايعان) أو أحدهما (الخيار للشفيع لم تسقط بذلك الشفعة) مع فرض عدم منافاة الفورية بناءً على اعتبارها [٤] .

[١] وربما يؤيد ما ذكره في اشتراط عدم العزل في الوكالة وفي اشتراط تحرير العبد فباعه مثلاً أو بالعكس بل وما ذكره أيضاً في مندور الصدقة مثلاً وغير ذلك .

[٢] وليس ذلك من مخالفة الكتاب والسنة ، فإن المراد عدم الأخذ بما يستحقه ، لا إبطال أصل الاستحقاق .

[٣] وإن كان قد يحتمل ؛ لعموم أدلة الصلح ، فهو حينئذ وإن لم يكن ممن حصل له سبب الاستحقاق بالأصالة لكنه بالصلح استحقه من ذي الحق الذي هو مسلط عليه كتسلطه على ماله . ولذا ينتقل إلى الزوجة حق ضررها من القسم وينتقل إلى الأجنبي حق الحجر . بل قد يحتمل ذلك في الخيار أيضاً بناءً على أن الفسخ به هو المملك للعين . نحو ما قيل في الرجوع بالطلاق ، لأنه معيد للسبب الأول ، فحينئذ ينقل الخيار بالصلح ، ويملك المصالح بالفسخ العين ذات الخيار . ولكن يدفع كله - مضافاً إلى إمكان دعوى الإجماع على خلافه - عدم دليل يقتضي تسلط ذي الحق على حقه بحيث ينقله إلى غيره ، وخصوصيات الموارد لا تفيد العموم ، وعمومات الصلح والشرط لا تقتضي ذلك . خصوصاً بعد ملاحظة اتفاق الأصحاب ظاهراً لا أقل من الشك ، فبقى حينئذ على مقتضى أصالة عدم الانتقال . وعلى كل حال فلا يشكل أصل الحكم هنا بأنه إذا شرع في عقد الصلح كان ذلك منافياً للفورية ، فبطل وبطل الصلح حينئذ ؛ لإمكان منع منافاة ذلك للفورية ، وإمكان وقوع الصلح مع الوكيل الذي لا يقدح التراخي منه في حق الموكل ، وإمكان صلح الشفيع قبل العلم بثمن المبيع أو في حال معدوميته عن الفور بعذر من الأعذار السابقة فيصح الصلح حينئذ على حسب ما عرفت . وإن كان عوض الصلح بعض الشقص ؛ إذ ليس هو من تبعض الشفعة الممنوع كما هو واضح ، والله العالم .

[٤] كما عن الشيخ^(١) وغيره التصريح به ؛ لعدم دلالة شيء من ذلك مع عدم قرائن على الإسقاط ، إذ يمكن أن يكون ذلك منه لإرادة إيجاد السبب الذي يستحق به الشفعة . فما عن التحرير والإرشاد^(٢) من الإشكال في الأول بل - في المختلف^(٣) : أن الأقوى البطلان فيهما ؛ لأنه دال على الرضا بالبيع - واضح المنع .

بل لو اختار اللزوم قبل أن يشفع ولم نقل باعتباره فيها كما هو الظاهر [١]. لم تسقط شفعتها [٢]. نعم قد عرفت أنه مع فرض كون الخيار للبائع مثلاً له فسخها بفسخ البيع، فلزومه حينئذٍ شرط للزومها لا لثبوتها [٣]. (وكذا) لا تسقط الشفعة (لو كان) الشفع (وكيلاً لأحدهما) [٤]. وعلى كل حال فالتحقيق عدم السقوط (و) إن قال المصنف: (فيه تردد) [٥] (لما فيه من أمانة الرضا بالبيع) [٦].

[لو أخذ بالشفعة فوجد في المبيع عيباً:]

المسألة (الثامنة: إذا أخذ) الشفع (بالشفعة فوجد عيباً سابقاً على البيع فإن كان الشفع والمشتري عالين) بذلك (فلا خيار لأحدهما) [٧].

(و) كذا لا خلاف (إن كانا جاهلين) واتفقا على رده أو على أخذه مع الأرض أو بدونه، لكن كان الثمن للشفع

[١] لإطلاق الأدلة الشاملة للبيع المتزلزل.

[٢] كما هو مقتضى إطلاق المحكي عن الخلاف والمبسوط^(١) وصريح غيره. للأصل وغيره. فما عن الإيضاح^(٢) من القول به لأن إجازة البيع بعده إسقاط للشفعة بإجماع القائلين بهذا القول. لا يخفى عليك ما فيه بعد فرض عدم المنافاة للرفعية، خصوصاً مع القول بعدم سقوطها بالبركة التي هي أولى من ذلك، فما ذكره لا يحصل له. كما أن فيه أيضاً من أنه «بقي علينا أن الشفعة هل هي مترتبة على اللزوم أو على العقد؟ يحتمل الأول. من حيث إنها معلولة للبيع، فيتوقف لزومها على لزومه، ومن حيث وقوع البيع، ومجرده موجب للشفعة، لعموم النص. والتحقيق أن إمضاء البيع هل هو شرط السبب أو الحكم»^(٣). لا حاصل له أيضاً. بل فيه ما فيه وإن أطنب بعض مشائخنا في تفسيره^(٤)، لكن لا حاصل له أيضاً بعد معلومية كون السبب مطلق البيع الموجب للانتقال إلى المشتري، كما عرفته نصاً وفوتى عند تحرير كلام الشيخ في شرطية الخيار في البيع. [٣] ومن الغريب تسميته له تحقيقاً، وهو - مع أنه ليس بشيء - لم يذكر فيه ترجيحاً وأغرب منه كلامه الأول، والله العالم والهادي.

[٤] كما صرح به غير واحد، بل في موضع من جامع المقاصد للوكيل في الشراء والبيع أن يأخذ الشفعة قولاً واحداً^(٥). وإن حكى هو في موضع آخر عن المختلف السقوط؛ لحصول الرضا بالبيع وهو مسقط^(٦).

[٥] كالمحكي عن التذكرة^(٧).

[٦] بل قد سمعت اختياره في المختلف، بل هو المحكي عن المبسوط^(٨) أيضاً. لكنه في غير محله؛ ضرورة عدم كون مطلق الرضا بالبيع مسقطاً لها، فإن البيع هو السبب في ثبوت الشفعة، ولا ريب في أن من يتوقعها راضٍ به، بل لو حاول عدم الرضا لم يكن مقدوراً له، وإنما المسقط رضا البائع، ليبقى ملكاً للمشتري، وهذا غير لازم للوكيل، كما هو واضح. كوضوح فساد التعليل بالتهمة التي يمكن فرض عدمها، ولا يتم في الوكيل على مجرد إجراء الصيغة، والله العالم.

[٧] بلا خلاف ولا إشكال.

(١) الخلاف ٣: ٤٤٧. المبسوط ٣: ١٢٥.

(٢) الإيضاح ٢: ٢١٩.

(٤) مفتاح الكرامة ٦: ٣٩٨.

(٥) جامع المقاصد ٦: ٣٦٦، ٤٤١.

(٧) التذكرة ١٢: ٢٣٦.

(٨) المبسوط ٣: ١٤٢.

ما بعد الأرش [١]. نعم الظاهر عدم أرش له لا على البائع الذي لم يأخذ منه ولا على المشتري لو تصرف فيه بما يمنع من ردّه إذا لم يكن المشتري قد أخذه من البائع [٢]. وعلى كلّ حال (فإن ردّه الشفيع كان المشتري بالخيار في الردّ والأرش) [٣]. نعم (إن اختار) الشفيع (الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ؛ لخروج الشقص عن يده) [٤]. وعلى كلّ حال فعلى ما عرفت في مفروض المسألة من بقاء الشقص في يد الشفيع وعدم تسلّط المشتري على أخذه منه ليردّه على البائع. هل له المطالبة بالأرش (قال الشيخ) [٥] فيما لو كان الشفيع عالماً بالبيع (و)

[١] وتوهم إشكال الردّ للشفيع - بأنّ الشفعة ليست بيعاً كي يستحقّ الرد بالعيب فيها - يدفعه عموم دليل الردّ في المعيب من غير فرق بين البيع وغيره، وهو قاعدة الضرر المنجبة بقوى الأصحاب هنا.

[٢] للأصل وكونه يأخذ من المشتري بالثمن. بل قد يشكل رجوعه به على المشتري - لو أخذه هو - إن لم يكن إجماعاً بأنّه استحقاق حصل للمشتري على البائع خارج عن الثمن، ولذا صحّ له عفوه عنه، ولو أنّه جزء من الثمن يفسخ البيع فيه قهراً - لفوات ما قابله من وصف الصّحة في المبيع نحو تبقيص الصفقة - لم يصحّ له العفو، لاستحقاق الشفيع حينئذ ما قابله من الثمن الذي دفعه إلى المشتري؛ على أنّ احتمال ذلك منافٍ لما هو المعلوم من عدم مقابلة الثمن شرعاً لوصف الصّحة، وعدم استحقاق المشتري عليه عين ما دفعه إليه، ولغير ذلك مما لا يخفى. اللهم إلّا أن يقال: إنّ ما دلّ على استحقاق الشفعة بالثمن ظاهر في غير الفرض، بل قد يعدّ عرفاً أنّ الثمن ما بعد الأرش. ولعلّ ذلك ونحوه منشأ الاتفاق المزبور، والله العالم.

[٣] لأنّه لم يحدث فيه حدثاً وإن انتقل عن ملكه ثمّ عاد إليه إلّا أنّه ليس تصرفاً له. واحتمال أنّ مطلق الانتقال عنه مسقط لاستحقاق ردّه (و) إن عاد إليه لا دليل عليه.

[٤] والأصل فيه الزوم، فلا تسلّط له على فسخ الملك الحاصل للشفيع بالشفعة هذا. ومن ذلك يظهر ما أطلب به في المسالك من سوء تأدية الحكم المزبور. قال: «فإن اختلفت إرادتهما - أي الشفيع والمشتري - فأراد الشفيع ردّه دون المشتري فلا منافاة، فيرجع إلى المشتري ويختار بين أخذ أرشه وعدمه، وإن انعكس - فأراد الشفيع أخذه والمشتري ردّه - قدّمت إرادة الشفيع، لثبوت حقّه وسبقه، فإنّه ثبت بالبيع وسيأتي ما في هذا التعليل. ولأنّ غرض المشتري استدراك الظلامة وتحصيل الثمن، وهو حاصل بأخذ الشفيع. ولأنّنا لو قدّمنا المشتري بطل حقّ الشفيع رأساً، وإن قدّمنا الشفيع حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته، فيكون جامعاً بين الحقّين. ويحتمل تقديم المشتري؛ لأنّ الشفيع إنّما يأخذ إذا استقرّ العقد، كما تقدّم في البيع المشتمل على الخيار، وقد تقدّم ضعف المبني عليه»^(١). إذ هو كما ترى. بل لعلّه أوصق بتعارض الإرادتين قبل أخذ الشفيع الذي قد عرفت الحال فيه سابقاً، وأنّ للمشتري الفسخ، ولكن إذا فسخ كان للشفيع فسخ فسخه والأخذ بالشفعة من المشتري؛ للإجماع إن كان أو لسبق حقّه بناءً على أنّ استحقاق المشتري الردّ حين العلم لا بالبيع، بخلاف الشفيع الثابت حقّه بتمام العقد. بل لو قلنا بثبوته بالبيع أيضاً - سابقاً على حقّ الشفعة أو مقارناً - أمكن ترجيح حقّ الشفيع بما ذكر مؤيداً بشهرة الأصحاب أو إجماعهم وإن كان للمشتري فائدة بالتقديم أيضاً، وهي السلامة من الدرك.

[٥] [قاله] في محكي المبسوط^(٢).

المشتري جاهلاً: (ليس للمشتري المطالبة بالأرض) قولاً واحداً [١] .

(و) لكن (لو قيل : له الأرض كان حسناً) [٢] . وهو الأصح [٣] . (وكذا) الحكم (لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري) [٤] . وفي استحقاقه الأرض ما عرفت من أنَّ الأصحَّ له ذلك ، فيسقط حينئذٍ عن الشفيع بقدره ، ولا يقدح فيه علمه بالحال [٥] . (ولو علم المشتري دون الشفيع كان للشفيع الرد) [٦] . ولا أرض للمشتري [٧] . نعم لو علم الشفيع أنَّ المشتري اشتراه بالبراءة من كلِّ عيب [٨] [فيمكن القول بأنَّ له الرد] .

[لو كان الثمن قيميّاً وظهر فيه العيب] :

المسألة (التاسعة : إذا باع) الشريك (الشقص بعوض معيّن لا مثل له كالعبد فإن قلنا : لا شفعة) في مثل ذلك (فلا بحث ، وإن أوجبنا الشفعة بالقيمة فأخذ الشفيع) بها (و) ملكه ثمَّ (ظهر) للبائع (في الثمن عيب كان للبائع ردّه) على وجه الفسخ (والمطالبة بقيمة الشقص) وقت الفسخ (إذا لم يحدث عنده) أي البائع (في العبد (ما يمنع) من (الرد ، ولا) تسلّط له على أن (يرتجع الشقص) من الشفيع ؛ (لأنَّ الفسخ المتعقب للبيع الصحيح لا يبطل

[١] ونحوه يأتي في المقام . ولعلّه لأنّه قد استدرك ظلّامته برجوع جميع الثمن إليه من الشفيع ، فلم يفت منه شيء فيطالب به ، ولأنّه كالنائب عن الشفيع بالشراء فلا يستحقّ الرجوع .

[٢] بل هو خيرة الفاضل في محكي التذكرة والشهيد والكركي ^(١) .

[٣] لإطلاق دليله وعود كمال الثمن إليه لا ينافي ذلك ، كما لو باعه بأضعاف ثمنه . كما أنّه لا ينافيه استحقاق الشفيع لما يقابله من الثمن ، فلا فائدة له في أخذه ، إذ لا يجب عليه قبول العوض عنه من الشفيع بعد أن كانت معاملة مع البائع مستقلة لا مدخلية لها فيما وقع بينه وبين الشفيع ، فهو في الحقيقة لم يستدرك ظلّامته ممن ظلمه ، كما هو واضح ، وإجماع الشيخ المزبور لم تنحّقه ، بل لعلّ المظنون خلافه . ومن الغريب ما قيل من « أنَّ الشيخ بنى ذلك على أنّه لو كان للمشتري الأرض لكان الثمن للشفيع مجهولاً ، فيبطل أخذه ، وتأخيره إلى معرفة الأرض - المتوقّفة على تقويم أهل الخبرة المحتاج إلى زمان - ينافي الفورية » ^(٢) . إذ هو كما ترى لا ينبغي أن يسطر ، والله العالم .

[٤] ضرورة أنّه لا ردّ للشفيع لعلمه ، ولا للمشتري لخروج الشقص من يده .

[٥] لما عرفت من أنّه يأخذ بالثمن وهو ما بعد الأرض عرفاً .

[٦] لجهله .

[٧] لعلمه .

[٨] ففي القواعد : « هو كالمشتري وإلّا فله الرد » ^(٣) . وفيه : أنّه يمكن القول بأنَّ له الرد وإن علم بالشرط المزبور ، لعموم دليل الرد ، والشرط إنّما هو على المشتري . وربما احتمل في عبارة القواعد المزبورة أنّ له الرد وإن لم يظهر عيب ، لأنّ الشرط المذكور في حكم العيب . إلّا أنّه كما ترى والله العالم .

(١) التذكرة ١٢ : ٢٢٠ . الدروس ٣ : ٣٧٢ . المسالك ١٢ : ٣٥١ . جامع المقاصد ٦ : ٤٣٦ .

(٢) القواعد ٢ : ٢٥٦ - ٢٥٧ .

(٣) مفتاح الكرامة ٦ : ٣٩٣ .

الشفعة) (١). بل [الظاهر] (٢) أن للشفيع فسخ الرد بالعيب لو حصل قبل الأخذ بالشفعة [٣].

[١] للأصل بعد حصول المقتضي لثبوت الشفعة، وهو البيع، مؤيداً بأن فيه جمعاً بين الحقيين، لأن رجوع البائع في العين يقتضي سقوط حق الشفع، بخلاف ما إذا أخذ القيمة بلا خلاف أجدّه فيه. وإن قال في المسالك هنا: «وقيل يقدم حق البائع، لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد والشفعة تثبت بعد فيكون العيب أسبق. ولأن الشفع منزل منزلة المشتري فرد البائع يتضمن نقض ملكه، كما يتضمن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه»^(١). إلا أنني لم أتقنه.

[٢] [إذ] ظاهر كلامهم فيما تقدّم من غير خلاف يعرف فيه بينهم [ذلك].

[٣] وليس ذلك لتقدّم حق الشفع عليه. ومن هنا ضعفه في المسالك بعد أن حكاه بأن «مجرد وجود العيب حالة العقد غير كافٍ في سببية الفسخ، بل هو مع العقد الناقل للملك، كما أن الشركة أيضاً غير كافية في سببية الشفعة، بل هي مع العقد، فهما متساويان من هذا الوجه، ويبقى مع الشفعة المرجح الذي ذكرناه»^(٢). أي الجمع بين الحقيين.

ولكن فيه أن ذلك بمجرده لا يصلح مرجحاً، خصوصاً بعد حكمهم من غير خلاف يعرف فيه بينهم أنه لو كان الخيار للبائع مشروطاً وشفع الشفع كان للبائع فسخ البيع والشفعة - ولا نجد فرقاً بين الخيار الحاصل بالعيب والشرط، إذ هما معاً مقارنان للعقد، فمع فرض كون الخيار بالشرط سابقاً على حق الشفعة الحاصل بعد تمام العقد الذي فيه الشرط - فذلك الحاصل بالعيب. وبعد التسليم فلا أقل من المقارنة المقتضية لتساويهما في الحق، فكل من سبق كان له ذلك، كما عساه يظهر من المسالك^(٣) أنه أحد الأقوال في المسألة.

قال بعد ما سمعت: «وربما فرق بعضهم بين رد البائع قبل أخذ الشفع وبعده، فقدم البائع في الأول والشفيع في الثاني، لتساويهما في ثبوت الحق بالبيع، فيقدم السابق في الأخذ»^(٤). ولا ريب في أنه متجه - إن لم نقل بتقديم البائع مطلقاً كما لو شرط الخيار له - لولا اتفاق الأصحاب ظاهراً على تقديم الشفع مطلقاً، بل لم أتقن حكاية الخلاف المزبور من غيره.

ويمكن أن يكون منشأ الاتفاق المزبور أن خيار العيب لا يثبت إلا بعد العلم بالعيب، ولا يكفي فيه وجود العيب حال العقد مع الجهل به، فيقدم حق الشفعة حينئذ عليه؛ ضرورة مقارنته لتمام العقد.

لكن الإنصاف عدم خلو دعوى مدخلة العلم في ثبوت الخيار بالعيب من نظر أو منع كما ذكرنا ذلك في محله، كما أن الإنصاف عدم حصول إجماع في المسألة. بل في التحرير تقديم حق البائع قبل أخذ الشفع، قال: «ولو كان الثمن غير مثلي فوجد البائع به عيباً فردّه قبل أخذ الشفع احتمل تقديم حقه؛ لأن في أخذ الشفعة إبطال حق البائع من النقص، والشفعة تثبت لإزالة الضرر، فلا تزال بالضرر، وتقديم حق الشفع لسبق حقه. والأقرب الأول؛ لأن حق البائع أسبق؛ لاستناده إلى وجود العيب، وهو متحقق حال البيع، والشفعة تثبت بالبيع»^(٥). بل مقتضى جزمه بأسبقية حقه ترتب أحكام أخرى كثيرة عليه في غير المقام، إلا أنه هو وغيره لم يوافقوا عليها، بل أجد ما ذكره في المقام لغيره. ثم لا يتوهم أن ذلك من تبعض الفسخ باعتبار أن ردّه العبد يقتضي فسخ البيع الذي تفرّعت عليه الشفعة؛ ضرورة أنه فسخ من حينه والشفعة حال حصولها فدا كانت من المشتري ظاهراً واقعاً. نعم قد يأتي ذلك إذا كان الرد قبل الأخذ بالشفعة، كما ستعرف الكلام فيه إن شاء.

(و) كيف كان ذـ (لو عاد الشقص إلى المشتري بملك مستأنف كالهبة أو الميراث لم يملك) المشتري (ردّه على البائع) ليخلص عن دفع القيمة إذا لم يرض بذلك (و) أصرّ على إرادة قيمة الشقص حتى لو كان ردّ البائع الثمن متعباً لملك المشتري الشقص .

كما أنّه (لو طلبه البائع لم يجب على المشتري إجابته) [١] .

وحينئذٍ فلا يستحقّ بالفسخ المزبور إلّا القيمة .

كما لا يستحقّ على المشتري غيرها أيضاً فليس لأحدهما على الآخر اقتراح ردّ العين التي خرجت عن مقتضى المعاملة المفسوخة .

نعم لو عاد إليه بفسخ للمعاملة الجديدة - ولم نقل : إنّ الفسخ مملّك بل هو مقتضى لعود الملك بالسبب الأول الذي قد فرض فسخه أمكن حينئذٍ ملك المشتري ردّها عليه وملك البائع المطالبة بها ؛ ضرورة كون ملكها حينئذٍ بالسبب الأول الذي قد فرض انفساخه .

بل لعنّه كذلك لو فرض أخذ البائع القيمة ثمّ عادت العين للمشتري بفسخ للمعاملة التي كانت السبب في خروجها أمكن القول بأنّ للمشتري حينئذٍ إعادتها عليه وأخذ القيمة منه ، كما أنّه يمكن للبائع مطالبة بها وردّ القيمة إليه [٢] .

ثمّ إنّ حيث تعتبر القيمة (و) دفعها المشتري أو لم يدفعها (لو كانت قيمة الشقص والحال هذه أقلّ من قيمة العبد) مثلاً ذـ (هل يرجع الشفع بالتفاوت ؟ فيه تردّد . والأشبه) [٣] أنّه (لا) يرجع [٤] (لأنّه) انما يأخذ بـ (الثمن) والفرض أن (الذي اقتضاه العقد) حال الأخذ بالشفعة ذلك [٥] . فلا حقّ للشفيع فيه .

[١] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بين من تعرّض له ، كالشيخ والفاضلين والشهيدين والكركي^(١) ، بل ولا إشكال . لانقطاع المعاملة الواقعة بينهما بالخروج عن الملك ، ولا يعيدها عوده إليه بسبب آخر ، فالفسخ الحاصل من البائع لا يوجب من أوّل الأمر غير القيمة ، لكون المفروض خروج العين - المنتقلة إليه بالعقد المزبور - عن ملكه ، وفسخه إنّما يوجب ردّ العين من حيث انتقالها به لا مع انتقالها بسبب آخر غيره لا تسلّط لأحدهما على فسخه .

[٢] لاكتشاف رجوع العين إلى ملك البائع بالفسخ المزبور الذي يعاد معه الملك إلى مقتضى السبب السابق الذي قد فرض فسخ البائع له ، وأنّ به يستحقّ على المشتري العين التي هي على ملكه بالسبب الحاصل ، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق جدّاً ، والله العالم .

[٣] بأصول المذهب وقواعده .

[٤] وفاقاً للفاضل والكركي وثاني الشهيدين^(٢) .

[٥] وليست قيمة الشقص التي أخذها البائع من الثمن في شيء ، وإنّما هو شيء استحقّه البائع على المشتري بالفسخ حال انتقال العين عن ملكه الحاصل بالسبب المزبور .

(١) المبسوط ٣ : ١٣٢ . القواعد ٢ : ٢٥٥ . التحرير ٤ : ٥٨٢ . الدروس ٣ : ٣٦٨ . المسالك ١٢ : ٣٥٤ . جامع المقاصد ٦ : ٤٣١ .

(٢) القواعد ٢ : ٢٥٥ . جامع المقاصد ٦ : ٤٣٢ . المسالك ١٢ : ٣٥٤ .

كما لا حَـثَّ للمشتري على الشفيع لو فرض زيادة قيمة الشقص التي دفعها للبائع على قيمة العبد [١].
فالمتَّجه حينئذٍ عدم الرجوع من كلِّ منهما [٢].
هذاكلَّه لو كان الفسخ من البائع بعد أخذ الشفيع.

(و) أمّا (لو كان الشقص في يد المشتري) لم يأخذه الشفيع (فردَّ البائع الثمن بالعيب لم يملك منع الشفيع؛ لأنَّ حقَّه أسبق) بناءً على ما عرفت من اعتبار العلم في استحقاق خيار العيب، فيفسخ الفسخ الحاصل من ردِّ البائع، ويبعد المبيع إلى ملك المشتري على مقتضى العقد الأول (ويأخذه^(١)) منه (بقيمة الثمن) سليماً؛ (لأنَّه الذي اقتضاه العقد) الأول.

(وللبائع) على المشتري (قيمة الشقص وإن زادت عن قيمة الثمن) [٣].

ولا يرجع بها على الشفيع كما عرفت الحال فيه.

ولعلَّ هذا ونحوه من تبعض آثار الفسخ لا تبعض الفسخ الذي سمعته في فسخ الشفيع الإقالة أو نلتزمه فيها [٤]. هذاكلَّه مع ردِّ البائع الثمن.

(و) أمّا (لو حدث عند البائع) فيه (ما يمنع) من (ردِّ الثمن) كعيب أو تصرّف (رجع بالأرض على المشتري)؛ لأنَّه المتعين له حينئذٍ على نحو ما سمعته في المبيع (ولا يرجع) المشتري (على الشفيع بالأرض إن كان) قد (أخذه بقيمة العوض الصحيح) [٥].

[١] ضرورة أنَّه لا يستحقَّ عليه إلّا قيمة الثمن الذي وقع عليه العقد، وما غرمه بالفسخ المزبور لا مدخلية له في الثمن كما هو واضح.

وحينئذٍ فدعوى أنَّ الثمن الذي استقرَّ على المشتري قيمة الشقص - والشفيع إنَّما يأخذ بالثمن الذي استقرَّ نحو ما سمعته في الأرض - واضحة الفساد، كوضوح الفرق بين المقام والأرض الذي قد عرفت تحقيق الحال فيه، فتأمل جيِّداً.

وكذا دعوى بطلان العقد، فلم يعتبر ما وقع عليه، بل المعتبر ما استقرَّ وجوبه على المشتري وهو القيمة؛ ضرورة أنَّ الفسخ لم يبطل العقد من أصله، بل كان صحيحاً إلى حين الفسخ فلا يزول مقتضاه بالفسخ الطارئ.

[٢] خلافاً للمحكي عن الشيخ^(٢) من الرجوع فيهما. وإن كنّا لم نتحقَّقه؛ إذ المحكي من عبارته يقتضي التردّد من غير ترجيح^(٣). وعلى كلِّ حال فلا ريب في ضعفه لما عرفت، والله العالم.

[٣] لأنَّه مقتضى فسخه بردُّ الثمن.

[٤] كما سمعت احتماله من الشهيد بناءً على أنَّه كالمقام.

[٥] لعدم ظلامه له.

(١) في الشرائع: • ويأخذه.

(٢) حكاه في الإيضاح ٢: ٢١٦. جامع المقاصد ٦: ٤٣١. المسالك ١٢: ٣٥٤.

(٣) انظر المبوط ٣: ١٣٢.

نعم إن كان قد أخذ منه بقيمته معيأً رجع عليه بباقي قيمة الصحيح لنحو ما سمعته في رجوع الشفيع عليه بالأرض [١].

وكذا القول فيما لو رضي البائع به ولم يرده مع المانع^(١) من رده واختار الأرض .

أمالو عفا ولم يطالب فالظاهر عدم استحقاقه على الشفيع .

كما أن الظاهر عدم استحقاق الشفيع له على المشتري لو كان في المبيع ، والله العالم .

[لو كانت دار لحاضر وغائب وحصة الغائب في يد آخر]:

المسألة (العاشرة: لو كانت دار^(٢) لحاضر وغائب وحصة الغائب في يد آخر فباع الحصة وادعى أن ذلك بإذن

الغائب قال) الشيخ: (في الخلاف^(٣) تثبت الشفعة) [٢]، (و) حينئذ ف(لحل المنع أشبهه) [٣].

إن كان المراد الثبوت في نفس الأمر على وجه لو جاء المالك وأنكر لم يكن له الانتزاع من يد الشفيع وذلك

(لأن الشفعة تابعة لثبوت البيع) [٤].

وإن كان المراد جواز أخذ الشفيع من يد المشتري الشقص بها على نحو أخذ المشتري له من يد مدعي الإذن

ثم الغائب على حجبته فقد يقال بالجواز [٥].

[١] ضرورة استقرار الشقص حينئذٍ بالعبد والأرض الذي هو من مقتضى العقد المقتضي للسلمة ، فائتمن عرفاً ذلك .

[٢] وفيه : أن دعوى الإذن مضمّن في يده المال ليس طريقاً شرعياً لثبوت ذلك وإن جاز الأخذ منه والتصرف وغيره باعتبار كونه ذا يد ولا معارض له .

[٣] بأصول المذهب وقواعده .

[٤] وقد عرفت أن مجرد دعوى من في يده المال الإذن ليس طريقاً شرعياً لثبوت ذلك .

[٥] لكن في القواعد «ولو ادّعى الحاضر من الشريكين على من في يده حصة الغائب الشراء من الغائب فصّدقه احتمل ثبوت الشفعة ؛ لأنه إقرار من ذي اليد ، وعدمه لأنه إقرار على الغير»^(٤) . من دون ترجيح كالمحكى عن التذكرة والدروس^(٥) . نعم عن التحرير : «أن الأول أقوى»^(٦) .

وفيه : أنه بعد العلم بكونه مالا للغير لا إشكال في أنه إقرار على الغير إلا أنه قد عرفت جواز الأخذ منه والتصرف باعتبار كونه ذا يد ولا معارض له ، كما تقدّم تحرير ذلك في محلّه على وجه لا ينبغي التردد المزبور من الجماعة فضلاً عن اختيار عدم ، كما في المتن بعد أن حكى عن الشيخ الثبوت المحتمل لإرادة المعنى الذي ذكرناه .

اللهم إلا أن يقال : إن عنوان الشفعة نصاً وفوتئ تحقّق صدق «بإع الشريك» وهو غير متحقّق هنا ، فلا تثبت الشفعة على

(٢) في الشرائع المحققة : «داراً» .

(١) كذا في النسخ والظاهر : «مع عدم المانع» .

(٣) لم نعرّ عليه في نسخة الخلاف المتداول بيننا .

(٤) القواعد : ٢ : ٢٦٣ .

(٥) التذكرة : ١٢ : ٣١٠ . الدروس : ٣ : ٣٦٦ .

(٦) التحرير : ٤ : ٥٨٤ .

ولكن الإنصاف مع ذلك كله أن الجواز لا يخلو من وجه والله العالم .

وعلى كل حال (فلو قضى بها) للشفيع بشفعته عملاً بإقرار ذي اليد .

(و) بعد ذلك (حضر الغائب فإن صدق^(١) فلا بحث ، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه ، و) حينئذ (يستنذر

وجه إن لم يبادر إليها تبطل بناءً على الفور ، وجواز أخذ المشتري منه لا يحقق الصدق المزبور ، فليس للشفيع الأخذ ، لعدم تحقق عنوان ثبوت الشفعة ، بخلاف جواز الشراء ظاهراً منه ، فإنه لا عنوان له على الوجه المزبور .

على أن السيرة - التي هي العمدية في الحكم المزبور - إنما هي في التصرف بإذنه ، لا مطلق التصرف حتى القهري الذي لا يرجع إلى إذنه ، بل هو تابع للحكم الشرعي المعلق على عنوان خاص ، والفرض تحققه .

ومن ذلك يظهر لك ما في جامع المقاصد ، فإنه بعد أن ضعف الأول بأنه إقرار في حق الغير قال : « لكن يشكل بشيء ، وهو أن من بيده مال الغير مصدق في دعوى الوكالة بغير خلاف ، ويجوز الشراء منه والتصرف تعويلاً على قوله ، وكذا لو ادعى الشراء من المالك يسمع فلم لا تثبت الشفعة بدعواه الشراء مع الحكم بنفوذه ؟ ! وقوى في التحرير ثبوت الشفعة .

والذي يخطر بالبال أنه إن كان المراد بثبوت الشفعة انتزع الحاكم الشقص وتسليمه إلى المدعى - كما هو المتبادر من ذكر الدعوى - فهو مشكل . والظاهر عدم ، لأن مجرد دعوى الشراء ممن في يده مال الغير لا يقتضي الثبوت شرعاً ، وليس المراد بجواز الشراء منه لو ادعى الوكالة الحكم بالوكالة .

وإن كان المراد جواز أخذ المدعي ذلك بدعوى من بيده المال الشراء فليس بعيد ، كما يجوز له الشراء والاتهاب ونحوهما من التصرفات ، ثم يكون الغائب على حجه^(٢) . إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد التأمل فيما ذكرناه .

وحكم الحاكم على من في يده المال - بعد اعترافه بالشراء وانتزاعه منه مؤاخذه له بإقراره المتعلق به - ليس حكماً على الغائب الذي هو على حجه .

بل لا وجه لعدم الانتزاع منه بعد إيجاد سبب الأخذ بالشفعة مع فرض جواز الأخذ منه بالدعوى المزبورة التي هي إقرار في حقه ودعوى في حق الغير ، نحو الحكم بالانتزاع ممن في يده المال المدعي للوكالة ثم امتنع بعد أن جرت صيغة البيع بينه وبين المشتري .

نعم لو قلنا بعدم جواز الأخذ على وجه يتصرف بالشقص أتجه عدم جواز الانتزاع ، وإن كان لو أخذ بالشفعة قولاً مع دفع الثمن وصادف صدق المدعي ترتب عليه حكم الملك من حين الأخذ وإن لم يكن عنوانها ثابتاً في الظاهر ، ولكن يكفي فيه كونه كذلك في نفس الأمر .

إنما الكلام في جريان أحكام الشفعة - من التصرف به بغير رضاه وانتزاعه منه قهراً وبطلان الشفعة مع عدم الفور بها وغير ذلك من أحكامها - بمجرد دعوى الوكالة .

والفرض أن جميعها أحكام شرعية مرتبة على موضوع لم يتحقق ، ولا أقل من الشك ، والأصل عدم ترتب هذه الآثار ، فلا ريب في أن الأحوط عدم ذلك كله . والمراد أنه إلى هذا نظر المصنف وغيره ممن تردد .

(الشقص) من يد الشفيع (وله أجرته) عليه (من حين قبضه إلى حين ردّه) [١]. (و) [المختار] [٢] أنّه (يرجع بالأجرة) المزبورة (على البائع إن شاء؛ لأنّه سبب الإلتاف). (أو على الشفيع) بأجرة زمان قبضه؛ (لأنّه المباشر للإلتاف). وعلى المشتري بما قبل ذلك [٣] إن شاء. بل وعلى المشتري بما كان في يده ويد الشفيع المترتبين عليه [٤]. (و) من هنا (إن رجع على مدّعي الوكالة لم يرجع الوكيل على الشفيع) ولا على المشتري [٥]. (وإن رجع على) المشتري أو (الشفيع رجع) كلّ من المشتري و(الشفيع على الوكيل؛ لأنّه غرّه). إذا لم يصدر منهما ما يقتضي تصديق مدّعي الوكالة، وإلا لم يرجع من صدر منه ذلك عليه أيضاً [٦]. (و) لكن (فيه) أي المفروض (قول آخر) [٧]، وهو رجوع مدّعي الوكالة على الشفيع لو رجع المالك عليه لاستقرار التلف في يده. (وهذا) واضح الفساد [٨]. وبذلك ظهر لك أن القول الأوّل (أشبهه) [٩].

[١] لعموم على اليد وغيره.

[٢] [كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].

[٣] للمباشرة أيضاً.

[٤] لعموم «على اليد» فإنّه كالغاصب.

[٥] لاعترافه بكون المنافع لهما، وأنّه ظالم له بأخذ الأجرة منه، والمظلوم لا يرجع على غير من ظلمه.

[٦] لاعترافه بظلم المالك، وذلك كلّ واضح خصوصاً بعد الإحاطة بما ذكرناه في كتاب الغصب.

[٧] محكي عن المبسوط^(١).

[٨] نعم يتم مع اعترافه بكذب المدّعي في دعواه الوكالة، ليكون كالغاصب الذي يستقرّ عليه الضمان مع التلف في يده.

[٩] بأصول المذهب وقواعده التي قد عرفتها في كتاب الغصب، والله العالم. ومنه يظهر لك ما عن الدروس، فإنّه -بعد أن ذكر

نحو ما سمعته من عبارة القواعد- قال: «وكذا لو باع ذو اليد مدّعيّاً للوكالة وصدّقه الشفيع... لكن هنا لا يرجع الشفيع على الوكيل لو

رجع عليه بخلاف ما لو رجع على الوكيل، والفرق استقرار التلف في يد الشفيع، ولو أخذ الشفيع اعتماداً على دعوى الوكالة رجع

عليه؛ لأنّه غرّه^(٢). وفيه: أنّه لا وجه لرجوع الوكيل على الشفيع وإن كان قد استوفى المنافع لاعترافه بأنّها حقّ له وأنّ المالك

ظلمه بأخذ عوضها فكيف يرجع بظلامته على غير من ظلمه؟! لكن الموجود عندنا في نسختين من الدروس متصلاً بما سمعت:

«والوجه في الأولى عدم رجوع أحدهما على الآخر لاعتراف المرجوع بظلم الراجع»^(٣). نعم في التحرير: «ولو كان الشريك

غائباً فادّعى الحاضر على من حصّة الغائب في يده أنّه اشتراه من الغائب فصّدقه احتلّ أخذه بالشفعة. لأنّ من كانت

العين في يده مصدّق في تصرّفه، وعدمه، لأنّه إقرار على غيره. والأوّل أقوى، وكذا لو باع القابض وادّعى الشفيع إذن

الغائب فإن أوجبنا الشفعة وقدم الغائب فأنكر البيع أو الإذن قدّم قوله مع اليمين ويأخذ الشقص ويطالب بالأجرة من

شاء منهما، فإن طالب الوكيل رجع على الشفيع، لتلف المتاع في يده. وإن طالب الشفيع لم يرجع على أحد»^(٤). وهو

كما ترى لا يطابق ما ذكرناه إلا بتجشّم، والله العالم.

(ولو اشترى شقصاً بمئة) مثلاً (ودفع إليه عرضاً يساوي عشرة) مثلاً أو أبرأه من الثمن كلاً أو بعضاً (لزم الشفيع تسليم مئة أو يدع ؛ لأنه يأخذ بما تضمنته العقد) [١] .

[ما تبطل به الشفعة] :

(ومن اللواحق : البحث في ما تبطل به الشفعة و) [المختار] [٢] أنه (تبطل) الشفعة (بترك المطالبة مع العلم وعدم العذر) [٣] (وقيل) [٤] : (لا تبطل إلا أن يصرح بالإسقاط ولو تطاولت المدة) [٥] .

[١] نضاً وفتوى .

وإن وقع بعد ذلك بين البائع والمشتري إبراء أو معاوضة عنه بشيء لا يساويه أو نحو ذلك مما لا مدخلة له في صدق تضمن العقد إياه كما هو واضح ، والله العالم .

[٢] [كما هو] المشهور بين الأصحاب بل في الرياض ^(١) شهرة عظيمة .

بل لا خلاف فيه بين المتأخرين عدا ابن ادريس ^(٢) .

[٣] بل عن الخلاف الإجماع عليه ^(٣) .

[٤] والقاتل المرتضى وأبو علي وعلي بن الحسين الصدوق وأبو المكارم وابن ادريس وأبو الصلاح ^(٤) على ما حكى عن بعضهم .

[٥] بل في الانتصار الإجماع عليه ^(٥) ، بل حكاه الفخر عن سائر ^(٦) أيضاً .

وإن كنا لم نتحققه .

نعم قيل : « لا تعرض له في المراسم كالمقنع والمقنعة وفقه الراوندي » ^(٧) ، فإن كان ذلك ظاهراً في التراخي - باعتبار أن الفورية لو كانت معتبرة فيها على وجه تسقط بعدمها لوجب التعرض لها - كان ظاهر الجميع أيضاً .

بل لعله أيضاً ظاهر عدم الترجيح في محكي التحرير ^(٨) والمهذب ^(٩) ومجمع البرهان ^(١٠) والكفاية ^(١١) ، بناءً على أنه من حيث الشك في أدلة الفور ، وإلا فالأصل التراخي وإن كان هو خلاف الظاهر .

(١) الرياض ١٢ : ٣٢٧ .

(٢) السرائر ٢ : ٣٨٨ .

(٣) الخلاف ٣ : ٤٣٠ - ٤٣١ .

(٤) الانتصار : ٤٥٤ . نقله عن أبي علي والصدوق في المختلف ٥ : ٣٤١ . الغنية : ٢٣٤ - ٢٣٥ . السرائر ٢ : ٣٨٨ . الكافي : ٣٦١ .

(٥) الانتصار : ٤٥٦ .

(٦) شرح الإرشاد (مخطوط) : ١٧٠ .

(٧) مفتاح الكرامة ٦ : ٣٥٩ .

(٨) التحرير ٤ : ٥٧٠ .

(٩) المهذب الجارح ٤ : ٢٧١ - ٢٧٣ .

(١٠) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢١ - ٢٢ .

(١١) كفاية الأحكام ١ : ٥٤٦ - ٥٤٧ .

(و) على كل حال فـ (الأول أظهر) عند المصنف [١].

[١] للنوويين المنجبرين بما عرفت .

أحدهما : « الشفعة لمن واثبها »^(١) .

والآخر : « الشفعة كحلّ العقال »^(٢) .

بل في الدروس^(٣) نسبة الأخير منهما إلى الاشتهار ، ولا يقدح عدم وجودهما في طرقتا بعد أن ذكرهما الأصحاب في كتبهم مستدلين بهما على ذلك والإجماع المحكي المعتضد بما سمعته من الشهرة العظيمة وإن تأخرت عن زمان حاكميه ، فإنها على كل حال تفيد قوة الظن بموافقته للواقع .

بل استدلل غير واحد بحسن ابن مهزيار السابق^(٤) المشتغل على بطلان شفعة من طلب ثم مضى لإحضار الثمن فلم يأت إلى ثلاثة أيام ، إذ لو كانت على التراخي لم تبطل بذلك .

كل ذلك مضافاً إلى ما عرفته مكرراً من كون الشفعة على خلاف الأصل ، والمتيقن ثبوتها على الفور ، بل لعل ثبوتها في بعض الأشياء دون بعض وفي بعض العقود دون بعض مشعر بذلك أيضاً ، وإلى قاعدة الضرر .

بل لعل قوله عليه السلام : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بين الشركاء ... وقال : لا ضرر ولا ضرار »^(٥) مشعر بذلك بناءً على إرادة الإشارة به إلى الضرر الحاصل من عدم مشروعيتهما ومن كونها على التراخي .

بل لعل قوله عليه السلام : « الغائب على شفيعته »^(٦) مشعر بذلك أيضاً ؛ ضرورة إشعاره بكون ذلك من جهة الغيبة التي هي عذر له . لكن قد يقال في مقابلة ذلك : إنَّ الخبرين المزبورين من طرق العامة ، ولذا ترك غير واحد الاستدلال بهما ، بل من المحتمل إرادة الكناية عن الانتقال بمجرّد الأخذ وإن تأخر من الثاني منهما ، لا أنَّ المراد منه بيان قصر زمانها وأنه كحلّ العقال .

بل في الاسعاد الذي هو من أجل كتب الشافعية : « إنَّ إسناده ضعيف وقال ابن حبان : لا أصل له وقال البيهقي : ليس بثابت »^(٧) .

والإجماع معارض بمثله ، بل لعله أقوى منه باعتبار وجود القائل بذلك ممّن تقدّم على حاكميه بخلاف الآخر الذي لم نعرف أحداً ممّن تقدّمه قال بذلك .

وحسن ابن مهزيار - بناءً على أنَّ موره بعد حصول سبب الشفعة - قد اشتمل أيضاً على ما ينافي الفورية ، إذ القائل بها لا يجعل انتظار ثلاثة أيام لإحضار الثمن من جملة العذر فيها ، خصوصاً مع دعوى الغيبة في بلد آخر .

(١) تلخيص الحبير ٣ : ٥٦ ، ح ١٢٧٨ .

(٢) كنز العمال ٧ : ٤ ، ح ١٧٦٨٦ . سنن البيهقي ٦ : ١٠٨ .

(٣) الدروس ٣ : ٢٦٤ .

(٤) تقدّم في ص ١٧٨ .

(٥) الوسائل ٢٥ : ٣٩٩ ، ح ٥ من الشفعة ، ح ١ .

(٦) الوسائل ٢٥ : ٤٠١ ، ح ٦ من الشفعة ، ح ٢ ، وفيه : « للغائب شفعة » .

(٧) لا يوجد هذا الكتاب عندنا .

بل قد يقال :

إن الخبر المزبور الذي مرده إنشاء الأخذ بالشفعة قولاً - بناءً على إرادة ذلك من الطلب فيه أو مطلق طلبها بمعنى إرادتها ثم مضى لإحضار الثمن - قد تسالمت الخصوم على العمل بمضمونه في ذلك ، من غير فرق بين القول بالفور والتراخي ، فلا دلالة حينئذ في الخبر على شيء منهما اذ محل النزاع هنا تأخير الأخذ بالشفعة مع علمه بها .

هذا كله مع ما فيه من رائحة الموافقة للمحكي عن أبي حنيفة^(١) وابن أبي ليلى^(٢) من أنها تمتد إلى ثلاثة أيام كالشافعي^(٣) في أحد أقواله ، والأصل منقطع بإطلاق الأدلة واستصحاب ثبوتها بعد حصول سببه الذي هو البيع بالنص ، وعدم العلم بكونه على الفور وعدمه لا ينافي التمسك به على الثاني كما حَقَّق في محله .

ومن الغريب رد جماعة من الأعيان هنا له بأن مقتضى لثبوت الشفعة حدوث العلم بالبيع نفسه ، والحدوث يبطل في ذي البقاء ، وإذا بطلت العلة بطل معلولها ؛ إذ هو - كما ترى - لا حاصل له ومجرد دعوى لا دليل عليها ، بل ظاهر الأدلة خلافها . كما أن ظاهر قوله عَلَيْهِ : « الغائب على شفيعته »^(٤) إرادة بيان عدم اعتبار الحضور فيها ، وإلا فهو مطلق شامل للمتمكن من المجيء والتوكيل وغيرهما .

وقاعدة الضرر يدفعها أنه الذي أدخله على نفسه باختيار ما فيه الشفعة من العقود غير ملاحظ لما يسقطها من الأمور الكثيرة ، على أنه مجبور بالأرش إذا زرع أو بنى إن قلنا به .

وإن كان المراد من الضرر عدم رغبة المشتري في التعمير مثلاً لاحتمال الأخذ منه .

ففي الانتصار : « أنه يمكن أن يتحرز المشتري من هذا الضرر بأن يعرض المبيع على الشفيع ويبدل التسليم إليه فهو بين أمرين : إما أن يتسلم أو يترك الشفعة ، فيزول الضرر عن المشتري بذلك ، وإذا فرط فيما ذكرنا وتصرف من غير أن يفعل ما أشرنا إليه فهو المدخل للضرر على نفسه »^(٥) .

ولعل من هذه العبارة قال في الدروس : « إن في كلامه إلاماً بالفورية »^(٦) .

قلت : لكن ما قبله وما بعده صريح في خلاف ذلك ، فوجب حمله على كون ذلك مسقطاً لها وإن قلنا بالتراخي .

وإن كان فيه ما فيه إلا أن يريد حال ظهور ذلك في عدم إرادتها .

ومن هنا وغيره تردّد بعض الناس بل مال في الرياض^(٧) إلى التراخي .

(١) المحلّي ٩ : ٩٠ .

(٢) المغني (لاين قدامة) ٥ : ٤٧٨ .

(٣) المغني (لاين قدامة) ٥ : ٤٧٨ . المجموع ١٤ : ٣١٩ .

(٤) الوسائل ٢٥ : ٤٠١ ، ب ٦ من الشفعة ، ح ٢ ، وفيه : « للغائب شفعة » .

(٥) الانتصار : ٤٥٧ .

(٦) الدروس ٣ : ٣٦٤ .

(٧) انظر الرياض ١٢ : ٣٢٧ .

ولعله [= التراخي] لا يخلو من قوة ما لم يصل إلى حد الضرر [١] . بل لو وجد قائل بأنه على التراخي ما لم يتضرر المشتري - نحو ما سمعته في دعوى غيبة الثمن التي مرجعها إلى ما يقرب من ذلك - لكان في غاية القوة . ودونه القول بأنها على التراخي ما لم يعرض المشتري على الشفيع الشقص مختبراً له بين الشفعة وعدمها ، فيجب الفور حينئذٍ [٢] . وعلى كل حال فلا عمل إلا على الفور الذي هو المتيقن دون غيره [٣] . (و) كيف كان فعلى الفور والتراخي قد وقع الخلاف في سقوطها بأمور :

الأول : (لو نزل عن الشفعة) وتركها وعفا عنها (قبل البيع) فـ [قد قيل : [٣] على أنه (لم تبطل) الشفعة) مع البيع [٤] ، (لأنه إسقاط ما لم يثبت) [٥] . (و) لكنه مع ذلك كله في المتن (فيه تردد) [٦] .

[١] نحو ما سمعته منهم في انتظار مدعي غيبة الثمن في بلد آخر .

[٢] لأنه لا ضرر ولا ضرار ، كما هو مقتضى التدبر فيما سمعته ^(١) من المرمى الذي هو الأصل في التراخي ، بل ربما كان في ذلك جمع بين الأدلة جميعها . وإن أبيت عن ذلك كله فلا ريب في أن الأصل عدم الشفعة بعد الشك الحاصل من تعارض الإجماعين والاستصحابين وغير ذلك مما سمعته . خصوصاً بعد عدم سوق الأدلة لبيان التراخي ، فالرجوع إلى استصحاب بقائها وإطلاق ما دل على ثبوتها بعد أن كان الأول منها بعد تسليم حجتيه هنا والثاني الذي قد عرفت أنه مساق لغير ذلك من الأدلة المتعارضة التي حصل منها الشك . فليس حينئذٍ إلا الأصل السابق وعموم ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(٢) الذي لم يكن من أدلة الشفعة التي هي الطارئة على مقتضاهما . ومع فرض كونهما أيضاً من الأدلة على ذلك فلا عمل إلا على الفور الذي هو المتيقن دون غيره ، فتأمل جيداً فإنه دقيق جداً ، والله العالم .

[٣] [قاله] الإسكافي والشيخ والمصنف في النافع والفاضل في جملة من كتبه وولده والمقداد والكركي وثاني الشهيدين والخراساني والكاشاني ^(٣) على ما حكى عن بعضهم .

[٤] لإطلاق الأدلة و [لذلك] .

[٥] بل قيل : « إن ظاهر الانتصار الإجماع على ذلك » ^(٤) ، قال « مما ظنّ انفراد الإمامية به : أن حق الشفيع لا يسقط إلا أن يصرح الشفيع بإسقاط حقه » ثم حكى مذاهب العامة إلى أن قال : « قال الشافعي والشعبي : من بيعت شفعته وهو شاهد لم ينكر فلا شفعة له ، والذي يدل على صحة مذهبنا الإجماع المتكرر » ^(٥) إلى آخره . وإن كان ستعرف الحال فيه إن شاء الله .

[٦] بل هو خيرة الإرشاد وإن قال : على رأي ^(٦) . وظاهر غاية المراد ومجمع البرهان السقوط ^(٧) . بل قد يلوح الميل إليه في الدروس ^(٨) . بل في النهاية : « إن عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يردده فباعه من

(١) تقدّم في الصفحة المتقدمة . (٢) العائدة : ١ .

(٣) نقله عن الاسكافي في المختلف ٥ : ٣٥٠ . المبسوط ٣ : ١٤٠ . المختصر النافع : ٢٦٠ . التحرير ٤ : ٥٩١ . القواعد ٢ : ٢٥٧ . التذكرة ١٢ : ٣٢٦ .

البصرة : ١٠٤ . الإيضاح ٢ : ٢١٨ . التنقيح ٩٣ : ٦ . جامع المقاصد ٦ : ٤٤٠ . المسالك ١٢ : ٣٦١ . كفاية الأحكام ١ : ٥٤٩ . المفاتيح ٣ : ٨٠ .

(٤) مفتاح الكرامة ٦ : ٣٩٥ . (٥) الانتصار : ٤٥٤ - ٤٥٦ .

(٦) الإرشاد ١ : ٣٨٧ . (٧) غاية المراد ٢ : ١٦٧ . مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٤٤ .

(٨) الدروس ٣ : ٣٦٨ - ٣٦٩ .

غيره بذلك الثمن أو أزيد عليه لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة، وإن باع بأقل من الذي عرض عليه كان له المطالبة^(١). وقال فيها أيضاً: «وإذا علم الشريك بالبيع ولم يطالب بالشفعة أو شهد على البيع أو بارك للبائع فيما باع أو للمشتري فيما ابتاع لم يكن له المطالبة بعد ذلك بالشفعة»^(٢). وفي المقننة: «وإن باع إنسان شيئاً له فيه شريك على أجنبي والشريك حاضر فأمضى البيع وبارك للمبتاع بطلت شفيعته»^(٣). ثم قال أيضاً: «ولو عقد البيع على أجنبي بدون ما عرضه على الشريك كان للشريك الشفعة على المبتاع وقبضه منه»^(٤).

قيل^(٥): وبمعنى عبارة النهاية عبارة الوسيلة وجامع الشرائع^(٦). لكن ستعرف أنها أجمع في غير مسألة السقوط بمعنى إنشاء الإسقاط قبل البيع. وكذا عن ابن بابويه السقوط بالسكوت وعدم الإنكار مع الحضور^(٧). وعلى كل حال فأقصى ما يقال للسقوط: دعوى الشك في ثبوت الشفعة في الحال المزبور، وقد عرفت أن الأصل عدمها، خصوصاً مع ملاحظة أن حكمه مشروعتها الضرر، ولا ريب في عدمه مع الفرض المزبور، بل المناسق من إطلاق الأدلة غير الحال المزبور بعد أن لم يكن فيها عموم لغوي بالنسبة إليه. مضافاً إلى ما رواه في السرائر بعين عبارة النهاية إلى قوله: «وإن باع بأقل»^(٨). على أن النهاية وغيرها من الكتب السابقة متون أخبار. بل في النبوي المروي في التذكرة^(٩) عن جابر عن النبي ﷺ: «الشفعة في كل مشترك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع»^(١٠) المراد منه الأخذ بالشراء أو تركه. وفي الدروس وغيرها من كتب الأصحاب، قال رسول الله ﷺ: «لا يحل أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإن باع ولم يأذن فهو أحق به»^(١١).

وفي الإيساعاء لبعض الشافعية وفي رواية: «لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»^(١٢). وفي رواية صحيحة في غير مسلم: «فهو أحق به بالثمن»^(١٣) إلى آخرها. وعلى كل حال، فظاهر تعليق الاستحقاق فيه على عدم الاستئذان يقتضي عدم الاستحقاق معه، ولا استبعاد في شيء من ذلك بعد ثبوت نظيره من إجازة الوارث ما أوصى به الميت قبل الموت، بل يمكن أن لا يكون ذلك من باب إسقاط الحق قبل ثبوته، بل هو من المقتضي لعدم ثبوت الحق معه. بل لعل المعنى المزبور هو المراد مما في نصوصنا المعتبرة من أن الشريك أحق بالشفقة إذا أراد الشريك بيعه^(١٤)، بل في بعضها التصريح بالأحقية المزبورة قبل صدور البيع منه^(١٥)، فإنه لا معنى للأحقية حينئذٍ إلا المعنى الذي ذكرناه وإن كانت الشفعة لا تثبت إلا بالبيع على أنه مع استمرار الإذن والرضا بعدم الحق له في البيع يكون كالرضا من المتابعين أو أحدهما على بيع لا خيار فيه للمجلس مثلاً. وبالجملة لا ينبغي الإشكال في عدمها مع صدور البيع على أنه لا شفعة له بإذنه وليس هو من باب إنشاء الإسقاط قبل حصول متعلقه.

(٣) (٤) المقننة: ٦١٨، ٦١٩.

(١) (٢) النهاية: ٤٢٥، ٤٢٤.

(٦) انظر الوسيلة: ٢٥٨ - ٢٥٩. الجامع للشرائع: ٢٧٨.

(٥) مفتاح الكرامة ٦: ٢٩٥.

(٨) السرائر ٢: ٣٩٣.

(٧) نقله في كشف الرموز ٢: ٣٩٧.

(٩) التذكرة ١٢: ٣٢٧.

(١٠) المستدرک ١٧: ٩٧، ب ١ من الشفعة، ح ١. كنز العمال ٧: ٤، ح ١٧٦٨٥.

(١١) أوردته بلفظه في غاية المراد ٢: ١٦٧، وبلغظ آخر في الدروس ٣: ٣٦٩.

(١٣) مسند أحمد ٣: ٣١٠. سنن البيهقي ٦: ١٠٤.

(١٢) لا يوجد «الإيساعاء» عندنا.

(١٥) الوسائل ٢٥: ٤٠٤، ب ٧ من الشفعة، ح ٧.

(١٤) الوسائل ٢٥: ٢٩٩، ب ٤ من الشفعة، ح ٢، ٣.

و[المختار] [١] [في] تحرير محل البحث في المسألة وهو: إن كان المراد من النزول عن الشفعة إنشاء إسقاطها قبل حصول متعلقها فلا ريب في أنَّ الأصحَّ عدم السقوط بل لا يتصور تأثير الإنشاء قبل حصول متعلقه مع فرض عدم دليل شرعي .

نعم ستعرف في آخر البحث توجيه صحته بناءً على ثبوت الحقِّ قبل البيع .
وإن كان المراد: الإذن القابل للاستمرار فعلاً وحكماً حتَّى يتمَّ العقد على مقتضاها، فالمتَّجه حينئذٍ الصحة، ويكفي في صحة الإذن تعلُّق الحق [٢] قبل حصول البيع فمع فرض استمرارها فعلاً أو حكماً لم يكن له شفعة [٣] .
نعم بقي شيء وهو أنَّه قد يقال إنَّ [الظاهر] [٤] ثبوت الحقِّ له قبل البيع، بحيث لو باع كان له انتزاعه من

[١] [إذ] من هنا يندفع لك [ذلك] .

[٢] على الوجه الذي سمعته من النصوص المزبورة .

[٣] وعلى هذا يحمل كلام النهاية وغيرها، لا إنشاء السقوط قبل على وجه يترتب أثره عليه بعد البيع الذي يمكن عدم القائل به .
ولعله لذا كان ظاهر الشهيد^(١) أنَّ ما في النهاية^(٢) غير مسألة الإسقاط .

بل يمكن أن يكون هذا هو الوجه في فرق المصنَّف في النافع^(٣) بين النزول عن الشفعة قبل البيع بمعنى إنشاء الإسقاط وبين الإذن في الابتاع على وجه يراد منه عدم إرادة الشفعة أو ما دلَّ على ذلك .

ومن ذلك يظهر لك ما في الرياض من شدة الإنكار عليه في فرقه بين المسألة وغيرها من المسائل، وادَّعى أنَّه لم يوافقه عليه أحد .

نعم حكى عن الإرشاد^(٤) الفرق أيضاً، ولكنه بعكسه، فجزم بالسقوط في مسألة النزول عن الشفعة بخلاف باقي المسائل^(٥) .

قلت: يمكن أن يكون وجهه أنَّ ذلك تصريح منه بالإعراض وعدم الإرادة على وجه قد استمرَّ حتَّى وقع العقد، بخلاف المسائل الأخرى، فإنَّه لا تصريح فيها، إذ يمكن الجمع بين الشهادة والمباركة والإذن في الابتاع وبين إرادة الشفعة من أول الأمر، وحينئذٍ يكون نزاعاً في موضوع .

وتفصيل الحال فيه أنَّه يختلف باختلاف المقامات والقرائن وإلَّا فكلُّ منها من حيث نفسه لا دلالة فيه، وقد انَّضح بذلك والحمد لله الحال في المقام وفي غيره من المسائل الآتية .

[٤] [وذلك] مقتضى ما في غير واحد من النصوص^(٦) من كون الشريك أحقَّ متى أراد شريكه البيع .

(١) انظر الدروس ٣: ٣٦٨ - ٣٦٩ .

(٢) النهاية: ٤٢٤ .

(٣) المختصر النافع: ٢٦٠ .

(٤) الإرشاد ١: ٣٨٧ .

(٥) الرياض ١٢: ٣٣٧ .

(٦) الوسائل ٢٥: ٣٩٩، ٤ ب من الشفعة، ح ٢، ٣، و ٢٥: ٤٠٤، ب ٧ من الشفعة، ح ٧ .

المشتري، فحقّ الشفعة حينئذٍ الثابت له بعد البيع مترتب على الأحقية السابقة على البيع وإن كان لا يأنم بالمخالفة [١] فضلاً عن صحّة بيعه، فإنّ حقّ الشفعة بعد البيع لا يفسد معه التصرف وإن كان للشفيع فسخه، وحينئذٍ فيتّجه صحّة إنشاء الإسقاط قبل البيع [٢].

كما أنّك قد عرفت الحال في مسألة الإسقاط، وأنّه إن أريد به إنشاؤه قبل البيع على وجه يؤثّر في البيع بعد وقوعه فيمكن دعوى الضرورة - فضلاً عن الإجماع - على عدمه. وإن أريد به إرادة عدم الشفعة المستمرة ولو حكماً إلى وقوع البيع فقد عرفت أنّ الأقوى حينئذٍ عدم الشفعة والله العالم.

(وكذا لو شهد على البيع أو بارك للمشتري أو للبايع أو أذن للمشتري في الابتياح) أو للبايع في البيع [قال المصنف: (فيه التردد^(١)) المزبور [٣]. ومن الغريب قوله: (لأن ذلك ليس بأبلغ من الإسقاط قبل البيع) [٤]. وهو واضح الفساد].

[١] خلافاً لبعض الشافعية^(٢).

[٢] ولعلّه إلى ذلك نظر العلامة وغيره ممّن قال بصحّته.

مضافاً إلى النصوص السابقة، وهذا شيء دقيق وجيد جداً.

كلّ ذلك مع إمكان أن يقال مع قطع النظر عن هذا كلّ - يكفي في ثبوت الحكم ما سمعته من أنّه لا ريب في حصول الشك في ثبوت الشفعة في الحال المزبور، والأصل عدمها.

ودعوى أنّ العموم في المبيع يستلزم العموم في الأحوال - وإلّا لما بقي عموم على حاله لاختلاف أحوال أفراد العام - بلا إشكال - واضحة المنع إذا أريد منها العموم بالنسبة إلى الأحوال على وجه يحكم بها على مقتضى العموم حتّى مع الشكّ كالعموم اللغوي بالنسبة إلى الأفراد.

بل لو فرض حصول الشكّ في إرادة بعض الأفراد من العموم اللغوي أمكن القول بعدم حجّية العموم فيه حينئذٍ فضلاً عن الأحوال.

ومن الغريب بعد ذلك كلّ دعوى دلالة عبارة الانتصار المزبورة على الإجماع على المسألة، وهي مع أنّها أجنبية لأنّها مسافة لبيان التراخي في مقابل القول بالفور على أنّه أطلق فيها السقوط مع التصريح بالإسقاط.

[٣] ولكن قد عرفت الفرق بينها وبينه.

[٤] ضرورة عدم مدخلية شيء منها في مسألة الإسقاط بمعنى إنشائه.

نعم لو أريد منه إرادة عدم الشفعة المستمرة موضوعاً أو حكماً كان حكم الجميع واحداً إن كان المراد منها ذلك أيضاً. وعلى كلّ حال فقد سمعت ما في المقنعة والنهاية ومحكي الوسيلة وجامع الشرائع.

وعن كشف الرموز^(١) السقوط أيضاً، بل حكاها في الأخير عن الصدوقين^(٢)، وفي جامع المقاصد عن ابن البراج^(٣).

بل في النافع^(٤) هنا اختياره كالثالث مع جزمه بعدم السقوط في الأول.

وإن قال في الرياض: «لم أفهم وجهاً لفرق الماتن بين هذه المواضع ولم أرَ من قال به.

بل أطلق أرباب القولين الحكم فيها عدا الفاضل في الإرشاد، ففرّق كالماتن، لكن حكم بالبطلان في الموضع الأول عكسه، وتنظر في باقي المواضع، ووجهه أيضاً غير واضح وإن كان أنسب من فرق الماتن، لأنه في غاية البعد، فإنّ عدم الإبطال بالإسقاط قبل البيع يستلزم عدمه فيما عداه بطريق أولى، إذ ليس بأبلغ في الدلالة على الإبطال من الإسقاط قبل البيع، بل هو أبلغ، فكيف يفرّق بينهما بالعدم في الأول والسقوط في الباقي؟ بل العكس أولى، وقد تبّه على الأولوية في المسالك^(٥). وفيه ما لا يخفى بعد الإحاطة بما ذكرناه.

وعلى كلّ حال فالحلي^(٦) والفاضل^(٧) والمقداد^(٨) والكركي^(٩) وثاني الشهيدين^(١٠) وغيرهم على ما حكى عن بعض على عدم السقوط بهما.

وإليه يرجع ما في المختلف من التفصيل بوجود الأمانة على الرضا وعدم وجودها^(١١)، فإنّه قول بالعدم. وأمّا الثالث [وهو فيما لو أذن للمشتري أو للبايع] فالفاضل في بعض كتبه وولده والمقداد والتنقيح^(١٢) وثاني الشهيدين^(١٣) وغيرهم على عدم السقوط.

وفي النافع: أنّ الأشبه بالسقوط^(١٤) وعن أبي العباس^(١٥) حكايته عن الشيخ في النهاية ويحيى بن سعيد. وقد عرفت تحقيق الحال في الجميع.

(١) (٢) كشف الرموز ٢: ٣٩٧.

(٣) جامع المقاصد ٦: ٤٤١.

(٤) المختصر النافع: ٢٦٠.

(٥) الرياض ١٢: ٣٣٧.

(٦) السرائر ٢: ٣٩٣.

(٧) التذكرة ١٢: ٣٢٧. القواعد ٢: ٢٥٧.

(٨) التنقيح ٤: ٩٤.

(٩) جامع المقاصد ٦: ٤٤١ - ٤٤٢.

(١٠) المسالك ١٢: ٣٦١ - ٣٦٢.

(١١) المختلف ٥: ٣٥١.

(١٢) الأولى: إنّما: إبطال الواو بهـ في «أو إبطال والتنقيح بهـ والكركي»، كما في مفتاح الكرامة. انظر جامع المقاصد ٦: ٤٤٠.

(١٣) التذكرة: ٣٢٧. القواعد ٢: ٢٥٧. الإيضاح ٢: ٢١٨. التنقيح ٤: ٩٤. المسالك ١٢: ٣٦٢.

(١٤) المختصر النافع: ٢٦٠.

(١٥) المهذب البارع ٤: ٢٧٧.

نعم الظاهر عدم دلالة شيء منها من حيث هي ما لم تقتزن بقرائن على ذلك ، خصوصاً مع قيام احتمال إرادة التمهيد لوقوع البيع ، بخلاف ما لو وقع منه الإذن لهما أو لأحدهما في البيع والابتاع بعنوان الإعراض عنها على الوجه الذي قد عرفت الحال فيه ، فإنه حينئذٍ لا شفعة له ، كما تقدّم لك تحقيقه .

وكذا كل ما كان من هذه المذكورات أو غيرها دالاً على ذلك ولو بقرائن الأحوال ، والله العالم .

(و) كيف كان فـ (لو بلغه البيع بما يمكن إثباته به كالتواتر أو شهادة شاهدي عدل فلم يطالب وقال : لم أصدق بطلت شفعتي) بناءً على الفور (ولم يقبل عذره) الذي مرجعه المكابرة [١] . نعم لو أخبره عدد لا يبلغ التواتر لكن حصل به الاستفاضة الموجبة للظن الغالب فلم يشفع لم تبطل شفعتي [٢] . نعم (لو أخبره صبي أو فاسق لم تبطل وصدق) في العذر [٣] . ولو صدّق الخبر [هل تبطل الشفعة؟] [٤] . قلت : [الوجه البطلان] [٥] .
(وكذا لو أخبره واحد عدل لم تبطل شفعتي ، وقبل عذره ؛ لأن الواحد ليس حجة) [٦] .
والذي يقوى اعتبار التعدّد في مثل المقام [٧] .

[١] ضرورة كون المفروض طريقاً شرعاً لثبوته ، فهو حينئذٍ كالمعاينة أو العلم بذلك .

[٢] لعدم الدليل على ثبوت البيع بذلك ما لم يصل إلى حدّ العلم فيجب حينئذٍ . بل في المسالك : « الأقوى كونه عذراً وإن قلنا بثبوته بها ، للخلاف في ذلك ، فكان عذراً ، هذا إذا اعترف بحصول العدد الموجب لها ولم يكن مذهبه ثبوتها بذلك بالاجتهاد أو التقليد وإلا لم يعذر كالشاهدين »^(١) . وفيه ما لا يخفى . بل فيها أيضاً : « أنه لو قال : لم يحصل لي بإخبارهم الظن الغالب فهو عذر وإن حصل لغيره ، لأن ذلك أمر نفسي لا يمكن معرفته إلا من قلبه »^(٢) . (و) لا يخفى ما فيه أيضاً .

[٣] لعدم ثبوته شرعاً بذلك ولو كانوا جماعة غير عدول ما لم يصل إلى حدّ الاستفاضة التي عرفت الحال فيها .

[٤] ففي المسالك : « في عذره بالتأخير بعده وجهان ، من أن التصديق لا يستند إلى علم ولا سند شرعي فلا عبرة به . ومن إمكان استناده إلى القرائن ، فإن الخبر المحفوف بالقرائن المفيدة للعلم لا ينحصر في العدل ، ولعل هذا أوجه »^(٣) .

[٥] بل لا وجه لغيره ضرورة أنه ليس وراء العلم شيء من أينما حصل .

[٦] واحتمال قبول عذره حتى مع حصول العلم معه ولو من القرائن المفيدة له واضح الفساد . وما أبعد ما بين ذلك وبين احتمال الاكتفاء به ما يعلم كذبه ، لعموم حجية خبر العدل .

[٧] [لأنه] المشتمل على خصوصية يندرج بها في الشهادة ، كما حرّرنا ذلك في محله . ثم إن ظاهر المسالك ثبوت البيع على وجه تسقط الشفعة مع عدم الفور بها لغير عذر باعتراف المتبايعين^(٤) . وفيه أن اعترافهما إنما هو حجة عليهما لا أنه مثبت للموضوع واقعاً بحيث يترتب عليه الحكم المتعلق بغيرهما فتأمل ، والله العالم .

هذا (و) عرفت فيما سبق أنه (لو جهلا) أي الشفيع والمشتري (قدر الثمن) وتصادقا على ذلك لنسيان أو شراء وكيل وقد مات أو غير ذلك (بطلت الشفعة لتعذر تسليم الثمن) [١].

بل لعله كذلك وإن دفع الشفيع قدراً يشتمل عليه مع فرض عدم قبول المشتري التبرع المزبور [٢].

بل وإن قبله في وجه قوي مع احتمال الاجتزاء [٣].

بل وكذا الكلام في جهل خصوصيته وإن دارت بين أمرين وسمح بهما الشفيع، والله العالم.

(ولو كان المبيع في بلد ناء) والفرض أنه معلوم للشفيع (فأخّر المطالبة) بالشفعة والأخذ بها مع حضور المشتري وعدم عذر، بل لم يكن ذلك منه إلا (توقّعاً للوصول) حتى يقبض الشقص (بطلت الشفعة) بناءً على الفور [٤] فعليه أن يأخذ حينئذٍ ويدفع الثمن وإن تأخر قبض الشقص [٥].

بل لو قلنا باعتبار التقابض فيها فالظاهر وجوب الفور فيها أيضاً وإن كان هو حينئذٍ الأخذ القولي، ويبقى تسليم الثمن موقوفاً على تسلّم الشقص، وهو حكم آخر غير الشفعة [٦].

(ولو بان الثمن) المعين (مستحقاً) للغير ولم يجز (بطلت الشفعة، لبطلان العقد) الذي هو عنوانها.

(وكذا لو تصادق الشفيع والمشتري على^(١) غصبية الثمن) المزبور (أو) عدم قابليته ثمناً وإن لم يكن مثبتاً للبطلان في نفس الأمر بحيث يمضي في حقّ البائع إلا أن الحقّ منحصر فيهما فيقبل ذلك في حقهما.

بل لو (أقرّ الشفيع) خاصة (بغصبيته) مثلاً قبل الأخذ بها (منع من المطالبة) [٧].

(وكذا) تبطل الشفعة (لو تلف الثمن المعين^(٢)) قبل قبضه [٨] (لتحقّق البطلان) في البيع الذي هو عنوان

[١] [إذ] المعتبر في الشفعة على الوجه الذي قد عرفته [ذلك].

[٢] لما فيه من المنة.

[٣] لصدق تسليم الثمن وزيادة.

[٤] بلا خلاف أجده بين من تعرّض له ؛ لعدم ثبوت كون ذلك عذراً.

[٥] لما عرفت من وجوب تسليم الشفيع الثمن أولاً لكونه جزء مملّك أولاً.

[٦] لكن قد عرفت سابقاً جعل بعضهم انتظار بلوغ الثمرة والزرع عذراً معللاً له بالضرر على الشفيع بتعجيل دفع الثمن مع مشغولية الشقص، ولعلّ نحوه يأتي في مثل المقام.

الهمّ إلا أن يفرّق بكون المانع في الأول بقاء يد المشتري على الشقص بخلافه هنا، فإنه ليس إلا عدم وصول الشفيع إلى ماله الذي قد خفي بينه وبينه، والفرض معلوميته له، والله العالم.

[٧] لمعوم «إقرار العقلاء» وإن لم يكن ذلك مثبتاً للبطلان في حق غيره.

[٨] عند الشيخ والفاضل في محكي المبسوط والتذكرة^(٣).

(٢) في الشرائع : «المتعين».

(١) لم ترد «على» في الشرائع.

(٣) المبسوط ٣ : ١٣٣ . التذكرة ١٢ : ٢٢٢ .

الشفعة . ولعله كذلك لكن (على تردد في هذا) [١].

فالتحقيق حينئذٍ عدم استحقاق الشفيع الأخذ مع كون التلف قبله [٢].

بل قد يقال بسقوطها أيضاً بالانفساخ الحاصل بالتحالف بين البائع والمشتري مع عدم علم الشفيع بالحال [٣] ولكن المّسّجّ القول بأنّه يأخذ بما يقتضيه البيع الأوّل قبل الفسخ فيضمن حينئذٍ المشتري قيمة الشقص للبائع].

[١] ينشأ: ممّا عرفته سابقاً في الإقالة والردّ بالعيب: من أنّ الشفعة ثابت بالبيع، فلا يقدر فيه طرؤ الفسخ، سواء كان سابقاً أو لاحقاً بعد أن كان من حينه لا من أصله.

ومن هنا جزم ثاني الشهيدين ببقائها كالمحكي عن الفاضل في المختلف وولده والشهيد^(١).

لكن قال في القواعد: «ولو تلف الثمن المعين قبل قبضه فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص رجع البائع بقيمته وإلا بطلت الشفعة على إشكال»^(٢).

قلت: لعلّ منشأ ما عرفت، وكأنّه أراد في الدروس والمسالك^(٣) في حكاية القول بالتفصيل وإن تركا حكاية ذكر الإشكال فيه، وإلا فلم نعرفه قولاً لأحد منّا ولا من العامة.

وعلى كلّ حال فقد يدفع الإشكال المزبور: بأنّ حقّ الشفعة مع سبقه يقدّم على غيره من التصرفات الواقعة من البائع والمشتري وإن كانت فسخاً بإقالة أو ردّ بعيب. لا أنّه يقدّم على المبطل الشرعي الذي لا يتصور فسخ حقّ الشفعة له على نحو فسخ الإقالة والردّ بالعيب. وثبوته مع البطلان - المقضي لكون الشقص ملكاً للبائع، والشفيع إنّما يأخذ من المشتري لا يطابق الأدلة الشرعية. كما لا يطابقها أيضاً ضمان المشتري قيمة الشقص، خصوصاً بعد أن لم يكن في يده، وقد شفع به الشفيع - وهو في يد البائع. واحتمال أنّ للشفيع باعتبار سبق حصول سببه وهو البيع الصحيح - فسخ الانفساخ المزبور تحكماً لدليل الشفعة عليه. يدفعه: أنّه ترجيح لما دلّ على الشفعة - المقضي لذلك - على ما دلّ على البطلان الشرعي المقضي لبطلان حقّ الشفعة، مع أنّ الترجيح للأخير من وجوه.

[٢] بل قيل^(٤): خصوصاً إذا قلنا بأنّ تلف الثمن قبل القبض من مال المشتري، كما أنّ تلف المبيع قبل القبض من مال البائع. على معنى تقدير رجوع كلّ منهما إلى مالكة قبل التلف آنأ ما، وحينئذٍ فلا ثمن للبائع على المشتري حتّى يأخذه الشفيع به. وإن كان فيه ما فيه. نعم لو كان الأخذ قبله أتجهت الصحة، للأصل الذي لا ينافيه بطلان البيع من حينه الذي هو بمعنى استحقاق قيمة الشقص على المشتري باعتبار تنزيل أخذ الشفيع له منزلة التلف. اللهمّ إلا أن يقال: إنّ البطلان هنا أولى من بطلانها بفسخ البائع فإنّ الحكم الشرعي يكون ملك المشتري له مراعى بعدم تلف الثمن قبل قبضه أولى بتبعية الشفعة له من تبعيتها لفسخ البائع، فتأمّل جيّداً.

[٣] لكونه أيضاً انفساخاً شرعياً لا وجه لفسخ الشفيع له المقضي لرده إلى المشتري حتّى يأخذه منه بالثمن الذي حلف البائع على

(١) المسالك ١٢: ٣٦٦، المختلف ٥: ٣٥٩ - ٣٦٠، الايضاح ٢: ٢١٧، حكاية في مفتاح الكرامة ٦: ٣٩٢ من الحواشي.

(٢) القواعد ٢: ٢٥٦. (٣) الدروس ٣: ٣٦٧، المسالك ١٢: ٣٦٦.

(٤) انظر مفتاح الكرامة ٦: ٣٩٢.

نفيه كما حلف المشتري على نفي ما ادّعه البائع ، فصار كأنّه مبيع بلا ثمن ، فلا وجه لأخذ الشفع له بعد انفساخه بما عرفت أو قلنا بأنّ للبائع فسخه بذلك وإن لم ينفسخ قهراً .

لكن في موضع من القواعد بعد أن ذكر أنّ للشفيع فسخ الإقالة والردّ بالعيب قال : « ولو قلنا بالتحالف عند التخالف في قدر الثمن وفسخنا البيع فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع لأخذه منه هنا »^(١) .

وقال فيها في موضع آخر : « ولو اختلف المتبايعان في الثمن وأوجبا التحالف أخذه بما حلف عليه البائع ؛ لأنّ للبائع فسخ البيع ، فإذا أخذه بما قاله المشتري منع منه ، فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز ، وملك الشفع أخذه بما قال المشتري ، فإن عاد المشتري وصدّق البائع وقال : كنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه ؟ الأقرب ذلك »^(٢) .

قلت : قد ينساق في بادئ النظر : أنّ المتّجه - بناءً على الانفساخ قهراً بذلك وفرض حصول تمام التحالف بينهما - عدم الأخذ بالشفعة ؛ لعدم إمكان فسخ الانفساخ المزبور وردّ العين إلى المشتري على وجه يكون دركه عليه ، لاقتضاء^(٣) بطلان ما أفاده القضاء الأوّل بالتحالف . ودعوى أنّ الأخذ حينئذٍ يكون من البائع - على وجه يكون الدرك عليه - خلاف المستفاد من أدلّة الشفعة التي مقتضاها الأخذ من المشتري والدرك عليه .

لكن فيه أنّ التّخالف المزبور إنّما يقتضي الفسخ من حينه بين البائع والمشتري والفرض سبق تعلّق حقّ الشفعة ، فيتّجه حينئذٍ القول بأنّه يأخذ بما يقتضيه البيع الأوّل قبل الفسخ ، فيضمن حينئذٍ المشتري قيمة الشقص للبائع . كما إذا ردّ الثمن بالعيب بعد أن أخذ الشفع الشقص بشفعته ، ولكن مقتضى ذلك الأخذ بما يقوله المشتري حينئذٍ لا ما يقوله البائع ، بل مقتضاها حينئذٍ كون الأخذ منه دون البائع ؛ ضرورة استحقاق الشفع الانتزاع منه ، فلا مدخلة للبائع ، وفائدة تحالفه تكون لضمان المشتري له الشقص لا ما ادّعه من الثمن الذي حلف المشتري على نفيه . ومن ذلك يظهر لك أنّه لا وجه لما في جامع المقاصد من أنّ المتّجه على التحالف بقاء الدعوى بين الشفع والبائع ويكون كالدعوى بين الشفع والمشتري^(٤) ؛ ضرورة أنك قد عرفت أخذ الشفع من المشتري المعترف بكون الثمن كذلك ، فلا دخل للبائع الذي يرجع في الفرض إلى قيمة الشقص لا إلى الثمن . كما أنّه يظهر لك النظر فيما سمعته من القواعد فتأمّل جيّداً ، فإنّ المسألة من المشكلات . ولا يسهّل الخطب فيها أنّ المشهور بين أصحابنا عدم التحالف ، بل القول قول البائع مع قيام العين والقول قول المشتري مع تلفها ، إذ يمكن فرضها في صورة التحالف عند الأصحاب ، كما إذا كان الاختلاف في جنس الثمن ، بأن قال البائع : « إنّه كذا خنطة » مثلاً وقال المشتري : « إنّه كذا شعير » ، فإنّه لا ريب في كون الحكم هنا التحالف ، ويأتي البحث السابق . ولتكن عند التأمّل مستحضراً لمدخلة دفع الثمن في تملك الشقص وأنّ الأخذ من المشتري والدرك عليه ، وأنّ التحالف إنّما هو في حقّ المتحالفين ، وأنّ الشفع حقّه على المشتري دون البائع ، وأنّ الفسخ الطارئ على البيع الصحيح - بسبب من المتعاملين أو مطلقاً - لا يبطل الشفعة وغير ذلك ، يتفكك في المقام ونظائره ، والله العالم والهادي .

(١) القواعد ٢ : ٢٥٣ .

(٢) القواعد : ٢٦٤ .

(٣) في بعض النسخ : « لاقتضاه » .

(٤) جامع المقاصد ٦ : ٤١٦ .

(ومن حيل الإسقاط) ولو بمعنى إيجاد ما يمنع رغبة الشفيع بأخذه، والظاهر عدم الكراهة في ذلك [١]. وهي كثيرة ولكن منها (أن يبيع بزيادة على^(١) الثمن) الذي يبذل في مثله على وجه لا يرغب فيه معها (و) لكن مع المواطأة بينهما على أن (يدفع ب) محاقلة (الثمن) الزائد (عوضاً قليلاً، فإن أخذ الشفيع لزمه الثمن الذي تضمّنه العقد، وكذا لو باع بثمان زائد فقبض بعضاً وأبرأه من الباقي) للمواطأة على ذلك [٢]. [وهل يلزم على المشتري دفع الثمن مع المواطأة بحيث لو فرض خلف البائع في ذلك استحقّها على المشتري؟].

والإنصاف أنّ المسألة محتاجة إلى تنقيح على وجه يظهر منه ما هو المعروف من عدم جواز الصلح عن الحقوق بحيث تؤدي إلى سقوطها بأمثال هذه الحيل، وله مقام آخر. (وكذا) من حيلها على وجه لا يتعلّق حقّها (لو نقل الشقص بغير البيع كالهبة أو الصلح) ونحوهما ممّا لا يتعلّق به حقّ الشفعة [٣].

(ولو ادّعى) الشفيع (على) غير (ه) الابتياح فصدّقه وقال: نسيت^(٢) الثمن فالقول قوله مع يمينه [٤].

[١] للأصل فضلاً عن الحرمة.

الله! إلا أن يقال بعد التسامح بإشعار الأدلّة بها باعتبار مراعاة الشريك، والأمر سهل.

[٢] ولكن لا يخفى أنّ ظاهر المصنّف وغيره لزوم الثمن للمشتري مع المواطأة المزبورة على وجه لو فرض خلف البائع في ذلك استحقّها على المشتري، بل كاديكون ذلك صريح كلامهم.

لكن في التحرير: «لو خالف أحدهما ما تواطئا عليه فطالب صاحبه بما ظهر لزمه في ظاهر الحكم ويحرم عليه في الباطن، لأنّ صاحبه إنّما رضي بالعقد للتواطؤ»^(٣).

وهو - مع ما فيه من صعوبة تصوّر خلف المشتري في المواطأة على وجه يلتزم بسببه في الكثير -؛ أنّه لا يطابق ظاهر الأدلّة؛ إذ أقصاه مخالفة الوعد أو ما يشبهه، ولا إثم فيها على الأصحّ فضلاً عن حرمة المال، وتنزيله على الشرط المضمّر على وجه يكون للمشتري دون الشفيع كما ترى.

نعم لو تواطئا على الإقرار في الظاهر فطالبه البائع مثلاً بذلك كان حراماً عليه في الباطن، ولكنّه غير مفروض المسألة قطعاً. لما عرفته سابقاً من أنّ موضوعها انتقال الشقص بالبيع دون غيره من النواقل وهو واضح.

[٣] كوضوح تصوّر أمور كثيرة للرغبة عنها أو غير ذلك مما تقتضي عدم أخذ الشفيع بها وإن أكثر بعضهم^(٤) في الأمثلة لذلك، والله العالم.

[٤] كما صرح به الفاضل والشهيدان والكركي^(٥)؛ لأنّه لا يعلم إلا من قبله.

(١) (٢) في الشرائع: «عن... أنسيت». (٣) التحرير ٤: ٥٩٢.

(٤) المسالك ١٢: ٣٦٧ - ٣٦٨.

(٥) القواعد ٢: ٢٦١. الدروس ٣: ٣٦٧. المسالك ١٢: ٣٦٨ - ٣٦٩. جامع المقاصد ٦: ٤٦٥.

ولو لم يقبل لزِم التخليد في الحبس على تقدير صدقه .

وحينئذٍ (إذا حلفه) ويش من العلم (بطلت الشفعة) بمعنى عدم ترتب أثر على استحقاقها [١] .

لكن إن لم يكن إجماعاً أمكن المناقشة في تعجيل القبول منه من دون تبين حاله بأنه مدع [٢] . وعلى الأول فإن لم يحلف وقضينا بالنكول فإن كان الشفيع يدعي العلم بقدر معين ثبت وأخذ بالشفعة به ، وإن لم نقض به حلف الشفيع على ما يدعيه وأخذ به . وإن كان [الشفيع] لا يدعي العلم به وإنما يدعي علم المشتري [٣] .

قلت : لا يخفى عليك جريان مسألة النكول السابقة هنا أيضاً . ولو ادعى الشفيع العلم بالثمن من أول الأمر من غير دعوى العلم به على المشتري وادعى المشتري النسيان فهل يثبت بيمين الشفيع هنا ؟ [٤] .

قلت : أفواه العدم ولعله كذلك لو صادقه على النسيان [٥] . ولو ادعى المشتري أن عدم العلم بالثمن لأثمه كان عرضاً قيمياً وأخذه البائع وتلف في يده ولا أعلم قيمته فالقول قوله مع يمينه [٦] وكذا لو قال : « أخذه وكيلي ولا أعلم به » أو نحو ذلك مما هو غير مناف للأصل ، وهو ممكن ، ولو لم يقبل منه يلزم تخليده في السجن والله العالم . هذا كله إذا كان الجواب بنحو ما سمعت .

(أما لو قال : لم أعلم كمية الثمن) مقتصراً على ذلك [قال المصنف :] (لم يكن جواباً صحيحاً و) [قيل :] [٧] (كلّف جواباً) صحيحاً (غيره) [٨] .

[١] لتعدّر العلم بالثمن الذي قد عرفت توقّف الأخذ عليه .

[٢] فإن الأصل عدم النسيان .

[٣] ففي المسالك : « احتمل عدم سماع الدعوى بعد ذلك ؛ لعدم إمكان الحكم بشيء وإحلاف الشفيع على أن المشتري يعلم وحبس المشتري حتّى يبين قدره » ^(١) .

[٤] ففي جامع المقاصد فيه نظر ^(٢) .

[٥] وهو المناسب لإطلاق المصنف وغيره أنه إذا حلف على النسيان بطلب الشفعة سواء ادعى الشفيع العلم به أو لا .

[٦] بلا خلاف ولا إشكال .

[٧] [قاله] في القواعد والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ^(٣) .

[٨] معلّل له في أول الأخيرين بإجماله واحتماله . وفي ثانيهما بأنه « مشترك بين أن يكون لا يعلم ابتداءً من حين الشراء ، وهو غير مسموع ؛ لاقتضائه بطلان البيع . وأن يكون غيره من الوجهين السابقين ، فلا بد من تفصيله ، وحينئذٍ فيلزم بجواب مسموع فإن أصّر حبس حتّى يجيب » ^(٤) .

قلت : قد يناقش بأن احتمالاً للصحة كاف في صحته ، ولا داعي إلى عقوبته بحسبه حتّى يجيب معيّن له .

(١) (٤) المسالك ١٢ : ٣٦٩ .

(٢) جامع المقاصد ٦ : ٤٦٥ .

(٣) القواعد ٢ : ٣٦١ . التحرير ٤ : ٥٩١ . جامع المقاصد ٦ : ٤٦٥ . المسالك ١٢ : ٣٦٩ .

[ولكنّ الاحتمال للصحة كافٍ في صحته ولا داعي إلى العقوبة بحسبه حتى يجيب معيّناً له].

(و) كيف كان ففي المتن [١] أنّه (قال الشيخ^(١)): يرّد اليمين) حينئذٍ (على الشفيع) ويقضي على المشتري

بما يحلف عليه [٢].

(المقصد الخامس: في التنازع)

(وفيه مسائل):

[لو اختلفا في قدر الثمن]:

(الأولى: إذا اختلفا) أي الشفيع والمشتري (في) قدر (الثمن) بعد اتّفاقيهما على وقوع الشراء فقال المشتري:

ألف مثلاً وقال الشفيع: خمسمئة (ولا بيّنة فالقول قول المشتري مع يمينه) [٣]: (لأنّه الذي ينتزع الشيء من

يده) [٤].

[١] وغير وإن كنّا لم نتحقّقه .

[٢] أي مع فرض دعوى العلم به ، أمّا بدونه فلا ، لعدم إمكان حلفه .

نعم في المسالك : « لو فرض دعوى الشفيع هنا عدم علمه لكن ادّعى علم المشتري ، حلف على ذلك وأنّزم المشتري البيان ، ثمّ إن عيّن قدرًا وطابقه عليه الشفيع حكم بمقتضاه ، وإلاّ فإنشكال »^(٢).

قلت : لا يخفى عليك ما في أصل القول المزبور ؛ ضرورة كون المتّجه إلزامه بالبيان لا القضاء بيمين الشفيع ، كما هو واضح ، والله العالم .

[٣] [كما] عند الشيخين وسلار وأبي الصلاح والقاضي وبنو زهرة وإدريس وسعيد والفاضل والشهيد^(٣) وغيرهم .

بل هو المشهور نقلاً وتحصيلاً ، بل لا يكاد يوجد فيه خلاف إلّا من الإسكافي وظاهر ثاني الشهيدين في المسالك ، بل في الغنية الإجماع عليه^(٤).

[٤] ولأنّه الذي هو أعرّف بالعقد ، ولأنّه الغارم ، ولأنّه ذو اليد ، ولأنّه الذي يترك لو ترك ، ولأنّ المشتري لا دعوى له على الشفيع .

إذ لا يدّعي شيئاً في ذمّته ولا تحت يده ، وإنّما الشفيع يدّعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذي يعترف به الشفيع والمشتري ينكره ، ولا يلزم من قوله : « اشتريته بالأكثر » أن يكون مدّعيّاً عليه وإن كان خلاف الأصل ، لأنّه لا يدّعي استحقاقه إيّاه عليه ، ولا يطلب تغريمه إيّاه .

لكن مع هذا كلّه مال في المسالك إلى تقديم قول الشفيع وفقاً للإسكافي مناقشاً في بعض الأدلّة السابقة في الأوّل ، فـ « منع كون المالك لا تزال يده عن ملكه إلّا بما يدّعيه ، فقد يقدّم قول المنكر في كثير في البيع وغيره . خصوصاً مع تلف العين ، وتخصيص

(١) لم نعرّ ، والموجود في المبسوط (٣: ١٥١ - ١٥٢) ذكر الوجهين ، والحكم بصحة الأوّل .

(٢) المسالك ١٢: ٣٧٠ .

(٣) المقنعة: ٦١٩ . المبسوط: ٣: ١١٠ . المراسم: ١٨٣ . الكافي: ٣٦٢ . المهذب: ١: ٤٥٩ . الغنية: ٢٣٨ . السرائر: ٢: ٣٩١ . الجامع للشرائع: ٢٧٩ .

التذكرة: ١٢: ٢٩٢ . التحرير: ٤: ٥٨٦ . القواعد: ٢: ٢٦١ . الدروس: ٣: ٣٧٠ .

(٤) نقله عن الإسكافي في المختلف: ٥: ٣٤٧ . انظر المسالك ١٢: ٣٧٢ - ٣٧٣ . الغنية: ٢٣٨ .

هذا بما إذا كانت العين باقية ليكون كتقديم قول البائع في الثمن مع بقاء العين فيه - مع كونه تخصيصاً لمُدعى القائل بغير رضا - أنَّ تقديم قول البائع حينئذٍ ليس لهذه العلة، بل لرواية^(١) وردت في ذلك كما تقرّر في بابه ومن ثمّ خالف فيه جماعة وأطرحوا الرواية، إمّا لضعف سندها، أو لمخالفتها للأصول، وقَدّموا قول المشتري مطلقاً أو حكموا بالتحالف إلى غير ذلك من الاختلاف، وتعدية الرواية إلى موضع النزاع - مع تسليمها في موردها - قياس لا يقولون به^(٢). وفي الثاني بـ «أنَّ النزاع ليس في العقد، لاتفاقهما معاً على وقوعه صحيحاً واستحقاق الشفعة به، وإنّما النزاع في القدر الواجب على الشفع دفعه إلى المشتري من الثمن، فالمشتري يدعي زيادته عمّا يدعيه الشفع والشفيع ينكره، فيكون المشتري هو المدعي والشفيع هو المنكر».

ثمّ اعترض على نفسه بـ «أنَّ العقد لا يتشخص إلّا بالثمن المعين، فيكون الاختلاف فيه في قوّة الاختلاف في العقد، لأنّ المتشخص منه بالألف غير المتشخص منه بالخمسة، فيرجع إلى الاختلاف في العقد، وهو أعلم به، لأنّه من فعله دون الشفع». وأجاب بـ «أنَّ القدر من العقد الواقع على الشقص مع كون الخمسة لازمة أمر متفق عليه، وإنّما النزاع فيما زاد على ذلك، وهو راجع إلى دعوى المشتري وإنكار الشفع».

على أنَّ هذا لو تمّ لزم تقديم مدعي الزيادة في كلّ معاوضة، سواء كانت العين باقية أم لا، وهم لا يقولون به^(٣). ثمّ اعترض على هذا بـ «أنَّ عقد البيع مثلاً إنّما يقوم بالمتعاقدين فليس أحدهما أولى من الآخر، فلذا لم يقمّ قول مدعي الزيادة مطلقاً بخلاف الشفع الذي هو خارج ويريد انتزاع العين بما يدعيه ممّن كان لعقد عقده». وأجاب بـ «غرض وقوع العقد مع البائع ووكيل المشتري أو بالعكس ثمّ تنازعا من دون حضور الوكيل، فيلزم تقديم قول من وقع العقد معه ولا يقول به الخصم».

إلى أن قال: «وبالجملة فمرجع التقديم إلى كونه منكراً والآخر مدعياً نظراً إلى الخبر^(٣) أمّا غيره من الاعتبارات فلا التفات إليها من الشارع، وإنّما هي مناسبات لا تفيد العلة».

وفي الأخير بـ «أنّه - مع منافاته لظاهر الخبر - لا يتمّ بعد أخذ الشفع بالشفعة، إمّا برضا المشتري بتأخير الثمن في ذمّته أو مطلقاً، بناءً على أنَّ أخذه المعتبر في التملك بذله الثمن المتفق على لزومه لذمّته لا ما يدعيه المشتري، فإذا أخذ الشفع بما اعترف به ملك الشقص وبقي النزاع بينه وبين المشتري في القدر الزائد».

ولو كان ملكه متوقفاً على إعطاء المشتري ما يدعيه لزم إمكان دفعه عن التملك بسهولة، كدعوى قدر كثير لا يسمح به الشفع من غير أن يثبت المشتري، وعموم الأدلّة تنفيه^(٤).

ولا يخفى عليك ما في كلامه الأخير؛ ضرورة عدم اقضاء اتّفاقهما على لزومه كونه الثمن الذي وقع عليه العقد فكيف يتصور تملكه به مع عدم ثبوت كونه ثمناً؟! ومجرّد دعواه لا تثبته، وأصالة عدم الزيادة لا تصلح لإثبات كون الثمن هو الناقص. نعم لو فرض اتّفاقهما على الثمن وأخذ الشفع برضا المشتري بكونه في ذمّته ثمّ اختلفا فيه بعد ذلك أمكن تصوّره حينئذٍ.

(٢) (٤) انظر المسالك ١٢: ٣٧٢ - ٣٧٣، ٣٧١ - ٣٧٣.

(١) الوسائل ١٨: ٥٩، ب ١١ من أحكام المقود، ح ١.

(٣) الوسائل ٢٧: ٢٩٣، ب ٢٥ من كيفية الحكم، ح ٣.

لكنه - مع أنَّ فيه ما فيه إذا فرض إبراز كيفية الدعوى بينهما في تشخيص ما اتفقا عليه سابقاً من الثمن - أيضاً خارج عن محل النزاع الذي هو اختلافهما ابتداءً فيه .

ومن هنا يعلم أيضاً ما في تفصيل صاحب الكفاية - الذي تصيده من هذه العبارة وعبارة الكركي - بين وقوع النزاع قبل الأخذ وبينه بعده ، فيقدّم قول المشتري في الأول والشفيع في الثاني^(١) .
مضافاً إلى ما في الرياض من أنه خرق للإجماع المركّب^(٢) .

وأما ما ذكره من المنافاة للخبر ففيه أنه لا يقتضي كون الشفيع هو المنكر؛ ضرورة أنه إن كان منبأ الرجوع إلى العرف فلا ظهور فيه بأنه المنكر دون المشتري إن لم يكن العكس . ومنه يعلم ما في قوله : « وبالجملة » إلى آخره .

وأغرب من ذلك قوله في الجواب عن المناقشة الأولى : « القدر في العقد الواقع على الشقص مع كون الخمسنة لازمة أمر متفق عليه ... إلى آخره » ضرورة أنه لا اتفاق بينهما بعد فرض كون النزاع بينهما في شخصي العقد الذي لا قدر مشترك بينهما ، فإنّ الخمسنة في ضمن الألف غيرها مستقلة ثمناً فكيف يمكن حصول قدر متيقّن بينهما والنزاع في غيره ؟ !

فليس هما إلا متباينان ، وما بينهما من الاتفاق الانتزاعي لا مدخلة له في تشخيص كونه ثمناً ، كما هو واضح بأدنى تأمل .
ومنه يتقدح أنه يتوجّه كون كل منهما مدّع بالنسبة إلى ذلك ، لمخالفتهما للأصل كما ذكرناه فيما لو اختلف المتعاقدان وقد أبرز الدعوى في تشخيص العقد ، فضلاً عن المقام الذي عنوان الحكم فيه نصّاً وفتوى : الثمن الذي وقع عليه شخص العقد ، ولا ريب في عدم حجّة قول أحد منهما في ذلك .

نعم يتوجّه اليمين للشفيع على المشتري في نفي ما ادّعاء من الثمن .
كما أنه قد يقال بتوجّه اليمين للمشتري عليه أيضاً في نفي ما ادّعاء مع احتمال عدمه ، لأنّه لا فائدة فيه بعد وقوع اليمين منه .
ولكن على كلّ حال لا يثبت بذلك أن الثمن هو ما ذكره أحدهما إلا مع ردّ اليمين من أحدهما ، وإلا فمع عدمه ينتفي ما ذكره كلّ واحد منهما ، إلا أنه لا طريق متيقّن لتملّك الشفيع الشقص إلا بدفع ما يقوله المشتري ، لأصالة عدم الانتقال ، وليس ذلك منهما مؤدياً إلى جهالة الثمن التي قد عرفت اقتضاءها عدم الشفعة؛ ضرورة العلم به لكل منهما .

وإن اختلفا في قدره فمع دفع الشفيع ما يدّعيه المشتري يتوجّه له التملّك ، لأنّه ثمن على التقديرين ، وليس في الأدلة ما يقتضي منع التملّك مع دفع الزيادة على الثمن المعلوم عند الدافع .

نعم حكمها الحرمة على المشتري مع كذبه وحلّها له مع صدقه ، وهو جيّد لكن لم أعثر عليه قولاً لأحد منّا ، بل ولا احتمالاً وإن وافق المشهور في النتيجة ، وهو الأخذ بما يدّعيه المشتري ، إلا أنه ليس لثبوت كونه ثمناً بقوله ولكن لا يقين بملك الشفيع بدونه ، وليس في شيء من الأصول - بل ولا ما ذكرناه من أدلة المشهور - ما يقتضي كون قول المشتري بيمينه من الطرق الشرعية لإثبات كونه الثمن الذي وقع عليه شخص العقد . ولكن مع ذلك كله لا محيص عن العمل بالمشهور المحكي عليه الإجماع في الغنية^(٣) الذي تطمئنّ النفس هنا بصوابه ، والله العالم .

هذا كله مع عدم البيّنة لكلّ منهما (و) إلّا ف [المختار] [١] أنّه (إن أقام أحدهما بيّنة قضي له) وهو كذلك بناءً على ما ذكرناه من أنّ كلّاً منهما مدّع. أنا على المشهور فقد يشكل سماع بيّنة المشتري الذي هو منكر وفرضه اليمين وقد ذكرنا في كتاب القضاء أنّه لا تندفع اليمين عنه بإقامة البيّنة [٢].

[١] [كما] في محكي المبسوط والتذكرة والتحرير^(١) [ذلك].
[٢] وعن حواشي الشهيد: «أنّ الأقرب القبول وإن كان في دفع اليمين عن المنكر بالبيّنة في غير هذه الصورة تردّد، ووجه الفرق أنّه يدّعي دعوى محضّة وقد أقام بها بيّنة فتكون مسموعة»^(٢).
وفيه شهادة على ما ذكرناه سابقاً من كون المشتري مدّعياً. ومن هنا أشكله في جامع المقاصد والمسالك^(٣)، بل في الأوّل منهما «أنّه لا يخلو من تدافع».

قلت: قد يقال: إنّ تقديم بيّنة المشتري عند القائل به ليس لكونه منكراً صرفاً بل هو مدّع، إلّا أنّ قوله مقبول فيما ادّعاء على وجه يقدر على الشفع كالودعي الذي يدّعي الردّ مثلاً، فإنّ قبول قوله بيمينه لا يمنع من قبول بيّنته لكونه مدّعياً. وليس كلّ من قبل قوله بيمينه منكراً، بل لعلّ بعض ما سمعته من أدلّة القائلين بتقديم قول المشتري كالصريح في ذلك. وبذلك يظهر لك ما في دعوى بعض^(٤) من أنّ ما في الخلاف والمبسوط^(٥) - من أنّه لو أقام كلّ منهما بيّنة فالمشتري - يوافق ما سمعته من الاسكافي من أنّ المنكر الشفع وإلّا لم تقدّم بيّنة المشتري الذي هو الداخل مع أنّه يمكن أن يكون ذلك لأنّ مذهبه تقديم بيّنة الداخل كما حكى عنه^(٦).

إلّا أنّ ما ذكرناه أولاً أولى، كما يشهد له ما عن الخلاف من تعليل تقديمه بأنّه مدّعي الزيادة^(٧)، فيكون الوجه في تقديم بيّنته أنّه كان يقدر قوله بدونها فمعها أولى، ولا أقلّ من تعارض البيّنتين من المدّعين إلّا أنّه يرجّح بيّنة المشتري بتقديم قوله بدونها فيقوى جانبه بذلك. ومن هنا يظهر لك ضعف ما سمعته من قول المصنّف: «وفيه احتمال للقضاء ببيّنة الشفع؛ لأنّه الخارج».

بل في قواعد الفاضل وجامع المقاصد ومحكي السرائر والتذكرة والكفاية: أنّه الأقرب^(٨).
بل عن الفخر المليل إليه^(٩).

ولعله لتقديم بيّنة الخارج بناءً على أنّه الشفع والداخل المشتري.

(١) المبسوط ٣: ١١٠. التذكرة ١٢: ٢٩١. التحرير ٤: ٥٨٦.

(٢) حاشية القواعد (موسوعة الشهيد الأوّل) ١٤: ٣٤٠.

(٣) جامع المقاصد ٦: ٤٦١. المسالك ١٢: ٣٧٤.

(٤) كالمقداد في التنقيح ٤: ٩٦.

(٥) الخلاف ٣: ٤٣١، ٤٣٢. المبسوط ٣: ١١٠.

(٦) حكاية في مفتاح الكرامة ٦: ٤١٤.

(٨) القواعد ٢: ٢٦١. جامع المقاصد ٦: ٤٦١. السرائر ٢: ٣٩١-٣٩٢، وفيه: «الأظهر الأوّل»، التذكرة ١٢: ٢٩١-٢٩٢. كفاية الأحكام ١: ٥٥٠.

(٩) الإيضاح ٢: ٢٢٣.

وإن كان فيه ما عرفت من احتمال منع كونه من ذلك ؛ لأنَّ كلَّ منهما مدَّعٍ وإن قدَّمنا قوله مع عدم البينة على حسب ما عرفت .

ولذلك قال في المختلف - بعد أن اختار تقديم بينة المشتري - : « وهذا بخلاف الداخل والخارج ، لأنَّ بينة الداخل يمكن أن تستند إلى اليد ، فلهذا قدَّمنا بينة الخارج ، وفي صورة النزاع البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفع » ^(١) . ومراده في الحقيقة ما ذكرناه من أنَّ كلَّ منهما مدَّعٍ وإن قدَّم قوله مع عدم البينة للإجماع المزبور ونحوه ، بل هو مرجح لبينته لأنَّه يكون به منكراً .

وحينئذٍ فمناقشة الكركي وثاني الشهيد ^(٢) له « بأنَّ تقديم بينة الخارج عند القائل به ليس لذلك فقط ، بل لقوله ﷺ : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ^(٣) والخارج مدَّعٍ » في غير محلِّها بعد ما عرفت . بل إليه يرجع ما عن الخلاف من تعليل تقديمه بأنَّ المشتري يدعي زيادة الثمن والشفيع ينكره ^(٤) ، أي فهو بحكم المنكر ولو من وجه . نعم يحكى عن مبسوطه ^(٥) التعليل بأنَّه داخل فتقدَّم بينته .

وكيف كان فلا يخفى ما في كلامهم من التشويش وسببه عدم تنقيح الأمر أولاً . والتحقيق ما عرفت من كونهما مدَّعين على الوجه الذي ذكرناه ، فتأمل جيداً . ولعلَّه لذا كان المحكي عن جامع الشرائع ^(٦) القول بالقرعة هنا ؛ إذ ليس إلا لأنَّ تنازعهما في العقد ، ولا داخل ولا خارج ؛ إذ لا يدهلما ، فصارا كالمتنازعين في عين في يد غيرهما ، فتجب القرعة كما اعترف بذلك في المختلف ^(٧) .

وإن ناقشه في جامع المقاصد بـ « أنَّ تنازعهما في استحقاق العين بالثمن المخصوص . وبأنَّ القرعة في الأمر المشكل الذي لم يدلَّ النصُّ على حكمه وما نحن فيه ليس كذلك » ^(٨) ، أي باعتبار قوله ﷺ : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ^(٩) .

لكن فيه ما عرفت من احتمال عدم كونه منكراً عنده ، بل مدَّعٍ قدَّم قوله ، لكونه أعرف بالعقد أو نحو ذلك ، وأنَّه باعتبار النزاع في التشخيص صار دعوى كلِّ منهما مباينة للأخرى ليس بينهما قدر مشترك متفق عليه كما أوضحناه سابقاً ، نعم يتَّجه عليه أنَّه لا إشكال مع الترجيح بما عرفت ، والله العالم .

(١) المختلف ٥ : ٣٤٧ .

(٢) جامع المقاصد ٦ : ٤٦٢ . المسالك ١٢ : ٣٧٤ .

(٣) المستدرک ١٧ : ٣٦٨ ، ب ٣ من كَيْفِيَّةِ الحكم ، ح ٤ .

(٤) الخلاف ٣ : ٤٣٢ .

(٥) المبسوط ٣ : ١١٠ .

(٦) الجامع للشرائع : ٢٧٩ .

(٧) المختلف ٥ : ٣٤٧ .

(٨) جامع المقاصد ٦ : ٤٦٢ .

(٩) المستدرک ١٧ : ٣٦٨ ، ب ٣ من كَيْفِيَّةِ الحكم ، ح ٤ .

(و) كيف كان فـ [المختار] [١] أنه (لا تقبل شهادة البائع لأحدهما) [٢].

وكيف كان فقد ظهر لك ممّا ذكرنا تفصيل الحال في الصور الأربعة وهي: عدم البيّنة أو البيّنة للمشتري أو

[١] [كما] قد صرّح الشيخ والفاضل والكركي والشهيدان^(١) على ما حكى عن بعضهم بـ [هـذا].

[٢] بل أجد فيه خلافاً صريحاً.

نعم يحكى عن السرائر: أنه اقتصر على عدم قبول شهادته للشفيع؛ لأنه يدفع عن نفسه ضرر الدرك^(٢)، وربما

أشعر بقبولها للمشتري، لكن لم أجد من حكاه.

وفي قواعد الفاضل والدروس: أنه يحتمل القبول على الشفيع مع القبض وله بدونه^(٣).

بل قيل^(٤): قد استحسّنه في التذكرة^(٥)، وقوّاه في الحواشي، وكأنّه مال إليه في الإيضاح^(٦).

وعلى كلّ حال ففي جامع المقاصد والمساك^(٧) تعليل عدم القبول مطلقاً بأنها تجزّ نفعاً على التقديرين، وهو استحقاق

الثمن الكثير وبدله إن ظهر مستحقاً أو ردّ العين إن شهد للمشتري.

بل ربما كان له غرض يعود المبيع إليه بفسخ المشتري إذا علم بالعيب أو الغبن ويخشي فوات ذلك بأخذ الشفيع فينفّر من

الأخذ بكثرة الثمن والتخلّص من ضمان درك الزيادة لو شهد للشفيع.

بل ربما حاول بذلك إسقاط خيار الغبن أو قلة الأرض لو ظهر المبيع معيباً، بل ربما كان عالماً بالعيب ويتوقّع المطالبة

بأرشه، وربما خاف ردّ المشتري له بالعيب أو الغبن دون الشفيع فيرغبه في الأخذ بتقليل الثمن.

إلى غير ذلك ممّا لا يخفى ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه في كتاب الشهادات.

بل ذكرنا فيها ما يعلم منه عدم كون المقام من ردّ الشهادة بجزّ النفع، الذي هو عندهم ما يكون الشاهد به مدّعياً كشهادة

الشريك لشريكه ونحو ذلك، بل لا جزّ نفع بعد إقرار المشتري بالثمن.

نعم ما نحن فيه من كون الشاهد متهمّاً، لكن قد ذكرنا عدم ردّها بمطلق التهمة، بل التهمة المخصوصة المستفادة من الأدلة.

ولعلّه لذا قال بعض المعاصرين: إنّ الأقوى القبول مطلقاً^(٨).

ولكنّه مخالف لمن عرف، ويمكن الاستدلال له بما عن المبسوط من تعليله بأنها شهادة على فعله^(٩)، والمناسق من إطلاق

الأدلة خلافه.

وأما احتمال التفصيل المزبور المستفاد من السرائر^(١٠) فلا وجه معتد به له، كالتفصيل الذي سمعته من الفاضل.

ولعلّ الأولى عدم القبول مطلقاً، والله العالم.

(١) المبسوط ٣: ١١٠. القواعد ٢: ٢٦١. جامع المقاصد ٦: ٤٦٢ - ٤٦٣. الدروس ٣: ٣٧٥. المسالك ١٢: ٣٧٤ - ٣٧٥.

(٢) السرائر ٢: ٣٩١. (٣) القواعد ٢: ٢٦١. الدروس ٣: ٣٧٥.

(٤) مفتاح الكرامة ٦: ٤١٥. (٥) التذكرة ١٢: ٢٩١.

(٦) انظر الإيضاح ٢: ٢٢٤. (٧) جامع المقاصد ٦: ٤٦٣. المسالك ١٢: ٣٧٤.

(٨) مفتاح الكرامة ٦: ٤١٦. (٩) المبسوط ٣: ١١٠.

(١٠) انظر السرائر ٢: ٣٩١.

للشفيع (و) الرابعة التي هي (لو أقام كل^(١) منهما بيّنة) وأن الأولى فيه ما ذكره المصنّف من أنّه (حكم ببيّنة المشتري) وإن كان (فيه احتمال للقضاء ببيّنة الشفيع لأنّه الخارج). لكن قد عرفت تفصيل الحال فيه، والله العالم. (ولو كان الاختلاف بين المتبايعين) في قدر الثمن (ولأحدهما بيّنة حكم بها) [١]. بناءً على التحالف مع عدمها، أمّا على القول بتقديم قول المشتري مطلقاً فيشكل سماع بيّنته على وجه يسقط عنه اليمين [٢]. بل وعلى المشهور من أنّ القول قول البائع مع بقاء السلعة والمشتري مع تلفها بناءً على أنّ كلّ من كان القول قوله كان هو المنكر، فلا تسمع منه البيّنة، لأنّ عليه اليمين، فيشكل حينئذٍ سماعها من البائع مع البقاء ومن المشتري مع التلف. لكن قد عرفت ما يعرف منه الجواب عن ذلك، كما أنّه قد تقدّم في كتاب البيع تحقيق الحال في المسألة بجميع أطرافها.

(و) منه ما (لو كان لكلّ منهما بيّنة) وإن (قال الشيخ) [٣]: (الحكم فيها) حينئذٍ (بالقرعة) [٤]، (و) لكن (فيه إشكال؛ لاختصاص القرعة بموضع اشتباه الحكم) كما اعترف به، (ولا اشتباه مع الفتوى) من المشهور (ب) - بالخبر المزبور المتضمن (أنّ القول قول البائع مع يمينه مع بقاء السلعة^(٢)) فتكون البيّنة (هنا) (بيّنة المشتري) [٥].

[١] بلا خلاف ولا إشكال.

[٢] بما عرفت من أنّه منكر ووظيفته اليمين.

[٣] [قاله] في المبسوط^(٣).

[٤] عندنا التي هي لكلّ أمر مشتبه، ومنه هذا.

[٥] كما صرح به الفاضل والكركي والشهيد في المحكي من حواشيه^(٤). واستحسنه في المسالك^(٥)، بل قيل: «إنّه قضية كلام التذكرة والإيضاح»^(٦). إذ الفرض بقاء العين التي يأخذها الشفيع، فيكون هو الخارج الذي تقدّم بيّنته بناءً على القول به. بل ربّما تجسّم لكون البائع منكراً من غير جهة قبول قوله: إنّه لما عيّن السبب وشخصه بوقوع الثمن على الزائد لم يكن معترفاً بالملك مطلقاً. بل على ذلك الوجه الذي إن ثبت ثبت به الثمن المخصوص، فيكون منكراً لما يدّعيه المشتري، فوجب عندهم تقديم بيّنة المشتري^(٧) وإن كان هو كما ترى. نعم في الإيضاح: «إنّ بيّنة المشتري مقدّمة ولو قلنا بالتحالف مع عدم البيّنة، لأنّها مخالفة لأصليين: انتقال الملك ورضا البائع بهذا العوض وبيّنة البائع تخالف أصلاً، وهو عدم رضا المشتري بالزيادة»^(٨)، أي فيكون المشتري هو الخارج الذي تقبل بيّنته. مع أنّه يمكن أن يناقش أيضاً بأنّه مع اعتبار الأصليين لا معنى للتحالف، بل يتعيّن حلف المشتري، وإلا فلا معنى لترجيح بيّنته بهما. بل ناقشه في جامع المقاصد بأنّ أصالة عدم انتقال الملك إليه قد زالت باعتراض البائع بحصول البيع الناقل للملك^(٩). وإن كان قد يدفع بإمكان إرادة أصالة عدم انتقال الملك إلّا بما يقوله مالكه.

(١) في الشرائع: «كلّ واحد».

(٣) المبسوط ١١٠.

(٤) التحرير ٤: ٥٨٦. جامع المقاصد ٦: ٤٦٣. حاشية الفوائد (موسوعة الشهيد الأول) ١٤: ٣٤٠.

(٥) المسالك ١٢: ٣٧٧.

(٦) مفتاح الكرامة ٦: ٤١٦.

(٧) جامع المقاصد ٦: ٤٦٤.

(٨) الإيضاح ٢: ٢٢٤.

لكن التحقيق مع إبرازهما الدعوى على وجه يكون كل منهما مدعياً ومنكراً يتجه قول الشيخ بالقرعة مع عدم الترجيح [١]. وإن أبرزها على وجه يكون البائع مدعياً والمشتري منكراً - أو بالعكس إن أمكن فرضه - بني على مسألة ترجيح بينة الداخل والخارج والله العالم.

(و) كيف كان فـ [المختار] [٢] أنه إذا قضي بالثمن تخير الشفيع في الأخذ بذلك (وفي الترك) حتى في صورة عدم البينة لأحدهما وحلف البائع - باعتبار أن القول قوله، لقيام العين التي يريد الشفيع أخذها - فضلاً عن صورة ما لو أقام بينة بذلك بناءً على قبولها منه [٣].

[١] وزيادة مخالفة الأصول - على فرض تسليمها - لا تقتضي جعله مدعياً بحيث ترجح بينته على الآخر .

[٢] [كما] عن قضية كلام المبسوط^(١) [ذلك].

[٣] ووجهه أنه الثمن شرعاً، والشفيع إنما يأخذ به، بل قيل: إنه لو أوجب الشارع غيره أو أجاز له لتصاد الحكمان^(٢)، وقد قال عليه السلام: «لا يحكم في قضية بحكمين مختلفين»^(٣).

وإن كان فيه: أن ذلك كذلك مع اتحاد الحكم والمحكوم عليه وله، بخلاف المقام الذي المحكوم عليه المشتري والمحكوم له الشفيع. بل قد يناقش في الأول أيضاً في صورة الحلف بأنه إنما يثبت الثمن في حق المشتري دون غيره، بل وفي صورة البينة أيضاً بعد تكذيب المشتري لها الذي يأخذ الشفيع منه. ومن هنا كان خيرة الفاضل وولده والشهيدان والكركي^(٤) الأخذ بما يدعيه المشتري مطلقاً؛ لأن الشفيع إنما يأخذ منه ويدفع إليه الثمن، وهو يزعم أن البائع ظالم بأخذ الزائد، فلا يظلم هو الشفيع فيه بعد الإقرار منه النافذ في حقه.

بل عن الفاضل والشهيد^(٥) التصريح بذلك حتى لو رجع إلى قول البائع وقال: «كنت ناسياً» إلا أن يصدق الشفيع. ولكن قد يقال: بناءً على اعتبار دفع الثمن الواقعي من الشفيع في التملك - والفرض عدم علم الشفيع وعدم ثبوت الواقع منه بقول المشتري خاصة - يتجه توقف الحكم بتملك الشفيع على دفع الثمن الواقع، وليس إلا ما يقوله البائع، خصوصاً مع إقامة البينة التي فرض قبولها منه. ومجرد اعتراف المشتري بكون الثمن كذلك لا يثبت الواقع. نعم مع مصادقة الشفيع له على ذلك يتجه الحكم بالتملك، لا لثبوت ذلك واقعاً، بل لكون الحق منحصراً فيهما. فمع اتفاقهما عليه يحكم بالملك، بخلاف ما إذا انفرد المشتري، فإن الإقرار في حقه لا يصير كون الثمن كذلك على وجه يحكم بحصول الملك للشفيع المعتبر فيه دفع الثمن في نفس الأمر على وجه لو رضي الشفيع بالأقل لم يملك بإنشاء الأخذ إلا إذا ثبت في ذمته ثم يبرؤه المشتري منه. وحينئذ في المقام لا يحكم بتملكه الشفيع إلا بدفع ما يعلم كونه الثمن وإن كان لا يجوز للمشتري مطالبته بالزائد، بل ولا يملكه إن كان في نفس الأمر صادقاً. ولعله إلى هذا نظر المصنف والشيخ. ولكن مع ذلك فيه ما فيه باعتبار أن العين في يد المشتري، وهو مقر للشفيع باستحقاق انتزاعها منه بكذا، فلا يلزم بغيره.

(١) المبسوط: ٣: ١١٠.

(٢) الايضاح: ٢: ٢٢٤.

(٣) انظر كنز العمال: ١٠٣، ١٥٠٤.

(٤) الإرشاد: ١: ٣٨٧، القواعد: ٢: ٦٦١، الايضاح: ٢: ٢٢٤، الدروس: ٣: ٣٧٠، المسالك: ١٢: ٣٧٧، جامع المقاصد: ٦: ٤٦٤.

(٥) التحرير: ٤: ٥٨٦، الدروس: ٣: ٣٧٠.

ثم إن الظاهر عدم الفرق في المسألة بين الاختلاف في قدر الثمن وبين الاختلاف في قيمته لو فرضاً عرضاً وقلنا بالشفعة به وقد تلف [١].

ولو اختلفا في الغرس والبناء فقال المشتري: أنا أحدثته وأنكر الشفيع قدّم قول المشتري [٢].

[لو ادعى الشريك البيع وأنكره الاجنبي]:

المسألة (الثانية): قال في الخلاف^(١) [٣] (إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي فأنكر الأجنبي قضي بالشفعة للشريك بظاهر الإقرار).

(و) لكن (فيه تردّد) وخلاف (من حيث وقوف الشفعة على ثبوت الابتياح) [٤] (ولعلّ الأوّل أشبه) عند

المصنف [٥].

ولكن قيل: بأنّ الشفعة لا تستحقّ إلا بعد ثبوت البيع [٦] وهو في غاية الجودة خصوصاً بعدما سمعته منّا

[١] لجريان جميع ما سمعته فيه.

لكن في القواعد بعد أن جزم بأنّ القول قول المشتري في الأوّل [أي في قدر الثمن] قال هنا: «قدّم قول المشتري على إشكال»^(٢).

ولم يظهر لنا وجه معتدّ به له.

[٢] لأنّه ملكه، والشفيع يطلب تملكه عليه، فالأصل عدم تعلّق حقّه به، والله العالم.

[٣] ومحكي المبسوط^(٣).

[٤] ولم يحصل، بل قد انتفى بيمين الأجنبي.

[٥] بأصول المذهب التي منها «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(٤).

وفاقاً للفاضل والشهيدين والكركي^(٥).

للإقرار المزبور الذي لا ينافيه عدم نفوذه في حقّ المشتري بعد إنكاره له والشفعة تتبع البيع، ولو الحاصل بالإقرار الذي هو أحد الطرق في ثبوته ولو بالنسبة للمقرّ، ولذا لو صدّقه المشتري ثبتت الشفعة بمجرد الإقرار.

[٦] [كما] بالغ الحلّي في إنكار ذلك، فقال: «إنّ الذي تقتضيه أصول أصحابنا ومذاهبهم: أنّ الشفعة لا تستحقّ إلا بعد ثبوت البيع، ويستحقّها ويأخذها من المشتري دون البائع، والبيع ما صحّ ولا وقع ظاهراً، ولا يحلّ لحاكم أن يحكم بأنّ البيع حصل وانعقد، فكيف يستحقّ الشفعة في بيع لم يثبت عند الحاكم؟! وكيف يأخذها من البائع؟! وأيضاً الأصل أن لا شفعة فمن أثبتها احتاج إلى دليل قاطع، وهذه المسألة حادثة نظرية لا يرجع فيها إلى قول المخالفين»^(٦) إلى آخره.

(١) الخلاف ٣: ٤٥١. (٢) القواعد ٢: ٢٦١.

(٣) المبسوط ٣: ١٣٥ - ١٣٦.

(٤) الوسائل ٢٣: ١٨٤، ب ٣ من الإقرار، ح ٢.

(٥) القواعد ٢: ٢٦١. التذكرة ١٢: ٣٠٣. الدروس ٣: ٣٧٤. المسالك ١٢: ٣٧٧ - ٣٧٨. جامع المقاصد ٦: ٤٦٦ - ٤٦٧.

(٦) السراير ٢: ٣٩٤.

من عدم ثبوت البيع باقرار المشتري مع البائع فضلاً عن البائع خاصة [١].

وعلى كل حال فلا إشكال في أنَّ للبائع إحلافه [= المشتري] إذا لم يكن قد قبض الثمن، بل ومع قبضه من الشفيع [٣].

وأما الشفيع فله إحلافه أيضاً [٣] بناءً على قبول الدعوى منه وإن لم يكن جازماً بها [٤].

[١] ومن مخالفة الشفيع للأصل التي ينبغي الاختصار فيها على المتيقن فضلاً عما كان المنساق من الأدلة خلافه.

ومن الإجماع بقسميه على أنَّ الشفيع يأخذ من المشتري على وجه يكون دفع الثمن جزء مملك.

ومعلومية عدم ثبوت الموضوع بالإقرار الذي هو حجة على المقر نفسه لا أنه يثبت موضوعاً علق الشارع عليه حكماً، والأخذ بالشفعة مع التصديق بين الشفيع والمشتري ليس لثبوت الموضوع، بل لأن الحق منحصر فيهما، وقد اعترفا به، ولا يبعد هنا مع فرض تصديق الشفيع مع البائع أن يكون له الأخذ مع دفع الثمن للحاكم بناءً على عموم ولايته لمثل هذا.

ودعوى ثبوت البيع في حق الشفيع لو صدق البائع المشتري قد عرفت ما فيها سابقاً.

ومن الغريب ما في المسالك وغيرها من أنه «إن أقر البائع بقبض الثمن دفعه الشفيع للحاكم، لأنه مستحق عليه لا يدعيه أحد، وإلا كان للبائع أخذه قصاصاً»^(١). ضرورة عدم تماميته بناءً على مدخليته في التملك، والمقاصة التي ذكرها لا وجه لها بعد عدم ملك المشتري له، وخصوصاً بعد إحلافه المشتري.

ثم قال: «ولا يثبت الدرك على المشتري؛ لعدم ثبوت البيع بالنسبة إليه، بل يبقى على البائع»^(٢).

وفيه أنه لا وجه لكون دركه عليه بعد إقراره بكون الشفيع ملكاً لغيره.

وبالجملة فإن كان المراد ثبوت الشفيع بالإقرار المزبور على وجه يترتب عليه حكمها - الذي منه بطلانها مع عدم الفور ونحوه - فلا ريب في عدم ثبوت ذلك بإقراره مع المشتري فضلاً عن أحدهما خاصة.

وإن كان المراد أنَّ للشفيع الأخذ مؤاخذه للمقر بإقراره فلا بأس به، ولكن في المقام لا درك على أحد، والثمن يقبضه الحاكم بناءً على عموم ولايته لمثل ذلك. وإن كان فيه منع واضح.

نعم لو رضى المدعى عليه الشراء بالقبض أمكن القول بحصول تمام المملك على مقتضى إقرار البائع وإلا فهو مشكل.

[٢] وإن استشكل فيه في القواعد^(٣)، بل هو مقتضى عدم الترجيح في غيرها؛ لانتفاء فائدتها بعد قبضه الثمن. لكن فيه: أنَّ دفع الدرك أمر مطلوب، على أنَّ ما قبضه من الشفيع ليس هو عين حقه، فله الإحلاف لأجل تحصيل حقه، بل له ثمرات أخر غير ذلك ومضافاً إلى صدق مدعياً وهو منكر.

[٣] كما صرح به غير واحد.

[٤] تحصيلاً لإقراره وضمانه الدرك وغير ذلك. مضافاً إلى الصدق المزبور.

ولعله لذا نفى الشك عنه في محكي الإيضاح على القولين لإثبات الشفيع أو الدرك^(٤)، والله العالم.

[لو ادعى الشريكان استحقاق الشفعة]:

المسألة (الثالثة: إذا ادعى أن شريكه ابتاع بعده) على وجه يستحقّ الشفعة عليه (فأنكر، فالقول قول المنكر مع يمينه) [١].

وحينئذٍ (فإن حلف أنه لا يستحقّ عليه شفعة جاز، ولا يكلف اليمين أنه لم يشتر بعده) وإن كان قد أجاب به [٢].

(ولو قال كل منهما: أنا أسبق فلي الشفعة فكل منهما مدّع) [٣].

بل (الظاهر) [٤] عدم الفرق بين العلم بتاريخ شراء أحدهما وجهالة الآخر وعدمه [٥].

(و) حينئذٍ (مع عدم البيّنة) لأحدهما (يحلف كل منهما لصاحبه، وتثبت الدار بينهما) بلا شفعة لأحدهما على الآخر. لكن قد يشكل ذلك بأنهما دعويان مستقلّان لا دعوى واحدة يكون الحكم فيها بالتحالف.

[١] بلا خلاف أجده بين من تعرّض له، كالشيخ والقاضي والحلي والفاضل والكركي وثنائي الشهيدين^(١) وغيرهم على ما حكي عن بعضهم. بل ولا إشكال؛ لأصالة عدم تحقّق شرط الشفعة ولا ينافي ذلك أصالة تقدّم شرائه، فإن ذلك لا يرفع الشكّ في تحقّق الشرط بعد تعارض الأصول حتى أصل عدم الاقتران، فمع فرض جهالة التاريخ -أو مطلقاً على ما تكرر منّا- يحصل الشكّ في تحقّق الشرط، فعلى مدّعيه الإنبات.

[٢] بلا خلاف أجده أيضاً بين المتعرّضين له، ولعله للاكتفاء بذلك في بطلان دعواه. لكن قد يناقش بأن ظاهر قوله وإن كان قد ادعى : «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»^(٢) كون كيفية اليمين على ما وقع منه من الإنكار. ولذا كان المحكي عن بعض وجوه الشافعية^(٣) وجوب الحلف على نفي الأخض إن أجاب به؛ لأنّه لم يجب به إلا ويمكنه الحلف عليه، ولأنّه مع الجواب به ينحصر سقوط حقّه بما ذكره.

نعم لو أجاب من أوّل الأمر بالأعمر لم يكلف غيره وإن كان لهم وجه أيضاً بوجوب الحلف بالأخصّ حينئذٍ على طبق الدّعى. لكنّه واضح الضعف بعد فرض كون الجواب صحيحاً؛ لأنّه يمكن أن يكون قد اشترى بعده ولكن سقطت الشفعة بمسقط ولا يستطیع إثباته لو ادّعاه. وقد حرّرنا المسألة في كتاب القضاء، إذ لا تخصّص المقام، فلا حظ وتأمّل، والله العالم.

[٣] كما صرح به الفاضل والشهيذان والكركي^(٤) وغيرهم على ما حكي عن بعض لأصالة عدم تقدّم أحدهما على الآخر.

[٤] [إذ] مقتضى إطلاقيهم [ذلك].

[٥] وهو مؤيّد لما تكرر منّا من أنّ ذلك لا يجدي في الحكم بالتأخّر عنه على وجه يترتّب عليه الحكم لو فرض كونه عنواناً كما في المقام.

(١) المبسوط ٣: ١٢٨، المذهب ١: ٤٥٦، الررائز ٢: ٣٩٥-٣٩٦، القواعد ٢: ٢٦٢، جامع المقاصد ٦: ٤٦٨، المسالك ١٢: ٣٧٩.

(٢) الوسائل ٢٧: ٢٩٣، ب ٢٥ من كيفية الحكم، ح ٣. (٣) انظر المغني (لابن قدامة) ٥: ٥١٦، المجموع ١٤: ٣٤٧.

(٤) القواعد ٢: ٢٦٢، اللزمة: ١٦٢، المسالك ١٢: ٣٨٠، جامع المقاصد ٦: ٤٦٨.

فَيَنْتَجه حينئذٍ فيها أن يقال: إنَّه إن سبق أحدهما بالدعوى - أو كان عن يمين صاحبه وقلنا بالترجيح أو أفرع الحاكم في استخراج تقديم أيَّهما في الدعوى مع فرض تقارنهما - يسمع دعواه، ويحلف المنكر مع عدم البيّنة، فإن نكل حلف المدعي وقضي له، ولم تسمع دعوى الآخر بعد استحقاق خصمه ملكه، بناءً على اعتبار بقاء الملك في استحقاق الشفعة.

نعم لو حلف ولم ينكل سقطت دعوى خصمه عليه الشفعة، وبقيت له الدعوى بها عليه، فإذا ادّعى بها وحلف خصمه استقرّ الملك بينهما على الشركة بلا شفعة، وإن نكل حلف هو وشفع إن أراد وصار الكلّ له [١].

[١] كما صرّح بذلك في موضع من القواعد^(١)، بل هو المحكي عن المبسوط والمهذّب والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد^(٢).

ولا ريب في ظهور منافاته لما هنا من سماع الدعويين معاً والتحاليف.

اللهم إلّا أن يقال: إن المراد بالتحاليف في كلامهم على الوجه المزبور، لا التحالف الذي هو في دعوى واحدة، كالاختلاف في ثمن مبيع واحد أنّه الذّابة أو العبد مثلاً.

لكن قد ينافيه قولهم أخيراً: إذا أقام كلّ منهما بيّنة فالتساقط أو القرعة؛ ضرورة ظهوره في كونه دعوى واحدة. وربّما دفع بأن المراد منه إذا أقام المدعي عليه بيّنة بأنّه السابق بعد قيام البيّنة من خصمه على أنّه السابق سُمِعَت منه من غير إنشاء دعوى مستأنفة؛ لأنّ كلّاً منهما مدّع سلطنة على ملك الآخر، فله أن يدفعها عن نفسه، كما سُمِعَت بيّنة المشتري إذا اختلف هو والشفيع في الثمن.

مع أنّ الشفيع هو المدعي، وكما تسمع بيّنة البائع إذا اختلف هو والمشتري مع بقاء العين.

وفيه: أنّ مقتضى ذلك كون الدعوى واحدة فيها التحالف نحو غيرها من مسائل الثمن ونحوه ممّا يكون فيه التحالف. ولعلّ الأولى أن يقال: إنّ الفرض وإن كان في الظاهر دعويين - باعتبار أنّ كلّاً منهما يدّعي الشفعة في شقص الآخر فهما شفعتان - إلّا أنّه يمكن إirazهما على وجه يكون كالدعوى الواحدة التي فيها التحالف باعتبار أنّ كلّاً منهما يدّعي سبق الذي هو واحد. على أنّ الدعوى لا تجاب بالدعوى، بل حتّى تنتهي الأولى إذا كانت مستقلة عنها لا ربط لها بها، بخلاف المقام ونحوه الذي يكون مقتضى إحداهما فساد الأخرى وصالحه لأن تكون جواباً عنها، كما في المقام فإنّ جواب الخصم بأيّ الأسبق يقتضي بطلان دعواه السابق المستحق به الشفعة.

ولعله لذا كان ظاهر الأصحاب في المقام أنّها دعوى واحدة يكون فيها التحالف، وحينئذٍ يقع النظر فيما سمعت من الشيخ وغيره.

اللهم إلّا أن يفرض أنّهما اختارا إirazها بعنوان دعويين مستقلّين، فحينئذٍ بأيّ الكلام السابق الذي هو البداية بإحداهما على حسب غيرها من الدعاوي فإذا انتهت توجهت الأخرى إن بقي لها محلّ، فتأمل جيّداً، فإنّه لا يخلو من دقّة، والله العالم.

(١) القواعد ٢: ٢٦٣ - ٢٦٤.

(٢) المبسوط ٣: ١٣٤ - ١٣٥، المهذّب ١: ٤٥٦ - ٤٥٧، التذكرة ١٢: ٣٠٢ - ٣٠٣، التحرير ٤: ٥٨٥، جامع المقاصد ٦: ٤٨٢ - ٤٨٣.

- (و) كيف كان فـ (لو كان لأحدهما بيّنة بالشراء مطلقاً لم يحكم بها ؛ إذ لا فائدة فيها) [١].
- نعم (لو شهدت لأحدهما بالتقدّم على صاحبه قضى بها) [٢].
- (ولو كان لهما بيّنتان بالابتیاع مطلقاً أو في تاريخ واحد) على وجه لا سبق لأحدهما (فلا ترجيح) [٣].
- (ولو شهدت بيّنة كلّ واحد منهما بالتقدّم) على وجه يحصل التعارض (قيل) [٤]: (تستعمل القرعة ، وقيل) [٥]: (سقطنا وبقي الملك على الشركة) . ولا ريب أنّ الأول هو الأقوى [٦].
- فحلف حينئذٍ من خرج اسمه ويقضى له ، أو يحكم له بلا يمين ، كما حرّرنا ذلك في كتاب القضاء [٧].

- [١] (و) لا نزاع بينهما في الشراء المطلق الذي لا يثبت الشفعة .
- [٢] كما صرح به الشيخ^(١) وغيره ممن تعرّض له^(٢) على ما حكى عن بعض .
- لوجود المقتضي وانتفاء المانع ، فيقضى بها حينئذٍ وإن كان للآخر البيّنة المطلقة التي لا فائدة فيها .
- لكن قد يناقش بأنها أعمّ من اقتضاء الشفعة ، إلا أن يكون مورد النزاع بينهما كذلك ، لا أنّه أمران - السابق واستحقاق الشفعة - كما هو ظاهر المتن .
- واحتمال الاكتفاء بالشهادة على المقتضي وإن لم يعلم اقتضاؤه - لاحتمال مقارنة المانع - واضح الضعف ، فتأمل .
- [٣] ضرورة عدم الفائدة في المطلقة كما عرفت .
- واقضاء الثانية عدم الشفعة بينهما لعدم سبق من أحدهما ، كما هو واضح .
- [٤] والقائل الشيخ والقاضي فيما حكى عنهما والكركي^(٣) .
- [٥] ولكن نجد القائل به منّا .
- [٦] لحصول الاشتباه الذي هو مورد القرعة بعد عدم إمكان العمل بهما معاً بالقسمة وإن احتمل في محكي التذكرة^(٤) لكنّه بعيد .
- [٧] ومنه يعلم ضعف ما ذكره المصنّف من القول الذي مقتضاه بقاء الملك مشتركاً بينهما بلا تحالف ، إسقاطاً للبيّنتين المعلوم حجّة إحداهما .
- بل وما عن الإيضاح من التناقض والتحالف تنزيلاً لهما منزلة عدم بعد استحالة الترجيح^(٥) .
- ومال إليه في المسالك قال : « وليس الحكم باليمين مع سقوط البيّنة ببعيد كما هو مع إقامتها ، وهذا لا يخلو من قوّة »^(٦) .

وكأنّه لعدم تحريره المسألة في كتاب القضاء ؛ ضرورة معلومية عدم سقوط البيّنة عندهم بحال ، كضرورة كون القاعدة عدم اليمين معها ، فليس حينئذٍ إلّا القرعة بعد عدم إمكان القسمة بجعل الشفعة لكلّ منهما في النصف لعدم تبعض الشفعة ، والله العالم .

(١) المبوط ٣ : ١٣٥ . (٢) القواعد ٢ : ٢٦٢ ، جامع المقاصد ٦ : ٤٦٨ .

(٣) المبوط ٣ : ١٣٥ . المذهب ١ : ٤٥٧ . جامع المقاصد ٦ : ٤٦٩ .

(٤) التذكرة ١٢ : ٢٤٥ .

(٥) الإيضاح ٢ : ٢٢٦ .

(٦) المسالك ١٢ : ٣٨١ .

[لو ادعى أحد الشريكين الانتقال بالابتیاع وزعم آخر أنه ورث]:

المسألة (الرابعة: إذا ادعى) الشريك على شريكه أنه انتقل إليه الشقص بـ (الابتیاع وزعم الشريك أنه ورث وأقاما) معاً (البينة) على دعوتهما (قال الشيخ^(١)): يقرر بينهما؛ لتتحقق التعارض) بين الابتیاع والإرث ولا ترجيح [١]. [أو يقدم بينة الشفيع؟].

لكن لا يخفى عليك أن حاصله [= تقديم بينة الشفيع]: تقديم بينة الخارج على الداخل الذي هو الشريك باعتبار كون القول قوله مع عدم البينة والبحث في تقديمها أو بينة الداخل حرزناه في كتاب القضاء لكن قد يقال: إن ذلك [= تقديم بينة الشفيع] حيث يكون جواب الشريك عدم الابتیاع لا الإرث أو الانتقال بالصلح أو نحو ذلك مما يكون به مدعياً زيادة على الإنكار وحينئذ يتجه [القول بالقرعة] [٢].

وتظهر الثمرة أنه لو لم تكن إلا بينته لم يكن عليه اليمين وإن قلنا: إن المنكر لا تسقط عنه اليمين بالبينة [٣]. ولو أقام الشفيع بينة أنه كان لزيد مثلاً لم تعده [٤].

بل لو أقر زيد بالبيع أيضاً فكذلك [٥]. ولا يكون بذلك شاهداً [٦]. ولو ادعى الشريك أن زيداً باعه إياه وصدقه زيد على ذلك ولكن الشريك يقول: «إنني ورثته من أبي» لم تثبت الشفعة أيضاً [٧].

[١] فيشبهه الحال في صدق أيهما، فيستخرج بالقرعة، لأنها لكل أمر مشتبه.

وضعف بعدم الاشبهاء وعدم التعارض؛ لأن الشفيع هو الخارج والمدعي حقيقة، باعتبار طلبه انتزاع ملك الشريك الذي مقتضى الأصل بقاءه، ويخلى وسكوته ويترك لو ترك، فتكون بينته أرجح لعموم «البينة على المدعي». ولأنه ربما عوّلت بينة الإرث على أصالة بقاء الملك إلى حين الموت، فانتقل بالإرث؛ لعدم علمها بصدور البيع، وبينة الشراء اطلعت على أمر زائد. فلا تعارض بينهما حيث يكون البائع هو الموروث. ومن هنا كان خيرة الفاضل والشهيد والكركي على تقديم بينة الشفيع^(٢).

[٢] [ك] بما يقوله الشيخ؛ ضرورة كون كل منهما مدعياً أمراً خارجاً عن الأصل. وكون القول قول الشريك مع عدم البينة لو اقتصر على الإنكار لا يقضي كونه كذلك حتى إذا ادعى أمراً آخر، والفرض أنه أقام البينة عليه.

[٣] ولعل التأمل في بعض كلامهم في مسألة الإيداع يشهد بذلك في الجملة، خصوصاً بعد ظهوره في القرعة مع المناقاة، فتأمل جيداً.

[٤] ضرورة عدم ثبوت البيع بها.

[٥] لأنه إقرار في حق الغير.

[٦] لما عرفته سابقاً من عدم قبولها على فعل نفسه، وما ذكره من جرّ النفع بها. وليست الشفعة من حقوق العقد التي يقبل فيها قول البائع باعتبار كونه إقراراً في حق نفسه، وإنما الشفعة حق ثابت بالاستقلال للشريك بسبب البيع.

[٧] إذ تصديق زيد لا يمضي إقراراً على غيره ولا شهادة على فعله، كما عرفته سابقاً، والله العالم.

(١) المبسوط ٣: ١٢٩.

(٢) القواعد ٢: ٦٦٢. حكاة عن حواشي الشهيد في مفتاح الكرامة ٦: ٤٢١. المسالك ١٢: ٣٨١ - ٣٨٢. جامع المقاصد ٦: ٤٧٠.

(ولو ادعى الشريك) بزعم المدعى أن الشقص في يده على جهة (الإيداع) من مالكة والشفيع أنه في يده على وجه الابتیاع فإن لم يكن لأحدهما بيّنة فالقول قول مدعى الوديعة الذي مرجعه إلى إنكار استحقاق الشفعة عليه [١]. ولو أقام كلّ منهما بيّنة (قدّمت بيّنة الشفيع؛ لأنّ الإيداع لا ينافي بالابتیاع) [٢]. وهو كذلك حيث يكون كذلك إذ صور المسألة أربع وعشرون: لأنهما إما أن يكونا مطلقتين أو مؤرختين، أو بيّنة الإيداع مؤرخة والأخرى مطلقة أو بالعكس.

وعلى تقدير التأريخ فإما أن يتحد أو يتقدم تأريخ الابتیاع أو تأريخ الإيداع، فالصور ست. ثم على جميع التقادير: إما أن تتعرض كلّ واحدة من البيّنتين للملك للبائع والمودع بأن تقول بيّنة الشفيع: إنّ البائع باع ما هو ملكه، وبيّنة الإيداع: إنه أودع ما هو ملكه أو لا تذكر ذلك أو تذكر إحداهما دون الأخرى، فالصور أربع مضرورة في الست السابقة ترتفع إلى أربع وعشرين صورة. وقضية الإطلاق السابق تقديم بيّنة الشفيع في جميعها عدا صورة واحدة [٣]. ولكنّ تحقيق الحال: أنه لا إشكال في عدم التنافي مع إطلاقهما، بل ومع تقديم بيّنة الإيداع في التأريخ على بيّنة الابتیاع، بل وكذا لو كانت بيّنة الإيداع مطلقة وبيّنة الابتیاع مؤرخة [٤].

[قال المصنف:] (ولو شهدت بالابتیاع مطلقاً وشهدت الأخرى أنّ المودع أودعه ما هو ملكه في تاريخ

[١] لأنّ الأصل عدمها.

[٢] كما في القواعد والتحرير^(١).

[٣] ذكرها المصنف ناسباً حكمها إلى الشيخ مشعراً بتردد فيه.

[٤] بل في المسالك: «لا منافاة مع سبق تاريخ بيّنة الابتیاع أيضاً لاحتمال أنّ البائع غصبه بعد البيع ثمّ ردّه إليه بلفظ الإيداع فاعتمده الشهود، وهذا وإن كان خلاف المعروف من معنى الإيداع إلا أنّ بناء ملك الإيداع على ظاهر الأمر، وعقده على التساهل، ومن ثمّ اكتفي فيه بالفعل فسهل الخطب فيه»^(٢). ونحوه عن التذكرة^(٣). ولكنه كما ترى؛ ضرورة عدم صلاحية مثل ذلك للجمع بين البيّنتين وإلا فمثله يأتي في بيّنة الابتیاع، نعم يمكن فرضه بإمكان شرائه منه بعد بيعه له ثمّ إيداعه له. وعن المبسوط والدروس تقييد تقديم بيّنته بما إذا كانتا مطلقتين أو كانت بيّنة الابتیاع متأخرة التاريخ أو مقيّدة بأنّ البائع باع ما هو ملكه ولم تقيّد بيّنة الإيداع^(٤). وفيه: أنه لا يتم إطلاق عدم التنافي في الأخيرة، ولكن ترجّح هي على بيّنة الإيداع بذكر الملك إن صلح مرّحاً. وأشكل من ذلك دعوى عدم التنافي فيما لو اتّخذ التاريخان على وجه لا يمكن الجمع بينهما، بأن قالت إحداهما: «بعد الزوال بلا فضل أودعه» والأخرى «باعه منه» ضرورة وضوح التنافي، سواء تعرّض فيهما لكونه أودع ملكه أو باعه أو لم يتعرّض فيهما، أو تعرّض في إحداهما دون الأخرى. ولعلّه لذا كان المحكي عن الدروي فيها القرعة^(٥)، بل هذه أولى بالتوقّف من الصورة التي أشار إليها المصنف بقوله: [ولو...].

(٢) المسالك ١٢: ٣٨٣، وفيه: «قبضه» بدل «غصبه».

(٤) المبسوط ٣: ١٢٩، الدروس ٣: ٣٦٦.

(١) القواعد ٢: ٢٦٢، التحرير ٤: ٥٨٥.

(٣) التذكرة ١٢: ٢٩٧.

(٥) الدروس ٣: ٣٦٦.

متأخر قال الشيخ (١) : [١] : (قَدِمَتْ بَيِّنَةُ الْإِدِّاعِ) قبل المكاتبة إلى المودع وبعدها إن صدَّق (لَأَنَّهَا انْفَرَدَتْ بِالْمَلِكِ) فكانت أقوى [٢] وحينئذٍ فيستصحب حكم الوديعة ، بخلاف ما لو تقدَّم الإيداع الذي يجوز أن يتعقَّبه البيع (ويكاتب المودع ، فإن صدَّقَ قَاضِي بَيِّنَتِهِ ، وسقطت الشفعة) لأنَّه يكون بمنزلة شهادة إحدى البَيِّنَتَيْنِ لواحد بالملك والأخرى بالتصرّف فإنَّ الأول أقوى ، لاحتمال التصرّف غير المملَّك (وإن أنكر قاضي بَيِّنَةِ الشفيع) لانتفاء حقِّه بتكذيب بَيِّنَتِهِ فتسقط ، وتبقى بَيِّنَةُ الشفيع بغير معارض ، فيجب العمل بها [٣] .

(ولو شهدت بَيِّنَةُ الشفيع أَنَّ الْبَائِعَ بَاعَ وَ^(١) هُوَ مُلْكُهُ ، وشهدت بَيِّنَةُ الْإِدِّاعِ مطلقة قاضي بَيِّنَةِ الشفيع) لعدم التنافي (ولم يرسل المودع لأنَّه لا معنى) ولا فائدة (للمراسلة هنا) [٤] .
وبالجملة فالمدار في الصور كلّها على عدم التنافي أو الرجحان ، والله العالم .
لو تصادق البائع والمشتري على أن الثمن غصب :

المسألة (الخامسة) : إذا تصادق البائع والمشتري أَنَّ الثمن (المعين) غصب وأنكر الشفيع فالقول قوله [٥] .
(و) يأخذ بالشفعة مع كون الدرك على المشتري ، بل (لا يمين) لهما (عليه) بعد إقرارهما السابق (إلّا أن يدَّعي عليه العلم) فيحلف على نفيه [٦] .

- [١] [قاله] في محكي المبسوط والفاضل والشهيد في محكي التذكرة والدروس^(٢) .
[٢] إذ لا يحتمل كون المودع غير مملوك بخلاف البيع ، فجاز أن يكون غير مملوك .
[٣] إذ فيه أنه مع ذلك لا تنافي البيع ، لأنَّ الشهادة بالملك الإيداعي يكفي فيها الاستناد إلى العلم بالملك في زمان متقدّم مع عدم العلم بالميزيل الطارئ ، وعدم العلم به لا يدلُّ على عدمه ، فحينئذٍ بَيِّنَةُ الْإِبْتِاعِ تشهد بأمر زائد لا تعارضها الأخرى فيه وإن لم تصرَّح بالملك ، والله العالم .
[٤] إذ لو صدَّقَ قوله لم يلتفت إلى قوله بعد قيام البَيِّنَةِ على بيعه الذي لا ينافيه وقوع الإيداع الممكن كون البيع بعده .
[٥] لأنَّ إقرارهما إنّما هو في حقِّهما ، فيجب ردُّ الثمن على المقرِّ له ، ولا يملك المشتري نماء الشقص المتخلَّل بين الشراء والشفعة دونه . فيستصحب بقاء حقِّه الثابت بالاتِّفاق الأوَّل .
[٦] كلّ ذلك لا أجد فيه خلافاً بين من تعرَّض له كالشيخ والفاضل والكركي وثاني الشهيدين^(٣) . لكن لم تعرَّضوا لحكم الثمن . نعم في المسالك : « ويبقى حكم الثمن الذي يعترف به الشفيع ، فإنَّ المشتري يزعم أنَّه لا يستحقُّه لفساد الشراء ، وكذلك البائع ، فطريق التخلُّص منه أن يأخذه المشتري ، ويدفعه إلى البائع ليأخذه مقاضاة عن قيمة الشقص لزعمهما أنَّه غير مستحقٍّ لأخذه ، فإن بقي من الثمن بقية عن القيمة فهي مال لا يدَّعيه أحد ، ومحلُّها الحاكم »^(٤) . وهو جيد مع رضا المشتري الذي لا يستحقُّ المطالبة بالقبض .

(١) في الشرائع : « ما » بدل « و » . (٢) المبسوط ٣ : ١٢٩ . التذكرة ١٢ : ٢٩٧ . الدروس ٣ : ٣٦٦ .

(٣) المبسوط ١٣٣ : ١٣٣ . القواعد ٢ : ٢٦٤ - ٢٦٥ . جامع المقاصد ٦ : ٤٩١ . المسالك ١٢ : ٣٨٦ .

(٤) المسالك ١٢ : ٢٨٦ .

[والقول : بأن طريق التخلّص بالنسبة إلى الثمن أن يأخذه المشتري ويدفعه إلى البائع ليأخذه مقاصّة وإن بقي من الثمن بقية عن القيمة فهي مال لا يدّ عليه أحد ومحلّها الحاكم ، جيّد مع رضا المشتري الذي لا يستحقّ المطالبة بالقبض]. ولو أقرّ الشفيع والمشتري خاصّة لم تثبت الشفعة [١]. وعلى المشتري ردّ قيمة الثمن أو مثله إلى صاحبه الذي حال بينه وبينه [٢]. ولو أقرّ الشفيع والبائع خاصّة ردّ البائع الثمن على المالك [٣].

وليس له مطالبة المشتري بالشقص [٤]. ولا شفعة بعد اعتراف الشفيع بفساد البيع ، والله العالم .

[لو ادعى شراء الشقص لغيره] :

المسألة السادسة : لو ادّعى على من في يده الشقص الشراء فقال : « إنّي اشتريته لفلان » وكان حاضراً [٥] ، فليس حينئذٍ إلّا الحكم ظاهراً بكون الشراء له حتى يعلم ، فمع عدم العلم يحكم بكونه له ويؤخذ منه والدرك عليه .

- [١] لفساد البيع في حقّهما دون البائع .
- [٢] وفي القواعد : « ويبقى الشقص حينئذٍ معه بزعم أنّه للبائع ويدّعي عليه وجوب ردّ الثمن والبائع ينكرهما ، فيشتري الشقص منه اختياراً ويتبارعان للشفيع في الثاني الشفعة »^(١) . وهو جيّد إن انتقل الثمن الذي في يد البائع إلى المشتري بطريق شرعي إذا أريد الشراء به ، إذ دفع القيمة للحيلولة لا يملك به ، ومع ذلك لا يحتاج إلى المبرأة .
- اللهمّ إلّا أن يفرض شراؤه بثمن كلّ يَنْطبق على ما في يد البائع ، والأمر سهل .
- [٣] لنفوذ إقراره فيه .
- [٤] لأنّه إقرار في حقّ الغير .
- [٥] ففي القواعد وغيرها : « سئل فإن ثبتت الشفعة عليه وإن قال : هو ملكي لم اشتريته الحكومة إليه »^(٢) . قلت : قد يناقش في اعتبار السؤال - بناءً على عدم اعتبار دفع الثمن في الملك ، أو اعتباره وقلنا بقيام الحاكم - بإطلاق ما دلّ على ثبوتها ببيع الشريك ونفوذ إقراره بالشراء له في حقّه بالنسبة للشفيع ، ولا يسقط دعوى كونه للغير . وربما يرشد إلى ذلك ما عن التذكرة والتحرير والدروس من الحزم بالحكم بها عليه لو كذّبه الخصم^(٣) .
- وفي جامع المقاصد ومحكي الإيضاح : أنّه الأقرب^(٤) ، نعم في القواعد على إشكال^(٥) من دون ترجيح ، كالمحكي عن الشهيد في الحواشي^(٦) . ووجه^(٧) : بأنّه قد نفاه عن نفسه بنسبته إلى الغير ، ودفع : بتكذيب الغير له ، فيبقى إقراره مسموعاً على ما في يده .
- وفيه : أنّ تكذيب الغير له لا يبطل إخراجها له عن نفسه .

(١) القواعد ٢ : ٢٦٥ .

(٢) (٥) القواعد ٢ : ٢٦٣ .

(٣) التذكرة ١٢ : ٣٠٠ - ٣٠١ . التحرير ٤ : ٥٨٣ . الدروس ٣ : ٣٦٦ .

(٤) جامع المقاصد ٦ : ٤٧٧ . الإيضاح ٢ : ٢٢٧ .

(٦) نقله في مفتاح الكرامة ٦ : ٤٢٥ .

(٧) جامع المقاصد ٦ : ٤٧٧ .

وهو إن تمّ ينبغي أن يكون كذلك مع الحضور من غير حاجة إلى السؤال بل مع فرض عدم العلم بكون الغير - المنسوب إليه - مالاً لم يسمع منه ذلك في حقّ الشفيع [١].

وكيف كان [فهل يدفع الثمن إلى الحاكم إلى أن يظهر مالكة أو يبقى في يد الشفيع إلى أن يدّعيه المقرّ له أو يدفع إلى الحاكم إلى أن يدّعيه المقرّ الذي هو الخصم؟] [٢].

قلت: قد يشكل ذلك من أصله بناءً على اعتبار دفع الثمن للمشتري في تملك الشقص، وهو غير متحقّق هنا، لنفي المقرّ له بالتكذيب والمقرّ بالإقرار، وقيام الحاكم مقام المشتري في ذلك لا دليل عليه. نعم لو قلنا بالملك بالأخذ يتّجه ذلك ويكون حكمه كالمال المقرّ به لزيد، وهو ينفيه وقد تقدّم الكلام فيه في كتاب الإقرار. هذا إن لم نقل بالحكم في ظاهر الشرع عليه بالشراء وإلاّ ألزم بالقبض، فإن امتنع أو تعذّر قام الحاكم مقامه، فتأمّل جيّداً.

وإن كان المنسوب إليه غائباً [٣] [احتمل الانتظار حتى يحضر] وإن كان يجري فيه ما سمعت أيضاً.

ولو قال: «اشترته للطفل» وله عليه ولاية [٤]. [ثبت الشفعة].

ولو أقرّ بالشراء بعد أن اعترف أنّه ملك لغيره لم يسمع [٤].

[١] وبالجملّة: فكلامهم لا يخلو من تشويش.

[٢] ففي جامع المقاصد وعن الإيضاح: «أنّ الثمن يدفع للحاكم إلى أن يظهر مالكة» ^(١). وعن حواشي الشهيد: أنّه يبقى في يد الشفيع إلى أن يدّعيه المقرّ له، أو يدفع إلى الحاكم إلى أن يدّعيه المقرّ الذي هو الخصم ^(٢).

[٣] ففي القواعد وجامع المقاصد ومحكي التذكرة والتحرير والدروس ^(٣) انتزعه الحاكم ودفعه إلى الشفيع إلى أن يحضر ويكون على حجّته إذا قدم، أي وقال: هو ملكي لم أشتريه وإلاّ فإذا صدّق أو كذّب فالحكم ما سمعته. نعم قد يشكل ذلك كلّه بما عرفت بناءً على اعتبار دفع الثمن في التملك، والضرر بتأخير حقّ الشفيع لا يدفع بالضرر على ذي المال بأخذ ماله قبل وصول الثمن إلى مع أنّ الشفعة على خلاف الأصل. ولعلّه لذا احتمل في التحرير الانتظار حتّى يحضر ^(٤)، وهو جيّد.

[٤] ففي جامع المقاصد ومحكي التذكرة والحواشي والدروس ثبوتها ^(٥). لما قيل من أنّه يملك الشراء فيملك إقراره فيه ^(٦). وإن كان قد ينتقض في الوكيل. ولصحة أخبار المسلم، ولأنّه يقبل إقراره بدين عليه كما يؤمّن إليه قوله تعالى: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ ^(٧). لكن عن التحرير: «أنّ الأقرب العدم، لأنّه إقرار على الصغير فلا ينفذ» ^(٨). وهو كما ترى.

[٤] لكونه إقراراً يثبت حقّ الشفعة على مال الغير.

(١) جامع المقاصد ٦: ٤٧٧. الإيضاح ٢: ٢٢٧. (٢) نقله في مفتاح الكرامة ٦: ٤٢٦.

(٣) القواعد ٢: ٦٦٣. جامع المقاصد ٦: ٤٧٨. التذكرة ١٢: ٣٠١. التحرير ٤: ٥٨٣. الدروس ٣: ٣٦٦.

(٤) (أ) التحرير ٤: ٥٨٣.

(٥) جامع المقاصد ٦: ٤٧٨ - ٤٧٩. التذكرة ١٢: ٣٠١. نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٦: ٤٢٦. الدروس ٣: ٣٦٦.

(٦) القواعد ٢: ٦٦٣.

(٧) البقرة: ٢٨٢.

بل لعلّه كذلك في المولى عليه بناءً على عدم نفوذ إقراره عليه، وهو بخلاف ما لو أقرّ بالشراء ابتداءً فإنّ الملك ثبت له به فيتبعه الحقّ فيه .

[لو أنكر المشتري ملكية مدعي الشفعة]:

المسألة السابعة: لو أنكر المشتري ملكية مدعي الشفعة افتقر ذو الشفعة إلى البينة إن لم تكن له يد، وإلا كفت يده التي هي سبب شرعي في الحكم بالملك [١] .

نعم قد يقال: إنّ له اليمين عليه وإن اقتصر على نفيه عنه من دون دعواه له .

[لو ادعى أحد وارثي الشفعة العفو]:

المسألة الثامنة: لو ادعى على أحد وارثي الشفعة العفو فشهد له الآخر الذي له الشفعة أيضاً لم يقبل بناءً على رجوع حصّة العافي إليه .

بل لو عبّ ذلك بالعفو ثمّ شهد لم تقبل [٢] . وإن كان لا يخلو من إشكال . أمّا لو شهد ابتداءً بعد العفو فلا إشكال في القبول .

ولو ادعى عليهما معاً - مثلاً - العفو فحلفا ثبتت الشفعة، ولو نكل أحدهما فإن صدّق الحالف الناكل فالشفعة لهما بالحلف والتصديق، ودرك ما يأخذه الناكل على المشتري [٣] .

ولا يردّ يمين الناكل على المشتري [٤] .

قلت: قد يقال: إنّ له الردّ وفائدته إمكان عفو الآخر أو غير ذلك، بل قد يؤيّد ما تسمعه من حلفه مع الشاهد على عفو أحدهما .

ولو كذب الحالف الناكل لم يعف أحلف الناكل هذا الحالف على عدم العفو [٥] .

[١] وإن قال في القواعد: « وفي القضاء له بها إشكال » ^(١) . بل عن التحرير الجزم بعدم كفايتها والافتقار إلى البينة ^(٢) . ووجه ^(٣) بأنّ دلالتها ضعيفة على الملك، فيقتصر فيها على عدم انتزاع منه بالدعوى وعدم الاحتياج إلى البينة دون استحقاق انتزاع ملك الغير قهراً المخالف للأصل . إلّا أنّ ذلك كما ترى .

[٢] على ما صرح به الفاضل والشهيد والكركي ^(٤) ؛ لاستصحاب الردّ .

[٣] لترتب يده على يده وإن كان السبب اعتراف الشريك الآخر .

[٤] كما عن المبسوط والتذكرة والدروس ^(٥) . ولعلّه لعدم الفائدة له بعد حلف الآخر الذي صارت الشفعة له .

نعم عن التذكرة « إن عفا الحالف بعد يمينه كان للمشتري أن يحلف الآن، لأنّ يسقط الشفعة عنه » ^(٦) .

[٥] لأنّ دعواه العفو غير دعوى المشتري .

(١) القواعد ٢: ٢٦٣ . (٢) التحرير ٤: ٥٨٤ .

(٣) مفتاح الكرامة ٦: ٤٢٨ . (٤) القواعد ٢: ٢٦٤ . الدروس ٣: ٣٧٦ . جامع المقاصد ٦: ٤٨٧ .

(٥) المبسوط ٣: ١٦٤ . التذكرة ١٢: ٣٠٩ . الدروس ٣: ٣٧٦ .

(٦) التذكرة ١٢: ٣٠٩ .

فإن نكل قضي للحالف بالجميع بنكوله أو بعد يمينه .

ولو شهد أجنبي بعفو أحدهما فـ [المختار] [١] أنه إن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة وإلا أخذ الآخر الجميع .

و [الظاهر] [٢] جواز الحلف قبل عفو الآخر مع أنه لا فائدة فيه [٣] .

ولو اعترف أحد الوارثين ببطلان الشراء فالشفعة بأجمعها للآخر المعترف بالصحة .

وكذا لو اعترف بالإرث أو الاتهاب دون الآخر بعد ثبوت الشراء . ولو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت ، بل وقبله [٤] .

[١] [كما] في القواعد ومحكي المبسوط والتذكرة والتحرير^(١) وغيرها [ذلك] .

[٢] [كما هو] ظاهرهم أو صريحهم .

[٣] لرجوع الحق جميعه لشريكه نحو ما سمعته في ردّ يمين الناكل ، وكلّ فائدة تتصوّر هنا تتصوّر هناك .

[٤] وإن قطع في جامع المقاصد بعدم القبول^(٢) كما في التذكرة والتحرير^(٣) ، بل هو ظاهر القواعد^(٤) أيضاً لأنه يجرّ إلى نفسه نفعاً إذا أفلس المشتري ، فإنّه يرجع إلى المبيع على تقدير عدم أخذ الشفيع إياه .

ولا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه هنا وفي كتاب الشهادات من عدم قرح مثل هذه التهمة في شهادة العدل ، والله العالم .



(١) القواعد ٢ : ٢٦٤ . حكاها في المبسوط ونقله في مفتاح الكرامة (٦ : ٤٣٢) على الظاهر . انظر المبسوط ٣ : ١٦٤ . التذكرة ١٢ : ٣٠٩ . التحرير ٤ : ٥٩٣ .

(٢) جامع المقاصد ٦ : ٤٩٠ .

(٣) التذكرة ١٢ : ٣٠٦ . التحرير ٤ : ٥٩٣ .

(٤) انظر القواعد ٢ : ٢٦٤ .

[كتاب إحياء الموات]

والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين الغر الميامين

(كتاب إحياء الموات)

[إحياء الموات] من الأرض - بفتح الميم وضمها - [والمختار] [١] على جوازه ، بل استحبابه والمرجع فيه العرف كغيره مما ليس له حقيقة شرعية [٢] .

(و) كيف كان فـ (بالنظر في أطراف أربعة) :

(الأول : في الأرضين) بفتح الراء . (وهي إما عامرة وإما موات) .

(فالعامر ملك لمالكه) الذي هو في يده إذا كان على الوجه الشرعي الذي ستعرفه ، مسلماً كان أو كافراً ، مباح المال كالحرابي أم لا كالدُمي وإن جاز أخذه قهراً من الحرابي ، فإن ذلك لا ينافي الملك كباقي أمواله [٣] . [و] (لا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه) عدا ما يجوز للمسلمين تملكه من مال الحرابي . (وكذا ما به صلاح العامر كالطريق والشرب) نهراً وغيره (والقناة) ونحوها ، فإن ذلك كله من العامر الذي هو ملك لمالكه .

[١] الذي اتفقت الأمة [على ذلك] .

[٢] والأصل فيه [=الحكم] قول أبي جعفر عليه السلام في الصحيح : « قال رسول الله ﷺ : من أحيا مواتاً فهو له » ^(١) . وقوله عليه السلام : أيضاً وقول أبي عبد الله عليه السلام في الحسن كالصحيح : « قال رسول الله ﷺ : « من أحيا أرضاً مواتاً فهي له » ^(٢) . وقول أبي عبد الله عليه السلام في خبر السكوني قال رسول الله ﷺ : « من غرس شجراً أو حفر وادياً بديلاً لم يسبقه إليه أحد أو أحيا أرضاً ميتة فهي له ، قضاء من الله ورسوله » ^(٣) . وقوله عليه السلام أيضاً في صحيح ابن مسلم : « أيما قوم أحيا شيئاً من الأرض وعمروها فهم أحق بها ، وهي لهم » ^(٤) . كقوله عليه السلام : أيضاً في الصحيح الآخر : « أيما قوم أحيا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحق بها » ^(٥) . وفي النبوي : « من أحاط حائطاً على أرض فهي له » ^(٦) . وفي آخر : « عادي الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني » ^(٧) . وفي ثالث : « مواتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني أيها المسلمون » ^(٨) . إلى غير ذلك من النصوص التي سيمر عليك بعضها إن شاء الله .

[٣] وحينئذٍ فالمراد من قول المصنف ولو بقريئة ما يأتي له [لا يجوز ...] .

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١٢ ، ب ١ من إحياء الموات ، ج ٥ . (٣) الوسائل ٢٥ : ٤١٣ ، ب ٢ من إحياء الموات ، ج ١ .

(٤) هذا وما بعده منقول عن أبي جعفر الباقر عليه السلام . (٥) الوسائل ٢٥ : ٤١٢ ، ٤١١ ، ب ١ من إحياء الموات ، ج ٥ ، ٣ .

(٦) المستدرک ١٧ : ١١١ ، ب ١ من إحياء الموات ، ج ٣ . (٨) المستدرک ١٧ : ١١٢ ، ب ١ من إحياء الموات ، ج ٥ .

(٩) تلخيص الحبير ٣ : ٦٢ ، ج ١٢٩٣ .

(ويستوي في ذلك ما كان من بلاد الإسلام وما كان من بلاد الشرك . غير أن ما في بلاد الإسلام لا يغنم وما في بلاد الشرك يملك بالغلبة عليه) . وستعرف البحث في العامر في يد الكافر إذا كان بإحياء منه بعد أن صار للإمام عليه السلام . (وأما الموات : فهو الذي لا ينتفع به لعطلته إما لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستيجامه أو غير ذلك من موانع الانتفاع) على وجه يكون به ميتاً ، (فهو للإمام عليه السلام لا يملكه أحد وإن أحياء ما لم يأذن له الإمام عليه السلام وإذنه شرط ، فمتى أذن ملكه المحيي له إذا كان مسلماً ولا يملكه الكافر ، ولو قيل : يملكه مع إذن الإمام عليه السلام كان حسناً) [١] . والمراد بالموات : العطلة المزبورة ، سواء كان لها مالك سابقاً ، أو لم يكن فإن ذلك لا مدخل له في صدق اسم الموات] ، كما أنه لا مدخل لبقاء رسوم العمارة وآثار الأنهار فيه أيضاً [٢] .

نعم لا يكفي مطلق استيلاء الماء أو انقطاعه أو الاستيجام ، بل لابد من أن يكون ذلك على وجه يعدّ مواتاً

[١] وتفصيل البحث في ذلك أن ما ذكره [المصنف] من الموات هو المطابق للعرف وعرفه به في النافع وجامع الشرائع والتحريم والدروس واللمعة والمسالك والروضة والكفاية^(١) على ما حكى عن بعضهم . ولعله لا ينافيه ما في الصحاح ومحكي المصباح من أنه الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد^(٢) ، بل عن القاموس أنه اقتصر على الأول^(٣) وعن النهاية أنها الأرض التي لم تزرع ولم تعمّر ولا جرى عليها ملك أحد^(٤) . بل و [لا ينافيه] ما في التذكرة من أن الموات هي الأرض الخراب التي باد أهلها واندرس رسمها^(٥) . ضرورة كون مراد الجميع من الموات : العطلة المزبورة ، سواء كان لها مالك سابقاً أو لم يكن ، فإن ذلك لا مدخل له في صدق اسم « الموات » .

[٢] واحتمال منع بقاء الآثار عن الإحياء كالتحجير مدفوع بالنص والفتوى بعد حرمة القياس على التحجير المقارن لقصد العمارة . قال الباقر عليه السلام في صحيح الكاظمي : « وجدنا في كتاب علي عليه السلام : ﴿ إِنْ الْأَرْضَ اللَّهُ يُورِثُهَا مِنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ ﴾^(٦) أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الله تعالى الأرض ، ونحن المتقون ، والأرض كلها لنا فمن أحيأ أرضاً من المسلمين فليعمرها ويؤدّ خراجها إلى الإمام عليه السلام من أهل بيتي ، وله ما أكل منها ، وإن تركها أو خزبها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحيأها فهو أحقّ بها من الذي تركها ، فليؤدّ خراجها إلى الإمام عليه السلام من أهل بيتي ، وله ما أكل حتى يظهر القائم عليه السلام من أهل بيتي بالسيف ، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها ، كما حواها رسول الله ﷺ ومنعها ، إلا ما كان في أيدي شيعةنا فيقاطمهم على ما في أيديهم ، ويترك الأرض في أيديهم »^(٧) . ونحوه غيره في تحقّق الإحياء مع العطلة وإن بقيت الآثار السابقة ؛ لصدق الموات عليه ، فإنه كالحي لا حقيقة لهما شرعاً ، ومرجعهما إلى العرف الذي تستمع تعرّض المصنف لما يصدق به عرفاً ، فأحدهما حينئذٍ مقابل للآخر .

(١) المختصر النافع : ٢٦١ . جامع الشرائع : ٣٧٤ . التحرير : ٤ : ٤٨٤ . الدروس : ٣ : ٥٥ . اللمعة : ٢٢٧ . المسالك : ١٢ : ٣٩١ . الروضة : ٧ : ١٣٣ . كفاية

الأحكام : ٢ : ٥٤٤ .

(٢) الصحاح : ١ : ٢٦٧ . المصباح المنير : ٥٨٤ .

(٣) القاموس : ١ : ٣٤١ .

(٤) النهاية (لابن الأثير) : ٤ : ٣٧٠ .

(٥) التذكرة : ١٩ : ٣٥١ .

(٦) الأعراف : ١٢٨ .

(٧) الوسائل : ٢٥ : ٤١٤ ، ب ٣ من إحياء الموات ، ح ٢ .

عرفاً، وإلا فقد يتفق بعض ذلك في الأرض العامرة عرفاً، كما هو واضح [١]. [ولا كلام في إذن الإمام في إحياء الموات]. إنما الكلام في اعتبار كون المحيي مسلماً [٢].

[١] وأما أن الموات - أصلاً أو عارضاً بعد أن باد أهله - للإمام عليه السلام فمما لا خلاف فيه، بل الإجماع محضاً عليه، فضلاً عن المنقول في الخلاف والغنية وجامع المقاصد والمسالك صريحاً^(١)، وظاهراً في المبسوط والتذكرة والتنقيح والكفاية^(٢) على ما حكى عن بعضها عليه. مضافاً إلى النصوص^(٣) التي يمكن دعوى تواترها وفيها الدال على أنه من الأنفال فتدل عليه حينئذ الآية^(٤). بل في جملة من النصوص أن الأرض كلها للإمام عليه السلام^(٥)، وذهب إليه بعض الرواة^(٦) إلا أن التحقيق خلافه كما حررنا ذلك في كتاب الخمس. وأما أن إسناده شرط في تملك المحي فظاهر التذكرة الإجماع^(٧)، بل عن الخلاف دعواه صريحاً^(٨)، بل في جامع المقاصد: «لا يجوز لأحد الإحياء من دون إذن الإمام عليه السلام وأنه إجماعي عندنا»^(٩) وفي التنقيح الإجماع على أنها تملك إذا كان الإحياء بإذن الإمام عليه السلام^(١٠). وفي المسالك: «لا شبهة في اشتراط إسناده في إحياء الموات، فلا يملك بدونه اتفاقاً»^(١١). مضافاً إلى قاعدة حرمة التصرف في مال الغير بغير إسناده. وفي النبوي: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»^(١٢). بل تقدم في كتاب الخمس ما يدل على ذلك أيضاً، فلاحظ.

[٢] كما هو ظاهر أول المتن فلا يملكه الكافر بذلك وإن أذن له الإمام عليه السلام، بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه. قال فيها: «إذا أذن الإمام عليه السلام لشخص في إحياء الأرض ملكها المحيي إذا كان مسلماً، ولا يملكها الكافر بالإحياء ولا بإذن الإمام عليه السلام له في الإحياء، فإن أذن له الإمام عليه السلام فأحيائها لم يملك عند علمائنا»^(١٣). وفي جامع المقاصد: «يشترط كون المحيي مسلماً، فلو أحياء الكافر لم يملك عند علمائنا وإن كان الإحياء بإذن الإمام عليه السلام»^(١٤).

لكن في الدروس: «الشرط الثاني - أي للملك بالإحياء - أن يكون المحيي مسلماً فلو أحيائها الذمي بإذن الإمام عليه السلام ففي تملكه نظر. من توهم اختصاص ذلك بالمسلمين والنظر في الحقيقة في صحة إذن الإمام له في الإحياء للتملك؛ إذ لو أذن كذلك لم يكن بد من القول بملكه وإليه ذهب الشيخ نجم الدين»^(١٥). وفي جامع المقاصد: «والحق أن الإمام عليه السلام لو أذن له بالتملك قطعاً بحصول الملك له. وإنما البحث في أن الإمام عليه السلام هل يفعل ذلك نظراً إلى أن الكافر أهل أم لا؟ والذي يفهم من الأخبار وكلام الأصحاب العدم»^(١٦).

(١) الخلاف ٣: ٥٢٥ - ٥٢٦. الغنية: ٢٩٣. جامع المقاصد ٧: ٩. المسالك ١٢: ٣٩١.

(٢) المبسوط ٣: ٢٧٠. التذكرة ١٩: ٣٥٨. التنقيح ٤: ٩٨. كفاية الأحكام ٢: ٥٤٤.

(٣) انظر الوسائل ٩: ٥٢٣، ب ١ من الأنفال.

(٤) الأنفال: ١.

(٥) الكافي ١: ٤٠٧، باب أن الأرض كلها للإمام.

(٦) انظر الكافي ١: ٤٠٩، ذيل الحديث ٨.

(٨) الخلاف ٣: ٥٢٥ - ٥٢٦.

(٩) (١٠) التنقيح ٤: ٩٨.

(١١) (١٢) (١٣) (١٤) (١٥) (١٦) جامع المقاصد ٧: ١٠.

(١٧) المسالك ١٢: ٣٩٢.

(١٨) الدروس ٣: ٥٥.

(١٩) معرفة السنن والآثار ٩: ٨، ح ١٢١٧٥. البحر الرائق ٨: ٣٨٧.

[ولا إشكال في حصول الملك للكافر بالإذن له في التملك].

[ويمكن أن لا يعتبر الإذن من الإمام في التملك بالإحياء بل يكفي الإذن منه بالإحياء الذي هو سبب حصول

الملك مع فرض وقوعه على الوجه المعبر].

[وإن أذن الإمام عليه السلام بالإحياء يحصل الملك ، سواء كان المحيي مسلماً أو كافراً].

وفي الروضة : « وفي ملك الكافر مع الإذن قولان ، ولا إشكال فيه لو حصل . إنما الإشكال في جواز إذنه عليه السلام له

نظراً إلى أن الكافر هل له أهلية ذلك أم لا »^(١) . ونحوه في المسالك^(٢) .

قلت : لا إشكال بعد عصمة الإمام عليه السلام في حصول الملك بالإذن له في التملك ؛ ضرورة أنه لو لم يكن أهلاً لذلك لم يأذن له .

إلا أنه يمكن تحصيل الإجماع فضلاً عن النصوص^(٣) على عدم اعتبار الإذن (بالإحياء من الإمام في التملك)^(٤) ، بل يكفي الإذن منه

بالإحياء الذي هو سبب حصول الملك مع فرض وقوعه على الوجه المعبر . إنما الكلام في اعتبار الإسلام - مع الإذن - وعدمه ، فهو

على تقديره شرط آخر لترتب الملك على الإحياء . ولا مانع عقلاً ولا شرعاً في عدم ترتب الملك على الإحياء للكافر وإن أذن في

الإحياء الإمام عليه السلام ؛ إذ الإذن في أصل إيجاده غير الإذن في تملكه به ، وما أدري من أين أخذ ذلك الشهيد في الدروس^(٥) ؟ ! حتى أنه

أوقع غيره في الوهم .

وقد سمعت^(٦) دعوى الإجماع من الفاضل في التذكرة على عدم ترتب الملك على إحياء الكافر وإن أذن له الإمام عليه السلام فيه بل

وفي أثناء كلام الكركي^(٧) أيضاً وإن كان التحقيق خلافاً ؛ لظهور النص^(٨) والفتوى في كونه سبباً شرعياً لحصول الملك مع حصول

شرائطه - التي منها الإذن أيضاً - سواء كان المحيي مسلماً أو كافراً . بل هو صريح صحيح محمد بن مسلم : سألت عن الشراء من أرض

اليهود والنصارى ؟ فقال : « ليس به بأس ، وقد ظهر رسول الله ﷺ على أهل خيبر فخارجهم على أن يترك الأرض في أيديهم

يعملون بها ويعمرونها ، وما بها بأس إذا اشتريت منها شيئاً ، وأما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عملوه فهم أحق بها ، وهي لهم »^(٩) .

وصحيح أبي بصير : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرضين من أهل الذمة ؟ فقال : « لا بأس بأن يشتري إذا عملوها

وأحيوها ، فهي لهم ، وقد كان رسول الله ﷺ حين ظهر على خيبر وفيها اليهود خارجهم على أمر وترك الأرضين في أيديهم

يعملونها ويعمرونها »^(١٠) . إلى غير ذلك من النصوص . بل لولا الإجماع على اعتبار الإذن لكان مقتضاها الملك بالإحياء مطلقاً .

نعم قد سمعت ما في المرسل^(١١) وصحيح الكابلي^(١٢) إلا أن الأول غير حجة والثاني لا ينافي ما دلّ على الأعم .

وأما الإجماع المزبور فلم تتحققه ، بل لعل المحقق خلافاً ، فإن المحكي عن صريح المبسوط والخلاف والسرائر^(١٣) وجامع

(١) الروضة ٧ : ١٣٥ - ١٣٦ .

(٢) المسالك ١٢ : ٣٩٢ - ٣٩٣ .

(٣) انظر الوسائل ٢٥ : ٤١١ ، ب ١ من إحياء الموات .

(٤) في بعض النسخ بدل العبارة هكذا : « من الإمام في التملك بالإحياء » .

(٥) تقدّم في ص ٣٠٣ .

(٦) انظر الوسائل ٢٥ : ٤١١ ، ب ١ من إحياء الموات . ٤١٣ ، ب ٢ .

(٧) انظر كلامه في : ٣٠٣ .

(٨) الوسائل ١٥ : ٤١٦ ، ب ٤ من إحياء الموات ، ح ١ .

(٩) الوسائل ١٥ : ١٥٦ ، ب ٧١ من جهاد العدو ، ح ٢ .

(١٠) الوسائل ١٥ : ٤١٦ ، ب ٤ من إحياء الموات ، ح ١ .

(١١) (١٢) تقدّم في ص ٣٠٣ ، ٣٠٢ .

(١٣) يأتي مصادر الكتب الثلاثة لاحقاً .

الشرائع وظاهر المذهب واللمعة والنافع عدم اعتبار الإسلام^(١). قال في المبسوط: «الموات عندنا للإمام عليه السلام لا يملكها أحد بالإحياء إلا أن يأذن له الإمام عليه السلام، وأما الذمي فلا يملك إذا أحيأ أرضاً في بلاد الإسلام إلا أن يأذن له الإمام عليه السلام»^(٢) وبعبارة محكي السرائر^(٣).

بل عنه في الخلاف نسبة الخلاف في ذلك إلى الشافعي وأنه قال: «لا يجوز للإمام عليه السلام أن يأذن له، فإن أذن له فيه فأحياءا لم يملك»^(٤). فمن الغريب دعوى الإجماع المزبور، وأغرب منه ما سمعته^(٥) من جامع المقاصد من أن الذي يفهم من الأخبار وكلام الأصحاب أن الإمام عليه السلام لا يأذن. وقد عرفت أن هذا الخلاف غير محرر في كلام الأصحاب.

بل لا وجه له؛ ضرورة كون الإمام عليه السلام مع وجوده أعرف بالمصالح المقتضية لذلك وعدمها. كل ذلك مضاف إلى ما يمكن القطع به من ملك المسلمين ما يفتحونه عنوةً من العامر في أيدي الكفار وإن كان قد ملكوه بالإحياء، ولو أن إحياءهم فاسد لعدم الإذن لوجب أن يكون على ملك الإمام عليه السلام ولا أظن أحداً يلتزم به. ومضافاً إلى قوله [= المحقق الثاني] بتملك الكافر حال الغيبة، مع أنه لا تفصيل في النصوص.

قال: «لا يخفى أن اشتراط إذن الإمام عليه السلام إنما هو مع ظهوره، أما مع غيبته فلا، وإلا لامتنع الأحياء. وهل يملك الكافر بالإحياء في حال الغيبة؟ وجدت في بعض الحواشي المنسوبة إلى شيخنا الشهيد على القواعد في بحث الأنفال من الخمس أنه يملك به، ويحرم انتزاعه منه وهو محتمل. ويدل عليه أن المخالف والكافر يملكان في زمن الغيبة حقهم من الغنيمة، ولا يجوز انتزاعه من يد من هو بيده إلا برضاه، وكذا القول في حقهم عليه السلام من الخمس عند من لا يرى إخراجها، بل حق باقي أصناف المستحقين للخمس لشبهة اعتقاد حل ذلك، فالأرض الموات أولى ومن ثم لا يجوز انتزاع أرض الخراج من يد المخالف والكافر، ولا يجوز أخذ الخراج والمقاسمة إلا بأمر سلطان الجور. وهذه الأمور متفق عليها ولو باع أحد أرض الخراج صح - باعتبار ما ملك فيها - وإن كان كافراً. وحينئذٍ فتجري العمومات - مثل قوله عليه السلام: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له»^(٦) - على ظاهرها في حال الغيبة. ويقصر التخصيص على حال ظهور الإمام عليه السلام فيكون أقرب للحمل على ظاهرها وهذا منجبه قوي متين»^(٧).

قلت: لكن بعد الإغضاء عن البحث في جملة مما ذكره يقتضي عدم الفرق بين حالي الحضور والغيبة لإطلاق النصوص المزبورة ولا معارض لها بعد كون المرسل^(٨) غير حجة ولا دلالة فيه على التخصيص بل لا ظهور يعتد به في صحيح الكابلي^(٩) على وجه يقاوم ما عرفت.

(١) الجامع للشرائع: ٣٧٥. المذهب ٢: ٢٩. لللمعة: ٢٢٧. المختصر النافع: ٢٦١.

(٢) المبسوط ٣: ٢٧٠.

(٣) السرائر ١: ٤٨١.

(٤) الخلاف ٣: ٥٢٧.

(٦) الوسائل ٢٥: ٤١٢، ب ٢ من إحياء الموات، ح ١.

(٨) تقدم في ص ٣٠٣.

(٧) جامع المقاصد ٧: ١٠ - ١١.

(٩) تقدم في ص ٣٠٢.

(٥) تقدم في ص ٣٠٣.

فالمُتَجِّه الملك بالإحياء مطلقاً ولو لحصول الإذن منهم عليه السلام في ذلك حال الحضور [١].
ولا فرق فيما ذكرنا بين الموات في بلاد الإسلام وغيره [٢].

ولا بين الذمي وغيره من أقسام الكفار وإن كان لنا تملك ما يحويه الحربي كباقي أمواله.

(و) كيف كان فـ [المختار] [٣] إن عامر (الأرض المفتوحة عنوة) وقهراً وقت الفتح (للمسلمين قاطبة) [٤]. ولو من يتوَلَّد أو يدخل فيه إلى آخر الأمر على معنى أنها لمجموعهم لا لكل واحد منهم، فـ (لا يملك أحد) منهم بالخصوص (وقبها) [٥].

(و) حينئذٍ فـ (لا يصح) لأحد بخصوصه منهم فضلاً عن غيرهم (بيعها ولا رهنها) ولا هبتها ولا غير ذلك ممَّا يتوقَّف صحَّته على الملك [٦].

[١] ولعلَّ المصلحة فيه إرادة تعمير الأراضي. واحتمال أنَّ جميع النصوص لبيان السبب الشرعي الذي لا ينافي توقُّفه بعد ذلك على شرائط آخر يدفعه: أنَّه لا منافاة فيه بين إرادة الإذن منه مع ذلك ولو بطريق من طرق الدلالة. مضافاً إلى ظهور بعضها في الإذن كما أوماً إليه في التذكرة، قال في موات المفتوحة عنوة وميت الغيبة: «وإن كان الإحياء حال الغيبة ملكها المحيي لما تضمَّنَه كتاب علي عليه السلام» ^(١) فكانَ الإذن هنا محققاً ^(٢). وحينئذٍ فلا وجه لدعوى سقوط الاشتراط في زمن الغيبة بدعوى أنَّ دليله الإجماع والمسلم منه ما كان في زمن الحضور. على أنَّ مقتضى السقوط ملكهم حينئذٍ بالإحياء، لا من باب الإقرار لشبهة اعتقاد الحل. وأيضاً إن كان مقتضى العمومات المزبورة سقوط الشرطية فلا ريب في ظهورها في حال الحضور أيضاً، بل لعلَّه أظهر من حال الغيبة. على أنَّ دليل الشرطية غير منحصر في الإجماع، بل يكفي فيه قبح التصرف في مال الغير بغير إذن، والشك في الملك بالإحياء ياذنه إن لم يكن ذلك معلوماً ممَّا ذكروه من الإجماع على اعتبارها فيه من غير إشارة إلى زمن الحضور والغيبة التي لا فرق بينهما أيضاً لو فرض حصول الإذن من هذه العمومات. ولكن الأمر سهل حيث لا فائدة ترتَّب على ذلك. نعم لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه ما في المسالك ^(٣) وغيرها من تحرير أصل المسألة والله العالم والهادي.

[٢] لإطلاق الأدلة، خلافاً لما يظهر من بعض ^(٤).

[٣] [كما] لا خلاف أجده في [ذلك].

[٤] بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه.

[٥] بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى النصوص ^(٥).

[٦] كما ذكرنا ذلك كله مفضلاً في كتاب البيع ومنه ما وقع من بعض من ملكها تبعاً لآثار التصرف ^(٦) أو أنَّها تنفذ التصرفات المزبورة فيها زمن الغيبة. وذكرنا أيضاً في كتاب المكاسب البحث في الخراج المتعلق بها وبغيرها، فلاحظ وتأمل.

(١) الوسائل ٢٥: ٤١٤، ب ٣ من إحياء الموات، ج ٢. (٢) التذكرة ١٩: ٣٧٢.

(٣) انظر المسالك ١٢: ٣٩٢ - ٣٩٣.

(٤) كالشيخ في المبسوط ٣: ٢٧٠. الحلى في السرائر ١: ٤٨١.

(٥) الوسائل ١٥: ١٥٥، ب ٧١ من جهاد العدو، ج ١. و ١٧: ٣٦٧، ٣٦٨، ب ٢٠ من عقد البيع، ج ٤، ٥، ٩.

(٦) القواعد ٢: ٢٣.

(و) حينئذ لو مات لم يصح إحيائها على وجه يترتب عليه الملك للمحيي (لأن المالك لها) بغير الأحياء (معروف وهو المسلمون قاطبة) المغتصمون لها [١].

(وما كان منها مواتاً^(١) وقت الفتح فهو للإمام عليه السلام) [٢]. [وليست من الغنيمة].

وقد يقال: إن الأصل الموات، فيكون كل ما لم يعلم كونه معموراً وقت الفتح للإمام عليه السلام من غير فرق بين ما لا يوجد فيه أثر عمارة وبين ما يوجد ولكن لم يعلم أنها وقت الفتح أو متجددة بعده [٣].

(وكذا) له عليه السلام (كل أرض لم يجر عليها ملك مسلم^(٢)) [٤].

[١] وستعرف اشتراط عدمه [= المالك] في الملك بالإحياء للاستصحاب وغيره.

[٢] بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه فضلاً عن محكيه مستفيضاً أو متواتراً، مضافاً إلى النصوص التي أشرنا إليها آنفاً ومزكّبر منها في كتاب الخمس. ومنه يعلم أنها ليست من الغنيمة، لأنها قد كانت مالاً للإمام عليه السلام قبل الفتح.

نعم في المسالك: «يعلم كونها مواتاً حينئذ بالنقل والقرائن وبوجودها ميتة الآن مع الشك في كونها عامرة وقت الفتح؛ لأصالة عدم العمارة أصلاً. بخلاف ما علم كونه معموراً قبل الفتح ثم خرب وشك في وقت خرابه، فإنه يحكم بعمارته فيه، استصحاباً لحكم الموجود وعدم تقدّم الحادث»^(٣). وقال فيها أيضاً قبل ذلك: «وأنه يعلم - أي العامر - وقت الفتح بنقل من يوثق به ودلالة القرائن الكثير المفيدة للعلم أو الظن المتأخّر له»^(٤). وفي الروضة: «ويرجع الآن في المحيا منها والميت في تلك الحال إلى القرائن، ومنها ضرب الخراج والمقاسمة، فإن انتفتت فالأصل يقتضي عدم العمارة فيحكم لمن بيده منها شيء بالملك لو ادّعا»^(٥). قلت: لا يخفى أن واقع الأمر عدم قرائن تقيّد ما ذكر في هذا الزمان الذي اشتبه الحال فيه، فلم يعلم المعمور منه وقت الفتح ومواته. فلا بد من تأصيل أصل يرجع إليه.

[٣] خصوصاً بعد ملاحظة ما دلّ على أن الأرض كلها لهم عليهم السلام^(٦)، فتأمل جيداً.

وخصوصاً بعد ظهور النصوص في كون الإحياء سبباً للملك، خرج ما علم كونه مملوكاً للغير بغير الإحياء فيبقى ما عداه على مقتضى السببية المزبورة، والله العالم.

[٤] بلا خلاف أجده فيه. بل قيل: إنه طفحت به عباراتهم^(٧). وفي التذكرة الإجماع عليه^(٨). نعم في التحرير وعن غيره ففرضه في موات أرض الإسلام^(٩). وفيه: أن إطلاق الأدلة وعمومها يقتضي أن المواتان جميعه للإمام عليه السلام من غير فرق بين بلاد الإسلام وغيره على أنه منقوض بالذمي الذي ملك أرضاً في بلاد الإسلام معمورة فماتت، كما أنه ينقض من به اقتصر على تقييدها بالموات من غير ذكر بلاد الإسلام. وبالعجالة: هذه الكلية المزبورة - مع تقييدها بما عرفت - منقوضة بما سمعت وغيره فضلاً عما لو بقيت على إطلاق المتن. مع أنه لا داعي لها من تعبير في نص وغيره. فالأولى إيكال التفصيل إلى المستفاد من الأدلة.

(٢) في الشرائع: «لمسلم».

(٤) المسالك ١٢: ٣٩٣.

(٦) انظر الكافي ١: ٤٠٧، باب أن الأرض كلها للإمام.

(٧) انظر التذكرة ١٩: ٣٥٨، ٣٧١، ٣٧٣.

(١) في الشرائع بعدها زيادة: «وفي».

(٣) المسالك ١٢: ٣٩٦.

(٥) الروضة ٧: ١٣٧.

(٧) مفتاح الكرامة ٧: ٩.

(٩) التحرير ٤: ٤٨٣. جامع المقاصد ٧: ١٥ - ١٦.

نعم الظاهر عدم الفرق بين الموات وبين المعدّة للانتفاع في كونهما معاً للإمام عليه السلام [١].
(وكلّ أرض جرى عليها ملك المسلم) فما دامت عامرة (فهي له أو لورثته بعده) وإن ترك الانتفاع بها [٢].
بل إن لم يكن لها مالك معروف كانت من مجهول المالك [٣].

[١] كما صرح به في المسالك^(١) وغيرها؛ لاندراجها في اسم الموات، فإنك قد عرفت عدمه عرفاً، بل للنصوص^(٢) الواردة في تعدد الأنفال المصرحة بأنّ منها - مضافاً إلى الموات - كلّ أرض لا ربّ لها، ولا رب في شمولها للفرض الذي يمكن أن يكون منه شطوط الأنهار، والله العالم.

[٢] بلا خلاف ولا إشكال، بل في المسالك الإجماع عليه^(٣)، وهو كذلك.

[٣] بل في المسالك: «وإن خربت فإن كان انتقالها بالقهر المفتوحة عنوة بالنسبة إلى المسلمين أو بالشراء والعطية ونحوها لم يزل ملكه عنها أيضاً إجماعاً على ما نقله في التذكرة عن جميع أهل العلم»^(٤).
قلت:

الموجود فيما حضرنى من نسخة التذكرة: «لو لم تكن الأرض التي من بلاد الإسلام معمورة في الحال ولكنها كانت قبل ذلك معمورة وجرى عليها ملك مسلم فلا يخلو إما أن يكون المالك معيّناً أو غير معيّن، فإن كان معيّناً فإما أن تنتقل إليه بالشراء أو العطية وشبهها أو بالإحياء فإن ملكها بالشراء وشبهه لم تملك بالإحياء بلا خلاف، قال ابن عبد البر: أجمع الفقهاء على أنّ ما عرف بملك مالك غير منقطع أنّه لا يجوز إحياءه لأحد غير أربابه... إلى آخره»^(٥).

وهو كما ترى إنّما حكى الإجماع عمّن لا نعرفه وإنّما اقتصر هو على نفي الخلاف، فإن تمّ إجماعاً كان هو الحجة، وإلا فقد يشكّل ما كان ملك البائع له مثلاً بالإحياء بما دلّ على أنّ موتان الأرض لله ولرسوله^(٦)، فضلاً عمّا دلّ على أنّ الأرض كلّها لهم عليهم السلام^(٧).

ولا يشكّل ذلك باستصحاب الملك الذي لا يعارض الأدلّة خصوصاً ما دلّ منها على ملك المحيي الأرض الميّنة بالإحياء وإن كان صاحبها موجوداً من غير تفصيل بين كون ملكه لها بالإحياء أو غيره.

بل مقتضى ما ذكره أنّ ما كان بيده أرض معمورة ثمّ ماتت ولم يعلم كيفية ملكه لها تبقى ملكاً له، ولا يجوز إحيائها بدون إذنه.

وبالجملة: المسلّم من الإجماع المزبور إذا ملكه بغير الإحياء كالشراء من الإمام عليه السلام مثلاً أمّا إذا كان أصل الملك بالإحياء ثمّ باعه من آخر أو ورثه منه آخر فالظاهر جريان البحث في بقاء الملك لمن هو له على نحو الملك بالإحياء. إلّا أنّه يسهّل الخطب بقاء الملك للمحيي الأوّل وإن ماتت الأرض كما ستعرف.

(١) (٣) (٤) المسالك ١٢: ٣٩٦، وفيه: «ونحوهما».

(٢) الوسائل ٩: ٥٢٣، ب ١ من الأنفال.

(٥) التذكرة ١٩: ٣٦٢، وفيه: «العلماء» بدل «الفقهاء».

(٦) المستدرک ١٧: ١١١، ب ١ من إحياء الموات، ذيل الحديث ٢، وفيه: «رسوله».

(٧) انظر الكافي ١: ٤٠٧، باب أنّ الأرض كلّها للإمام.

وعلى كل حال فإن مات بعد أن كانت معمورة في يد مالكها وعلم أن ملكه لها بالإحياء فضلاً عما لم يعلم وهو أو وارثه معلوم - قد قيل: [١] إنها باقية على ملكه أو ملك وارثه [٢] [وهو الصحيح].

[١] [كما هو] المحكي عن المبسوط والمهذب والسرائر والجامع والتحرير والدروس وجامع المقاصد^(١).
[٢] بل قيل^(٢): إنه لم يعرف الخلاف في ذلك قبل الفاضل في التذكرة، فإنه حكى عن مالك ملك المحيي الثاني، ثم قال: «لا بأس بهذا القول عندي»^(٣).
نعم قيل: ربما أشعرت به عبارة الوسيلة^(٤).
واختاره في المسالك والروضة بعد أن حكاه عن جماعة منهم العلامة في بعض فتاواه ومال إليه في التذكرة^(٥).

وفي الكفاية: «أنه أقرب»^(٦) وفي المفاتيح: «أنه أوفق بالجمع بين الأخبار»^(٧).
بل في جامع المقاصد: «أن هذا القول مشهور بين الأصحاب»^(٨).
وكيف كان فالعمدة للقول الأخير [أي كونهما للمحيي الثاني] بعد العمومات السابقة وصحيح الكابلي السابق^(٩) خصوص صحيح معاوية بن وهب سمعت أبا عبد الله يقول: «أئما رجل أتى خربة بائنة فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرها فإن عليه الصدقة، فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخربها ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله ولمن عمرها...»^(١٠) الحديث.
وزاد في المسالك: «إن هذه الأرض أصلها مباح، فإذا تركها حتى عادت إلى ما كانت عليه صارت مباحة، كما لو أخذ من ماء دجلة ثم رده إليها، وإن العلة في تملك هذه الأرض الإحياء والعمارة، فإذا زالت العلة زال المعلول وهو الملك، فإذا أحيها الثاني فقد أوجد سبب الملك فيثبت الملك له، كما لو التقط شيئاً ثم سقط من يده وضاع عنه ثم التقطه غيره، فإن الثاني يكون أحق»^(١١).
إلا أنهم معاً كما ترى لا يطابقان أصول الإمامية، وإنما ذكرهما الفاضل في التذكرة دليلاً لمالك على أصوله^(١٢).

-
- (١) المبسوط ٣: ٢٦٩. المهذب ٢: ٢٨. السرائر ١: ٤٨٠. الجامع للشرائع: ٣٧٤. التحرير ٤: ٤٨٣. الدروس ٣: ٥٥. جامع المقاصد ٧: ١٧-١٨.
(٢) مفتاح الكرامة ٧: ١٠.
(٣) التذكرة ١٩: ٣٦٣.
(٤) مفتاح الكرامة ٧: ١٠.
(٥) المسالك ١٢: ٣٩٩-٤٠٠. الروضة ٧: ١٣٨-١٣٩.
(٦) كفاية الأحكام ٢: ٥٤٧.
(٧) مفاتيح الشرائع ٣: ٢٤.
(٨) جامع المقاصد ٧: ١٧.
(٩) تقدّم في ص ٣٠٢.
(١٠) الوسائل ٢٥: ٤١٤، ب ٣ من إحياء الموات، ح ١.
(١١) المسالك ١٢: ٤٠٠.
(١٢) التذكرة ١٩: ٣٦٢.

بل قد يناقش في دلالة الصحيح المزبور باحتمال كون المراد أنّها للأوّل الذي عمرها ، خصوصاً مع عدم فرض السؤال فيه عن وجود شخص آخر عمرها .

وأما العمومات فلا دلالة فيها على ذلك ، بل لعلّ ظاهر التملك المستفاد من ظاهر اللام فيها عدم انقطاعه بموتها بعد إحيائها ، كما هي قاعدة الأملاك ومقتضى الاستصحاب الذي لا ينفيه سببية الإحياء للتملك في الجملة ؛ إذ من المحتمل كونه سبباً للابتداء والاستدامة وإن ماتت .

فانحصر الدليل حينئذٍ في صحيح الكابلي^(١) الذي هو من جملة النصوص الدالة على أنّ الأرض كلّها لهم ﷺ التي قد عرفت الحال فيها في الخمس .

على أنّه يمكن أن يكون من المتشابه الذي ينبغي أن يرّد علمه إليهم ﷺ ؛ ضرورة أنّه إن كان المراد وجوب دفع الخراج على المحي للأرض الميّنة في زمن الغيبة - التي لا إمام فيها من أهل البيت إلّا القائم « روعي له الفداء » الذي ذكره الصحيح المزبور - فهو لا يرجع إلى حاصل ، خصوصاً بعد استفاضة النصوص منهم ﷺ على أنّ من أحيأ أرضاً ميتة فهي له^(٢) الظاهر في الملك للمحيي ، فلا يستحقّ عليه الطسق الذي هو بمنزلة الأجرة .

وإن كان المراد في مقام ظهور الأمر فهو أشدّ إشكالاً من الأوّل . كلّ ذلك مضافاً إلى ما ذكرناه من الإشكال في آخره من انتزاع الأرض من يد مالكها وإلى ما عرفته من إغراض المشهور عنه .

وحينئذٍ فيكفي دليلاً للمشهور أصالة بقاء الملك المستفاد من العموم الذي منه يعلم فساد الاستدلال به للثاني .

مؤيداً بقاعدة دوام الملك وعدم معلومية كون الخراب مزيلاً له .

وبخبر سليمان بن خالد المنجبر بما سمعت أنّه سأل الصادق ﷺ عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها فماذا عليه ؟

قال : « الصدقة ، قلت : فإن كان يعرف صاحبها ، قال : فليؤدّ إليه حقّه »^(٣) .

بناءً على إرادة ما ينافي ملك الثاني من « الحقّ » فيها من أداء نفس الأرض أو الأجرة .

وبالنسبة : « ليس لعرق ظالم حقّ »^(٤) بناءً على ما قيل^(٥) في تفسيره بأن يأتي الرجل الأرض لغيره فيغرس فيها .

وإن كان يناقش : بمنع كون الفرض ميتة للغير ، فإنّه محلّ البحث بعد تسليم التفسير المزبور الذي هو عن هشام بن عروة الذي لا حجة في قوله .

إلّا أنّك قد عرفت الغنية عن ذلك كلّّه باستصحاب الملك وغيره ممّا سمعت .

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١٤ ، ب ٣ من إحياء الموات ، ح ٢ .

(٢) انظر الوسائل ٢٥ : ٤١١ ، ب ١ من إحياء الموات .

(٣) الوسائل ٢٥ : ٤١٥ ، ب ٣ من إحياء الموات ، ح ٣ .

(٤) المستدرک ١٧ : ١١١ ، ب ١ من إحياء الموات ، ح ١ .

(٥) غريب الحديث (للهرابي) ١ : ٢٩٥ .

ثم إن مقتضى ذلك عدم جواز الإحياء بدون الإذن، وعدم ترتب الملك عليه لو فعل [١].

[١] كما عن جماعة. لكن في المسالك: «عن المبسوط والمصنّف في كتاب الجهاد والأكثر جواز الإحياء وصيرورة الثاني أحقّ بها لكن لا يملكها بذلك، بل عليه أن يؤدي طسقتها إلى الأول أو وارثه، ولم يفرّقوا في ذلك بين المنتقلة بالإحياء وغيره من الأسباب المملّكة حيث يعرض لها الخراب وتصير مواتاً»^(١).

ولعلّ مستندهم ما سمعت من خبر سليمان بن خالد^(٢) بناءً على إرادة الطسق من «الحق» فيه.

وأوجب في الدروس على المالك أحد الأمرين: إمّا الإذن لغيره أو الانتفاع، فلو امتنع فللحاكم الإذن، وللمالك طسقتها على المأذون، ولو تعدّر الحاكم فالظاهر جواز الإحياء مع الامتناع من الأمرين، وعليه طسقتها^(٣).

وفي المسالك: «إنما حاولوا في هذين القولين الجمع بين الأخبار بحمل أحقية الثاني في الأخبار الصحيحة على أحقية الانتفاع بها بسبب الإحياء وإن لم يكن مالكاً ووجب الطسق من خبر سليمان بن خالد» إلى أن قال: «وفي قيود الشهيد مراعاة لحق المالك وحقّ الأخبار»^(٤)، وأمّا القول الأول ففيه أطراح الأخبار الصحيحة جملة، فكان ساقطاً^(٥).

قلت: قد عرفت أنّه لا نصوص دالة إلاّ صحيح الكابلي الذي سمعت^(٦) البحث فيه، مع أنّه مشتمل على الطسق للإمام عليه السلام لا المحيي الأول كصحيح عمر بن يزيد: سمعت رجلاً من أهل الجبل يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً ممّا تركها أهلها فعمرها وأكرى أنهارها وبنى فيها بيوتاً وغرس شجراً ونخلًا؟ قال عليه السلام: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحبى أرضاً من المؤمنين فهي له، وعليه طسقتها يؤذيه إلى الإمام في حال الهدنة، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه»^(٧). وصحيح معاوية بن عمّار^(٨) الذي هو مجمل أو كالمجمل. وخبر سليمان بن خالد^(٩) الذي يمكن، بل قيل: إنّ الظاهر إرادة نفس الأرض من «حقّه» منها^(١٠)، فلا مخرج حينئذٍ عن قاعدة قبح التصرف في مال الغير، فضلاً عن أن يترتب له أحقية بذلك على وجه لا يجوز للمالك انتزاعها منه. فالتمّجه حينئذٍ ذلك، خصوصاً بعد أن لم يكن شاهد على الجمع المزبور سيّما ما ذكره في الدروس. بقي الكلام في وجه التقييد بالمسلم مع أنّ مثله جارٍ في الذمي أيضاً، لا اشتراكهما معاً في الأدلة المزبورة. ومن ذلك يعلم ما في الكليّة المزبورة، كما أنّه من التأمل فيما ذكرنا يعلم ما في غيرها من الكليّات المذكورة في المقام وغيره، حتى ما في أول الكتاب، نحو قولهم: «الأرض قسمان: عامر وموات، فالعامر ملك لأربابه والموات للإمام عليه السلام»؛ ضرورة احتياج ذلك إلى تفصيل، لا أنّه كذلك مطلقاً، فكان الأولى ترك الكليّات المزبورة والاقصّار على تفصيل الأحكام المستفادة من المدارك المخصوصة مع عدم استقصاء أقسام الأرضين هنا التي منها: ما صولحوا أهلها عليها، ومنها: ما أنجلي أهلها عنها، ومنها: ما باد أهلها وغير ذلك ممّا هو مذكور في الجهاد.

(٢) تقدّم في ص ٣١٠.

(١) المسالك ١٢: ٤٠١.

(٤) في المصدر بدلاً: «الإحياء».

(٣) الدروس ٣: ٥٦ - ٥٧.

(٦) انظر ص ٣٠٢ - ٣٠٣.

(٥) المسالك ١٢: ٤٠١.

(٧) الوسائل ٩: ٥٤٨، ب ٤ من الأنفال، ح ١٣.

(٨) الوسائل ٢٥: ٤١٤، ب ٣ من إحياء الموات، ح ١، ولكنّه عن: «معاوية بن وهب»، كما تقدّم في ص ٣٠٩.

(٩) الوسائل ٢٥: ٤١٥، ب ٣ من إحياء الموات، ح ٣.

(١٠) جامع المقاصد ٧: ١٧.

[ومثل ذلك يجري في الذمّي أيضاً].

ولكن على كلّ حال ينبغي أن يعلم أنّ [الظاهر] [١] الإذن منهم ﷺ للشّيعّة أو مطلقاً بالتصرّف في الأرض التي لهم من الأنفال .

بل [الظاهر] [٢] ملك المحيي لها وأنه لا شيء عليه غير الصدقة أي الزكاة .

بل [الظاهر] [٣] الإذن منهم ﷺ أيضاً فيما لهم الولاية عليه - كأرض الخراج - فضلاً عن غيره .

وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتاب البيع وفي كتاب الخمس .

بل قد [تصحّ] [٤] كلّية «كلّ أرض ترك أهلها عمارتها كان للإمام ﷺ تقبيلها ممّن يقوم بها وعليها طسّقها لأربابها» .

وكليّة «كلّ أرض موات سبق إليها سابق فأحيّاها كان أحقّ بها، وإن كان لها مالك معروف فعليه طسّقها» .

بل سستمع في الإقطاع انتزاع الحاكم ما أقطعه إذا ترك المقطع العمارة [٥] ، هذا .

(و) لا يخفى عليك أنّ ذلك كلّهُ (إن كان للأرض المزبورة مالك معروف .

وأما إذا لم يكن لها مالك معروف^(١) للجهل به أو لهلاكه وكانت ميتة (فهي للإمام) ﷺ [٦] .

[ولكن المختار أنّها من مجهول المالك مع فرض عدم زوال ملك الأوّل بالموات وعدم هلاكه] .

نعم لو مات هو ووارثه كانت للإمام ﷺ [٧] .

وأولى من ذلك بذلك [= بكونها مجهول المالك] ما لو كانت حيّة [٨] [ويمكن إشعار قوله:] [ولا يجوز

[١] [إذ الأدلّة وخصوصاً ما تقدّم منها في كتاب الخمس ظاهرة في ذلك] .

[٢] [كما أنّها] ظاهرة في ذلك أيضاً] .

[٣] [كما] قد يستفاد [ذلك من الأدلّة] .

[٤] [كما] تقدّم في كتاب الجهاد ما يدلّ على صحّة [ذلك] .

[٥] وهو مع بعض النصوص هناك مؤيّد لذلك في الجملة ، والله العالم .

[٦] إجماعاً محكيّاً عن ظاهر السرائر^(٢) والتذكرة^(٣) وجامع المقاصد^(٤) وصريح المفاتيح في الثاني^(٥) ، والخلاف في

الأوّل^(٦) . إلّا أنّ الجميع لم أنحقّقه ، بل لم أعرف وجهه . ضرورة كونها من مجهول المالك مع فرض عدم زوال ملك الأوّل بالموات وعدم هلاكه .

[٧] باعتبار أنّه وارث من لا وارث له .

[٨] وإن أطلق في بعض العبارات^(٧) كونها للإمام ﷺ حتى المتن لولا إشعار قوله: [بذلك] .

(١) في الشرائع: «معين» .

(٢) السرائر ١: ٤٨١ .

(٣) التذكرة: ١٩: ٣٦٤ .

(٤) جامع المقاصد ٧: ١٧ .

(٥) الخلاف ٣: ٥٢٥ .

(٦) مفتاح الشرائع ٣: ٢٠٣ .

(٧) كالمهذب ٢: ٢٨ .

إحيائها إلا بإذنه ، ولو بادر مبادر فأحيائها من دون إذنه (عليه السلام) مع حضوره (لم تملك) في كون الأرض مِيتة [١].
 هذا كله مع الحضور (و) أما مع الغيبة فـ [تحليل] [٢] إنه (إن كان الإمام عليه السلام غائباً كان المحيي أحق بها ما دام قائماً بعمارتها ، فلو تركها فبادت آثارها فأحيائها غيره ملكها ، ومع ظهور الإمام عليه السلام يكون له رفع يده عنها) [وفيه مناقشة] [٣].

وعلى كل حال فالمتجه بناءً على ما ذكرناه سابقاً ملك المحيي لها أولاً ويقاؤها على ملكه وإن تركها وبادت آثارها ما لم تكن على جهة الإعراض عنها بحيث يملكها غيره إن قلنا به [٤].

[١] اللهم إلا أن ثبت من الأدلة إخراج خصوص الأرض من بين مجهول المالك في كونها للإمام عليه السلام . ولو لاندراجها في الخبرة التي ورد في النصوص^(١) أنها من الأنفال أو في « ما لا رب لها » خصوصاً مع عدم العلم بوجود المالك . أو قلنا بخروجها عن ملك الأول بالموت إذا فرض أن ملكه لها بالإحياء ، ولكن قد عرفت ما في الأخير .

كل ذلك مع أنك قد عرفت سابقاً أن العمومات المزبورة تقتضي الإذن في الإحياء ، فلا يكون حينئذٍ مورد لما ذكره المصنف إلا في الزمان السابق على صدورهما أو بمنع دلالتها على الإذن ، وفيه البحث السابق .

ومما ذكرنا يظهر لك ما في المسالك من الفرق بين الحية والميتة مع جهل المالك فأخرج الأولى عن ملك الإمام عليه السلام بالخصوص بخلاف الثانية^(٢) .

[٢] [كما أن] في المتن وبعض كتب الفاضل^(٣) [ذلك] .

[٣] - مع أنه لا دليل له على ذلك - لا يخلو من تنافٍ بين قوله أولاً : « أحق » مشعراً بعدم الملك وبين قوله ثانياً : « ملكها » .

ولعله لذا فسرها في المسالك بأنه « لم يملكها المحيي ملكاً تاماً ، لأن للإمام عليه السلام بعد ظهوره رفع يده عنها ، ولو ملكها ملكاً تاماً لم يكن له ذلك »^(٤) قلت : بل عن التذكرة التصريح بالأحقية وأنه لا يملكها^(٥) .

ومقتضاه عدم جواز التصرف فيها ببيع ونحوه مما يمكن القطع بخلافه ولو من السيرة القطعية فضلاً عن النص والفتوى . فمع فرض إرادة نحو ذلك من عدم تمامية الملك التي سمعتها من ثاني الشهيدين كان واضح الفساد .

وإن أريد بها ما لا ينافي انتزاع الإمام عليه السلام لها بعد ظهوره خاصة وإلا فقبله يتصرف فيها تصرف المالك فهو نزاع قليل الجدوى ؛ إذ هو مع ظهوره أعلم بما يفعله .

[٤] إما لحصول الإذن منهم عليه السلام بالعمومات السابقة أو لسقوط اشتراط الإذن في زمن الغيبة .

وربما قيل : إن مستند التفصيل المزبور النصوص المزبورة^(٦) .

وفيه : أنه ليس في شيء منها ما يدل على ذلك في الجملة إلا صحيح الكابلي^(٧) المشتغل على الطسق المؤدي للإمام عليه السلام من

(٢) (٤) المسالك ١٢ : ٤٠٢ .

(٥) التذكرة ١٩ : ٣٧٩ .

(١) انظر الوسائل ٩ : ٥٢٣ ، ب ١ من الأنفال .

(٣) القواعد ٢ : ٣٦٧ . التحرير ٤ : ٤٨٤ .

(٦) المسالك ١٢ : ٤٠٣ .

(٧) تقدم في ص ٣٠٢ .

أهل البيت .

ولذا قال في المسالك : «إنه ظاهر في حال وجود الإمام (عليه السلام)»^(١) . وإن كان فيه أن قوله (عليه السلام) بعد ذلك فيه : «إلى أن يظهر القاتل... إلى آخره»^(٢) ظاهر في زمن الغيبة .

بل قد يدعى ظهوره في عدم الطسق حينئذ .

نعم هو ظاهر في إبقائها في يد الشيعة بعد الظهور مع المقاطعة ولم يشر إليه المصنف . نعم في المسالك عن التحرير أنه اشترط ذلك ، فقال : «إن للإمام (عليه السلام) رفع يده عنها إذا لم يتقبلها بما يتقبلها غيره»^(٣) .

وفيه : أن ذلك غير مستفاد من الصحيح المزبور ، نعم هو دال على خصوص لطف وإكرام للشيعة في المقاطعة المزبورة . لكن قد عرفت حال الصحيح المزبور .

بل يزيد ما ذكرنا أن مقتضاه عدم الفرق فيما ذكره بين الأراضي جميعها وبين حالي الحضور والغيبة في عدم الملك أصلاً ، فالتحقيق ما ذكرناه .

كل ذلك مضافاً إلى ما في ذلك من المنافاة لما ذكره أولاً من أنه متى جرى عليها ملك مسلم كانت له ولورثته مع فرض كونه معيناً^(٤) ، فكيف يملكها الثاني ولو ملكاً تاماً ؟

ومن هنا يظهر أن إرجاع الملكية في كلامه إلى الأحقية أولى ، حتى يكون موافقاً لأحد الأقوال السابقة وإلا كان خارجاً ، لكن المتجه دفع الأجرة للمحيي الأول ، كما سمعته من القائل به .

ولعل هذا من جملة التشويش الذي أشرنا إليه في كلمات بعضهم .

ومثله ما في القواعد فإنه بعد أن ذكر أن الميت من الأراضي يملك بالإحياء وأن المراد بالميت ما خلا عن الاختصاص ولا ينتفع به إما لعطلته أو لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستيجامه أو لغير ذلك ، وأنه للإمام (عليه السلام) خاصة لا يملكه الآخذ وإن أحياء ما لم يأذن له الإمام (عليه السلام) فيملكه إن كان مسلماً بالإحياء وإلا فلا قال : «وأسابغ الاختصاص ستة : الأول العمارة ، فلا يملك معمور ، بل هو لمالكة وإن اندرست العمارة فإنها ملك لمعين أو للمسلمين إلا أن يكون عمارة جاهلية ولم يظهر أنها دخلت في أيدي المسلمين بطريق الغنيمة فإنه يصح تملكها بالإحياء . ولا فرق في ذلك بين الدارين ، إلا أن معمور الحرب يملك بما تملك به سائر أموالهم ، ومواتها الذي لا يذب المسلمون عنه فإنها تملك بالإحياء للمسلمين والكفار ، بخلاف موات الإسلام ، فإن الكافر لا يملكها بالإحياء . ولو استولى طائفة من المسلمين على بعض مواتهم ففي اختصاصهم بها من دون الإحياء نظر ، ينشأ من انتفاء أثر الاستيلاء فيما ليس بمملوك»^(٥) .

مع أنه لا يخفى عليك ما في توقفه الأخير ؛ ضرورة أن استيلاء الطائفة إن كان بإذن الإمام (عليه السلام) فهو من المفتوح عنوة ومواته

(١) (٤) المسالك ١٢ : ٤٠٣ ، ٣٩٦ . (٢) أي في صحيح الكاظمي .

(٣) (٣) المسالك ١٢ : ٤٠٣ . انظر التحرير ٤ : ٤٨٤ . (٥) القواعد ٢ : ٢٦٦ - ٢٦٧ .

[ولا فرق في توقّف الإحياء على إذن الإمام عليه السلام بين موات الإسلام وموات الكفر بالنسبة إلى الكافر وبين من بلغه الدعوى منهم ومن لم تبلغه].
[وإذا باد المالك الأول ينتقل إلى الإمام عليه السلام ، وكذا لو جهل أو لم يعلم حاله إن قلنا بأن مثله للإمام عليه السلام أيضاً].

للإمام عليه السلام إجماعاً وألا فهو غنيمة بغير إذنه للإمام عليه السلام أيضاً إجماعاً.
ومن هنا قال في الدروس : « موات الشرك كموات الإسلام ، فلا يملك الموات بالاستيلاء وإن ذبّ عنه الكفار ، بل ولا تحصل به الأولوية .

وربما احتمل الملك أو الأولوية تنزيلاً للاستيلاء كالإحياء أو كالتحجر والأقرب المنع ، لأن الاستيلاء سبب في تملك المباحات المنقولة والأرضين المعمورة ، والأمران متفتيان هنا ... إلى آخره »^(١) .
نعم عن أحد وجوه الشافعية : الملك كالمعمور ، وعن آخر : الاختصاص به كالتحجير ، والثالث : كما قلناه من عدم الملك بذلك [= الاستيلاء] وعدم التحجير^(٢) .

بل قد يقال بعدم كونه من الغنيمة ؛ ضرورة كونه ملكاً للإمام عليه السلام وهو في أيدي الكفار ، وأقصى ما حصل باستيلاء الطائفة المزبورة استخلاص المغصوب وردّه إلى أهله .
وكذلك [لا يخفى عليك ما في] قوله قبل ذلك : « ومواتها ... إلى آخره » الصريح في الفرق بين موات الإسلام والكفر بالنسبة للكافر ؛ إذ فيه أنه لا دليل على ذلك .

بل المحكي عن الخلاف أنه قال : « الأرضون العامرة في بلاد الشرك التي لم يجر عليها ملك أحد للإمام عليه السلام خاصة لا يملكها أحد بالإحياء إلا أن يأذن له »^(٣) ، ثم ادّعى إجماع الفرقة وأخبارهم .
ونحوه عن الميسوط^(٤) بل في محكي التذكرة : « وإن لم تكن - أي أرض بلاد الكفر - معمورة فهي للإمام عليه السلام لا يجوز لأحد التصرف فيها إلا بإذنه عند علمائنا »^(٥) .

بل في الدروس إن ما لم يذبّوا عنه كموات الإسلام قطعاً^(٦) .
كل ذلك مضافاً إلى ما تقتضيه الأدلة السابقة التي لا فرق فيها بين موات الإسلام وموات الكفر وبين من بلغه الدعوى منهم ومن لم تبلغه .

هذا مع ما في كلامه السابق [أي كلام العلامة في القواعد] أيضاً من عدم الملك مع العمارة وإن اندرست .
ضرورة عدم تماميته إذا باد المالك الأول وانتقل إلى الإمام عليه السلام .
(و) وكذا لو جهل أو لم يعلم حاله إن قلنا بأن مثله يكون للإمام عليه السلام أيضاً .

(٢) حكاة في التذكرة : ١٩ - ٣٦٨ - ٣٦٩ .

(١) الدروس : ٣ : ٥٧ .

(٣) الخلاف : ٣ : ٥٢٥ - ٥٢٦ .

(٤) الميسوط : ٣ : ٢٦٩ .

(٥) التذكرة : ١٩ : ٣٦٧ .

(٦) الدروس : ٣ : ٥٧ .

كما أنه لا فرق فيها بين (ما هو بقرب العاقر من الموات) وغيره ، (فـ (يَصِحُّ) حينئذٍ (إحياءه) [١] .
 (إذا لم يكن مرفقاً للعاقر ولا حريماً له) كما استعرفه في الشرط الأول [٢] .
 والمرفق - كمسجد ومقعد ومنبر - من جملة الحريم [٣] .

(ويشترط في التملك بالإحياء) زيادة على ما عرفته من اعتبار الإذن وما تعرفه من انتفاء الحمى ومن كيفية الإحياء (شروط خمسة) [٤] . [ولا يشترط مضافاً إليها قصد التملك ، بل لا يعتبر عدم قصد العدم فضلاً عن القصد . والظاهر أنه متى وجد مصداق إحياء ترتب الملك عليه وإن قصد العدم] .

[١] بلا خلاف أجده فيه بيننا ، بل ولا إشكال ؛ لإطلاق الأدلة^(١) .

[٢] خلافاً لأبي حنيفة والليث فمنعنا من إحيائه ؛ لأنه قد يحتاجه العاقر^(٢) . وهو اجتihad فاسد في مقابل إطلاق الأدلة .
 مضافاً إلى ما روي عن النبي ﷺ من أنه أقطع بلال بن الحارث المزني العقيق^(٣) الذي هو قريب من عمارة المدينة والمدار في القرب والبعد العرف ، لكن عن أبي حنيفة تحديده بأنه الذي إذا وقف الرجل في أدناه وصاح بأعلى صوته لم يسمع المصني إليه . وعن الليث تحديده بغلوة^(٤) ، وهو - كما ترى - اجتihad في اجتihad .

[٣] الذي عرّفه الشهيد كما قيل بأنه الموضع القريب من موضع معمور يتوقف انتفاع ذلك المعمور عليه ولا يدلغير مالك المعمور عليه ظاهراً وحينئذٍ^(٥) وفعطه [= الحريم] عليه [= المرفق] من عطف العام على الخاص . وربما قيل باختصاص الحريم وعموم المرفق ، والله العالم .

[٤] نعم زاد في الدروس على ذلك كله قصد التملك^(٦) .

وفي المسالك : « أن المصنف أشار إليه بذكر الشرائط المزبورة للتملك الذي هو إرادة الملك ، فيستلزم القصد بخلاف ما لو جعلها شرطاً للملك »^(٧) .

وفيه : أنه لا دليل على اشتراط ذلك . بل ظاهر الأدلة خلافه ، والإجماع مظنة عدمه لا العكس . كما أن دعوى الانساق من النصوص - ولا أقل من الشك - واضحة المنع وإن مال إليه في الرياض لذلك^(٨) . وعدم ملك الوكيل والأجير الخاص ، لا لعدم قصد تملكهما وقصد تملك غيرهما ، بل لصيرورة الإحياء - الذي هو سبب الملك - لغیرهما بقصد الوكالة والإجارة ، فيكون الملك له ، فلا يستفاد من ذلك اشتراط قصد التملك كما توهم . بل لا يستفاد منه اعتبار عدم قصد العدم فضلاً عن القصد ؛ ضرورة ظهور الأدلة في أنه متى وجد مصداق « أحيا » ترتب الملك عليه وإن قصد العدم ؛ لأن ترتب المسبب قهري وإن كان إيجاد السبب اختياريّاً .

اللهم إلا أن يشك في السبب حينئذٍ ، وفيه منع ؛ لإطلاق الأدلة .

بل لعل ما سمعته من ملك الموكل والمستأجر بفعل الوكيل والأجير الخاص وإن لم يقصد الإحياء دليل على ما قلنا ، فتأمل جيداً فإنه دقيق جداً . فالمتجه حينئذٍ إرادة الملك « من التملك » وإنكار ذلك شرطاً ، والله العالم .

(١) انظر الوسائل ٢٥ : ٤١١ ، ب ١ من إحياء الموات . (٢) بدائع الصنائع ٦ : ١٩٤ - ١٩٥ .

(٣) بدائع الصنائع ٦ : ١٩٤ - ١٩٥ . (٤) المبسوط (للسرخسي) ٢٣ : ١٦٦ .

(٥) نقله في مفتاح الكرامة ٧ : ١٣ .

(٦) الدروس ٣ : ٦١ .

(٧) المسالك ١٢ : ٤٠٥ . (٨) الرياض ١٢ : ٣٥٣ .

[اشتراط عدم ثبوت يد مسلم قبل الاحياء]:

وكيف كان فـ(الأول: أن لا يكون عليها يد) تعرف (لمسلم) أو ما لم يعلم فسادها كي تكون محترمة (فإن ذلك يمنع من مباشرة الإحياء لغير المتصرف) [١].

[وفائدتها تظهر مع اشتباه الحال فإنها محكومة باحترامها ما لم يعلم فسادها وإن لم يعرف خصوص الموجب لها].

[اشتراط عدم ثبوت الموات حريماً لعامراً]:

الشرط (الثاني: أن لا يكون) الموات (حريماً لعامراً) بستان أو دار أو قرية أو بلد أو مزرع أو غير ذلك مما يتوقف الانتفاع بالعامر عليه (كالطريق والشرب وحریم البئر والعين والحائط) [٢].

[١] بلا خلاف أجدّه بين من تعرّض له. نعم عن بعضهم ترك هذا الشرط؛ معللاً بأنّ اليدين لم ترجع إلى أحد هذه الأمور لأثر لها^(١). وفيه: أنّ فائدتها تظهر مع اشتباه الحال، فإنّها محكوم باحترامها ما لم يعلم فسادها وإن لم يعرف خصوص الموجب لها. وعن حواشي الشهيد «أنّ المراد باليد اليد: المصاحبة للإحياء أو العمارة ولو بالتلقّي من فعل ذلك أو أرض أسلم عليها أهلها طوعاً لا مطلق اليد»^(٢). وفيه: عدم انحصار جهة الاحترام بهما؛ إذ لعلّه بالحمى ونحوه. نعم قيل: «إنّ هذا الشرط مبنيّ على ما سبق من عدم بطلان الملك بالموت مطلقاً»^(٣)، أي في زمن الغيبة والحضور، سواء كان الملك بالشراء أو الإحياء. وفيه: أنّه على البطلان تكون حينئذٍ من اليد المعلوم فسادها كما صرح به المسالك^(٤)، وعلى عدمه هي ملك للأول وإن اندرست آثاره ولم يبق له يد عليها. نعم ربّما أبدل «اليد» في الشرط المزبور بـ«الملك» كما وقع في بعض كتب الفاضل^(٥)، وكأنّه من اقتضاء اليد ذلك مع عدم العلم بالفساد. وربّما كان حينئذٍ لبناء الشرط المزبور على المسألة وجه. ولكن فيه: أنّ الدليل - كما ستعرف - يقتضي عدم ترتّب الملك بإحياء ما كان في اليد المحترمة وإن لم يعلم الملك بها، بل كانت محتملة له وللحق. بل يمكن دعوى ذلك حتى مع العلم بعدم كونه مالكة ولكن محتملة للحقّة التي هي غير الملكية؛ لأصالة احترام اليد، وللشكّ في ترتّب الملك بالإحياء معه إن لم يكن ظاهر الأدلّة عدمه، خصوصاً بعد ملاحظة الفتوى ومفهوم المرسل: «من أحيا مينة في غير حقّ مسلم فهي له»^(٦) وإن لم يكن موجوداً في طرقنا، ولكنّه منجبر بالعمل، فيمكن أخذه دليلاً مستقلاً، فضلاً عن حصول الشكّ به، مضافاً إلى فحوى ما تسمعه في التحجير والحمى ونحوهما وصدق الظلم ونحوه، والله العالم.

[٢] بلا خلاف أجدّه فيه كما اعترف به غير واحد. بل في التذكرة: «لا نعلم خلافاً بين علماء الأمصار أنّ كلّ ما يتعلّق بمصالح العامر كالطريق والشرب ومسيل ماء العامر ومطرخ قمامته وملقى ترابه وآلاته أو لمصالح القرية كقنّاتها ومرعى ما شيتها ومحتطها ومسيل مياهها لا يصحّ لأحد إحياؤه، ولا يملك بالإحياء، وكذا حريم الآبار والأنهار والحائط وكلّ مملوك لا يجوز إحياء ما يتعلّق بمصالحه. لمفهوم المرسل المزبور ولأنّه لو جاز إحياؤه أبطل

(١) نقله في مفتاح الكرامة ٧: ١٤.

(٢) المسالك ١٢: ٤٠٦.

(٣) سنن البيهقي ٦: ١٤٢. تلخيص الحبير ٣: ٦٢، ١٢٩٥.

(٤) نقله في مفتاح الكرامة ٧: ١٤.

(٥) الروضة ٧: ١٥٦.

(٦) التحرير ٤: ٤٨٥.

[ويملك مالك العامر الحريم المذكور فيكون الحريم ملكاً للمحيي وليس لغيره إحياءه ولا التصرف فيه بغير إذن المحيي].

[فيصح بيعها منفردة، إلا في حريم القرية فيكون لكل أحد النزول قريب الآخر وإن اقتضى ذلك بعداً في مرمى قمامته مثلاً].

[كما إذا اتفق نزول أحد في مرمى ما شية البلد أو القرية أو محطبتهم لم يكن عليه اعتراض بعد استبعاد نزول أهل البلد والقرية المتجاورين وحقوق بلدهم وقريتهم خارج عنهم دفعة].

الملك في العامر على أهله، وهذا مملاً خلاف فيه^(١). بل عن جامع المقاصد الإجماع عليه^(٢). وهو الحجة بعد قاعدة الضرر والمرسل المزبور وصحيح أحمد بن عبد الله^(٣) على الظاهر: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة ويكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلاً وأقل وأكثر يأتيه الرجل فيقول له: أعطني من مراعي ضيعتك وأعطيك كذا وكذا درهماً؟ فقال: «إذا كانت الضيعة له فلا بأس»^(٤). ونحوه صحيح إدريس بن زيد أو خبره^(٥)، بل ربما كان ظاهرهما الملكية - بناءً على إرادة البيع ونحوه من الإعطاء فيهما - كما عن الشيخ وبني البراج وحمزة وإدريس وسعيد والفاضل وولده^(٦) وغيرهم، بل في المسالك «أنه الأشهر»^(٧). مضافاً إلى أنه مكان استحققه بالإحياء فملك كالمحيي، ولأن معنى الملك موجود فيه؛ لدخوله مع المعمور في بيعه، وليس لغيره إحياءه ولا التصرف فيه بغير إذن المحيي، ولأن الشفعة تثبت في الدار بالشركة في الطريق المشترك المصرح في النصوص المنزوعة ببيعها معها. وإمكان دعوى كونه محياً باعتبار أن إحياء كل شيء بحسب حاله. خلافاً لظاهر جماعة أو صريحهم من عدم الملك بل هي من الحقوق؛ لعدم الإحياء الذي يملك به مثلها.

وفيه: ما عرفت من منع عدم حصول الإحياء الذي لا يعتبر فيه مباشرته كل جزء جزء، فإن عرصه الدار تملك ببناء الدار دونها، ومنع توقف الملك على الإحياء، بل يكفي فيه التبعية للمحيا، وتظهر الثمرة في بيعها منفردة. إلا أنه ينبغي أن يعلم أن السيرة المستمرة في سائر الأعصار والأمصار تقتضي عدم اجتناب بعض ما هو حريم للقرية مثلاً.

بل لعلها تقتضي - في ابتداء حدوث القرية - أن لكل أحد النزول قريب الآخر وإن اقتضى ذلك بعداً في مرمى قمامته مثلاً، كما إذا اتفق نزول أحد في مرمى ما شية البلد أو القرية أو محطبتهم لم يكن عليه اعتراض بعد استبعاد نزول أهل البلد والقرية المتجاورين وحقوق بلدهم وقريتهم خارج عنهم دفعة. فليس هو إلا لما ذكرنا من عدم التسلط على منع التنازل وإن استلزم بعد بعض الحقوق، وإلا لكان بين كل واحد وجماعة مسافة بعيدة.

الهمم إلا أن يقال: بعدم العلم بالحال مع كون المدار على الضرر، والله العالم.

(١) التذكرة ١٩: ٤٣١ - ٤٣٢. (٢) جامع المقاصد ٧: ٢٠ - ٢١.

(٣) في الكافي والوسائل «محمد بن عبد الله»، وفي التهذيب «محمد بن أحمد بن عبد الله».

(٤) الوسائل ٢٥: ٤٢٢، ب ٩ من إحياء الموات، ح ١.

(٥) الوسائل ١٧: ٣٧١، ب ٢٢ من عقد البيع وشروطه، ح ١.

(٦) المبسوط ٣: ٢٧٢. المهذب ٢: ٣٠. الوسيلة: ١٣٥. الرائر ٢: ٣٨٢. الجامع للشرائع: ٣٧٥. التحرير ٤: ٤٨٩. الإيضاح ٢: ٢٣٢ - ٢٣٣.

(٧) المسالك ١٢: ٤٠٧.

(و) على كل حال فـ (حدّ الطريق لمن ابتكر ما يحتاج إليه) أي الطريق (في الأرض المباحة خمس أذرع) بمعنى : على المحيي بعد الأول التباعد عنه بذلك [١] [وإن كان التحديد المزبور للأعم من ذلك].
حتى لو أراد المحيي الأول أن يحيي بعد ما أحياه أولاً شيئاً آخر يحتاج معه إلى الطريق ، أو كان الإحياء من الاثنين مثلاً دفعة ، بل ومن مباح كان يستطرق أو لا ولكن بإحيائه يستعدّ للاستطرق .
وبالجملة : متى احتيج إلى الطريق في الأرض المباحة التي يراد إحياءها فحدّه خمس أو سبع [٢] .
[والمسألة لا تختص بصورة التشاح] بل لو اتفق المالكان على الأقل لم يجز لهم ذلك في الطريق العام [٣] .

[١] كما يومئ إليه قوله بعد ذلك : «فالثاني يتباعد» . لكن فيه : أنّ التحديد المزبور للأعم من ذلك .
[٢] ويمكن حمل عبارة المتن على ذلك أيضاً .
وفي النافع وصف الطريق بالمبتكر^(١) . ولعله يريد ما ذكرناه من وضع طريق لما هو معدّ للاستطرق لما يريد إحياءه من الموات وإن لم يكن في السابق هذا الموات مستطرقاً .
نعم فيه أيضاً أنّ الأمر أعم من ذلك مع إمكان إرادته له أيضاً .
وفي الرياض تفسير المبتكر بـ «المالك المحدث في المباح من الأرض إذا تشاح أهله فحدّه خمس أذرع»^(٢) .
وفيه : أنّ المسألة غير خاصّة في صور التشاح .
[٣] وعلى كل حال فظاهر المصنّف اختيار الخمس ، كالفاضل في بعض كتبه^(٣) ومحكي المقتصر خاصّة^(٤) .
لكن عن الفخر نسبته إلى كثير^(٥) بل الحواشي والإرشاد نسبته إلى الأكثر^(٦) . وإن كنّا لم نتحقّقه .
للمؤنّق 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 : «بل خمس أذرع»^(٧) .

مؤيداً بما في المسالك من أصالة البراءة من الزائد^(٨) .
والظاهر إرادته براءة المحيي الثاني عن وجوب اجتناب الأزيد من الخمس .
وحينئذ يفوافقه إطلاق الإذن في الإحياء المقتصر في المنع منه على المتيقّن ، وهو الخمس .
لكن فيه : أنّه يمكن معارضته بأصالة حلّ المنع من الأول عن مقدار السبع التي هي المتيقّن في جواز إحياء ما تعلّق به حق الغير .

ومن هنا جعل ذلك في الرياض دليلاً للتحديد بالسبع^(٩) وإن كان هو لا يخلو من شيء .

(١) المختصر النافع : ٢٦١ . (٢) (٩) الرياض ١٢ : ٣٥٤ .

(٣) القواعد ٢ : ٣٦٨ ، الإرشاد ١ : ٣٤٩ . (٤) المختصر : ٣٤٩ .

(٥) الإيضاح ٢ : ٢٣٣ .

(٦) نقله عنهما في مفتاح الكرامة ٧ : ١٦ .

(٧) الوسائل ١٨ : ٤٥٥ ، ب ١٥ من الصلح ، ح ١ ، وفيه : «لا ، بل» .

(٨) المسالك ١٢ : ٤٠٨ .

(وقيل) [١]: (سبع أذرع) وحينئذٍ (فالثاني يتباعد هذا المقدار) [٢].

[ولو انحصر أهل الطريق فأتفقوا على اختصاره أو تغييره أمكن الجواز].

نعم لا يجوز ذلك في الطريق العام فيلزموا به أجمع مع التساوي وإلا فالمحيي الثاني .

[١] والقائل الشيخ والقاضي والتقي والحلي ويحيى بن سعيد والفاضل في جملة أخرى من كتبه وولده والشهيدان والكركي^(١) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم .

[٢] لخبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام: « الطريق إذا تشاح عليه أهله فحدّه سبع أذرع »^(٢).

ونحوه خبر السكوني^(٣) والنبوي: « إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبع أذرع »^(٤).

وفي جامع المقاصد: « وقد ينزل خبر البقباق^(٥) على ما إذا لم تدع الحاجة إلى أزيد من الخمس إن لم يلزم من ذلك إحداث قول ثالث ، فإن لزم فالعمل على السبع »^(٦).

ولكن في المسالك: « ويمكن حمل اختلاف الروايات على اختلاف الطرق ، فإن منها ما يكفي فيه الخمس كطرق الأملاك والتي لا تمرّ عليها القوافل ونحوه غالباً ، ومنها ما يحتاج إلى السبع ، وقد يعرض احتياج بعضها إلى أزيد من السبع ، كالطريق التي يمرّ عليها الحاج بالكنايس ونحوها ، فيجب مراعاة قدر الحاجة بالنسبة إلى الزائد على المقدّر ، أمّا نقصان فلا »^(٧).

وهو أولى بكونه إحداث قول ثالث وإن نفى عنه البعد في الكفاية^(٨) ومال إليه في المفاتيح^(٩) ، بل هو كأنه من الاجتهاد في مقابل إطلاق الأدلة .

مضافاً إلى ما فيه : من منع عدم جواز النقصان مع فرض الانحصار فيهما فإنّ الحقّ لهما .

لكن في الدروس: « لا فرق بين الطريق العام أو ما يختصّ به أهل قرى أو قرية في ذلك ، نعم لو انحصر أهل الطريق فأتفقوا على اختصاره أو تغييره أمكن الجواز . والوجه المنع ، لأنّه لا ينفكّ من مرور غيرهم ولو نادراً »^(١٠).

وفيه أنّ الملك أو الحقّ لهم دون غيرهم ، والناس مسلطون على أموالهم .

وفيه أنّ الملك أو الحقّ لهم دون غيرهم ، « والناس مسلطون على أموالهم »^(١١).

(١) النهاية: ٤١٨. نقله عن القاضي وعن التقي في المختصر: ٣٤٩. السرائر ٢: ٣٧٤. الجامع للشرائع: ٢٧٦. التحرير ٤: ٤٨٧. التبصرة: ١٠٩.

المختلف ٦: ٢١١. الايضاح ٢: ٢٣٢. الدروس ٣: ٦٠. المسالك ١٢: ٤٠٩. جامع المقاصد ٧: ٢٣.

(٢) (٣) الوسائل ٢٥: ٤٢٦، ب ١١ من إحياء الموات، ح ٦، ٥، وفيه: « سبعة أذرع ».

(٤) سنن البيهقي ٦: ٦٩، وفيه: « سبعة أذرع ».

(٥) تقدّم في ص ٣١٩، بعنوان « الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام ».

(٦) جامع المقاصد ٧: ٢٣.

(٧) المسالك ١٢: ٤٠٩.

(٨) كفاية الأحكام ٢: ٥٥١.

(٩) مفاتيح الشرائع ٣: ٣٠.

(١٠) الدروس ٣: ٦١.

(١١) البحار ٢: ٢٧٢، ح ٧.

بل إن لم يكن حاكم يلزمه بذلك وجب على المكلّفين من باب الحسبة .

ولو أذى نظر الحاكم إلى تغييره أو تبديله فالظاهر الجواز .

ولو زادوها على السبع واستطرت [١] [فلا يجوز إحياءه] . والظاهر زوال حرمة الطريق باستيجامها وانقطاع المرور عليها وإن تَوَقَّع عودها [٢] . فضلاً عمّا لو استطرق الناس غيرها وأدى ذلك إلى الإعراض عن الأولى رأساً لكون الثانية أسهل وأخصر [٣] .

[ولا حاجة إلى شهادة القرائن على استمرار الأول على الهجران] .

(وحريم الشرب) بكسر أوّله الذي هو هنا النهر والقناة ونحوهما (بمقدار مطرح ترابه والمجاز على حافتيه) للانتفاع به وإصلاحه على قدر ما يحتاج إليه عادة [٤] .

(ولو كان النهر في ملك الغير فادّعى الحريم قضى له به ^(١) مع يمينه) في وجه (لأنّه يدّعي ما يشهد به الظاهر) من الحريم الذي لا ينفك عن النهر غالباً . (و) لكن (فيه تردد) [٥] .

[١] ففي الدروس جواز إحياء ما زاد على السبع ^(٢) .

وفيه : - مع منافاته لقاعدة تعلّق حقّ الغير بإحيائه - أنّه منافٍ للموثّق عن أبي عبد الله عليه السلام : قلت له : الطريق الواسع هل يؤخذ منه شيء إذا لم يضّر بالطريق ؟ قال : « لا » ^(٣) .

واحتمال حمله على ما إذا كان سبعاً لا داعي له . ولعلّه لذا جزم في المسالك بعدم جواز إحداث ما يمنع المازّة في الزائد ^(٤) .

[٢] خلافاً للدروس والمسالك ^(٥) .

[٣] الذي وافق في المسالك على أنّ الظاهر لحوق حكم الموات للأول مع شهادة القرائن على استمرار الأول على الهجران ^(٦) . وإن كان فيه أنّه لا حاجة إلى شهادة القرائن ، والله العالم .

[٤] بلا خلاف أجده فيه . ويومئ إليه - مضافاً إلى أنّه المحتاج إليه في تنقيته لإجراء مائه - مرفوع إبراهيم بن هاشم « حريم النهر حافّاته وما يليهما » ^(٧) .

[٥] لأنّ يد مالك الأرض على ملكه الذي من جملته موضع التحريم ، وهو مانع من إثباته ، ومن ثمّ لم يثبت الحريم للأمالك المتجاوزة . ولأنّ ثبوت الحريم موقوف على التقدّم في الإحياء أو المقارنة ، وكلاهما غير معلوم فسبب استحقاق الحريم حينئذ غير متحقّق . ولا يد لصاحب النهر إلّا على النهر وأنما اليد لصاحب الأرض ، وهي أقوى من اقتضاء النهر الحريم على بعض الأحوال ، فلا يترك المعلوم بالاحتمال ، ولعلّه الأقوى . ولا ينافي ذلك تبعيّة الحقوق لإطلاق البيع مثلاً ، فإنّ ذلك لا يقضي بتبعيّةها لمطلق الملك الذي يمكن حصوله مجزئاً عن جميعها .

(١) في الشرائع : « قضى به له » .

(٢) الدروس ٣ : ٦٠ - ٦١ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٣٧٨ ، ب ٢٧ من عقد البيع ، ح ١ .

(٤) المسالك ١٢ : ٤٠٩ .

(٦) المسالك ١٢ : ٤١٠ .

(٥) الدروس ٣ : ٦١ . المسالك ١٢ : ٤١٠ .

(٧) الوسائل ٢٥ : ٤٢٦ ، ب ١١ من إحياء الموات ، ح ٤ .

[ولعل الأقوى عدم ثبوت الحريم له].

فمع فرض العلم بكون النهر في ملك الغير ويمكن كونه مملوكاً بلا حريم كما لو باعه إياه كذلك يكون حينئذ هو المدعي، وصاحب الملك هو المنكر [١].

(وحريم بئر^(١) المعطن) بكسر الطاء التي يستقى منها لشرب الإبل (أربعون ذراعاً) من كل جانب.

(وبئر الناضح) وهو البئر الذي يستقى عليه للزرع وغيره (ستون) ذراعاً، فلا يجوز لأحد إحياء المقدار المزبور بحفر بئر أخرى أو غيره كزرع أو شجر أو نحوهما [٢].

[١] لأنه الذي يدعي عليه استحقاق الزائد وهو معنى فرض النهر في ملك الغير بلا يد لذي النهر على حافتيه ولا تصرف، وإلا فلو فرض كونه كذلك خرج عن موضوع المسألة. وكذا لو فرض كون النهر مملوكاً لشخص وما جاوره من الأرض ملكاً لآخر. إنما الكلام فيما لو علم كون النهر في ملك الغير خاصة، فتأمل جيداً فإنه دقيق جداً، والله العالم.

[٢] وإن ظهر من بعض النصوص^(٢) والفتاوى خصوص حفر بئر أخرى إلا أن المتجه الأعم؛ ضرورة اشتراك الجميع في الضرر على ذي البئر المزبور.

بلا خلاف معتد به أجده عندنا في التقدير المزبور.

وإن استفاض حكاية الشهرة عليه على وجه يظهر منه الاعتداد بالمخالف.

بل في التذكرة نسبة ذلك إلى علمائنا^(٣) مشعراً بالإجماع عليه كقوله في التنقيح: «عليه عمل الأصحاب»^(٤) بل عن الخلاف الإجماع على أن حريم البئر أربعون ذراعاً^(٥).

وفي الغنية: «روى 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 خمسمئة ذراع، وفي الرخوة ألف ذراع. وعلى هذا لو أراد غيره حفر بئر إلى جانب بئر له ليسرق منها الماء لم يكن له ذلك بلا خلاف، ولا يجوز له الحفر إلا أن يكون بينهما الحد الذي ذكرنا»^(٦).

كل ذلك مضافاً إلى خبر عبد الله بن مقلّ المنجبر بما سمعت عن النبي ﷺ: «من احتفر بئراً فله أربعون ذراعاً حولها لعطن ما شئته»^(٧).

وقوي السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال رسول الله ﷺ: «ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعاً، وما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون ذراعاً، وما بين العين إلى العين خمسمئة ذراع»^(٨).

وعن قرب الإسناد أنه روى مثل ذلك إلا أنه زاد: «وحريم البئر المحدث خمسة وعشرون ذراعاً»^(٩).

(١) في الشرائع: «البئر».

(٢) التذكرة: ١٩، ٤٦١.

(٣) الخلاف: ٣، ٥٣٠.

(٤) الغنية: ٢٩٥.

(٥) سنن ابن ماجه: ٢، ٨٣١، ح ٢٤٨٦، نقلاً بالمعنى. كنز العمال: ٣، ٩٠٠، ح ٩٠٩٩، وفيهما: «مقلّ» بدل «مقلّ».

(٦) الوسائل: ٢٥، ٤٢٦، ب ١١ من إحياء الموات، ح ٥، وفيه: «يعني: القنات خمسمئة ذراع».

(٧) قرب الأسناد: ١٤٦، ح ٥٢٦، الوسائل: ٢٥، ٤٢٧، ب ١١ من إحياء الموات، ح ٩.

وفي الفقيه : « قضى رسول الله ﷺ أَنَّ البئر حريمها أربعون ذراعاً لا يحفر إلى جنبها بئر أخرى لعلن أو غنم »^(١).
وحينئذٍ فمما في صحيح حماد بن عثمان - المروي في الكافي: سمعت الصادق عليه السلام يقول: « حريم البئر العادية أربعون ذراعاً حولها »^(٢). قال: وفي رواية أخرى: « خمسون ذراعاً إلا أن يكون إلى عطن أو طريق، فيكون أقل من ذلك إلى خمسة وعشرين ذراعاً »^(٣) لا - عامل به. وكأنه أشار إلى خبر وهب بن وهب، عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليه السلام « إِنَّ علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: حريم البئر العادية خمسون ذراعاً إلا أن تكون إلى عطن أو إلى طريق فيكون أقل من ذلك خمسة وعشرين ذراعاً »^(٤).
وعلى كل حال هو غير واضح المعنى. وإن قال في المسالك: « ونسبة البئر إلى العادية إشارة إلى إحداث الموات، لأن ما كان في زمن عاد وما شابهه فهو موات غالباً، وخَصَّ عاداً بالذكر لأنها في الزمن الأول كان لها آثار في الأرض فنسب إليها كل قديم - ثم قال -: وبسبب اختلاف الروايات وعدم صحتها جعل بعضهم حريم البئر ما يحتاج إليه في السقي منها ووضع وقوف النازح والدولاب، وتردد البهائم، ومصب الماء، والموضع الذي تجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض وغيره، والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العادة »^(٥).

وكانت مال إليه، وتبعه عليه في المفاتيح^(٦). إلا أننا لم نجد ذلك لأحد منا. وإن حكاه في الكفاية عن أبي علي^(٧) لكن في المختلف عنه أنه « لو كان يقرب المكان الذي يريد الحافر حفر البئر فيه بئر عادية محفورة قبل الإسلام وماؤها نابع يمكن شربه بالنزع فقد روي عن رسول الله ﷺ أَنَّهُ قال: « حريم البئر إذا كانت حفرت في الجاهلية خمسون ذراعاً، وإن كانت حفرت في الإسلام فحريمها خمس وعشرون ذراعاً »^(٨). ثم قال -: ولو كان البلاد مملاً لا يسقى الماء فيها إلا بالناضح كان حريم بئر الناضح قدر عمقها من الناضح، وقد جاء في الحديث عن رسول الله ﷺ « أن حريم بئر الناضح ستون »^(٩) وقد يحتمل أن ذلك قدر عمق الآبار في تلك البلاد التي حكم بذلك فيها^(١٠). وهو كما ترى أجنبى عن ذلك. بل في المسالك حكى عن ابن الجنيد في الناضح ما سمعته أيضاً^(١١)، نعم هو محكي عن الشافعي^(١٢).

ودعوى أنه المتجه - جمعاً بين النصوص - يدفعها: عدم التكافؤ. وبعد تسليم الانتقال إلى الجمع المزبور وعدم الاحتياج إلى الشاهد فلا محيص حينئذٍ عمّا عليه الأصحاب المحتمل كون حكمة تعبد التقدير فيه رفع النزاع الذي ربما يؤدي إلى تلف النفوس وغيرها. ولولا ذلك لأمكن الجمع بوجوب الأقل وألوية الزائد أو بغير ذلك. إلا أن ذلك بعد النص والفتوى لا وجه له خصوصاً بعد ظهور حكمة التعبد الراجع للاختلاف.

- (١) الفقيه ٣: ٢٣٨، ح ٣٨٧٣. الوسائل ٢٥: ٤٢٦، ب ١١ من إحياء الموات، ح ٧.
- (٢) الكافي ٥: ٢٩٥، ح ٥. الوسائل ٢٥: ٤٢٥، ب ١١ من إحياء الموات، ح ١.
- (٣) الكافي ٥: ٢٩٦، ذيل ح ٥. الوسائل ٢٥: ٤٢٥، ب ١١ من إحياء الموات، ح ٢.
- (٤) الوسائل ٢٥: ٤٢٦، ب ١١ من إحياء الموات، ح ٨.
- (٥) (١١) المسالك ١٢: ٤١٢.
- (٦) مفاتيح الشرائع ٣: ٣٠.
- (٧) كفاية الأحكام ٢: ٥٥٣.
- (٨) المستدرک ١٧: ١١٧، ب ٨ من إحياء الموات، ح ٣.
- (٩) المصدر السابق: ١١٨، ح ٤.
- (١٠) المختلف ٦: ٢٠٦ - ٢٠٧.
- (١١) المجموع ١٥: ٢١٧. الحاوي الكبير ٧: ٤٨٨.

(و) منه تحديد حريم (العين) - (ألف ذراع في الأرض الرخوة وفي الصلبة خمسمئة ذراع) [١] (و) لكن مع ذلك (قيل) [٢]: (حد ذلك أن لا يضر الثاني بالأول) [٣] (و) إن كان (الأول أشهر) [٤].

[١] الذي في محكي الخلاف عليه إجماع الفرق وأخبارهم^(١) والتذكرة عند علمائنا^(٢). وفي التنقيح عليه عمل الأصحاب^(٣) وفي جامع المقاصد إطباق الأصحاب^(٤). وفي خبر عقبة بن خالد - المنجبر بما عرفت وبرواية المشائخ الثلاثة له - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «يكون بين البئر إذا كانت أرضاً صلبة خمسمئة ذراع وإن كانت أرضاً رخوة ألف ذراع»^(٥). وبه يقتد ما في مرسل حفص عن أبي عبد الله عليه السلام المروي في الكافي: «يكون بين العينين ألف ذراع»^(٦) وما في خبر مسمع عنه عليه السلام أيضاً: قال رسول الله ﷺ: «ما بين العين إلى العين خمسمئة ذراع»^(٧). وما في خبر السكوني عنه عليه السلام أيضاً: «ما بين العين إلى العين - يعني القناة - خمسمئة ذراع»^(٨).

[٢] والقائل الإسكافي^(٩).

[٣] ونفى عنه البأس في المختلف^(١٠). وفي المسالك أنه أظهر^(١١).

[٤] ومال إليه بعض أتباعه^(١٢). وربما يشهد له [= الثاني]. صحيح محمد بن الحسين قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام رجل كانت له قناة في قرية فأراد رجل أن يحفر قناة أخرى إلى قرية أخرى كم يكون بينهما في البعد حتى لا يضر بالأخرى في الأرض إذا كانت صلبة أو رخوة؟ فوقع عليه السلام: «على حسب أن لا تضر إحداهما بالأخرى إن شاء الله تعالى»^(١٣). ونحوه خبر محمد بن علي بن محبوب قال: كتب رجل إلى الفقيه عليه السلام^(١٤) الحديث، بأدنى تفاوت في الألفاظ، ومافيه من جهالة الكاتب بعد نقل الثقة المكتوب إليه - غير قاصح. مؤيداً ذلك كله بخبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل أتى جبلاً فشق فيه قناة جرى ماؤها سنة، ثم إن رجلاً أتى ذلك الجبل فشق منه قناة أخرى فذهبت قناة الآخر بماء قناة الأول؟ قال: فقال: «يتقاسمان بحقائب البئر ليلة ليلة، فينظر أيهما أضرت بصاحبها، فإن رأيت الأخيرة أضرت بالأولى فلتعور»^(١٥). وفي الوسائل ورواه الصدوق بإسناده عن عقبة بن خالد نحوه وزاد «وقضى رسول الله ﷺ بذلك»، وقال: إن كانت الأولى أخذت ماء الأخيرة لم يكن لصاحب الأخيرة على الأول سبيل»^(١٦). وفي خبر عقبة أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل احتفر قناة وأتى لذلك سنة، ثم إن رجلاً احتفر إلى جانبها قناة «فقتضى أن يقاس الماء بحقائب البئر ليلة هذه وليلة هذه، فإن كانت الأخيرة أخذت ماء الأولى عورت الأخيرة وإن كانت الأولى أخذت ماء الأخيرة لم يكن لصاحب الأخيرة على الأول شيء»^(١٧). و[يؤيد] بأن الموجود في خبر المشهور «البئر»، وهو غير محل النزاع ولا ريب في قوته [= القول الثاني] لولا الشهرة العظيمة والإجماع المزبوران الجابران للأخبار المذكورة سنداً ودلالة، مضافاً إلى غيرهما من القرائن على إرادة العين من «البئر» التي قد تطلق عليها.

(١) (٢) الخلاف ٣: ٥٣٠. التذكرة ١٩: ٤٦٣. (٣) (٤) التنقيح ٤: ١٠٠. جامع المقاصد ٧: ٢٤ - ٢٥.

(٥) الوسائل ٢٥: ٤٢٥، ب ١١ من إحياء الموات، ح ٣. (٦) الكافي ٥: ٢٩٣، ح ٣. وفيها: «محمد بن حفص عن رجل».

(٧) (٨) الوسائل ٢٥: ٤٢٦، ب ١١ من إحياء الموات، ح ٦، ٥. (٩) نقله في المختلف ٦: ٢٠٧ - ٢٠٨.

(١٠) (١١) المختلف ٦: ٢٠٨. المسالك ١٢: ٤١٤. (١٢) كفاية الأحكام ٢: ٥٥٣ - ٥٥٤. مفاتيح الشرائع ٣: ٣٠.

(١٣) الوسائل ٢٥: ٤٣٠، ب ١٤ من إحياء الموات، ح ١. (١٤) الفقيه ٣: ٣٢٨، ح ٣٨٧. المصدر السابق ذيل الحديث ١.

(١٥) الوسائل ٢٥: ٤٣٢، ب ١٦ من إحياء الموات، ح ١. (١٦) (١٧) الوسائل ٢٥: ٤٣٣، ب ١٦ من إحياء الموات، ح ٢، ٣.

[ولا ريب في قوة القول الثاني لولا الإجماع].

ويمكن مراعاة التحديد المزبور [المتقدم] عند عدم معرفة الضرر - ولو لاختلاف أهل الخبرة في ذلك - إن لم يكن ذلك إحداث قول على وجه يكون مخالفاً للإجماع.

ثم إنه لا يخفى عليك [أن الظاهر] [١] أن الحريم هنا يمنع إحداث عين أخرى فلا يضر حينئذ إحياء ما زاد على ما تحتاج إليه العين من نزح ونحوه بخلاف بئر المعطن التي قد عرفت الحال فيها، والله العالم.

(وحريم الحائط في المباح مقدار مطرح ترابه) وآلاته [٢]: (نظراً إلى إمساس الحاجة إليه لو استهدم).

(وقيل) [٣]: (لدار) حريم هو (مقدار مطرح ترابها) وقمامتها ورمادها وتلجها (ومصب مائها^(١)) ومسلك

(الدخول والخروج) ونحو ذلك مما يحتاج إليه عادة [والقول بعدم حريم لها مشكل] [٤].

فالمتمجه ثبوت الحريم لها الذي يرجع في أصل ثبوته ومقداره إلى العرف [٥].

[١] [١] ظهور النص فيما صرح به غير واحد من [أنه ذلك].

[٢] بلا خلاف أجده فيه.

بل في التذكرة عندنا^(٢) مشعراً بدعوى الإجماع عليه.

[٣] والقائل المشهور على ما في المسالك^(٣) وغيرها.

[٤] ولكن ظاهر نسبة المصنف إلى القيل التردد فيه.

بل في المسالك وغيرها عن بعضهم التصريح بعدم حريم لها^(٤).

وإن كنا لم نتحققه لأحد منا.

وإنما هو لبعض الشافعية^(٥).

ولعل وجهه عدم الدليل عليه، بل فعل الناس في سائر البلدان على خلافه لاستبعاد اتفاق إحيائهم دفعة.

وفيه:

أولاً: أن مثله جارٍ في الحائط الذي اعترف بثبوت الحريم له.

وثانياً: بعدم معلومية حال الواقع في البلدان - الجاري في الحيطان أيضاً - من التراضي أو الإحياء دفعة أو غير ذلك.

[٥] ولو بمراعاة قاعدة الضرر والضرار فلا يحتاج إلى دليل خاص سيما بعد ما ورد من الحريم لما عرفت المشعر بأن ذلك حق لكل

ما يحتاجه ومنه ما ورد «أن حريم المسجد أربعون ذراعاً من كل ناحية، وحريم المؤمن في الصيف باع، وروي عظم الذراع»^(٦)

(١) في الشرائع: «مباحها».

(٢) التذكرة: ١٩: ٤٦٠.

(٣) المسالك: ١٢: ٤١٤.

(٤) المسالك: ١٢: ٤١٥. كفاية الأحكام ٢: ٥٥٥.

(٥) روضة الطالبين ٥: ٢٨٣.

(٦) الوسائل ٢٥: ٤٢٧، ب ١١ من إحياء الموات، ح ١٠.

و« حريم النخلة طول سعتها »^(١).

اللهُمَّ إِلَّا أَنْ يَقَالَ :

إِنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْحَرِيمِ لَمَّا أَحْدَثَهُ فِي الْمَبَاحِ كَالْجِدَارِ وَالنَّخْلَةِ وَنَحْوَهُمَا .

لا مثل الدار التي مرجع الحريم المفروض إلى الساكن فيها لا نفسها ؛ إذ ليس المراد جدرانها التي لا إشكال في ثبوت الحريم لها ؛ ضرورة كونها من الحائط بل المراد ما يكون من القمامة ونحوها التي تكون من الساكن لا ممّا أحدثه في المباح .

ولعلّه لذا توقّف المصنّف فيه .

نعم ينبغي على هذا تخصيص محلّ التوقّف بالحريم لما يحتاج إليه الساكن ممّا لا يعدّ من حقوق الدار بخلاف ما كان كذلك

كالتراب الصائر منها ونحوه ممّا يرجع إليها .

على أنّ ما يحتاجه الساكن فيها راجع إليها [= الدار] أيضاً ، نحو بئر المعطن المحتاجة إلى الحريم باعتبار الإبل والماشية

التي تسقى منها ، فتأمل جيّداً .

وربّما يؤيده ما في الدروس من « أنّ حريم القرية مطرح القمامة والتراب والوحل ومناخ الإبل ومرابض الخيل والنادي

وملعب الصبيان ومسيل المياه ومرعى الماشية ومحتطب أهلها ممّا جرت العادة بوصولهم إليه وليس لهم المنع فيما بعد من المرعى

والمحتطب بحيث لا يطرقونه إلا نادراً ولا المنع ممّا لا يضّر بهم ممّا يطرقونه ، ولا يتقدّر حريم القرية بالصيحة من كلّ جانب ، ولا

فرق بين قرى المسلمين وأهل الذمّة »^(٢) .

إذ هو - كما ترى - كثير منه ممّا يرجع إلى الساكن ، بل هو نحو ما يذكر للدار .

هذا ، وفي المسالك : « والمراد بمسلك الدخول والخروج في الصوب الذي يفتح فيه الباب ، لا بمعنى امتداد

المرمّ في قبالة الباب على امتداد المواط ، بل إيصاله إلى الطريق السالك ولو بازوار وانعطاف ، لأنّ الحاجة تمسّ إلى

ذلك »^(٣) .

وهو معنى ما في جامع المقاصد قال : « ليس المراد من استحقاق المرمّ في صوب الباب استحقاق المرمّ في

قبالة الباب على امتداد المواط ، بل يجوز لغيره إحياؤها في قبالة الباب إذا بقي له المرمّ ، فإن احتاج إلى ازوار

وانعطاف جاز ، لأنّ الحاجة تمسّ إلى ذلك ، ذكره في التذكرة .

لكن ينبغي تقييده بما إذا لم يحصل ضرر كثيرة عادة ، لاستدعائه إفراط طول الطريق ونحوه »^(٤) .

قلت :

قد يتوقّف في إحياء ذلك بعد فرض اعتياد استطراقه الذي هو من الإحياء أو بحكمه .

(١) الوسائل ٢٥ : ٤٢٤ ، ب ١٠ من إحياء المواط ، ح ٢ .

(٢) الدروس ٣ : ٥٩ ، وفيه : « الرمل » بدل « الوحل » ، « ومرتكض » بدل « ومرابض » .

(٣) المسالك ١٢ : ٤١٥ .

(٤) جامع المقاصد ٧ : ٣٦ .

[ومسلك الدخول والخروج في الصوب الذي يفتح فيه الباب . وقد يتوقف في إحياء ما في قبالة الباب ولو أبقى له الممر بعد فرض اعتياد استطرأه]. ثم إنَّ الظاهر اعتبار التحديد المزبور فيه [= في طريق داره] [١].

وإن كان هو للسلوك إلى داره لا طريقاً عاماً، والله العالم .

(و) كيف كان فـ(حكّل) ما ذكرنا من ثبوت (ذلك) الحريم له (إنما يثبت له حريم إذا ابتكر في الموات) .

(أما ما يعمل في الأملاك المعمورة فلا) [٢].

[وهل يجوز التصرف لكلّ منهم في ملكه بما شاء وإن تضرّر صاحبه؟].

[١] لإطلاق الأدلة .

[٢] بلا خلاف أجده فيه ، كما عن الشيخ وابني زهرة وإدريس الاعتراف به^(١) . بل في الكفاية نسبته إلى الأصحاب^(٢) مشعراً بالإجماع عليه . ولعلّه لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم وغيرها . ولأنّها متعارضة باعتبار عدم أولوية أحدهما من الآخر به . ولذا كان المشاهد في البلدان عدم الحريم لأحدهم وإن كان يمكن أن يكون لتساوئهم في الإحياء أو لغيره . ومن هنا صرح في القواعد وغيرها بأن لكلّ منهم التصرف في ملكه بما شاء وإن تضرّر صاحبه ، وأنّه لا ضمان عليه لو جعل ملكه بيت حدّاد أو قنّار أو حمام على خلاف العادة^(٣) .

نعم في التذكرة : « هذا إذا احتاط وأحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده ، فإن فعل ما يغلب على الظنّ فيه أنّه يؤدّي إلى خلل في حيطان جاره فأظهر الوجهين عند الشافعية الجواز . وذلك كما إذا يدقّ الشيء في داره دقّاً عنيماً ينزعج منه الحيطان ، أو حبس الماء في ملكه بحيث تنتشر منه الندواة إلى حيطان الجار . ولو اتّخذ داره مدبغة أو حانوته مخبزة حيث لا يعتاد فإن قلنا : لا يمنع في الصورة السابقة فهنا أولى ، وإن قلنا : بالمنع فهنا يحتمل عدمه ، لأنّ الضرر من حيث التآذي بالدخان والرائحة الكريهة ، وأنّه أهون . وكذا البحث في إطالة البناء ومنع الشمس والقمر . والأقوى أنّ لأرباب الأملاك التصرف في أملاكهم كيف شاؤوا ؛ إذ لو حفر في ملكه بئر بالوعة وفسد بها ماء بئر الجار لم يمنع منه ولا ضمان ، ولكنّه قد يكون فعل مكروهاً . وبه قال الشافعي ، وقال مالك : يمنع ، فإن فعل وتلف شيء ضمنه^(٤) » . وتبعه في الدروس^(٥) والمسالك في جميع ذلك . لكن قال في الأخير : « نعم له منع ما يضرّ بحائضه من البئر والشجر ولو بمرور أصلها إليه والضرب المؤدّي إلى ضرر الحائض ونحوه^(٦) » . وفيما حضرنى من نسخة جامع المقاصد « قال في التذكرة : هذا إذا احتاط وأحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده ، فإن فعل ما يغلب على الظنّ أنّه يؤدّي إلى خلل في حيطان جاره ففي منعه تردّد ، فلو دقّ دقّاً عنيماً أحدث به نقصاً في جدران جاره أو حبس الماء بحيث انتشرت منه الندواة إليها أو حصل ذلك من ماء الحما ففي الضمان تردّد^(٧) » . وظاهره حكاية ذلك عن التذكرة التي سمعت ما فيها . إلّا أنّ المحكي^(٨) عن الجامع المزبور التردّد ، ولعلّ النسخة غير صحيحة .

(١) المبوط ٣ : ٢٧٢ . الفتنى : ٢٩٥ . السرائر ٢ : ٣٨٢ . (٢) كفاية الأحكام ٢ : ٥٥٦ .

(٣) القواعد ٢ : ٣٦٨ . المهذب ٢ : ٣١ . (٤) التذكرة ١٩ : ٤٦٨ .

(٥) الدروس ٣ : ٦٠ . (٦) المسالك ١٢ : ٤١٦ .

(٧) جامع المقاصد ٧ : ٢٦ - ٢٧ . (٨) حكاية في مفتاح الكرامة ٧ : ٢٢ .

[يحتمل الجواز لا سيما إذا استلزم منع المالك عن التصرف ضرراً عليه أشد من ضرر الجار أو مساوياً أو أقل بحيث لم يتفاحش معه ضرره].

وعلى كل حال فالتردد المزبور في المسألة حاصل .

بل في الكفاية : « يشكل هذا الحكم في صورة تضرر الجار تضرراً فاحشاً ؛ نظراً إلى تضمن الأخبار نفي الضرر والإضرار ^(١) وهو الحديث المعمول به بين الخاصة والعامة المستفيض بينهم ، خصوصاً ما تضمن الأخبار المذكورة من نفي الضرر الواقع في ملك المضار ^(٢) .

وقد يناقش : بأن حديث نفي الضرر المستفيض معارض بمثله من الحديث ^(٣) الدال على ثبوت السلطنة على الإطلاق لرب المال ، وهو أيضاً معمول به بين الفريقين . والتعارض بينهما تعارض العموم من وجه ، والترجيح للثاني بعمل الأصحاب كما اعترف به ، ولا سيما إذا استلزم منع المالك عن التصرف ضرراً عليه أشد من ضرر الجار أو مساوياً أو أقل بحيث لم يتفاحش معه ضرره .
بل في الرياض : « وينبغي القطع في هذه الصورة بما عليه الأصحاب - قال : - وأما فيما عداها فالظاهر أيضاً ذلك ، لما ذكر وإن كان الأحوط عدم الإضرار على الإطلاق .

وأما الأخبار الدالة على نفي الإضرار في ملك المضار - فمع قصور سند بعضها وعدم مكافئته لما مضى - يمكن حملها على ما إذا قصد المالك بالتصرف الإضرار دون دفع الحاجة ، كما يشعر به بعض تلك الأخبار ^(٤) ثم على تقدير تسليم ترجيح نفي الضرر فلا وجه لتخصيصه بصورة تفاحش الضرر مع عمومه وشموله للغير ^(٥) .

قلت : لا يخفى عليك ما في المسالك من الجزم بالمنع فيما يضر الحائط مع ذكره سابقاً جواز حفر البالوعة التي تفسد بئر الغير ^(٦) . كما أنه لا يخفى عليك ما في التذكرة من اعتباره أولاً أحكام البناء لما يقصده وإطلاقة جواز التصرف للمالك في ملكه ثانياً مع التردد في بعض الصور ^(٧) . بل قد سمعت ما في جامع المقاصد مما هو ظاهر في عدم كون المسألة إجماعية ، بحيث يكون التفصيل مخالفاً للإجماع . على أن المنساق من العامين [أي لا ضرار والناس مسلطون] المزبورين تحكيم قاعدة الضرر - كما في جميع نظائره - وإن كان بينهما تعارض العموم من وجه . وربما يشهد له نصوص سمره بن جندب ^(٨) .

وقول الصادق عليه السلام : « إن الجار كالنفس غير مضار ولا آثم » ^(٩) . على أن باب المقدمة يقتضي وجوب ترك التصرف تحصيلاً لامتنال النهي عن إضرار الغير ؛ إذ لا تعارض بين الإباحة والحرمة . بل قد ذكرنا في كتاب الغصب - في مسألة من أجاج ناراً في ملكه أو أرسل ماء كذلك فآثمت مال الغير - ما يعلم منه عدم الإجماع على جميع صور المسألة . بل قد تقدم أيضاً مسألة تدلي أعضاء الشجرة في ملك الغير ، وتلفت بفعل المالك .

وبالجملة : فالغرض أن المسألة لم يكن فيها إجماع محقق على جهة الإطلاق .

(١) انظر الوسائل ٢٥ : ٤٢٧ ، ب ١٢ من إحياء الموات . و ٣٩٩ ، ب ٥ من الشفعة ، ح ١ .

(٢) كفاية الأحكام ٢ : ٥٥٦ . (٣) الجار ٢ : ٢٧٢ ، ح ٧ .

(٤) انظر الوسائل ٢٥ : ٤٢٧ ، ب ١٢ من إحياء الموات ، ح ٣ . (٥) الرياض ١٢ : ٣٥٩ - ٣٦٠ .

(٦) المسالك ١٢ : ٤١٦ . (٧) التذكرة ١٩ : ٤٦٨ .

(٨) الوسائل ٢٥ : ٤٢٧ ، ب ١٢ من إحياء الموات ، ح ٣ ، ٤ . (٩) الوسائل ٢٥ : ٤٢٨ ، ب ١٢ من إحياء الموات ، ح ٢ .

فيمكن أن يقال : يمنع التصرف في ماله على وجه يترتب عليه الضرر في مال الغير مثلاً بتوليدية فعله ، بحيث يكون له فعل وتصرف في مال الغير وإتلاف له يتولد من فعله فعل في مال الغير ، لا تلف خاصة بلا فعل منه وخصوصاً مع زيادته بفعله عمّا يحتاج إليه وغلبة ظنه بالسراية [١] .

نعم لو كان تصرفه في ماله لا توليد فيه على الوجه المزبور - وإن حصل الضرر مقارناً لذلك - لم يمنع منه [٢] .
(فرع : لو أحيأ أرضاً وغرس في جانبها غرساً تبرز أغصانه) لو بقي (إلى المباح أو تسري عروقه إليه) كذلك (لم يكن لغيره إحياءه)^(١) [٣] .

(و) حينئذٍ ذ - لو حاول الإحياء كان للغراس منعه (وإن لم يكن بعد برزت الأغصان أو سرت العروق ، فإنّ الاستعداد كافٍ [٤] .

وكذلك لو باع البستان واستثنى شجرة ، فإنه يتبع مدى أغصانها في الهواء والمدخل والمخرج وغيرهما من الحقوق التي تتبع الإطلاق المزبور .

نعم [الظاهر] [٥] ثبوت الحريم المزبور للغرس .

أمّا لو أعد الأرض لها وهيأها لذلك أو غرس جملة منها فهل يكفي ذلك في ثبوت الحريم للغرس الذي يعدّ لم يغرس أو يبقى على أصل الموات ؟ وجهان ، أولهما لا يخلو من قوة ، والله العالم .
[اشتراط عدم ثبوت المحيا مشعراً للعبادة] :

الشرط (الثالث : لا يسمّيه الشرع مشعراً للعبادة ، كعرفة ومنى والمشعر) وغيرها من الأماكن المشرفة والمواضع المحترمة التي جعلها الله - تعالى شأنه - مناسك للعبادة وشرفها كما شرف بعض الأزمنة الخاصة [٦] .

[١] قاعدة التسلط على المال لا تقتضي جواز ذلك ولا رفع الضمان الحاصل بتوليد فعله .

[٢] وبما كان فيما ذكرنا سابقاً من مسألة الضمان بتأجيج النار في ملكه إشارة إلى ذلك ، فلا حظ وتأمل ، بل مرّ لنا في غير ذلك ما له نفع في المقام ، والله العالم .

[٣] لأنّه من الحريم التابع للملك الذي يرجع في مثله إلى العرف .

[٤] بلا خلاف أجده بين من تعرّض له .

ولعلّ قوله ﷺ : « حريم النخل طول سعفها »^(٢) ظاهر في ذلك .

بل هو صريح خبر عقبة بن خالد : « إن النبي ﷺ قضى في هوار النخل أن تكون النخلة والنخلتان للرجل في حائط الآخر فيختلفون في حقوق ذلك قضى فيها : أن لكل نخلة من أولئك من الأرض مبلغ جريدة من جرائدها حين بعدها »^(٣) .

[٥] [كما هو] ظاهر المصنّف وغيره .

[٦] فهي في الحقيقة ليست من الموات - الذي هو بمعنى المعطل عن الانتفاع - فضلاً عن وضع يد سائر المسلمين عليها وتعلّق حقوقهم بها .

بل هي أعظم من الوقف الذي يتعلّق به حقّ الموقوف عليهم بجريان الصيغة من الواقف (فإنّ الشرع) الذي هو المالك الحقيقي قد (دلّ على اختصاصها موطناً للعبادة) من دون إجراء صيغة .
ومنها : ما جعله الله مسجداً كمسجد الحرام ومسجد الكوفة ونحوهما من مراقد الأئمة عليهم السلام التي أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه .

(فالتعزّض لتملكها) حينئذٍ منافٍ للجعل المزبور من ربّ العزّة .

بل فيه (تقويت لتلك المصلحة) . من غير فرق بين جميع أجزائها في ذلك ، وبين زيادة سعتها لذلك وعدمه [١] فمن الغريب ما وقع من المصنّف من قوله : (أما لو عمر فيها ما لا يضر ولا يؤذي إلى ضيقها عمّا يحتاج إليه المتعبّدون كاليسير لم أُنعم منه) [٢] .

[اشتراط عدم ثبوت المحيا مما أقطعه الامام]:

الشرط (الرابع: أن لا يكون ممّا أقطعه إمام الأصل ولو كان مواتاً خالياً من تحجير) [٣] .

(كما أقطع النبي ﷺ) عبد الله بن مسعود (الدور^(١)) وهي اسم موضع بالمدينة بين ظهراني عمارة الأنصار ويقال: المعنيّ أنّه أقطعه ذلك ليأخذها دوراً .

(و) أقطع وائل بن حجر (أرضاً بحضر موت^(٢)) .

(و) أقطع الزبير (خضّر فوس) -هـ (٣) أي عدوه بل قيل: إنّ (الزبير) أجرى فرسه حتى قام الفرس رمى بسوطه

[١] ضرورة أنّ الله تعالى شأنه جعل كلّ جزء جزء منها كذلك .

[٢] بل كاديكون كالمنافي للضروري بل فتح هذا الباب فيها يؤدّي إلى إخراجها عن وضعها .

وأغرب منه موافقة بعض من تأخّر عنه^(٤) على ذلك بتخيّل أنّ المنع من جهة مزاحمة الناسكين ، فمع فرض عدمها - كاليسير - يتّجه الجواز حينئذٍ لانتفاء العلّة المزبورة .

وفيه : ما لا يخفى بعدما ذكرناه .

وأعجب من ذلك : تفريعهم على التقدير المزبور - الذي هو معلوم الفساد - أنّه هل يجوز للناسك الوقوف بها مع عدم الإذن أو مع النهي أو لا يجوز مطلقاً أو مع وجود غيره من المكان بخلاف ما لو تضيّق ؟!

مع أنّ القول بالملك يأبى القول بالجواز مطلقاً إلا أن يجعله مراعى بعدم الإضرار ، فيتّجه التفصيل حينئذٍ .

إلا أنّ ذلك كلّهُ - كما ترى - لا ينبغي أن يسطر ، والله العالم .

[٣] الذي لا خلاف في أنّ له ذلك [= الاقطاع] كما عن المبسوط^(٥) بل ولا إشكال .

ضرورة كون الموات من ماله الذي هو مسلّط عليه ، مع أنّه أولى بالمؤمنين من أنفسهم .

(٢) سنن البيهقي ٦ : ١٤٤ .

(١) تلخيص الجبير ٣ : ٦٣ ، ح ١٢٩٩ .

(٣) تلخيص الجبير ٣ : ٦٤ ، ح ١٣٠١ .

(٤) المسالك ١٢ : ٤١٧ ، كفاية الأحكام ٢ : ٥٥٧ .

(٥) المبسوط ٣ : ٢٧٤ .

طلباً للزيادة فقال بالتحجير : « أعطوه من حيث بلغ السوط »^(١).

وأقطع بلال بن الحارث العقيق^(٢).

(فإنه [= الاقطاع]] إن لم يقد الملك فلا ريب [١] في أنه) يفيد اختصاصاً مانعاً من المزامعة ، فلا يصح دفع هذا الاختصاص بالإحياء) [٢] .

[هذا إذا كان الاقطاع على وجه الاختصاص والأحقية بالإحياء] .

[وإلا فلو فرض كونه على جهة التملك جاز ذلك أيضاً إن لم يكن إجماعاً ، وليس لأحد حينئذٍ الاعتراض عليه بتعطيله وإن تمادى الزمان على إشكال] .

هذا ، ويمكن الاستغناء عن هذين الشرطين [الثالث والرابع] بل والسابق [أي الثاني] واللاحق [أي الخامس] بالأول ، بناءً على إرادة ما يشمل الحق الحاصل من الإقطاع والتحجير وكونه مشعراً من « اليد » فيه [= في الشرط الأول] والأمر سهل .

[اشتراط عدم ثبوت المحيي مسبقاً بالتحجير] :

الشرط (الخامس : أن لا يسبق إليه سابق بالتحجير فإن التحجير) [٣] (يفيد أولوية) واختصاصاً (لا ملكاً

[١] بل لا خلاف [في ذلك] .

[٢] بل عن المبسوط فنيه كذلك بين المسلمين^(٣) ، وكذا ليس لأحد نقضه . وما عن عمر : من أنه لما تولى قال لبلال : « ما أقطعت العقيق لتحجبه فأقطعه الناس »^(٤) لا حجة فيه ، وكم له من أخذ فذك ونحوها ! على أنه يمكن ذلك كما تسمعه في التحجير إذا لم يحي المحجر ، كما صرح به في جامع المقاصد^(٥) ، وإن كان ذكر المصنف وغيره ذلك في التحجير دونه يشعر بالعدم .

بل لو لا ظهور الاتفاق عليه هناك لأمكن إشكاله بتعلق الحق الذي يقتضي استصحابه عدم الزوال وإن عطل .

وكأن ما ذكر من الاختصاص المزبور مبني على تملك الموات بغير الإحياء .

ولكن فيه منع واضح إن لم يكن إجماعاً .

وحينئذٍ فلا بد من تنزيل الإقطاع المزبور على وجه الاختصاص والأحقية بالإحياء وإلا فلو فرض كونه على جهة التملك جاز إن لم يكن إجماعاً ، وليس لأحد حينئذٍ الاعتراض عليه بتعطيله وإن تمادى الزمان على إشكال ، لاحتمال جواز إحياء الغير له بأجرة على نحو ما سمعته في الأرض التي ملكت بالإحياء فأهملها حتى ماتت .

[٣] [فهو] عندنا كما في التذكرة^(٦) [كذلك] .

(١) سنن البيهقي ٦ : ١٤٤ ، وفيه : « أعطوه من حيث بلغ السوط » .

(٢) سنن البيهقي ٦ : ١٤٨ ، ١٤٩ .

(٣) المبسوط ٣ : ٢٧٣ .

(٤) انظر سنن البيهقي ٦ : ١٤٩ . المستدرک (للحاكم) ١ : ٤٠٤ .

(٥) جامع المقاصد ٧ : ٣١ .

(٦) التذكرة ١٩ : ٤٣٥ .

الرقبة) التي لا تملك إلا بالإحياء الذي هو غير التحجير (وإن ملك به التصرف) في المحجر ومنع الغير (حتى لو تهجم عليه من يروم الإحياء كان له منعه و) دفعه عن ذلك، بل (لو قاهره فأحياءه لم يملك^(١)) [١].

[١] بلا خلاف، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كما أنه يمكن تحصيله على غير ذلك مما سمعته.

بل في الرياض «عليه الإجماع في كلام جماعة كالمسالك وغيرها»^(٢).

وإن كنا لم نتحققه في غير المفاتيح التي حكاه فيها على إفادته الأولوية دون الملك^(٣) إلا أنه يمكن تحصيله. وعدم ذكره في الدروس شرطاً مستقلاً لإدراج إياه فيما ذكره من الشرط الرابع، وهو أن لا يكون مملوكاً لمسلم أو معاهد، إلى أن قال: «والمحجر كالمملوك على ما تقرّر»^(٤).

بل ذكر سابقاً التحجير يفيد الأولوية لا الملك، فلا يصح بيعه، نعم يورث عنه، ويصح الصلح عليه^(٥). نعم سسمع في الطرف الثاني^(٦) حكاية المصنف عن بعض فقهاء عصره أن التحجير إحياء، ويأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى.

وعلى كل حال فهو غير منافٍ لتحصيل الإجماع على عدم تملك المحجر بالإحياء لغير المحجر.

نعم يحكي عن جامع الشرائع أنه قال: «يملك الآخر ويكون قد أساء»^(٧). ولم أتتحقق ذلك.

وكيف كان فلم نجد في شيء مما وصل إلينا من النصوص هذا اللفظ فضلاً عما ذكره تفسيره، وإنما الموجود في خبر سمرة بن جندب إن النبي ﷺ قال: «من أحاط حائطاً على أرض فهي له»^(٨). ومقتضاه الملك به، كما تسمعه من ابن نما^(٩).

إلا أن يحمل على أرض يتحقق إحياءها بذلك أو يراد من اللام - ولو بقرينة الشهرة أو الإجماع - الأحقية المزبورة لا الملك. وربما يستفاد الأحقية به من صدق حيازة المباح به وإن كان لا يملك إلا بالإحياء، ومن أنه سبق إليه نحو السبق إلى الوقف والسوق والمسجد ونحوها. وفي حديث أبي داود المروي من طرق العامة - وفي الإسعاد أنه صححه الصابي -: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»^(١٠). وفي بعض كتب الأصحاب رواية: «فهو أحق به»^(١١). ولكن مع ذلك كله فلا ينصاف أن العمدية الإجماع المزبور.

وإذا فما في التذكرة والمسالك وبعض كتب الشافعية - من الاستدلال عليه بأنه إذا أفاد الإحياء ملكاً فلا بد أن يفيد التحجير - الذي هو الشرع فيه - أولوية نحو البيع والاستيلاء^(١٢) - كما ترى - ضرورة عدم الملازمة، مع احتمال أن التحجير أعم من الشرع فيه وإن فسره به في القواعد والمسالك^(١٣) وغيرهما.

(١) في الشرائع: «فأحياءها لم يملكه».

(٢) الرياض ١٢: ٣٥١.

(٣) مفاتيح الشرائع ٣: ٢٧.

(٤) الدروس ٣: ٥٦ - ٥٧.

(٥) الدروس ٣: ٥٦.

(٦) يأتي في ص: ٣٤٤.

(٧) الجامع للشرائع: ٣٧٥.

(٨) المستدرك ١٧: ١١١، ب ١ من إحياء الموات، ح ٣.

(٩) نقله في الدروس ٣: ٥٦.

(١٠) سنن أبي داود ٣: ١٧٧، ح ٣٠٧١. سنن البيهقي ٦: ١٤٢.

(١١) انظر المستدرك ١٧: ١١١، ب ١ من إحياء الموات، ح ٤.

(١٢) التذكرة ١٩: ٤٣٦. المسالك ١٢: ٤١٩. مغني المحتاج ١٢: ٣٦٦.

(١٣) القواعد ٢: ٣٦٩. المسالك ١٢: ٤١٩.

(و) في المتن [١] (التحجير هو أن ينصب عليها المروز أو يحوطها بحائط) [٢].
[والأقوى أن التحجير هو الشروع في الإحياء أو فعل أثر من آثاره].
وعلى كل حال فلا إشكال في عدم جواز بيعه [٣]، بل ولا هبته [٤].

[١] وكذا الإرشاد^(١).

[٢] وزاد في القواعد: «أو بحفر ساقية أو إدارة تراب حول الأرض أو أحجار ولا يفيد ملكاً - فإن الملك يحصل بالإحياء لا بالشروع، والتحجير شروع في الإحياء - بل يفيد اختصاصاً وأولوية»^(٢).
وفي محكي المبسوط: «التحجير أن يؤثر فيها أثراً لم يبلغ به حد الإحياء مثل أن ينصب فيه المروز أو يحوط عليها حائطاً أو ما أشبه ذلك من آثار الإحياء»^(٣).
وعن جامع الشرائع الاقتصاد على التمثيل بالحائط^(٤).
وعن التحرير: أنه يكون بنصب المروز وحفر الخندق^(٥).

لكن لا يخفى عليك أن ظاهر بعض الأمثلة الاكتفاء في حصوله بنصب ما يدل على إرادة الإحياء، وإن لم يكن من آثاره، نحو ما ذكره العامة من حصوله بالإعلام^(٦)، أي بنصب علامة تدل على ذلك، كوضع أحجار أو غرز خشب أو قصب أو حفر أساس أو جمع تراب أو نحو ذلك. بل في بعض «الكتب أو يخط خطة»^(٧).

اللهم إلا أن يقال: إن كلّه من الشروع في الإحياء كما في بعض كتب الشافعية^(٨). بل هو مقتضى ما سمعته من الفاضل.

لكنه كما ترى وإن كان هو الموافق لما سمعته من تحقّق الأولوية بالسبق المحقّق بنصب العلامة المزبورة.

مع احتمال القول: بأن الأصل عدم ثبوت الأولوية المقتصر في الخروج منه على المتيقّن، وهو التحجير بمعنى الشروع في الإحياء وفعل أثر من آثاره. وبعض الأمثلة المزبورة من بعض - إن لم تحمل على الاشتباه من الذاكر لها بأنّها من الشروع في الإحياء - يمكن حملها على موات تكون هي أثراً من آثاره، ولعلّ هذا لا يخلو من قوة.

[٣] لعدم الملك.

[٤] وإن قال في القواعد: «لم يصح على إشكال»^(٩). وفي جامع المقاصد جواز نقله بالهبّة كالصلح^(١٠).

وهما معاً كما ترى. ومن الغريب ما عن التذكرة من احتمال صحة البيع^(١١)؛ لأنّ الأرض المفتوحة عنوة تباع بمجرد الأولوية تبعاً للآثار. ولأنّه حقّ يقابل بالمال، فتجوز المعاوضة عليه؛ إذ هو كما ترى، بل قد يمنع ثبوت الأولوية هنا بيع الآثار التي يفرض كونها ملكاً للمحرّج وإن أفادت ذلك بالنسبة إليه باعتبار صدق كونه محرّجاً.

نعم لو نقل الحقّ معها ولو بالشرط - بناءً على صلاحيّته لمثل ذلك - تثبت حينئذٍ لذلك لا لبيع الآثار، والله العالم.

(١) الإرشاد ١: ٣٤٩. (٢) القواعد ٢: ٢٦٨ - ٢٦٩.

(٣) المبسوط ٣: ٢٧٣. (٤) جامع الشرائع: ٣٧٥.

(٥) التحرير ٤: ٤٨٥. (٦) (٧) مغني المحتاج ٢: ٣٦٦.

(٨) المجموع ١٥: ٢١٩ - ٢٢٠. (٩) القواعد ٢: ٢٦٩.

(١٠) جامع المقاصد ٧: ٢٨. (١١) التذكرة ١٩: ٤٣٨.

هذا (ولو اقتصر على التحجير وأهمل العمارة أجبره الإمام على أحد أمرين: إمّا الإحياء وإمّا التخليه بينهما وبين غيره، ولو امتنع أخرجها السلطان من يده ثلثاً يعطيها) [١].

نعم إن ذكر عذراً في التأخير - كإصلاح آلاته أو غيبة العمال أو إباق العبد ونحوه - أمهله الإمام بمقدار ما يزول معه العذر. وإن لم يذكر عذراً ألزمه بأحد الأمرين وإن أبقي له مدة قريبة يستعد فيها للعمارة بحسب ما يراه - ولا يتقدّر عندنا بقدر - فإذا مضت مدة الإهمال ولم يشتغل بالعمارة رفع يده وأذن للناس في عمارتها [٢].

[١] بلا خلاف أجدّه بين من تعرّض له كالشيخ وابن حمزة والفاضلين والشهيدين^(١) وغيرهم على ما حكي عن بعضهم. معلّلين له بقبح تعطيل العمارة التي هي منفعة الإسلام.

[٢] ونحو ذلك ذكر العامة أيضاً، قال في الإسهاد الذي هو من أجل كتب الشافعية: «وينبغي أن يشتغل بالعمارة غيب الحجر، فإن أهمل الإحياء وأطال الإهمال - بأن مضى زمن يعد مثله طويلاً عرفاً - نوزع، فيقول له الحاكم: أحي أو ارفع يدك، لأنّه ضيق على الناس في حقّ مشترك فيمنع منه، كما لو وقف في شارع، فإن ذكر عذراً واستمهل أمهل مدة قريبة دفعاً للضرر، ولا يتقدّر بثلاثة أيام على الأصح، بل باجتهاد الحاكم، فإذا مضت ولم يشتغل بالعمارة بطل حقّه، وإن استمهل ولم يذكر عذراً فمقتضى عبارة أصل الروضة أنّه لا يهمل، وقال السبكي: ينبغي إذا عرف الإمام أنّه لا عذر له في المدة أن ينزعها منه في الحال، وكذا إذا لم تطل المدة وعلم منه الإعراض».

وقال فيه أيضاً سابقاً: «وإنما يتحجّر ما يطيق إحياءه، بل ينبغي أن يقتصر على قدر كفايته ثلثاً يضيق على الناس، فإن تحجّر ما لا يطيق إحياءه أو زائداً على قدر كفايته فلغيره أن يحيي الزائد على ما يطيقه وعلى قدر كفايته، كما قوّاه في الروضة بعد أن نقله فيها كأصلها عن المتولي». إلى غير ذلك ممّا ذكروه ممّا يناسب أصولهم التي منها القياس والاستحسان والمصالح المرسله ومطلق الاجتهاد بخلاف أصولنا التي مقتضاها الوقوف على ما جاء من أهل بيت الوحي^(٢). والذي عثرنا عليه مناسباً لذلك - مضافاً إلى بعض القواعد التي يمكن تقريرها هنا - خبر يونس عن العبد الصالح^(٣) «إنّ الأرض لله تعالى جعلها وقفاً على عباده، فمن عطّل أرضاً ثلاث سنين متوالية لغير ما علّة أخذت من يده ودفعت إلى غيره... الحديث»^(٤). وإن كان هو غير منطبق على تمام ما سمعت الذي مقتضاه الانتزاع من يده من دون دفع شيء له عن حقّ تحجيرها الذي لا ريب في جواز نقله بالصلح ونحوه ويورث. اللهمّ إلّا أن يكون إجماع على ما ذكره. كما أنّ ما في جامع المقاصد ومحكي التذكرة من تقييد ذلك بما إذا بقيت آثار التحجير وإلا أعادت مواتاً^(٥) كذلك [= مخالف للقواعد إلّا أن يتم إجماع] أيضاً، وإلا فمقتضى الاستصحاب بقاء الحقّ وإن زالت الآثار؛ إذ هي - وإن كانت سبباً في ثبوت الحقّ - لا يقتضي زواله بزوالها للأصل، وخصوصاً إذا أزاله الظالم أو غيره، لا ما إذا زالت بنفسها. نعم لو كان ثبوت حقّ التحجير بها على نحو ما تسمعه في الرحل أتجه حينئذٍ زوال الحقّ. إلّا أنّ ذلك مقطوع بخلافه؛ إذ من جملة أفراد التحجير أن لا يكون مملوكاً للمحجّر كالحفر ونحوه.

فلا ريب في أن مقتضى القوانين الشرعية ثبوت الحقّ مطلقاً، إلّا أن يكون إجماعاً كما عرفت، والله العالم.

(١) المبسوط ٣: ٢٧٣. الوسيطة ١٣٣. المتن هنا، والمعلّمة في القواعد ٢: ٢٦٩. الدروس ٣: ٥٦. المسالك ١٢: ٤٢٠.

(٢) الوسائل ٢٥: ٤٣٣، ١٧ من إحياء الموات، ح ١. (٣) جامع المقاصد ٧: ٢٩. التذكرة ١٩: ٤٣٩.

[والظاهر بقاء الحق وإن زالت الآثار وهذا وإنما يجوز انتزاعها من يده لو تم إجماع وإلا فيبقى حقه ثابتاً مطلقاً]، هذا.

(و) [المختار] [١] ما في المتن من أنه (لو بادر إليها من أحيائها) بعد إهماله ومخاطبة الإمام له بأحد الأمرين (لم يصح ما لم يرفع السلطان يده أو يأذن في الإحياء) [٢].
(وللنبي ﷺ) الذي هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم (أن يحمي) بقعة من الأرض الموات (لنفسه ولغيره من المصالح كالحمي لتعم الصدقة) والجزية والضوال ونحوها [٣].
(وكذا عندنا لإمام الأصل) الذي هو بمنزلة النبي ﷺ في كل ما لم يثبت أنه من خواصه [٤].

[١] [كما في القواعد والمسالك] ^(١).

[٢] بل لا خلاف أجده بين من تعرض له. لأنه حينئذ أحيأ ما هو باق في حق غيره، كما لو أحيأ قبل طلب الإمام منه أحد الأمرين. نعم حكى في المسالك عن بعض العامة قولاً بطلان حق المحجر بالامتناع من أحد الأمرين وإن كان غيره ممنوعاً، كما إذا دخل في سوم غيره واشترى ^(٢).

وفي محكي التذكرة: «لو لم يرفع أمرها إلى السلطان ولا خاطبه بشيء وطالت المدة قيل: يبطل حذراً من التعطيل، وقيل: لا يبطل ما لم يرفع الأمر إليه ويطلبه بالترك» ^(٣) ولعل ذلك إذا بقيت الآثار. ولا يخفى عليك الحال بعد ما ذكرنا، والله العالم.

[٣] قال في محكي المبسوط: «لنبي ﷺ أن يحمي نفسه ولعامة المسلمين بلا خلاف» ^(٤).

[٤] بلا خلاف، ولا إشكال. ١ - ضرورة كون الموات لهم ﷺ. ٢ - وفي النبوي: «لا حمى إلا لله ولرسوله» ^(٥). وزاد في آخر: «ولأئمة المسلمين» ^(٦). والأصل فيه أن الأعزاء من العرب إذا انتجع أحد منهم بلداً مخصباً وأتى بكلب على جبل إن كان به أو على نثر إن لم يكن به جبل ثم استعوى الكلب وأوقف من كل ناحية من يسمع صوته بالعوى فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه، ويرعى مع العامة فيما سواه، فهي رسول الله ﷺ عن ذلك لما فيه من التضييق على الناس ^(٧). ولا ينافي ذلك ما وقع منه ﷺ كما في الخبر عن أبي الحسن ﷺ سأله عن بيع الكلا والمرعى؟ قال: «لا بأس قد حمى رسول الله ﷺ النقع لخيّل المسلمين» ^(٨) فإنه ليس حمى لنفسه. ولذا قال في التذكرة: «إنه ﷺ لم يحم لنفسه وإنما حمى النقع لإبل الصدقة ونعم الجزية وخیل المجاهدين» ^(٩). وبالحملة: ذلك وإن كان جائزاً له ولكن لم يفعله لنفسه إيثاراً للغير وما وقع منه ﷺ إنما هو للمسلمين. ولعل ذلك المصنف الإمام ﷺ تنبيهاً على ما يحكى عن الشافعي من اختصاص ذلك بالنبي ﷺ ^(١٠). (و) فيه: أنه لا دليل على أنه من خواصه، بل الخبر المزبور المروي في طرقهم دال على خلافه.

(١) القواعد ٢: ٢٦٩، المسالك ١٢: ٤٢٠.

(٣) (٩) التذكرة ١٩: ٤٣٩، ٤٤٣.

(٥) سنن أبي داود ٣: ١٨٠، ح ٣٠٨٣.

(٧) التذكرة ١٩: ٤٤٣، وفيه: «وإني، بدل «وأنى».

(١٠) المجموع ١٥: ٢٣٤ - ٢٣٦.

(٢) المسالك ١٢: ٤٢٠.

(٤) المبسوط ٣: ٢٧٠.

(٦) لم نثر عليه في المصادر الروائية ونقله في الخلاف ٣: ٥٢٨.

(٨) الوسائل ٢٥: ٤٢٣، ب ٩ من إحياء الموات، ح ٣.

نعم (ليس لغيرهما من المسلمين أن يحمي)^(١) [١] .

اللهم ! إلا أن يكون نائباً خاصاً عنهما في ذلك ، بل يقوى جوازه لثائب الغيبة أيضاً إن لم نقل إنه من خواص الإمامة .

أما غيره من سائر الناس فلا إشكال في عدم الجواز [٢] .

وعلى كل حال (ف) [المختار] [٣] أنه (لو أحياء محي لم يملكه ما دام الحمى مستمراً) [٤] .

بل لا يجوز نقض الحمى ولا تغييره لأحد غيرهم عليه السلام من دون إذن منهم مع فرض بقاء المصلحة . (و) إنما الكلام في أن (ما حماه النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام لمصلحة فزالت) هل يجوز نقضه ؟ ففي المتن (جاز نقضه) [٥]

[١] بلا خلاف كما عن المبسوط^(٢) ، بل إجماعاً في المسالك^(٣) ومحكي التحرير^(٤) .

وما وقع من عمر بن الخطاب من أنه قد حمى موضعاً وولى عليه رجلاً^(٥) لا حجة فيه ، بل هو مخالف لما عرفت .

وما في الخبر المزبور - الذي لا مطابقة فيه بين الجواب والسؤال ظاهراً إلا على تكلف - محمول على ما إذا كان المرعى ملكاً للحامي ؛ لأن الأرض أرضه .

كما أومئ إليه في بعض المعتمدة قال فيه : إن لنا ضياعاً ولها حدود وفيها مراعي ولرجل منا غنم وإبل يحتاج إلى تلك المراعي لإبله وغنمه أيجل له أن يحمي المراعي لحاجته إليها ؟ فقال : « إذا كانت الأرض أرضه فله أن يحمي ويصير ذلك إلى ما يحتاج إليه ، فقلت : الرجل يبيع المراعي ؟ فقال : إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس »^(٦) .

[٢] لما عرفت ، مضافاً إلى مفهوم الخبر المزبور وغيره مما دلّ على اعتبار كون الأرض أرضاً له في جواز الحمى ، لا إذا كانت مباحة مندرجة فيما دلّ على اشتراك الناس في النار والماء والكلأ^(٧) .

[٣] [كما] لا خلاف أجده في [ذلك] .

[٤] إذا المراد بالحمى هو منع الناس عن التعرض لبعض الأراضي التي لا تضيق على المسلمين برعي أو غيره لأجل كلاًها ولا ريب في اقتضاء ذلك عدم جواز الإحياء وعدم ترتب الملك لو فعل ؛ لعدم الإذن بل النهي ، ولعله لذا تركه بعضهم في الشرائط وإن كان من ذكره شرطاً قد لاحظ عدم تملكه بالإحياء ، فيكون الجميع متفقين على الحكم المزبور .

[٥] كما هو خيرة الفاضل^(٨) والشهيد^(٩) والكركي^(١٠) ؛ للأصل وغيره .

(١) في الشرائع زيادة : « نفسه » . (٢) المبسوط ٣ : ٢٧٠ .

(٣) المسالك ١٢ : ٤٢١ .

(٤) التحرير ٤ : ٤٩٠ .

(٥) سنن البيهقي ٦ : ١٤٦ ، كنز العمال ٣ : ٩٢٠ - ٩٢١ ، ح ٩١٦٨ - ٩١٧٠ .

(٦) الوسائل ١٧ : ٣٧١ ، ب ٢٢ من عقد البيع وشروطه ، ح ١ ، وفيه : « ولها حدود ولنا الدواب » .

(٧) الوسائل ٢٥ : ٤١٧ ، ب ٥ من كتاب إحياء الموات .

(٨) القواعد ٢ : ٢٧٠ ، التحرير ٤ : ٤٩٠ .

(٩) الدروس ٣ : ٥٨ ، المسالك ١٢ : ٤٢٢ .

(١٠) جامع المقاصد ٧ : ٣٣ .

(وقيل : ما يحميهِ النبي ﷺ خاصّة لا يجوز نقضه ؛ لأنّ حماه كالنص) [١] .

[والمختار عدم جواز النقض بلا فرق بين النبي ﷺ والإمام عليه السلام] .

وهل ينتقض بمجرد زوال المصلحة أو لابدّ من التصريح بالنقض ؟ وجهان .

أو قولان ، أقواهما الأوّل [٢] .

بل لا يبعد جواز تغيير الإمام له [٣] .

[ما يحصل به الإحياء] :

(الطرف الثاني في كيفية) ما يحصل به صدق (الإحياء و) [المختار] [٤] أنّ (المرجع فيه إلى العرف ؛ لعدم

التنصيص شرعاً) [٥] (و) لا (لغة) [٦] .

إلا أنّه لما كان هو في بعض الأفراد محتاجاً إلى تنقيح تعرّض له الأصحاب .

(و) لذا (قد عرّف أنّه إذا قصد سكنى أرض فأحاط) جميع أجزاء الدار (ولو بخشب أو قصب أو سقّف) بعضاً

[١] الذي لا يجوز الاجتهاد في مقابلته .

ولعلّه [= المحقّق] أشار بذلك إلى ما في محكيّ المبسوط ^(١) والخلاف ^(٢) : « فأما ما حماه رسول الله ﷺ فإنّه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه وحلّه ، لأنّ فعله حجة يجب اتّباعه فيه وما يفعله الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره ، وإنّ غيره هو أو من بعده من الأئمة أو أذن أحد منهم لغيره في إحياء ميّت فأحياه فإنّه يملكه ... إلى آخره » .

والأ فم نجده لغيره .

نعم هو قول للعامة مبنيّ ^(٣) على مذهبهم في الإمام . ولا ريب في بطلانه عندنا ؛ ضرورة عدم الفرق بين حماهما بعد أن كانا

معصومين ولا يحكمان بالاجتهاد .

[٢] لأنّ أصل وقوعه مبنيّ على المصلحة ، فيكفي حينئذ زوالها في زواله .

[٣] لزيادة المصلحة في غيره فضلاً عن زوالها ، والله العالم .

[٤] [كما] لا خلاف بين الأصحاب في [ذلك] .

[٥] على كيفية خاصّة له حتّى تقدّم عليه .

[٦] لو قلنا بتقديمها عليه وما كان كذلك فلا إشكال في الرجوع فيه إلى العرف . وما عن ابن نما - من أنّ التحجير إحياء ^(٤) - ليس

خلاقاً في ذلك كما ستعرفه إن شاء الله .

(١) المبسوط ٣ : ٢٧١ .

(٢) الخلاف ٣ : ٥٢٩ .

(٣) انظر المغني والشرح الكبير ٦ : ١٦٨ - ١٦٩ ، ١٨٤ .

(٤) يأتي الإشارة إليه في ص ٣٤٤ .

(مما يمكن سكناه) منها (سُمِّي إحياءً) [١].

وحينئذٍ فلا يعتبر فيه مع ذلك نصب الباب [٢].

[ولكن يعتبر التسقيف فيما اتَّخذ الأرض داراً بخلاف ما لو قصد اتخاذها حظيرة لغنم].

[وإحياء كل شيء بحسبه، ويجوز العدول من نوع من الإحياء إلى آخر كمن قصد الحظيرة وعدل إلى اتخاذها

داراً وبالعكس].

[١] بلا خلاف أجدّه بين من تعرّض له كالشيخ والقاضي ويحيى بن سعيد والفاضل والشهيد والكركي^(١) وغيرهم

على ما حكى عن بعضهم إلّا ما ستسمعه من الحلّي^(٢).

[٢] خلافاً لبعض العامة فاعتبره^(٣). والعرف شاهد على خلافه وإن اعتيد وضعها للحفظ لا لأصل السكنى.

كما أنّه شاهد أيضاً على خلاف ما حكى عنهم أيضاً: من عدم اعتبار السقف، لقوله ﷺ «من أحاط حائطاً على أرض فهي

له»^(٤).

ولأنّ الحائط حاجز منيع فكان إحياءً، كما لو جعلها حظيرة للغنم؛ إذ القصد لا اعتبار به، فإنّه لو أرادها حظيرة فبناها

بجصٍّ وأجر وقسمها بيوتاً فإنّه يملكها وإن كان هذا العمل لا يعمل للغنم مثله، ولأنّه لو بناها للغنم ملكها بمجرد الحائط، فإذا

ملكها جاز له أن يبنّيها داراً من غير اشتراط تسقيف.

وإن نفى عنه البأس في التذكرة^(٥)، بل في المسالك «وجه واضح»^(٦).

إلّا أنّه - كما ترى - منافٍ لصديق الإحياء عرفاً على متّخذ الأرض داراً، وملكه لها لو اتّخذها حظيرة للصدق - باعتبار أن إحياء

كلّ شيء بحسب حاله - لا يقتضي صدقه مع عدم قصدها وإن جاز العدول عن القصد في الأوّل واتّخذها داراً، كما يجوز العدول عن

قصد الدار بعد التحويط واتّخذها حظيرة، فإنّه يملكها بذلك؛ لصدق الإحياء عليها عرفاً ولو باعتبار إخراجها عن التعطيل الأوّل

وصيرورتها ذات منفعة تخرج بها عن اسم الموات.

وفي التذكرة إشارة إلى ما ذكرنا، قال: «لو قصد نوعاً وفعل إحياء يملك به نوعاً آخر - كما إذا حوّط بقعة بقصد السكنى،

وهذا الإحياء إنّما يتحقّق في ملك حظيرة الغنم وشبهها - هل يفيد الملك؟ الوجه عندي ذلك، فإنّه ممّا يملك به الحظيرة لو

قصدها، وهو أحد وجهي الشافعيّة، والثاني أنّه لا يملك به وإلّا لزم الاكتفاء بأدنى العمارات أبداً، واستحالة التالي ممنوعة»^(٧)

بناءً على أنّ المراد ملكه حظيرة بالقصد ولو أخيراً.

(١) المبوط ٣: ٢٧١. المذهب ٢: ٢٩. الجامع للشرائع: ٣٧٤ - ٣٧٥. القواعد ٢: ٧٦. التحرير ٤: ٤٨٤ - ٤٨٥. الدروس ٣: ٥٦. المسالك ١٢:

٤٢٣. جامع المقاصد ٧: ٧٣.

(٢) يأتي في الصفحة الآتية.

(٣) المجموع ١٥: ٢١٢.

(٤) المستدرک ١٧: ١١١، ب ١ من إحياء الموات، ح ٣.

(٥) التذكرة ١٩: ٤٥٣.

(٦) المسالك ١٢: ٤٢٤.

(٧) التذكرة ١٩: ٤٥٧.

نعم قد يقال فيمن قصد أصل الإحياء من دون أمر مخصوص بكفاية إخراج الأرض عن التعطيل إلى الانتفاع ، فتأمل [١] . [ولا يتحقق الإحياء - بالنحجير وبناء بعض الحائط - عرفاً] .

نعم قد يقال : بصدق اسم الدار مع الحائط المزبور وبناء بعض البيوت ولو بقصب ونحوه بل وخيمة ونحوها . (وكذا) يتحقق الإحياء عرفاً (لو قصد الحظيرة) للغنم أو لتجفيف الثمار أو لجمع الحطب ونحوه (فاقتصر على الحائط) ولو بقصب أو خشب أو نحوهما (من دون السقف) [٢] ، بل ولا إشكال في ذلك (و) لا في أنه (ليس تعليق الباب شرطاً) في الصدق المزبور [٣] .

(ولو قصد) بإحياء الأرض (الزراعة كفى في تملكها)^(١) التحجير بمرز أو مسناة وسوق الماء إليها بساقية أو ما

[١] وعلى كل حال فمما ذكرنا يظهر لك ما في محكي السرائر ، فإنه - بعد أن ذكر أن الرجوع في الإحياء إلى العرف هو الحق اليقين الذي يقتضيه أصل المذهب - قال : « ولا يلتفت إلى قول المخالفين ، فإن لهم تعريفات وتقسيمات فلا يظن ظاناً إذا وقف عليها أن يعتقدوا قول أصحابنا وأنها مآورد بها خبر وقال به مصنف من أصحابنا ، وإنما أورد شيخنا أبو جعفر ذلك بعد أن حقق ما يقتضيه مذهبنا وجملة ما عند المخالف في ذلك : أن الأرض تحيي للدار والحظيرة والزراعة بإحيائها للدار عندهم بأن يحوط عليها بحائط ويسقف عليها ، وأما عندنا فلو خض عليها خضاً أو حجرها أو حوطها بغير الطين والآجر والجص ملك »^(٢) .

ثم ذكر تعريفهم لإحياء الحظيرة بما ذكره المصنف وفقاً لما عن المبسوط وغيره كما ستسمع .

ثم قال : « ولا يتوهم من يقف عليها في المبسوط أنها مقالة أصحابنا ، فإن هذا الكتاب أعني المبسوط قد ذكر فيه مذهبنا ومذهب المخالفين ، ولم يميز أحد المذهبين تمييزاً جلياً ، وإنما يحقّقه ويعرفه من أطلع على المذهبين وسبر قول أصحابنا وحصل خلافهم وإلا فالقارئ فيه يخطئ خبط عشواء »^(٣) .

وكأنه عرض بذلك بابن البراج الذي ذكر فيه ما عن المبسوط من التعريفات المزبورة^(٤) التي ذكرها أيضاً من تأخر عنه كالفاضلين^(٥) والشهيد^(٦) وغيرهم .

ومنه يعلم : أنه هو وقع في خبط العشواء ؛ ضرورة عدم مدخلية الموافق والمخالف في تحقيق الصدق العرفي المعلوم عدمه بالتحجير ، كما توهمه وإن قلنا : إنه الشروع في أثر الإحياء ؛ إذ بناء بعض الحائط لا يسمى في العرف مع شيء من المذكورات كما هو واضح .

[٢] بلا خلاف أجده فيه .

[٣] بل عن غير واحد : الإجماع على عدم اشتراط السقف وإن كان هو لا وقع له في المسائل العرفية ، والله العالم .

(١) في السرائر المحققة : « تملكها » .

(٢) السرائر ١ : ٤٨١ - ٤٨٢ ، وفيه : « تعريفات » بدل « تعريفات » .

(٣) السرائر ١ : ٤٨٢ - ٤٨٣ .

(٤) تقدّم عنهما في الصفحة المتقدمة .

(٥) تقدّم عنهما في الصفحة المتقدمة .

(٦) تقدّم عنهما في الصفحة المتقدمة .

سابها) (١]. بل في المتن [٢] أنه (لا يشترط حراثتها ولا زراعتها؛ لأن ذلك انتفاع كالسكنى) (٣].

[١] كما في جملة من كتب الفاضل ومحكي المبسوط والمهذب^(١) وإن أبدل التحجير بالترتب في بعضها.

وظاهر ما حضرنا من نسخة الأصل [أي الشرائع] اعتبار الأمرين.

لكن في المسالك حكاية الاكتفاء بأحدهما عن المصنف في شرح العبارة ثم استحسن الجمع بينهما^(٢)، ولعلّ نسخته كانت بـ «أو».

نعم في التذكرة زيادةً على ذلك قال في الفرض: «يعتبر فيه أمور:

الأول: جمع التراب حواليه ليفضل المحيا عن غيره ويسمى المروز، وفي معناه نصب قصب وحجر وشوك وشبهه، ولا حاجة إلى التحويط إجمالاً فإن معظم المزارع بارزة.

الثاني: تسوية الأرض بطم الحفر التي فيها وإزالة الارتفاع من المرتفع، وحراثتها، وتليين ترابها فإن لم يتيسر ذلك إلا بماء يساق إليها فلا بدّ منه لتهيؤ الأرض للزراعة.

الثالث: ترتيب مائها إما بشقّ ساقية من نهر أو حفر بئر أو قناة وسقيها إن كانت عاداتها أنّها لا تكتفي في زراعتها بماء السماء، وإن اكتفت به فلا حاجة إلى سقي ولا ترتّب ماء، وإذا احتاجت في السقي إلى النهر وجب تهيئة من عين أو نهر أو غيرهما، فإذا هيأه فإن حفر له الطريق ولم يبق إلا إجراء الماء فيه كفى، ولم يشترط إجراء الماء ولا سقي الأرض، وإن لم يحفر بعد فللشافعية وجهان وبالجملة السقي نفسه غير محتاج إليه في تحقّق الإحياء إنّما الحاجة إلى ترتّب ما يمكن السقي منه، وأراضي الجبال التي لا يمكن سوق الماء إليها ولا يصيبها إلا ماء السماء قال بعض الشافعية: لا مدخل للآحياء فيها وبني عليه، أمّا إذ وجدنا شيئاً من تلك الأراضي في يد إنسان لم يحكم بأنّه ملكه، ولا يجوز بيعه وإجارتها، والوجه أنّها تملك بالحراثة وجمع التراب على الحدود، وكثير من المزارع يستغنى عن سوق الماء إليه بالمطر»^(٣).

وفيه - مع أنّه متدافع بالنسبة إلى اعتبار السقي كما في جامع المقاصد^(٤) اللهم إلا أن يفترّق بين السقي للتهيئة والسقي لغيرها، وكذا الكلام في الحرث - أن الأمر الثاني لم أجد من اعتبره. نعم في جامع المقاصد حكايته عن بعض الشافعية، ثم قال: «واعتبار تسوية الأرض وإزالة الارتفاع ليس بعيد، لعدم صيرورتها مزرعاً من دونه، أمّا الحرث والسقي فلا دليل على اعتبارهما ولأنّهما بمنزلة الزرع، وهو غير شرط»^(٥). قلت: اعترف هو به.

[٢] (و) القواعد والتحرير والدروس ومحكي المبسوط^(٦) والمهذب وغيرها.

[٣] وستسمع ما في الحكم الذي ذكره [= الكركي] في أراضي الجبل التي تسقى بماء المطر كغيرها من الأراضي المهيأة بنفسها للانتفاع.

(١) كالقواعد ٢: ٢٧٧. التحرير ٤: ٤٨٥. المبسوط ٣: ٢٧٢. المهذب ٢: ٣٠.

(٢) المسالك ١٢: ٤٢٥.

(٤) (٥) جامع المقاصد ٧: ٧٥ - ٧٦.

(٦) القواعد ٢: ٢٧٧. التحرير ٤: ٤٨٥. الدروس ٣: ٥٦. المبسوط ٣: ٢٧٢.

بل قد يقال بعدم اعتبار ما ذكره هو وغيره من «المرز» الذي فُسِّر بجمع التراب حول ما يريد إحياءه أو «المسناة» المفسرة بأنها نحو المرز .
وربما كانت أزيد منه تراباً [١] .
بل قد يشك أيضاً في [اشتراط] سوق الماء إن أريد به حصوله فعلاً [٢] .
بل يكفي فيه تهيئة ذلك عند الاحتياج [٣] .
نعم ينبغي اعتبار عضد الأشجار إن كان فيها وقطع المياه الغالبة [٤] .

[١] فإن التمييز لا يتوقف عليه صدق الإحياء عرفاً، كالتحويط الذي سمعت في التذكرة الإجماع على عدم اعتباره، والتمييز يحصل بانتهاء قابلية الانتفاع بالمرز ونحوه .

[٢] كما فهمه في جامع المقاصد قال: «وكلام الأصحاب في اشتراط سوق الماء يقتضي عدم الاكتفاء بالتهيئة»^(١) .
ضرورة عدم توقف الإحياء عليه .

[٣] كما سمعته من التذكرة^(٢) .

[٤] كما صرح به في اللعة، قال: «والمرجع - أي في الإحياء - إلى العرف كعضد الشجر وقطع المياه الغالبة والتحجير بحائط أو مرز أو مسناة وسوق الماء إليها أو اعتياد الغيث لمن أراد الزرع والغرس»^(٣) .

ولكن ظاهر هذه العبارة كما اعترف به في الروضة «أن الأرض التي يراد إحيائها للزراعة لو كانت مشتملة على شجر والماء مستولٍ عليها لا يتحقق إحيائها إلا بعضد شجرها وقطع الماء عنها ونصب حائط وشبهه حولها وسوق ما تحتاج إليه من الماء إليها إن كانت مما يحتاج إلى السقي به، فلو أخل بأحد هذه لا يكون إحياءً بل تحجيراً وإنما جمع بين قطع الماء وسوقه إليها لجواز أن يكون الماء الذي يحتاج إلى قطعه غير مناسب للسقي بأن يكون وصوله على وجه الرشح المضّر بالأرض من غير أن ينفع بالسقي ونحو ذلك، وإلا فلو كان كثيراً يمكن السقي به كفى قطع القدر المضّر منه وإبقاء الباقي للسقي»^(٤) .

وحينئذ فيشكل بما ذكرناه .

ولو جعل «الواو» في هذه الأشياء بمعنى «أو» كان كل واحد منها كافياً في تحقق الإحياء، فهو أشد إشكالاً، لعدم صحته في بعضها .

وفي الدروس اقتصر على حصوله للزرع بعضد الأشجار والتهيئة للانتفاع وسوق الماء أو اعتياد الغيث والسيح، قال: «ويحصل الإحياء أيضاً بقطع المياه الغالبة»^(٥) .

(١) جامع المقاصد ٧: ٧٥ .

(٢) تقدم في الصفحة المتقدمة .

(٣) اللعة: ٢٢٨ .

(٤) الروضة ٧: ١٦٦ - ١٦٧ .

(٥) الدروس ٣: ٥٦ .

وظاهره الاكتفاء به عن الباقي أجمع كما في الروضة^(١).
ويمكن أن يريد أن ذلك مع فرض عدم احتياجها إلى غيره.

نعم يرد عليه بعض ما ذكرناه.

وفي الروضة أيضاً: « عبارات الأصحاب مختلفة في ذلك كثيراً، والأقوى الاكتفاء بكل واحد من الأمور الثلاثة السابقة مع سوق الماء حيث يفتقر إليه، وإلا اكتفي بأحدها خاصة، هذا، إذا لم يكن المانعان الأولان أو أحدهما موجوداً وإلا لم يكتف بالباقي، فلو كان الشجر مستولياً عليها والماء كذلك لم يكف الحائط وكذا أحدهما، وكذا لو كان الشجر لم يكف دفع الماء وبالعكس، لدلالة العرف على ذلك كله.

أما الحرث والزرع فغير شرط فيه قطعاً، لأنه انتفاع بالمحيا كالسكنى لمحيي الدار نعم لو كانت الأرض مهيأة للزراعة والغرس لا تتوقف إلا على الماء كفى سوق الماء إليها مع غرسها أو زرعها، لأن ذلك يكون بمنزلة تمييزها بالمرز^(٢).

وفيه:

منع الاكتفاء بالحائط خاصة عرفاً كمنع صدق الإحياء بسوق الماء مع الغرس والزرع في الأخيرة؛ ضرورة كونها حية فملكها يكون بالاستيلاء عليها لمن أبيع له ذلك من الأنفال.

وفي الدروس أيضاً « ولا يشترط الحرث ولا الزرع ولا الغرس على الأقرب، نعم لو زرع أو غرس وساق الماء فهو إحياء، وكذا لا يشترط الحائط والمسنأة في الزرع، نعم يشترط أن يبين الحد بمرز وشبهه، وأما الغرس فالظاهر اشتراط أحد الثلاثة مصيراً إلى العرف، ولو فعل دون ذلك واقتصر كان تحجيراً يفيد أولوية لملكاً... إلى آخره^(٣). ولا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه.

واكتفى في المسالك في الزرع بالمرز أو المسنأة أو نصب القصب ونحوه وترتيب الماء إن لم يكن فيه أشجار أو مياه غالبية، وإلا اعتبر عضدها وقطعها أيضاً^(٤).

وفيه:

ما عرفت من عدم اعتبار المرز عرفاً؛ ضرورة كون الموات المعطلة، والحية المهيأة للانتفاع الذي قد أشير إليه في بعض النصوص السابقة بكري الأنهار ونحوه.

ولعله إلى ما ذكرناه يرجع قول المصنف [ذلك].

(١) الروضة ٧: ١٦٨.

(٢) الروضة ٧: ١٦٨ - ١٦٩.

(٣) الدروس ٣: ٥٦.

(٤) المسالك ١٢: ٤٢٥.

(ولو غرس أرضاً فنبت فيها الغرس وساق إليها الماء تحقّق الإحياء ، وكذا لو كانت مستأجمة فعضد شجرها وأصلحها ، وكذا لو قطع عنها المياه الغالبة وهيأها للعمارة فإنّ العادة فاضية بتسمية ذلك كلّ إحياء ، لأنّه أخرجهما بذلك إلى الانتفاع الذي هو ضدّ الموات) [١] .

[وهل يكتفى بتحقّق الإحياء بغرسها مع نبات الغرس ؟] .

[الظاهر عدم تحقّق إحياء في ما إذا كانت الأرض غير محتاجة إلى السقي ولا كانت مستأجمة ولا مشغولة بالماء وإنما يكون ملكها كملك غيرها من الأنفال لمن أبيحت له] .

[١] لكن في المسالك في تفسير العبارة « إنّه اعتبر أحد أمور : إمّا غرسها بالفعل ونبات غرسها وسوق الماء إليها ، وإمّا عضد شجرها وإصلاحها بإزالة الأصول وتسوية الأرض إن كانت مستأجمة أو بقطع المياه الغالبة وتهيتها للعمارة . وظاهره أنّ كلّ واحد من هذه الثلاثة كافٍ في الإحياء .

محتجاً بدلالة العرف عليه ، وإنما اعتبر غرس الأشجار ونباتها لأن اسم البستان لا يقع على الأرض المهيأة له قبل الغرس ، بخلاف المزرعة فإنّها تقع على الأرض قبل الزراعة ولأنّ الغرس يدوم فالحق ببناء الدار ، والزرع بخلافه . ويشكل بأنّ قصد الغرس أعمّ من جعله بستاناً ، ولا يلزم من توقف اسم البستان على الشجر توقف غيره ^(١) . ولا يخفى عليك ما في ذلك كلّ ، إذ المصنّف لم يعتبر الغرس في الإحياء ، بل ذكر تحقّقه بوقوع الغرس مع سوق الماء ، ولا إشعار في شيء من كلامه يتوقّف صدق الإحياء على ذلك ، بل ولا بكفاية أحدها وإن لم يتحقّق معه اسم التهئة ، بل صريح كلامه الأخير الاكتفاء بالتهئة للانتفاع .

ثمّ قال فيها : « والأقوى عدم اشتراط الغرس مطلقاً وعدم الاكتفاء بكلّ واحد من الثلاثة على انفراده على تقدير الحاجة إليها أجمع بأن كانت الأرض مستأجمة والماء غالباً عليها ، بل لا بدّ حينئذٍ من الجمع بين قطع الأشجار ودفع الماء وإن وجد أحدهما خاصّة اكتفي بزواله ، وإن خليت عنهما واحتاجت إلى الماء فلا بدّ من تهيته للسقي كما ذكرناه في الزرع ولو خلت عن الجميع - بأن كانت غير محتاجة إلى السقي ولا مستأجمة ولا مشغولة بالماء - اعتبر في إحيائها التحجير عليها بحائط ونحوه وفي الاكتفاء بغرسها مع نبات الغرس وجه ، وفي كلام الفقهاء اختلاف في اعتبار ما يعتبر من ذلك والمحصّل ما ذكرناه ^(٢) . وتبعه على ذلك كلّ في الكفاية ^(٣) .

وفيه : أنّ ما ذكره عين ما اختاره المصنّف . ولعلّ ما ذكره من اختلاف الفقهاء هو نحو ما ذكره في كلام المصنّف من إرادة الجمع التهئة المزبورة وإن اقتصر بعضهم ^(٤) على ذكر بعض باعتبار حصولها معه ، لفرض عدم مانع غيره لها ، وحينئذٍ فلا فرق في صدق الإحياء بذلك بين الزرع والغرس . وأمّا ما ذكره أخيراً فقد عرفت أنّ الظاهر عدم تحقّق إحياء فيها ، لصدق كونها حيّة ، فملكها إنّما يكون كملك غيرها من الأنفال لمن أبيحت له ؛ إذ قد ذكرنا سابقاً أنّها للإمام عليه السلام وإن كانت غير ميّة باعتبار اندراجها في الأرض التي لا ربّ لها ، والله العالم .

(و) كيف كان ففي المتن (من فقهاؤنا الآن) (١) [من يسمي التحجير إحياءً] مفيداً للملك (٢) (و) على كل حال فـ (هو بعيد) جداً (٣) .

[١] أي شيخه الفقيه نجيب الدين بن نما رحمته الله (١) .

[٢] كما عن بعض الشافعية (٢) .

لخروجه بالشروع في إحيائه عن حد الموات ، ومن ثم أفاد به حقاً في الجملة إجماعاً ، والإحياء - كما تقدّم - غير منضبط شرعاً ولا عرفاً .

وزاد في المسالك : « أنه قد وافق الجماعة على أن الأرض إذا كانت غير مستأجرة - ولا مشتملة على مانع ولا مفتقرة إلى السقي بالماء المجتلب - يكفي تمييز المحيا عن غيره بتراب ونحوه في تحقق الإحياء ، وهذا من أضعف أفراد التحجير » (٣) .

[٣] ضرورة عدم تحقق الإحياء بالتحجير الذي هو الشروع فيه أو نصب ما يدل على إرادة الإحياء ودعوى عدم انضباط الإحياء عرفاً واضحة الفساد ، كدعوى حصول الملك بالتحجير في الأرض المزبورة .

ومن هنا حمل في الدروس كلامه على أرض ليس فيها استيجام ولا ماء غالباً وتسقيها الغيوث غالباً ، فإن فعل ذلك يعدّ إحياءً وخصوصاً عند من لا يشترط الحرث والزرع ، لأنهما انتفاع ، وهو معلول الملك ، فلا يكون علة له (٤) .

وفيه : ما عرفت من منع صدق تحقق الإحياء بذلك ، ومنه يعلم ما في الزيادة التي سمعتها في المسالك .

بل وكذا قوله فيها أيضاً : « وحيث كان المحكم في الإحياء العرف فإن وافق التحجير في بعض الموارد كفي وإلا فلا » (٥) ؛ ضرورة أنه بناءً على ما عرفت لا يمكن موافقته للإحياء أصلاً ، ولذا أطلقوا إفادته الحقّ دون التملك ، كما هو واضح .

ويمكن حمل كلام ابن نما - إن لم يكن قد صرح بالملك - على إرادة كون التحجير كالإحياء في إفادته الأولوية دون الملك .

كما هو المحكي عن المبسوط والمهذّب والسرائر (٦) .

قال في الأول : « إذا حَجَرَ أرضاً وباعها لم يَصِحْ بيعها ومن الناس من قال يَصِحْ وهو شاذّ ، فأما عندنا فلا يَصِحْ بيعه ، لأنّه لا يملك رقبة الأرض بالإحياء ، وإنّما يملك التصرّف بشرط أن يؤدّي للإمام عليه السلام ما يلزمه عليها ، وعند المخالف لا يجوز ، لأنّه لا يملك بالتحجير قبل الإحياء ، فكيف يبيع ما لا يملك ؟ ! » (٧) ونحوه عن المهذّب وكذا السرائر (٨) .

وهو كالصريح في اتّحاد مفاد التحجير والإحياء وإن اختلفت مسمّاهما .

(١) نقله في الدروس ٣ : ٥٦ .

(٢) روضة الطالبين ٥ : ٢٨٦ .

(٣) المسالك ١٢ : ٤٢٧ .

(٤) المسالك ١٢ : ٤٢٨ .

(٥) المبسوط ٣ : ٢٧٣ .

(٦) الدروس ٣ : ٥٦ .

(٧) حكاة في مفتاح الكرامة ٧ : ٢٥ .

(٨) المهذّب ٢ : ٣٢ - ٣٣ . السرائر ١ : ٤٨٣ .

ولو نزل منزلاً فنصب فيه خيمة أو بيت شعر لم يكن إحياء ، وكذا لو أحاط بشوك ونحوه [١] .

[بيان المنافع المشتركة] :

(الطرف الثالث :) الذي هو (في المنافع المشتركة ، وهي الطرق والمساجد) والمشاهد (والوقوف المطلقة كالمدارس) والربط والخانات والمقابر (والمسكن) ونحوها ممّا هو مشترك المنفعة بين الناس أجمع حتى الموات الذي لم يرد إحياءه [٢] .

[ولا يملك المسلمین لها على نحو ملكهم للمفتوحة عنوة وربّما يترتب على ذلك ثمرة ، كالبيع ونحوه من الحاكم لو اقتضت مصلحة لذلك] .

وعلى كلّ حال ففي المتن [٣] (أمّا الطرق ففائدتها الاستطراق والناس فيها شرع فلا يجوز الانتفاع فيها بغيره إلّا ما لا يفوت به منفعة الاستطراق كالجلوس غير المضّر بالمآزة) [٤] [ولا يخلو من نظر] .

بل قد يقال : إنّ السيرة تقتضي جواز الارتفاق بالطرق بغير الاستطراق كوضع الأحمال ووقوف الدواب فضلاً

[١] نعم ذكر غير واحد من الأساطين أنّه يكون تحجيراً يفيد أولويّته به إلى أن يرحل .

بل في التذكرة^(١) وجامع المقاصد^(٢) : أنّه يكون أولى أيضاً بما حواليه ممّا يحتاج إليه للارتفاق ، ولا يزاحم في الوادي الذي سرح فيه مواشيه إلّا أن يفضل ، وإذا ارتحل بطل الاختصاص وإن بقيت آثار الفساطيط والخيم . وهو وإن كان موافقاً لما أشرنا إليه سابقاً من ثبوت الحریم بالتحجير كالملك لكن ما ذكره أخيراً لا يخلو من نظر بل منع . بل قد يمنع كون مثله تحجيراً ، لعدم كونه شروعاً في إحياء ، لعدم قصده ، وإنّما هو سبق إلى الموات ، فيكون من قبيل ما تسمعه في [الطرف الثالث] .

[٢] وفي التذكرة « كلّ رقية أرض فإمّا أن تكون مملوكة ومنافعها تتبع الرقية فلما لكانها الانتفاع بها دون غيره إلّا بإذنه بالإجماع ، وإمّا أن لا تكون مملوكة ، فإمّا أن تكون محبوسة على الحقوق العامة كالشوارع والمساجد والربط أو تكون منفكة عن الحقوق الخاصّة والعامة وهي الموات »^(٣) ونحوه في المسالك^(٤) .

ومقتضاه عدم ملك المسلمین لها على نحو ملكهم للمفتوحة عنوة ، وربّما يترتب على ذلك ثمرة ، كالبيع ونحوه من الحاكم لو اقتضت مصلحة لذلك ، كما أشرنا إليه سابقاً .

[٣] [كما] و [في] غيره .

[٤] لإجماع الناس عليه في جميع الأمصار .

كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة^(٥) .

(١) التذكرة : ١٩ : ٤٠٠ .

(٢) جامع المقاصد : ٧ : ٧٨ .

(٣) التذكرة : ١٩ : ٣٩٣ - ٣٩٤ .

(٤) المسالك : ١٢ : ٤٢٨ .

(٥) التذكرة : ١٩ : ٣٩٤ . جامع المقاصد : ٧ : ٣٤ . المسالك : ١٢ : ٤٢٩ . الروضة : ٧ : ١٨١ .

عن وقوف الشخص نفسه لأغراض تتعلق له بذلك ، فينتج حينئذٍ عدم تسلط المستطرق على ما كان كذلك [١] .
[ولا يتقدم حق الاستطراق على باقي المرافق عند التعارض] . فينتج أنه يقال : إن جميع ما يعرض للمستطرق من المرافق التي يحتاجها في استطراره من جلوس ووقوف ونحوهما لا فرق بينها وبين الاستطراق . ومنه ما يحتاج إليه من كانت باب داره إلى الطريق من إدخال الأحمال والدواب ونحوها باعتبار أن ذلك كله من توابع استطراره . أما إذا لم يكن كذلك بل كان مرفقاً لا من حيث الاستطراق كالجلوس للبيع ونحوه فلا ريب في تقدم حق الاستطراق عليه عند التعارض ، والله العالم .

(و) كيف كان (ف) إذا قام (الجالس غير المضّر بالمآز بعد استيفاء غرضه وعدم نيّة العود (بطل حقه) [٢] .
(و) حينئذٍ (ف) لو عاد (إليه) (بعد أن سبق إلى مقعده) غيره (لم يكن له الدفع) [٣] . (أما لو قام قبل استيفاء غرضه لحاجة ينوي معها العود قيل) [٤] : (كان أحق بمكانه) [٥] [ولكن يمكن منع أحقيته بمكانه] .

[١] لاشتراك الجميع في حق الارتفاق . وحينئذٍ فما في المتن كقول الفاضل في الإرشاد : « لا يجوز الانتفاع بالطرق في غير الاستطراق إلا بما لا يفوت معه منفعته » ^(١) لا يخلو من نظر . ولعله لذا قال في المفاتيح : « قيل : لا يجوز الانتفاع في الطرق بغير الاستطراق إلا ما لا يضر به ، كالوقوف والجلوس للاستراحة والمعاملة ونحوهما إذا لم يتضيق على المآزة - إلى أن قال - : وقيل : بالمنع من ذلك مطلقاً ، والأول أشهر ... إلى آخره » ^(٢) ، وإن كنا لم نعرف القول المزبور لأحد . إنمّا الكلام في الأول الذي قد عرفت الإشكال فيه ، بل قيل : إنهم بنوا ضمان الواقف على الماشي فيما إذا تعثر بواقف غير مضّر بالمآزة وماتا وقالوا : إن دم الماشي هدر ، لأنّه باشر تلف نفسه بلا تفريط من الواقف . مستندين إلى ما ذكر من أن الوقوف من موضوعات الطريق ، لأن الماشي قد يحتاج إلى الوقوف ^(٣) ومقتضى ذلك أن الوقوف في الطريق من موضوعاته أيضاً . لكن قيل : « إنهم قالوا فيما إذا تعثر الماشي بالقاعد غير المضّر بالمآزة : إن ضمان الماشي على القاعد ، لأنّه بجلوسه مفرط ، لوضع الطريق للمشي . وقالوا : إنّه لو تلف القاعد أو شيء منه كان الضمان على العائر أو أنّه هدر » ^(٤) . قلت : قد يقال : إن ذلك كله منهم غير منافی لما هنا من كون المنفعة الأصلية من الطريق الاستطراق ، والضمان وعدمه يتبع موجباته لا مدخلية للجواز وعدمه فيه ، كما نعرفه في محلّه إن شاء الله تعالى .

إنمّا الكلام فيما أشرنا إليه من تقديم حق الاستطراق على باقي المرافق عند التعارض ، ولعلّ السيرة - خصوصاً في بعض الأفراد - تقتضي خلافه .

[٢] الذي لم يعلم ثبوته له زائداً على ذلك بل لعلّ المعلوم عدمه ، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه .

[٣] ضرورة ثبوت الحق حينئذٍ للسابق دونه .

[٤] وإن كنا لم نعرف القائل [به] .

[٥] للأصل الذي يمكن منعه . ومن هنا نسبته [المصنّف] إلى القليل مشعراً بضعفه . بل صرح الفاضل وغيره بعدم بقاء حقه ^(٥) .

نعم لو كان له فيه رحل [١] فلا يجوز لأحد دفعه عن مكانه ولا التصرف في رحله الموضوع في مكان يجوز له وضعه فيه].

[فلو دفعه عن مكانه أثم وحلّ له مكثه فيه وصار أحقّ به من غيره].

[ولا يدخل في موضوع الغصب ولا يترتب عليه ضمان].

[ولا يثبت وضع الرحل للشخص في المكان حقاً له في ذلك على نحو آثار التحجير، بل الحقّ إنّما هو باعتبار حرمة التصرف بنقل الرحل من الموضوع الذي كان يجوز له وضعه فيه].

وحديثه فلو أطاره الريح أو نقله ظالم له أو غيره فالمكان على شركته الأصلية للغير المكث فيه والصلاة.

[١] ففي محكي المبسوط وجملته من كتب الفاضل والدروس وغيرها بقاء حقّه^(١)؛ لفحوى ما ورد من ذلك في المسجد^(٢). وعن التذكرة أنّه أحقّ إلى الليل؛ لقول الصادق عليه السلام^(٣): «قال أمير المؤمنين عليه السلام: سوق المسلمين كمسجدهم فمن سقى إلى مكان فهو أحقّ به إلى الليل»^(٤). ولكنّ الجميع كما ترى. ومن هنا أطلق غير واحد عدم بقاء حقّه سواء استوفى غرضه أو لا، وسواء كان له رحل أو لا، وسواء كان مع تبة العود أو لا، وسواء كان الزمان طويلاً أو لا وسواء أذن الإمام أو لا. ولعلّ الوجه في أصل المسألة أنّ حقّية الطريق للطريق للجالس بالسبق ووضع الرحل ونحو ذلك ليست كحقّية التحجير التي تنتقل بالصلح والإثارت ونحوهما، بل هي لا تزيد على حرمة الظلم بدفعه عن مكانه وبالتصرف برحله الموضوع في مكان كان يجوز له وضعه فيه.

ومن هنا صرح في التذكرة بأنّه لو دفعه عن مكانه أثمّ وحلّ له مكثه فيه وصار أحقّ من غيره به^(٥). وبذلك يظهر أنّه لا يدخل في موضوع الغصب ولا يترتب عليه ضمان؛ ضرورة عدم كونه من الأموال أو الحقوق المالية كما تقدّم بعض الكلام فيه في الغصب. وهذا وإن كان قد ينافيه لفظ «الحقّ» و«الأحقّ» في كلامهم بناءً على انسياق المعنى الزائد على الظلم منه، لكن - بمعونة عدم ذكر اللفظ المزبور هنا في شيء من النصوص المعتمدة ومعلومية عدم انتقاله للغير بالصلح ونحوه على وجه يكون للمصالح وإن لم يجلس فيه، وعدم انتقاله بالإثارت، وعدم الفتوى ببقاء حقّه لو انتقل عنه بنية العود مع عدم استيفاء الغرض الذي هو مقتضى الأصل لو كان هو من الحقوق الزائدة على الظلم - يقوى إرادة عدم جواز دفع أحد له عن المكث فيه وإن كان هو بالأصل مشتركاً بين الناس. وبهذا المعنى ملاحظاً فيه الاشتراك المزبور أطلق لفظ «الأحقّ» في عباراتهم. بل لعله كذلك فيما ورد فيه ذلك من حقّ المسجد والوقت ونحوهما باعتبار عدم الجابر لتلك النصوص على وجه يحصل التوفيق بإرادة المعنى الزائد من الظلم منه، والفرض قصورها أجمع عن درجة الحجية. وبذلك يتّضح لك: أنّ وضع الرحل الذي صرّحوا فيه بالحقّ معه في المقام وفيما يأتي من المساجد ونحوها إنّما هو باعتبار حرمة التصرف بنقل الرحل من الموضوع الذي كان يجوز له وضعه فيه، فهو من الاحتياط للاختصاص بالمكان، لا لأنّ وضعه يثبت حقاً للشخص في المكان على نحو آثار التحجير، فإنّه لم نجد في شيء من النصوص إشارة إلى ذلك.

(١) المبسوط ٣: ٢٧٦، الإرشاد ١: ٣٥٠، التحرير ٤: ٥٠٣، القواعد ٢: ٢٧٠، الدروس ٣: ٧٠.

(٢) انظر الوسائل ٥: ٢٧٨، ب ٥٦ من أحكام المساجد. ١٧: ٤٠٥، ب ١٧ من آداب التجارة.

(٣) الوسائل ١٧: ٤٠٥، ب ١٧ من آداب التجارة، الحديث ١ وذيله.

(٤) (٥) التذكرة ١٩: ٣٩٥.

وبالجملة: وجود الشخص أو رحله السابق على مجيئه أو المتأخر عنه لا يرفع الاشتراك الأصلي في ذاته وإن حرم الدفع ونقل المتاع والبساط ونحوه. وبهذا التحقيق ينكشف لك الحال في المقام بل وغيره ممّا يأتي.

إلاّ أنّه مع ذلك كلّه يمكن أن يقال: إنّ الأحقّة تحصل أيضاً ما دام يصدق كون الشيء في يد المستحقّ وفي تصرّفه وتحت قبضته، فأخذه منه حينئذٍ كدفعه الحسّي ظلم [١]. [ولذا يعتبر الرحل مع نيّة العود في الطريق والمسجد بخلاف ما إذا لم يكن له رحل فإنّ نيّة العود لا تكفي في صدق كون الشيء في اليد وتحت القبضة]. نعم هو كذلك في سكنى بيوت المدارس والربط ونحوها [٢]. ثمّ إنّ حيث يجوز له الجلوس يجوز له التظليل بما لا يضّرّ بالمارة [٣]. [وأما بناء دكة له فيه التسقيف فقد يشكل الحكم بعدم جواز ذلك مع فرض عدم الإضرار]. [ولا فرق في ذلك بين الطريق الواسع والمضيق مع فرض عدم الضرر].

وتحقيق ذلك هو أنّ الأصل والسيرة القطعيّة يقتضيان جواز سائر وجوه الانتفاع بالمنافع المشتركة إذا لم تعارض أصل المنفعة المقصودة منه الذي أعدّها بإحياء المحيي أو بوقف الواقف أو بتسبيل المسأل أو بغير ذلك من غير فرق بين ما يدوم أثر التصرف كالبنا و نحوه وبين ما لا يدوم مع فرض عدم إخلاله بذلك عمّا أعدّه، فلو بنى بعض أرض الطريق بأجر مثلاً على وجه لا يخرج عن أصل الاستطراق لم يكن بذلك بأس وإن كان مراده بذلك الاستئثار به لو أراد الجلوس عليه غير المضّرّ بالمارة باعتبار أنّه ملكه نحو وضع البساط ونحوه.

وكذلك الكلام في السقف [٤]. فليس للمستطرق حينئذٍ اختيار هذه القطعة [التي بنى فيها للفقود عليها] لاستطراقه بعد فرض وجود ما يصلح له غيرها. إذ الثابت له حقّ الاستطراق في المجموع لا في كلّ جزء. ومن هنا لم يكن له إزعاج الجالس غير المضّرّ. واستمرت الطريقة على وضع القمامة وغيرها في الطرقات إذا لم تكن مضرة

[١] ولعلّه لذا اعتبروا الرحل مع نيّة العود في الطريق والمسجد، بخلاف ما إذا لم يكن له رحل، فإنّ نيّة العود لا تكفي في صدق كون الشيء في اليد وتحت القبضة.

[٢] ولذا لم يعتبر أحد منهم بقاء الرحل في الاستحقاق لو خرج الخروج الذي لا ينافي صدق كونه في قبضته عرفاً في مثل الخروج لقضاء حاجة ونحوها. وإن كان هو لا يخلو من نظر إن لم يكن إجماعاً، كما ستعرف إن شاء الله، فتأمل جيّداً.

[٣] كما نصّ عليه غير واحد. وعلى أنّه لا يجوز له بناء دكة. بل في الدروس «ولا تسقيف»^(١). وإن كان قد يشكل - مع فرض عدم الإضرار بالمارة - بأن مقتضى الأصل الجواز. وفي المسالك: «وله أن يظللّ عليه موضع جلوسه بما لا يضّرّ بالمارة من ثوب وبارية ونحوها، لا بناء دكة إلّا مع سعة الطريق بحيث لا يتضرّر به المارة أصلاً، فيتّجه الجواز»^(٢).

وفيه: ما لا يخفى من عدم الفرق مع فرض عدم الضرر. ومنه يعلم ما في إطلاق المحكي عن الميسوط: «إذا سبق إلى موضع، كان أحقّ به من غيره، لأنّ بذلك جرت عادة أهل الأمصار يفعلون ذلك ولا ينكره أحد غير أنّه لا يجوز أن يبنى دكة، ولا ينصب مستنداً»^(٣).

[٤] ولا ينافي ذلك ثبوت حقّ الاستطراق بعد ما سمعت من الإجماع على جواز الارتفاق بغير المضّرّ به.

بالمستطرق، لوجود ما يصلح لاستطرقه غيرها [١]. ومن ذلك استمرار الناس على الانتفاع بالمساجد بغير العبادة مع عدم المزاحمة لأصل المنفعة المقصودة [٢].

(ولو جلس للبيع أو الشراء) في الطريق (فالوجه) عند المصنف (المنع إلّا في المواضع المتسعة كالحراب نظراً إلى العادة) [٣]. [ولكنّ الأقوى الجواز حتى يحصل الضرر بالمائة].

وعلى كلّ حال فلا فرق بين الجلوس للبيع والشراء وبين غيره حتى الجلوس للنزهة ونحوه، ولو على جهة اتّخاذ ذلك موطناً مع فرض عدم تضرّر المائة [٤] وحينئذٍ فقولُه هنا [٥]: (ولو كان كذلك) أي جلس للبيع حيث

[١] ولا ينافي ذلك اشتراك الناس فيها بعد أن كان الثابت من الاشتراك كونه على الوجه المزبور، بل هو مؤكّد له.

[٢] ودعوى حرمة الانتفاع بغيرها إلّا ما جرت السيرة عليه لا حاصل لها بعد أن علم منها الجواز على وجه الكلية، لا خصوص أفراد من الارتفاق. بل صريح كلمات الأصحاب أنّ المدار على تضرّر ذوي المنفعة المقصودة وعدمه، كما هو واضح، والله العالم.

[٣] ونحوه ما في التحرير^(١)، غير أنّه قال: «احتمل المنع». وفي القواعد: «ولو جلس للبيع والشراء في الأماكن المتسعة فالأقرب الجواز»^(٢) وفي الإرشاد: «ولو كان - أي الجلوس - للبيع أو الشراء في الرحاب فكذلك»^(٣) لكن لا يخفى عليك ما في الجميع من الإجمال. ضرورة أنّه إن أريد بالرحاب المتسعة: الأماكن التي ليست طرقاتاً فهو - مع أنّه خارج عن مفروض البحث فلا يصحّ استثناءه - أنّه لا يناسبه ذكر «الوجه» و«الأقرب» و«الاحتمال» فيه؛ ضرورة عدم المانع من ذلك فيها وإن أريد خصوص ما زاد على النصاب ممّا هو مستطرق فكذلك أيضاً بناءً على عدم جريان حكم الطريق على الزائد المزبور. بل لو قلنا بكونه مثله أشكال الفرق حينئذٍ بينه وبين غيره مع فرض عدم الضرر. وربما احتمل إرادة غير المضرة بالاستطراق من المتسعة كما عُبّر به جماعة. لكنّه كما ترى. وأوحش منه ما في المسالك وأتباعها في شرح المتن المزبور من أنّهم اختلفوا في جواز الجلوس للبيع والشراء، فمنعه بعضهم مطلقاً، لأنّه انتفاع بالبقعة في غير ما أعدت له فكان كالانتفاع بالوقوفات الخاصة في غير ما عيّنت له من الجهة، والمشهور التفصيل، وهو المنع من ذلك في الطريق المسلوک الذي لا يؤمن تأدّي المائة به غالباً، وجوازه في الرحاب المتسعة في خلافه بحيث يؤمن تأدّي المائة به^(٤). إذ هو: ١ - مع أنّ ما حكاها من القول الأوّل لم نعرفه لأحد من العامة والخاصة، وقد نقل هو^(٥) وغيره إجماع الناس في جميع الأعصار على فعل ذلك مع عدم التضرّر من غير فرق بين الجلوس للبيع وغيره. ٢ - أنّ التفصيل المزبور لم نعرفه أيضاً لأحد إن لم يكن المراد به ما أشرنا إليه من ضرر المائة وعدمه. ٣ - كما أنّ ما ذكره من قوله: «يؤمن» و«لا يؤمن» لا حاصل له أيضاً. ضرورة كون المدار في المنع على الضرر المزبور الذي يمكن معه القول بالجواز حتى يحصل، لا المنع حتى يعلم العدم وإن كان هو محتملاً أيضاً، إلّا أنّ الأوّل أقوى.

[٤] ومن ذلك يعلم ما في المتن والقواعد^(٦) من جعل حكم الجلوس للبيع مستقلاً عمّا ذكره أولاً من مطلق الجلوس الذي نسب القول فيه لبقاء حقّه مع القيام وثبة العود إلى القيل، ولم يشر إلى مسألة الرحل؛ ضرورة اتّحاد الجميع في مدرك الجواز أو العدم.

[٥] كـ [قول] الفاضل [ذلك].

يجوز له ذلك (فقام ورحله باقٍ فهو أحق به) لا يختص بخصوص البيع [١]. (ولو رفعه ناوياً للعود فعاد قيل) [٢]:
(كان أحق به لثلاث يتفرق معاملوه فيستصر) [٣] وفيه إشكال [و] من هنا (قيل) [٤]: (يبطل حقّه؛ إذ لا سبب
للاختصاص، و) لا ريب في أنّه (هو أولى) [٥].

[١] ولعلّه لذا حكى غير واحد ما هنا في المسألة السابقة فيما إذا كان الرجل باقياً، فلاحظ وتأمل فإنّه قد قدّمنا تحقيق الحال
في ذلك، والله العالم.

[٢] ولم أعرف القائل به منّا.

[٣] نعم في التذكرة عن الجويني من العامة أنّه إن مضى زمان ينقطع فيه الذين ألفوا المعاملة معه ويستفتحون
المعاملة مع غيره بطل حقّه، وإن كان دونه لم يبطل، لأنّ الغرض من تعيين الموضوع أن يعرف فيعامل، فلا فرق بين أن
تكون المعاملة لعذر كسفر أو مرض أو لغير عذر، وعلى هذا فلا يبطل حقّه بأن يرجع بالليل إلى بيته، وليس لغيره
مزاحمته في اليوم الثاني، وكذلك الأسواق التي تقام في كلّ أسبوع أو في كلّ شهر مرّة إذا اتخذ منها مقعداً كان أحقّ به
في النوبة الثانية وإن تخلّلت بينهما أيام^(١). وهو كما ترى مبني على استحسان ونحوه؛ ضرورة عدم مدخلية تضرره بثبوت
الحق المشترك بين الناس أجمع من الذين يتضررون بذلك أيضاً، وخصوصاً من سبق إليه.

[٤] والقائل من عثرنا عليه كلامه من الأصحاب وإن تفاوتوا بالإطلاق والتصريح عدا الفاضل في التذكرة.

[٥] لأصالة الاشتراك السالمة عن المعارض. والخبر المزبور^(٢) الذي استند إليه الفاضل في التذكرة في كونه أحقّ به إلى الليل - لا
جابر له، مع أنّ مقتضاه وإن لم ينو العود، بل وإن نوى عدمه. هذا، وفي التذكرة أيضاً «أنّه حيث يختصّ الجالس بموضعه
يختصّ أيضاً بما حوله على قدر ما يحتاج إليه لوضع متاعه ووقوف المعاملين فيه، وليس لغيره أن يقعد حيث يمنع
من رؤية متاعه أو وصول المعاملين إليه أو يضيّق عليه الكيل والوزن والأخذ والعطاء»^(٣). وتبعه عليه في
المسالك^(٤). ولكنّ الإنصاف عدم دليل معتبر عليه على وجه ينطبق على أصول الإمامية خصوصاً على مختاره فيها المقتضي لعدم
ثبوت حقّ للسابق زائد على الظلم الذي ذكرناه سابقاً، وخصوصاً بعد ما ذكرناه فيمن نسب خيمته، فلاحظ وتأمل. اللهم إلّا أن
يقال: إنّ الدليل على ذلك صدق السبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم مع كون المسبوق إليه في يده وفي قبضته وفي تصرفه. ثمّ قال فيها
متّصلاً بذلك: «هذا في المستوطن، أمّا المتردّد الجوّال الذي يقعد كلّ يوم في موضع من السوق يبطل حقّه إذا فارق
المكان وما تقدّم من أولوية الجالس إنّما هو مفروض في غيره»^(٥). وفيه: أنّ إطلاق الخبر الذي ذكره سنداً له يقتضيه. وفي
المسالك - بعد أن ذكر ما سمعته من التذكرة - قال: «هذا كلّ في المستوطن، أمّا الجوّال الذي يقعد كلّ يوم في موضع
من السوق فلا إشكال في بطلان حقّه إذا فارق المكان، بل هذا خارج بنية المفارقة فلا يدخل في قسم ناوي العود ولا
يفتقر إلى استثناء»^(٦). وفيه: أنّه لا يستحيل فرض نيّة العود منه وخصوصاً في بعض اليوم؛ إذ الكلام أن نيّة عوده
تقوم مقام مكثه في بقاء الحقّ أولاً؟ فيجري فيه حينئذٍ ما يجري في غيره. نعم لا يجيء على كلام الجويني الذي جعل
المدار على التضرر بمعرفة المكان، فتأمل فإنّ المقام في بعض الكتب غير نقي، والله العالم والهادي.

[ولا فرق بين المستوطن والجوال الذي يقعد كل يوم في موضع].

(و) كيف كان فـ (بليس للسلطان) فضلاً عن غيره (أن يقطع ذلك) أو بعضه (كما لا يجوز إحياءه ولا تحجيريه) [١].

ثم إن الظاهر عدم الفرق في استحقاق الاستطراق بين المسلمين وغيرهم من أهل الذمة، بل لهم الانتفاع به أيضاً فيما لا يضر بالمارة على نحو المسلم [٢].
ولو استيق اثنتان على وجه تعلق حقهما به معاً ولم يمكن الجمع فالأقرب القرعة [٣].
[بلا فرق بين الأحوج وغيره].

[١] بلا خلاف أجده فيه عدا ما تسمعه من التذكرة^(١).

وذلك لأن مورد الثلاثة: الموات، لا ما تعلق به حق المسلمين.

خلافاً لبعض العامة فجوز إقطاع الإمام، لأن له بدأ وتصرفاً فيما يصلح المسلمين، كما أن له إزعاج بعض الجالسين^(٢).
وهو مبني على أصولهم لا أصولنا التي منها عصمة الإمام الذي هو وإن كان أولى بالمؤمنين من أنفسهم، إلا أن تصرفه في ذلك يكون على القوانين الشرعية، نعم لو فعل كان هو القانون الشرعي.
هذا، ولكن في التذكرة: «يجوز أن يقطع إنساناً الجلوس في المواضع المتسعة في الشوارع فيختص بالجلوس فيه، وإذا قام عنه لم يكن لغيره الجلوس فيه للاقطاع»^(٣).
وبه فرق بينه وبين السابق الذي يزول حقه بانتقاله.

ولا يخفى عليك ما فيه، خصوصاً إذا أراد عدم جواز انتفاع غيره حتى وقت انتقاله عنه.

واحتمال أن ما لا يتضرر به المارة يبقى حكمه حكم الموات للإمام عليه السلام يدفعه: أن الطريق قد أحيا طريقاً وتعلق به حق المستطرقين بأجمعه وإن اتفق في بعض الأزمنة عدم الضرر على المارة ولكن ذلك لا يجعله مواتاً، كما هو واضح.
[٢] للسيرة المستمرة على ذلك.

[٣] بناء على ما ذكرناه غير مرة من أنها لكل أمر مشكل لجهل به أو لغيره، ولا ريب في تحققه هنا بعد أن لم يكن معيناً شرعياً.
فما عن بعض^(٤) العامة من أن التعيين للإمام بحسب المصلحة من أحوجية ونحوها واضح الضعف.
وإن احتمل في المحكي عن حواشي الشهيد تقديم الأحوج قال: «لأن القرعة لتعيين المجهول عندنا إذا كان متعيناً في نفس الأمر، وليس كذلك هنا»^(٥).

لكنه كما ترى، على أنه ما ندري ماذا يقول مع تساويهما في الاحتياج؟!

(١) يأتي قريباً.

(٢) (٤) روضة الطالبين ٥: ٢٩٥ - ٢٩٤.

(٣) التذكرة ١٩: ٤٤٧.

(٥) نقله في جامع المقاصد ٧: ٣٧.

ولو اشترى داراً فيها زيادة من الطريق [١] فالمتجه بطلان البيع للجهالة ، وأما مع عدم جهالته ولكن لم يعلم بغضبه كذلك فللمشتري الخيار بتبعض الصفقة .

(وأما المسجد ف) لا إشكال [٢] في أنّ (من سبق إلى مكان منه فهو أحقّ به ما دام جالساً) فيه [٣] .
[وإن لم يكن الجلوس للاشتغال بأمر] .

نعم ليس له ذلك مع مزاحمة المصلين على نحو ما سمعته في الطريق .
وهل الصلاة مقدّمة على غيرها من العبادات كقراءة القرآن ؟ وجهان ، أفواهما ذلك [٤] .
وعلى كلّ حال (فلو قام مفارقاً) رافعاً يده عنه (بطل حقّه) [٥] حتّى (لو عاد) وقد شغله غيره .

[١] ففي النهاية ومحكي السرائر إذا لم يعلم المشتري ثم علم بعد ذلك لم يكن عليه شيء إذا لم يتميّز الطريق ، فإذا تميّز وجب عليه ردّها إليه ، ورجع على البائع بالدرك^(١) . ولعلّه لموثّق ابن مسلم عن أحدهما عليه السلام : سأله عن رجل اشترى داراً فيها زيادة من الطريق ؟ قال : « إن كان ذلك في ما اشترى فلا بأس »^(٢) .

وخبر عبد الله بن أبي أمية : سأل أبا عبد الله عليه السلام عن دار يشتريها يكون فيها زيادة من الطريق ؟ قال : « إن كان ذلك دخل عليه فيما حدّد له فلا بأس »^(٣) .

وفيه : أنّ الخبر الثاني ضعيف لا جابر له ، بل الظاهر تحقّق الموهن . وأما الأوّل وإن كان موثقاً إلا أنّه مخالف لما عرفت من عدم جواز تملك أحد للطريق . وما سمعته من الشيخ والحلي من عدم التمييز لا يقتضي الحلّ ؛ إذ أقصاه جهل المغضوب ، وذلك لا يقتضي حله . فالمتجه حينئذٍ بطلان البيع للجهالة ، أمّا مع عدم جهالته ولكن لم يعلم بغضبه كذلك فللمشتري الخيار بتبعض الصفقة . ويمكن حمل الخبرين المزبورين على عدم تبين الغصب حملاً لفعل المسلم على الوجه الصحيح ؛ إذ يمكن كون الطريق مرفوعاً وأخذه بإذن أربابه ويمكن أن يكون مسلوّكاً ولكن كان فيه زيادة على المقدّر الشرعي ، بناءً على بقاء مثله على الإباحة أو أنّ للحاكم المصالحة عنه مصلحة للمسلمين .

وبالجملة : لا صراحة فيهما بدخول الزيادة على الوجه الغصبي ، وإلا كانا مطّرحين ، لمخالفتهما للضوابط مع قلّة العامل ، بل عدمه صريحاً على الوجه المزبور ، والله العالم .

[٢] ولا خلاف [في ذلك] .

[٣] بل يمكن تحصيل الإجماع أو الضرورة عليه . بل في المسالك^(٤) وغيرها : سواء كان جلوسه لصلاة أم لمطلق العبادة أم لتدريس العلم والإفتاء ونحو ذلك .

قلت : بل وإن لم يكن لشيء من ذلك ، بل لنفس الجلوس فضلاً عن الاشتغال بأمر آخر .

[٤] ولكن لم أجده في كلام أحد من الأصحاب ، بل ولا غيره من صور التعارض المتصورة في المقام .

[٥] بلا خلاف (و) لا إشكال .

(١) الوسائل ١٧ : ٣٧٨ ، ب ٢٧ من عقد البيع ، ح ٣ .

(٢) النهاية : ٤٢٣ . السرائر ٢ : ٣٨٠ .

(٤) المسالك ١٢ : ٤٢٣ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٣٧٩ ، ب ٢٧ من عقد البيع ، ح ٤ .

(وإن قام ناوياً للعود) إليه (فإن كان رحله باقياً فيه فهو أحق به وإلا كان مع غيره سواء) (ولا يبقى الأحقية مع الإعراض) [١]. نعم قد يقال بالحكم بها مع بقاء الرحل في صورة الجهل بالحال [٢].
أما مع العلم بالعدم فلا ريب في عدمها. بل لو علم تردده في المجيء وعدمه لم يكن له حق [٣].
نعم [الظاهر] [٤] عدم الفرق بين طول الزمان وقصره [٥].

[ولو استلزم تجنب موضعه وجود فرجة في الصف فهل يسقط حقه؟ التحقيق عدم سقوطه]. نعم قد يقال: إن المراد بالأحقية تقدمه على غيره عند التعارض لا جواز الانتفاع بالمكان حال عدمه، فحينئذ يجوز لغيره الوقوف فيه، فإذا جاء تنحى عنه ولو في أثناء الصلاة مع فرض عدم اقتضاء ذلك التصرف برحله وإلا لم يجز له لذلك للأحقية

[١] كما صرح به الفاضل والشهيدان والكركي^(١) وغيرهم، بل في جامع المقاصد: أنه المشهور. بل في محكي المبسوط نفي الخلاف فيه، قال: «فمن سبق إلى مكان في المسجد كان أحق به، فإن قام وترك رحله فيه فحقه باق، وإن حوّل رحله منه انقطع حقه منه، ولا خلاف فيه، وفيه نص لنا عن الأئمة عليهم السلام» [٢].
بل ليس فيه نية العود. كالإرشاد والدروس^(٣). ففي الأول: «ولو قام ورحله فيه فهو أولى عند العود وإلا فلا» وفي الثاني: «إذا فارق بطل حقه إلا أن يكون رحله باقياً». بل في الروضة: «هذا الشرط - أي نية العود - لم يذكره كثير» [٤] وإن كنا لم نتحققه. بل ربما مال إليه بعض مشائخنا^(٥)؛ لنفي الخلاف والمرسل المزبورين في المبسوط. المؤيدون بالخبر: «إذا قام أحدكم من مجلسه في المسجد فهو أحق به إذا عاد إليه» [٦].

بل والخبر السابق: «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل» [٧].
لكن فيه: أنه لا وجه لبقاء الأحقية مع الإعراض عنه؛ ضرورة معلومية اشتراك الناس فيه، وبقاء الرحل ليس تحجيراً ونفي الخلاف في الفرض غير متحقق بل لعل عكسه كذلك. فلا جابر للمرسل المزبور، بل ولا للخبرين المذكورين المقتضيين ثبوت الأولوية حتى مع عدم بقاء الرحل.

[٢] اعتماداً على شاهد الحال الذي هو بقاء الرحل.

[٣] وإن كان مقتضى إطلاق ما سمعت ذلك [= بقاء الأحقية] لكن لا جابر له فلا يكون حجة.

[٤] [كما هو] مقتضى إطلاق النص^(٨).

[٥] لكن في المسالك عن الذكرى تقييده بأن لا يطول زمان المفارقة، وإلا بطل حقه أيضاً قال: «ولا بأس به خصوصاً مع حضور الجماعة واستلزام تجنب موضعه وجود فرجة في الصف، للنهي عن ذلك، بل استثنى بعضهم ذلك مطلقاً وحكم بسقوط حقه حينئذ، ولا بأس به» [٩]. وفيه: أن ذلك مجرد اعتبار لا يقتضي سقوط الحق الثابت بالدليل.

(١) التحرير ٤: ٥٠٣، القواعد ٢: ٢٧٠، الدروس ٣: ٦٩، المسالك ١٢: ٤٣٣، جامع المقاصد ٧: ٣٨.

(٢) المبسوط ٣: ٢٧٦. (٣) الإرشاد ١: ٣٥٠، الدروس ٣: ٦٩.

(٤) الروضة ٧: ١٧١. (٥) مفتاح الكرامة ٧: ٣٧.

(٦) تلخيص الحبير ٣: ٦٤، ح ١٣٠٢. (٧) تقدم في ص ٣٤٧.

(٨) انظر الوسائل ١٧: ٤٠٥، ب ١٧ من آداب التجارة، ح ١. (٩) المسالك ١٢: ٤٣٣ - ٤٣٤.

المزبورة [١] . [وعلى تقدير سقوط حقّه وجواز رفع رحله فهل يضمن الرافع الرحل إلى أن يوصله إلى صاحبه أم لا ؟ الظاهر الضمان ويسقط حقّه مع عدم الرحل وإن كان القيام لضرورة] لكن في المتن (قيل : إن قام لتجديد طهارة أو إزالة نجاسة وما أشبهه لم يبطل حقّه) [٢] . أما إذا كان قيامه لغير ضرورة فلا ريب [٣] في سقوط حقّه [٤] .

[١] وفي المسالك متصلاً بما حكيناه : « ثم على تقدير سقوط حقّه يجوز رفع رحله إن استلزم شغل موضعه التصرف فيه وتوقف تسوية الصف عليه ، ويضمن الرافع له إلى أن يوصله إلى صاحبه جمعاً بين الحقيين ، مع احتمال عدم الضمان للإذن شرعاً » ^(١) . قلت : لا يخفى عليك ضعف الاحتمال المزبور ، لما ذكرناه غير مرة من أصالة الضمان مطلقاً ، لقاعدة اليد وغيرها . بل قد يقال : إن سقوط احقيته لا يقتضي جواز التصرف في ماله بعد أن كان وضعه بحق ولم تنحصر الصلاة في الموضع المخصوص ، فتأمل جيداً . ثم لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه : أنه لا خلاف في سقوط حقّه مع عدم الرحل وإن نوى العود وكان قيامه لضرورة من تجديد طهارة (و) نحوها .

[٢] ولكن لم نعرف القائل ممن تقدمه . نعم هو للفاضل في التذكرة والشافعي في أحد قوليه ^(٢) . لإطلاق الخبر السابق الذي لا جابر له فيه ، بل الموهن متحقق .

[٣] ولا خلاف [في ذلك] .

[٤] لكن في المسالك نسبته إلى المشهور مشعراً بوجود الخلاف فيه . قال : « وفرقاً بينه وبين مقاعد الأسواق بأن غرض المعاملة يختلف باختلاف المقاعد ، والصلاة في بقاع المسجد لا تختلف » ^(٣) . ثم نظر فيه بـ « منع عدم اختلاف بقاع المسجد في الفضيلة ، لأن ثواب الصلاة في الصف الأول أكثر ، وقد يألف الإنسان بقعة من المسجد ويتضرر بفواتها كتضرره بفوات المتعاملين » ^(٤) . قلت : لا يخفى عليك ما فيه بعد ما عرفت سابقاً من أن أحداً من أصحابنا لم يقل بذلك - فضلاً عن أن يكون هو المشهور كما هو مقتضى كلامه - حتى يحتاج إلى الفرق المزبور . والنظر المذكور - مع أن فيه ما فيه - إنما ذكر ذلك الجويني كما عرفت فيه سابقاً . وكذا الكلام في قوله متصلاً بما سمعت : « وظاهر الأصحاب عدم الفرق هنا بين من يألف بقعة ليقرا عليه القرآن ويتعلم من الفقه ونحو ذلك وغيره ، لمعوم قوله تعالى : ﴿ سواء العاكف فيه والباد ﴾ ^(٥) وفرق بعضهم فأوجب أولوية المذكورين ، كمقاعد الأسواق خصوصاً في الجوامع الكبيرة ، لأن له غرضاً في ذلك الموضع ليألفه الناس » ^(٦) . فإنه لم نجد الفرق المزبور لأحد من أصحابنا وإنما هو لبعض الشافعية ^(٧) الذين يناسب أصولهم الاعتبارات المزبورة . وأغرب من ذلك قوله متصلاً بما سمعت : « وإن كان قيامه لضرورة لتجديد طهارة أو إزالة نجاسة وقضاء حاجة ففي بطلان حقّه وجهان أحدهما - وهو الذي قطع به المصنف - عدم البطلان لمكان الضرورة . واحتج له في التذكرة بقول النبي ﷺ : « إذا قام ... إلى آخره » ^(٨) وقول أمير المؤمنين عليه السلام « سوق ... إلى آخره » . وبشكل مع قطع النظر عن السند بأنه أعم من المدعى وأنتم لا تقولون به على العموم ، والمختص لهما مع عدم الضرورة مخصص معها . والوجه الثاني : بطلان حقّه ؛ لحصول المفارقة » ^(٩) . إذ هو كما ترى نسب إلى المصنف الأول وصريح كلامه خلافه . بل قد عرفت أنه لم نعرفه قولاً لأحد من أصحابنا . ومنه يعلم ما قوله : « وجهان » المشعر بالتردد .

(١) (٢) التذكرة ١٩ : ٣٩٨ . روضة الطالبين ٥ : ٢٩٧ .

(١) (٥) المسالك ١٢ : ٤٣٤ . الحج : ٢٥ .

(٢) انظر روضة الطالبين ٥ : ٢٩٧ . معنى المحتاج ٢ : ٣٧٠ .

(٣) (٦) (٤) المسالك ١٢ : ٤٣٤ .

(٩) (١٠) تقدم في ص ٣٤٧ . المسالك ١٢ : ٤٣٤ - ٤٣٥ .

(٨) تلخيص الجبير ٦٤ : ح ١٣٢٠ .

ثُمَّ إِنَّ [الظاهر] [١] عدم الفرق في بطلان الحَقِّ مع عدم الرحل بمفارقة المكان للعذر بين كونه قبل الصلاة أو في أثناءها [٢].

ثُمَّ إِنَّ [الظاهر] [٣] بيان حكم المفارقة مع بقاء الرحل الذي قيل: «إِنَّه شيء من أمتعته وإن قَلَّ»^(١). أمَّا السبق بذلك [= بالرحل] فهل يوجب الأحقية أو لا بد من وصوله إليه نفسه واستقراره عليه؟ [٤]. لكن لا يخفى عليك أَنه بناءً على ما حَقَّقناه سابقاً في الطريق يتَّجه عدم ثبوت الأحقية ببقاء المتاع إذا كان صغيراً بحيث لا يستلزم المكث في المكان التصرّف فيه، نعم لو كان كبيراً مشغلاً للمكان مثلاً اتَّجه وجوب الاجتناب، لحرمة التصرّف بمال الغير، لا لأَنَّ وضعه يفيد أحقية في المكان نحو التحجير [٥]. وعليه لا فرق حينئذٍ بين الصغير والكبير بعد صدق اسم الرحل لا غيره كالتربة ونحوها. [والمختار أَنه] [٦] فيما (لو استبق اثنان) هنا مثلاً إلى موضع من المسجد (فتوافيا) إليه على حدِّ سواء

[١] [كما هو] ظاهر الأصحاب.

[٢] لكن في الدروس: الفرق فحكم ببقاء الأولوية في الثاني [= أثناء الصلاة] إِلَّا أن يجد مكاناً مساوياً للأول أو أولى منه، وسقوطها في الأول، محتجاً بأنّها صلاة واحدة فلا يمنع من إتمامها^(٢).

وفيه: أَنَّ حَقَّهُ تابع لاستقراره بعد فرض عدم الرحل. وإتمامها لا يتوقّف على مكان الشروع. وفرض كونه أقرب للعود لا يقتضي بقاء الأولوية المزبورة وإن أدّى ذلك إلى بطلان صلاته، كما هو واضح.

[٣] [كما هو] ظاهر الأصحاب هنا.

[٤] قد يظهر الثاني من المحكي عن الشهيد، فَإِنَّه حكى عن الفاضل في التحرير في كتاب الصلاة أَنّه لا تحصل الأولوية بالرحل في المسجد^(٣).

وجمع بين ذلك وبين كلامه هنا بحمل الأول على تقدّم رحله من غير استقرار عليه وكلامه هنا على الاستقرار ثُمَّ الخروج بعد ذلك^(٤).

ولعلّ مراده من الاستقرار مطلق الكون. ضرورة عدم مدخليته في ثبوت الأحقية مع الوصول إليه. وقد يقال: بتحقّق السبق بمثل ذلك عرفاً وإن لم يصل إليه، لكنّه محلّ شكٍّ والأصل عدمه خصوصاً بعد ظهور كلمات الأصحاب في الثاني.

[٥] وإن كان جملة من العبادات توهم ذلك، لكن قد عرفت عدم الدليل له.

[٦] [إذ] بذلك يظهر لك النظر في بعض كلمات بعض.

كما أَنّه ظهر لك أيضاً ممّا ذكرناه سابقاً في الاستباق للجلوس للبيع مثلاً في الطريق مع عدم الضرر بالمارة الوجه [في ذلك].

(١) كفاية الأحكام ٢: ٥٦١.

(٢) الدروس ٣: ٦٩.

(٣) (٤) حكاهما في جامع المقاصد ٧: ٣٨ - ٣٩.

(ف) إنَّ الحكمَ فيهما متَّحد (إنَّ أمكن الاجتماعَ جاز وإن تعاسرا أقرع بينهما) ، فلاحظ وتأمل والله العالم .
و (أمَّا المدارس والربط) جمع رباط ككتاب وكتب (فمن سكن بيتاً) منها مثلاً (مَن له السكنى) بأن كان متَّصفاً بالوصف المعبر في الاستحقاق إمَّا في أصله بأن يكون مشتغلاً بالعلم في المدرسة أو بحسب الشرط بأن تكون موقوفة على قبيلٍ مخصوص أو نوع من العلم يتَّصف به الساكن ، وحينئذٍ (فهو أحقُّ به) بمعنى عدم جواز إزعاج أحدٍ له [١] .

(وإن تطاولت المدة ما لم يشترط الواقف أمداً فيلزمه الخروج عند انقضائه) بلا فصل وإن لم يؤمر به [٢] .
[ولا فرق بين طول المكث وعدمه ، فمع فرض منافاة مصلحة الوقف لا إشكال في جواز الإزعاج ، ومع عدمها فالمتَّجه عدم جواز الإزعاج] .
نعم (لو اشترط مع السكنى التشاغل بالعلم) مثلاً (فأهمل ألزم الخروج) إن لم يخرج بنفسه [٣] . (وإن استمرَّ على الشرط لم يحز إزعاجه) [٤] .

[١] بلا خلاف أجده فيه ؛ لأنَّه أحد المستحقين لذلك ، فإزعاجه ظلم قبيح عقلاً ونقلاً .
[٢] نعم في الدروس : « ويحتمل في المدرسة ودار القرآن الإزعاج إذا تمَّ غرضه من ذلك .
ويقوى الاحتمال إذا ترك التشاغل بالعلم والقرآن وإن لم يشترطهما الواقف لأنَّ موضوع المدرسة ذلك ، أمَّا الربط فلا غرض فيه ، فيجوز الدوام فيه »^(١) .
وفيه : أنَّه إن خرج عن الموضوع بتمام الغرض أزعج قطعاً ، وإلا فلا وجه للاحتمال ، بل ولا لما قواه فيه .
ضرورة أنَّه إن لم يشترطها ولكن كانت هي المنفعة المقصودة فالمتَّجه حينئذٍ عدم معارضة أهلها - كما سمعته في الطريق والمسجد - وإلا كان الناس شرعاً سواء .

نعم احتمل في التحرير جواز الإزعاج مع طول المكث على وجه يكون كالملك .
قال : « ولو طال الاستيطان على هذه الانتفاعات المشتركة وصار كالملك الذي يبطل به أثر الاشتراك في الإزعاج إشكال »^(٢) .

وفيه : أنَّه لا إشكال مع فرض منافاة مصلحة الوقف ، أمَّا مع عدمها الوجود ما يحترز به عن ذلك فالمتَّجه عدم جواز الإزعاج .
ومنه يعلم ما في جامع المقاصد قال : « ولو أدَّى طول المدة إلى التباس الحال بحيث يمكن لو ادَّعى الملك أن يلتبس على الناس عدم صحة دعواه احتمل جواز الإزعاج أيضاً لأنَّه مضرٌّ بالوقف »^(٣) .
(و) على كلِّ حال فهو أمر آخر .

[٣] بلا خلاف ، ولا إشكال ؛ إذ « الوقوف على حسب ما يقفها أهلها »^(٤) المقضي لعدم جواز سكنى المفروض .
[٤] لكونه حينئذٍ من المستحق .

وكيف كان فـ [المختار عدم بطلان حقّه بالخروج لحاجة أو قضاء حاجة ونحو ذلك] [١] [فالشغل بها لا يقتضي ثبوت الحقّ له في مستقبل الزمان وفي حال عدم قابليّته لها].

[١] [كما] في التذكرة: «ولا يبطل حقّه بالخروج لحاجة كشرء مأكول أو مشروب أو ثوب أو قضاء حاجة وما أشبه ذلك. ولا يلزمه تخليف أحد في الموضع، ولا أن يترك متاعه فيه. لأنّه قد لا يجد غيره وقد لا يأمن على متاعه سواء»^(١) ونحوه في المسالك^(٢) وبعض أتباعها مع زيادة لفظ «قطعاً» فيها. لكن ستمع من الكركي نوع تردّد فيما يقرب منه^(٣).

ولعله لإمكان منع صدق كونه في يده وقبضته مع فرض عدم دخل له فيه، ولأنّ منافع الوقف العام لا تستحقّ إلا بالاستيفاء إذا لم يكن بإجارة من حاكم مثلاً فالساكن حينئذ ليس له إلا حقّ الاستيفاء التدريجي، بمعنى عدم مزاحمة الغير له، فهو في الحقيقة سبق استيفائه مقدّم على غيره إلا أنّه حصل له حقّ بالسبق على وجه يثبت له حقّ الاستيفاء المستقبلي وإن لم يكن له رحل، وإلا لثبت ذلك في المسجد والطريق فإنّ الجميع من واحد من حيث الدليل.

اللهمّ إلا أن يقال: بملاحظة ذلك للواقف، وفيه تأمل أو منع، أو يقال باختلاف أفراد المسبوق إليه بالسبق عرفاً، ففي المدارس مثلاً يصدق أنّه في يده وفي قبضته نحو باقي الأعيان الموقوفة كالكتاب ونحوه، فإنّه إذا كان في يد شخص لا يستحقّه آخر بمجرد وضعه من يده الحسيّة، بخلاف المسجد والطريق.

ولكن لا يخفى عليك أنّ ذلك كلّ تهجّس وإلا فالموافق لما عليه سيرة الناس وعملهم في جميع الأعصار أنّ المدرسة والرباط ونحوهما - إذا لم يشترط الواقف كفيّة خاصة وحالاً مخصوصاً أو لم يعلم بحاله - كالمسجد في جواز الانتفاع، وأنّه أحقّ من غيره في استيفاء المنفعة المشتركة بينه وبين غيره بالسبق على الوجه الذي ذكرناه.

والمنفعة المقصودة للواقف الملاحظة لا على جهة الشرطيّة فائدتها الترجيح عند المعارضة، لا عدم جواز الانتفاع بغيرها مع عدم المعارضة.

وحينئذٍ فقد يقال: إنّه بعد أن كان المتعارف في العمل ذلك يمكن أن يكون الواقف مدرسة مثلاً أو رباطاً يكون مقصوده ذلك، نحو الوقف مسجداً الذي قد ورد فيه أنّه «بيت الله»^(٤) وأنّه «منزل للغرباء والضعفاء»^(٥) ونحو ذلك ممّا هو راجع إلى الشرع لا مدخليّة للواقف في ملاحظته.

بل قد يحتمل أنّ ذلك إذن شرعية باعتبار خروج المال عن يد الواقف لا على جهة خاصة، فصار أمره إلى الشرع الذي مقتضاها ما عرفت. وكون المراد من المسجد بيتاً للعبادة مثلاً بخلاف المدرسة - فإنّ المراد فيها السكنى - غير مجدٍ؛ ضرورة أنّ الشغل بها لا يقتضي ثبوت الحقّ له في مستقبل الزمان وفي حال عدم قابليّته لها.

(١) التذكرة ٢٩: ٤٠٠.

(٢) المسالك ١٢: ٤٣٦.

(٣) جامع المقاصد ٧: ٤٠.

(٤) الوسائل ١: ٣٨٢، ب ١٠ من الوضوء، ح ٥: ٢٩٧، ب ٧٠ من أحكام المساجد، ح ١.

(٥) انظر الكافي ٥: ٣٣٩ - ٣٤٠ ح ١.

[والتحقق أنَّ المدرسة والرباط ونحوهما إذا لم يشترط الواقف كَيْفِيَّةً خَاصَّةً وحالاً مخصوصاً أو لم يعلم بحاله فهو كالمسجد في جواز الانتفاع وأنه أحقَّ من غيره في استيفاء المنفعة المشتركة بينه وبين غيره بالسبق على الوجه الذي ذكرناه].

نعم لا يبعد إلحاق المفارقة لها في الأزمنة التي لا تنافي صدق التشاغل فيها بها ولو للسيرة المستمرة على ذلك فكل ما لا يكون كذلك سقط حَقُّه حينئذٍ [١].

(و) كيف كان فـ (مله) أي السابق المستحق (أن يمنع من يساكنه ما دام متصفاً بما به يستحق السكنى) إذا كانت العادة أو الشرط من الواقف يقتضي انفراد الواحد .

أما لو فرض كون البيت الواحد معداً لجماعة - باشتراط الواقف أو باقتضاء العادة - لم يجز لأحد منع غيره إلا أن يبلغ العدد النصاب فلهم حينئذٍ منع الزائد ، والله العالم .

(ولو فارق) الساكن المسكن على وجه خارج عما عرفته من الأمور الضرورية للساكن ، بل كان (لعذر) وغرض ناوياً للعود إليه كسفر لزيادة مثلاً (قيل) [٢] : (هو أولى عند العود) وإن لم يكن له فيه رحل [٣] . (و) لكن (فيه تردّد) [٤] .

(ولعل الأقرب سقوط الأولوية) [٥] .

[١] كما يشهد له ما تسمعه منهم في صورة المفارقة ، والله العالم .

[٢] ولم نعرف القائل مَن تقدّمه [= المصنّف] .

[٣] لصدق كونه سابقاً وأن ما سبق إليه في يده وفي قبضته .

[٤] ممّا عرفت وممّا ستعرف ، لا لصدق المفارقة التي هي ليست عنواناً في شيء من الأدلة .

[٥] التي مقتضى الأصل عدمها في مثل الفرض .

بل في القواعد والإرشاد الجزم بذلك ^(١) .

بل في الروضة نسبته إلى الأكثر ^(٢) .

لكن في التذكرة : « ولو فارق لعذر أياماً قليلة فهو أحقّ إذا عاد لأنّه ألفه وإن طال غيبته بطل حَقُّه » ^(٣) .

واستحسنه في المسالك ^(٤) . وقوّاه في الروضة ^(٥) .

بل قد يظهر من اللمعة عدم البطلان مطلقاً ^(٦) .

(١) القواعد ٢ : ٢٧١ ، الإرشاد ١ : ٣٥٠ .

(٢) الروضة ٧ : ١٨٠ .

(٣) التذكرة ١٩ : ٤٠٠ .

(٤) المسالك ١٢ : ٤٣٧ .

(٥) الروضة ٧ : ١٨٠ .

(٦) انظر اللمعة : ٢٢٨ .

وفي جامع المقاصد: «والظاهر أنَّ مفارقتة من غير أن يبقى رحله مسقط لأولويته ولو قصر الزمان جداً، كما لو خرج لغرض لا ينفك عن مثله عادة ولا يخرج في العادة عن كونه ساكناً، ففي بقاء حقه قوة»^(١).
وعن تعليق الإرشاد له أيضاً فيما إذا لم يبق رحله وقصر الزمان وجهان^(٢).
وعن التحرير: «لا إشكال في بقاء حقه حيث فارق لعذر»^(٣) ونحوه عن الكفاية^(٤).
وفي الدروس: «لو فارق ساكن المدرسة والرباط ففيه أوجه: زوال حقه كالمسجد، وبقاؤه مطلقاً لأنه باستيلانه جرى مجرى الملك، وبقاؤه إن قصرت المدة دون ما إذا طالت لئلا يضر بالمستحقين، وبقاؤه إن خرج لضرورة كطلب مأربة مهمة وإن طالت المدة، وبقاؤه إن بقي رحله وخادمه، والأقرب تفويض ذلك إلى ما يراه الناظر»^(٥).

وقد يشكل بأن الناظر ليس له إخراج المستحق اقتراحاً، فرأيه فرع الاستحقاق وعدمه.
نعم لو قُض إليه الأمر مطلقاً فلا إشكال.
أما إذا أبقى رحله ففي القواعد الإشكال فيه^(٦).
قيل: «من أنه وضع بحق سابق اقتضى الأولوية على غيره فلا يزال، ومن أنَّ المدرسة للسكنى لا لوضع الرحل وإنما جاز وضعه تبعاً لها وقد زالت فيزول التابع»^(٧).
ورده الكركي بأن «المتنازع فيه هو زوال السكنى بالخروج مع بقاء الرحل، ومن خرج عن بيت مع بقاء متاعه فيه لغرض لا يخرج عن كونه ساكناً فيه عادة». ومن هنا قال في جامع المقاصد: «الأقرب بقاء الحق إن لم تطل المدة بحيث يؤدي إلى التعطيل»^(٨).

ونحوه عن تعليقه على الإرشاد^(٩) وحواشي الشهيد^(١٠).
وفي الروضة: «الأقوى أنه مع بقاء الرحل وقصر المدة لا يبطل حقه، وبدون الرحل يبطل إلا أن يقصر الزمان بحيث لا يخرج عن الإقامة عرفاً»^(١١).

(١) جامع المقاصد ٧: ٤١.

(٢) حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩: ٣٠٥.

(٣) التحرير ٤: ٥٠٤. الصحيح أن يكون: «الإشكال» بدل «لا إشكال».

(٤) كفاية الأحكام ٢: ٥٦٣.

(٥) الدروس ٣: ٧٠.

(٦) القواعد ٢: ٢٧١.

(٧) (٨) الإيضاح ٢: ٣٣٦. جامع المقاصد ٧: ٤١.

(٩) حاشية الإرشاد (حياة الكركي) ٩: ٣٠٥.

(١٠) حاشية القواعد (موسوعة الشهيد) ١٤: ٣٤٨.

(١١) الروضة ٧: ١٨٠.

[وكذلك إذا بقي رحله].

[وكذلك الحال في المفارقة لعذر]. هذا كَلَهُ في المفارقة لعذر، أمّا إذا كانت لغیر عذر فظاهر المتن [١] بطلان حقه مطلقاً [٢]. والمتّجه ما عرفت من عدم ثبوت حقّ للسابق إلّا على معنى عدم مزاحمة الغير في استيفائه على الوجه الذي ذكرناه. وبقاء الرجل ليس هو من التحجير. ولذا لا يورث ولا يصالح عنه ولا غير ذلك ممّا يجري على الحقوق المالية. وإنّما هو طريق شرعي لحبس المكان، باعتبار حرمة التصرف فيه للغير مع فرض عدم المعارضة لذی المنفعة المقصودة. ونحوه جارٍ في المدارس والربط أيضاً ما لم يلزم التعطيل المنافي لغرض الواقف، وإلّا فليس لأحد التصرف فيه بعد أن كان وضعه بحقّ [٣].

[حكم إحياء المعادن]:

(الطرف الرابع في المعادن) جمع معدن. وقد تقدّم الكلام فيه في كتاب الصلاة و[هو] [٤]. ما استخرج من الأرض ممّا كانت أصله واشتمل على خصوصيّة يعظم الانتفاع بها [٥].

وعلى كلّ حال فـ(الظاهرة) منها (وهي التي لا تفتقر إلى إظهار) بمعنى عدم احتياج الوصول إليها إلى مؤونة (كالملاح والنفط والقار) والكبريت والموميا والكحل والبرام وغيرها ممّا هي ظاهرة بلا عمل وإنّما السعي والعمل لأخذه (لا تملك بالإحياء) معدناً [٦].

[١] وغيره.

[٢] بل هو صريح المسالك والروضة^(١) وغيرهما. بل في الكفاية أنّه الأشهر^(٢).

قلت: قد ذكرنا ما يظهر لك منه ما في كثير من هذه الكلمات وغيرها المنبئة عن عدم تحقيق الحال عندهم في ذلك.

[٣] والأصل في ذلك عدم أدلّة شرعية يتّضح منها الحال؛ إذ ليس إلّا النصوص التي هي غير جامعة لشرائط الحجّة - حتى الجبر بشهرة ونحوها - في محالّ الشكّ، لما عرفت من الإشكال والاضطراب.

ومن هنا لا وجه لدعوى استصحاب بقاء الحقّ ونحوه بعد أن لم يعلم كون الحقّ الثابت ممّا يستصحب أو لا؛ إذ من المحتمل كونه ما ذكرناه. وكلمات الأصحاب وإن اشتملت على التعبير به أيضاً إلّا أنّها أيضاً غير متّحقة بالنسبة إلى ذلك. كعدم تنقيحها في مفروض المسألة الذي جزموا بسقوط الحقّ بالمفارقة لغير عذر وإن قصر الزمان - بل ومعه إلّا من سمعت - مع صدق السكنى العرفية التي يمكن أن يكون بناؤها على التسامح ومعاملة الوقف معاملة الملك، وكذا كلامهم مع الرجل. فلا مناص حينئذٍ إلّا ما ذكرناه، والله العالم والهادي.

[٤] [كما] قيل^(٣): إنّ المجتمع من كلمات الفقهاء واللغويين هو [ذلك].

[٥] وإليه يرجع ما في المسالك من أنّها هي البقاع التي أودعها الله شيئاً من الجواهر المطلوبة^(٤).

[٦] لعدم تصوّره بعد أن كان هو الحفر ونحوه لإظهاره، كما استعرفه في المعادن الباطنة، والفرض هنا ظهوره.

(١) المسالك ١٢: ٤٣٧. الروضة ٧: ١٧٩ - ١٨٠. (٢) كفاية الأحكام ٢: ٥٦٣.

(٣) قاله في مفتاح الكرامة ٧: ٤١. (٤) المسالك ١٢: ٤٣٨.

نعم، لو أراد إحياءها داراً مثلاً أو غيرها ممّا لا ينافي كونها معدناً أمكن القول بصحّته، فيملكه حينئذٍ [١].
(و) عليه فـ (لا يختص بها المحجّر) [٢].

(وفي جواز إقطاع السلطان المعادن) المزبورة (والمياه تردّد) [٣]. والمتجه اختصاص جواز ذلك للإمام المعصوم وإن لم يسمّ إقطاعاً].

[١] إن لم يكن إجماعاً على خلافه ولو لإطلاقهم عدم إحيائها ولكن لم أجد ذلك محرراً في كلامهم.

[٢] الذي هو الشارع في الإحياء الذي عرفت انتفائه.

[٣] من عموم ولايته الاستفادة من قوله تعالى: ﴿أَوَّلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِن أَنفُسِهِمْ﴾^(١)، وغيره. وكونها من الأنفال في خبر إسحاق بن عمار المروي عن تفسير علي بن إبراهيم: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأنفال؟ فقال: «هي التي خربت -إلى أن قال -: والمعادن منها»^(٢). وفي المرسل عن الصادق عليه السلام: «أنه سئل عن الأنفال؟ فقال: «منها المعادن والآجام»^(٣) الحديث. و«الناس مسلطون على أموالهم»^(٤). خصوصاً بعد ما في بعض نصوص الأنفال: «أن ما كان لله فهو لرسوله يضعه حيث شاء وكذلك الإمام بعده»^(٥). ومن أن مورد الإقطاع الموات باعتبار كونه كالتحجير، وقد عرفت أنه لا تندرج فيه المعادن، ولو لما استسمع من أن المشهور كون الناس فيها شرعاً فلا وجه لإقطاعها حينئذٍ. وعن حنّان قال: استقطعت رسول الله صلى الله عليه وآله معدناً من الملح بمازن فأقطعنيه، فقلت: يا رسول الله إنه بمنزلة الماء العذب -يعني أنها لا تنقطع ولا تحتاج إلى عمل - فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: «فلا آذن»^(٦). لكن في المسالك: «هذه الرواية على تقدير صحّتها محتملة للقولين، لكنها قد تشكل على أصول أصحابنا، تغيير رأيه في الحكم بسبب اختلاف النظر في المعدن، وهي نظير ما روي عنه عليه السلام «لو بلغني هذه الأبيات قبل قتله لما قتله»^(٧) يعنى النظر بن الحارث لما بلغه أبيات أخته تربيته بها، والجواب عنهما واحد^(٨). قلت: لعله هو من تغير الحكمة التي يدور معها الحكم الشرعي. كما أنه قد يجاب عن رواية المقام بأن ظاهر استقطاع السائل كون المعدن مواتاً يحتاج إلى إحياء، فلما أظهر للنبي صلى الله عليه وآله كون المعدن ظاهراً حياً منع من إقطاعه، فلا دلالة فيها حينئذٍ إلا على منع إقطاع الظاهرة منها التي هي محلّ البحث؛ إذ لا كلام في جواز إقطاع الباطنة كما ستعرفه. وبالجمله هذه المسألة كنظائر المذكورة في هذا الكتاب قد ذكرها العامة بناءً على أصولهم في أئمتهم الذين يجوز عليهم -إن لم يكن قد وقع منهم -كل قبيح؛ لأن الأحكام الصادرة منهم عن اجتهاد ورأي وغير ذلك من الأمور الفاسدة، كما لا يخفى على من له أدنى خبرة بأحوالهم بخلاف الإمام عليه السلام عندنا الذي لا ينطق عن الهوى، وإن هو إلا وحي يوحى، ولإطلاعه على المصالح الواقعية وكونه معصوماً عن ترك الأولى -فضلاً عن غيره -صار أولى من المؤمنين بأنفسهم. فالمتجه حينئذٍ سقوط هذا البحث؛ ضرورة أن له الفعل وإن لم يسمّ إقطاعاً عرفاً.

(١) الأحزاب: ٦.

(٢) تفسير القمي: ١: ٢٥٤. الوسائل ٩: ٥٣١، ب ١ من الأنفال، ح ٢٠.

(٣) الوسائل ٩: ٥٣٣، ب ١ من الأنفال، ح ٢٨، وفيه: «عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام».

(٤) البحار ٢: ٢٧٢، ح ٧.

(٥) انظر الوسائل ٩: ٥٢٣ - ٥٢٧، ب ١ من الأنفال، ح ١، ١٠، ١٢.

(٦) سنن ابن ماجه ٢: ٨٧٧، ح ٢٤٧٥. سنن أبي داود ٣: ١٧٤، ح ٣٠٦٤ وفي المصادر: «أبيض بن حمّال» بدل «حنّان».

(٧) سيرة ابن هشام ٣: ٢٤٥.

(٨) المسالك ١٢: ٤٣٩.

نعم لا يجوز ذلك ونحوه ممّا هو متوقّف على المصالح الواقعية للنائب العام [١].

(وكذا) التردّد (في) جواز (اختصاص) السلطان (المقطع بها) [٢].

ولكن قد عرفت تحقيق الحال [وأنت لا يجوز ذلك لغير المعصوم عليه السلام].

(و) كيف كان فكّل (من سبق إليها فله أخذ حاجته) [٣].

(بل ولو تسابق اثنان) مثلاً (فالسابق أولى) [٤].

فيأخذ حينئذٍ بغيته وإن زاد على ما يعتاد لمثله [٥].

إلا مع وصول الأمر إلى حدّ المضاربة بالغير [٦].

(و) كيف كان فـ (لو توافيا) على وجه لم يسبق أحدهما الآخر (و) لكنّهما بالنسبة إلى غيرهما سابق فإن

(أمكن أن يأخذ كلّ منهما بغيته) دفعةً أو تدريجاً برضاهما (فلا بحث، وإلا أقرع بينهما مع التعاسر) ولو بالنسبة

[١] لعدم عموم لنيابته على وجه يشمل مثل ذلك ممّا هو مبني على معرفة المصالح الواقعية، وليس له ميزان ظاهر أدنوا عليه فيه.

فهو من خواص الإمامة لا يندرج في إطلاق ما دلّ^(١) على نيابة الغيبة المنصرف إلى ما كان منطبقاً على الموازين الشرعية الظاهرة، كالقضاء والولاية على الأطفال ونحو ذلك لا نحو الفرض.

[٢] ممّا سمعت من كونه أولى وغيره، ومن أنّ الناس فيها شرع سواء.

[٣] بلا خلاف ولا إشكال.

[٤] بلا خلاف ولا إشكال؛ لعموم «من سبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم فهو أحقّ به»^(٢).

ولغيره ممّا تقتضيه من حرمة الظلم ونحوه، بعد أن كان الشيء مشتركاً بين الجميع وسبق إليه أحدهم.

[٥] وفقاً للفاضل والشهيد والكركي ومحكي المبسوط^(٣) وغيرهم. خلافاً للمحكي عن بعض، فلا يجوز له إلا

ما يعتاد لمثله^(٤). ولا رب في ضعفه؛ لإطلاق الأحقية. لكن في المسالك: «وعليه فلو أراد الزيادة على ما يقتضيه حقّ

السبق ففي إيجابته وجهان: من تحقق الأوليّة بالسبق، ومن أن عكوف غيره يفيد أولوية في الجملة والأصحّ الأول»^(٥).

وفيه: أنّ ما ذكر من الوجه الأول لا يوافق ما فرضه. ومنه يعلم ما في قوله: «الأصحّ».

والأولى من ذلك ما ذكرناه.

[٦] ولعلّه إلى ذلك يرجع ما في جامع المقاصد من التقييد بما إذا لم يصّر مقيماً^(٦).

كما أنّ مرجع قول بعض الأصحاب: أخذ بغيته وحاجته ونحوهما^(٧) إلى شيء واحد، وهو جواز الأخذ ولو

زائداً على الحاجة ما لم تحصل المضاربة، والله العالم.

(١) انظر الوسائل ٢٧: ١٤٠، ب ١١ من صفات القاضي، ح ٩. (٢) تقدّم تخريجه في ص ٣٣٢.

(٣) التحرير ٤: ٤٩٢. التذكرة ١٩: ٣٨٢. الدروس ٣: ٦٧. الروضة ٧: ١٨٨. جامع المقاصد ٧: ٤٤. المبسوط ٣: ٢٧٥.

(٤) انظر السرائر ٢: ٣٨٣.

(٥) (٧) المسالك ١٢: ٤٣٩. الإيضاح ٢: ٢٣٧.

(٦) جامع المقاصد ٧: ٤٤.

إلى تقديم أحدهما إذا فرض وفاء المعدن بحاجتهما معاً ولكنّه ضيق عن اجتماعهما في الأخذ [١] (وقيل: يقسم وهو حسن) [٢].

- [١] كما أوماً إليه في المحكي عن جامع الشرائع بقوله « فإن ضاق أقرع »^(١).
 كقوله في القواعد وغيرها: « فإن تسابق إثنان أقرع مع تعذر الجميع »^(٢).
 بل وكذا قوله في الإرشاد: « أقرع مع تعذر الاجتماع »^(٣).
 وعليه ينزل إطلاق ما عن الخلاف والمبسوط والسرائر فإن تسابق إثنان أقرع بينهما الإمام عليه السلام^(٤).
 كما ينزل إقراع الإمام مع فرض رجوعهما إليه وإلا رجعا بأنفسهما إلى القرعة. لأن ذلك حكمهما في الواقع.
 وعلى كل حال فقد قيل: « إن الوجه في ذلك استوائهما في الأولوية وعدم إمكان الاشتراك واستحالة الترجيع فأشكل المستحق فيقرع لذلك »^(٥). وقد يناقش بمنع عدم إمكان الاشتراك بعد استوائهما في السبب المقتضي له.
 ولعله لذا قال في المتن [ذلك].
 [٢] وعن الإيضاح أنه قواه^(٦). وإن كنا لم نتحقق القائل المزبور منّا ممن تقدّم عليه، وأنما هو بعض وجوه الشافعية^(٧).
 وفي التذكرة عن بعض علمائنا: أن الحاكم ينصب من يقسم بينهما^(٨).
 نعم في الدروس واللمعة إن تعذرت القسمة أقرع^(٩).
 وإليه يرجع ما في المسالك من أن القول بالقسمة جيد مع قبوله لها، أمّا مع عدمه فالقرعة أحسن^(١٠).
 ولعل المراد بما في الأولين من عدم قبول القسمة كونه واسعاً، لا كما في الروضة^(١١) من حيث القلة ونحوها.
 وحينئذ فيرجع إلى ما أطنب فيه في جامع المقاصد.
 فإنه بعد أن ذكر وجه القسمة قال: « وهذا إنما يكون في غير المعدن الواسع جداً بحيث يزيد على مطلوب كل واحد منهما؛ إذ لا معنى للقسمة حينئذٍ.

نعم ما قلّ عن مطلوبهما لا يبعد القول فيه بالقسمة لإمكانها واستوائهما في سبب الاستحقاق، والقرعة إنما هي في الأمور المشكّلة التي لا طريق إلى معرفة حكمها، أمّا ما ثبت حكمها بدليل شرعي فلا وجه لإجراء القرعة فيها. فإن تشاحاً في التقدّم في النيل لضيق المكان فليس ببعيد القول بالقرعة حينئذٍ فمن أخرجته أخذ حقه

(١) الجامع للشرائع: ٣٧٥.

(٢) القواعد ٢: ٢٧٣. التحرير ٤: ٤٩٢.

(٣) الإرشاد ١: ٣٤٩.

(٤) الخلاف ٣: ٥٣١. المبسوط ٣: ٢٧٥. السرائر ٢: ٣٨٣.

(٥) المسالك ١٢: ٤٣٩. الروضة ٧: ١٨٩ - ١٩٠.

(٦) الإيضاح ٢: ٢٣٨.

(٧) المجموع ١٥: ٢٢٠.

(٨) التذكرة ١٩: ٣٨٣.

(٩) المسالك ١٢: ٤٤٠.

(٩) الدروس ٣: ٦٧. اللمعة: ٢٢٨.

(١١) الروضة ٧: ١٨٩ - ١٩٠.

من المقسوم، فتلخص من هذا أنه مع السعة لمطلوبهما المرجع في^(١) القرعة في التقديم، ومع عدمه فالقسمة فإن تشاحاً في التقديم أقرع.

ولو أن أحدهما قهر الآخر وأخذ مطلوبه أثم قطعاً، ثم إن كان المعدن واسعاً ملك ما أخذه، لأنه لم يأخذ ما استحقه الآخر، وإلا لم يملك إلا ما تقتضي القسمة استحقاقه إياه. ومثله ما لو ازدحم اثنان على الفرات مثلاً فقهر أحدهما صاحبه وحاز ماءً، فإن الظاهر أنه يملكه، بخلاف ما لو ازدحما على ماء غدير ونحوه ممّا لا يقطع بكونه وافياً بغرضهما، فإن الأولوية لهما، فلا يملك القاهر ما أخذه إلا بعد القسمة^(٢) وتبعه على ذلك في الروضة بل والمسالك^(٣).

ولكن زاد عليه العمل بالقرعة مع عدم إمكان القسمة لقلة المطلوب أو لعدم قبوله لها. ولكن لا يخفى عليك عدم جريان ذلك على ما قلناه من أن الأحق في هذه المقامات لا يزيد على ما يقتضيه الظلم؛ ضرورة عدم حصول الملك إلا بالحيازة التي هي النيل، وإنما سبق في الفرض قد أفاد عدم جواز مزاحمة الغير لهما من حيث إنه ظلم. وحيث أشكل الحال في استحقاق كلّ منهما إيجاد السبب الذي يحصل به الملك فلا طريق لترجيح أحدهما على الآخر إلا القرعة، لا قسمة الباقي على الإباحة ولم يتعلق لأحدهما في عينه حق.

وكونهما سابقين مشمولين؛ لعموم «من سبق»^(٤) لا يقتضي إلا ما ذكرناه، لا أزيد منه من تعلق حقّ بالعين نفسها فضلاً عن الملك ولا فرق في ذلك بين الواسع والضيق.

ومن الغريب دعوى القرعة بينهما في التقديم للنيل مع ضيق المكان وعدم الزيادة على الحاجة، ثم إن من خرجت القرعة له يأخذ حقه من المقسوم.

وأغرب منه دعوى عدم ملك الظالم في غير الواسع ما زاد على القسمة - أو ما أخرجه إن لم يكن قابلاً لها، بناءً على إرادة ذلك من عدم قبولها - مع فرض حصول السبب المملّك منه الذي ليس في شيء من الأدلة ما يقتضي منع تعلق الحقّ المزبور عن الملك به، بخلاف ما لو كان المعدن أو الماء زائداً على الحاجة، فإنه يملك الظالم وإن أتم مع إمكان أن يقال: يسبقهما ملكاً أيضاً مقدار حاجتهما أو مقدار ما يتلّان منه أو غير ذلك.

وبالجملة: كلّ ذلك مجرد تهيج لا تطابق عليه الأدلة التي مقتضاها ما ذكرناه. مضافاً إلى منع عدم قبول القسمة للقلة ونحوها على ما فسرّه به في الروضة^(٥)، للاشتراك وإن قلّ؛ إذ أقصاه البقاء على الإشاعة في مثل الياقوتة ونحوها. وبذلك كلّ ظهير أن الأولى القرعة في التقديم مع فرض ضيق المكان سواء كان المعدن واسعاً أو ضيقاً، فيملك حينئذٍ من أخرجته القرعة ولا يشاركه الآخر.

(١) في المصدر بدله: «إلى».

(٢) جامع المقاصد ٧: ٤٤ - ٤٥.

(٣) الروضة ٧: ١٨٩ - ١٩١. المسالك ١٢: ٤٣٩ - ٤٤٠.

(٤) تقدّم تخرجه في ص ٣٣٢.

(٥) الروضة ٧: ١٨٩.

[ولكن الأولى القرعة في التقديم مع فرض ضيق المكان سواء كان المعدن واسعاً أو ضيقاً ، فيملك حينئذٍ من أخرجه القرعة ولا يشاركه الآخر].

بل المتّجه أيضاً ترتّب الملك على الحياة المزبورة لو قهر صاحبه فمنعه منها وإن كان ظالماً .

نعم لو كان المعدن لا يفي بحاجتهما وكان النيل غير ضيق فكلّ من حصل منه النيل ملك به ما ملكه .

ونحو ذلك في ماء الفرات والغدير [١] .

(و) كيف كان فـ (من فقهاثنا) [٢] (من يخصّ المعادن) مطلقاً (بالإمام عليه السلام) (فهي عنده) حينئذٍ (من

الأنفال) [٣] .

(وعلى هذا لا يملك ما ظهر منها ولا^(١) ما بطن) إلا بتمليك منه (ولو صحّ تملكها بالإحياء) بفرضه فيما

تصوّر حصوله فيها (لزم من قوله اشتراط إذن الإمام عليه السلام) [٤] . (و) لكن (كلّ ذلك لم يثبت) [٥] .

[١] ولعلّه لذا قال في الكفاية : « المشهور أنّه إذا تغلّب أحدهما على الآخر أتم . وفيه إشكال »^(٢) .

ولعلّه لما سمعته من تعلق الحقّ الذي لم يثبت كونه مانعاً عن الملك بالسبب ، بل مقتضى إطلاق الأدلّة ترتبه عليه وإن أتم في مقدّماته أولاً .

هذا وعن بعض الشافعية احتمال أنّ الإمام يجتهد ويقدم من يراه أحوج وأحقّ^(٣) ؛ لأنّ سبب الاستحقاق الحاجة ،

ومتى كان سببه أقوى استحقّق التقديم .

واحتمله بعض أصحابنا^(٤) أيضاً .

لكنّه واضح الضعف ؛ ضرورة عدم أثر في شيء من الأدلّة يقتضي ترجيح الأحوج على غيره .

نعم قد تقدّم في المباحث السابقة وجوب بذل الماء مثلاً في إحياء النفس المحترمة ، وهو أمر آخر غير ما نحن فيه كما هو

واضح ، والله العالم .

[٢] وهو المفيد وسلاً^(٥) ، بل حكى عن الكليني وشيخه عليّ بن إبراهيم وعن الشيخ أيضاً^(٦) .

[٣] للخبر المزبور^(٧) ، أو لأنّها من الأرض التي لا ربّ لها .

[٤] حال حضوره أو مطلقاً على الكلام السابق .

ولكن كلّ ذلك لم يثبت .

[٥] لعدم جابر للخبر المزبور بل الموهن متحقّق فإنّ المشهور نقلاً وتحصيلاً على أنّ الناس فيها شرع سواء .

(١) لم ترد في الشرائع المحققة . (٢) كفاية الأحكام ٢ : ٥٦٥ ، وفيه : « أتم وملك » .

(٣) روضة الطالبين ٥ : ٣٠١ . مغني المحتاج ٢ : ٣٧٢ .

(٤) القواعد ٢ : ٢٧١ - ٢٧٢ .

(٥) المغنّة : ٢٧٨ . المراسم : ١٤٠ .

(٦) نقله عن الكليني وشيخه في كفاية الأحكام ٢ : ٥٦٤ . انظر الكافي ١ : ٥٣٨ ، باب الفيء والأنفال وتفسير المقي ١ : ٢٥٤ . النهاية : ٤١٩ .

(٧) تقدّم في ص ٣٦١ .

بل قيل : « قد يلوح من محكي الميسوط والسرائر نفي الخلاف فيه »^(١).

مضافاً إلى السيرة المستمرة في سائر الأعصار والأمصار في زمن تسلطهم وغيره على الأخذ منها بلا إذن . حتى ما كان في الموات - الذي قد عرفت أنه لهم - منها ، أو في المفتوحة عنوة التي هي للمسلمين .

فإنه وإن كان ينبغي أن يتبعهما ، فيكون ملكاً للإمام عليه السلام في الأول وللمسلمين في الثاني - لكونه من أجزاء الأرض المفروض كونها ملكاً لهما ، بل لو تجدد فيهما فكذلك أيضاً - إلا أن السيرة المزبورة العائدة للشهرة المذكورة ولقوله تعالى : ﴿ خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ ﴾^(٢) ولشدة حاجة الناس إلى بعضهما على وجه يتوقف عليه معاشهم نحو الماء والنار والكأ ، وفي خبر البخري عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام « لا يحل منع الملح والنار »^(٣) وغير ذلك مما لا يخفى على السارد لأخبارهم يوجب الخروج عن ذلك .

فما عن بعضهم من التفصيل فيها بين ما كان في مواته عليه السلام وبين غيره^(٤) واضح الضعف .

ومن الغريب ما في الدروس من أنه قال : « وبعض علمائنا يخص المعادن بالإمام سواء كانت ظاهرة أو باطنة فتتوقف الإصابة منها على إذن في حضوره لا مع غيبته ، وقيل باختصاصه في الأرض المملوكة له ، والأول يوافق فتواهم بأن موات الأرض للإمام فإنه يلزم من ملكها ملك ما فيها والمتأخرون على أن المعادن للناس شرع .

إما لأصله الإباحة ، وإما لطعنهم في أن الموات للإمام ، وإما لاعتراضهم به وتخصيص المعادن بالخروج عن ملكه ، ضعيف »^(٥) . إذ هو كما ترى بعد الإحاطة بما ذكرناه .

ثم إنه قال في المسالك تقريباً على الأول : « ما كان منها ظاهراً لا يتوقف على الإحياء يجوز في حال الغيبة أخذه كالأنفال ، وما يتوقف على الإحياء فإن كان الإمام عليه السلام ظاهراً فلا إشكال في عدم تملكه بدون إذنه ومع غيبته يحتمل كونه كذلك عملاً بالأصل وإن جاز الأخذ منه كغيره من الأنفال ، لأن تملك مال الغير يتوقف على إذنه ، وهو مفقود وإنما الموجود الإذن في أخذه »^(٦) .

وفيه : أولاً : مع فرض شمول دليل التملك بالإحياء له لا ينبغي التوقف في ملكه ؛ ضرورة كونه حينئذ كالموات من الأرض إن لم يكن منها .

وثانياً : أن الإذن منهم في الأنفال لمن هي له ظاهرة أو صريحة في لوازم الملك كالبيع والنكاح ونحوهما ، فلا محيص عن القول بالملك فيما يؤخذ منها لمن أذنوا له فيها ، كما هو واضح ، والله العالم .

(١) قاله في مفتاح الكرامة ٧ : ٢٩ .

(٢) البقرة : ٢٩ .

(٣) الوسائل ٢٥ : ٤١٧ ، ب ٥ من إحياء الموات ، ح ٢ .

(٤) التحرير ٤ : ٤٩١ - ٤٩٢ .

(٥) الدروس ٣ : ٦٨ - ٦٩ .

(٦) المسالك ١٢ : ٤٤١ .

(ولو كان إلى جانب المملحة أرض موات إذا حفر بها^(١) بئر وسبق إليها الماء صار ملحاً صحّ تملكها بالإحياء) الذي منه حفرها لذلك .

(واختصّ بها المحجّر) الذي شرع في حفرها .

(ولو أقطعها الإمام صحّ) [١] .

هذا كلّه في المعادن الظاهرة .

(و) أمّا (المعادن الباطنة)^(٢) التي لا تظهر إلّا بالعمل (والمعالجة (كمعادن الذهب والفضّة والنحاس) والرصاص ونحوها حيث تكون كذلك ، وإلّا فلو فرض احتياج بعضها إلى كشف تراب يسير أو كانت على وجه الأرض لسيل ونحوه فلها حكم المعادن الظاهرة وهو الملك بالحيازة لا غيره على حسب ما عرفت ، كما أنّ ما كان من الظاهرة لو فرض كونه في طبقات الأرض على وجه يحتاج إلى حفر وعمل كان له حكم ما تسمعه من حكم الباطنة .

وعلى كلّ حال (فهي) أي الباطنة (تملك بالإحياء) الذي هو العمل حتى يبلغ نيلها [٢] .

بل الظاهر أنّ الحكم كذلك ، سواء قلنا : إنّها للإمام أو للناس [٣] .

ومن هنا يملك البئر ببلوغه الماء الذي فيها [٤] .

وحينئذٍ فلو قهره ظالم وأخرج منه شيئاً كان ملكاً للمحيي ، بل ولا أجرة للظالم . (و) كيف كان فلا إشكال [٥]

[١] بلا خلاف أجدّه في شيء من الثلاثة ، بل ولا إشكال ؛ ضرورة كون الأرض حينئذٍ من الموات الذي عرفت صحّة الثلاثة فيه . وصيرورة الماء فيها ملحاً لا يجعلها معدناً كما أنّ كونها بجنب المملحة كذلك أيضاً ، فإنّ كلّاً منهما حينئذٍ على حكمه ، كما هو واضح ، والله العالم .

[٢] بلا خلاف أجدّه بين من تعرّض له كالشيخ^(٣) وإبني البرّاج^(٤) وإدريس^(٥) والفاضل^(٦) والشهيد^(٧) والكركي^(٨) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ، بل عن ظاهر المبسوط والمهذّب والسرائر الإجماع على ذلك^(٩) .

[٣] ولعلّه لصدق الإحياء الذي هو سبب الملك ، ولو بملاحظة ما سمعته من فتوى الأصحاب ، فإنّ إحياء كلّ شيء بحسبه .

[٤] إذ هو كالجواهر الكائن فيها ويبلغه بحفرها .

[٥] ولا خلاف [فيه] .

(١) في الشرائع : « فيها » .

(٢) في الشرائع زيادة : « هي » .

(٣) المبسوط : ٣ : ٢٧٧ .

(٤) المهذّب : ٢ : ٣٤ .

(٥) السرائر : ٢ : ٣٨٣ .

(٦) الإرشاد : ١ : ٣٤٩ . القواعد : ٢ : ٢٧٢ .

(٧) اللمعة : ٢٢٧ . المسالك : ١٢ : ٤٤٢ .

(٨) جامع المقاصد : ٧ : ٤٣ ، ٤٦ ، ٤٧ .

(٩) استظهره في مفتاح الكرامة : ٧ : ٤٦ .

في أنه (يجوز للإمام إقطاعها قبل أن تملك) [١].

(و) قد عرفت أن (حقيقة إحيائها أن يبلغ نيلها) [٢].

(و) على كل حال ف(لو حَجَرها وهو أن يعمل فيها عملاً لا يبلغ به نيلها كان أحق بها ولم يملكها) [٣].

(و) من هنا [المختار] [٤] أنه يجري فيه ما تقدّم في التحجير من أنه (لو أهمل أجبر على إتمام العمل أو رفع

[١] بل ربّما ظهر من التذكرة الإجماع عليه^(١)؛ لأنّه إن لم يكن موثّقاً داخلًا في ملكه فهو بحكم الموات المندرج في عموم ولايته.

وللخبر السابق^(٢) الدالّ على جواز إقطاع المعدن الباطن.

نعم عن الشافعي أنّه لا يقطع إلّا بقدر ما يتمكّن المقطع من العمل عليه والأخذ منه؛ حذراً من التعطيل والتضييق على الناس^(٣).

مع أنّه في التذكرة مقابلاً لذلك: «وقال علماؤنا: للإمام أن يقطعه الزائد»^(٤).

بل قيل: إنّ ظاهر إطلاق المبسوط أو صريحه وظاهر إطلاق الباقيين^(٥).

وإن كان قد يقال بأنّ ما ذكره الشافعي مناسب لما تسمعه من المصنف والشيخ وابن البرّاج والفاضل والكركي^(٦) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم: من أنّه إذا أهمل المخجر له بعض العمل أجبره الإمام على إتمامه أو الترك، فإن اعتذر بعذر ينتظر أنظره ثم يلزمه أحد الأمرين نحو ما سمعته سابقاً.

إذ ليس ذلك إلّا لما سمعته من الشافعي من التعطيل والضيق، ولعلّه لذا اختار في التحرير^(٧) مذهب الشافعي.

بل لو اعتذر بالإعسار أمكن عدم إجابته كما في جامع المقاصد^(٨). لعدم الأمد الذي يخشى منه التطويل المفضي إلى التعطيل، هذا.

[٢] بلا خلاف أجده.

نعم زاد بعضهم مع ذلك قصد التملّك^(٩). وهو جيّد مع فرض اشتراطه في مطلق الإحياء وإن كان قد عرفت البحث فيه؛

ضرورة أنّ المقام كثيره وإلّا فلا وجه قطعاً، لعدم احتمال ما يخضه من بين أفراد الإحياء.

[٣] على حسب ما سمعته في التحجير الذي ما نحن فيه فرد منه؛ إذ هو شروع في إحيائها.

[٤] [كما] قد عرفت عدم الخلاف في [ذلك].

(١) التذكرة: ١٩: ٣٨٨. (٢) تقدّم في ص ٣٦١.

(٣) روضة الطالبين ٥: ٣٠٣. (٤) التذكرة: ١٩: ٣٨٨.

(٥) مفتاح الكرامة ٧: ٤٧.

(٦) المبسوط ٣: ٢٧٣. المذهب ٢: ٣٢. القواعد ٢: ٢٧٢. جامع المقاصد ٧: ٤٨.

(٧) التحرير ٤: ٤٩٢.

(٨) جامع المقاصد ٧: ٤٨.

(٩) المسالك ١٢: ٤٤٢.

يده عنها، ولو ذكر عذراً أظهره السلطان بقدر زواله ثم ألزمه أحد الأمرين [١]. ثم قد عرفت سابقاً أيضاً أنّ من ملك مواتاً بإحيائه ملك حريمه معه وهو مرافق ذلك العامر التي يرجع فيها إلى العرف المختلف باختلاف الأحوال والأمكنة [٢].

(فرع) بل فروع:

الأول: (لو أحيأ أرضاً وظهر فيها معدن) باطن (ملكه تبعاً لها) [٣]: (لأنّه) جزء (من أجزائها) [٤].
سواء كان عالماً به حين أحيائها أو لا [٥].

[١] كما عرفت الكلام في ذلك كلّ مفضلاً.

[٢] وهو معنى ما عن المبسوط والمهذب^(١) من أنّه إذا أحيأ المعدن فهو أحقّ به وبمرافقه التي لا بدّ منها على حسب الحاجة إليه إن كان يخرج منه ما يخرج بالأيدي، وإن كان يخرج بالأعمال فكما ذكرناه في الموات. وقد ذكرنا هناك أنّ المدار على الحاجة ممّا يتوقّف عليه الدوابّ والدولاب والمستقى ونحو ذلك^(٢). لكن في القواعد: «ولا يقتصر ملك المحيي على محلّ النبل بل الحفر التي حواليه وتليق بحريمه يملكها أيضاً»^(٣).

وقيل: «إنّ مراده بها ما يريد أن يحفرها، فهي الحفر بالقوّة لا بالفعل»^(٤). ولكن لا يخفى عليك ما في ذلك. ونحوه ما في المسالك: «وإذا اتّسع الحفر ولم يوجد المطلوب إلّا في بعض جهاته لم يقتصر الملك على محلّه، بل كما يملكه يملك ما حواليه ممّا يليق بحريمه، وهو قدر ما يقف فيه الأعوان والدوابّ، ومن جاوز ذلك وحفر لم يمنع وإن وصل إلى العرق»^(٥). ولا يخفى عليك ما فيه من الإجمال أيضاً. وكذا ما في الدروس وغيرها «من ملك معدناً ملك حريمه، وهو منتهى عروقه ومطرّح ترابه وطريقه وما يتوقّف عليه عمله إن عمله عنده»^(٦). فأنّه إن لم يحمل على إرادة ما لا يزيد على حريمه من منتهى عروقه أشكل بما هو المعلوم المصرّح به في كلام غير واحد من أنّه لو حفر فبلغ المعدن لم يكن له منع غيره من الحفر في ناحية أخرى، فإذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه، لأنّه يملك المكان الذي حفره وحريمه. وما في التحرير من أنّه «إن وصل الأوّل إلى العرق فهل للثاني الأخذ منه من جهة أخرى؟ الوجه المنع، فإنّ الأوّل يملك حريم المعدن»^(٧) محمول - بقرينة التعليل وغير ذلك من كلامه - على ما إذا كان موضع الآخر حريماً للأوّل، والله العالم.

[٣] بلا خلاف أجدّه فيه كما عن المبسوط والسرائر الاعتراف به^(٨).

بل قيل: إنّ ظاهر الأوّل، بل الثاني نفيه بين المسلمين^(٩).

[٤] وإن استحال إلى حقيقة أخرى غيرها، إلّا أنّ ذلك لا يخرجها عن ملكه فيها.

[٥] خلافاً للشافعي فملك الثاني [أي غير العالم] دون الأوّل^(١٠). وفيه: ما لا يخفى من أنّه على الحالين من أجزاء الأرض التي ملكها بالإحياء. ومن هنا اختلف عن الكنز المدفون فيها الذي هو إن كان ركازاً لا أثر للإسلام عليه جاز تملكه كالمعادن الظاهرة بعد إخراج خمسة، وإلّا كان لقطة.

(١) المبسوط ٣: ٢٧٧ - ٢٦٨ - ٢٦٩. المهذب ٢: ٣٤، ٢٨. (٣) (٥) القواعد ٢: ٢٧٧. المسالك ١٢: ٤٤٣.

(٤) (٩) مفتاح الكرامة ٧: ٤٧. (٦) الدروس ٣: ٦٨. الروضة ٧: ١٩٢.

(٧) (١٠) التحرير ٤: ٤٩٣. انظر المجموع ١٥: ٤٧. (٨) المبسوط ٣: ٢٧٧. السرائر ٢: ٣٨٣.

وكذا لو اشترى أرضاً فظهر فيها معدن [فإنه يملكه] [١].

الثاني: لو حفر أرضاً فوصل إلى معدن ثم فتحها المسلمون [٢]، فإنه غنيمة للغانمين لا أنه للمسلمين.

الثالث: لو قال رب المعدن لآخر «إعمل فيه ولك نصف الخارج» [٣] فإن كان إجارة بطل، أمالو كان جمالة

صح. ولو قال له: «إعمل فما أخرجته فهو لك» [٤] فيمكن الحكم بالصحة.

[١] وكيف كان فلا ينافي ذلك ما تقدم سابقاً من عدم ملك الإمام عليه السلام المعدن في مواته المملوك له، بل وكذا المفتوحة عنوة التي هي للمسلمين، وإن كان مقتضى ذلك كونه تابعاً للملك، لكن قد عرفت سابقاً ما يقتضي خلافه. ولعله للفرق بين ملك الإمام عليه السلام والمسلمين وبين ملك المحمي المخصوص، بل لا يتم ذلك إلا بذلك، فتأمل جيداً، والله العالم.

[٢] فن الميسوط والمهذب والتذكرة والتحرير: ^(١) أنه غنيمة للغانمين لا أنه للمسلمين كالأرض ^(٢)، وعن الفخر أنه قواه ^(٣)، والكركي استظهره ^(٤)، لكن في القواعد الإشكال في ذلك ^(٥). ولعله من كونه بحكم المنقول وغير مندرج في «الأرض» التي دلت الأدلة أنها للمسلمين، ولعدم علم قصد التملك للحافر، فيكون حينئذٍ على أصل الإباحة، نحو من حفر بئراً في البادية ثم ارتحل عنها. ومن أنه جزء من الأرض التي لا تنقل أو مشابه لها في ذلك. ولكن لا يخفى عليك ضعف الأخير، بل ولا بعض ما ذكر للأول الذي لا يقدر في قوته ذلك، والله العالم.

[٣] ففي القواعد وجامع المقاصد ومحكي الميسوط والتذكرة بطل، لجهالة العوض إجارة كان أو جمالة ^(٦). وهو كذلك في الأول. أما الثاني فقد تقدم في كتاب الجمالة ما يعلم منه صحة ذلك وعدمه بعد فرض كون المعدن مملوكاً للجائع بالإحياء أو بغيره.

[٤] ففي محكي الميسوط: «لا يصح لأنه هبة مجهول، فكل ما يخرج حينئذٍ فهو لصاحب المعدن إلا أن يستأنف له هبة، ولا أجرة للعامل؛ لأنه عمل لنفسه... إلى آخره» ^(٧). ونحوه عن المهذب ^(٨)، بل عن التذكرة اختياره ^(٩)، لكن قد يشكل ذلك - بعد توجيهه: بإرادة المعدوم حال الهبة من الجهل فإن ما يخرج لم يكن حاصلًا قبله - بأنه إباحة تملك. كما أومأ إليه في محكي التحرير قال: «يكون ذلك إباحة للإخراج والتملك وإن كان للمالك الرجوع في العين مع بقائها ولا أجرة له... إلى آخره» ^(١٠). وبعد التسليم قد يمنع عدم استحقاق الأجرة مع جهالته بالحكم؛ لأصالة احترام عمل المسلم الذي صار في الواقع لصاحب المعدن وإن زعم أنه له، كما أومأ إليه في الدروس ^(١١).

اللهم إلا أن لا يمنع جعل الجهل بالحكم عذراً لعدم تحقق الإغراء.

(١) الميسوط ٣: ٢٧٧ - ٢٧٨. المهذب ٢: ٣٤ - ٣٥. التذكرة ١٩: ٣٩٠. التحرير ٤: ٤٩٤.

(٢) ولكن فيها: «لا يكون غنيمة ولا يملكه الغانمون ويكون على الإباحة كالموات».

(٣) الإيضاح ٢: ٢٣٨ - ٢٣٩. (٤) جامع المقاصد ٧: ٥١.

(٥) القواعد ٢: ٢٧٣.

(٦) القواعد ٢: ٢٧٣. جامع المقاصد ٧: ٥١ - ٥٢. الميسوط ٣: ٢٨٠. التذكرة ١٩: ٣٩٣.

(٧) الميسوط ٣: ٢٧٩. (٨) المهذب ٢: ٣٦.

(٩) التذكرة ١٩: ٣٩١. (١٠) التحرير ٤: ٤٩٤.

(١١) الدروس ٣: ٦٨.

(وأما الماء) الذي هو أحد المشتركات [١]. (فد) قد يعرض له الملك بالإحراز في آنية أو مصنع أو حوض أو نحوها [٢].

[ويجري عليه جميع أحكام الملك من غير فرق بين المسلمين وغيرهم].
ولا يجب عليه بذل الفاضل عن حاجته من هذا الماء المحوز [٣] مع أن [المختار] [٤] أن (من حفر بئراً في ملكه أو مباحٍ لملكها فقد اختصّ بها كالمحجر، فإذا بلغ الماء فقد ملك الماء والبئر) [٥].

[١] للأصل، والإجماع بقسميه، والنبي ﷺ: «الناس شركاء في ثلاثة: النار والماء والكلاء»^(١).

والكاظمي: «إن المسلمين شركاء في الماء والنار والكلاء»^(٢).

[٢] بلا خلاف فيه. بل الإجماع بقسميه عليه. بل لعلّه ضروري، وإن حكي عن بعض العامة عدم الملك بذلك وإنما يفيد الأولوية^(٣) لإطلاق النصّ المزبور. إلا أن مثل ذلك لا ينافي بالضرورة المزبورة. كما أن الخبر المزبور لا ينافي عروض الملك بالحياة التي هي أحد أسبابه. مضافاً إلى قوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»^(٤). وغير ذلك من السيرة المستمرة في سائر الأعصار والأمصار على تملك ذلك وبيعها وجريان جميع أحكام الملك من غير فرق بين المسلمين وغيرهم.

[٣] بلا خلاف كما عن الشيخ^(٥) وغيره الاعتراف به؛ إذ ليس هو كالبئر التي ستسمع الكلام فيها.

[٤] [كما هو] المشهور.

[٥] بل لا أجد خلافاً في التحجير المزبور، وإن كان هو غير واضح الوجه في الملك، وإن قيل: المراد به أنه يختصّ بمائها فلو أن أحداً غلبه عليها وتمّ حفرها لم يملك ماءها، ولا كذلك لو حفرها غاصب في ملكه ابتداءً، فإنه يملكه أو يكون أولى^(٦).
إلا أنه كمانرى؛ ضرورة كونه كذلك قبل الحفر.

ودعوى ملك الغاصب الماء أو كونه أحقّ لو حفر ابتداءً في غاية الفساد، كما تقدّم في كتاب الغصب.

وعلى كلّ حال فالأمر سهل بعد وضوح الأمر.

نعم قد يقال بظهور الفائدة في ذلك بالنسبة للحريم لمن أراد حفر بئر أخرى في المباح المجاور لملكه، فإنه إذا كان حافراً فيها له منعه مع فرض تضرره، بخلاف ما إذا لم يكن حافراً.

وأما ملك الماء ببيلوغه - الذي نسبه غير واحد إلى الأصحاب مشعراً بالإجماع عليه، بل لعلّه كذلك نظراً إلى

السيرة المستمرة..

فقد يقال إن الوجه فيه إمكان:

١ - دعوى أنه نماء ملكه كثمرة الشجرة ولبن الدابة مثلاً.

٢ - أو دعوى أن ذلك حيازة له.

(١) المستدرك ١٧: ١١٤، ب ٤ من إحياء الموات، ح ٢. (٢) الوسائل ٢٥: ٤١٧، ب ٥ من إحياء الموات، ح ١.

(٣) روضة الطالبين ٥: ٣٠٤ - ٣٠٥. (٤) المستدرك ١٧: ١١١، ب ١ من إحياء الموات، ح ٤.

(٥) البسوط ٣: ٢٨١. (٦) مفتاح الكرامة ٧: ٥١.

[فيصَحَّ بيع الماء الذي هو ملكه].

[والظاهر ملك الماء المستبطن في البشر الذي حفره].

٣ - أو سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فيكون له .

٤ - وفحوى ما تسمعه ^(١) من نصوص بيع الشرب .

٥ - أو أنه إحياء للأرض بالسراية على نحو ما سمعته في المعدن .

٦ - أو أن ملك الأرض يقتضي ملك الماء الكامن فيها وإن لم يكن من أجزائها . أو غير ذلك .

لكن عن الشيخ في المبسوط - بعد أن ذكر الملكية على نحو ما ذكرها الأصحاب - أنه قال : « كل موضع قلنا فيه بملك البشر فإنه أحق بمائها بقدر حاجته لشربه وشرب ماشيته وسقي زرعه فإذا فضل بعد ذلك شيء وجب بذله بلا عوض لمن احتاج إليه لشربه وشرب ماشيته - إلى أن قال - : أمّا لسقي زرعه فلا يجب عليه لكنه يستحب » ^(٢) .

واستدل على ذلك :

١ - بخبر ابن عباس « الناس شركاء ... إلى آخره » ^(٣) .

٢ - وبخبر جابر عن النبي ﷺ : « أنه نهى عن بيع فضل الماء » ^(٤) . ونحوه عن الخلاف ^(٥) .

مع زيادة الاستدلال بخبر أبي هريرة عنه ﷺ : « من منع فضل الماء ليمنع به الكلاً منعه الله فضل رحمته » ^(٦) .

وفي المختلف حكايته أيضاً عن أبي علي ^(٧) ، بل وعن الغنية ، لقوله : « إذا كانت البشر في البادية فعليه بذل الفاضل لغيره لنفسه وماشيته » ^(٨) .

لكن يمكن أن يريد السابق لها لا حافرها ، فلا يكون مخالفاً .

هذا ، وفي المسالك : « إن الفرق بين سقي الحيوان والزرع - حيث منع من منعه للأول دون الثاني - أن الحيوان محترم لروحه بخلاف الزرع » ^(٩) .

وفيه : أن ذلك غير مجد بعد فرض كون أحقيته بقدر حاجته ، كما هو ظاهر ما سمعته منه .

ثم قال في جوابه فيها أيضاً : « إن هذه الأخبار كلها عامية ، وهي مع ذلك أعم من المدعى ، ومدلولها من النهي عن منع فضله مطلقاً لا يقول به ولا غيره ممن يعتمد هذه الأحاديث ، وهي ظاهره في إرادة الماء المباح الذي لم يعرض له وجه تملك ، كمياه الأنهار العامة والعيون الخارجة في المباح والسابقة على إحياء الأرض الموات ومياه العيون والآبار المباحة ، فإن الناس في هذا شرع

(١) تأتي في الصفحة الآتية .

(٢) (٢) المبسوط : ٣ : ٢٨١ .

(٣) المستدرک : ١٧ : ١١٤ ، ب ٤ من إحياء الموات ، ج ٢ .

(٤) سنن البيهقي : ١٥ . صحيح مسلم : ٣ : ١١٩٧ ، ح ١٥٦٥ . سنن ابن ماجه : ٢ : ٨٢٨ ، ح ٢٤٧٧ .

(٥) الخلاف : ٣ : ٥٣١ - ٥٣٢ .

(٦) تلخيص الحبير : ٣ : ٦٦ ، ح ١٣٠٨ . المجموع : ١٥ : ٢٣٩ .

(٧) نقله في المختلف : ٦ : ٢٠٣ .

(٨) الغنية : ٢٩٤ .

(٩) المسالك : ١٢ : ٤٤٥ .

حتى لو دخل شيء منه في أملاك الناس لم يملكوه إلا بنية الحياة، كما لو نزل مطر واجتمع في ملكهم، لكن ليس لأحد أن يدخل الملك لأخذه من حيث التصرف في الملك لا من حيث الماء، ولو فرض دخوله أساء وملك ما أخذه من الماء»^(١).

وفيه: أنَّ الأخبار المزبورة كما هي موجودة في طرق العامة موجودة في طرق الخاصة^(٢) بسند معتبر كما ستعرف.

وما دلَّ على الاشتراك منها^(٣) غير مانع من الملك بسببه كحيازة أو إحياء أو نحو ذلك.

كما أنَّ ما دلَّ منها على منع الفضل منزل على منع مباح الماء وبيعه بالتغلب ونحوه أو على الكراهة، كموتق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع النطاف والأربعاء، قال: والأربعاء أن تسنى مسناة لتحمل الماء وتسقي به الأرض ثم يستغني عنه، قال: فلا تبعه، ولكن أعره جارك، والنطاف أن يكون له الشرب فيستغني عنه، فقال: لا تبعه أعره أخاك وجارك»^(٤).

وموتق عبد الرحمن عنه عليه السلام: «نهى رسول الله عن المحاقلة - إلى أن قال: - والنطاف: شرب الماء ليس لك إذا استغنيت عنه أن تبعه جارك تدعه له، والأربعاء: المسناة تكون بين القوم فيستغني عنها صاحبها قال: يدعها لجاره ولا يبيعها إياه»^(٥).

لقصورهما عن معارضة ما يقتضي صحة البيع من إطلاق الأدلة والإجماع وخصوص صحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام سألته عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة له فيها شركاء فيستغني بعضهم عن شربه أبيع شربه؟ قال: «نعم إن شاء باعه بورك وإن شاء بكيل حنطة»^(٦).

ونحوه رواية سعيد بن يسار^(٧).

وفي حسن الكاهلي أو صحيحه سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام وأنا عنده: عن قناة بين قوم لكل منهم شرب معلوم فاستغني رجل منهم عن شربه أبيععه بحنطة أو شعير؟ قال: «يبيع بما شاء، هذا مما ليس فيه شيء»^(٨).

وفي المروي عن قرب الإسناد: عن قوم كانت بينهم قناة لكل إنسان منهم شرب معلوم، فباع أحدهم شربه بدارهم أو بطعام هل يصلح؟ قال: «نعم»^(٩).

وغير ذلك مما دلَّ على بيع الشرب.

فظهر لك من ذلك كله أنه لا إشكال في ملك الماء المستبطن.

(١) المسالك ١٢: ٤٤٦. (٢) انظر الوسائل ٢٥: ٤١٩، ب ٧ من إحياء الموات.

(٣) تقدمت الإشارة إليها.

(٤) التهذيب ٧: ١٤٠، ح ٦١٨. الوسائل ٢٥: ٤١٩، ب ٧ من إحياء الموات، ح ١.

(٥) التهذيب ٧: ١٤٣، ح ٦٣٥ - ٦٢٠. أورد صدره في الوسائل ١٨: ٢٣٩، ب ١٣ من بيع النطاف، ح ٢، وذيله في ١٧: ٣٧٥، ب ٢٤ من عقد البيع، ح ٤.

(٦) الوسائل ٢٥: ٤١٨، ب ٦ من إحياء الموات، ح ١.

(٧) الفقيه ٣: ٢٣٦، ح ٣٨٦٧. الوسائل ١٧: ٣٧٣، ب ٢٤ من عقد البيع، ذيل الحديث ١.

(٨) الوسائل ١٧: ٣٧٤، ب ٢٤ من عقد البيع، ح ٣، وفيه: «لكل رجل منهم».

(٩) قرب الأسناد: ٢٦٢، ح ١٠٢٩. الوسائل ١٧: ٣٧٥، ب ٢٤ من عقد البيع، ح ٥، وفيه: «هل يصلح ذلك قال: نعم، لا بأس».

(و) حينئذٍ (لم يجوز لغيره التخطي إليه) إلا بإذنه كغيره من الأموال المحترمة .

(ولو أخذ منه) شيئاً من دون إذنه (أعاده، ويجوز بيعه كيلاً ووزناً) [١].

بل ومشاهدة إذا كان محصوراً على وجه لا يتعذر تسليمه باختلاطه بما يتجدد من غيره، (و) إلا فـ (لا يجوز بيعه أجمع، لتعذر تسليمه، لاختلاطه بما يستخلف) فيتعذر تسليمه . نعم قد يقوى جواز بيعه على الدوام [٢].
وأولى من ذلك نقله بالصلح أو الهبة أو غير ذلك مما هو أوسع دائرة من البيع ثم إن [الحافر للبئر هل يحتاج إلى قصد التملك] [٣]. [المختار عدم اعتبار قصد التملك لا في المباح ولا في المملوك].

[١] بلا خلاف ولا إشكال .

[٢] لما سمعته من النصوص المزبورة . ولعله لذا قال في الدروس : « يباع كيلاً ووزناً ومشاهدة إذا كان محصوراً، أما ماء البئر والعين فلا إلا أن يريد على الدوام ، فالأقرب الصحة ، سواء كان منفرداً أو تابعاً للأرض »^(١) . ولا يقدح عدم معلومية المتجدد التي يكفي فيها معرفة حالها في الزمان السابق على حال البيع . وإشكاله بالجهالة بعدم العلم بقدر ما يسلم إليه كآثمه من الاجتهاد في مقابلة النص . مع إمكان منع تحققها عرفاً في مثله ، فإن العلم المزبور كافٍ ؛ إذ لا دليل على اشتراط أزيد من ذلك . ودعوى أن الشهرة هنا محكية على عدم جواز البيع ، فتكون عاضدة لما دل على النهي عن بيع الغرر^(٢) مضافاً إلى إمكان إرادة غير البيع من البيع في النصوص المزبورة ، فإنه مجاز شائع ، وإلى أنها غير مساقاة لبيان ذلك ، وإنما هي لبيان جواز بيعه بما يشاء يدفعها : منع تحقق الشهرة في الفرض المزبور . بل ظاهرهم في صورة الاختلاط التي لولاها لأمكن القول بالجواز فيها أيضاً - بعد مشاهدته ومعلوميته والإقباض بالتخلية بينه وبينه - وإن اقتضى ذلك اختلاطه بما يتجدد من الماء فإن أقصاه حينئذٍ الشركة المقتضية للصلح بينه وبين البائع ، لا بطلان البيع الذي مقتضى إطلاق الأدلة صحته على وجه لم يثبت مثل ذلك مانعاً لها . بل يمكن منع الشهرة في مثل ذلك كما لا يخفى على من لاحظ وتأمل .

[٣] ظاهر المتن التقييد بقصد الملك في المباح دون الحفر في الملك الذي لا يحتاج إليه ، بل هو ملكه حتى لو قصد العدم ؛ لكونه من نماء ملكه . لكن في المسالك : « يفهم من قيد التملك الاحتياج إليه في ملكه وفي المباح ، لجعله علةً لهما ، وهو يتم في المباح ، أما المملوك فالأظهر أن ما يخرج منه من الماء مملوك تبعاً له ، كما تملك الثمرة الخارجة . وربما قيل بعدم تملكه وإن كان أولى به ، ومثله القول في الكلاؤ النابت فيه بغير قصد »^(٣) . وفيه : منع كونه علةً لهما ، بل هو للمباح المتصل به ، كما هو المحكي عن صريح المبسوط والسرائر^(٤) . بل قد يناقش في أصل اعتبار ذلك في المباح ، خصوصاً بعد عدم ذكره في شرائط الإحياء كما ذكرنا الكلام فيه مفصلاً . واحتمال اختصاص البئر بالشرط المزبور واضح الفساد . نعم قد يقال : إن نظر المصنف إلى الحفر المقصود به عدم التملك الذي سيذكره فلا دلالة فيه على اشتراط القصد ، بل يكفي عنده عدم قصد العدم الذي قد عرفت البحث فيه أيضاً إن لم يكن المناسق والمتيقن من الإطلاق المزبور الظاهر في تسبیب الإحياء الملك من غير اشتراط أمر آخر كما عرفت سابقاً ، فلا حظ وتأمل ، والله العالم .

(١) (٣) الدروس ٣ : ٦٧ . المسالك ١٢ : ٤٤٧ . (٢) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ ، ب ٤٠ من آداب التجارة ، ح ٣ .

(٣) (٤) المبسوط ٣ : ٢٨٠ . السرائر ٢ : ٣٨٣ - ٣٨٤ .

(ولو حفروها) في المباح مثلاً (لا للملّك بل للاتفاع) بها ما دام في ذلك المكان (فهو أحقّ بها مدّة مقامه عليها) [١].

وحينئذٍ فإذا تركها حلّ لغيره الانتفاع بها. بل لو عاد الأوّل بعد المفارقة ساوى غيره [٢].
(و) كيف كان فـ (حقيل) [٣]: (يجب عليه بذل الفاضل من مائها عن حاجته) [٤]. وكذا (قيل في ماء العين والنهر) [٥] [و] (لو قيل: لا يجب) بذل الزائد مطلقاً مع قصد التملّك (كان حسناً) [٦].

[١] كما صرح به الشيخ وابن إدريس والفاضل والشهيدان والكركي^(١) على ما حكى عن بعضهم؛ معلّلين له بأنّه لا ينقص عن التحجير بعد انتفاء الملك بعدم قصده للمحيي.

[٢] على ما صرح به غير واحد، بل لا أجد فيه خلافاً بين من تعرّض له. لكن قد يناقش في الأوّل بمنع كونه كالتحجير - الذي هو الشروع في الإحياء المملّك - في الأحقية المزبورة بعد فرض عدم قصده التملّك بالإحياء، بناءً على اعتباره فيه. نعم قد يكون مندرجاً في «من سبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم فهو أحقّ به»^(٢). فلا يكون حقّ التحجير الذي قد عرفت مخالفته لغيره في كثير من الأحكام. [٣] ولكن لم نتحقّق القائل.

ولعلّه الشيخ باعتبار لزوم ذلك، لقوله السابق^(٣) إن لم يكن أولى. [٤] نعم عن موضع من التذكرة: «لو حفر البشر ولم يقصد التملّك ولا غيره فالأقوى اختصاصه به، لأنّه قصد بالحفر أخذ الماء فيكون أحقّ وهذا ليس له منع المحتاج عن الفاضل عنه، لا في شرب الماشية ولا الزرع»^(٤). وعلى كلّ حال فقيه: أنّ مقتضى الأصل عدم وجوب بذله أيضاً بعد أن كان له فيه حقّ نحو حقّ التحجير؛ ضرورة كونه حينئذٍ كالمملوك بالنسبة إلى ذلك.

اللهمّ إلا أن يقال: إنّ ذلك لا يزيد على سبق إلى الماء المباح الذي لا يجوز له المنع عمّا زاد على حاجته؛ لإطلاق ما دلّ على أنّ الناس فيه شرع سواء^(٥) وغيره ممّا سمعته سابقاً. ولعلّه لذا ذكر في التذكرة ما سمعته، بل عنها أيضاً: «أنّ الأقرب الوجوب دفعاً لحاجة الغير»^(٦). لكنّه كما ترى؛ ضرورة الفرق بينهما.

[٥] لما سمعته من الأدلّة السابقة. وفيه ما عرفت.

(و) من هنا قال المصنّف: [ذلك].

[٦] لعموم: «الناس مسلّطون على أموالهم»^(٧) وغيره. بل قد عرفت ندرة المخالف.

(١) المبسوط ٣: ٢٨١، السرائر ٢: ٣٨٤، القواعد ٢: ٢٧٣، اللّغة: ٢٢٩، الروضة ٧: ١٨٧، جامع المقاصد ٧: ٥٤.

(٢) المستدرک ١٧: ١١١، ب ١ من إحياء الموات، ح ٤، وفيه: «ما لا يسبقه إليه».

(٣) تقدّم في ص ٣٧٢.

(٤) التذكرة: ١٩، ٤٢٦، ٤٢٢.

(٥) الجار ٢: ٢٧٢، ح ٧.

(٦) تقدّم في ص ٣٧١.

وأما مع عدم قصد التملك فقد يشكل عدم الوجوب [ويمكن دعوى حصول الملك بذلك وإن لم يقصد الدوام] [١].

(و) على كل حال (فـ إذا فارق) مفارقة إعراض (فمن سبق إليها فهو أحقّ بالانتفاع بها) [٢].

[هذا إن لم نقل بالملك قهراً بالحفر].

(وأما) ما كان منها مباح الأصل (كمياه العيون والآبار) غير المملوكة لأحد (والغيوث فالتناس فيها سواء)

كما تقدّم سابقاً.

(و) حينئذ (من اغترف منها شيئاً ببناء أو حازه) قاصداً لتملكه (في حوضه أو مصنعه فقد ملكه) [٣].

والبئر العادية إذا طمّت وذهب ماؤها فاستخرجه إنسان ملكها [٤].

وهو كذلك مع فرض كونها من الموات الذي يملك بالإحياء.

أما إذا كانت لمسلم فينبغي أن يكون فيها البحث السابق في الأرض الميّنة بعد إحياء المسلم لها.

[وأما ماء البئر في المملوك للمسلمين من الأرض المفتوحة عنوة فالمتّجه فيه عدم ملكه لها بالحفر] [٥].

[١] بما عرفت، بناءً على أنّ ذلك كالسبق إلى المباح.

ودعوى معلومية خلاف ذلك شرعاً يمكن شهادتها على حصول الملك بذلك وإن لم يقصد الدوام، كما سمعته سابقاً في

الإحياء الذي ما نحن فيه فرد منه عندهم على ما هو الظاهر من كلماتهم به هو صريح بعضهم^(١).

[٢] بلا خلاف بين من تعرّض له ولا إشكال، بناءً على سقوطه بمثل الإعراض المزبور، وإلا كان مشكلاً.

وأولى منه بذلك إذا لم يكن مفارقة إعراض.

ضرورة أنّه لو كان كحقّ التحجير لم يسقط بمطلق المفارقة، كما هو مقتضى المتن وغيره.

نعم لو كان كحقّ السبق إلى الماء المباح أتجه حينئذ ذلك، ولكن كان عليه وجوب بذل الزائد نحو غيره من المياه المباحة

التي يكون للسابق حقّ فيها بقدر حاجته. ومن ذلك يظهر لك أنّ كلامهم في ذلك غير منقح؛ لأنّ مقتضى السقوط بمطلق المفارقة

كونه كالسبق إلى المباح، ومقتضى عدم وجوب بذل الزائد أن يكون له فيه حقّ كحقّ التحجير، ولكن قد عرفت عدم الدليل عليه.

فالمتّجه إن لم نقل بالملك قهراً بالحفر الذي هو فرد من الإحياء الذي سمعت البحث فيه سابقاً حتى مع قصد عدم أن يكون

ذلك كالسبق إلى المباح، والله العالم.

[٣] بلا خلاف ولا إشكال، كما عرفت الكلام فيه سابقاً.

[٤] كما صرح به في القواعد^(٢).

[٥] ومنه يتقدح البحث في ملك ماء البئر في المملوك للمسلمين من الأرض المفتوحة عنوة ويّتجه فيه عدم ملكه لها، لما عرفت

من اشتراط الملك به أن لا يتعلّق به حقّ مسلم.

(١) كالشيخ في المبسوط ٣: ٢٨١.

(٢) القواعد ٢: ٢٧٣.

بل لعل الأمر كذلك في المعدن الباطن فيها أيضاً بناءً على أن إخراجها من الإحياء [١].
وأما حفر البئر في الأرض الموقوفة للمسلمين مثلاً فالمتجه عدم الملك أيضاً، بل تكون لهم أيضاً [٢].
إلا أن ينبغي أن يعلم أن من أراد أن يسبل بئراً في أرض مملوكة للغير أن ينقل مقدار أرضها إليه ليكون الماء له
فيسبله، وفي الأرض المباحة ينوي تملكها ثم يسبله، والله العالم.
(وهنا مسائل):

[حكم الماء المباح الجاري في النهر المملوك]:

(الأولى: ما يقبضه^(١) النهر المملوك) ولو بإحيائه نهراً (من الماء المباح) كشط الفرات ودجلة (قال
الشيخ [٣]: [لا يملكه الحافر] [٤] [كما إذا جرى السيل إلى أرض مملوكة بل الحافر أولى بمائه من غيره؛ لأن يده
عليه) وسابق إليه [٥]. [والمختار تمليك الحافر].

[١] لكن قد سمعت ظهور كلام الأصحاب إن لم يكن صريحه ملكه لمحييه مطلقاً.

اللهم إلا أن يريدوا مع إحراز ما ذكره سابقاً من شروط الإحياء.

[٢] ولكن لم أجد شيئاً من ذلك محرراً في كلامهم هنا. وقد تقدّم جملة منه في كتاب الغصب وغيره من الكتب السابقة.

[٣] [قاله] في المبسوط^(٢).

[٤] للأصل.

[٥] إلا أنه لم نجد له موافقاً على ذلك إلا ما يحكى عن بعض العامة^(٣).

نعم عن أبي علي اعتبار عمل ما يصلح لسهده وفتحته في تملك الماء^(٤).

ولعله لتوقف صدق الحياة - التي هي فعل من أفعال المكلف المقدور له فعلاً وتركاً - على ذلك.

لكن فيه منع واضح؛ ضرورة صدقها بدونه. كوضوح الفرق بين القرض وبين ماء السيل في ملك الغير الذي لم يقصد حيازته
ولو بجعل آلة معدة لذلك، وإنما هو شبكة مثلاً لصيد.

ومن هنا اتفق من عدها من الأصحاب ممن تعرض لذلك على الملك بذلك.

مضافاً إلى خبر إسماعيل بن الفضل المروي في الكافي والفقهاء سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع الكلأ إذا كان سيحاً يعمد الرجل
إلى مائه فيسوقه إلى الأرض فيسقيه الحشيش وهو الذي حفر النهر وله الماء يزرع به ما شاء؟ فقال: «إذا كان الماء له فليزرع به ما
شاء وليبيعه بما أحب»^(٥).

بل وإلى غيره من النصوص السابقة في القناة^(٦).

(١) في الشرائع المحققة: ما يقبضه. (٢) المبسوط ٣: ٢٨٤ - ٢٨٥.

(٣) روضة الطالبين ٥: ٣٠٧. مغني المحتاج ٢: ٣٧٣.

(٤) نقله في المسالك ١٢: ٤٤٩.

(٥) الوسائل ٢٥: ٤٢٣، ٩ من إحياء الموات، ح ٢.

(٦) تقدّم في ص ٣٧٣.

وحينئذٍ (فإذا) كان الحافر واحداً فلا بحث .

وأما إذا (كان فيه جماعة فإن وسعهم) على وجه لا يقع بينهم تعاسر (أو) لم يسعهم ولكن (تراضوا) على المهاباة (فيه فـ) كذلك (لا بحث) .

(وإن تعاسروا) قسّم بينهم بالأجزاء بأن توضع خشبة صلبة لا يحصل فيها التفاوت بمرور الأزمنة ، أو صخرة ذات ثقب متساوية على قدر حقوقهم في صدر الماء على وجه لا يكون دخول الماء في تلك الثقوب متفاوتاً ، ويجري كلّ منهم ساقية لتقويه ، ويجعل الثقوب على أقلهم سهماً ، فإذا كان لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وثلث سدسه جعلت الثقوب ستة : ثلاثة منها لذي النصف ، واثنان لذي الثلث وواحد لذي السدس ، وهكذا ، فيصنع كلّ منهم حينئذٍ بمائه ما شاء ولو بأن يسقي به ما لم يكن له شرب من هذا النهر [١] .

بل الظاهر عدم جواز رجوع أحدهم بعد استيفاء الآخر .

نعم له ذلك في المهاباة التي لا إشكال في صحتها ، مع الاتفاق منهم عليها . إلا أنها غير لازمة [٢] .

فلأحدهم الرجوع قبل استيفاء الآخر نوبته وإن كان الراجع قد استوفى سابقاً تمام نوبته [٣] .

[ويضمن المثل ومع التعذر قيمته وإن أدى ذلك هنا إلى الرجوع للصالح ونحوه] .

وكيف كان فـ [قد قيل : [٤] مع التعاسر (قسّم بينهم على سعة الضياع) التي هي لهم ، لا على قدر عملهم ولا نفقاتهم [٥] . [ولكن فيه إشكال] [ولو قيل : يقسّم بينهم على قدر أنصابهم من النهر] [٦] (كان حسناً) بل [هو الصحيح] [٧] .

[١] لقاعدة تسلط الناس على أموالها ، بعد كون القسمة عدل .

[٢] للأصل وغيره .

[٣] ولكن قيل : « يضمن له أجرة مثل نصيبه من النهر للمدة التي أجرى الماء فيها ، لأنه لما تعذر ضبط الماء المستوفى بالكيل والوزن امتنع إيجاب مثله وإن كان مثلياً ، وأولى منه قيمته فلم يبق إلا الرجوع إلى الزمان الذي استوفى فيه ، فوجبت الأجرة على حسبه » ^(١) . إلا أنه - كما ترى - لا يصلح مخصصاً لما دلّ على ضمان المثلي بمثله ، ومع التعذر قيمته وإن أدى ذلك هنا إلى الرجوع للصالح ونحوه ، والله العالم .

[٤] [كما] عن الشيخ ^(٢) .

[٥] لعدم ملكهم الماء وإنما هم أحقّ به لأجل ملكهم ، فلو كان لبعضهم حينئذٍ مئة جريب من الأرض ولآخرين ألف جريب جعل للأول جزءً من أحد عشر جزءً وللباقين عشرة أجزاء . وقد عرفت فساد الأصل الذي بنى عليه هذا التفرع . ومن هنا قال المصنّف [ذلك] .

[٦] الذي ستعرف أنه قدر النفقة على العمل .

[٧] [إذ] هو الموافق للقوانين الشرعية كما عرفت .

ثم [١] [إن الظاهر أنه لو فاض ماء من هذا النهر طغياناً إلى ملك إنسان على وجه يدخل في النهر طافياً لا يملكه ذو النهر ولا يملكه ذو الملك].
[لو استجد جماعة نهراً]:

المسألة (الثانية: إذا استجد جماعة نهراً) ليملكوه (فبالحفر يصيرون أولى به) [٢].
(فإذا وصلوا منتزح الماء) ومجره على وجه إذا أريد إجراؤه فيه جرى (ملكوه) سواء جرى فيه الماء أو لا بعد أن تهياً له، فإن ذلك إحياءه.

(وكان بينهم على قدر النفقة على عمله) إذا كان قد استأجروا غيرهم على عمله فأدوا أجرتهم على السوية أو التفاوت، فإنه يكون النهر ملكاً لهم على حسب نسبة النفقة؛ ضرورة مساواتها للعمل حينئذ. وإلا فلو فرض تفاوتها. كما إذا كان أجير أحدهم أزيد أجرة من الآخر ولكن العمل متفقاً. كان المدار على العمل لا عليها [٣].

نعم هذا كله مع الاشتراك في الحفر على وجه يكون جميع أجزاء الحفر مشتركاً.
أما إذا حفر كل منهم بعضه مستقلاً عن الآخر فالمتجه ملك كل واحد مقدار حفره.
إلا أن يتعاضوا فيجعل كل منهم من حفره قدر ما له في حفر الآخر بعد مراعاة النسبة بين الجميع، فيكون ملك النهر حينئذ على حسبها. ويتبعه الماء الجاري فيه [٤] في الملكية على الأصح [٥].

[١] [كما] أنه قد يظهر من قول المصنف وغيره: «ما يقبضه النهر» عدم ملك ما لو فاض ماء من هذا النهر طغياناً إلى ملك إنسان على وجه يدخل في النهر طافياً.

بل صرح الفاضل بأنه مباح مشبهاً له بالطائر يعيش في ملك إنسان مثلاً^(١). ولعله لعدم ملك ذي النهر له لخروجه عن نهره، ولا لذي الملك لعدم حيازة منه له تقتضي ملكه، فهو بالنسبة إليهما - خصوصاً الثاني - كالطائر المزبور؛ إذ مجرد الدخول في الملك لا يقتضي كونه حيازة مع عدم الاستيلاء، كما هو واضح، والله العالم.
[٢] لأنه تحجير.

[٣] ولعل إطلاق ما في محكي المبسوط من أن ملكية النهر على قدر النفقة^(٢) منزل على ذلك أيضاً؛ ضرورة عدم مدخلة زيادتها - بعد اتفاق العمل - في التفاوت في الملكية.

[٤] عندنا.

[٥] وفي الحقيقة على ما سمعته من الشيخ. وكذا [يحمل على ما ذكرناه] ما في قواعد الفاضل: «لو حفرها جماعة ملكوها على نسبة الخرج»^(٣)، خصوصاً بعد ملاحظة كلامه في غيرها. بل في محكي الحواشي عن إملائه: «إن هذا مختص بما إذا اشتركوا في الحفر، أما لو حفر بعضهم شيئاً والآخر بعضاً آخر ملك كل واحد بقدر عمله لا خرجه إذا لم يكن لصعوبة الأرض بل لتفاوت سعر الأجرة»^(٤). فإن مرجعه أيضاً إلى ما ذكرنا، كما هو واضح.

ولو كان لإنسان رحي مثلاً على هذا النهر المملوك لغير ذهابه [يجوز لصاحب النهر أن يعدل بالماء ويصرفه عنها] [١].

[نعم، لو كان وضع الرحي بحق واجب على صاحب النهر مراعاته فلا يجوز ذلك].
[لو اجتمعت أملاك على ماء ولم يف لسقيها دفعة]:

المسألة (الثالثة: إذا) اجتمعت أملاك على ماء واحد مباح و (لم يف) ذلك (النهر المباح) مثلاً (أو سيل الوادي يسقي ما عليه دفعة) ووقع في التقدّم والتأخّر تشاح (بدئ بالأوّل، وهو الذي يلي فوهته) أي أصله (فأطلق) الماء (إليه) على قدر حاجته (ف) للزرع إلى الشراك، وللشجر إلى القدم، وللنخل إلى الساق ثم يرسل إلى من دونه، ولا يجب إرساله قبل ذلك ولو أدى إلى تلف الأخير) [٢].

[١] [ولكن] في النافع: «لم يجوز لصاحب النهر أن يعدل بالماء ويصرفه عنها إلا برضى صاحبها»^(١).

ولعله للصحيح: كتب رجل إلى الفقيه عليه السلام في رجل كانت له رحي على نهر قرية والقرية لرجل أو رجلين فأراد صاحب القرية أن يسوق الماء إلى قريته في غير هذا النهر الذي عليه هذه الرحي أو يعطل هذه الرحي أله ذلك أم لا؟ فوقع عليه السلام: «يَتَقَيَّ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ، ويعمل بالمعروف، ولا يضارَ أخاه المؤمن»^(٢) الحديث.

مؤيد [أ] بقاعدة نفي الضرر والضرار. ولكن فيه: أنَّ منافع قاعدة تسلط الناس على أموالهم.

ودعوى ترجيحها عليها واضحة المنع. فلا بد من حمل الصحيح المزبور على صورة وضع الرحي بحق واجب على صاحب النهر مراعاته. كما عن إدريس التصريح بتقييده بذلك^(٣). جمعاً بينه وبين القاعدة المزبورة المعتضدة بعمل الأصحاب على وجه ترجع على قاعدة نفي الضرر والضرار، والله العالم.

[٢] بلا خلاف أجهده في أصل الحكم، بل لعل الإجماع بقسميه عليه.

مضافاً إلى النصوص من الطرفين. فمن طريق العامة:

١ - إن النبي ﷺ قضى في شرب نهر في سيل أن للأعلى أن يسقي قبل الأسفل ثم يرسله إلى الأسفل^(٤).

٢ - وفي آخر: أنه ﷺ قضى في السيل أن يمسك حتى يبلغ إلى الكعبين ثم يرسل الأعلى إلى الأسفل^(٥).

٣ - وفي ثالث: إن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها، فقال النبي ﷺ: «اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك، فغضب الأنصاري، فقال: أن كان ابن عمك، فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: يا زبير، اسق واحبس الماء حتى يصل إلى الجدر ثم أرسله»^(٦). ومن طرق الخاصة:

خبر غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام الذي رواه المشائخ الثلاثة وفي سنده ابن أبي عمير الذي هو من أصحاب الإجماع

(١) المختصر النافع: ٣٦٠.

(٢) التهذيب ٧: ١٤٦، ح ٦٤٧. الوسائل ٢٥: ٤٣١، ب ١٥ من إحياء الموات، ذيل الحديث ١.

(٣) السرائر ٢: ٣٧٤.

(٤) تلخيص الحبير ٣: ٦٥، ح ١٣٠٥. سنن ابن ماجه ٢: ٨٢٩، ح ٢٤٨١.

(٥) تلخيص الحبير ٣: ٦٦، ح ١٣٠٦. (٦) سنن البيهقي ٦: ١٥٣ - ١٥٤.

[إذا لم يعلم السابق في الإحياء وإلا قَدَم وإن كان أسفل ، ولو كان في آخر النهر].

ومراسيله كالصحيح فضلاً عن مسنده - قال : « قضى رسول الله ﷺ في سيل وادي مهزور : الزرع إلى الشراك والنخل إلى الكعب ، ثم يرسل الماء إلى أسفل من ذلك »^(١).

وكأنه إليه أشار في النهاية : « قضى رسول الله ﷺ في سيل وادي مهزور : أن يحبس الأعلى على الذي هو أسفل منه للنخل إلى الكعب ، وللزرع إلى الشراك ، ثم يرسل الماء إلى من هو دونه ، ثم كذلك يعمل من هو دونه »^(٢).

وفي الغنية : « قضى رسول الله ﷺ أن الأقرب إلى الوادي يحبس الماء للنخل إلى أن يبلغ في أرضه إلى أول الساق وإلى الزرع إلى أن يبلغ الشراك »^(٣).

وفي محكي المبسوط : « روى أصحابنا أن الأعلى يحبس إلى الساق للنخل ، وللشجر إلى القدم ، وللزرع إلى الشراك »^(٤) ومثله في محكي السرائر^(٥).

وعن الفقيه - بعد أن روى خبر غياث كما سمعت - قال : « وفي خبر آخر : أن للزرع إلى الشراكين وللنخل إلى الساقين »^(٦)^(٧).

وفي خبر عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام : « قضى رسول الله ﷺ في شرب النخل بالسيل أن الأعلى يشرب قبل الأسفل ، يترك الماء إلى الكعبيين ، ثم يسرح الماء إلى الأسفل الذي يليه ، وكذلك حتى تنقضي الحوائط ويفنى الماء »^(٨).

إلا أن جميعها - كما ترى - متفقة على إطلاق تقديم الأعلى على الأسفل نحو إطلاق المتن والفاضل في جملة من كتبه^(٩).

بل والمحكي عن المبسوط والسرائر والغنية^(١٠) وغيرها . نعم قيده الشهيد في الدروس بما إذا لم يعلم السابق في الإحياء وإلا قَدَم^(١١) ، وتبعه عليه الكركي وثاني الشهيدين^(١٢) وغيرهما . بل في الكفاية تعليقه بأن النصوص لا عموم فيها بحيث تشمل هذا القسم^(١٣) . وفيه منع واضح . والأولى التعليق بأن السابق في الإحياء قد تعلق حقه بالماء قبل غيره وإن كان في آخر النهر ؛ لعموم : « من سبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم فهو أحق به »^(١٤).

ودعوى التعارض بينهما من وجه يدفعها : أن الرجحان لتقديم الأخير بالشهرة ، ولو بملاحظة كلامهم الآتي في من أحيا أرضاً على هذا الوادي بعد تعلق حق الأملاك وإن تردد فيه المصنف كما ستعرف ، إلا أن المحكي عن غيره^(١٥) عدم مشاركته للسابقين . ومنهم من أطلق هنا وكذا صرح^(١٦) أيضاً بأنه لو سبق إنسان إلى مسيل ماء أو نهر فأحيا في أسفله مواتاً ثم أحيا فوقه مواتاً

(١) الوسائل ٢٥ : ٤٢٠ ، ب ٨ من إحياء الموات ، ح ١ .

(٢) النهاية : ٤١٧ .

(٣) (١٥) الغنية : ٦٠٢ ، ٢٩٥ .

(٤) المبسوط ٣ : ٢٨٤ .

(٦) الوسائل ٢٥ : ٤٢١ ، ب ٨ من إحياء الموات ، ح ٢ .

(٥) السرائر ٢ : ٣٨٥ .

(٧) الفقيه ٣ : ٩٩ ، ح ٣٤١١ .

(٩) القواعد ٢ : ٢٧٤ .

(٨) الوسائل ٢٥ : ٤٢٢ ، ب ٨ من إحياء الموات ، ح ٥ .

(١١) الدروس ٣ : ٦٦ .

(١٠) المبسوط ٣ : ٢٨٣ . السرائر ٢ : ٣٨٥ . الغنية : ٢٩٥ .

(١٣) كفاية الأحكام ٢ : ٥٧٠ .

(١٢) جامع المقاصد ٧ : ٥٩ . المسالك ١٢ : ٤٥٢ .

(١٦) التحرير ٤ : ٤٩٥ . التذكرة ١٩ : ٤٠٤ .

(١٤) تقدم تخريجه في ص ٣٣٢ .

آخر كان للأول السقي ثم الثاني ثم الثالث .

إلى غير ذلك من كلماتهم التي تشهد على إرادة ما إذا لم يعلم السابق من الإطلاق المزبور ، فتأمل جيداً .
بقي الكلام في خلوّ نصوصنا المروية في الكتب الأربعة عن الشجر - بعد أنفاقها أجمع كافتاوى على التحديد بالشراك للزرع ،
فلا إشكال فيه - ولكن يكفي فيه مرسل المبسوط والسرائر^(١) بعد عمل المشهور .

وأما اختلاف التحديد بالساق والكمب للنخل فقد نزل المصدوق على قوّة الوادي وضعفه^(٢) .
وأولى منه تنزيهه على إرادة العظمين المتصلين بالساق ، فيكون الوصول إليه هو الوصول إلى مبتدأ الساق ، كما سمعته من
الغنية ، أو على أنّ وصوله إلى الكمب - الذي هو العظم النائي في ظهر القدم - يستلزم وصوله إلى ذلك .
على أنّ التعبير بالكمب قد وقع في النافع والنهاية التي هي متون أخبار^(٣) .

وإلا فالمشهور بالتعبير بالساق الذي هو منطبق على ما في أخبار العامة من التحديد بالجدر .
بل لعلّ خبر الزبير^(٤) مبنّي على ذلك ، أي أنّ النبي ﷺ كان متنزلاً له عن حقّه ، فلمّا وقع من الأنصاري ما وقع أمره
باستيفاء تمام حقّه .

بل قد يؤيد ذلك أنّ ظاهر المسالك وغيرها أنّ ذلك ليس محلاً للخلاف^(٥) . ولذا استدّل له بنصوص الكمب^(٦) . نعم ، جعل
محلّ الخلاف عدم تعرّضها للشجر .

وإن قال في الرياض : « إنّي لم أفهمه بعد وضوح الفرق بين الكمب والساق ، وأنّه أعلى منه بكثير ، سيّما إذا أريد من الساق
منتهاه أو أوسطه »^(٧) . لكن فيه : أنّه لا مجال لاحتمال إرادة منتهى الساق أو أوسطه ، لصدّق اسمه على ابتدائه الذي هو متصل
بالكمب العرفي الذي هو وإن كان خلاف ما ذكرناه من معناه في كتاب الطهارة إلّا أنّه لا بأس بإرادته هنا لقرائن كثيرة في النصوص
والفتاوى تقتضي الجمع بذلك .

وكذا ما فيه من أنّه « لم يتّضح الفرق - أي على القول المزبور - بين تحديد الشجر إلى القدم والنخل إلى الساق ، لتقاربهما على
ذلك التقدير قريباً لم يكن معه الفضل محسوساً بحيث كاد يكون أحدهما عين الآخر ، وعليه بني التوجيه في دفع الاختلاف ، فلا بدّ
من تصحيح وجه الفرق بين التحديدين بأن يراد من الساق غير مبدئه ، ومعها لم يرتفع الاختلاف لمخالفة الكمب على أيّ تفسير
للساق على هذا التقدير »^(٨) إلى آخره . فإنّه لا يخفى عليك ما فيه ، خصوصاً بعد وضوح الفرق بينهما : بتحقيق صدق القدم قبل
الوصول إلى منتهى الكمب المتصل بالساق . فلا محيص حينئذٍ عن العمل بمرسلي الساق المعترضين بشجرة الأصحاب وبأصالي بقاء
الحق وعدم سلطنة الأسفل على الأعلى في منعه عن القدر الزائد على المجمع عليه .
وعلى كلّ حال فالظاهر بناء الإطلاق المزبور نصّاً وفتوى على استواء الأرض .

(١) المبسوط ٣ : ٢٨٤ . السرائر ٢ : ٣٧٥ . (٢) الفقيه ٣ : ٩٩ ، ذيل الحديث ٣٤١١ .

(٣) المختصر النافع : ٣٥٩ . النهاية : ٤١٧ .

(٤) تقدّم في ص ٣٨٠ .

(٥) المسالك ١٢ : ٤٥١ - ٤٥٢ . كفاية الأحكام ٢ : ٥٦٩ - ٥٧٠ . (٦) انظر الوسائل ٢٥ : ٤٢٠ ، ب ٨ من إحياء الموات .

(٧) الرياض ١٢ : ٣٦١ . (٨) الرياض ١٢ : ٣٦٢ ، مع تفاوت في بعض الكلمات .

[هذا كله بناءً على استواء الأرض .

وإلا فلو فرض اختلافاً هبوطاً وعلوّاً فـ [الظاهر] [١] سقى كلّاً على حدته [٢] .

ولو كانت كلّها منحدره لم يقف فيها الماء كذلك [٣] .

قلت : قد يقال باعتبار الغاية لجميع ما فيها وإن استلزم الزيادة في بعضها ، نحو ما لو فرض اشتغال الأرض على زرع وشجر ونخل ، ويلاحظ التقدير بالنسبة إلى المنحدره .

نعم لو احتيج سقي الأرض لغير ذلك أعتبرت الحاجة عادة [٤] .

ولكن لا حقّ للثاني إلا بعد استيفاء الأوّل تمام حاجته وإن أدّى ذلك إلى ضرر الغير ، بل إن لم يفضل لا شيء له [٥] .

نعم لو تساوى في التحاذي عن يمين النهر وشماله [٦] [فالمتمّجه في المقام بقاء الماء على الإباحه] .

[ومع ثبوت تساويهما في الأحقيّة وعدم العلم بتقدّم أحدهما يقرع بينهما لاستيفاء تمام حاجته] .

[١] [كما] في القواعد وجامع المقاصد والمسالك^(١) [ذلك] .

[٢] ولعله لما في الكفاية من أنّهما لو سقيا معاً لزاد الماء في المنخفضة عن الحدّ السائغ شرعاً ، فيخرج عن المنصوص ، فوجب إفراد كلّ بالسقي توجّلاً إلى متابعة النصّ بحسب الإمكان^(٢) .

[٣] ففي المسالك : « سقيت بما تقتضيه العادة ، وسقط اعتبار التقدير الشرعي لتعذّره »^(٣) . واستحسنه في الكفاية^(٤) .

[٤] فإنّ الظاهر كون التحديد المزبور في النصوص مراعاة لها ، لأنّه تحديد تجديدي حتى لو علم زيادته على الحاجة .

[٥] بلا خلاف أجدّه فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ؛ لأنّه أحقّ بمقدار حاجته ، بل لا حقّ للثاني إلا بعدها .

[٦] فالذي صرح به الفاضل والشهيدان والكركي القسمة بينهما ، فإنّ تعذّرت فالقرعة^(٥) . نعم ذكر الشهيدان المهايأة مع الضيق فإن تعاسرا فالقرعة^(٦) .

ولعلّ ترك غيرهما المهايأة باعتبار عدم لزومها عليهما مع التعاسر فلا يجبران عليها . ولكن قد يناقش بأنّ المتمّجه في المقام ما سمعته من السابق في المعدن الذي هو باقٍ على الإباحه أيضاً كالماء هنا .

وقد أطلق الأكثر هناك القرعة وظاهرهم تقديم من خرجت القرعة له في أخذ تمام حاجته :

نعم قد سمعت ما سمعت من الكركي وغيره ، وتقدّم الكلام معهم هناك ، والمقام مثله ؛ ضرورة أنّ ذلك ليس إلا لكونهما

(١) القواعد ٢ : ٢٧٤ . جامع المقاصد ٧ : ٦١ . المسالك ١٢ : ٤٥٣ .

(٢) هذه عبارة مفتاح الكرامة ٧ : ٥٩ ، والموجود في الكفاية استحسان ما في المسالك .

(٣) المسالك ١٢ : ٤٥٣ .

(٤) كفاية الأحكام ٢ : ٥٧١ .

(٥) القواعد ٢ : ٢٧٤ . الدروس ٣ : ٦٦ . المسالك ١٢ : ٤٥٣ . جامع المقاصد ٧ : ٦١ .

(٦) الدروس ٣ : ٦٦ . المسالك ١٢ : ٤٥٣ .

[والحاصل أنهما يساويان في حقّ الأولوية لا في حقّ نفس الماء فلا يتصور في الماء القسمة بينهما].

متساويين في الأحقية المزبورة ، إمّا باعتبار كونهما معاً في فوهة النهر ، أو لعدم العلم بتقدّم أحدهما على الآخر ، ومع فرضه وجهه فليس إلا القرعة لاستيفاء تمام حاجته قطعاً .

ومن ذلك يظهر لك النظر فيما ذكره هنا من القسمة ، ومع تعدّرها فالقرعة في التقديم خاصّة بعد فرض النقص عليهما ، وفرض تعدّرها يكون لعدم تمكّن كلّ منهما من ساقية تصل إلى ملكه أو لغير ذلك .

قال في القواعد بعد أن ذكرها [= القسمة] : « فإن لم يفضل عن أحدهما سقي من أخرجه القرعة بقدر حقّه ثم يتركه للآخر ، وليس له السقي بجميع الماء ، لمساواة الآخر له في الاستحقاق ، والقرعة تفيد التقديم بخلاف الأعلى مع الأسفل » ^(١) .

ومعناه كما في جامع المقاصد : « أنّ القرعة إذا أخرجت أحدهما قدّم في السقي وليس له أن يسقي مقدار حاجته ، لأنّه يفسد زرع الآخر كلّهُ أو بعضه ، بل ينظر إلى مقدار زمان السقي لهما ومقدار صبر الزرعين وعدم تطرّق الفساد إليهما ، والمفروض أنّ زمان الثاني قاصر عن زمان الأول ، لأنّ المفروض أنّ الفاضل عن سقي الأول غير كافٍ في سقي الثاني ، فمقدار ما قصر به الزمان الثاني يوزّع على كلّ من المالك الأول والثاني ، فيسقي الأول مقدار حقّه ، وهو ما يبقى بعد إسقاط حصّته من التوزيع لا مقدار حاجته ثمّ يرسله إلى الثاني مثاله لو كان زمان سقي الأول - أعني الذي أخرجه القرعة - ستّة أيام والآخر مثلها والباقي ثمانية أيام ، فلكلّ منهما أربعة ولو تفاوتوا في ذلك - بأن كان زمان سقي الأول ستّة أيام والآخر أربعة ومجموع المدة التي لا يبقى الزرعان بعدها ثمانية أيام - فللأول ثلاثة أخماس ثمانية أيام وللآخر خمسها ، فإذا انقضت ثلاثة أخماس الثمانية أرسل الماء الأول وهو من أخرجه القرعة إلى الثاني ، لمساواتهما في أصل الاستحقاق ، وأمّا قوله : « والقرعة ... إلى آخره » فهو جواب عن سؤال مقدّر وهو أنّه لا فائدة في القرعة بعد الحكم باستواتهما في السقي ، وجوابه : أنّ فائدتها تقديم أحدهما على الآخر ولولاها لم يتحقّق ذلك ، لعدم الأولوية » ^(٢) .

قلت :

لا يخفى عليك ما في ذلك كلّهُ ؛ ضرورة اقتضاء تساويهما في الاستحقاق قسمة الماء بينهما ، كما لو كانا مالكيّن ، فيأخذ كلّ منهما نصيبه وإن لم يكف لحاجته ، لا القرعة التي هي بعد تعدّر القسمة ليتحقّق الإشكال .

كما لا يخفى عليك ما في الجميع بعد الإحاطة بما ذكرناه سابقاً ولا حقّاً من تساويهما في حقّ الأولوية التي لا ترجع إلى حقّ في الماء نفسه ، فلا يتصور فيه القسمة .

على أنّه قد يفرض التضرّر بابتداء أحدهما على وجه لا يمكن فيه مراعاة التوزيع .

كما أنّه يمكن كون أحدهما مقدّماً على الآخر في تمام حاجته وقد أخرجه القرعة ، كما هو مقتضى إطلاق الأكثر في المتسابقين إلى المعدن فضلاً عن المقام الذي من صورة التقدّم في الإحياء مع الاشتباه .

(١) القواعد ٢ : ٢٧٤ .

(٢) جامع المقاصد ٧ : ٦٢ - ٦٣ .

إحياء الموات / حكم مشاركة المحيي للموات المتأخر مع الملاك السابقين في الماء ٣٨٥

ولو كانت أرض أحدهم أكثر قَسَم على قدرها [١]. [ولو اتسعت إحداهما على جانب الأرض وضافت الأخرى وامتدت إلى خارج فهما متساويان].

ولو أراد أحد أن يستجدّ بناء رحي على النهر المزبور فإن عارض الأملاك على وجه يحصل ضرر عليهم أو بعضهم لم يكن له ذلك إلا برضاهم ، سواء بناها في ملكه أم في الموات .

وإن لم يعارض أحداً جاز وإن كانت أعلى من الجميع [٢].

ولو كان على النهر أرحية متعارضة فهي كالأملاك في تقديم ما كان منها ما يلي الفوهة إن لم يكن غيرها السابق في الإحياء ، والله العالم .

[حكم مشاركة المحيي للموات المتأخر مع الملاك السابقين في الماء]:

المسألة (الرابعة) : لو أحيا إنسان أرضاً مِيَّتة على مثل هذا الوادي (الذي تعلق به حق الأملاك السابقة فإن لم يكن فيه تضيق فلا منع [٣] .

والأ (لم يشارك السابقين) الذين هم أولى منه بإحياء أرضهم الذي به استحقوا مرافقها ، والماء من أعظم المرافق ، فلا يستحق إلا بعد استيفاء الأولين .

فإن لم يفضل عن كفايتهم شيء - بأن احتاج الأول إلى السقي عند فراغ المتأخر - رجع الحق إليه وهكذا . ولا شيء لهذا المحيي أخيراً .

(و) إن كان الأرض التي أحياها أقرب من غيرها إلى فوهة الوادي .

نعم لو لم يحتج أحد منهم (قَسَم له ممّا يفضل عن كفايتهم) [٤] .

[١] لأن الزائد مساوٍ في القرب .

فيستحق جزءٌ من الماء ؛ إذ المعتبر في قرب الأرض من الماء جزء منها وإن قل ، حتى لو اتسعت إحداهما على جانب النهر وضافت الأخرى وامتدت إلى خارج فهما متساويان ؛ لصدق القرب بذلك .

[٢] لأنّ لهم حق الانتفاع لا حق الملك ، فلا يتوقّف على إذنهم ما لا ينافي انتفاعهم .

[٣] لما عرفت .

[٤] ومن ذلك يعلم الوجه في تقييد النصّ والفتوى سابقاً ؛ لأنّه لم أجد خلافاً فيه بين من تعرّض له كالشيخ^(١) والفاضل^(٢) والكركي^(٣) وغيرهم^(٤) .

لكن في المتن [ذلك] .

(١) المبسوط ٣ : ٢٨٤ .

(٢) القواعد ٢ : ٢٧٥ . التحرير ٤ : ٤٩٧ .

(٣) جامع المقاصد ٧ : ٦٤ .

(٤) المسالك ١٢ : ٤٥٤ .

[وقال المصنف]: (وفيه تردّد) [١].

ولو احتاج هذا النهر إلى حفر وإصلاح وسدّ خرق ونحو ذلك فالظاهر كونه كالنهر المملوك الذي [قبل] [٢]: بأنّه عليهم على حسب ملكهم. فهنا أيضاً على حسب استحقاقهم، نعم قد تقدّم في تراحم الحقوق أنّه لو امتنع بعض الشركاء من الإصلاح لم يجبر وإن كان لا يخلو من نظر [٣]. «أما في النهر المملوك فيحتمل اشتراك الكلّ في المؤونة إلى أن يصلوا إلى الذي هو في فم النهر، ثمّ لا شيء عليه، ويشترك الباقيون إلى أن يصلوا إلى الثاني وهكذا». نعم لو كان الماء يفضل عن جميعهم واحتاج الفاضل إلى مصرف ينصبّ إليه فمؤونة ذلك المصرف على

[١] ولم نجده لغيره. واحتمل فيه أمران: أحدهما: أن يكون الاحتمال الآخر مشاركة هذا المحيي للسابقين، بمعنى استحقاقه نوبة بعد نوبتهم كالذي قبله وإن احتاج السابق قبل أخذه النوبة لأنّ النهر مباح بالأصل، وإنما استحقّه من سبق بسبب الإحياء، وقد شاركهم المتأخّر في ذلك، كما يشارك من قبله السابق عليه. وفي المسالك: «هذا الاحتمال يتوجّه إذا قلنا بأنّ الأعلى يجب عليه الإرسال لمن بعده بعد سقيه وإن احتاج إليه مرّة أخرى، وهو وجه في المسألة، أمّا إذا قلنا بأنّه أولى من اللاحق مطلقاً ولا حقّ للآخر إلّا مع استغنائه فلا يظهر للاحتتمال المذكور وجه، لأنّه مع غناء السابقين لا إشكال في استحقاقه، ومع حاجتهم يقدّمون عليه. وفي التذكرة نقل الخلاف فيما لو احتاج الأعلى بعد استيفاء حقّه إلى السقي مرّة أخرى هل يمكن أم لا؟ ثمّ قوى عدم التمكن وأنّه يجب عليه الإرسال لمن بعده، محتجّاً بقول النبي ﷺ في خبر عبادة بن الصامت: «يرسل الماء إلى الأسفل حتى تنتهي الأراضي»^(١)، وقوله ﷺ في رواية الصادق عليه السلام: «ثمّ يرسل الماء إلى الأسفل»^(٢) وغيرهما من الأحاديث^(٣). قلت: قد يقال: بانسباق تلك النصوص إلى الإرسال مع استغناء الأوّل وإلّا فمع فرض حاجته فهو مقدّم كما في أوّل الدور؛ لاستمرار سبب التقديم وهو كونه في الفوهة مثلاً، وحينئذٍ فيسقط الاحتمال المزبور الذي جعل وجهاً للتردّد، ولذا لم نره لغيره ممّن تقدّمه أو تأخّر عنه. وأمّا الاحتمال الثاني: فهو أنّه لا يصلح لهذا المتأخّر مع ضيق الماء الإحياء إلّا بإذن السابقين لأنّ لا يصير ذريعة إلى منع حقّهم من النهر على طول الأزمنة واشتباة الحال، خصوصاً إذا كان أقرب إلى فوّهته من غيره. فهو مع أنّه بعيد عن العبارة - واضح الفساد منطبق على أصول العامة - التي منها اعتبار أُمثال هذه الخرافات - دون أصولنا؛ ضرورة أنّ حقّهم في النهر لا في الموات وعليهم ضبط الأمر على وجه لا يكون اشتباهاً فيما يأتي من الأزمنة، لا منع المستحقّ عن الأخذ بحقّه مخافة حصول ذلك، كما هو واضح.

[٢] [كما صرح في القواعد]^(٤) [بذلك].

[٣] خصوصاً مع ملاحظة قاعدة نفي الضرر والضرار، وقاعدة حفظ المال، والنهي عن ضياعه.

وعلى كلّ حال ففي القواعد في النهر المملوك أنّه «يشترك الكلّ إلى أن يصلوا إلى الأدنى من أوّله - أي الذي هو في فم النهر - ثمّ لا شيء عليه، ويشترك الباقيون إلى أن يصلوا إلى الثاني وهكذا، ويحتمل التشريك»^(٥). ولعلّ وجه الأوّل أنّ نفعه ينتهي بانتهاه ملكه، ولا ملك له فيما وراء أرضه فيختصّ الباقيون بمؤونة ما بقي على حسب استحقاقهم.

(١) تلخيص الخبير ٣: ٦٦، ح ١٣٠٥. سنن البيهقي ٦: ١٥٤.

(٢) الوسائل ٢٥: ٤٢٠، ب ٨ من إحياء الموات، ح ١، وفيه: «إلى أسفل من ذلك».

(٣) المسالك ١٢: ٤٥٥.

(٤) (٥) القواعد ٢: ٢٧٦.

جميعهم [١]. [ويحتمل تشريك الكلّ حتى الذي هو على فم النهر باعتبار أنّ ما بعد ملكه وإن لم يكن مملوكاً له إلا أنه من ضروريات ملكه؛ لأنّه مصبّ لمائه]، وهو جيّد مع الفرض المزبور [٢]. [ومتى تحقّق الوجوب اتّجه الإيجاب على التعمير]. [إذا امتنع الشريك كان للحاكم التسلّط على إيجابه على واحد من أمور متعدّدة: إمّا الإصلاح أو البيع أو الإجارة أو القسمة إن أمكنت إلى آخر الأمور المتعدّدة، فكان له إيجابه في الجملة. ومتعلّقة واحد غير معيّن من متعدّد. وكلّ واحد لا يجبر عليه بخصوصه وإن أجبر على واحد غير معيّن].

[حكم الدار التي بيد الإنسان توارثا ويعلم أنه ليست له]:

المسألة الخامسة: [٣] [الدار التي في يد الرجل ليست له ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله وقد أعلمه من

[١] لأنّهم يشتركون في الحاجة والانتفاع به، فكانت مؤونته عليهم كأوله. ولا ينافي ذلك انتهاء حقّ الأدنى عند أرضه، فإنّما أن يجب عليه حصّة من المؤونة في الجميع أو لا يجب شيء لما بعد ملكه على حال. فإنّ المراد عدم لزوم مؤونة الحفر لما يزيد عن ملكه عليه بعد فرض عدم توقّف الحفر إلى ملكه على ذلك، أمّا مصرف الفاضل عن الجميع الذي يعود نفعه إليهم أجمع فلا وجه لعدم لزومه له مع وصول النفع والضرر إليه وعليه، كحفر أوّل النهر. ولو فرض عدم ضرر ولا نفع له فيه أتجه حينئذٍ عدم التزامه بشيء، اللهمّ إلا أن يقال به باعتبار الشركة معه، فيستحقّ الثاني عليه من جهتها مقدار ما يقتضيه التقيس من جهتها وإن لم يكن لذلك دخل في ملكه. ولعلّ من ذلك يظهر لك وجه التشريك باعتبار أنّ ما بعد ملكه وإن لم يكن مملوكاً إلا أنّه من ضروريات ملكه، لأنّه مصبّ لمائه.

[٢] ولعلّه لذا حكي عن الشهيد في الحواشي اختياره^(١). لكن في جامع المقاصد: «أنّ الأوّل أصحّ. لأنّه لا حقّ له بعد ذلك الموضوع، لانحصار الاستحقاق في الباقيين»^(٢) وفيه: أنّه كذلك إلا أنّ الاشتراك المزبور يوجب عليه ذلك، كما أوجب عليه في مصرف الماء الفاضل. اللهمّ إلا أن يفرض أنّ وضع شركته معه إلى الحدّ المزبور، وأنّه لا مدخل له بعده في شيء أصلاً، ولم يكن عليه ضرر ولا نفع، وهو خروج عن الفرض، فتأمّل جيّداً. ثمّ إنّه لا يتوهم - من إطلاق الفاضل^(٣) وغيره هنا الالتزام بالمؤونة - المنافة لما تقدّم من عدم إيجاب أحد الشريكين الآخر على العمارة باعتبار منافاة الوجوب لعدم الإيجاب؛ إذ احتمال كون المراد منه الإنان لم يفعل وإن لم يجبر كما ترى؛ ضرورة أنّه متى تحقّق الوجوب اتّجه الإيجاب. واحتمال منعه على كلّ واجب واضح الضعف. إلا أنّ المراد هنا: اللزوم بعد البناء منهم على التعمير وأداء المؤونة أو كان أحدهما غائباً وتولّى أمره الحاكم مثلاً أو غير ذلك، لا اللزوم الذي يجبر عليه الشريك مع الامتناع. أو يقال: المراد أنّه حيث يتحقّق الوجوب بأحد أسبابه. وحينئذٍ إذا امتنع ففي جامع المقاصد: «كان للحاكم التسلّط على إيجابه على واحد من أمور متعدّدة، إمّا الإصلاح أو البيع أو الإجارة أو القسمة إن أمكنت إلى آخر الأمور المتعدّدة فكان له إيجابه في الجملة، ومتعلّقة واحد غير معيّن من متعدّد وكلّ واحد لا يجبر عليه بخصوصه وإن أجبر على واحد غير معيّن»^(٤). وهو جيّد؛ إذ المدار حينئذٍ على رفع ضرر الشريك، والله العالم.

[٣] التي قد ذكرها المصنّف في النافع^(٥) ولكن لا تعلق لها في هذا الكتاب وهي مارواه الشيخ في التهذيب في باب بيع الفرر في

مضى من آباته أنها ليست لهم ولا يدرون لمن هي فهل له أن يتصرف بها ؟ المختار أنه يطبق عليها حكم مجهول المالك .[

المؤثق عن إسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام قال : سألته عن رجل في يده دار ليست له ولم تزل في يده ويد آباته من قبله قد أعلمه من مضى من آباته أنها ليست لهم ولا يدرون لمن هي فيبيعها ويأخذ ثمنها ؟ قال : « ما أحب أن يبيع ما ليس له ، قلت : فإنه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي ، ولا أظنه يجيء لها رب أبداً ؟ قال : ما أحب أن يبيع ما ليس له ، قلت : فيبيع سكنها ومكانها فيقول لصاحبه : أبيعك سكني وتكون في يدك كما هي في يدي ؟ قال : نعم يبيعها على هذا » ^(١) . وإليه أشار في النهاية : « إذا كان الإنسان في يده دار أو أرض ورثها عن أبيه عن جدّه غير أنه يعلم أنها لم تكن ملكاً وإنما كانت للغير ولم يعرف المالك لم يجوز له بيعها ، بل ينبغي له أن يتركها بحالها وإن أراد بيعها فليبيع تصرفه فيها ولا يبيع أصلها على حال » ^(٢) . وقال ابن إدريس : « يمكن أن يقال : إنما كان الأمر على ما ذكر في هذا الحديث والوجه في ذلك . وكيف يجوز له تركها في يده وبيع ما جاز له بيعه وهو يعلم أنه لم يكن لمورثه ؟ ! ومن كان بيده شيء ولم يعلم لمن هو فسبيله سبيل اللقطة ، فبعد التعريف المشروع يملك المتصرف ، فجاز أن يبيع ماله فيها . وهو التصرف الذي ذكر في الخبر . دون رقبة الأرض إذا كانت في الأرض المفتوحة عنوةً . فهذا وجه تأويل في الخبر . وبعد هذا كله فهذه أخبار أحاد أوردها شيخنا في نهايته لثلاً يشدّ من الأخبار شيء » ^(٣) . وفيه أولاً : منع كونها من اللقطة ؛ ضرورة تعاقب الأيدي فيها على التصرف المحمول على الوجه الصحيح شرعاً ، وكونها لغيرهم أعمّ من كونها غصباً أو نحوه . ولذا قال الفاضل بعد أن حكى ذلك عنه : « أقول : ليس بعيداً من الصواب أن يكون المراد بقوله : « فليبيع تصرفه فيها » أي الآثار الموجودة من الأبنية والسقوف ، ولا يلزم من كون الدار ليست له كونها غصباً ، بل جاز أن تكون عارية ، وهو الظاهر ؛ إذ تصرف المسلم إنما يبنى في الظاهر على المشروع » ^(٤) . وإن كان هو غير نقي أيضاً . وفي النافع أنه يمكن تنزيهه [= الخبر] على أرض عاطلة مملوكة أحيائها غير المالك بإذنه ^(٥) . إلا أنه مع ذلك كله لا بدّ من تنزيل البيع فيه على بيع الآثار ، أو إرادة الصلح الذي يقع مثله على حقّ السكنى الذي يقضي به تعاقب الأيدي بعد عدم منافاة اعتراف كونها للغير - المحتمل وجوهاً - لذلك . نعم قد يظهر من قول : « لا أحب » فيه بجواز ^(٦) بيع الرقبة ولكن على الكراهة . ولا ريب في منافاته للقواعد . اللهم إلا أن يريد بذلك الاستئذان منه عليه السلام في البيع باعتبار كونها مجهول المالك فأجاب به عليه السلام بذلك لعدم إظهار الراوي الوصول إلى حدّ اليأس بقوله : « ولا أظنّ يجيئنا أحد » . أمّا بيع السكنى المستحقّة بتعاقب الأيدي بمعنى نقلها بما ينقل مثلاً إن لم تحمل على الآثار التي له فيها فلا بأس به . ولعلّ تنزيل الخبر المزبور عليه أولى من ذلك كله ، وخصوصاً ما ذكره ابن إدريس من التنزيل على دار في المفتوحة عنوةً ^(٧) أو ما سمعته من المصنّف . والغرض أنه لا ينبغي الجرأة على مخالفة القوانين الشرعية بالخبر المزبور خصوصاً مع عدم العلم بإرادة الإمام من قوله : « عبد صالح » فيه ، وإن كان المتعارف منه الكاظم عليه السلام لكن بغير هذه التأدية . ووجود « عليه السلام » في التهذيب ^(٨) لم يعلم كونها من الراوي ، بل من المحتمل كونها من الكاتب ، والله العالم بحقيقة الحال . ويتلوه كتاب اللقطة .

(١) التهذيب ٧ : ١٣٠ ، ٥٧١ . الوسائل ١٧ : ٣٣٥ ، ب ١ من عقد البيع ، ح ٥ .

(٢) النهاية : ٤٢٣ .

(٣) (٧) السرائر ٢ : ٣٨٠ .

(٤) المختلف ٥ : ٣١٣ .

(٥) المختصر النافع : ٢٦٢ .

(٦) كذا في النسخ والأولى : « جواز » .

(٨) التهذيب ٧ : ١٣٠ ، ح ٥٧١ .

[كتاب اللقطة]

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين الغر الميامين

(كتاب اللقطة)

بضمّ اللام وفتح القاف وإسكانها: المال المخصوص [١] . وعلى كلّ حال فهي لغةٌ وعرفاً المال [٢] .

[١] على ما هو المعروف بين أهل اللغة كالأصمعي وابن الأعرابي والفراء وأبي عبيدة^(١) . بل عن الأخير: أنّ التحريك عليه عامة أهل العلم . بل عن الأزهري: أنّه قول جميع أهل اللغة وحدّاق النحويين^(٢) . وفي الإيضاح: «أجمعت الرواة على رواية خبر زيد الجهني بالتحريك^(٣)»^(٤) . ولكن مع ذلك كلّهُ ففي التذكرة «عن الخليل بن أحمد أنّها بالسكون للمال ، وبالفتح للملتقط ، كما هو في كلّ ما كان على وزن «فلة» نحو «همزة» و«لمزة» وغيرهما^(٥) . ومن الغريب اختياره في التنقيح^(٦) مع ندرته . بل عن الأزهري عن الليث السكون ، ولم أسمع له غيره^(٧) . بل عن بعضهم عدّ السكون من لحن العوام ، وذلك لأنّ الأصل «لقاطة» فتقلت عليهم ، لكنرة ما يلتقطون في النهب والغارات وغير ذلك فتلقبت بها ألسنتهم اهتماماً بالتخفيف فحدفوا الهاء تارة وقالوا: «لقاط» والألف أخرى فقالوا: «لقطة» فلو أسكن مع ذلك اجتمع على الكلمة إعلان ، وهو مفقود في فصيح الكلام^(٨) . وإن كان هو كما ترى من إثبات اللغة بالاجتهاد . على أنّه في مقابلة تصريح الأعلام منهم بها وإن اقتصر على الفتح جماعة منهم ، لكنّ ذلك لا يدلّ على نفي السكون .

[٢] إلّا أنّ الفقهاء تجوّزوا وأطلقوها على ما يشمل الآدمي الحرّ^(٩) . ومنهم من خصّها بالأول وأفرد للقيط كتاباً آخر . وأمّا احتمال أنّها حقيقة شرعية للأعمّ فهو واضح الضعف . والإطلاق في بعض النصوص لا يقتضيه . والأصل فيها - بعد الإجماع أو الضرورة على مشروعيتها في الجملة - النصوص من الطرفين التي ستمرّ عليك جملة منها في الأثناء . كخبر زيد بن خالد الجهني جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله عن اللقطة ؟ فقال: «اعرف عقاصها وكاءها ثمّ عرفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فتأنك بها ، قال: فضالة الغنم ؟ قال: هي لك أو لأخيك أو للذئب ، قال: فضالة الإبل ؟ قال: مالك ولها ؟ ! معها سقاؤها وحذاؤها ، فإنّها تشرب الماء وتأكل الشجر يلقاها ربّها»^(١٠) . وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إنّي وجدت شاة ؟ فقال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب ، فقال: إنّي وجدت بعيراً ؟ فقال: حقّه حذاؤه وكرشه سقاؤه فلا تهجه»^(١١) . والعقاص: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة وغير ذلك ، والأصل فيه الجلد الذي يلبسه رأس القارورة . والوكاء: الخيط الذي يشدّ به المال ، والله العالم .

(١) انظر: تهذيب اللغة ١٦: ٢٤٩ - ٢٥٠ . (٢) حكاة في مصباح المنير: ٥٥٧ . انظر تهذيب اللغة ١٦: ٢٥٠ .

(٣) يأتي قريباً . (٤) الإيضاح ٢: ١٣٥ - ١٣٦ .

(٥) (٦) التذكرة ١٧: ١٦٥ . التنقيح ٤: ١٠٥ . (٧) تهذيب اللغة ١٦: ٢٤٩ - ٢٥٠ .

(٨) المصباح المنير: ٥٥٧ . (٩) كالشيخ في المبسوط ٣: ٣١٨ ، ٣١٦ .

(١٠) سنن البيهقي ٦: ١٨٥ . كنز العمال ١٥: ١٨٤ ، ح ٤٠٥١٥ . (١١) الوسائل ٢٥: ٤٥٧ ، ب ١٣ من اللقطة ، ح ١ وذيله .

[ويطلق أيضاً على ما يشمل الآدمي ومشروعيتها ثابتة في الجملة]. وكيف كان فـ(الملقوطة إما إنسان وإما حيوان أو غيرهما) ولكل من الثلاثة أحكام تخصه .
[ما يسمى باللقيط]:

(فالقسم الأول يسمى لقيطاً وملقوطةً) وإن كانا هما بمعنى واحد [١] .

(ومنبوذاً) بمعنى مطروحاً، فترجع الأسماء الثلاثة إلى الأمرين باعتبار حالته، فإنه ينبذ أولاً ثم يلتقط .

(وينحصر النظر) في هذا القسم (في ثلاثة مقاصد):

[اللقيط وشروطه]:

(الأول: في اللقيط وهو) [٢] (كل صبي ضائع لا كافل له) حال الالتقاط [٣]. [ولا يجري حكم الالتقاط

على المجنون] [٤]. ووجوب حفظه عن التلف وإنقاذه من الهلكة كالعاقل لا يثبت له حكم الالتقاط .

فيكفي فيه حينئذ إيصاله إلى الحاكم المتولي لأمره وأمر غيره ينصب له من يحفظه [٥] .

وبذلك كله ظهر لك أن قول المصنف: (ولا ريب في تعلق الحكم بالقطا الطفل غير المميز) في محله [٦] .

[١] لأن فعيل كجريح بمعنى مفعول .

[٢] كما في النافع والقواعد والتذكرة والتحرير^(١) .

[٣] بل لا أجد خلافاً في غير المميز منه، بل الإجماع بقسميه عليه . مضافاً إلى أنه المنساق مما في النهاية: «اللقيط:

الطفل الذي يؤخذ مرمياً»^(٢) وفي القاموس: «أنه المولود ينبذ»^(٣) وعن المصباح المنير «أنه غلب على المولود المنبوذ»^(٤) وفي

الصاح: «أنه المنبوذ»^(٥) . وربما كان هو المراد مما في محكي الحواشي للشهيد «اللقيط» كل صبي طرحه أهله

عجزاً عن الصلة أو خوفاً من التهمة^(٦) .

[٤] وعلى كل حال فلا يشمل شيء منها نحو ما سمعته من النصوص أيضاً المجنون كما في الدروس^(٧)، وإن وافقه عليه الشهيد

الثاني والكركي^(٨) وبعض متأخري المتأخرين^(٩) . بل لعل العرف أيضاً يساعد عليه .

[٥] فأصالة عدم جريان حكم الالتقاط حينئذ بحالها . وحينئذ فزيادة «المجنون» في تعريف المصنف كما في المسالك^(١٠) في

غير محله . نعم لا بأس بزيادة الصبغة المعبر عنها في النصوص^(١١) باللقطة في مقابل اللقيط . لكن قد يريد المثال لها وللخشي من

«الصبى» في المتن وغيره .

[٦] لأنه المتيقن من النصوص وكلام أهل اللغة وجرت السيرة به .

(١) المختصر النافع: ٢٦٣، القواعد ٢: ٢٠٠، التذكرة ١٧: ٣٠٩، التحرير ٤: ٤٤٧ .

(٢) النهاية (لأن الأثير) ٤: ٢٦٤ . (٣) القاموس المحيط ٢: ٥٦٥ .

(٤) المصباح المنير ٢: ٥٥٧ . (٥) الصاح ٣: ١١٥٧ .

(٦) نقله في مفتاح الكرامة ٦: ٨٨ . (٧) الدروس ٣: ٧٣ .

(٨) المسالك ١٢: ٤٦١، جامع المقاصد ٦: ٩٧ . (٩) كالسبزواري في ظاهر الكفاية ٢: ٥٢٠ .

(١٠) المسالك ١٢: ٤٦١ . (١١) الوسائل ١٧: ٣٠٠، ب ٩٦ من ما يكتسب به، ح ٢ .

(و) كذا لا ريب في (سقوطه في طرف البالغ العاقل) [١].

(و) إن وجب استنقاذه من الهلكة وحفظ نفسه .

نعم (في الطفل المميز تردّد) [٢] (أشبهه) [٣] (جواز التقاطه ؛ لصغره وعجزه عن دفع ضرورته) [٤].

[١] بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى الأصل وغيره .

[٢] من أنّه مستقلّ بالامتناع خصوصاً إذا كان مراهقاً ، فلا يتولّى أمره إلا الحاكم . ومن حاجته إلى التربية والتعهد وإن كان محفوظاً في نفسه .

[٣] وفقاً لصريح الفاضل والشهيدين والكركي وظاهر محكي الوسيلة والغنية^(١) .

[٤] وصدق كونه لقيطاً بعد أن يكون ضائعاً ومرمياً ومنبوذاً . بل لعلّ إطلاق الالتقاط على يوسف عليه السلام^(٢) أقوى شاهد على ذلك ؛ ضرورة أنّه كان مميزاً كما يشهد له رؤياه التي قصّها على أبيه قبل أن يرمى في البئر . بل لعلّ منه يتقدح النظر في استثناء الكركي وثاني الشهيدين المراهق منه^(٣) تبعاً للمحكي عن المبسوط^(٤) ، بل مال إليه في الدروس^(٥) ؛ لأنّه مستغن عن التعهد والتربية ، فكان كالبالغ في حفظ نفسه . مضافاً إلى عدم منافاة ذلك لصدق اللقيط الذي به ينقطع أصالة عدم جواز التقاطه ؛ ضرورة ظهور فحوى النصوص في جواز الالتقاط . بل في التذكرة المفروغية من وجوبه كفاية^(٦) وتستمع الكلام فيه عند تعرّض المصنّف . وإنّما الكلام في مشروعية أصل الالتقاط .

قال الصادق عليه السلام في خبر زرارة : « اللقيط لا يشتري ولا يباع »^(٧) . وقال عليه السلام في خبر إسماعيل المدائني : « المنبوذ حرّ ، فإن أحبّ أن يوالي غير الذي ربّاه والاه ، فإن طلب منه الذي ربّاه النفقة وكان موسراً ردّ عليه ، وإن كان معسراً كان ما أنفق عليه صدقة »^(٨) . وعنه عليه السلام أيضاً في خبر عبد الرحمن العزمي عن أبيه^(٩) عن الباقر عليه السلام : « المنبوذ حرّ ، فإذا كبر فإن شاء توالى الذي التقطه وإلا فليردّ عليه النفقة ، وليذهب فليوال من شاء »^(١٠) . وقال محمّد بن أحمد : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللقيطة ؟ فقال : « لا تباع ولا تشتري ، ولكن تستخدمها بما أنفقت عليها »^(١١) . وفي صحيح ابن مسلم أو حسنه : سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقيطة فقال : « حرّة ، لا تباع ولا توهب »^(١٢) . إلى غير ذلك من النصوص الدالة بفحواها على جواز التقاط غير الكبير - الشامل للمراهق - بعد فرض صدق كونه ضائعاً ولا كافلاً له . بل لعلّ ظاهر ما في بعضها - من بقائه على حكم الالتقاط حتّى يكبر فيتوالى من شاء - يقتضي ذلك بعد معلومية إرادة البلوغ من « الكبير » فيه ولو بقرينة المطالبة بالنفقة ولو أنّ المراهق لا يلتقط لكان المناسب خروج الملتقط عن حكم الالتقاط بوصول الصبي إلى الحدّ المزبور إلى البلوغ . اللهمّ إلا أن يفرّق بين الابتداء والاستدامة ، وهو كما ترى .

(١) القواعد ٢ : ٢٠٠ . الدروس ٣ : ٧٣ . المسالك ١٢ : ٤٦٢ . جامع المقاصد ٦ : ٩٧ . الوسيلة : ٢٧٧ . الغنية : ٣٠٤ .

(٢) يوسف : ١٠ . (٣) جامع المقاصد ٦ : ٩٧ . المسالك ١٢ : ٤٦٢ .

(٤) المبسوط ٣ : ٣٢٨ . (٥) الدروس ٣ : ٧٤ .

(٦) التذكرة ١٧ : ٣١١ . (٧) الوسائل ٢٥ : ٤٦٧ ، ب ٢٢ من اللقطة ، ح ١ .

(٨) الوسائل ٢٥ : ٤٦٧ ، ب ٢٢ من اللقطة ، ح ٢ ، في المصدر : « حاتم بن إسماعيل المدائني » .

(٩) لم تردّ عن أبيه ، في المصدر . (١٠) الوسائل ٢٥ : ٤٦٧ ، ب ٢٢ من اللقطة ، ح ٣ .

(١١) الوسائل ٢٥ : ٤٦٧ ، ب ٢٢ من اللقطة ، ح ٤ . (١٢) التهذيب ٧ : ٧٨ ، ح ٣٣٤ .

نعم لابد من تحقق وصف كونه ضائعاً في جواز التقاطه [١]. [ولا يعتبر أن يكون منبوزاً].

(و) كيف كان فـ (لو كان له) أي الطفل ولو غير المميز (أب أو جد أو أم) أو غيرهم ممن يجب عليه حضنته [٢] (أجبر الموجود منهم على أخذه) [٣].

[١] لكن في المسالك: «إن المصنف احتراز بالضايع عن غير المنبوز وإن لم يكن له كافل، فإنه لا يصدق عليه اسم اللقيط وإن كانت كفالته واجبة كالضايع إلا أنه لا يسمى لقيطاً»^(١). وظاهره عدم صدق الضائع على غير المنبوز. وفيه منع، خصوصاً بعد فتواه بجواز التقاط المميز غير المراهق.

وكأنه أخذه ممّا في التذكرة قال: «وقولنا: «ضايع» نريد به المنبوز فإن غير المنبوز يحفظه أبوه وجده لأبيه أو وصيهما فإذا أقام القاضي مقامهما، أما المنبوز فيشبهه للقطعة، ولهذا سمى لقيطاً نعم يختص حفظه بالقاضي»^(٢).

وكأنه يريد بغير المنبوز من كان له كافل معروف لا تخصيص اللقيط بكونه منبوزاً.

وإن كان هو [=التخصيص] مقتضى ما سمعته في كتب أهل اللغة إلا أن العرف يقتضي خلافه؛ ضرورة صدقه على الضائع من أهله وإن لم ينبذوه. والنصوص وإن وجد فيها «المنبوز» لكن وجد فيها «اللقيط» وهو أعم منه، فلا منافاة بينهما.

وعلى كل حال ففي المسالك أيضاً: «و [احتراز] بقوله: «لا كافل له»، عن الضائع المعروف النسب فإن أباه وجده ومن يجب عليه حضنته مختصون بحكمه ولا يلحقه حكم الالتقاط وإن كان ضائعاً. نعم يجب على من وجده أخذه وتسليمه إلى من تجب عليه حضنته كفاية من باب الحسبة.

ويجوز الاحتراز بقوله: «لا كافل له» عن الصبي الملقوط، فإنه في يد الملتقط يصدق أن له كافلاً، ومع ذلك لا يخرج عن اسم الضائع بالنسبة إلى أهله»^(٣).

قلت: لعل [التوجيه] الثاني أولى؛ لإمكان منع صدق «الضايع» على الإطلاق على معروف الأهل، فإن أول مراتب الضبايع الذي يتحقق به الالتقاط كونه ضائعاً على الملتقط وإن لم يكن ضائعاً على أهله، كالمنبوز الذي لا ريب في كونه من اللقيط مع أنه غير ضائع على أهله، وإنما هو ضائع على الملتقط.

بل عن الشهيد في الحواشي: «أن اللقيط كل صبي طرحه أهله عجزاً من النفقة أو خوفاً من التهمة»^(٤). وفي الإسعاد لبعض الأفاضل من الشافعية: «اللقيط عند الفقهاء اسم للطفل المنبوز في شارع أو مسجد ونحوهما ضائعاً»^(٥).

وإن كان في حصر اللقيط بذلك ما عرفته سابقاً، فلاحظ وتأمل. وربما تسمع لذلك مؤيداً إن شاء الله تعالى، والله العالم. [٢] كما في المسالك^(٦).

[٣] لعدم كونه لقيطاً حينئذ؛ ضرورة وجود الكافل له وعدم صدق كونه ضائعاً عليه عرفاً.

(١) المسالك ١٢: ٤٦١. (٢) التذكرة ١٧: ٣١١ - ٣١٢.

(٤) نقله في مفتاح الكرامة ٦: ٨٨. (٥) لا يوجد الكتاب عندنا.

(٦) المسالك ١٢: ٤٦٢.

(وكذا لو سبق إليه ملتقط ثم نبذه فأخذه آخر أزم الأول أخذه) [١].

[١] لتعلق الحكم به بأخذه ولا دليل على سقوطه عنه نبذه. وعلى كل حال فظاهر المصنف التنبيه بذلك على وجه اعتبار عدم الكفيل في التعريف المزبور إلا أنهم اختلفت عباراتهم في تأدية ذلك. ففي المتن والمسالك^(١) ما عرفت.

وفي التحرير كالمتن بدون ذكر الملتقط^(٢).

وفي الإرشاد واللمعة ترك الأم وزيادة الوصي^(٣).

وفي الدروس: «يجبر الأب وإن علا والأم وإن تصاعدت والملتقط»^(٤).

ونحوه في الروضة مع زيادة الوصي^(٥).

وفي محكي المبسوط: «إن التربية والحضانة ولاية وكذلك الإنفاق، وذلك لا يكون إلا للوالد أو الجد أو الوصي أو أمين الحاكم»^(٦).

وفي التذكرة «قولنا: «لا كافل له» نريد أن لا أب له ولا جد للأب ومن يقوم مقامهما، فالملتقط ممن هو في حضنته أحد هؤلاء لا معنى لالتقاطه، نعم لو وجد في مضية أخذ ليرده إلى حاضنه»^(٧).

وفي القواعد: «فإن كان له من يجبر على نفقته أجبر على أخذه»^(٨).

وفي الدروس: «ولو كان له أب وإن علا أو أم وإن تصاعدت أو ملتقط سابق أجبر على أخذه»^(٩).

وفي الإرشاد: «وشرط الأول - أي اللقيط - الصغر وانتفاء الأب أو الجد أو الملتقط»^(١٠). إلى غير ذلك من

العبارات التي لا تخلو من تشويش وإيهام؛ لحصر الحضانة والكفالة في خصوص ما ذكره وهو مناف لما سمعته في النكاح. بل قد يشكل عد الوصي مع عدم المال للولد ممن له الحضانة أو عليه. كما أنه قد يشكل عدم اعتبار المتبرع بالكفالة والحضانة وإن كان بعيداً فإنه لا يسمي من له مثله ضائعاً ولقيطاً. وأولى من ذلك الأعمام والأخوال والأخوات والخالات ونحوهم. وإن كان بعض العبارات المزبورة تقتضي كونه لقيطاً؛ لعدم الكافل الشرعي، وهو كما ترى. ومن ذلك كله يظهر لك أن إيكال اللقيط إلى العرف - لعدم الحقيقة الشرعية له - أولى من هذه الكلمات التي لا يخفى عليك ما فيها بعد الإحاطة بما ذكرناه وخصوصاً عبارة التذكرة التي أطنب في مجمع البرهان في بيان إشكالها، وكذا عبارة الإرشاد^(١١). والتجشم لدفع بعض ما ذكرناه بإيراد المثال مما ذكره في المقام يمكن القطع بعدمه بملاحظة إرادة التقييد من المعبر بها، كقوله: «الجد للأب» مع أن الجد للأُم من الحاضنين أيضاً وإن لم يكن ولياً، بل الأصل في الحضانة للأُم التي تركها بعضهم هنا. والحاصل أن التعريف المزبور [الذي ذكره المحقق وغيره] وما ذكره في بيان وجه الاحتراز في قيوده في غاية التشويش، والله العالم.

(١) المسالك ١٢: ٤٦١، ٤٦٢. (٢) التحرير ٤: ٤٤٧.

(٣) الارشاد ١: ٤٤٠، ولم يزد الوصي فيه. اللمعة: ٢٢٣. (٤) الدروس ٣: ٧٣.

(٥) الروضة ٧: ٦٧. (٦) المبسوط ٣: ٣٣٨.

(٧) التذكرة ١٧: ٣١٢. (٨) القواعد ٢: ٢٠٠.

(٩) الدروس ٣: ٧٣. (١٠) الارشاد ١: ٤٤٠.

(١١) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٣٩٥ وما بعدها.

(ولو التقط مملوكاً ذكراً أو أنثى) صغيراً كان أو كبيراً مع تحقق وصف الضياع فيه جاز [١]. فهو حينئذٍ لقطة لا لقيط [٢] (وإن كان صغيراً منبذاً). [وذلك بعد تحقق وصف الضياع فيه] كما أنه أيضاً بعد تحقق كونه مملوكاً بفرض ما يدل على ذلك أو العلم به.

[١] لإطلاق ما دل^(١) على جواز التقاط كل مال ضائع صامت أو ناطق، وخصوص الصحيح الآتي.

[٢] لما سمعته من نصوص الثاني^(٢) التي هي صريحة فيما لا يشملها، فليس حينئذٍ إلا لقطة لا لقيطاً وإن كان صغيراً منبذاً. مضافاً إلى وجود حكمة مشروعية الالتقاط فيه من خوف التلف ونحوه.

خلافاً للمحكي عن المبسوط^(٣) وغيره فمنع من التقاط الكبير؛ للأصل، وفحوى ما ورد في منع التقاط البعير من عدم الخوف عليه.

وفيه: - مع أنه غير تام في مثل الكبير الذي لا يستقل بحفظ نفسه لجنون أو خبل أو قصور أو نحو ذلك - أن الكلام مع فرض صدق اسم الضياع الذي يندرج به تحت موضوع لقطة المال التي أشير إليها في صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام: سألت عن اللقطة إذا كانت جارية هل يحل فرجها لمن التقطها؟ قال: «لا، إنما يحل له بيعها بما أنفق عليها»^(٤) الظاهر أو الصريح في جواز التقاطها كبيرة قابلة لأن يستحل فرجها، أو أنها التقطت صغيرة حتى كبرت عنده، ولكن لم تخرج بذلك عن حكم اللقطة. والقياس على البعير ليس من مذهبنا مع إمكان الفرق بينهما أيضاً.

كما أن الاستدلال على المختار بالمعانة والإحسان عند خوف التلف - حتى أنه قال في الروضة: «ينبغي القطع بالجواز مع ذلك»^(٥) - لا يخلو من نظر؛ ضرورة عدم ثبوت الالتقاط الذي له أحكام مخصوصة بذلك وإلا فنصوص^(٦) ردّ الآبق كثيرة.

فالعمدة حينئذٍ ما ذكرناه في قطع الأصل المزبور.

ومنه يستفاد أولوية مشروعية الالتقاط في الصغير منه ولو كان مراهقاً بعد فرض تحقق وصف الضياع.

وإن كان المحكي عن الشيخ^(٧) أيضاً وخيرة الفاضل^(٨) والشهيد في اللمعة^(٩) العدم، للعلّة المزبورة.

لكنّه واضح الضعف.

ودعوى أنه يعلم مالكة فلا يكون ضائعاً يدفعها: خروجها عن محلّ البحث لما قد تكرر ممّا من أن البحث فيما تحقق فيه وصف الضياع.

- (١) انظر الوسائل ٢٥: ٤٤١، ب ٢ من اللقطة.
- (٢) انظر الوسائل ٢٥: ٤٦٧، ب ٢٢ من اللقطة.
- (٣) المبسوط ٣: ٣٢٨.
- (٤) الوسائل ٢٥: ٤٤٣، ب ٢ من اللقطة، ح ٨.
- (٥) الروضة ٧: ٦٩.
- (٦) انظر الوسائل ٢٣: ٨٤، ٨٦، ب ٤٩، ٥٠ من العتق.
- (٧) المبسوط ٣: ٣٢٨.
- (٨) القواعد ٢: ٢٠١.
- (٩) اللمعة: ٢٢٣.

نعم لا عبرة باللون ونحوه ، كما هو واضح ، والله العالم .
 إنَّما الكلام في تملكه بعد التعريف سنة الذي قد يظهر من قول المصنّف : (لزمه حفظه وإيصاله إلى صاحبه)
 العدم مطلقاً [١] .
 [ولكن لا بأس بالقول بعدم مشروعية تملكه مطلقاً] .
 من غير فرق في المملوك بين الصغير والكبير [٢] .

[١] كالفاضل في الإرشاد^(١) .

وفي التحرير : « ويجوز أخذ الآبق لمن وجده ، فإن وجد صاحبه دفعه إليه ولو لم يجد سيّده دفعه إلى إمام أو نائبه ، فيحفظه لسيّده أو يبيعه مع المصلحة وليس للملتقط بيعه ولا تملكه بعد تعريفه ، لأنَّ العبد يحفظ نفسه بنفسه ، فهو كضوأل الإبل »^(٢) . وظاهره العدم في الكبير خاصّة .
 بل صرّح في القواعد بتملك الصغير بعد التعريف^(٣) .
 كما عن المبسوط^(٤) وقوّاه في المسالك^(٥) .

لكن قد يقال : إنَّ ظاهر نفي الحلّ في الصحيح المزبور وحصره في جواز البيع بالإتفاق يقتضي عدم مشروعية التملك مطلقاً ، كما صرّح به في الدروس^(٦) .
 ولا بأس به متقيداً لما دلّ^(٧) على أنّ من حكم اللقطة بعد التعريف التملك لو سلّم شمولها للمفروض وعدم انسياقها في المال الصامت .

[٢] لما عرفت من شمول الصحيح المزبور لالتقاط الكبير والصغير حتى يكبر . مضافاً إلى الأصل .
 ومن الغريب احتمال بعض : تملكه من غير تعريف كالضالة^(٨) ؛ ضرورة عدم دليل عليه يخرج به عن الأصل .
 وقول أحدهما عليه السلام في صحيح زرارة في لقطة أخذت فقال : « حرّة لا تباع ولا تشتري ، وإن كان ولد مملوك لكن^(٩) من الزنا فأمسك أو يع إن أحببت هو مملوك لك »^(١٠) ، لا دلالة فيه على اللقيط المملوك ، وإنما هو دالٌّ على ملك ولد الزنا من المملوك ، وهو غير ما نحن فيه ، والله العالم .

(١) الارشاد ١ : ٤٤١ .

(٢) التحرير ٤ : ٤٤٨ .

(٣) القواعد ٢ : ٢٠١ .

(٤) المبسوط ٣ : ٣٢٨ .

(٥) المسالك ١٢ : ٤٦٣ .

(٦) الدروس ٣ : ٧٤ .

(٧) انظر الوسائل ٢٥ : ٤٤١ ، ب ٢ من اللقطة .

(٨) مفتاح الكرامة ٦ : ٩٧ .

(٩) في المصادر بدله : ذلك .

(١٠) الوسائل ١٧ : ٣٠٠ ، ب ٩٦ من ما يكتسب به ، ح ٢ .

(و) على كل حال (لو أبق منه أو ضاع من غير تفريط) مع عدم نية التملك حيث تكون له (لم يضمن) [١].

(ولو كان بتفريط ضمن) [٢].

(و) كذا (لو اختلفا في التفريط ولا بينة فـ) إن (القول قول الملتقط مع يمينه) [٣].

(ولو أنفق عليه باعه في النفقة إذا تعذر) عليه (استيفاؤها) من المالك [من دون استئذان الحاكم] [٤].

[وإذا لم يكن للمولى غير العبد فهل يباع العبد؟ يمكن القول بعدم جواز بيعه حينئذ إذا كان العبد من مستثنيات الدين]. وإن اعترف المولى بعته [٥].

[١] بلا خلاف كغيره من ملقط المال.

[٢] بلا خلاف ولا إشكال.

[٣] للأصل وغيره.

[٤] للصحيح المزبور^(١) الظاهر في جواز الإنفاق والبيع فيه من دون استئذان الحاكم.

ولعله كذلك؛ لأنه بجواز الالتقاط له صار أميناً شرعياً.

لكن في المسالك: «إذا التقت العبد ولم يوجد له من ينفق عليه تبرعاً رفع أمره إلى الحاكم لينفق عليه أو يبيع شيئاً منه فيها أو يأمره بها ليرجع، فإن تعذر أنفق عليه الملتقط بنية الرجوع إلى أن يستغرق قيمته ثم باعه فيها، ولو أمكن أن يبيعه تدريجاً وجب مقدماً على بيعه جملة، وحينئذ يتعذر بيعه أجمع في النفقة؛ لأن الجزء الأخير لا يمكن إنفاق ثمنه عليه لصيورته حينئذ ملكاً للغير، فلا ينفق عليه الثمن الذي هو ملك الأول بل يحفظ ثمنه لصاحبه الأصلي»^(٢).

ولا يخفى عليك ما فيه من مخالفته مقتضى الصحيح المزبور بلا داع.

اللهم إلا أن يكون ما سمعه إن شاء الله في الصلابة.

على أنه قد يناقش في ولايته على البيع للجزء الأخير مع أنه ليس في النفقة، فينبغي أن يرجع أمره إلى الحاكم.

ثم إن الظاهر من بعضهم: أن من تعذر الاستيفاء إذا لم يكن للمولى غير العبد^(٣).

وفيه: إمكان منع جواز بيعه حينئذ إذا كان من مستثنيات الدين بعد عدم دليل على تعلق الدين في رقة العبد، بل هو من

جملة ديون المولى.

[٥] ففي القواعد: «الوجه القبول فيرجع الملتقط عليه بما أنفق إن كان العتق بعده قبل البيع»^(٤).

ولعله لعدم: «إقرار المقلد».

وحق الإنفاق إنما هو في دمة المولى لا في رقة العبد حتى يكون إقراراً في حق الغير.

[والمختار قبول إقراره فيرجع الملتقط على المولى بما أنفق إن كان العتق بعد الإنفاق قبل البيع].
نعم لو كان إقراره بذلك بعد البيع لم يقبل [١].
بل وكذا لو أقر بالعتق مسنداً له إلى ما قبل الإنفاق فتكون النفقة على العبد [وهو الأقوى] [٢].
[الملتقط وشروطه]:

المقصد (الثاني في الملتقط):

(ويراعى فيه: البلوغ والعقل والحرية) [٣].

وحينئذٍ (فلاح حكم الالتقاط الصبي) وإن كان مميزاً مراهقاً (ولا المجنون) ولو أدواراً حال جنونه [٤].
بل (ولا العبد) [٥]: (لأنه) لا يقدر على شيء؛ إذ هو (مشغول باستيلاء المولى على منافعه) [٦].

[١] لكونه حينئذٍ إقراراً في حق الغير.

[٢] لأنه حال الإنفاق حر.

كما صرح به في جامع المقاصد^(١). ولكن لا يخلو من نظر، بل لا يخلو منه الرجوع بها [= النفقة] عليه [= العبد] مع فرض ثبوت العتق كذلك [= ما قبل الإنفاق]. وإن كان هو الأقوى كما أوضحناه في رجوع الوكيل على الإنفاق - إذا بان أنه أنفق بعد موت الموكل - على الزوجة المباشرة لإتلاف المال، فتأمل، هذا.

وفي الدروس: «ليس للسيد المطالبة بثمنه - أي بعد الاعتراف بعتقه - إلا أن ينكر العتق بعد ذلك. ولو ادعى رقه فصدق اللقيط المدعي فالأقرب القبول إذا كان أهلاً للتصديق»^(٢).

قلت: قد تقدم في كتاب الإقرار ما يعلم منه النظر في ذلك، والله العالم.

[٣] بلا خلاف أجده في الأولين بين العامة والخاصة، بل ولا إشكال لقصورهما عن ولاية الالتقاط.

[٤] وما في التذكرة: «لو كان الجنون يعتوره أدواراً أخذه الحاكم من عنده، كما لو التقطه المجنون المطبق أو الصبي»^(٣) يمكن حمله على إرادة أن للحاكم أخذه، لا أنه مخصوص به، وإلا كان مطالباً بدليله، كما هو واضح.

وعدم صدق «المنبوذ» عليه - مع أنه لا يقتضي اختصاص الحاكم به - لا ينافي صدق اللقيط، والله العالم.

[٥] على المشهور، بل لم أتحرّق فيه خلافاً. وإن اقتصر المصنف على اعتبار التكليف^(٤).

بل في الكفاية: «أنه ممّا قطع به الأصحاب»^(٥).

بل في مجمع البرهان: «الظاهر الإجماع على ذلك»^(٦).

بل في جامع المقاصد نفى الريب فيه^(٧). للأصل [لذلك].

[٦] حتى أنه ورد في التقاطه المال: أئنه وأين اللقطة وهو مشغول بخدمة سيده^(٨)؟! (و) اللفظة تحتاج إلى تعريف سنة.

(١) الدروس ٣: ٧٥.

(٢) المختصر: ٢٦٣.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٣٩٨.

(٤) انظر الوسائل ٢٥: ٤٦٥، ب ٢٠ من اللقطة، ح ١.

(١) جامع المقاصد ٦: ١٠٦.

(٢) التذكرة ٢: ٣١٢.

(٣) كفاية الأحكام ٢: ٥٢٢.

(٤) جامع المقاصد ٦: ١٠٦.

نعم (لو أذن له المولى صحّ، كما لو أخذه المولى ودفعه إليه) [١]. [وكذا يصحّ مع الإجازة أيضاً]. [ولعلّ الأقوى أنّ الولاية تكون حينئذٍ للعبد لا أنّه نائباً عن السيّد]. وعلى كلّ حال لا يجوز للمولى الرجوع [٢]. كما أنّه لا فرق بين القرن والمدبّر والمكاتب - ولو تحرّر بعضه - وأمّ ولد [٣]. والمهاياة للمبغض - بعد عدم لزومها - لا تجدي [٤] وخصوصاً مع فرض لزومها بصلح ونحوه. هذا كلّه في الالتقاط.

أما الإنفاذ فواجب عليه [٥]. إلّا أنّ ذلك لا يثبت حكم الالتقاط [٦].

وحينئذٍ فلمن كان له أهليّة الالتقاط انتزاعه منه ومنهم سيّده، كما هو واضح.

ثمّ إنّ [٧] هل يعتبر رشد الملتقط [٨]؟ [٩]

[١] كما صرّح به غير واحد.

بل لا أحد خلافاً فيه، بل ولا في الصّحة مع الإجازة أيضاً.

نعم في الدروس والمسالك^(١): «فيكون في الحقيقة هو الملتقط والعبد نائبه، فيلحقه أحكامها دون العبد». قلت: قد يحتمل كون الولاية حينئذٍ للعبد بعد رفع الحجر عنه بالإذن.

بل لعلّه أقوى وأصحّ بالأدلة مع كونه مأذوناً لا نائباً عن السيّد.

[٢] على ما صرّح به الفاضل^(٢) والكركي وثاني الشهيدين^(٣).

[٣] لما عرفت.

[٤] كما في جامع المقاصد والروضة والمسالك^(٤). وإن كان قد يناقش في ذلك.

[٥] بلا خلاف ولا إشكال.

[٦] وإن عبّر به في الدروس^(٥) وغيرها.

[٧] ظاهر المتن وغيره، بل نسب إلى الأكثر^(٦) ما صرّح به الفاضل وثاني الشهيدين^(٧) وغيرهما من عدم اعتبار الرشد فيصحّ التقاط السفية؛ لعدم كونه تصرّفاً مالياً محجوراً عليه فيه، فيندرج في إطلاق الأدلة. لكن في القواعد والدروس استقره^(٨) بل في التذكرة العزم به، قال: «إنّه ليس بمؤتمن عليه شرعاً وإن كان عدلاً»^(٩).

وفي جامع المقاصد: «أنّه لا يخلو من قوّة»^(١٠). قلت: لا ينبغي التأمّل في الجواز مع عدم اشتراط العدالة لما عرفت. وعدم ائتمانه على ماله لا يمنع ائتمانه على حضانة الطفل الذي إن فرض وجود مال له لم يمكن منه ولا من الإنفاق عليه. ودعوى حصول الضرر على الطفل بالتفريق المزبور واضحة الفساد.

(١) الدروس ٣: ٧٥. المسالك ١٢: ٤٦٥. (٢) التحرير ٤: ٤٤٨. التذكرة ١٧: ٣١٢.

(٣) جامع المقاصد ٦: ١٠٧. المسالك ١٢: ٤٦٥.

(٤) جامع المقاصد ٦: ١٠٧. الروضة ٧: ٧١ - ٧٢. المسالك ١٢: ٤٦٥ - ٤٦٦.

(٥) الدروس ٣: ٧٥. (٦) مفتاح الكرامة ٦: ٩٨.

(٧) القواعد ٢: ٢٠٢. المسالك ١٢: ٤٦٤ - ٤٦٥. (٨) القواعد ٢: ٢٠٢، ولكن استقر العدم. الدروس ٣: ٧٦.

(٩) التذكرة ١٧: ٣١٥ - ٣١٦. (١٠) جامع المقاصد ٦: ١٠٩.

[لا ينبغي التأمل في الجواز مع عدم اشتراط العدالة].

نعم لو قلنا باعتبار العدالة أتجه عدم جواز التقاطه [= السفية] [١].

(و) على تقدير عدم اعتبارها ف(هل يراعى الإسلام) في التقاط المحكوم بإسلامه؟ (قيل) [٢]: (نعم)

يشترط [٣]. (لأنه لا سبيل للكافر على الملقوط المحكوم بإسلامه ظاهراً، ولأنه لا يؤمن مخادعته عن الدين) [٤]

[ولا يشترط ذلك في التقاط المال]. [وكذا لو كان اللقيط محكوماً بكفره].

[١] بناءً على استلزام سفهه الفسق، لحرمة التبذير، وستعرف الكلام فيها.

[٢] والقائل الشيخ^(١) وجميع من تأخر عنه.

[٣] بل في مجمع البرهان: «يمكن دعوى الإجماع عليه»^(٢).

ولعله كذلك؛ إذ لم أجد فيه خلافاً وإن أشعرت عبارة المصنف هنا والنافع بالتردد فيه^(٣)، بل ومنه تسرى إلى تلميذه، الآبي^(٤).

ومن الغريب ما في التنقيح من أن أصحاب أطلقوا جواز الالتقاط من غير تقييد^(٥). ضرورة عدم معرفة من أطلق هنا، وإنما هو كذلك في المال، والفرق بينهما في كمال الوضوح. كوضوح الفرق بين محل البحث هنا وبين اللقيط المحكوم بكفره الذي لا خلاف - كما اعترف به غير واحد - في جواز التقاط الكافر له.

بل عن المذهب البارع جواز ذلك قولاً واحداً^(٦)، وإن كان ظاهر التنقيح أيضاً اتحاد المقامين^(٧) وهو غفلة. وما عن الكركي في حاشيته الإرشاد - من اشتراط الإسلام وإن لم يكن الولد محكوماً بإسلامه^(٨) - يمكن حمله على إرادة غير المحكوم بكفره، كولد الزنا من الكافرين أو المسلمين وإلا كان مخالفاً للإجماع.

بل قد يناقش في اشتراطه أيضاً على التنزيل المزبور بإطلاق الأدلة السالم عن معارضة نفي السبيل^(٩) الذي هو دليل المنع في الأول في المتن وغيره، قال [ذلك].

[٤] ودعوى أنه مولود على الفطرة فيكون مسلماً واضحة المنع؛ لعدم عامل بما دل عليها على هذا الوجه بل ظاهر حكمهم بإسلام الطفل بالتبعية يقتضي خلافه. وربما ردت باقتضاها المنع من التقاط ولد الكافر. وفيه: أن التبعية شرعاً محققة بالفراش الشرعي، لأن لكل قوم نكاحاً. فالأولى ردها بما ذكرناه.

وأما التعليل الثاني فهو مناسبة لا تصلح دليلاً؛ إذ عدم أمن المخادعة لا يمنع من ذلك وإن ورد^(١٠) نحوه في تزويج العارفة غير العارف لكن قد عرفت في محله أنه حكمة لا علة.

(٢) انظر مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٣٩٩ - ٤٠٠.

(٤) كشف الرموز ٢: ٤٠٦.

(٦) المذهب البارع ٤: ٢٩٨.

(٩) النساء: ١٤١.

(١) المبوط ٣: ٣٤٠ - ٣٤١.

(٣) المختصر النافع: ٢٦٣.

(٥) (٧) التنقيح الرائع ٤: ١٠٦.

(٨) حاشية الارشاد (حياة الكركي) ٩: ٤٧١.

(١٠) انظر الوسائل ٢٠: ٥٥٥، ب ١١ ما يحرم بالكفر، ح ٢.

وهل اختلاف مذاهب المسلمين يقضي بمنع التقاط ولد العارف لغير أهل مذهبه؟ [يحتمل ذلك] [١].
وإن كان الأقوى خلافاً [٢].

(ولو كان الملتقط فاسقاً، قيل: ينتزعه الحاكم من يده ويدفعه إلى عدل؛ لأنّ حضائنه استئمان، ولا أمانة للفاسق) [٣]. [و] (الأشبه أنّه لا ينتزع) [٤].

[١] لا أجد فيه تصريحاً، ولكنه محتمل.

[٢] لما عرفت من أنّ احتمال الخدع حكمة لا علة ولا لمنعت في الفسق الذي مقتضى إطلاق الأكثر جواز الالتقاط معه [= الفسق]، بل لم نعرف القائل بخلافه الذي أشار إليه المصنّف بقوله: [ذلك].

[٣] إلّا ما يحكي عن المبسوط^(١). مع أنّ المحكي عنه والخلاف في التنقيح عدم الاشتراط على كراهة^(٢).

نعم هو خيرة الفاضل في بعض كتبه وولده^(٣). ومن هنا كان [كذلك].

[٤] وفقاً لصريح جماعة وظاهر آخرين. بل في كشف الرموز «أنّ الفاسق يجوز له أخذه بلا خلاف عندنا ويترك عنده من انضمام يد آخر إليه خلافاً لبعضهم»^(٤).

مع أنّه لم نتحقّق البعض المزبور؛ إذ الشيخ قد سمعت^(٥) ما يحكي عنه وإن كان هو أنسب منه؛ إذ لا معنى لانتزاع خصوص الحاكم بعد أن لم يكن له ولاية الالتقاط كالصبي والمجنون والكافر، فكلّ من هو أهل لذلك يجوز التقاطه منه.

ويمكن تحصيل القطع بخلاف ذلك من السيرة. مضافاً إلى إطلاق الأدلة الذي لا يعارضه الأصل المزبور.

خصوصاً بعد الاعتضاد بما عرفت على وجه لا يقدح فيه عدم عموم في الأدلة؛ ضرورة الاكتفاء بالاندراج تحت اسم اللقيط الذي هو عنوان الحكم الشرعي. والأصل عدم اشتراط شيء آخر حتى ضمّ يد أخرى معه.

مؤيداً ذلك كلّ بعدم الخلاف في عدم اعتبار العدالة في لقطة المال الذي هو محلّ الخيانة.

وبأنّ الأصل في المسلم الائتمان وعدم فعل المحرّم وإن كان فاسقاً ولذا ائتمنه الشارع في أمور كثيرة كالطهارة والتذكية وغيرهما.

وما في التذكرة - من الفرق بين المال والطفل بأنّ لقطة الأوّل تكتسب، لأنّه يرّد المال إليه بعد التعريف، لإمكان تبة التملك، وبأنّ المقصود في المال حفظه، ويمكن الاستظهار بنصب الحاكم من يعرف، بخلاف لقطة الطفل المطلوب فيها حفظ النفس وكونه حرّاً، ولا يؤمن عليهما لإمكان ترك مراعاته أو استعماله في الأمور التي يخشى منها التلف أو يسافر به إلى بلد لا يعرف فيه فيدعي رقبته ويبيعه^(٦) لا حاصل له؛ إذ هو مجرد اعتبار يمكن الجواب عنه ولو يفرض عدم ما يخشى منه ذلك.

على أنّ ائتمان الكافر على الكافر ليس أولى من ائتمان المسلم على المسلم، فإنّ كلّاً منهم ولي لصفه.

(١) المبسوط ٣: ٣٤٠. (٢) التنقيح ٤: ١٠٦.

(٣) الإرشاد ١: ٤٤٠. القواعد ٢: ٢٠١. شرح الإرشاد (مخطوط): ٢١٥.

(٤) كشف الرموز ٢: ٤٠٦.

(٥) تقدّم آنفاً.

(٦) التذكرة ١٧: ٣١٤، وفيه: «النسب» بدل «النفس».

نعم لو علم من قرآن الأحوال أو ظنّ ظناً معتدلاً به عدم ائتمان ملتقطه عليه - لكونه جندياً من أهل الفساد ونحو ذلك - أتجه المنع . هذا كله في معلوم الفسق . أما مستور الحال فلا يرد فيه شيء من ذلك وإن لم يكن الأصل فيه العدالة ، كما هو محرز في محلّه [١] . [ولا يلزم توكيل الحاكم من يراقبه معه أيضاً] .
 وإن كان لا بأس بذلك إذا رأى الحاكم مراقبته ليعرف أمانته ، لكن بحيث لا يؤذيه [٢] .
 [ولا يتنزع منه لو أراد السفر به] .
 (ولو التقطه بدوي لا استقرار له في موضع التقاطه أو حضري يريد السفر به قيل) [٣] : [ينتزع من يده ، لما لا يؤمن من ضياع نسبه ، فإنه إنما يطلب في موضع التقاطه والوجه الجواز] [٤] .

[١] ودعوى لزوم توكيل الحاكم من يراقبه معه أيضاً لا دليل عليها .
 [٢] كما في الدروس ^(١) . كدعوى انتزاعه منه لو أراد السفر به مخافة دعوى استرقاقه . ضرورة أنّ ذلك كله مجرد اعتبار لا يوافق أصول الإمامية ، فضلاً عن أن يخرج به عن إطلاق الأدلة الذي يمكن دعوى ندره العادل معه ، والله العالم .
 [٣] والقائل الشيخ في المبسوط ^(٢) . وإن كنا لم نتحققه وخصوصاً الثاني .
 [٤] وفاقاً للفاضل والكركي وثاني الشهيدين ^(٣) . بل وظاهر أولهما ^(٤) ولو اقتضى التقاطهما له استصحابهما إيّاه ؛ لإطلاق الأدلة الذي لا يقيد بالاعتبار المزبور . مع أنه يمكن ظهور نسبه بذلك ، لاحتمال كونه من بلدة بعيدة ، فالإطلاق المزبور حبيّذ بحاله . ولا معارض له إلا اعتبارات تناسب مذاق العامة ، وإلا فالتجّه على أصولنا العمل بالإطلاق المزبور المقضي جواز السفر به إذا كان مصلحة له ، وجواز استيطان بلد غير بلد التقاطه بل وقطر غير قطره ، وجواز التقاطه مسافراً إلى غير بلد الالتقاط ، بل أو إلى غير قطره أيضاً ؛ لصيرورة الملتقط ولياً كغيره من الأولياء من غير حجر عليه بشيء بعد عدم ثبوت ما يقتضيه ، كعدم ثبوت وجوب التعريف عليه وتطلّب ما يعرف به اللقيط ونحو ذلك ممّا ذكره من دون ذكر لمستنده .
 وجنبنيّ فما عن المبسوط - من « أنه إن أراد السفر به فإن كان أميناً ظاهراً وباطناً ترك في يده ، وإن كان أميناً في الظاهر منع منه ولا يترك أن يحمله ، لأنه يخاف أن يسترقّه » ^(٥) ونحوه عن الإيضاح ^(٦) ، بل في جامع المقاصد ذلك أيضاً غير أنه أبدل الأمين بالعدل ^(٧) - لا يخلو من نظر . ضرورة اقتضاء السيرة وإطلاق الأدلة تبعيّة اللقيط للملتقط على نحو ما يتبعه من له حضاتته من أولاده . وبذلك كله يظهر لك ما في جملة من العبارات من التشويش ، كالمبسوط والتذكرة ^(٨) وغيرهما حتى الكركي ^(٩) الذي لم يشترط العدالة في النقاط منشئ السفر أو المسافر مثلاً ولو مع إرادة التوجّه إلى مقصده المسافر إليه ولو كان قطراً غير قطر التقاطه فضلاً عن كونه بلداً غير بلده . مضافاً إلى الإجمال في اعتبار العدالة ظاهراً وباطناً ، وإلى غير ذلك ممّا لا يخفى عليك حاله بعد الإحاطة بما ذكرناه ، والله العالم .

(١) الدروس ٣ : ٧٦ . (٢) حكاية في المسالك ١٢ : ٤٦٨ . انظر المبسوط ٣ : ٣٤٠ - ٣٤١ .

(٣) القواعد ٢ : ٢٠٢ . جامع المقاصد ٦ : ١٠٩ - ١١٠ . المسالك ١٢ : ٤٦٨ .

(٤) انظر للزمة : ٢٢٣ . (٥) المبسوط ٣ : ٣٤٥ .

(٦) الإيضاح ٢ : ١٣٨ - ١٣٩ . (٧) جامع المقاصد ٦ : ١١١ .

(٨) المبسوط ٣ : ٣٤٠ - ٣٤١ ، ٣٤٥ . التذكرة ١٧ : ٣٢١ . (٩) جامع المقاصد ٦ : ١٠٩ - ١١٠ .

[والمتمّجه جواز السفر به إذا كان مصلحة له وجواز استيطان بلد غير بلد التقاطه بل وقطر غير قطره، وجواز التقاطه مسافراً إلى غير بلد الالتقاط بل أو إلى غير قطره أيضاً فيصير الملتقط وليّاً كغيره من الأولياء. ولا يجب التعريف على الملتقط وتطلّب ما يعرّف به اللقيط]. (ولا ولاء للملتقط عليه، بل هو سائبة يتولّى من شاء) [١]. (وإذا وجد الملتقط سلطاناً ينفق عليه استعان به) وجوباً مع عدم مال للقيط ولا متبرّع [٢]. وهل يلحق بالسلطان نائب الغيبة على وجه يجب على الملتقط رفع الأمر إليه؟ [٣] [يحتمل الإلحاق].

(و) على كلّ حال (بالأ^(١)) يكن سلطان كذلك ولم يوجد من ينفق عليه من الزكاة أو ما أعدّ لمثله أو ما كان يصحّ صرفه فيه (استعان بالمسلمين) الذين منهم الملتقط [٤]، (و) لعلّه لأنّ (بذل النفقة) لمثله (عليهم واجب على الكفاية؛ لأنّه دفع ضرورة مع التمكن) [٥]، (و) لكن في المتن (فيه تردّد) [٦].

[١] بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل في المسالك نسبته إلى الأصحاب وأكثر أهل العلم^(٢)؛ للأصل، والنصوص السابقة^(٣) وحصر الولاء في المعتق بقوله وَيُؤْتَى لَهُ بِمَنْ يَشَاءُ «إنّما الولاء لمن أعتق»^(٤). فما عن بعض العامة من ثبوت الولاء له^(٥) واضح الفساد، والله العالم.

[٢] بلا خلاف أجده فيه بين القدماء والمتأخّرين. وما في المقنعة والنهاية من التعبير بلفظ «ينبغي»^(٦) يراد منه الوجوب. كما أنّه المراد ممّا في محكيّ المبسوط: «أنفق عليه السلطان من بيت المال بلا خلاف»^(٧). قلت: وإن حكى عن أحد وجهي الشافعي عدم الإنفاق منه، لأنّه معدّ لما لا وجه له سواء، واللفظ يجوز أن يكون رقيقاً نفقته على سيّده أو حرّاً له مال، فالتمّجه حينئذٍ إنفاق السلطان عليه منه بعنوان القرض فإن بان أنّه حرّ لا مال له قضاء من سهم الغارمين أو غيره ممّا ينطبق عليه^(٨)، لكنّه كما ترى بعد الحكم بحزبه وإسلامه وفقره في ظاهر الشرع وإعداد بيت المال لمصالح المسلمين.

[٣] لم أجده به تصريحاً، ولكنه محتمل.

[٤] بلا خلاف أجده فيه أيضاً.

[٥] على المشهور، كما في المسالك، قال: «وإنّما جاز الاستعانة بهم مع كونه كأحدهم لرحاء أن يوجد فيهم متبرّع؛ إذ لا يجب عليه التبرّع، فإن أنفق المتبرّع وإلا كان الملتقط وغيره سواء في الوجوب، لأنّه من باب إعانة المضطرّ الواجبة كفاية في جميع الأبواب»^(٩).

[٦] وفي المسالك: «مما ذكر ومن أصالة عدم الوجوب؛ لإمكان تأديّه بالاقتراض عليه والرجوع به مع قدرته»^(١٠) وفي الدروس: وتوقّف المحقّق هنا ضعيف^(١١). قلت: لا يخفى عليك ما في هذا الكلام (أي كلام المحقّق) من الغبار؛ ضرورة أنّه إن

(١) في الشرائع: «إن».

(٢) انظر الوسائل ٢٥: ٤٦٧، ب ٢٢ من اللقطة.

(٣) المغني والشرح الكبير ٦: ٣٨٣، ٣٨٨.

(٤) المبسوط ٣: ٣٣٩.

(٥) المسالك ١٢: ٤٧٠، وفيه: «أنفق» بدل «أنفق».

(٦) المجموع ١٥: ٢٨٨.

(٧) المسالك ١٢: ٤٧٠ - ٤٧١.

(٨) الدروس ٣: ٧٤.

كان المراد منه وجوب الإنفاق على المسلمين تبرّعاً أو قرصاً - كما حكاها في جامع المقاصد عن التذكرة^(١) بل في جامع المقاصد « هو ظاهر فإن الواجب على الكفاية رفع حاجة المحتاج لا التبرّع »^(٢) . أشكل الترتيب المزبور مع أنّ الملتقط من جملتهم ، فلا وجه لترتب إنفاقه على التعذر .

اللهم إلا أن يقال : إنه وإن كان من جملتهم ، لكن لما لم يجب عليه التبرّع كما لا يجب على المسلمين وقد رجا وجود متبرّع أو متصدّق لم يجز له الإنفاق بقصد الرجوع قبل اليأس ، كما جزم به في جامع المقاصد^(٣) . إلا أنّه كما ترى منافي لظاهر كلماتهم خصوصاً عبارة المتن وما شابهها الظاهرة في إرادة التبرّع . بل ما حكاها [جامع المقاصد] عن التذكرة لم نتحقّقه ، وإن حكاها في أثناء بعض وجوه الشافعية ولم يرتضه .

بل قال فيها : « فإن لم يكن في بيت المال شيء - إلى أن قال - : وجب على المسلمين القيام بكفايته ، ولم يجز لهم تضييعه ، ثم طريقه طريق النفقة لأنّه محتاج عاجز ، فأشبهه الفقير الزم والمجنون والميت إذا لم يكن له كفن ، فعلى هذا إذا قام به البعض سقط عن الباقي ، فصل الغرض به ، وإن امتنعوا بأسرهم استحقّقوا العقاب وطالبهم الإمام ، فإن امتنعوا قاتلهم ، فإن تعذّر استقرض الإمام على بيت المال وأنفق عليه ، وهو قول^(٤) الشافعية ، والثاني : أنّ طريقه طريق القرض حتى يثبت الرجوع ، لأنّ هذا يجب دفعه لإحيائه ، فأشبهه المضطرّ يدفع إليه بالعوض ، كما يبدل الطعام للمضطرّ بالعوض ، لما تقدّم من أنّه يجوز أن يكون رقيقاً أو يكون له مال أقرب كما تقدّم ، فعلى هذا إن تيسر الاقتراض استقرض وإلا قسّط الإمام نفقته على الموسرين من أهل البلد - إلى أن قال - : ولو احتاج الإمام إلى التقييط على الأغنياء ، قسّط مع إمكان الاستيعاب ، ولو كثروا وتعذّر التوزيع يضربها السلطان على من يراه بحسب اجتهاده ، فإن استوا في نظره تخيّر ، والمراد أغنياء تلك البلدة أو القرية ، ولو احتاج إلى الاستعانة بغيرهم استعان ، ولو رأى المصلحة في التناوب عليه في الإنفاق منهم فعله »^(٥) .

وهو كما ترى ظاهر في اختياره الأوّل مع أنّه قد اشتمل على مسألة التقييط التي أشار إليها في الدروس قال : « لو احتاج الملتقط إلى الاستعانة بالمسلمين في الإنفاق عليه رفع أمره إلى الحاكم ليعيّن من يراه : إذ التوزيع غير ممكن ، والقرعة إنما تكون في المنصر ، ولا رجوع لمن يعيّن عليه الإنفاق ، لأنّه يؤدي فرضاً ، وربّما احتمل ذلك جمعاً بين صلاحه في الحال وحفظ مال الغير في المال وقد أوماً إليه الشيخ في المبسوط ، ويتوجّه على قول المحقّق بالاستحباب الرجوع ، ويؤيده : أنّ من يطعم الغير في المخصصة يرجع إليه أيسر ، ولو قلنا بالرجوع فمحلّه بيت المال أو مال المنفق عليه ، أيهما سبق أخذ منه »^(٦) .

ولكن لا يخفى عليك ما في ذلك كلّ من المنافاة للترتيب المزبور ومن عدم الانطباق على أصول الإمامية التي منها عدم القول بغير دليل ، وكثير من الأحكام المزبورة لا دليل عليها ، بل فيها ما ينافي مضافاً إلى ظهور كثير منها - إن لم تكن صريحة - في كونها على مذاق العامة ، كمقاتلة الإمام للمسلمين مع امتناعهم ، ووجوب الكفن على الناس والرجوع بها على القريب الذي لم تجب عليه إلا من حيث الصلة فلا تكون ديناً إلا أن يجعلها الحاكم كذلك ، إلى غير ذلك ممّا هو منافي لأصولنا . هذا كلّ إن أريد وجوب الإنفاق

(١) (٤) جامع المقاصد ٦ : ١١٥ ، في المصدر : « أحد قولي » . (٢) (٣) جامع المقاصد ٦ : ١١٥ .

(٥) التذكرة : ١٧ : ٣٢٩ - ٣٣٠ . (٦) الدروس ٣ : ٧٧ .

[والصحيح أنه لا يجب الاستعانة بالسلطان ولا بالمسلمين ولا السعي في تحصيل المتبرع على الملنقط. ولا رجوع للملنقط بما أنفق وإن نوى الرجوع مع وجود المتبرع من سلطان أو غيره.]
[ولا يجب على الإمام أو على المسلمين الانفاق التبرعي عليه.]

على الوجه المزبور ، وحينئذ ما ذكره في الدروس من ضعف التردد فيه في محله^(١)؛ ضرورة اقتضاء عدم وجوبه تلف النفس المحترمة . وإن أريد به البذل التبرعي كان التردد فيه في محله . ودعوى ضعفه ضعيفة ؛ لعدم دليل يقتضي وجوب الإنفاق على جهة عدم الرجوع في غير الأرحام على الوجه الذي سمعته في كتاب النكاح . لكن عليه ينبغي حينئذ تقييد رجوع إنفاق الملنقط بما ينفعه بما إذا لم يتمكن من التبرع وإلا وجب ، لأنه من المسلمين ، ولم نجد في كلام أحد منهم إشارة إلى ذلك وهو من جملة الغبار في كلامهم . مضافاً إلى الإجمال في ما ذكره من الاستعانة بالمسلمين ، فإذا أيسر جاز له الإنفاق الذي يرجع به ؛ إذ لا يعلم إرادة المسلمين أجمعهم أو بعضهم في خصوص القرية والبلد أو مطلقاً . بل فيه شيء آخر : وهو أنه - مع فرض وجوب ذلك عليهم - يتجه إجبار الإمام لهم ولو الملنقط . بل لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه أن ما سمعته من المسالك أشد غباراً ، حيث لم يبين الحال أن الواجب على المسلمين التبرع في النفقة أو الإقراض فإن كلامه مختلف في ذلك وإن تبعه عليه في الرياض^(٢) . وخلصنا الكلام أنه لا يتم ما ذكره - من وجوب الاستعانة بالسلطان ثم بالمسلمين - إلا على دعوى وجوب ذلك تبرعاً عنهم وهماً معاً محل منع ؛ إذ لا دليل على وجوب الإنفاق على مجهول الحال على جهة التبرع ، ووجوب حفظ النفس أعم من ذلك ، كما أنه لا دليل على وجوب السعي في تحصيل المتبرع على الملنقط حتى يتجه ما ذكره من الرجوع إلى المسلمين ، لاحتمال حصول متبرع . ولعله لذلك عثر في المقنعة والنهاية بلفظ « ينبغي » مشعراً بالندب .

قال في الأول : « إذا لقط المسلم لقطاً فهو حر غير مملوك ، وينبغي له أن يرفع خبره إلى سلطان الإسلام ليطلق النفقة عليه من بيت المال ، فإن لم يوجد سلطان ينفق عليه استعان وأجده بالمسلمين في النفقة ، فإن لم يجد من يعينه على ذلك أثق عليه وكان له الرجوع بنفقته إذا بلغ وأيسر إلا أن يتبرع بما أنفق عليه ... إلى آخره »^(٣) . وبعين هذه العبارة عثر في النهاية^(٤) . وفي الوسيلة : « إذا لقط حرّاً صغيراً رفع خبره إلى الحاكم لينفق عليه فإن لم يجد أنفق هو عليه إن لم يعنه أحد فإذا بلغ وأيسر رجع عليه إن شاء »^(٥) .

وفي الغنية : « وإذا تبرع ملنقطه بالإنفاق عليه لم يرجع بشيء إذا بلغ وأيسر ، وإذا لم يرد التبرع ولم يعنه على الإنفاق من سلطان أو غيره فأنفق للضرورة جاز له الرجوع »^(٦) .

وبالجملة : كلماتهم في تأدية هذا المعنى في غاية التشويش فإن عبارة المتن غير ظاهرة في وجوب الرفع إلى السلطان . نعم يمكن دعوى الإجماع على أنه لا رجوع للملنقط بما أنفق - وإن نوى الرجوع - مع وجود المتبرع من سلطان أو غيره ، لأنه لا يجب على الملنقط تحصيله حتى يئأس ولا أنه يجب على الإمام أو على المسلمين الإنفاق التبرعي ، وعلى فرضه كانوا مطالبين بدليله .

(٢) الرياض ١٢ : ٣٨٩ .

(١) الدروس ٣ : ٧٤ .

(٥) الوسيلة : ٣٧٧ .

(٣) (٤) المقنعة : ٦٤٨ - النهاية : ٣٢٢ - ٣٢٣ .

(٦) الغنية : ٣٠٤ .

بل [الظاهر] (١) جواز إنفاق الملتقط والرجوع بما أنفق إن شاء من دون رجوع سلطان أو مسلمين [٢]. وهذا هو التحقيق في المسألة، والله العالم والهادي .
وكيف كان فـ [المختار] [٣] (فإن تعذر الأمان ، أنفق عليه الملتقط ورجع^(١) بما أنفق إذا أيسر) اللقيط (إذا نوى الرجوع) [٤].
[ولا يعتبر نيّة الرجوع فيما لو أنفق الملتقط ولم يجد المتبرّع ، فإذا لم ينو ولا التبرّع جاز رجوعه أيضاً].
[ويمكن أن يقال : إنّ الملتقط باعتبار ولايته عليه جاز له الإنفاق بنية الرجوع ، أمّا غيره فلا].
ثم إنّ الظاهر عدم اعتبار الإشهاد [٥].

[١] [كما هو] ظاهر خبر المدائني وخبر محمد بن أحمد^(٢) .
[٢] وهو الموافق للضوابط بعد عدم دليل يدلّ على وجوب الإنفاق التبرّعي على أحد .
[٣] [كما] قد قالوا تفرّيعاً على ما سمعته منهم [ذلك].
[٤] بلا خلاف أجده ، إلّا ما يحكي عن الحلّي^(٣) ؛ للأصل المقطوع بما سمعته من الخبرين^(٤) المعتضدين بعمل الأصحاب وقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» المقتضية لوجوب ذلك عليه ، لكن لا على وجه المجانية .
بل ليس في الخبرين المزبورين اعتبار نيّة الرجوع .
نعم الإجماع والسيرة القطعية بل الضرورة على عدم الرجوع مع نيّة التبرّع . أمّا إذا لم ينو شيئاً منهما فقاعدة اليد والإنفاق وإطلاق الخبرين يقضي بجواز رجوعه أيضاً ، بل هو مقتضى ما سمعته من المقنعة وغيرها من اعتبار التبرّع في عدم الرجوع ، ولعلّه مراد الجميع وإن قصرت العبارة ، هذا .
وفي المسالك : «لو أنفق عليه حينئذٍ غير الملتقط بنية الرجوع فكذلك [= يجوز الرجوع] على الأقوى ، لاشتراك الجميع في المقتضي»^(٥) .

وكأنّه أخذهُ ممّا في جامع المقاصد ، قال في شرح نحو عبارة المتن : «ينبغي أن يراد أنّه إذا تعذّرت إعانة المسلمين تبرّعاً ، لأنّهم إذا بذلوا النفقة قرضاً لم يكن بينهم وبين الملتقط فرق بالنسبة إلى مصلحة اللقيط ، فلا وجه لتوقّف إنفاقه قرضاً»^(٦) . وهو مبنيّ على ما ذكره سابقاً من كون وجوب الإنفاق على المسلمين تبرّعاً أو قرضاً ، وقد عرفت ما فيه بخلاف ما سمعته من المسالك الظاهر في إرادة الإنفاق التبرّعي .

وحينئذٍ يمكن أن يقال : إنّ الملتقط باعتبار ولايته عليه جاز له الإنفاق بنية الرجوع ؛ للخبرين المزبورين ، أمّا غيره فلا دليل على ذلك في حقّه ، كما هو واضح .
[٥] كما صرح به غير واحد ؛ لإطلاق الخبرين .

(١) في الشرائع : «ويرجع» .
(٢) الوسائل ٢٥ : ٤٦٧ ، ب ٢٢ من اللقطة ، ح ٢ ، ٤ .
(٣) السرائر ٢ : ١٠٧ .
(٤) تقدّمت الإشارة إليها آنفاً .
(٥) المسالك ١٢ : ٤٧١ .
(٦) جامع المقاصد ٦ : ١١٥ .

وإن تَوَقَّف إثبات ذلك من دون يمين عليه [١]. [ولا يتَوَقَّف الاكتفاء بنبئة الرجوع على صورة تعذّر الاستئذان].

(و) على كلّ حال فـ [المختار] [٢] أنّه (لو أنفق مع إمكان الاستعانة بغيره) تبرّعاً (أو تبرّع) هو (لم يرجع) [٣].

ثمّ إنّ [الظاهر أنّ التفصيل المزبور مختص بالحرّ الملتقط] [٤].

ثمّ إنّ [الظاهر جواز جعل النفقة صدقة أو زكاة من سهم الفقراء أو الغارمين] [٥].
[ويمكن الاحتساب على غير البالغ أيضاً].

[١] خلافاً للمحكي عن التذكرة أو ظاهرها فاعتبره. لأنّه مع عدم الحاكم قائم مقام إذنه^(١)، وهو كما ترى اجتهد في مقابلة الإطلاقات المزبور. وكذا ما في جامع المقاصد من أنّ ذلك - أي الاكتفاء بنبئة الرجوع - إذا تعذّر عليه الاستئذان، وإلاّ تعيّن^(٢)؛ إذا هو كما ترى أيضاً.

[٢] [كما] لا خلاف أجده في [ذلك].

[٣] بل قد عرفت كونه في الأخير من القطعيات. أمّا الأوّل فإنّه وإن كان منافياً للإطلاق المزبور، إلّا أنّه - بعد انسياقه إلى غيره وفتوى الأصحاب - يضعف الاعتماد عليه.

[٤] [لكن] ظاهر الفاضل في القواعد إتيان التفصيل المزبور بتمامه في العبد الملتقط^(٣)، بل في جامع المقاصد: أنّه هو مقتضى كلامهم^(٤). وفيه: أنّ كلامهم ظاهر أو صريح في نفقة الحرّ لا العبد الذي هو مال، كالدابة التي يمكن الإنفاق عليها منها كما عساه يشهد له في الجملة ما تقدّم في الودعة.

[٥] [كما أنّ] ظاهر خبر المدائني^(٥) كون النفقة صدقة مع الإعسار، إلّا أنّي لم أجد عاملاً به فيمكن أن يراه به جواز جعل ذلك صدقة، لا أنّه يكون كذلك قهراً أو يراه به: جواز احتسابه صدقة، أي زكاة من سهم الفقراء أو الغارمين، كما صرّح به في القواعد^(٦). لكن في جامع المقاصد بعد أن فهم من عبارة الفاضل ثبوت ذلك جزماً قال: «ويشكل في سهم الفقراء: بأنّ قبض الفقير الزكاة ممّا يتوقّف عليه الملك وهو نوع اكتساب، فلا يجب لما قلناه ويبعد جواز أخذ المنفق ذلك بدون قبض اللقيط، لتوقّف ملكه له على قبضه، نعم يتصور ذلك في سهم الغارمين؛ لأنّ صيرورته ملكاً للمدين غير شرط فيجوز الدفع إلى صاحب الدين وإن لم يقبضه المدين»^(٧). وفيه: أنّه لا يتمّ لو كانت الزكاة له؛ ضرورة جواز احتسابها عليه من سهم الفقراء وإن لم يرض؛ لكونه أحد أموال المالك والفرض أنّه مقبوض كما تقدّم في كتاب الزكاة. بل من التأمّل فيما ذكرنا هناك وهنا يظهر لك النظر فيما فيه [= جامع المقاصد] أيضاً قال: «ولا يخفى أنّ هذا الحكم إمّا هو بعد بلوغه، أمّا قبله فلا يمكن الرجوع عليه، نعم يمكن الأخذ من ماله ياذن الحاكم ومن سهم الغارمين»^(٨). ضرورة إمكان الاحتساب عليه أيضاً بعد أن كان مديوناً، والله العالم والهادي.

(٢) (٤) جامع المقاصد ٦: ١١٦.

(١) التذكرة ١٧: ٣٣٥.

(٥) (٥) الوسائل ٢٥: ٤٦٧، ب ٢٢ من اللفظة، ح ٢.

(٣) (٦) القواعد ٢: ٢٠٢.

(٧) (٨) جامع المقاصد ٦: ١١٧.

[أحكام اللقطة]:

المقصد (الثالث في أحكامه وهي مسائل):

[حكم أخذ اللقيط]:

المسألة الأولى: قال الشيخ رحمته الله أخذ اللقيط واجب على الكفاية^(١) [١]: «لأنه تعاون على البرّ، ولأنه دفع لضرورة المضطرّ» [٢]. [و] (الوجه الاستحباب) [٣]. «وأما إن توقّف حفظ النفس على الالتقاط» فالتحقيق وجوبه في صورة التوقّف خاصّة، وإلا فقد يجب الحفظ من دون التقاط، كما أنّه قد لا يخشى التلف عليه على وجه يجب عليه الحفظ فلا يجبان معاً حينئذٍ ولكن لا بأس برجحانهما للإحسان. ثمّ إنّ يجب على الملتقط الحضانة بالمعروف، وهو القيام بتعهده على وجه المصلحة بنفسه أو زوجته أو غيرها على حسب ما يجب عليه لولده مثلاً، فقد يكون إخراجها من البلد أصلح من بقاءه وبالعكس [٤]. نعم إن عجز سلّمه إلى القاضي الذي هو وليّ مثله [٥].

[١] وتبعه الفاضل والشهيد^(٢) وغيرها. بل في المسالك^(٣) وغيرها نسبته إلى الأكثر. بل في الأول نسبته أيضاً إلى معظم الأصحاب^(٤). بل في غيره نسبته إلى الشهرة^(٥) وإن كنّا لم نتحقّقه. [٢] ولكن في الأول: أنّ الأمر به للندب وإلا لزم أكثرية الخارج من الداخل لو قبل بالتخصيص. وفي الثاني: منع كون الالتقاط كذلك مطلقاً على أنّ البحث في التقاطه لا في حفظه من التلف الذي هو أعمّ من الالتقاط، نعم هو راجح عقلاً ونقلاً، لكونه إحساناً. ولعلّه من ذلك قال المصنّف هنا (و) في النافع^(٦) [ذلك]: [٣] للأصل.

وفي اللمعة التفصيل بالوجوب مع الخوف على النفس والاستحباب مع عدمه^(٧). واستوجهه في المسالك^(٨) وغيرها. وربّما نوقش بعدم تحقّق صورة للندب، لكون الطفل في محلّ التلف. ومنه يظهر الإشكال في الأول أيضاً. ولكنّ فيه: أنّه يمكن خصوصاً في الطفل المميّز بناءً على صحّة التقاطه. نعم قد يناقش بأنّ الكلام في الالتقاط من حيث كونه كذلك، لا فيما إذا توقّف عليه حفظ النفس، فإنّه لا كلام في وجوبه حينئذٍ مقدّمة لحفظ النفس المحترمة المعلوم وجوبه ضرورةً. [٤] بلا خلاف أجدّه في شيء من ذلك، وربّما كان في النصوص^(٩) المزبورة نوع إشعار به. [٥] بلا خلاف أجدّه فيه.

(١) المبوط ٣: ٣٣٦.

(٢) القواعد ٢: ٢٠٠. التحرير ٤: ٤٤٩. الدروس ٣: ٧٦.

(٣) المسالك ١٢: ٤٧١.

(٤) (٨) المسالك ١٢: ٤٧٢.

(٥) غاية المرام ٤: ١٤٥.

(٦) اللمعة: ٢٢٣.

(٧) المختصر النافع: ٢٦١.

(٨) انظر الوسائل ٢٥: ٤٦٧، ب ٢١ من اللقطة.

(٩)

وهل له ذلك مع عدم العجز؟ [الظاهر أنه ليس له ذلك ويجب عليه الحفظ بنفسه] [١].

[حكم ملكية اللقيط لما كان تحت يده]:

المسألة (الثانية: اللقيط) بعد الحكم بحرّيته (يملك كالكبير، ويده دالة على الملك كيد البالغ؛ لأنّ له أهلية) الملك و (التملك) [٢]، وحينئذٍ (فإذا وجد عليه) حال الالتقاط أو علم أنّه كان عليه ثمّ زال بريح أو نحوها (ثوب) مثلاً (قضي له به، وكذا ما يوجد تحته أو فوقه) من فراش أو غطاء أو غيرهما (وكذا ما يكون مشدوداً في ثيابه) أو في جيبه أو مشدوداً عليه.

بل (و) كذا (لو كان على دابة أو) على (جمل أو وجد في خيمة أو فسطاط قضي له بذلك وبما في الخيمة والفسطاط) [٣]، (وكذا لو وجد في دار لا مالك لها) غيره ظاهراً [٤].

[و] (فيما يوجد بين يديه أو إلى جانبه) [٥] (تردّد، أشبهه أنّه لا يقضي له) به [٦].

[١] في القواعد: «نظر ينشأ من شروعه في فرض كفاية فلزمه» ^(١) أي الإتمام؛ لنهي عن إبطال العمل ^(٢). وفيه: منع ذلك على وجه الكلّية. والآية قدّمتنا في كتاب الصلاة عدم سوقها لبيان ذلك. نعم استصحاب حقّ الحفظ ثابت عليه. ولذا كان خيرة الفخر والكركي الوجوب ^(٣). خلافاً للفاضل في التذكرة فالجواز ^(٤)؛ للأصل المقطوع بما عرفت. ولأنّه [= القاضي] ولي الضائع وهو ممنوع بعد ولاية الملتقط عليه، والله العالم.

[٢] كما صرح به الشيخ والفاضلان والشهيدان والكركي ^(٥) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل لا أجد فيه خلافاً بين من تعرّض له، بل عن المبسوط نفي الخلاف فيه ^(٦).

[٣] فإنّ يد كل شيء بحسب حاله.

[٤] إلّا أنّ ذلك لا يخلو من نظر إن لم يكن إجماعاً. سيّما إذا كان الطفل غير مميّز ولا فعل اختياري له، وكان الفعل لغيره - بأنّه لا دليل يدلّ على الحكم بالملك بعثل اليد المزبورة بعد سلب الشارع أفعال الصبي والمجنون وأقوالهما فضلاً عمّا علم أنّه من فعل الغير وأنّ الاستيلاء المزبور للطفل كان بواسطة فعل آخر. واحتمال الاستناد في الملك إلى يد الواضع - على وجه يقتضي كونه ملكاً له - يدفعها: منع دلالة على الملك عرفاً وشرعاً بعد احتمال البذل له. نعم إن تمّ ذلك إجماعاً على وجه يكون الحكم بالملك تبعاً فذاك وإلّا كان محلاً للنظر. (و) أولى من ذلك النظر [في ذلك].

[٥] الذي قال المصنّف فيه [ذلك].

[٦] وتبعه الفاضل والكركي والشهيدان ^(٧). وفي محكي المبسوط: «وأما ما كان قريباً منه - مثل أن يكون بين يديه صرة - فهل يحكم بأنّ يده عليها أم لا؟ قيل: فيه وجهان: أحدهما: لا تكون يده عليه، لأنّ اليد يدان يد

(١) القواعد ٢: ٢٠٢. (٢) محمّد: ٣٣.

(٣) الإيضاح ٢: ١٣٩. جامع المقاصد ٦: ١١٠ - ١١١. (٤) التذكرة ١٧: ٣٢١.

(٥) المبسوط ٣: ٣٣٦. المحقق هنا والعلامة في الإرشاد ١: ٤٤١. التحرير ٤: ٤٥٣. اللمعة: ٢٢٣. المسالك ١٢: ٤٧٢. جامع المقاصد ٦: ١١٢ - ١١٣.

(٦) المبسوط ٣: ٣٣٧.

(٧) القواعد ٢: ٢٠٢. حاشية الشرائع (أثار الكركي) ١١: ٤٣٩. الدروس ٣: ٧٤. الروضة ٧: ٧٧ - ٧٨.

مشاهدة ويد حكمية، وهي ما يكون في بيته ويتصرفه، وهذا ليس بأحدهما، والوجه الثاني: أن تكون يده عليه، لأن العادة جرت بأن ما بين يديه يكون له، مثل الإناء بين يدي الصراف والميزان وغيرهما^(١).

قلت: كأن الشيخ أشار بذلك إلى مساواة يد الصغير ليد الكبير التي صرح بها في أول كلامه كالمنصف ولا ريب في الحكم بأن الأمتعة الموضوعة في السوق قرب الشخص البالغ له، فكذا هنا خصوصاً مع انضمام قرينة أخرى إلى ذلك، كما لو وجدت رقعة معه أو في ثيابه فيها أن ذلك له.

بل عن الفاضل في التذكرة: أنه استقرب الحكم بأنه له معها [= مع الرقعة] لأنها في الدلالة على ذلك أقوى من الوضع تحته، بل وكذا لو أرشدت الرقعة إلى دفين تحته^(٢).

وفي المسالك: «الأقوى عدم الحكم به له بذلك إلا مع القرينة القوية الموجبة للظن الغالب، بأن كانت الرقعة بخط مسكون إليه ونحو ذلك»^(٣).

وقد سبقه إلى ذلك الكركي فإنه قال في شرح قول الفاضل في القواعد: «ولا يحكم له بما يوجد قريباً منه أو ما بين يديه أو على دكة هو عليها ولا بالكنز تحته، وإن كان معه رقعة أنه له على إشكال»^(٤) بعد أن استظهر رجوع الإشكال إلى الجميع قال: «الأصح أنه إن أثمرت الكتابة ظناً قوياً - كالصك الذي تشهد القرائن بصحته خصوصاً إن عرف فيه خط من يوثق به عمل بها، فإننا نجوز العمل بالأمر الديني بخط الفقيه إذا أمن تزويره، وإنما يستمر الظن القوي، هذا إذا لم يكن له معارض من يد أخرى ولا دعوى مدع ولا قرينة أخرى تشهد بخلاف ذلك وإلا فلا»^(٥).

بل قال أيضاً: «لا يشترط في الحكم كون الرقعة معه، بل لو كانت في المتاع أو كان مكتوباً عليه لا تفاوت»^(٦).

وسبقهما معاً الشهيد في الدروس قال: «ولا يقضى بما قاربه مما لا يد له عليه ولا هو بحكم يده، إلا أن تكون هناك أمانة قوية كالكتابة عليه، فإن العمل بها قوي»^(٧).

قلت: لا يخفى عليك ما في ذلك كله من الإشكال؛ ضرورة عدم اعتبار مثل هذه الأمارات بعد أن لم يكن صاحب يد يحكم بها له تبعداً. ودعوى إثبات اليد أو الملكية بمثل هذه الأمارات الظنية لا نعرف لها وجهاً، على أن دعوى المدعي بعد فرض ثبوت اليد أو الملك بنحو ذلك لا تجدي، ولا إجماع في المقام قطعاً. وقياس ما نحن فيه على الأحكام الدينية المنحصر طريقتها الآن بالكتابات كما ترى. وقد ذكرنا في كتاب القضاء حكم الكتابة في مثله، فلاحظ وتأمل، والله العالم والهادي.

(١) البسوط ٣: ٣٣٧، مع تفاوت في بعض الكلمات.

(٢) التذكرة ١٧: ٣٢٧ - ٣٢٨.

(٣) المسالك ١٢: ٤٧٣.

(٤) القواعد ٢: ٢٠٢.

(٥) (٦) جامع المقاصد ٦: ١١٤.

(٧) الدروس ٣: ٧٤.

(وكذا) يظهر لك (البحث لو كان) اللقيط (على دكّة) مثلاً (وعليها متاع و) نحوه بل في المتن (عدم القضاء له هنا أوضح) [١].

[ولا وجه للأوضحيّة] اللهمّ إلا أن يفرض كون الدكّة لا في أرض مباحة، وأمّا قوله: (خصوصاً إذا كان هناك يد متصرفّة) فإنّه لا يخصّ ذلك بل هو كذلك فيما تقدّمه أيضاً [٢].

وأما الكنز تحت الأرض الملقى عليها فلا إشكال في عدم يد له عليه إذا كانت مباحة.

نعم لو كانت ملكه اتّجه الحكم بكونه له بناءً على ما عرفت.

ولو كان الصبي مميّزاً فادّعى أنّ ما بجانبه وبين يديه أو الكنز الذي تحته أو على الدكّة ملكه فالمتّجه بمقتضى الضوابط الشرعية عدم ثبوت ذلك بقوله [٣].

[١] وإن لم يتّضح لنا وجه الأوضحيّة ممّا كان بين يديه وفي جنبه.

[٢] كما هو واضح.

[٣] الذي لا دليل على صحّته. ولعلّ من اعتبر الأمارات السابقة يعتمد مثل ذلك.

هذا وفي القواعد: «نفتته في ماله، وهو ما وقف على اللقطاء أو وهب لهم أو أوصى لهم، ويقبله القاضي»^(١). ونحوه في الدروس^(٢). وفي التحرير التعبير بـ «وقف عليه أو أوصى له به، وقبله الحاكم أو وهب له»^(٣).

لكن في التذكرة: «ينقسم مال اللقيط إلى ما يستحقّه لعموم كونه لقيطاً وإلى ما يستحقّه بخصوصه، فالأول مثل الحاصل من الوقوف على اللقطاء أو الوصيّة، وقال بعض الشافعية: أو ما وهب لهم - ثم اعترض عليه بأنّ الهبة لا تصحّ لغير معين - وقال آخرون: يجوز أن تنزل الجهة العامة منزلة المسجد حتى يكون تمليكها بالهبة كما يجوز الوقف، وحينئذٍ يقبله القاضي، وليس بشيء، نعم تصحّ الوصية لهم»^(٤).

ومن هنا قال في جامع المقاصد: «ما ذكره في التذكرة حقّ، وهو المعتمد وما ذكره هنا إن أراد جواز الهبة للجهة فليس بجيد، وإن أراد لمعيّنين من اللقطاء ومن جملتهم لقيط مخصوص فلا شبهة في الحكم، لكن المتبادر غير هذا»^(٥).

قلت: قد ينافيه ما حكى عنه في كتاب الهبة من أنّه لا مانع من العموم مع قبول الحاكم، كالوقف على الجهات العامّة^(٦). وإن كان فيه منع التشبيه المزبور بعد ثبوت العموم فيه وفي الوصيّة دون الهبة والأصل يقتضي العدم بعد الشكّ - إن لم يكن الظنّ أو القطع - بعدم تناول إطلاقها لمثل ذلك، كإطلاق البيع والصلح والإجارة ونحوها من العقود الظاهر في غير الفرض.

(١) القواعد ٢: ٢٠٢.

(٢) الدروس ٣: ٧٤.

(٣) التحرير ٤: ٤٥٣.

(٤) التذكرة ١٧: ٣٢٥.

(٥) جامع المقاصد ٦: ١١٢.

(٦) حكاة في مفتاح الكرامة ٦: ١٠٢. انظر جامع المقاصد ٦: ١١٢.

[وأما نفقة اللقيط ، فالمختار جواز الإنفاق عليه ممّا أوقف على اللقطاء أو أوصى لهم ، ولا يصحّ الهبة لهم].
نعم لو كان مالٌ موصى به مثلاً للتجارة به لهم أو نماء وقف كذلك صحّ [١].
[ويجوز إباحة التصرف لللقطاء].

[حكم الإشهاد عند أخذ اللقيط]:

المسألة (الثالثة : لا يجب) [٢] (الإشهاد عند أخذ اللقيط) [٣]؛ «لأنّه أمانة فهو كالأستيداع» [٤].
[ولا بأس باستحبابه].

[ولا بأس بالقول بتأكّد استحبابه في جانب الفاسق والمعسر].
وإذا أشهد فليشهد على اللقيط وما معه ، والله العالم .

[١] لكونه من توابع الوقف والوصيّة المعلوم جوازهما كذلك ، بخلاف تملك الجهة ابتداءً .

ويمكن حمل عبارة الفاضل في القواعد وغيره على إرادة إباحة الصرف لللقطاء من الهبة^(١) ، والله العالم .

[٢] وذلك عندنا .

[٣] كما في جامع المقاصد^(٢) مشعراً بالإجماع عليه . كنسبته إلى الأصحاب في الكفاية^(٣) .

بل في المسالك هذا موضع وفاق عندنا^(٤) ؛ للأصل و[لذلك] .

[٤] الذي لا يجب فيه الإشهاد .

خلافاً لبعض العامة فأوجهه ؛ للاحتياج إليه في حفظ الحرّية والنسب كالنكاح^(٥) . وهو كما ترى في جهة الشبه وفي حكم

المشبه به .

نعم في الدروس^(٦) وجامع المقاصد^(٧) والمسالك^(٨) «أنّه مستحب لأنّه أقرب إلى حفظه وحرّيته ، فإنّ اللقطة

يشيع أمرها بالتعريف ، ولا تعريف في اللقيط » .

ولا بأس به بعد التسامح به .

بل في الأخير : «ويتأكّد استحبابه في جانب الفاسق والمعسر»^(٩) .

ولا بأس به أيضاً لما عرفت .

(١) القواعد ٢: ٢٠٢ .

(٢) جامع المقاصد ٦: ٩٨ .

(٣) كفاية الأحكام ٢: ٥٢٣ .

(٤) المسالك ١٢: ٤٧٣ .

(٥) المغني والشرح الكبير ٦: ٣٨٤ ، ٣٧٩ .

(٦) الدروس ٣: ٧٦ .

(٧) جامع المقاصد ٦: ٩٨ .

(٨) (٩) المسالك ١٢: ٤٧٤ .

[اعتبار الإذن من الحاكم في الإنفاق على اللقيط من ماله]:

المسألة (الرابعة): إذا كان للمنبوذ مال افتقر الملتقط في الإنفاق عليه إلى إذن الحاكم (١): «لأنه لا ولاية له في ماله» (٢).

وحينئذٍ (فإن بادر فأنفق عليه منه ضمن) (٣): «لأنه تصرف في مال الغير لا لضرورة» (٤).

نعم، (لو تعذر الحاكم) ووكيله (جاز الإنفاق ولا ضمان) (٥): «لتحقق الضرورة» حينئذٍ (٦).
[لكن المتجه حينئذٍ مراعاة تعذر عدول المؤمنين كالحاكم].

[حكم اللقيط في دار الاسلام ودار الحرب]:

المسألة (الخامسة): الملقوط في دار الإسلام يحكم بإسلامه ولو ملكها أهل الكفر إذا كان فيها مسلم؛ نظراً إلى الاحتمال وإن بعد، تغليباً لحكم الإسلام (٧).

[١] بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له كالشيخ والفاضلين والشهيدين^(١) على ما حكي عن الأول منهم. بل في الكفاية هو المعروف من مذهبهم^(٢).

[٢] للأصل وغيره وإن كان له حضائنه وتربيته.

[٣] كما صرح به غير واحد أيضاً.

[٤] لأن الفرض إمكان الاستئذان من الحاكم الذي هو الولي (و) من هنا لم تكن ضرورة.

[٥] كما عن الشيخ^(٣) وغيره التصريح به أيضاً.

[٦] لكن قد يناقش بمنافاته لما ذكره سابقاً في الأولياء الذين منهم عدول المؤمنين مع تعذر الحاكم.

فنتجته حينئذٍ مراعاة تعذرهم كالحاكم وإن كان الملتقط منهم أيضاً، هذا.

وفي القواعد: «ولا يفتقر في احتفاظه - أي المال - إلى الإذن»^(٤).

وفيه: منع ذلك بعد عدم الولاية له على المال.

ودعوى تنزيل ذلك على ولاية التصرف دون الحفظ - الذي هو دون حفظ النفس المعلوم ولايته عليه فكان أولى من الحاكم -

لا ترجع إلى حاصل ينطبق على أصولنا.

ومن هنا قال في التذكرة: «الأقرب عندي أن الملتقط لا يستولي على حفظه بل يحتاج إلى إذن الحاكم، لأن إثبات اليد على

المال إنما يكون بولاية إما خاصة أو عامة، ولا ولاية للملتقط، ولهذا أوجبنا الرجوع إلى الحاكم في الإنفاق»^(٥) والله العالم.

[٧] الذي يعلو ولا يعلى عليه.

(١) المبسوط ٣: ٣٣٨. المحقق هنا والمعلّمة في القواعد ٢: ٢٠٢، التحرير ٤: ٤٤٩، الإرشاد ١: ٤٤١، اللعة: ٢٢٣، الروضة ٧: ٧٨.

(٢) كفاية الأحكام ٢: ٥٢٣.

(٣) المبسوط ٣: ٣٣٨ - ٣٣٩.

(٤) القواعد ٢: ٢٠٢.

(٥) التذكرة ١٧: ٣٣١، وفيه: «ولا يستقل بحفظه» بدل «ولا يستولى»....

(وإن لم يكن فيها مسلم فهو رق، وكذا إن وجد في دار الحرب^(١) ولا مستوطن هناك من المسلمين) [١].
[ولا يحكم بإسلام غير البالغ إن أقر به ولا يجري عليه أحكامه].

[١] وذلك لأن الإسلام إما أن يحصل مباشرة أو تبعاً، فالأول من البالغ العاقل بأن يظهره بالشهادتين إن لم يكن أخرس وإلا فبالإشارة المفهمة .

وما عن خلاف الشيخ - من الحكم بإسلام المراهق ، فإن ارتد بعد ذلك حكم بارتداده ، وإن لم يتب قتل^(٢) بل في الدروس أنه قريب^(٣) - منافي لمعلومية اعتبار البلوغ في التكليف نصاً^(٤) وفتوى ، وسلب عبارته وفعله قبله إلا ما خرج بالدليل كوصيته .
وما أرسله في الخلاف - من رواية أصحابنا : أن الصبي إذا بلغ عشرأ أقيمت عليه الحدود التامة واقتض منه وتنفذ وصيته وعقته^(٥) - لا جابر له ، بل أعرض عنه الأصحاب .

كالمرسل عنه « كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه وينصرانه ويمجسانه حتى يعبر عنه بلسانه فإنما شاكراً وإمّا كافوراً »^(٦) .
مضافاً إلى إجمال دلالاته .

وأما قبول إسلام علي عليه السلام قبل البلوغ فهو من خواصه وخواص أولاده المعصومين عليه السلام وأمثالهم ، كيجي وعيسى عليه السلام والحجة صاحب الأمر « روي له الفداء » .

ومن الغريب ما في مجمع البرهان من أن « الحكم بإسلام غير المراهق غير بعيد لعموم » من قال : لا إله الله محمداً رسول الله ﷺ فهو مسلم^(٧) و « قاتلوهم حتى يقولوا : لا إله الله إلا الله »^(٨) وأمثاله كثيرة ، وأنهم إذا قدروا على الاستدلال وفهموا أدلة وجود الواجب والتوحيد وما يتوقف عليه وجوب المعرفة والنظر يمكن أن يجب عليهم ذلك ، لأن دليل وجوب المعرفة عقلي ، ولا استثناء في الأدلة العقلية ، فلا يبعد تكليفهم ، بل يمكن أن يجب ذلك ، وإذا وجب صح ، كما أنه يلزم من صحته وجوبه - ثم حكى عن بعض العلماء التصريح بأن الواجبات الأصولية العقلية تجب على الطفل قبل بلوغه دون الفرعية - والظاهر أن ضابطه : القدرة على الفهم والاستدلال على وجه مقتع^(٩) .

إلا يخفى عليك ما فيه من كونه كالاتجاه في مقابلة المقطوع به نصاً^(١٠) وفتوى من رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ .

(١) في الشرائع : « الشرك » .

(٢) الخلاف : ٣ : ٥٩١ .

(٣) الدروس : ٣ : ٧٩ .

(٤) انظر الوسائل ١ : ٤٢ ، ب ٤ من مقدمة العبادات .

(٥) الخلاف : ٣ : ٥٩٢ .

(٦) الخلاف : ٣ : ٥٩٢ .

(٧) معاني الأخبار : ٣٨١ ، ح ١٠ .

(٨) التبيان : ١ : ٣٣١ . مجمع البيان : ١ : ١٥٠ .

(٩) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٤١٠ - ٤١١ .

(١٠) انظر الوسائل ٢٩ : ٩٠ ، ب ٣٦ من القصاص في النفس ، ح ٢ . سنن البيهقي ٣ : ٨٣ .

ولعلنا نقول بلزوم الإقرار عليه مع فرض وصوله إلى الواقع [١].

نعم [قيل : بوجوب التفريق بينه وبين أبويه ولكن لا يخلو من نظر] [٢].

وعلى كل حال فغير المميز والمجنون لا إسلام لهما إلا بالتبعية التي تحصل بإسلام الأب أصالة - كمسلم يتزوج بكتيبة مثلاً، فإن ولدها منه مسلم - [٣] أو عارضاً، كما إذا أسلم الأب وهو حمل أو ولد منفصل، فإنه يتبع الأب أيضاً [٤]، [بل يحكم بإسلام الحمل أو الولد بإسلام الأم].

بل الظاهر عدم الفرق في التبعية المزبورة بين إسلام الأب وإسلام الجد وإن علا، والجدات للأب أو الأم مع فرض عدم وجود الأقرب. أما معه [٥]. والأقوى فيه التبعية [٦]. وتحصل أيضاً بالسبي للطفل منفرداً عن أبويه [٧]. [ويجري حكم المسلم عليه حياً وميتاً في طهارة وغيرها].

[١] إلا أن ذلك لا ينافي مع جريان الأحكام عليه، وليس فيه تخصيص للدليل العقلي كما هو واضح.

[١] [كما] جزم الفاضل والكركي بأنه يفرق بينه وبين أبويه وجوباً مخافة الاستزلال^(١). مع أن الوجوب المزبور لا يخلو من نظر، لعدم دليل عليه.

[٢] بلا خلاف، كما عن المبسوط^(٢).

[٣] بلا خلاف، كما عن المبسوط أيضاً^(٣).

وفي الخبر عن علي عليه السلام: « إذا أسلم الأب جرّ الولد إلى الإسلام، فمن أدرك من ولده دعي إلى الإسلام، فإن أبي قتل »^(٤). مضافاً إلى السيرة القطعية في أولاد المسلمين ومجانبتهم المتصل جنوبهم بالبلوغ. بل عن المبسوط والخلاف^(٥) أيضاً إجماع الفرقة على إسلام الحمل أو الولد بإسلام الأم. مضافاً إلى قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ ﴾^(٦). [٥] فقد استشكل فيه الفاضل وولده^(٧).

[٦] تغليباً للإسلام. ولصدق القرابة المقترضية مع حياة الأقرب وموته. وكذا الذرية والولد وغير ذلك مما هو دليل للتبعية مع موت الأقرب. ولا ينافيها أحقية الأبوين من غيرهما من الأجداد والجدات في بعض الأحوال.

[٧] كما عن الإسكافي والشيخ والقاضي والشهيد^(٨) وغيرهم؛ للسيرة المستمرة في سائر الأعصار والأمصار على إجراء حكم المسلم عليه حياً أو ميتاً في طهارة وغيرها. ومن الغريب ما عن بعض الناس من تسليم الإنفاق على طهارته دون إسلامه^(٩) فهو حينئذ طاهر وإن لم يكن محكوماً بإسلامه.

بل مقتضى بقاء تبعيته لأبويه أنه كذلك وإن كان محكوماً بكفره.

بل قد تقدّم في كتاب الكفارات - عند البحث في الاجتزاء بعقده عن الرقبة المؤمنة - ما يدلّ على ذلك أيضاً.

(١) القواعد ٢: ٢٠٣. جامع المقاصد ٦: ١١٩. (٢) المبسوط ٣: ٣٤٢.

(٤) الوسائل ٢٨: ٣٢٩، ب ٣ من حدّ المرتد، ح ٧. (٥) المبسوط ٣: ٣٤٢. الخلاف ٣: ٥٩١.

(٦) الطور: ٢١. (٧) القواعد ٢: ٢٠٣. الإيضاح ١٤٠: ١٤١.

(٨) نقله عن الإسكافي في المختلف ٤: ٤٢١. المبسوط ٣: ٣٤٢. المذهب ١: ٣١٨. الدروس ٢: ٣٩.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤١٤.

نعم لو كان معه أحد أبويه الكافرين لم يحكم بإسلامه [١].
[ولا يحكم بإسلام مسبي الذمي وإن كان في دار الإسلام أو باعه من مسلم].

[١] بلا خلاف أجده فيه ؛ لأصل السالم عن معارضة ما يقتضي انقطاعه بتبعية السابي .

خلافاً للمحكي عن أحمد بن حنبل^(١) . ولا ريب في ضعفه . كضعف المحكي عن أحد وجهي الشافعية : من الحكم بإسلام مسبي الذمي^(٢) الذي لاحظ له في الإسلام وإن كان في داره أو باعه من مسلم ، فإن ملكه له طراً عليه وهو كافر ، فلا يجدي ملك المسلم حينئذٍ له بالشراء ، كما هو واضح . وقد تقدم تمام الكلام في المسألة في الجهاد . ويحصل أيضاً بتبعية الدار التي تعرض لها المصنّف هنا خاصة . لعدم مدخلية غيرها في لقيط دار الإسلام الذي لا خلاف بين الأصحاب في الحكم بإسلامه فيها .
والمراد بها كما في الدروس ما ينفذ فيها حكم الإسلام فلا يكون بها كافر إلا معاهداً .

قال : « فلقيطها حرّ مسلم وحكم دار الكفر التي تنفذ فيها أحكام الإسلام كذلك إذا كان فيها مسلم صالح للاستيلاء ولو واحداً ، وأما دار كانت للمسلمين فاستولى عليها الكفار فإن علم فيها مسلم فهي كدار الإسلام وإلا فلا ، وتجوز كون المسلم فيها مخفياً نفسه غير كافٍ في إسلام اللقيط ، وأما دار الكفر فهي ما ينفذ فيها أحكام الكفار فلا يسكن فيها مسلم إلا مسالماً ولقيطها محكوم بكفره ورقه ، إلا أن يكون فيها مسلم ولو كان تاجراً إذا كان مقيماً ، وكذا لو كان أسيراً أو محبوساً ، ولا تكفي المارة من المسلمين »^(٣) .

وفي محكي المبسوط : « دار الإسلام على ثلاثة أضرب بلد بني في الإسلام لم يقربه المشركون كبغداد والبصرة فلقيطها يحكم بإسلامه وإن جاز أن يكون لذمي ؛ لأنّ الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ، والثاني كان دار كفر فغلب عليها المسلمون ، أو أخذوها صلحاً وأقروهم على ما كانوا عليه على أن يؤدوا الجزية ، فإن وجد فيها لقيط نظرت ، فإن كان هناك مسلم مستوطن فإنه يحكم بإسلامه ، لما ذكرنا وإن لم يكن هناك مسلم أصلاً حكم بكفره ؛ لأنّ الدار دار كفر ، والثالث دار كانت للمسلمين وغلب عليها المشركون مثل طرشوش ، فإذا وجد فيها لقيط نظرت فإن كان هناك مسلم مستوطن حكم بإسلامه ، وإلا فلا » قال : « ودار الحرب مثل الروم ، فإن وجد فيها لقيط نظرت ، فإن كان هناك أسارى فإنه يحكم بإسلامه ، وإن لم يكن أسارى ويدخلهم التجار قيل : فيه وجهان : أحدهما الحكم بإسلامه ، والآخر الحكم بكفره »^(٤) .

وفي التذكرة جعل دار الإسلام دارين : وهما الضرب الأوّل والثاني اللذان في المبسوط ، وجعل الثالث المذكور أخيراً في المبسوط دار كفر^(٥) ، فدار الإسلام عنده داران ، ودار الكفر عنده داران .

وفي القواعد : « الثالث : تبعية الدار ، وهي المراد - أي في اللقيط - فيحكم بإسلام كلّ لقيط في دار الإسلام إلا أن يملكها الكفار ولم يوجد فيها مسلم واحد ، فيحكم بكفره وبكفر كلّ لقيط في دار الحرب إلا إذا كان فيها مسلم

(١) حكاة في مفتاح الكرامة ٦ : ١١٣ . انظر المغني والشرح الكبير ١٠ : ٤٠٦ ، ٤٠٨ .

(٢) حكاة في مفتاح الكرامة ٦ : ١١٣ . انظر المجموع ١٥ : ٣١٧ . (٣) الدروس ٣ : ٧٨ .

(٤) المبسوط ٣ : ٣٤٣ .

(٥) التذكرة ١٧ : ٣٥٠ - ٣٥١ .

ساكن ولو واحداً تاجراً أو أسيراً»^(١).

وفي جامع المقاصد: «إنَّ المراد بدار الإسلام في عبارة الكتاب إما دار خطها المسلمون كبغداد أو دار فتحها المسلمون كالشام» ثم حكى عن الدروس تعريفها بما سمعت وقال: «إنَّه أضيف»^(٢).

وفي المسالك بعد أن ذكر ما في الدروس^(٣) والتذكرة^(٤) قال: «وظاهر هذه التعريفات أنَّ المراد من دار الإسلام هنا غير المراد بها في حكمهم بأنَّ سوق المسلمين يحكم على لحومه وجلوده بالطهارة كما سبق في أبوابه، لأنَّ المسلم الواحد لا يكفي في ذلك إذا كان أصل البلد للمسلمين، ولا يصدق عليه سوق المسلمين»^(٥).

قلت: لا أعرف ثمرة في الإطناب في ذلك بعد خلو النصوص عن تعليق الحكم على دار الإسلام ودار الكفر. وإن جعلهما في الرياض^(٦) وغيره العنوان لذلك.

لكن فيه: أنَّه بعد اعتبار وجود المسلم في الإلحاق لم يفرّق بينهما وبين دار الكفر. واحتمال الاكتفاء بدار الإسلام وإن لم يوجد فيها مسلم صالح للتولّد منه لا وجه له.

بل لا معنى لدار الإسلام معه إلا بإرادة نفوذ أحكام الإسلام فيها وإن كان أهلها كفّاراً. وقد عرفت التصريح في الدروس باعتبار وجود المسلم فيها في الحكم بالإسلام^(٧). ثم لا يخفى عليك أنَّ التغليب المزبور للإسلام - ولو بوجود واحد أسير أو محبوس في بلاد الكفر يمكن كون الولد منه - منافٍ لمقتضى قاعدة إلحاق المشكوك فيه بالأعمّ الأغلب، مع أنَّهم لم يعتبروه في المازين والمستطرقين الذين يمكن احتمال التولّد من أحدهم الذي هو أولى من المحبوسين.

وما أدري ما الذي دعاهم إلى ذلك مع اقتضاء الأصول العقلية عدم الحكم بإسلامه وكفّره؟! لأنَّ الأصل كما يقتضي عدم تولّده من الكافر يقتضي أيضاً عدم تولّده من المسلم، ولا أصل آخر يقتضي الحكم بكون المشكوك فيه على الوجه المزبور للإسلام. والولادة على الفطرة قد عرفت إعراض الأصحاب عن العمل بمقتضاها ولذا أوّله بعضهم بإرادة أنه يولد ليكون على الفطرة، أي بعد البلوغ^(٨).

نعم قد يقال: إنَّ السيرة تقتضي ذلك في بلاد الإسلام الغالب فيها المسلمون. وأمّا الحكم في النصوص^(٩) بالحزبية فهو أعمّ من الإسلام، فلا ملازمة بينهما، مع أنَّ تناولها لبعض الأفراد المذكورة في كلامهم محلّ شك أو منع. فليس حينئذٍ إلا الإجماع إن تمّ على سائر ما ذكره. ولعلّه محلّ شك في الجوس في طامورة مثلاً.

أو يقال: إنَّ دليل ذلك كلّ قوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»^(١٠) ولو بملاحظة الإنجبار بفتوى الأصحاب، على معنى ما يقتضي تغلب احتمال الإسلام على احتمال غيره، ولا يقدح في ذلك عدم اعتبار الاحتمال الناشئ من غير الساكن في البلاد كالمستطرقين ونحوهم، لعدم الانجبار فيه، فتأمل جيّداً.

(١) القواعد ٢: ٢٠٣ - ٢٠٤.

(٢) جامع المقاصد ٦: ١٢٣.

(٣) تقدّم في ص ٤١٧.

(٤) التذكرة ١٧: ٣٥٠ - ٣٥١.

(٥) المسالك ١٢: ٤٧٦ - ٤٧٧.

(٦) الرياض ١٢: ٣٨٤.

(٧) تقدّم في ص ٤١٧.

(٨) انظر أمالي المرتضى ٢: ٧٤ - ٧٥.

(٩) المتقدمة في ص ٣٩٣.

(١٠) الوسائل ٢٦: ١٤٠، ب ١ من موانع الإرث، ح ١١.

[والمدار في الإلحاق وجود المسلم بلا فرق بين دار الإسلام ودار الكفر].
وعلى كل حال فإن بلغ وأعرب عن نفسه الكفر لم يحكم برّدته على الأقوى [١].
[عاقلة اللقيط الامام ﷺ]:
المسألة (السادسة: عاقلة اللقيط) (٢) (الإمام ﷺ) الذي هو وارث من لا وارث له [٣].

[١] كما في الدروس^(١) ومحكي التذكرة^(٢) والإيضاح^(٣).
ولعله إليه يرجع ما عن المبسوط من «أنّ الأقوى أنّه لا يقتل، بل يفزع ويهدّد ويقال: حكمنا بإسلامك قبل، ارجع إلى الإسلام... إلى آخره»^(٤).
لأنّ الحكم بإسلامه وقع ظاهراً لا باطناً.
ولذا لو ادّعى ذمي بؤته وأقام بيّنة على دعواه سلّم إليه، ونقض الحكم بإسلامه، وليس إلّا لأنها أمانة تفيد الظنّ، باعتبار الاستدلال بالمعلول على شيء آخر، بخلاف مباشرة الإسلام وتبعية أحد الأبوين أو السابي، فإنّه برهان لمي يفيد العلم، ويستدلّ فيه بالعلّة على المعلول.
لكن في القواعد التردّد في ذلك^(٥).
ولعله ممّا عرفت ومن حيث سبق الحكم بإسلامه، فهو مسلم كفر بعد إسلام، فيندرج في تعريف المرتدّ.
بل في التحرير الجزم بأنّه مرتدّ يستتاب وإلّا قتل^(٦).
بل نفى البعد في جامع المقاصد من الحكم بكونه مرتدّاً.
لسبق الحكم بطهارته وإجراء أحكام أولاد المسلمين عليه.
ولأنّ الإسلام هو الأصل، لأنّ كل مولود يولد على الفطرة^(٧).
وفيه: منع الأصل المزبور، كمنع اقتضاء الأوّل الحكم بكونه مرتدّاً؛ ضرورة عدم صدقه عليه لغةً بل شرعاً. فالتحقيق عدم جريان حكم المرتدّ عليه، والله العالم.
[٢] عندنا كما في التذكرة^(٨) والمسالك^(٩) [كذلك].
[٣] قولاً واحداً.

- (١) الدروس ٣: ٧٧.
(٢) التذكرة ١٧: ٣٥٣.
(٣) الإيضاح ٢: ١٤٢.
(٤) المبسوط ٣: ٣٤٤.
(٥) القواعد ٢: ٢٠٤.
(٦) التحرير ٤: ٤٥١.
(٧) جامع المقاصد ٦: ١٢٤.
(٨) التذكرة ١٧: ٣٥٦.
(٩) المسالك ١٢: ٤٧٧.

(إذا لم يظهر له نسب ولم) يكبر فـ (سيتوالى^(١) أحداً) على وجه يكون ضامناً لجبريته [١].
(سواء جنى عمداً أو خطأ ما دام صغيراً) [٢].

(فإذا بلغ وجنى بعده) وعقل ولم يتوال أحداً (ففي عمده القصاص) كغيره (وفي خطائه) المحض (الدية على الإمام عليه السلام) الذي هو عاقلته (وفي شبهه العمد الدية في ماله) كجنائيه على المال عمداً أو خطأ، فإن لم يكن بيده مال انتظر يساره. (ولو جنى عليه وهو صغير فإن كانت على النفس فالدية) للإمام عليه السلام (إن كانت خطأ والقصاص إن كانت عمداً) [٣]. فله العفو حينئذٍ على مال [٤]. (وإن كانت) الجنائية (على الطرف قال الشيخ) [٥]: (لا يقتض له ولا تؤخذ الدية) [٦]: (لأنه لا يدري مراده عند بلوغه فهو) حينئذٍ (كالصبي) غير اللقيط المجني على طرفه (لا يقتض له أبوه) ولا جدّه (ولا الحاكم و) لا تؤخذ له الدية، بل (يؤخر حقه إلى بلوغه). (ولو قيل بجواز استيفاء الولي^(٢)) هنا وفي الصبي (الدية مع الغبطة إن كانت خطأ والقصاص إن كانت عمداً كان حسناً؛ إذ لا معنى للتأخير مع وجود

[١] خلافاً للمحكي عن العامة من أن عاقلته بيت المال؛ لأن ميراثه له^(٣).

وربما كان في عبارة الشيخين إيهام لذلك. قال في المقنعة: «فإن لم يتوال أحداً حتى مات كان ولاؤه للمسلمين وإن ترك مالا كان ماله لبيت مال المسلمين»^(٤)، ونحوه في النهاية^(٥). وفي محكي المبسوط: «فإن كان عمداً فإنه للإمام فإن رأى المصلحة أن يقتض اقتض، وإن رأى العفو على مال وبدعه في بيت المال لمصالح المسلمين فعل، وإن كان خطأ فإنه يوجب المال فيؤخذ ويترك في بيت المال بلا خلاف»^(٦). وفي محكي الخلاف: «اللقيط إذا مات ولم يخلف وارثاً فميراثه لبيت المال، وبه قال جميع الفقهاء، دليلنا إجماع الفرق»^(٧). إلا أنه يمكن إرادتهما بيت مال الإمام عليه السلام الذي هو للمسلمين في الحقيقة، لأن جميع أنفاله يصرفها عليهم. وعن الشيخ في المبسوط أنه قال: «إذا قلت: بيت المال فمقصودي بيت مال الإمام عليه السلام». قلت: ويؤيد ذلك اتفاق الأصحاب قديماً وحديثاً على أن ميراث من لا وارث له للإمام عليه السلام كاتفاق النصوص^(٨) على أنه من الأنفال. بل عن الخلاف بعد ما سمعته بفاصلة سيرة: «ميراث من لا وارث له لإمام المسلمين، وقال جميع الفقهاء: لبيت المال، وهو لجميع المسلمين، دليلنا إجماع الفرق وأخبارهم»^(٩). ولا ريب في أن اللقيط المزبور مع الفرض المذكور ممن لا وارث له، فيكون للإمام الذي هو عاقلته، فإن الذي يعقله هو الذي يرثه.

[٢] لأن عمد الصبي خطأ، بلا خلاف ولا إشكال.

[٣] لما عرفت من أنه هو الوارث له مالا وقصاصاً.

[٤] بلا خلاف ولا إشكال مع رضا المجني عليه كغيره على حسب ما سمعته في محله.

[٥] [قاله] في المبسوط^(١٠).

[٦] لأن القصاص للتشفي وهو ليس من أهله و[لذلك].

(١) في الشرائع: «يتوال».

(٢) في الشرائع: «للمولى مع تأخيرها عن كلمة الدية الآتية».

(٣)(٩) الحاوي الكبير ٨: ٤٧. الخلاف ٤: ٥.

(٤)(٥) المقنعة: ٦٤٨. النهاية: ٣٢٣.

(٥)(٨) الخلاف ٣: ٥٩٤. حكاية في السرائر ٣: ٣٣٧.

(٦)(١٠) المبسوط ٣: ٣٤٦.

السبب) [١]. بل لا يجوز له التأخير المنافي لمصلحته كباقي حقوقه التي هي كذلك [٢]. فالتحقيق: أن الولي ذلك كله بعد حصول المصلحة أو عدم المفسدة على ما عرفته في محله [٣]. (و) كيف كان فـ(لا يتولى) شيئاً من (ذلك) في المقام (الملتقط؛ إذ لا ولاية له في غير الحضانة) [٤]. ثم إن ما تقدم من تبعية الدار في الإسلام وأما

[١] بل لا خلاف فيه ولا إشكال في الخطأ، لعموم ولايته.

[٢] ووفقاً للأكثر كما في المسالك في العمد^(١)؛ لعموم ولايته، بل لعل تأخيره إلى وقت البلوغ مع احتمال فوات المحل تفريط في حق الطفل. نعم عن التذكرة منع استيفاء الدية بدلاً عنه^(٢). وفيه منع أيضاً؛ لعموم الولاية. وفي القواعد: «لو أخذ الحاكم، الأرض في العمد فبلغ فطلب القصاص فأشكال ينشأ: من أن أخذ المال للحيلولة أو لإسقاط القصاص»^(٣). وكأنه عرض بذلك إلى ما عن المبسوط قال: «فأما إذا كان الوارث واحداً مثل من قتل أمه وقد طلقها أبوه فالقود له وحده فليس لأبيه أن يستوفيه، بل يصبر حتى إذا بلغ كان ذلك إليه، سواء كان ذلك طرفاً أو نفساً، سواء كان الولي أباً أو جدّاً أو الوصي، الباب واحد، فإذا ثبت أنه ليس للواحد أن يقتص لولده الطفل أو المجنون، فإن القاتل يحبس حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون، لأن في الحبس منفعهما معاً: للقاتل بالعيش ولهذا بالاستيثاق، فإذا ثبت هذا فأراد الولي أن يعفو على مال فإن كان الطفل في كفاية لم يكن له ذلك لأنه يفوت عليه التشفي، وعندنا له ذلك لأن له القصاص على ما قلنا إذا بلغ، فلا يبطل التشفي». ثم نقل الخلاف بين العامة فيما إذا كان معسراً وأراد أن يعفو الولي على مال، واختار أن له العفو أيضاً، وللصبي القصاص إذا بلغ^(٤). وفيه ما لا يخفى من أنه لا تسلط للولي على أخذ المال من الجاني بغير رضاه. والصحة معه إذا كان على جهة إسقاط الحق يقتضي ترتب الأثر الذي هو السقوط الممتنع معه تسلط الصبي عليه. ودعوى أن المشروع للولي تناول المال على الوجه المزبور - أو أنه كذلك وإن دفع المال بعنوان الإسقاط وقبضه الولي كذلك - لا شاهد لها، بل الشواهد على خلافها. وثبت قيمة الحيلولة في المغصوب على وجه يملكها المالك إلى زمان حصول العين لا يقتضي الثبوت هنا إلا بالقياس الممنوع عندنا، حتى لو تراضيا على ذلك، إلا أن يكون بعقد مثلاً يشترط فيه الخيار مثلاً إلى مدة يتحقق فيها بلوغ الطفل، فينتقل الخيار إليه، وإلا فالقضوي لا يتحقق فيه ملك الدية فعلاً، كما هو واضح. ثم إن الحبس في المجنون الذي لا غاية له تنتظر لا وجه له. بل في التحرير: «لو بلغ فاسد العقل تولى الإمام عليه السلام استيفاء حقه إجماعاً»^(٥). بل لعل مطلق الحبس كذلك أيضاً لأنه تعجيل عقوبة للمجني عليه بلا داعٍ ولا مقتضى.

[٣] لعموم الولاية، والله العالم.

[٤] خلافاً للمحكي عن الإسكافي من أنه لو أنفق عليه وتولى غيره ردّ عليه النفقة، فإن أبي فله ولاؤه وميراثه^(٦). ولا نعرف له شاهداً، بل ظاهر الأدلة خلافه، بل يمكن تحصيل الإجماع على ذلك. ولعله لذا حملة الفاضل على أخذ قدر النفقة من ميراثه^(٧).

(١) المسالك ١٢: ٤٧٨. (٢) (٣) التذكرة ١٧: ٣٦١. القواعد ٢: ٢٠٤.

(٤) (٥) التحرير ٤: ٤٥٣.

(٦) (٧) المختلف ٦: ١٠٦.

(١) المسالك ١٢: ٤٧٨.

(٤) المبسوط ٧: ٥٤ - ٥٥.

(٦) نقله في المختلف ٦: ١٠٦.

الحكم بحرّيته [= اللقيط] حتى يتحقّق رقيّته بالطريق الشرعي فـ [هو المختار] [١].

وعلى كلّ حال فمقتضى ما ذكرناه من الحرّية شرعاً جريان جميع أحكامها له وعليه في القصاص وغيره [٢].

[١] [إذا] لا أجد فيه خلافاً، بل عن ابن المنذر: أجمع عامة أهل العلم على أنّ اللقيط حرّ. وروينا ذلك عن عليّ عليه السلام^(١). مضافاً إلى النصوص المزبورة^(٢)، وإلى أصالة الحرّية المستفادة من النصّ والقنوى بل والعقل؛ ضرورة احتياج الرقية إلى سبب مقتضى الأصل عدمه. بل عن التذكرة: «إذا التقط في دار الحرب ولا مسلم فيها أصلاً فالأقرب عندي الحكم بحرّيته، لكن تتجدّد الرقية بالاستيلاء عليه، وإن قال علمائنا: إنه يكون رقاً»^(٣). وفيه: أنّ علماءنا يقولون باسترقاقه بالقاطله الذي هو استيلاء على المحكوم بكفره شرعاً، لا أنّه رقّ بدونه، نعم هو كافر تبعاً للدار بعد السلامة عمّا يقضي التغلب على الإسلام.

[٢] كما هو ظاهر كلامهم في المسألة. لكن في القواعد بعد الحكم بحرّيته للأصل قال: «فيحكم بها في كلّ ما لا يلزم غيره شيئاً، فتملكه المال ونغمّر من أتلّف عليه شيئاً، وميراثه لبيت المال، وإن قتله عبد قتل به، وإن قتله حرّ فالأقرب سقوط القود، للشبهة واحتمال الرقّ، فحينئذٍ تجب الدية أو أقلّ الأمرين منها ومن القيمة على إشكال»^(٤). وإن وجه^(٥) بانتفاء شرط القصاص، وبأنّ فارط الدماء لا يستدرك، فيجب فيها رعاية الاحتياط ونحو ذلك ممّا لا يخفى عليك ما فيه بعد ثبوت حرّيته شرعاً على وجه تجري عليه المناكحة المطلوب فيها الاحتياط أيضاً وغيره من أحكام الحرّ الجارية على كلّ من كان ظاهره الحرّية شرعاً وإن احتمل فيه غيرها وعلى فرض الخطأ فهو على بيت المال، لأنّه من خطأ الحكم وأصل البراءة ونحوه لا يعارض القاعدة الشرعية الثابتة نصّاً^(٦) وقنوى، ولا دليل على سقوط القصاص - الثابت بإطلاق قوله تعالى: ﴿النَّفْسُ بِالنَّفْسِ﴾^(٧) وغيره - بمجرّد الاحتمال المزبور، كما هو واضح، بل في المسالك نفي الخلاف فيه^(٨). وكذا الكلام فيما ذكره من الإشكال وإن قيل: «إنه نشأ من أنّه حرّ في نظر الشارع، وقد حكمنا بسقوط القود للشبهة، فيجب الانتقال إلى الدية، ومن الشكّ في الحرّية والرقية فيجب أقلّ الأمرين، لأنّه المتيقّن والزائد مشكوك فيه، للشكّ في سببه»^(٩). لكنّه كما ترى؛ ضرورة عدم أثر الشكّ بعد الحكم شرعاً بحرّيته وإن منع من القصاص مانع، وهو الشبهة المفروض كونها في قتله^(١٠) أو الدية، فلا مانع منها فهو حينئذٍ حرّ تعذّر استيفاء القصاص منه في الانتقال إلى الدية؛ إذ لو كان الاحتمال سارياً إليها لاحتمل أيضاً دية ذميّ؛ إذ الإسلام كالحرّية أيضاً بل هي أقوى دليلاً منه، كما عرفته. بل ربّما نوقش أيضاً بأنّه «لقاتل أن يقول: إنّ الواقع لا يخلو من رقية أو حرّية، فلا بدّ من إحداهما، وعلى أيّ تقدير كان فلا يكون الواجب أحد الأمرين، لأنّه إن كان حرّاً فالواجب القصاص لا الدية، والاحتياط المذكور معارض باحتياط مثله، فإنّ الجاني ربّما رضي بالقصاص، فقهره على الدية إلزام له بما لم يثبت عليه، فيكون باطلاً، وإن كان رقاً فالواجب هو القيمة لا الدية، فيبطل احتمال كون الواجب هو الدية على كلّ من التقديرين اللذين انحصر الواقع فيهما وكذا يمتنع أن يكون الواجب هو أقلّ الأمرين مطلقاً على كلّ من تقديري الحرّية والرقية، على أنّه يؤدّي إلى إسقاط حقّ معلوم الثبوت قطعاً، وذلك إذا قطع منه طرفان، أحدهما أكثر قيمة والآخر أكثر دية، وحيث بطلت اللوازم كلّها تعيّن الحكم بالقصاص»^(١١) وإن كان في بعضه ما فيه، والله العالم.

(١) المغني والشرح الكبير ٦: ٣٧٤.

(٢) تقدّم في ص ٣٩٣.

(٣) (٤) التذكرة ١٧: ٣٩٦. القواعد ٢: ٢٠٤.

(٥) (٩) (١١) جامع المقاصد ٦: ١٢٧ - ١٢٨.

(٦) الوسائل ٢٣: ٥٤، ب ٢٩ من المتن، ح ١.

(٧) المائدة: ٤٥.

(٨) انظر المسالك ١٢: ٤٨٠.

(١٠) في بعض النسخ: مثله.

[لو قذف اللقيط قاذف]:

و[المختار] [١] في المسألة (السابعة:) التي هي (إذا بلغ) [اللقيط] (فقدفه قاذف) كان عليه الحد [٢] إن لم يدع القاذف الرقية [٣]. (و) إن (قال) القاذف: (أنت رق فقال) المقدوف: (بل) أنا (حرّ) فـ (للمشيخ فيها قولان: أحدهما) [٤] (لاحد) [٥]. (لأن الحكم بالحرية غير متيقن، بل على الظاهر وهو محتمل، فيتحقق الاشتباه الموجب لسقوط الحد) [٦]. (والثاني) [٧]: (عليه الحد، تعويلاً على الحكم بحريته ظاهراً، والأمور الشرعية منوطة بالظاهر، فيثبت الحد كنبوت القصاص) [٨]، (والأخير أشبه) [٩].

[١] [كما] مما ذكرنا يظهر لك الحال في [ذلك].

[٢] بلا خلاف ولا إشكال.

[٣] كما اعترف به في المسالك^(١)؛ لحصول مقتضيه ولا شبهة.

[٤] [قاله] في محكي الخلاف^(٢).

[٥] وتبعه (عليه) المصنف في حدود الكتاب^(٣) [أي الشرائع] والفاضل في حدود التحرير والمختلف^(٤) والقواعد^(٥) ولقطتها^(٦) والاصبهاني في المحكي عن كشفه^(٧).

[٦] الذي يدرأ بالشبهات. نعم، يثبت التعزير الذي هو متيقن على التقديرين.

[٧] [قاله] في محكي المبسوط في الحدود واللقطة^(٨).

[٨] وتبعه الفاضل في لقطة التحرير والتذكرة والإرشاد والشهيدان والكركي^(٩) بل في المتن ذلك.

[٩] بأصول المذهب وقواعده. نعم عليه اليمين كما صرح به في الدروس^(١٠)، ولعله ظاهر غيره أيضاً. لكن فيه: أنه منافي لدرء الحدود بالشبهات التي لا ريب في كون الفرض منها، لعدم القطع بفساد دعوى الرقية ولا يلزم من ذلك كون الاحتمال نفسه من دون دعوى المحدود شبهة كما أنه لا وجه لاحتمال عدم الشبهة في ذلك حتى مع الدعوى التي لم يعلم بطلانها وإن لم يتمكن من إثباتها. وربما يأتي لذلك مزيد تحقيق في الحدود إن شاء الله. وبذلك يفرق بين المقام وبين القصاص الذي ليس من الحدود التي ورد فيها الدرء بالشبهة. ولعله إلى ذلك أشار الفاضل في القواعد بقوله: «تقابل أصل البراءة والحرية فيثبت التعزير، ولو قطع حرّ يده تقابلاً أيضاً؛ ولكن الأقرب القصاص هنا؛ لأنّ العدول إلى القيمة مشكوك بخلاف التعزير المعدول إليه، فإنه متيقن»^(١١)؛ إذ من المعلوم انقطاع أصل البراءة بقاعدة الحرية لا بمقابلته له. إلا أن يقال: إن المراد من ذلك تحقق الشبهة المسقطلة للأول بخلاف الثاني، وإن كان تعليقه المزبور قاصراً عن تأدية ذلك. بل لا يخلو كلامه من منافاة لما سبق منه في النفس؛ إذ احتمال الفرق بينهما في غاية البعد، خصوصاً بعد ملاحظة احتمال سراية قصاص الطرف إلى النفس.

(١) (٢) المسالك ١٢: ٤٨٠. الخلاف ٥: ٤٠٧. (٣) الشرائع ٤: ١٦٤.

(٤) التحرير ٥: ٤٠٤. المختلف ٩: ٢٦٦. (٥) (٦) القواعد ٣: ٥٤٤. (ولكن لم يرضح) ٢: ٢٠٥.

(٧) كشف النام ١٠: ٥٢٦. (٨) المبسوط ٨: ١٧. (لكن قوى كلا القولين) ٣: ٣٤٧.

(٩) التحرير ٤: ٤٥٣. التذكرة ١٧: ٣٩٦. الارشاد ١: ٤٤١. الدروس ٣: ٨٠. المسالك ١٢: ٤٨٠. جامع المقاصد ٦: ١٣٤ - ١٣٥.

(١٠) الدروس ٣: ٨٠. (١١) القواعد ٢: ٢٠٥.

وكذا الكلام لو قال القاذف: «أنا رَقَّ» ليثبت نصف الحدّ عليه وقال المقذوف: «هو حرٌّ» [١].

[حكم إقرار اللقيط على نفسه بالرقية]:

المسألة (الثامنة: يقبل إقرار اللقيط) كغيره من مجهولي النسب (على نفسه بالرقّ إذا كان بالغاً رشيداً ولم تعرف حرّيته) على وجه يعلم بطلان إقراره (ولا كان مدّعياً لها) قبل إقراره، ولا كان متعلّقاً بحقّ غيره [٢]. بل [لو أقرّ أولاً بالحرّية ثمّ بالعبودية يقبل إقراره بالعبودية] [٣].

[١] ومن الغريب ما عن مجمع البرهان من فرض المسألة في قذف اللقيط الصغير الذي يتولّى حدّ القاذف فيه الحاكم، لأنّه ولّيه، وتفسير عبارة الإرشاد بذلك^(١) مع أنّ قذف الصغير لا حدّ فيه، وأنما فيه التعزير، والله العالم.

[٢] كما صرح به غير واحد، بل في محكي المبسوط^(٢) وغيره ما يشعر بالإجماع. ولعلّه كذلك؛ إذ لم أجد فيه خلافاً إلا من الحليّ، فلم يقبله، ناسباً له إلى محضلي أصحابنا، لحكم الشارع عليه بالحرّية^(٣). وفيه: أنّ حكمه بذلك لا ينافي جريان حكم الإقرار المستفاد من قوله ﷺ: «إقرار العقلاء»^(٤) مضافاً إلى قوله ﷺ: «الناس كلّهم على الحرّية، إلا من أقرّ على نفسه بالعبودية»^(٥).

[٣] [كما] في قواعد الفاضل وإيضاح ولده وجامع المقاصد^(٦): «أنّ الأقرب القبول لو أقرّ أولاً بالحرّية ثمّ بالعبودية؛ للعموم المزبور، ولأنّه كما لو ادّعى ملكية شيء ثمّ أقرّ به لآخر». خلافاً للمحكي عن المبسوط والتذكرة من عدم القبول^(٧). لمنافاته للحكم الأوّل بحرّيته التي ترتّب عليه أحكامها من الجهاد والحجّ وغيرهما، فلا يقبل إقراره بما يقتضي سقوطها. ولأنّه بتأكيد أصل الحرّية بالإقرار المزبور صار كمن أعرب عن نفسه بالإسلام الذي اقتضته الدار ثمّ كفر، فإنّه لا يقبل منه ويجعل مرتدّاً. ولأنّ الحرّية حقّ لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطالها، إلا أنّ الجميع كما ترى. ونحوه ما عن المبسوط أيضاً من أنّه «لو أقرّ بالعبودية أولاً لواحد فأنكر فأقرّ لغيره لم يقبل، لأنّ إقراره الأوّل تضمّن نفي الملك لغيره فإذا ردّ المقرّ له خرج عن كونه مملوكاً له أيضاً، فكان حرّاً بالأصل فليس له إبطالها بإقراره بها لآخر»^(٨). إذ لا يخفى عليك أنّ إقراره الأوّل تضمّن ثبوت الرقبة، وأنّها لزيد، ولا يلزم من بطلان الثاني بطلان الأوّل، وردّه لا يقتضي الحرّية، بل كون الرقبة ليست له. قيل: «ولهذا لو رجع عن الإنكار إلى الإقرار قبل؛ إذ ربّما لم يكن عالماً بالحال، أو نحو ذلك ممّا لا ينافي احتمال الصدق»^(٩). ومن هنا كان خيرة الفاضل في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد القبول^(١٠)؛ للعموم: «إقرار العقلاء». وقد تقدّم في كتاب الإقرار تحقيق المسألة بما لا مزيد عليه فلا حظ وتأمّل.

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٢٤. (٢) المبسوط ٣: ٣٥٢ - ٣٥٣.

(٣) السرائر ٢: ٤٩٩. (٤) الوسائل ٢٣: ١٨٤، ٣ من الإقرار، ح ٢.

(٥) الوسائل ٢٣: ٥٤، ٢٩ من العتق، ح ١، وفيه: «أحرار» بدل «على الحرية».

(٦) القواعد ٢: ٢٠٥. الإيضاح ٢: ١٤٦. جامع المقاصد ٦: ١٣١ - ١٣٢.

(٧) المبسوط ٣: ٣٥٢. التذكرة ١٧: ٤٠٦. (٨) المبسوط ٣: ٣٥٣.

(٩) جامع المقاصد ٦: ١٣٢.

(١٠) التذكرة ١٧: ٤٠٧ - ٤٠٨. التحرير ٤: ٤٥٥. جامع المقاصد ٦: ١٣٢.

[ولو أقرّ بالعبودية أولاً لواحد فأنكر فأقرّ لغيره قبل إقراره الثاني].

ولو سبق من اللقيط قبل الإقرار تصرّف متعلّق بالغير فمع البينة يكون كالتصرّف الواقع من العبد بغير إذن سيّده ، ولو لم يكن إلّا بالإقرار لم ينفذ فيما يكون في حقّ الغير .

فلو كانت امرأة مثلاً ونكحت زوجاً ثمّ أقرّت بالرقّ استمرّ نكاحها وثبت للسيّد أقلّ الأمرين من المسمّى ومهر المثل ، أو من المسمّى والعشر أو نصفه - على الخلاف في المسألة التي قد تقدّم تحقيقها في كتاب النكاح - إن لم يكن قد سلّم المهر إليها ، وإلّا لم يكن للسيّد مطالبتها ، والأولاد أحرار .
وعدّتها من الطلاق ثلاثة قروء ؛ لأنّها حقّ الزوج [١] .

[حكم دعوى الملتقط بنوة اللقيط]:

المسألة (التاسعة: إذا ادّعى أجنبي) أو الملتقط عندنا (بنوته قبل) على وجه يثبت به النسب (إذا كان المدّعي أباً وإن لم يتمّ بيّنة ، لأنّه مجهول النسب ، فكان أحقّ به ، حرّاً كان المدّعي أو عبداً ، مسلماً كان أو كافراً) [٢] .
بل قيل: لو قتله ثمّ استلحقه قبل وسقط القصاص^(١) [٣] ، ويلحق بالكافر والعبد في النسب خاصّة ، دونهما مطلقاً أو إلّا مع البينة مع فرض وجوده في دار يحكم بإسلامه فلا حضنة حينئذٍ لهما].

[١] بل قيل: ومن الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيّام ، لأنّ الحداد حقّ الزوج^(٢) .

وفيه: نظر أو منع .

وفي المسالك: «وحيث حكم برقه على أحد الوجوه ففي بطلان تصرّفاته السابقة على الإقرار أوجه: من ظهور وقوعها حال الحرّية^(٣) ومن وقوعها حال الحكم بالحرّية ، ثالثها: الفرق بين مالم يبق أثره كالبيع والشراء وما يبقى كالنكاح فينفذ الأوّل ويفسد النكاح إن كان قبل الدخول وعليه نصف المهر وإن كان بعده فسد وعليه المهر ، فيستوفي ممّا في يده وإلّا يتبع به بعد العتق»^(٤) ولعلّه لا يخلو من نظر في الجملة ، والله العالم .

[٢] بلا خلاف أجده فيه ، بل في الإيضاح وجامع المقاصد الإجماع عليه^(٥) . وهو الحجّة بعد عموم: «إقرار العقلاء» ، وخصوص قوله عليه السلام في القوي^(٦) والمرسل^(٧): «إذا أقرّ الرجل بالولد ساعة لم ينف عنه أبداً» .

فما عن الأردبيلي - من التشكيك في ذلك لبعض الأموال الاعتبارية كاحتمال كون الإقرار طمعاً في مال الولد لو كان له مال ونحو ذلك^(٨) - في غير محله ، كما تقدّم تحقيق المسألة في كتاب الإقرار .

[٣] وما عن بعض العامة - من عدم اللحق بالكافر والعبد للحكم بإسلامه وحرّيته^(٩) - يدفعه: أنّه يلحق بهما في النسب خاصّة دونهما - مطلقاً أو إلّا مع البينة - مع فرض وجوده في دار يحكم بإسلامه ، فلا حضنة حينئذٍ لهما ، كما استعرف .

(١) مفتاح الكرامة ٦: ٩٤ . (٢) جامع المقاصد ٦: ١٣٣ .

(٣) في المصدر: «الرقية» . (٤) المسالك ١٢: ٤٨٣ .

(٥) الإيضاح ٢: ١٣٧ - ١٣٨ . جامع المقاصد ٦: ١٠٤ ، ١١٨ . (٦) الوسائل ٢٦: ٢٧١ ، ٦ من ميراث ولد الملائنة ، ح ٤ .

(٧) الوسائل ٢٦: ٢٧١ ، ٦ من ميراث ولد الملائنة ، ح ٣ . (٨) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٢٥ - ٤٢٦ .

(٩) المغني والشرح الكبير ٦: ٣٩٢ ، ٣٩٨ - ٣٩٩ .

هذا و [قيل :] (١) [وكذا] تقبل الدعوى على وجه يثبت النسب (لو كان) المدعى (أمّا) كالأب [٢] .

(ولو قيل : لا يثبت نسبه إلا مع التصديق) بعد البلوغ والرشد (كان حسناً) [٣] .

(و) كيف كان فـ (لا يحكم برفقه ولا بكفره) بمجرد الإقرار بالنبوة (إذا وجد في دار الإسلام) وإن ثبت

النسب بذلك إلا أنه لا تلازم بينه وبينهما [٤] .

نعم لو ادعى المسلم نبوة من حكم بكفره تبعاً للدار واسترقّ الحق به وحكم بإسلامه [٥] .

بل ويحكم بحريته أيضاً مع فرض عدم احتمال تصوّر استرقاقه [٦] .

[١] [قاله] في محكي الخلاف والمبسوط ^(١) .

[٢] بل قيل : « هو خيرة مجمع البرهان وقضية إطلاق إقرار السرائر والكتاب والنافع والإرشاد والتذكرة والتحرير

واللمعة وغيرها » ^(٢) بل عن ظاهر الأوّل الإجماع على ذلك ^(٣) ؛ للصحيحين عن المرأة تسمى من أرضها ومعها الولد الصغير

فتقول هو أبني والرجل يسبى فيلقى أخاه ويتعارفان وليس لهما على ذلك بيّنة إلا إقرارهما ؟ فقال : « ما يقول من قبلكم ؟ قلت : لا

يؤزّونهم ، لأنهم لم يكن لهم على ذلك بيّنة ، إنّما كانت ولادة في الشرك ، فقال ، سبحان الله إذا جاءت بابنها أو بنتها ولم تزل مقرّة

وإذا عرف أخذها وكان ذلك في صحّة من عقلها ولم يزل مقرّين ورث بعضهم من بعض » ^(٤) . ولكن حيث لم يكونا بتلك الصراحة

على وجه يفيدان ثبوت النسب مطلقاً - الذي مقتضى الأصل عدمه في غير المقرّ - قال المصنّف : [ذلك] .

[٣] بل هو خيرة الفاضل في جملة من كتبه وولده والكركي وثاني الشهيدين ^(٥) ، وقد تقدّم تحقيق المسألة في كتاب

الإقرار .

[٤] خلافاً للمحكي عن الشافعي من احتمال ذلك أو القول به ^(٦) . كما احتمله بعض منا ^(٧) ، بل في الروضة أنّه

الأقوى ^(٨) . لدعوى التلازم وهو واضح الضعف .

[٥] لأنّ الإسلام يعلو ولا يعلى عليه . وللتلازم ؛ لعدم ولد محكوم بكفره مع إسلام الأب .

[٦] لقدّم آياته مثلاً في الإسلام بخلاف الأوّل . واحتمال القول بأنّ الحكم بإسلامه تبعاً باعتبار أنّه مجهول النسب أمّا الآن فقد

علم .

يدفعه : منع تناول ما دلّ على تبعيّة الأيوين في الحال المزبور ، ولا أقلّ من الشكّ ، فيأتي أنّ الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ، ولو

بملاحظة الشهرة ، والتلازم ممنوع ، لإمكان كونه مسلماً - وإن كان ابن كافر - لإسلام جدّه أو أمّه أو غيرهما ممّا يكون به مسلماً ،

كما أنّه يمكن حرّيته - لإطلاق الأدلّة - وإن كان أبوه رقّاً ؛ لحرّية أمّه مثلاً .

(١) الخلاف ٣ : ٥٩٧ . المبسوط ٣ : ٣٥٠ . (٢) مفتاح الكرامة ٦ : ٩٥ . انظر الخلاف ٣ : ٥٩٧ .

(٤) الوسائل ٣٦ : ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ب ٩ من ميراث ولد الملائنة ، ح ١ ، وذيله .

(٥) التحرير ٤ : ٤٥٤ . القواعد ٢ : ٢٠١ . الإيضاح ٢ : ١٣٧ - ١٣٨ . جامع المقاصد ٦ : ١٠٤ . المسالك ١٢ : ٤٨٥ - ٤٨٦ .

(٦) المجموع ١٥ : ٢٩٩ . الحاوي الكبير ٨ : ٥٦ .

(٧) المسالك ١٢ : ٤٨٤ - ٤٨٥ .

(٨) الروضة ٧ : ٨٢ .

فأتضح حينئذ أن إلحاق نسبه به من حيث الإقرار لا يقتضي الحكم بكفره ، بل ولا بالبينة على ذلك [١] .
(وقيل) [٢] : (يحكم بكفره إن أقام الكافر بينة ببنوته ، وإلا حكم) الحاكم (بإسلامه لمكان الدار وإن لحق نسبه بالكافر) [٣] (وفيه إشكال) (و) لذا كان (الأول أولى) ، والله العالم .
[أحكام النزاع] :

(ويلحق بذلك أحكام النزاع ، ومسائل خمس) :

[لو اختلف الملتقط واللقيط في قدر الإنفاق] :

(الأولى :) الملتقط واللقيط (لو اختلفا في) قدر (الإنفاق) فاذعاه الملتقط وأنكره اللقيط (فالقول قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف) [٤] .

[١] لاحتتمال إسلام أحد أجداده أو جداته ، كما في صورة الإقرار الذي لا فرق بينه وبينها بعد فرض كل منهما طريقاً شرعياً ظاهراً لثبوت النسب الذي قد عرفت عدم الدليل على التبعية بمثله ولا أقل من التعارض والترجيح لما عرفت ، والله العالم .
[٢] والقاتل الشيخ في المبسوط ^(١) .

[٣] وتبعه الفاضل في القواعد والتحرير ^(٢) . لأن البينة أقوى من تبعية الدار ولكن فيه : ما عرفت .

[٤] كما في القواعد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومحكي المبسوط ^(٣) ؛ معللاً له في الجامع بأن الظاهر يساعد الملتقط ، ولم يلقنوا إلى أن الأصل عدم المدم فيما زاد على قدر الضرورة فيقدم قول اللقيط في نفي الزائد ^(٤) .

وزاد في المسالك : « ولأنه أمين ومأمور بالإنفاق لدفع ضرورة الطفل فلو لم يقبل قوله في قدره كذلك أدى إلى الإضرار به إن أنفق بالملقوط إن تقاعد عنها حذراً من ذلك ، ولهذا لا يلتفت إلى الأصل وإن كان موافقاً لدعوى الملقوط » ^(٥) .

قلت : قد عرفت سابقاً أنهم قالوا : لا ولاية للملتقط في الإنفاق ولو من ماله إلا مع إذن الحاكم أو مع تعذره فالتجّه حينئذ : توقّف أمانته على ثبوت الإذن أو تعذر الحاكم ، ومجرد دعواه الإذن أو التعذر لا يجدي في ثبوت أمانته . نعم يتجّه ذلك بناءً على ما قلناه من دلالة فحوى النصوص المزبورة ^(٦) أن له ولاية الإنفاق من ماله عليه ويرجع به على مع اليسار .

لا يقال : إن النزاع هنا في أصل الإنفاق لا في صحته وفساده ، لأننا نقول : هو لا يكون نزاعاً إلا بإرادة شغل ذمة اللقيط به وإلا فلا نزاع .

اللهم ! إلا أن يقال : إنه مع فرض ثبوت وقوعه بيمينه الأصل فيه الصحة المقتضية للرجوع به .

وفيه : منع واضح ؛ ضرورة اقتضاء ذلك عدم الفرق بين الملتقط وغيره وهو واضح الفساد ، لأن الأصل البراءة . وحينئذ يتجّه فرض المقام بعد معلومية ائتمان الملتقط على ذلك بإذن من الحاكم أو بتعذره ، بناءً على ثبوت الولاية له حينئذ .

(١) المبسوط ٣ : ٣٤٩ . (٢) القواعد ٢ : ٢٠١ . التحرير ٤ : ٤٥٤ .

(٣) القواعد ٢ : ٢٠٢ . الدروس ٣ : ٧٧ . جامع المقاصد ٦ : ١١٧ - ١١٨ . المسالك ١٢ : ٤٨٦ . المبسوط ٣ : ٣٣٩ - ٤٤٠ .

(٤) جامع المقاصد ٦ : ١١٧ - ١١٨ .

(٥) المسالك ١٢ : ٤٨٦ .

(٦) تقدّم في ص ٣٩٣ .

[والمَتَجَه فرض المقام بعد معلومية ائتمان الملتقط على ذلك بإذن من الحاكم أو بتعذره بناءً على ثبوت الولاية له حينئذٍ]. ولا ريب في أنَّ القول قوله حينئذٍ في أصل الإنفاق وفي قدره بالمعروف كغيره من الأمانة على ذلك، كالوصي والقيّم الشرعي ونحوهما.

بل الظاهر أنَّ القول قوله أيضاً في الزائد على المعروف مع دعوى الحاجة إليه أيضاً [١].

بل قد يقال: بعدم الضمان مع فرض الزيادة من مال الطفل [٢] إذا لم يقرّ بالتفريط أو فرض موته أو جنونه [٣].

بل وكذا لو كان من مال نفسه وعلم منه إرادة إرادة الرجوع به ولم يعترف بالتفريط نعم، لو لم يعلم ذلك لم يضمّنه الطفل [٤]. مع احتمالها إذا فرض عدم دعوى منه بموت أو جنون [٥].

[وقول المصنف] (فإن ادعى زيادة فالقول قول الملقوط في الزيادة) أي نفيها [٦] [فيه إشكال] فالقول قوله [الملتقط] إلا أن يعلم التفريط، والله العالم.

(و) [المختار] [٧] فيما (لو أنكر) اللقيط (أصل الإنفاق ف) بأنّ (القول قول الملتقط) مع يمينه [٨].

[١] لأنّه أمين وولي. وإليه يرجع ما في جامع المقاصد، قال: «أما ما زاد على المعروف فلا يلتفت إليه في دعواه، لأنّه إن صحّ كان مفترطاً، ولا يحلف إلا أن يدعي الحاجة وينكرها اللقيط. نعم لو وقع النزاع في عين مال أنّه أنفقها صدّق باليمين لتقطع المطالبة بالعين، ثمّ يضمن كالعاصب»^(١).

لكن في المسالك: «ولو كان دعواه زائدة على المعروف فإن لم يدّع مع ذلك حاجة الملقوط إليها فهو مقرّ بالتفريط في الزائد فيضمّنه، ولا وجه للتحليف وإن ادعى حاجته إلى الزيادة وأنكرها الملقوط فالقول قوله عملاً بالأصل مع عدم معارضة الظاهر هنا، نعم لو وقع النزاع في عين مال...»^(٢) إلى آخر ما سمعته من جامع المقاصد. وظاهره أنّه أخذ منه، لكن قد عرفت التفاوت بينهما، والأصحّ ما فيه.

[٢] لأصالة براءة ذمّة المنفق.

[٣] لأنّه أمين، والأصل في تصرفه الصحة.

[٤] لاحتمال تبرّعه بالزيادة.

[٥] ومن ذلك كلّ ظاهر لك أنّ المسألة غير منقّحة في كلامهم حتى قول المصنّف [ذلك].

[٦] ضرورة عدم تماميّته على الإطلاق وإن كان الظاهر إرادته أنّ تقديم قول الملتقط للظهور المستفاد من العادة وهو مفقود في الزيادة.

وفيه: أنّها غير مطّردة؛ ضرورة اعتياد الاحتياج إلى الزيادة بمرض وغيره، فمع فرض كونه وليّاً وأميناً مأذوناً من الحاكم

[٧] [كما] ممّا ذكرنا يعلم الوجه [في ذلك].

[٨] لما عرفت.

(و) كذا (لو كان له) أي الملقوط (مال فأنتكر اللقيط إنفاقه عليه، فـ) بـ (القول قول الملتقط) أيضاً (مع يمينه، لأنه أمينه) سواء كان المنفق مال الملتقط الذي يرجع به عليه أو مال اللقيط .
نعم بناءً على ما عرفت يعتبر إذن الحاكم في إنفاقه، وإلا كان مضموناً عليه وإن أنفق عليه [١].
وعلى كل حال فقد ظهر لك أنَّ القول قول الملتقط في أصل الإنفاق وفي قدره بالمعروف وفي الزائد مع الحاجة، سواء كان للقيط مال أو لا، وسواء ادَّعى اللقيط أنَّ الإنفاق عليه كان من ماله أو لا [٢].
إلا أنه ينبغي مراعاة ما ذكرناه بناءً على كلامهم السابق [في اعتبار إذن الحاكم] الذي يعلم منه أنه لو كان للطفل مال وقد أذن له الحاكم في إنفاقه عليه وتركه لا لعذر وأنفق من ماله لم يكن له رجوع [٣].
[لو تشاح ملتقطان مع تساويهما في الشروط]:
المسألة (الثانية: لو تشاح ملتقطان) فلم يترك أحدهما للآخر (مع تساويهما في الشروط) (المعتبرة في الالتقاط على وجه لا ترجيح لأحدهما على الآخر) (أقرع بينهما؛ إذ) (الفرض أن لا رجحان) [٤].
(و) (لكن مع ذلك) (ربما انقذ الاشتراك) فيها [٥].

- [١] لأنَّ السبب أقوى من المباشر، نحو من قدَّم طعام الغير له بعنوان أنه ماله فأنتفه .
[٢] كلُّ ذلك لما عرفت .
[٣] لأنه بحكم المتبرع مع عدم الإذن على الوجه المزبور، والله العالم .
[٤] وفاقاً للشَّيخ والفاضل والشَّهيد والكركي^(١) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم . للضرر عليهما وعلى الطفل باجتماعهما على الحضانة التي لا يمكن أن يكون عندهما في ساعة واحدة، وفي التناوب واختلاف الأيدي والأغذية والأخلاق وغير ذلك ضرر على الطفل، مضافاً إلى تضرُّرهما .
ومن هنا قال الله تعالى : ﴿ وَمَا كُنْتُ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقَوْنَ أَفْلاَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرِيماً ﴾^(٢) . وعن التذكرة : « أنَّ الاشتراك متعسّر أو متعذر اجتماعاً أو مهابةً ... إلى آخره »^(٣) . وتبعه في الدروس قال : « والتشريك بينهما في الحضانة بعيد، لأنَّهما إن كلفا الاجتماع تعمَّس وإن تهايتا قطعاً ألفة الطفل فيشَقُّ عليه ... إلى آخره »^(٤) . فليس حينئذٍ إلا القرعة بعد عدم إمكان الانتزاع منهما وعدم الترجيح لأحدهما .
[٥] بل هو خيرة التحرير وإن احتمل القرعة فيه^(٥) أيضاً؛ لتساويهما في مقتضاها وإمكان اشتراكهما فيها، فلا إشكال كي يقرع وكفالة مريم عليها السلام إنما كانت لتبرُّع لا لحضانة شرعية . ومنه يعلم ضعف ما عن الشَّهيد في تفسير قول الفاضل في القواعد : « فإن تساويا أقرع أو يشتركان في الحضانة »^(٦) من أنَّ المراد من الترديد التخيير^(٧)؛ ضرورة كون القرعة للإشكال ومع التشريك لا إشكال، فلا معنى للتخيير . ولعلَّ الأولى إرادته الإشارة إلى الاحتمال الذي ذكره المصنّف .

(١) المبسوط ٣ : ٣٤٠ . القواعد ٢ : ٢٠٠ . الدروس ٣ : ٧٣ . المسالك ١٢ : ٤٨٧ - ٤٨٨ . جامع المقاصد ٦ : ١٠٠ .

(٢) آل عمران : ٤٤ . (٣) التذكرة ١٧ : ٣١٧ .

(٤) الدروس ٣ : ٧٣ . (٥) التحرير ٤ : ٤٤٧ . القواعد ٢ : ٢٠٠ .

(٧) حكاة في مفتاح الكرامة ٦ : ٩٢ . انظر حاشية القواعد (موسوعة الشَّهيد) ١٤ : ٣٠٥ .

ولا ريب في كونه متّجهاً مع فرض التحرّز عمّا يقتضي ضرر الطفل وهما معاً مكلفان بدفعه [١].
 فهما معاً حينئذٍ ملتقط يجب عليهما الحضانة على وجه لا ضرر فيها على الطفل، بأن يجعلاه في مكان واحد ويتعادهاه ويحسنّا تربيته، وكذا لو اشترك الرحم في الحضانة. نعم لو قلنا باعتبار الاتحاد - على معنى أنّهما بالتقاطهما جعل الشارع الحاضن أحدهما، لا هما - وتشاخاً اتّجهت القرعة حينئذٍ.
 كما أنّه لو فرض تعدّر حضانتهم معاً على وجه لا يكون فيها ضرر على الطفل يأتي احتمال القرعة، وإلا فليس إلاّ الاشتراك، كما هو واضح، والله العالم.
 (و) كيف كان - (لو ترك^(١) أحدهما للآخر) حقّه من الحضانة [على وجه الإيكال] (صح) [٢] (ولم يفتقر الترك^(٢)) المزبور (إلى إذن الحاكم؛ لأنّ ملك الحضانة لا يعدوهما) [٣].

[١] ضرورة عدم اعتبار الاتحاد في الالتقاط الذي يجري في الحيوان والإنسان والمال.
 [٢] بلا خلاف أجده بين من تعرّض له كالشيخ والفاضل في التحرير الذي اختار الشركة^(٣) فيه فضلاً عن غيره، والشهيدين والكركي^(٤) وغيرهم. نعم، قيده جماعة بكون ذلك قبل القرعة لا بعدها. معلّلين له: بأنّهما قبلها يملكانها على نحو ملك الشفعين مثلاً، بناءً على اختصاص أحدهما بتمام الشفعة مع إسقاط الآخر.
 [٣] بخلاف ما بعدها، فإنّه بها يتعيّن على وجه يكون كالمنفرد. ومقتضاه أنّ المنفرد لا يجوز له ترك الحضانة لآخر برضاها. وهو منافي لمقتضى الأصول، بل ولحضانة الرحم التي لا إشكال في جواز تركها لغيره على وجه النيابة. اللهم إلاّ أن يريد: نفس الحقّ الذي لا دليل على انتقاله على وجه يسقط بحيث لو طلبه بعد ذلك لا يجاب إليه. وفيه: أنّ ذلك على الوجه المزبور لا يخلو من إشكال أو منع قبلها أيضاً، خصوصاً بعد ظهور ما ذكره من التعليل بالاشتراك في الحقّ قبلها، والفرض أنّه حقّ تكليفي، ولهذا لا يمكن إسقاطه للمنفرد الذي لا فرق بينه وبين المشترك بالنسبة إلى هذا المعنى. بل لعلّ إطلاق كلامهم جواز ترك أحدهما للآخر ينافي ما ذكره من احتمال الاشتراك. وأما على احتمال القرعة بناءً على أنّ الحقّ لأحدهما المطلق لا المبهم فقد يشكل إسقاطه قبل تعيينه بالقرعة - بعد فرض الاحتياج إليها في تعيينه - بعدم ثبوت حقّ له كي يسقطه، ومع الثبوت لا يصحّ له الإسقاط. وذلك كلّ مؤيد لما ذكرناه من أنّ المتّجه ثبوت الاشتراك بينهما ولكلّ منهما الترك على وجه الإيكال نحو حضانة الرحم. وكأنّه حام حول بعض ما ذكرناه الكركي في حاشية الكتاب، قال بعد قول المصنّف: «لو ترك... إلى آخره»: «ليس على إطلاقه، بل هو مشروط بأن لا يضعاً أيدهما عليه أو على القول بالقرعة، وأما على القول بالترك فلا، لأنّه قد لازم كلّ منهما نصيبه من الحضانة»^(٥). وإن كان لا يخفى عليك ما في بعضه بعد الإحاطة بما ذكرناه. وهذا وفي القواعد: «ولو ترك أحدهما للآخر صحّ سواء كانا موسرين أو أحدهما، حاضرين أو أحدهما، أو كان أحدهما كافراً مع كفر اللقيط»^(٦). ومقتضاه جواز ترك الموسر للمعسر والحاضر للمسافر والمسلم للكافر. بل هو مقتضى قول المصنّف في [المسألة الثالثة].

(١) في الشرائع: «نزل»، (٢) في الشرائع: «الزول».

(٣) المبسوط ٣: ٣٤٠، التحرير ٤: ٤٤٧.

(٤) الدرر ٣: ٧٣، المسالك ١٢: ٤٨٧، جامع المقاصد ٦: ١٠١.

(٥) حاشية الشرائع (أثار الكركي) ١١: ٤٤١.

(٦) القواعد ٢: ٢٠٠ - ٢٠١.

[فالترك المزبور إنّما يجوز إذا كان على وجه النيابة لغيره، لا على نحو الإسقاط].

[لو التقط اللقيط اثنان وتشاحا فيه وكان كل واحد منهما لو انفرد أقرّ في يده]:

المسألة (الثالثة) [١] [إذا التقطه اثنان و] كان جامعين لشرائط الالتقاط بحيث (كل واحد منهما لو انفرد أقرّ

في يده) لصلاحيته (فتشاحاً^(١) فيه أقرع بينهما) ويحتمل التشريك كما سمعته (سواء كانا موسرين أو أحدهما، حاضرين أو أحدهما).

بل (وكذا إن كان أحد الملتقطين كافراً إذا كان الملقوط كافراً).

وفرض بقاؤه عليه بعد الالتقاط لعدم كونه ممن يملك به - لعدم كونهم حريين - وإن كانت دار كفر وليس فيها مسلم، وإلا فلو فرض أنه يسترق بالالتقاط جاء فيه حينئذ احتمال تغليب المسلم، فيحكم بإسلام اللقيط تبعاً للسببي، فلا يصلح للكافر استدامة حكم الالتقاط. نعم يمكن بقاؤه على الملكية بينهما [٢].

[١] التي هي عين سابقتها، وإنّما أعادها لبيان عدم الفرق بين الملتقطين مع تساويهما وعدمه، فقال [المصنف: ذلك].

[٢] ولم أجد ذلك محرراً فيما حضرنى في المقام.

وكيف كان فالوجه في عدم الترجيح شيء من هذه الأمور إطلاق الأدلة المقنني لتساويهما في الحق المزبور على كلّ حال مع فرض صلاحيتهما للالتقاط.

لكن في القواعد سابقاً: «ولو ازدحم ملتقطان قدّم السابق، فإن تساويا ففي تقديم البلدي على القروي، والقروي على البلدي والموسر على المعسر وظاهر العدالة على المستور نظر، فإن تساويا أقرع أو يشتركان في الحضانة ولو ترك أحدهما للآخر...»^(٢) إلى آخر ما سمعته سابقاً عنها.

ومراده على الظاهر أنّهما تساويا في أخذه ولم يكن أحدهما سابقاً على الآخر، وهو المراد من موضوع المسألة في الكتاب، لأنّهما ازدحما على إرادة التقاطه، فالنظر وعدم الترجيح في ذلك حينئذ كما عن الإيضاح^(٣) والحواشي^(٤) بل في التذكرة: «إن تساويا في الصفات فإن ترجّح أحد الملتقطين بوصف يوجب تخصيصه به دون الآخر وكانا معاً ممن يثبت لهما جواز الالتقاط أقرّ في يده وانتزع من يد الآخر»^(٥).

وجزم بالترجيح بما سمعته في القواعد وزاد تقديم الحرّ على العبد والمكاتب وإن كان إلتقاطه بإذن سيّده.

لأنّه في نفسه ناقص، وليست يد المكاتب يد السيّد^(٦).

(١) في الشرائع الجبرية: «وتشاحه»، وفي المحققة منها: «وإن تشاحا».

(٢) القواعد ٢: ٢٠٠ - ٢٠١.

(٣) الإيضاح ٢: ١٣٦.

(٤) نقله في مفتاح الكرامة ٦: ٩٠.

(٥) التذكرة ١٧: ٣١٨.

(٦) المصدر السابق: ٣١٩.

بل عن الكركي موافقته أيضاً على تقديم معلوم العدالة على المستور ، وإن كنت لم أنحققه ، قال : « لَأَنَّ الْأَحْوَطَ اشتراط العدالة فيكون الترجيح بهذا الاعتبار ، وأما الباقي فالأصح عدم ترجيح أحدهم على مقابله ؛ لَأَنَّ كَلَّأَ مِنْهُمْ أَهْلَ لِلانْتِقَاطِ ، وتأثير واحد من الأوصاف المذكورة في الترجيح غير معلوم ، والأصل عدمه » ^(١) .

وعن المبسوط التفصيل بتقديم الأمين على الفاسق وأنه حكى عن قوم تقديم الأيسر مع التساوي في الأمانة ، فإن تساويًا في اليسار أقرع ، ولم يرجح هو ، وقدم القروي على البدوي إن وجداه في قرية أو حضر قال : « وإن وجداه في البادية وكان البدوي مَمَّنَّ له رحله قريبة فإنه يقرع بينهما وإن كان متنقلاً فوجهان » ^(٢) ، ولم يرجح .

وفي الدروس : « وإنما تتحقق القرعة مع تساويهما في الصلاحية ، فيرجح المسلم على الكافر ولو كان الملقوط محكوماً بكفره في احتمال ، والحرّ على العبد والعدل على الفاسق على الأقوى ، ويشكل ترجيح الموسر على المعسر والبلدي على القروي والقروي على البدوي والقارّ على المسافر وظاهر العدالة على المستور والأعدل على الأنقص ، نظراً إلى مصلحة اللقيط في إيثار الأكمل .

نعم لا يقدم الغني على المتوسط ؛ إذ لا ضبط لمراتب اليسار ولا المرأة على الرجل ، ولا من يختاره اللقيط وإن كان مميزاً » ^(٣) .

إلى غير ذلك من كلماتهم .

ولكن لا يخفى عليك ما في الجميع بعد خلوّ النصوص والفتاوى - عدا ما عرفت - عن ملاحظة هذه الأمور التي لم يصل العقل إلى اعتبارها شرعاً وإن كان فيها صلاح للطفل على وجه يقتضي رفع اليد عمّا يقتضيه إطلاق الأدلة والأصول العقلية ، ويتزعم من يد من يثبت له حقّ فيه .

بل مقتضى ذلك حتى مع الاستقلال المجمع على خلافه ، وعلى تقديره فلا ينبغي حصرها في الأمور المذكورة بل هي إلى عدم الحصر أقرب منه .

بل فتح هذا الباب يقتضي فقهاً جديداً لا ينطبق على أصول الإمامية ؛ إذ منه : تقديم الأنثى في التقاط الأنثى ، بل والصبي المحتاج إلى الحضانة ، ومنها التقاط ذي الشرف والعزّ والوقار ونحو ذلك .

ثم لو تعارضت المرجحات بعضها مع بعض وغير ذلك ممّا لا أثر له فيما وصلنا من نصوص أهل العصمة الذين كلّ ما خرج عنهم فهو زخرف .

ولعلّه لعدم التعارض المحتاج إلى الترجيح الذي يراعى فيه هذه الأوصاف ، لاتحادهما في الالتقاط الموجب للحقّ كما هو واضح ، والله العالم .

(١) جامع المقاصد ٦ : ٩٩ - ١٠٠ .

(٢) المبسوط ٣ : ٣٤١ ، وفيه : « مرتبة » بدل « قرية » .

(٣) الدروس ٣ : ٧٣ - ٧٤ .

(و) كيف كان فـ (لو وصف أحدهما) أي المتنازعين (فيه) أي اللقيط (علامة) كالخال في رأسه ونحوه (لم يحكم له) به [١]. ثم لا يخفى عليك: أنَّ هذا فيما إذا تنازعا في الاستقلال بالولاية، بمعنى دعوى كلٍّ منهما الاستقلال بالتقاطه فذكر أحدهما وصفاً فيه لإرادة الاستظهار به على خصمه، وفرض المسألة السابقة معلومة اشتراكهما في الالتقاط بأن اشتركا معاً في تناوله ولا مدخلة في ذلك لذكر الوصف قطعاً [٢].

وحينئذٍ قد يقال: لو كان في يد أحدهما رجح على الآخر وإذا كان في يدهما معاً ولا بيّنة لأحدهما أقرع كما إذا أقاما بيّنتين وتساويتا وفي ترجيح بيّنة الداخل والخارج على نحو الأملاك وجه [٣].

[لو ادعى بنوة اللقيط اثنان وكان لكل واحد منهما بينة]:

المسألة (الرابعة: إذا ادعى بنوته اثنان) أجنبيّان أو ملتقطان (فإن كان لأحدهما بيّنة حكم بها).
(وإن أقام كل واحد منهما بيّنة أقرع بينهما) [٤]. (وكذا لو لم يكن لأحدهما بيّنة، ولو كان الملتقط أحدهما فلا ترجيح باليد؛ إذ لا حكم لها في النسب بخلاف المال؛ لأنّ لليد فيه أثراً) [٥].

[١] كما في القواعد وجامع المقاصد والمسالك^(١)؛ لعدم ثبوت اعتبار ذلك شرعاً في ثبوت الولاية عليه، كعدم ثبوت اعتباره في النسب أيضاً. خلافاً لأبي حنيفة^(٢)، بل عن الفاضل في التحرير احتمال الحكم به كاللقطة^(٣). إلا أنّه كما ترى.

[٢] ولعل مقصود المصنف: بيان عدم الأثر لذلك لو كان تنازعهما في سبق الالتقاط.

[٣] وكأنّه إلى ما ذكرنا أشار في التحرير، قال: «لو اختلفا في سبق التقاطه حكم لمن هو في يده مع اليمين ولو كان في يدهما أقرع بينهما، فيحلف من خرجت له، ويحتمل عدم اليمين، وكذا لو لم يكن في يدهما مع احتمال أن يسلمه الحاكم إلى من شاء من الأمناء ولو وصف أحدهما شيئاً مستوراً فيه كشامة في جسده لم يكن أولى، كما لو وصف مدعي المتاع، ويحتمل تقديمه، كما لو وصف اللقطة، ولو اختص أحدهما بالبيّنة حكم له ولو أقاما بيّنة قدم سابق التاريخ، ولو تعارضا أقرع، ولو كانت يد أحدهما عليه وأقاما بيّنة حكم للخارج»^(٤) وهو عين ما ذكرناه، والله العالم.

[٤] بلا خلاف أجده فيه بين من تعرّض له كالشيخ والفاضلين والشهيد^(٥) وغيرهم على ما حكى عن بعض.

[٥] بلا خلاف أجده فيه أيضاً، بل ولا إشكال بعد عدم ثبوت اعتبارها شرعاً في ذلك. نعم في القواعد في كتاب القضاء: «لو تداعيا صبيّاً وهو في يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصّة على إشكال»^(٦). وعن الفخر والاصبهاني تقييده بما إذا لم يعلم أنّ اليد التقاط. بل عن الأخير لا ترجيح في يد الالتقاط قطعاً^(٧). وفي الدروس: «إذا لم يعلم كونه لقيطاً ولا صرح ببنوته فإن ادّعاء غيره فنازعه فإن قال: هو لقيط وهو ابني فهما سواء، وإن قال: هو ابني واقتصر ولم يكن هناك بيّنة على أنّه التقطه فالأقرب ترجيح دعواه عملاً بظاهر اليد»^(٨). إلا أنّ الجميع كما ترى بعد ما عرفت من عدم ثبوت اعتبار اليد في النسب شرعاً، ولذا لا يحكم ببنوة من كان في يده صبي لم يعترف بنسبته إليه.

(١) القواعد ٢: ٢٠١. جامع المقاصد ٦: ١٠٢. المسالك ١٢: ٤٨٨.

(٢) الحاوي الكبير ٨: ٥٤. اللباب ٢: ٢٠٥.

(٣) (٤) التحرير ٤: ٤٥٠.

(٥) البسوط ٣: ٣٤٧ - ٣٤٨. المائت هنا والعلامة في التحرير ٤: ٤٥٤. القواعد ٢: ٢٠١. الدروس ٣: ٧٩. المسالك ١٢: ٤٨٩.

(٦) (٨) القواعد ٣: ٤٨٢. الدروس ٣: ٨٠.

(٧) الايضاح ٤: ٣٩٩. كشف اللثام ١٠: ٢٣٥.

نعم لو سبق أحدهما في دعوى الولدية وحكم له بذلك كان مقدماً على الآخر [١].

[لو اختلف كافر ومسلم في دعوى بنوة اللقيط]:

المسألة (الخامسة): إذا اختلف كافر ومسلم أو حرّ وعبد في دعوى بنوته قال الشيخ (٢): [٢]: (يرجّح المسلم على الكافر والحرّ على العبد) [٣]. (و) لكن (فيه تردد) [٤]. فالتحقيق مساواتهما [٥] [فيرجع إلى القرعة]. ولو ادّعاه رجل وامرأة فلا تعارض وألحق بهما [٦]. ولو قال الرجل: «ابني من زوجتي» وصدّته الزوجة وقالت امرأة

[٦] ثبوت نسبه شرعاً، فيكون الآخر مدّعياً صرفاً يطالب بالبيّنة، كما هو واضح، والله العالم.

[٢] [قاله] في المبسوط^(١).

[٣] قاعدة التغليب فيها. وتبعه الفخر والشهيدان^(٢)، إلا إذا كان اللقيط محكوماً بكفره أو رقه، فينبّجه التوقّف أو ترجّح الكافر أو الرقّ كما في الدروس^(٣)، أو يشكل الترجيح، كما في الروضة^(٤). بل عن الأردبيلي الميل إلى ترجيح المسلم والحرّ مطلقاً^(٥). وعن أبي عليّ ترجيح الحرّ، فإن قامت بيّنة أنّه ولد العبد ألحقنا به نسبه وأقرّرناه على الحرّية، إلا أن تقوم البيّنة أنّه ولد من أمة^(٦).

[٤] بل عن الخلاف والتذكرة الجزم بعدم الترجيح والرجوع إلى القرعة^(٧). وفي جامع المقاصد: «أنّه الظاهر، سواء كان الالتقاط في دار الكفر أو الإسلام»^(٨). وفي المسالك: «الأظهر عدم الترجيح مطلقاً إلا أن يحكم بكفره ورقه على تقدير إلحاقه بالنافقين فيكون ترجيح الأولين أقوى، لظهور المرجّح»^(٩). بل عن المختلف أنّ المشهور عدم الترجيح مطلقاً^(١٠). ولعله أخذها ممّا ذكره في كتاب القضاء من أنّه إذا وطأها أثنان شبهة ثمّ أتت بولد فإنّه يقرع بينهما، سواء كانا مسلمين أو أحدهما، أو حرّين أو أحدهما. بل عن كشف اللثام الإجماع على ذلك^(١١)، خلافاً للقطعة المبسوط^(١٢). وبه صحيح الحلبي^(١٣) بناءً على أنّهما من سنخ واحد، كما هو الظاهر. وقاعدة التغليب على وجه تشمل المقام ممنوعة، وترجح المسلم والحرّ بموافقتها للحكم بإسلامه وحرّيته لو كان في بلاد الإسلام لا أثر له في ثبوت النسب المستند إلى الفراه أو الإلحاق أو البيّنة مع أنّه لا يتمّ في المحكوم بكفره واسترقاقه. مضافاً إلى ما سمعته سابقاً من بقاء الحكم بإسلامه وحرّيته مع إمكانهما وإن حكم بكفر أبيه ورقّيته. بل لو قلنا بالتبعية فيها أيضاً تبعاً لاقضاء الأدلة لم يكن بذلك بأس، ولا ترجيح فيه لدعوى المسلم.

[٥] وإنّ أظنّب في الإيضاح ومجمع البرهان وغيرهما في بيان الترجيح^(١٤)، لكنّه ليس بشيء؛ إذ هو مجرد اعتبارات لا ترجع إلى دليل معتبر شرعاً، كدعوى العار في العبوديّة وحفظ الدين في الإسلام وتقليبه ونحو ذلك ممّا لا يرجع إلى محض.

[٦] لاحتمال حصوله منهما عن نكاح.

(١) (١٢) المبسوط ٣: ٣٥٠. (٢) الإيضاح ٢: ١٣٧. الدروس ٣: ٧٩ - ٨٠. الروضة ٧: ٨١ - ٨٢.

(٣) الدروس ٣: ٧٩ - ٨٠. (٤) الروضة ٧: ٨١ - ٨٢.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٣٠. (٦) نقله في المختلف ٦: ١٠٧.

(٧) الخلاف ٩٦: ٥٩٦. التذكرة ١٧: ٣٨٥. (٨) جامع المقاصد ٦: ١٠٣.

(٩) (١٠) المسالك ١٢: ٤٩٠. المختلف ٦: ١٠٧. (١١) كشف اللثام ١٠: ٢٣٣.

(١٣) الوسائل ٢٦: ٢٨٠، ب ١٠ من ميراث ولد الملائنة، ح ١. (١٤) الإيضاح ٢: ١٣٧. مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٣٠.

أخرى: «إنه ابني»، ف[قيل] [١]: هو ابن الرجل ولا ترجح دعوى الزوجة^(١)، وهو كذلك مع فرض عدم سبقها على الأخرى في الإلحاق، والله العالم].
[ما يلتقط من الحيوان]:

(القسم الثاني في الملتقط من الحيوان، و) تمام (النظر) فيه (في) ثلاثة (المأخوذ والآخذ والحكم).

[ما يسمى به الضالة]:

(أما الأول: فهو كل حيوان مملوك) لا مثل الخنزير ونحوه (ضائع) في الفلاة عن مالكه لا غير الضائع عنه (أخذ ولا يد) لملتقط فعلاً (عليه) إلا ما ستعرف (ويسمى) الحيوان المأخوذ (ضالة). (و) [المختار] [٢] أن أخذه في صورة الجواز مكروه) [٣]. و[المختار] [٤] عدم وجوب حفظ مال الغير ما لم يكن تحت يده [٥].

[١] [قاله] في التحرير.

[٢] [كما] لا خلاف بيننا في [ذلك].

[٣] بل عن المبسوط والخلاف نسبة ذلك إلى رواية أصحابنا^(٢). وفي التذكرة نسبة كراهة الالتقاط إلى علمائنا في موضعين^(٣). وفي محكي السرائر: «أخذ اللقطة عند أصحابنا على الجملة مكروه، لأنه قد روي في الأخبار^(٤) أنه لا يأخذ الضالة إلا الضالون»^(٥). وفي الصحيح في الضالة: «ما أحب أن أمسها»^(٦) وفي النبوي المروي من طرق العامة: «لا يأوي الضالة إلا ضالاً»^(٧). وفي آخر: «ضالة المؤمن من حريق جهنم»^(٨) أي ليهبها. وفي الخبر أيضاً: «إياكم واللقطة، فإنها ضالة المؤمن، وهو حريق من حريق جهنم»^(٩). إلى غير ذلك من الأخبار الواردة في مطلق اللقطة أو في الصامت إلا أنه بفحواها يفهم منها أيضاً ما نحن فيه. بل ربما استدل أيضاً بما ورد من أن «الضالة لا يأكلها إلا الضالون»^(١٠). بناء على إرادة النهي عن الأخذ -الذي هو مقدمة للأكل- من ذلك وإن زاد في بعضها: «إذا لم يعرفوها»^(١١). وكيف كان فالحكم مفروغ منه، مضافاً إلى ما في التعريض بفعلها لأحكام كثيرة يصعب التخلص منها على حسب ما أرادته الشارع، بل لعلها من الأمانة التي حملها الإنسان لجهله.

[٤] [إذ] من ذلك [= مما تقدم] كله يعلم [ذلك].

[٥] كما ذكرناه في المباحث السابقة. لكن عن أبي حنيفة في وجه: وجوب أخذ اللقطة؛ لكون المؤمنين بعضهم أولياء بعض، فيكون كولي الأيتام، وأن حرمة مال المسلم كدمه^(١٢). وهو كالاتجاه في مقابلة ما عرفت، وكلم له! وما أبعد ما بينه وبين الشيخين في المقنعة والنهاية من ظهور التحريم في الحيوان كما حكاه عنهما في الدروس^(١٣). ولكن لا يبعد إرادة الكراهة من نفي الجواز فيهما كما هو المتعارف في كلاميهما.

(٢) المبسوط ٣: ٣٢١. الخلاف ٣: ٥٧٩.

(١) (٥) التحرير ٤: ٤٥٥. السرائر ٢: ١١٢.

(٤) انظر الوسائل ٢٥: ٤٤٠، ٤٤١، ب ١ من اللقطة، ح ٥، ٧، ١٠.

(٣) التذكرة ١٧: ١٦٧، ١٧٢.

(٧) (٨) سنن البيهقي ٦: ١٩٠، مع اختلاف في الثاني.

(٦) الوسائل ٢٥: ٤٥٩، ب ١٣ من اللقطة، ح ٥.

(١٠) المصدر السابق: ح ٥، ٧.

(٩) الوسائل ٢٥: ٤٤٠، ب ١ من اللقطة، ح ٨.

(١٢) حاشية رد المختار ٤: ٤٧٠. المغني والشرح الكبير ٦: ٣١٩.

(١١) الوسائل ٢٥: ٤٤٢، ب ٢ من اللقطة، ح ٤.

(١٣) الدروس ٣: ٨٥. انظر المقنعة: ٦٤٦ - ٦٤٧. النهاية: ٣٢٢.

وعلى كل حال فلا إشكال في الكراهة (إلا بحيث يتحقق التلف) إذا لم يلتقطه (فإنه) حينئذٍ (طلق) بلا كراهة [١].

(و) كيف كان فـ (بالإشهاد مستحب) [٢]؛ (لما) فيه من التحرز عن الطمع، وعمّا (لا يؤمن من تجددّه على الملتقط) من موت أو فلس أو غيرهما (ولنفي التهمة) بإرادة تملكها [٣].

ولابدّ فيه من التعدّد المتوقّف عليه ما عرفت دون شهادة الواحد [٤]. وعلى كل حال (فالبعير لا يؤخذ إذا وجد في كلاً وماء) يتمكّن من التناول منهما وإن لم يكن صحيحاً [٥]. (أو كان صحيحاً) وإن لم يكن في

[١] كما صرح به الفاضل والشهيدان والكركي^(١) وغيرهم. ولعله لعدم تناول أدلة الكراهة الملاحظ فيها فائدة المالك المفروض انتفاؤها، فالعقل حينئذٍ يقضي بعدمها. ولا ينافيه قوله ﷺ: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»^(٢) بعد ظهوره في غير تحقق التلف الذي هو عنوان عدم الكراهة. بل ربّما قيل: الظاهر منه الترغيب في أخذ الضالة التي هي في معرض التلف، على معنى أنك إن أخذتها ولم تعرف مالها بعد التعريف تكون لك، وإن عرفته فقد حفظت مال أخيك المؤمن، وإن لم تأخذها أكلها الذئب أو أخذها غير الأمين الذي هو بمنزلة الذئب أيضاً. ولعله لذلك كان المحكي عن المبسوط: استحباب أخذها إذا كان أميناً في مفازة أو في خراب أو في عمران^(٣). وعن أبي علي: لو أخذها لصاحبها حفظاً عن أخذ من لا أمانة له رجوت أن يؤجر^(٤). بل في الروضة: «يجب كفاية إذا عرف صاحبها»^(٥). ولكن لا يخفى عليك ما فيه من عدم الدليل على ذلك على ما أشرنا إليه في الودعية وغيرها من الكتب السابقة. كما أنّه لا يخفى عليك منافاة قوله ﷺ متصلاً بالخبر المزبور: «وما أحب أن أمسها»^(٦) للمعنى المذكور المقضي للذئب فلا يبعد إرادة بيان الجواز فيه، بل الكراهة أيضاً، فتأمل.

[٢] عندنا.

[٣] وفي النبي: «من التقط لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل، ولا يكتم ولا يغيّب»^(٧).

خلافاً لبعض العامة فأوجب^(٨)؛ لظاهر الأمر القاصر عن إفادته كما هو واضح.

[٤] وإن كان ظاهر الخبر المزبور ذلك لكن لا عامل به منّا، والله العالم.

[٥] بلا خلاف أجده بين القدماء والمتأخرين منّا. بل في الكفاية نسبتها إلى الأصحاب^(٩) مشعراً بالإجماع عليه ولعله كذلك. بل في غاية المرام ذلك صريحاً قال: «وقع الإجماع على عدم جواز أخذ البعير إذا ترك من غير جهد مطلقاً، سواء كان في كلاً أو ماء أو لم يكن وكذا إذا ترك من جهد في كلاً أو ماء»^(١٠) بل مقتضاه أنّ أحدهما كافٍ في عدم الجواز. وإن كان هو - كما ترى - يمكن دعوى الإجماع بخلافه فضلاً عن النصوص^(١١). وفي الغنية: «من وجد ضالة الإبل لا يجوز له أخذها بإجماع الطائفة»^(١٢).

(١) التحرير ٤: ٤٥٧. القواعد ٢: ٢٠٥. الدروس ٣: ٨٥. المسالك ١٢: ٤٩١. جامع المقاصد ٦: ١٣٥.

(٢) الوسائل ٢٥: ٥٩٩، ب ١٣ من اللقطة، ح ٥. (٣) المبسوط ٣: ٣٢١.

(٤) نقله في المختلف ٦: ٨٩. (٥) الروضة ٧: ٨٣.

(٦) مسند أحمد ٤: ٢٦٦، سنن البيهقي ٦: ١٨٧. (٨) المجموع ١٥: ٢٥٥.

(٩) كفاية الأحكام ٢: ٥٢٤. (١٠) غاية المرام ٤: ١٤٩.

(١١) انظر الوسائل ٢٥: ٤٥٧، ب ١٣ من اللقطة. (١٢) الغنية ٤: ٣٠٣.

كلأ وماء [١]؛ (لقوله ﷺ) [٢]؛ (خففه حذاؤه وكرشه سقاؤه فلا تهجه) [٣].

[١] بلا خلاف أجده فيه أيضاً. بل في الكفاية وغاية المرام نحو ما سمعته في الأول^(١)، كدعوى الإجماع في الرياض عليهما معاً^(٢)، و(لذلك).

[٢] [الوارد] فيما تقدم من النصوص السابقة. كصحيح الحلبي^(٣) وحسن هشام بن سالم - بإبراهيم - عن الصادق عليه السلام: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، إني وجدت شاة؟ فقال رسول الله ﷺ: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» فقال: يا رسول الله، إني وجدت بعيراً فقال: [خففه حذاؤه وكرشه سقاؤه فلا تهجه] «^(٤)».

[٣] وفي صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سأل رجل رسول الله ﷺ عن الشاة الضالة بالفلاة؟ فقال للسائل: هي لك أو لأخيك أو للذئب، قال: وما أحب أن أمسها، وسئل عن البعير الضال؟ فقال للسائل: ما لك وله؟! خففه حذاؤه وكرشه سقاؤه، خل عنه»^(٥). ونحوه مرسل الفقيه^(٦). على أن مقتضى مصلحة المالك - بعد أن لم يخش عليه التلف؛ لامتناعه عن السباع واستقامته بالرعي - عدم التعرض له، لأن العادة جرت بطلب مالكه له حيث يفقده.

وحينئذ فقد يقال: إن وجه التفصيل المزبور - مضافاً إلى ما سمعته من نفي الخلاف فيه وغيره وإلى ظهور فحوى قوله ﷺ «كرشه... إلى آخره» أن ذلك لمصلحة المالك، فمع فرض كونه فاقداً الأمرين لا يكون له مصلحة - خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابته من جهد؟ قال: إن تركها في كلأ وماء وأمن فهي له يأخذها حيث أصابها أو إن تركها في خوف وعلى غير ماء ولا كلأ فهي لمن أصابها»^(٧). وخبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن أمير المؤمنين عليه السلام يقول في الدابة إذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها فهي للذي أحياها قال: وقضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابته في مضبعة فقال: إن كان تركها في كلأ وماء وأمن فهي له، يأخذها متى شاء، وإن تركها في غير كلأ وماء فهي للذي أحياها»^(٨). وفي صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «من أصاب مالا أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها لما لم تتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق حتى أحياها من الكلال أو من الموت فهي له، ولا سبيل له عليها، وإنما هي مثل الشيء المباح»^(٩). بناءً على إرادة ما يشمل الضائع من «الترك» في النصوص السابقة، لا خصوص الإعراض ولا خصوص الترك الذي هو غير موضوع اللقطة خصوصاً بعد ملاحظة ما هو المعتاد من أنه يراها متروكة ولم يعلم قصد صاحبها الإعراض عنها أو أنه تركها لخوف ونحوه أو أنها ضائعة منه أو يقال: إن موردها وإن كان المعرض عنه إلا أن المفهوم منه كون المدار على مطلق المتروكة على الوجه المزبور وعدمه. إلا أن الأخير كما ترى؛ ضرورة معلومية الفرق بين الإعراض واللقطة، لمعلومية الفرق بينهما وبين ما قصد تركه ويعلم به صاحبه، كما هو ظاهر لفظ «ترك» وحينئذ فلا مدخلية لهذه النصوص فيما نحن فيه من الضالة، خصوصاً الصحيح الذي قد صرح فيه بلفظ «التسيب» وكونه كالمباح ومنه يعلم حينئذ صحة نسخه «سيبها» بالياء لا «نسيها»^(١٠) من النسيان.

(١) كفاية الأحكام ٢: ٥٢٤. غاية المرام ٤: ١٤٩. (٢) الرياض ١٢: ٣٩١.

(٣) (٤) الوسائل ٢٥: ٤٥٧، ب ١٣ من اللقطة، الحديث ١ وذيله.

(٥) الوسائل ٢٥: ٤٥٩، ب ١٣ من اللقطة، ح ٥. (٦) الفقيه ٣: ٢٩٥، ح ٤٠٥٧. الوسائل ذيل الحديث السابق.

(٧) (٨) الوسائل ٢٥: ٤٥٨، ب ١٣ من اللقطة، ح ٤، ٣. (٩) الوسائل ٢٥: ٤٥٨، ب ١٣ من اللقطة، ح ٢.

(١٠) أشار صاحب الوسائل في هامشه إلى أن «نسيها» مثبتة في بعض نسخ التهذيب.

وحينئذ يكون الضالة المجهودة في غير كلاً وماء على حكم غيرها من الضوال [١].
وعلى كل حال (فلو أخذه) في صورة عدم جواز أخذه (ضمنه) [٢].
[والظاهر الضمان حتى مع قصد الإحسان إلى المالك].

[١] فيكون وجه التفصيل ما أشرنا إليه ونحوه ممّا يظهر منه ذلك، مع ملاحظة إطلاق بعض النصوص السابقة الذي يمكن دعوى انسياقه من فحواه. هذا.

وفي اللعة والمفاتيح: «إذا وجد البعير في كلاً وماء صحيحاً»^(١) وظاهرهما اعتبار الأمرين معاً. وهو مخالف لما عرفت.

[٢] بلا خلاف أحده، بل ولا إشكال؛ لعموم «على اليد» مع عدم الإذن لا شرعاً ولا مالاً.

بل في الروضة: «لا يجوز أخذه حينئذ بنية التملك مطلقاً» وفي جوازه بنية الحفاظ لمالكه قولان: من إطلاق الأخبار بالنهاي والإحسان، وعلى التقديرين يضمن بالأخذ حتى يصل إلى مالكه أو إلى الحاكم مع تعذره»^(٢) وظاهره الضمان حتى مع قصد الإحسان. ولعله كذلك؛ للعموم المزبور الذي لا ينفيه قاعدة الإحسان المراد منها ما حصل فيه الإحسان، لا ما قصد ولم يحصل.

نعم في خبر الحسين بن يزيد عن جعفر عن أبيه عليه السلام، قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول في الضالة يجدها الرجل فينوي أن يأخذ لها جعلاً فنفت؟ قال: هو ضامن، فإن لم ينو أن يأخذ لها جعلاً فتتفق فلا ضمان عليه»^(٣).

إلا أنه - مع عدم جامعته لشرائط الحجة - لم أجد عاملاً به من الأصحاب؛ ضرورة إطلاقهم الضمان في صورة عدم الجواز، وعدمه في صورة عكسه. وكذا ما في صحيح صفوان أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: «من وجد ضالة فلم يعرفها ثم وجدت عنده فإنها لربها أو مثلها من مال الذي كتمها»^(٤).

ورواه في الكافي والفقهاء^(٥) بالواو، وكأنه بمعنى «أو» على إرادة صورة التلف، أو المراد أنه يدفع العين إلى مالكها بانضمام مثلها كفارة للكتمان أو تعزيراً أو استحباباً، وعلى كل حال فهو غير ما نحن فيه.

وأما القول بجواز أخذ ما يحرم التقاطه بعنوان الحفاظ فقد اختاره في التذكرة، منزلاً النصوص على ما إذا نوى بالاتقاط التملك قبل التعريف أو بعده. بل قال فيها: «أنه يجوز للإمام أو نائبه أخذ ما لا يجوز أخذه على وجه التملك»^(٦).

وفيه: أن ذلك كله منافٍ لظاهر النهي^(٧) عن الإهاجة وللأمر^(٨) بالتخليفة وقول الإمام عليه السلام: «لا أحب أن أمسها»^(٩) الدال على أنه كثيره في ذلك (و) نحوه.

(١) اللعة: ٢٢٤. مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٠. (٢) الروضة ٧: ٨٤.

(٣) الوسائل ٢٥: ٤٦٥، ب ١٩ من اللقطة، ح ١، وفيه: الحسين بن زيد.

(٤) الوسائل ٢٥: ٤٦٠، ب ١٤ من اللقطة، ح ١. (٥) الكافي ٥: ١٤١، ح ١٧. الفقيه ٣: ٢٩٣، ح ٤٠٥٢.

(٦) التذكرة ١٧: ٣٠٤. (٧) الوسائل ٢٥: ٤٥٧، ب ١٣ من اللقطة، ح ١.

(٨) الوسائل ٢٥: ٤٥٩، ب ١٣ من اللقطة، ح ٥. (٩) المصدر السابق.

ثم (لا يبرأ) الضامن للبعير المزبور (لو أرسله) إلى محلّه الذي أخذه [١].

نعم (يبرأ لو سلّمه إلى صاحبه) قطعاً (ولو فقدته سلّمه إلى الحاكم) [٢]؛ (لأنّه منصوب للمصالح) التي منها قبض نحو ذلك. (فإن كان له حمى أرسله فيه وإلا باعه وحفظ ثمنه لصاحبه) [٣].

[١] بلا خلاف ولا إشكال. خلافاً لعمر وأبي حنيفة ومالك^(١)، فقد قال الأوّل منهم للملتقط المزبور: «أرسله في الموضع الذي أصبته فيه». وفيه: أنّ ذلك ليس أداء كما في غيره من المال المضمون بسرقة (و) نحوه.

[٢] بلا خلاف أجدّه فيه بين من تعرّض له كالشيخ والحليّ والفاضل والشهيدين والكركي والمقداد^(٢) على ما حكى عن بعضهم.

[٣] كما صرح به غير واحد، لكنّ الظاهر إرادة الجميع ما في التذكرة والدروس من تقييد تركه في الحمى بما إذا رأى المصلحة في ذلك، وإلا باعه - كما إذا لم يكن له حمى - بعد أن يصفها ويحفظ صفاتها^(٣). ولذا استحسنته في جامع المقاصد والمسالك^(٤).

نعم قد يناقش في وجوب دفعه إلى الحاكم - بناءً على ظهور عبارة المتن ونحوها في ذلك - بأنّه مع عدم اليأس من صاحبه مخاطب بالفحص ومكلف بالحفظ حتى يرده إليه؛ إذ هو مغضوب أو كالمغضوب بالنسبة إلى ذلك، ومع اليأس له الصدقة به كثيره من مجهول المالك. وولاية الحاكم عن صاحبه على وجه يكون كولاية الطفل لا دليل عليها وإن قلنا بوجوب الحفظ عليه لو دفع إليه باعتبار كونه منصوباً لأمثال هذه المصالح. ومنه ينقدح الشكّ في براءة ذمّته من الضمان لو دفعه إليه، بل يبقى في ضمانه إلى أن يصل إلى يد المالك، فإنّ الحاكم على ما ذكرنا ولي حفظ لا ولي قبض على وجه يحصل معه البراءة كالمالك أو وكيله، وإلا لوجب دفعه إليه، وقد عرفت ما فيه. وقد تنبّه لبعض ما ذكرناه المقدّس الأردبيلي^(٥).

الله! إلا أن يقال: إنّ مراد الأصحاب جواز التسليم لا وجوبه، ودعوى أنّه متى جاز وجب لا حاصل لها هنا. وكذا قد يناقش فيما قيل من أنّه: «لو لم يجد الحاكم هل يجوز له بيعه أم لا؟ الظاهر الثاني، وعلى تقدير عدم البيع يبقى في يده مضموناً عليه إلى أن يجد المالك أو الحاكم، ويجب عليه الإنفاق عليه، وفي رجوعه به مع نيّته وجهان، من دخوله على التعدي الموجب لعدم الرجوع، ومن أمره بالإنفاق شرعاً حين يتعدّ عليه أحد الأمرين، فلا يتعقّب الضمان»^(٦). إذ لا يخفى عليك ما في جواز بيعه أولاً مع عدم الولاية له، بل يده يد عدوان. وما في احتمال الرجوع بنفخته مع النيّة ثانياً، مع أنّ ذلك واجب عليه وليس هو من الأمتاء شرعاً ولا مالكاً والأمر الشرعي مقدّم للحفظ الواجب عليه حتى يرده إلى مالكه. فمن الغريب تردّد بعضهم في الحكم من غير ترجيح^(٧). وأغرب من ذلك ما في التذكرة من أنّ الأقرب الرجوع ثمّ قال: «ولا يبعد من الصواب التفصيل، فإن كان قد نوى التملك قبل التعريف أو بعده أتفق من ماله ولا رجوع؛ لأنّه فعل ذلك لنفعه، وإن نوى الحفظ دائماً رجع مع الإشهاد إن تمكّن وإلا فمع نيّته»^(٨).

(١) بدائع الصنائع ٦: ٢٠١-٢٠٢. المغني والشرح الكبير ٦: ٣٤١-٣٤٢، ٣٢٣، ٣٣١.

(٢) المبسوط ٣: ٣١٩. السرائر ٧: ١٠٠. التحرير ٤: ٤٥٧. القواعد ٢: ٢٠٦. الدروس ٣: ٨٢. المسالك ١٢: ٤٩٣. جامع المقاصد ٦: ١٣٧.

١٣٨. التنقيح ٤: ١١٠. (٣) التذكرة ١٧: ٣٠٥. الدروس ٣: ٨٢.

(٤) جامع المقاصد ٦: ١٣٧. المسالك ١٢: ٤٩٣. (٥) جميع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٤١.

(٦) مفتاح الكرامة ٦: ١٢٧. المسالك ١٢: ٤٩٣. (٧) التذكرة ١٧: ٣٠٥. (٨)

[ولا يجوز لواجده بيعه ، ولا يرجع بنفخته ولو نواه ، فيجب عليه حفظه حتى يوصله إلى ماله].

(وكذا حكم الدابة) [١] [وهي الفرس].

[والظاهر شمولها للبغل ولغيره من ذات القوائم الأربع ولو المتعارف منها الذي يدخل هو فيه].

(و) كيف كان ففي جريان الحكم المزبور (في البقرة والحمار تردّد) [٢] [أظهره المساواة] في الأول [٣]؛

(لأنّ ذلك فهم من فحوى المنع من أخذ البعير) [٤]. نعم لو فرض تحقّق التلف - بعد الماء والكأ على وجه لا يصل

إليه ولا يهتدي إليه - لم يحرم الأخذ [٥].

[١] التي هي الفرس في كلامهم ، بلا خلاف أجده فيه . بل يمكن تحصيل الإجماع عليه ، كما أشعر به بعض العبارات ، قيل

«خبري سمع^(١) والسكوني^(٢) السابقين^(٣)» ، بل والصحيح^(٤) بناءً على إرادة الضالة من «المال» فيه بقريّة «قامت» ونحوه

فيه . وعلى كلّ حال فقد أحقّ البغل في كشف الرموز والمسالك ومحكي الخلاف والمبسوط^(٥) . بل لعلّ لفظ «الدابة»

في النصوص المزبورة شامل له ولغيره من ذات القوائم الأربع ولو المتعارف منها الذي يدخل هو فيه . بل لو سلّم إرادة خصوص

الفرس منها فيها أمكن إلحاقه بها أيضاً ، خصوصاً بعد ملاحظة تحقّق حكمة الجواز وعدمه أو علته المستفادة من فحوى النصوص .

[٢] ينشأ ممّا عرفت .

[٣] وفاقاً للشيخ والآبي والفاضل والشهيدين والكركي والمقداد وظاهر الحلي^(٧) على ما حكى عن بعض .

[٤] باعتبار استغنائه بالرعي والشرب ، وكونه محفوظاً من صغار السباع .

[٥] لكن في الكفاية قَرَبَ العدم^(٨) . ولعلّه للفرق بينها [= البقرة] وبين البعير والدابة ، باعتبار عدم العدو وعدم الامتناع عن

الذنب ونحوه وعدم الصبر على العطش كالبعير . ولعلّ ذلك ونحوه وجه التردّد فيها . وأولى من ذلك التردّد في الثاني [أي الحمار] .

وإن ألحقه الشيخ والفاضل والآبي والكركي والمقداد وفاضل الرياض - على ما حكى عن بعض - بالبعير^(٩) . لكن في

التحرير والمسالك والكفاية قد قَرَبَ الجواز^(١٠) .

بل قيل : «إنّه يقتضيه كلام الجماعة»^(١١) ؛ إذ لا ريب في عدم امتناع الحمار من الذنب . ومن هنا استوجه بعض الناس

التفصيل بين الأرض ذات الذئاب وغيرها ، فيؤخذ في الأولى دون الثاني^(١٢) .

(١) تقدّم في ص ٤٣٧ .

(٣) الرياض ١٢ : ٣٩٢ - ٣٩٣ .

(٤) لابن سنان تقدّم في ص ٤٣٧ .

(٥) كشف الرموز ٢ : ٤٠٧ . المسالك ١٢ : ٤٩٤ . الخلاف ٣ : ٥٧٩ . المبسوط ٣ : ٣١٨ .

(٦) انظر الوسائل ٢٥ : ٤٥٧ ، ب ١٣ من اللقطة .

(٧) الخلاف ٣ : ٥٧٩ . المبسوط ٣ : ٣١٨ . كشف الرموز ٢ : ٤٠٧ . القواعد ٢ : ٢٠٦ . الدروس ٣ : ٨٢ . المسالك ١٢ : ٤٩٥ . حاشية الشرائع (آثار

الكركي) ١١ : ٤٤١ . التنقيح ٤ : ١١١ . السرائر ٢ : ١٠٧ .

(٨) كفاية الأحكام ٢ : ٥٢٥ .

(٩) الخلاف ٣ : ٥٧٩ . القواعد ٢ : ٢٠٦ . كشف الرموز ٢ : ٤٠٧ . جامع المقاصد ٦ : ١٣٩ . التنقيح ٤ : ١١١ . الرياض ١٢ : ٣٩٣ .

(١٠) التحرير ٤ : ٤٥٨ . المسالك ١٢ : ٤٩٤ - ٤٩٥ . كفاية الأحكام ٢ : ٥٢٥ .

(١١) مفتاح الكرامة ٦ : ١٣٠ .

[والمتَّجه جعل المدار في الدوابِّ المزبور جميعها على الأمن من التلف فلا يجوز التعرُّض لها وعدمه فيجوز التقاطها ويجري عليه حكمها لا أنَّها بقول مطلق تكون كالبعير].
[ولعلَّ القول باعتبار أمن الدابة في مراعاها في حرمة أخذها لا يخلو من وجه فلا يبعد جواز أخذ البهيمة مع فرض الخوف].

بل لا يبعد جواز التقاطها مع فرض صدق اسم الضياع عليها .

بل قيل : « إنَّ الحمار شابه البعير في الصورة وفارقه في العلة ، لأنَّه لا صبر له على الماء ، وساوى الشاة في العلة لأنَّه لا يمتنع من الذئب وإلحاق الشيء بما سواه في العلة وإنَّ فارقه في الصورة أولى من العكس »^(١) وإنَّ كان فيه ما لا يخفى . هذا ، ولكن قد يقال : إنَّه لا دلالة في النصوص على عدم جواز أخذ الدابة - فضلاً عن غيرها - إذا كانت صحيحة وإنَّ لم تكن في كلاً ولا ماء ، بل لعلَّ ظاهر بعض النصوص خلافها ، فلا وجه للإلحاق بالبعير الذي ورد فيه « لا تهجه » و « خَلَّ عنه »^(٢) ونحو ذلك وقياس غير البعير عليه - خصوصاً مثل البقرة والحمار كما ترى .

اللهم ! إلا أن يقال : إنَّ صحيح الجميع - بعد إمكان بقاءه ولو بالنسبة إلى حاله - كصحيح البعير وإنَّ اختلافاً في الصبر ونحوه ، فالمتَّجه جعل المدار في الدوابِّ المزبورة جميعها على وجود المعنى المستفاد من « خَفَّه حذاؤه وكرشه سقاؤه »^(٣) فيها ، فلا يجوز التعرُّض لها ، وعدمه فيجوز التقاطها ، ويجري عليه حكمها ، لا أنَّها بقول مطلق ، كالبعير المعلوم تفاوت ما بينه وبين الجاموس مثلاً والحمار في الصبر عن الماء وسرعة العدو وغير ذلك كما هو واضح ، بل التفاوت بينه وبين الفرس ظاهر في ذلك وغيره فضلاً عن غير الفرس .

بل في التذكرة لاحظ الفحوى المزبور في المال الصامت قال : « إنَّ الأحجار الكبار كأحجار الطواحين والحباب الكبيرة وقدر النحاس العظيمة وشبهها ممَّا ينحفظ بنفسه ملحقه بالإبل في تحريم أخذه ، بل هو أولى منه ، لأنَّ الإبل في معرض التلف ، إمَّا بالأسد أو بالجوع أو العطش أو غير ذلك ، وهذه بخلاف تلك ، ولأنَّ هذه الأشياء لا تكاد تضيع عن صاحبها ولا تخرج من مكانها بخلاف الحيوان ، فإذا حرم أخذ الحيوان فهذه أولى ، وكذا السفن المربوطة في الشرايع المعهودة لا يجوز أخذها والأخشاب الموضوعة على الأرض أمَّا السفن المحلوكة الرباط السائرة في الفرات وشبهها بغير ملاح فإنَّها لقطة إذا لم يعرف مالكاها »^(٤) .

قلت : هو لا يخلو من وجه ، وإنَّ كان يقوى أنَّ جميع ما ذكره مع فرض صدق اسم « الضائع » عليه - ولو لنسيان مالكة أو غير ذلك - لقطة ؛ إذ لا يعتبر في صدقه سقوطه من المالك ، وقد سمعت سابقاً جريان اسم اللقطة على الدار في كلام بعض الأفاضل ، هذا . وقد سمعت ما في النصوص^(٥) المزبورة من اعتبار الأمن ، لكن لم أجد تصريحاً به من الأصحاب ، ولعلَّه لا يخلو من وجه ؛ ضرورة مراعاة مصلحة المالك في ذلك ، ولا ريب في عدمه مع فرض الخوف الذي لا تبقى معه البهيمة في مراعاها ، فلا يبعد جواز أخذها حفظاً لمالكها .

(١) مفتاح الكرامة ٦ : ١٣٠ .

(٢) (٣) تقدَّمت في ص ٤٣٧ .

(٤) التذكرة ١٧ : ٢٩٧ - ٢٩٨ .

(٥) انظر الوسائل ٢٥ : ٤٥٧ ، ب ١٣ من اللقطة .

بل إن كان الخوف خوفاً يخشى منه تلفها على وجه لا ينتفع بها المالك كقتل أسد ونحوه يتأكد ذلك [١].
[هذا كله في البعير وما ألحق به إذا كان صحيحاً أو في ماء وكلأ].
(أما لو ترك البعير من جهد في غير كلأ وماء جاز أخذه، لأنه كالتالف، ويملكه الآخذ ولا ضمان، لأنه كالمباح، وكذا حكم الدابة والبقرة والحمار إذا ترك من جهد في غير كلأ وماء) [٢].
نعم قد يقال: إن [الظاهر] [٣] في صورة الإعراض لا الضائع في غير الكلأ والماء وأما هو فلا يجوز أن يملكه بل يدفعه إلى السلطان أو يستعين به في نفقته، فإن تعدّر أنفق ورجع إذا نواه، وحينئذٍ فالأقرب وجوب تعريفه سنة وجواز التملك بعد [٤].
[والظاهر أن إحياء الحيوان الذي هو في غير كلأ ولا ماء وقد أصابه الجهد والكلال سبب لملكه، سواء كان قد تركه أو أعرض].

[١] إذ هي حينئذٍ كالشاة التي هي لك أو لأخيك أو للذئب، فتأمل جيداً.
وكيف كان فقد ظهر لك الحال من ذلك كله في البعير وما ألحق به إذا كان صحيحاً أو في ماء وكلأ.
[٢] بلا خلاف صريح أجده بين القدماء والمتأخرين إلا ما في الوسيلة قال: « وإن تركه صاحبه من جهد وكلال في غير كلأ وماء لم يجز أخذه بحال »^(١).
ولعله لإطلاق الأدلة السابقة المقيدة بما سمعته من النصوص اللاحقة، خصوصاً صحيح ابن سنان^(٢) منها المشتمل على « الفلاة » المفسرة^(٣) بالارض التي لا ماء فيها أو القفر « المفسر » بالخلاء من الأرض، كما فسر^(٤) المفازة بالقفر.
[٣] [كما هو] ظاهر النص والفتوى.
[٤] بل ربما كان في التذكرة بعض ذلك أيضاً قال: « لو ترك دابة بمهلكة فأخذها إنسان فأطعمها وسقاها وخلصها تملكها، وبه قال الليث والحسن بن صالح وأحمد وإسحاق إلا أن يكون تركها بنية العود إليها وأخذها أو كانت قد ضلّت منه - إلى أن قال في الاستدلال على ذلك -: لأن مالكه نبذه رغبة عنه وعجزاً عن أخذه، فيملكه أخذه، كالمساقت من السنبل وسائر ما ينبذه الناس رغبة عنه وزهداً فيه »^(٥).

فإن قوله: « أو كانت قد ضلّت » يدل على عدم جواز تملكها بإحيائها إذا كانت قد ضلّت منه وإن وجدت في غير كلأ ولا ماء. ولعله لأن النص والفتوى بلفظ « ترك »^(٦) الظاهر في غير الضائع. نعم هي ظاهرة في كون المراد أن إحياء الحيوان - الذي هو في غير كلأ ولا ماء وقد أصابه الجهد والكلال - سبب لملك الحيوان المزبور سواء كان قد تركه أو أعرض، وإن كان ظاهر الصحيح^(٧) منها التعرض لصورة الإعراض، إلا أنه غير منافٍ لغيره ممّا ذكر فيه « الترك » الشامل له ولغيره ممّا يترك لحصول مزيج أو لأمر آخر من الأمور.

(١) الوسيلة: ٢٧٨. (٢) الوسائل ٢٥: ٤٥٨، ب ١٣ من اللقطة، ح ٢.

(٣) (٤) المصباح المنير: ٤٨١، القاموس ٢: ١٧٠، نهاية ابن الأثير ٣: ٤٧٨.

(٥) التذكرة: ١٧ - ٣٠٣ - ٣٠٤. (٦) الوسائل ٢٥: ٤٥٨، ب ١٣ من اللقطة، ح ٤.

(٧) أي صحيح ابن سنان.

نعم في نسخة من الصحيح المزبور «سيها» ولكن لا يناسب ما فيه من كونه كالشيء المباح الظاهر في إعراض المالك وجعله كالمباح، وإن كان قد يحتمل كون المراد كالمباح شرعاً لا مالكاً، إلا أن الأول أولى، لموافقته للنسخة المشهورة. نعم قوله **لِلْإِصْطِلَاحِ** : «من أصاب بعبيراً في فلاة»^(١) قد يشعر بالالتقاط أو بما هو أعم منه. بل أطلق في الدروس على الأخذ في مفروض المسألة اسم الملتقط^(٢)، كما أنه في التنقيح جعل الصور الأربعة من صور الالتقاط^(٣).

ولكن يمكن إرادتهما معاً من «الالتقاط» مطلق الأخذ، لا المعروف منه، خصوصاً بعد اشتغال كلاميهما على ما هو الصريح في عدم الالتقاط المصطلح.

كما أن المراد من الإصابة إصابة العبر الموصوف بما وصف به المال.

إلا أن الإنصاف مع ذلك كله وجود التشويش في كلامهم؛ ضرورة أن معقد البحث في لقطة الحيوان التي لا تدخل فيها مسألة الإعراض الذي لا يشترط فيه الشرطان المزبوران^(٤).

ودعوى شهادة الحال بحصوله معهما بخلاف الفاقدهما ينافيها اتحاد موضوع الترك المفروض في خبري مسمع^(٥) والسكوني^(٦).

وأما الصحيح المزبور فالمعروف من نسخته «سيها» وهو صريح في الإعراض الخارج عما نحن فيه.

بل لا يناسبه البحث في الضمان ودعمه الذي ذكر بعض الناس أن فيه قولين^(٧)؛ ضرورة عدم الضمان معه في التلف قطعاً.

بل لا يناسبه الإنشكال من العلامة في خصوص رد العين لوجاء المالك^(٨) وذكر منشئه : من الصحيح المزبور والاستصحاب

ومما دل عليه في نصوص اللقطة التي قد فرض البحث في غيرها فكلامهم هنا غير منقح.

ولا يبعد أن يقال : إن «الترك» الموجب للملك في خبري السكوني ومسمع أعم من الإعراض.

إنما الكلام في شموله للقطة، وقد ذكرنا احتمالاً سابقاً إلا أنه لا ظن بإرادة الأصحاب ذلك حتى يكون جابراً لأن تعبير

المعظم «لو تركه من جهد» ونحوه مما هو ظاهر في غير اللقطة.

بل قد سمعت تصريح الفاضل في التذكرة.

بل في الوسيلة أيضاً مقابلة الضال للمترك^(٩)، وذكر الحكم لكل منهما.

(١) الوارد في صحيح ابن سنان.

(٢) الدروس ٣ : ٨٢.

(٣) التنقيح ٤ : ١١٠.

(٤) تقدماً في كلام المصنف.

(٥) (٦) تقدماً في ص ٤٣٧.

(٧) مفتاح الشرائع ٣ : ١٨١.

(٨) القواعد ٢ : ٢٠٦.

(٩) الوسيلة : ٢٧٧ - ٢٧٨.

فلا يبعد حينئذ بقاء حكم الضالّ على التعريف ونحوه . بل لعلّه كذلك أيضاً لو كان ضالّاً - صحيحاً أو مجهوداً - في كلاً وماء ، ولكّنه مشرف على التلف لا يبقى لصاحبه .
نعم لو لم يكن ضالّاً لم يجز تولّيه إلّا من قاعدة الإحسان والحسبة . إن قلنا بجوازهما لغير الحاكم ، فتأمّل جيّداً [١] .

وكذلك الكلام في المجهود في غير كلاً ولا ماء ولكن لا يستطيع واجده إحياءه حتى يملكه به ، ولم يكن الترك ترك إعراض ، فإنّ تملكه بأخذه حينئذٍ مشكل .
كما يشكل تملك المتروك في كلاً وماء غير ضالّ وكان مشرفاً على الهلاك أو كان صحيحاً في غير كلاً وماء وصار كذلك ، فتأمّل جيّداً [٢] .
[والظاهر أنّ المدار في جواز الأخذ على ما يتحقّق معه التلف إن لم يؤخذ] .

[١] فإنّ المسألة غير منقّحة ، ولكن ظنيّ أنّ من أحاط بجميع ما ذكرناه مع التأمل يقف فيها على حاصل .

[٢] فإنّه مما ذكرنا يمكن معرفة جميع الصور في المسألة .

وأما اعتبار الأمرين في التملك ففي الرياض : « أنّ ظاهر الصحيح كالعبارة ونحوها من عبائر جماعة وصريح آخرين اشتراطهما - أي الترك في جهد وفي غير كلاً ولا ماء معاً - فلو انتفى أحدهما بأن ترك من جهد في كلاً وماء أو من غير جهد في غيرهما أو انتفى من كلّ منهما بأن ترك من غير جهد فيهما لم يجز الأخذ ، وعليه الإجماع في ظاهر التنقيح وصريح الصيمري ^(١) وربما يستفاد من بعض متأخري المتأخرين ما يعرب عن كفاية أحدهما ولا ريب في ضعفه مع عدم وضوح دليله » ^(٢) .

قلت : قد سمعت ما يعلم منه الحال في ذلك بناءً على أنّ المسألة من باب الإعراض وعلى غيره ، كما أنّك قد سمعت معقّد إجماع الصيمري سابقاً .

وأما التنقيح فقد ذكر الصور الأربعة ونسب الرابعة إلى المشهور ، ثمّ حكى خلاف ابن حمزة فيها ^(٣) ، وظهره أنّ الثلاثة لا خلاف فيها .

كما أنّه لم أعرف ما حكاه عن بعض متأخري المتأخرين المكتفي بأحدهما .

نعم قد سمعت معقّد إجماع الصيمري الذي مقتضاه الاكتفاء بالكلاً أو الماء .

وقد ذكرنا هناك أنّه يمكن تحصيل الإجماع على خلافه ؛ ضرورة عدم الفرق بين الأرض الفاقدة لهما معاً وبين المشتملة على أحدهما خاصّة ، بل والمشتملة عليهما مع عدم تملك البعير - مثلاً لمرضه - من الانتفاع بهما أو بأحدهما وإن أطنب بعض الناس في ذلك ^(٤) وجعل لكلّ حكماً ، لكن لا يخفى عليك ظهور النصّ والفتوى في إرادة ما يتحقّق به التلف إن لم يؤخذ .

(١) التنقيح ٤ : ١١٠ . غاية المرام ٤ : ١٤٩ .

(٢) الرياض ١٢ : ٣٩٤ .

(٣) التنقيح ٤ : ١١٠ .

(٤) انظر مفتاح الكرامة ٦ : ١٢٨ .

وأما عدم الضمان فـ [المختار عدم الضمان] [١]. [والأصح عدم ردّ العين مع طلب المالك].
ثم إنّه على القول بردّ العين فلا إشكال في عدم جواز المطالبة بما حصل منها من النماء كالولد والصوف
واللبن ونحوها ممّا هو نماء ملكه وإن وجد عينه [٢].
وكيف كان فما نحن فيه غير مسألة اللقطة [٣]. هذا كله في الحيوان الممتنع عن صغار السباع.
(و) أمّا (الشاة) الضالّة فـ [المختار] [٤] أنّها [إن وجدت في القلاة] التي يخشى عليها فيها من التلف إن
شاء (أخذها الواحد؛ لأنّها لا تمتنع من صغير السباع فهي معرّضة للتلف) فكانت بحكم التالفة [٥].

[١] [إذ] لا خلاف فيه ولا إشكال؛ ضرورة ظهور الأدلّة في تملكه المنافي للضمان معه. فما عن المفاتيح والرياض من أنّ في
الضمان هنا قولين^(١) في غير محلّه.

بل في التنقيح الإجماع عليه، قال: «لو أخذ الجائر أخذه فهو له، ولا يجب عليه دفع القيمة مع التلف للمالك لو ظهر وإن
أقام بيّنة وصدّقه الملتقط إجماعاً»^(٢). نعم في القواعد «في ردّ العين مع طلب المالك إشكال»^(٣) بل في الإيضاح: «أنّه
الأقوى»^(٤). ولكن لا يخفى عليك أنّ الأصح عدم الردّ، لأصالة بقاء الملك المتفق على حصوله للأخذ، وإنّما الكلام في انفساخه
بالطلب المزبور. مضافاً إلى ظهور الصحيح^(٥) المزبور وغيره في الملك اللازم في صورة الإعراض وغيره. وبه يخصّ قول أبي
جعفر^(٦) «من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه ردّه إليه»^(٦) بناءً على شموله لمثل المقام؛ إذ أقصاه
كون التعارض بينهما من وجه، ولا ريب في أنّ الترجيح الأوّل من وجوه، منها: الاستصحاب، ومنها: التشبيه بالمباح، ومنها:
الصحة في السند، ومنها: استفادة الملك الإحيائي وغير ذلك.

[٢] كما صرح به في التنقيح^(٧)؛ لأنّه إن كان له تسلّط فعلى فسخ العين خاصّة، كالبيع بالخيار.

[٣] إذ قد عرفت أنّ مضمون النصوص المزبورة منه ما هو إعراض كالصحيح^(٨) المراد منه وصف البعير بما وصف به غيره، ومنه:
الترك الذي هو أعمّ من الإعراض، إلّا أنّه غير الضلال.

ولعله لذا اتّفقوا على عدم الضمان هنا إلّا النادر بخلافه في الشاة الضالّة كما تسمعه إن شاء الله تعالى.

[٤] [كما] لا خلاف في [ذلك].

[٥] بل في التذكرة نسبتها إلى علمائنا^(٩). بل عن المهذب البارع والمقتصر غاية المرام الإجماع عليه^(١٠). بل عن ابن عبد البرّ
إجماع العامة على أنّ ضالّة الغنم في الموضع المخوف له أكلاها^(١١).

مضافاً إلى ما سمعته من النصوص الصحيحة والحسنة.

(١) المفاتيح ٣: ١٨١، الرياض ١٢: ٣٩٥.

(٢) التنقيح ٤: ١١٠.

(٣) القواعد ٢: ٢٠٦.

(٤) أي صحيح ابن سنان.

(٥) التنقيح ٤: ١١١.

(٦) التذكرة ١٧: ٢٨٧.

(٧) الواسل ٢٥: ٤٤٧، ب ٤ من اللقطة، ح ٢.

(٨) وهو صحيح ابن سنان.

(٩) التذكرة ١٧: ٢٨٧.

(١٠) المهذب البارع ٤: ٢٩٨، المقتصر: ٣٥٣، غاية المرام ٤: ١٥٠.

(١١) المغني والشرح الكبير ٦: ٣٦٢، ٣٣٨.

(و) كذا [المختار] [١] أَنَّ (الآخذ بالخيار إن شاء ملكها ويضمن) مطلقاً حين النية على وجه يكون ديناً من

ديونه [٢].

أو إذا جاء صاحبها وطالب أو أنه يغرم له غرامة إذا جاء وطالب، (على تردد) [٣].

(وإن شاء احتبسها أمانة في يده لصاحبها ولا ضمان، وإن شاء دفعها إلى الحاكم) الذي هو ولي الغائب

ومنصوب للمصالح (د) سيفعل فيها ما يراه من المصلحة بأن (يحفظها أو يبيعها ويوصل ثمنها إلى المالك) [٤].

[والظاهر اعتبار مصلحة المالك في بقائها فمع فرض عدمها يتجه بيعها وحفظ ثمنها ويتولى الحاكم ذلك مع

احتمال ثبوت الولاية للملتقط].

وحيث تكون المصلحة في بقائها ينفق عليها بنيت الرجوع إن شاء مع تعذر الحاكم والرافع أمره إليه على نحو

ما سمعته في نفقة اللقيط [٥].

[١] [إذ] لا خلاف أجده في [ذلك].

[٢] كما هو المشهور.

[٣] وخلاف ستعرفه إن شاء الله تعالى.

[٤] وإن نسبته بعض الناس إلى الأكثر^(١) مشعراً بالخلاف فيه، لكن لم أتحققه. على أنه موافق للقواعد العامة في الأخيرين؛ ضرورة الإحسان إليه والإيصال إلى نائبه، وكون ذلك حكم مطلق للقطعة حتى الأول الذي حكى الإجماع عليه في المحكي عن المذهب قال: «يجوز تملكها في الحال من غير تعريف بإجماع العلماء»^(٢) كالمحكي في التحرير من إجماعهم أيضاً على جواز أكلها في الحال^(٣). نعم في المقنعة والنهاية ومحكي المراسم^(٤): «أنه يأخذها، وهو ضامن لقيمتها» من غير تصريح بالمطالبة ولا بالملك. وعن المبسوط والسرائر بل والوسيلة^(٥): «له أن يأكلها على أن تكون القيمة في ذمته إذا جاء صاحبها ردها إليه» وعن الإيضاح: «أنه يغرم إذا وجد وطلب»^(٦). ولعل مراد الجميع الملك أيضاً؛ لما سمعته من النصوص المقتضية له من قول: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»^(٧) مضافاً إلى ما سمعته من نصوص^(٨) مطلق للقطعة. وأما عدم الضمان عليه في الثاني والثالث فمع أنه مقتضى قاعدة الأمانة والإيصال إلى الولي قد حكى عليه الإجماع هنا في الإيضاح والمسالك وغاية المرام^(٩). لكن الظاهر اعتبار مصلحة المالك في ذلك، فمع فرض عدمها يتجه بيعها وحفظ ثمنها ويتولى الحاكم ذلك؛ لعدم ثبوت ولاية للملتقط عليه، مع احتمال، بل جزم به في التحرير^(١٠)، لأنه أولى من أكلها.

[٥] لاحترام النفس في كل منهما.

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٣٨. (٢) المذهب البارع ٤: ٣٠٣.

(٣) (١٠) التحرير ٤: ٤٦٠. (٤) المقنعة: ٦٤٦. النهاية: ٣٢٢. المراسم: ٢٠٦.

(٥) المبسوط ٣: ٣٢٠. السرائر ٢: ١٠١. الوسيلة: ٢٧٨. (٦) الإيضاح ٢: ١٤٨.

(٧) الوسائل ٢٥: ٤٥٧، ب ١٣ من اللقطة، ح ١.

(٨) انظر الوسائل ٢٥: ٤٤١، ب ٢ من اللقطة.

(٩) الإيضاح ٢: ١٤٨. المسالك ١٢: ٤٩٦. غاية المرام ٤: ١٥٠ - ١٥١.

هذا، و[الظاهر] [١] الضمان في الأول [٢].

[فهو يملك ويضمن شبه القرض الذي يملك عينه بعوض في ذمته].

[وإذا طلب المالك يرد العين مع وجودها وإلا فالقيمة].

[١] [كما هو] الأشهر، بل المشهور.

[٢] بل لم أجد مصرحاً بعدمه بل ولا من يظهر منه ذلك عدا ما عن مقنع الصدوق^(١) ورسالة والده^(٢) من التعبير بمضمون النصوص «إذا وجدت الشاة فخذها، فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»^(٣). وعن المقتصر أنه قواه^(٤).

وفي الكفاية «ولعله أقرب؛ لمكان اللام في الروايات الصحيحة»^(٥). ونحوه في المفاتيح^(٦). وقد سمعت ما عن الإيضاح من الغرامة إذا وجد وطلب^(٧). وعنه وعن أبي العباس: أن الفرق بين الضمان والغرامة الثبوت في الذمة في الأول قبل مجيء المالك ومطالبته، وأمّا الغرامة فتطلق على معنى شامل لها وللضمان وعلى معنى خاص وهو ما يتجدد عند المطالبة وتظهر الثمرة في وجوب الوصية به وتعلقه بالتركة إن لم يجيء المالك. والحاصل أنه يكون مديوناً على الأول، وعلى الغرامة تتوقف هذه الأحكام على مطالبته، فلو مات قبلها لم تجب في تركته، ولا يكون مديوناً^(٨). وكأن الذي ألجأه إلى ذلك ظنه عدم اجتماع الضمان مع كون الشيء مملوكاً له، وتعليق الضمان في بعض النصوص^(٩) والفتاوى على مجيء المالك ومطالبته مع أنه ليس من أسباب الضمان، فلا وجه حينئذٍ إلا الغرامة.

وفيه أنه لا مانع من تملكه بقيمة على معنى: الولاية له على إدخاله في ملكه بالنبة على نحو ما يقع من الولي في مال المولى عليه، فيكون حينئذٍ شبه القرض الذي يملك عينه بعوض في ذمته. بل هو كاديكون صريح ما ورد^(١٠) في السفرة الملتقطة من الأمر بأكلها مقوماً لها على نفسه.

ومن ذلك يظهر لك عدم المنافاة بين كونه ملكاً له وانفاسخه إذا طلب المالك مع وجود العين، للنصوص^(١١) المصراحة بذلك، وإلا فالقيمة في ذمته. وربما احتمل: انكشاف عدم التملك بمجيء صاحب ومطالبته، لكنّه خلاف ظاهر النصوص والفتاوى، وعلى كلّ حال فلا منافاة. بل لا منافاة أيضاً بين الضمان على الوجه المزبور وبين مفاد اللام في قوله ﷺ: «هي لك» كما أوماً إليه الصحيح المروي عن قرب الإنسان عن رجل أصاب شاة في الصحراء هل تحلّ له؟ قال: قال رسول الله ﷺ: «هي لك أو لأخيك أو للذئب، فخذها وعزفها حيث أصبتها، فإن عرفت فردّها إلى صاحبها، وإن لم تعرف فكلها وأنت لها ضامن إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن ردّها»^(١٢). والظاهر إرادة ضمان ردّها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها، فالشرط للردّ، لا لأصل الضمان حتى يكون من قبيل الغرامة.

(١) المقنع: ٣٨٠. (٢) نقله عن الوالد والولد المهذب البارع ٤: ٢٩٨ - ٢٩٩.

(٣) الوسائل ٢٥: ٤٥٧ - ٤٦٠، ب ١٣ من اللقطة، ح ١، ٧٠٥. (٤) (٥) المقنع: ٣٥٢. كفاية الأحكام ٢: ٥٢٦.

(٦) مفاتيح الشرائع ٣: ١٨١. (٧) الإيضاح ٢: ١٤٨.

(٨) نقله عنهما في مفتاح الكرامة ٦: ١٣١. انظر الإيضاح ٢: ١٤٨. المهذب البارع ٤: ٢٩٩.

(٩) (١١) انظر الوسائل ٢٥: ٤٤١، ب ٢ من اللقطة. (١٠) الوسائل ٢٥: ٤٦٨، ب ٢٣ من اللقطة، ح ١.

(١٢) قرب الأستاذ: ٢٧٣، ح ١٠٨٦. الوسائل ٢٥: ٤٥٩، ب ١٣ من اللقطة، ح ٧.

[وإن آيس منه كان له حكم مجهول المالك].

بل الظاهر سوق الشرط المزبور مساق الغالب ، لا أنه يراد منه مفهوم فيقضى بعدم الرد إن لم يجيء المالك .
مع احتماله في صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام : سأله عن الرجل يصيب درهماً أو ثوباً أو دابة كيف يصنع ؟ قال :
« يعرّفها » ، فإن لم تعرف جعلها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطئها إياه ، وإن مات أوصى بها ، وهو لها ضامن ^(١) .
ولعل المراد منه ضمانها مع تبة التملك لها أو التصرف بها ، والمراد بالوصية بها الوصية بقيمتها ، نحو ما سمعته من قوله :
« يردها » في الصحيح الأول . فيكون حينئذ شاهداً أيضاً لما عرفته من الضمان ، وأنه على معنى شغل الذمة به نحو القرض ، ولكن
يؤذيه للمالك إذا جاء ، وإن آيس منه كان له حكم مجهول المالك .

بل يمكن القطع بإرادة المعنى المزبور من الصحيح بملاحظة غيره من نصوص ^(٢) اللقطة المعبر فيه بنحو ذلك على إرادة
المعنى الذي ذكرنا كما لا يخفى على من لاحظها . فالمسألة حينئذ خالية عن الإشكال . مضافاً إلى ما قيل من أنه مال الغير ، ولم
يوجد دليل ناقل عن ضمانه ، وإنما المتفق عليه جواز التصرف فيه ^(٣) ، فيبقى عموم « على اليد » ^(٤) ونصوص أدلة رد المال الملقوط
إلى صاحبه - نحو « من وجد شيئاً فهو له ، فليتمتع به حتى يجيء طالبه ، فإذا جاء طالبه رده إليه » ^(٥) - بحاله . ولا ينافي ذلك
قوله عليه السلام : « لك ^(٦) ... إلى آخره » المراد به الانتفاع به ، نحو قوله عليه السلام : « للذئب ^(٧) أو أنه ملك غير مستقر ولا لازم ، كسائر
الأموال الملقوفة التي ورد فيها في الصحيح « فإن جاء له طالب وإلا فهي كسبيل مالك » ^(٨) مع الإجماع على وجوب رده أو قيمته إلى
مالكه . بل لعل الشاة من المال الملقوط الذي هو معقد الإجماع . وإن كان ذلك كله أو أكثره محلّاً للنظر . إلا أن فيما تقدّم الكفاية ،
سيما مع عدم دليل معتد به على عدم الضمان سوى الأصل المقطوع بما مرّ ، وظهور اللام في التملك المنافي له ، الذي قد سبق جوابه ،
وصحيح ابن سنان المتقدم ^(٩) الذي هو في الإعراض . وما في الرياض - من دفعه بعدم القول بالفرق بين الأصحاب ^(١٠) - واضح الفساد ؛
ضرورة معلومية الفرق بين الإعراض وبين اللقطة ، بل وبينها وبين ملك المتروك من جهده في غير كلاً ولا ماء الذي هو غير ضالّ .
ولذلك قد عرفت ندرة القول بالضمان فيه ، بل حكي ^(١١) الإجماع على عدمه ، بخلاف المقام الذي إن لم يكن الإجماع على ضمانه ،
فلا ريب في كونه المشهور ، بل الإجماع محض على وجوب ردّ ثمنه لو جاء المالك ، بخلاف الأول وإن تردّد فيه العلامة لكن قد
عرفت ضعفه . كما أنك قد عرفت ما يعلم منه ضعف الاستدلال بمفهوم صحيح صفوان السابق « من وجد ضالة فلم يعرّفها فهي
لربّها » ^(١٢) ؛ ضرورة كونه بعد تسليم إرادته كونها لغير ربّها بعد التعريف - مع أنه فاسد من وجوه - لا ينافي كونها مضمونة عليه وإن
صارت ملكاً له ، كما عرفته مفضلاً . بل الظاهر عدم جواز فسخه نفسه الملك بعد أن نواه بقيمته وإرجاعه أمانة ، لعدم الدليل
القاطع للاستصحاب .

(٢) انظر الوسائل ٢٥ : ٤٤١ ، ب ٢ من اللقطة .

(٤) المستدرك ١٧ : ٨٨ ، ب ١ من القصب ، ح ٤ .

(٦) (٧) الوسائل ٢٥ : ٤٥٧ ، ب ١٣ من اللقطة ، ح ١ .

(٩) الوسائل ٢٥ : ٤٥٨ ، ب ١٣ من اللقطة ، ح ٢ .

(١١) التنقيح ٤ : ١١٠ .

(١) الوسائل ٢٥ : ٤٦٦ ، ب ٢٠ من اللقطة ، ح ٢ .

(٣) المسالك ١٢ : ٤٩٦ . الرياض ١٢ : ٣٩٥ .

(٥) الوسائل ٢٥ : ٤٤٧ ، ب ٢ من اللقطة ، ح ٢ .

(٨) الوسائل ٢٥ : ٤٤١ ، ب ٢ من اللقطة ، ح ١ .

(١٠) الرياض ١٢ : ٣٩٦ .

(١٢) تقدّم في ص ٤٣٨ .

ثم إنَّ الظاهر [١] وجوب تعريفها [سنة] [٢].

[ومع ذلك يجوز تملكها في الحال ويتصرف فيها باتلاف عينها]. [وثمره التعريف حينئذٍ غرامة القيمة].

[١] [كما هو الظاهر] ممَّا سمعته من النصوص ^(١) السابقة .

[٢] بل في بعض ^(٢) تعريف سنة . مضافاً إلى قوله يُضِلُّ في خبر المدائي : « لا يأكل الضالة إلا الضالون إذا لم يعرفوها » ^(٣) والشاة أظهر أفرادها إن لم ينحصر المصدق فيها ، كالدابة في الصحيح السابق ^(٤) الذي يمكن استفادة حكم الشاة منه ، حتى إذا قلنا بكون المراد منها غيرها ، لعدم الفرق بين أفراد الضالة . بل لعل ذلك هو الأصل في كل لقطة . ولا ينافي ذلك تملكها في الحال والتصرف فيها باتلاف عينها ، لأن ثمره التعريف حينئذٍ غرامة القيمة ، والأوصاف يمكن حفظها والشهادة عليها . ولعلَّه لذلك وغيره جعل في التحرير : الوجه وجوب التعريف كغيرها ^(٥) . وتبعه غير واحد ممن تأخر عنه . لكن يحتمل في كلامه اختصاص ذلك بما إذا أراد حفظها لا الأعم منه ومن التملك والتصرف فيها . إلا أنه خلاف الظاهر بل والدليل ؛ ضرورة أنه مقتضى الجمع بين ما دلَّ على تعريفها وبين ما دلَّ على التصرف فيها والتملك في الحال من النص والإجماع . هذا ، ولكن في جامع المقاصد « وهل يجب تعريف الشاة المأخوذة من الفلاة ؟ قال في التذكرة : الأقرب العدم ؛ لظاهر قوله يُضِلُّ « هي لك » ^(٦) فإنَّ المتبادر منه تملكها من غير تعريف ، وليس تقييده بالتعريف أولى من تقييد دليل التعريف بما عدا الشاة . وهذا قوي متين » ^(٧) . قلت : بل هو المحكي عن بعضهم في صغار الإبل ^(٨) . إلا أنه لا يخفى عليك ما في الجمع بعد الإحاطة بما ذكرناه من عدم توقُّف التملك عليه ، للإجماع في محكي المذهب ^(٩) وغيره الذي يشهد له التنج . ومن الغريب ما في الرياض من تحرير محل النزاع في التملك قبل التعريف ، قال : « وهل له التملك قبل التعريف سنة ؟ قيل : لا ، للاستصحاب وعموم الأمر بالتعريف في اللقطات وقوى جماعة العدم لإطلاق الصباح بالملك من دون تقييد له به مع ورودها في مقام الحاجة ، وبه يخصَّ عموم الأمر المتقدم مع الاستصحاب ، مع أنه لا عموم له ، بل غايته الإطلاق الغير المنصرف بحكم التبادر وسياق جلَّ من النصوص المشتملة عليه - إلا إلى لقطة الأموال غير الضوال » ^(١٠) إلى آخر ما ذكره . وفيه : ما عرفت من الإجماع بقسميه على التملك والتصرف فيها في الحال . وخبر ^(١١) قرب الإسناد - مع أنه ظاهر في غير تعريف اللقطة الذي لا يختص بموضع الالتقاط المفروض كونه في موضع البحث الفلاة - محمول على ضرب من التدب والاحتياط وكذلك الصحيح الآخر ^(١٢) . لمعارضتهما بما هو أقوى منهما من إجماعي المذهب والتحرير ^(١٣) المؤيدين بالتنج لكلام الأصحاب وبظهور قوله يُضِلُّ : « هي لك » ^(١٤) ونحوه وظهور قولهم بالتخير حين الالتقاط ، لا بعد تعريف سنة ، المقتضي لكون الشاة كغيرها من المال الصامت ، فلا ينبغي أن يجعل قسماً مستقلاً عنه . على أنه منافٍ لمصلحة المالك لو أراد الإنفاق عليها والرجوع عليه ، فإنه قد يستغرق أضعاف قيمتها ، والله العالم .

(٢) (٣) الوسائل ٢٥ : ٤٤٢ ، ب ٢ من اللقطة ، ح ٥ ، ٤ .

(٥) التحرير ٤ : ٤٦٠ .

(٧) جامع المقاصد ٦ : ١٤٠ .

(٩) المذهب البارع ٤ : ٣٠٣ .

(١٢) تقدَّم في ص ٤٤٨ .

(١) انظر الوسائل ٢٥ : ٤٤١ ، ب ٢ من اللقطة .

(٤) الوسائل ٢٥ : ٤٤٤ - ٤٤٥ ، ب ٢ من اللقطة ، ح ١٣ .

(٦) (١٤) الوسائل ٢٥ : ٤٥٧ ، ب ١٣ من اللقطة ، ح ١ .

(٨) (١٠) الروضة ٧ : ٨٧ - ٨٨ . الرياض ١٢ : ٣٩٦ .

(١١) تقدَّم في ص ٤٤٧ .

(١٣) تقدَّم أنفاً .

(و) كيف كان فـ [المختار] [١] أُنْ (في حكمها) أي الشاة (كُلْ ما لا يمتنع من صغير السباع كأطفال الإبل والبقر والغنم والحُمير) وغيرها حتى الدجاج والإوز [٢] [وقال المصنّف]: (على تردّد) [٣].
[وأما البعير المريض والأعرج وما شابهه إذا ضلّ عن صاحبه، فهو بحكم الشاة أيضاً مع فرض عدم امتناعه].

[١] [إذ هو] المشهور، كما في المسالك^(١) وغيرها.
[٢] بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا^(٢). وإن كان ما عثرنا عليه من عبارتها ليس بتلك الصراحة. لكن يؤيده أن أساطين الأصحاب كالشيخ وسَلار والحلي والفاضلين والشهيدين قد صرّحوا بذلك^(٣).
نعم جزم بالعدم في الكفاية والمفاتيح^(٤). وعن الآبي وأبي العباس الاقتصار على جواز الأخذ^(٥).
بل قال ثاني الشهيدين والمقدّس الأردبيلي والخراساني: إن اللاحق قياس^(٦). ولكن فيه منع واضح.
ضرورة قوله عليه السلام: «خَفَهُ حِذَاؤُهُ وَكَرَشَهُ سَقَاؤُهُ»^(٧) مع قوله عليه السلام: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»^(٨) في كون المدار على الامتناع والاستغناء حتى يأتي صاحبه وعدمهما، فليس هو قياساً ممنوعاً.
ولعله ممّا عرفت قال المصنّف: [ذلك].

[٣] خصوصاً بعد معلومية مذهبه من عدم حجّية منصوص العلة، فلا يلحق حينئذ ويكون حكمه حكم لقطة المال الصامت. ولم نره لأحد ممّن تقدّمه، نعم تبعه عليه بعض من تأخّر عنه^(٩). والتحقيق خلافة في المقام، خصوصاً بعد اعتضاد ذلك بفتوى المعظم وخصوصاً بعد اعتباره الفحوى المزبورة في الدابة وغيرها.
بقي شيء وهو أنّه في الإرشاد بعد أن ذكر الشاة كما ذكر الأصحاب وألحق بها صغار الممتنعات وقال: «ولو أخذ غير الممتنع في الفلاة استعان بالسلطان فإن تعذّر أنفق ورجع مع نيّته على رأي»^(١٠). ومقتضاه أنّه قسم آخر غير الشاة وما ألحق بها. ولم نعرفه لغيره كما اعترف به شارحه المقدّس الأردبيلي^(١١). وعن بعض المحشّين تفسيره بنحو البعير المريض والأعرج لكن صاحبه لم يتركه بل ضلّ عنه^(١٢).
وفيه: أنّ ذلك بحكم الشاة أيضاً مع فرض عدم امتناعه كما أوضحناه سابقاً. والله العالم.

(١) المسالك ١٢: ٤٩٧.

(٢) حكاها في جامع المقاصد ٦: ١٤١. انظر التذكرة ١٧: ٢٨٧ - ٢٨٨.

(٣) المبسوط ٣: ٣٢٠. المراسم: ٢٠٦. السرائر ٢: ١٠١. المحقّق هنا والعلامة في التحرير ٤: ٤٥٨. القواعد ٢: ٢٠٦. الدروس ٣: ٨٢. المسالك ١٢: ٤٩٦. ولكن يظهر من الأخيرين: «الترديد».

(٤) كفاية الأحكام ٢: ٥٢٧، ولكن الثاني موافق للمشهور كما في مفتاح الكرامة ٦: ١٣٣. انظر المفاتيح ٣: ١٨١.

(٥) كشف الرموز ٢: ٤٠٧. المهذب البارع ٤: ٣٠٣.

(٦) المسالك ١٢: ٤٩٧. مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٣٩. كفاية الأحكام ٢: ٥٢٧.

(٧) (٨) تقدّم في ص ٤٣٧.

(٩) الروضة ٧: ٨٧ - ٨٨.

(١٠) الإرشاد ١: ٤٤٢.

(١١) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٤٢.

(١٢) نفه في مفتاح الكرامة ٦: ١٣٣.

(ولا يؤخذ الغزلان واليحمير) وما شابهها (إذا ملكا ثم ضلّا) [١]؛ (الثغفات إلى عصمة مال المسلم، ولأنهما يمتنعان عن السباع بسرعة العدو) [٢].

[١] بلا خلاف أجده فيه .

[٢] ويستغنيان بالرعي في القلاة، فاشبهت البعير الذي خفّه حذاؤه وكرشه سقاؤه في ذلك، فألحقت بالحكم للفحوى المزبورة التي ألحق بها غير ذلك ممّا عرفت من الدواب .

نعم قيده الفاضل في التذكرة، بما إذا لم يخف الواجد لها عجز مالكةا عن استرجاعها أو ضياعها عن مالكةا وإلا جاز التقاطها^(١) معللاً له: بأن تركه أضيع له منه .

والمقصود حفظها لصاحبها، لا حفظها في نفسها، وإلا لم يجز التقاط الدينار مثلاً، فإنه محفوظ حيث كان . ومقتضاه حينئذ جواز التقاط البعير الضالّ إذا خيف تلفه على مالكة وإن كان صحيحاً أو في كلاً وماء مجهوداً فضلاً عما إذا تحقّق عليه لو بقي كما أو ماناً إليه سابقاً .

لكن في الدروس اقتصر على الأخير [أي خوف ضياعها] قال: «ولا يجوز التقاط الممتنع بعده كالطباء والطيور، سواء كانت في الصحراء أو العمران إلا أن يخاف ضياعها، فالأقرب الجواز، لأن الغرض حفظها لمالكها، لا حفظها في نفسها وإلا لما جاز التقاط الأثمان؛ لأنها محفوظة في نفسها حيث كانت، وينسحب الاحتمال في الضوأل الممتنعة كالإبل وغيرها . وجوز الفاضل التقاط ذلك كلّ بنيّة الحفظ، وحمل الأخبار الناهية عن ذلك على الأخذ بنيّة التملك، وفي المبسوط جعل الأخذ للحفظ من وظائف الحكّام . وعلى الجواز فالظاهر أنّه يرجع بالنفقة إذا نوى الرجوع وتعدّر الحاكم .

وحينئذ الأقرب وجوب تعريفه سنة وجواز التملك بعده، وهو ظاهر ابن إدريس والمحقّق ولم أقف على قول بالمنع من التعريف والتملك وعلى هذا يتّجه جواز الأخذ إذا كان بنيّة التعريف والتملك بعد الحول ويحرم إذا كان بنيّة التملك في الحال .

وعن عليّ عليه السلام في واجد الضالة إن نوى الأخذ جعل ذنبتك ضمنها، وإلا فلا ضمان عليه^(٢)، وفيه دليل على جواز أخذها . وقال الفاضل بجواز أخذ الأبق لمن وجده، ولا نعلم فيه خلافاً، ولا يضمن لو تلف بغير تفريط ومنع من تملكه بعد التعريف، لأنّه يتحقّق بنفسه كضوأل الإبل، وفيه إشعار بعدم جواز تملك الضالة وهو حسن في موضع المنع من أخذها^(٣) إلى آخره . ونقلناه بطوله لاشتماله على ما هو محلّ للنظر كما ستعرف .

قال في التذكرة: «الأقرب عندي أنّه يجوز لكلّ أحد أخذ الضالة صغيرة كانت أو كبيرة ممتنعة عن السباع أو غير ممتنعة بقصد الحفظ لمالكها، والأحاديث الواردة في النهي عن ذلك محمولة على ما إذا نوى بالتقاط التملك إمّا

(١) التذكرة ١٧: ٢٩٦ .

(٢) انظر الوسائل ٢٥: ٤٦٤ - ٤٦٥، ب ١٩ من اللقطة، ح ١ .

(٣) الدروس ٣: ٨٣ - ٨٤ .

قبل التعريف أو بعده ، أمّا مع نيّة الاحتفاظ فالأولى الجواز ، كما أنّه لا يجوز للإمام عليه السلام ولا لناثبه أخذ ما لا يجوز أخذه على وجه التملّك ^(١) .

وهو كالصرّح في خلاف ما فرّعه عليه في الدروس من التفصيل بين نيّة التملّك في الحال أو بعد التعريف .

بل هو ظاهر في أنّ ذلك قسم آخر غير الالتقاط ، وهو الاستيلاء على مال الغير بقصد الحفظ .

ولعلّ هذا هو الذي قوى في محكيّ المبسوط والسرائر عدم جوازه لغير الإمام عليه السلام ونائبه ^(٢) .

بل لعلّه لا يخلو من قوّة .

لأنّه المتيقّن ممّا دلّ في الشرع على كونه وليّ الحفظ عن الغائب دون غيره .

وأية الإحسان ^(٣) لو أخذ بظاهرها لاقتضت فقهاً جديداً لا ينطبق على مذهب الإماميّة .

فالمعجزة جعل الميزان لها ما اعتضد بفتوى الأصحاب ، وعلى تقدير الجواز فهو أمر آخر غير اللقطة لا تعريف له ، ولا تملّك بعده ولا قبله . ومنه يعلم ما في تفريعه [= الدروس] وما في حكايته عن ظاهر ابن إدريس والمحقق ، وأنّه لم يقف على قول بالمنع من التعريف والتملّك ، مع أنّ الفاضل في التحرير قال : « لو وجدها في موضع يخاف عليها منه مثل أن يجدها في أرض مسبعة يغلب على ظنّه افتراس الأسد لها إن تركها على حالها أو قريباً من دار الحرب يخاف عليها منهم أو في برية لا ماء لها ولا مرعى فالوجه جواز أخذها للحفظ ولا ضمان ، فإذا حصلت في يده دفعها إلى الإمام عليه السلام ونائبه ، ولا يملكها بالتعريف ، نعم ورد ^(٤) الشرع بذلك فيها ... إلى آخره » ^(٥) .

وإن كان هو لا يخلو من نظر أشرنا إليه سابقاً وهو قوّة جريان حكم الالتقاط عليها ، لفحوى ما هو كالتعليل للمنع في البعير المقتضى لجواز الالتقاط مع انتفائه ، فيجري عليه حينئذٍ لقطة الضالّ الذي عرفته في الشاة .

ومنه يعلم ما في الدروس من النظر في التفصيل المزبور ^(٦) إن كان مراده في هذا القسم ؛ ضرورة كونه حينئذٍ من لقطة الضالّ الجائزة كالشاة وما ألحق بها وقد عرفت أنّه له تملّكها والتصرّف فيها في الحال وإن وجب التعريف كما سمعته مفضلاً .

وأما ما رواه عن عليّ عليه السلام ^(٧) فقد عرفت عدم عامل به ليكون جابراً له .

وأما ما دلّ عليه من جواز الأخذ فهو مفروغ منه في غير مقام المنع الذي قد عرفته مفضلاً .

كما أنّ ما ذكره في الأبق لا مدخلية له في الالتقاط ؛ ضرورة عدم ضياعه وإنما هو هارب عن سيّده وجواز أخذه وعدم ضمانه قد استفيداً من النصوص التي لا مدخل لها هنا وكذا جعل عليه كما قدّمناه في محلّه بأيّ مدخلية للتعريف فيه ؟ !

فتلخّص من ذلك كلّ أنّه لا إشكال في عدم جواز التقاط ما دلّ عليه المنع كالبعير وما ألحق به في الحاليين السابقين . [أي حالة وجوده في ماء وكلّاً وحالة كونه صحيحاً] .

(١) التذكرة : ١٧ - ٣٠٤ - ٣٠٥ . (٢) المبسوط : ٣ : ٣١٩ . السرائر : ٢ : ١٠٠ .

(٣) التوبة : ٩١ .

(٤) في المصدر : « لعدم ورود » بدل « نعم ورد » .

(٥) التحرير : ٤ : ٤٥٩ .

(٦) تقدّم في ص ٤٥١ .

(٧) الوسائل : ٢٥ : ٤٦٥ ، ب ١٩ من اللقطة ، ح ١ .

[ولا إشكال في عدم جواز التقاط ما دلّ على المنع كالبعير وما ألحق به في الحالين السابقين].
وهل يجوز فيهما أخذه لا بعنوان الالتقاط ؟ الأقوى عدم جوازه [١].
وعلى تقديره [= الجواز] فليس لقطة قطعاً.

نعم لو فرض كونه بحال لا يبقى لصاحبه ولا يجديه خفّه وحذاؤه زائداً على الاحتمال المتعارف في المال الضائع لم يبعد جواز التقاطه وجريان الحكم للقطعة عليه، وهو ما سمعته في الشاة [٢].
هذا كله في الضالة في الفلاة التي قد سمعت بعض الكلام في تفسيرها.
[والمراد بالفلاة هو غير المأهول].

(ولو وجد الضوال في العمران) الذي هو المأهول - ومرجعه إلى العرف لا إلى نصف فرسخ، فإنه ربما يكون كذلك وربما يكون أزيد أو أنقص، وبالجمله: هي ليست في فلاة يخشى عليها التلف من صغار السباع، بل هي مأمونة من هذه الجهة، فمتى كانت كذلك - (لم يحل أخذها، ممتنعة كانت كالإبل أو لم تكن كالصغير من الإبل والبق) [٣].

[١] لإطلاق أدلة المنع من النهي عن الهيجان^(١) والأمر^(٢) بالتخليفة عنه.

[٢] لمفهوم فحوى التعليل.

ومنه يعلم صحة تقييد الفاضل لموضوع مسألة المقام بالوجهين^(٣) [أي خوف الواجد عجز مالكها عن استرجاعها أو ضياعها عن مالكها]. ولعل إقتصاره في الدروس على الأخير منهما^(٤) للاكتفاء به مثلاً، لا لإرادة خصوصه.
وفي التنقيح: « ما ليس بعامر: أي الذي فيه قرى مسكونة أو أهل طنب قاطنون »^(٥).

وفي جامع المقاصد: « العمران ما بين البيوت سواء كانت بيوت أهل الأمصار والقرى وأهل البادية » إلى أن قال: « وأهل المزارع والبساتين المتصلة بالبلد، ولا تنفك غالباً من الناس من العمران »^(٦) وحينئذٍ فالقلاة ما عداه.
وفي الوسيلة ومحكي المبسوط إلحاق ما يتصل بالعمران بنصف فرسخ به في الحكم^(٧).

وعن الصحاح والقاموس ومجمع البحرين: الخراب ضد العمران، والعمارة ضد الخراب، وأن المعمور هو المأهول^(٨).

وحينئذٍ فالمراد بالقلاة - المقابلة به - هو غير المأهول. ولذا قابلها المصنف بقوله: [ذلك].

[٣] كما في المتن وغيره. بل حكى غير واحد الشهرة عليه. بل عن التذكرة نفي الخلاف فيه إلا مع خوف التلف والنهب^(٩).

(١) الوسائل ٢٥: ٤٥٧، ب ٤٥٩، ١٣ من اللقطة، ح ١، ٥. (٢) الوسائل ٢٥: ٤٥٧، ٤٥٩، ب ١٣ من اللقطة، ح ١، ٥.

(٣) التحرير ٤: ٤٥٩. (٤) الدروس ٣: ٨٤.

(٥) التنقيح ٤: ١١٣.

(٦) جامع المقاصد ٦: ١٤٢، وفيه: «وَأهل المزارع» بدل «وَأهل المزارع».

(٧) الوسيلة: ٢٧٨. المبسوط ٣: ٣٢٠.

(٨) الصحاح ١: ١١٩، ٢: ٧٥٧. القاموس المحيط ١: ١٩٠، ٢: ١٣٥. مجمع البحرين ١: ٤٩٩، ٢: ١٢٧١.

(٩) انظر التذكرة ١٧: ٢٩٨ - ٢٩٩.

بل ينبغي القطع به في الممتنع [١]. أما غير الممتنع فهو محفوظ لمالكه [فلا يجوز التقاط] [٢].
وحينئذٍ فالمتجه على هذا ضمان الأخذ له وعدم الرجوع بالنفقة، على نحو ما سمعته فيمن أخذ البعير الضالَّ
حيث لا يجوز له أخذه.
إذ هو كالغاصب، لعدم الإذن الشرعية والمالكية، فلا يجري عليه حكم الالتقاط [٣].

[١] ضرورة أولويته من الفلاة الممنوع إهاجته فيها: ولذا نفى الشبهة فيه المسالك^(١).
[٢] لأنَّ الفرض عدم الأمن عليه فيها. بل لعلَّ قوله ﷺ: «خَفَّه حَذَاؤُهُ... إلى آخره»^(٢) - الذي هو تعليل لعدم الجواز أو
كالتعليل - يقتضي ذلك أيضاً. مضافاً إلى إشعار قوله ﷺ: «لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِذَنْبٍ» به أيضاً^(٣)؛ ضرورة عدم الذنب غالباً في
العرمان. بل و [مضافاً] إلى أصالة عدم جواز الاستيلاء على مال الغير الذي لا يقطعه استفادة الإذن من نصوص اللقطة المنصرفة لغير
الضالة.

وأما قوله ﷺ: «الضَّوَالُ لَا يَأْكُلُهَا إِلَّا الضَّالُّونَ إِذَا لَمْ يَعْرِفُوهَا»^(٤) فليس مساقاً لبيان جواز التقاط كلِّ ضالة، فيمكن كون
المراد منه بيان حكم جواز ما يلتقط منها.
وكذا صحيح صفوان^(٥) وصحيح علي بن جعفر^(٦) المتقدمان سابقاً المشتملان على بيان وجوب تعريف الضالة، لا على بيان
جواز التقاط كلِّ ضالة في عمران وغيره.

بل وكذا خبر البرنظي سألت أبا الحسن ﷺ عن الرجل يصيد الطير الذي يسوى دارهم كثيرة وهو مستوى الجناحين وهو
يعرف صاحبه أبطل له إمساكه؟ قال: «إِذَا عَرَفَ صَاحِبَهُ رَدَّهُ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يَعْرِفُهُ وَمَلَكَ جَنَاحَهُ فَهُوَ لَهُ، وَإِنْ جَاءَهُ طَالِبٌ لَا
يَتَّبِعُهُ رَدَّهُ عَلَيْهِ»^(٧). بل هو ظاهر في الحكم بكون الصيد مباحاً مع عدم معرفة مالك له، فلا لقطة فيه أصلاً. وحينئذٍ فما في
محكي المبسوط من أنه إذا كان في العرمان وما يتصل به إلى نصف فرسخ أو أقلَّ له أخذه سواء كان ممتنعاً أو غير ممتنع^(٨) - ومثله في
الوسيلة^(٩) - لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه الذي منه يفهم ما عساه يستدلُّ به له، وقد عرفت جوابه.

[٣] لكن في المسالك - بعد أن جزم بعدم جواز أخذ غير الشاة - قال: «يجب مع أخذه كذلك تعريفه سنة، كغيره
من الأموال عملاً بالعموم ويحفظه لمالكه أو يدفعه إلى الحاكم من غير تعريف»^(١٠).

وفيه: أن أدلة التعريف في غير المفروض الذي هو مغضوب أو كالمغضوب، سيما بعد كون التعريف مقدّمة لجواز تملكه
المعلوم عدمه هنا. ولذا لم أجد أحداً ذكره فيمن التقط البعير وما ألحق به ممّا عرفت عدم جواز التقاطه.

(١) المسالك ١٢: ٤٩٨ - ٤٩٩.

(٢) (٣) الوسائل ٢٥: ٤٥٩، ب ١٣ من اللقطة، ح ٥.

(٥) تقدّم في ص ٤٣٨.

(٤) الوسائل ٢٥: ٤٤٢، ب ٢ من اللقطة، ح ٤.

(٦) تقدّم في ص ٤٤٨.

(٧) الوسائل ٢٥: ٤٦١، ب ١٥ من اللقطة، ح ١.

(٨) المبسوط ٣: ٣٢٠.

(٩) الوسيلة: ٢٧٨.

(١٠) المسالك ١٢: ٥٠٠.

نعم يتَّجه جريان حكم الضالَّة عليها في صورة الجواز [١]. وهي حالة الخوف عليها من التلف زائداً على احتماله في اللقطة من حيث كونها كذلك لحصول ما يقتضي ذلك من مرض أو غيره. فإنَّه حينئذٍ يجوز التقاطها نحو ما سمعته في البعير [٢].

والظاهر حينئذٍ تخييره بين الأمور الثلاثة المتقدِّمة في التقاط الشاة في الفلاة. ويجب التعريف وإن تصرَّف فيها في الحال كما سمعته هناك [٣].

(و) [المختار] [٤] أنَّه «لو أخذها» أي الضوَّالَّ في العمران (كان بالخيار بين إمساكها لصاحبها أمانة) مضمونة (وعليه نفقتها من غير رجوع بها) نحو العين المغصوبة، (وبين دفعها إلى الحاكم) الذي هو وليُّ الحفظ للغائب [٥]. «ولا يجب الدفع إلى الحاكم».

ومن هنا يتَّجه عدم وجوب القبول عليه خصوصاً إذا لم تكن مصلحة للغائب في ذلك باعتبار تعلُّق خطاب الردِّ بالأخذ، وربما احتاج إلى مؤونة وخطاب الإنفاق وغير ذلك ممَّا يكون قيام الأخذ به مصلحة للغائب. اللهم إلا أن يفرض المصلحة للغائب بقبض المال من الأخذ وتكليفه بالأحكام المزبورة [٦].

[١] التي أشار إليها الفاضل في التذكرة^(١).

[٢] لقوى قوله ﷺ: «خَفَهُ حَذَاهُ... إلى آخره»^(٢) وقوله ﷺ: «لك أو لأخيك أو للذئب»^(٣).

[٣] ومن ذلك يعلم ما في دعوى جواز أخذه في الفرض من كونه على وجه الحسبة؛ ضرورة أنَّك قد عرفت كونه لقطة لا حسبة، نعم أخذه في مقام المنع بنيتُ الحفظ إن قلنا بجوازه فيها كذلك، لكن قد عرفت أنَّ الأقوى عدم جوازه لغير الحاكم، وعلى تقديره فلا يجري عليه شيء من حكم اللقطة كما تقدَّم الكلام فيه مفصلاً.

[٤] [كما] من ذلك [= ممَّا قلناه] - مضافاً إلى ما تقدَّم فيمن أخذ البعير حيث لا يجوز أخذه - يظهر لك [ذلك].

[٥] كما صرَّح به الفاضل وأبو العباس وثاني الشهيدين^(٤) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم. وهو شاهد على ما ذكرناه سابقاً من عدم وجوب الدفع إلى الحاكم على من أخذ البعير في مقام المنع وإن كان ظاهرهم هناك ذلك. وربما علَّل بأنَّه وليُّ. وفيه: ما عرفت من أنَّه يجوز له تولِّي حفظ مال الغائب لا وليَّ ذاته.

[٦] ثم إنَّ قول المصنِّف كالتذكرة^(٥) وغيرها: «أمانة» قد يشعر بعدم الضمان. وفيه منع واضح، خصوصاً بعد اتِّفاقهم عليه فيمن أخذ البعير في صورة المنع. على أنَّه مقتضى عموم «على اليد»^(٦) وغيره. بل قد ذكرنا هنا قوَّة احتمال عدم برأته منه مع التسليم للحاكم الذي هو وليُّ الحفظ، وإن كان ظاهرهم هناك ذلك. بل لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه ما في المتن (و) التحرير^(٧) من أنَّه [كذلك].

(٢) الوسائل ٢٥: ٤٥٧ - ٤٥٩، ب ١٣ من اللقطة، ح ١، ٥، ٧.

(٤) القواعد ٢: ٢٠٦. المهذب البارع ٤: ٣٠٣. المسالك ١٢: ٤٩٩.

(١) التذكرة ١٧: ٣٠٢.

(٣) الوسائل ٢٥: ٤٥٩، ب ١٣ من اللقطة، ح ٥.

(٥) التذكرة ١٧: ٢٩٤.

(٦) المستدرک ١٧: ٨٨، ب ١ من الغصب، ح ٤.

(٧) التحرير ٤: ٤٥٩.

[والأخذ ضامن مع تسليمه إلى الحاكم، وقد تقدّم في البعير قوة احتمال عدم براءته منه مع التسليم للحاكم].
[وقول المصنّف: (لو لم يجد حاكماً أنفق ورجع بالنفقة) (فيه إشكال) [١]،] والمختار عدم الرجوع إليها]. هذا كله في غير الشاة.

[١] وإن علل بأنّه حينئذٍ محسن، وقد تعدّر عليه المالك وولّيه، فصار مأموماً من الشارع الذي به يزول التبرّع.

ولكن فيه: أنّه غاصب لا محسن مكلف بالحفظ الذي يتوقّف على الإنفاق.

بل في المسالك: «يرد مثله [= هذا الدليل] في النفقة قبل الوصول إلى الحاكم والمالك فإنّه مأمور بها أيضاً شرعاً وجانب العدوان مشترك... إلى آخره»^(١).

وقوله في الوسيلة ومحكي المبسوط: «هو بالخيار بين أن ينفق عليها تبرعاً أو يرفع خبرها إلى الحاكم»^(٢) مع أنّه غير ما نحن فيه مبني على ما ذهبنا إليه من جواز الانقطاع فينتج فيه حينئذٍ نحو ما سمعته منهم في نفقة اللقيط.

وكذا ما في النهاية: «من وجد شيئاً ممّا يحتاج إلى النفقة عليه فسيبيله أن يرفع خبره إلى السلطان لينفق عليه من بيت المال فإن لم يجد وأنفق هو عليه كان له الرجوع على صاحبه بما أنفق هو عليه»^(٣)، ونحوه في المقنعة^(٤). فإنّه إن لم يفرض في مقام الجواز كانا مطالبين بدليله، بل الأدلة على خلافه.

بل قد عرفت في اللقيط ما يعلم منه النظر في اعتبار الرفع إلى الحاكم في الرجوع، خصوصاً بعد عدم جواز الإنفاق عليه من بيت المال المعدّ للمصالح التي ليس منها ذلك بعد أن كانت النفقة على المالك.

فلاحظ وتأمل جيّداً كي تعرف ضعف ما حكيناه هناك عن ابن إدريس من عدم الرجوع بالنفقة في صورة الجواز وتعدّر الحاكم^(٥)، وستسمع مثله فيما يأتي، لكنه على كلّ حال هو غير ما نحن فيه من عدم جواز الانقطاع كما ستعرف إن شاء الله تعالى.

وليس في الدروس هنا بعد أن ذكر حكم الشاة في العمران إلّا قوله: «وهل يلحق بها غيرها؟ قال في المبسوط: ما كان في العمران وما يتصل به على نصف فرسخ من الحيوان يجوز أخذه ممتنعاً أو لا، ويتخير الآخذ بين الإنفاق تطوعاً أو الدفع إلى الحاكم، وليس له أكلها ومنع الفاضل من أخذها في العمران عدا الشاة، إلّا أن يخاف عليه النهب أو التلف، وقال في النهاية: إذا أخذ شيئاً يحتاج إلى النفقة رفع خبره إلى السلطان لينفق عليه من بيت المال، فإن تعدّر أنفق ورجع، وإن كان له ظهر أو درّ أو خدمة كان بإزاء ما أنفق، وأنكر ابن إدريس رجوعه إذا كان النفقة في الحال لتبرّعه، وجوّز الفاضلان الرجوع، وأوجبا المقاصة... إلى آخره»^(٦). ولم يختر شيئاً فيما نحن فيه وإن حكى^(٧) عنه ذلك.

نعم كلامه غير محرّر، حيث إنّه لم يفرّق بين ما جاز التقاطه ولم يجز، كما سمعت الكلام فيه. وما حكاه عن ابن إدريس وغيره إمّا هو في الجائز مطلقاً.

(١) (٧) المسالك ١٢: ٤٩٩.

(٢) الوسيلة: ٢٧٨. المبسوط ٣: ٣٢٠.

(٣) النهاية: ٣٢٤.

(٤) المقنعة: ٦٤٩.

(٥) الدروس ٣: ٨٣.

(٦) السرائر ٢: ١٠٧.

وإما إن كان الضالّ في العمران شاة فـ [المختار] [١] [أنه يحبسها ثلاثة أيام] وإليه أشار المصنف بقوله :
 (وإن كان شاة حبسها ثلاثة أيام فإن لم يأت صاحبها باعها الواحد وتصدّق بثمانها) [٢].
 بل الظاهر عدم اعتبار الحاكم [٣]. نعم الظاهر عدم وجوب البيع إذا أراد حفظها وعدم وجوب التصدّق
 بثمانها لو أراد حفظه لصاحبه [٤] [لكن حرمة الأخذ تكون باقية] وحينئذٍ فالعين في ضمانه على تقدير البيع
 وعدمه وإن كان ضمانه الثمن مع فرض عدم إجازة المالك الصدقة وإلا فمع رضاه بها لا ضمان [٥].

- [١] [كما] في خبر ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام قال : « جاء رجل من أهل المدينة فسألني عن رجل أصاب شاة قال : فأمرته أن
 يحبسها عنده ثلاثة أيام ويسأل عن صاحبها ، فإن جاء صاحبها وإلا باعها وتصدّق بثمانها » ^(١).
- [٢] وهو وإن كان ضعيفاً وغير خاصّ بالعمران إلا أنه منجبر بفتوى الأساطين كالشيخ والحلي الذي لا يعمل إلا بالقطعيّات
 والفاضلين والفخر والشهيدين وأبي العباس والمقداد والكركي ^(٢) على ما حكي عن بعض ، بل نسبه غير واحد إلى الشهرة بل إلى
 الأصحاب مشعراً بالإجماع . بل في الرياض « قد حمله الأصحاب على المأخوذ من العمران ... وظاهرهم الإطباق على العمل
 بها » ^(٣) . وإطلاقه مقيد بالنصوص المعتبرة المشتملة على حكمها في الفلاة المقابلة للعمران . فتعين المراد بها فيه ، كما هو واضح .
 فوسوسة بعض متأخري المتأخرين فيه ^(٤) حينئذٍ في غير محلّها .
- [٣] وإن استشكل فيه الفاضل في القواعد ^(٥) ، إلا أنّ النصّ والفتوى خاليان عن ذلك .
 واحتمال أن ما وقع من الصادق عليه السلام من الإذن خلاف الظاهر .
- [٤] فراراً من الضمان الذي صرح به الفاضل وأبو العباس والمقداد وثاني الشهيدين ^(٦) وغيرهم على ما حكي عن بعضهم وإن تردّد
 فيه في الكفاية ^(٧) . لكن فيه : أنه لا إشعار في الخبر المزبور ولا في الفتاوى بجواز الأخذ بقي حينئذٍ على الحرمة ، كما صرح به
 الفاضل ^(٨) وغيره .
- [٥] كما صرح به غير واحد منهم الشهيد في الدروس . لكن قال فيها متصلاً بذلك : « وهل له تملكها مع الضمان ؟
 جوّزه ابن إدريس وله إبقاؤها بغير بيع فيكون أمانة وكذا ثمنها » ^(٩) . وفيه : ما لا يخفى بعدما عرفت من كونه عادياً لا
 يجوز له الأخذ . وكذا ما في القواعد من [جواز] الصدقة بالثمن مع ضمانه أو حفظه ولا ضمان ^(١٠) . وإن حكي أيضاً عن
 أبي العباس وثاني الشهيدين ^(١١) . لأنّ البيع جائز فيكون مأذوناً شرعاً في قبض الثمن . ولكن فيه : أنّ جواز البيع لا ينافي حرمة
 الأخذ التي هي السبب في الضمان .

(١) الوسائل ٢٥ : ٤٥٩ ، ب ١٣ من اللقطة ، ج ٦ .

(٢) البسوط ٣ : ٣٢٠ . الرائر ٢ : ١٠٧ . المحقق هنا والملاءمة في القواعد ٢ : ٢٠٦ . الإيضاح ٢ : ١٤٩ . الدروس ٣ : ٨٣ . المسالك ١٢ : ٥٠٠ .

المهذب البارع ٤ : ٣٠٠ . التنقيح ٤ : ١١٣ . جامع المقاصد ٦ : ١٤٣ .

(٣) الرياض ١٢ : ٣٩٧ . (٤) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٤٤٠ . كفاية الأحكام ٢ : ٥٢٨ .

(٥) (١٠) القواعد ٢ : ٢٠٦ .

(٦) التذكرة ١٧ : ٢٩٤ . القواعد ٢ : ٢٠٦ - ٢٠٧ . المهذب البارع ٤ : ٣٠١ . التنقيح ٤ : ١١٣ ، ١١٤ . المسالك ١٢ : ٥٠٠ .

(٧) كفاية الأحكام ٢ : ٥٢٨ . (٨) التذكرة ١٧ : ٢٩٤ .

(٩) الدروس ٣ : ٨٣ . (١١) المتقصر ٣٥٣ : الروضة ٧ : ٨٩ .

[وليس له تملكها].

نعم لو قلنا بجواز الأخذ أتجه عدم الضمان للعين وللمن مع عدم التصرف به .
وعلى كل حال فلا وجه للتعريف [١] . وعلى تقديره فـ [الظاهر] [٢] كون التعريف على الوجه

المذكور [٣] .

[ويقوى القول بجواز التصدق بعينها] خصوصاً مع عدم وجود المشتري ، وأما الصدقة بالثمن قبل

الحول [٤] .

[فلا ريب في أن الأصح الجواز] .

[١] لعدم تناول أدلة التعريف لمثلها كغيرها من اللقطة الغير الجائزة .

[٢] [كما هو] ظاهر الخبر المزبور ^(١) .

[٣] فما عن أبي العباس من التعريف طول الحول في غير محلّه وإن قال : « ليس له تملكه بعد الحول » ^(٢) .

بل وكذا ما في القواعد من أن في الصدقة بعينها أو قبل الحول [بئمنها] إشكالاً ^(٣) .

بل عن الفخر وأبي العباس اختيار عدم الصدقة بعينها ^(٤) . وقوفاً على النصّ .

ولكنّ الذي يقوى الجواز ؛ لعدم ظهور الفرق .

[٤] فإن كان مراده : هل يجوز بيعها قبل الحول والتصدق بئمنها أو يجب تعريفها سنة ثم يبيعها ويتصدق بئمنها ؟ فلا ريب في أن

الأصح الأول ؛ ضرورة عدم إشارة في النصّ والقنوى إلى التعريف المزبور ، بل ظاهرهما أو صريحهما خلافه ، وخصوصاً بعد أن قلنا بعدم جواز الانقطاع ، فلا يجري عليه حكمه . واحتمال أنّه وإن كان محزماً يجري عليه حكمه . لإطلاق ما دلّ عليه . يدفعه : منع

شمول الإطلاق للفرض كما لا يخفى على من لاحظته .

وكذا إن كان المراد : هل تجوز الصدقة بالثمن قبل التعريف حولاً ؟ لعين ما عرفته أيضاً .

بل لو كان مشروطاً بالتعريف حولاً لكان تركه في النصّ المزبور كتأخير البيان عن وقت الحاجة .

ودعوى أنّه أقرب إلى وصول المال إلى مستحقّه وإلى الاحتياط يدفعها : أنّها كالاتّجاه في مقابلة النصّ .

وكذا دعوى وجوبه لو أراد بقاءها عنده كما عن أبي العباس ^(٥) .

نعم ظاهر قوله عليه السلام فيه : « ويسأل عن صاحبها » ^(٦) وجوب التعريف ثلاثة أيام ، مع أنّه ربّما يظهر من الأكثر عدم وجوبه

أيضاً .

(١) أي خير ابن أبي يعفور .

(٢) المقنن : ٣٥٣ .

(٣) القواعد ٢ : ٢٠٦ .

(٤) الإيضاح ٢ : ١٤٩ . المذهب البارع ٤ : ٣٠٠ .

(٥) المقنن : ٣٥٣ .

(٦) الوارد في خير ابن أبي يعفور .

وعلى تقدير التعريف فالظاهر ضمان العين عليه [١]، وليس له التملك بعده [٢].
ثم إنَّ الضالة حيث يجب تعريفها [هل] يعتبر فيها زيادة قيمتها على الدرهم ولألم يجب، أو يجب التعريف مطلقاً؟ [٣] ويأتي إن شاء الله تعالى ما يعرف منه حقيقة الحال، والله العالم.
(و) كيف كان فـ [قد قيل] [٤] إنه [يجوز التقاط كلب الصيد، ويلزم تعريفه سنة ثم ينتفع به إذا شاء، ويضمن قيمته] [٥] ولكنَّ المتَّجه عدم جواز التقاطه في الفلاة فضلاً عن العمران].
اللهم! إلا أن يفرض تحقُّق تلفه أو خوفه زائداً على الاحتمال الحاصل في الضائع من حيث كونه كذلك، فيجوز حينئذٍ التقاطه [٦]. بل يتَّجه جريان حكم الشاة فيها كما عرفت الكلام فيه مفصلاً، والله العالم.

- [١] لأنَّ يده عادية .
- فما في التحرير والمسالك والروضة ومحكي المذهب والمقتصر من كونها أمانة^(١) في غير محله .
- [٢] لما عرفت .
- [٣] قد استظهر بعض الناس الثاني^(٢) .
- [٤] [كما هو] ظاهر المبسوط .
- [٥] قال فيه : « إذا وجد رجل كلباً فإنه يعرفه سنة فإن لم يجيء صاحبه بعد السنة فله أن يصطاد به ، فإن تلف في يده ضمنه : لأنَّ كلب الصيد له قيمة »^(٣) فإنَّ الإذن في الانتفاع مع ضمانه دليل على جوازه ، وإلا كان عادياً لا يجوز له التملك مع الضمان .
- كما أن قوله « لأنَّ له قيمة » يقتضي عدم الفرق بينه وبين غيره من الكلاب .
- وإن كان هو متفقاً على جواز بيعه - المقتضي لكونه مالاً - بخلاف غيره ، كما تقدَّم الكلام فيه في محله .
- ومن هنا قال الفاضل في قواعده : « يجوز التقاط الكلاب المملوكة ويلزم تعريفها سنة ثم ينتفع به إن شاء ويضمن القيمة السوقية »^(٤) .
- نعم قد يناقش فيه بأنَّ المتَّجه عدم جواز التقاطه في الفلاة فضلاً عن العمران ، لكونه من الممتنع المستفاد من الفحوى المزبورة ، بل هو أولى من غيره بذلك .
- ولعلَّه لذا منعه في التذكرة والتحرير^(٥) .
- [٦] كما احتمله في الدروس^(٦) . للفحوى المزبورة أيضاً .

(١) التحرير ٤ : ٤٦٠ . المسالك ١٢ : ٥٠٠ . الروضة ٧ : ٨٩ . المذهب البارع ٤ : ٣٠١ . المقتصر : ٣٥٣ .

(٢) مفتاح الكرامة ٦ : ١٣٩ .

(٣) المبسوط ٣ : ٣٢٤ .

(٤) القواعد ٢ : ٢٠٦ .

(٥) منع منه في موضع وجوزه وفي آخر انظر التذكرة ١٧ : ٢١٣ ، ٢٨٤ . التحرير ٤ : ٤٥٨ ، ٤٦٠ .

(٦) الدروس ٣ : ٨٥ .

[النظر] (الثاني: في الواجد، ويصح أخذ الضالة) في مقام الجواز (لكلّ بالغ عاقل^(١)) حرّ مسلم عدل [١].
 (أما الصبي والمجنون فقطع الشيخ رحمه الله فيهما بالجواز^(٢)) أيضاً في لفظة المال الذي هو كالضالة (لأنّه) على كلّ حال (اكتساب) يصحّ وقوعه منهما.
 (و) لكن (ينتزع ذلك الولي) منهما كغيره ممّا هو في أيديهما من المال (ويتولّى) هو (التعريف عنهما سنة) [٢].
 (فإن لم يأت مالك فـ) [المختار] [٣] أنّه (إن كان الغبطة) لهما (في تملكه^(٣)) وتضمينه إياها فعل) ذلك الولي (والأبقاها أمانة) وهو يتولّى حفظها أو يدفعها إلى الحاكم [٤].

[١] إجماعاً وأضرورة.

[٢] إذ لا وجه لتأخيرها إلى البلوغ والإفاقة، - لاقتضائه ضياع المال على مالكه - بعد معلومية عدم اعتبار المباشرة منه، ولأنّه من تواجب اكتسابهما.

[٣] (ولكن في) في القواعد: «تخير مع الغبطة في إبقائها أمانة وتملكه مع التضمين»^(٤). ولم أجده لغيره. فيمكن تنزيهه على ما لا ينافي المشهور من (أنّه ذلك).

[٤] وعلى كلّ حال فلا خلاف أجده في شيء من ذلك وإن كان نسبة جواز التقاطهما إلى الأكثر في المسالك^(٥) وغيرها مشعراً به. نعم قد تشعر نسبته في المتن إلى الشيخ بذلك. فما في المفاتيح من «أنّه يشترط في الملتقط أهلية الاكتساب عند قوم، وأهلية الحفظ عند آخرين وإحداهما عند ثالث»^(٦). في غير محلّه. وكأنّه استعذب التعبير بذلك عمّا ذكره أولاً في المسالك من أنّ «مبنى الخلاف في هذه المسألة وما بعده على أصل، وهو أنّ اللقطة فيها معنى الأمانة والولاية والاكتساب، أما الأمانة والولاية ففي الابتداء؛ فإنّ سبيل الملتقط سبيل الأمناء في مدّة التعريف لا يضمن المال إلّا بتفريطه والشرع فوّض إليه حفظه، كالوليّ يحفظ مال الصبي، وأما الاكتساب ففي الانتهاء، حيث إنّ له التملك بعد التعريف. وأما المغلب منهما ففيه وجهان أحدهما: معنى الأمانة والولاية، لأنّهما ناجزان والملك منتظر، فينأى الحكم بالحاضر وينبى الآخر على الأوّل والثاني: معنى الاكتساب لأنّه مال الأمر ومقصوده، فالنظر إليه أولى، ولأنّ الملتقط مستقلّ بالانقطاع، وأحاديث الناس لا يستقلّون بالأمانات إلّا باتّصاف المالك ويستقلّون بالاكتساب، فإذا اجتمع في الشخص أربع صفات: الإسلام والحريّة والتكليف والعدالة فله أن يلتقط ويتمكّل إجماعاً، لأنّه أهل الأمانة والولاية والاكتساب، وإن تخلف بعضها بنى على اعتبار ماذا؟ وجاء فيه الوجهان... إلى آخره»^(٧).

لكن لا يخفى عليك أنّه على طوله لا حاصل له؛ ضرورة اعترافه هنا وفي الكافر بعدم نقل خلاف فيه في الجواز وأولى منه عدم اعتبار العدالة، وكذا في العبد الذي لم يحك فيه الخلاف إلّا عن أبي عليّ لخبر أبي خديجة^(٨) كما ستعرفه، فما أدري موقع هذه

(١) في الشرائع: «لكلّ عاقل بالغ».

(٢) المبسوط ٣: ٣٢٤.

(٤) القواعد ٢: ٢٠٧.

(٣) في الشرائع: «في تملكه».

(٦) المفاتيح ٣: ١٨٣.

(٥) المسالك ١٢: ٥٠٢ - ٥٠٣.

(٨) نقله في المختلف ٦: ١٠٣ - ١٠٤.

(٧) المسالك ١٢: ٥٠١ - ٥٠٢.

المقدمة التي ذكرها . على أَنَّ اللقطة منها ما لا تعريف فيها بل يملكها الواجد لها ، ومنها ما فيه ذلك إلا أَنَّهُ لم يعتبر أحد فيه المباشرة . كما أَنَّهُ لا إشعار في شيء من النصوص بتوقف التملك بعد الحول على كون الملتقط أهلاً للأمانة والولاية ، بل ولا صحة الالتقاط ، خصوصاً بعد ملاحظة طرؤ الجنون مثلاً على الملتقط . وكأنَّ هذا هو السَّرُّ في الاتفاق ظاهراً على جواز التقاطها وإن كان ظاهر نصوص اللقطة في الملتقط القابل للتصدق والتعريف والحفظ إلا أَنَّهُ ليس ظهور اشتراط في صحة الالتقاط على وجه يتوقف جريان أحكامه على كونه كذلك ابتداءً أو واستدامة . بل في لقطة الخبرة ونحوها الذي وجد المال أحقُّ به ، ولا ريب في اندراجهما فيه ، ولا قائل بالفصل ، بل ولا وجه له ؛ ضرورة عدم الفرق بعد صلاحيتهما للالتقاط وعدم اعتبار المباشرة في الأمانة والتعريف . كلُّ ذلك مضافاً إلى عدم الاكتساب في الالتقاط قابلاً له ؛ ضرورة عدم كونه كالاختطاب والاحتشاش ونحوهما ممَّا هو سبب للحياة الموجبة للملك من كلِّ من حصلت منه ، بخلاف الالتقاط الموقوف تكسبه على ثبوت التملك بالقيمة ، شبه القرض الذي لا يحصل فيها . ولا عموم في الالتقاط على وجه يشملهما إلا ما ذكرناه في قسم مخصوص بل ظاهر سوق نصوصه في خصوص المكلفين . وبذلك يظهر لك ما في المسالك من الاستدلال على الجواز بالعموم والتشبيه بالاختطاب^(١) ، كما أَنَّهُ ظهر لك عدم وقع لما ذكره من المقدمة التي في آخرها أيضاً ما فيه ، بل وغير ذلك . بل وعدم حاصل لما سمعته^(٢) من المفاتيح إلا عذوبة عبارة ، وإلا فلم نجد في المقام أقوالاً ثلاثة مبنية على ما ذكر .

فالتحقيق حينئذٍ الجواز ، لما عرفت مع ضمنية عدم الخلاف في المسألة ، الذي لولاه لأمكن المناقشة في صحة التقاطها ما فيه التعريف ونحوه ممَّا لا ينكر ظهور النصوص في كونه مكلفاً ، ولا أقلَّ من أن يكون ذلك هو المذكور فيها ، فيبقى غيره على أصالة المنع ، نحو ما سمعته في التقاطها الإنسان . على أَنَّهُ لا ينكر ظهور النصوص في أَنَّ خطاب التعريف على الملتقط وإن جاز له الاستنابة ، لأنَّ الملتقط شخص والمخاطب بالتعريف شخص آخر ، كما في المقام الذي ذكروا فيه : أَنَّ الخطاب به للولي ، وأنَّ ثبوت تملكهما بالقيمة في ذمتهم منه ، وأَنَّهُ المخاطب بالحفظ على وجه إن لم ينتزع المال من يدهما يكون ضامناً لأنَّهُ مفقود . إلى غير ذلك ممَّا لا ينطبق على القواعد العامة ، ولا إشعار في نصوص اللقطة به ، بل ظاهراً خلافه فليس حينئذٍ إلا ما سمعت . وكأنَّهُ إلى بعض ما ذكرنا أشار في الرياض ، فإنه بعد أن ذكر أَنَّهُ لا معنى لإرادة ما يقابل الحرمة من الجواز المعلوم أَنَّهُ من صفات المكلفين قال : « ويتعين الثاني - أي ترتب أحكام اللقطة عليه من الملك والصدقة بها بعد التعريف وغيرهما - ولا دليل عليه ، لاختصاص النصوص المثبتة لأحكام اللقطة المزبورة بالمكلف بحكم التبادر وتضمنها الأمر بالحفظ أو التصديق أو التملك ، ولا يتوجَّه إلى غيره ، فالحكم بالجواز مشكل بعد اقتضاء الأصل العدم - ثم قال - ويمكن أن يقال : إن وجه الإشكال المزبور مقتضى اعتبار الأهليتين معاً ، وليس هو لأحد قولاً فيكون للإجماع مخالفاً ، فينبغي ترجيح أحد الأقوال الثلاثة على تقدير ثبوتها ولا ريب أَنَّ المشهور منها أولى ، لما عرفت من عدم مخالف صريح فيه أو كونه نادراً ... إلى آخره »^(٣) .

وإن كان لا يخفى عليك بعض ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه أيضاً ممَّا يصلح دليلاً غير الشهرة المزبورة ، والله العالم .

(وفي) التقاط (العبد) من دون إذن مولاه (تردد) [١] (أشبهه الجواز) [٢]؛ (لأن له أهلية الحفظ) والالتزام شرعاً [٣].

[١] ينشأ من الأصل بعد ظهور مساق النصوص في غيره وخبر أبي خديجة -الذي هو هنا سالم بن مكرم كما في الفقيه^(١) وبقرينة رواية أحمد بن عائد عنه إلا أن في عدالته بحثاً- عن الصادق عليه السلام : سأله المحاربي عن المملوك يأخذ اللقطة ؟ فقال : « ما للمملوك واللقطة ؟ ! لا يملك من نفسه شيئاً فلا يتعرض لها المملوك ، ينبغي للحر أن يعرفها سنة في مجمع ، فإن جاء طالبها دفعها إليه وإلا كانت في ماله ، فإن مات كان ميراثاً لولده ولمن ورثه ، فإن لم يجر لها طالب كانت في أموالهم هي لهم ، إن جاء طالبها دفعوها إليه ... إلى آخره »^(٢).

وعدم قابلية العبد للملك الذي تضمنته النصوص والفتاوى .

ومن أنه أهل للأمانة وعدم ظهور النصوص في اعتبار الحرية وإن اشتملت على ما لا ينطبق إلا عليها من التملك ونحوه . إلا أنه يمكن تنزيهه على ما إذا كان الملتقط كذلك لا أنه معتبر في أصل الالتقاط ؛ إذ هي أحكام تعذر بعضها أو كتعذر بعض أفراد التخيير .

ولعله لذا قال المصنف : [ذلك] .

[٢] وفاقاً للمشهور ، بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه^(٣).

بل لم يحك فيه الخلاف إلا من أبي علي^(٤) كما اعترف به غير واحد ، بل لم يتردد فيه أحد قبل المصنف ، نعم تبعه عليه في الدروس^(٥).

ولا ريب في ضعفه .

[٣] بل والاكتساب وإن كان لسيده ، بل له أهلية سائر الخطابات الشرعية .

وخبر أبي خديجة^(٦) لو قلنا بصحته موهون بمصير ما عدا ابن الجنيذ إلى خلافه .

ورواية الفقيه له أعم من العمل به .

بل في كشف الرموز حكاية الجواز عنه فيه^(٧).

فلأبأس بحمله على ضرب من الكراهة التي صرح بها غير واحد ، هذا خلاصة ما ذكره في المقام .

إلا أن التأمل هنا وفيما تقدم لهم في اللقيط يقتضي جواز التقاطه مع إذن مولاه ، بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا^(٨).

(١) الفقيه ٣ : ٢٩٤ ، ح ٤٠٥٤ . الوسائل ٢٥ : ٤٦٥ ، ب ٢٠ من اللقطة ، ح ١ .

(٣) التذكرة ١٧ : ١٨٢ .

(٤) نقله عنه في المختلف ٦ : ١٠٣ - ١٠٤ .

(٥) الدروس ٣ : ٩٢ .

(٦) تقدم آنفاً .

(٧) كشف الرموز ٢ : ٤١٤ .

(٨) التذكرة ١٧ : ١٨١ .

[والظاهر جواز التقاطه مع إذن مولاه].

لكن ذكر [١] أنه يكون السيد حينئذ هو الملتقط فيلزمه حكم الالتقاط. وهو كذلك لو كان إذن استنابة، أما إذا كانت رفع حجر فالمتَّجه كون العبد هو الملتقط ويلزم حينئذ بالحفظ والتعريف نحو الإذن له في قبول الوديعة [٢]. ثم إنه ذكر [٣] أن تعقب الإذن كابتدائها ولنا فيه نظر. نعم لو كان المال باقياً في يده فأذن له على الوجه الذي عرفت يجري عليه حكم الالتقاط من حين الإذن على الوجه الذي عرفت.

أما لو صرح بعدم الإذن له بعد التقاطه فالمتَّجه حينئذ دفعه إلى الحاكم بعد تعذر التعريف عليه والحفظ بتصريح السيد بعدم الإذن.

والفرض تقدّم حقّه [= السيد] على حقّ غيره، وليس التقاط العبد فاسداً حتى يكون المال في يده كما كان في الأرض، بل التقاطه صحيح ولكن تعذر عليه التعريف والحفظ، فيكون كحرّ تعذر عليه ذلك ولو الاستنابة فليس إلا الدفع إلى الحاكم.

نعم لو ناه من أول الأمر عن الالتقاط أمكن فساد التقاطه على وجه لا يكون ليده احترام، فحينئذ يكون فيها كما هو على الأرض.

مع احتمال الإثم في الالتقاط، ووجوب الدفع إلى الحاكم، وليس لأحد انتزاعه من يده. وبذلك ظهر لك أن التقاط العبد يكون على وجوه: مع الإذن سابقاً أو لاحقاً إذن استنابة أو رفع حجر ومع النهي [٤].

وسياأتي في لقطة المال ما له مزيد تحقيق لذلك إن شاء الله تعالى، كما أنه يأتي هناك بيان حكم المبتعض. أما المكاتب [٥] ف[يصح منه الالتقاط].

نعم لا فرق بين القنّ والمدبّر وأمّ الولد فيما ذكرناه من الحكم [٦]. (وهل يشترط الإسلام؟ الأشبه) [٧] أنه

[١] [ذكره] غير واحد منهم هناك [= اللقيط].

[٢] وعدم قابليته للتمكّن لا يرفع غيره من أحكام اللقطة، ولا وجه لرجوع ذلك إلى السيد بعد أن كان الملتقط غيره.

اللهم إلا أن ثبت أن كلّ ما يكون للعبد لو كان حرّاً يكون للسيد على وجه يشمل المقام، ولم يحضرنى الآن ما يقتضي ذلك.

[٣] [ذكره] أيضاً غير واحد هناك.

[٤] ولكن لم يحزروا موضع الخلاف مع أبي علي^(١) في أي حال، إلا أن الأمر سهل بعد وضوح الحال.

[٥] [إذ] الظاهر عدم وقع للخلاف فيه، ضرورة قابليته للائتمان والتمكّن وإن كان يأتي أيضاً تحقيق ما لو عاد إلى الرقّ في الأثناء.

[٦] لكن في كشف الرموز: جواز التقاط الأخيرين [أي المدبّر وأمّ الولد] كالمكاتب بلا تردد^(٢). وهو كما ترى، والله العالم.

[٧] بأصول المذهب وقواعده.

أنه (لا) يشترط [١]. (وأولى منه بعدم الاشتراط العدالة) [٢]. نعم الظاهر عدم جوازه للمرتدّ عن فطرة [٣].
[أحكام الملتقط]:

(الثالث في الأحكام وهي مسائل):

[لو لم يجد الآخذ سلطاناً ينفق على الضالة]:

(الأولى: إذا لم يجد الآخذ سلطاناً ينفق على الضالة) من بيت المال أو يأذن له في ذلك وكان هو قد اختار حفظها للمالك ولو لعدم مشتري بالقيمة مثلاً أو غير ذلك (أنفق من نفسه) [٤]. وعلى كلّ حال فـ [٥] [للو كان كذلك] أنفق (ورجع به) [٦].

[١] وفقاً لجميع من تعرّض له من الأصحاب، بل اعترف في المسالك بأنّه لم ينقل فيه خلاف^(١). ولعلّه لاندراجة في نصوص اللقطة؛ لكونه أهلاً لجميع ما تضمنته من التعريف والإبقاء وأمانة والتملك بالقيمة وغير ذلك.

[٢] للأصل وغيره، كما تقدّم في اللقيط فضلاً عن المقام، وما تسمعه من اعتبار الائتمان على التعريف في لقطة الحرم محمول على ضرب من الندب.

[٣] لعدم قابليّته للتملك. وفي جامع المقاصد: «لو التقط بني على أنّه لو حاز المباحات هل تنتقل إلى ورثته أم لا؟ فيجوز انتزاعها من يده لكل أحد، فمهما حكم به هناك يأتي مثله هنا»^(٢). قلت: قد تقدّم في محلّه أو لويّة عدم قابليّته لابتداء التملك من الاستدامة، والله العالم.

[٤] بلا خلاف أجدّه فيه، بل قال بعضهم: «إنّه طفحت عباراتهم من دون تأمل ولا خلاف»^(٣). بل في جامع المقاصد «لا ريب فيه لوجوب الحفظ، ولا يتم إلّا به»^(٤)، بل قيل أيضاً: «إنّه طفحت عباراتهم بأنّ السلطان إذا وجد رفع أمره إليه وأنفق عليه من بيت المال، وصرّح به في المقنعة والنهاية والسرائر والنافع والتحرير واللمعة والمهذّب والمقتصر والمسالك والروضة»^(٥). قلت: قد تقدّم في اللقيط ما يعلم منه النظر في المقام الذي لم يذكروا فيه الاستعانة بالمسلمين مع فقد الحاكم المنفق التي ذكروها هناك. كما أنّه لم يذكروا فيها استئذان عدول المؤمنين مع فقد الحاكم، بل لم يحزروا أنّ الواجب على الحاكم أو المسلمين التبرّع بذلك أو الإنفاق ولو مع تيّبة الرجوع. وقد عرفت عدم الدليل على الأوّل، بل ظاهر الأدلّة خلافه، والثاني لا يقتضي وجوب رفع أمره إلى الحاكم بعد أن كان هو أميناً على الحفظ الذي لا يتم إلّا بذلك كالودعي. ولعلّ خلوّ نصوص^(٦) الرجوع بالنفقة في ملتقط الطفل عليه من الحاكم وغيره شاهد على ما ذكرناه؛ إذ الظاهر عدم الفرق بين نفقة الضالة واللقيط بعد أن كان كلّ منهما نفساً محترمة والملتقط مكلف بحفظها معاً. وفي صحيح أبي ولاد: جعلت فداك قد علفته بدراهم فلي عليه علفه؟ فقال عليه السلام: «لا، لأنك غاصب»^(٧) ومقتضاه رجوع غير الغاصب بما ينفق.

[٥] [كما] في المتن وغيره.

[٦] بل هو المشهور.

(١) المسالك ١٢: ٥٠٤. (٢) جامع المقاصد ٦: ١٣٥.

(٣) (٥) مفتاح الكرامة ٦: ١٤٠. (٤) جامع المقاصد ٦: ١٤٥.

(٦) انظر الوسائل ٢٥: ٤٦٧، ب ٢٢ من اللقطة. (٧) الوسائل ١٩: ١٢٠، ب ١٧ من الاجارة، ح ١.

لكن مع نيّة الرجوع أو مع عدم قصد التبرّع به [١].

[حكم الانتفاع ما لو كان للقطعة نفع]:

(و) كيف كان فقد (قيل) [٢]: (لا يرجع لأنّ عليه الحفظ، وهو لا يتمّ إلّا بالإنفاق) [٣] [وفيه إشكال] (و)

من هنا كان (الوجه الرجوع دفعاً لتوجّه الضرر بالاتنقاط) [٤].

المسألة (الثانية: إذا كان للقطعة نفع كالظهر واللبن والخدمة قال) الشيخ (في النهاية: كان ذلك بإزاء ما

أنفق^(١)) [٥]. [وفيه إشكال].

[١] كما حقّقنا ذلك في اللقيط. لكن عن الفخر هنا أنّه متى أوجب الشارع النفقة أو أمره المالك أو الحاكم فشرط رجوعه عدم قصد التبرّع، ويكفي فيه البناء على الأصل وإن لم توجد هذه الثلاثة ولا واحد منها وجازت النفقة شرعاً ولم تكن من إذن المالك أو الحاكم فلا بدّ فيه من قصد نيّة الرجوع، وإلّا فلا رجوع له^(٢). وفيه: ما لا يخفى بعد الإحاطة بما قدّمناه سابقاً.

[٢] والقائل ابن إدريس.

[٣] ولفظه المحكي عنه: «الذي ينبغي تحصيله في ذلك أنّه إن كان انتفع بذلك قبل التعريف والحوّل وجب عليه أجره ذلك، وإن كان انتفع بلبنه وجب عليه ردّ مثله، والذي أنفق عليه يذهب ضياعاً، لأنّه بغير إذن من صاحبه، والأصل براءة الدّمة، وإذا كان بعد التعريف والحوّل لا يجب عليه شيء لأنّه ماله»^(٣). ولم أجد من وافقه على ذلك. بل فيه ما لا يخفى من محالّ النظر، خصوصاً الحكم بكونه ماله بعد التعريف والحوّل، مع أنّ المعلوم عدم دخوله في ملكه قهراً، بل إن شاء تملكه بقيمته فعل، فيأتي البحث حينئذٍ مع عدم الاختيار. بل وكذا قوله: «يذهب ضياعاً... إلى آخره»؛ ضرورة منافاته لقاعدة الضرر والضرار وقاعدة الإحسان.

[٤] المقتضي للتقاعد عن الالتقاط المضّر باللقطة ومالكها، والوجوب مسلّم لكنّه مجاناً ممنوع. بل لعلّ الإذن المستفادة من أمر المالك الحقيقي بالحفظ أولى منها في الوديعة ونحوها ممّا صرّحوا بوجوب الرجوع مع تبّته أو مع عدم نيّة التبرّع. كلّ ذلك مضافاً إلى النصوص المتقدمة^(٤) في اللقيط التي منها يستفاد الحكم في المقام فلاحظ وتأمل، والله العالم.

[٥] ولعلّه لخبر السكوني المتقدّم في كتاب الرهن في العين المرهونة عن الصادق عليه السلام «إنّ الظهر يركب، والدّر يشرب، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة إذا كان مرهوناً»^(٥). وصحيح أبي ولاد عنه عليه السلام أيضاً «وإن كان الذي يعلقها فله أن يركبها»^(٦). وصحيح ابن محبوب المتقدّم سابقاً في اللقيطة «ولكن استخدمها بما أنفقت عليها»^(٧). إلّا أنّ الأوّل في المرهون الذي هو غير مانحن فيه، ولا دلالة فيه على المعاوضة التي ذكرها الشيخ - كالصحيحين - على وجه ترفع به اليد عن القواعد المعلومة المقرّرة المستفادة من العقل والكتاب والسنة والإجماع.

(١) (٤) النهاية: ٣٢٤. تقدّمت في ص ٣٩٣.

(٢) (٣) حكا، في مفتاح الكرامة ٦: ١٤٠. انظر الإيضاح ٢: ١٥٠. السرائر ٢: ١١٠.

(٥) الوسائل ١٨: ٣٩٨، ١٢ من الرهن، ح ٢. (٦) الوسائل ١٨: ٣٩٧، ١٢ من الرهن، ح ١.

(٧) التهذيب ٧: ٧٨، ح ٣٣٥. الوسائل ٢٥: ٤٦٧، ٢٢ من اللقطة، ح ٤ وذيله.

(و) من هنا (قيل: ينظر في النفقة وقيمة المنفعة ويتقاصان) فلا يظلم أحدهما الآخر. (و) لا ريب في أنه (هو أشبهه) [١]. بل [يجوز الانتفاع لأجل الإنفاق سواء قاص أو جعله عوضاً] [٢].

[حكم ضمان الضالة بعد الحول]:

المسألة (الثالثة: لا تضمن الضالة بعد الحول) على وجه تكون ملكاً له بقيمتها (إلا مع قصد التملك) بالقيمة، (و) حينئذٍ (ولو قصد حفظها) لا تملكها (لم يضمن إلا مع التفريط أو التعدي) [٣]. نعم (لو قصد التملك) بالقيمة (ثم نوى الاحتفاظ لم يزل الضمان) [٤] فهي حينئذٍ باقية على ملكه وعليه قيمتها [٥].

(و) لكن (لو قصد الحفاظ ثم نوى التملك لزم الضمان) الذي هو بمعنى كون قيمتها في ذمته وضرورة العين ملكاً له [٦]. [وله ثبوت التملك في أثناء الحول وإن وجب عليه التعريف لغرامة القيمة لو كان قد أتلف العين].

[١] بأصول المذهب وقواعده ولذلك كان هو خيرة جميع من تأخر عن المصنف. نعم فيه أن المقاصة مشروطة بشروط ذكرناها مفضلة في كتاب القضاء. ولكن لم نر أحداً اعتبر شيئاً منها هنا.

[٢] [كما] في الروضة: «ظاهر النص والفتوى جواز الانتفاع لأجل الإنفاق سواء قاص أم جعله عوضاً»^(١). بل في الروضة نفى الخلاف عنه^(٢). وهو كذلك، ولعلّه لظاهر النصوص المزبورة، والله العالم.

[٣] بلا خلاف ولا إشكال؛ لأنّها حينئذٍ أمانة (و) حكمها كذلك.

[٤] للأصل.

[٥] للاقتصار على فسخ ذلك بمجيء المالك وطلبه لها.

[٦] لإطلاق ما دلّ على جواز ذلك، وليس اختياره. إذا - الحفظ أولاً مقتضياً لعدم جواز التملك له، كما هو واضح. وهذا في التذكرة «لو قصد الملك ضمن فإن نوى الحفظ بعد ذلك لم يبرأ من الضمان، لأنه قد تعلّق الضمان بذمته، كما لو تعدّى في الوديعة، ولو قصد الحفظ ثم نوى التملك لزمه الضمان من حين ثبوت التملك»^(٣). وكأنّ ما في المسالك هنا مأخوذ منه، قال: «حيث جاز الالتقاط فالعين في يد الملتقط أمانة مع قصد التعريف، فلو قصد التملك بدونه ضمن لعدوانه كما لو نواه بالوديعة، وكذلك لو نوى التملك بعد التعريف المعين»^(٤)، لانقالتها إلى ملكه حينئذٍ على وجه الضمان بناءً عليه، ولا يزول الضمان مع التملك بثبوت عدمه، سواء كان قبل تمام التعريف أم بعده، أمّا الأول: فلا نية العدوان لا تزول إلا بربده إلى مالكه، كما لو تعدّى بالوديعة ثم نوى الحفظ، وأمّا الثاني: فلا نية ملكه لا يزول عن العين بذلك، فيستمرّ ضمان العوض»^(٥). قلت: بعد تسليم كون نية التملك في غير محلّها توجب الضمان - باعتبار كونها خيانة مقتضية لانقطاع الإذن الشرعية على نحو اقتضاها انقطاع الإذن المالكية في الوديعة - لا يتم فيما نحن فيه بناءً على ما ذكرناه من عدم ضالّة عدوانه لا يجوز تملكها إلا بعد الحول حتى الكلاب الأربعة، فلا يتصور فيه حينئذٍ ضمان الخيانة؛ ضرورة أنّ له نية التملك في أثناء الحول وإن وجب عليه التعريف لغرامة القيمة لو كان قد أتلف العين. نعم يتصور ذلك فيما لا يجوز تملكه إلا بعد الحول فلو قصده قبله كان خيانة على نحو الوديعة. ولعلّها بنينا ذلك على القول به أو في خصوص الكلاب عند القاتل، والله العالم.

[حكم ما لو وجد مملوكاً بالغاً أو مراهقاً]:

المسألة (الرابعة: قال الشيخ) [١]: (إذا وجد مملوكاً بالغاً أو مراهقاً لم يؤخذ وكان كالفالة الممتعة)

المحفوظة لصاحبها التي قد عرفت عدم جواز التقاطها [٢].

(و) من هنا (لو كان صغيراً) لا يمنع الآفات عن نفسه (جاز أخذه)، كما يجوز أخذ الصغير الممتنع (و) في المتن (هذا حسن، لأنه مال معرض للتلف) لكن [الظاهر جواز التقاط المملوك ذكراً أو أنثى صغيراً أو كبيراً] [٣]. نعم لو فرض كون العبد مثلاً عاقلاً بتكليفه عاملاً به مسارع في إيصال نفسه إلى سيده قد يشكل التقاطه [٤]. أما إذا لم يكن كذلك فلا مانع من ملاحظة جهة المالية فيه، فيلتقط وإن كان لا يتملك كتمليك اللقطة بل يجب حفظه وتعريفه أو إيصاله إلى الحاكم. لكن كل ذلك بعد تحقق وصف الضياع فيه على وجه يدخل في موضوع اللقطة [٥].

[لو وجد عبده أو دابته في غير مصره]:

المسألة (الخامسة: من وجد عبده) أو دابته مثلاً (في غير مصره) في يد آخر ملتقط أو غيره (فأحضر) فيه

[١] [قاله] في المحكي من مبسوطه^(١).

[٢] فمن فحوى دليلها يستفاد عدم، بل لعله أولى.

[٣] [كما] قد سلف له سابقاً إطلاق جواز التقاط المملوك ذكراً أو أنثى صغيراً أو كبيراً.

وفي المسالك: «تفصيل الشيخ بالفرق بين الكبير والصغير إنما يحسن إذا لم يخف على الكبير الذهب على مالكه بالإباق وإلا أتجه جواز أخذه إن لم توجه لأنه وإن كان منحفظاً بنفسه لكنه غير منحفظ على مالكه فكان كالمال الضائع الذي يخاف تلفه في نفسه. وأما الصغير فإن كان غير مستقل بدفع المؤذيات عن نفسه فلا إشكال في جواز التقاطه، بل وجوبه، وإن كان مميزاً يقدر على الدفع عن نفسه فالأظهر إلحاقه بالكبير، وقد أطلق المصنف كالشيخ جواز أخذه من غير أن يتعرض لجواز تملكه وعدمه، وفيما سبق صرح بعدم تملكه وقد تقدم البحث في ذلك»^(٢).

قلت: قد ذكرنا الكلام في ذلك. لكن نقول هنا: إن العمدية في عدم جواز التقاط الكبير الفحوى المزبورة التي لها قد ألحقوا بالبعير غيره كما عرفته مفضلاً إلا أنه - عدم تماميته في الكبير الذي لا يدفع الآفات عن نفسه لجنون أو خبل أو نحوهما كما أومأنا إليه سابقاً - قد يفرق بينهما: بالاختيار الذي يخشى من سوته إتلاف نفسه على سيده بخلاف البعير ونحوه.

[٤] لما هو أولى من الفحوى المزبورة.

[٥] وربما كان في الصحيح المزبور^(٣) شهادة على ما ذكرناه.

بل منه يمكن أن يخرج عن مقتضى الفحوى المزبورة حتى في العاقل المزبور، فلاحظ وتأمل جيداً، والله العالم.

(١) المبسوط ٣: ٣٢٨.

(٢) المسالك ١٢: ٥٠٦ - ٥٠٧.

(٣) تقدم في ٤٦٥.

(من شهد على شهوده بصفته) فإن فرض إمكان انطباقها على وجه يقتضي التشخيص دفع إليه وإلا (لم يدفع إليه، لاحتمال التساوي في الأوصاف و) حينئذٍ (يكلف إحضار الشهود) إن أراد أخذه (ليشهدوا بالعين) كي يستحق انتزاعها. (ولو تعدّر إحضارهم لم يجب) على من في يده (حمل العبد إلى بلدهم) خصوصاً إذا كان على ظاهر الملكية له (ولا يبيع على من يحمله) إليها [١].

(و) لكن (لو رأى الحاكم ذلك صلاحاً) في مثل العبد الملتقط ونحوه إذا رجع أمره إليه (جاز) حينئذٍ [٢]. (و) كيف كان فد- (لو تلف قبل الوصول أو بعده ولم تثبت دعواه ضمن المدعي قيمة العبد وأجرته) إذا كان قد قبضه على وجه يكون مضموناً عليه كذلك، وإلا فلا وجه للضمان [٣].

[١] لعدم ثبوت حق عليه.

[٢] وفي المسالك التعبير عن المعنى المزبور: «ولا يجب حمل العبد إلى بلد الشهود على وصفه ليشهدوا على عينه؛ لأن الحق لم يثبت بعد على المشتبه، فلا يكلف نقل ماله بغير إذنه، ولا على بيعه على المدعي أو غيره ليحمله إلى الشهود، لتوقف البيع على رضا البائع إلا ما استثنى. إلا أن يرى الحاكم صلاحاً في أحد الأمرين، ويرى جوازه كذلك، فله حينئذٍ أن يأمر به، وخالف في ذلك بعض الشافعية، فجوز للحاكم بيعه من المدعي، ويقبض الثمن ويضعه عند ثقة أو يكفله، فإن حكم للمدعي به بطل ورد الثمن إليه، وإلا فالبيع صحيح»^(١).

قلت: لا سبيل للحاكم في التكليف فيهما مع فرض كون العبد على ظاهر ملكية المشتبه. وما حكاه عن بعض الشافعية إن كان المراد منه فعل الحاكم ذلك قهراً على المالك فهو من الغرائب. وأغرب منه لو كان مراده ذلك في صورة الصلاح؛ ضرورة اعتبار مراعاة القوانين الشرعية فيما للحاكم فعله.

[٣] كما هو مقتضى إطلاق المصنف بل والمسالك. قال: «وحيث يرى الحاكم صلاحاً في جملة فهو مضمون على المدعي، فإن تلف قبل الوصول وبين يدي الحاكم ولم تثبت دعواه لزمه القيمة والأجرة، وحينئذٍ فللمشتبه الامتناع إلا بكفيل على العين أو القيمة والأجرة»^(٢).

قلت: وفيه أيضاً: أن الامتناع المزبور مشروط بما إذا لم يكن من رأي الحاكم عدم ذلك. اللهم إلا أن يقال: إن وجه الضمان بعد إرادة الحمل بيد المدعي عموم «على اليه»^(٣) نحو ضمان المقبوض بالسوم، فتأمل جيداً. وعلى كل حال فالذي تقتضيه القواعد العامة بما ذكرناه، دون ما قيل من «احتمال جواز الحكم بالصفات وإن لم يشخص، لدعاء الضرورة إلى ذلك أو احتمال ذكر القيمة دون الصفات أو احتمال سماع البينة ولا يحكم عاجلاً بل ينتظر اتفاق اجتماع الشهود على عينه. وفائدته نفوذ الحكم معجلاً موقفاً تمامه على شهادة الشهود بالعين، بخلاف الأول الذي يتوقف الحكم على شهود العين. وتظهر الفائدة فيما لو تعدّر الحكم بموت أو غيره قبل وقوف شهود العين عليه، فإنه لا يقدر في الحكم على الأخير ولا أثر له على الأول»^(٤) إلا أن الجميع - كما ترى - لا يستأهل ردّاً، كما هو واضح، والله العالم.

[الكلام في اللقطة]:

(القسم الثالث: في اللقطة) بالمعنى الأخصّ التي هي قسم منها بالمعنى الأعمّ، (وهو يعتمد على بيان أمور

ثلاثة):

[ماهية اللقطة]:

(الأوّل: اللقطة) لغة وعرفاً (كلّ مال) غير الحيوان الذي هو القسم الثاني (ضائع أخذ ولا يد عليه) ولو يد ملتقط سابق [١]. وحينئذٍ فالفرق بين موضوعي مجهول المالك واللقطة هو اعتبار صدق اسم الضياع من المالك في الثاني دون الأوّل، بل الأصل عدم ترتّب أحكام اللقطة مع عدم تحقّق اسم الضياع [٢]. نعم الظاهر كفاية شاهد الحال فيها، فمتى لم يكن لم يحكم بأنّه لقطة [٣]. بل الظاهر عدم جواز أخذ المال المزبور مع عدم مظنة تلفه [٤]. فإذا قبضه كان له ضامناً. وكذا لا يدخل فيها كلّ مال وقع في اليد لشخص مثلاً ثمّ ضاع ماله على وجه لا يعرفه [٥].

[١] فإنّه وإن صدق عليه أنّه مال ضائع إلّا أنّه سقت عليه يد الالتقاط. وبذلك يظهر لك وجه الحاجة إلى القيد الثاني [أي لا يد لأحد عليه] الذي هو لا يعني عن الأوّل [أي الضياع]؛ ضرورة صدقه بدونه على مجهول المالك الذي لا يد عليه، ولكنّه غير ضائع من ماله.

[٢] ولذا قال في جامع المقاصد: لا بدّ منه [= صدق الضياع] فيها^(١)، فليس منها حينئذٍ ما يؤخذ من يد السارق والغاصب ونحوهما، لعدم صدق اسم الضياع من المالك. كما ستسمع تحقيق الحال فيه عند تعرّض المصنّف له.

[٣] ولعلّه لذا أمر بالصدقة بمثله في موثّق إسحاق بن عمّار سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيه نحو سبعين درهماً مدفونة، فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع؟ قال: «سألت عنها أهل المنزل لعلمهم يعرفونها، قلت: فإن لم يعرفوها قال: يتصدّق بها»^(٢). وأما دعوى أصالة الحكم باللقطة في كلّ مال لا يد عليه وإن لم يعلم تحقّق وصف الضياع فيه ولو بشاهد الحال، فلا أجد لها شاهداً بل لعلّ ظاهر الأدلّة خلافها؛ ضرورة كون العنوان فيها «اللقطة» وهي عرفاً ولغة المال الضائع لا مطلق ما لا يد عليه من المال وإن لم يعلم كونه ضائعاً.

[٤] لأصالة حرمة الاستيلاء على مال الغير بعد عدم اندراجها في عنوان المأذون شرعاً في تناوله.

[٥] ولعلّ من ذلك ما في خبر العبيدي عن يونس: سألت عبداً صالحاً عليه السلام فقلت: جعلت فداك كنا مرافقين لقوم بمكة وارتحلنا عنهم، وحملنا بعض متاعهم بغير علم، وقد ذهب القوم ولا نعرفهم ولا نعرف أوطانهم، وقد بقي المتاع عندنا فما نضع به؟ قال: فقال: «تحملونه حتى تلحقوهم بالكوفة قال يونس: فقلت له: لست أعرفهم ولا تدري كيف نسأل عنهم؟ قال: فقال: به وأعط ثمنه أصحابك، قال: فقلت جعلت فداك أهل الولاية، قال: نعم»^(٣). إلى غير ذلك من النصوص المتضمنة حكم ما لا يدخل تحت اسم اللقطة من المفقود والمجهول الذين يلحق بهما ما يتعدّر وصوله إلى مالكه وقد عقد لبعضها في الوافي باباً متصلاً باب اللقطة عنوانه «باب المال المفقود صاحبه»^(٤).

(٢) الوسائل ٢٥: ٤٤٨، ب ٥ من اللقطة، ح ٣.

(٤) الوافي ١٧: ٣٥٩.

(١) جامع المقاصد ٦: ١٤٦.

(٣) الكافي ٥: ٣٠٩، ح ٢٢.

والبحث هنا فيما كان مندرجاً تحت اسم اللقطة التي قد عرفت لها لغةً وعرفاً وأنه ممّا يعتبر فيها الالتقاط والأخذ، فلو رآها وأخبر غيره بها فالتقطها كان حكمها على الأخذ دون من رأى وإن تسبّب منه [١].

بل لو قال له: «ناولنيها» فنوى المأمور الأخذ لنفسه كان هو الملتقط دونه أيضاً.

بل قد يشكل جريان الحكم على الأمر لو لم ينو وناولها إياه بناءً على عدم ثبوت مشروعية التوكيل في نحو ذلك، فيجري الحكم حينئذٍ على الأخذ دون الأمر وإن نوى أنه له [٢].

[ولو نحى المال الضائع من جانب إلى آخر كان ملتقطاً قطعاً].

نعم لو رأى شيئاً مطروحاً على الأرض فدفعه برجله ليتعرّفه لم يكن ملتقطاً على الظاهر بل ولا ضامناً [٣].

[١] ضرورة صدقه عليه - كالاتطاب والاصطياد - دونه بلا خلاف ولا إشكال.

[٢] ولعلّه لذا قال في القواعد: «ولو قال: ناولنيها، فإن نوى الأخذ لنفسه فهي له وإلا فلا»، على إشكال^(١).

إذ ليس هو إلا من حيث صدق الالتقاط على الأخذ وإن نواه لغيره، فإنّ ذلك لا يخرج عن كونه أخذاً وملتقطاً، إلا إذا ثبت مشروعية التوكيل فيه كي يكون فعله شرعاً، فيكون الأخذ هو الأمر مع نية أنه له، وقد سلف لنا في كتاب الوكالة ما يعلم منه تحقيق الحال.

كما أنه قد ذكرنا في كتاب إحياء الموات أنّ حيازة المباحات توجب الملك بمجرد تحقّق مسماها وإن لم يقصده، بل وإن قصد عدمه. ولا يرد عدم تملك الصائد الدرة في جوف السمكة مع الجهل بها في النصوص^(٢) الكثيرة لإمكان منع صدق الحيازة فيه لأنّ المحوز السمكة دون ما في بطنها الذي استيلاؤه عليه شبه استيلاء النائم ونحوه على الشيء فإذا الحيازة لابدّ من قصدها، وهي غير قصد التملك.

نعم في جامع المقاصد: «لا بدّ من أن لا يقصد الأخذ عدم التملك، فلو حوّل شجراً أو حجراً مباحاً في الطريق من جانب إلى آخر قاصداً بذلك تخلية الطريق ونحو ذلك فدخوله في ملكه بمجرد هذا مستبعد جداً ومثله ما لو نحى المال الضائع من جانب إلى آخر، فإنّه ينبغي أن لا يكون ملتقطاً وإن ضمن مال الغير - لإثبات اليد - عليه على إشكال في هذا»^(٣).

قلت: بل ينبغي القطع بعدمه، للصدق لغةً وشرعاً وعرفاً.

بل لعلّ قوله ^(٤) «لا تمسّها» مشعر بذلك أيضاً، بل هو كذلك حتى لو وافقناه على ما ذكره في تحويل الشجر والحجر وإن كان التحقيق خلافه.

[٣] لعدم صدق «على اليد» فيه، لا أقلّ من الشكّ، والأصل البراءة. وما في بعض النصوص^(٥) من النهي عن المسّ باليد والرجل محمول على إرادة بيان شدّة النهي عنها، لا أنّه بالمسّ بالرجل يكون ملتقطاً.

(١) القواعد ٢: ٢٠٨.

(٢) انظر الوسائل ٢٥: ٤٥٣، ب ١٠ من اللقطة.

(٣) جامع المقاصد ٦: ١٤٩ - ١٥٠.

(٤) الوسائل ٢٥: ٤٣٩، ب ١ من اللقطة، ح ١، وفيه: «لا تمسّها».

(٥) الوسائل ٢٥: ٤٣٩، ب ١ من اللقطة، ح ٣.

نعم لو تحقّق الأخذ بذلك تعلّق به حكم الالتقاط ، ولا يسقط عنه بطرحه [١] .

هذا ، وقد يشكّ أيضاً في جريان حكم اللفظة على ما يوجد من الثياب المشتبّهة والنعال كذلك في حَمَام أو مسجد أو غيرهما إذا لم يكن قرينة على الضياع فضلاً عما لو كانت بعكسه كأخذ الجيّد وترك الرديء [٢] .

[١] وقول الصادق عليه السلام في خبر أبي خديجة : « كان الناس في الزمن الأوّل إذا وجدوا فأخذوه احتبس ، فلم يستطع أن يخطو حتى يرمي به ، فيجيء صاحبه من بعده فيأخذه ، والناس قد اجترأوا على ما هو أكبر من ذلك وسيعود كما كان » ^(١) محمول على إرادة رمية وانتظاره حتى يجيء صاحبه أو على نحو ذلك ممّا لا ينافي ما ذكرنا .

[٢] لكن في القواعد : « ولو وجد عوض ثيابه أو مداسه لم يكن له أخذه ، فإن أخذه عرّفه سنة إن شاء ، إلّا أن يعلم بشاهد الحال أنّه تركه عوضاً فيجوز أخذه من دون تعريف » ^(٢) .
ونحوه في التحرير وإن ذكر الأخير احتمالاً ^(٣) .

وفي الدروس : « ولو وجد عوض ثيابه أو مداسه فليس له أخذه إلّا مع القرينة الدالة على أنّ صاحبه هو آخذ ثيابه بكونها أدون وانحصار المشتبهين ، ومع عدم القرينة فهي لفظة » ^(٤) .

والأصل في ذلك كلّ ما في التذكرة : « لو أخذت ثيابه في الحَمَام ووجد بدلها أو أخذ مداسه وترك بدله لم يملكه بذلك ، ولا بأس باستعماله إن علم أنّ صاحبه تركه عوضاً ، ويعرّفه سنة » أي إذا لم يعلم أنّ صاحبه تركه عوضاً - إلى أن قال - : « إلّا أن يعلم أنّ السارق قصد المعاوضة بأن يكون الذي تركه أردأ من الذي سرقه ، وكان لا يشبّه على الآخذ بالذي له ، فلا يحتاج إلى التعريف ، لأنّ مالكها تركها قصداً والتعريف إنّما جعل للضائع عن صاحبه ليعلم به ويأخذه ، وتارك هذا عالم به وراضٍ ببده عوضاً عما أخذه فصار كالمنحرف له أخذه بلسانه . وهو أحد وجهي ^(٥) الحنابلة ولهم آخران ، أحدهما الصدقة ، والثاني الدفع إلى الحاكم ليبيعها ويدفع ثمنها إليه عوضاً عن ماله .

وما قلنا أولى ، لأنّه أرفق بالناس لأنّ فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه ، لحصول عوضها له ، وللسارق بالتخفيف عنه من الإنثم وحفظ هذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أبيض لمن له على إنسان حقّ من دين أو غصب أو غير ذلك أن يأخذ من مال من عليه الحقّ بقدر ما عليه إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك » ^(٦) .

بل في جامع المقاصد القطع بذلك ، قال في شرح المستثنى منه من عبارة القواعد : « لو كان في الحَمَام أو المسجد أو نحوهما فلم يجد ثيابه أو مداسه أو فراشه ولكن وجد مثل المفقود لم يكن له تملّكه عوضاً عما ذهب له ، لأنّه مال الغير ، فلا يحلّ من دون طيب نفسه ، وقول المصنّف عليه السلام : « ولو وجد عوض ثيابه ... إلى آخره » لا يريد به

(١) الوسائل ٢٥ : ٤٤٠ ، ب ١ من اللفظة ، ح ٦ .

(٢) القواعد ٢ : ٢١٣ .

(٣) التحرير ٤ : ٤٧٥ .

(٤) الدروس ٣ : ٩١ .

(٥) في المصدر : « وجوه » .

(٦) التذكرة ١٧ : ٢٧٨ - ٢٧٩ .

على قصد العوض أما أخذه لقطة فجائز قطعاً، فإن أخذه لم يكن إلا لقطة فيجب تعريفه سنة إن كان درهماً فصاعداً فإذا عرفه تملكه إن شاء، فإن جاء المالك قاصه بماله وتراذاً الفضل إن أوجبنا العوض ورضي الملتقط بجعل ماله عوضاً، وإلا تراذاً وكان للملتقط المطالبة بالأجرة والنقص دون الآخر»^(١).

ثم قال في شرح المستثنى بعد أن حكى عن التذكرة ما يناسبه: «ولقائل أن يقول: إن تم ما ذكره من الدلالة على المعاوضة لم يكن للمأخوذ ماله التصرف في هذه الحالة إلا إذا رضي بتلك المعاوضة، ومن الممكن أن لا يرضى، لأن الفرض أن ماله أوجد، فكيف يستقيم إطلاق جواز التصرف على ذلك التقدير؟! ثم إنه لا^(٢) يجوز أن يتصرف بها مطلقاً، سواء شهد الحال بأخذ الآخذ على قصد المعاوضة أو غلطاً، لأن الآخذ غاصب، فيجوز للمأخوذ ماله التصرف في مقداره للحيلولة، فإن أمكنه إثبات ذلك عند الحاكم رفع الأمر إليه لا إذن له في الأخذ على الوجه المذكور، وإلا استقل به على وجه المقاصة»^(٣).

ثم اعترض على ما ذكره أخيراً من كونه أرفق بالناس بأن «ما ذكرناه أنفع وأرفق، لأنه شامل لجميع صور الأخذ كما لا يخفى، ثم إن الأخذ على جهة المقاصة لا يتوقف على رضا من عليه الحق، فلا يشترط شهادة الحال بقصد المعاوضة كما ذكره، وما استشهد به من أخذ من له على إنسان دين أو حق إنما ينطبق على ما ذكرناه نعم إن جَوَزَ أن يكون الآخذ غير صاحب المتروك فالمتروك لقطة قطعاً، إلا أن مقتضى كلامه التعميل على القرينة الدالة على أن الآخذ هو المتروك ماله، وما أحسن عبارة الدروس بالنسبة إلى هذا!»^(٤) ثم كحاها كما سمعتها.

قلت:

لا يخفى عليك أولاً: ما في الحكم باللقطة مع عدم القرينة على تعمد الترك؛ ضرورة عدم تحقق الضياع مع فرض احتمال ذلك احتمالاً مساوياً.

وثانياً: ما في الحكم بالمقاصة معها إذا لم يحصل منها العلم باشتغال دتمته بل قد يقال باعتبار تحقق ذلك حال المقاصة، أما مع احتمال عدم العدوان ودفع ما في يده إلى الحاكم -الذي هو الولي- المقتضي للبراءة عندهم فلا يخلو من إشكال، خصوصاً مع النظر إلى مخالفتها للقواعد المقتضي للاقتصار فيها على المتيقن، فتأمل جيداً.

وثالثاً: ما في أخذ قيمة الحيلولة مع احتمال الغلط بناءً على مخالفتها للأصول، والمتيقن منها في صورة العدوان كالغصب والسرقة، ولعله لذا فرضها في ذلك في التذكرة.

ورابعاً: ما في دعوى كونه معاوضة مع التراضي.

اللهم! إلا أن يكون من الإباحة بالعوض.

إلى غير ذلك مما يظهر لك بالتأمل فيما ذكرنا، والله العالم.

(١) جامع المقاصد ٦: ١٨١، مع حذف بعض العبارة.

(٢) في المصدر: «لم لا».

(٣) جامع المقاصد ٦: ١٨٢.

(٤) جامع المقاصد ٦: ١٨٣.

وكيف كان (فما كان) قيمته (دون الدرهم) من اللقطة في غير الحرم (جاز أخذه والانتفاع به) على وجه الملك (بغير تعريف) [١].

إنما الكلام في تملكه بمجرد الالتقاط [٢].

[١] بلا خلاف أجده فيه.

بل في التذكرة: «لا يجب تعريفه، ويجوز تملكه في الحال عند علمائنا أجمع»^(١).

بل في موضع آخر منها: «لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في إباحة أخذ القليل والانتفاع به من غير تعريف»^(٢).

وفي الغنية الإجماع على جواز التصرف فيه من غير تعريف^(٣).

وفي محكي الخلاف إجماع الفرقة على أنه لا يجب تعريفه^(٤).

وفي كشف الرموز نفي الخلاف عن ذلك^(٥).

إلى غير ذلك مما يراد من التعبير بالانتفاع به وحل التصرف ونحوهما: التملك.

لكن في القواعد: «لو تملك ما دون، ثم وجد صاحبه فالأقرب وجوب دفعه إليه؛ لأصالة بقاء ملكية صاحبه عليه، وتجوز التصرف للملتقط لا ينافي وجوب ردّه»^(٦). إلا أنه قد حمل كلامه على إرادة حدوث الفسخ جمعاً بين قوله: «تملك» وقوله أخيراً ما سمعت، وحينئذٍ فلا استدلال بالأصل في غير محله.

وفي مرسل الفقيه قال الصادق عليه السلام: «أفضل ما يستعمله 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، فإن وجدت في الحرم ديناراً مطلساً فهو لك لا تعرفها، فإن وجدت طعاماً في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله، فإن جاء صاحبه فردّ عليه القيمة وإن وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لأهلها، وإن كانت خراباً فهي لمن وجدها»^(٧).

وفي مرسل محمد بن أبي حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام: سألت عن اللقطة؟ قال: «تعرف سنة قليلاً أو كثيراً، قال: فما كان دون الدرهم فلا يعرف»^(٨). مضافاً إلى ما عساه يفهم من نحوى قول الصادق عليه السلام في صحيح حريز: «لا بأس بلقطة العصا والشظاظ والوند والجلب والعقال وأشباهه، قال: وقال أبو جعفر عليه السلام: ليس لهذا طالب»^(٩).

[٢] كما هو مقتضى قوله عليه السلام: «هي لك»^(١٠) بل وجملته من الفتاوى.

بل هو المناسب لما قلناه في حيازة المباح، بناءً على أن ذلك مثله في التملك بحصول الالتقاط كالحيازة.

(١) (٢) التذكرة: ١٧ - ٢٠٨، ٢٠٩، ٢٠٧. (٣) الغنية: ٣٠٣.

(٤) الخلاف: ٣: ٥٨٢. (٥) كشف الرموز: ٢: ٤٠٩.

(٦) العبارة وردت في التذكرة: ١٧ - ٢١٠ - ٢١١، لا في القواعد.

(٧) الفقيه: ٣: ٢٩٧، ح ٤٠٦٤. الوسائل: ٢٥: ٤٤٣، ب ٢ من اللقطة، ح ٩.

(٨) الوسائل: ٢٥: ٤٤٦، ب ٤ من اللقطة، ح ١.

(٩) الوسائل: ٢٥: ٤٥٦، ب ١٢ من اللقطة، ح ١.

(١٠) انظر الوسائل: ٢٥: ٤٥٧ - ٤٥٩، ب ١٣ من اللقطة، ح ١، ٥.

أو هو متوقّف على قصد التملّك، أو على عدم قصد العدم؟ وجوه [١] [ولعلّ الأقوى اعتبار نيّة التملّك].
[ويتّجه القول بتوقّف الملك على ضمان القيمة مع نيّة التملّك].
[ولا ريب أنّه الأحوط والأولى].

[١] وفي موضع من القواعد: «الأقرب وجوب دفع العين مع وجود صاحبها، ويحتمل القيمة مطلقاً كالكثير إذا ملكه بعد التعريف، والقيمة إن نوى التملّك وإلا فالعين وهو أقرب»^(١).

وهو صريح في اعتبار نيّة التملّك، ولعلّه الأقوى؛ لأصالة عدم الملك بدونه بعد عدم الجابر للمرسل المزبور؛ إذ المتيقّن من الإجماع ما سمعته من التذكرة من أنّ له تملكه في الحال. مضافاً إلى ظهور الأدلّة في عدم الفرق بين القليل والكثير إلا بالتعريف ومن المعلوم اعتبار النيّة في الثاني.

واحتمال الفرق بينه وبين الكثير؛ باحتياجه إلى التعريف المقتضي لإحداث سبب للملك بعده - لامتناع انتقال ملك الغير إلى آخر بدونه بخلافه فإنّه لا حاجة فيه إلى التعريف - واضح الفساد؛ ضرورة كون المتّبع الدليل فيهما، والأصل عدم الملك حتى يثبت.

ومن هنا يتّجه القول: بتوقّفه على ضمان القيمة مع نيّة التملّك، كما في الكثير، ولعلّه لذلك كان خيرة الفاضل في جملة من كتبه وولده والمقداد الضمان عند مجيء المالك^(٢)؛ لأنّ تملكه على حسب تملك الكثير بالقيمة.

بل في الإيضاح والتنقيح^(٣)؛ ولقوله^(٤) : «من وجد شيئاً فهو له فليتمتّع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه ردّه إليه»^(٥)، بعد الإجماع على عدم وجوب ردّ العين فليس إلا القيمة، كما أنّه ليس المراد إلا دون الدرهم، لأنّ غيره يحتاج إلى التعريف سنة مع النيّة وهو تراخ. وإن كان لا يخلو من نظر.

خلافاً لظاهر المتن والإرشاد والتبصرة والمحكي عن الشيخين وسأدر وابن حمزة فلا يضمن^(٥).

بل في النهاية والغنية التصريح بذلك^(٦). بل في المختلف أنّه المشهور^(٧).

بل في الغنية الإجماع عليه^(٨)؛ للأصل وظاهر قوله^(٩) : «لك» في المرسل^(٩) المنجبر بالشهرة المزبورة والإجماع المحكي.

ولا ريب أنّ الأول أحوط وأولى.

(١) لم ترد في القواعد، ووردت في التذكرة ١٧: ٢١١.

(٢) التحرير ٤: ٤٦٣. القواعد ٢: ٢٠٩. الإيضاح ٢: ١٥٤ - ١٥٥. التنقيح ٤: ١١٥ - ١١٦.

(٣) الإيضاح ٢: ١٥٤ - ١٥٥. التنقيح ٤: ١١٦.

(٤) الوسائل ٢٥: ٤٤٧، ب ٤ من اللقطة، ح ٢.

(٥) الإرشاد ١: ٤٤٢. تبصرة المتعلمين: ١٠٧. المقنعة: ٦٤٧. الخلاف ٣: ٥٨٢، المبسوط ٣: ٣٢٤. المراسم: ٢٠٦. الوسيلة: ٢٧٨.

(٦) النهاية: ٣٢٠. الغنية: ٣٠٣.

(٧) المختلف ٦: ٩٢.

(٨) الغنية: ٣٠٣.

(٩) تقدّم في الصفحة المتقدّمة.

بل يتَّجه عليه وجوب ردِّ العين لو جاء الطالب كالكثر [١].
وأما الدرهم فالأقوى كونه كالزائد في وجوب التعريف [٢].

[١] وإجماع الفخر والتنقيح^(١) لم تتحقَّقه، بل لعلَّ المتحقِّق خلافه؛ لإطلاق الخبر المزبور^(٢)، هذا.
وفي الرياض بعد أن نفى الخلاف عن جواز التقاطه والانتفاع به وحكي الإجماع على ذلك عن التنقيح وأرسله عن التذكرة قال: «وهل يجب ضمانه مع ظهور المالك؟ قولان: أحوطهما ذلك، وفاقاً للقواعد والتنقيح وغيرهما؛ للأصل وعدم صراحة النصوص في التملك بناءً على عدم صراحة اللام فيه، مع أنَّ بعضها الذي هو المعتبر سنداً -دون ما تضمَّن اللام، لإرساله مع عدم جابر له فيه - لم يتضمَّن عدا نفي وجوب التعريف في هذا المقدار وهو لا يستلزم التملك، لاجتماعه مع جواز التصرف فيه... إلى آخره»^(٣). وظاهره عدم التملك وأنَّ المراد من ضمانه ردِّ عينه. ولا يخفى عليك ما فيه من عدم تحرير المسألة التي قد عرفت أنَّ حاصلها يقع في أمرين: أحدهما في وجوب ردِّ العين مع وجودها وطلبه، وثانيهما في ضمان المثل والقيمة مع التلف والحقَّ فيهما معاً ذلك إن لم يثبت إجماع الغنية^(٤) المعتضد بالشهرة المحكية. وكأنَّ الذي أوقعه في ذلك عبارة التنقيح^(٥) ونحوها، فإنَّها غير منقَّحة، هذا. وظاهر المحكي عن ابن إدريس التفصيل، فأوجب ردِّ العين مع وجودها، ونفى الضمان عنه مع تلفها^(٦). فلا تناقض في كلامه إلا مع ثبوت استلزام وجوب الردِّ الضمان مع التلف وبالعكس، وله منعه. وإن كان التحقيق خلافه بعد أن استظهرنا كونه كالكثر الذي حكمه ذلك.

[٢] وفاقاً لظاهر الصدوق والمفيد والنهاية والحلي^(٧). بل صريح الخلاف وابن زهرة^(٨) والفاضل^(٩) والشهيدين وأبي العباس والمقداد^(١٠) وغيرهم.

بل في محكي الخلاف إجماع الفرقة وأخبارهم^(١١). بل هو من معقد عموم إجماع الغنية أيضاً^(١٢). لإطلاق ما دلَّ عليه، وخصوص مفهوم الخبرين^(١٣) السابقين والصحيح عن الرجل يصبب درهماً أو ثوباً أو دابة، قال **إِبْنُ**: «يعرفه سنة»^(١٤). خلافاً للمحكي عن سَلار وابن حمزة والتقي فجعلوه كدون الدرهم^(١٥). ولم نقف لهم على دليل. وإن قال في النافع: «فيه روايتان»^(١٦) إلّا أنَّنا لم نتحقَّق الرواية الدالَّة على عدم تعريفه، ويمكن تنزيهه على إرادة روايتين دالَّتين على التعريف وإن كان هو كما ترى.

(١) الإيضاح ٢: ١٥٤. التنقيح ٤: ١١٥ - ١١٦.

(٢) تقدَّم في ص ٤٧٤.

(٣) الرياض ١٢: ٤٠٠.

(٤) التنقيح ٤: ١١٥ - ١١٦.

(٥) المتن: ٣٧٩. المنقحة: ٦٤٦ - ٦٤٧. النهاية: ٣٢٠. السرائر ٢: ١٠١ - ١٠٢.

(٦) الخلاف ٣: ٥٨٢. الغنية: ٣٠٣.

(٧) الإيضاح ٢: ١٥٤. التنقيح ٤: ١١٦.

(٨) الدرر ٣: ٨٦. الروضة ٧: ٩٦. المسالك ١٢: ٥١٧. المهذب البارع ٤: ٣٠٦ - ٣٠٧. التنقيح ٤: ١١٦.

(٩) الخلاف ٣: ٥٨٢ - ٥٨٣.

(١٠) الخلاف ٣: ٥٨٢ - ٥٨٣.

(١١) الوسائل ٢٥: ٤٦٦، ب ٢٠ من اللقطة، ح ٢، وفيه: «يعرفها».

(١٢) المراسم: ٢٠٦. الوسيلة: ٢٧٨، وحكاها عن الثالث في كشف الرموز ٢: ٤١٠ ولكنه لم يترعَّض المساوي الدرهم. انظر الكافي: ٣٥٠.

(١٣) المختصر النافع: ٢٦١.

والظاهر أنَّ المدار على حال الالتقاط فلو كان دون الدرهم حينه ثم بلغ قيمته أزيد بعد ذلك - أو بالعكس - لم يتغير الحكم [١]. هذا كله في غير الحرم .
 أمّا فيه فـ [ثقل بالحرمه] [٢].
 [وفي المتن]: (وما كان أزيد من ذلك [= الدرهم] فإن وجد في الحرم قيل) [٣]: (يحرم أخذه، وقيل: يكره^(١))، وهو أشبه [٤].

[١] لأنّه المنساق من الأدلة .

[٢] [كما أنَّ] ظاهر إطلاق جماعة الحرمه . بل في الروضة نسبة الإطلاق المزبور إلى الأكثر^(٢) .

بل في غيرها مستفيضاً حد الاستفاضة نسبته إلى الشهرة .

بل مقتضاه عدم الفرق بين ثبوت التملك وعدمها ، وثبوت الإنشاد وعدمها .

لكن في اللعنة حرمة الالتقاط بنية التملك قليلاً أو كثيراً ، وجوازه بنية الإنشاد^(٣) ، بل قيل : إنّه خيرة الخلاف^(٤) .

بل عنه وعن المبسوط إجماع الفرقه وأخبارهم^(٥) على عدم الجواز بنية التملك ، ونفي الخلاف - بل قيل : أي بين المسلمين^(٦) - عن الجواز ، للتعريف والحفظ لصاحبها . وظاهر الغنية : عدم الفرق بين لقطة الحرم وغيره إلا بعدم جواز التملك في الأوّل وعدم لزوم ضمانها إذا تصدّق بها^(٧) .

بل لعل ذلك من معقد إجماعه .

بل لعله الظاهر من المقنعة^(٨) .

بل قيل : « ونحوه في المراسم إلا أن ظاهره - كما هو المحكي عن القاضي - الانتفاع بما دون الدرهم من دون تعريف^(٩) » بل ظاهر المتن عدم الخلاف فيه .

لأنّه جعل مورد الخلاف غيره . قال بعد ما سمعت [ذلك] .

[٣] والقائل من عرفته .

[٤] بل ظاهره عدم الكراهة فيه . كما هو المحكي عن موضع من المبسوط والخلاف^(١٠) . بل وعن ظاهر لقطة

(١) النهاية : ٣٢٠ . (٢) الروضة ٧ : ٩٥ - ٩٦ .

(٣) اللعنة : ٢٢٤ - ٢٢٥ .

(٤) قاله في مفتاح الكرامة ٦ : ١٤٢ .

(٥) الخلاف ٣ : ٥٨٥ - ٥٨٦ . المبسوط ٣ : ٣٢٧ .

(٦) مفتاح الكرامة ٦ : ١٤٢ .

(٧) الغنية : ٣٠٣ .

(٨) المقنعة : ٦٤٦ .

(٩) مفتاح الكرامة ٦ : ١٤٢ - ١٤٣ .

(١٠) المبسوط ٣ : ٣٢١ . الخلاف ٣ : ٥٨٢ - ٥٨٣ .

السرائر^(١).

بل هو ظاهر لقطة النافع وكشف الرموز^(٢).

بل هو صريح الدروس وكذا الروضة^(٣).

بل عن الخلاف أن عليه إجماع الفرق وأخبارهم^(٤).

وأما القائل بكراهة الأزيد فهو الصدوق والداه وأبو عليّ والشيخ والمفيد والشيخ وبنو حمزة وزهرة وإدريس والآبي والفاضل في بعض كتبه والشهيدان والخراساني والكاشاني^(٥) على ما حكى عن بعضهم. بل عن السرائر هو الحقّ اليقين^(٦).

بل قد سمعت ما عن الخلاف والمبسوط والغنية^(٧).

إلى غير ذلك من كلماتهم المختلفة حتى من المصنّف الواحد في الكتاب الواحد في الحجّ بشيء وفي اللقطة بآخر. ومحض الجمع:

١ - الحرمة مطلقاً من غير فرق بين الدرهم وأقلّ منه وأزيد وبنية الإنشاء وعدمها. وبنية التملك وعدمها.

٢ - والكراهة كذلك.

٣ - والتفصيل بين الأقلّ من الدرهم وغيره، فيجوز الأول بلا كراهة والثاني معها أو مع الحرمة، وبين نية التملك فلا يجوز مطلقاً، وبنية الإنشاء فيجوز كذلك، وبين الفاسق والعدل، فيحرم على الأول ويحلّ للثاني.

وأما التملك. ففي المختلف: « لا يجوز تملك لقطة الحرم إجماعاً، بل يجب تعريفها »^(٨).

وفي التذكرة: « لا يجوز تملكها عند أحد من علمائنا أجمع »^(٩).

لكن عن التقيّ القول بجواز تملكها بعد التعريف^(١٠). وربّما مال إليه من تأخّر عنه^(١١).

(١) السرائر ٢: ١٠١.

(٢) المختصر النافع: ٢٦١. كشف الرموز ٢: ٤١٠ - ٤١١.

(٣) الدروس ٣: ٨٦، ٨٧. الروضة ٧: ٩٥.

(٤) انظر الخلاف ٣: ٥٨٢ - ٢٨٣، ٥٨٦.

(٥) نقله عن الصدوق في التنقيح ٤: ١١٧. انظر المغنق: ٣٧٩. وعن الوالد وأبو عليّ في المختلف ٦: ٨١ - ٨٢، ٨٥. الكافي: ٣٥٠. المقنعة: ٦٤٦.

النهاية: ٣٢٠. الوسيلة: ٢٧٨. الغنية: ٣٠٣. السرائر ٢: ١٠١. كشف الرموز ٢: ٤١٠ - ٤١١. التبصرة: ١٠٧. التذكرة: ٧: ١٧٢. الدروس ٣:

٨٦. الروضة ٧: ٩٢ - ٩٣. كفاية الأحكام ٢: ٥٣٠. المفاتيح ٣: ١٧٦.

(٦) السرائر ٢: ١٠٢.

(٧) تقدّم في الصفحة المتقدمة.

(٨) المختلف ٦: ٨٠.

(٩) التذكرة ١٧: ٢٠٤.

(١٠) الكافي: ٣٥٠. ولكنّه أطلق ولم يفصل بين الحرم وغيره.

(١١) انظر كفاية الأحكام ٢: ٥٣٠. المفاتيح ٣: ١٧٧.

والتحقيق الجواز في الأقل من الدرهم ولو بنية التملك وإن كان لا يخلو من كراهة في الجملة [١] .
وأما الأزيد فلا إشكال في الحرمة مع نية التملك قبل التعريف أو بعده بناءً على عدمه فيها مطلقاً ، فالالتقاط معها حينئذٍ خيانة محرمة نحو الالتقاط معه قبله في غير الحرم .
أما لا معه فالظاهر شدة الكراهة ، وخصوصاً إذا كان فاسقاً لا يثق من نفسه بتعريفها [٢] .

[١] لإطلاق ما دلّ على جوازه ممّا عرفت الذي لا يعارضه إلا إطلاق ما سمعته من النهي^(١) المحمول على الكراهة بل حتى لو قيل على الحرمة ؛ ضرورة كون التعارض من وجه ولا ريب في ترجيح الأول ولو لما سمعته من إجماع الخلاف^(٢) المؤيد بما سمعته من ابن إدريس^(٣) وإشعار المتن وغيره ، بل قد يدعى انصراف الإطلاق المزبور إلى غيره .
[٢] لما سمعته من نفي الخلاف في محكي المبسوط والخلاف عن الجواز بنية الإنشاء^(٤) وإجماع الغنية^(٥) وقوله في السرائر : أنه الحق اليقين^(٦) وعن التذكرة نفي الخلاف عن جوازها للمنشد^(٧) لأنه أمانة .

بل لعلّه على ذلك تجتمع النصوص من الطرفين ففي :

١ - النبي : « لا تحلّ لقطتها - أي مكّة زادها الله شرفاً - إلا لمنشد » أي معرّف^(٨) .

٢ - وفي آخر : « لا يحلّ ساقطها إلا لمنشد »^(٩) .

٣ - وفي حسن الفضيل بن يسار سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم ؟ قال : « لا يمسيها ، وأما أنت فلا بأس لأنك تعرفها »^(١٠) .

٤ - وخبره الآخر : سألت أبا جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم ؟ فقال : « لا تمسّ أبداً حتى يجيء صاحبها فيأخذها ، قلت : فإن كان مالاً كثيراً ؟ قال : فإن لم يأخذها إلا مثلك فليعرّفها »^(١١) . وإليهما نظر من اعتبر العدالة . ولكن لا دلالة فيهما على ذلك ، كما ستعرفه إن شاء الله تعالى عند تعرّض المصنّف لذلك .

٥ - وخبر علي بن حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر عليه السلام : سألت عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه ؟ قال : « بش ما صنع ، ما كان ينبغي أن يأخذه ، قلت : قد ابتلى بذلك ، قال : يعرّفه قلت : فإنه قد عرفه فلم يجده باغياً ؟ قال : يرجع به إلى بلده فينصّدق به على أهل بيت من المسلمين ، فإن جاء طالبه فهو له ضامن »^(١٢) .

(١) الوسائل ٢٥ : ٤٣٩ ، ب ١ من اللقطة ، ح ١ . (٢) تقدّم في ص ٤٧٧ .

(٣) تقدّم في ص ٤٧٧ . (٤) تقدّم في ص ٤٧٦ .

(٥) الغنية : ٣٠٣ .

(٦) السرائر ٢ : ١٠٢ .

(٧) انظر التذكرة ١٧ : ١٩٤ ، فيه : « للعبد بدل » للمنشد . انظر ص ٢٠٥ ، ٢٤٥ - ٢٤٦ أيضاً .

(٨) سنن البيهقي ٥ : ١٩٥ ، مع اختلاف يسير في اللفظ .

(٩) سنن البيهقي ٥ : ١٩٥ ، ٦ : ١٩٩ ، مع اختلاف يسير في اللفظ .

(١٠) الوسائل ١٣ : ٢٦١ ، ب ٢٨ من مقدّمات الطواف ، ح ٥ .

(١١) الوسائل ١٣ : ٢٦٠ ، ب ٢٨ من مقدّمات الطواف ، ح ٢ .

(١٢) الوسائل ٢٥ : ٤٦٣ ، ب ١٧ من اللقطة ، ح ٢ ، في المصادر : علي بن أبي حمزة .

٦ - ومرسل إبراهيم بن أبي البلاد قال الماضي أي العسكري عليه السلام : « لقة الحرم لا تمن ببد ولا برجل ، ولو أن الناس تركوها لجاء صاحبها وأخذها » ^(١) الذي هو - مع ضعفه - قد ورد مثله في لقة غير الحرم ^(٢) المعلوم أن المراد به الكراهة .

٧ - وخبر يعقوب بن شعيب بن ميثم التمار : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللقة ونحن يومئذ بمنى ؟ فقال : « أما بأرضنا فلا تصلح ، وأما عندكم فإن صاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع ثم هي كسبيل ماله » ^(٣) .

٨ - وخبر اليماني قال أبو عبد الله عليه السلام : « اللقة لقطان : لقة الحرم تعرف فإن وجدت صاحبها وإلا تصدق بها ولقة غيرها تعرف سنة ، فإن وجد صاحبها ، وإلا فهي كسبيل مالك » ^(٤) .

٩ - وخبر سعيد بن عمر الجعفي قال : خرجت إلى مكة وأنا من أشد الناس حالاً فشكوت إلى أبي عبد الله عليه السلام فلما خرجت من عنده وجدت على بابه سبعة ديناراً ، فرجعت إليه من فوري فأخبرته ، فقال : « يا سعيد أتق الله عز وجل ، وعرفه في الشاهد ، وكنت رجوت أن يرحس لي ، فخرجت وأنا مغتم ، فأتيت مني ، فتخيت عن الناس ثم تقصيت حتى أتيت المأفوفة فنزلت في بيت متنحياً عن الناس ، ثم قلت : من يعرف الكيس ؟ قال : فأول صوت صوته إذا رجل على رأسي يقول : أنا صاحب الكيس ، قال : فقلت في نفسي : أنت فلا كنت ، قلت : ما علامة الكيس ؟ فأخبرني بعلامته فدفعت له إليه ، قال : فننحى ناحية فعدّها فإذا الدنانير على حالها ثم عدّ منها سبعين ديناراً ، فقال : خذها حلالاً خير لك من سبعة حراماً فأخذتها ، ثم دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فأخبرته كيف تنحيت وكيف صنعت ، فقال : أما إنك حيث شكوت إلي أمرنا بثلاثين ديناراً ، فيا جارية هاتينا ، فأخذتها وأنا من أحسن الناس حالا » ^(٥) . بناءً على أن ذلك قد كان في مكة .

١٠ - وخبر الفضل بن غزوان قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له الطيار : إن حمزة ابني وجد ديناراً في الطواف قد انسحق كتابته ؟ قال : « هو له » ^(٦) .

١١ - وقد تقدّم ما في مرسل الفقيه : « إن وجدت في الحرم ديناراً مطلساً فهو لك ، لا تعرفها » ^(٧) .

١٢ - وخبر محمد بن رجاء الخياط قال : كتبت إلى الطيب عليه السلام إني كنت في المسجد الحرام فرأيت ديناراً فأهويت إليه لآخذه فإذا بأخر ، ثم نخيت الحصى فإذا أنا بثالث فأخذتها وعرفتها ولم يعرفها أحد ، فما ترى في ذلك ؟ فكتب عليه السلام : « إني فهمت ما ذكرت من أمر الدنانير فإن كنت محتاجاً فتصدّق بثلاثها ، وإن كنت غنياً فتصدّق بالكل » ^(٨) .

إلى غير ذلك من النصوص التي يمكن دعوى القطع بالجواز من النظر فيها وترك التعرّض في جملة منها للنهي عن ذلك ،

(١) الوسائل ٢٥ : ٤٣٩ ، ب ١ من اللقة ، ح ٣ .

(٢) الوسائل ٢٥ : ٤٣٩ ، ب ١ من اللقة ، ح ٢ .

(٣) الوسائل ١٣ : ٣٦٠ ، ب ٢٨ من مقدّمات الطواف ، ح ١ .

(٤) الوسائل ١٣ : ٣٦٠ ، ب ٢٨ من مقدّمات الطواف ، ح ٤ .

(٥) الوسائل ٢٥ : ٤٤٩ ، ب ٦ من اللقة ، ح ١ ، في المصادر سعيد بن عمرو .

(٦) الوسائل ٢٥ : ٤٦٣ ، ب ١٧ من اللقة ، ح ١ .

(٧) تقدّم في ص ٤٧٣ .

(٨) الوسائل ١٣ : ٣٦١ ، ب ٢٨ من مقدّمات الطواف ، ح ٧ .

[والحاصل أنه يجوز الالتقاط فيه ولكنه مكروه أشد من الكراهة في غير الحرم ، إلا إذا كان مأموناً فلا كراهة أو هي أخف].

والتعبير بلفظ « لا يصلح » و « لا ينبغي » والتعليل بالتعريف والتفصيل بأنه « لا يأخذها إلا مثلك » واتحاد التعبير عنها مع التعبير عن لقطة غير الحرم المعلوم كون ذلك منه للكراهة ، لعدم القائل بالحرمه أو ندرته ، بل يمكن دعوى القطع بفساده أو الضرورة فضلاً عن الإجماع . وغير ذلك مما لا يخفى على من رزقه الله معرفة لسانهم ورموزهم الذي ذكروا فيه : أنه « لا يكون الفقيه فقيهاً حتى نلحن له في القول فيعرف ما نلحن له »^(١) ، فإن سردها أجمع يشرف الفقيه المزبور على القطع بجواز الالتقاط ، ولكنه مكروه أشد من الكراهة في غير الحرم ، إلا إذا كان مأموناً فلا كراهة أو هي أخف .

ومن الغريب ما في الرياض من إتعاب نفسه وشدة إطنابه في بيان تنقيح دلالتها على الحرمة بعد دعوى انجبار أسانيدھا بالشهرة الظاهرة والمحكية والاعتضاد بالأصل قال : « و « لا ينبغي » وإن أشعر بالكراهة إلا أن « بش ما صنع » أظهر دلالة على الحرمة منه على الكراهة ، على أن استعمالها في الحرمة أو الأعم شائع ، لا أنها صريحة فيها ، ودلالة « إن لم يأخذها إلا مثلك » غير نافعة للقائلين بالكراهة ؛ لعدم تفصيلهم بين الفاسق والعدل ، نعم ربما يوجد هذا التفصيل في كلام بعض القائلين بالحرمة ، فتكون ضارة لهم لا نافعة ونصوص^(٢) النهي عن مطلق اللقطة تؤيد الحرمة التي هي الأصل في النهي ، والخروج عنه في لقطة غير الحرم للإجماع وغيره لا يقتضي الخروج عنه فيه ، ولو سلم إرادة غير الحرم منه لندرة الحرم بالنسبة إلى غيره التي تمنع من حمل الإطلاق عليها فلا يقتضي الخروج عن حقيقة النهي هنا ، وخبر « لا يصلح » ظاهر في أرض منى خاصة ولا قائل به ، فليطرح أو يؤول بحمل « لا يصلح » على الحرمة ، ويلحق مكة وما في الحرم بمبنى بعدم القائل بالفرق بين الطائفة ، ولا محذور ، ولا كذلك لو بقي على ظاهرها من الكراهة ؛ إذ عدم القول بالفرق المزبور إنما يتم به الكراهة في لقطة جميعه ، ولا يدفع محذور اختصاصها به ، فإن مقتضاه عدم الكراهة في لقطة غيره ، ولا قائل به . وحمل « لا يصلح » على تأكيد الكراهة وإن أمكن - ويندفع به هذا المحذور - إلا أنه مجاز كالحمل على الحرمة لا يمكن اختياره خاصة إلا بعد قرينة معينة هي في الرواية مفقودة اللهم إلا أن يقال : إنه أقرب المجازين إلى أصل الكراهة الذي هو الحقيقة ، لكنه معارض بظهور الروايات السابقة في الحرمة مع اشتهاها بين الطائفة ، كما اعترف به هو وغيره وأخبارهم عليه السلام يكشف بعضها عن بعض فإن لم يكن الحمل بهذا راجحاً على الحمل الآخر فلا أقل من التساوي بينهما ، وهو يوجب الإجمال المنافي للاستدلال »^(٣) .

إلا أن الجميع كما ترى . ولعل الذي دعاه إلى هذا التجسّم تخيله الشهرة ، وقد عرفت أنها غير محققة ، بل عرفت دعوى الإجماع من الشيخ وغيره^(٤) على عدم الحرمة على الوجه الذي ذكره .
والمناقشات المزبورة - مع أن فيها ما فيها بل الأخير منها واضح الفساد بعد ما عرفت من أن الخبر سألّه وهو مبنى ، لا أن اللقطة بخصوص منى - لا تنافي انسياق الجواز من مجموعها على وجه لا ترفعه المناقشات المزبورة ، والله العالم .

(١) انظر المستدرک ١٧ : ٣٤٥ ، ب ١٥ من صفات القاضي ، ح ٥ .

(٢) انظر الوسائل ٢٨ : ٤٣٩ ، ب ١ من اللقطة .

(٣) الرياض ١٢ : ٤٠٣ - ٤٠٦ .

(٤) انظر ص ٤٧٦ - ٤٧٧ .

(و) كيف كان فبناءً على جواز الالتقاط في الحرم (لا يحلّ إلاّ مع نيّة الإنشاء) [١]. ويمكن التزام ذلك في غير الحرم أيضاً. (و) على كلّ حال فـ [المختار] [٢] أنّه (يجب تعريفها حولاً) [٣]. وعلى كلّ حال (فإن جاء صاحبها) دفعها إليه (وإلاّ تصدّق بها أو استبقاها أمانة وليس له تملكها) [٤].

[١] لظاهر النبوّين السابقين المستفاد منهما أيضاً خصوصية الحرم بالنسبة إلى ذلك. ولكن قد يقال: إنّ المراد عدم جواز التملك وإلاّ فلا فرق بين الحرم وغيره في عدم جواز الالتقاط مع عدم نيّة التعريف؛ لأصالة حرمة التصرف في مال الغير المقصر في الخروج منها على المناسق المتيقّن، وهو المجامع لنيّة الإنشاء. اللهمّ إلاّ أن يقال: بإطلاق الإذن بالالتقاط وإطلاق وجوب التعريف من دون تقييد للأول بالتالي وإن وجب العزم عليه باعتبار كونه من أحكام الإيمان فيفرّق حينئذٍ بين لقطة الحرم وغيره بذلك. ولذا اقتصر المصنّف عليه فيه دون غيره. ولكن فيه: أنّه يمكن التزام ذلك فيها معاً بعد ما عرفت من كون المراد بالنبوّين عدم التملك لا ما نحن فيه، خصوصاً بعد إشعار خبر الكيس بذلك في الجملة.

[٢] [كما لا خلاف في ذلك].

[٣] بل في الغنية الإجماع عليه^(١). بل قيل: لعلّه الظاهر من الخلاف أيضاً^(٢). مضافاً إلى ما سمعته من النصوص وإلى ما جاء في التعريف في مطلق اللقطة. بل لعلّ في التعريف إشعاراً بجواز الالتقاط وإلاّ لم يقيّد بالسنة، وليس هو تعريف اللقطة؛ لما عرفته من كون الحرمة من قسم العدوان. اللهمّ إلاّ أن يقال: إنّ ذلك للنصوص المزبورة. وفيه: أنّ حملها على الجواز مع التعريف أولى من حملها على الحرمة معه، كما هو واضح.

[٤] بلا خلاف أجده في الأخير إلاّ ما سمعته من المحكي عن التقي^(٣) الذي قد تقدّم الإجماع من الفاضل على خلافه^(٤)، مضافاً إلى الأصل المعتضد بخلو كثير من النصوص المزبورة. بل ظاهر بعضها^(٥) أو صريحه ذلك وأنّه الفارق بين الحرم وغيره. ومكاتبة ابن رجاء^(٦) يمكن حملها على أنّ ذلك إذن منه بعد العلم باليأس عن معرفة المالك. وكذا خبر الفضيل بن غزوان ومرسل الفقه^(٧) اللذين لم نجد بهما عاملاً على غير الوجه المزبور إلاّ ما حكى عن نادر^(٨). وإطلاق ما دلّ على التملك في مطلق اللقطة - مع أنّ المناسق منه في غير الحرم - مقيّد بما عرفت. وأمّا التخيير المزبور فقد صرح به الشيخ وبنازهرة وإدريس والفاضلان والشهيدان^(٩) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم. بل في المسالك أنّه المشهور^(١٠). بل في الغنية الإجماع عليه^(١١). لكن لم أجده في شيء مما وصل إلّي من النصوص. نعم في الخبرين السابقين الأمر بالتصدق الظاهر في التعيين كالمحكي عن اقتصار المقنع والمقنعة والنهاية والمراسم^(١٢). اللهمّ إلاّ أن يقال - بقرينة الإجماع المزبور - يحمل الأمر على الوجوب التخييري خصوصاً مع ملاحظة ما سمعته في الشاة. ولعلّ التخيير المزبور - المحكي عن بعض القائلين بالحرمة^(١٣) أيضاً - ظاهر أو صريح في جواز الالتقاط. ضرورة المنافاة بين حرمة وإبقائها أمانة التي اعترف غير واحد بالتعبير بها من القائلين بالكراهة والتحریم، والله العالم.

(١) (١١) الغنية: ٣٠٣. (٢) مفتاح الكرامة ٦: ١٥٣. انظر الخلاف ٣: ٥٨٥ - ٥٨٦.

(٣) (٤) (١٠) تقدّم ما في ٤٧٧. المسالك ١٢: ٥١٦. (٥) كخبر البياهي المتقدّم في ص ٤٧٩.

(٦) الوسائل ١٣: ٢٦١، ١٣٠ من مقدمات الطواف، ح ٣. (٧) الوسائل ٢٥: ٤٦٣، ب ١٧ من اللقطة، ح ١.

(٨) كالصدوق في المقنع: ٣٨٠. ووالده كما نقله في المختلف ٦: ٨٢.

(٩) المبسوط ٣: ٣٢١. الغنية: ٣٠٣. الررائر ٢: ١٠١. المحقّق هنا والعلامة في القواعد ٢: ٢٠٩. الدروس ٣: ٨٦. المسالك ١٢: ٥١٦.

(١٢) المقنع: ٣٧٩. المقنعة: ٦٤٦. النهاية: ٣٢٠. المراسم: ٢٠٦. (١٣) كالعلامة في نقله القواعد ٢: ٢٠٧ - ٢٠٩.

(ولو تصدَّق^(١) بعد الحول فكره المالك فيه قولان: أرجحهما) عند المصنف (أنَّه لا يضمن) [١]: (لأنَّها) في يده (أمانة وقد دفعها دفعاً مشروعاً) فلا يتعقَّبُه ضمان [٢].

[١] للأصل و [لذلك].

[٢] وفقاً للشيخين في المقنعة والنهاية وابن حزم وزهرة وسَلار والآبي والفاضل وأبي العباس^(٢) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم. بل في النافع أنَّه الأشهر^(٣). بل في الغنية ومحكي الخلاف الإجماع عليه^(٤). وإن كُنَّا لم نتحقَّق الثاني منهما. لكن في الكفاية أنَّ الأشهر الضمان^(٥).

بل في المسالك أنَّه المشهور^(٦). بل في جامع المقاصد نسبته إلى الأصحاب^(٧). بل في محكي السرائر أنَّه الحقُّ اليقيني^(٨). ولعلَّه لخبر ابن حمزة^(٩) المنجبر بما عرفت، وعموم «على اليد»^(١٠) وأولويَّته منه في لقطة غير الحرم. بل ينبغي القطع به [= الضمان] بناءً على الحرمة في صورة العمد؛ ضرورة كون يده حينئذٍ عادية، ويتمَّ بعدم القول بالفصل في غير صورة العمد. ومن ذلك يعرف ما في إطلاق القائل بالتحريم أنَّ العين أمانة. واحتمال إرادته حرمة نفس الالتقاط وإن صارت أمانة بعد ذلك كما صرَّح به الفخر^(١١) كما ترى؛ إذ هو استيلاء على مال الغير بلا إذن شرعية ولا مالكية، وليس العدوان إلَّا هذا. ولا ينافيه الأمر بالصدقة مع الضمان وإن كان ذلك كله مؤيِّداً للقول بالكراهة، كما وأما نأيه سابقاً. وعدم تعقُّب المأمور به شرعاً الضمان - لو سلَّم كون الأصل كذلك - يدفعه الخبر المزبور المنجبر بما عرفت، فيكون كللقطة غير الحرم.

ومن الغريب ما في جامع المقاصد فإنَّه - بعد أن ذكر القولين واختار الضمان منهما - قال: «هذا إن أخذ المال على قصد الالتقاط - يعني التملك والاكتساب - فإن أخذه على قصد الحفظ للمالك فالذي يحضرني أنَّ المصنَّف في التذكرة قال: إنَّ أخذه على هذا القصد جائز، وادَّعى الإجماع، فعلى هذا يضمن أم لا؟ ينبغي الضمان»^(١٢).

ضرورة ظهور بعض كلام الأصحاب أو جميعه في بناء الضمان وعدمه على قولي الحرمة والكراهة.

قال في التحرير - الذي هو غالباً محط نظره - بعد أن ذكر القول بالحرمة والكراهة: «وعلى التقديرين إن أخذه وجب عليه الأخذ بنية الإنشاء، ولا يجوز أخذه بنية التملك لا قبل الحول ولا بعده، فإن أخذه على هذا الوجه كان ضامناً وإن أخذ بنية الإنشاء وجب عليه التعريف سنة، فإن جاء صاحبه وإلَّا تخيَّر بين احتفاظه دائماً وبين الصدقة، فإن تصدَّق به ففي الضمان قولان، أقربهما يضمن»^(١٣). وبذلك كله بان أنَّ الضمان أقوى.

(١) في الشرائع: «تصدَّق بها».

(٢) المقنعة: ٦٤٦. النهاية: ٣٢٠. الوسيلة: ٢٧٨. الغنية: ٣٠٣. المراسم: ٢٠٦. كشف الرموز ٢: ٤١١. تلخيص المرام: ١٤٧. المختصر: ٣٥٥.

(٣) المختصر النافع: ٦٦٣.

(٤) الغنية: ٣٠٣. حكا في مفتاح الكرامة ٦: ١٥٣. انظر الخلاف ٣: ٥٨٥ - ٥٨٦.

(٥) كفاية الأحكام ٢: ٥٣٢ - ٥٣٣.

(٦) جامع المقاصد ٦: ١٥٦ - ١٥٧.

(٧) السرائر ٢: ١٠٢.

(٨) الوسائل ٢٥: ٤٦٣، ب ١٧ من اللقطة، ح ٢، وفيه: «عن ابن أبي حمزة».

(٩) المستدرک ١٧: ٨٨، ب ١ من الفص، ح ٤.

(١٠) لم نعث عليه وحكا في مفتاح الكرامة ٦: ٥٥.

(١١) جامع المقاصد ٦: ١٥٧.

(١٢) التحرير ٤: ٤٦٣.

[ولكن الأقوى الضمان].

نعم لو اختار حفظها فتلقت بلا تعدي ولا تغريط أتجه عدم الضمان على المختار [أي جواز الالتقاط] [١].
[وإذا التقطها بنية الإنشاد وقد عرّفها حولاً ولم يتصدّق بها بل اختار حفظها، فإن قلنا بالحرمة أتجه الضمان، وإلا فالمتّجه عدمه].

هذا كله في لقطة الحرم. (وإن وجدها) أي لقطة الأزيد ممّا دون الدرهم (في غير الحرم عرّفها حولاً) مع إرادة التملك بعده أو مطلقاً كما ستعرف البحث فيه (إن كان^(١)) الملتقط (ممّا يبقى كالثياب والأمتعة والأثمان) ونحوها ممّا لا يفسد ببقائه في الحول المزبور [٢].

[١] لكونها حينئذٍ أمانة كثيرها، بل صرح غير واحد من القائلين بالتحريم بذلك أيضاً؛ معللين له بأنّها أمانة وآنه محسن فلا سبيل عليه. وقد عرفت ما فيه من الإشكال.

وفي جامع المقاصد - في شرح قول الفاضل: «لا ضمان مع اختيار الاحتفاظ»^(٢) أي بعد التعريف -: «لأنّه محسن، هذا إن كان أخذه لها على قصد الحفظ واضح، فأما إن أخذها على قصد الالتقاط فكيف تكون يده يد أمانة مع أنّه عاد بأخذها، ويمكن أن يقال: إنّ الالتقاط لا يقتضي التملك جزماً، ولهذا لا يملك لقطة غير الحرم بعد التعريف إلا بالنية واللفظ على الخلاف فلا يدخل في ضمانه من أول الأمر؛ لأنّ مجرد اللقطة لا ينافي الحفظ دائماً، فحينئذٍ يكون أخذ لقطة الحرم غير منافٍ للحفظ والأمانة وإن حرم من حيث إنّ الالتقاط اكتساب، ويشكل على هذا كون الأخذ محرماً، فكيف يكون أمانة؟!»^(٣).

ولكنّه كما ترى، ولا يبعد كون العبارة غلطاً، وإلا فثأنه أجل من ذلك؛ إذ عرفت ضمان لقطة الحرم بنية التملك من أول الأمر، وأما الكلام فيما إذا التقطها بنية الإنشاد وقد عرّفها حولاً ولم يتصدّق بها بل اختار احتفاظها فإن قلنا بالحرمة أتجه الضمان للعدوان وإلا فالمتّجه عدمه، للأمانة والإحسان فالكلام المزبور أجنبى عن ذلك.

ثمّ إنّه لم أجد من ذكر هنا أنّ من التخيير له أن يدفعها إلى الحاكم الذي جعلوه بحكم وليّ الذات، فينتج براءته من الضمان مع فرض العدوان بالتقاطها، نحو ما سمعته منهم في التقاط البعير الممنوع عن التقاطه، ولعلّهم تركوه اتكالاً على ما ذكروه هناك وإن كان قدّمنا الكلام معهم فيه، والله العالم.

[٢] بلا خلاف أجدّه فيه كما اعترف به في كشف الرموز^(٤)، بل عن الخلاف والمبسوط والغنية وظاهر التذكرة الإجماع عليه^(٥)، للمعتبرة^(٦) المستفيضة التي فيها الصحيح وغيره وقد مرّ جملة منها في تضاعيف المباحث السابقة وتأتي أخرى إن شاء الله تعالى.

بل يمكن دعوى القطع بذلك منها وإن لم يكن على جهة التواتر المصطلح.

(١) في الشرائع: كانت.

(٢) (٣) القواعد ٢: ٢٠٩. جامع المقاصد ٦: ١٥٧.

(٤) كشف الرموز ٢: ٤٠٩.

(٥) الخلاف ٣: ٥٧٧ - ٥٧٨. المبسوط ٣: ٣٢٢. الغنية ٣: ٣٠٣. التذكرة ١٧: ٢١٩.

(٦) انظر الوسائل ٢٥: ٤٤١، ب ٢ من اللقطة.

(ثم هو مخير بين تملكها وعليه ضمانها وبين الصدقة بها عن مالها و) لكن (لو حضر المالك وكره^(١) الصدقة لزِم الملتقط ضمانها إما مثلاً أو^(٢) قيمةً وبين إيقائها في يد الملتقط أمانة لمالكها من غير ضمان إلا بتعدُّ أو تفریط ونحوهما في مدّة الحول [١].

[١] كما صرح بذلك الشيخ وابن زهرة والفاضل والشهيدان وغيرهم^(٣) على ما حكي عن بعضهم.

بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا^(٤).

بل في الغنية^(٥) ومحكي الخلاف^(٦) الإجماع عليه.

نعم عن المقنع الاقتصار على جعلها كسبيل المال بعد التعريف^(٧).

وعن المقنعة^(٨) والمراسم^(٩) الاقتصار على ذكر التصرف المراد به الملك.

وعن الوسيلة التخيير بين التصرف والحفظ لصاحبها لا غير^(١٠).

وفي النهاية^(١١) ومحكي السرائر^(١٢) الاقتصار على التملك والصدقة.

بل في الأخير إجماع أصحابنا على ذلك وأنه الحقّ اليقين^(١٣)، بل منع من الإبقاء أمانة، وقال: «إنّه مذهب الشافعي - إلى

أن قال -: إنّ التخيير بين الثلاثة خلاف مذهبنا وقول أصحابنا ورواياتهم»^(١٤).

بل مقتضى ما حكاه في الدروس عنه الانحصار في التملك، قال فيها: «وقيل: يملكها بعد الحول بغير نيّة ولا

اختيار ويضمن.

وهو ظاهر النهاية والمقنعة وخيرة الصدوقين وابن إدريس ناقلاً فيه الإجماع.

وفي الخلاف: لا بدّ من النيّة واللفظ فيقول: قد اخترت تملكها.

(١) في الشرائع: «فكر».

(٢) في الشرائع: بدل «أو» «وإما».

(٣) الخلاف ٣: ٥٧٧. المبسوط ٣: ٣٢٠ - ٣٢١. الغنية: ٣٠٣. الإرشاد ١: ٤٤٢. القواعد ٢: ٢٠٩. التحرير ٤: ٤٦٣. الدروس ٣: ٨٦. اللمعة:

٢٢٥. الروضة ٧: ٩٨ - ٩٩. المسالك ١٢: ٥١٧ - ٥١٨.

(٤) التذكرة ١٧: ٢٣٩.

(٥) الغنية: ٣٠٣.

(٦) الخلاف ٣: ٥٧٧ - ٥٧٨.

(٧) المقنع: ٣٧٩.

(٨) المقنعة: ٦٤٦.

(٩) العراسم: ٢٠٦، ولكن فيه: «تصدّق» بدل «تصرف» ولعله تصحيف.

(١٠) الوسيلة: ٢٧٨.

(١١) النهاية: ٣٢٠.

(١٢) السرائر ٢: ١٠١، ١٠٣.

(١٣) السرائر ٢: ١٠٣.

(١٤) السرائر ٢: ١٠٤.

وفي المبسوط: تكفي النية والروايات محتملة للقولين وإن كان الملك بغير اختياره أشهر وتظهر الفائدة في اختيار الصدقة والنماء المتجدد والجريان في الحول والضمان، ثم هل يملكها بعوض يثبت في ذمته أو بغير عوض ثم يتجدد بمجيء مالكة؟ في الروايات احتمال الأمرين، والأقرب الأول فيلحق بسائر الديون^(١) انتهى. ولا ريب في حصول الملك القهري بتمام التعريف حولاً بناءً على ما حكاه عنه، فلا صدقة عن المالك بها ولا أمانة، لكنه خلاف ما حكاه غيره عنها.

كما أن ما حكاه من الأشهر لم أنحقه.

بل في المختلف والتذكرة والمسالك والروضة وغيرها حكاية الشهرة بخلافه^(٢) بل في الغنية الإجماع على ذلك^(٣).

وستسمع تحقيق الحال فيه إن شاء الله عند تعرض المصنف له.

وكيف كان فلا إشكال في استفادة الفرد الأول منها من النصوص، مضافاً إلى عدم الخلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه. ففي خبر أبي خديجة السابق المتقدم في المملوك «ينبغي للحر أن يعرفها سنة في مجمع، فإذا 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، إن جاء لها طالب دفعوها له»^(٤).

بل قيل^(٥) بإرادة الملك من كل خبر اشتمل على كونها بعد التعريف «كسبيل المال» نحو خبر داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام: «في اللقطة يعرفها سنة ثم هي كسائر ماله»^(٦).

وخبر حنان بن سدير: سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن اللقطة وأنا أسمع قال: «تعرفها سنة فإن وجدت صاحبها وإلا فأنت أحق بها، وقال: هي كسبيل مالك، وقال: خيره إذا جاء بعد سنة بين أجراها وبين أن تغرمها له إذا كنت أكلتها»^(٧).

إلى غير ذلك من النصوص التي يمكن دعوى تواترها بالنسبة إلى ذلك وإن كان لا يخلو من نظر، كما ستعرفه فيما يأتي إن شاء الله تعالى في المسألة الرابعة.

وأما [الفرد] الثاني فذلك أيضاً، ففي خبر حفص بن غياث: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم هل يرده عليه؟ فقال: «لا يرده عليه، فإن أمكنه أن يرده على أصحابه فعل وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها، فيعرفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردّها عليه وإلا تصدق بها، فإن جاء صاحبها بعد ذلك خيره بين الأجر

(١) الدروس ٣: ٨٧ - ٨٨.

(٢) انظر المختلف ٦: ٨٩، التذكرة ١٧: ٢٤٣، المسالك ١٢: ٥٣١، الروضة ٦: ٩٧ - ٩٦.

(٣) الغنية ٣٠٣.

(٤) تقدم في ٤٦٢.

(٥) الرياض ١٢: ٤٢٤.

(٦) الوسائل ٢٥: ٤٤٢، ب ٢ من اللقطة، ح ٥.

(٧) الوسائل ٢٥: ٤٤٤، ب ٢ من اللقطة، ح ١١.

والغرم ، فإن اختار الأجر فله الأجر وإن اختار الغرم فله الغرم»^(١).

وفي خبر كثير : سأل رجل رجل أمير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة ؟ فقال : « يعرفها ، فإن جاء صاحبها دفعها إليه وإلا حبسها حولاً ، فإن لم يجيء صاحبها أو من يطلبها تصدّق بها فإن جاء صاحبها بعدما تصدّق بها إن شاء اغترمها الذي كانت عنده وكان الأجر له ، وإن كره ذلك احتسبها والأجر له »^(٢) إلى غير ذلك .

وأما [الفرد] الثالث فيدلّ عليه - مضافاً إلى الإجماع^(٣) المحكي المعتضد بالشهرة - صحيح ابن مسلم عن الباقر عليه السلام : سألته عن اللقطة ؟ فقال : « تعرّفها سنة فإن جاء طالبها وإلا فاجعلها في عرض مالك ، بجري عليها ما يجري على مالك حتى يجيء لها طالب ، فإن لم يجيء لها طالب فأوص بها في وصيتك »^(٤) بناءً على أنّ المراد بجعلها عرض المال حفظها فيه من غير عزل لها عنه . قال الكاشاني : « أي في جملته وفيما بينه ، من غير مبالاة بترك عزلها عنه ، فإنّ مثل هذه اللقطة تستعمل في مثل هذا المعنى ، يقال : يضربون الناس عن عرض : أي لا يبالون من ضربوا ، وفي حديث ابن الحنفية كل الجبن عرضاً : أي اعترضه واشتره ولا تسأل عمّن عمله »^(٥).

بل وصحيح علي بن جعفر : سأل أخاه موسى عليه السلام عن الرجل يصيب درهماً أو ثوباً أو دابة كيف يصنع ؟ قال : « يعرفها سنة فإن لم يعرف جعلها في عرض ماله حتى يجيء لها طالب فيعطيه إياه وإن مات أوصى بها ، وهو لها ضامن »^(٦) بناءً على إرادة : أنّ ردّها إذا جاء الطالب في عهده من الضمان لأنّ المراد : قيمتها في ذمّته وهي ملك له ، فإنّه لا يناسب ما سبق من الحديث .

كلّ ذلك مضافاً إلى انسياق الإباحة من الأمر بالصدقة والتملّك باعتبار ورودهما في مقام توهم الحظر .

والى معلومية عدم وجوب التملّك عليه بالقيمة والصدقة مع الضمان ، بل لعلّ الإبقاء أمانة من الإحسان الذي لا اعتراض عليه فيه ، بل قد يدعى أنّ ذلك هو الأصل فيها .

والى ما تقدّم في الضالة والإنفاق عليها التي يمكن دعوى كون المقام أولى منها بذلك ، هذا .

ولكن في الرياض : « إنّ الثالث لم يرد به نصّ ، كأصل التخيير بينه وبين أحد الأمرين ، لظهور النصوص الواردة فيها في تعيين أحدهما لا التخيير مطلقاً إلاّ أنّه قيل : يفهم الإجماع عليه في التذكرة فإنّ تمّ وإلا كان مشكلاً ، لما يأتي من الخلاف في توقّف التملّك على النية أو حصوله قهراً ، وعليه لا معنى للإبقاء أمانة »^(٧).

قلت : ولا الصدقة عن المالك بعنوان أنّه ماله ، على أنّك ستعرف إن شاء الله تعالى ما في القول المزبور ، والله العالم .

(١) الوسائل ٢٥ : ٤٦٣ - ٤٦٤ ، ب ١٨ من اللقطة ، ح ١ .

(٢) الوسائل ٢٥ : ٤٤١ ، ب ٢ من اللقطة ، ح ٢ .

(٣) تقدّم نقله في ٤٨٤ .

(٤) الوسائل ٢٥ : ٤٤٤ ، ب ٢ من اللقطة ، ح ١٠ .

(٥) الوافي ١٧ : ٣٣٣ - ٣٣٤ ، ذيل الحديث ١٧٣٦٥ - ٢ .

(٥) الوسائل ٢٥ : ٤٦٦ ، ب ٢٠ من اللقطة ، ح ٢ .

(٦) الرياض ١٢ : ٤١١ .

هذا كله إذا كانت اللقطة ممّا تبقى حولاً. (و) أما (لو كانت ممّا لا يبقى كالطعام) والرطب الذي لا يثمر والبقول ونحوها (قومه على نفسه وانتفع به) [١]. نعم قد يقال بعدم اعتبار التقويم على النفس [٢]، [فيجوز بيعه لغيره وحفظ ثمنه لصاحبه، وهل يعتبر كون البيع بإذن الحاكم؟ الأحوط كون البيع مع إذن الحاكم، إلّا أنّ الظاهر جواز تولّي ذلك مطلقاً] كما يقوّمه على نفسه من غير إذن الحاكم [٣].

وعلى كلّ حال فلا ريب أنّ الثمن حينئذٍ أمانة مع قبضه لا يضمنه إلّا بالتعدّي أو التفريط، وله عدم إفرازه عمّا

[١] بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه؛ لخبر السكوني بل قوّيه عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين، قال: «تقوم ما فيها ثم يؤكل، لأنّه يفسد وليس له بقاء... إلى آخره»^(١). وفي آخر: «فإن وجدت طعاماً في مفازة تقوم على نفسك لصاحبه ثمّ كله، فإن جاء صاحبه فردّ عليه القيمة»^(٢).

[٢] وإن كان هو المذكور في كلام الأكثر - بل لم يذكر أحد قبل الفاضل^(٣) بيعه على غيره - واشتمل عليه ما في الخبرين الذي يمكن تنزيل أولهما عليه. لكن معقد إجماع الغنية التصرف فيه^(٤) - والتعليل في [الحديث] الأوّل واحتمال جريان التقيد مجرى الغالب من عدم وجود غيره في المفازة والقطع بعدم الفرق بينه وبين غيره - يؤيد الأوّل [أي عدم اعتبار التقويم على النفس]، ولذا صرح الفاضل والكركي وثاني الشهيدين وغيرهم بجواز بيعه وحفظ ثمنه^(٥)، بل عن ظاهر التذكرة الإجماع على التخيير بين البيع وتعريف الثمن وبين التقويم والتمكّن والتعريف حولاً^(٦). وكأنّه فهم ممّن تقدّمه إرادة المثال من التقويم على النفس. إلّا أنّ مقتضى ذلك عدم اعتبار كون البيع من الحاكم. لكن فيها «لا يجوز له بيعه بنفسه مع وجود الحاكم لأنّه مال الغير، ولا ولاية له عليه ولا على مالكة فلم يجز بيعه إلّا له كغير الملتقط»^(٧) بل قال فيها: «إذا باع بدون إذنه مع وجوده كان البيع باطلاً»^(٨). وهو وإن كان أحوط إلّا أنّ مقتضى إرادة المثالية في النصّ والفتوى جواز تولّي ذلك مطلقاً.

[٣] بل لعلّ ثبوت ولاية التملك له والصدقة بعد التعريف يومئذٍ إلى ذلك. بل لعلّ ثبوتها له مع تعدّد الحاكم يومئذٍ إليه أيضاً؛ ضرورة عدم ثبوتها في غير المقام لغير الحاكم مع تعدّده، بل يبقى الشيء معطلاً، إلّا إذا حصل عدول المؤمنين وقلنا بثبوت ولايتهم حينئذٍ. بل قد عرفت سابقاً ممّا قوّى القول بما يستفاد من صحيح الجارية^(٩) المشتمل على حلّ بيعها لمن التقطها بما أنفق عليها. ودعوى: أنّ التقويم على النفس يحتاج إلى الحاكم أيضاً مع وجوده فلا يتمّ الاستظهار المزبور يدفعها: ظهور النصّ والفتوى في خلافه، حتى من التذكرة - التي هي العمدة في الخلاف - قد أطلق فيها جواز الأكل له مع التقويم، واعتبر الحاكم في البيع^(١٠). ولذا أشكله الكركي بعدم الفرق بينهما في الاشتراط وعدمه وإن قال: «إنّ مراجعة الحاكم فيها أوجه»^(١١) لكن فيه ما لا يخفى. ومنه يعرف النظر فيما في الرياض من إنسحاب الخلاف إليه^(١٢).

(١) الوسائل ٢٥: ٤٦٨، ٢٣ من اللقطة، ح ١، وفيه: «يقوم». (٢) الوسائل ٢٥: ٤٤٤، ب ٢ من اللقطة، ح ٩.

(٣) ذكره في التذكرة كما سيأتي قريباً. (٤) الغنية: ٣٠٣.

(٥) القواعد ٢: ٢١١. جامع المقاصد ٦: ١٦٥. المسالك ١٢: ٥١٩، مجمع الفائدة ١٠: ٤٩٩.

(٦) (١٠) التذكرة ١٧: ٢٣٢. (٧) (٨) التذكرة ١٧: ٢٣٥ - ٢٣٦.

(٩) تقدّم في ص ٣٩٦. (١١) جامع المقاصد ٦: ١٦٥ - ١٦٦.

(١٢) الرياض ١٢: ٤١٢ - ٤١٣.

فِي ذِمَّتِهِ [١]. بل ربّما يكون في بعض الأحوال أولى؛ من جهة عدم خشية التلف عليه .
 والمدار في القيمة: على يوم الأكل لا يوم الأخذ ولا أعلى القيم . وهل له ذلك من أول الأمر أو لابد من
 التأخير إلى زمان الخوف من الفساد؟ وجهان ، أحوطهما بل أقواهما الثاني . و[قيل :] [٢] بأنّه لا يجوز له إبقاء ذلك
 حتى يتلف ، فإن فعل ضمن [٣] . وهو متّجه مع إمكان الدفع إلى الحاكم أو البيع على الغير ، أمّا مع فرض انحصار
 الأمر في التوقيف على نفسه فقد يشكل [٤] . هذاكلّه مع اختياره البقاء عنده (وإن شاء دفعه إلى الحاكم) [٥] ، [و]
 لا ضمان (معه) . أمّا التعريف فهو كغيره من اللقطة يقوى عدم سقوطه عنه [٦] .
 فيعرفه حينئذٍ نفسه دون الثمن الذي هو عوض الملتقط ، والله العالم .
 (ولو كان بقاؤها) أي اللقطة (يفتقر إلى العلاج كالرطب المفتقر إلى التجفيف يرفع خبرها إلى الحاكم) الذي
 هو الولي (ليبيع بعضاً وينفق في إصلاح الباقي ، وإن رأى الحاكم الحظّ في بيعه) أجمع (وتعريف ثمنه جاز) [٧] .

[١] لإطلاق النصّ والفتوى .

[٢] [كما] عن جماعة الجزم [بذلك] .

[٣] بل نفى الريب عنه الكركي^(١) .

[٤] بأنّ الأصل يقتضي عدم وجوبه ، والأمر في الخبرين^(٢) للرخصة ، لأنّه في مقام توهم الحظر ، فلا يراد منه الإلزام ، خصوصاً
 مع التصرّر بذلك .

[٥] كما صرح به الشيخ والمصنّف ومن تأخّر عنه^(٣) . بل ربّما ظهر من التذكرة عدم المخالف فيه إلّا أحمد^(٤) . (و)
 لا ينافي ذلك توجه الخطاب إليه في الخبرين ؛ ضرورة ثبوت ولاية الحاكم على مثل ذلك ، بل صرح أكثر من عرفته بأنّه
 [كذلك] .

[٦] كما صرح به الفاضل^(٥) . لإطلاق دليله واستصحابه ، مع احتمال عدم ، بناءً على أنّه كوليّ الذات الذي لا تعريف مع
 الوصول إليه . وعلى كلّ حال فظاهر الأصحاب بقاء التعريف في مفروض المسألة . بل صرح به بعضهم^(٦) ؛ لإطلاق دليله الذي لا
 ينافيه التصرف المزبور فيه قبله . وهو المراد ممّا في معقد إجماع الغنية السابق^(٧) لا سقوط التعريف كما هو واضح .

[٧] كما عن الشيخ والفاضل التصريح بذلك كلّ^(٨) . لكن قد يناقش في تعيين ذلك بما عرفت من ثبوت الولاية للملتقط على
 فعل ذلك . ولعلّه لذا خيّر في محكيّ التحرير والدروس بين ذلك وبين فعله^(٩) . بل عن موضع من التذكرة ذلك
 أيضاً^(١٠) . بل في المسالك « هو حسن »^(١١) .

(١) جامع المقاصد ٦ : ١٦٥ . (٢) وهما خبر السكوني وآخر تقدّما في ص ٤٨٧ .

(٣) المبسوط ٣ : ٣٢٠ . المختصر النافع : ٢٦٤ . الارشاد ١ : ٤٤٢ . الدروس ٣ : ٨٧ .

(٤) (١٠) التذكرة ١٧ : ٢٣٤ - ٢٣٦ . (٥) التذكرة ١٧ : ٢٣٥ .

(٦) مفتاح الكرامة ٦ : ١٦٤ . (٧) الغنية : ٣٠٣ .

(٨) المبسوط ٣ : ٣٢٠ . القواعد ٢ : ٢١١ . (٩) التحرير ٤ : ٤٦٤ . الدروس ٣ : ٨٧ .

(١١) المسالك ١٢ : ٥١٩ .

[ولكن لا يتعين ذلك بل الولاية على فعل ذلك ثابتة للملتقط فيتحير بينه وبين فعل ذلك بنفسه]. وكيف كان فمن هذا القسم الثوب الذي لا يبقى إلى آخر الحول إلا مع مراعاته بالهواء ونحوه كالصوف، فيجب حينئذ مراعاته إلا أن ما لا يبذل في مقابله أجرة في العادة من العمل يجب على الملتقط تبرعاً إن لم يدفعه إلى الحاكم، والله العالم. (وفي جواز التقاط النعلين والإداوة والسوط خلاف، أظهره الجواز مع كراهية) [١].

(وكذا) [٢] يكره التقاط (العصا والشظاظ والودت والحبل والعقال وأشباهه من الآلات التي يعظم نفعها

[١] وفقاً للمشهور. بل لم يحك الخلاف في الثلاثة إلا عن صريح الحلبي وظاهر الصدوقين وابن حمزة وظاهر سائر في الإداوة وزيادة المخرصة^(١). وعلى كل حال فلا دليل لهم إلا خبر عبد الرحمن: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن النعلين والإداوة والسوط يجده الرجل في الطريق أين تنفع به؟ قال: «لا يمسّه»^(٢) ونحوه آخر^(٣). وهما وإن أمكن تصحيح سنديهما إلا أنهما مع ذلك قاصران عن إفادتهما على وجه يخرج به عن إطلاق ما دل على الجواز ممّا هو أولى من ذلك ممّا تكرر قيمته، كقوله عليه السلام في مرسل الصدوق «أفضل ما يستعمله الإنسان في اللقطة إذا وجدها أن لا يأخذها ولا يتعرض لها»^(٤) وغيره المعتضد بعمل الأصحاب عدا من عرفت. بل وخصوص حسن حريز عن أبي عبد الله عليه السلام «لا بأس بلقطة العصا والشظاظ والودت والحبل والعقال وأشباهه، قال: وقال أبو جعفر عليه السلام: ليس لهذا طالب»^(٥) بناءً على دخول الثلاثة في قوله عليه السلام: «وأشباهه» فضلاً عما هو كالتعليق له من قوله عليه السلام «ليس لهذا طالب» وإن كان فيه ما فيه كما تسمعه. ولكن عليه يستفاد منه عدم الكراهة أو عدم شدتها فيها، وهو منافٍ لفتوى المشهور. اللهم إلا أن يكون وجهه: أن فتوى من عرفت بالحرمة يوجب مزيد مرجوحية لالتقاطها وإن لم نقل بها. بل ربما كان في التقاطها مرجوحية أخرى إذا كانت من الجلود. بناءً على ما ذكره غير واحد من الحكم بكونه ميتة حينئذ وإن لم نقل به نحن إذا كان في أرض الإسلام. قال في المسالك هنا: «ولا يخفى عليك أن الأغلب على النعل أن يكون من الجلد، والإداوة بالكسر: هي المطهرة، وهي تكون من الجلد أيضاً وكذا السوط أيضاً، وإطلاق الحكم بجواز التقاطها إما محمول على ما لا يكون منها من الجلد، لأن المطروح منه مجهولاً ميتة، لأصالة عدم التذكية أو محمول على ظهور أمارات تدل على ذكاته، فقد ذهب بعض الأصحاب إلى جواز التعويل عليها، وإطلاق النهي عن مسّها يجوز أن يستند إلى ذلك، إلا أن الأصحاب فهموا منه خلافاً»^(٦). قلت: وكفى بفهمهم حجة على أن ما يوجد في أرض الإسلام وفيه أثر الاستعمال محكوم بكونه مذكي، ومنه خبر السفارة^(٧). وفي الرياض هنا نسبته إلى اتفاق النص والفتوى^(٨). وحينئذ يتجه عدم الاختصاص بالثلاثة بل هو في كل جلد وشبهه. وقد يقال: إن شدة الكراهة في الثلاثة لا اختصاصها بالنهي وإن كان هو جواباً للسؤال عنه، خصوصاً بعد التسامح في أدلة السنن. بل قد يقال: إن مراد المصنف ونحوه بيان أصل الكراهة. في مقابل القول بالحرمة. لا شدتها. نعم يرد ذلك على من صرح بها [= شدة الكراهة]. [٢] [إذ يظهر من السابق] الكلام في قوله [= قول المصنف ذلك]:

(١) الكافي: ٣٥٠. نقله عن الصدوقين في المختلف ٦: ٩٠. انظر الفقيه ٣: ٢٩٥، ج ٦- ٤٠٥٥. الويلة: ٢٧٨. المراسم: ٢٠٦.

(٢) الوسائل ٢٥: ٤٥٦، ب ١٢ من اللقطة، ح ٢. (٣) الوسائل ٢٥: ٤٥٧، ب ١٢ من اللقطة، ح ٣.

(٤) الفقيه ٣: ٢٩٧، ح ٤٠٦٤. الوسائل ٢٥: ٤٤٣، ب ٢ من اللقطة، ح ٩.

(٥) الوسائل ٢٥: ٤٥٦، ب ١٢ من اللقطة، ح ١. (٦) المسالك ١٢: ٥٢٠- ٥٢١.

(٧) الوسائل ٢٥: ٤٦٨، ب ٢٣ من اللقطة، ح ١. (٨) الرياض ١٢: ٣١٥.

وتصغر قيمتها [١]. (و) كيف كان في المختار [٢] إنه (يكراه أخذ اللقطة مطلقاً) بل في المتن [٣] (خصوصاً للفاسق) الذي لا يأمن على نفسه القيام بحدودها [٤]. وإن كان ستعرف ما فيه وأما لو علم الخيانة [٥]. [الظاهر

[١] بلا خلاف أجدّه في شيء من ذلك إلّا ما يحكى عن الحلبي أيضاً من حرمة الشطاط^(١) الذي لم نجد له ما يدلّ عليه بل في الحسنة المزبورة ما يدلّ على خلافه بل وعلى عدم الكراهة أو شدّتها في نحو ذلك بناءً على إرادة عدم الاعتناء بها من قوله لا يبيح فيها: «ليس لهذا طالب». اللهم إلّا أن يكون المراد منه أنّ الناس الملتقطين لا يطلبونه؛ لأنّه لا اكتساب فيه مع قلّة قيمته وكثرة نفعه فيكون كلاً مستقلاً، لا أنّه كالتعليل للأول. وربّما يؤيّد ما يظهر من المحكي عن المفيد من أنّ الوجه فيها أنّ قدّها قد يؤدّي إلى هلاك صاحبها، لأنّ الإداوة يحفظ ما يقوم به الرّمق والحداء يحفظ رجل الماشي من الزمانة والآفات والسوط يسير البعير، فإذا تلف خيف عليه من العطب^(٢). ومنه حينئذٍ يتّجه الكراهة في العنوان المزبور الذي ذكره المصنّف وغيره وإن كان هو كما ترى. ولعلّ الأولى الاكتفاء بفتوى من صرح بالشدّة للتسامح. وأما ما أرسله في المسالك من النهي^(٣) فلم تتحقّقه، هذا. ومن الغريب ما في التنقيح من أنّ تحقيق المقام في هذه أجمع الحرمة مع بلوغ النصاب، والكراهة الزائدة على كراهة أصل الالتقاط مع عدمه^(٤). إذ هو كما ترى يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، والله العالم.

[٢] [كما] قد عرفت سابقاً ما يدلّ على [ذلك].

[٣] [كما] و[في] غيره [ذلك].

[٤] وربّما كان في بعض نصوص لقطة الحرم نوع إيماء إليه.

[٥] ففي القواعد والدروس^(٥) وغيرهما الحرمة؛ لأنّ الأخذ الذي يكون وسيلة إلى الحرام حرام. لكن في التذكرة «إذا علم الخيانة من نفسه حرم، وأما الأمين في الحال إذا علم أنّه أخذها خان فيها وفسق فالأقرب الكراهة الشديدة دون التحريم»^(٦). ونحوه ما في التحرير من أنّه «لو علم الخيانة من نفسه فالأقرب شدّة الكراهة لا التحريم»^(٧). وهو كما ترى. بل في القواعد ولو خاف ففي الجواز نظر^(٨). بل في الإيضاح أنّ الأصحّ التحريم^(٩). وفي جامع المقاصد: إنه أولى. لأنّ الخوف من الوقوع في المحرّم الموجب للنار يجب دفعه باجتناب ما يقتضيه، ولأنّ الأمانة لا تليق لمن لا يثق بنفسه^(١٠). وإن كان فيه ما لا يخفى من عدم الحرمة. ولذا جزم بالكراهة في الدروس^(١١)، للأصل وعدم معلومية تحقق المانع. اللهم إلّا أن يثبت من دليل خارج في كلّ ما علم ترتّبها عليه بسوء اختياره أو يخاف من ذلك، كما ذكروه في وجوب النكاح على من يخاف على نفسه الوقوع في المحرّم باختياره مع الترك. بل ذكروه في غير ذلك من قبول الولاية من الجائر وفي تولّي القضاء ونحوه. بل لعلّ جملة من النصوص تشعر بذلك بل ربّما كانت ظاهرة فيه أو صريحة. هذا كلّه فضلاً عن احتمال انسياق إطلاق أدلّة الإذن بالالتقاط لغيره، فيحرم حينئذٍ للأصل. وبذلك كلّ ظهر لك الحال في جميع صور المسألة، وهي: الخيانة حال الالتقاط ولا ريب في الحرمة، والعلم بها بعد ذلك، والخوف منها بعد ذلك أيضاً وغيرها.

(١) (٢) ذكر في مفتاح الكرامة ٦: ١٥٨، أنّ المقداد نقل عن الحلبي ذلك ولكنه لم يرد في التنقيح والكافي الموجودين عندنا. المقننة: ٦٤٧-٦٤٨.

(٣) (٤) المسالك ١٢: ٥٢١. التنقيح ٤: ١١٩. (٥) القواعد ٢: ٢٠٨. الدروس ٣: ٩٣.

(٦) التذكرة ١٧: ١٧١-١٧٢. (٧) التحرير ٤: ٤٦٥. القواعد ٢: ٢٠٨.

(٨) (٩) الإيضاح ٢: ١٥١. (١٠) (١١) جامع المقاصد ٦: ١٤٨. الدروس ٣: ٩٣.

اللقطة / حكم ما يوجد في المفاوز أو في خربة أو مدفوناً ٤٩١

الحرمة في جميع صور المسألة وهي الخيانة حال الالتقاط والعلم بها بعد ذلك والخوف منها بعد ذلك أيضاً وغيرها].

(و) كيف كان فـ[خيل][١]: إنها (يتأكد) أيضاً (فيه مع العسر) الذي قد يكون سبباً لعدم وصولها إلى مالكلها لو ظهر بل [فيل]: [٢]. بتأكدها فيه أيضاً وإن لم يكن فاسقاً والأمر في ذلك كله سهل بعد التسامح وإلا فـ[مشكل]: [٣]. (ويستحب الإشهاد عليها) [٤].

وينبغي له أن يعرف الشهود بعض الصفات دون الجميع مخافة شياخ أمرها وربما احتمل ذكر جميع الصفات حتى يخلص من احتمال تملك الوارث مثلاً لو مات والأمر في ذلك سهل [٥]، والله العالم .
(مسائل خمس):

[حكم ما يوجد في المفاوز أو في خربة أو مدفوناً]:
(الأولى: ما يوجد في المفاوز أو في خربة قد هلك أهلها فهو لواجده ينتفع به بلا تعريف، وكذا ما يجده مدفوناً في أرض لا مالك لها) سواء كان عليه أثر الإسلام أو لا [٦].

[١] [كما] قد ذكر غير واحد [بذلك].

[٢] [كما] صرح بعض^(١) [بذلك].

[٣] [إذ] قد يشكل إثبات الحكم الشرعي بمثل ذلك، خصوصاً بعد صحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن اللقطة يجدها الفقير هو فيها بمنزلة الغني؟ فقال: «نعم قال: وكان علي بن الحسين عليه السلام يقول لأهله: لا تمسوها»^(٢) والله العالم .
[٤] إجماعاً في محكي الخلاف^(٣) وعند علمائنا في محكي التذكرة^(٤). وهو كذلك، فأني لم أجد خلافاً بيننا في عدم الوجوب.

نعم عن أبي حنيفة والشافعي في أحد قوليه ذلك^(٥). ولعله للأمر في المروي من طرقهم «من التقط لقطة فليشهد عليها ذاعداً أو ذوي عدل، ولا يكتم ولا يغيب»^(٦) الذي لولا التسامح في النذب وفتوى الأصحاب به - مؤيداً معه: بأن فيه صيانة للنفس عن الطمع فيها وحفظاً لها عن الخلط بماله لو عرض له عارض - لكان قاصراً عن إثباته فضلاً عن الوجوب .
[٥] وإن أطنب فيه بعض^(٧) العامة .

[٦] وفي النافع: «ما يوجد في خربة أو فلاة أو تحت الأرض فهو لواجده»^(٨).

(١) المسالك ١٢: ٥٢٢.

(٢) الوسائل ٢٥: ٤٤١، ب ١ من اللقطة، ح ٩، وفيه: «هي لأهلها لا تمسوها».

(٣) الخلاف ٣: ٥٨٠ - ٥٨١.

(٤) التذكرة ١٧: ١٧٣.

(٥) المجموع ١٥: ٢٥٨. المغني والشرح الكبير ٦: ٣٣٥، ٣٥٥.

(٦) مسند أحمد ٤: ٢٦٦. سنن البيهقي ٦: ١٨٧، ١٩٣.

(٧) انظر المزيز ٦: ٣٣٩ - ٣٤٠.

(٨) المختصر النافع: ٢٦٢.

ومزجه في الرياض « ما يوجد في أرض خربة قد جلا عنها أهلها بحيث لم يعرفوا أصلاً، أو في فلاة: أي أرض قفرة غير معمورة من أصلها، أو تحت الأرض التي لا مالك لها ظاهراً فهو لواجده فيملكه من غير تعريف إجماعاً إذا لم يكن عليه أثر الإسلام من الشهادتين أو اسم سلطان من سلاطينه، وعلى الأقوى مطلقاً وفقاً للنهاية والحلي وغيرهما ^(١) .

وفي الكفاية بعد أن ذكر الثلاثة التي في المتن قال: « والمشهور عدم الفرق بين أن يكون عليه أثر الإسلام أو لم يكن ^(٢) .

قلت: لم أتَحَقَّق الشهرة المزبورة فضلاً عن الإجماع؛ إذ المحكي عن المقتنع: « وإن وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لأهلها وإن كانت خراباً فهي لك ^(٣) .

وفي النهاية: « اللقطة على ضربين: ضرب منها يجوز أخذه، ولا يكون على من أخذه ضمانه ولا تعريفه، وهو كل ما كان دون الدرهم، أو يكون ما يجده في موضع خرب قد باد أهله واستنكر رسمه ^(٤) . ونحوه في التحرير ومحكي السرائر ^(٥) .

وقال فيها أيضاً: « وإن وجد كنز في دار انتقلت إليه بميراث عن أهله كان له ولشركائه في الميراث إن كان له شريك فإن كانت الدار انتقلت إليه بابتناع من قوم عَرَفَ البائع إن عرفه، وإلا أخرج خمسه إلى مستحقه وكان له الباقي، وكذلك من ابتاع بغيراً أو بقرة أو شاة فذبح شيئاً من ذلك فوجد في جوفه شيئاً له قيمة عَرَفَ مَنَ ابتاع ذلك الحيوان منه، فإن عرفه أعطاه وإن لم يعرفه أخرج منه الخمس وكان له الباقي، فإن ابتاع سمكة فوجد في جوفها دَرَّةً أو سبيكة أو ما أشبه ذلك أخرج منها الخمس، وكان له الباقي ^(٦) .

وفي المقنعة: « ومن وجد كنزاً في دار ^(٧) إلى آخر ما سمعته من النهاية .

وفي الوسيلة: « وإن وجد خافياً تحت الأرض في خراب لم يعرف له صاحب أخرج منه الخمس، والباقي له، وإن عرف له مالك عَرَفَ فإن عرف ردَّ عليه وإن لم يعرف أخرج منه الخمس على ما ذكرنا ^(٨) إلى آخر ما ذكره .

وعن الغنية: « وكذا إن وجد فيما لا يعرف له مالك من الديار الدارسة ^(٩) وإن كنت لم أتَحَقِّقه فيما حضرني من نسخها .

وعن فقه الراوندي: « وما يوجد في موضع خرب مدفوناً لا من أثر أهل هذا الزمان ^(١٠) .

وليس في شيء منها [= هذه الكتب] ذكر الثلاثة .

(١) الرياض ١٢: ٤١٥ - ٤١٦ .

(٢) كفاية الأحكام ٢: ٥٣٥ .

(٣) المقنعة: ٣٨٠ .

(٤) التحرير ٤: ٤٦٣ . السرائر ٢: ١٠١ .

(٥) المقنعة: ٦٤٦ .

(٦) النهاية: ٣٢٠ .

(٧) النهاية: ٣٢١ .

(٨) الوسيلة: ٢٧٨ .

(٩) فقه القرآن ١: ٣٩٥ .

(١٠) الغنية: ١٢٩ .

والأصل في ذلك :

١ - صحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام سأله عن الدار يوجد فيها الورق ؟ فقال : « إن كانت معمورة فيها أهلها فهو لهم ، وإن كانت خربة قد جلا عنها أهلها فالذي وجد المال أحق به » ^(١) .

٢ - وصحيحه الآخر عن أحدهما عليه السلام : سأله عن الورق يوجد في دار ؟ فقال : « إن كانت الدار معمورة فيها أهلها فهي لأهلها ، وإن كانت خربة فأنت أحق بما وجدت » ^(٢) .

٣ - وفي مرسل الفقيه : « وإن وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لأهلها وإن كانت خراباً فهي لمن وجدها » ^(٣) . وقد تقدم موثق إسحاق بن عمار المشتمل على قضية السبعين درهماً التي وجدها في بعض منازل أهل مكة ^(٤) . وليس في شيء منها ذكر المفازة ، بل لم أعر عليه في شيء من النصوص سوى ما سمعته من مرسل الفقيه أيضاً « فإن وجدت طعاماً في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله ، فإن جاء صاحبه فرد عليه القيمة » ^(٥) وبه عثر في المقنعة والنهاية ^(٦) وهو غير ما نحن فيه قطعاً .

فليس حينئذٍ إلا إلحاق القسمين بالخربة التي يمكن دعوى استفادة التعليل من تعليق الحكم عليه على وجه يشمل غيرها مما كان نحوها .

ومن هنا قال في الكفاية : « والرواية مختصة بالدار ، لكن لا يبعد استفادة التعليل منها ، فيلزم العموم ، وفيه أيضاً تخصيص بالورق ولم أجد أحداً من الأصحاب قال بأحد القيدين » ^(٧) .

وفي الرياض بعد ذكرهما « وأخصيتهما من المدعى - باختصاصهما بالورق والموجود في الدار الخربة ، فلا يعمان مطلق اللقطة ، ولا الموجود منها تحت الأرض وفي المفاوز - مدفوعة : بالإجماع المركب ، مع إمكان اندفاع الأخصية باعتبار الاختصاص بالأرض الخربة باستلزام ثبوت الحكم في لقطتها إياها فيما عداها بطريق أولى » ^(٨) .

وكأنه أخذ من المقدس الأردبيلي فإنه بعد أن ذكرهما قال : « والظاهر أن خصوصية الورق ، وكأنه إجماع » ^(٩) . هذا في الخربة وكأنه حمل عليه المفاوز ، فإن العلة هي كونها خربة وعدم أهلها فيها كما هو الظاهر منها ، بل المفازة أولى ؛ إذ الخربة كانت معمورة مسكونة في بعض المدة إلا أنه هلك وانجلى عنها بخلاف المفازة فإنها دائماً بلا أهل ، وكذا الأرض التي لا مالك لها .

(١) الوسائل ٢٥ : ٤٤٧ ، ب ٥ من اللقطة ، ح ١ .

(٢) الوسائل ٢٥ : ٤٤٧ ، ب ٥ من اللقطة ، ح ٢ .

(٣) الفقيه ٣ : ٢٩٧ - ٢٩٨ ، ح ٤٠٦٤ .

(٤) تقدم في ص ٤٦٩ .

(٥) الوسائل ٢٥ : ٤٤٣ ، ب ٢ من اللقطة ، ح ٩ .

(٦) المقنعة : ٦٤٧ . النهاية : ٣٢٢ .

(٧) كفاية الأحكام ٢ : ٥٣٥ .

(٨) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٤٧٥ .

(٩) الرياض ١٢ : ٤١٦ .

ومعلوم أنَّ هذا الحكم فيما إذا لم يعلم له مالك بالفعل معيَّن ولا غير معيَّن، وإلَّا فمع التعيين يجب دفعه إليه، ومع عدمه لقطة أو مال موجود بيد شخص تعذَّر صاحبه، فيتصدَّق به مثل المال المجهول صاحبه، ويسمَّى بردَ المظالم، وقد مرَّ مثله مراراً فتذكَّر.

ومعلوم أيضاً: أنَّ المراد عدم ملكية الخرابة وإلَّا فيعرَف المالك فالمالك إلى أن ينتهي إلى العارف فيأخذه، وإلَّا فهو لواجده [١].

[١] وفي بعض العبارات « يتصدَّق به ».

ومن ذلك كَلَّه يظهر لك أنَّه ليس الحكم كما اشتهر في عصرنا لفتوى بعض أجلَّائه: أنَّ جميع ما يوجد في المفازة - أي البرية - قفراً أو غيرها - وفي الدار الخربة وفي الأرض التي لا مالك لها مدفوناً لواجده بلا تعريف حتَّى لو علم مالكه^(١).

بل حكى بعض من أثق به: أنَّه سقط منه في السفر بعض أسبابه فعثر عليه بعض خدامه فجاء به إليه فامتنع منه لصيرورته ملكاً لواجده.

بل حكى لي أيضاً أنَّه إذا سقط منه شيء وهو واقف عليه فجاء به آخر إليه لا يأخذه منه حتى يستويه.

ولا ريب في أنَّ ذلك كَلَّه من تخريب الفقه. بل يمكن دعوى كون الضرورة على خلافه.

وظني أنَّ من ادَّعى الإجماع في المقام حكاها على مضمون عبارة المتن من غير تحقيق لها إلَّا أنه لما رآه^(٢) بعض الناس - كالمقداد في التنقيح وثاني الشهيدين في المسالك^(٣) - جعلوا الخلاف في مقابلة التقييد بأثر الإسلام وعدمه فظنَّ الإجماع على الفاقد لأثر الإسلام، وأنَّ الخلاف منحصر فيما كان عليه أثره، ثم اختار الإطلاق، وجعل كلَّ معلوم أنَّه لأهل ذلك الزمان ضائع منهم في المفازة والديار الدراسة لواجده وكذا المدفون في الأرض التي لا مالك لها ظاهراً.

وهذا كَلَّه من عدم إعطاء التأمل حَقَّه فيما ذكره سابقاً في السفرة الموجودة في المفازة التي صرَّحوا بتقويمها على نفسه وأنَّه يعزَّف التمن، وقد سمعت^(٤) حكمهم بكراهة التقاط الثلاثة والخبر الوارد فيها، وأنَّه « يجدها في الطريق » الظاهر في طريق الصحارى، كما سمعته من عبارة المقتعة.

وقال الفاضل في القواعد: « ولو التقط في الصحراء عزَّف في أي بلد شاء »^(٥) ونحوه في التحرير ومحكي المبسوط^(٦).

وفي جامع المقاصد تعليقه بـ « عدم أولوية بلد على آخر، ولا يجب أن يغيَّر قصده ويعدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع أو يرجع إلى مكانه الذي أنشأ السفر منه، نعم إن اجتازت قافلة عزَّفها فيهم، صرَّح بذلك كَلَّه المصنَّف في التذكرة وقال بعض الشافعية: يعزَّفها في أقرب البلدان »^(٧).

وقال في التذكرة: « ولو التقط في الصحراء فإن اجتازت به قافلة تبعهم وعزَّفها فيهم وإلَّا فلا فائدة في التعريف في المواضع الخالية ولكن يعزَّف عند الوصول إليها، ولا يلزمه أن يغيَّر قصده ويعدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع أو يرجع إلى مكانه الذي

(١) الرياض ١٢: ٤١٥ - ٤١٦. انظر كشف الغطاء ٤: ٢٠٢ أيضاً.

(٢) في بعض النسخ: « رأى ».

(٣) التنقيح ٤: ١٢١. المسالك ١٢: ٥٢٥.

(٤) تقدَّم في ص ٤٨٩.

(٥) القواعد ٢: ٢١١.

(٦) التحرير ٤: ٤٧٠. نقله في مفتاح الكرامة ٦: ١٦٣.

(٧) جامع المقاصد ٦: ١٦٥.

أنشأ السفر منه ، وقال بعض الشافعية : يعرفها في أقرب البلدان إليه ، نعم لو التقطها في منزل قوم رجع إليه وعرفها ، فإن عرفوها فهي لهم ، وإلا فلا ، لما روى إسحاق بن عمار أنه سأل الكاظم عليه السلام عن رجل نزل بعض بيوت مكة ... إلى آخره ^(١) » ^(٢) .

وفي الدروس : « فإن التقط في بركة عرف من يجده فيها ، وأتم إذا حضر في بلده » ^(٣) . إلى غير ذلك من كلماتهم التي ظاهرها المفروغية من ذلك لإطلاق أدلة اللقطة . واحتمال كون المراد من « الصحراء » غير المفاوز والأماكن الخربة كما ترى ، فإنه وإن قيل : إن المفاوز الأرض المهلكة وأنها سميت بذلك تَفْؤلاً بالنجاة ^(٤) ، بل قيل : إن الفلاة كذلك ^(٥) ، لكن قد عرفت تعليق حكم الطعام عليها في المرسل ^(٦) والمقنعة والنهاية ^(٧) ، ومن المعلوم إرادة مطلق البركة منها ، كما أنه علق حكم الشاة ونحوها على وجودها في الفلاة وليس المراد منها إلا البركة المقابلة للمعمور ، لا خصوص مكان مخصوص من البركة . على أن من الطرق المستعملة للناس ما هو مفاوز لا كلاً ولا ماء فيها ومهلكة لغير المستعد من غيرها وقد سمعت تصريحهم بوجود التعريف لما سقط فيها . بل الظاهر أن كثيراً من الأراضي كانت مسكونة في الأعصار السابقة كما تشهد به الآثار ، ومقتضى ذلك كون جميع ما يسقط فيها من الناس يحل لواجده ، لأنه الموجود في الخربة وفي المفاوز ، وهو شيء من الغرائب نسأل الله تعالى شأنه الإقالة من هذه العثرات . هذا كله مضافاً إلى اختلاف كلماتهم في محل البحث . فمنها ما سمعته . ومنها ما في قواعد الفاضل : « وما يوجد في المفاوز أو في خربة قد باد أهلها فهو لواجده من غير تعريف إن لم يكن عليه أثر الإسلام وإلا فللقطة على إشكال وكذا المدفون في أرض لا مالك لها » ^(٨) .

وفي التذكرة : « ما يوجد في المفاوز أو في خربة قد باد أهلها فهو لواجده من غير تعريف إن لم يكن عليه أثر الإسلام وإلا فهو لقطة وكذا المدفون في أرض لا مالك لها ، ولو كان لها مالك فهو له قضاء للبد » . إلى أن ذكر الصحيحين ^(٩) دليلاً على ذلك ، ثم قال : « ولا ينافي هذا ما رواه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام : « قضى علي عليه السلام في رجل وجد ورقاً في خربة أن يعرفها ، فإن وجد من يعرفها وإلا تمتع بها » ^(١٠) لأنه محمول على ما إذا كان لها مالك معروف أو كان على الورق أثر الإسلام » ^(١١) . ومقتضاه أن الموضوع في الأول ما لم يكن له مالك ، وهو ممّا يعلم أنه لأهل الزمان القديم .

وفي التحرير : « وكذا - مشيراً به إلى ما دون الدرهم - ما يجده في موضع خرب قد باد أهله واستنكر رسمه » ^(١٢) .

وفي التبصرة : « وما يوجد في فلاة أو خربة فلواجده ولو كان في مملوكة عرف المالك ، فإن عرفه فهو له ، وإلا فللواجد » ^(١٣) .

- (١) الوسائل ٢٥ : ٤٤٨ ، ب ٥ من اللقطة ، ح ٣ .
 (٢) مني المحتاج ٢ : ٤٠٩ .
 (٣) غريب الحديث ٢ : ٤٣ - ٤٤ .
 (٤) المقنعة : ٦٤٧ . النهاية : ٣٢٢ .
 (٥) الوسائل ٢٥ : ٤٤٧ ، ب ٥ من اللقطة ، ح ١ ، ٢ .
 (٦) الوسائل ٢٥ : ٤٤٨ ، ب ٥ من اللقطة ، ح ٥ .
 (٧) التذكرة ١٧ : ٢٧٣ - ٤٩٣ .
 (٨) القواعد ٢ : ٢١٢ .
 (٩) الوسائل ٢٥ : ٤٤٨ ، ب ٥ من اللقطة ، ح ٥ .
 (١٠) التذكرة ١٧ : ٢٧٣ - ٤٩٣ .
 (١١) التحرير ٤ : ٤٧٨ .
 (١٢) تبصرة المتعلمين : ١٠٧ .
 (١٣) التذكرة ١٧ : ٢٢٨ .
 (١٤) انظر لسان العرب ٥ : ٣٩٣ .
 (١٥) الوسائل ٢٥ : ٤٤٣ ، ب ٢ من اللقطة ، ح ٩ .
 (١٦) القواعد ٢ : ٢١٢ .
 (١٧) الوسائل ٢٥ : ٤٤٧ ، ب ٥ من اللقطة ، ح ١ ، ٢ .
 (١٨) التذكرة ١٧ : ٢٧٣ - ٤٩٣ .
 (١٩) التحرير ٤ : ٤٧٨ .

وفي الإرشاد: «المدفون في الأرض التي لا مالك له أو المفاوز أو الخربة فهو لواجده»^(١).

وعن المبسوط أنه فضل فقال: «إن كان مدفوناً عليه سكة الإسلام فلقطه، وإلا أخرج خمسه والباقي له»^(٢) وعن المختلف أنه استحسنة^(٣).

وفي الإيضاح بعد أن حكى عن النهاية وابن إدريس^(٤) عدم التعريف بما يوجد في موضع خرب لصحيح ابن مسلم^(٥) قال: «وأجاب المصنف بحمله على انتفاء سكة الإسلام أو بعد التعريف حولاً، وذهب في المبسوط إلى أنه لقطه مع أثر الإسلام عليه، لدلالته على سبق ملك المسلمين، وهو الأقوى عندي»^(٦).

وقال في التنقيح في شرح ما سمعته من عبارة النافع: «هذا قول الشيخ في النهاية وتبعه ابن إدريس، والمستند رواية محمد مسلم» إلى أن قال: «وقال في المبسوط واختاره العلامة: إن كان عليه سكة الإسلام فلقطه، وإلا أخرج خمسه والباقي له، وعليه الفتوى، لأنه مع وجود الأثر يثبت يد مسلم، فلا يحل إلا عن طيب نفسه أمّا مع عدمه فالأصل الإباحة، وعليه تحمل الرواية».

وقال أيضاً - فيما يوجد مدفوناً في الأرض المملوكة بشراء مثلاً -: «إنه يعرف المالك الأول، فإن عرفه فهو له من غير بينة ولا وصف»^(٧)، وإلا فإما أن يكون عليه أثر الإسلام أو لا، والأول لقطه إجماعاً، ويجب تعريفه، ولا يحل تملكه إلا بعد التعريف والثاني للشيخ فيه قولان: أحدهما: أنه لقطه، لانطباق تعريفها عليه، فيراعى فيه أحكامها من غير^(٨) اعتبار الدرهم والتعريف فيه، وثانيهما أنه لواجده، وعليه الخمس، والفتوى على ذلك لصديق الكنز عليه، وقد تقدم أن الكنز فيه الخمس، وهذا تحقيق هذه المسألة»^(٩).

وقال في اللمعة: «والموجود في المفازة والخربة ومدفوناً في أرض لا مالك لها ظاهراً يملك من غير تعريف إذا لم يكن عليه أثر الإسلام، وإلا وجب التعريف»^(١٠) ونسبه في الروضة إلى الأشهر^(١١). وفي الدروس «وكذا - أي دون الدرهم - ما يوجد في أرض لا مالك لها أو خربة باد أهلها وإن تجاوز الدرهم، وقيد في المبسوط ببقاء^(١٢) أثر الإسلام وإلا وجب تعريفه، وصحيفة محمد بن مسلم مطلقة، حيث قال: «وإن كانت خربة فأنت أحق بما وجدت»^(١٣) ويمكن حملها على الاستحقاق بعد التعريف فيما عليه أثر الإسلام»^(١٤).

وفي جامع المقاصد في شرح ما سمعته من عبارة القواعد «أي وإن كان عليه أثر الإسلام فاشكال ينشأ: من عموم صحيح

(١) الإرشاد ١: ٤٤٣. (٢) المبسوط ٣: ٣٣٧ - ٣٣٨.

(٣) المختلف ٦: ١٠٩. (٤) انظر النهاية: ٣٢٠. السرائر ٢: ١٠١.

(٥) الإيضاح ٢: ١٥٩. (٦) لم ترد في المصدر.

(٨) (٩) التنقيح ٤: ١٢٠، ١٢١. (١٠) اللمعة: ٢٢٥.

(١١) الروضة ٧: ١١٩ - ١٢٠. (١٢) في المصدر: «بانتفاء».

(١٣) الدروس ٣: ٨٦. (١٤)

(١) الارشاد ١: ٤٤٣.

(٣) المختلف ٦: ١٠٩.

(٥) الوسائل ٢٥: ٤٤٧، ب ٥ من اللقطة، ح ١.

(٧) في المصدر: «يعين».

(٩) التنقيح ٤: ١٢٠، ١٢١.

(١١) الروضة ٧: ١١٩ - ١٢٠.

(١٣) الوسائل ٢٥: ٤٤٧، ب ٥ من اللقطة، ح ٢.

محمّد ابن مسلم ومن أنّ أثر الإسلام يقتضي سبق يد للمسلمين، فيكون لقطة يجب تعريفه ويشكل بأنّ أثر الإسلام قد يصدر من غير المسلمين، إلّا أن يقال: إنّ ضميمه الدار إليه يؤيد كونه للمسلمين، ولأنّه أشهر وأقرب إلى يقين البراءة وعليه تنزّل رواية محمّد بن قيس عن الباقر (عليه السلام) ^(١) وهو الأقرب ويتحقّق أثر الإسلام بإحدى الشهادتين إذا كانت مكتوبة عليه، وكذا اسم سلطان من سلاطين الإسلام ونحو ذلك، وهذا إذا كان في بلاد الإسلام، كما سبق في الخمس ^(٢). إلى غير ذلك من عباراتهم التي هي - على اختلافها - أجنبية عمّا سمعته من أجلّ بعض أهل العصر، خصوصاً ما اشتمل منها على التفصيل بأثر الإسلام الذي منه يعلم عدم تملك اللقطة التي تكون من أموال أهل هذا الزمن في المفازة والخربة؛ ضرورة أولويتها ممّا عليه أثر الإسلام القديم.

بل ظاهرهم إقعاد قاعدة وهي: احترام مال المسلم، وأنّه لا يكون كالمباح نحو مال غير، لعموم ما دلّ ^(٣) على احترام ماله إلّا ما كان بعنوان الالتقاط المعروف.

ولذا اعتبروا في الذي يكون لواجده أن لا يكون عليه أثر الإسلام، ليستدلّ به على عدم الاحترام وإن كان في أرض الإسلام، بخلاف ما كان عليه أثره، أو فاقد الأمرين ولكن كان في أرضهم الملحق مافيها أيضاً بهم، فإنّه يبقى على الاحترام الذي يناسبه التعريف اللقطة أو غيره ممّا يخرج به عن كونه مباحاً لمن وجده، نحو الموجود في دار أهل الحرب الذي صرّح غير واحد بأنّه لواجد وإن كان فيه أثر الإسلام، تغليّباً للأرض على الأثر. وإن كان قد يشكل الفرق بينهما بالنسبة إلى ذلك. كما أنّه قد يشكل أصل القول بالتفصيل المزبور بعدم دليل عليه يعارض ما عرفت. سوى ما قيل من دلالة الأثر على سبق يد المسلم فيستصحب ^(٤)، ومن الجمع بين الصحيحين السابقين ^(٥)، والموتق: «قضى عليّ (عليه السلام) في رجل وجد ورقاً في خربة: أن يعرفها، فإن وجد من يعرفها وإلا تمتّع بها» ^(٦) بحمل الأوّلين على ما لا أثر عليه، والأخير على ما عليه الأثر.

وفيه - مع أنّ الأثر المزبور قد يصدر من غير المسلم، وفقد التكافؤ عدداً وسنداً، وكون الموتق فضيّة في واقعة واقتضائه حمل الصحيحين على الفرد النادر - أنّه لا شاهد عليه.

ومن ذلك يظهر لك أنّ الجمع [يكون] بحمل ما في الأوّلين على ما يوجد في تلك الأماكن ممّا هو معلوم أو ظاهر في أنّه للأعصر السالفة والموتق على الموجود فيها ممّا هو معلوم أو ظاهر لأهل ذلك الزمان؛ ضرورة كونه المناسب للأمر بتعريفها دون الأوّل الذي يمكن دعوى كونه من غير اللقطة، لعدم تحقق وصف الضياع فيه، وإنّما هو شيء جعله الشارع لواجده وإن كان عليه أثر الإسلام، بل لو علم كونه للمسلمين المنقرضين، ولذا كان العنوان في أكثر كلام الأصحاب «ما يجده» من دون وصف كونه لقطة بالمعنى المتعارف. وبذلك يظهر لك وجه إلحاق المفاوز والأرض التي لا مالك لها بالخربة التي لا مالك لها؛ ضرورة اتّحاد الجمع في الحكم المزبور. بل العامر كذلك أيضاً ولعلّ وجه التخصيص [بالخربة] غلبة ذلك فيها دونه.

(١) الوسائل ٢٥: ٤٤٨، ٥ ب من اللقطة، ح ٥.

(٢) جامع المقاصد ٦: ١٧٥، ١٧٦.

(٣) انظر الوسائل ٥: ١٢٠، ٣ ب من مكان المصلّي، ح ١، ٣. سنن البيهقي ٦: ١٠٠.

(٤) الروضة ٧: ١١٩.

(٥) الوسائل ٢٥: ٤٤٨، ٥ ب من اللقطة، ح ٥.

(٦) تقدّم في ص ٤٩٣.

[ويلحق العامر بهذه الثلاثة]. نعم لا فرق بين المدفون وغيره [١].
[ولا فرق في ذلك بين ما يدخل تحت اسم الكنز وعدمه].

[١] بل يتجه فيما دخل تحت اسم «الكنز» من المدفون التفصيل بأثر الإسلام وعدمه - فالأول لا يملكه واجده، والثاني لواجده وعليه الخمس - إن ثبت الإجماع الذي سمعته من التنقيح الذي يشهد له كلامهم في كتاب الخمس حتى ممن أطلق هنا، كالمصنف وغيره، فيكون المراد هنا حينئذٍ ما لا يدخل تحت اسم «الكنز».

وإن كان دون ذلك خبط القناد، بل لعل الظاهر خلافه كما هو المستفاد من الروضة والمسالك^(١).

بل تقدم لنا في كتاب الخمس تحقيق الحال في ذلك وأن القاعدة المزبورة لا تعارض إطلاق الدليل، نحو الموجود في جوف الدابة والسמكة الذي مقتضى إطلاق ما دل^(٢) عليهما كونه للواجد - وأنه من رزق الله تعالى - بعد إنكار البائع كونه له في الأول ومطلقاً في الثاني كما ستعرف.

بل مقتضاه أنه كذلك حتى لو علم كون ما فيها من أموال أهل زمن الواجد إلا أنه غير معين، بل هو من موضوع اللقطة فضلاً عن موضوع المسألة الذي هو معلوم أنه من مال أهل الأعصار السابقة الذي لا يعقل لزوم التعريف فيه بعد القطع بعدم ماله له يعرفه. وعلى كل حال فما أدري أن المعاصر المزبور من أين أخذ الحكم المذكور مدعيًا عليه الإجماع، حتى اشتهر في البلدان واستباحوا به كثيراً من الأموال التي يجدونها في الفلاة ولو طريق وغيره، مع أنك قد عرفت الانقصار على الموضع الخرب في كلام القدماء، بل وصفهم بكونه «قد اندرس أهله واستنكر رسمه» كالصريح في إرادة الموجود فيها مما كان تابعاً لها لساكنها. بل قد عرفت تصريح الراوندي^(٣) بذلك كما أنك قد سمعت^(٤) ما في مجمع البرهان من كون ذلك من المعلوم، بل سمعت ما جمع فيه الفاضل في التذكرة بين الصحيحين والموثق^(٥).

بل قد عرفت أن أول من زاد المفاوز والفلاة المصنف وتبعه بعض من تأخر عنه^(٦)، وأن ذلك لإشعار تعليق الحكم على الخبرة بالتعليل المقتضي للتعميم فيما هو كالخبرة من المال الذي يعلم عدم كونه لأهل زمن الواجد أو يشهد به الحال، لأن المراد ما يكون فيها من أموال الناس الموجودين الذي هو باقي على أصل الاحترام وعمومات الالتقاط أو حكم مجهول المالك أو غير ذلك. نعم ربما تكون مناقشة في الإلحاق المزبور وفي التفصيل بين المدفون وغيره في الأرض التي لا مالك لها أو مطلقاً، كما سمعته من الإرشاد وغيره وإن ذكر بعض الوجوه الاعتبارية له، مثل عدم العلم بكونه من القديم مع فرض كونه على وجه الأرض، بخلاف ما إذا كان مدفوناً ونحو ذلك مما يمكن منعه. إلا أن ذلك كله لا مدخل له فيما ذكرناه من تحقيق المقام الذي هو: كون المراد من ذلك بيان كون المال - الموجود في أمثال هذه الأماكن مما كان مملوكاً لأهل الأعصار السالفة - لواجده، كما هو السيرة والطريقة في نقل الأجر وغيره مما يجدونه في خربات الأوائل والأراضي التي لا مالك لها مخصوص بعتاد الإذخار فيها، ولعل هذه المسألة ليست من اللقطة وإنما هي مسألة مستقلة ذكرت فيها لمناسبة ما.

(١) الروضة ٧: ١١٩ - ١٢٠. المسالك ١٢: ٥٢٣ - ٥٢٤. (٢) الوسائل ٢٥: ٤٥٢ - ٤٥٣، ب، ٩، ١٠ من اللقطة.

(٣) تقدم في ص ٤٩٢.

(٤) تقدم في ص ٤٩٣.

(٥) التذكرة ١٧: ٢٢٨.

(٦) الارشاد ١: ٤٤٣.

[والمراد أنَّ المال الموجود في أمثال هذه الأماكن ممَّا كان مملوكاً لأهل الأعصار السالفة لواجده].
وليس المراد كلُّ ما يوجد من أموال أهل عصر الواجد - ساقطاً أو ضائعاً في هذه الأراضي أو في المفاوز أو مدفوناً في مسجد أو خان أو أرض مفتوحة عنوة أو موات - لواجده [١].
وبالجملة: فالمدار على ما عرفت من حلِّ ما يوجد من المال الذي اندرس أهله لواجده، دون غيره الذي يكون الاستيلاء عليه بعنوان الالتقاط أو مجهول المالك أو غير ذلك ممَّا لا يحلُّ به لواجده بمجرد وجدانه بل بالتعريف على الوجه المزبور أو بالصدقة به عن صاحبه أو نحو ذلك.
ولعلَّ الأصل في كلِّ ما شكَّ فيه - ولم يكن ثَمَّ شاهد حال يقتضي كونه لمن اندرس أو أهل العصر - الاحترام، فلا بدَّ من تعريفه إن كان لقطة، والفحص إن كان مجهول المالك، ثمَّ الصدقة به بعد اليأس أو الدفع إلى الحاكم [٢].

[١] ضرورة عدم دليل صالح لقطع ما دلَّ^(١) على احترام مال المسلم وأَنَّهُ كدمه وعرضه، بل لعلَّ الضرورة على خلافه، فإنَّه لم يسمع أنَّ من جملة أسباب الإباحة لأموال الناس المحترمة ذلك.
وما أبعد ما بين ذلك وبين الإقتصار في حلِّ ما دون الدرهم من ماله الضائع منه.
وأطرف شيء ما يحكى من الاستدلال بالصحيح الذي تقدَّم في الضالة وهو «من أصاب بعيراً أو مالا في فلاة قد كَلَّتْ وسيبها صاحبها لما لم تتبعه... إلى آخره»^(٢) الذي قد عرفت إرادة الدابة من «المال» فيه بقرينة التانيث، والإجماع على عدم حلِّ المال بمجرد وجوده في الفلاة على أَنَّهُ ظاهر في الإعراض.
نعم غيره من الخبرين السابقين^(٣) ظاهر في ملك من وجد دابة قد تركت من جهد في غير كلاً ولا ماء فأحياها، وقد ذكرنا أَنَّهُ أعمُّ من الإعراض، إلا أَنَّهُ مخصوص بالحيوان، فلا يشمل المال الصامت الموجود في فلاة إلا بالقياس الممنوع، خصوصاً مع الفارق بالإحياء - الذي أُشير إليه في النصوص -^(٤) المفقود في الفرض.
[٢] وقد يقال: إنَّ الأصل في الموجود في الخربة أن يكون من توابع سكَّانها حتى يعلم أَنَّهُ ليغرمهم، كما عساه يَوْمُء إليه الحكم في الصحيحين^(٥) بكون الموجود في المعمورة لأهلها، وإن كان هو مقيداً بما في موثَّق إسحاق^(٦) بما إذا لم ينكروه.
وفيه: أنَّ الظاهر تقييده بما إذا عرفوه والفرض انعدام الشرط - بانعدام أهله - فينعدم المشروط، فلا يحكم بكونه لهم ويبقى على أصل الاحترام.
ودعوى: اشتراطه بمعلومية سبب الاحترام يدفعها: أنَّ الظاهر كفاية وجوده في أرض الإسلام مع عدم شاهد حال يقتضي كونه لمن اندرس.

(١) الوسائل ١٢: ٢٨٠، ١٥٢ من أحكام العشرة، ح ٩. و ٢٩: ٢٠، ب ٣ من القصاص في النفس، ح ٣.

(٢) الوسائل ٢٥: ٤٥٨، ١٣ من اللفظ، ح ٢. تقدَّم في ص ٤٣٧.

(٣) تقدَّم في ص ٤٣٧.

(٤) انظر الوسائل ٢٥: ٤٥٧، ١٣ من اللقطة.

(٥) الوسائل ٢٥: ٤٤٧، ٥ من اللقطة، ح ٢٠.

(٦) الوسائل ٢٥: ٤٤٨، ب ٥ من اللقطة، ح ٣.

نعم لو كانت اللقطة في دار الحرب لم يكن لها احترام ، وكانت لواجدها [١] .
 (و) أما (لو كان لها) أي الأرض (مالك) معروف (أو بائع عزفه ، فإن عرفه فهو أحق به ، وإلا فهو لواجده) [٢] .

[١] على ما صرح به غير واحد . ووجهه واضح .

ولكن في الدروس تقييد ذلك بما إذا لم يكن فيها مسلم^(١) . وكأنه أخذ ما سمعته في حكم اللقيط . وفيه نظر . وعلى كل حال فهو أمر آخر . كما أن ما ذكرناه في كتاب الخمس في تحرير مسألة الكنز كذلك . وربما اقتضى ما سمعته هنا ملك الواجد له . بعد العلم بكونه لمن اندرس ولو من المسلمين ، ويجب عليه فيه الخمس - إن لم يكن إجماعاً منهم على عدم ملك الواجد له بعد العلم بكونه من كنوز أهل الإسلام ، كما هو الظاهر من كلامهم في كتاب الخمس . وعليه يتجه حينئذ تقييد كلامهم هنا بغير الكنز الإسلامي أو على أن المراد من الدفن ما لا يتحقق به اسم الكنز ، كالدفن بالانهدام ونحوه . وإن كان الآن لنا شك في تحقق الإجماع المزبور على وجه يخرج به عن إطلاق الصحيحين^(٢) القاطع لقاعدة احترام مال المسلم مؤيداً بالسيرة المستمرة على ذلك . وقد تقدم لنا بعض الكلام في كتاب الخمس جرياً منا على ما ذكرناه هناك الذي لا يخلو من مخالفة لما هنا في الجملة ، فلا حظ وتأمل ، والله العالم . هذا كله فيما ذكرناه من الثلاثة .

[٢] كما صرح به غير واحد . بل قيل لا خلاف فيه^(٣) ؛ بل في الغنية الإجماع عليه إذا لم يكن عليه أثر الإسلام^(٤) . للصحيحين^(٥) في الحكم الأول ، بل وموثق إسحاق بن عمار المشتمل على السبعين ديناراً^(٦) . بل ظاهرهم عدم اشتراط البينة والوصف .

بل مقتضى الصحيحين الحكم بكونه له وإن لم يعرفه . بل لعل ذلك مقتضى اليد أيضاً ، إلا أنه لم أجد عاملاً بهما على هذا الوجه كما اعترف به في الرياض^(٧) . ولعله لما في الموثق من سؤال أهل المنزل لعلهم يعرفونها ، قلت : فإن لم يعرفوها قال : « تصدق » . إلا أنه كما ترى مشتمل على الأمر بالتصدق به لا أنه يكون لواجده كما أفتى به الجماعة . وربما حمل^(٨) على الاستحباب أو غيره جمعاً . وفيه : أنه لا معارض له ؛ ضرورة عدم دليل على كونه للواجد كي يجمع بينهما . وإرساله له في المسالك^(٩) لم نتحققه ، بل الظاهر أنه توهم دلالة الصحيحين المعلوم خلوهما عن الحكم بكونه للواجد مع عدم معرفة المالك له . بل لعل مقتضى الأصل عدمه أيضاً إذا كان من المعلوم أنه لأهل زمان الواجد أو مشكوكاً فيه . ولعله لذا حكي عن التحرير الإشكال بكونه للواجد^(١٠) .

(١) الدروس ٣ : ٩١ .

(٢) (٥) (٦) الوسائل ٢٥ : ٤٤٧ - ٤٤٨ ، ب ٥ من اللقطة ، ح ١ ، ٢ ، ٣ ، ولكن فيه : « درهماً » بدل « ديناراً » .

(٣) (٧) (٨) الرياض ١٢ : ٤١٨ .

(٤) الغنية : ١٢٩ - ١٣٠ .

(٥) المسالك ١٢ : ٥٢٥ .

(٦) التحرير ١ : ٤٣٦ .

[ولو كان من أهل زمان الواجد أو مشكوكاً فيه فلا يحكم بكونه للواجد].

نعم لو علم أنه للقديم أمكن حينئذ القول بكونه لواجده [١].

[وإن لم يكن من المال القديم كان لقطة مع تحقق وصف الضياع ولو بشاهد الحال وإلا كان من مجهول المالك

أو بحكمه يدفع إلى الحاكم أو يتصدق به].

ثم إن ظاهر المصنف [٣] عدم الفرق في ابتداء التعريف بين القليل والكثير [٤].

[١] بناءً على ما ذكرناه في الموجود في الخربات ونحوها من التعليل الشامل لنحو الفرض .

أو يقال يدل عليه صحيح الدابة الآتي^(١) بناءً على حصول القطع بعدم الفرق بينها وبين الأرض .

وإن كان هو محلاً للنظر ، بل إن لم يكن إجماعاً أمكن منعه في الدابة إذا كان المال معلوماً أنه لأهل زمان الواجد ؛ ضرورة

كونه مالاً ضائعاً ، فيندرج تحت موضوع اللقطة ، والأصل احترام مال المسلم ، بل لعله كذلك في المشكوك فيه للأصل المزبور .

نعم لو علم كونه من القديم اتفق أكل الدابة له بالرعي في المباح ونحوه اندرج حينئذ فيما قلناه في الخربات .

بل ربما يؤيد ذلك ما في التنقيح من الإجماع على أن ما في الأرض المملوكة لقطة إذا كان عليه أثر الإسلام وأنكره

المالك^(٢) ، وليس هو إلا للأصل المزبور .

مع أن الأثر المفروض لا يقتضي كونه لأهل زمان الواجد فيرد عليه حينئذ نحو ما سمعته سابقاً في الموجود في الخربة مما

كان عليه أثر الإسلام السابق .

بل في الرياض استظهر عدم تمامية الإجماع ناسباً له إلى الظاهر المستفاد من الروضة والمسالك^(٣) حيث أجريا الخلاف

السابق فيه في المسألة ، ثم قال : « فالإطلاق أصح »^(٤) .

قلت : قد يقال : إن المتجه - مع عدم هذا الإجماع والإجماع على كونه للواجد مطلقاً - ما قلناه سابقاً من كونه له إذا كان من

المال القديم وإلا كان لقطة مع تحقق وصف الضياع ولو بشاهد الحال ، وإلا كان من مجهول المالك أو بحكمه يدفع إلى الحاكم أو

يتصدق به .

[٣] وغيره كما اعترف به غير واحد .

[٤] للأصل واختصاص ما دل على تملك الأول من غير تعريف باللقطة ، وهذا ليس منها . لكن في الرياض « إنما يصح هذا

على المختار من عدم الفرق بين ما عليه أثر الإسلام وغيره ، ولا يصح على غيره ؛ لكون ما عليه الأثر منها عند القائل

بالفرق بينهما . وحكى في التنقيح قولاً عن الشيخ بكون مالا أثر فيه لقطة إذا لم يعرفه المالك ولا البائع أيضاً . ويدفعه

النص جداً »^(٥) .

(١) يأتي في ص ٥٠٣ .

(٢) التنقيح ٤ : ١٢١ .

(٣) انظر الروضة ٧ : ١٢١ . المسالك ٢ : ٣٠٤ .

(٤) الرياض ١٢ : ٤١٨ .

(٥) الرياض ١٢ : ٤١٩ .

قلت: إنّما الكلام في التعريف ابتداءً لمالك الأرض، ولا ريب في عدم الحكم بكونه لقطة حينئذٍ، نعم لو أنكره ففيه البحث السابق. ويتّجه حينئذٍ تملك القليل منه إذا كان عليه أثر الإسلام وتحقّق فيه وصف الضياع من أهل زمان الواجد، ويعرّف الكثير منه. أمّا مع عدم تحقّقه فيه - للدفن ونحوه ممّا يقتضي عدم كونه ضائعاً - فهو من مجهول المالك أو بحكمه على حسب ما عرفته سابقاً.

وأما ما لا أثر عليه فإن شهد الحال بكونه لمن تقدّم من الأعصار السالفة فهو لواجدته حتى لو كان مستعيراً للأرض أو مستأجراً [١].

وإن لم يشهد الحال بذلك، بل علم كونه من مال أهل زمن الواجد - ولو لثور أحد قبله عليه أو كونه مالا له بشراء ونحوه يداً - عن يد فإن تحقّق فيه وصف الضياع كان لقطة، وإلا فبحكم مجهول المالك.

وأما مع الشك في أنّه من أهل زمن الواجد أو غيرهم ففيه البحث السابق، ولعلّه يختلف الحكم باختلاف فرض موضوعه. وقد تقدّم في كتاب الخمس كثير من الفروع المتعلّقة في المقام بالنسبة إلى ترتّب المالك وتعدّدهم واتّفاقهم واختلافهم، فلاحظ وتأمل. نعم بقي شيء وهو أنّ [الظاهر أنّ الحكم بكون المال للواجد في المقام يشترط فيه أن يكون مدفوناً ولا يتعدّى إلى غير المدفون] [٢].

[١] وما عن الخلاف من أنّه «إذا وجد ركازاً في دار ملك لمسلم أو ذمي فليس له التعرّض إجماعاً»^(١) محمول على غير المعلوم عدم تملكه له بوجه من الوجوه، كما هو واضح.

[٢] [كما أنّ ظاهر عبارة المتن وغيره فرض موضوع المسألة في المدفون، بل في الروضة التصريح بأنّه «لو وجده في المملوكة غير مدفون كان لقطة إلا أنّه يجب تعريف المالك فإن ادّعاها فهو له وإلا عرفه»^(٢) وربما يؤيده ما تسمعه^(٣) من الخبر المشتمل على الحكم بكون ما يجده صاحب الدار في داره ممّا هو ليس له ويدخلها غيره لقطة يجب تعريفها.

لكن في الرياض مازجاً عبارة النافع قال: «ولو وجده في أرض لها مالك أو بائع ولو كان ما وجد فيها مدفوناً عرفه المالك أو البائع فإن عرفه وإلا فهو للواجد»^(٤). ومقتضاه عدم الفرق في الحكم المزبور بين كونه مدفوناً أو ظاهراً بل أولوية الثاني من الأوّل بذلك. ولا ينافي ذلك تصريحه في أثناء المسألة بكونه ليس من اللقطة، لأن مراده باعتبار كونه محكوماً بأنّه لواجدته لا أنّه ليس من موضوعها وهو - كما ترى - في غاية الإشكال، بل لعلّه من المنكرات بين المتشعّرة. وإن كان قد يشهد له أنّ الحكم فيما نحن فيه بأنّه للواجد إنّما جاء من صحيح الدابة الذي لا ريب في كون موضوعه مندرجاً تحت موضوع اللقطة بعد إنكار البائع له وكون المال من أهل هذا الزمن. إلا أنّ الإنصاف عدم الجراءة على الحكم المزبور بمثل ذلك، خصوصاً بعد الصحيح الآتي^(٥) في الدار والصندوق المؤيد بأصالة احترام مال المسلم. وممّا ذكرنا يظهر لك النظر في كثير من الكلمات في المقام مع خلع حبل التقليد والنظر بعين الإنصاف وعدم الالتفات إلى دعوى الإجماع بفتوى ثلاثة من الفقهاء أو أربعة، وخصوصاً مع تعدّد الكتب منهم فإن في ذلك إفساداً للفقّه، والله الهادي والموفق والمسّد.

(٢) الروضة ٧: ١٢١.

(١) الخلاف ٢: ١٢٣.

(٤) الرياض ١٢: ٤١٧ - ٤١٨.

(٣) (٥) يأتي في ص ٥٠٨.

(وكذا) يعرفه المالك أو البائع (لو وجده في جوف دابة ولم يعرفه البائع) فإنه يكون للواجد [١].
[بلا فرق بين ما عليه أثر الإسلام وغيره]. (أما لو وجده في جوف سمكة فهو لواجده) [٢].

[١] كما صرح بذلك كله غير واحد. بل يظهر من جماعة الإجماع عليه.

بل عن التذكرة نسبتها إلى علمائنا^(١). كما عن المذهب البارع والمقتصر الإجماع على تعريف البائع^(٢).

والأصل في ذلك صحيح عبد الله بن جعفر: كتبت إليه أسأله عن رجل اشترى جزوراً أو بقرة للأضاحي، فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم أو دنائير أو جوهر لمن يكون ذلك؟ قال: فَوَقَّعَ بِإِثْنَيْ : «عَرَفَهَا الْبَائِعُ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ يَعْرِفُهَا فَالْشَّيْءُ لَكَ، رَزَقَكَ اللَّهُ إِيَّاهُ»^(٣). وإن أُبْدِ^(٤) بأنه مع معرفة البائع يقتضي سبق اليد وظهور اعتلائها له من ماله، بعد كونه في الصحراء. بل في الروضة: «أَنَّ ظَاهِرَ النَّصِّ وَالْفَتْوَى عَدَمَ الْفَرْقِ بَيْنَ مَا عَلَيْهِ أَثَرُ الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهِ»^(٥).

وفي المدارك: «أُطْلِقَ الْأَصْحَابُ مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَ مَا عَلَيْهِ أَثَرُهُ وَغَيْرِهِ، بَلِ الظَّاهِرُ كَوْنُ الدَّرَاهِمِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ مَسْكُوكَةً بِسَكَّةِ الْإِسْلَامِ»^(٦) لكن في جامع المقاصد: «يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ مَعَ وَجُودِ أَثَرِ الْإِسْلَامِ يَكُونُ لِقِطْعَةٍ، لَكِنِ الصَّحِيحَةُ عَلَى خِلَافِهِ»^(٧) بل هو الذي استقر عليه رأيه في مسألة السمكة، وقال: «هُوَ الَّذِي يَقْتَضِيهِ النَّظَرُ»^(٨) بل قيل: «هُوَ خَيْرَةُ الْمَخْتَلَفِ وَالْمَسَالِكِ فِي الْخَمْسِ وَالرُّوْضَةِ فِي الْبَابَيْنِ»^(٩) بل عن الأول نفي البعد عن القول بوجوب التعريف لما يجده في بطن الدابة مطلقاً، سواء كان عليه أثر الإسلام أم لا^(١٠).

قلت: قد ذكرنا ذلك كله وغيره في كتاب الخمس، ويتجّه أيضاً إن لم يكن إجماعاً ما ذكرناه من التفصيل. ويحمل حينئذٍ قوله بِإِثْنَيْ: «هُوَ لَكَ رَزَقَكَ اللَّهُ إِيَّاهُ» على ما بعد التعريف إذا كان لقطة. كل ذلك للأصل الذي عرفته.

إلا أن الإنصاف لظهور الصحيح المزبور في خلاف ذلك كله ولا يبعد الجمود عليه من غير تمنية، والله العالم.

[٢] كما صرح به جماعة. بل نسبته غير واحد إلى إطلاق الأصحاب. ولعله للنصوص^(١١) الذي ذكرناها في كتاب الخمس المشتملة على ملك المشتري لما وجده في جوفها من الدرّتين. إلا أنها نصوص ضعيفة وخاصة بما يوجد في جوفها ممّا هو مخلوق في البحر ويعلم عدم كونه من مال البائع. نعم هناك احتمال ملك الصائد له بالحيازة بناءً على عدم اشتراط النية الذي يشهد له هذه النصوص. ولعله إلى ذلك أشار الفاضل هنا بعد الحكم بكون ما في جوفها لواجده بقوله: «وَتَحْتَهَا دَقِيقَةٌ»^(١٢) لكن قد يمنع هنا صدق الحيازة باعتبار عدم علمه به وعدم كونه من أجزاء السمكة فاشتغال يده حينئذٍ عليه كاشتغال يد النائم لا يوجب ملكاً، لعدم حصول الحيازة، وهذا أمر آخر غير اشتراط النية، كما أشرنا إليه سابقاً. وحينئذٍ يتجّه ملك الواجد له إذا كان الموجود من هذا القبيل كما تضمّنته النصوص المزبورة.

(١) التذكرة ١٧: ٢٧٥. (٢) المذهب البارع ٤: ٣١٢. المقتصر: ٣٥٥.

(٣) الوسائل ٢٥: ٤٥٢، ب ٩ من اللقطة، ح ١، في المصادر: «كتبت إلى الرجل» يدل «كتبت إليه».

(٤) كما في مفتاح الكرامة ٦: ١٧٨. (٥) الروضة ٧: ١٢٢.

(٦) المدارك ٥: ٣٧٣. (٧) جامع المقاصد ٦: ١٧٧، ١٧٩.

(٨) المختلف ٦: ٩٥. (٩) مفتاح الكرامة ٦: ١٧٨.

(١٠) انظر الوسائل ٢٥: ٤٥٣، ب ١٠ من اللقطة. (١١) القواعد ٢: ٢١٢.

[ويَتَجَه ملك الواجد له إذا كان الموجود ممّا هو مخلوق في البحر ويعلم عدم كونه من مال البائع].
 أمّا إذا كان من أموال الناس فيتَجَه فيه ما ذكرناه من التفصيل بأنّه لواجده مع العلم بكونه من القديم، وكونه لقطة مع العلم بكونه من مال أهل زمن الواجد، ومع الشكّ يجري فيه الكلام السابق.
 ولا ريب في أنّ الأحوط عدم ملك الواجد له [١].
 ولكن هل يكون لقطة؟ وجهان أشرنا إليهما سابقاً.
 وعلى كلّ حال فلا وجه لتعريف البائع بعد العلم بعدم كونه من أمواله. بل لعلّه كذلك في الدابة إذا فرض انتقالها عن ملكه حين انتقالها إليه فلم تأكل من ماله شيئاً.
 نعم لو فرضت السمكة في ماء محصور للبائع يمكن التقاطها لما يسقط من ماله أنّجه حينئذٍ تعريفه، وإلّا كان مالاً ضائعاً بعد العلم بكونه من مال أهل زمن الواجد [٢].

[١] للأصل الذي عرفته.

[٢] ولكن في محكيّ المراسم إطلاق التعريف قال: «إنّ ما يوجد في بطون ما يذبح للأكل والسموك إن انتقل إليه بميراث أو من بحر أخرج خمسة والباقي ملكه، فإن انتقل إليه بالشراء عرّف ذلك البائع، فإن عرفه رده إليه وإلّا أخرج خمسة والباقي له»^(١).

بل في محكيّ السرائر: «لا فرق بين الحيوان المذبوح والسمكة إذا وجد في جوفها شيئاً في أنّه يجب تعريفه للبائع قلّ عن الدرهم أو أكثر، فإن عرفه وإلّا أخرج خمسة وكان له الباقي، لأنّ البائع باع هذه الأشياء ولم يبع ما وجده المشتري فلذلك وجب تعريف البائع»^(٢).

ولا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه.

بل وما في تحقيق الفاضل في المحكي من مختلفه من: «أنّ الموجود إمّا أن يكون عليه أثر الإسلام أو لا، فإن كان وجب تعريفه من البائع وغيره، لسبق ملك المسلم عليه، ويكون حكمه حكم اللقطة، لأنّه مال مسلم ضائع، فوجب التعريف حولاً؛ إذ الحيوان هنا كالآلة، وإن لم يكن عليه أثره فليس ببعيد من الصواب القول بوجوب التعريف لما يجده في بطن السمكة ممّا ليس البحر أصله، أمّا إذا كان أصله البحر فلا بأس»^(٣).
 بل عن أبي العباس اختياره في كتابيه^(٤).

بل عن المهذب منهما: «أنّ المستند إجماع علمائنا وإطلاق سَلار يحمل على التفصيل ولا عبرة بندوق ابن إدريس»^(٥).

وعن التذكرة نفي البأس عنه، ولكن قال: «ما كان أصله البحر للصياد»^(٦).

بل وكذا ما عن موضع من التحرير من أنّه «لو اصطاد سمكة فوجد فيها ذرة فيّ له، فإن باعها الصياد ولم يعلم

(١) المراسم: ٢٠٦. (٢) السرائر: ١٠٦.

(٣) المختلف ٦: ٩٥ - ٩٦. (٤) المقنن: ٣٥٥. المهذب البارع ٤: ٣١٢.

(٥) المهذب البارع ٤: ٣١٢ - ٣١٣. (٦) التذكرة ١٧: ٢٧٥ - ٢٧٦.

فيه قولان: أحدهما أنه يعرفها البائع، فإن طلبها كان له أخذها، وهو الوجه عندي، والثاني للمشتري، وكذا لو وجد فيها غيرها^(١) أو شيئاً مما يخلق في البحر، ولو وجد دراهم أو دنائير فالوجه أنها لقطة، فإن وجدها الصياد لزمه التعريف، وإن وجدها المشتري فعليه التعريف» ثم قال: «وأطلق علماؤنا القول في ذلك، فأوجبوا تعريف البائع، فإن عرفها فهي له وإلا أخرج خمسه وحل له الباقي»^(٢).

ولم أتحرّق ما ذكره من النسبة المزبورة إلى العلماء، بل لعلّ المحقّق خلافها، بل وكذا ما في التنقيح من «أن ما عليه أثر الإسلام في بطن السمكة يجب تعريفه، وما ليس عليه أثره فإن اشترطنا في تملك المباحات النية فهو للواجد وإن لم نشترط نظرنا في الغالب من حال الحيوان والغالب من الدابة تبتلع من دار البائع والسمكة من البحر، وقد تنعكس لكنّه نادر» إلى أن قال: «فالفقوى إذن على ما ذكره الشيخان»^(٣).

بل وكذا ما في جامع المقاصد من «أنّ الذي يقتضيه النظر أنّ ما في جوف السمكة المأخوذة من غير المياه المحصورة وليس عليه أثر ملك مالك للواجد على ظاهر مذهب الأصحاب، وما عداه لقطة»^(٤).

إلى غير ذلك من كلماتهم التي لا توافق تمام ما ذكرناه. حتى ما في الرياض: فإنه - بعد أن حكى عن المتأخرين كافة أنه لواجهه وخصّ الخلاف بالديلمي والحلي خاصة - قال: «ومبنى الخلاف على الاختلاف في اشتراط النية في تملك المباحات وعدمه، فعلى الأول يقوى الأول، وعلى الثاني يقوى الثاني - ثم مال إلى الأول مستظهراً من المختلف الإجماع عليه - لكون المأخوذ مباحاً في الأصل، فإذا حيز مع النية ملك، هذا مضافاً إلى اعتضاده بالنصوص»^(٥) المستفيضة المروية في الوسائل في الباب عن الكافي وقصص الأنبياء والأماشي وتفسير مولانا العسكري عليه السلام لتضمّنها تقريرهم لكثير في تصرّفهم فيما وجده في جوفها بعد الشراء من دون تعريف على ما هو الظاهر منها وأسانيدها وإن كانت قاصرة إلا أنها بالشهرة منجبرة، فلا وجه للقول الثاني»^(٦).

إذ هو كما ترى؛ ضرورة عدم اختصاص ما يوجد في جوف السمكة بالمباح حتى يكون بناء الحكم في المسألة على الخلاف المزبور الذي قد عرفت الترجيح فيه، وأنه وإن لم يشترط النية إلا أنه لا بدّ من قصد الحيابة للمباح، وهو مفقود في الصائد دون الواجد؛ إذ الدرة ليس من أجزاء السمكة.

وأما النصوص فظاهرها الاختصاص بالمباح، وهي شاهدة على ما ذكرناه.

فمنها خبر أبي حمزة المروي في الكافي عن أبي جعفر عليه السلام في حديث «إن رجلاً عبداً من بني إسرائيل كان محارفاً فأخذ غزلاً فاشتري به سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة فباعها بعشرين ألف درهم فجاء سائل فدقّ الباب، فقال له الرجل: أدخل فدخل فقال له: خذ أحد الكيسين فأخذ أحدهما وانطلق، فلم يكن بأسرع من أن دقّ السائل الباب، فقال له الرجل: أدخل فدخل، فوضع

(١) في المصدر بدلها: «غيره».

(٢) التحرير ٤: ٤٧٥.

(٣) التنقيح ٤: ١٢٢.

(٤) جامع المقاصد ٦: ١٧٩.

(٥) انظر الوسائل ٢٥: ٤٥٣، ب ١٠ من اللقطة.

(٦) الرياض ١٢: ٤٢٠ - ٤٢١.

الكيس في مكانه ثم قال : كل هنيئاً مريئاً أنا ملك من ملائكة ربك ، إنما أراد ربك أن يبلوك فوجدك شاكراً ، ثم ذهب ^(١) .
ومنها خبر حص بن غياث المروي عن قصص الأنبياء للراوندي عن أبي عبد الله عليه السلام « كان في بني إسرائيل رجل وكان محتاجاً ، فألحت عليه امرأته في طلب الرزق فابتهل إلى الله في الرزق فرأى في النوم : أيتها أحب إليك درهمان من حل أو ألفان من حرام ؟ ! فقال : درهمان من حل ، فقال : تحت رأسك فانتبه فرأى الدرهمين تحت رأسه ، فأخذهما واشترى بدرهم سمكة وأقبل فلما رآته المرأة أقبلت عليه كاللائمة وأقسمت أن لا تمسها ، فقام الرجل إليها فلما شق بطنها إذا بدرتين فباعهما بأربعين ألف درهم ^(٢) » .

وخبر أبي حمزة المروي عنه أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام ما يقرب من الأول ، وحاصله أنه « كان في بني إسرائيل عابد محارف تنفق عليه امرأته ، فدفعت إليه يوماً غزلاً ليشتري به شيئاً ، فجاء إلى البحر فإذا هو بصياد قد اصطاد سمكاً كثيراً ، فأعطاه الغزل ، وقال له : انتفع به في شبكتك ، فدفع إليه سمكة فأخذها وجاء إلى زوجته ، فلما شققتها بدت من جوفها لؤلؤة ، فباعها بعشرين ألف درهم ^(٣) » .

ومنها خبر الزهري المروي عن الأمالي عن علي بن الحسين عليه السلام في حديث « إن رجلاً شكاً إليه الدين والعيال فيكي ، وقال : أي مصيبة أعظم على حرّ من أن يرى على أخيه المؤمن خلّة فلا يمكنه سداها - إلى أن قال - : قال علي بن الحسين عليه السلام قد أذن الله في فركك ، يا جارية احلمي إليه سحوري وفطوري ، فحملت قرصتين فقال للرجل : خذهما فليس عندنا غيرهما ، فإن الله يكشف بهما عنك ويربك خيراً واسعاً فيهما ثم ذكر أنه اشترى سمكة باحداهما وبالأخرى ملحاً ، فلما شق بطن السمكة وجد فيها لؤلؤتين فاخرتين ، فحمد الله عليهما ، ففرع بابه فإذا صاحب السمكة وصاحب الملح يقولون : جهدنا أن نأكل من هذا الخبز فلم تعمل فيه أسناننا فقد ردنا إليك هذا الخبز وطيبنا ما أخذته منا ، فما استقرّ حتى جاء رسول علي بن الحسين عليه السلام وقال : إنه يقول : إن الله قد أتاك بالفرج فاردد إلينا طعمانا ، فإنه لا يأكله غيرنا ، وباع الرجل اللؤلؤتين بمال عظيم قضى منه دينه وحسنت بعد ذلك حاله ^(٤) » .

ومنها المروي في تفسير العسكري عليه السلام في حديث طويل إن رجلاً فقيراً اشترى سمكة فوجد فيها أربعة جواهر ثم جاء بها إلى رسول الله ﷺ وجاء تجار غرباء فاشتروها منه بأربعمئة ألف درهم ، فقال الرجل : ما كان أعظم بركة سوقي اليوم يا رسول الله ، فقال له رسول الله ﷺ : « هذا بتوفيرك محمداً وتوفيرك علياً أخاه ووصيه ، وهو عاجل ثواب الله لك ، وريح عملك الذي عملته » ^(٥) . وجميعها - مع أنه في مقام الإعجاز - ظاهرة في المباح ؛ إذ احتمال كون اللؤلؤة مملوكة سابقاً مقطوع بعدمه . وعلى كلّ حال فالتحقيق ما عرفت .

(١) الكافي ٨ : ٣١٦ ، ح ٥٨٥ . الوسائل ٢٥ : ٤٥٣ ، ب ١٠ من اللفظة ، ح ١ .

(٢) قصص الأنبياء : ١٨٤ ، ح ٢٢٤ . الوسائل ٢٥ : ٤٥٣ ، ب ١٠ من اللفظة ، ح ٢ .

(٣) قصص الأنبياء : ١٨٥ ، ح ٢٢٩ . الوسائل ٢٥ : ٤٥٤ ، ب ١٠ من اللفظة ، ح ٣ .

(٤) الوسائل ٢٥ : ٤٥٤ ، ب ١٠ من اللفظة ، ح ٤ .

(٥) الوسائل ٢٥ : ٤٥٥ ، ب ١٠ من اللفظة ، ح ٥ .

ونحوه يجري فيما يوجد في جوف الدابة من هذا القبيل ، كما أنّ ما يوجد في جوف السمكة من المال المملوك حكمه ما عرفت [١] .

[لو أودعه لص مالاّ وعلم أنّه ليس للمودع]:

المسألة (الثانية: من أودعه لصاً مثلاً (مالاً وهو يعلم أنّه ليس للمودع) بعد أن قبضه أو قبله - بناءً على جواز الاستيلاء عليه بعنوان الحفظ لصاحبه وردّه عليه أو أتمّ وفعل - (لم) يجز له أن (يردّه عليه) مع اختياره (مسلماً كان) للصّ (أو كافراً) [٢] . (ف) - المتّجه حينئذٍ أنّه (إن عرف مالكه دفعه إليه وإلاّ كان حكمه حكم اللقطة) عند المصنّف [٣] . (ولكنّ الظاهر كونه مجهول المالك ويجب التعريف عليه حتى يحصل اليأس من مالكه، وهو قد

[١] هذا ، وقد تقدّم لنا في كتاب الخمس جملة من الكلام في هذه المسائل قد جربنا بها على ما عند الأصحاب هناك فلاحظ وتأمل ، والله العالم .

[٢] بلا خلاف ولا إشكال ؛ لكونه حينئذٍ مخاطباً برّدّه إلى مالكه أو من يقوم مقامه ، ولحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه الذي منه الرّد إلى الصّ ، ولا ينافي ذلك سبق خطاب الرّد للصّ بعد تعلّق الخطاب بمن قبض أيضاً .

[٣] وجماعة ؛ لخبر حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام : سأله رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللصّ مسلم هل يرّد عليه ؟ قال : « لا يرّدّه فإن أمكنه أن يرّدّه على صاحبه فعل وإلاّ كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرّفها حولاً ، فإن أصاب صاحبها ردّها عليه وإلاّ تصدّق بها ، فإن جاء صاحبها بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم ، فإن اختار الأجر فله وإن اختار الغرم غرم له وكان الأجر له »^(١) . وفي المسالك : « أنّ مضمونه موافق للأصول الشرعية ، فإنّه بعد التعريف يصير مالاّ مجهول المالك ، وقد تقدّم أنّه يجوز الصدقة به عن مالكه ، ولا يقدح زيادة التعريف هنا ، لأنّه زيادة في الاستظهار والتفحص على المالك »^(٢) . وفيه : أنّ مجهول المالك لا يحدّ بتعريف السنة ، وليس هو زيادة استظهار ؛ إذ الظاهر وجوب التعريف عليه حتى يحصل اليأس من مالكه ، وهو قد يحصل بأقلّ من السنة وبأكثر . قال الصادق عليه السلام في خبر ابن وهب : في رجل كان له على رجل حقّ ففقد ولا يدرى أين يطلبه ؟ ولا يدرى أحقّ هو أم ميت ؟ ولا يعرف له وارثاً ولا نسباً ولا ولداً ؟ قال : « أطلب ، قال : إنّ ذلك قد طال فأصدّق به ؟ قال : أطلبه »^(٣) . وفي الكافي « وقد روي في هذا خبر آخر « إن لم تجد له وارثاً وعلم الله منك الجهد فتصدّق به » »^(٤) . على أنّ مقتضى إطلاق المصنّف جواز تملكه لها بعد التعريف ، لعموم المنزلة ، ولا ريب في كونه غير حكم مجهول المالك . وإن كان قد يناقش : بمنع العموم المزبور بعد تعيينه بالتعريف حولاً ثمّ الصدقة بها المشعر أو الظاهر يكون المراد من التنزيل ذلك . ولعلّه لذا ذكرها المصنّف في كتاب الوديعة^(٥) مقتصرأ على الصدقة بها ، من دون قوله : « كاللقطة » ، وقد تقدّم الكلام هناك في المسألة . وتبه بقوله : « مسلماً كان أو كافراً » على عدم اختصاص الحكم بالأول وإن كان هو المورد في الرواية ، إلاّ أنّ الظاهر كونه على المثال .

(١) الوسائل ٢٥ : ٤٦٤ ، ب ١٨ من اللقطة ، ح ١ ، وفيه : « طلبها ، بدل صاحبها » .

(٢) المسالك ١٢ : ٥٢٧ ، وفيه : « من مالكه ، بدل على مالكه » . (٣) الوسائل ٢٦ ، ب ٢٩٧ ، ب ٦ من ميراث الخشي ، ح ٢ .

(٤) قاله الصدوق لا الكليني . انظر الفقيه ٤ : ٣٣١ ، ح ٥٧١١ . الوسائل ٢٦ : ٣٠١ ، ب ٦ من ميراث الخشي ، ح ١١ ، وفيه : « عرف ... بها » .

(٥) الشرائع ٢ : ١٦٤ - ١٦٥ .

يحصل بأقل من السنة وبأكثر]. بل لا فرق [في اللص] بين محترم المال وعدمه بعد العلم بعدم كونه مالاً له والأصل احترام مال بلد الإسلام حتى يعلم [١]. [ولا ريب في كون الأحوط الدفع إلى الإمام. ولا تسلط للمالك بعد عدم الرضا بالصدقة على نفس العين لو كانت موجودة في يد من تصدق عليه، وإنما له الغرم على الفاعل دونه]. [لو وجد في داره مالاً لا يعرفه]:

المسألة (الثالثة): من وجد في داره أو في صندوقه مالاً ولا يعرفه (أنه له أو لغيره) فإن كان يدخل الدار غيره أو يتصرف في الصندوق سواء فهو لقطة وإلا فهو له [٢].

[١] وكيف كان فما عن المفيد وسأل: أنه يتصدق بخمسها على مستحق الخمس والباقي على فقراء المؤمنين^(١) غير واضح الوجه. نعم ما عن ابن إدريس: من دفعها لإمام المسلمين - ولا يجوز له التصديق بها - لأنه تصرف في مال الغير غير إذنه وهو منهي عنه^(٢) - لا يخلو من وجه بناءً على مذهبه من عدم العمل بأخبار الآحاد. بل قد يناقش بإطلاق ما دل على الأمر^(٣) بالصدقة بمجهول المالك على وجه يظهر منه أن ذلك حكمه، لا أنه إذن من الإمام عليه السلام في ذلك.

ولكن مع ذلك لا ريب في كون الأحوط الدفع إليه، خصوصاً بعد ظهور كلماتهم في كونه الولي في مثل ذلك. بل في خبر داود بن أبي يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال له رجل: إني أصبت مالاً وإني خفت فيه على نفسي فلو أصبت صاحبه دفعته إليه وتخلصت منه فقال أبو عبد الله عليه السلام: «لو أصبتك كنت دفعته إليه؟ فقال: إي والله، قال: فلا والله ما له صاحب غيري فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره، قال: فحلف، قال: فذهب وقسمه في إخوانك ولك الأمن عما خفت منه، قال: فقسمه بين إخوانه»^(٤) بناءً على أن المراد لا ولاية لأحد عليه إلا لي من حيث كونه مجهول المالك، فتأمل جيداً.

بقي شيء - وهو أن ظاهر الخبر المزبور بل وغيره من أخبار اللقطة يقتضي عدم تسلط المالك - بعد عدم الرضا بالصدقة - على نفس العين لو كانت موجودة في يد من تصدق عليه، وإنما له الغرم على الفاعل دونه وهو مناف لقاعدة الفضولي، ولعله لكونه ولياً على ذلك مأموراً به شرعاً ومقتضاه حينئذ عدم التخيير له، ولكن ثبت بالنصوص، فتأمل جيداً، والله العالم.

[٢] بلا خلاف أجد فيه بين من تعرض له كالشيخ والفاضلين والشهيد والكركي^(٥) وغيرهم على ما حكي عن بعضهم. بل في جامع المقاصد نسبته إلى إطلاق الأصحاب^(٦). وفي الرياض نفى ظهور الخلاف فيه^(٧). والأصل فيه صحيح جميل عن الصادق عليه السلام قلت له: رجل وجد في بيته ديناراً؟ قال: «يدخل منزله غيره؟ قلت: نعم كثير، قال: هذه لقطة، قلت: فرجل وجد في صندوقه ديناراً؟ قال: فيدخل أحد يده في صندوقه غيره أو يضع فيه شيئاً؟ قلت: لا، قال: فهو له»^(٨). المؤيد بالظاهر مع عدم مشاركة الغير، فإنه قد يعرض له النسيان.

(١) المقنعة: ٦٢٦ - ٦٢٧. المراسم: ١٩٣ - ١٩٤. (٢) السرائر ٢: ١٠٧.

(٣) انظر الوسائل ٢٥: ٤٥٠، ب ٧ من اللقطة. (٤) الوسائل ٢٥: ٤٥٠، ب ٧ من اللقطة، ح ١.

(٥) النهاية: ٣٢٢. هنا والمختصر النافع: ٢٦٤. الإرشاد ١: ٤٤٣. القواعد ٢: ٢١٢. الدروس ٣: ٨٧. المسالك ١٢: ٥٢٩. جامع المقاصد ٦: ١٨٠.

(٦) جامع المقاصد ٦: ١٨٠.

(٨) الوسائل ٢٥: ٤٤٦، ب ٣ من اللقطة، ح ١ مع اختلاف في اللفظ.

(٧) الرياض ١٢: ٤٢١.

نعم لو قطع بانتفائه عنه لم يحكم بكونه له [١].

[وقد يقال: إن الأصل - بمعنى الظاهر - في كل ما كان في بيته وداره أن يكون له حتى يعلم عدمه].

[١] إذ احتمال أنه رزق جعله الله في ماله لا يعول عليه في مثل ذلك .

بل يمكن منع دلالة الخبر عليه كالفتاوى بعد كون المتيقن منهما حال عدم العلم الذي ليس وراء شيء ، وعليه المدار في جميع الأحكام.

لكن في الرياض : « قد يشكل بعد إطلاق النص والفتوى مع عدم صدق اللقطة على مثله ظاهراً ، فمتابعة الإطلاق لعلها أولى ، ولا ينافيه القطع بالانتفاء ، فقد يكون شيئاً بعثه الله تعالى ورزقه إياه »^(١) .
وفيه : ما لا يخفى .

هذا ، وفي المسالك : « وإطلاق الحكم بكونه لقطة مع المشاركة يقتضي عدم الفق بين المشارك في التصرف وغيره فيجب تعريفه حولاً ، وهو يتم مع عدم انحصاره ، أما معه فيحتمل جواز الاقتصار عليه ، لانحصار اليد وجوب البداية بتعريفه للمشارك ، فإن عرفه دفعه إليه ، وإلا وجب تعريفه حينئذ تمام الحول كاللقطة »^(٢) . بل في الرياض - بعد أن حكى عن بعض أنه احتل الأزل قوياً ؛ لأنه بعدم اعتراف المشارك بصير كما لا مشارك له فيه - قال : « وهو حسن يمكن تنزيل إطلاق النص والفتوى عليه »^(٣) .
والأصل في ذلك الكركي قال : « وينبغي أن يقيد بما إذا كان المشارك غير محصور ، فإن كان محصوراً وجب تعريف المشارك خاصة ، لكن يشكل كونه ملكاً له إذا لم يعرفه مع كونه لا يعرفه ، ولذلك أطلق الأصحاب »^(٤) .

قلت : قد يقال : إن الأصل - بمعنى الظاهر - في كل ما كان في بيته وداره أن يكون له حتى يعلم عدمه . كما يقضى به صحيحاً الخبرة^(٥) الظاهران في أن المال مع كونها معمورة لهم . والمؤنق^(٦) يقيدهما بما إذا لم ينكروا بناءً على إرادته من قوله **لَوْ كَانَ** فيه : « إذا لم يعرفوه » بل لو لا ظهور اتفاق الأصحاب على كونه لقطة - مع مشاركة غير المحصور شركة لا تنافي كون اليد له - أشكل ذلك بعدم تحقق وصف الضياع فيه ، فلا يجب تعريفه عليه . ولعله لذا قال الأردبيلي : « وأيضاً ظاهر أن التعريف للمشاركين ، ومن يحتمل كونه لهم على وجه الإعلام لا تعريف اللقطة »^(٧) ، وإن كان هو خلاف ظاهر النص والفتوى ، بل وما ذكرناه من الأصل الذي مقتضاه الحكم بكونه له مع فرض كون المشاركة إنما هي في الدخول والخروج وإلا فالدار داره واليد يده وكذا الصندوق .

وفي الروضة : « لا فرق في وجوب تعريف المشارك هنا بين ما نقص عن درهم وما زاد ، لاشتراكهم في اليد بسبب التصرف - قال - : ولا يفتقر مدعيه منهم إلى البينة ولا الوصف ، لأنه مال لا يدعيه أحد ولو جهلوه جميعاً فلم يعترفوا به ولم ينفوه فإن كان الاشتراك في التصرف خاصة فهو للمالك منهم ، وإن لم يكن فيهم مالك فهو للمالك وإن كان الاشتراك في الملك والتصرف فهم فيه سواء »^(٨) .

ولعله للأصل الذي ذكرناه فيتجه حينئذ الاقتصار في الخروج منه على الدار التي يدخلها كثير دون غيرها .

(١) الرياض ١٢ : ٤٢٢ . (٢) المسالك ١٢ : ٥٢٩ .

(٣) جامع المقاصد ٦ : ١٨٠ . (٤) الوسائل ٢٥ : ٤٤٧ ، ح ٥ من اللقطة ، ح ١ ، ٢ .

(٦) الوسائل ٢٥ : ٤٤٨ ، ح ٥ من اللقطة ، ح ٣ . (٧) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٤٨٢ .

(٨) الروضة ٧ : ١٢٥ .

[وَأَمَّا يَتَجَه كونه لقطة في خصوص الدار التي يدخلها كثير دون غيرها].

نعم يَتَجَه - مع ثبوت اليد - الاشتراك إلا أن تزيد يد أحدهما على الآخر قوّة [١].

[عدم تملك اللقطة قبل التعريف سنة]:

المسألة (الرابعة: لا يملك) الملتقط (اللقطة) التي هي ممّا تبقى (قبل) تعريف (الحول ولو نوى ذلك) [٢].

بل الظاهر ضمانه حينئذٍ بالنيّة المزبورة [٣] وإن كان له تملكها مع ذلك إذا عرّفها التعريف المعتبر مصاحباً

للنيّة المزبورة، كما ستعرفه إن شاء الله تعالى في الأحكام.

(و) كذا (لا) يملكها أيضاً (بعد) تعريف (الحول ما لم يقصد التملك^(١)) [٤].

وعلى كلّ حال فالمراد توقّف تملكها بعد تعريف الحول على القصد [٥].

[١] كما أوماً إليه ثاني الشهيدين بما سمعت، فتأمل جيّداً، فإنّ المسألة في غاية الغموض، وكلامهم فيها غير محرّر، والله العالم.

[٢] إجماعاً بقسميه؛ للأصل وغيره.

بل يمكن دعوى القطع بدلالة النصوص^(٢) المستفيضة أو المتواترة.

[٣] بناءً على أنّ مثلها خيانة - كالوديعة - أو مقتضية لانتفاء الإذن شرعاً في قبضها ولو الاستدائي، فتكون مضمونة.

[٤] بل ويتلفظ بقول: «تملكت» في قول، بل ويتصرّف معها في آخر على ما في المسالك^(٣) حاكياً له عن الشيخ^(٤). وإن كنا لم نتحقّقه، نعم هو محكي عن بعض العامة^(٥).

[٥] كما هو خيرة الشيخ في محكي المبسوط وموضعين من الخلاف وابني حمزة وزهرة والتقي والفاضلين والآبي والفخر والشهيدين والكركي وأبي العباس^(٦) وغيرهم على ما حكي عن بعضهم.

بل في المسالك^(٧) وغيرها نسبته إلى الأشهر كنسبته إلى الأكثر في المختلف^(٨).

بل في الروضة نسبته إلى المشهور^(٩)، بل عن الغنية الإجماع عليه^(١٠).

بل هو لازم ما سمعته من التخيير بين الثلاثة الذي قد عرفت ما يدلّ عليه من الإجماع المحكي والنصوص^(١١) وغيرهما.

(١) في الشرائع: «التملك».

(٢) انظر المسالك ١٢: ٥٣١ - ٥٣٢.

(٣) انظر النهاية: ٣٢٠.

(٤) الحاوي الكبير ٨: ١٥. المجموع ١٥: ٢٦٧.

(٥) المبسوط ٣: ٣٢٣. الخلاف ٢: ١١١. الخلاف ٣: ٥٧٧، ٥٨٤. الوسيلة: ٢٧٨. الغنية: ٣٠٣. الكافي: ٣٥٠ - ٣٥١. المختصر النافع: ٢٦٤.

الارشاد ١: ٤٤٣. القواعد ٢: ٢١١. كشف الرموز ٢: ٤١٣. الإيضاح ٢: ١٥٧. الدروس ٣: ٨٧. اللزمة: ٢٢٥. المسالك ١٢: ٥٣٠. جامع

المقاصد ٦: ١٦٩ - ١٧٠. المختصر: ٣٥٦.

(٨) المختلف ٦: ٨٦، ٨٩.

(٩) الروضة ٧: ١٢٦.

(١٠) الغنية: ٣٠٣.

(١١) انظر الوسائل ٢٥: ٤٤١، ب ٢ من اللقطة.

(و) لكنَّه مع ذلك (قيل) (١): (يملكها بعد التعريف حولاً وإن لم يقصد) [٢].

[١] والقائل ابن إدريس^(١).

[٢] مدعيًا عليه إجماع الفرق وأخبارهم وإن كنّا لم نعرفه لغيره صريحاً. نعم في الدروس نسبته إلى ظاهر المقنعة والنهاية وإلى الصدوقين^(٢)، بل قال فيها: «إنَّه الأشهر».

ولكن في المقنعة: «وإن كان الموجود في غير الحرم عرّفه سنة فإن جاء صاحبه وإلا تصرف فيه الذي وجده، وهو له ضامن»^(٣).

ونحوها المحكي من عبارة المراسم^(٤). ولا ظهور فيهما بذلك.

كما أنّه ليس في النهاية والمحكي عن الصدوقين^(٥) إلا التعبير بما في النصوص من كونها «كسبيل المال». الذي لا صراحة فيه بل ولا ظهور؛ ضرورة احتماله أمانة كسبيل المال خصوصاً بعد ما سمعت من اشتغال بعض النصوص على ما يؤكّد ذلك.

مقول أحدهما عليه السلام في الصحيح: «وإلا فاجعلها في عرض مالك يجري عليه ما يجري على مالك حتى يجيء لها طالب فإن لم يجيء لها طالب فأوص بها في وصيتك»^(٦).

وخصوصاً بعد ورود مثل ذلك في مجهول المالك المعلوم إرادة ذلك فيه، كما في الموثّق سأل حفص الأعور أبا عبد الله عليه السلام وأنا عنده جالس قال: إنّه كان لأبي أجير كان يقوم في رحاه، وله عندنا دراهم، وليس له وارث؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: «يدفع إلى المساكين، ثم قال: رأيك فيها، ثم أعاد عليه المسألة، فقال له مثل تلك فأعاد عليه المسألة ثالثة، فقال أبو عبد الله عليه السلام: تطلب له وارثاً، فإن وجدت وارثاً وإلا فهو كسبيل مالك، ثم قال: وما عسى أن يصنع بها، ثم قال: توصي بها، فإن جاء لها طالب وإلا فهي كسبيل مالك»^(٧).

ورواه في الفقيه عن هشام بن سالم قال: سألت حفص الأعور أبا عبد الله عليه السلام وأنا حاضر فقال: كان لأبي أجير وكان له عنده شيء فهلك الأجير ولم يدع وارثاً ولا قرابة وقد ضقت بذلك ذرعاً فكيف أصنع؟ قال: «رأيك المساكين رأيك المساكين، فقلت: جعلت فداك إنّي قد ضقت بذلك، فكيف أصنع؟ قال: هو كسبيل مالك، وإن جاء طالب أعطيته»^(٨).

بل الأمر بالجعل في الصحيح الأول أقل مراتبه الإباحة، وذلك يستدعي أن يكون المأمور به مقدوراً، وهو لا يجتمع مع الملك قهراً.

(١) السرائر ٢: ١٠٢، ١٠٤.

(٢) الدروس ٣: ٨٧ - ٨٨.

(٣) المقنعة: ٦٤٦.

(٤) المراسم: ٢٠٦.

(٥) النهاية: ٣٢٠. ونقله عن علي بن بابويه المختلف ٦: ٩٥. المقنع: ٣٧٩.

(٦) وما نقله موجود في خبر ابن مسلم عن الباقر عليه السلام، والموجود في المنقول عن أحدهما بعضه. انظر الوسائل ٢٥: ٤٤٤، ٤٤٢، ب ٢ من اللقطة،

ح ٣، ١٠.

(٧) الوسائل ٢٦: ٢٥٤، ب ٤ من ولاء ضمان الجريرة، ح ٧.

(٨) الفقيه ٤: ٣٣٠، ح ٥٧٠٨. الوسائل ٢٦: ٣٠١، ب ٦ من ميراث الخنثى، ح ١٠.

وما في الرياض - « من أنه إنما يتم لو كان المأمور به جعلها مالا وليس ، فإن جعله في عرض المال غيره ، كما صرح به في المختلف »^(١) - لا حاصل له على وجه يطل به الاستدلال على المطلوب ؛ ضرورة تماميته على تقدير الكناية بذلك عن جعلها أمانة بقربة ما بعده أو التملك الاختياري .

اللهم إلا أن يراد من جعلها في عرض المال الكناية عن صيورتها من أموالك فلا يكون الأمر مراداً به شيئاً من معانيه وهو كما ترى .

وأوضح من ذلك قوله عليه السلام في الصحيح الذي قدّمناه سابقاً في مسألة التخيير « يعرفها سنة ، فإن لم يعرف حفظها في عرض ماله حتى يجيء صاحبها فيعطيه إياه ، وإن مات أوصى بها وهو ضامن »^(٢) ؛ ضرورة منافاة الأمر بحفظها للملك القهري .

ومن الغريب ما في الرياض من ردّه بقوة احتمال أن يكون قوله عليه السلام « فإن لم يعرف » بالتشديد ولا كلام فيه ، لا بالتخفيف المبني عليه الاستدلال^(٣) فإنه يمكن الجزم بعدمه بملاحظة سياق غيره من النصوص ، وإن كان قد ذكره بعض المحشّين على التهذيب معترفاً بكونه منافياً للظاهر ، موجّهاً به ما اشتمل عليه من الضمان لها ، زاعماً أنّ ترك التعريف يوجبه^(٤) .

وهو كما ترى ليس بأوّل من إبقائه على سياق غيره من النصوص مع حمل الضمان على إرادة تأدية العين أو إذا لم يوص بها أو غير ذلك ممّا لا ينافي الأوّل .

وبذلك كلّ ظهر لك ما في دعوى^(٥) ظهور [قوله عليه السلام :] « كسبل مالك » في التملك القهري مؤيداً بما في بعضها مع ذلك « يجري عليها ما يجري على مالك »^(٦) الظاهر في جريان جميع أحكام ماله عليه ، ومن جملتها وجوب الزكاة بعد حوّل الحول إذا كانت نقداً ، وهذه إحدى ثمرات النزاع التي تترتب عليه .

وبأن مقتضى التشبيه الاتفاق في جميع الأحكام إلا أن يكون منها فرد متبادر ينصرف إليه وليس ، ويكفي في التغاير - المصحح للتشبيه - غير الأحكام من نحو تغاير الماهية أو غيرها .

إذا لا يخفى عليك - بعد الإحاطة بما ذكرناه في مسألة التخيير وفي المقام - ما في ذلك كلّ ، بل لو سلم ظهورها في ذلك لأمكن أن يقال بوجوب تنزيلها على إرادة الاختيار ، جمعاً بينها وبين غيرها ممّا دلّ على ذلك .

وأغرب شيء دعوى^(٧) صحّة إجماع ابن إدريس وصحّة النسبة إلى لأشهر في الدروس^(٨) بعد ما عرفت . ولعلّه لذا قال المصنّف : [ذلك] .

(١) الرياض ١٢ : ٤٢٣ .

(٢) تقدّم في ص ٤٤٨ .

(٣) الرياض ١٢ : ٤٢٤ .

(٤) انظر حاشية سلطان في الوافي ١٧ : ٣٤١ ، ذيل ١٧٣٧٩ - ١٦ .

(٥) كما في الروضة ٧ : ١٢٨ - ١٢٩ .

(٦) الوسائل ٢٥ : ٤٤٤ ، ب ٢ من اللقطة ، ح ١٠ .

(٧) الرياض ١٢ : ٤٢٤ - ٤٢٥ .

(٨) انظر السرائر ٢ : ١٠٣ ، الدروس ٣ : ٨٧ - ٨٨ .

(وهو بعيد) [١].

[١] مضافاً إلى الأصل وظهور التخيير للمالك في الصدقة؛ إذ احتمال كونها بمال الملتقط خلاف الظاهر.

كظهور قوله ﷺ في النبوي: «فشأنك فيها»^(١) في ذلك أيضاً، وإلى غير ذلك.

ودعواه^(٢) الإجماع وتواتر الأخبار لم تتحققها، بل في المختلف الجزم بخطئها، قال: «فإن أكثر الأصحاب قالوا: إنه لا يملك إلا بالنية بل أبو الصلاح جعل الاحتفاظ وعدم التملك أولى، والأخبار إنما تنطق بما قلناه»^(٣).

بقي الكلام فيما عن الخلاف من أنها لا تدخل في الملك إلا باختياره بأن يقول: «قد اخترت ملكها»^(٤).

قيل: «ووافقه عليه التقي و»^(٥) أبو الصلاح وهو ظاهر التذكرة في موضعين»^(٦).

فإنه وإن كان مقتضى الأصل ذلك؛ إذ القول بأن حصول الملك لا شك فيه - وتوقفه على سبب لا يستدعي سبباً معيناً، والأصل عدم التعيين، وذلك دليل على الاكتفاء بالنية فلا يستقيم نفي الدليل على ثبوت الملك بها وليس الدليل منحصراً في الإجماع - لا حاصل له، إذا لم يرجع إلى دعوى ظهور النصوص في عدم اعتبار غير النية المستفادة من الجمع بين النصوص بالتخيير الذي مرجعه إن شاء تملك وإن شاء تصدق وإن شاء جعلها أمانة.

بل ومن قوله ﷺ: «اجعلها في عرض مالك»^(٧) بناءً على إرادة التملك بذلك.

وكذا قوله ﷺ في النبوي: «فشأنك فيها»^(٨).

ولأنه أقرب إلى قوله ﷺ: «من وجد شيئاً فهو له، فليتمتع به حتى يجيء طالبه... إلى آخره»^(٩) وغيره بعد ما سمعت من الأدلة على عدم الملك القهري.

بل الظاهر كونه كذلك [= غير قهري] في كل ولي على نحو ذلك، كالأب والجد وغيرهما ممن هو ولي عن الطفل أو المجنون. بل لعل قوله ﷺ في خبر السفارة: «قومه على نفسك»^(١٠) مشعر أو ظاهر في ذلك وإن كان قبل التعريف؛ ضرورة اتحاد كيفية التملك قبله وبعده. كإشعار خلو النصوص عن ذكر أمر معتبر في التملك بعد تأديته بما يقتضي القهرية لو لا معارضة ما عرفت مما يقتضي عدمه، فينقطع حينئذٍ بذلك الأصل. ودعوى أن الملك حصل بالعوض وهو المثل أو القيمة - فافتقر إلى اختياره واللفظ الدال عليه كالبيع وأخذ الشفع - لا محصل لها بعد ما عرفت من ظهور النصوص في غير المقام من حصول الملك للولي بالتقويم. بل قد يدعى أنه قسم مستقل ثابت بالنصوص لا يدخل في البيع ولا في غيره بل هو أشبه شيء بالقرض.

ومن ذلك يظهر لك النظر فيما في المسالك، فإنه - بعد أن حكى القولين المزبورين وحكى الثالث وهو التوقف على التصرف

(١) سنن البيهقي ٦: ١٨٥، وفيه: «فشأنك بها».

(٢) أي صاحب السائر.

(٣) المختلف ٦: ٨٩، وفيه: «بالنية بدل بالنية» وهو سهو مطبعي.

(٤) الخلاف ٣: ٥٨٤.

(٥) (و) إما زائدة أو بييد «التقي» بد ابن حمزة «كما في المصدر».

(٦) الواسل ٢٥: ٤٤٤، ب ٢ من اللقطة، ح ١٠.

(٧) سنن البيهقي ٦: ١٨٥، وفيه: «فشأنك بها».

(٨) الواسل ٢٥: ٤٤٧، ب ٤ من اللقطة، ح ٢.

(٩) ورد فيمن وجد طعاماً في مغارة لا في خير السفارة انظرهما في ص ٤٨٧.

[ولو قَدِم قصد التملّك بعد الحول فقد يشكل التملّك لو فرض بقاء عزمه الأوّل إلا أنّه لم ينشئ نيّة جديدة].

بمعنى كونه تمام السبب المركّب من التعريف وتيّة التملّك أو لفظه الدالّ عليه لأنّ مالكة لو ظهر والعين باقية كان أحقّ بها، ولو ملك الملتقط قبله لكان يرجع إلى المثل أو القيمة لا إلى العين، وهذا كالفرض عند الشيخ^(١) - قال: «والأصل في الخلاف أنّ تملكها هل هو على سبيل المعاوضة أم لا؟ وعلى الأوّل هل هو على سبيل الاقتراض أم لا؟ وعلى الأوّل هل يتوقّف تملّك المقرض على التصرف أم لا؟ والحقّ أنّ المعلوم شرعاً ملك الملتقط لها مع قصده بعوض يثبت في ذمته، إمّا مطلقاً أو مع ظهور المالك، أمّا كونه على وجه المعاوضة وكونها على جهة القرض فلا دليل عليه... إلى آخره»^(٢).

إذ فيه - بعد الإغضاء عمّا في كلامه ممّا يشبه التناقض - أنّه لا يبتني الخلاف على ذلك؛ ضرورة عدم لزوم القول بالتملك على سبيل المعاوضة لشيء من ذلك، بل وعلى القول بأنّها كالقرض، خصوصاً بعد ما تقدّم في محله من عدم توقّف الملك به على التصرف.

ثمّ قال: «وأما ما أُلزموه للقائل بتوقّف الملك على التصرف بلزوم الدور - من حيث توقّف جواز التصرف على الملك المتوقّف على التصرف - فغير لازم، لمنع توقّف جواز التصرف على الملك، بل على الإذن فيه من المالك أو الشارع، وهو هنا متحقّق، ومثله ملك المشتري معاطاة بالتصرف المترتب جوازه على إذن المالك. وما يقال: من أنّ من التصرف ما يكون ناقلاً للملك فكيف يحضله يندفع؟! بتقدير الملك الضمني، كعقود العبد عن الأمر»^(٣).

قلت: قد يناقش بأنّ ذلك يلتزم بعد ثبوت الدليل على نحوه بخلاف المقام الذي لم يثبت دليل عليه. بل لم نعرف القول المزبور لأحد من أصحابنا وإن حكاه هو عن الشيخ^(٤) نعم هو أحد أقوال الشافعي^(٥).

هذا، وفي القواعد: «ولو قَدِم قصد التملّك بعد الحول ملك بعده وإن لم يجدد قصداً»^(٦). ومقتضاه حينئذٍ كون التعريف شرطاً.

وفيه: أنّ الأدلّة لا تساعد على ذلك والأصل عدم الملك وصلاحيّته للتملك بعد التعريف لظهور الأدلّة لا يقتضي صلاحيّته لها على الوجه المزبور كما هو واضح.

بل قد يشكل التملّك لو فرض بقاء عزمه الأوّل إلا أنّه لم ينشئ نيّة جديدة لما عرفته.

ومن هنا حكى عن التحرير التصريح باعتبار التجديد وأنّه لا يكفي العزم الأوّل وإن بقي عليه^(٧) خلافاً لبعضهم فاكتمى به^(٨).

ولعلّه لأنّه كابتداء النيّة عنده، وإن كان فيه: أنّه خلاف ما ذكرناه من الأصل، والله العالم.

(١) المسالك ١٢: ٥٣١ - ٥٣٢.

(٢) (٣) (٤) المسالك ١٢: ٥٣٢.

(٥) الحاوي الكبير ٨: ١٥، المجموع ١٥: ٢٦٧.

(٦) القواعد ٢: ٢١١.

(٧) التحرير ٤: ٤٦٨.

(٨) جامع المقاصد ٦: ١٧٠ - ١٧١.

[اللفظة تضمن بمطالبة المالك]:

(المسألة الخامسة: قال الشيخ رحمته: اللفظة تضمن بمطالبة المالك لا بنية التملك) [١]. (و) على كل حال (فهو بعيد) [٢]: «لأن المطالبة تترتب على الاستحقاق» [٣]. [والمختار أنها تضمن بنية التملك].

[١] ولفظه المحكي عنه في مبسوطه: «قال قوم: يلزم الملتقط الضمان وقت مطالبة صاحبها بها، لقوله رحمته: «من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل، ولا يكتف ولا يغيب، فإن جاء صاحبها فليردّها، وإلا فهو مال الله يؤتية من يشاء»^(١). وقال آخرون: اللفظة بعد الحول تجري مجرى القرض والقرض يلزم بنفس القرض لا بمطالبة المقرض، والأول أقوى»^(٢). وأمّا في الخلاف فالمحكي عنه: أنّه حكى إجماع الفرق وأخبارهم على أنّه إذا عرّفها سنة وأكلها كان ضامناً^(٣) ولم يتعرض لمطالبة المالك، بل ظاهر قوله: «ضامناً» ثبوت المال في ذمته قبل ذلك. ولعلّه لذا نسبته في التحرير إليه في بعض كتبه: قال: «وفي أكثر كتبه تعلّقه به بالنية»^(٤). وهو ظاهر المحكي عن الغنية والسرائر^(٥) بل حكى^(٦) عن التحرير وإن كنا لم نتحقّقه، وإنّما الموجود فيه عدم الترجيح^(٧)، نعم هو خيرة الكركري وثاني الشهيدين^(٨). بل في المسالك: «الظاهر من الأخبار أنّ الضمان يحصل بظهور المالك وإن لم يطلب، لكنّ الشيخ اعتبر المطالبة»^(٩). بل في الروضة التصريح باختباره، وجعل الضمان بالمطالبة احتمالاً^(١٠). [١] منافع للمحكي عن المشهور^(١١).

[٢] ضرورة عدم صحّة وقوعها منه بدونه لأنّها توجب الحقّ. فما في النصوص^(١٢) من مطالبة المالك بها يقتضي سبق استحقاقه لا توقّفه عليها وإلاّ دار. وما في المسالك من الجواب عنه بمنع توقّفها على الاستحقاق، بل على إمكانه وهو حاصل^(١٣) - لا حاصل له. وكذا ما في جامع المقاصد من الجواب عنه بأنّ «اقتضاء المطالبة سبق الاستحقاق صحيح، لكن لا يلزم منه ثبوت الضمان قبل مجيء المالك بل غايته أنّه إذا جاء المالك استحقّ فيطالب حينئذٍ»^(١٤). فإنّ مرجعه إلى دعوى تسبب المجيء الحقّ وتتبعه المطالبة. وفيه منع تسببه الحقّ، والمجيء في النصوص إنّما هو مقدّمة للمطالبة التي مقتضاها سبق استحقاق المطالب بالمثل أو القيمة، ولا سبب صالح لتسبب سبق ذلك إلاّ الملك؛ ضرورة كون التلف إنّما حصل على ملكه الذي لا يقتضي استحقاق الغير عليه شيئاً، فنأمل جيّداً. ثمّ قال: «إنّ الذي يقتضيه النظر ويرشد إليه النصّ أنّ العين متى كانت باقية وظهر المالك وطالب بها وجب ردّ العين، ولا بعد في ذلك، بأن يكون ملك الملتقط إيّاها متزلزلاً، وإن جاء بعد تلفها وطالب وجب البذل من المثل أو القيمة يوم التلف أو يوم المطالبة على احتمال، ورجّح في التحرير قيمته يوم التلف لوجوب ردّ العين حينئذٍ، وقد تعدّر، فيجب البذل. لا يقال: لو لم يجب العوض قبل ذلك لم يكن له المطالبة به، لأنّ العين قد تلفت على وجه غير مضمون. لأنّا نقول: لا يلزم من وجوب

(١) سنن البيهقي ٦: ١٨٧.

(٢) (٣) الخلاف ٣: ٥٨١. التحرير ٤: ٤٦٩.

(٤) (٦) حكاة في المسالك ١٢: ٥٣٣.

(٥) (٨) جامع المقاصد ٦: ١٦٨ - ١٦٩. المسالك ١٢: ٥٣٥.

(٦) (١٠) الروضة ٧: ١٠٠.

(٧) (١١) غاية المرام ٤: ١٥٨.

(٨) (١٢) جامع المقاصد ٦: ١٦٨.

(١) سنن البيهقي ٦: ١٨٧.

(٢) (٣) الخلاف ٣: ٥٨١. التحرير ٤: ٤٦٩.

(٤) (٦) حكاة في المسالك ١٢: ٥٣٣.

(٥) (٨) جامع المقاصد ٦: ١٦٨ - ١٦٩. المسالك ١٢: ٥٣٥.

(٦) (١٠) الروضة ٧: ١٠٠.

(٧) (١١) غاية المرام ٤: ١٥٨.

(٨) (١٢) انظر الوسائل ٢٥: ٤٤١، ب ٢ من اللفظة.

العوض قبل ذلك كون التلف غير مضمون لإمكان أن يقال : المراد بضمان العين من حين تملكها كون المالك إذا جاء تردّ عليه العين ومع تعدّرها فالبدل ، وهذا كافٍ في صدق معنى الضمان ، والحاصل أنّ الملتقط يملكها ملكاً مراعى ، فيزول بمجيء صاحبها ، وهذا أعدل الأقوال ، لأنّ فيه جمعاً بين الأدلّة ، والأصل عدم أمر زائد عليه وقد اختار المصنّف هذا في التحرير ، وهو قويّ متين^(١) . وفيه : أنّه قريب إلى ما تفرد به الفخر ممّا سمعته سابقاً^(٢) في الضالة من عدم الضمان ، ولكن إنّما يستحقّ المالك الغرامة عليه إذا جاء وطالب وقد عرفت ضعفه في محلّه . على أنّ ما حكاه عن التحرير من تعليل الضمان يوم التلف كالصريح في ثبوت المثل وقت التلف ؛ لقوله : « حينئذٍ » نحو المغصوب ، وهو يقتضي سبق الاستحقاق . بل قد يقال : إنّ التملّك - الذي قلنا بحصوله بالنيّة - مقتضى لذلك ، لأصالة احترام مال المسلم على وجه لا يكون كالإباح ، ولأصالة عدم الملك بدون ذلك ، خصوصاً بعد قوله ﷺ في السفارة : « قومه أعلى نفسك »^(٣) نحو ما ورد^(٤) في تقويم الولي مالى المولى عليه ، وكون ذلك قبل التعريف غير منافٍ بعد ما عرفت من الاتحاد في الكيفية . فيكون الحاصل أنّ الشكّ حاصل في حصول الملك بنبّة التملّك خاصّة ، أو بها مع ثبوت عوض في الدّمة ، فأصل عدم الملك بذلك وليس الملك متيقّن الحصول والشكّ في وجوب شيء آخر معها كي يكون الأصل عدمه . وأمّا الاستدلال :

١ - بقوله ﷺ : « من وجد شيئاً فليتمنّع به حتى يأتيه طالبه فإذا جاء طالبه ردّه إليه »^(٥) .

٢ - وقوله ﷺ : « فإن وجدت صاحبها وإلا فأنت أحقّ بها ، وقال : هي كسبيل مالك ، وقال : خيره إذا جاءك بعد سنين بين أجراها وبين أن تغرمها له إذا كنت أكلتها »^(٦) .

٣ - وقوله ﷺ : « فإن جاء طالبها وإلا فهي كسبيل مالك »^(٧) فإنّ كلّاً من الغاية والتخيير وكونها كسبيل المال ينافي الضمان من حين التملّك .

٤ - بل قد سمعت ما في صحيح قرب الإسناد من قوله ﷺ : « فكلها وأنت لها ضامن إن جاء صاحبها أن تردّها »^(٨) . ففيه أنّها أدلّ على الضمان المزبور من عدمه ؛ ضرورة كون المراد وجوب الردّ عند مجيء المالك للعين أو البدل ونحو ذلك من أحكام الضمان ، لأنّ الضمان يحصل حينئذٍ .

نعم قد يقال باختصاص ذلك بالمالك ووارثه ، لا أنّها تكون من ديونه على وجه إن لم يظهر المالك ولا وارثه يتصدّق بها عن صاحبها وتخرج من تركته وبشارك غرامه وغير ذلك ، لخلوّ النصوص ، بل لعلّها ظاهرة في خلافه . مع إمكان أن يقال : إنّ ذلك فيها جبراً على الغالب وإلا فهو في دّمته كالقرض . وكيف كان فقد ظهر لك ممّا ذكرناه أنّه لا منافاة بين كونها مضمونة بالنيّة وجوب الردّ

(١) جامع المقاصد ٦ : ١٦٨ - ١٦٩ . (٢) تقدّم في ص ٤٤٦ .

(٣) ورد فيمن وجد طعاماً في مغارة لا في خبر السفارة انظرهما في ص ٤٨٧ .

(٤) انظر الوسائل ١٧ : ٢٦٧ ، ما ٧٩ ما يكتب به .

(٥) الوسائل ٢٥ : ٤٤٧ ، ب ٤ من اللقطة ، ح ٢ .

(٦) الوسائل ٢٥ : ٤٤٢ ، ب ٢ من اللقطة ، ح ٥ .

(٧) الوسائل ٢٥ : ٤٤١ ، ب ٢ من اللقطة ، ح ١ .

(٨) قرب الأنساق : ٢٧٣ ، ح ١٠٨٦ . الوسائل ٢٥ : ٤٥٩ - ٤٦٠ ، ب ١٣ من اللقطة ، ح ٧ .

[ويجب ردّ العين إذا جاء المالك ، وليس له الامتناع عن القبول كما أنّه ليس للملتقط اختيار ردّ المثل أو القيمة من دون رضا المالك . ولا يكون تملكه كالفضولي الذي ينكشف بمجيء المالك أو طلبه إياها عدم ملكه له] .
[وإذا اشترى الواجد أمة باللقطة صارت ملكاً له ، وليس للمالك فسخ ذلك] .
[ويملك الواجد العين منزلاً بالعوض ما دامت موجودة فإن تلفت استقر] .
[فليس حينئذٍ إلّا ثبوت العوض في الذمة] .

عليه إذا جاء المالك الذي ليس له الامتناع عن القبول ، كما أنّه ليس للملتقط اختيار ردّ المثل أو القيمة من دون رضا المالك بعد ظهور النصوص أو صراحتها في ذلك . فما عن المشهور من عدم وجوب ردّ العين^(١) واضح الضعف ، مع أنّنا لم نتحقّق الشهرة المزبورة . وأمّا احتمال كون التملك المزبور كالفضولي - الذي ينكشف بمجيء المالك أو طلبه إياها عدم ملكه له - فيدفعه النصّ والفتوى .
بل وفي المرسل عن أبي العلاء قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل وجد مالا فعزفه حتى إذا مضت السنة اشترى به خادماً فجاء طالب المال فوجد الجارية التي اشترى بالدراهم هي ابنته ؟ قال : « ليس له أن يأخذ إلاّ دراهمه وليس له الابنة ، إنّما له رأس ماله وإنّما كانت ابنته مملوكة قوم »^(٢) ولو كان من الفضولي لكان له أخذ البنت ، بل قوله عليه السلام : « وإنّما كانت ... إلى آخره » كالصرح في كون المراد أنّها صارت ملكاً لقوم ، أي الواجد .
وفي الدروس^(٣) عن النهاية : لا يلزمه أخذها ، وإن أجاز شراءها عتقت^(٤) . وفيه : ما لا يخفى مع الشراء بعد التملك .

وكذا ما عن ابن إدريس من منعه ذلك عليه ، لبطان عقد الفضولي^(٥) . إذ قد عرفت خروجه عن ذلك .
نعم لو اشترها بعين المال قبل الحول أو بعده وقتنا بعدم الملك قهراً أتجه كلام الشيخ وكلامه .
وعلى كلّ حال فقد ظهر لك أنّه يملك العين منزلاً بالعوض ما دامت موجودة ، فإن تلفت استقرّ . وهو معنى قوله عليه السلام في الضالة : « فإنّها لربّها أو مثلها »^(٦) لا أنّ المراد ثبوت مثلها عند التلف نحو المضمون من الأموال الباقية على ملك مالكيها بخلاف المقام الذي خرج الملك عن صاحبه بالثبوت مضموناً فليس حينئذٍ إلّا ثبوت العوض في الذمة ؛ إذ لا معنى لضمّانه بعد خروجه عن الملك إلّا هذا . واحتمال كونه كالمبيع بالخيار الذي يضمن بالفسخ عند تلفه وإن كان مملوكاً للمشتري فهنا^(٧) أيضاً يفسخ التملك الذي حصل بالثبوت بمجيء المالك أو مطالبته فينتقل إلى المثل أو القيمة ، وهذا كافٍ في كونه مضموناً ، نحو قولهم : « المبيع في زمن الخيار مضمون على المشتري » يدفعه ؛ عدم وفاء الأدلة بذلك ؛ إذ لا أقلّ من احتمالها الأمرين ، والشهرة والقواعد العامة تقتضي ما قلناه . ومن الغريب ما في جامع المقاصد من استبعاد ثبوت عوض في ذمة الغير على جهة القهر مع بقاء العين^(٨) ؛ إذ قد عرفت أنّه ثبوت عوض عن ملك العين اختياراً بالثبوت ، إنّما المستبعد تملك مال الغير مجاناً ثمّ الضمان بالمجيء والمطالبة ، كما هو واضح . وقد تقدّم في ضمان واجد الضالة ما له نفع في المقام ؛ ضرورة عدم الفرق بينهما في الكيفية عند اختيار التملك .

- (١) نقله في مفتاح الكرامة ٦ : ١٦٧ .
(٢) الوسائل ٢٥ : ٤٥١ ، ب ٨ من اللقطة ، ح ١ .
(٣) الدروس ٣ : ٩١ .
(٤) النهاية : ٣٢١ .
(٥) الوسائل ٢٥ : ٤٦٠ ، ب ١٤ من اللقطة ، ح ١ .
(٦) جامع المقاصد ٦ : ١٦٨ .
(٧) في بعض النسخ : « فهذه » .
(٨) جامع المقاصد ٦ : ١٦٨ .

هذا كله في الضمان بنية التملك. أما الضمان بالصدقة به فلا يبعد كون المراد به استحقاق عليه بمجيء المالك وعدم إرادته الأجر، والله العالم.
[من له أهلية الاكتساب أو الحفظ]:

[الأمر] (الثاني: في الملتقط وهو من له أهلية الاكتساب أو الحفظ^(١))، فلو التقط الصبي جاز، ويتولّى الولي التعريف عنه) والتملك والحفظ والصدقة.

(وكذا المجنون. وكذا يصح الالتقاط من الكافر) مطلقاً فضلاً عن الفاسق [١]؛ (لأنّ له أهلية الاكتساب) فيكفي في صحة الالتقاط [٢] [والحكم بعدم صحة الالتقاط فيما لو فقد قابلية الاكتساب والائتمان على الحفظ معاً محلّ نظر، ويجري أحكام الالتقاط على يد الكافر والفاسق فلا تنتزع العين من يدهما ولا ينصب الرقيب].

[١] نعم قيل غير المرتد عن فطرة^(٢). ولا يخلو من نظر، كما تقدّم في محله.

[٢] بناءً على كون المعتبر فيه قابلية الملتقط لأحد أمرين: قابلية الاكتساب أو الائتمان على الحفظ، نعم لو فقد الجميع لم يصح. وإن كان هذا محلّ نظر أشرنا إليه سابقاً، وذلك لأنّه إن كان هذا المذكور للملتقط - المعبر عنه بلفظ «من» ونحوه من التملك والحفظ - يقتضي تخصيصه بالقابل فالمتّجه اعتبارهما معاً فيه لا أحدهما، وإن كان لا يقتضي ذلك وإنما هي أحكام لمن يقلبها من أفرادها فلا يعتبر شيء منهما. ومن هنا يتّجه صحة التقاط الصبي والمجنون في الحرم وإن خلبا عن الائتمان والصدقة كما ستعرف، وقد تقدّم الكلام في ذلك كله.

نعم في المسالك هنا: «وهل تقرّ يدهما أي الكافر والفاسق عليها إلى أن يتمّ الحول أم ينتزعها الحاكم من يدهما إلى أن يستحقّق تملكها فيدفعها إليهما؟ وجهان من عدم كونهما من أهل الأمانة على مال الغير ومن عموم الإذن في الالتقاط ولأنّه يخلى بينهما وبين الوديعة فكذا يخلى بينهما وبين اللقطة كالعدل وفيه نظر، لأنّ الإذن في الوديعة جاء من قبل المالك بخلاف اللقطة فإنّ إذنهما من الشارع، ولم يستأمن غير العدل على مال الغير.

وفي التذكرة أوجب مع علم الحاكم خيانتة ضمّ مشرف إليه وإلا استحب.

وفي التحرير لم أقف لعلماننا على نصّ في انتزاع اللقطين من يد الفاسق أو ضمّ حافظ إليه مدّة التعريف^(٣). وفي القواعد: «للعادل أن يحفظ بنفسه أو يدفع إلى الحاكم، وغيره يتخيّر الحاكم بين انتزاعه منه وبين نصب رقيب إلى أن تضي مدّة التعريف، ثمّ إن اختار الفاسق أو الكافر التملك دفعه الحاكم إليه وإلا فالخيار للملتقط إن شاء أبقاءه أمانة في يد الحاكم أو غيره، وليس للحاكم مطالبتة بعد الحول بكفيل^(٤).

وظاهر المحكي عن الميسوط المفروغية من أحد الأمرين: الانتزاع أو ضمّ الرقيب، لأنّه حكى في ذلك قولين وإن لم يرجّح بينهما^(٥). قلت: لا يخفى عليك ما في ذلك كله من الاجتهاد في مقابلة إطلاق النصوص المقضي لجواز الالتقاط بأحكامه. ولذا كان خيرة الشهيد والكركي الإقرار في أيديهما من دون ضمّ رقيب^(٦).

(١) في الشرائع: الاحتفاظ.

(٢) (٣) التذكرة ١٧: ١٧٧. المسالك ١٢: ٥٣٦.

(٦) (٤) الدروس ٣: ٩٣. جامع المقاصد ٦: ١٥١.

(٥) (٤) القواعد ٢: ٢٠٨. الميسوط ٣: ٣٢٦.

وعلى كل حال فلا كلام في جواز الالتقاط [لهؤلاء] في غير الحرم إنما الكلام هنا في قوله: (وفي أخذ لقطة الحرم لهؤلاء تردّد ينشأ من كونهم ليسوا أهلاً للاستئمان) [١].

[ولكن] فالتحقيق حينئذٍ الجواز، ولكنه على شدة كراهة في المكلف منهم بخلاف الصبي والمجنون الذي ينتقل حكم التقاطهما إلى وليّهما [٢].

[١] والفرض لا تملك فيها كي يكون اكتساباً، فهي استئمان محض، وهم ليسوا من أهله، ومن إطلاق الأدلة. لكن صرح في القواعد باشتراط العدالة^(١).

وفي الدروس: «أربعة لا يجوز لهم أخذ لقطة الحرم: الصبي والمجنون والكافر والفاسق، لأنّها أمانة محضة»^(٢). وكذا المسالك^(٣).

بل والتذكّرة وإن لم يصرّح فيها بالمجنون^(٤).

بل والتحرير وإن تردّد في الفاسق^(٥).

قلت: قد سمعت إطلاق النصوص فيما تقدّم وأنّ الأقوى إرادة شدة الكراهة ممّا اشتمل على النهي فيها.

نعم في خبري الفضيل بن يسار ما يدلّ على ذلك في الجملة، قال في أحدهما: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم؟ قال: «لا يمسه وأما أنت فلا بأس، لأنك تعرّفها»^(٦) وفي الآخر: سألت أبا جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم، فقال: «لا تمسّ أبداً حتى يجيء صاحبها فيأخذها، قلت: فإن كان مالا كثيراً قال: فإن لم يأخذها إلا مثلك فليعرّفها»^(٧).

ولا جابر لهما على تقدير إرادة ذلك منهما، بل لعلّ الموهن متحقّق؛ ضرورة حدوث التفصيل للفاضل.

بل الأوّل منهما مشتمل على التعليل القاضي بعدم الفرق بين الفاسق والعدل مع التعريف.

بل في المسالك «أنّ الثانية ظاهرة في الكراهة، وأنّ أخذ الثقة غير مكروه أو أقلّ كراهة، كمطلق اللقطة»^(٨).

[٢] وعدم الاكتساب فيه لا يمنع من صحة التقاطها بعد أن عرفت عدم ظهور الأدلة في اشتراط الصحة بذلك وإن ذكر فيها «ذلك لكن على وجه يكون حكماً للقابل له لا قيّداً»^(٩). ذكر حكم يكون على القابل له، فيبقى ما دلّ على الصحة من العموم والإطلاق بحاله. وبذلك يتضح لك الحال في كثير من أفراد المسألة التي يمكن أن يكون ذلك فيها من مسألة عدم تخصيص العام بذكر ما يرجع إلى بعض أفرادها، فتأمل جيّداً.

(١) القواعد ٢: ٢٠٨.

(٢) الدروس ٣: ٩٢.

(٣) المسالك ١٢: ٥٣٦ - ٥٣٧.

(٤) التذكّرة ١٧: ١٧٦.

(٥) التحرير ٤: ٤٦٥.

(٦) الوسائل ١٣: ٢٦١، ب ٢٨ من مقدمات الطواف، ح ٥.

(٧) الوسائل ١٣: ٢٦٠، ب ٢٨ من مقدمات الطواف، ح ٢.

(٨) المسالك ١٢: ٥١٣.

(٩) ما بين المعقوفتين ليس في المسودة وورد في المبيضة بعنوان نسخة.

وأما التعريف والحفظ والصدقة بها بعد ذلك فهي من التكليف الذي لا فرق فيه بين الفاسق والعدل، ويتنقل في الصبي والمجنون إلى وليهما [١].

(وللعبد) القنّ مع الإذن أو عدم النهي (أخذ كل واحدة من اللقطين) الحلّ والحرم، بل والضالة والمال. (و) لكن (في رواية أبي خديجة^(١)) عن أبي عبد الله عليه السلام « لا يتعرّض^(٢) لها المملوك » (و) مع ذلك قد (اختار الشيخ الجواز^(٣)) [٢].

(وهو أشبه) [٣]؛ (لأنّ له أهلية الاستئمان والاكتساب) اللذين تضمّنهما اللفظة [٤]. (وكذا المدبر وأُمّ الولد) وغيرهما، بل (الجواز أظهر في طرف المكاتب) بقسميه؛ (لأنّ له أهلية التملك) أيضاً، بل يمكن القول بجواز التقاطه وإن قلنا بعدمه في القنّ. وليس للمولى انتزاعها من يده [٥] إذا لم تكن لقطة حرم ومن أمانته إن كانت.

نعم لو عجز فاسترقّ كان للمولى انتزاعها كالقنّ، وبنى على تعريفه إن لم يعلم فسادَه. ولو اشتغل المكاتب بالتعريف فأعتق أتمّه وتمكّن، ولو مات قبل التعريف أو تمامه فكالقنّ إلّا إذا كان قد أعتق بعضه، فإنّه يقوم الوارث مقامه في نصيب الحرّية [٦]. (ومن انعتق بعضه فحكمه حكم الحرّ في قدر الحرّية وحكم العبد في الباقي). فيكون حينئذٍ كرجلين التقطاً معاً.

[١] وعلى كلّ حال فعلى تقدير عدم الجواز قد قالوا: إنّه ينتزِعها الحاكم، لعدم ولاية لهم على حفظها ولا أولوية. وفيه: أنّ المتّجه على ذلك جواز أخذ العدل أيضاً، لصدق اللقطة على ما في أيديهم بعد عدم الولاية والأولوية وهو واضح. كما أنّ المتّجه انتزاع الحاكم لها من يد العدل بناءً على الحرمة؛ إذ لا فرق بينه وبين الفاسق بعد عدم جواز الالتقاط. بل يخرج عن العدالة مع إصراره على بقائها في يده إن قلنا: إنّه صغيرة وإلّا خرج بالالتقاط. نعم قد يفرّق بينهما: بجواز إقرار الحاكم لها في يد العدل على أن تكون أمانة منه بخلاف الفاسق، والله العالم.

[٢] وتبعه من تأخّر عنه.

[٣] بأصول المذهب وقواعده التي منها العمل على إطلاق الأدلّة، و [لذلك].

[٤] فيحمل خبر أبي خديجة على ضرب من الكراهة أو غيرها، كما تقدّم الكلام في ذلك وغيره مفصّلاً.

[٥] لأنّها من كسبه.

[٦] ضرورة كونه حينئذٍ كالمبعض الذي أشرنا إليه سابقاً.

وفي القواعد هنا: « من انعتق بعضه فحكمه حكم الحرّ في قدر الحرّية وحكم العبد في الباقي »^(٤) وهو كذلك.

(١) الوسائل ٢٥: ٤٦٥، ب ٢٠ من اللقطة، ح ١.

(٢) في الشرائع: « لا يعرض ».

(٣) المبسوط ٣٥: ٣٢٥. الخلاف ٣: ٥٨٣.

(٤) القواعد ٢: ٢١١.

نعم إن كانت بينه وبين سيده مهايأة فالظاهر كونها للمولى إن وقعت في نوبته ، فيلحقها حكم لقطة العبد ، وله إن وقعت في نوبته . ويلحقها حكم لقطة الحر .

وأيهما وقعت له يعرفها ويتملكها والاعتبار بيوم الالتقاط [١] لا بوقت التملك ، فلو وقع الالتقاط في نوبة العبد مثلاً وكان انقضاء مدة التعريف في نوبة السيد فالمدار على نوبة الالتقاط والحكم لها . أما مع عدم المهايأة فتحكمها ما عرفت . ومنه يعلم حكم ما إذا التقط اثنان معاً دفعة ، فإنه يجب عليهما معاً تعريفها حولاً .

والأقرب الاكتفاء بتعريف أحدهما بإذن الآخر ، بل ومع عدمه بناءً على أنهما معاً ملتقط لأكُل منهما ، فيكفي وقوعه من أحدهما . فإذا انقضت مدة التعريف وأتفقا على أحد الوجوه فلا إشكال .

ولو اختار أحدهما التملك دون الآخر قيل : ملك النصف وبقي الآخر أمانة^(١) .

وقد يقال : إنهما بالتقاطهما معاً يكونان بمنزلة ملتقطين لكل نصف فيجري حكم كل منهما على نفسه ، فلا يجزئ تعريف أحدهما عن الآخر مع عدم الاستنابة له ، ولو كان ما التقطاه معاً درهم فما فوق ولكن قسط كل منهما دون الدرهم أمكن القول بملك كل منهما حصته من دون تعريف ويحتمل العدم [٢] .

ومن ذلك ينقدح لك فروع كثيرة لا يخفى عليك حكمها بأدنى التفات ، منها : لو التقط من يصح التقاطه وغير كالعبد المنهي مثلاً - بناءً على عدم جواز التقاطه - اختص حكم الصحة بالنصف ، وبقي النصف غير ملتقط إلا إذا اشتملت عليه يد .

وبالجملة الاشتراك في الالتقاط يجعلهما معاً ملتقطاً [٣] . أو يكون كل منهما ملتقطاً .

لكن على الأول ينبغي أن ينصف بينهما كل ما كان قابلاً لذلك من أحكامها ، كالتعريف والحفظ والتملك وغيرها [٤] .

وحينئذ فيقسم التعريف بينهما أيضاً فيعرف كل منهما نصف المدة ، وكذا يحفظها كل منهما [٥] .

[١] لأنه يوم الكسب .

[٢] لأنها لقطة واحدة .

[٣] داخلاً تحت عموم « من » مثلاً .

[٤] للاشتراك في السبب الذي لا يقبل التقسيم ، فيرجع إلى متعلقه ، كحيازتهما معاً الموجبة لتقسيم المحوز بينهما .

[٥] وهو متجه إن ثبتت القاعدة المزبورة في الاشتراك في السبب أما على عدمه فيكون لقطة واحدة ليس لأحدهما تملك النصف دون الآخر لعدم كونه ملتقطاً ، وليس لأحدهما قسمتها في الحفظ مثلاً .

نعم لو قلنا بأن كلاً منهما ملتقط نصفاً صارا لقطتين وملتقطين ، يجري على كل منهما حكمها . لكنه بعيد عن مذاق الفقه ، بل الموافق له الأول .

هذا ، وستعرف إن شاء الله تعالى جملة من أحكام العبد في المسألة الرابعة ، والله العالم والهادي .

[أحكام الملتقط]:

[الأمر] (الثالث في الأحكام وهي مسائل):

[حكم اعتبار التوالي في التعريف سنة]:

[الأولى]: يجب التعريف سنة [١].

والمدار على صدق ذلك عرفاً، كما في غيره مما علق عليه الحكم [٢].

وفي المتن (ليس التوالي شرطاً في التعريف، فلو فرقه جاز) [٣].

[١] بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه. والنصوص مستفيضة أو متواترة^(١) فيه.

وما في خبر أبان بن تغلب قال: أصبت يوماً ثلاثين ديناراً فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك، فقال لي: «أين أصبت ذلك؟ قلت له: كنت منصرفاً إلى منزلي فأصبتها، قال: فقال: صر إلى المكان الذي أصبت فيه فعرفه، فإن جاء طالبه بعد ثلاثة أيام فاعطه وإلا فتصدق به»^(٢) مطرح أو محمول على غير اللفظة أو على حصول اليأس بذلك أو ثلاثة أيام بعد السنة أو غير ذلك.

[٢] ولكن صرح الشيخ والفاضلان والشهيدان والكركي وغيرهم بأنه لا يجب فيه التوالي^(٣). بل في الكفاية نسبته إلى الأصحاب^(٤).

[٣] وفي المسالك^(٥) وغيرها: أن للتوالي المحكوم بعدم وجوبه تفسيرين: أحدهما استيعاب وقت الحول بالتعريف. ولا خلاف ولا إشكال في عدم وجوبه.

بل في المسالك^(٦) وغيرها الاتفاق عليه؛ لصدق العرف بدونه.

والثاني توالي التعريف في الحول الواحد بحيث يقع التعريف المعتبر في اثني عشر شهراً متوالية، فإن ذلك أيضاً غير لازم على ما صرح به غير واحد، فيجوز له أن يعرف شهرين ويترك شهرين، وهكذا حتى يتم له اثنا عشر شهراً. وعن التذكرة تشبيهه بما لو نذر صوم سنة، فإنه يجوز له التوالي والتفريق^(٧).

قلت: إن لم يكن إجماعاً مكن دعوى انسياق التوالي بالمعنى المزبور [أي الأول]. خصوصاً بعد تصريح الفاضل والشهيدان والكركي^(٨) وغيرهم بكون مبتدئه حين الالتقاط مع الإمكان محتجين له بقوله عليه السلام: «إذا ابتليت بها فعرفها سنة»^(٩) لظهور الفاء في ذلك. وإن كان فيه منع دلالة فاء الربط على ذلك إلا أن مقتضى العرف الاتصال فيما عتبر مبتدأه إلى تمام الحول. ولعله لذا كان المحكي عن بعض الشافعية عدم جواز التعريف على الوجه المزبور^(١٠) [أي الثاني].

- (١) انظر الوسائل ٢٥: ٤٤١، ب ٢ من اللفظة. (٢) الوسائل ٢٥: ٤٤٣، ب ٢ من اللفظة، ح ٧.
 (٣) المبسوط ٣: ٣٢٢. الشرائع ٣: ٢٩٤. القواعد ٢: ٢١٠ - ٢١١. اللزمة: ٢٢٥. المسالك ١٢: ٥٤٠ - ٥٤١. جامع المقاصد ٦: ١٦٠.
 (٤) كفاية الأحكام ٢: ٥٣٩.
 (٥) المسالك ١٢: ٥٤٠ - ٥٤١.
 (٦) المسالك ١٢: ٥٤٠ - ٥٤١.
 (٧) التذكرة ١٧: ٢٢٤.
 (٨) الوسائل ٢٥: ٤٤٢، ب ٢ من اللفظة، ح ٣.
 (٩) التحرير ٤: ٤٦٩. الدروس ٣: ٨٨. الروضة ٧: ٩٦. جامع المقاصد ٦: ١٦١.
 (١٠) حلية العلماء ٥: ٥٢٦. روضة الطالبين ٥: ٤٠٧.

وكيف كان فقد قيل^(١): إن المشهور التعريف في الابتداء في كل يوم إلى سبعة أيام، ثم في بقية الشهر في كل أسبوع، ثم في كل شهر إلى آخر الحول [١]. وفيه إشكال].
فالتحقيق كون المدار على العرف الذي قد يشكل تحقّقه بنحو ذلك [٢].
والأولى أن يقال: إنه - بعد انتفاء إرادة الاستيعاب - يتعيّن إرادة أول الأفراد التي لا يقطع بعدها كالتعريف بكل أسبوع مرة إلى تمام الحول. وأولى من ذلك إيكال الأمر إلى العرف [٣].
(وإيقاعه عند اجتماع الناس وبروزهم كالغدوات والعشيات) وغير ذلك ممّا يحصل به الاجتماع [٤].

[١] بل عن الكفاية نسبته إلى الأصحاب^(٢) ولعلّه إليه يرجع ما في القواعد «يعرّف كل يوم في الابتداء ثم كل أسبوع ثم كل شهر بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى»^(٣).

نعم عن التذكرة «أنه يعرّف في الابتداء في كل يوم مرتين في طرفي النهار ثم في كل يوم مرة، ثم في كل أسبوع مرة أو مرتين، ثم في كل شهر بحيث لا ينسى كونه تكراراً لما مضى»^(٤). وهو زيادة استظهار وإلا فالأول كافٍ، ومرجعُه إلى بضع وعشرين مرة. لكن فيه: أنّه لا دليل على أقل صدق «التعريف حولاً» بذلك على وجه لا يجزي إذا لم يكن على هذا الترتيب ولا يجزي الأقل منه بواحدة مثلاً. ويمكن أن لا يريدوا اعتباره على وجه لا يجزي غيره، كما يؤمّن إليه قوله: «بحيث لا ينسى» الذي لا وجه للتقييد به بعد النصّ على العدد، فلا بدّ من كون المراد به أنّ الضابط ذلك. ولذا في الدروس بعد أن ذكر ما سمعت قال: «والضابط أن يتابع بينهما بحيث لا ينسى اتصال الثاني بمتلوه»^(٥).

وفي المسالك: «اعتبر العلماء فيه أن يقع على وجه لا ينسى أنّ الثاني تكرر لما مضى»^(٦).
وفي الروضة: «أنّ المعتبر ظهور أنّ الثاني تكرر لما سبق»^(٧) وفي الكفاية: «اعتبر الأصحاب أن يقع على وجه لا ينسى»^(٨). وإن كان قد يناقش بعدم صلاحية ذلك ضابطاً لأقلّ مصادق «التعريف حولاً».

[٢] وإن علّل التوالي المزبور ابتداءً بشدة اهتمام المالك بأمرها أولاً لكنّه كما ترى، مع أنّ في صحيح يعقوب: «يعرّفها سنة في كل مجتمعة»^(٩).

[٣] ولعلّه لذا ترك المصنّف التعرّض لذلك كلّهُ، فقال بعد أن صرّح بعدم اشتراط التوالي فيه [ذلك].

[٤] وقد سمعت قول الصادق عليه السلام لسعيد بن عمر الجعفي: «أتق الله وعزّفه في المشاهد»^(١٠) وقوله عليه السلام في خبر أبي خديجة: «يعرّفها سنة في مجتمعة»^(١١) مضافاً إلى صحيح يعقوب بن شعيب، ووجهه أيضاً من حيث الاعتبار واضح.

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٥٨. (٢) (أ) كفاية الأحكام ٢: ٥٣٩.

(٣) القواعد ٢: ٢١٠. (٤) التذكرة ١٧: ٢٢١.

(٥) الدروس ٣: ٨٨. (٦) المسالك ١٢: ٥٤٠.

(٧) الروضة ٧: ١٠٩.

(٩) الوسائل ١٣: ٢٦٠، ب ٢٨ من مقدّمات الطواف، ح ١، وفيه: «كل مجتمعة».

(١٠) تقدّم في ص ٤٧٩.

(١١) تقدّم في ص ٤٦٢.

ولا فرق فيه [= التعريف] بين الليل والنهار [١].

(وكيفيته أن يقول: من ضاع له ذهب أو فضة أو ثوب وما شاكل ذلك من الألفاظ) المشتعلة على الجنس التي يصدق بها اسم التعريف المأمور به [٢]. بل لا بأس بذكر بعض الأوصاف التي يتنبه منها المالك.

(و) لكنه مع ذلك (لو أوغل في الإبهام كان أحوط، كأن يقول: من ضاع له مال أو شيء فإنه أبعد أن يدخل عليه بالتخمين)، إلا أنه غير واجب [٣]. (وزمانه أيام المواسم والمجمعات، كالأعياد وأيام الجمع ومواضع مواطن الاجتماع كالمشاهد وأبواب المساجد والجوامع والأسواق) [٤]. [ولعل التعبير بإيقاعه في كل مجتمع ومشهد ومجمع للناس أولى من التعبير المتقدم. ويعرفها في المشاهد والمجتمع حال اجتماع الناس فيها، وذلك حيث يكون في البلد محل اجتماع، وإلا عرفها بما فيه ولو بأزقتها على وجه يشيع أمرها فيه].

[١] وإن قال في القواعد: «إن وقته النهار دون الليل»^(١) بل قيل إنه المتبادر من الأخبار^(٢).

وصرح به في المبسوط^(٣) وغيره. ولكنه كما ترى.

[٢] وفي خبر سعيد بن عمر -الذي أمره الصادق عليه السلام بالتعريف في المشاهد-: «من يعرف الكيس»^(٤) وقد حكى ذلك له وأقره عليه.

[٣] بل لا يبعد ذكر جملة الأوصاف إذا لم يكن يدفعها بها، بل بالبينة أو بما لم يذكره من الأوصاف؛ ضرورة صدق اسم التعريف المأمور به، بل قد يشمل تمكنه من النظر إليها مع عدم الدفع إلا بالبينة. اللهم إلا أن يقال: إن قوله عليه السلام: «اعرف عقاصها ووكاءها ثم عرفها سنة»^(٥) مشعر بوجوب الإخفاء. وربما يؤيده أن ذلك هو المتعارف في كيفية التعريف لها، ويمكن تعسر إقامة البينة على المالك، فلا يقطع الطريق عليه بحصر الأمر في البينة، ولا ريب في أنه أحوط، والله العالم.

[٤] وقد سمعت ما يدل على ذلك أو بعضه من النصوص^(٦) التي يشهد لها الاعتبار، لأن الغرض إشاعة ذكرها وإظهارها ليطهر عليها مالها. بل لعل التعبير الذي سمعته في النصوص أولى مما في المتن. الذي ذكر أولاً أن إيقاعه عند اجتماع الناس وبروزهم وثانياً أن زمانه أيام المواسم... إلى آخره. وتبعه الفاضل في القواعد وقال: «وإيقاعه عند اجتماع الناس وظهورهم كالغدوات والعشيات أيام المواسم والمجمعات كالأعياد وأيام الجمع ودخول القوافل ومكان الأسواق والجوامع ومجامع الناس»^(٧). والأصل في ذلك ما عن المبسوط والسرائر من أن وقت التعريف الغداة والعشاء وقت بروز الناس^(٨) بالليل لا عند الظهيرة والهجرة وأما الزمان فالجماعات والجمع وأن يقف على أبواب الجوامع. والجمع كما ترى يغني عنها تعريفها في المشاهد والمجتمع حال اجتماع الناس فيها. على أن ذلك حيث يكون في البلد محل اجتماع، وإلا عرفها بما فيه ولو بأزقتها على وجه يشيع أمرها فيه.

(١) (٧) القواعد ٢: ٢١٠، وفيه: «ومكانه» بدل «ومكان». (٢) (٣) مفتاح الكرامة ٦: ١٥٩. المبسوط ٣: ٣٢٢.

(٤) الوسائل ٢٥: ٤٤٩، ب ٦ من اللفظة، ح ١، وفيه: «عن سعيد بن عمرو الجعفي».

(٥) سنن البيهقي ٦: ١٨٥.

(٦) الوسائل ٢٥: ٤٦٥، ب ٢٠ من اللفظة، ح ١. و ١٣: ٢٥٩، ب ٢٨ من مقدمات الطواف، ح ١.

(٨) المبسوط ٣: ٣٢٢. السرائر ٢: ١١٢.

والأمر في ذلك سهل إنَّما الكلام في موضع التعريف [١] [فنقول: يجب إيقاعه عقيب الالتقاط وفي مكانه ولو عَرَف فيه فهل يجوز إكمالها في غيره؟]
 [المَتَجَّه إكمالها في موضع الالتقاط].
 فلو أراد السفر فَوَضَّه إلى غيره [٢].
 نعم في الصحراء تتساوى البلدان إذا لم يكن شاهد حال على خصوص بعضها [٣].

[١] ففي المسالك: « يجب إيقاعه عقيب الالتقاط مع الإمكان، وفي مكانه إن كان بلداً أو مجتمعاً، ولو عَرَف فيه وأكملها في غيره جاز، ولو كان في بَرِيَّة عَرَف من يجده فيها وأتمَّه في غيرها من البلاد وينبغي تعريفها في أقرب البلدان إليها فالأقرب »^(١).

وفي القواعد: « وينبغي أن يعرفها في موضع الالتقاط »^(٢). ونحوه عن التحرير^(٣).
 قيل: « لكن ظاهر التذكرة والدروس الوجوب »^(٤).

قلت: بل هو صريح ما سمعته من المسالك تبعاً للكركي في جامع^(٥). محتجاً عليه بموثق إسحاق بن عمار السابق^(٦) المشتمل على الدنانير المدفونة في بعض بيوت مكة. وفيه: أنه غير تعريف اللقطة. نعم قد سمعت ما في خبر أبان المتقدم^(٧) في صدر المسألة.

وفي القواعد أيضاً بعدما سمعت: « ولا يجوز أن يسافر بها فيعرفها في بلد آخر »^(٨).
 وفيها أيضاً: « ولو التقط في بلد الغربة جاز أن يسافر بها إلى بلده بعد التعريف في بلد اللقطة ثم يكمل الحول في بلده »^(٩) وتبعه عليه الكركي أيضاً^(١٠). وقد سمعت ما في المسالك.
 وفيه: أنَّ المَتَجَّه تمام الحول في موضع الالتقاط؛ للخبر المزبور^(١١)، ولأنَّه المنساق من النصوص.
 [٢] كما عن التذكرة التصريح به^(١٢).

[٣] ورَبَّما جمع^(١٣) بين ما سمعته من الفاضل في القواعد بإرادة الوجوب من قوله: « ينبغي » وإرادة الإكمال في بلد آخر بعد الإعلان في بلد الالتقاط لا المَرَّة ونحوها ممَّا لا أثر لها. ولكن مع ذلك لا يخلو من نظر أو منع لما عرفت، والله العالم.

(١) المسالك ١٢: ٥٤٢.

(٢) (٨) (١٣) القواعد ٢: ٢١٠.

(٣) التحرير ٤: ٤٧٠.

(٤) مفتاح الكرامة ٦: ١٦٢.

(٥) جامع المقاصد ٦: ١٦٤.

(٦) تقدّم في ص ٤٦٩.

(٧) (١١) تقدّم في ص ٥٢٢.

(٨) (٩) القواعد ٢: ٢١٠ - ٢١١.

(١٠) (١٣) جامع المقاصد ٦: ١٦٤ - ١٦٥.

(١٢) التذكرة ١٧: ٢٢٨.

- (و) كيف كان فقد عرفت في أحكام المساجد أنه (يكراه) تعريفها (داخل المساجد) [١].
- (و) [المختار] [٢] أنه (يجوز أن يعرف بنفسه أو^(١) بمن يستنيبه أو) من (يستأجره) [٣].
- [ولا تجب المباشرة قطعاً بل المقصود إشاعة ذكرها الحاصل بتعريفه وتعريف غيره ولو بأمر غير بالغ بالإشادة أو مجنون كذلك ، بل يجتزئ بالمبتدع].
- ثم إن الظاهر كون مؤونة التعريف على الملتقط [٤].
- نعم ، لو قلنا بعدم وجوبه إلا إذا قصد التملك ولم يقصده وأراد الحفظ لا تجب عليه الأجرة [٥].
- [ولا ريب في أن له أن يرفع الأمر إلى الحاكم ويفعل بما يراه مصلحة له].

- [١] حتى ورد عن النبي ﷺ أنه قال : « من سمع منشد ضالة في المسجد فليقل : لا أذاها الله إليك ، فإنه لم يبن لهذا »^(٢).
- [٢] [كما] لا خلاف في [ذلك].
- [٣] بل الإجماع بقسميه عليه .
- وما في النصوص^(٣) من أن صاحبها يعرفها لا يراد منه وجوب المباشرة قطعاً ؛ ضرورة عدم كونه عبادة ، والمراد إشاعة ذكرها الحاصل بتعريفه وتعريف غيره ولو بأمر غير بالغ بالإشادة أو مجنون كذلك .
- بل قد يقدم من ذلك [= مما تقدم] الاجتزاء بالمبتدع إلا أن التملك له لا يخلو من إشكال ، وهو أمر آخر غير اعتبار المباشرة في التعريف التي قد عرفت القطع بعدمها ، خصوصاً إذا كان الملتقط أرفع شأنًا من ذلك .
- وفي خبر زرارة : سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقطة فأراني خاتماً في يده من فضة ، وقال : « إن هذا مما جاء به السيل ، وأنا أريد أن أضدق به »^(٤) ولم يحك عنه مباشرة التعريف بنفسه وإن كان الخبر غير صريح في كونه الملتقط ، خصوصاً مع كراهة الالتقاط التي لا تصدر منه عليه السلام إلا يفرض ما يقتضي الرجحان بالعارض وعلى كل حال فالأمر سهل .
- [٤] لوجوبه عليه .
- [٥] كما عن التذكرة^(٥) وجامع المقاصد^(٦).
- نعم في أولهما : « أنه يرفع الأمر إلى الحاكم لينذل الأجرة من بيت المال ، أو يستقرض عليه أو يأمر الملتقط أو غير ذلك مما يراه مصلحة له ، ولا ينافي ذلك تملك الملتقط له بعد ذلك »^(٧).
- قلت : لا ريب في أن له ذلك .

(١) في الشرائع : « وهـ ».

(٢) سنن البيهقي ٢ : ٤٤٧ ، ٦ : ١٩٦ .

(٣) الوسائل ١٣ : ٢٥٩ ، ب ٢٨ من مقدمات الطواف ، ح ١ .

(٤) الوسائل ٢٥ : ٤٥١ ، ب ٧ من اللقطة ، ح ٣ .

(٥) التذكرة ١٧ : ٢٢٦ - ٢٢٧ .

(٦) جامع المقاصد ٦ : ١٢٢ .

(٧) التذكرة ١٧ : ٢٢٧ .

هذا، و«هل يثبت التعريف بخبر العدل الواحد ويستحقّ الأجرة به؟» [١].

[١] [ف]ـ من التذكرة أيضاً: «ينبغي أن يتولّى التعريف شخص أمين ثقة عاقل غير مشهور بالخلاعة واللعب، ولا يتولاه الفاسق لئلا تفقد فائدة التعريف، وهذا على الكراهة دون التحريم»^(١).

وفي جامع المقاصد: «لكن لا يركن إلى مجرد قول غير العدل، بل لابد من إطلاعه وإطلاع من يعتمد على خبره»^(٢).

وفي المسالك والروضة: «يشترط في النائب العدالة أو الإطلاع على تعريفه المعتبر شرعاً»^(٣).
بل في الأخير: «وفي اشتراط شاهدين إجراً له مجرى الشهادة أو الاكتفاء بواحد جعلاً له من باب الخبر وجهان أحوطهما الأول»^(٤).

وفي القواعد: «الأقرب الاكتفاء بقول العدل الواحد»^(٥).

ولعله لعموم قبول خبر العدل، ولعسر إقامة البينة، ولصيرورته أميناً على التعريف فيقبل قوله.

ثم قال: «وفي وجوب الأجرة نظر»^(٦).

ولعله ينشأ من أنّ الاكتفاء بقوله في التملك وسقوط التعريف يقتضي وقوع الفعل الذي هو متعلق الأجرة، لترتبها على وقوعه، لأنّه معلول آخر، والحكم بثبوت أحد المعلولين يستلزم الحكم بثبوت الآخر، ومن أنّه إيجاب مال على الغير بمجرّد الدعوى وإن قبل قوله في سقوط التكليف بالنسبة إلى الملتقط الذي لولاه لزم الحرج.

وعن الفخر أنّه قوى عدم وجوب الأجرة^(٧).

بل في جامع المقاصد أنّه الأصح^(٨).

ثم قال: «إذا تقرّر هذا فهل يكون الاكتفاء بقول العدل على كلّ تقدير سواء كان بأجرة أم لا، بل يقتصر في قبوله على ما إذا كان متبرعاً؟ يحتمل الثاني. لأنّه متهم في خبره؛ إذ يلزم منه إثبات حقّ له على الغير، ولأنّه إذا ردّ بالنسبة إلى الأجرة كان مردوداً في نظر الشارع فلا يسمع حينئذ في سقوط التكليف بالتعريف، فيقتصر في الاكتفاء على قول العدل المتبرّع. ويحتمل عدم الفرق، وعدم قبول خبره في بعض لا يقتضي ردّه ولا عدم قبوله مطلقاً»^(٩).

قلت: لا ينبغي التأمل -بناءً على عدم قبوله- في استحقاقه الأجرة؛ ضرورة عدم التهمة حينئذ.

(١) التذكرة ١٧: ٢٢٩.

(٢) جامع المقاصد ٦: ١٦٢.

(٣) المسالك ١٢: ٥٤٢. الروضة ٧: ٩٧.

(٤) وردت في المسالك ١٢: ٥٤٣ دون الروضة.

(٥) القواعد ٢: ٢١٠.

(٦) المصدر السابق.

(٧) الإيضاح ٢: ١٥٦.

(٨) جامع المقاصد ٦: ١٦٣.

(٩) المصدر السابق.

[لا ينبغي التأمل - بناءً على عدم قبوله - في استحقاق الأجرة].

إنما الكلام في أصل القبول على وجه يثبت التعريف الذي هو عنوان التملك وغيره من الأحكام [١] وإن كان

لا يخلو [القبول] من وجه [٢].

لكن يشكل التملك بدون البينة بل الإنصاف ثبوت الإشكال في غيره من الأحكام المتعلقة على ثبوت

التعريف الذي لا يحصل إلا باليقين أو الحجة الشرعية .

فالأحوط إن لم يكن الأقوى مراعاتها [= الحجة] ، بل الأحوط عدم كونه أحد جزئها ، والله العالم .

[لو دفع اللقطة إلى الحاكم] :

المسألة (الثانية : إذا دفع اللقطة إلى الحاكم) لأن يبيعها أو لا لذلك فإنه جائز له [٣] .

[وهل يجب على الحاكم القبول ؟ الظاهر عدم وجوبه] .

وعلى كل حال (فـ) إذا (باعها فإن وجد مالها دفع الثمن ^(١) إليه وإلا ردّها على الملتقط) إذا أراد تملكها أو

الصدقة بها (لأنّ له ولاية الصدقة أو التملك) [٤] .

بل قد يقال بعدم جواز التصدّق بها للحاكم من دون الملتقط الذي هو المأمور بذلك .

إنما الكلام في وجوب ردّها إليه [= الملتقط] للحفظ إذا أراه [٥] . [والمختار وجوب الردّ عليه وعدم .

سقوط ولايته عليها] .

[١] فإنه كغيره من الموضوعات التي يفتقر ثبوتها إلى البينة . ودعوى عسر إقامة البينة على ذلك ممنوعة وصيرورته أميناً بالاستنابة تقتضي قبول خبر الفاسق لعموم حكم الأمانة .

[٢] للسيرة وغيرها .

[٣] لأنّه ولي الغائب في الحفظ .

بل في المسالك : « يجب عليه القبول ، لأنّه معدّ لمصالح المسلمين ، ومن أهمّها حفظ أموالهم ، وهذا بخلاف

الوديعة فإنه لا يجب عليه قبولها من الوديعي بل لا يجوز له دفعها إليه مع التمكن من المالك ؛ لعموم الأمر برّد الأمانات

إلى أهلها » ^(٢) . وإن كان فيه ما لا يخفى من اشتراك الدليل المقتضي لعدم الوجوب على الحاكم الموافق لمقتضى الأصل بعد أن كان

المال بيد أمين يجب عليه الحفظ ، فليس هو ضائعاً كي يجب عليه حفظه .

[٤] بلا إشكال ولا خلاف في الأخير ، بل وفي الأوّل الذي فيه نفع للمالك مع ذلك بالضمان إذا جاء ولم يرض بالصدقة .

[٥] فقد يظهر من المصنّف وغيره عدم سقوط ولايته عليه بعد دفعه إلى وليّ الحفظ الذي هو وليّ أصلي لا عارضي بسبب

الالتقاط ، ولا فائدة فيه هنا بالضمان كالتملك والصدقة .

وفيه : منع سقوطه بعد إطلاق التخيير له . ولعلّ ذلك مؤيد لما قلناه سابقاً من عدم كون الحاكم وليّ ذات كوليّ الصبي وإلا لم

يكن للملتقط تسلّط على أخذها منه ولو للتملك ، لوصولها إلى وليّ المالك الذي هو كوكيله .

بل ولا يسقط أيضاً وجوب التعريف عن الملتقط بالدفع إلى الحاكم [١]. هذا، والظاهر أن المراد من هذه المسألة بيان عدم خروج الثمن عن حكم الالتقاط لو باعها الحاكم لمصلحة اقتضت ذلك، والله العالم.

[التعريف واجب نفسي أم غيري]:

المسألة (الثالثة: قيل) [٢]: (لا يجب التعريف) وجوباً شرطياً (إلا مع نية التملك) [٣] (وفيه إشكال ينشأ من خفاء حالها عن المالك) [٤]. والظاهر كونه واجباً نفسياً وعلى الإطلاق. لكن يشترط في التملك التعريف [٥].

(و) لذا (لا يجوز تملكها إلا بعد التعريف ولو بقيت في يده أحوالاً) [٦].

[١] [كما من ذلك ينقدح أيضاً عدم سقوط خطاب التعريف عنه بالدفع إلى الحاكم كما أشرنا إليه سابقاً، وصرح به الفاضل في التذكرة^(١).

[٢] والقاتل الشيخ في المحكي عن موضع من مبسوطه.

[٣] ولفظه «من وجد لقطة نظرت فإن أراد حفظها على صاحبها لا يلزمه أن يعرف لأن التعريف إنما يكون للتملك»^(٢).

[٤] بعدم التعريف الأمور به في النصوص^(٣) على جهة الإطلاق. بل عن الخلاف والمبسوط والغنية وظاهر التذكرة الإجماع عليه^(٤)، كما عن السرائر وكشف الرموز نفي الخلاف فيه^(٥). وهو كذلك، فإن المحكي عن المقنع إلى الرياض إطلاق التصريح بوجوبه^(٦). بل عنه في موضع آخر من مبسوطه التصريح بذلك أيضاً قال: «من وجد لقطة فإنها تكون في يده أمانة ويلزم أن يعرفها سنة، فإذا عرفها سنة كان بعد ذلك بالخيار إن شاء حفظها على صاحبها وإن شاء تصدق بشرط الضمان وإن شاء تصرف فيها بالضمان»^(٧). كل ذلك مضافاً إلى إطلاق الأمر به في النصوص^(٨) المستفيضة التي فيها الصحيح وغيره المؤيد بأنه مقدمة لإبصال المال إلى صاحبه، بل لولاه لكان إبقاؤه في مكانه أصح لمالكة من النقاطة، لكونه أقرب إلى الإبصال منه، لاحتمال رجوعه إليه، ومن هنا وجب في لقطة الحرم وإن لم يكن فيها تملك. ودعوى كونه بعدم قصد التملك يكون مجهول المالك واضحة الفساد؛ ضرورة صدق اسم اللقطة عليه. باعتبار كونه مالا ضائعاً لا يد عليه، سواء قصد التملك أو لا، بخلاف مجهول المالك الذي هو غير الضائع المزبور.

[٥] وهو لا يقتضي اشتراط وجوبه بقصد بعد إطلاق الأمر كما عرفت؛ إذ هو شرط لحصوله لا شرط لوجوبه المطلق.

[٦] لما عرفت من اتفاق النص^(٩) والفتوى على اشتراطه به.

(١) التذكرة ١٧: ٢٣٥. (٢) المبسوط ٣: ٣٢٢.

(٣) (٨) (٩) انظر الوسائل ٢٥: ٤٤١، ب ٢ من اللقطة.

(٤) الخلاف ٣: ٥٧٧ - ٥٧٨. المبسوط ٣: ٣٢٢. الغنية: ٣٠٣. التذكرة ١٧: ٢١٩.

(٥) السرائر ٢: ١٠٤. كشف الرموز ٢: ٤٠٩.

(٦) حكاة في مفتاح الكرامة ٦: ١٥٦.

(٧) المبسوط ٣: ٣٢٠ - ٣٢١.

نعم قد يقال : بناءً على فورية التعريف بعد الالتقاط عدم مشروعية التملك له لو فرض عدم وقوعه منه ولو عصيانياً [١].

[والظاهر جواز التملك ولو أخره أحوالاً].

[والأحوط عدم التملك لو أخر التعريف بعد الحول].

[١] كما هو أحد القولين في المسألة على ما في المسالك^(١). وإن كنت لم أتخفقه.

نعم في القواعد «ولو أخر الحول عَزَف في الثاني، وله التملك بعده على إشكال»^(٢).

بل عن إيضاح ولده عدم الترجيح^(٣).

لكن ظاهر المتن وصريحه كالإرشاد^(٤) التملك وإن أخره أحوالاً ولو عصيانياً.

بل هو صريح الفاضل في التذكرة والتحرير والشهيد والكركي والصميري^(٥) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم ؛ لإطلاق النصوص الذي لا يقيد ما في صحيح ابن مسلم من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ : «فإن ابتليت بها فعرفها سنة، فإن جاء طالبها وإلا فاجعلها في عرض مالك»^(٦) بناءً على إرادة الكناية به عن التملك. إذ أقصاه - بعد التسليم - الفورية لا اشتراط التملك بها.

بل قد يمنع دلالة عليها أيضاً ؛ ضرورة كونها «فاء» ربط لا عطف.

مضافاً إلى قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في النبوي المروي في طرق العامة : «اعرف عقاصها وكاءها ثم عَرَفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»^(٧).

وإن لم أجده في شيء من نصوصنا نعم أكثرها «يعرفها» من دون «فاء» أو «ثم».

إلا أنه لا ريب في كونه أحوط إن لم يكن هو المنساق من النصوص ولو على جهة الشرطية.

نعم قد يقال : إنَّ التملك على خلاف الأصل، فإذا فرض كون الثابت منها حال الفورية يبقى غيره على مقتضى أصالة عدم التملك، بل إن لم يكن إجماعاً لم يجب التعريف.

إلا أنَّ الأخير كما ترى، خصوصاً بعد ملاحظة كون التعريف وسيلة إلى إيصال المال إلى مالكه، فلا يسقط بالتأخير ولو عصيانياً.

وأما الأول فلا يصلح مقيداً لإطلاق الأدلة الذي منه قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ : «من وجد شيئاً فهو له، يتمتع به حتى يجيء طالبه»^(٨) الذي لم يعلم تقييده بغير التعريف ولو المتأخر عن حول الالتقاط لعذر أو لغير عذر، بل ينبغي القطع بالأول منهما.

(١) المسالك ١٢ : ٥٤٥. (٢) القواعد ٢ : ٢١١.

(٣) حكاة في مفتاح الكرامة ٦ : ١٦٥. انظر الإيضاح ٢ : ١٥٦ - ١٥٧.

(٤) الإرشاد ١ : ٤٤٣.

(٥) التذكرة ١٧ : ٢٣٨. التحرير ٤ : ٤٧٠ - ٤٧١. الدروس ٣ : ٨٩. المسالك ١٢ : ٥٤٥. جامع المقاصد ٦ : ١٦٧. غاية الغرام ٤ : ١٥٩.

(٦) الوسائل ٢٥ : ٤٤٢، ب ٢ من اللقطة، ح ٣.

(٧) سنن البيهقي ٦ : ١٨٥.

(٨) الوسائل ٢٥ : ٤٤٧، ب ٤ من اللقطة، ح ٢.

نعم بقى شيء وهو أنَّ الظاهر [١] كون التعريف لرجاء حصول المالك، أمّا مع اليأس منه ولو للتأخير أحوالاً عصبياً فالظاهر سقوطه .

ولكن هل يجوز التملك حينئذٍ؟ وجهان، أقواهما ذلك أيضاً [٢].

(و) كيف كان فـ(هي) ولو كانت لقطة حرم عندنا (أمانة) شرعية (في يد الملتقط في مدة الحول لا يضمنها إلا بالتفريط أو التعدي فتلقها من المالك) وكذا بعد الحول إذا لم يقصد تملكها [٣].

نعم من الأخير نية التملك بها قبله [٤] [سواء قصد ذلك من أول الالتقاط أو في أثناء الحول].
بل لا تعود الأمانة بعدوله .

كالمفروغة من عدم ضمانها مع أخذها للحفظ أبداً وإن وجب عليه تعريفها [٥].

[١] [وهو] المستفاد من النص والفتوى .

[٢] لإطلاق الصحيح المزبور^(١) .

[٣] عندنا، بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك .

[٤] لما عرفته مكزراً من عدم الإذن شرعاً ولا من المالك في هذا الحال .

اللهم إلا أن يقال: إن الإذن الشرعية الحاصلة من الإذن بالاتقاط لا ينافيها النهي عن التملك قبل التعريف فمع فرض عدم تقصيره به يبقى وضع يده عليها بالإذن السابقة وإن أتم بالنية المزبورة لو قلنا به .

إلا أنَّ الحكم مفروغ منه بين الأصحاب سواء قصد ذلك من أول الالتقاط أو في أثناء الحول .

بل في الرياض الإجماع عليه^(٢) .

[٥] عندنا كما عرفت .

بل في المسالك: « يضمن بتركه لأنه عدوان وإن نوى الحفظ ويستمر الضمان حينئذٍ وإن ابتدأ بالتعريف فتلف في سنته لتحقق العدوان فلا يزول إلا بقبض المالك أو ما يقوم مقامه كالوديعة »^(٣) .

بل قد يظهر من الرياض الإجماع عليه^(٤) .

ولكن قد يشكل بمثله تحقق العدوان فيها -بمعنى فعل ما لا يجوز شرعاً فيه - والتفريط الذي هو إهمال حفظها وإن أتم بترك التعريف الذي كان يحتمل معه حصول المالك لو وقع منه .

ولعله لذا قال في الدروس: « ولو أخر التعريف عن الالتقاط فابتداء الحول من حين التعريف، وله التملك بعده على الأقوى، ولا ضمان بالتأخير إن كان لضرورة، وإن كان لا لها ففيه وجهان، أقربهما عدم الضمان »^(٥) .

(١) تقدّم في ص ٥٣٠ .

(٢) الرياض ١٢: ٤٣١ - ٤٣٢ .

(٣) المسالك ١٢: ٥٤٦ - ٥٤٧ .

(٤) الرياض ١٢: ٤٣١ - ٤٣٢ .

(٥) الدروس ٣: ٨٩ .

ثم إنه حيث يضمنها للخيانة أو غيرها فهل يبرأ بالدفع إلى الحاكم ؟ وجهان [١] . وقد عرفت سابقاً أن الأصح بقاء الضمان [٢] .

كما أن الظاهر بقاء حكم التملك له بعد التعريف حولاً وإن أتم وخان في أثناءه بنية التملك [٣] . وعلى كل حال فقد ظهر لك ممّا ذكرناه هنا وسابقاً في نية التملك الحال في جميع الصور المذكورة في المقام - وهي أخذها بقصد الحفظ دائماً ، ويقصده في الحول ، والتملك بعده ، ويقصد الخيانة في الابتداء وفي الأثناء - وأنه لو نوى التملك بعد تعريفها حولاً من أول الأمر فهل يحتاج إلى تجديد النية أو تكفي النية الأولى ، وقلنا إن الأحوط والأقوى التجديد إلا مع استمرار العزم على وجه يقوم مقام تجديده .

(و) كيف كان فـ (زيادتها له) أي المالك ما دامت على ملكه [٤] (متصلة كانت الزيادة) كالسمن (أو منفصلة) كالولد [٥] [فيبقى النماء المنفصل على حكم مجهول المالك] .
ولذا لو تملكها ثم حصل منها نماء فجاء المالك كان له العين دون النماء المنفصل الذي حصل في ملك الملتقط [٦] أما المتصل فالظاهر تبعيته .

[١] وفي المسالك أصحهما ذلك ^(١) .

[٢] للأصل وكونه ولي حفظ لا ولي ذات كما تقدّم الكلام فيه سابقاً .

[٣] لإطلاق ما دلّ عليه من الالتقاط والتعريف ، كما صرح به الفاضل وولده والشهيدان والكركي ^(٢) وغيرهم . بل لا أجد فيه خلافاً . نعم فيه احتمال باعتبار كون التملك على خلاف الأصل والمتيقن منه غير المفروض . وفيه : أن ظاهر الدليل حجة شرعية .

[٤] لمعلومية تبعية النماء للملك .

[٥] نعم في القواعد : « في تبعية اللقطة نظر أقربيه ذلك » ^(٣) وتبعه ولده ^(٤) والكركي ^(٥) وثاني الشهيدين ^(٦) ؛ لأن الملتقط إذا استحق ملك العين استحق ملك النماء بالتبعية ، لأن الفرع لا يزيد على أصله ، واستحقاق التملك يحصل بمجرد الالتقاط وإن كان التعريف شرطاً ، فقد وجد النماء بعد الاستحقاق ، فيتبع العين بل لا يشترط لتملكه حول بانفراده إذاكمل حول الأصل .

وفيه : منع التبعية في المنفصل بعد عدم صدق اسم الالتقاط عليه ، فيبقى على حكم مجهول المالك ، خصوصاً بعد ما عرفت من كون التملك على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على المتيقن . ودعوى وجود النماء مستحقاً فيه ذلك واضحة المنع .

[٦] بلا خلاف أجده فيه وإن قلنا بانفساخ ملكه عن الأصل لكن من حينه كالبيع بالخيار .

(١) المسالك ١٢ : ٥٤٧ .

(٢) التحرير ٤ : ٤٧١ . القواعد ٢ : ٢١١ . الإيضاح ٢ : ١٥٧ . الدروس ٣ : ٨٤ . المسالك ١٢ : ٥٤٧ . جامع المقاصد ٦ : ١٦٧ .

(٣) القواعد ٢ : ٢١٤ .

(٤) الإيضاح ٢ : ١٦١ .

(٥) جامع المقاصد ٦ : ١٨٧ .

(٦) المسالك ١٢ : ٥٤٧ - ٥٤٨ .

(و) كيف كان فقد ظهر لك أنه (بعد التعريف يضمن) الملتقط على الوجه السابق (إن نوى التملك ولا يضمن إن نوى الأمانة) والحفظ، كما هو واضح.

(ولو نوى التملك) بعد الحول مثلاً (فجاء المالك) والعين قائمة بحالها (لم يكن له الانتزاع، وطالب بالمثل أو القيمة إن لم تكن مثلية) [١].

[١] وفقاً للفاضل وولده وأول الشهيدين^(١). بل في المسالك: أنه الأشهر، بل في موضع آخر: أنه المشهور^(٢). بل قد سمعت^(٣) إجماع الإيضاح والتنقيح على وجوب رد العوض فيما دون الدرهم دون العين؛ لأصالة اللزوم.

لكن قد ذكرنا سابقاً أن الأقوى خلافه. كما هو صريح الكركي والأردبيلي^(٤) وغيرهما.

بل قيل: «إنه ظاهر المبسوط والمراسم والسرائر بل والمقنعة والوسيلة»^(٥). ولذا قال في الدروس: «إنه قد يظهر من الروايات وكلام القدماء»^(٦). وفي المسالك: «أنه لا يخلو من قرب وإن كان المشهور خلافه» بعد أن ذكر الاستدلال عليه بظواهر النصوص قال: «بل في بعضها تصريح به كقوله عليه السلام في حديث الجهنبي: «أعرف وكاءها وعقاصها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشانك بها»^(٧). وفي رواية أخرى: «ثم عرفها سنة فإن لم يعرف فاستنفع بها، ولتكن ودبعة عندك فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه»^(٨). وفي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «يعرفها سنة، فإن جاء طالبها وإلا فهي كسبيل ماله»^(٩) وقريب منها صحيح ابن مسلم حيث قال عليه السلام: «فإن جاء طالبها وإلا فاجعلها في عرض مالك»^(١٠)»^(١١).

ونوقش بأن الأول والأخيرين محتملان أو ظاهران فيما إذا جاء قبل التملك، والمرسل ليس من طرقنا.

وفيه: أن تمتع صحيح ابن مسلم «يجري عليها ما يجري على مالك حتى يجيء لها طالب، فإن لم يجيء لها طالب فأوص بها في وصيتك»^(١٢).

نعم قد يقال: إنه وما شابهه ظاهر في الحفظ أمانة على ما عرفت الكلام فيه سابقاً. فالأولى الاستدلال بقول أبي جعفر عليه السلام في الصحيح: «من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتي طالبه جاء طالبه رده إليه»^(١٣).

وقول الصادق عليه السلام في خبر أبي خديجة: «ينبغي له 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 إن جاء طالبوها دفعوها إليه»^(١٤).

إلى غير ذلك من النصوص الدالة على ذلك التي من أجلها قلنا: إن الملك فيها متزلزل، كما تقدم الكلام فيه سابقاً.

(١) القواعد ٢: ٢١٣ - ٢١٤. الإيضاح ٢: ١٦١. الدروس ٣: ٩٠ (٢). المسالك ١٢: ٥٤٨، ٥٤٩.

(٣) تقدم في ص ٤٧٤.

(٤) جامع المقاصد ٦: ١٦٨. مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٦٤، ٤٨٥.

(٥) الدروس ٣: ٩٠.

(٦) مفتاح الكرامة ٦: ١٨٣.

(٧) سنن البيهقي ٦: ١٨٥.

(٨) سنن البيهقي ٦: ١٨٥.

(٩) الوسائل ٢٥: ٤٤١، ٢ من اللقطة، ح ١.

(١٠) الوسائل ٢٥: ٤٤٤، ٢ من اللقطة، ح ١٠.

(١١) المسالك ١٢: ٥٤٨ - ٥٤٩.

(١٢) الوسائل ٢٥: ٤٤٧، ٢ من اللقطة، ح ٢، وفيه: «بأنه طالبه».

(١٣) الوسائل ٢٥: ٤٦٥، ٢ من اللقطة، ح ١.

(و) لكن على [القول] الأوّل (لو ردّ الملتقط العين جاز) [١].

(و) على كلّ حال فـ (له) أي الملتقط (النماء المنفصل) الذي هو نماء ملكه وإن كان متزلزلاً، كالبيع بالخيار، لكنّه لا يقتضي تزلزل النماء [٢].

(ولو عابت بعد التملّك فأراد ردّها مع الأرض جاز). بل وجب على المالك القبول على المختار [٣]. نعم فيه إشكال) على مختار المصنّف: (لأنّ الحقّ تعلّق بغير العين) وهو العوض المترتب على ضمانها بنيّة التملّك له سواء كان مثلاً أو قيمة (فلم يلزمه أخذها معيبة) [٤].

[لو التقط العبد ولم يعلم المولى]:

المسألة (الرابعة): إذا التقط العبد ولم يعلم المولى) ولا أذن له فيه (فعرّف حولاً) أو لم يعرف (ثمّ أتلّفها) مع نيّة التملّك - الممتنع بالنسبة إليه - وعدمها (تعلّق لضمان برقيته) أي ذمته (يتبع بذلك إذا اعتق كالقرض الفاسد) [٥].

[١] بل قيل: إنّه يجب على المالك القبول لأنّها أولى من ردّ العوض مثلاً أو قيمة^(١). وفيه: إشكال باعتبار ثبوت القيمة له في ذمّة الملتقط بنيّة التملّك، والأصل لزوم الملك، وليست العين من أفراد الحقّ الذي اشتغلت به الذمّة. نعم لو فرض ما في الذمّة مثلياً وكانت هي من أفرادها ودفعها أتجه وجوب القبول. بل من ذلك قد ينقذ إشكال في عبارة المتن التي ذكر فيها المطالبة بالمثل أو القيمة إن لم تكن مثلية، وذلك لما عرفت من أنّ التحقيق الملك بنيّة التملّك بالعوض في الذمّة فمع فرض كونها مثلية ونوى التملّك بالقيمة لا يستحقّ المالك المثل. نعم يتمّ ما ذكره المصنّف لو كان المقام من الغرامات أو نوى تملّكها بعوضها مثلاً أو قيمةً وقلنا بصحّته. وربما يؤيد ذلك ما تقدّم في القرض من عدم وجوب قبول المالك العين لو دفعها إذا كانت قيمة واستقرضها كما عن الفخر والكركي والمقداد التصريح به^(٢)، خلافاً للمحكي عن الخلاف والشهيد^(٣) وغيرهم من وجوب القبول، بل عن الخلاف الإجماع عليه^(٤).

وقولهم: «الواجب في القيمي القيمة» أي مع عدم دفع العين، وقد تقدّم تحقيق الحال، فلاحظ وتأمل، فإنّ المقام شبيه بالقرض على المختار.

[٢] الذي سبب ملكه قاعدة تبعيّة النماء، كما عرفت الكلام فيه وفي النماء المتصل أيضاً، والله العالم.

[٣] لإطلاق ما دلّ على الردّ المقتضي لتزلزل الملك. (و) لا دليل على لزومه بطرؤه العيب الذي يمكن جبر الضرر الناشئ منه بالأرض.

[٤] بل الأصحّ عدم وجوب القبول، كما عن الفخر^(٥)؛ إذ هو أشبه شيء بمن استقرض قيمياً وأراد ردّ عينه معيباً مع الأرض الذي قد حكي^(٦) عنهم التصريح بعدم وجوب القبول فيه، والله العالم.

[٥] بلا خلاف ولا إشكال فيه عندنا.

(١) القواعد ٢: ٢١٤. (٢) الايضاح ٥: ٢. جامع المقاصد ٥: ٣٠. التفتيح ٢: ١٥٦.

(٣) الخلاف ٣: ١٧٧. الدروس ٣: ٣٢٠. المسالك ٣: ٤٥٣. ٤٥٥.

(٤) انظر الخلاف ٣: ١٧٧. (٥) الايضاح ٢: ١٦١.

(٦) مفتاح الكرامة ٦: ١٨٥.

سواء قلنا بجواز التقاطه وعدمه ، بل الظاهر على التقديرين إثم بالتصرف فيها [١] .

(ولو علم المولى قبل التعريف) أو بعده ولم يكن قد أذن له في الالتقاط (ولم ينتزعها منه) وكان غير أمين فـ [قد قيل : [٢] (ضمن ، لتفريطه بالإهمال إذا لم يكن أميناً) فصار كما لو وجدها وسلمها إلى فاسق فإنه يضمنها . وهو متجه مع إذنه له إذن استنباط [٣] . (و) إلا فمع فرض عدم الإذن له في الالتقاط فـ (سفيه) أي الضمان (تردد) [٤] ، بل منع [٥] . بل قد يقال : بعدم ضمانه وإن أوجبنا عليه الانتزاع [٦] . (وهل يضمن السيد مع كون العبد غير مميز ؟ الحكم بضمان السيد لا يخلو من نظر) . ولو قبضها المولى ثم ردها إليه والفرض كونه غير أمين [٧] . فقد يشكل الحكم بضمانه بناءً على جواز التقاطه [٨] . نعم لو قلنا بعدم جواز التقاطه أتجه ذلك [٨] ، ولا

[١] لكن في القواعد: «لو نوى التملك دون المولى لم يملك ، نعم له التصرف ويتبع به بعد العتق» ^(١) ولم أجده لغيره . وربما وجه ^(٢) بأن له التصرف في المباحات إذا حازها - كلحوم الصيد وأكل الأعشاب ونحو ذلك - من غير توقّف على إذن السيد ، واللقطة مثلها . ورد ^(٣) بأنه لا يتم إلا فيما كان منها كالمباح ، نحو دون الدرهم ، بخلاف مفروض المسألة الذي هو فيما يعرف منها . وفيه : منع ذلك أيضاً فيما دون الدرهم ؛ ضرورة ظهور الأدلة في تملك الواجد له ، ويتبعه التصرف ، والفرض استحالتة في العبد ، ولا دليل على جواز التصرف فيه بدون ذلك ، وكذا الكلام فيما زاد بعد تعريف الحول . وحمل العبارة على إذن السيد له في ذلك لا يجدي ؛ إذ هو إن اقتضى تملك السيد له فالضمان حينئذٍ عليه وإلا لم تعد إذنه في التصرف في مال الغير إباحت له . كما أن حمل العبارة على إرادة إباحت الانتفاع الذي يجوز لكل ملقط في مثل الدابة عوض النفقة - التي قد عرفت أن الأصح المقاصة فيها - لا يتم أيضاً ، كما هو واضح ، والله العالم .

[٢] [قاله] في محكي المبسوط ^(٤) .

[٣] كما يومئ إليه قوله : «كما لو وجدها ... إلى آخره» ، والفرض تقصيره في الانتزاع وكونه غير أمين .

[٤] كما اعترف به الفاضل والشهيدان والكركي ^(٥) .

[٥] كما في المسالك ^(٦) وغيرها . لأصالة براءة ذمته منه ، بل ومن وجوب انتزاع مال الغير الذي في يد العبد وإن رآه يتلفه .

[٦] إذ هو على تقدير وجوبه تعدي لا يقضي الضمان . نعم في الدروس : «ولو كان العبد غير مميز أتجه ضمان السيد» ^(٧) . وكأنه نزل منزلة دابته حيث يجب منعها من إتلاف مال الغير . مع أنه لا يخلو من نظر بناءً على عدم وجوب حفظ مال الغير ، وعدم دليل على التنزيل المزبور .

[٧] ففي التذكرة التصريح بضمانه ^(٨) . بل قيل : «الظاهر أنه لا خلاف فيه» ^(٩) .

وقد يشكل بناءً على جواز التقاطه ؛ ضرورة كونه كالملتقط الفاسق . اللهم إلا أن يلتزم بالضمان فيه أيضاً .

[٨] لصبروته في يده لقطة مكلفاً بها .

(١) القواعد ٢ : ٣١١ . (٢) جامع المقاصد ٦ : ١٧٢ .

(٣) (٩) مفتاح الكرامة ٦ : ١٧١ ، ١٥١ . (٤) المبسوط ٣ : ٣٢٥ .

(٥) القواعد ٢ : ٢٠٩ . للهمة : ٢٢٥ . المسالك ١٢ : ٥٥٠ . جامع المقاصد ٦ : ١٥٤ .

(٦) المسالك ١٢ : ٥٥٠ - ٥٥١ . (٧) (٨) الدروس ٣ : ٩٢ . التذكرة ١٧ : ١٩٠ .

فرق بين المولى وغيره على التقديرين. ولو كان العبد أميناً ف[١] عدم الضمان حتى مع إذن الاستئابة. ولو أذن المولى للعبد في التملك بعد تعريف الحول [٢] [ضمن السيد وإن لم يجر العبد صيغة التملك]. وعلى كل حال فهو متجه مع إرادة التملك للسيد [٣]. أما لو كان المراد الإذن له في تملكه والفرض عدم ملكه فيشكل ضمان السيد بذلك [٤].

اللهم إلا أن يكون ذلك منه إذناً في التصرف بما لا يغير فيكون ضمانه عليه، والله العالم. (ولو عرفها العبد) وهي في يد السيد أو العبد لكونه أميناً أو مطلقاً (ملكها المولى إن شاء وضمن) بناءً على أن ثمة التقاطع للمولى وإن كان بغير إذنه وقلنا بصحته، فحينئذٍ له التملك مع الضمان والصدقة والحفظ. (ولو نزعها المولى) منه قبل التعريف أو قبل إكماله ففي المتن [٥] [لزمه التعريف] بتمامه أو ما بقي منه (وله التملك) أيضاً (بعد الحول أو الصدقة مع الضمان أو إبقاؤها أمانة) [٦]. ولكن فيه إشكال إن لم يكن إجماعاً.

[١] [كما] لا إشكال ولا خلاف في [ذلك].

[٢] ففي القواعد ضمن السيد^(١). وظاهره الضمان بذلك وإن لم يجر العبد صيغة التملك. وعنه في التذكرة: « وإن تلفت بعد مدة التعريف فإن أذن له السيد في التملك وأجرى التملك ضمن وإن لم يجر التملك بعد فالأقوى تعلق الضمان بالسيد؛ لأنه أذن في سبب الضمان، فأشبه ما إذا أذن له أن يسوم شيئاً فأخذه وتلف في يده »^(٢). [٣] ضرورة كونه حينئذٍ مضموناً عليه.

[٤] ولعله لذا قال في محكي التحرير: « ومن جوز تملك العبد مع إذن المولى لو أذن له مولاه ملك العبد وضمن السيد »^(٣).

[٥] وغيره.

[٦] ولكن قد سلف منا ما يفهم منه الإشكال في ذلك إن لم يكن إجماعاً.

كما عساه [= الإجماع] يظهر من المتن والقواعد والمسالك^(٤) وغيرها، حيث أرسلوه إرسال المسلمات قال في الأخير في شرح العبارة المزبورة « إذا التقط العبد بإذن المولى أو بغير إذنه إن جوزناه تخير المولى بين أن يتركها في يده ليعرفها إذا لم يكن خائناً ثم يملكها إن شاء وبين أن ينتزعها منه ويعرفها فإن اختار الأول تملكها المولى بعد الحول وقبل قول العبد في التعريف إن كان ثقة وإلا اعتبر اطلاع المولى على تعريفه أو اطلاع من يعتمد على خبره لأنه كالتائب، مع احتمال قبول قوله فيه مطلقاً، لأنه ملتقط حقيقة؛ إذ هو الفرض وإن انتزعها منه وجب عليه تعريفها وصارت بيده بمنزلة ما لو التقطها وتخير بعد التعريف بما شاء من الأمور الثلاثة »^(٥).

وفي القواعد: « ولو أذن له المولى في التملك بعد التعريف أو انتزعها بعده للتملك ضمن السيد ولو انتزعها

(٢) التذكرة ١٧: ١٩٠.

(١) القواعد ٢: ٢٠٩.

(٤) القواعد ٢: ٢٠٨ - ٢٠٩. المسالك ١٢: ٥٥١.

(٣) التحرير ٤: ٤٦٦.

(٥) المسالك ١٢: ٥٥١.

السيد قبل مدة التعريف لزمه إكماله ، فإن تملك أو تصدق ضمن ، وإن حفظها لمالكها فلا ضمان ^(١) .

إذ ذلك كله لا يخفى عليك ما فيه ؛ ضرورة عدم دليل يقتضي أن ذلك للسيد بعد فرض جواز الالتقاط بدون إذنه ، فإن جوازه يقتضي تعلق الأحكام به ، وعدم قابليته للتملك لا يرفع أصل حكم الالتقاط عنه وكذا منع السيد له من التعريف أو الحفظ ، فإن أقصى ذلك الانتصار إلى وقت التمكن بناءً على تقديم حق السيد أو يدفعها إلى الحاكم أو غير ذلك .

ودعوى أن كل ما كان للعبد لو كان حراً يكون للسيد تحتاج إلى دليل ، كاحتياج انتقال حكم اللقطة إلى السيد - بانتزاعها منه على الوجه المزبور - إليه أيضاً بعد فرض جواز التقاطه بدون إذنه .

نعم لو قلنا بعدمه صار ما في يده كالموضوع في الأرض ، فإذا أخذه السيد أو غيره كان حكم اللقطة عليه ولا يجدي تعريف العبد سابقاً ؛ ضرورة كونه حينئذ كاللغو ، فتأمل جيداً .

ولعل دليل ذلك كله أنه كل على مولاة فكل شيء تعلق به يكون لمولاه ، ومنه التقاطه وإن كان بغير إذنه ، ونحوه حيابة المباحات ؛ إذ لا تقصر حيازته عن حيابة الأجير الخاص الذي لم يقصد الحيابة للمستأجر ولو لجنونه أو صغره ولكنه قد استأجره من وليه فإنه يكفي في تملكه ملك المنفعة الخاصة بعقد الإجازة ، والعبد مملوك عيناً ومنفعة فما يحوزه أو يلتقطه يكون لسيد . مؤيداً ذلك كله بفتوى من عرفت وغيره على وجه المفروغية منه وقربه إلى الاعتبار .

ولعل من ذلك ما حكاه في القواعد عن الشيخ ، قال : « ولو أعتقه قال الشيخ في المحكي من مبسوطه : للسيد أخذها لأنه من كسبه » ^(٢) . ولفظه : « عبد وجد لقطة ولم يعلم سيده فأعتقه فما الذي يفعل باللقطة ؟ ينسب على القولين ، فمن قال : للعبد أخذها ، فإن السيد يأخذها منه ، لأنها من كسبه كالصيد ، وقد سوغنا له أخذها قبل ذلك » ^(٣) . ووافق عليه الفاضل في المحكي من تذكرته والكركي ^(٤) .

نعم في القواعد ومحكي المختلف ^(٥) التفصيل في ذلك بين ما بعد الحول وقبله ، فبأخذها المولى في الأول دون الثاني التي هي فيه أمانة .

لكن حكى في الدروس الاتفاق على أنها من كسبه من حين الأخذ قال فيها : « ولو أعتق وبيده لقطة فللمولى انتزاعها منه عند الشيخ والفاضل في التذكرة وقال في غيرها : للسيد أخذها إن عتق بعد الحول لا قبله ، لأنها لا تسمى كسباً وهذا مخالف لاتفاقهم على أنها كسب من حين الأخذ ، نعم لو قلنا بعدم جواز التقاطه لم يكن للسيد أخذها مطلقاً ، لأنها قبل عتقه كالمقاة ، وبعده تصير في يده صالحة للالتقاط ، فيكون المعتبر أولى بها من السيد وفيه قوة » ^(٦) . وفي محكي الإيضاح : أنه بني الأمر على « أن الالتقاط هل هو للسيد ابتداءً أو لا ، بل هو ولاية وأمانة في يده ؟ فعلى الأول للسيد أخذها مطلقاً - أي قبل الحول وبعده - وعلى الثاني ليس له أخذها إذا كان العتق قبل الحول » ^(٧) . وفيه إشعار بما ذكرناه سابقاً . لكن قد سمعت ما في الدروس من الاتفاق ^(٨) ، والله العالم .

(٢) (٣) القواعد ٢ : ٢٠٩ . المبسوط ٣ : ٣٢٦ .

(١) القواعد ٢ : ٢٠٩ .

(٥) (٥) القواعد ٢ : ٢٠٩ . المختلف ٦ : ١٠٢ .

(٤) التذكرة ١٧ : ١٩٣ . جامع المقاصد ٦ : ١٥٦ .

(٧) (٧) الإيضاح ٢ : ١٥٣ - ١٥٤ .

(٥) (٧) الدروس ٣ : ٩٢ - ٩٣ .

[عدم وجوب دفع اللقطة إلا بالبيئة]:

المسألة (الخامسة: لا) يجب أن (تدفع اللقطة) إلى من يدّعيها الذي لا يعلم به الملتقط (إلا بالبيئة) التي تقوم مقام العلم بأداء الأمانة إلى أهلها شرعاً أو الشاهد واليمين، فلا يكفي شهادة العدل [١].
(و) على كل حال (لا يكفي الوصف) في وجوب الدفع (ولو وصف صفات لا يطلع عليها إلا المالك غالباً، مثل أن يصف وكاءها وعقاصها ووزنها ونقدها) وغير ذلك ما لم يحصل القطع بكونه المالك [٢].
نعم [المختار] [٣] جواز الدفع به مع فرض حصول الظنّ به [٤].

- [١] لعدم كونه بيئة. بلا خلاف أجدّه فيه. نعم عن التذكرة احتمال جواز الدفع إذا حصل الظنّ من قوله^(١). بل اختاره الشهيدان والكركي^(٢)؛ لفحوى الاكتفاء بالوصف الذي ستعرف الكلام فيه.
- [٢] كما صرح به الشيخ والحلي والفاضلان والشهيدان^(٣) وغيرهم على ما حكى عن بعضهم. لكن في النافع: «لا تدفع اللقطة إلا بالبيئة، ولا يكفي الوصف، وقيل: يكفي في الأموال الباطنة كالذهب والفضة، وهو حسن»^(٤). وظاهره الاكتفاء به في الوجوب. بل قيل: «كأنه استحسّنه أيضاً المقداد وأبو العباس. بل حكاه الأوّل عن الشيخ في المبسوط والخلاف»^(٥). وإن كان هو كما ترى لا نعرف القائل بالتفصيل المزبور في الجواز فضلاً عن الوجوب. ولقد أجاد في كشف الرموز بقوله: «لا أعرف منشأ هذا التفصيل ولا القائل به، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه إلا من أهل الظاهر من العامة فأوجبوا الدفع بالوصف»^(٦).
- [٣] [وهو] الأشهر كما في المسالك^(٧) بل المشهور كما في جامع المقاصد^(٨).
- [٤] بل هو المحكي عن العامة عدا أهل الظاهر منهم^(٩) بل لا أجد فيه خلافاً إلا من الحلي^(١٠). للقاعدة التي يجب الخروج عنها بقول الرضا عليه السلام في صحيح البنزني المتقدّم في الطير: «وإن جاءك طالب لا تهمه رده عليه»^(١١) بعد حمل الأمر فيه على الإباحة، لما عرفت ولكونه في مقام توهم الحظر، وتقرير الصادق عليه السلام دفع سعيد بن عمر الخثعمي الكيس الذي فيه الدنانير بالوصف^(١٢) والنبوي^(١٣) الذي أمر فيه بحفظ عقاصها وكاءها الظاهر في ذلك. مؤيداً بإفضاء عدم قبول الوصف المزبور -ولو على جهة الجواز- إلى تهمة الملتقط وعدم وصول المال إلى مالكه، لصعوبة إقامة البيّنة على بعض الأموال وخصوص التقدّم منه. بل قد يدعى أنّ ذلك هو المتعارف في تعرّف مالك المال الضائع. بل قيل: «ربّما ظهر من اللّمة والتحرير جواز الدفع به وإن لم يفد الظنّ»^(١٤). وإن كان الظاهر خلافه.

- (١) التذكرة ١٧: ٣٦٧. (٢) الدروس ٣: ٨٩. المسالك ١٢: ٥٥٢. جامع المقاصد ٦: ١٨٤ - ١٨٥.
- (٣) المبسوط ٣: ٣٢٩. السرائر ٢: ١١١. المائت هنا والعلامة في القواعد ٢: ٢١٣. التحرير ٤: ٤٧٢. اللّمة: ٢٢٥. المسالك ١٢: ٥٥٢.
- (٤) المختصر النافع: ٣٦٤. (٥) مفتاح الكرامة ٦: ١٨٤.
- (٦) كشف الرموز ٢: ٤١٤ - ٤١٥.
- (٧) المحلى (لابن حزم) ٨: ٢٥٧، ٣٦٤. حلية العلماء ٥: ٥٤٠.
- (٨) السرائر ٢: ١١١. (٩) الوسائل ٢٥: ٤٦١، ب ١٥ من اللقطة، ح ١.
- (١٠) الوسائل ٢٥: ٤٤٩، ب ٦ من اللقطة، ح ١، وفيه: «عن سعيد بن عمرو الجمعي». وفي التهذيب (٦: ٣٩١) عن سعيد بن عمرو الخثعمي.
- (١١) راجع سنن البيهقي ٦: ١٨٥.

(ف) - [المختار] [١] أنه (إن تبرّع الملتقط بالتسليم) بالوصف المزبور (لم يمنع وإن امتنع لم يجبر)، والله العالم.

(فرعان):

(الأول: لو ردّها بالوصف ثم أقام آخر البيّة بها انتزعتها) منه [٢].

(فإن كانت تالفة) بيد القابض (كان له مطالبة الآخذ بالعوض لـ) [٣]: (بفساد القبض) شرعاً. (وله مطالبة الملتقط، لمكان الحيلولة) [٤] [وإن حكم الحاكم عليه بالدفع إلى القابض]. (لكن لو طالب^(١) الملتقط رجع على الآخذ، الغارّ الذي استقرّ التلف في يده (ما لم يكن) قد اعترف) الملتقط (له بالملك) فإنّه لا رجوع له حينئذٍ [٥]. (ولو طالب الآخذ لم يرجع على الملتقط) كما هو واضح. والله العالم.

(الثاني: لو أقام واحد بيّة بها فدفعت إليه) بعينها (ثم أقام آخر بيّة بها أيضاً) فكلّهما خارجان بعد عدم تصديق الملتقط للسابق منهما.

(فإن لم يكن ترجيح) بالعدالة أو العدد (أقرع بينهما) وحلف الخارج بها، فإن امتنع من اليمين أحلف الآخر، فإن امتنعا قسّمت نصفين [٦]. وحينئذٍ (فإن) كان الترجيح للأول أو (خرجت) القرعة له وحلف فلا بحث، وإن كان ذلك (لثاني انتزعت من الأول وسلّمت إليه).

(ولو تلفت) وتعدّر إغرام الثاني (لم يضمن الملتقط إن كان) قد (دفعها بحكم الحاكم) الذي به يكون كالمكره (و) نحوه ممّا كان السبب فيه أقوى من المباشر. نعم (لو كان) قد (دفعها باجتهاده ضمن) [٧]. فيتخير المالك حينئذٍ بين رجوعه عليه وعلى الآخذ. هذا كلّ مع دفع العين نفسها.

(أما لو قامت البيّة بعد الحول) مثلاً (و) كان قد (تملّك الملتقط) وأتلفها (ودفع العوض إلى الأول ضمن الملتقط للثاني) حيث يتبين أنها (له على كلّ حال) سواء كان العوض المدفوع إلى الأول باقياً أو لا: (لأنّ الحقّ ثابت

[١] [كما] من ذلك كلّ ظهر لك [ذلك].

[٢] بلا خلاف ولا إشكال؛ ضرورة عدم كون الوصف حجة شرعية على ملكية الوصف فضلاً على أن يعارض البيّة الشرعية.

[٣] [لـ] عموم «على اليد» بعد معلومية [ذلك].

[٤] بالدفع إلى غير المستحق وإن كان مرخصاً في ذلك، لكنّه لا ينافي الضمان. وما عن بعض - من عدم الرجوع عليه إذا حكم الحاكم عليه بالدفع به لكونه كالماً أخذ قهراً^(٢) - لا يتم على مذهبنا من عدم إلزام الحاكم به، فلا إشكال في الرجوع على كلّ منهما عندنا. [٥] لاعترافه بكذب البيّة أو خطائها وكون الآخذ منه بغير حقّ.

[٦] ولكن ظاهر المصنّف هنا الاكتفاء بالقرعة في الحكم لمن خرجت له. وقد ذكرنا البحث في ذلك مفصلاً في كتاب القضاء.

[٧] لأنّه وإن قلنا بجواز الدفع له أقصاه الجواز دون الوجوب، فهو كالمدفع بالوصف.

في ذمته (و) (لم يتعين بالدفع إلى الأول) بعد ظهور عدم استحقاقه، وليس له الرجوع إلى القابض [١].
 (و) لكن (يرجع^(١) الملتقط على الأول) وإن كان قد دفعه إليه بحكم الحاكم فضلاً عما لو كان بالوصف
 (لتحقّق بطلان الحكم) الأول [٢]. [هذا إذا لم يكن قد اعترف له بالملك وإلا فلا رجوع له].
 [لو مات الملتقط كان التعريف على الوارث]:

المسألة السادسة: لو مات الملتقط [فلو كان في أثناء الحول فالحكم بالبناء على تعريف الملتقط مبني على
 انتقال حقّ الالتقاط إلى الوارث وهو إن لم يكن إجماعاً لا يخلو من نظر] [٣].
 نعم لو مات بعد الحول ونية التملك فهي موروثه [٤]. وإن كان إذا جاء المالك أخذها بناءً على
 المختار [٥]. بل لو كانت تالفة عند الملتقط رجع بالعوض على التركة إن اتسعت، وإن ضاقت زاحم الغرماء.
 نعم لو تملكها الوارث وأتلفها كان هو الغريم دون الميّت. ولو فقدت من التركة في أثناء الحول أو بعده [٦].
 [فالأصحّ أنه لا يرجع مالم يعلم التعدي والتفريط فيها].

[١] لأنّه لم يقبض عين ماله.

[٢] إذا لم يكن قد اعترف له بالملك، لا من حيث الحكم له به وإلا فلا رجوع له لكونه مأخوذاً منه ظلماً بزعمه، كما هو واضح، ..
 والله العالم.

[٣] ففي القواعد والدروس ومحكي التذكرة عرّف الوارث حولاً وملكها إن شاء أو قهراً^(٢) على البحث السابق فيه
 وفي وقت الضمان. بل في الأخيرين «لو كان في الأثناء بني، بخلاف الملتقط من الملتقط الذي يطلب المالك أو
 الملتقط، فاحتاج إلى استئناف، أمّا الوارث فلا يطلب إلا المالك». بل هو مقتضى ما في التحرير^(٣) وغيره. ولكن لا
 يخفى عليك أنّه مبني على انتقال حقّ الالتقاط إلى الوارث وهو إن لم يكن إجماعاً. كما عساه يظهر من إرسال من تعرّض له إرسال
 المسمّات - لا يخلو من نظر.

[٤] بلا خلاف ولا إشكال.

[٥] بل قد سمعت النصّ^(٤) فيه.

[٦] ففي القواعد احتمال الرجوع في مال الميّت وعدمه^(٥). بل في التحرير اختيار الرجوع^(٦). لكن قد عرفت في
 كتاب الوديعة ما يقتضي عدم الرجوع بها ما لم يعلم التعدي والتفريط فيها، للأصل وغيره كما حرّرنا الكلام في صورته مفضلاً،
 فلاحظ وتأمل كي تعلم أنّ الأصحّ هنا - كما في جامع المقاصد ومحكي الإيضاح^(٧) - عدم الرجوع، والله العالم والحمد لله أولاً وآخراً
 وظاهراً وباطناً، ونسأله الإعانة على إتمام ما بقي، فإنّه الرؤوف المنان، ذو الفضل والإحسان، الذي قد عوّداًنا الجميل وتفضّل علينا
 بالجزيل، فالرجاء منه أن يشفع أوائل مننه بأواخرها بمحمّد وأهل بيته الطيبين الطاهرين الغرّ الميامين.

(١) في الشرائع: «رجع».

(٢) التحرير ٤: ٤٦٦، ٤٧٦.

(٣) القواعد ٢: ٢١٣.

(٤) الوسائل ٢٥: ٤٦٥، ب ٢٠ من اللقطة، ح ١.

(٥) التحرير ٤: ٤٧٦.

(٦) القواعد ٢: ٢١٣.

(٧) جامع المقاصد ٦: ١٨٣ - ١٨٤. الإيضاح ٢: ١٦٠.

الفهرس التفصلي لمواضيع الكتاب

كتاب الغصب

..... أسباب الضمان	٣١
..... ضمان المباشرة	٣١
..... ضمان التسبيب	٣٢
..... حكم ما لو ألقى صبيّاً في مسبعة فقتله السبع	٤١
..... حكم ما لو غصب حيواناً فمات ولده أو تبعه	٤٢
..... حكم ما لو فتح باباً على مال فسرّق أو فك قيد العبد فأبقى	٤٤
..... ضمان القبض بالعقد الفاسد	٤٧
..... حكم الغصب	٤٩
..... لو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب	٩٥
..... حكم ما لو غصب دهنأ فخلطه بمثله أو بأدون أو بأجود	١٠٣
..... ثبوت الضمان في منافع المغصوب	١٠٧
..... لو زادت القيمة لزيادة صفة ثم زالت ثم عادت	١٠٩
..... حكم الزيادة المتصلة لو لم تزد به القيمة	١١٢
..... عدم تملك ما يقبض بالبيع الفاسد	١١٢
..... حكم ما لو وطأ الغاصب مملوكة غيره	١١٨
..... حكم ما لو غصب حبأ فزرعه أو بيضأ فاستفرخه	١٢٧

- حكم الزرع في الأرض المغصوبة ١٣٠
- حكم ما لو حصلت دابة في دار لا تخرج إلّا بالهدم ١٣٢
- حكم اسناد الحائط بجذع بغير إذن مالكة ١٣٦
- لو جنى العبد المغصوب فقتل ١٣٦
- لو نقل المغصوب إلى غير بلد الغصب ١٤١
- لو تلف المغصوب واختلفا في القيمة ١٤١
- لو تلف وادعى المالك صفة تزيد بها الثمن ١٤٣
- حكم ما لو باع الغاصب شيئاً ثم ملكه بسبب صحيح ١٤٥
- حكم اختلاف في ردّ العبد المغصوب قبل موته أو بعده ١٤٦
- لو اختلفا في تلف المغصوب ١٤٨
- لو اختلفا في ثوب العبد ونحوه ١٤٨

كتاب الشفعة

- ما يثبت فيه الشفعة ١٥٣
- الشفيع وشرائطه ١٧٢
- حكم ما لو باع أحد الشركاء نصيبه وعفا بعضهم ١٩٣
- لو امتنع الحاضر من الأخذ بالشفعة أو عفا ١٩٦
- حكم ما لو حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعة ثم حضر الآخر ١٩٦
- لو استقل الأرض الشفيع الأول بعد الأخذ بالشفعة ثم حضر الثاني ١٩٧
- لو قال الحاضر: لا آخذ بالشفعة حتى يحضر الغائب ١٩٧
- حكم ما لو ظهر الشقص مستحقاً للغير بعد الأخذ بالشفعة ١٩٧
- حكم ما لو باع أحد الشركاء حصته لشريكه ١٩٨
- حكم ما لو باع اثنان من الشركاء صفقة الاثنین أو أكثر ٢٠٠
- حكم ما لو باع أحد الحاضرين المشترين لغائبين فقدم الثالث ثم الرابع ٢٠٢
- تساوى الشركاء في حق الشفعة ٢٠٢
- كيفية الأخذ بالشفعة ٢٠٢
- لو ادعى أنّه اشترى سهماً فترك الشفيع ثم بان خلافه ٢٤١
- اعتبار العلم بالثمن في الأخذ بالشفعة ٢٤١

٢٤٢	حكم تسليم الثمن على الشفيع قبل تسلّم المبيع
٢٤٣	لو ترك الشفيع بزعم أنّ المشتري اثنان فبان واحداً أو بالعكس
٢٤٣	لزوم إبقاء الزرع في الأرض المشغولة قبل البيع
٢٤٤	عدم صحة الإقالة بين البائع والشفيع
٢٤٤	لواحق الأخذ بالشفعة
٢٤٤	لو اشترى بثمان مؤجل وأراد الشفيع أخذه
٢٤٧	الشفعة تورث
٢٤٨	تقسيم حق الشفعة على الوارث
٢٥١	لو باع الشفيع نصيبه قبل العلم بالشفعة
٢٥٢	لو باع شقصاً في مرض الموت من وارث محاباة
٢٥٤	لو صالح الشفيع على ترك الشفعة
٢٥٥	لو تبايعاً شقصاً فضمن الشفيع الدرك
٢٥٦	لو أخذ بالشفعة فوجد في المبيع عيباً
٢٥٨	لو كان الثمن قيمياً وظهر فيه العيب
٢٦٢	لو كانت دار لحاضر وغائب وحصة الغائب في يد آخر
٢٦٥	ما تبطل به الشفعة
٢٧٩	لو اختلفا في قدر الثمن
٢٨٧	لو ادعى الشريك البيع وأنكره الاجنبي
٢٨٩	لو ادعى الشريكان استحقاق الشفعة
٢٩٢	لو ادعى أحد الشريكين الانتقال بالابتياغ وزعم آخر أنّه ورث
٢٩٤	لو تصادق البائع والمشتري على أن الثمن غصب
٢٩٥	لو ادعى شراء الشقص لغيره
٢٩٧	لو أنكر المشتري ملكية مدعي الشفعة
٢٩٧	لو ادعى أحد وارثي الشفعة العفو

كتاب إحياء الموات

٣١٧	اشتراط عدم ثبوت يد مسلم قبل الاحياء
٣١٧	اشتراط عدم ثبوت الموات حريماً لعامر

٣٢٩	اشتراط عدم ثبوت المحيا مشعراً للعبادة
٣٣٠	اشتراط عدم ثبوت المحيا مما أقطعه الامام
٣٣١	اشتراط عدم ثبوت المحيي مسبقاً بالتحجير
٣٣٧	ما يحصل به الإحياء
٣٤٥	بيان المنافع المشتركة
٣٦٠	حكم إحياء المعادن
٣٧٧	حكم الماء المباح الجاري في النهر المملوك
٣٧٩	لو استجد جماعة نهراً
٣٨٠	لو اجتمعت أملاك على ماء لم يف لسقيها دفعة
٣٨٥	حكم مشاركة المحيي للموات المتأخر مع الملاك السابقين في الماء
٣٨٧	حكم الدار التي بيد الإنسان توارثا ويعلم أنه ليست له

كتاب اللقطة

٣٩٢	ما يسمى باللقيط
٣٩٢	اللقيط وشروطه
٣٩٩	الملتقط وشروطه
٤٠٩	أحكام اللقطة
٤٠٩	حكم أخذ اللقيط
٤١٠	حكم ملكية اللقيط لما كان تحت يده
٤١٣	حكم الإشهاد عند أخذ اللقيط
٤١٤	اعتبار الإذن من الحاكم في الإنفاق على اللقيط من ماله
٤١٤	حكم اللقيط في دار الاسلام ودار الحرب
٤١٩	عاقلة اللقيط الامام عليه السلام
٤٢٣	لو قذف اللقيط قاذف
٤٢٤	حكم إقرار اللقيط على نفسه بالرقية
٤٢٥	حكم دعوى الملتقط بنوة اللقيط
٤٢٧	أحكام النزاع
٤٢٧	لو اختلف الملتقط واللقيط في قدر الانفاق

- ٤٢٩ لو تشاح ملتقطان مع تساويهما في الشرائط
- ٤٣١ لو التقط اللقيط اثنان وتشاحا فيه وكان كل واحد منهما لو انفرد أقرّ في يده
- ٤٣٣ لو ادعى بنوة اللقيط اثنان وكان لكل واحد منهما بينة
- ٤٣٤ لو اختلف كافر ومسلم في دعوى بنوة اللقيط
- ٤٣٥ ما يلتقط من الحيوان
- ٤٣٥ ما يسمى به الضالة
- ٤٦٤ أحكام الملتقط
- ٤٦٤ لو لم يجد الآخذ سلطاناً ينفق على الضالة
- ٤٦٥ حكم الانتفاع ما لو كان للقطعة نفع
- ٤٦٦ حكم ضمان الضالة بعد الحول
- ٤٦٧ حكم ما لو وجد مملوكاً بالغاً أو مراهقاً
- ٤٦٧ لو وجد عبده أو دابته في غير مصره
- ٤٦٩ الكلام في اللقطة
- ٤٦٩ ماهية اللقطة
- ٤٩١ حكم ما يوجد في المفاوز أو في خربة أو مدفوناً
- ٥٠٧ لو أودعه لص مالاّ وعلم أنّه ليس للمودع
- ٥٠٨ لو وجد في داره مالاّ لا يعرفه
- ٥١٠ عدم تملك اللقطة قبل التعريف سنة
- ٥١٥ اللقطة تضمن بمطالبة المالك
- ٥١٨ من له أهلية الاكتساب أو الحفظ
- ٥٢٢ أحكام الملتقط
- ٥٢٢ حكم اعتبار التوالي في التعريف سنة
- ٥٢٨ لو دفع اللقطة إلى الحاكم
- ٥٢٩ التعريف واجب نفسي أم غيري
- ٥٣٤ لو التقط العبد ولم يعلم المولى
- ٥٣٨ عدم وجوب دفع اللقطة إلاّ بالبينة
- ٥٤٠ لو مات الملتقط كان التعريف على الوارث