



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران
علیه السلام

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

حاشية الشارح

جلد ششم

تأليف

المحقق القبة

الإمام العلامة والشيخ الميرزا محمد باقر

١٣٥١ - ١٣٧١



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامع الشتات

نویسنده:

ابوالقاسم بن محمد حسن گیلانی میرزای قمی

ناشر چاپی:

کیهان

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

۵	فهرست
۱۷	جامع شتات جلد ۶
۱۷	مشخصات کتاب
۱۷	اشاره
۲۱	فهرست
۲۳	مقدمه مصحح ویزگی این مجلد
۲۷	کتاب الضیّد و الذّباحة
۲۷	۱- سؤال:
۲۸	جواب:
۲۸	۲- سؤال:
۲۸	جواب:
۲۹	کتاب الاطعمه و الاشربة
۲۹	باب المطاعم و المشارب من المجلد الاول
۲۹	۱- سؤال:
۲۹	جواب:
۳۰	۲- سؤال:
۳۰	جواب:
۳۰	۳- سؤال:
۳۰	جواب:
۳۰	۴- سؤال:
۳۱	جواب:
۳۳	۵- سؤال:
۳۳	جواب:
۳۴	۶- سؤال:

جواب: ٣٤

٧- سؤال: ٣٤

جواب: ٣٤

٨- سؤال: ٣٥

جواب: ٣٥

٩- سؤال: ٣٥

جواب: ٣٥

١٠- سؤال: ٣٥

جواب: ٣٥

٣٧ باب المطاعم و المشارب من المجلد الثاني

١١- سؤال: ٣٧

جواب: ٣٧

١٢- سؤال: ٤٣

جواب: ٤٣

١٣- سؤال: ٤٤

جواب: ٤٤

١٤- سؤال: ٤٤

جواب: ٤٤

١٥- سؤال: ٤٥

جواب: ٤٥

١٦- سؤال: ٤٥

جواب: ٤٥

١٧- سؤال: ٤٥

جواب: ٤٦

١٨- سؤال: ٤٦

جواب: ٤٦

٤٦ ----- :سؤال - ١٩

٤٦ ----- :جواب

٤٦ ----- :سؤال - ٢٠

٤٦ ----- :جواب

٤٨ ----- :سؤال - ٢١

٤٩ ----- :جواب

٤٩ ----- :سؤال - ٢٢

٥٠ ----- :جواب

٥١ ----- :سؤال - ٢٣

٥١ ----- :جواب

٥١ ----- :سؤال - ٢٤

٥١ ----- :جواب

٥١ ----- :سؤال - ٢٥

٥١ ----- :جواب

٥٣ ----- :سؤال - ٢٦

٥٣ ----- :جواب

٥٣ ----- :سؤال - ٢٧

٥٣ ----- :جواب

٥٣ ----- :سؤال - ٢٨

٥٣ ----- :جواب

٥٣ ----- :سؤال - ٢٩

٥٥ ----- :جواب

٥٥ ----- :سؤال - ٣٠

٥٥ ----- :جواب

٥٦ ----- :سؤال - ٣١

٥٧ ----- :جواب

باب المطاعم و المشارب من المجلد الثالث ----- ٥٧

اشاره ----- ٥٧

٣٢- سؤال: ----- ٥٧

جواب: ----- ٥٧

٣٣- سؤال: ----- ٥٧

جواب: ----- ٥٧

٣٤- سؤال: ----- ٥٩

جواب: ----- ٥٩

٣٥- سؤال: ----- ٥٩

جواب: ----- ٥٩

٣٦- سؤال: ----- ٦٠

جواب: ----- ٦٠

٣٧- سؤال: ----- ٦٢

جواب: ----- ٦٢

٣٨- سؤال: ----- ٦٢

جواب: ----- ٦٢

كتاب الغصب ----- ٨٨

مسائل الغصب من المجلد الاول ----- ٨٨

١- سؤال: ----- ٨٨

جواب: ----- ٨٨

٢- سؤال: ----- ٨٨

جواب: ----- ٨٩

٣- سؤال: ----- ٩٠

جواب: ----- ٩٠

٤- سؤال: ----- ٩٠

جواب: ----- ٩٠

٩١ : ٥- سؤال:

٩٢ : جواب:

٩٢ باب الغصب من المجلد الثاني

٩٢ : ٦- سؤال:

٩٢ : جواب:

٩٣ : ٧- سؤال:

٩٣ : جواب:

٩٩ : ٨- سؤال:

٩٩ : جواب:

٩٩ : ٩- سؤال:

٩٩ : جواب:

١٠٠ : ١٠- سؤال:

١٠٠ : جواب:

١٠٠ : ١١- سؤال:

١٠١ : جواب:

١٠٣ : ١٢- سؤال:

١٠٤ : جواب:

١٠٤ : ١٣- سؤال:

١٠٤ : جواب:

١٠٥ : ١٤- سؤال:

١٠٥ : جواب:

١٠٥ : ١٥- سؤال:

١٠٥ : جواب:

١٠٥ : ١٦- سؤال:

١٠٦ : جواب:

١٠٧ : ١٧- سؤال:

١٠٧ جواب:

١٠٩ سؤال: ١٨-

١٠٩ جواب:

١٠٩ سؤال: ١٩-

١١٠ جواب:

١١٠ سؤال: ٢٠-

١١٠ جواب:

١١٠ سؤال: ٢١-

١١١ جواب:

١١٢ باب الغصب من المجلد الثالث

١١٢ اشاره

١١٢ سؤال: ٢٢-

١١٢ سؤال: ٢٣-

١١٣ جواب:

١١٣ سؤال: ٢٤-

١١٥ جواب:

١١٨ جواب:

١١٩ جواب:

١١٩ جواب:

١٢٢ جواب:

١٢٣ جواب:

١٢٤ جواب:

١٢٤ جواب:

١٢٤ جواب:

١٢٤ سؤال: ٢٥-

١٢٤ جواب:

كتاب الشَّعْعة - ١٣٦

كتاب الشَّعْعة من المجلد الاول - ١٣٦

١- سؤال: ١٣٦

جواب: ١٣٦

٢- السؤال: ١٣٦

الجواب: ١٣٧

٣- سؤال: ١٦٧

جواب: ١٦٧

٤- سؤال: ١٦٨

جواب: ١٦٩

٥- سؤال: ١٦٩

جواب: ١٦٩

باب الشفعه من المجلد الثاني - ١٦٩

٦- سؤال: ١٦٩

جواب: ١٧٠

٧- سؤال: ١٧١

جواب: ١٧١

٨- سؤال: ١٨٢

جواب: ١٨٢

٩- سؤال: ١٨٤

جواب: ١٨٤

مسائل الشفعة من المجلد الثالث - ١٨٨

١٠- السؤال: ١٨٨

الجواب: ١٨٩

كتاب احياء الموات - ١٩٤

كتاب احياء الموات من المجلد الاول - ١٩٤

- ۱۹۴ ----- سؤال: ۱-
جواب: ۱۹۴ -----
- ۲۰۳ ----- سؤال: ۲-
جواب: ۲۰۳ -----
- ۲۱۶ ----- سؤال: ۳-
جواب: ۲۱۷ -----
- ۲۲۰ ----- سؤال: ۴-
جواب: ۲۲۰ -----
- ۲۲۰ ----- سؤال: ۵-
جواب: ۲۲۱ -----
- ۲۲۱ ----- سؤال: ۶-
جواب: ۲۲۱ -----
- ۲۲۴ ----- سؤال: ۷-
جواب: ۲۲۵ -----
- ۲۲۷ ----- سؤال: ۸-
جواب: ۲۲۷ -----
- ۲۳۱ ----- سؤال: ۹-
جواب: ۲۳۱ -----
- ۲۳۲ ----- و در صورت سؤال: ۱۰-
جواب: ۲۳۲ -----
- ۲۳۳ ----- سؤال: ۱۱-
جواب: ۲۳۵ -----
- ۲۳۵ ----- سؤال: ۱۲-
جواب: ۲۳۵ -----
- ۲۴۱ ----- سؤال: ۱۳-

٢٤١ جواب:

٢٤١ سؤال: ١٤-

٢٤١ جواب:

٢٤٢ سؤال: ١٥-

٢٤٢ جواب:

٢٤٣ سؤال: ١٦-

٢٤٤ جواب:

٢٤٤ سؤال: ١٧-

٢٤٥ جواب:

٢٤٨ كتاب احياء الموات من المجلد الثانى

٢٤٨ سؤال: ١٨-

٢٤٨ جواب:

٢٥١ سؤال: ١٩-

٢٥١ جواب:

٢٥٢ سؤال: ٢٠-

٢٥٢ جواب:

٢٥٢ سؤال: ٢١-

٢٥٣ جواب:

٢٦٦ سؤال: ٢٢-

٢٦٦ جواب:

٢٦٦ سؤال: ٢٣-

٢٦٦ جواب:

٢٨١ سؤال: ٢٤-

٢٨١ جواب:

٢٨١ سؤال: ٢٥-

٢٨١ جواب:

- ٢٨٢ سؤال: ٢٦
- ٢٨٣ جواب:
- ٢٨٣ سؤال: ٢٧
- ٢٨٣ جواب:
- ٢٨٣ سؤال: ٢٨
- ٢٨٣ جواب:
- ٢٨٥ سؤال: ٢٩
- ٢٨٥ جواب:
- ٢٨٥ سؤال: ٣٠
- ٢٨٦ جواب:
- ٢٨٧ سؤال: ٣١
- ٢٨٨ جواب:
- ٢٩٥ سؤال: ٣٢
- ٢٩٥ جواب:
- ٢٩٦ سؤال: ٣٣
- ٢٩٧ جواب:
- ٢٩٧ سؤال: ٣٤
- ٢٩٨ جواب:
- ٢٩٨ سؤال: ٣٥
- ٢٩٨ جواب:
- ٢٩٨ سؤال: ٣٦
- ٢٩٨ جواب:
- ٣٠٥ سؤال: ٣٧
- ٣٠٥ جواب:
- ٣٠٦ سؤال: ٣٨
- ٣٠٦ جواب:

٣٠٧ سؤال: ٣٩

٣٠٧ جواب:

٣٠٨ سؤال: ٤٠

٣٠٨ جواب:

٣٠٩ سؤال: ٤١

٣٠٩ جواب:

٣٠٩ سؤال: ٤٢

٣١٠ جواب:

٣١٠ سؤال: ٤٣

٣١٠ جواب:

٣١٤ سؤال: ٤٤

٣١٤ جواب:

٣١٧ كتاب احياء الموات من المجلد الثالث

٣١٧ سؤال: ٤٥

٣١٧ جواب:

٣١٨ سؤال: ٤٦

٣١٩ جواب:

٣٢٢ سؤال: ٤٧

٣٢٢ جواب:

٣٢٣ سؤال: ٤٨

٣٢٣ جواب:

٣٢٣ السؤال: ٤٩

٣٢٤ الجواب:

٣٣١ كتاب اللقطة

٣٣١ كتاب اللقطة من المجلد الاول

٣٣١ سؤال: ١

٣٣١ جواب:

٣٣٢ سؤال: ٢-

٣٣٢ جواب:

٣٣٣ سؤال: ٣-

٣٣٣ جواب:

٣٣٤ كتاب اللقطه من المجلد الثاني

٣٣٤ سؤال: ٤-

٣٣٤ جواب:

٣٨٤ باب اللقطه من المجلد الثالث

٣٨٤ سؤال: ٥-

٣٨٤ جواب:

٣٨٧ سؤال: ٦-

٣٨٧ جواب:

٣٨٩ دربارہ مرکز

سرشناسه: میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، ۱۱۵۱-۱۲۳۱ق.

عنوان و نام پدیدآور: جامع الشتات / تالیف ابوالقاسم قمی؛ با تصحیح و اهتمام مرتضی رضوی.

مشخصات نشر: تهران: کیهان، ۱۳-.

مشخصات ظاهری: ج.

شابک: ۳۲۰۰ ریال (ج. ۱)؛ ۳۷۰۰ ریال (ج. ۲)؛ ۸۰۰۰ ریال (ج. ۳)؛ ۱۵۰۰۰ ریال (ج. ۴).

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی براساس جلد چهارم، ۱۳۷۵.

یادداشت: ج. ۲ (چاپ اول: تابستان ۱۳۷۱).

یادداشت: ج. ۱ (چاپ اول: بهار ۱۳۷۱).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ اول: پاییز ۱۳۷۱).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: فقه جعفری -- رساله عملیه

شناسه افزوده: رضوی، مرتضی، ۱۳۱۰-، مصحح

رده بندی کنگره: BP۱۸۳/۹ م ۹۴ ج ۲ ۱۳۰۰ ی

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۴۲۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۷-۳۹۵۴

ص: ۱

جامع الشتات

جلد ششم

كتاب الصيد و الذبأحه، الاطعمه و الاشربه، الغصب، الشفعه،

احياء الموات، اللقطه.

تاليف: المحقق الميرزا ابى القاسم بن الحسن الجيلانى القمى

۱۱۵۱-۱۲۳۱

تصحیح: مرتضى رضوى

ص: ۲

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ص: ٣

فهرست

مقدمه. ٧

كتاب الصيد و الذباجه. ١١

كتاب الاطعمه و الاشربه. ١٣

كتاب الغصب... ٦٧

كتاب الشفعة. ١١٥

كتاب احياء الموات.. ١٧٣

كتاب اللقطه. ٣٠٧

ص: ٥

بخش عمده ای از این مجلد «کتاب احیاء الموات» است. نظر به این که این باب برای شناخت نظام اقتصادی اسلام (به ویژه در ماهیت خاص آن در مکتب اهل بیت علیهم السلام) بس مهم و از ارکان تعیین کننده آن است، لذا دایره کار از محدوده تصحیح فراتر رفته و تعلیقاتی را در پی نویسی ها افزوده ام.

در مجلدات قبلی بنا بر این بود که از تعلیقه نگاری خودداری شود، مگر در موارد ضروری. همین «موارد ضروری» در این مجلد به دلیل ضرورت مذکور در بالا، گسترده تر شده است. زیرا که «شناخت نظام اقتصادی نظاممند اسلام» امروز از اساسی ترین مسائل ضروری ما شده است. نه فقط برای جریان های فکری ای که نظام و حکومت جمهوری اسلامی را تایید می کنند، بل برای هر شیعه ای، بل برای هر مسلمانی و بل برای هر انسان متفکری در جهان.

متأسفانه در این باره کمترین کار نیز انجام نیافته است؛ هیچ کسی اقدام عملی علمی در تعیین و تشریح تفاوت های اساسی نظام اقتصادی اسلامی، نکرده است. گوئی نظام اقتصادی اسلام هیچ تفاوتی با نظام آدام اسمیتی و شاخه های متفرع از آن، ندارد مگر در «ربا» و مواردی از خوراکی های حرام.

مثل این که این مسئله بزرگ، سخت نیازمند گذشت زمان است؛ مدت چهار سال استدلال کردم که «معادن از انفال است»، با مخالفت های بس شدید روبه رو می شدم. اگر موافقی هم بود سکوت اختیار کرده بود. اینک در این اواخر مجلس شورای اسلامی تصویب کرد که معادن از انفال است.

برای اولین بار بنده عنوان کردم که می توان گفت: «میان بانک دولتی- دولت مشروع شیعی- و مردم، ربا نیست». در این اواخر این مطلب نیز باصطلاح جای افتاده و در این مدت ۲۲ سال به تدریج نظر برخی از فقهاء به آن جلب شده است. و گویا بخشنامه ای هم بر این محور صادر شده است. و مسائل اساسی دیگر از این قبیل.

اما امروز که همه نوع درگیری، بگومگو، حتی جنگ ها، به محور ادیان است (و این واقعیت را بدون تعارف، باید پذیرفت) و ما مکتبی ترین مذهب را داریم، اولاً باید محکوم گذشت زمان نباشیم. و ثانیاً اگر بالحاظ اصول جامعه شناختی، چاره ای از تحمل گذشت زمان نداریم، دستکم در کوتاه کردن آن بکوشیم. نمی توان مدعی مکتبی ترین آئین شد و مبانی اساسی آن را تبیین نکرد. در دنیای اینترنت و سرعت اطلاعات، مردمی که از تبیین اصول خود باز بمانند، بی تردید هم بر خود و هم بر مکتب شان ستم کرده اند.

با این انگیزه، بر پی نویس های این مجلد افزوده شده، گاهی در مسئله ای درباره نظر «غیر مشهور» در مقابل نظر «مشهور»، استدلال شده است؛ استدلال مرسوم و سنتی فقهی.

به ویژه درباره «آب» و حقوق مربوط به آن و قوانین تقسیم آب، که امروز به اذعان

همه متفکران جهان به یک معضل بزرگ جهانی تبدیل می شود و از مسائل همین «احیاء الموات» است.

البته در مجلدات آتی (اگر توفیق تصحیح باشد) به همان سبک مجلدات پیشین اکتفا خواهد شد.

مرتضی رضوی

۳/۸/۱۴۳۲ هـ، ق.

۱۶/۳/۱۳۹۰ هـ، ش.

ص: ۹

۱- سؤال:

۱- سؤال: هرگاه گوسفندی که آزارشش دارد و بعضی علامات و حالات مجرّبه از او به هم رسد که جزم به جان دادن و در حال نزع بودن آن از برای آن کس حاصل شود، آیا سر بریدن آن محلّل آن است یا سر بریدن فائده ندارد و اعراض از آن واجب است؟-؟

و همچنین: حیوانی که گرگ شکم او را دریده باشد و روده یا احشاء دیگر را پاره کرده باشد و به این سبب افتاده، لکن صدا کند و دست و پا زند، آیا والحاله هذه ذبح آن جایز است یا نه این حیوان حرام است؟-؟

و همچنین: حیوانی که تیر دور انداز به او بخورد و (باصطلاح صیادان) جگر او را گرفته باشد، و یقین بر جان کندن او باشد، ذبح او جایز است با این حال یا نه؟-؟

و هم [چنین] مرغی را که صیاد تیر به او اندازد و روده او را بیرون بَرَد و پر زند و در

نهایت حرکت باشد، آیا آن مرغ با ذبح حلال است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: اظهر در نظر حقیر اعتبار «حیوة مستقرّه» است در حیثیت. و لکن در تحقیق (۱)

آن اکتفاء می کنیم به استصحاب حیات، به معنی این که تا علم به هم نرسیده است که حیوان در جان کندن است، می توان او را ذبح کرد و حلال می شود به شرط تحقق علامتین بعد ذبح، یعنی حرکت عضوی از اعضای آن، و بیرون آمدن خون روان علی الاحوط، یا احد هما علی الاظهر.

و امّا هرگاه علم به هم رسد که در جان کندن است، حلال نیست هر چند دو علامت بر او مترتب شود. نهایت؛ حصول علم، بسیار نادر است. مکرر دیده ایم که انسانی را حکم به موت او می کنند و بعد صحیح می شود. و همچنین حیوان.

۲- سؤال:

۲- سؤال: هرگاه صیدی به ضرب گلوله بمیرد که در میان آن گلوله آهن باشد و بسم الله هم گفته باشد در وقت انداختن، حرام است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: اظهر و اشهر حرمت است. والله العالم.

ص: ۱۲

۱- در نسخه: تحقیق.

۱- سؤال:

۱- سؤال: مطعومات متنجسه را به اطفال صغير خوراندن، حرام است يا نه؟-؟

جواب:

جواب: تصریحی در کلام علما و اخبار، در غیر مسکر ندیدم. لکن اطلاقات فتاوی در منع از انتفاع به مایعات متنجسه مطلقاً، حرمت است.

و همچنین ظاهر پاره ای از اخبار مثل آن چه وارد شده در باب خمیر نجس که باید فروخت به کسی که مستحلّ میته است (۱)، و در روایتی دفن کرده می شود و فروخته نمی شود (۲). و آن چه امر به ریختن مایعات متنجسه مثل «حدیث مرق» و غیر آن. و بعد ملاحظه امر به تمرین اطفال به عبادات و تکلیفات، و ملاحظه اطلاقات این فتاوی و روایات، اطعام اطفال به مطعومات متنجسه، در غایت اشکال است. و دور نیست که بگوئیم: احوط بل که اظهر حرمت است. والله العالم.

ص: ۱۳

۱- وسائل: کتاب التجارة، ب ۷ ح ۳.

۲- همان، ح ۴.

۲- سؤال:

۲- سؤال: آیا حلالی، هرگاه کذا بی رسیدن آتش(۱)،

از گرمی هوا به جوش آید، هنوز خمر نشده، حلال است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه معلوم شود که آب انگور از انگور در آمده است و با آب و سرکه ممزوج شده و به جوش آمده، یا دانه های انگور به جوش آید، اظهر نجاست و حرمت است. و اگر آن ها هیچ یک معلوم نباشد و محتمل باشد که همان آب و سرکه تنها به جوش آمده، با کی نیست. و لکن ظاهر آن است که آب و سرکه به تنهایی به خودی خود به جوش نمی آید.

۳- سؤال:

۳- سؤال: در خم سرکه هرگاه دانه انگوری تلخ و به هیئت مسکر باشد و تتمه سرکه باشد، آیا آن سرکه حلال است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه علم به بقاء مسکریّت (یا حصول وصف مسکریّت) در آن دانه نیست، هیچ ضرر ندارد. و بر فرض حصول علم، هرگاه به ملاقات آن چه داخل دانه انگور است به سایر دانه ها و سرکه که در خم است حاصل نباشد، همان دانه را بردارند و باقی همه آن خم حلال و پاک است.

بلی: اگر علم یقینی به هم رسد که آن دانه بر وصف مسکریّت باقی است و شکسته باشد و با آب خم ممزوج باشد(۲)،

باعث نجاست می شود علی الاظهر.

۴- سؤال:

۴- سؤال: حلیّت ماهی را چطور باید شناخت؟ نظر به این که ماهی انواع و اقسام می باشد. و حلیّت وحوش و طیور را که علامت را داده اند به چه کیفیت شناخته می شود؟

ص: ۱۴

۱- عبارت نسخه: آیا حلالی کذا هرگاه بی رسیدن آتش....- امروز در اصطلاح مردمی به جای لفظ «کذا» لفظ «همین طوری»

به کار می رود. یعنی «خود به خود»،- حلالی: انگوری که همراه آب و قدری سرکه برای سرکه شدن گذاشته شود.

۲- توجه: ممکن است دانه یا دانه هائی به دیواره خم چسبیده باشد به وصف مسکریّت هم رسیده باشد، شکسته هم باشد، اما به دلیل این که به بخش بالاتر از دیواره چسبیده آبش به سرکه که پائین تر از آن است نرسیده و ممزوج نشده است، سرکه پاک و طاهر است.

و دویم این که: ماهی را می گیریم، اتفاق می شود که دو ساعت یا یک روز آن ماهی در زمین حرکت می کند، جایز است در وقت حرکت کردن او، او را پاره کردن و خوردن؟ یا باید آن قدر صبر کرد (که اگر دو روز حرکت او بکشد) بعد بخورد(۱)؟

و همچنین گوسفند و سایر حیوانات.

جواب:

جواب: هر حیوان دریائی گوشت آن حرام است به غیر ماهی که فلس داشته باشد یعنی پوسته هائی که شبیه است به برگ و در پشت آن ماهی می باشد. و ماهی که فلس ندارد حرام است به اجماع. مگر در چند جوره از آن اشکال و خلاف است: یکی از آن ها «جرّیث» است به جیم و راء مشدّد. و یاء که دو نقطه دارد در زیر و ثاء سه نقطه. و آن را «جری» هم می گویند(۲)

به حذف حرف آخر.

و همچنین در «مار ماهی» و «زمار» به رای نقطه دار و میم مشدّد و رای بی نقطه. و «زهو» به زای نقطه دار.

و احادیث بسیار بر حرمت جرّیث هست(۳)

بل که ظاهر این است که اجماعی باشد حرمت آن. و قول صریحی بر حرّیت آن در نظر نیست، هر چند از بعضی علما ظاهر می شود که قولی بر حرّیت آن باشد که قائل آن معلوم نیست. و به هر حال: اشکال در حرمت آن خوب نیست.

ص: ۱۵

۱- عبارت نسخه: یا باید آن قدر صبر کردن که اگر دو روز حرکت او بکشد بعد بخورد. دقت: نسخه بردار، کلمه «بخورد» را صیغه امر غایب از فعل دانسته و لذا حرف «ن» را افزوده و «صبر کردن» نوشته تا با آن صیغه هماهنگ شود. اما باز نتوانسته اشکالی را که در توهمش بوده اصلاح کند. در واقع کلمه «بخورد» صیغه ماضی است همان طور که «صبر کرد» ماضی است. یعنی: باید صبر کرد سپس بخورد. با سکون حرف «ر».

۲- در نسخه: و آن را هم جری می گویند..

۳- وسائل، کتاب الاطعمه و الاشربة، ب ۹.

و اما مار ماهی و زمار و زهو: پس اشهر و اقوی در آن ها نیز حرمت است به جهت اخبار، و نقل اجماع در آن ها نیز کرده اند.

و معتبر در فلس ماهی آن است که در اصل خلقت فلس داشته باشد هر چند فلس او زایل شده باشد. چنان که از احادیث ظاهر می شود که «کَنْعِیت» از این باب است و ماهی بد خلقی است و خود را به هر چیز می ساید که فلس او می ریزد و حلال است (۱).

و اما تذکیه سمک به غیر (۲)

چیزی که باعث این می شود که گوشت ماهی به سبب آن حلال شود (۳) و میته نباشد: پس آن [چیز] به این حاصل می شود که در بیرون از آب بمیرد. پس اگر در میان آب بمیرد، یا آن که آب رَوَد و ماهی در ته نهر بماند، حرام است. و باید ماهی را از آب بیرون آورد. پس اگر خود (۴)

ماهی بیرون بجهد یا آب او را بیرون بیندازد و در بیرون آب بمیرد، اقوی آن است که حلال نیست مگر این که او را در بیرون آب بگیرند و بعد از آن بمیرد.

و مشهور و اقوی این است که شرط نیست اسلام در اخراج از آب؛ پس اگر کافر از آب بیرون بیاورد و مسلمان ببیند (۵)

آن را بیرون آورد و در بیرون آب مرد، حلال است هر چند مسلمان در بیرون آب آن را زنده به دست نگیرد. بلی قول کافر مسموع نیست هر گاه

ص: ۱۶

۱- وسائل، کتاب الاطعمه و الاشربة، ب ۱۰.

۲- مراد از «غیر»، کشتن و یا پاره کردن ماهی (پس از اخراج از آب و پیش از آن که خودش بمیرد) است. سؤال این است: آیا مراد از «مردن در خارج از آب» فقط «موت بحتف آنفه» است که خودش بمیرد؟ یا شامل مرگ به وسیله کشتن هم می شود؟ ابتدا صورت اول را شرح می دهد سپس به صورت دوم می پردازد. شاید این موضوع خیلی روشن باشد اما نظر به این که در جایی دیدم که برخی ها لفظ «غیر» را طوری معنی کرده اند که بیشتر به یک جوک شباهت دارد، لذا این چند سطر را آوردم. البته پس از این به افاضات این گونه افراد نخواهم پرداخت، همین یک نمونه کافی است.

۳- در نسخه: می شود.

۴- در نسخه: خواهد.

۵- در نسخه: به ببند.

بگوید که آن را از آب گرفتیم و در بیرون مرد، حلال است(۱) و بعضی اخبار که دلالت بر حرمت صید کافر دارد محمول بر این صورت است که مسلمان ندیده باشد و به قول کافر اعتماد کند.

و واجب نیست که ماهی در میان خاک بماند تا بمیرد، بل که همین که در بیرون آب بمیرد کافی است خواه در دست انسان باشد و خواه در میان کشتی و خواه در میان جوال و انبان، و خواه به خودی خود بمیرد و خواه آن را به آلتی و اسلحه بکشند و پاره پاره کنند.

و همچنین گوسفند و گاو و شتر و غیر آن، که ذبح کنند یا نحر کنند و پیش از آن که حیات از او مفارقت کند او را پاره پاره کنند، اظهر حلیت آن است و همان حصول ذبح شرعی یا نحر شرعی در حلیت آن کافی است هر چند این عمل مکروه است یا حرام بنا بر قولی.

اگر در آن واحد یکی شروع کند به ذبح آن، و دیگری شکم آن را بدرد و اعضای اندرون او را بیرون بیاورد، حرام است به جهت آن که هر یک از این دو امر باعث هلاک حیوان است و معلوم نیست که موت او به کدام حاصل شده است.

و اما بیان حلیت وحوش: پس آن محتاج به یک کتاب علی حده است.

۵- سؤال:

۵- سؤال: هر گاه مرغی چینه دان یا سنگ دان یا میخ (خار) پا داشته باشد، حلال است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی حلال است به شرط این که مجهول الحال باشد؛ یعنی به خصوص نسی بر حرمت آن نباشد مثل طاوس و خفاش و کرکس. و از باب سیاع طیور نباشد، و مسخ نباشد، و صفیف آن بیش از دفیف آن نباشد.

ص: ۱۷

۱- یعنی با گفتن کافر «حلال است» حلال نمی شود.

و الحاصل: همین که به نصّ یا به یکی از قواعد حرمت حرام بودن آن معلوم نباشد، و یکی از آن سه چیز را داشته باشد، حلال است. و این که گفتیم، بنابر مراعات دلالت بعض اخبار است و ملاحظه احتیاط. و الاّ بسیاری از فتاوی کفایت حصول یکی از آن ها است. چنان که مدلول سایر اخبار است، یعنی بدون شرط علم به عدم حصول سایر علامات حرمت.

و جماعتی از علما گفته اند که: این علامات مخالفتی با یکدیگر ندارند، بعد از تتبع یعنی چنین یافته اند که مثلاً آن چه یکی از این سه چیز را دارد سبع نیست و مسخ نیست و صفیف آن بیش از دفیف آن نیست و همچنین.

۶- سؤال:

۶- سؤال: چه می فرمائید که کشمش را با روغن داغ ننموده، می توان در میان طعامی که او را به جوش بیاورد، ریخت یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه در میان برنج بگذارند بعد از کشیدن آب آن، به بخار که پخته می شود، باکی نیست. و اما هرگاه در میان آش های روان بجوشد به حدی که معلوم شود که شیرۀ آن بیرون آمده و به جوش آمده، حقیر آن را نمی خورم.

۷- سؤال:

۷- سؤال: بیان فرمائید که در حیوان چند رگ که بریده شود ذبح شرعی به عمل آمده-؟ و ذبح در شرع چه قدر است؟

جواب:

جواب: حد ذبح شرعی این است که چهار عضو معین از حیوان قطع شود به آلت آهنین مثل کارد، رو به قبله، با گفتن بسم الله. و مراد از چهار عضو یکی حلقوم است که راه نفس کشیدن است و آن را غرغره گویند. و دویم مری است و آن مجر[ا]ی طعام و شراب است. و سیّم و چهارم «ودجان» است یعنی دو شاهرگ که در طرفین حلقوم اند.

و اظهر و اشهر و جوب تمام قطع این اعضا است؛ پس اگر شق کنند عضو را و آن را قطع نکنند و از هم جدا نکنند، حلال نمی شود. و باید این قطع در مذبح باشد یعنی زیر

چانه. پس اگر در میان چالی کردن حیوان قطع کنند، صورتی ندارد. و همچنین باید قلیلی از این اعضا به سر باقی بماند پس هرگاه چنان ببرد که تمام حلقوم مثلاً به گردن بماند و حلقه [ای] از آن به سر نماند، حرام می شود.

و هرگاه فراموش شود قبله یا بردن نام خدا، حرام نمی شود. و احکام ذبح بسیار است که اینجا گنجایش ذکر آن ها نیست.

۸- سؤال:

۸- سؤال: خوردن شاهدانه حرام است یا حلال یا مکروه؟-؟-؟

جواب:

جواب: خوردن نمی خورم و اهل و عیال را هم منع می کنم، اما حکم به حرمت نمی کنم. و العلم عندالله.

۹- سؤال:

۹- سؤال: آب دهن یا عرق انسان به میان طعام بیفتد اکل آن طعام چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: جایز است اکل آن.

۱۰- سؤال:

۱۰- سؤال: آب دهن حیوان غیر مأکول اللحم به بدن یا به لباس [انسان] (۱)

ملاقات کند، نماز به آن جایز است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: احوط (بل که اظهر) اجتناب است مگر انسان که آب دهن و عرق و مو و امثال آن از او که با این کس باشد، اظهر صحت نماز است. و همچنین فضلات امثال زنبور مثل موم و عسل و غیر آن، ضرر ندارد چون امثال این امور (۲)

لحمی ندارند که فضلات آن ها را فضله غیر مأکول اللحم گوئیم. والله العالم (۳).

ص: ۱۹

۱- در نسخه: با آن.

۲- در نسخه: امور این...

۳- در این مسئله در متن نسخه جملات سؤال و جواب با همدیگر مخلوط شده اند. اما خود نسخه بردار با علامت هائی آن ها

را مشخص کرده است.

۱۱- سؤال:

۱۱- سؤال: به عرض می رساند که در سال قبل در خصوص مسئله کشمش استفتاء نموده بودم که در میان آش و یخنی (۱) بجوشد. فرموده بودید که من نمی خورم. علمای ولایت ما به عرض می رسانند که سبب نخوردن ملازمان عالی (۲) چه چیز است؟ با ادله بیان فرمائید به روح سید الشهداء علیه السلام.

جواب:

جواب: بدان که اقوی در نزد حقیر این است که عصیر زیبایی بعد از غلیان، حرام می شود و بعد از ذهاب ثلثین حلال می شود. و این قول جمعی است از علمای سابقین و لاحقین. و ادله بر آن بسیار است منحصر نیست دلیل در مفهوم روایت علی بن جعفر که مجال [طعن] (۳) در آن باشد. و ذکر ادله را با بسط [وجیهی] (۴).

در کتاب «مناهج الاحکام» کرده ام.

و در این جا هم سؤال سائل از اصل عصیر زیبایی نیست، بل که اشکال او در این است که «زیب درست هرگاه در میان آش و آب بجوشد چرا حرام است و این را عصیر نگویند». و تقریر حقیر در جواب مسئله سابقه، به این نحو که «حقیر نمی خورم» اشاره

ص: ۲۰

۱- مراد آبگوشت است که یکی از معانی آن است.

۲- ملازمان عالی، یعنی کسی که ملازمان او مقام عالی دارند تا چه رسد به خودش. با سکون حرف «ن» نوشته می شود نه مضاف و مضاف الیه.

۳- در نسخه: تنگ....

۴- در نسخه: وجهی.

به همین است، چنان که مکرر معصومین علیهم السلام در بعض مکروهات فرموده اند که «خودم نمی خورم و اهل و عیال خود را منع می کنم و لکن حرام نمی کنم»، چنان که در خاطریم هست که به این مضمون وارد است.

و این که گفتیم، در وقتی است که معلوم شود طعم مویز و شیره او بیرون آمده و در آب به جوش آمده. بل که قول به حرمت آن در این صورت در کمال قوت است. زیرا عصیر زبیب نه از آب عصیر انگور است که زبیب را بیفشردند و آب آن بیرون آید، بل که عصیر آن این است که آن را می کوبند و در میان آب می مالند تا شیره آن بیرون بیاید و همان شیره است که هرگاه به جوش آمد حرام است. و در این معنی فرقی نیست مابین این که به نهج مزبور شیره آن را بگیرند یا در میان آب به همان حالی که هست بخیسانند و بمالند تا آن آب از شیره آن شیرین شود. و این صورت هم مثل صورت اول است در این که همین آب هرگاه به جوش آید، حرام می شود بل که در بسیاری از اخبار تصریح شده به همین.

و باکی نیست که ما بعض آن ها را ذکر کنیم تا هم دلیل اصل حرمت عصیر زبیبی معلوم شود و هم همین قسم خاص از آن؛ و از جمله اخبار، موثقه عمار سابطی است که کلینی در باب «صفت شراب حلال» ذکر کرده (و حدیث موثق در نزد حقیر حجت است) از حضرت صادق علیه السلام روایت کرده: «قال: وَصَفَ لِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) الْمَطْبُوحَ كَيْفَ يُطْبَخُ حَتَّى يَصِيرَ حَلَالًا فَقَالَ لِي (عليه السلام) تَأْخُذُ رُبْعًا مِنْ زَبِيبٍ وَ تُنْقِيهِ ثُمَّ تَصُبُّ عَلَيْهِ اثْنِي عَشَرَ رَطْلًا مِنْ مَاءٍ ثُمَّ تُنْفَعُهُ لَيْلَةً فَإِذَا كَانَ أَيَّامَ الصَّيْفِ وَ حَيْثُ يَتَأَنَّ أَنْ يَنْشَأَ جَعَلْتَهُ فِي تَنْوْرِ سَيِّحِنَ قَلِيلًا حَتَّى لَمَّا يَنْشَأُ ثُمَّ تَنْزِعُ الْمَاءَ مِنْهُ كُلَّهُ إِذَا أَصِيبَتْ ثُمَّ تَصُبُّ عَلَيْهِ مِنَ الْمَاءِ بِقَدْرِ مَا يَغْمُرُهُ ثُمَّ تَقْلِبُهُ حَتَّى تَذَهَبَ حَلَاوَتُهُ ثُمَّ تَنْزِعُ مَاءَهُ الْآخَرَ (فَتَصِيبُهُ عَلَى) الْمَاءِ الْأَوَّلِ ثُمَّ تَكِيلُهُ كُلَّهُ فَتَنْظُرُ كَمِ الْمَاءِ ثُمَّ تَكِيلُ ثَلَاثَةً فَتَطْرُقُهُ

فِي الْإِنَاءِ الَّذِي تُرِيدُ أَنْ تُغْلِيَهُ وَ تُصَدِّرَهُ وَ تَجْعِلَ قَدْرَهُ قَصِيْبَهُ أَوْ عُوْدًا فَتَحْدِثُهَا عَلَى قَدْرِ مُنْتَهَى الْمَاءِ ثُمَّ تُغْلِي الثُّلْثَ الْآخَرَ حَتَّى يَذْهَبَ الْمَاءُ الْبَاقِي ثُمَّ تُغْلِيهِ بِالنَّارِ فَلَا تَزَالُ تُغْلِيهِ حَتَّى يَذْهَبَ الثُّلَاثَانِ وَ يَبْقَى الثُّلْثُ ثُمَّ تَأْخُذُ لِكُلِّ رُبْعٍ رَطْلًا مِنْ عَسَلٍ فَتُغْلِيهِ حَتَّى تَذْهَبَ رَغْوَةُ الْعَسَلِ وَ تَذْهَبَ غَسَاوُهُ الْعَسَلِ فِي الْمَطْبُوحِ ثُمَّ تَضْرِبُهُ بِعُوْدٍ ضَرْبًا شَدِيدًا حَتَّى يَخْتَلِطَ وَ إِنْ شِئْتَ أَنْ تُطَيِّبَهُ بِشَيْءٍ مِنْ زَعْفَرَانٍ أَوْ شَيْءٍ مِنْ زَنْجَبِيلٍ فَافْعَلِي ثُمَّ اشْرَبِيهِ فَإِنْ أَحْبَبْتَ أَنْ يَطْوَلَ مَكْتَهُ عِنْدَكَ فَرَوْقُهُ» (١)

و همچنین موثقه ديگر عمار از آن حضرت: «قال سَيْلٌ عَنِ الرَّيْبِ كَيْفَ يَحِلُّ طَبْخُهُ حَتَّى يُشْرَبَ حَلَالًا قَالَ تَأْخُذُ رُبْعًا مِنْ زَبِيبٍ فَتُنْقِيهِ ثُمَّ تَطْرُحُ عَلَيْهِ اثْنَيْ عَشَرَ رَطْلًا مِنْ مَاءٍ ثُمَّ تُتَقَعُهُ لَيْلَهُ فَإِذَا كَانَ مِنْ غَدٍ نَزَعْتَ سُلْفَاتَهُ ثُمَّ تُصَبُّ عَلَيْهِ مِنَ الْمَاءِ بِقَدْرِ مَا يَعْمُرُهُ ثُمَّ تُغْلِيهِ بِالنَّارِ عَلَيْهِ ثُمَّ تَنْزِعُ مَاءَهُ فَتَصِيْبُهُ عَلَى الْأَوَّلِ ثُمَّ تَطْرُحُهُ فِي إِنَاءٍ وَاحِدٍ ثُمَّ تُوقِدُ تَحْتَهُ النَّارَ حَتَّى يَذْهَبَ ثَلَاثًا وَ يَبْقَى ثَلَاثَةٌ وَ تَحْتَهُ النَّارُ ثُمَّ تَأْخُذُ رَطْلًا عَسَلٍ فَتُغْلِيهِ بِالنَّارِ عَلَيْهِ وَ تَنْزِعُ رَغْوَتَهُ ثُمَّ تَطْرُحُهُ عَلَى الْمَطْبُوحِ ثُمَّ اضْرِبِيهِ حَتَّى يَخْتَلِطَ بِهِ وَ اطْرُحِي فِيهِ إِنْ شِئْتِ زَعْفَرَانًا وَ طَيِّبِيهِ إِنْ شِئْتِ بِزَنْجَبِيلٍ قَلِيلٍ قَالَ فَإِذَا أَرَدْتَ أَنْ تَقْسِمَهُ أَثَلَاثًا لِطَبْخِهِ فَكِلَهُ بِشَيْءٍ وَاحِدٍ حَتَّى تَعْلَمَ كَمْ هُوَ ثُمَّ اطْرُحِي عَلَيْهِ الْأَوَّلَ فِي الْإِنَاءِ الَّذِي تُغْلِيهِ فِيهِ ثُمَّ تَضَعِي فِيهِ مِقْدَارًا وَ حُدَّهُ بِحَيْثُ يَبْلُغُ الْمَاءُ ثُمَّ اطْرُحِي الثُّلْثَ الْآخَرَ ثُمَّ حُدَّهُ حَيْثُ يَبْلُغُ الْمَاءُ ثُمَّ تَطْرُحِي الثُّلْثَ الْآخِرَ ثُمَّ تُحْدُهُ حَيْثُ يَبْلُغُ الْمَاءُ ثُمَّ تُوقِدُ تَحْتَهُ بِنَارٍ لَيْتِنَةٍ حَتَّى يَذْهَبَ ثَلَاثًا وَ يَبْقَى ثَلَاثَةٌ» (٢)

و روایات دیگر که مشتمل بر این مضمون باشد هست. و وجه دلالت آن بر اصل

ص: ٢٢

١- وسائل، (ج ٢٥ ص ٢٨٩) کتاب الاطعمه و الاشربه، ابواب الاشربه المحرّمه، ب ٥ ح ٢.

٢- همان، ح ٣.

حرمت «مویز به جوش آمده» این است که مویز بنفسه حرام نیست جزماً، پس بیان حضرت صادق (علیه السلام) که طبخ آن چگونه حلال می شود دلالت بر این دارد که طبخ فی الجمله منشأ حرمت می شود و حلال شدن آن و رفع حرمت آن به این می شود که طبخ کامل حاصل شود که دو ثلث آن برود.

و علت دیگر از برای حرمت در این جا متصوّر نیست.

و دیگر این که تقریر امام (علیه السلام) راوی را بر اعتقاد حرمت، دلیل است بر حرمت. زیرا که راوی پرسید که «طبخ زیبی چگونه است که به آن سبب حلال (۱) می شود؟» پس آن حضرت فرمود که به این نحو حلال می شود، و نفرمود که حلال است و حرام نیست تا محتاج شود به این که حلال شود و بر وصف حلیت باقی است تا این که مسکر شود.

بعضی توهم کرده اند که: مراد راوی این است که سؤال کند که چگونه می توان طبخ کرد که بماند و به سبب مکث مسکر نشود که حرام شود، و حضرت فرمود که هرگاه به این نحو طبخ کنی که ثلثان برود و ثلث بماند فاسد نمی شود و مسکر نمی شود. چنان که سایر نییذها به سبب ماندن مسکر می شود، چنان که در اخبار اشاره به آن شده.

و این توهم بسیار ضعیف است؛ اما اولاً: پس به جهت آن که معنی «یصیر حلالاً» این است که منقلب شود حال آن (۲).

از حرمت به حلیت، نه این که معنی این باشد که مکث می کند بر وصف حلیت و حرام نمی شود. با این که این سؤال و جواب شأن روایت و معصومین نیست و از مسائل شرعی نیست (۳).

و اما ثانیاً: پس به جهت این که همه دقت ها (یعنی کیفیت کیل کردن و نشان کردن

ص: ۲۳

۱- و در نسخه: حاصل می شود.

۲- در نسخه: حلال آن.

۳- یعنی: اگر حدیث را مطابق این توهم معنی کنیم، از شأن راویان و معصومین (علیه السلام) خارج می شود، زیرا از احکام شرعی نمی شود.

مواضع ثلث ها در دیگ که مبادا از ثلث بیش تر بماند) مناسب این مطلب نیست. زیرا که سالم ماندن شراب از فاسد شدن مشروط باشد به این که «نشیش به عمل نیاید- چنان که در روایت مذکور است- و [در عین حال] مشروط به این باشد که زیاده از ثلث باقی نماند هر چند یک مثقال یا دو مثقال باشد» بسیار بعید است.

و همچنین موید این است آن چه در آخر روایت دیگر عمار است که به همین مضمون است که فرموده است «وَإِنْ أَحْبَبْتَ أَنْ يَطُولَ مَكْتُهُ عِنْدَكَ فَرَوْفَهُ»، منتهای امر این است که آن حضرت افاده این مطلب را فرموده باشند و منافاتی بینهما نیست که هم بیان حلال شدن به سبب جوش آمدن شده باشد و هم بیان چاره به سلامت ماندن و فاسد نشدن شده باشد. و هرگاه کسی به عین انصاف تتبع اخبار این باب بکند جزم می کند به آن چه گفتیم.

و دیگر این که: از تتبع اخبار در باب عصیر عنبی و زبیبی و تمری و غیرها، معلوم می شود که ذهاب ثلثین وضع شده است از جانب شارع از برای حلال شدن شیر.

هرگاه این را دانستی که فرقی مابین زبیب نقیع و زبیب ممرس نیست، و این حلیت در همان شیرۀ زبیب است (۱)،

پس هرگاه مویز در آب یخنی یا آش بجوشد و طعم آن بیرون آید و آن آب متغیر شود به طعم آن (۲)،

همان حکم زبیب نقیع را دارد.

ص: ۲۴

۱- در این اصطلاح، «زبیب نقیع» یعنی «کشمش به صورت سالم و دانه دانه». و «زبیب ممرس» یعنی «کشمش به هم مالیده شده و خمیر شده» همان طور که در متن دو حدیث عمار آمده است. می گوید: فرقی میان کشمش سالم دانه دانه و کشمش خمیر شده نیست زیرا حلیت و حرمت به شیرۀ کشمش مربوط است نه به سالم بودن و خمیر بودن آن. لغت: النقیع من الزبیب: الشراب المتخذ من الزبیب: شرابی که از کشمش گرفته می شود. بنابر این، «زبیب النقیع» یعنی «کشمش شراب». و مصنف (ره) در سطر بعدی می گوید کشمش جوشیده در آب همان حکم کشمش شراب را دارد.

۲- در نسخه: و بطعم آن.

است که صریح است در ما نحن فیه. و در کتاب بحار الانوار مذکور است و آن را از کتاب او نیز نقل کرده اند؛ از حضرت صادق علیه السلام: «الزَّبِيبُ يُدَقُّ وَيُلْقَى فِي الْقَدْرِ ثُمَّ يُصَبُّ عَلَيْهِ الْمَاءُ وَيُوقَدُ تَحْتَهُ فَقَالَ لَا تَأْكُلُهُ حَتَّى يَذْهَبَ الثُّلُثَانِ وَيَبْقَى الثُّلُثُ فَإِنَّ النَّارَ قَدْ أَصَابَتْهُ قُلْتُ فَالزَّبِيبُ كَمَا هُوَ يُلْقَى فِي الْقَدْرِ وَيُصَبُّ عَلَيْهِ ثُمَّ يُطْبَخُ وَيَصِفَى عَنْهُ الْمَاءُ فَقَالَ كَذَلِكَ هُوَ سَوَاءٌ إِذَا أَدَّتِ الْحَلَاوَةُ إِلَى الْمَاءِ وَصَارَ حُلُومًا بِمَنْزِلَةِ الْعَصِيرِ ثُمَّ نَشَّ مِنْ غَيْرِ أَنْ تُصَيِّهَ النَّارُ فَقَدْ حَرَّمَ وَكَذَلِكَ إِذَا أَصَابَهُ النَّارُ فَأَغْلَاهُ فَقَدْ فَسَدَ» (۲).

و قدح در [این] روایت به این که در کتب اربعه نیست، مضرر نیست. و همچنین قول صدوق در شأن زید که کتاب او موضوع است، معارض است به این که شیخ کلینی مکرر از او روایت می کند. و ابن غضائری با وجود این که کم کسی از ثقات از جرح او خارج اند، بعد از آن که حکایت وضع را از صدوق نقل کرده، گفته است که غلط کرده است (۳) ابو جعفر در این قول به درستی که من می دانم کتاب او را که مسموع است از ابن ابی عمیر. و شیخ هم گفته است که ابن ابی عمیر از او روایت می کند. و حال ابن ابی عمیر معلوم است. و شیخ در شأن او گفته است که «لا یروی الا عن ثقه».

و هرگاه این را دانستی، بدان که دور نیست که هرگاه دانه مویز در میان آب بخیسد و ورم کند و آن آبی که در میان آن دانه است به جوش بیاید و علم به غلیان آن به هم رسد، آن نیز چنین باشد که هر چند آب و شیرینی آن بیرون نیاید (چنان که در دانه انگور هم چنین است و دلیل آن را در محل خود بیان کردم) و لکن اجتناب از همان دانه می کنند و

ص: ۲۵

۱- در نسخه: فرسی.

۲- بحار، ج ۷۶ ص ۱۷۷.

۳- با اصطلاح مردمی رایج امروزی اشتباه نشود، مراد «اشتباه کرده است» می باشد.

به یخنی و آش سرایت نمی کند.

و اما کشمش که بعد کشیدن برنج چلاو(۱)

در میان آن می گذارند و به بخار ورم می کند و می پزد، آن ضرر ندارد چون علم به غلیان او حاصل نمی شود. والله العالم.

۱۲- سؤال:

۱۲- سؤال: بیان فرمائید که از گوسفند چند چیز حرام است که از او احتراز کنند-؟

جواب:

جواب: آن چه علما ذکر کرده اند در این مقام، پانزده چیز است، و آن چه حقیر بی شبهه حکم به حرمت می کنم نه چیز است: خون و پرز و آلت نری و خصی ها و مشیمه (یعنی بچه دان) و مثانه (که کیسه بول است) و زهره و سرگین که در شکم آن است. به جهت اجماعات منقوله و اخبار. و همچنین: اظهر حرمت رحم است که باطن فرج است، بل که ظاهر آن نیز به جهت اجماع منقول از سید و شیخ و بعضی اخبار [حرام است] (۲).

و اما آن شش چیز باقی مانده که یکی «علباء» است و آن دو پی پهن است که از پشت گردن حیوان پهن شده تا بر سر دم آن. و دویم نخاع است که آن را مغز حرام می گویند که در میان استخوان های پشت است. و سیم «ذات الاشاجع» است و آن پیه هائی است که متصل به سُم است. و چهارم «غدد» است که آن را «دشول» می گویند مدور است و بیش تر در میان پیه می باشد. و پنجم حدقه است یعنی تخم چشم که سیاه است. و ششم «خرزۀ دماغ» است و آن دانه ای است به قدر نخودی شباهت به کرم دارد و در میان مخ کله است و رنگ آن تیره تر از رنگ مخ.

ص: ۲۶

۱- چلاو = چلاب. که به طور مخفف «چلو» گفته می شود. یعنی برنجی که پس از پختن آب آن گرفته شده. از همان ریشه «چلانیدن». و اگر برنج آب کشیده شده بدون روغن دم بکشد، همان چلو است. و اگر به آن روغن بزنند سپس دم بکشد، می شود «پلو». پلو = مخفف پیه چلو = چلو همراه پیه و روغن. - چون دکتر معین حق مطلب را ادا نکرده بود این توضیح را آوردم.

۲- وسائل، کتاب الاطعمه و الاشربة، ب ۳۱.

پس هر چند در بعضی آن‌ها دعوی اجماع نیز شده از ابن زهره خصوصاً در غدد و علباء، و همچنین ظاهر «خلاف» دعوی اجماع است بر حرمت آن‌ها با خرزۀ دماغ (۱).

ولکن چون اصل اباحه و برائت دلیل است و اخبار مسئله هم ضعیف اند و متعارض و مختلف اند (۲)،

و خبثت در اکثر آن‌ها معلوم نیست، حکم صریح (۳) به حرمت نمی‌کنم. ولیکن احوط اجتناب است، بل که تاکید در احتیاط هست. چون نسبت حرمت را به اکثر علما داده اند و اخبار هم به سبب عمل ایشان قوتی می‌گیرد. و در بعضی نقل اجماع هست.

و اظهر این است که حرمت مذکورات مختص حیوانات بزرگ باشد نه مثل گنجشک و امثال آن، مگر در چیزی که خبثت آن ظاهر باشد.

۱۳- سؤال:

۱۳- سؤال: بیان فرمائید که هرگاه سر گوسفند یا کبوتر یا مرغ، به یک ضرب جدا شود، حرام می‌شود یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه عمداً نباشد مطلقاً ضرری ندارد. و هرگاه عمداً باشد: اظهر حرمت این فعل است ولیکن ذبیحه حرام نمی‌شود، علی الاظهر. و همچنین اظهر این است که حرام است که نخاع را عمداً قطع کند قبل از خروج روح ولیکن ذبیحه حرام نمی‌شود.

۱۴- سؤال:

۱۴- سؤال: بیان فرمائید که در مذبوح «حیوة مستقره» شرط است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: آن چه در نزد حقیر محقق شده (بعد از ملاحظه اطراف و جمع بین ادله) این است که اعتبار حیوة مستقره لازم است. ولیکن به این معنی که «علم حاصل نشود به این که حیوان در حال جان دادن است»، و همان استصحاب حیوة در این معنی کافی است. و اما هرگاه جزم کنی که این حیوان جان می‌کند، دیگر ذبح آن فائده ندارد. و ما آن معنی

ص: ۲۷

۱- در نسخه: خرزه و دماغ.

۲- وسائل، همان.

۳- و در نسخه: حکم تصریح.

را که دیگران اعتبار کرده اند (:که باید چنان باشد که اگر او را ذبح نکنی یک روز یا نصف روز باقی می ماند) اعتبار نمی کنیم (۱).

پس مادامی که یقین به جان کندن نداری و ذبح کنی و خون معتدل از آن بیاید و فی الجمله حرکتی از او حاصل شود (هر چند به چشم هم زدن باشد) حیوان حلال است. و در این که ما گفتیم وسعت بسیار است به جهت آن که یقین به جان کندن حاصل کردن، بسیار نادر است.

۱۵- سؤال:

۱۵- سؤال: طفل نا بالغی اگر به گوسفندی وطی کند، چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: در نشر حرمت، فرقی مابین بالغ و نا بالغ، ن-می] باشد.

۱۶- سؤال:

۱۶- سؤال: پسر در وقتی که اخراجات او از پدر جدا باشد، می تواند از مال پدر بی اذن او چیزی بخورد؟ و هکذا عکس؟.

جواب:

جواب: هر گاه پدر به خانه (۲) پسر برود و بدون اذن او چیزی بخورد، جایز است. و همچنین به عکس، به شرطی که علم به عدم رضا نداشته باشد. و هر گاه ظنّ به عدم رضا داشته باشد احوط اجتناب است.

۱۷- سؤال:

۱۷- سؤال: ذبیحه حیوانات هر گاه به جهت ناسازی (۳)

خون آن (در وقت ذبح کردن) قدری حرکت کند که به سرعت بجهت ولیکن دست و پای خود را هیچ حرکت ندهد. و گاه است که به عکس اتفاق بیفتد که دست و پای خود را حرکت قلیلی می دهد اما خون او جستن ندارد. چه صورت دارد؟

و هر گاه یک بند از ما فوق مذبح، یا یک بند از تحت مذبح بریده شود، چه صورت دارد؟

ص: ۲۸

۱- در نسخه: نمی کنی.

۲- در نسخه: بخوانه..

۳- ناسازی؛ اصطلاح مردمی بود و هست به معنی رنجوری و کسالت.

جواب:

جواب: اما از مسئله اولی: پس آن این است که: هر چند دور نیست که احد امرین کافی باشد؛ یعنی خون معتدل از آن روان بشود یا بعضی اعضای آن حرکت کند (هر چند چشم به هم زدنی باشد) ولکن احوط این است که هر دو با هم به عمل آید.

اما جواب از مسئله ثانیه: پس آن این است که واجب است در ذبیحه که چهار عضو آن قطع شود به طریقی که سابق بر این مرقوم شد (۱)؛

یعنی حلقوم که «جگر بند» است و راه نفس است. و دوم آن روده سرخی است که آب و علف از آن فرو می رود. و سیم و چهارم آن شاهرگ ها است که در دو طرف آن است. و باید قلبی از آن ها به سر باقی بماند. و اگر از بالای آن ها بریده شود که حلقه باریکی هم از آن به جا نماند، حرام است. و باید که از مذبح متعارف باشد که اگر پائین تر مذبح باشد، صورتی ندارد.

۱۸- سؤال:

۱۸- سؤال: آیا جلد کله و پاچه حیوانات مأكول اللحم را می توان خورد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی حلال است مطلق جلد حیوانات مأكول اللحم، دلیل واضحی بر حرمت آن نیست به غیر پوست فرج و قضیب.

۱۹- سؤال:

۱۹- سؤال: گوشت خام خوردن، جایز است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی جایز است هرگاه مضر نباشد.

۲۰- سؤال:

۲۰- سؤال: مرغ خانگی چه قدر نجاست بخورد تخم و گوشت او نجس می شود؟

جواب:

جواب: در صورتی که غالب قوت او عذره انسان باشد و نادراً قوت دیگر بخورد، بل که قوت او منحصر باشد در آن، حرام می شود (۲).

۱- ظاهراً مرادش مسئله شماره ۷ می باشد. و بهتر است در این موضوع به همان مسئله رجوع شود زیرا واضح تر و روشن تر است.

۲- شرح بیش تر این مسئله در مسئله شماره ۳۳ و نیز ۳۴ خواهد آمد.

و اما نجاست گوشت و تخم آن (۱):

پس آن در هیچ وقت ثابت نیست. و در تحدید مقدار زمان اشکال هست و ظاهر این است که تغییر رائحه پوست و گوشت آن به بوی نجاست، کافی است در تحقق آن.

۲۱- سؤال:

۲۱- سؤال: چه می فرمائید در خصوص طریقه و آداب این سرزمین در پختن و اصلاح شیرۀ انگور را در «جرس خانه» (۲) ریخته به دست و پا افشوده، در آخر برای عسر اخراج عصیر قدری آب در «پوش» (۳) انگور ریخته عصیر را مع آب (۴)

مخلوط کرده در ظروف می گیرند. و قدری از خاک معهودی (که تجربه کرده اند که بدون آن خاک، شیرۀ ترش مثل رُب می شود و شیرین نمی شود) در میان (۵) ظروف ریخته با عصیر (۶)

مخلوط و ممزوج می نمایند.

بعد عصیر (۷)

مخلوط مزبور را هر گاه شیرۀ سفید خواسته باشند به دیگر ریخته قدری می جوشانند، و هر گاه شیرۀ رسمی خواسته باشند نمی جوشانند. به هر تقدیر: با جوش یا بی جوش، هر دو را در توبره از پلاس یا شال ریخته در میان ظرفی آویزان می کنند تا صاف می شود. و می پزند تا ثلث و ثلثین می شود. و بعد از آن، آب مزبور علی الظاهر

ص: ۳۰

۱- توجه: حرام بودن، غیر از نجس بودن است.

۲- جرس یا چرس، حوضی که انگور را در آن له کنند.

۳- پوش؛ همان طور که درباره خشکبارها «پوک» گفته می شود درباره اشیاء دیگر «پوش» می گویند که با پسوند «ال» می شود «پوشال».

۴- انگور مالیده و لهیده شده را با منگنه (پرس) فشار می دهند تا آب آن خارج شود اما این کار کافی نیست و مقداری از آب آن در پوشال می ماند، مقداری آب در آن می ریزند و از نو پرس می کنند.

۵- در نسخه: و در میان.

۶- در نسخه: غسل.

۷- در نسخه: عسیر.

هیچ محسوس نمی شود. و لیکن خاک مزبور به ته می ایستد (۱) و یا به ته کاسه شربت گاهی می نشیند به حدی که محسوس می شود.

و حال، آب غیر محسوس و خاک محسوس یا غیر محسوس، با پوست یا گوشت یا تخم انگور که (پیش از ذهاب ثلثین) با شیرۀ مزبور مخلوط بوده اند، آیا منشأ نجاست یا منشأ حرمت آکل شیره می شوند یا نه؟-؟

و بر فرض نجاست گویا در احتراز بعضی از آن ها عسر و حرج لازم [می] آید.

و بر فرض طهارت، چه فرق است میانه اشیا مفروضه معروضه و میان به یا کدو یا گُل که پیش از ذهاب ثلثین ریخته شود-؟

رجاء آن که به تفصیل بیان فرمائید. **أَنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ.**

جواب:

جواب: اظهار در نزد حقیر این است که اصل عصیر ثلثان آن که رفت، پاک می شود و حلال می شود. و آن اجسام طاهره که به سبب غلیان نجس شده بودند که در میان آن بوده اند، همه پاک اند، خواه آب و خواه خاک و خواه به و خواه کدو و خواه غیر آن. والله العالم.

۲۲- سؤال:

۲۲- سؤال: حکم به طهارت ادوات و آلات و رخوت مباشر، بعد از ذهاب ثلثین که فرموده اند، آیا حکم مزبور مختص است به مباشر و آلات ضروریه آن، یا جاری است در سایر اهل خانه و همسایه و سایر آلات خانه؟-؟

و بر فرض اختصاص و ضیق وقت نماز، هرگاه چند [دیگ بر (۲)] پا داشته باشد و یکی به حد ذهاب رسیده باشد، کفایت از دیگ های دیگری که بدن و رخت، مباشر آن ها نیز

ص: ۳۱

۱- در نسخه: بایستد.

۲- در نسخه: چندی در.

شده، می کند؟ یا باید به آب(۱)

تطهیر نموده نماز را به جا آورد-؟ و همچنین اگر با دست ملوث پیش از حد ذهاب، طعام خورد دست را طهارت بدهد یا نه؟-؟

و همچنین فرقی هست که از مباشر سرایت کند به شخصی یا چیز دیگری(۲)، یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بدان که اظهر در نزد حقیر (چنان که ظاهر مذهب اصحاب است نیز) این است که ذهاب ثلثین عصیر بعد از غلیان، به هر نحو که حاصل شود- مثل جوشیدن به آتش، یا به آفتاب، یا به باد و هوا- همین که ثلثین رفت، کافی است و ضرور نیست که به آتش باشد. بنابر این پس هرگاه قطره ای از عصیر در حال غلیان، به جامه یا بدن کسی بر خورد (هر چند غیر کسانی باشند که مباشر عمل شیره پختن باشند) به مجرد خشکیدن یا ذهاب ثلثین آن، پاک می شود.

و از کلام صاحب معالم بر می آید که این که ما گفتیم «که خشکیدن این قطره مثلاً باعث پاک شدن است» مذهب اصحاب ما است.

پس احتیاج به شستن به آب نخواهد بود. و به هر حال چون عمده [در] نجاست عصیر فتوای اصحاب است، پس فتوای ایشان در این هم (ان شاء الله) کافی است.

پس، از این جا معلوم شد که معیار ذهاب ثلثین است؛ پس هرگاه فرض کنیم که در جامه مباشر یا بدن او قطره ای از عصیر جوش آمده بر خورد و بعد ذهاب ثلثین عصیر، هنوز ثلثین قطره نرفته باشد، باز نجس است. و هرگاه همان قطره بر جامه یا بدن غیر مباشر بر خورد و بخشکد یا ذهاب ثلثین قطره، شود قبل از ذهاب ثلثین اصل عصیر(۳)، پاک خواهد بود.

ص: ۳۲

۱- عبارت نسخه: می کند یا نه یا باید به آب..

۲- در نسخه: دیگری کند یا نه.

۳- در نسخه: عسیر.

۲۲- سؤال:

۲۲- سؤال: دأب در سرکه ساختن به این نحو است که: انگور را در تغاری ریخته می فشردند، و عصیر را مع «پوش» (۱) در تغار مزبور در جای گرمی می گذارند تا تلخ و تند شده بعد ترش شده سرکه می شود. بعد عصیر سرکه شده را از پوش سوا کرده به مصرف می رسانند.

بعضی می گویند که در [حین] (۲)

اول شراب می شود و بعد سرکه می شود. هر گاه چنین باشد پوش مخلوط در حین شراب شدن نجس می شود. بعد از انتقال به سرکه آیا پاک می شود یا نه؟-؟

جواب:

جواب: همین که آب انگور بعد جوش آمدن، یا خمر شدن، سرکه شد حلال است و پاک است. و پوست انگور و تخمه که در آن است همه پاک می شود. و همچنین هر گاه جسم طاهر خارجی هم در آن بوده باشد، پاک می شود مثل نعناع و نمک و آهن و چوب و غیر ذلک، خواه از برای سرکه شدن در آن ریخته باشند یا بدون آن.

۲۴- سؤال:

۲۴- سؤال: عصیر انگور هر گاه بی آتش به جوش و غلیان آید، نجس است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی هر نحو که جوش آید، نجس می شود هر چند به سبب ریختن خاک باشد در آن (۳).

۲۵- سؤال:

۲۵- سؤال: هر گاه بعضی از خوشه انگور در موی، نیم خشک شود (به اعتبار شیرینی یا حرارت هوا یا به سبب دیگر) خوردن آن چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: هر گاه معلوم نباشد که در آفتاب به جوش آمده است، حلال است و بی

ص: ۳۳

۱- در ذیل مسئله شماره ۲۱ به شرح رفت.

۲- در نسخه: بین.

۳- در مسئله شماره ۲۱ بیان شد که برای این که عصیر رُب نشود و شیره (دوشاب) شود خاک مخصوص به آن می ریزند. به هنگام ریختن آن خاک عصیر به جوش می آید.

اشکال است. و اگر معلوم شود که به جوش آمده است، پس اگر در عرف آن را مویز می گویند، حلال است. و الا فلا.

۲۶- سؤال:

۲۶- سؤال: هرگاه انگور را به بارگاه یا به بامی بریزند از برای مویز شدن، بعد از دو سه روز یا ده روز، از آن بخورند، نجس و حرام است یا نه؟-؟

و مویز شرعاً حدی دارد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: چنان که گفتیم هرگاه به جوش آمده است تا مویز نشود، حلال نیست. و در مویز اطلاق اهل عرف معتبر است و در شرع حدی برای آن نیست.

۲۷- سؤال:

۲۷- سؤال: حکمی که در «نیم خشک (۱) انگور» هست آیا در سایر میوه ها مثل آلو و قیسی (۲).

و سیب نیز هست یا نه؟-؟

جواب:

جواب: نه؛ احکام انگور در مثل آلو و قیسی نیست. بلی هرگاه رطب و خرما به جوش آید خالی از اشکال نیست و آن را هم همین که «خرما» گفتند بی اشکال می شود.

۲۸- سؤال:

۲۸- سؤال: مذبوح غیر بالغ و زنان، حلال است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی؛ مذبوح زن و طفل ممیز، حلال است با اجتماع شرایط از قبله و بسم الله و غیر آن.

۲۹- سؤال:

۲۹- سؤال: هرگاه شخصی بعد از ذبح، متشکک شود (۳).

که بسم الله گفته یا نه، مذبوح حلال است یا نه؟-؟ و هرگاه در صورت مفروضه، دو زن شهادت بدهند که بسم الله گفته است، چه صورت دارد؟

۱- در نسخه: نیم خشت- رجوع کنید مسئله شماره ۲۵.

۲- گاهی با حرف «ص» قیصی می نویسند که از معنی «شکم درشت» یا «افتاده از جایگاه خود» می باشد. و با حرف «س» به معنی تبختر، باد کرده، درشت، می باشد.

۳- در نسخه: متشکی شود.

جواب:

جواب: بلی حلال است خصوصاً در صورتی که دیگری بگوید که بسم الله گفتی. به هر حال ذبیحه حلال است. و شاید در آن وقت که خاطرش (۱)

آید شک کند ثانیاً بگوید، بد نباشد. چنان که هرگاه فراموش کند بسم الله را هم حلال است، و بهتر آن است که هر وقت به خاطرش (۲) آید در وقت پوست کندن و غیر آن حتی در وقت خوردن گوشت، بسم الله بگوید استحباً.

۳۰- سؤال:

۳۰- سؤال: در مجلس شرب خمر و لهو و لعب، نشستن و طعام خوردن، چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: خوان (۳) یا سفره که در سر آن خمر خورده شود، حرام است نشستن بر سر آن و چیز خوردن در آن خانه. چنان که مشهور بین الاصحاح و مدلول اخبار بسیار است (۴). بل که مطلق مسکر و فقاع هم، چنین است. به دلیل علّیت که در اخبار وارد شده است که آن چه عاقبت او مثل خمر است در حکم خمر است (۵).

و این که «فقاع خمیری است که مردم آن را کوچک شمرده اند» (۶). بل که موثقه عمار دلالت بر حکم مطلق مسکر هم دارد (۷) و اشکال در این نیست.

اما قیام هم مثل جلوس است یا نه؟-؟ و آیا چنان که نشستن و خوردن حرام است آن مأکول هم حرام است یا نه؟-؟ و آیا جلوس بدون اکل هم حرام است یا نه؟-؟ و همچنین

ص: ۳۵

۱- در نسخه: خواطرش.

۲- در نسخه: خواطرش.

۳- خوان یعنی سفره عمومی.

۴- وسائل، کتاب الاطعمه و الاشربه، ابواب الاشربه المحرّمه، باب ۳۳.

۵- همان، باب ۱۹.

۶- ترجمه حدیث است از امام (علیه السلام): الفقاع خمرٌ استصغره الناس: آبجو خمر است مردم آن را کوچک می شمارند.

۷- وسائل، همان ابواب، باب ۳۳ ح ۱.

ظاهر این است که جلوس بر آن حرام است خواه چیزی بخورد یا نه. و همچنین اکل حرام است خواه بنشینند و خواه نه. بل که قیام بر آن هم حرام است خواه بخورد و خواه نه.

و اما حرمت مأكول: پس آن وجهی ندارد، خصوصاً علی الاطلاق یعنی هر چند آن مأكولات در مجمع دیگر ببرند و بخورند.

و ظاهر این است که نشستن و خوردن حرام باشد هر چند شرب خمر منقضی شده باشد یا هنوز شروع به شرب خمر نشده باشد هر گاه وضع آن خوان به آن قصد شده باشد، چنان که از اطلاقات مستفاد می شود. هر چند ظاهر موثقه عمار این است که مادامی که شرب واقع نشده حرام نیست هر چند ساقی بر سر ایشان ایستاده باشد.

و این که هر گاه حاضر شود مأكول دیگر در آن مائده بعد از شرب، آن هم حرام نیست.

و اما اکل بر سر مائده [ای] که جمع می شود بر سر آن لهُو و فساد مثل ساز و طنبور (چنان که از علامه [قول به حرمت آن] نقل شده، و همچنین هر طعامی که بر سر آن معصیت خدا می شود یا به سبب آن طعام معصیت می شود [چنان که قول به حرمت آن] از ابن ادریس نقل شده، و همچنین مائده [ای] که بر سر آن غیبت مومن می شود؛ پس دلیل بر هیچیک نیست. بلی هر گاه بر خاستن از آن جا مدخلیت داشته باشد در امر به معروف و نهی از منکر، و قائل باشیم که «امر بشیء» دلالت دارد بر «نهی از ضدّ خاص»، در آن وقت نشستن و خوردن حرام می شود.

۳۱- سؤال:

۳۱- سؤال: نان و ماست نجس را به اطفال دادن تا بخورند و دهن را بشویند. ضرر دارد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: احوط بل که اظهر ندادن است.

باب المطاعم و المشارب من المجلد الثالث

اشاره

باب المطاعم و المشارب [من المجلد الثالث] (۱)

۳۲- سؤال:

۳۲- سؤال: هرگاه طفل نا بالغ با گوسفندی وطی کند، چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: در نشر حرمت فرقی مابین بالغ و نا بالغ نباشد.

۳۳- سؤال:

۳۳- سؤال: حیوانی که نجاست خوار است آیا گوشت یا شیر او ممکن است که حلال شود یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی ممکن است حلال شدن به این که مدتی علف بخورد. و اظهر آن است که مراد از «علف پاک» این است که چیز «نجس العین» نخورد. و اما هرگاه علف بالذات پاک باشد و نجاست عارضی به آن رسد، پس ظاهر این است که ضرر ندارد.

و اما حدّ این که علف پاک بخورد تا حلال شود گوشت آن: پس آن در حیوانات، مختلف است: در [شتر] چهل روز معتبر است بالاتفاق. و در گاو بیست روز علی الاظهر الاشهر. و در گوسفند ده روز علی الاشهر الاظهر. و در اردک پنج روز و در مرغ خانگی سه روز علی الاشهر الاظهر. و در ماهی یک شبانه روز علی الاشهر الاظهر.

و اما سایر حیواناتی که بخصوص نصّی در آن ها وارد نشده (۲)، اعتبار کنند زوال اسم «جلال» را (۳).

و اگر بوی گوشت و پوست او متغیر شده، اعتبار کنند زوال آن را. بل که در آن حیوانات که نصّ وارد شده اولیا هم اعتبار «اکثر امرین» است از زوال اسم و ضبط ایام

ص: ۳۷

۲- عبارت نسخه: نصی ندارد در آن ها وارد نه شده.

۳- یعنی تا حدی که عرفاً به آن جلال (نجاستخوار) نگویند.

معتبره در آن‌ها.

بدان که: حیوان حلال گوشت هرگاه شیر خوک بخورد تا گوشت از آن برآید یا استخوان آن سخت شود، هم حرام می‌شود. و ظاهراً حرمت ابدی است. و هرگاه شیر را به آن حد نخورده باشد، مکروه هست. و رفع کراهت می‌شود به این که هفت روز شیر پاک و علف پاک بخورد.

و این حکم مختص شیر خوک است و شیر سگ ملحق به آن نمی‌شود.

۳۴- سؤال:

۳۴- سؤال: حیوان هرگاه یک بار و دو بار نجاست بخورد، گوشت او حرام می‌شود یا نه؟-؟

جواب:

جواب: به جهت نجاست خوردن یک بار یا دو بار، حرام نمی‌شود، بل که هر چند بسیار هم بخورد حرام نمی‌شود. آن چه جزماً حرام می‌شود این است که قوت او منحصر باشد در نجاست آدمی. و هرگاه غالب قوت او نجاست باشد، مکروه می‌شود.

و اما مقدار زمان: پس دور نیست که هرگاه آن قدر بخورد که بوی گوشت و پوست آن بوی نجاست شود، بر آن صادق می‌آید «جلال» هر چند یک شبانه روز باشد.

و بعد از آن که حیوان سرگین خوار شود، گوشت و پوست آن حرام می‌شود(۱).

۳۵- سؤال:

۳۵- سؤال: حیوانی که انسان با او جماع کرده باشد، گوشت آن حرام می‌شود یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی حرام می‌شود گوشت و پوست و شیر و ولد و جمیع منافع آن، و بول و غایط آن‌ها نجس می‌شود هرگاه از قبیل گاو و گوسفند و شتر باشد و سایر حیوانات که

ص: ۳۸

۱- در این جا دو نکته قابل یاد آوری است: اولاً مراد از «سرگین» مدفوع انسان است نه معنی لغوی حقیقی. ثانیاً: این عبارت نوعی «استدراک» است؛ ابتدا به حدی مصداق جلال را تنگ کرد که پیدایش چنین حیوانی نادر، شاذ بل نایاب می‌شود. سپس با این عبارت به «صدق عرفی» روی آورده و عرف را ملاک قرار می‌دهد.

متعارف است خوردن آن ها خواه صحرائی و خواه دریائی که چهار دست و پا باشند. اما مثل الاغ و اسب و استر؛ پس اظهر این است که گوشت و پوست آن ها حرام نیست و حکم دیگر دارد(۱).

۳۶- سؤال:

۳۶- سؤال: هرگاه وطی به دراز گوش، اتفاق افتد، آن را چه باید کرد؟ و بر واطی چه لازم می شود؟ و بار کردن و کرایه دادن آن، چه صورتی دارد؟ و بول و سرگین آن نجس می شود یا نه؟-؟ و نسل آن پاک است یا نجس؟-؟ و هرگاه نفی بلد بکنیم در آن جا که می فروشیم اعلام مشتری لازم است یا نه؟-؟ و قیمت آن را چه باید کرد؟

جواب:

جواب: هرگاه کسی خبر ندارد و در ظاهر شرع به ثبوت نرسیده، ظاهر این است که بر واطی به غیر استغفار و توبه، چیزی نباشد. مگر آن که دراز گوش مال غیر باشد که پای حق الناس در میان می آید، و تا ممکن می باشد حلیتی از صاحب آن حاصل کند، چون تصرف در مال غیر کرده، بل که عیبی در آن احداث کرده که [اگر] بعد از این در نزد حاکم ثابت شود باید آن را اخراج بلد کرده و فروخت. و هرگاه در ظاهر شرع به ثبوت برسد (با اقرار او هر چند یک مرتبه باشد، یا به شهادت عدلین) پس حاکم شرع او را تعزیر می کند به هر چه داند. و قیمت او را می گیرد از او (هرگاه مال غیر باشد) و به صاحب می دهد. و آن الاغ را از آن محل بیرون می برند به جائی که کسی آن را نشناسد و می فروشند و قیمت آن را به واطی می دهند علی الاظهر، هر چند زاید بر قیمتی باشد که از او گرفته اند.

و هرگاه الاغ مال خود واطی است، باز تعزیر می کنند و اخراج بلد می کنند و می فروشند و قیمت آن را به واطی می دهند چنان که گفتیم.

و اما بار کردن و کرایه کردن در صورت ثبوت و در ظاهر شرع: پس در آن بلد جایز

ص: ۳۹

۱- این حکم دیگر در مسئله بعدی آمده است.

نیست و فوراً باید اخراج بلد کرد. و اما هرگاه عصبیاناً تاخیر در اخراج بلد شد؛ پس هرگاه الاغ مال خود واطی است مالک کرایه می شود هر چند معصیت کرده. و اما هرگاه مال غیر واطی است؛ پس اظهر این است که کرایه مال واطی است چون به وطی منتقل می شود به او و باید قیمت آن را به مالک بدهد.

و اما حکم عدم علم به وطی به الاغ خاص، یا علم به وقوع وطی در آن محل به الاغ [ی] فی الجملة که مشتبه می شود موطوء به غیر موطوء؛ پس اظهر در این جا حکم به عدم حرمت است تا علم به هم رسد به موطوء بودن الاغ خاص. بخلاف حیوان حلال گوشتی که موطوء شود و مشتبه شود در گله؛ یعنی عمل در این جا به قرعه می شود و گله را دو نصف می کنند و قرعه می زنند به اسم حرام، باز نصف حرام [را] دو نصف می کنند و قرعه می کنند، و همچنین تا قرار گیرد بر یکی. و در گله ای که عدد آن طاق باشد آن زیادتی را به هر طرف می خواهند قرار می دهند(۱).

و اظهر این است که بول و سرگین درازگوش و گوشت و پوست آن و نسل آن نجس و حرام نمی شود بخلاف حلال گوشت (یعنی آن که در متعارف می خورند) که هیچ وجه از آن منتفع نمی توان شد.

و اما سوال از پنهان داشتن بر آن بلد: پس گفتن آن ضرور نیست بل که بی صورت است، چون غرض پنهان داشتن آن است. ولکن هرگاه من بعد ظاهر شود بر مشتری و آن معنی موجب نقص در قیمت آن شود؛ ظاهر این است که خیار فسخ داشته باشد.

و اما سوال از ثمن آن: پس پیش اشاره کردیم که اظهر این است که ثمن را به واطی می دهند هر چند زاید باشد بر قیمتی که از او گرفته اند در صورتی که مال غیر بوده. و اگر

ص: ۴۰

۱- توجه: مصنف (ره) در این جا با تکیه بر لفظ «گله»، سخن از «شبهه محصوره و غیر محصوره» به میان نیاورده است و نظر ویژه خود را در این باره بیان نکرده است.

مال خود واطی بوده هم به او می دهند.

۳۷- سؤال:

۳۷- سؤال: فحلی که در میان گله [باشد]، کسی با او وطی کند، و در آن گله چند فحل دیگر باشد، آیا اولاد آن گله حلال است یا حرام؟-؟

جواب:

جواب: اطلاق و ترک استفصال در اخبار، و اطلاق [أ] اعلام علما و تصریح بعضی، مقتضی آن است که فرقی نیست در حرمت و سایر احکام، میان بهیمه موطوء نر و ماده.

و اشتباه مابین آن فحل ها (۱).

به قرعه رفع می شود (۲).

و اما اولاد آن گله: پس تا معلوم نشود که از نطفه آن فحل موطوء است، حرام نیست.

۳۸- سؤال:

۳۸- سؤال: هرگاه کسی جماع کند با حیوانی که مأکول اللحم است مثل گاو و گوسفند، چه حکم دارد؟ و اگر با الاغ جماع کند چه حکم دارد آیا جایز است سواری کردن و به کرایه دادن آن الاغ یا نه؟-؟ و هرگاه در قریه [ای] اتفاق افتد که وطی الاغ را در آن جا حلال می دانسته اند و شغل آن ها بوده، آیا عدم علم به حال خصوصیت الاغ، کافی است در حلیت آن یا نه؟-؟ و بول و سرگین آن الاغ موطوءه پاک است یا نجس؟-؟ و همچنین نسل آن-؟ و هرگاه آن را از این بلد بیرون بردند که بفروشند، آیا عدم اعلام مشتری، حرام است یا نه؟-؟ و بعد از بیع قیمت آن را چه باید کرد؟

جواب:

جواب: اگر آن حیوان حلال گوشت است و در عرف و عادت می خورند (مثل گوسفند و گاو و شتر و امثال این ها از حیوان وحش) پس حکم این است که آن شخص را حاکم شرع تعزیر می کند به آن چه صلاح (۳) داند. و گوشت آن حیوان حرام می شود. و همچنین ولدی که از او به هم رسد بعد از جماع کردن. و همچنین شیر او. و ظاهر این

ص: ۴۱

۱- یعنی اگر فحل مشتبّه باشد.

۲- مصنف (ره) در این جا نیز مانند مسئله شماره ۳۶ وارد بحث «شبهه محصوره و غیر محصوره» نشده است.

۳- در نسخه: سلاح.

است که پشم و مو و سرگین و استخوان و امثال این ها نیز حکم آن ها حکم اجزا و فضلات حیوان حرام گوشت است در طهارت و نجاست و جواز نماز در آن.

و اظهر این است که پشم و موئی که سابق بر جماع در او است، بر حکم سابق باقی است. و همچنین حملی که قبل از جماع در شکم او باشد، علی الاظهر، مگر این که از عموم (۱)

منع از انتفاع به حیوان که در اخبار وارد است، بفهمیم حرمت انتفاع از حمل را هرگاه در بقیه مدت قوت حمل از خون آن حیوان تربیت می یابد. و همان عموم دلیل است بر حرمت نسل و لبن و غیر این ها هر چند تصریحی به حرمت آن ها در اخبار نباشد.

و می توانیم گفت: بنابر این؛ پس استعمال پشم و مو و استخوان و امثال این ها همه حرام می شود نه این که نماز کردن تنها ممنوع است در آن ها. پس امر این ها اشد است از حیوان حرام گوشت مثل سباع.

و همچنین حرام می شود تخم مرغی که با او این عمل بشود (اگر قائل شویم که بهیمه شامل آن باشد) (۲).

و همچنین جوجه ای که از آن تخم به عمل آید. و همچنین ولدی که از نطفه حیوان بزی که موطوء بشود.

و واجب است ذبح آن حیوان و سوختن آن بعد از ذبح. و بر آن شخص واجب است هرگاه حیوان مال غیر باشد؛ این که قیمت آن را به صاحب آن بدهد. و معتبر در قیمت همان قیمت روز و طی است در همان بلد.

و هرگاه آن حیوان حیوانی است که مقصود از آن در عرف و عادت، سواری و بارکشی است خواه حلال گوشت باشد مثل اسب و استر و الاغ یا حرام گوشت مثل فیل؛ پس باز

ص: ۴۲

۱- در نسخه: مگر این که بگوئیم از عموم..

۲- در پی نویس بعدی توضیحی در این باره خواهد آمد.

فاعل مستحق تعزیر است و قیمت آن را از او می گیرند و به صاحب آن می دهند هر گاه مال غیر باشد. [و] آن حیوان را از آن بلد اخراج می کنند و به جای دیگر که آن حیوان معروف نباشد که این عمل به او شده، می فروشند.

و هر گاه واطی چیزی نداشته باشد که غرامت بدهد، همان قیمت که می فروشند به مالک می دهند. و هر گاه کمتر باشد [از] گنجایش روز واطی، آن زیادتی در ذمه واطی است تا وقتی که قادر شود. چنان که علامه در قواعد تصریح به آن کرده (۱). و اکثر (۲).

آن چه مذکور شد، خلافتی در آن ها نیست و احادیث معتبره دلالت بر آن ها دارد مثل آن که شیخ در سند صحیح روایت کرده از عَبدِ اللَّهِ بْنِ سَبْتَانَ «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع-» وَ «الْحُسَيْنِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الرِّضَا ع-» وَ «صَيْبِ بْنِ الْحَدَّادِ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي إِبْرَاهِيمَ مُوسَى ع- فِي الرَّجُلِ يَأْتِي الْبَهِيمَةَ فَقَالُوا جَمِيعًا: إِنْ كَانَتْ الْبَهِيمَةُ لِلْفَاعِلِ ذُبِحَتْ، فَإِذَا مَاتَتْ أُحْرِقَتْ بِالنَّارِ وَ لَمْ يُنْتَفَعْ بِهَا، وَ ضَرَبَ هُوَ خَمْسَةَ وَ عَشْرِينَ سَوْطًا رُبْعَ الزَّانِي، وَ إِنْ لَمْ تَكُنِ الْبَهِيمَةُ لَهُ قُومَتْ وَ أُخِذَ ثَمْنُهَا مِنْهُ وَ دُفِعَ إِلَى صَاحِبِهَا وَ ذُبِحَتْ وَ أُحْرِقَتْ بِالنَّارِ وَ لَمْ يُنْتَفَعْ بِهَا، وَ ضَرَبَ خَمْسَةَ وَ عَشْرِينَ سَوْطًا. فَقُلْتُ: وَ مَا ذَنْبُ الْبَهِيمَةِ؟ قَالَ: لَا ذَنْبَ لَهَا وَ لَكِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ص فَعَلَّ هَذَا وَ أَمَرَ بِهِ لَكِنِّي لَمَّا يَخْتَرِي النَّاسُ بِالْبَهَائِمِ وَ يَنْقَطِعُ النَّشِيلُ». و این حدیث در کافی [نیز] مذکور است (۳).

و اطلاق این حدیث محمول است بر حیوانی که اکل گوشت آن

ص: ۴۳

۱- قواعد، کتاب الحدود، المطلب الثانی من المقصد الثالث- ج ۴ ص ۴۹۸ مطبوع به همراه «ایضاح الفوائد» ط کوشانپور.
۲- اکثر، نه همه. مثلاً- درباره طيور اختلاف است؛ علامه (ره) در قواعد می گوید: «و الاقرب اختصاص هذا الحكم بذوات الاربع دون الطيور»- قواعد کتاب الاطعمه و الاشربة، ج ۴ ص ۱۵۰ مطبوع به همراه «ایضاح الفوائد» ط کوشانپور- و نیز: برخی فتوی داده اند که ثمن حیوان صدقه می شود.

۳- تهذیب الاحکام، ج ۱۰ باب «الحد فی نکاح البهائم» ح ۱ ص ۶۰- کافی، ج ۷ ص ۲۰۴.

دلالت دارد بر آن.

و نیز در هر دو کتاب به سند موثق عن سماعه: «قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَنِ الرَّجُلِ يَأْتِي بِبَيْمَةٍ شَاءَ أَوْ نَاقَةً أَوْ بَقْرَةً. قَالَ: فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: عَلَيْهِ أَنْ يُجْلَدَ حَيْدًا غَيْرَ الْحَيْدِ ثُمَّ يُنْفَى مِنْ بِلَادِهِ إِلَى غَيْرِهَا». (وَذَكَرُوا أَنَّ لَحْمَ تَلْحِكِ الْبَيْمَةِ مُحَرَّمٌ وَ لَبَنُهَا»(۲).

و همچنین: به سند صحیح در هر دو کتاب و در «فقیه»: «(عَنْ إِسْحَاقَ عَنْ حَرِيزٍ) عَنْ سَيِّدِ بْنِ أَبِي جَعْفَرٍ فِي الرَّجُلِ يَأْتِي الْبَيْمَةَ قَالَ يُجْلَدُ دُونَ الْحَيْدِ وَيَغْرَمُ قِيمَةَ الْبَيْمَةِ لِصَاحِبِهَا لِأَنَّهُ أَفْسَدَهَا عَلَيْهِ وَ تَذْبِجُ وَ تُحْرَقُ إِنْ كَانَتْ مِمَّا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ وَ إِنْ كَانَتْ مِمَّا يُرْكَبُ ظَهْرُهُ غَرِمَ قِيمَتَهَا وَ جَلَدَ دُونَ الْحَيْدِ وَ أَخْرَجَهَا مِنَ الْمَدِينَةِ الَّتِي فَعَلَ بِهَا فِيهَا إِلَى بِلَادٍ أُخْرَى حَيْثُ لَا تُعْرَفُ فَيَبِيعُهَا فِيهَا كَيْلًا يُعَيَّرُ بِهَا (صَاحِبُهَا)»(۳).

و خلاف است در این که در این صورت که حیوان را می فروشند قیمت آن را چه می کنند. بعضی گفته اند قیمت آن را تصدق می کنند به فقرا از جانب کسی که مال او است خواه آن حیوان از مال فاعل بوده از اصل، یا منتقل شده به او به سبب دادن قیمت. و جمعی بل که اکثر متأخرین بر این اند که رد می کنند به آن که این عمل [را] کرده. و احادیث و کلام بسیاری از علما خالی است از بیان مصرف. و مستند صریحی از برای تصدق نیست، چنان که جمعی تصریح به آن کرده اند. و وجهی که از برای آن ذکر کرده اند این است که تصدق به فقرا و مساکین از برای عقوبت فاعل است و از برای امیدواری

ص: ۴۴

۱- تهذیب، همان، ص ۶۱، ح ۳.

۲- تهذیب، همان، ح ۲- کافی، ج ۷، ص ۲۰۴.

۳- وسائل، ج ۲۸ ص ۳۵۸- فقیه، ج ۴ ص ۴۷ ح ۵۰۶۰.

به این نیست که کفاره گناه او شود. و اگر ثمن را به او رد کنند عقوبتی به او نشده.

و تضعیف کرده اند این را به این که بیع و تصدق عقوبت نیست، بل که تعلیل آن در حدیث به این که «این از برای این است که کسی او را تعییر نکند»، دلالت بر خلاف آن دارد. و عقوبت به تعزیر حاصل می شود. و همچنین کفاره گناه به توبه حاصل می شود.

و اما دلیل دادن به واطی در صورتی که مال خودش بوده، واضح است، و آن اصل بقای ملک است و این قیمت ملک اوست. و اما در صورتی که مال غیر بوده؛ پس چون غرامت را از واطی گرفته اند و به مالک داده اند، پس گویا معامله شده و به این سبب حیوان مال واطی شده. و هرگاه به واطی ندهیم لازم می آید که ملک بلا مالک باشد، و اگر به مالک بدهیم لازم می آید جمع مابین عوض و معوض. و گویا لفظ «ثمن» که در بعضی روایات وارد شده اشاره به این باشد؛ چون ثمن و مثنی اطلاق می شود بر صورت معاوضه. و همچنین عبارت بعض فقهاء چنان که جماعتی اشاره به این کرده اند. و در بعض اخبار که به لفظ «اغریم قیمتها» فرموده اند، هم مراد عوض آن حیوان است. و دور نیست که به لفظ «بیعها» در حدیث هم اشاره به این باشد؛ به تقریب این که مراد این باشد که واطی که قیمت از او گرفته شده اخراج می کند حیوان را و بیع می کند، و بیع نمی باشد الا در ملک. و به هر حال، اظهر رد قیمت است به واطی. و لازم این سخن می شود این که هرگاه آن قیمتی که می فروشند آن حیوان را به آن قیمت، زاید باشد از آن چه از واطی گرفته اند برای مالک، آن زیادتی هم از واطی باشد. چون قیمت ملک اوست. چنان که نقصان هم بر اوست.

و دو احتمال دیگر هم داده اند: یکی آن که زیادتی از مالک باشد، نظر به این که آن چه از باب غرامت به او داده بودند از باب «حیلوله» و ممنوع شدن از ملک خود بوده، نه ثمن واقعی. پس زیادتی مال اوست چون ناقل شرعی از ملکیت او ثابت نشده، به علت این

که واطی مستحق اهانت است و دادن این زیادتی، اکرام است و مناسب او نیست.

و دوم این که زیادتی را تصدق می کنند(۱)

هر چند در اصل مسئله قائل به تصدق نباشیم، نظر به این که حیوان منتقل شده از ملک به سبب عوض گرفتن، و داخل در ملک واطی نشده چون سبب انتقال نیست. پس ملک بلا مالک است و باید به فقرا تصدق کرد. و وجه عدم انتقال زیادتی به هیچ کدام، عدم اعتبار اذن آن ها است در بیع.

و ایراد شده است بر این ها؛ این که لازم می آید بنابراین، که ملک بر جا بماند بی مالک، و بعد از ثبوت ملک از برای مالکی (هر چند متعین نباشد که از کدام است)(۲)

نقل از ملک او محتاج است به دلیل. و اصل، عدم انتقال است. و مالک بودن منافات ندارد با عدم اشتراط اذن در بیع، چنان که در بسیاری از مواضع اذن شارع کافی است در معاوضات اجباریه. پس اقوی همان احتمال اول است که به فاعل فعل می دهند.

و از آن چه گفتیم معلوم می شود که قول به تصدق به فقرا، از باب صدق «تصدق مجهول المالک» هم صحیح نیست، زیرا که مالک بودن احدهما که ثابت شد، پس داخل مجهول المالک نیست. و هرگاه اصل «حکم به ملک» مشکل شود(۳)

یعنی به دلیل ثابت نشود که مال کی است(۴)،

این را مجهول المالک نمی گویند. پس نه در اصل مسئله و نه در زیادتی(۵) قیمت در این جا، هیچکدام، در باب تصدق متمسک به قاعده مجهول المالک نمی توانیم شد. زیرا که مراد از مجهول المالک این است که می دانیم ملک شخصی هست اما

ص: ۴۶

۱- در نسخه: می کند. - جریان کلام سابقاً و لاحقاً نشان می دهد که «می کنند» درست است.

۲- و به اصطلاح «علم اجمالی» بر مالکیت احدهما هست.

۳- یعنی اگر اصل «حکم به ملک احدهما معیناً» مشکل شود.

۴- در نسخه: که مالکی است.

۵- در نسخه: زیادتی.

نمی دانیم که کدام است آن. و در این جا ملکیت ثابتۀ برای هیچکدام نیست (۱).

و الحاصل: ترددی که حاصل شود به سبب تعارض ادله در این که این مال از این شخص است یا از آن شخص، این از باب جهالت در تملک و مالکیت هر یک از آن ها است شرعاً. و در مسئله مجهول المالک جزماً می دانیم که تملک شرعی ثابت است از برای شخص خاصی و لکن آن شخص را نمی شناسیم. پس در این جا جهالت در مالک بودن است با این که شخص معلوم است که احدهما است. و در مجهول المالک جهالت در شخص مالک است مطلقاً، نه در مالکیت.

و همچنین: این از باب مال بلا مالک نیست که مشهور در آن این است که تصدق می کنند به فقرا. زیرا که مال بلا مالک آن را می گویند که می دانیم که این ملک زید بود و زید مرد، و علم داریم که وارثی ندارد، که در این جا می گوئیم اقوی این است که مال امام (علیه السلام) است و به اذن حاکم به فقرا می دهیم. و این را که «مال بلا مالک» می گوئیم مراد مالک غیر امام (علیه السلام) است. پس منافات ندارد با آن که گفتیم که «ملک بی مالک نمی شود».

و تتمیم این مبحث موقوف است به ذکر چند مطلب:

مطلب اول این که: این احکامی که ذکر شد، در بالغ عاقل بی اشکال است. اما طفل و مجنون: پس جمیع این احکام در این ها جاری نیست، بل که بعضی جاری است و بعضی جاری نیست. پس می گوئیم که: در حرام شدن گوشت موطوءه انسانی، حرام می شود هر چند در احادیث لفظ رجل وارد شده که ظاهر در بالغ است (۲).

. و لکن اصحاب در کتاب های خود لفظ انسان ذکر کرده اند. و روایت مسمع که در کافی روایت کرده هم عموم

ص: ۴۷

۱- در سطرهای بعدی معنی این عبارت را باز خواهد کرد.

۲- حدیث ها در همین مسئله گذشت.

دارد: «عَنْ أَبِي عَیْدٍ اللَّهِ (علیه السلام) أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (علیه السلام) سُئِلَ عَنِ الْبُهَيْمَةِ الَّتِي تُنْكَحُ فَقَالَ حَرَامٌ لَحْمُهَا وَكَذَلِكَ لَبْنُهَا» (۱). و این حدیث هر چند سند آن ضعیف است لکن ضعف آن (۲)

منحبر است به عمل اصحاب و ورود آن در کافی. و لفظ رجل که در سایر اخبار وارد شده منتهای آن «مفهوم لقب»ی است که حجت نیست. قطع نظر از ورود آن [به] مورد غالب.

و اما حکمی که در سایر اخبار وارد شده در لزوم ذبح و سوختن آن: پس آن ملزوم مطلق حرمت است. از برای این است که انتفاع هیچ چیز از آن نمی توان برد. نه حرمتی که از فعل رجل به عمل آمده باشد. پس هر گاه حرمت در فعل صغیر و مجنون هم حاصل شد، باید وجوب اتلاف بر آن نیز مترتب شود تا کسی به گوشت حرام آن منتفع نشود، دانسته یا ندانسته.

اگر کسی بگوید که: از حدیث عام حرمت لحم و لبن مفهوم شد مطلقاً، و عدم حجیت «مفهوم لقب» در سایر اخبار، منشأ تعدی حکم به غیر منطوق نمی شود. غایت امر این است که حکم صغیر و مجنون در آن ها مسکوت عنها باشد. پس چه مانع دارد که لزوم سوختن و اتلاف بالمره در موطوءه رجل (به سبب عدم جواز انتفاع به هیچیک از اجزاء آن) باشد. چنان که منع از انتفاع مطلق در آن اخبار دلالت دارد بر آن. و در موطوءه صغیر و مجنون اکتفا شود به حرمت لحم و لبن نظر به حدیث عام. و سوختن و اتلاف بالمره لازم نباشد، پس توان به پشم و مو و استخوان و امثال آن منتفع شد.

می گوئیم که: هر گاه در مدلول حدیث عام نظر به موطوءه صغیر و مجنون در لحم و لبن اکتفا به همان حکم شارع به حرمت توان کرد، در سایر اخبار نسبت به رجل هم

ص: ۴۸

۱- کافی، ج ۶ ص ۲۵۹.

۲- در نسخه: بضعف..

اکتفا به حرمت مطلق انتفاع می توان کرد، پس [چه] احتیاج به سوختن (۱)؟

هر گاه بگوئی که: سوختن او برای این است که از آن اجتناب حاصل شود در «نفس الامر» از برای عالم و جاهل، و در صورت علم به شخص موطوء و صورت مشتبه شدن آن به غیر (۲).

می گوئیم: که همین کلام در موطوءه صغیر و مجنون نسبت به انتفاع به لحم و لبن، هم جاری است.

و با وجود این ها می گوئیم: که علت منصوصه در اخبار (که ذبح حیوان بی گناه و سوختن آن از برای این است که اعلام شود به شدت امر تا مردم جرئت نکنند به وطی حیوانات و اکتفا کنند به آن ها و نسل منقطع شود) در ما نحن فیه جاری است. مگر این که بگوئیم که در صغیر (چون تناسل حاصل نمی شود) پس آن مختص کبیر خواهد بود. و به هر حال ظاهر عدم فرق است در این حکم مابین بالغ عاقل و غیر آن یا به سبب همین علت، یا به سبب این که آن حیوان مشتبه نشود به غیر، و مردم مرتکب تصرف در آن بشوند خواه دانسته و خواه ندانسته.

و اما حکم وطی به حیوانی که مقصود از آن خوردن گوشت آن نیست: حکم اخراج از بلد و فروختن آن، پس دلیل واضحی بر ثبوت آن در موطوءه صغیر نیست، به جهت آن

ص: ۴۹

۱- به عبارت دیگر: اگر از حدیث عام (در باره موطوءه صغیر و مجنون) می توان به عدم لزوم سوختن حکم کرد، در دیگر حدیث ها نیز درباره موطوءه رجل، می توان به عدم لزوم سوختن حکم کرد. یعنی حدیث عام با دیگر حدیث ها در این جهت با هم فرق ندارند.

۲- توضیح: یعنی سوزانیدن برای این است که هم کسانی که از ماجرا اطلاع دارند نتوانند از آن استفاده کنند و هم آنان که اطلاع ندارند. و نیز سوزانیدن برای این است که هم کسی به طور دانسته و شناخته، از آن استفاده نکند، و هم آن حیوان کاملاً معدوم شود تا امکان مشتبه شدن آن با حیوان یا حیوان های دیگر نباشد تا کسی به عنوان مشتبه از آن استفاده کند. با بیان دیگر: یکی از خطرهای بقای آن عبارت است از رخداد شبهه (شبهه محصوره یا غیر محصوره) سوزانیدن زمینه این خطر را از بین می برد و این مشکل (که مشکل بزرگی هست) پیش نمی آید.

که در اخبار همه جا «رجل» مذکور است و دلیلی بر صغیر دلالت کند (عموماً و خصوصاً) موجود نیست. و عبارت علما هم در این مقام مثل مسئله «حلیت و حرمت اکل» نیست که به لفظ «انسان» باشد. بل که [تعبیر با لفظ] بالغ عاقل، در فتاوی علما، اخراج مجنون می کند. لکن لفظ رجل در اخبار، شامل هست آن را. مگر این که بگوئیم که چون حکم در آن ها مقتدر است (۱)

به ذکر حدّ و حدّی بر مجنون نمی باشد، پس اخبار هم شامل آن نیست. چنان که این هم وجهی است از برای عدم دخول صغیر.

بلی چون بر ایشان تأدیب جایز است، (بنابر قول به اکتفای به تعزیر حاکم در مسئله حدّ)، بگوئیم آن ها هم داخل اند. مگر آن که فرق بگذاریم مابین تأدیب و تعزیر (۲)

و بگوئیم تعزیر (۳)

هم مختص بالغ عاقل است. و به هر حال أظهر عدم جریان حکم در مجنون هم هست، چون حکم خلاف اصل است و عدول از آن نمی توان کرد الاّ به یقین. مگر این که بگوئیم که علت منصوصه که در حدیث سدید است که فرمودند «كُنِيَ لَأَيُّعِيَّرَ بِهَا» شامل آن باشد. یعنی اخراج از بلد می کنند (۴)

و در آن جا می فروشند. از برای این که تعییر و سرزنشی حاصل نشود به سبب وطی بهیمة، خواه برای مالک بنا بر این که کلمه «يُعَيَّرُ» از باب «فلان يعطى و يمنع» باشد و نایب فاعل خاصّ در آن مضمّر نباشد (۵).

پس بنا بر این، موطوءه صبی هم داخل می شود.

ص: ۵۰

۱- در نسخه: متقرن است.

۲- در نسخه: تعذیر.

۳- در نسخه: تعذیر.

۴- در نسخه: می کند.

۵- در فارسی درباره قاطعیت (و نیز لجاجت) کسی، می گویند «یارو گفت حرف مرد یکی است». این یارو کیست؟ شخص معین نیست و هر کس که باشد مهم نیست، مهم پیام مثل است. در حدیث آمده است «وسيلة سرزنش نباشد»، سرزنش چه کسی؟ هر کس که ممکن است از این بابت دچار سرزنش شود: مالک، واطی، خریدار، کرایه کننده، موهوب الیه.. و هر کس دیگر. مهم این است که سرزنشی پیش نیاید.

علامه در قواعد نایب فاعل را واطی قرار داده (۱).

و همچنین از کلام شهید ثانی (ره) ظاهر می شود.

و اما خنثی: پس آن چه در کلام فقها مذکور است (در کتاب مطاعم و مشارب) به لفظ «انسان» در حرمت لحم شامل خنثی هست. و همچنین لفظ «بالغ عاقل» در کتاب حدود شامل خنثای بالغ هست. و لکن از کتاب شهید ثانی (ره) ظاهر می شود استثنای خنثی در هر دو جا، دون نقل خلافی (۲). و اما اخبار: پس عموم روایت مسمع دلالت بر دخول آن می کند در حکم تحریم موطؤه. و اما سایر اخبار که به لفظ رجل وارد شده، شامل آن نیست. بل مقتضای علت های منصوصه هست.

مطلب دومی: مقتضای اطلاق فتاوی و اخبار این است که فرقی نیست در موطوء مابین نر و ماده. و مابین قُبَل و دُبُر. و در واطی مابین عالم و جاهل. و هرگاه فرض شود که آدمی موطوء حیوان شود، پس اصل مقتضی آن است که هیچ یک از احکام مذکور در آن ثابت نیست (۳).

مطلب سیم: هرگاه قائل شویم که وطی صغیر و مجنون منشأ حرمت شود، و آن حیوان مال غیر باشد، غرامت آن متوجه فاعل می شود در مال او. چون به منزله اتلاف مال است و ضمان (۴) در اتلاف مختص به مکلف نیست. و هرگاه مالی نداشته باشد در ذمه

ص: ۵۱

۱- عبارت قواعد: «لعلّ یعیّر فاعلها بها». - قواعد «کتاب الحدود» المقصد الثالث، المطلب الثانی. ط کوشانپور به همراه «ایضاح الفوائد».

۲- الرّوضه البهیّة، کتاب الاطعمه و الاشربه، ج ۷ ص ۲۹۵- و در کتاب الحدود، در «الفصل السابع» می گوید «اما التحريم فالظاهر تعلّقه بمطلق الذکر کما سلف»: اما تحریم؛ ظاهر این است که به مطلق مذکر متعلق است همان طور که (در کتاب اطعمه و اشربه) گذشت.

۳- نگوئید خوشا به حال اروپائیان، زیرا تعزیر دارد اجماعاً.

۴- در نسخه: زمان.

آن‌ها هست تا وقتی که قادر شوند بر ادای آن. و در صورتی که حیوان از باب اسب و الاغ باشد، پس بر آن‌ها چیزی نیست مگر آن که آن عمل موجب نقصی در قیمت آن شود به سبب حرام شدن گوشت و نجس شدن بول و سرگین آن (اگر قائل شویم به ثبوت آن‌ها در این قسم حیوان) به سبب همان [تعبیر] (۱).

بر مالک آن، هر چند فاعل نباشد پس در این صورت تفاوت قیمت متعلق به آن‌ها می‌شود.

مطلب چهارم: آیا امثال اسب و الاغ موطوء، گوشت و شیر و نسل این‌ها حرام می‌شود یا نه؟-؟ در این، دو قول است، مختار علامه در قواعد و شهید ثانی در روضه، حرمت است به سبب آن که داخل تحت «مأکول اللحم» است و دلیل شامل آن است، و عموم روایت مسموع هم دلالت می‌کند. و استدلال به اولویت هم کرده‌اند که هرگاه مأکول اللحم غیر مکروه، حرام بشود پس مکروه به طریق اولی. و قائل به عدم تحریم صریحاً، در نظر نیست. و در ایضاح و تنقیح آن را احتمال ذکر کرده‌اند و لکن ظاهر لفظ «اقرب» و «اقوی» که در کلام ایشان است ظاهر در وجود قول است.

و اطلاق کلام ایشان (در کتاب مطاعم و مشارب) که گفته‌اند «و یحرم موطوء الانسان» دلالت واضحی ندارد بر اراده این نوع حیوان. بل که از ذکر حکایت اشتباه و قرعه و ذبح و حرق بعد از آن، مستفاد می‌شود که همه این کلمات در حیوان مأکول اللحم است.

و دلیل عدم حرمت، صحیحه سدید است که تفصیل را افاده می‌کند و فرق می‌کند مابین «ما یؤکل لحمه» و غیر آن. و ظاهر از «ما یؤکل لحمه» در این حدیث آن است که در عرف و عادت گوشت آن خورده می‌شود، نه آن چه جایز است اکل او شرعاً. و این حدیث تقیید می‌کند سایر اخبار را حتی موثقه سماعه را هم. پس باید در موثقه، بهیمة

ص: ۵۲

[را] (که در اول مذکور است) حمل بر مثل اسب و الاغ کرد. و عطف شاه و ناقه به آن، هم مؤید آن است. و نفی از بلد را هم مخصوص آن کرد، چون نفی بلد در غیر آن نیست، چنان که فتاوی علمای و سایر اخبار دلیل آن است.

و اما آخر حدیث که گفته است «و ذَكُرُوا أَنَّ لَحْمَ تِلْكَ الْبَهِيمَةِ مُحَرَّمٌ وَ لَبَنُهَا»، پس آن معلوم نیست که کلام امام (علیه السلام) باشد و اگر باشد هم دلالت بر رضای امام (علیه السلام) بر آن نمی کند، پس اشاره می تواند بود به تضعیف آن چه ذکر کرده اند؛ پس گویا امام (علیه السلام) فرموده است که «این بهیمه غیر شاه و بقر و ناقه است بل که مثل اسب و الاغ است، حکم آن نفی از بلد است و اما مردم گفته اند که گوشت و شیر آن حرام می شود». و شاید مراد ایشان نسبت این قول به عامه باشد.

این بنا بر نسخه کافی است که در نزد حقیر موجود است و خالی از صحّت نیست. و اما در تهذیب پس کلمه «او» بعد از لفظ «بهیمه» مذکور نیست. و بنا بر این اشکالی نیست الا ذکر نفی بلد که آن در مأکول اللحم، معهود نیست در فتاوی. یا آن که مراد نفی فاعل باشد از بلاد، و آن نیز معهود نیست.

و اما روایت مسموع: پس آن با وجود ضعف سند، جابری از برای ضعف آن نیست، زیرا که هر چند در مثل گاو و گوسفند معمول به اصحاب باشد، و لکن در ما نحن فیه عمل مشهور بر آن معلوم نیست، که جابر ضعف آن باشد. و مع هذا متبادر از آن، حکم بهیمه [ای] است که در عادت گوشت و شیر آن را می خورند. چنان که پوشیده نیست. و دور نیست ترجیح این قول، خصوصاً با اعتضادات آن به اصل و استصحاب. بل که این قول اقوی و اظهر است خصوصاً به ملاحظه این که ذکر کرده اند وجه کشتن و سوختن، این است که مشتبه نشود گوشت و شیر حرام خورده نشود. و حال آن که اگر چه گوشت اسب و الاغ را غالباً نمی خورند لکن پوست آن را جلد قرآن و کتاب و سایر حوائج (از کفش و

غلاف شمشیر و غیره) می کنند، و اغلب اوقات به بول و سرگین آن ها مردم مبتلا می شوند. و چنان که [حرام] خوردن و حرام بودن باعث [وجوب] اجتناب از مشتبه می شود(۱)،

حرام و نجس استعمال کردن هم همین حکم دارد. و اگر گوشت و پوست آن حرام می شد، پس باید در روایت سدیر این تفصیل نباشد.

مطلب پنجم: فقها ذکر کرده اند که هر گاه حیوانی که ماکول اللحم است، مشتبه شود (چنان که در بعض عبارات است) یا حیوان موطوء انسان (چنان که در بعض دیگر است) در میان قطعه [ای] از حیوان که «محصور» باشد(۲).

آن قطعه حیوان را قسمت می کنند به دو قسم (چنان که در اکثر عبارات است) یا به دو نصف (چنان که در بعض عبارات است و همچنین در حدیثی که مستند حکم است) و عمل به قرعه می کنند و در دو رقع اسم آن قسمت ها را می نویسند و به نام محرم بیرون می آورند، هر کدام که به نام حرام بر آید باز آن را دو قسم می کنند و باز قرعه می کنند، و همچنین تا یکی باقی بماند. و بنابر اعتبار «تنصیف»(۳) اشکال به هم می رسد در صورتی که عدد حیوان طاق باشد. زیرا که معتبر تقسیم در عدد است، نه قیمت. پس بنابر این، زاید را به هر [کدام از] دو قسم بکنند، باکی نیست. و اولی تنصیف است(۴).

مهما ممکن، به تبعیت روایت. و بعد از آن که

ص: ۵۴

۱- عبارت نسخه: و چنان که خوردند و حرام بودند باعث اجتناب از مشتبه می شود..

۲- یاد آوری: مراد از «قطعه محصور» این است که حیوان مشتبه در میان گله معین، باشد خواه مالک آن یک فرد باشد و خواه افراد متعدد مشاء شریک باشند پس در این جا دو نکته قابل توجه است: الف: اگر هر کدام از افراد مالک گوسفندان معین باشند و شرکت مشاعی در بین نباشد، ممکن است هر کدام درباره دام های خودش به استصحاب طهارت و حلیت و براءت از حرمت، متمسک شود. ب: اگر مشتبه در میان یک قطعه و گله نباشد و در میان گوسفندان و گله های یک منطقه باشد، هر کس می تواند به اصول مذکور متمسک شود..

۳- در نسخه: تنصیف.

۴- عبارت نسخه: و اولی عدم تنصیف است.

یکی باقی ماند، حرام همان است. و با آن همان عمل می شود که با حیوان معین می شود.

و مستند مسئله حدیثی است که شیخ روایت کرده است از «أَحْمَدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنِ الرَّجُلِ (عليه السلام) أَنَّهُ سَأَلَ عَنْ رَجُلٍ نَظَرَ إِلَى رَاعٍ نَزَا عَلَى شَاهٍ قَالَ إِنَّ عَرَفَهَا ذَبَحَهَا وَأَحْرَقَهَا وَإِنْ لَمْ يَعْرِفَهَا قَسَمَهَا نَصِيفَيْنِ أَيْدَاءَ حَتَّى يَقَعَ السَّهْمُ بِهَا فَتَذْبُحُ وَتُحْرَقُ وَقَدْ نَجَتْ سَائِرُهَا» (۱). و ظاهر این است که محمد بن عیسی بن عبید یقیناً است، پس سند صحیح است علی الاظهر. و ظاهر این است که مراد از «رجل» امام حسن عسکری علیه السلام است، چنان که اطلاق می شود گاهی بر آن حضرت (و بر حضرت هادی علیه السلام نیز، چنان که در روایتی که در باب «لقطه» حمیری روایت کرده از رجل) (۲).

و او (۳) از اصحاب عسکری (علیه السلام) است.

پس توهم «ارسال» به جهت این که «رجل» مختص حضرت کاظم علیه السلام است و محمد بن عیسی ادراک او نکرده، یا توهم (۴)

«قطع» به جهت احتمال این که رجل امام نباشد با وجود لفظ، ضعیف است. و بر فرض تسلیم ضعف حدیث ضعف آن منجبر است به عمل اصحاب.

و با این حدیث تخصیص می دهیم دو قاعده مشهوره را که یکی آن است که: فرقی

ص: ۵۵

-
- ۱- وسائل، ابواب الاطعمه المحرمه، ب ۳۰ ح ۱.
 - ۲- مراد حدیث شماره یک از «کتاب اللقطه» ب ۹ وسائل است، که عبدالله بن جعفر حمیری از «رجل» روایت می کند. اما لفظ «حمیری» در آن نیامده و به نام راوی بسنده شده است. با حدیث شماره دو، همان باب که به دنبال نام، لفظ «حمیری» هم آمده اشتباه نشود. البته مراد هر دو امام هادی (علیه السلام) است زیرا او از اصحاب آن حضرت است - رجوع کنید «معجم رجال الحدیث» ج ۱۱ ص ۱۴۸ شماره ۶۷۶۶.
 - ۳- یعنی: محمد بن عیسی. - رجوع کنید؛ همان، ج ۱۸ ص ۹۱ شماره ۱۱۵۲۷ - و نیز؛ همان، ص ۱۱۹ شماره ۱۱۵۳۶. ظاهراً هر دو یک شخصیت هستند.
 - ۴- در نسخه: با توهم..

گذاشته شود در شبهه مابین محصور و غیر محصور بنا بر مشهور که حکم کرده اند به وجوب اجتناب از جمیع در مشتبه محصور(۱).

و همچنین قاعده دیگر که مستفاد است از اصل براءت و حدیث صحیحی که ناطق است به این که «كُلُّ شَيْءٍ فِيهِ حَلَالٌ وَ حَرَامٌ فَهُوَ لَكَ حَلَالٌ حَتَّى تَعْرِفَ الْحَرَامَ بِعَيْنِهِ»(۲). و هر چند این حدیث مختص حکم گوسفند است ولیکن ظاهر این است که قائل به فرقی نیست مابین گوسفند و گاو و شتر و امثال آن ها، و مابین این که این کار را راعی کرده باشد در گله و رمه یا این که حیوان موطئه داخل شود به حیوانات دیگر و مشتبه شود، به هر نحو که باشد(۳).

و اما کلام در مثل اسب و الاغ: پس آیا حکم آن ها نیز در صورت اشتباه چنین است یا نه؟-؟ پس تصریحی به آن در نظر نیست و کلمات فقها در مقام ذکر قرعه کالتصریح است در حکم حیوانات ماکوله متعارفه. پس باید در حکم آن رجوع به اصل و قواعد کرد؛ و هر کس در مسئله شبهه محصوره هر چیزی را اختیار کرده، معمول می دارد. و آن مشکل می شود در صورت جهالت واطی و مالک خصوصاً بنا بر مشهور از وجوب اجتناب از جمیع که مستلزم آن است که همه آن حیوانات را نفی بلد کنند و بفروشند و قیمت آن را چه کنند.

و دور نیست هم که در آن هم بنا بر قرعه بشود از باب «القرعة لكل امر مشكل» نه بخصوص حدیث مذکور. یا بنا بر اصل براءت شود [که](۴) نفی وجوب اجرای آن حکم می کند، خصوصاً به ملاحظه این اخباری که در حکم آن وارد شده، در صورت معلوم بودن

ص: ۵۶

۱- پس به حدیث عمل می شود نه به این قاعده. و این فتوی به کفایت قرعه در شبهه محصوره را در یکی از مسائل آخر جامع الشتات بر صراحت انتخاب کرده است. یعنی حدیث را بر قاعده حاکم کرده است.

۲- وسائل، ج ۱۷ ص ۸۷ ح ۲۲۰۵۰.

۳- پس (باز هم) به حدیث (تقسیم و تنصیف) عمل می شود نه به این قاعده.

۴- در نسخه: و.

حیوان و واطی و مالک است.

و در صورت جهالت آن ها، هر گاه بنا را به قرعه بگذاریم، پس چون غرامت کشیدن قیمت، و ردّ قیمت (۱)

به واطی بعد فروختن، ممکن نیست، در آن جا نیز از باب قاعده مجهول المالک تصدّق به فقرا شود نه از باب قول به تصدق در اصل مسئله.

و بنابر این: پس اشکال در حیوان ماکول اللحم هم وارد می شود در صورت جهالت مالک و واطی، و این که قیمت را چه باید کرد. و تتمّه کلام بعد می آید.

مطلب ششم در توضیح معنی بهیمه و حیوان است: در کلام بعض فقها لفظ «حیوان» است که اعم است از چهارپا. و در کلام بعضی لفظ «بهیمه» است. و بعضی اهل لغت آن را به «جاندار بی تمیز» تفسیر کرده اند چنان که از زجاج نقل شده که مناسب اشتقاق آن است از «بَهَم» (۲). و جمعی از ایشان به چهار دست و پا تفسیر کرده اند از حیوان برّیا بحر. و از صاحب قاموس تردّد میان دو معنی نقل شده. و در عرف اطلاق بر معنی دویم می شود. و چون عرف مقدم است بر لغت در نزد تعارض (علی الاقوی) پس بهیمه را در اخبار حمل کردن بر چهار دست و پا اولی است، خصوصاً با موافقت با اصل. پس بنابر این مرغ و ماهی داخل نخواهد بود، هر چند جماع کردن با همه این ها حرام است. چنان که آیه شریفه «وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ» (۳) الی قوله تعالی «فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ» (۴)، بر این دلالت دارد.

و استفاده حکم سباع (مثل گرگ و روباه و امثال آن) اشکال است و حکم از اخبار

ص: ۵۷

۱- در نسخه: در قیمت

۲- ظاهراً میرزا(ره) توجه فرموده که در ماده اصلی «بهم» معنی «ابهام» نیست. بل بر عکس: ابهام از بَهَم گرفته شده که باب افعال است. و بهیمه مشتق از باب افعال نیست بل از اصل ثلاثی مجرد است.

۳- سوره مؤمنون آیه ۵ و سوره معارج آیه ۲۹.

۴- سوره مؤمنون آیه ۷ و سوره معارج آیه ۳۱.

ظاهر نمی شود، مگر به جهت علت منصوصه در بعض اخبار. و ثمره در جواز استعمال پوست و استخوان و امثال این ها ظاهر می شود.

مطلب هفتم: اطلاق روایت و بعض فتاوی مقتضی آن است که [در] اخراج از بلد (در جائی که لازم است اخراج به بلد دیگر) دوری بلد شرط نیست. و بعضی شرط دانسته اند دوری بلد را به حیثیتی که در عادت ظاهر نشود خبر آن حیوان. و ظاهر تعلیل در حدیث هم مشعر به آن است.

و هرگاه بعد از اخراج، عود کند آن حیوان به بلد اول، ظاهر این است که اخراج واجب نیست ثانیاً، به سبب حصول امتثال. و اما علتی که در حدیث وارد شده (که مشعر است به این که باید خبر آن حیوان ظاهر نشود): پس ظاهر این است که از باب حکمت است در اول تشریح حکم، نه از باب علت. و گاه است که در آن بلاد هم آن خبر شایع شود، پس بنا بر این باید از آن بلد اخراج شود به بلد دیگر.

مطلب هشتم: ظاهر حدیث سدیر آن است که بیع (در جائی که لازم است) بعد اخراج از بلد است. و شهید ثانی در روضه گفته است که «می فروشند آن را بعد از اخراج یا پیش از اخراج اگر منافات با فوریت نداشته باشد»^(۱)،

چون اخراج را واجب فوری دانسته، یا تعبداً، یا برای این که سرزنش نکنند واطی یا مالک را به آن عمل نسبت به آن حیوان.

و الحاصل: از آن حدیث چنین مفهوم می شود که غرض اتلاف آن حیوان نیست در آن جا. بل که پنهان کردن آن است. پس آن مقدم است. و چون مرخص فرموده اند در منتفع شدن به ثمن آن، رخصت بیع را هم داده اند. پس ظاهر می شود قیدی که در حدیث شده (که بفروشند آن را در آن بلد که اخراج می کنند به سوی آن) این است که حکم اخراج

ص: ۵۸

تاخیر نکنند مبادا ظهور کند و تعبیر حاصل شود، نه این که حقیقت مطلوب این باشد که بیع در آن بلد باشد. و بنابر فوریت پس اگر تاخیر شود و آن حیوان را به کرایه بدهد یا سوار شود، فعل حرامی کرده، لکن کرایه و منفعت مال اوست، به تفصیلی که می آید.

مطلب نهم: هرگاه بفروشند آن حیوان را (در آن بلد که می برند) به کسی که جاهل به حال او باشد و بعد بر او ظاهر شود حال، شهید ثانی (ره) در روضه گفته است که احتمال قوی دارد که هرگاه وطی منشأ نقصی است در قیمت آن حیوان در نزد عالم به آن نقص - مثل حرام شدن گوشت یا به نجاست بول آن (اگر قائل شویم به آن) - جایز است از برای او فسخ. چون این از جمله عیوب است. و این دور نیست و لکن بنابر مختار که حرمت است ثمره نمی کند (۱).

مطلب دهم: پیش دانستی که هرگاه موطوء مال غیر باشد، قیمت آن را از واطی می گیرند، و بعد از تفصیلی که مذکور شد معمول می دارند. و اشاره کردیم که معتبر در قیمت آن، حال وطی است. و گفتیم که مختار این است که بهیمه منتقل می شود به فاعل. و به این سبب اختیار کردیم که ثمنی که در عوض بیع موطوءه می گیرند ردّ می شود به واطی و لکن اشکال در این است که وقت انتقال حیوان به واطی آیا همان حین بعد وطی است یا وقت دفع عوض است که معاوضه اجباریه به آن متحقق می شود؟-؟- اظهر این است که منتقل می شود به او در زمان تحقق وطی. چون ضمان به همان وطی حاصل می شود که در معنی غضب است. و اقوی در تلف قیمی ضمان قیمت روز تلف است. و آن مستصحب است تا زمان دفع قیمت.

ص: ۵۹

۱- یعنی: چون مطابق نظر میرزا (ره) آن حیوان فقط حرام می شود، نه نجس. پس، از عیوب محسوب نمی شود. زیرا مردم گوشت آن را مصرف نمی کنند.

و ثمره این نزاع ظاهر می شود در صورت تلف حیوان قبل از [دفع] (۱) عوض. پس بنا بر مختار، از مال فاعل است. و بنا بر قول دیگر، از مال مالک است. و همچنین در صورتی که جنایتی به حیوان برسد، پس ارش آن از برای فاعل است بنا بر مختار. و از برای مالک، بنا بر قول دیگر. و همچنین ظاهر می شود ثمره در مؤنه حیوان و نماء آن قبل از دفع عوض. و اما تلف و ارش و نما و مؤنه بعد دفع عوض: پس همه آن ها از برای فاعل است بر هر دو قول.

مطلب یازدهم حکم حدّ و تعزیر است: و در آن خلاف است؛ مشهور (چنان که در شرایع و غیره مذکور است) این است که حاکم او را تعزیر می کند به آن چه رأی او قرار گیرد، و مقداری از برای او نیست، چنان که در سایر تعزیرات است. و دلالت می کند بر آن صحیحۀ سدید و موثقه سماعه (۲) و روایت فضیل بن یسار و زبعی بن عبدالله: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) فِي رَجُلٍ يَقَعُ عَلَى الْبُهَيْمَةِ قَالَ لَيْسَ عَلَيْهِ حَدٌّ وَ لَكِنْ يُضْرَبُ تَعْزِيرًا» (۳). و روایت دیگر فضیل: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) فِي رَجُلٍ يَقَعُ عَلَى بَهَيْمِهِ قَالَ فَقَالَ لَيْسَ عَلَيْهِ حَدٌّ وَ لَكِنْ تَعْزِيرٌ» (۴).

و بعضی قائل شده اند که او را بیست و پنج تازیانه می زنند که ربع حدّ زانی است. و دلالت می کند بر آن صحیحۀ عبدالله بن سنان که پیش گذشت. و بعضی گفته اند که او را حدّ زانی می زنند که صد تازیانه باشد. و دلالت می کند بر آن صحیحۀ ابی بصیر: «عَنْ

ص: ۶۰

۱- در نسخه: دخول عوض.

۲- همان دو حدیث پیشین.

۳- وسائل، کتاب الحدود، ابواب نکاح البهائم، باب ۱ ح ۵- ج ۲۸ ص ۳۵۹.

۴- همان، ح ۳.

أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَام) فِي رَجُلٍ أَتَى بِبَيْمَةٍ فَأَوْلَجَ قَالَ عَلَيْهِ الْحَدُّ (١) و صحیحہ دیگر او به همین مضمون و لکن در آن جا فرموده «علیه حد الزانی». و روایت ابی فروه (٢): «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عَلَيْهِ السَّلَام) قَالَ الَّذِي يَأْتِي بِالْفَاحِشَةِ وَالَّذِي يَأْتِي بِالْبَيْمَةِ حَدُّهُ حَدُّ الزَّانِي» (٣). و بعضی گفته اند که او را می کشند و دلالت می کند بر آن صحیحہ جمیل بن درّاج «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَام) فِي رَجُلٍ أَتَى بِبَيْمَةٍ قَالَ يُقْتَلُ». و روایت سلیمان بن هلال: «قَالَ سَأَلَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَام) عَنِ الرَّجُلِ يَأْتِي بِالْبَيْمَةِ فَقَالَ يُقَامُ قَائِمًا ثُمَّ يُضْرَبُ ضَرْبَهُ بِالسَّيْفِ أَخَذَ السَّيْفَ مِنْهُ مَا أَخَذَ قَالَ فَقُلْتُ هُوَ الْقَتْلُ قَالَ هُوَ ذَاكَ» (٤).

و شیخ (ره) جمع کرده مابین اخبار؛ یک مرتبه به این که: حمل کرده است به این که تعزیر در وقتی است که ایلاج نباشد یعنی داخل نکرده باشد (چنان که صحیحہ ابی بصیر اشعار به آن دارد)، و حد را حمل کرده بر صورت ایلاج، به این تفصیل که اگر محصن (٥)

است قتل یا رجم (چنان که مدلول اخبار قتل است). و اگر غیر محصن است حد.

و مرتبه دیگر حمل کرده است اخبار قتل را بر کسی که این فعل از او سه مرتبه سرزده باشد و تعزیر در میان آن ها واقع شده باشد یا حد. چنان که دلالت دارد بر آن روایت یونس: «عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْمَاضِي (عَلَيْهِ السَّلَام) قَالَ أَصْحَابُ الْكِبَائِرِ كُلِّهَا إِذَا أُقِيمَ عَلَيْهِمُ الْحَدُّ مَرَّتَيْنِ قُتِلُوا فِي الثَّلَاثَةِ» (٦). و گویا شیخ حمل کرده است «حد» را در این

ص: ٦١

١- همان، ح ٨.

٢- در نسخه: ابی فرده.

٣- همان، ح ٩.

٤- همان، ح ٧.

٥- در نسخه: محسن.

٦- وسائل، کتاب الحدود، ابواب مقدمات الحدود، باب ٥ ح ١.

حدیث بر معنی اعمّ از تعزیر. و مرتبه دیگر حمل کرده است اخبار حدّ زانی را بر تقیّه، چون مذهب عامه این است که به سبب ایلاج فرجی زنا متحقق می شود خواه انسان باشد و خواه غیر آن.

و به هر حال، اقوی قول مشهور است و اکثر این حمل ها بعید است و دلیلی قائم بر آن نیست(۱).

مطلب دوازدهم: ثابت می شود این عمل، به شهادت عدلین. و به شهادت زنان ثابت نمی شود. و همچنین ثابت می شود به اقرار فاعل یک مرتبه، (بنابر مشهور)، به سبب عموم «اقرار العقلاء علی انفسهم جایز» بیرون رفت از آن، آن چه به دلیل ثابت شده تعدد، مثل زنا و لواط و مساحقه و قیاده و شرب خمر و قذف و سرقت در خصوص قطع، هر چند در غرامت اکتفا به یک بار شود. و دلیل واضحی بر اعتبار تعدد نیست.

و قول به اعتبار دو مرتبه، از ظاهر کلام ابن ادریس فهمیده می شود. و همچنین از علامه در مختلف موافقت ابن ادریس ظاهر می شود(۲).

و از کلام ابن فهد مستفاد می شود که خلافتی در مسئله نبوده و لکن محقق و علامه از کلام ابن ادریس این قول را فهمیده اند

ص: ۶۲

۱- البته شیخ(ره) در قول (جمع دوم) مخالف مشهور نیست. و نیز معلوم است که اکثر قائلین به قول مشهور نیز حمل دوم او را می پذیرند. زیرا حدیث یونس تنها نیست و با حدیث های دیگر مؤید است. به عبارت دیگر: قول مشهور، قول اکثریت متقدمین و متاخرین است، و متقدمین حتی الامکان حدیث را ردّ نمی کردند و از آن پرهیز می کردند. اما متأخرین در ردّ حدیث به قدر آنان پرهیز ندارند. بنابر این، این قول مشهور بر دو مبنا است: مبنای حمل، و مبنای ردّ. مرحوم مصنف مبنای دوم را دارد. یعنی فتوایش از نظر نتیجه و در مقام عمل، مطابق قول مشهور است. اما از نظر مبنا مطابق بخشی از آنان است. و این گونه تمسک به قول مشهور- با هر ارزش و کاربردی که به شهرت قائل باشیم- خالی از بحث نیست. و در عرصه فقه، چنین مواردی از شهرت، کم نیست.

۲- مختلف الشیعۀ، کتاب الحدود، ص ۲۲۵ چاپ قدیم.

و مسئله را خلافی کرده اند (۱).

و لکن بعضی آن را از ابن حمزه نیز نقل کرده اند و در «وسیله» مذکور نیست و کتاب دیگری از او نزد ما موجود نیست.

و اما تمسک به این که از باب حدود است و این خلاف [نیز] منشأ حصول شبهه می شود، پس اقتضای باید کرد به دو مرتبه. پس آن ضعیف است به جهت آن که بعد از قیام دلیل در نزد مجتهد پس محل شبهه نیست. و شبهه که منشأ «درء حدّ» می شود در غیر چنین جائی است مثل ادعای جهل به حرمت فعل، یا ادعای مشتبه شدن موضوع است. و به هر حال، این سخن بر اجرای حدّ و تعزیر است.

و اما در سایر احکام: پس هر گاه حیوان مال اوست پس نباید اشکال کرد در ثبوت آن ها؛ از حرمت گوشت، و ذبح، و سوختن، و نفی [و بیع] در غیر بلد. این در وقتی است که حیوان مال واطی باشد. و اما هر گاه مال دیگری باشد، پس به اقرار او حکمی بر غیر ثابت نمی شود؛ از حرمت بر او، و وجوب ذبح، و بیع در غیر بلد و امثال [آن ها]، هر چند اقرار را مقرّر متعدد کند. بلی تعزیر یا حدّ بر خود مقرّر ثابت می شود به اقرار او.

پس آن چه از شهیدین (ره) ظاهر می شود در لمعه و شرح آن که گفته اند «و الا یکن الدابة له، فالثابت بالاقرار مطلقا التعزیر خاصه، دون غیره من الاحکام المذكوره. لانه اقرار فی حق الغیر فلا یسمع» (۲) [مشکل است زیرا] که به سبب اقرار در صورتی که مال غیر باشد [بر غیر] ثابت نمی شود. و الا [نسبت به خود مقرّر] تعزیر به تنهایی بر ظاهر خود باقی نیست زیرا که اقرار او به وطی به مال غیر، اقرار است بر نفس خود به حرمت

ص: ۶۳

۱- المهدّب البارع، ج ۵ ص ۱۲۹- توضیح: یعنی از سخن ابن فهد (ره) بر می آید که ابن ادیس نیز به تعدّد قائل نبوده، محقق و علامه از کلام او چنین برداشت کرده و این اختلاف را به وجود آورده اند.

۲- الروضة البهیة، کتاب الحدود، الفصل السابع، آخر الفصل.

اکل لحم، و نسل، و لبس آن، بر او. هر چند بر مالک حرام نشود. و همچنین هر گاه اقرار کند که غیر، وطی کرده است به حیوان مقرّ. به مجرد این بر غیر، چیزی لازم نیست هر چند مکرر اقرار کند. و لکن بر خود مقرّ حرام می شود حیوان و توابع آن و سایر احکام از اخراج از بلد و بیع و غیر آن.

خلاصه این که: هر اقراری که مرکب باشد از اقرار بر نفس و اقرار بر غیر، مقتضای هر یک را باید معمول داشت. و در صورتی که اقرار کند واطی به وطی مال غیر و آن غیر هم تصدیق او بکند، پس در این صورت مانعی از قبول اقرار واطی و جریان همه احکام، نیست یا به سبب این که مدعی امری است و مانعی از برای قبول قول او نیست الا تعلق حق غیر به آن مال و آن هم به سبب تصدیق، رفع می شود. یا به سبب این که آن هم اقراری هست (۱).

بر نفس خود به مقتضای آن عمل می شود. و همچنین است کلام هر گاه مالک اقرار به وطی غیر کند در حیوان او، و آن غیر هم تصدیق کند.

[مطلب سیزدهم:] تا این جا سخن در صورتی بود که در ظاهر شرع ثابت شود آن فعل، یا به اقرار یا به بینه یا به علم حاکم. و هر گاه کسی مطلع نشده باشد بر آن فعل و اقراری هم نشده باشد و اما آن فعل به عمل آمده باشد: پس آیا حکم واطی میانۀ خود و خدا چه چیز است؟ پس می گوئیم که: اگر آن حیوان مال خود واطی است، پس اگر ماکول اللحم است (مثل گاو و گوسفند) پس ظاهر این است که بر او حرام است گوشت آن، و همچنین توابع آن از آن چه پیش گذشت. و همچنین ذبح و سوزاندن آن [بر او واجب است]. چنان که حدیثی که از حضرت صادق و کاظم علیهما السلام نقل کردیم دلالت بر آن دارد. و شهید ثانی هم گفته است که: ظاهر این است نظر به همان حدیث (۲).

ص: ۶۴

-
- ۱- یعنی: تصدیق مالک هم اقرار است بر نفس خود مالک.
 - ۲- الروضة البهیه، کتاب الحدود، الفصل السابع، آخر الفصل.

و لکن اشکال می توان کرد در این، به این که ظاهر آن روایت و سایر روایات در صورت ظهور حال است. چنان که از اجراء تعزیر و حدّ که مذکور است در آن اخبار ظاهر می شود. زیرا که مادامی که ظاهر نشود فعل، حدّی و تعزیری نیست. و بر فاعل هم واجب نیست اظهار آن. بلی لحم و نسل و لبن و امثال آن، از مجموع اخبار مستفاد می شود. و این که ذبح و سوختن، از برای این است که مشتبه نشود به غیر، حتی این که در صورت اشتباه، امر به قرعه شد [ه] تا معین شود. و آن به هر نحو که ممکن شود (که اتلاف به عمل آید و کسی مرتکب استعمال و تناول آن نشود) کافی است. و گاه است که لزوم ذبح و احراق در صورت ظهور حال باشد به سبب تشدید امر، و در صورت عدم ظهور همان اتلاف کافی باشد به هر نحو که باشد.

و هر گاه آن حیوان غیر مأکول اللحم است عادهً، پس آیا واجب است بیع آن در خارج بلد یا نه؟!؟ در آن نیز دو وجه است و اظهر عدم وجوب است به دلیل اصل، و عدم استفاده حکم آن از اخبار به جهت آن که ظاهر اخبار حکم صورتی است که وقوع فعل ظاهر شود. به سبب اشتغال آن ها بر ذکر حدّ و تعزیر که در صورت ظهور است. و صحیحهُ سدیر که دلالت بر حکم چنین بهیمه دارد و ظاهر در ملک غیر است نه آن که ملک واطی باشد. و همچنین علتی که مذکور است در اخبار که آن از برای اخفای حیوان (تا واطی را سرزنش نکنند در صورت ظهور امر) است. و در صورتی که کسی نمی داند [و] امر مخفی است، دیگر حاجت به اخفا نیست.

و هر گاه حیوان مال غیر واطی است: پس ظاهر آن است که اعلام مالک واجب نیست. و همچنین غرامت کشیدن قیمت آن. و همچنین چاره جستن در انتقال به خود که آن را بخرد و ذبح کند و بسوزاند یا اخراج کند از بلد و بفروشد هر گاه مأکول

اللحم

نباشد. بلی اگر منتقل به او بشود به وجهی از وجوه بر او (۱) لازم است اتلاف مأكول اللحم، چون انتفاع به او حرام است. و اما وجوب اتلاف بر وجه ذبح و سوزاندن: پس آن معلوم نیست، هر چند احوط است. و در غیر مأكول اللحم هم وجوب اخراج و بیع معلوم نیست، چون در اخبار معلّم است این معنی به اخفا، و مفروض این است که آن خود حاصل است. بل که ظاهر این است که جایز است انتفاع به آن در همان بلد از برای واطی خواه به او منتقل شده باشد یا نشده باشد و لکن به عنوان اجاره یا اعاره به آن منتفع شود.

و دلیل مذکورات همه اصل است و عدم ظهور خلاف آن از اخبار. چنان که دانستی. بلی در مأكول اللحم در صورتی که به او منتقل نشده نیز حرام است بر او گوشت آن و نسل آن و سایر منافع آن، چون بالذات حرام است.

ص: ۶۶

۱- سؤال:

۱- سؤال: هرگاه کسی حیوان کسی را غصب کند (مثل گاو کاری و الاغ) چند سال نگاه دارد و لاغر و پیر شود. الحال مستحق عین مغصوبه و اجرة المثل است؟ یا تفاوت قیمت را هم بگیرد؟

جواب:

جواب: عین و اجرة المثل را با تفاوت قیمتی که به سبب نقصان عین به هم رسیده- نه به جهت سوق (۱)- می گیرد. و تداخل ارش و اجرت، ظاهراً از مذهب شیعه نیست.

۲- سؤال:

۲- سؤال: تصرف مالک در ملک خود هرگاه موجب ضرر غیر شود- با علم به ضرر، یا ظن به ضرر، یا با عدم علم و ظن به ضرر، به قدر احتیاج، یا زاید بر قدر احتیاج- آیا جایز است مطلقاً یا نه؟-

ص: ۶۷

۱- مطابق مبتلا به امروزی: تفاوت تورمی قیمت را نمی تواند بگیرد. پس باید بر اساس طلا محاسبه شود.

جواب: اشکالی نیست در جواز تصرف، هرگاه زیاده از قدر حاجت تصرف نکند و ظن به ضرر هم نداشته باشد (مثل آن که به قدر احتیاج خود آتش در خانه خود افروخت (۱)،

یا آب آورد و مظنه ضرر به همسایه هم نبود) و ضمانی (۲) هم بر این مترتب نیست. و همچنین ظاهراً اشکالی نیست در این که هرگاه زیاده از قدر حاجت تصرف کند و علم یا ظن به ضرر همسایه داشته باشد، این فعل حرام است و موجب ضمان هست.

و اما هرگاه به قدر حاجت تصرف کند و لکن علم به ضرر همسایه یا ظن حاصل باشد: اقوی در نزد حقیقین این است که هرگاه از ترک آن خود صاحب مال متضرر می شود، یا نفع بزرگی از او فوت می شود (مثل آن که اگر آتش نیفروزد از سرما هلاک می شود یا محنت و مشقت می برد، یا مبلغی نفع از او فوت می شود) در این صورت تصرف جایز است و ضمانی هم بر آن مترتب نیست. و لکن در این جا مراتب ضرر خود و همسایه را ملاحظه باید کرد. پس هرگاه همسایه مثلاً هلاک شود اما صاحب خانه قلیل محنتی می برد، در این صورت ترک تصرف باید کرد.

و هرگاه به صاحب مال در ترک آن ضرری نمی رسد (مثل آن که جای دیگر دارد که آتش در آن بیفروزد و بر او عسری و حرجی لازم نمی آید و با ظن ضرر باز در همان جا آتش افروزد) پس اظهر حرمت و ثبوت ضمان است.

بلی: در این جا دو صورت هست که محل اشکال است؛ یکی آن است که تصرف زیاده از قدر حاجت بکند، نهایت علم و ظن به ضرر ندارد، مثل آن که به جهت دفع سرما به قلیل آتش می توانست اکتفا بکند، خرمن همزم را به آتش افروخت و احياناً غیری متضرر شد و او مطلقاً علم و ظنی به این که این ضرر می رساند، نداشت هر چند آن قدر شعور و

ص: ۶۸

۱- در نسخه: در خانه خدا افروخت.

۲- در نسخه: زمانی.

فهم داشته باشد که چنین آتشی از شأن او هست که ضرر به غیر برساند.

دوم آن که کاری بکند که از شأن او ضرر رسانیدن هست در عادت، اما این شخص از راه کودنی و نادانی، این معنی را نمی فهمد، از روی غفلت می کند.

قول به ضمان در این دو صورت، بعید نیست. و لکن احوط رفع نزاع است به مصالحه(۱).

۳- سؤال:

۳- سؤال: هرگاه زید عمرو را ضیافت نموده و اسب عمرو را یا خود به دست عمه جات داده، یا فرموده که عمه جات از دست عمرو گرفته، در جایی که غیر مأمن بوده بسته. و اسب را شب دزد برده. آیا در این صورت، زید ضامن است یا نه؟

جواب:

جواب: به هر حال، بعد از ثبوت مراتب مزبوره، آن شخص که اسب را برده و در غیر مأمن بسته، ضامن اسب هست. هر چند در صورتی که به دست زید داده و آن به آن شخص داده بدون اذن عمرو. زید هم ضامن است(۲).

۴- سؤال:

۴- سؤال: هرگاه عمارت و خرابه را تعمیر کند و بیوتات آن را بسازد و اشجار در ساحت آن غرس کند، و دیگری بر او ادعا کند و ثابت کند که آن عمارت مخروبه از او بوده باشد و به ثبوت شرعی برساند. آلات و اسباب و اشجار مال کی است؟ و مالک مستحق چه چیز است؟

جواب:

جواب: مالک مستحق عمارت خرابه است با اجرة المثل خرابه الی زمانی که عمارت حاصل شده. و [نیز] اجرة المثل معموره از حین عمارت الی زمان تسلیم هرگاه آلات و اسباب از خود مالک بوده، [و] غاصب مستحق اجرت عملی نیست. و هرگاه آلات و اسباب از غاصب بوده، باز مال غاصب است هرگاه خواهد آن ها را بکند و ببرد مالک

ص: ۶۹

۱- مسئله شماره ۶ نیز به این مسئله مربوط است.

۲- توضیح: یعنی زید می تواند به هر کدام از آن دو نفر رجوع کند. در این جا نکته دیگر نیز هست: اگر زید اسب را از عمرو گرفته و به عمه بدهد و بگوید «ببر در فلان جا ببند»، در این صورت فقط زید ضامن است.

مانع او نمی تواند شد. بلی: اگر نقصان به مخروبه مالک برسد به سبب آن تصرف؛ تفاوتی در قیمت آن خرابه با صفت خرابی (۱)

[به هم] برسد، ارزش آن را باید بدهد.

و هرگاه مالک بگوید: [قیمت آن را بگیر و خراب مکن. بر غاصب لازم نیست قبول. و همچنین هرگاه غاصب] (۲)

بگوید: آن ها از تو باشد قیمت بده. بر مالک لازم نیست قبول. و همچنین هرگاه غاصب بگوید: به تو بخشیدم (که فارغ شود از تحمل ازاله) و مالک خواهد آن ها را خراب کند و ازاله کند، بر مالک لازم نیست قبول هبه. [و] در صورت مذکور بر غاصب اجرة المثل خرابه است از حین غصب الی حین تسلیم.

و از آن چه گفتیم، حکم اشجار هم معلوم می شود که هرگاه نهال از مال مالک بوده، الحال باز مال اوست؛ اجرة المثل زمین را با منافع اشجار از غاصب می گیرد. و اگر خواهد امر می کند غاصب را که درخت ها را بکن و زمین را هموار کن (۳).

و اگر مال غاصب بوده غاصب مسلط است بر مال خود. و هیچیک را نمی توان الزام کرد به قبول معاوضه. پس غاصب اگر خواهد درخت خود را می کند و اجرة المثل زمین را می دهد و زمین را هموار کرده به دست او می دهد (۴).

و اگر به مالک ببخشد یا به قیمت آن راضی شود و مالک هم قبول کند، باکی نیست. و اگر راضی نشود او را الزام نمی توان کرد.

و از این جا معلوم می شود حکم این مسئله که: غاصبی خانه کسی [را] غصب کند و دیوار او را گجکاری یا به طلا و لاجورد نقاشی کند که غاصب می تواند ازاله آن ها را بکند، و اگر نقصانی حاصل شود به اصل خانه، از عهده بر آید.

۵- سؤال:

۵- سؤال: شاخه درخت زید به هوای زمین عمرو رفته، ضرر به عمرو می رسد. می

ص: ۷۰

۱- در نسخه: یا صفت خرابی - توضیح: مراد این است که با وجود خرابه بودن نقصی در قیمت پیدا شود.

۲- عبارت میان دو علامت در هامش نسخه است.

۳- مراد از هموار کردن، به حالت سابق بر گردانیدن است.

۴- در نسخه: بدهد.

توان برید یا نه؟-؟

جواب:

جواب: صاحب درخت را بگوید که شاخ درخت خود را اگر می تواند بپچاند و بگرداند. و اگر ممکن نیست، ببرد. و اگر نبرد خود می تواند برید و به او داد. والله أعلم.

باب الفص من المجلد الثانی

۶- سؤال:

۶- سؤال: هرگاه تصرف مالک در ملک خود موجب تضرر همسایه باشد، جایز است یا نه؟-؟ احکام شقوق آن را بیان فرمائید.

جواب:

جواب: هرگاه تصرف زاید بر قدر حاجت نباشد، و علم یا ظن به ضرر جار هم ندارد، ظاهراً خلافی نیست در جواز آن و عدم ضمان. چنان که ظاهراً خلافی نیست در حرمت و ضمان در صورتی که زاید بر قدر حاجت باشد و علم یا ظن به ضرر جار باشد.

و اما در سایر صور: پس اظهر در نزد حقیر- در جائی که به قدر حاجت باشد و زاید بر آن نباشد و لکن علم یا ظن به ضرر داشته باشد- تفصیل است که: اگر ترک آن موجب ضرر صاحب مال می شود، پس صاحب مال اولی است به عدم تضرر و حرمت، و ضمانی نیست. پس حدیث نفی ضرر شامل آن نیست. و قاعده «رخصت در مال» در این جا اقوی است از قاعده «تسبیب» و «اتلاف». بلی اگر فرض کنی که عارض شود امری دیگر (مثل این که آتشی در خانه خود افروخت و بعد از رفع حاجت آن را وا گذاشت و خاموش نکرد و به سبب آن ضرر به جار رسید) ظاهر این است که ضامن باشد، به جهت حصول تسبیب با ظن ضرر و عدم تضرر مالک به سبب خاموش کردن.

و هرگاه ترک آن باعث ضرری به صاحب مال نمی شود، پس ظاهر ضمان است بل که حرمت هم.

ص: ۷۱

و اما هرگاه زاید بر قدر حاجت باشد و علم یا ظن به تضررّ جار ندارد، پس هرگاه از باب لغو و اسراف است، ظاهراً حرمت و ضمان، هر دو هست. پس دلیل «رخصت در مال خود» منصرف به آن نمی شود، و ادلّه تسبیب و اتلاف، بی معارض است. و هرگاه اسراف نباشد، محل اشکال است. و بعضی این صورت را و صورت عدم استشعار به حال را از راه غفلت و بلادت(۱)

با بودن آن فعلی که از شأن آن اضرار هست، از موجبات ضمان گرفته اند. و آن خالی از اشکال نیست و انصراف ادلّه تسبیب به آن ممنوع است، و اصل مقتضی عدم ضمان است.

۷- سؤال:

۷- سؤال: هرگاه زید مالی از عمرو غصب کند و متعذرّ باشد رد آن به سبب خارجی. و عمرو مثل آن مال را یا قیمت را از زید گرفت. و بعد از آن زید متمکن شد بر آن مال مغضوب. آیا حلال است بر او یا حرام؟-؟ و منافع آن عین مغضوبه در این مدت مال کیست؟

جواب:

جواب: هرگاه در حین استرداد و تعذرّ وصول به عین مغضوبه، مثل یا قیمت را به عنوان معاوضه داده است که عین مغضوبه مال غاصب باشد، و این که غاصب به او می دهد مال مالک باشد، در این صورت آن مال بر غاصب حلال است و در معاوضه ملک مستقرّ او می شود. و منافع و نماء آن، همه مال اوست. و لکن بر غاصب هست که منافع آن عین مغضوبه قبل از زمان معاوضه را (از اجرة المثل و نماء منفصله آن مثل ولد و شیر و پشمی که از آن به عمل آمده بود، همه را) به مالک بدهد. و آن مال که غاصب در عوض داده هم مال مالک است با جمیع منافع آن.

و اما هرگاه به عنوان معاوضه نداده باشد بل که چون غاصب باعث حائل شدن مابین

ص: ۷۲

مالک و مال او شده، این مال را از او می‌گیرد(۱)؛

پس در این جا ظاهر اصحاب این است که آن مالی که غاصب به مالک داده محض مال مالک می‌شود (و ابن ادریس تصریح کرده است به عدم خلاف)(۲) و نماء منفصل و منافع آن همه مال اوست تا زمانی که عین مغضوبه به دست آید. و همچنین ظاهر این است که خلافتی ندارند در این که عین مغضوبه بر ملک مالک باقی است تا به حال ظهور عین نیز. و به سبب دادن بدل، ملک غاصب نمی‌شود. چنان که هرگاه کسی یک دست غلام کسی را ببرد، نصف قیمت آن را بدهد، در نصف شریک نمی‌شود. و مخالف در مسئله، بعض عامه است.

و بعد از آن که عین مغضوبه به دست غاصب آمد، پس هر یکی را می‌رسد رجوع به مال خود، (بنابر اشهر و اظهر قولین). پس هرگاه مالک راضی نشود به ردّ می‌توان او را جبر کرد. و دلیل این قول (چنان که از کلام علامه و ابن ادریس و فخر المحققین و غیرهم ظاهر می‌شود) همین است که دادن آن، محض از برای حیلوله بود مابین مالک و مال او، و آن الحال رفع شد.

و آن چه فخر المحققین در وجه عدم اجبار گفته است این است که «ملک او مستقر شد بر آن، زیرا که شرعاً نمی‌تواند بدل قهری چیزی شود که ملک بر آن مستقر باشد، مگر این که آن بدل هم ملک بر آن مستقر باشد(۳).

و به جهت آن که هرگاه ملکیت بر آن مستقر نباشد، اهل معامله رغبت در آن نمی‌کنند(۴).

و مرجع این سخن به این است که غرض از بدل، رفع ضرر است از مالک، و به این تمام نمی‌شود و باز ضرر بر حال خود

ص: ۷۳

۱- در اصطلاح به این، «بدل حیلوله» می‌گویند، که از سنخ هیچکدام از نواقل ملک نیست.

۲- السرائر، ج ۲ ص ۴۸۶.

۳- به عبارت دیگر: بدل ملک باید ملک باشد و الا معنی و مصداق بدلیت محقق نمی‌شود. - بنابر این، فخرالمحققین «ابدال» را در «بدل حیلوله» از نواقل ملک، می‌داند.

۴- ایضاح الفوائد، ج ۲ ص ۱۸۱ ط کوشانیپور.

باقی است (۱).

و بعد از آن ترجیح داده است عدم اجبار را به جهت آن که غاصب اخذ می شود به اشقّ احوال. و لکن چون ظاهر کلام ایشان این است (۲). و مخالفی هم در نظر نیست که آن عین مغصوبه از روز غصب تا به حال ظهور عین، مال مالک است و به سبب دادن بدل، ملک او رفع نشده، پس مراد از قول به «عدم اجبار مالک به ردّ کردن بدل» شاید این باشد که می تواند آن عین بدل را نگاه دارد و غرامت آن را بدهد به مثل یا قیمت (چنان که مذهب بعضی شافعیه است) نه این که هم بدل را نگاه دارد و هم عین مغصوبه را بگیرد.

و هر چند کلام فخرالمحققین قابل این هم هست: چون این اشقّ احوال است و شبهه لزوم جمع مابین عوض و معوض، مندرج است به این که آن بدل، عوض عین مغصوبه نبود (۳)،

بل که عوض حیلولة بود. یعنی مانع بودن غاصب از تصرف مالک. چنان که علامه در تذکره و غیر آن تصریح به آن کرده اند، و خلاف کرده اند در این که مالک مستحقّ اجرة المثل آن عین مغصوبه بعد زمان اخذ بدل هست یا نه. و همچنین در استحقاق منافع منفصله.

و شاید اظهر (بنابر قول ایشان که ملکیت مالک از عین مغصوبه زایل نشده) لزوم آن باشد در هر دو. و دلیل قول به عدم لزوم- چنان که مختار شرایع (۴) و تحریر (۵)

است- این است که غاصب بریئ شد از عین به دفع بدل، پس از توابع آن نیز بریئ می شود تا زمان

ص: ۷۴

۱- یعنی بدون ملک باز ضرر سر جای خود هست.

۲- نه نصّ کلامش.

۳- عبارت نسخه: آن بدل عوض عین مغصوبه بعد زمان اخذ نبود. - البته خود نسخه بردار تردید خودش را با علامتی نشان داده است.

۴- شرایع الاسلام، ج ۳ ص ۱۹۰-۱۹۱ ط دار التفسیر.

۵- تحریر الاحکام، ج ۲ ص ۱۴۰ ط قدیم.

تمکن از عین.

و بر این اشکال کرده اند که این، جمع نمی شود با قول بر بقای ملکیت مالک بر عین مغضوبه. و این اشکال وارد است.

لکن این احتمال (۱)،

ضعیف ضعیف است. و لزوم اخذ غاصب به اشقّ احوال، دلیل وافی ندارد.

و به هر حال؛ هر گاه هر دو متفق شوند بر ترک ردّ از هر دو طرف، باید به عقد معاوضه جدیده، عین مغضوبه را منتقل ساخت به غاصب، و به همان ترک ردّ از طرفین، اکتفا نکنند.

و بدان که: صاحب مسالک بعد از آن که از اصحاب نقل کرده در مسئله مذکوره، بقای عین مغضوبه را در ملک مالک با حصول ملکیت محض از برای او در آن بدل نیز، اشکال کرده است به این که: از این لازم می آید جمع مابین عوض و معوض. و بعد از آن وجیه شمرده است این که گفته شود ملکیت غاصب (۲).

در عین مغضوبه و ملکیت مالک در بدل هر دو مترزل اند تا زمان ظهور عین مغضوبه. یا آن که مالک شدن مالک بدل را موقوف است بر یأس از عین مغضوبه پس بدون یأس ملک او نمی شود هر چند تصرف در آن جایز باشد. و صاحب کفایه هم متابعت او کرده است.

و تو می دانی که: مخالفت اصحاب با وجود عدم مخالفت ظاهری، بسیار مشکل است. و دفع اشکال به همین می شود که آن بدل را عوض عین مغضوبه نگرفته (چنان که علامه در تذکره و دیگران تصریح به آن کرده اند) بل که آن عوض حیلولة غاصب و مانع شدن اوست از تصرف در عین، لکن به این نحو که مراعی باشد تا زمان حضور عین. و این

ص: ۷۵

۱- یعنی توجیه دوم سخن فخر المحققین که: بدل حیلولة است نه بدل ملک یا بدل منافع.

۲- در نسخه: بملکیت غاصب.

منافات ندارد با جواز انواع تصرفات در آن؛ از بیع و هبه و اتلاف آن. و در صورت تلف هم ضمانتی بر او نیست و باعث زوال ملکیت او از عین مغصوبه نمی شود. و همچنین منافع او همگی مال مالک است.

بلی: اگر عین او باقی باشد و عین مغصوبه پیدا شود. در این جا باید ردّ کرد، به سبب آن که گرفتن آن به علت منع از تصرف در عین مغصوبه بود، و علت زایل شد پس معلول هم زایل می شود. و لکن بنا بر این ملکیت بدل از برای مالک هم ملکیت متزلزل است و استقرار آن یا به تلف آن می شود قبل از ظهور عین مغصوبه، یا به تراضی طرفین بعد از ظهور آن به معاوضه جدید. و این منافات با اتفاق ایشان بر ملکیت محضه ندارد. و ثمره آن در اتلاف و انواع تصرفات و نماء منفصله و غیر آن حاصل است.

و الحاصل: چون مستفاد از کلام اصحاب این است که در صورت عدم معاوضه، دادن این بدل، محض از جهت حیلولة از تصرف مالک است در عین مغصوبه. و دلیلی بر حصول ملکیت محضه، در این هنگام نیست الاّ اجماع ایشان ظاهراً، و نفی ضرر. و اجماع و نفی ضرر (هر دو) منحصر است در غیر صورت ظهور عین مغصوبه با بقاء عین بدل در نزد مالک. و مانعی نیست از این که این نوع تملیک هم یکی از انواع تملیک باشد.

و از آن چه گفتیم، ظاهر می شود ضعف و جوهی که فخرالمحققین ذکر کرده. و بعد از آن که بنا بر این گذاشتیم که بیع آن صحیح باشد و هبه آن [نیز] و غیر ذلک، ظاهر می شود این که عدم رغبت معاملین هم بر آن، بی وجه است. و به هر حال، حکمت شرعیّه در این مسئله اقتضا کرده است که: چون مالک ممنوع شد از عین مغصوبه (بعد از آن که جایز بود از برای او انواع تصرفات) باید مالک مرخص باشد در این بدل نیز به انواع تصرفات، تا به هیچ وجه ضرری بر او وارد نشود. پس ملک محض اوست از جمیع جهات و لکن مراعی و به تزلزل است نسبت به خصوص صورت ظهور عین مغصوبه با باقی بودن

آن به حال خود. و بعد از آن یا رفع می شود به رد، یا مستقر می شود به معاوضه با عین مغضوبه یا به رد بدل آن. بنابر آن وجهی که گفتیم که اگر خواهد مثل یا قیمت آن بدل را رد می کند. نه این که الزام شود به رد عین.

و اما لزوم ضرر بر غاصب: پس آن منافع است به این که خود باعث بر ضرر خود شده، و در این جا «سبب» اقوی است از «مباشر». چون رخصت از برای مالک در شرع ثابت شده، بخلاف غاصب.

و بدان که: اجرة المثل، در جائی است که آن عین را اجرتی باشد در عادت، از باب حیوان و خانه و غیره. نه مثل پول و گندم و غیره. و لکن ضمان غرامت به جهت حیلوله، در هر عینی که غصب شود، ثابت است و فرقی مابین آن ها نیست. چنان که در تذکره تصریح کرده است. و اما مقدار اجرت: پس هر گاه در جمیع زمان عدم قدرت، اجرت آن مساوی است، پس اشکالی نیست. و اما هر گاه متفاوت باشد (مثل این که در اول ماه ده درهم اجرت آن بود، و در ماه دیگر بیست درهم، و در ماه دیگر سی درهم) آن چه علامه در تذکره اختیار کرده این است که در هر ماه ضامن اجرت همان ماه می شود. و این را اظهر وجوه شافعیه قرار داده و دو وجه دیگر هم از ایشان نقل کرده. و خلافی از اصحاب نقل نکرده.

و ایضاً بدان که: مراد از معاوضه که مذکور شد در عین مغضوبه با بدل در حال تعذر رد عین مغضوبه، معاوضه ای است که صحیح باشد و انتقال به آن حاصل شود و جامع شرایط باشد. پس بیع صحیح نخواهد بود به جهت عدم قدرت بر تسلیم. و خصوصاً هر گاه آن عین مغضوبه، جهالت هم داشته باشد هر چند به وصف باشد. بلی جایز است در بعض صور مثل «بیع آبق با ضمیمه» بر تفصیلی که در محل خود محقق شده. بلی به عنوان مصالحه می تواند معاوضه به عمل بیاورد.

و ایضاً بدان که: مالک را نمی رسد الزام غاصب بر معاوضه لازم. همچنان که غاصب هم نمی تواند مالک را الزام کند. و مالک می تواند الزام کند غاصب را بر دادن بدل بر وجه عوض حیلوله. و لکن ظاهر این است که غاصب نمی تواند مالک را الزام کند بر گرفتن آن هرگاه مالک ابا کند. و مثل سایر حقوق نیست که هرگاه مستحق قبول نکند او را باید الزام کرد در گرفتن یا بری کردن. و در تذکره تصریح به آن کرده است.

۸- سؤال:

۸- سؤال: هرگاه زید چند اصله درخت می برد در خانه عمرو می گذارد بدون اذن عمرو. و بعد از آن الاغ عمرو بیاید در نزد آن درخت ها، و یکی از آن ها بیفتد بر روی دست الاغ و دست بشکند و به این سبب بمیرد. زید ضامن الاغ هست یا نه؟

جواب:

جواب: بلی: موافق قواعد فقها چون بدون اذن، درخت ها را در آن جا گذاشته و عدوان کرده، ضامن (۱) متوجه او می شود.

۹- سؤال:

۹- سؤال: زید قدری گندم به امانت نزد عمرو می گذارد، و عمرو آن را بدون اذن زید تلف می کند. آیا عمرو ضامن است مثل یا قیمت را؟-؟ و هرگاه ضامن مثل است هرگاه اتفاق شود که عمرو برود به بلدی دیگر، و زید در آن جا از او مطالبه می کند، و عمرو می گوید «من در بلد غصب به تو می دهم، یا قیمت گندم را موافق تسعیر بلد غصب در این جا می دهم». و مفروض این است که گندم در بلد مطالبه گران تر است. آیا عمرو این تسلط را دارد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: گندم «مثلی» است و در صورت اتلاف ضامن مثل است. و زید تسلط دارد که هر جا خواهد از او بگیرد، یعنی در هر جا مطالبه کند در همان وقت و در همان جا لازم است که اداء حق او بکند. و هرگاه قادر بر مثل نباشد، همه قیمت او را در وقت مطالبه در بلد مطالبه، می تواند گرفت. و عمرو تسلطی بر او ندارد به آن نحو که خواهش اوست.

ص: ۷۸

و عبارت تحریر مصرّح است به این مطلب: «و لو غصبه فی بلدٍ و طالبه فی آخر، لزمه دفعه الیه، سواء کان فی حمله مؤنّة او لم تکن» (۱).

۱۰- سؤال:

۱۰- سؤال: زید بدون اذن عمرو، بذری در مزرعه او می کارد. و عمرو بعد از اطلاع آمده و عوض تخم و اجرت عمل او را داده که زرع از خود عمرو باشد. الحال که زرع به عمل آمده، زید می گوید که من هم در زرع شریک ام. چه باید کرد؟

جواب:

جواب: اشهر و اقوی این است که زرع مال زارع است، و اجرت زمین بر او هست. و لکن مالک می تواند او را الزام کند بر ازاله زرع، یا خود ازاله کند. و ابن جنید قائل شده است که در صورتی که کسی بدون اذن، زرع کرده باشد مالک می تواند آن چه زارع خرج کرده بدهد و زرع را صاحب شود. پس بنا بر قول او زارع باید قبول کند هر چند بعد از رسیدن حاصل، باشد. و این قول ضعیف است و اقوی قول اول است چنان که اجماع منقول، و بعض اخبار معتبره، با شهرت بین الاصحاب (۲)، دلالت بر آن دارد.

و به هر حال، در این صورت که صاحب بذر راضی شده باشد به عوض بذر و خرج خود، بذر را به مالک زمین وا گذاشته، دیگر حقی ندارد، خصوصاً با ملاحظه مذهب ابن جنید. و لکن در صورت سؤال باید ملاحظه کرد که آن معامله بر وجه صحیح واقع شده باشد. به این معنی که این معامله را صاحب یا زارع، بعد سبز شدن بذر کرده باشد، یا بر وجه مصالحه معامله کرده باشد. زیرا که قبل از سبز شدن تخم، خالی از جهالت نیست.

۱۱- سؤال:

۱۱- سؤال: «مقبوض بسوم» (۳) یا «بیع فاسد» هر گاه تصرف در آن به اذن مالک باشد و

ص: ۷۹

۱- تحریر الاحکام، ج ۲ ص ۱۳۸ ط قدیم.

۲- مراد مصنف (ره) معلوم نیست آیا خود آن اخبار را معتبر می داند یا آن ها را به سبب شهرت، معتبر می داند. و با بیان دیگر: آیا مرادش شهرت روائی است یا فتوائی.

۳- مال و کالائی که مشتری آن را تحویل گرفته یا با اذن مالک آن را بر داشته تا بررسی کند و اگر پسندید خریداری کند.

تلف شود، چه صورت دارد؟ و فرقی هست مابین این که تلف آن به تفریط باشد یا بدون تفریط، یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه مشتری در بین مساومه بیع (۱)،

بگیرد آن عین را، یا به بیع فاسد به او منتقل شود (در هر دو صورت) ضامن عین است هرگاه تلف شود. به سبب عموم حدیث مشهور مقبول «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» و قاعده مسلمة «کلّ عقد یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده».

یعنی چنان که در بیع صحیح همین که مبیع را گرفت ضامن آن می شود، یعنی اگر تلف شود از کیسه مشتری رفته است و قیمت را باید بدهد به بایع، همچنین در بیع فاسد لازم است که مبیع را رد کند به بایع با منافع آن.

و وجه آن در صورت علم به فساد و عدم جواز تصرف و نگاه داشتن بر وجه بیع، ظاهر است. زیرا که در این صورت ملحق به غضب است. و اما در صورت جهل به فساد یا عدم علم به وجوب رد فوراً، پس وجه آن این است که اذن در تصرف به اعتقاد بیع صحیح، بوده است و چون مفروض فساد بیع است پس اذن بر وجه بیع صحیح واقع نشده. و اذن بر وجه دیگر هم (مفروض این است که) حاصل نیست.

و در «بیع معاطاة» (۲)

چون اجماع است که در صورت تلف، لازم می شود نسبت به عین تالفه، قائل می شویم به عدم ضمان (۳).

والا در آن جا هم همین اشکال هست.

و لکن در این جا اشکال هست (۴)

که اذن در تصرف به اعتقاد صحت بیع، مستلزم این

ص: ۸۰

۱- مساومه: عرضه مال و کالا به مشتری و گفتگوی شان برای معامله.

۲- یعنی حکم مسئله در بیع معاطاة فاسده.

۳- زیرا مشتری تا حین تلف و در حین تلف، در جایگاه «امین» است و امین ضامن نیست.

۴- یعنی در اشکال مذکور، اشکال هست. با بیان دیگر: در اشکال، اشکال کرده اند. و با بیان سوم: به اشکال مذکور جواب داده اند.

نیست که اذن به علت این که بیع است باشد، پس این اذن است در تصرف حال اعتقاد به صحت بیع، نه به شرط صحت بیع. و با وجود حصول اذن در تصرف نباید ضمانی مترتب شود زیرا که او مسلط است بر مال خود و او را مسلط کرده بر مال خود، و «النَّاسَ مُسَلِّطُونَ عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ». و این مندفع می تواند شد (۱).

به این که: هر چند اذن به علت این که بیع صحیح است واقع نشده باشد (۲) و لکن اذن در قالب بیع است، و با انتفاء بیع، اذن در قالب بیع منتفی می شود. بیش از این نیست که این معنی رفع معصیت در تصرف را می کند، و لکن اثبات انتقال به سبب بیع را نمی کند. و «النَّاسَ مُسَلِّطُونَ عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ» [نیز در این جا بر بیش از عدم معصیت، دلالت ندارد] چون (۳).

اتلاف مشتری منشأ اتلاف حق بایع نیست (۴).

پس رجوع می کند به مال خود، زیرا که مفروض این است که عقدِ ناقلی دیگر نیست، پس ضمان باقی است. و به جهت آن که چنان که اعتبار حیثیت بیع و اشتراط آن معلوم نیست، سقوط حق بایع و انتقال ملک او هم معلوم نیست.

و مشتری هم رجوع به ثمن خود می کند.

با وجود آن که مطلق اذن در تصرف هم مسقط ضمان نیست، چنان که در «عاریة مضمونه».

و به هر حال، عمده تکیه در مسئله بر عموم حدیث نبوی (صلی الله علیه و آله) و عمل اصحاب است.

و به سبب اعتماد به عموم حدیث، شبهه ای که وارد می آید در صورتی که تلف به

ص: ۸۱

۱- یعنی جوابی که از اشکال بالا به صورت اشکال داده اند، این جواب مندفع می شود..

۲- پاسخ است به آن چه در اشکال بالا آمد: اذن در تصرف به اعتقاد صحت بیع، مستلزم این نیست که اذن به علت این که بیع است باشد.

۳- در نسخه: و چون..

۴- زیرا همان طور که گفته شد این اذن تنها منشأ جواز تصرف و عدم معصیت می شود، نه منشأ اتلاف حق بایع.

فعل مشتری نباشد، هم مندفع می شود(۱).

و بعد از آن که(۲)

ثابت شد ضمان مشتری عین و منافع را و این که بیع بر هم می خورد و ثمن بر می گردد به مشتری، پس هرگاه در مبیع منفعتی حاصل شده باشد به فعل مشتری (مثل تعلیم صنعتی که به عبد کرده باشد) یا زیادتی عینی به هم رسیده باشد (مثل این که طلا کوب کرده باشد، یا رنگی به خانه کرده باشد) باید غرامت آن را بکشد چون اثر فعل مشتری است و تبرّعاً نکرده و ضرر و حرج لازم می آید به ردّ(۳).

و بعضی گفته اند لازم نیست، چون نماء مال بایع است. و بعضی تفصیل داده اند که هرگاه ممکن است که آن منفعت جدا شود از عین - در صورتی که منفعت، عین باشد - واجب است ردّ. هرگاه ممکن نباشد جدا کردن مثل رنگ، یا عین نباشد، شریک خواهد بود با مشتری نسبت به قیمت.

و بدان که: قول مشهور به مطلق ضمان، خوب است در صورتی که مشتری جاهل به فساد باشد. و الاّ پس او به منزله غاصب خواهد بود که رجوع به منفعت نمی کند. چنان که بعضی دعوی اجماع در آن کرده اند. و دور نیست که در این وقت به تفصیل آخری قائل نشویم.

و از مجموع آن چه مذکور شد، ظاهر شد که تلف موجب ضمان است خواه به تفریط و تقصیر مشتری باشد، یا نباشد. به جهت عموم روایت و قاعده.

۱۲- سؤال:

۱۲- سؤال: چند نفر شریک اند در قناتی، و حفر آن می کنند و تنقیه می کنند. یکی از آن ها عمرو نام، خود مشغول عمل بوده، و زید نام، پسر دوازده ساله خود را در عوض

ص: ۸۲

۱- بنا بر این و در نتیجه: میرزا(ره) در «بیع معاطه فاسده» نیز مانند «بیع فاسد» به ضمان مشتری فتوی می دهد.

۲- در این جا جریان سخن بر می گردد به مطلق بیع و از بستر معاطات خارج می شود.

۳- یعنی اگر در این گونه موارد، بایع بخواهد مال مشتری را بعینه ردّ کند، مشتری با ضرر و حرج مواجه می شود.

خود داده که عمل کند به شرطی که میان چاه نرود و در بالا کار کند. و در بین عمل مقننی از چاه بیرون می آید برای حاجتی و می گوید: چاه خطر دارد.

در این بین عمرو پسر زید را می گوید: برو میان چاه. و هر چند او تعلل می کند، فائده نمی کند. و چاه شکست خورده تنوره است و عمرو می دانسته. و بعد از آن که آن پسر می رود و چند دلوی بالا می دهد، چاه خراب می شود و او را هلاک می کند. حکم آن چه چیز است جواب؟

جواب:

جواب: هرگاه عمرو او را جبراً به چاه کرده با علم به شکسته چاه، و آن طفل را تخلف از فرمان او میسر نبوده، عمرو ضامن دیه اوست از مال خود، چون سبب شده. و هرگاه آن طفل را تخلف کردن میسر بوده و لکن نمی دانسته که چاه شکسته، و عمرو می دانسته، هم ظاهر این است که عمرو ضامن است. و هرگاه طفل هم می دانسته و قادر بر تحرّز از خطر آن بوده و به چاه رفته، در این جا ضمانی بر عمرو نیست. و هرگاه قادر بر تحرّز از آن خطر نبوده و یا قوه آن نداشته که خود را خلاص کند، در این اشکال است؛ مقتضی فتوای اکثر علما این است که باز ضمانی نیست. و احوط صلح است.

۱۳- سؤال:

۱۳- سؤال: آب که زراعت به آن می شود، مثلی است یا قیمی؟-؟ و هرگاه مثلی باشد و در فصول گرانی قیمت آن هرگاه یکی غصب نماید، باید در همان فصل ردّ نماید؟ یا در هر وقت ردّ نماید بری می شود-؟

جواب:

جواب: آب که در نهر [جاری] باشد، و غصب کنند و به زراعت ببرند، ظاهراً قیمی است. چون تحدید آن به کیل و وزن ممکن نیست. و دور نیست که هرگاه غصب به عنوان دلو کشیدن از چاه باشد از برای زراعت، آن نیز چنین باشد. و اظهر در قیمی مراعات روز تلف است.

و اگر فرض کنیم آب را مثلی (خصوصاً وقتی که به مثل دلو، آب از چاه کشیده باشد)

و مقدار معین باشد هم، معتبر قیمت آن فصل [می] باشد. چنان که هرگاه کسی گندمی از کسی غصب کند در بلدی که قیمت آن گران تر باشد؛ آن مغضوب منه می تواند الزام کند او را که گندم در همان بلد می خواهم. [در] (۱)

بلدی که ارزان تر است نگیرد. هر چند اگر خواهد می تواند در بلد دیگر هم بگیرد هر چند قیمت آن بیش از بلد غصب باشد.

۱۴- سؤال:

۱۴- سؤال: زید مکرر مال عمرو را می دزدید و به مردم می فروخت. و زید مرد و عمرو او را حلال کرد و بریئ الذمه از مال خود نمود. آیا عین آن اموال که در نزد مشتریان است بر آن ها حلال است یا حرام؟-؟

جواب:

جواب: به مجرد حلال کردن عمرو زید را، آن اموال از ملکیت عمرو بیرون نمی رود و تصرف در آن ها جایز نیست. چون نقل عین به میت معنی ندارد. و حق وارث او شدن هم بدون احدی از عقود شرعیّه و وجوه ناقله، راهی ندارد. و باید آن ها را به عمرو داد.

و مشتری ها در صورت جهالت حال رجوع می کنند به مال زید در استیفای حق خود. و تفصیل حال در حکایت رجوع به غرامت به زید با علم یا جهل، در جواب مسائل بیع مذکور است (۲).

۱۵- سؤال:

۱۵- سؤال: عمرو حقی در ذمّه بکر دارد، و الحال اموال بکر را ظالم به قیمت ارزان می فروشد. آیا عمرو بر وجه تقاص می تواند از آن اموال بخرد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی هرگاه استیفای حق منحصر شد در تقاص، این هم نوعی است از تقاص (۳).

۱۶- سؤال:

۱۶- سؤال: هرگاه زید در دیوار خانه خود روزنی گذاشته که مشرف است به خانه (۴)

ص: ۸۴

۱- در نسخه: چه

۲- رجوع کنید؛ جلد دوم صفحه ۳۳ مسئله شماره ۳۵.

۳- در نسخه: تقاس.

۴- در نسخه: خوانه.

و باغچهٔ عمرو، و در آن روزن کندوی زنبور عسل گذاشته، و در حین بهره دادن زنبور بچه های آن زنبورها جمع می شوند در اشجار خانهٔ عمرو و اهل آن خانه را می گزند و اذیت می رسانند، و صاحب زنبور از برای گرفتن آن ها داخل خانه می شود و خرابی به باغچه و اشجار می رساند. آیا عمرو می تواند آن ها را منع کند از گذاشتن کندو یا نه؟-؟ و می تواند منع کند از درخت نشستن یا نه؟-؟ و می تواند منع کند از گرفتن آن بچه ها یا نه؟-؟ و بعد نشستن آن بچه ها آیا می تواند از او متفرق کند یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هر چند گذاشتن روزن به دیوار خانهٔ خود، جایز است هر چند مشرف به خانهٔ غیر باشد. لکن تصرفی که مضرّ به خانهٔ عمرو باشد، جایز نیست، مثل نگاه کردن از آن روزن به خانهٔ عمرو. و همچنین گذاشتن کندو که بالضروره آمد و شد زنبور ها به خانهٔ او می شود و باعث اضرار و گزیدن آن می شود و باعث نشستن اولاد آن زنبورها به اشجار او می شود، و این ها همه عدوان است و تصرف در مال غیر است. و عمرو می تواند منع کند از گذاردن کندو و از نشستن اولاد آن ها بر درخت.

اما بعد از جمع شدن و نشستن: پس در جواز متفرق ساختن آن ها اشکال هست، چون غالب این است که مستلزم ضایع شدن آن ها می شود.

و اما هرگاه ظنّ به تلف نباشد (بل که هرگاه بر خیزند به جای دیگر بروند باز جمع می شوند، و صاحب می تواند گرفت): پس ظاهر این است که متفرق کردن هم جایز باشد. چنان که علامه در کتاب صلح تذکره اشاره کرده به این که: هرگاه حیوان کسی داخل خانهٔ کسی شود، جایز است بیرون کردن آن بدون اتلاف آن، و اگر تلف شود بر او غرامتی نیست. به جهت این که لازم نیست بر کسی که مال دیگری را در خانهٔ خود جا بدهد.

و به هر حال، در صورت مزبوره هرگاه مالک آن ها خواهد آن ها را بگیرد، بدون

اذن عمرو داخل خانه نشود. و عمرو هم او را اذن بدهد لکن مطالبه اجرة المثل آن تصرف و غرامتی (که از تضييع اشجار و نباتات خانه و باغچه بر آن مترتب می شود) می تواند کرد، باید زید از عهده آن ها بر آید(۱).

۱۷- سؤال:

۱۷- سؤال: هرگاه حیوانی از کسی داخل خانه دیگری بشود، و بیرون آوردن آن محتاج به خراب کردن در، یا جای دیگر باشد. آیا غرامتی بر صاحب حیوان هست یا نه؟-

جواب:

جواب: هرگاه صاحب حیوان بدون اذن صاحب خانه، حیوان را داخل کرده، یا تفریط در محافظت حیوان کرده که داخل خانه شده، بر او لازم است بیرون بردن حیوان، و خرابی که به سبب آن حاصل شود باید غرامت آن را بکشد. و هرگاه صاحب خانه حیوان را بدون اذن صاحب برده به خانه، یا تفریطی در محافظت در خانه کرده (در وقتی که بایست در را ببندد(۲)،

نیسته)، لازم است که حیوان را به صاحب برساند و خرابی که لازم آن افتد از کیسه او رفته است.

و اما هرگاه حیوان بی اذن صاحب خانه داخل شده، یا بدون اطلاع هر دو (بدون تفریطی از احدهما): پس در این اشکال است؛ مشهور این است که لازم است بر مالک بیرون بردن، و غرامتی که حاصل شود از خرابی متوجه صاحب حیوان است، چون این امر به جهت مصلحت او شده و به جهت خلاصی مال او شده.

و شهید ثانی(ره) در مسالک، بر این اعتراض کرده که غالب این است که مصلحت مشترک است، بل که گاه است مصلحت مختص به صاحب خانه است (مثل این که صاحب حیوان احتیاجی به بیرون آوردن آن ندارد چون که کوچک است یا صلاح انتفاع

ص: ۸۶

۱- مخفی نماند: در این پاسخ میرزا(ره) عنصری از پند و اندرز نهفته است که به قاطعیت فتوایی آن لطمه می زند.

۲- در نسخه: به بندد.

ندارد به هیچوجه و جارا بر صاحب خانه تنگ کرده و اذیت می رساند) و مفروض این است که پای تفریط هم در میان نیست. بلی اگر خوف هلاک حیوان باشد هرگاه بیرون نیاورد، در آن وقت واجب است (۱)،

به جهت آن که روح حیوان هم محترم است.

بعد از آن در این هم اشکال کرده که: در این صورت وجوب محافظت جان حیوان چرا مختص به مالک باشد (۲).

و آن چه به خاطر این قاصر می رسد این است که: این بحث وارد نیست. و مراد مشهور (۳)

این است که چون انفاق حیوان (از اکل و شرب و اسکان) بر مالک واجب است جزماً و هرگاه نکند حاکم او را اجبار می کند بر ذبح یا بیع یا انفاق، پس بر او لازم است که حیوان خود را ببرد خصوص این که گذاشتن این در آن جا از توابع فعل مکلف است و در معنی تصرف در مال غیر است. زیرا که استمرار عدم اخراج، از مقدمات مکلف است و آن تصرف است در ملک غیر. و مفروض این است که صاحب خانه هم نمی گوید که «این جا باشد» تا رخصت از او حاصل شود. پس اخراج واجب است از برای انفاق حیوان و ترک تصرف در مال غیر.

و هرگاه این موقوف باشد بر خرابی در، و خانه صاحب خانه؛ پس این از مسیبات فعل مالک حیوان است و مالک سبب آن شده، بل که باید مباشر هم [محسوب] بشود چون صاحب خانه در صورت مزبوره نمی تواند مانع او شود از بیرون کردن (۴). پس هرگاه این بردن موقوف شد بر خرابی مال غیر (و مفروض این است که تصرف در مال غیر و اضرار او بلا عوض، صورتی ندارد) پس جمع بین الحقیقین مقتضی آن است که خراب کند و

ص: ۸۷

۱- یعنی واجب است بر مالک حیوان.

۲- مسالک، ج ۲ ص ۲۱۵ ط دار الهدی.

۳- یعنی مراد مشهور از «مصلحت مالک و خلاصی مال مالک» مصلحت اقتصادی و مالی نیست، بل این است که..

۴- پس مالک حیوان مباشر است در باقی گذاشتن حیوان در آن خانه.

و مراد ایشان از مصلحت مالک حیوان- که استدلال به آن کرده اند- این است که تکلیف او تمام نمی شود الاً به این. نه این که صلاح معیشت مالک حیوان در این است، [و] نه صلاح معیشت صاحب خانه. تا بر آن ها بحث وارد آید.

و اگر بگوئی که: گاه است صاحب حیوان به ذبح راضی شود که پاره پاره کند و ببرد و غرامت خرابی نکشد.

گوئیم: این هم موقوف است به رضای صاحب خانه، زیرا که آن هم تصرف است در ملک غیر، و شاید منشأ فساد دیگر شود از نجاست خانه و زمین و غیره. و اگر فرض شود رضای او به چنین صورتی، در این وقت مخیر خواهد بود بین الامرین تا به آن، جمع بین الحقیقین شده باشد.

۱۸- سؤال:

۱۸- سؤال: هر گاه کسی مال مغضوب خود را به غاصب بفروشد به قصد تقاض. آیا این بیع صحیح است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هر گاه واقعاً قصد بیع و انتقال به غاصب ندارد (۱)

و از باب (۲)

تقاض «حق حیلوله» ای است- که غاصب حایل شده میانه او و حق او- ظاهراً چنین تقاضی جایز است. و ملک بر ملکیت مالک باقی است و بیع در نفس الامر صحیح نیست.

۱۹- سؤال:

۱۹- سؤال: کسی که مال غصبی را به دست دیگر [ی] بدهد و این شخص ثانی علم به غصبیت ندارد، بعد عالم می شود. آیا شغل ذمه می باشد یا نه؟-؟ و بنابر اشتغال ذمه، آیا تفاوتی هست در این که علم را بعد از رد نمودن به شخص اول، به هم رسانیده باشد یا قبل از آن؟

ص: ۸۸

۱- در این صورت مقصودش تقاض اصل مال نیست و طبیعت مسئله هم همین است.

۲- عبارت نسخه: و اما از باب..

جواب: عموم «علی الید ما اخذت» شامل همه احوال هست و در هیچ صورت فارغ نیست.

۲۰- سؤال:

۲۰- سؤال: هرگاه صغیری مالی را از مال غیر غصب نماید، بر ذمّه و لیش قرار می گیرد یا نه؟-؟ و هرگاه طفل جدّ و پدر داشته باشد، در صورت مفروضه، مال بر ذمّه کدامیک می باشد؟ و در صورت مفروضه بعد از بلوغ طفل غاصب را واجب است که تأدیّه حق مغضوب نماید یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه طفل مال غیر را تلف کند، ضمان به مال او متعلق می شود. و اگر مالی ندارد به ذمّه او متعلق می شود. و این منافاتی با عدم تکلیف ندارد، چنان که در مواضع بسیار تصریح به آن شده از آن جمله: هرگاه وطی کند حیوان را گوشت او حرام می شود و در حکم اتلاف است و قیمت آن متعلق به ذمّه طفل است تا بعد بلوغ اگر مالی ندارد، و الا در مال اوست.

بلی: هرگاه مال مغضوب در دست طفل باشد، بر ولی واجب است ردّ آن به صاحبش، همچنان که تصریح کرده اند در وجوب ردّ تخم و گردکانی به قمار برده باشد، که بر ولی واجب است ردّ آن. و این را از باب امانت شرعیّه شمرده اند نسبت به ولی که وجوب ردّ آن فوری است. و به ترک آن، ضمان لازم است. و ثبوت ضمان بر ولی، منافات ندارد با ضمان صغیر و تعلق عوض آن به مال او یا ذمّه او.

و ظاهر این است که: در این معنی فرقی مابین پدر و جدّ نباشد.

و به هر حال، مالی را که صغیر تلف کرده باشد و از مال او ولی رد نکرده باشد، بعد از بلوغ خود باید رد کند.

۲۱- سؤال:

۲۱- سؤال: زید آمد [ه] به عمرو گفته که خالد می گوید یابوی خود را بده می خواهم سوار شوم به فلان جا بروم. عمرو یابو را به زید داده، زید یابو را سوار شده رفته،

در عرض راه اسب را دوانیده دست یابو به سوراخی رفته و شکسته، یابو مرده. خالد می گوید: من به زید نگفته ام که یابو را از عمرو بگیرد. آیا شرعاً زید ضامن است باید از غرامت بیرون بیاید، یا خالد؟-؟

جواب:

جواب: قبل از ثبوت توکیل خالد زید را در اخذ عاریه و وصول آن یابو به دست خالد، هنوز عاریه متحقق نشده و تعدی هم از خالد در یابو، متحقق نشده. پس در این صورت بر خالد ضمان بهیچوجه و بر هیچ قولی نیست. بل که در صورت مزبوره، عمرو یابو را به امانت به زید داده که به دست خالد برساند. و چون دوانیدن یابو در عرف و عادت، تعدی است (خصوصاً هرگاه بدون ضرورت دوانیده باشد) پس غرامت و ضمان متوجه زید است.

بل که هرگاه به سبب ضرورت دوانیده باشد؛ مثل این که دزدی می خواست در بین راه یابو را از زید بگیرد، اسب را دوانیده که از دست او خلاص شود، هرگاه ثابت شد که بدون اذن خالد رفته و یابو را گرفته، باز ضامن است. به جهت آن که عمرو را مغرور کرده و او به اعتقاد این که برای خالد می برد داده.

بلی: هرگاه کذب زید ثابت نشود، یا صدق او ثابت شود، و دوانیدن اسب از برای ضرورت در محافظت یابو [بوده] به او غرامتی نیست. و اما هرگاه ضرورت از برای خلاصی نفس خود باشد (مثل این که دزد قصد اذیت او را دارد و یابو را نمی خواهد) در این صورت هر چند شرعاً رخصت ثابت باشد به جهت محافظت جان، ولکن رخصت شارع منشأ عدم ضمان نمی شود، مانند خوردن مال غیر در حال اضطرار و خوف هلاک از گرسنگی، که در آن صورت خوردن بدون ضمان قیمت مطلقاً، واضح نیست.

باب الغصب [من المجلد الثالث] (۱)

۲۲- سؤال:

۲۲- سؤال: (تکرار سوال و جواب مسئله شماره ۱۳ است به طور مضطرب و ناقص).

۲۳- سؤال:

۲۳- سؤال: جمعی به عنف در زمین وقف بر اولاد ذکوری، احداث قناتی نموده اند. و الحال می خواهند با مالک زمین مذکور (یعنی موقوف علیهم) بنائی گذاشته (۲)

که باعث اباحه عمل ایشان بشود. بیان فرمایند که به چه نحو عمل ایشان مباح می شود؟ و هرگاه ممکن باشد که آن جناب ولایت مثاب، ولایت از جانب اولاد ذکوری که هنوز به [وجود] (۳)

نیامده اند، و آن هائی که موجوداند (از موقوف علیهم) اصالةً با مباشرین قنات [معامله] (۴)

مشروع بنا گذاشته (۵).

آیا عاملین قنات را می رسد در باب قیمت مجر[ا]ی قنات، ادعای آن که آن قدر زمینی که از برای قنات در کار است (در اکثر امکانه) مثلاً شش تومان خرید و فروش می شود، و چنان که ما فرضاً شش صد تومان نفع کرده ایم مضایقه نداریم که بیست تومان به شما عاید رسانیم، و چنان چه شما به این قدر اکتفا نکنید در نزد حاکم شرع مجاب خواهید

ص: ۹۱

۱- عبارت میان علامت، در پیشانی صفحات آمده.

۲- کذا. - مرادش «گذارند» است.

۳- در نسخه: بوجه.

۴- در نسخه: مقابله.

۵- همان طور که در سطر بالا نیز آمده، مراد سؤال کننده از «گذاشته»، «گذارد» است. یعنی به مرحوم مصنف اعلام می کند که شما می توانید به عنوان «ولئی فقیه» نیز این مشکل را با حکم حکومتی، حل کنید. البته در پاسخ میرزا(ره) نیز عنصر ولایت وجود دارد.

بود.؟- یا که ادعای ایشان بی صورت است و باید که مُلّاك را راضی سازند؟

جواب:

جواب: صاحبان قنات غاصب اند، و موقوف علیهم می توانند ایشان را الزام کنند که چاه را پر کرده و هموار کرده تسلیم ایشان نمایند(۱).

و اگر آن ها نکنند، خود می توانند پر کنند.

و هرگاه خواهند، سازش کنند. چون بیع وقف جایز نیست مگر در بعضی جاها که این از آن جمله نیست. ممکن است (نظر به تقریر حامل عریضه)(۲) که بگوئیم که چون سر چشمه در زمین طلق مالک، و مجرا و هرنگ(۳) قنات در زمین وقف [قرار دارد]، به صواب دید آن ها و اهل خیره هرگاه صلاح سایر بطون در این است که جزئی از قنات و آب آن از برای موقوف علیهم (هم حق هرنگ(۴) و [هم] مجرا) به قدر باقی حصّه مُلّاك، در عوض صلح ایشان، با ایشان صلح کنند. والله العالم.

۲۴- سؤال:

۲۴- سؤال: شخصی باغی داشته و آن باغبان داشته که ربع محصول باغ را می برده است. شخصی در وقت رسیدن محصول، و کالتاً(۵)

از جانب صاحب باغ یا فضولاً (و تردید به جهت مخالفت مدعیین است) محصول باغ را تماماً بعد از خرص قیمت نموده و به باغبان و شخص دیگر بالمناصفه فروخته است، باغبان و شریک او رفته و آن محصول را قسمت نموده اند. و هر یک محصول قطعه [ای] را متصرف شده اند.

و آن شخص باغبان بتقریر(۶):

قبل المعامله الی آخر الامر به شریک و سهمی شدن آن

ص: ۹۲

۱- در نسخه: نماید.

۲- ظاهراً آورنده نامه این تقریر و توضیح را داده است.

۳- هرنگ = هرنج: دهانه قنات که آب از آن بیرون می آید.

۴- در نسخه: هریک.

۵- در نسخه: وکالت.

۶- بتقریر = آن طور که گفته می شود.

شریک، راضی نمی شده است و به تلاش آن بوده که خود محصول باغ را تماماً بر دارد، سودی ننموده و آن را شریک نموده است آن وکیل یا فضولی. با آن که باغبان (در رضا و عدم رضا بر شرکت آن شخص شریک) مجهول الحال بوده. چنان چه این تقریر آن شخص شریک است.

و به این تقدیر بعد از تقسیم و اقرار(۱)،

هر یک قدری از محصول خود را رطباً فروخته اند و قدری را مویز کرده اند. و در سر مویز کردن ضرر واقع شده است؛ مثلاً یک ریال و نیم قیمت انگور را نیم ریال مویز کرده اند.

الحال باغبان به شریک می گوید که: من قدر حصّه خود را که ربع محصول است به تو فروخته ام و امضای معامله وکیل یا فضولی را نیز ننموده ام، حال از عهده قدر ربع من بیرون بیا.

و آن شخص شریک را سخن این بوده که قدری از عین ربع تو که الحال مویز نیم خشک است، موجود است بیا و ببر.

نزاع بر سر آن شده است که آیا چند من انگور چنین مویزی شده است. و به جهت تخالف، امر معوق مانده است و مویز را نگرفته است الی الحال که قریب به یک سال است.

الحال آن باغبان، عین مویز را فقط می طلبد یا قیمت انگورش را؟-؟ یا عین مویز را با تفاوت مابین؟ چون تفاوت به جهت سوق نیست و به جهت نقصان صفتی یا جزئی است از انگور(۲).

مفروض این است که قیمت انگور هم مختلف بوده است که گاه بوده است که در یوم

ص: ۹۳

۱- یعنی بعد از قرار گرفتن قطعه هر کدام در اختیارش.

۲- تقریباً به طور معمول از سه کیلو انگور یک کیلو مویز حاصل می شود.

واحد یا ایام متعدده، به قیمت اعلا و وسط و نازل فروخته اند انگور این باغ را، که قیمت سوق آن متنزل یا مختلف بوده است. کدام قیمت باید منظور شود در صورتی که پای قیمت انگور در میان آید.

و اخراجات حفظ و کرایه حمل و نقل که آن شریک داده است که به خانه آورده است یا به بازار، از قدر ربع آن باغبان نیز وضع می شود؟ یا رجوعی به او ندارد چون اذن در اخراجات و حمل و نقل، نداده بوده است و حال از برای قیمتی که بعد از حمل و نقل حاصل شده می خواهد؟

و با لزوم غرامتی بر آن شریک، آیا رجوع به کسی می تواند نمود یا نمی تواند؟-؟

جواب:

جواب: انگور ظاهراً مثلی است. و چون شریک بدون اجازه و امضای باغبان، حصه او را تصرف کرده، ضامن ربع باغبان است. و باغبان مطالبه مال خود را می کند، یعنی ربع آن چه موجود است هر چند مویر شده همان را می طلبد و تفاوت ارش آن را. و ربع آن چه را که رطباً فروخته.

و در صورت عدم تمکن از علم به این که چند من مویر به آن وصف می شود، چاره به جز صلح نیست.

و اما دانستن قیمت انگور که مختلف است، از برای این که ارش معلوم شود و قیمت انگور تازه معلوم شود؛ پس چون مثلی است انگور و رجوع به مثل می شود، در تعیین مقدار آن در صورت عدم تمکن استعلام آن، چاره به جز صلح نیست. پس در صورت امکان هر قدر انگور تلف شده مثل آن را می طلبد نه قیمت. و هر قدر مویر شده همان مویر را مستحق است با [ا]ارش.

و در صورت اعواز مثل (چون موسم انگور گذشته)، رجوع به قیمت آن می شود یوم دفع القیمه.

ملاحظه قیمت یوم النقص. و در صورت جهالت و عدم امکان استعلام، رجوع به صلح می شود.

بلی: اشکال در قیمت انگور است در غیر موسم؛ و ظاهر این است که ملاحظه قیمت آخر «اوان اعواز» شود.

چنان که تصریح کرده اند در حکم آبی که در فصل تابستان در بیابان غصب کرده، یا یخی که در آن فصل غصب شده، و اتفاق شود که در زمستان ملاقات کنند که یخ قیمت ندارد، یا آن که در سر شطّ مباحی به هم رسند. پس قیمت آن فصل و آن بیابان باید ملحوظ شود. و ظاهر این است که این مشهور بین الاصحاب است، بل که محقق ثانی آن را نسبت داده به اصحاب و غیرهم (۲).

و وجه آن این است که چیزی را که مالیتی نباشد حکم به وجوب ردّ آن، بی وجه است. و قائل صریحی به اکتفا به مثل مطلقاً، ندیده ام. و آن را علامه احتمالی قرار داده (۳).

و وجهی که از برای آن ذکر کرده اند آن دلیل همان ردّ مثل است در مثلی. و آن دلیل یا اجماع است، و آن در ما نحن فیه مفقود است اگر خلاف آن، اجماعی نباشد. و یا آیه است و صدق مثل (۴).

در این جا محلّ اشکال است.

و هرگاه قیمت آن آب یا یخ را گرفت، و بعد اتفاق شد که در چنان مکان یا آن زمان به هم رسیدند و قدرت بر مثل حاصل شد؛ ظاهر این است که دیگر رجوع نمی تواند کرد.

ص: ۹۵

۱- می توان این کلمه را به صورت «مویز به ارش» نوشت و درستش هم همین است. اما نظر به این که در ادبیات امروزی معنی صحیح و روشنی نمی دهد، نیاز به «با» است.

۲- غیرهم: اهل سنت- جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۶ ص ۲۵۷ و ۲۵۸.

۳- همان، متن شرح.

۴- در آیه ها لفظ «مثل» آمده است: «فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَیْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَیْكُمْ» آیه ۱۹۴ سوره بقره. و «اِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ» آیه ۱۲۶ سوره نحل. و «جَزَاءُ سَیِّئَةٍ سَیِّئَةٌ مِثْلُهَا» آیه ۴۰ سوره شوری. و میرزا(ره) می گوید شمول آیه ها به این مسئله، جای اشکال است.

به جهت آن که مثل، عین مال نیست که بگوئی آن قیمت از باب حیلولة بوده و حق مغصوب منه باقی است در اصل مال.

بلی اشکال در صورتی است که یخ در زمستان هم قیمتی داشته باشد اما بسیار کمتر از مغصوب، که در این جا وجوب ارش، معلوم نیست بل که ظاهر این است که به دفع مثل، حق ساقط شود. چنان که تصریح به این از محقق ثانی شده (۱).

و اما اجرت حمل و نقل و غیر آن: پس هرگاه به اذن باغبان نیست، بر همان شریک است.

و باید دانست که: در صورت تمکن از مویز که رجوع به ارش می شود، معتبر بقای عین مال است [نه] (۲).

مطلق مویز. پس با تلف شدن عین مویز باغبان، رجوع به مثل انگورهای تالفه می شود در انگور. و رجوع به مثل مویز تالفه با ارش آن، می شود در مویز. و با عجز از مثل، رجوع به قیمت یوم النقص. چنان که مذکور شد.

و اما مسئله رجوع شریک به بایع: پس اگر با علم به این (که مال غیر که باغبان است) در آن هست و خریده، پس اگر قیمت باقی است، رجوع می کند به آن. و الا فلا. و اگر با جهل بوده، رجوع می کند شریک به مالک در آن چه غرامت کشیده.

و اشکالاتی که بر جواب شده: (۳) اول: قبله گاه (۴) آن که فرموده اند که «انگور مثلی است» آیا نظر به این که انگور انواع دارد، هرگاه آن شریک انواع متعدده انگور آن باغبان را تلف نموده باشد، و هر یک از انواع، مختلفه القیمه و مجهول القدر باشد و لکن

ص: ۹۶

۱- جامع المقاصد، ج ۶ ص ۲۵۸.

۲- در نسخه: و.

۳- پس از آن که سؤال کننده (یا سؤال کنندگان) پاسخ سؤال را دریافت کرده، از نو هشت پرسش کرده که میرزا(ره) نام آن ها را «اشکالات» گذاشته و یک به یک پاسخ داده است.

۴- احترام و عنوان تکریم آمیز که در آن زمان رایج بود.

مجموع من حیث المجموع معلوم القدر شود، آن شخص شریک چگونه از عهده بیرون آید، آیا چاره ای به جز صلح است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: اظهر این است که در مثلیات «تفاوت [اصناف] (۱)»

هم معتبر است؛ مثل این که: خرما مثلی است و لکن خرما می خستای اعلا از زاهدی است، باید مماثلت در صنف اعتبار شود. و همچنین انگور عسکری از انگور هائی که شیر می کنند اعلا است. و در صورت جهالت، چاره [ای] (۲) به جز صلح نیست.

دویم: این که فرموده اید که «در صورت اعواز مثل، رجوع به قیمت می شود یوم النقص»، و در مقام دیگر فرموده اید «بلی اشکل در قیمت انگور است در غیر موسم، چون در آن وقت قیمت متعارف نیست، و ظاهر این است که ملاحظه قیمت آخر اوان اعواز، شود». حال مفروض این است که باز انگور در بازارها هست در این ولایت. و مثلاً از قرار یک من ده شاهی (۳) می دهند و لکن انگور تازه نیست، یا انگور انباری هم نیست الحال، و لکن در اوان قریب به اعواز به این قیمت رسید (۴).

و انگور تازه در آن قریب به اعواز از قرار یک من سیصد دینار شد، در این سال حاضر، پنج شاهی شد (مثلاً) در سال سابق که

ص: ۹۷

۱- در نسخه: اتصاف.

۲- در نسخه: چاره.

۳- واحدهای پول ایران: دینار --- شاهی = پنج دینار --- ده شاهی = پنجاه دینار = نصف ریال --- یک ریال = یکصد دینار --- تومان = ده ریال امروز (بهار ۱۳۹۰ ش) نیز همین قرار ادامه دارد لیکن دینار و شاهی فراموش شده اند. از زمان میرزا(ره) تا (۱۳۳۷ ش) یک عنوان دیگر نیز وجود داشته است که به هر سکه «ده شاهی»، «یک پناه آباد» نیز می گفتند. زیرا سکه های ده شاهی را به فرمان عباس میرزا در قلعه پناه آباد واقع در آن سوی رودخانه ارس، ضرب می کردند. مثلاً به جای «یک ریال و نیم» می گفتند «سه پناباد».

۴- در نسخه: برسد.

عام تلف بود.

و مفروض این است که آن انگور تازه بوده است، نه انباری. حال باغبان مطالبه قیمت اعلا (یعنی قیمت انگور کهنه در انبار مانده) را می نماید به قیمت این سال. و شریک می گوید تو قیمت انگور تازه عام تلف را می خواهی که «مثل» انگور تو تازه است نه کهنه انباری و نه تازه این سال را. آیا حق، کدام است؟

جواب:

جواب: با وجود تساوی در صنف، ظاهر این است که انباری بودن و تازه بودن، منشأ خروج از مثلثیت نمی شود. و مادامی که غاصب قیمت مثل را نداده اعواز حاصل شد و باقی ماند تا سال دیگر، چنین نیست که حق او از اخذ مثل ساقط شده باشد، بل که باز رجوع به مثل می کند. و اعواز مثل در این سال دوم قیمت یوم الدفع این سال را می طلبد، نه سال سابق. این ها همه حکم انگور تالف است.

و اما حکایت ارش مویز: پس بعد مذکور می شود.

سیم: آن قدر انگور را که شریک مویز کرده است که حال باید مویز را با ارش بدهد، آیا ملاحظه قیمت چه وقت انگور را باید نمود (به جهت معلوم نمودن ارش)؟ آیا ملاحظه آوان قریب به اعواز انگور تازه [عام] (۱)؟

تلف، می شود یا عام حاضر؟-؟ یا انگور انباری با غلاء قیمت ملاحظه می شود-؟ یا آوانی که آن انگور را مویز کرده اند که حال وفور انگور بوده است در باغات-؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که هرگاه عین مویز باقی است، همان را رد می کند با ارش. و ظاهر این است که ملاحظه همان انگوری که مویز شده را می کنند. یعنی قیمت انگور تازه سال مویز شدن.

و هر چند الحال تصریحی در نظرم نیست از کلام فقها به عنوان عموم، و لکن ظاهر

ص: ۹۸

این است که قیمت نقص که آن را ارش می گویند از باب قیمّیات است، نه مثلیّات. زیرا که در این جا انگور تلف نشده که بگوئیم که انگور مثلی است و در مثلی، قیمه المثل یوم الدّفْع را باید بدهد علی الاظهر. بل که رطوبت کائنه در آن، بر طرف شده (و صدق آب هم بر آن، ممنوع است، هرگاه مسلم داریم که آب مثلی است). بل که آن ارش که قیمت آن تالف است و متعلق به آن تالف است از باب قیمّیات است که اظهر در آن اعتبار یوم التّلف است. پس ارش همان وقت تلف شدن را می گیرد. که [در] مسئله «غصب جامه که به سبب کهنه شدن، ارش متعلق شود» که اعتبار قیمت قبل از کهنه شدن، می شود هر چند قیمت جامه ترقی کند و قیمت کهنه آن مساوی قیمت ما قبل کهنه شدن بشود، علی الاقوی.

و اما توهم عدم لزوم ارش مطلقاً (به سبب آن که آن چه تلف شده است از اجزاء مائیه است که قیمتی ندارد، پس باید همان عین تنها را ردّ کند، چنان که عبارت شیخ که علامه در مختلف نقل کرده موهم آن است)، پس آن به غایت ضعیف است. و عبارت این است «إذا غصب نخلاً فأثمر رطباً رده بحاله، فإن تلف قال الشيخ: ردّ قیمه الرّطب، لأنه یضمن بالمثل، وكذا العنب والتفاح ونحوهما، وإن شمسه وتلف فعلیه ردّ مثله، لأن للتمر مثلاً. وفي الفرق إشكال»^(۱). و وجه ایهام عبارة این است که اکتفا شده است در تمر و متعرض ارش نشده هرگاه ارشی داشته باشد.

و ظاهر این است که مراد شیخ این است که تمر مثلی است و قیمی نیست پس باید مثل را ردّ کند نه قیمت را. نه این که اگر ارشی داشته باشد ارش را نگیرد^(۲).

بلی بر شیخ وارد است اشکال علامه در فرق مابین رطب و عنب و مابین تمر؛ که چرا

ص: ۹۹

۱- مختلف الشیعه، ج ۶ ص ۱۳۵.

۲- عبارت نسخه: ظاهر این است که ارش را نگیرد.

رطب و عنب هم مثلی نباشد. و آن اشکال وارد است و حق این است که آن ها هم مثلی اند. چنان که در محلّ خود بیان کردیم.

بلی از شیخ نقل شده است قول به این که هرگاه غاصب عصیر را غصب کند و طبخ کند، بر او ارش لازم نیست، زیرا که تالف اجزاء مائیه است. و آن ها را قیمتی نمی باشد. و این قول هم به غایت ضعیف است زیرا که اولاً ممنوع است که اجزاء مائیه را قیمتی نباشد. و ثانیاً بر فرض تسلیم، در آب خالص خوب است نه در مخلوط به شیرۀ انگور. و ثالثاً از کجا که اجزاء عنبی بر طرف نشود. چنان که در روغن به سبب جوشیدن تلف می شود، در آن جا اشکال در لزوم ارش نکرده اند.

این ها همه در صورت بقاء عین مویر بود. اما هرگاه عین تلف شده پس لازم است قیمت آن یوم الدفع و تفاوت آن یوم النقص. چنان که مذکور شد.

چهارم آن که: شخص شریک در حالی که عالم بوده که قدری از این محصول مال باغبان است و بلا وجه شرعی حصّه او را نیز خریده است که نصف محصول را که مشتمل به ربع باغبان نیز بوده خریده است از شخص فضولی یا وکیل صاحب باغ. سه ربع قیمت آن نصفه را که خریده است به صاحب باغ داده است. و تلف شده است آن مبلغ (۱).

و مقدار یک ربع بار در نزد شریک (که مشتری نصف محصول است) باقی است.

حال که باید غرامت ربع باغبان را بکشد، می گوید: این ربع باقی مانده، را به صاحب باغ نمی دهم این قیمت ربع باغبان است که [مستحقاً للغير] (۲) بوده من خریده ام و حال ثمن آن در نزد خودم باقی است و به صاحب باغ نمی رسد.

ص: ۱۰۰

۱- مبلغ = مقدار - در برخی از مجلدات پیشین نیز داشتیم که لفظ «مبلغ» به معنی «مقدار» به کار رفته بود. بر خلاف اصطلاح امروز که فقط در پول به کار می رود یعنی: آن سه ربع محصول (که قیمتش را داده است) تلف شده و عین آن باقی نیست. اما آن مقدار یک ربع که سهم باغبان است باقی است.

۲- در نسخه: مستحق الغير

و صاحب باغ می گوید: تو آن چه داده [ای] مرکب بود از حصّه باغبان و مال من، چون تعیین ننموده بودی و تلف هم شد. و این که باقی است در نزد تو، هم مرکب است، تو ربع این باقی را می توانی [به من] ندهی نه جمیع باقی را.

الحال، حق با کدام است؟

و اگر آن شریک ادعا کند که: من آن سه ربع را به قصد مال تو دادم به تو، و یک ربع را به قصد مال باغبان نگاه داشتم و لکن اظهار آن ننمودم. آیا سخنش مسموع است بلا یننه یا قسم (۱)،

یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه باغبان اجازه بیع را (در قدر حصّه خود) کرده که شریک باشد در ثمن بقدر الحصّه، پس در این صورت، اظهار و اشهر این است که صاحب باغ و باغبان هر دو مساوی اند در استحقاق، و یک ربع از آن چه صاحب باغ گرفته مال باغبان است و سه ربع از آن چه مانده مال صاحب باغ است. مگر به حیل [ای] از حیل شرعیّه مجموع آن چه را داده به صاحب باغ، مال او کرده باشد؛ مثل این که مصالحه کند حصّه صاحب باغ را از مجموع به آن مقدار که داده، دیگر باغبان در آن حقی ندارد (۲).

و اما هرگاه باغبان اجازه نکرده، بیع به قدر حصّه او باطل است و حق خود را به مقتضای شریعت از بایع یا مشتری (هر کدام خواهد) مطالبه می کند؛ خواه به عین گرفته باشد (اگر موجود است)، یا به مثل، یا به قیمت.

و در صورت اولی (۳)

نه یت مدیون معتبر است و نه یت صاحب طلب، و نه ادعای

ص: ۱۰۱

۱- در نسخه: با قسم.

۲- یعنی پولی را که به صاحب باغ داده از باب ثمن انگور در معامله بیع نباشد. زیرا باغبان در ثمن (انگور) شریک است در ثمن آن نیز شریک می باشد. اما در صلح چنین نیست.

۳- توجه: یعنی در صورتی که باغبان بیع را اجازه کرده باشد. - با صورت اول از سه صورت اخیر (گرفتن عین، مثل، قیمت) اشتباه نشود.

مسموع است، و نه بینه نفعی دارد. بل که ملاحظه همان قاعده کلیه می شود که «هرگاه چند نفر شریک باشند در دینی در ذمه احدی، هر قدر هر کدام بگیرند، همه در آن شریک اند بقدر الحصة، و همچنین هر قدر باقی مانده همه در آن شریک اند».

پنجم: در صورت تنازع و تلف و بقاء ثمن مبیع مستحق للغیر، بینه با کی است؟ و با عجز، قسم با کی؟ و چنان چه قسم متوجه مشتری شود، آیا باید قسم یاد نماید بر بقاء آن ثمن، یا بر عدم علم به تلف آن؟- و بر فرض توجه قسم بر مشتری، در حالی که ادعا نماید عدم تلف را (نه عدم علمش را بر تلف)، آیا قسم بر عدم تلف باید یاد نماید؟ یا بر نفی علمش به تلف-؟

جواب:

جواب: این تنازع در صورت عدم اجازه باغبان، بی معنی است و ربطی به مانحن فیه ندارد.

بلی: هرگاه باغبان اجازه بیع کرد [ه] و وکیل کرد [ه] بایع (۲) را یا صاحب باغ را در اخذ ثمن حصه او، یا آن که بعد از اخذ ثمن او را امین کرد [ه] در ضبط آن، در این صورت قول مستودع و امین در تلف مقدم است با یمین. و اقامه بینه بر او لازم نیست. و قسیمی که متوجه او می شود این است که به عنوان [بت] (۳) قسم یاد می کند که بدون تفریط تلف شده، هرگاه ادعای تفریط هم بکند، و الا همان بر نفس تلف.

و هرگاه اجازه بیع کرده اما اجازه اخذ ثمن یا ضبط ثمن نکرده، آن بایع یا آخذ ثمن ضامن است، دیگر منازعه در تلف هم معنی ندارد.

ششم: در صورتی که عین ثمن مبدل شده باشد؛ مثلاً نقد بود و مالک باغ داده و عینی

ص: ۱۰۲

۱- عبارت نسخه: و نه ادعای آن‌ها تعیین.

۲- مراد از «بایع» در این جا همان مشتری است که نصف محصول را خریده. - در این محور «پنجم» صورت مسئله عوض شده و فرض شده که عین مال نمانده نه همه آن و نه ربع آن. نه انگور و نه مویز. همگی فروخته شده و ثمن تلف شده است.

۳- در نسخه: بطن.

دیگر به آن خریده است، و عین ثانی حال باقی است. آیا این نیز تلف محسوب می شود یا نه؟-؟(۱).

جواب:

جواب: این سخن باز در غیر صورت اجازه، جاری نیست. و در صورت اجازه بیع و عدم اذن در تبدیل، هرگاه اجازه کند تبدیل را(۲)،

مستحق بدل است، و الاً مستحق اخذ اصل خود است عیناً، او مثلاً، او قیمتاً.

هفتم: هرگاه مشتری ادعا نماید جهل خود را ب- «کون بعض المبیع مستحقاً للغير». و بایع اعنی مالک باغ ادعا نماید علمش را. آیا بینة با کی است؟ و با عجز، قسم متوجه با کی است؟

جواب:

جواب: بینة بر بایع است، و با عجز، قسم متوجه مشتری است.

هشتم: انگوری را که آن شریک تلف نموده است از مال باغبان، در صورتی که حاکم شرع حکم نماید به اداء نمودن قیمت آن به باغبان، به جهت إعواز مثل. و آن شخص متلف تعویق و تأخیر نماید ادای قیمت را تا باز موسم انگور برسد. آیا باز باید همان قیمت را ادا نماید؟ یا می تواند در آن وقت بگوید: الحال، مثل انگور تو ممکن است انگور را می دهم-؟

جواب:

جواب: هر چند حکم حاکم در قضیة جزئیة لازم الاتباع است و نقض آن جایز نیست، و لکن در این جا حکم حاکم این است که بر تو لازم است قیمة المثل، و تا ادا

ص: ۱۰۳

۱- صورت مسئله در این محور «ششم» باز عوض می شود و شامل دو صورت می شود: الف: همان صورت محور پنجم که هیچ عینی باقی نمانده. ب: صورتی که ربع عین در دست آن شریک باقی است و به نظرش حصه باغبان است و آن سه ربع که به صاحب باغ داده بود و باغبان در آن سهیم بود تلف شده.

۲- زیرا تبدیل فضولی است و با اجازه صحیح می شود و اجازه کننده مستحق همان بدل (که تبدیل شده) می شود.

نشده هر وقت که ادا می کند، معتبر قیمت آن وقت است. چنان که فاضلان^(۱) و غیر هما تصریح کرده اند به این. و اگر فرض کنیم که حاکم به خصوص می گوید که فلان قدر معین به او بدهد که آن قیمة المثل وقت حکم، بوده و قضیة جزئیة می شود نسبت به وجهی که باید بدهد^(۲).

لکن کلام در این است که آیا حاکم چنین حکمی می تواند کرد یا نه؟-؟ ظاهر این است که نمی تواند. زیرا «تقویم» وظیفه حاکم نیست و غاصب مشغول الذمیه مثل است، نه قیمت. و انتقال [به] قیمت در وقت دفع است. و اگر حاکم چنین حکمی کرده باشد هم، البتّه باید منظور او این باشد که اگر حالا می دهی چون الحال قیمت او این قدر است، این قدر بده^(۳).

نه این که مطلقاً بر تو لازم است که این قدر بدهی^(۴).

ص: ۱۰۴

۱- فاضلان: محقق حلّی و علامه حلّی.

۲- یعنی: علاوه بر این که قضیه نسبت به پرداخت قیمة المثل «جزئیة» است، نسبت به مقدار وجه نیز جزئیة می شود و غیر قابل نقض می گردد.

۳- عبارت نسخه: این قدر است، این قدر دیده.

۴- در این جا ظاهراً محقق قمی کم لطفی فرموده است؛ چرا تقویم وظیفه حاکم نیست؟ مگر حاکم موظف به «فصل النزاع» نیست؟ بر حاکم است که نزاع را به طور کامل و همه جانبه حل کند. درست است: تقویم و محاسبه قیمت از موضوعات است و کار فقیه نیست و به عرف مربوط است. اما در این جا سخن درباره فقیه و کار فقهی او نیست، بل سخن در حکم فقیه است. و با بیان دیگر: سخن در فتوی نیست که «قضیة کلیه» است سخن در حکم است که قضیة جزئیة است که باید حاکم از چند یا از دو خبره عادل بخواهد که قیمت را تقویم کنند و به ادای آن قیمت تقویم شده معین، حکم کند. و این که می فرماید «انتقال قیمت در وقت دفع است»، به حدی شگفت است که با همه مبانی و ادله و قواعد قضاوت، نا سازگار است. و دقیقاً مصداق «کش دادن نزاع» است و شگفت تر این که میرزای قمی (ره) در این جا صریحاً یک دعوی و قضاوت در آن را دو مرحله ای کرده مرحله حکم به قیمت المثل را از مرحله «وقت دفع» تفکیک می کند. در حالی که اداء و دفع باید بالفور باشد. و «الغاصب یؤخذ باشد الاحوال»، حتی «فوریت دفع» در غیر غصب هم هست. و این چه مهلتی است که میرزا (ره) به غاصب می دهد؟! گویا بیان سؤال کننده که سخن از تاخیر دفع به مدت یک سال آورده، ذهن مبارک میرزا را تحت تاثیر قرار داده است. قاضی می تواند (بل باید) مقدار قیمة المثل را نیز- با بهره جوئی از نظر خبره (کارشناسان) عادل، تعیین کرده و به آن حکم کند. درست است «انتقال مثل به قیمت در وقت دفع است» در صورتی که خودشان بدون حکم حاکم به نزاع شان فیصله دهند، نه در صورتی که قاضی حکم به انتقال کرده باشد.

۲۵- سؤال:

۲۵- سؤال: زید اسبی دزدیده و به عمرو فروخته به مبلغی، و تنخواه او را گرفته (۲)،

و قدری از آن تنخواه را بکر تصرف کرده. آیا راه خلاصی بکر از شغل ذمیّه، چه چیز است؟ و حکم زید و عمرو چه چیز است؟ آیا بر بکر لازم است تفحص از صاحب اسب، یا نه؟-؟ و بر فرض معلوم شدن، لازم است بر او سؤال از اجازه و عدم اجازه، یا نه؟-؟

جواب:

جواب: اولاً- باید دید که عمرو مشتری، عالم است به غضب یا نه؟-؟ پس اگر عالم است که اسب مغضوب است و می خرد، اگر تلف شده، نه بایع غاصب که زید است که ضامن [اسب] بر اوست، [ضامن است] و [نه بکر. زیرا] ظاهر این است که (۳)

از برای زید

ص: ۱۰۵

۱- در نسخه بعد از بسم الله و الحمد لله، عبارت «و الصلوة علیها» آمده که بیش تر به شوخی نسخه بردار شبیه است. و البته در شرع مقدس این گونه شوخی ها مذموم بل در مواردی ممنوع است از آن جمله همین مورد. اشکال اساسی: در این مسئله یک موضوع مهم هست که سوال کننده از آن غافل شده و میرزا(ره) نیز به آن توجه نفرموده است و آن این است: مسئله از مسائل اساسی «کتاب المساقات» است. و نیز ماهیت مسئله در روند عملی چنین است که باغبان وقتی مستحق ربع است که «موسم کار» کاملاً تمام شده باشد. در حالی که در مانحن فیه در «وسط موسم کار»، معامله شده است که هنوز کارهای بسیاری مانده تا موسم به پایان برسد و برداشت محصول شود و باغبان مستحق ربع محصول شود. و در صورت مسئله تصریح شده که که باغبان و آن شریک، باغ را میان خود تقسیم کرده اند و هر کدام کارهای مربوط به بخش خودش را انجام داده است و باغبان کاری در سهم شریک انجام نداده است.

۲- در مجلدات پیشین هم دیدیم که «تنخواه» گاهی به معنی «قیمت» به کار می رود. و در این صورت معمولاً در جایی از آن استفاده می کنند که وجه دریافتی، مشروع نباشد.

۳- عبارت نسخه: اگر تلف شده نه بایع غاصب که زید است که ضامن بر اوست و ظاهر این است که..

و بکر (هر دو) تصرف در آن جایز است. چون عمرو ایشان را مسلط کرده بر مال خود و اباحه اتلاف آن کرده با وجود علم به عدم استحقاق مبيع. علی الاظهر. خصوصاً در صورتی که مشتری متوقع اجازه مالک نباشد. مگر این که تسلط ایشان را و اباحه مطلق را به شرط اجازه، کرده باشد.

بنابر این، بکر در صورت اتلاف مال، بریئ الذمه است از حق عمرو. چون خود مال را تلف کرده. و حق صاحب اسب در ظاهر به آن قیمت متعلق نشده چون هنوز اجازه نکرده، و تعلق او به اجازه ثابت می شود، لا غیر. و از این جهت است که در صورت بقای ثمن به حال خود، جایز می دانیم رجوع مشتری را به ثمن.

و اما اسب: پس آن مال مالک است و زید بایع، و مشتری (۱).

هر دو ضامن او هستند. و ولایت غایب بر حاکم شرع است به هر کدام خواهد می سپرد یا به ثالثی، تا صاحبش پیدا شود. و اگر تلفی رو دهد، مالک به هر کدام از زید و عمرو که بخواهد رجوع می کند.

پس در این صورت بکر به رد آن بعض ثمن به مشتری بریئ الذمه می شود، خصوصاً در وقتی که عین آن تلف شده، و عوض را نمی دهد بر همه احتمالات مسئله (۲).

و مراد از احتمالات مسئله، این است (۳).

که خلاف کرده اند در صورت علم مشتری به

ص: ۱۰۶

۱- عبارت نسخه: و زید و بایع و مشتری.

۲- صورت های مسئله عبارت است از: الف: ثمن را داده به امید (توقع) اجازه صاحب اسب. ب: ثمن را داده بدون امید و توقع اجازه صاحب اسب. و هر کدام از این دو صورت از نو دو صورت دارد: الف: در صورت بقای عین ثمن. ب: در صورت تلف عین ثمن. میرزا(ره) فتوی می دهد که در هر چهار صورت نه زید ضامن است و نه بکر. سپس نظر دیگران را در صور چهار گانه می شمارد.

۳- توجه: صورت های محتمل را همراه با فتوهای مختلف فقها می آورد.

غصب مبیع در حرمت تصرف بایع در ثمن و ضمان آن؛ پس بعضی گفته اند: جایز است تصرف، و وجوب رد (۱) و ضمان هم نیست. چنان که از صاحب مسالک ظاهر می شود (۲).

و بعضی گفته اند: جایز است تصرف، و وجوب رد و ضمان هست. چنان که ظاهر مشهور است. و بعضی گفته اند: حرام است و ضمان است مطلقاً، یعنی خواه عین باقی باشد یا نه. چنان که از محقق نقل شده (۳).

و بعضی تفصیل داده اند به وجوب رد و ضمان با بقاء عین دون صورت تلف. چنان که مختار علامه و جماعتی از متأخرین (۴).

و بعضی قائل شده اند به ضمان و جواز رجوع مشتری با تلف نیز در صورت توقع اجازه (چنان که از شهید در لمعه ظاهر می شود) و لازم آن است که با عدم توقع اجازه، جایز نیست رجوع (۵).

و اقوی قول علامه است و اتباع او (۶).

و لکن کلام ایشان در جواز تصرف و عدم آن مطلق است و تصریحی به آن نشده. و از شیخ علی (ره) ظاهر می شود که تصرف را جایز دانسته اند (۷).

توجیه این کلام این است که: فساد عقد غاصب نسبت به مشتری بدون اجازه [مالک] (۸)

و حرمت آن، مستلزم حرمت تصرف بایع در ثمن نیست. به سبب آن که مسلط کرده است او را بر مال خود در حال ایقاع بیع فاسد، نه به شرط بیع فاسد، به جهت

ص: ۱۰۷

۱- عبارت نسخه: جایز است و تصرف و وجوب رد..

۲- مسالک، ج ۲ ص ۲۱۳ ط دار الهدی.

۳- شرایع، ج ۳ ص ۱۹۴ ط دار التفسیر.

۴- ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، ج ۲ ص ۱۹۴ ط کوشانیپور.

۵- اللمعة، الدمشقیة، کتاب المتاجر، الفصل الثانی، ص ۱۱۰ ط دارالناصر.

۶- پس از آن که در بالا، به طور مطلق فتوی داد. در این جا تفصیل علامه را اقوی می داند.

۷- یعنی علامه و طرفدارانش از جمله مرحوم شیخ علی محقق کرکی. جامع المقاصد، ج ۶ ص ۳۲۵.

۸- در نسخه: بایع.

حرمت مبيع (۱).

و تسلیم مبيع و حرمت تصرف مشتری در آن، منافات ندارد با جواز تصرف بايع در ثمن به سبب رضائی که مستفاد می شود از مشتری لا بشرط.

بلی: اگر ظاهر شود از مشتری این که اباحه او تصرف را علی الاطلاق، با توقع اجازه مالک بوده و به شرط این که مبيع را از دست او نگیرند [ثمن را داده است]. در این صورت، ضمان رفع نمی شود. و این نیز منافی جواز تصرف بالفصل، نیست. غایت امر این است که حرام باشد تصرف بعد ظهور عدم اجازه با بقای عین. و این حرمتی است که طاری می شود، و قبل از ظهور حال، حرمتی نبود.

تا این جا سخن در معاملات مشتری بود با غاصب و بکر، قبل از آمدن صاحب اسب (۲).

و اما بعد از آمدن او: پس اولاً سخن را در صورتی می گوئیم که مشتری عالم به غضب بوده، پس در این صورت؛ یا این است که مالک اجازه بیع می کند، یا نمی کند. در هر یک از این دو صورت؛ یا عین ثمن باقی است، یا تلف شده. این پنج صورت است: اول این که: اجازه بیع کند و اجازه اقباض ثمن را هم بکند و عین ثمن هم باقی باشد. و حکم آن این است که مالک دیگر متعرض مشتری نمی تواند شد، و عین آن ثمن را از غاصب مطالبه می کند و همچنین از بکر. مگر آن که دادن غاصب به بکر را هم اجازه کند که در این صورت در آن مقدار، رجوع به بکر می کند لا غیر. پس اگر عین ثمن در دست غاصب و بکر است، از آن ها می گیرد.

و اگر به مشتری رد کرده باشند آن ها، می توانند از مشتری استرداد کنند. و اگر نمی توانند، غرامت آن را می دهند. و در این صورت باز مالک به مشتری هم می تواند رجوع

ص: ۱۰۸

۱- یعنی: چون می داند که اسب غضبی را می خرد، پس ثمن را به شرط بیع فاسد نمی تواند بدهد.

۲- در نسخه: است.

کند.

و فائده اجازة اقباض، این است (۱).

که گاه است که نتواند خود، عین ثمن را [از مشتری] بگیرد، و اما تواند از غاصب (بعینها [۱] و عوضها) بگیرد.

و این سخن مبتنی بر آن است که با وجود علم مشتری به غصب و بقای عین، می تواند استرداد کرد. و اما بنا بر مشهور (که نمی تواند استرداد کرد) هم - چون که غاصب به او رد کرده و الحال منتقل به مالک شده به سبب اجازه (خواه قائل باشیم به این که اجازه کاشف است یا ناقل، پس - این ثمن الحال مال مالک است. بیش از این نیست که تحصیل آن در صورت اجازه قبض ثمن، در عهده غاصب است.

دوم این که: اجازه بیع کند و عین هم باقی باشد، اما اجازه قبض ثمن را نکند؛ در این صورت عین ثمن را از مشتری مطالبه می کند (با جواز رجوع به غاصب و بکر نیز). و اگر مشتری را ممکن نشود استنفاذ آن، باید غرامت بکشد. و در این جا نیز جایز است از برای مالک رجوع به غاصب نیز. و در صورتی که غاصب و بکر رد کرده باشند ثمن را، به طریق اولی می تواند (۲) مالک رجوع کند به مشتری.

سیم این که: اجازه بیع کند و اجازه قبض را هم کند، و عین ثمن تلف شده باشد؛ پس اگر در نزد غاصب و بکر (۳) تلف شده، غرامت را از آن ها می گیرد. و اگر بعد از این که آن ها به مشتری رد کرده اند در نزد مشتری تلف شده، غاصب و بکر رجوع به مشتری می کنند. چون به سبب غرامت دادن، آن ثمن ملک غاصب و بکر می شود و در دست مشتری تلف شده، ضمان بر او مستقر شده، پس گویا آن مشتری در حکم غاصب است که ثمن را

ص: ۱۰۹

۱- عبارت نسخه: و فائده اجازه و اقباض این است.

۲- در نسخه: که به طریق اولی می تواند - البته می تواند با تسامحی درست باشد.

۳- در نسخه: غاصب دیگر.

(که مال مالک است به سبب اجازه) اخذ کرده. و دست مشتری آخر دست ها است و تلف در دست او شده.

کسی نگوید که: در صورت اتلاف غاصب، ثمن را، دیگر اجازه بیع صحیح نیست، چه جای اجازه قبض ثمن؟ به سبب آن که غاصب به عنوان ثمن بودن واقعی، تلف نکرده بل که چون مشتری او را مسلط کرده بر مال خود، تلف کرده.

به جهت آن که ما می گوئیم که: اجازه اصل بیع در این صورت، ممکن است. و خریدن(۱)

مشتری با علم به غصب و تسلیم ثمن و مسلط کردن(۲) او بر اتلاف، در حکم تسلیم ثمن است با «ضمان بشرط اجازه». پس مالک بعد از اجازه بیع، عوض ثمن را از مشتری می گیرد.

و لکن اتمام این معنی، خالی از اشکال نیست، خصوصاً با عدم توقع از اجازه. زیرا که مطلق اخراج از ملک خود، مستلزم ثمن بودن نیست که داخل ملک مالک تواند شد به اجازه. مگر این که اکتفا کنیم به همان صورت مبیعه، هر چند میل خریدن از برای خود داشته باشد و توقع اجازه نداشته باشد. بل که هر چند داند که به سبب بیع، مال او نمی شود. چنان که در بیع غاصب از برای خود و خریدن مشتری از برای خود بدون توقع اذن اجازه با بقای عین، که اجازه را مصحح می دانیم، و به جهت اجازه، نقل ثمن به مالک می شود. چنان که در رساله علیحده بیان کرده ایم.

پس بنا بر این، در صورت تلف در دست غاصب با اجازه قبض، به او رجوع می تواند کرد بنا بر قول به «کاشف بودن اجازه» چنان که مختار ما است. [پس هم اجازه بیع و هم

ص: ۱۱۰

۱- در نسخه: که خریدن.

۲- در نسخه: و تسلط کردن.

اجازة قبض هر دو] صحیح است(۱).

دون قول به «ناقل بودن».

چهارم این که: همین صورت باشد اما اجازه قبض را نکرده باشد؛ پس مشتری ضامن ثمن است. خواه در نزد غاصب و بکر تلف شده باشد، یا بعد از رد آن ها به مشتری در نزد مشتری تلف شده باشد. و در صورتی که در نزد غاصب و بکر تلف شده باشد و مالک رجوع به مشتری کرد، مشتری می تواند رجوع کند به آن ها و غرامت ثمن را بگیرد. چون کاشف به عمل آمده که مال مالک بوده و آن ها از دست مشتری گرفته اند و تلف کرده اند. پس ضمان بر آن ها مستقر شده.

و بدان که: در این صورت هرگاه عین مبیع هم تلف شده باشد، تصحیح(۲)

بیع بنا بر قول به این که اجازه ناقل است، ممکن نیست. زیرا که علاوه بر عدم امکان نقل، لازم می آید بیع دین به دین. و آن صحیح نیست. و از این جا ظاهر می شود که هرگاه [م-] بیع تلف شده باشد و ثمن باقی باشد، هم اجازه (بنا بر این قول) مشکل است، چون مستلزم بیع دین است. و لکن اقوی در آن صحت است.

پنجم این که: اجازه بیع نکند؛ و در این صورت جایز است از برای مالک رجوع به هر یک از غاصب بایع، و مشتری. پس اگر رجوع به مشتری کرد و غرامت گرفت؛ در این وقت یا این است که عین ثمن تلف شده، یا باقی است. و اظهر در صورت بقا جواز رجوع مشتری است به غاصب و بکر. دون صورت تلف که به هیچکدام رجوع نمی کند. مگر این که تصرف بکر به غیر اذن غاصب باشد. که اباحه مشتری از برای او نبوده و غاصب هم به او اباحه نکرده.

ص: ۱۱۱

۱- جواب است به اشکال بالا- که: «در صورت اتلاف غاصب، ثمن را، دیگر اجازه بیع، صحیح نیست چه جای اجازه قبض

ثمن؟»- زیرا معنای کشف، همین است که هر دو اجازه صحیح بوده است.

۲- در نسخه: و تصحیح بیع..

و اگر [مالک] رجوع به غاصبِ بایع، کرد؛ پس او رجوع به مشتری می تواند کرد در آن چه غرامت کشیده، به غیر آن غرامتی که به سبب تصرفات قبل از بیع به مشتری، کشیده. و کلام در ثمنی که مشتری به بایع داده، همان تفصیل است که گفتیم.

تا این جا کلام در این بود که می تواند به هر یک رجوع کند؛ به عین مال خود و منافع متصله و منفصله، مستوفات و غیر مستوفات. علی الاظهر. و به عوض آن ها در صورت تلف. پس اگر رجوع کرد به بایع غاصب، پس بایع هم رجوع می کند به مشتری در قیمتی که عوض عین به مالک داده هرگاه زاید بر اصل ثمن نباشد. و در زاید آن خلاف است. و اظهر عدم رجوع است، چون مشتری مغرور است و غرامت غاصب ناشی از فعل اوست و غرامت او بر دیگری نیست. و هرگاه رجوع کرد به مشتری و غرامت مبیع و منافع آن را گرفت، پس مشتری رجوع می کند به بایع در غرامتی که کشیده. چون به سبب جهالت مغرور بوده.

اما هرگاه اجازه کند بیع را؛ پس اگر مشتری قیمت را به بایع نداده، مالک قیمت را از او می گیرد اگر عین آن باقی باشد، یا عوض آن را، اگر تلف شده باشد (۱).

و اگر به بایع غاصب، داده؛ پس اگر مالک اجازه قبض را کرد، مشتری فارغ است. و [مالک] از بایع غاصب، مطالبه می کند عیناً یا قیماً.

و اگر موجود باشد عین ثمن، از هر کس که در نزد اوست مطالبه می تواند کرد. هر چند بایع فارغ نمی شود مادامی که به دست مالک نیامده. بلی: اگر مالک اجازه دادن بعض ثمن را به بکر کرد در آن مقدار، غاصب فارغ است.

ص: ۱۱۲

۱- البته بحث در جائی است که اسب را به ثمن معین خارجی، فروخته، نه به ثمن نسیئه در ذمه.

و هرگاه بائع ثمن را به مشتری رد کرده باشد قبل از اجازه، [مالک] می تواند رجوع به مشتری کرد، چون کاشف به عمل آمد که این ثمن مال مالک بوده. و بدان که باز ثمره قول به کاشف بودن اجازه، یا ناقل [بودن اجازه]، در این جا نیز در صورت تلف ظاهر می شود.

و اما سؤال از وجوب تفحص از مالک بر بکر: وجوب تفحص بر غاصب سارق است و بر مشتری. خواه عالم بوده بر غصب یا جاهل. و بر بکر واجب نیست و ضمان بر او از برای صاحب اسب نیست. بلی هرگاه صاحب اسب پیدا شود و اجازه کند بیع را، پس حکم ضمان نسبت به او همان است که پیش گذشت بعد از ظهور صاحب.

و اما سؤال از وجوب سؤال و تفحص از اجازه و عدم اجازه؛ پس ظاهر این است که واجب است تفحص هرگاه عین ثمن در دست او باشد، یا مشتری جاهل بوده به غصب و این ثمن در نزد او بعینها یا در ذمیه او [بوده]، هرگاه تلف شده. زیرا که این مالی است مجهول المالک و باید به صاحبش [برسد]، و آن بدون سؤال و تفحص نمی شود.

۱- سؤال:

۱- سؤال: هر گاه زید و عمرو شریک باشند در مزرعه [ای] در آب و زمین. و چهار سهم این مزرعه از زید باشد و یک سهم آن از عمرو، مشاعاً. و بعد عمرو سهم خود را به غیر فروخته، و زید که مطلع شده ادعای شفع می نماید. آیا می رسد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی. والله العالم.

۲- السؤال:

۲- السؤال: اذا كان دكان (۱) بين رجلين و مات احدهما من زوجة و بنت، و باع الآخر شقصه من زید. و مضى من ذلك مدة مدیده فمات البنت عن وراث صغار و كبار.

ص: ۱۱۵

۱- و در نسخه: دکان صغیر. - گویا کسی این مسئله را در جامع الشتات خوانده، و در آخرین سطرهای جواب، در کنار «نهر صغیر»، «طریق صغیر» لفظ «دکان صغیر» را دیده، آمده در متن سؤال نیز لفظ «صغیر» را نوشته است. و نسخه بردار آن را از کنار سطر به درون سطر منتقل کرده و سپس متوجه شده و خط کوچکی به روی آن زده، همان طور که اشتباهات خودش را نیز با همان خط کوچک مشخص می کند. و اگر سؤال کننده لفظ صغیر را آورده بود باید می گفت: «دکان صغیر لا یقبل القسم» و الا لفظ «صغیر» لغو می شود. و بحث مصنف (ره) در سطرهای آخر جواب، یک بحث مستقل است برای تکمیل ابعاد مسئله شفعه. در واقع همه ابعاد و اقوال مختلف درباره شفعه را بررسی کرده حتی آن مشترکاتی را که قابل قسمت نیستند. و جالب این که طرف مقابل نیز از نو مسئله را از میرزا (ره) پرسیده که مسئله شماره ۳، است، و در آن سخنی از صغیر یا کبیر بودن دکان، به میان نیامده با این که اگر «دکان صغیر و غیر قابل قسمت» بود، به نفع او بود.

و الحال يريد الكبار من الوراثة و قيم الصغار الاخذ بالشفع، متمسكين بان مورثهم كان جاهلاً بثبوت حق الشفع له، او بفوريته. فهل لهم ذلك؟

الجواب:

الجواب: نعم لهم ذلك اذا جهل المستحق بالحق او بفوريته (و كذلك وارثه) ان آخر الادعاء و ثبت الجهل في نفس الامر، [اذ] اعترف به (١) المشتري.

و اما لو وقع التداعي فيه: فالقول قول مدعيه ان لم يدع خلاف الظاهر. بان يكون ظاهر حاله الصدق، لعدم فطانته و معرفته بالاحكام. فيعتضد باصالة عدم العلم.

و هذا المقام يختلف باختلاف صورة الدعوى، و لا دخل له باصل مسئله معذوريه الجاهل.

و تحقيق المسئلة يتوف على ذكر مقدمات: الاولى: ان اصحابنا اختلفوا في ان الاخذ بالشفع على الفور؟ او التراخي؟ و الاشهر الاظهر المدعى عليه من الشيخ الاجماع (٢)، هو الاول. و عن السيد و ابن الجنيد و ابى الصلاح و ابن ادريس، الثانى. و ادعى عليه فى الانتصار الاجماع (٣). لنا: ان حق الشفع على خلاف الاصل، و القدر المتفق عليه هو ذلك، فلنقتصر عليه. و لادن تاخيره يوجب الضرر على المشتري غالباً اذا بنى فيه او غرس او نحو ذلك.

و ما دفعه به المرتضى (ره) من انه يعرضه على الشفيع فاما ياخذة او يعرض عنه، فلا ينفع اذ مع عدم وجوب اختيار احد الامرين على الشفيع فقد لا يختار احدهما و يماطل او يختفى عنه تراخياً. و على فرض تسليم احد الامرين عليه ايضاً، لا يستلزم تركهما

ص: ١١٦

١- اى اعترف المشتري بجهل الشريك.

٢- الخلاف، ج ٣ ص ٤٣٠ - ٤٣١ ط جماعة المدرسين.

٣- الانتصار، ص ٢١٩.

و يدلّ عليه ايضاً، الاخبار مثل ما روى عنه (صلّى الله عليه وآله وسلم): «الشفعة كحلّ العقال». و لعلّ المراد به أنّ زمان الاخذ بها تصير بمقدار زمان حلّ العقال. او أنّ ثبوت حقّ الشفعة يشبه حلّ العقال. فكما أنّ للبعير حالتين لا يتمكّن عن ركوبه: الاولى حال العقل فأنّه لا يمكن الانتفاع بركوبه حينئذ. و الثانية حال تخلّصه و قيامه عن حالة العقل، فأنّه يصعب ركوبه حينئذ ايضاً او يمنع. فيلزم لمن اراد ركوبه، مراقبه حال الحلّ ليسهل عليه الركوب. فالمبيع قبل بيع الشريك كالبعير المعقول لصاحبه، و بعد اللزوم للمشتري و التقاعد عن الاخذ بالشفع، يصير كالبعير المحلول القائم عن حال العقل. و اول آيات التمكّن من الاخذ بالشفع للشفيع، كحالة الحلّ، فان عقل عنه، يسترّد عنه هذا البعير.

و ما روى عنه (صلّى الله عليه وآله وسلم): «الشفعة لمن واثبها» (٢) اي لمن عاجلها.

و حسنه على بن مهزيار: «قال سألت أبا جعفر الثاني (عليه السلام) عن رجل طلب شفعة أرض فذهب على أن يخرجه المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها أو يبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة قال إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلثه أيام فإن أتاه بالمال وإلا فليبع و بطلت شفعتها في الأرض وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد إلى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلده و ينصرف و زياده ثلثه أيام إذا قدم فإن وافته وإلا فلا شفعة له» (٣).

وجه الدلالة: حكمه (عليه السلام) ببطالان الشفعة بعدم احضار الثمن في الثلاثة، و ذلك لا يصحّ

ص: ١١٧

١- اي: لو لم نقل بالفوريّة و أوجبنا على الشفيع احد الامرين (إما الاخذ و إما الاعراض عن الشفع)، لو ترك الشفيع كليهما، لا يبطل حقّه. لأنّه لا دليل على البطلان. فيبقى امكان المماطلة و الضرر.

٢- تذكرة الفقهاء، ج ١٢ ص ٣١٢ ط الحديثه. - ايضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد ج ٢ ص ٢٠٩.

٣- الوسائل، ج ٢٥ ص ٤٠٦ كتاب الشفعة، باب ١٠ ح ١.

الأعلى القول بالفور. فإنَّ القائل بالتراخي يقول ان حقَّ الشفعة لا يسقط إلا بان يصرح الشفيع باسقاط حقه.

قال العلامة في التذكرة (بعد ذكر الحديث) في وجه الاستدلال به: و لو كانت الشفعة على التراخي، لم يسقط الشفعة بتأخير الثمن، بل كانت يفتقر الى تجديد فسخ كما افتقر البائع اذا أحر المشتري اداء الثمن بعد ثلاثة.

اقول في توضيحه: انَّ مع القول بالتراخي لا يبطل حق الشفعة إلا بتصريح الشفيع بالاسقاط، او بحصول عجزه عن الثمن، او بمماطلته مع القدرة، بعدم مجيئه بالثمن بعد المدة المذكورة في الخبر. [و العبارة في الخبر] اعم من العجز و المماطلة. فلا يصح الحكم بالبطلان على القول بالتراخي مطلقاً. لكن الحديث حَكَم بالبطلان، فثبت بطلان القول بالتراخي.

هذا اذا جعلنا المراد من قول الراوي «عن رجل طلب شفعة ارض» اظهار أنني اريد ان آخذ بحق الشفعة (1) فانتظر حتى اجيء بالثمن. لا أنني اخذت بالشفيع. فيكون المراد من تجديد الفسخ في كلام العلامة هو فسخ الشفيع لا المشتري، فيكون المراد من الفسخ اسقاط الحق، لا معناه الحقيقي.

و ان جعلنا المراد من طلب الشفعة في كلام الراوي هو الاخذ بالشفعة (كما هو متداول في كلام الفقهاء، و صرح بارادته من كلماتهم ذلك في المسالك (2)، و ان كانوا قد يطلقون على المعنى الاول ايضاً)، فتوجيه الاستدلال حينئذ؛ انَّ من شرط الاخذ (3) بالشفعة، هو تعجيل دفع الثمن و لو بان يرضى المشتري بان يكون في ذمة الشفيع (على القول بتوقف

ص: ١١٨

١- و في النسخة: بحد الشفعة.

٢- المسالك، ج ٢ ص ٢٢٣ ط دار الهدى.

٣- عبارة النسخة: من ان شرط الاخذ.

الملك(١) على التقابض) سيّما اذا كان ثمن اصل البيع حالاً. و تراخى ذلك المجموع- اعنى الاخذ بالشفع و اعطاء الثمن- يضرّ، على القول بالفور مطلقا. و ان لم يتراخ نفس الاخذ فقط.

بخلاف القول بالتراخى، فإنّ تاخير ذلك المجموع لا- يضرّه مطلقا و فى جميع الاحوال، حتى اذا لم يحصل العلم بأنّ سبب التراخى هل كان هو العجز او المماثلة ايضا. اذ لعله كان لعذر مسموع. بخلاف القول بالفور؛ فأنّه يضرّه ما لم يثبت أنّه كان لعذر مسموع.

فالحكم بالبطلان فى الحديث فيما لم يعلم كون التأخير لعذر مسموع، لا يناسب القول بالتراخى. فظهر أنّ الحديث مبنى على أنّ الاصل، الفور. و التأجيل فى الثلاثة رخصة من الشارع، و لم يثبت فيما بعده بل ثبت عدمه بهذا الحديث.

و يمكن ان يكون مراده(٢) أنّ بعد الاخذ بالشفعة و عدم مجيئه بالثمن فى ذلك الزمان، لا- يزول حق الشفيع على القول بالتراخى. غاية الامر ان يحصل للمشتري تسلّط على التصرف فى ماله، فان لم يتصرّف فيه و رضى باخذ الشفيع، فلا كلام. و ان اراد ابطال حق الشفيع فلا بد له من الفسخ. فيكون المشتري بمنزلة البايع و الشفيع بمنزلة المشتري، فيطابق مثاله للممثل له(٣). و الحاصل: أنّ قوله(عليه السلام): «بطلت شفيعته»(٤) دون ان يقول «يحصل التسلط للمشتري على الفسخ»، يدلّ على الفور و أنّه لم يبق حقّ الشفيع حتى يحتاج الى الفسخ. فتأمل فى ذلك.

ص: ١١٩

١- و فى النسخة: التملك- و له وجه.

٢- اى مراد العلامة.

٣- اى فيطابق تمثيل العلامة الشفيع فى هذه الصورة، للبيع.

٤- و فى النسخة: بطلب شفيعته.

و قال فى المسالك فى شرح قول المحقق «و لو ادعى غيبة الثمن، اجل ثلاثة فان لم يحضره بطلت شفيعته. فان ذكر ان المال فى بلد آخر، اجل بمقدار وصوله اليه و زيادة ثلاثة ايام ما لم يتضرر المشتري»^(١). ان المراد ببطانها على تقدير عدم احضاره فى المدة المضروبة، سقوطها، ان لم يكن اخذ. و تسلط المشتري على الفسخ، ان كان قد اخذ^(٢).

و ليس فى الرواية دلالة على هذا التفصيل. كما صرح به فى الكفاية ايضا. بل الظاهر انه لا يصح حمل الرواية عليه لاستلزامه استعمال اللفظ فى المعنيين الحقيقى و المجازى. و لعل ما ذكره مبنى على عدم توقف الملك على التقابض. و هو خلاف مختاره ايضا.

و بالجملة: المراد بكلمة «طلب» فى السؤال، اما اظهار ارادة الاخذ؛ فمعنى «بطلت شفيعته» و «لا شفيعه له» فى الجواب، هو سقوط الشفيعه. و اما الاخذ بالشفيعه؛ فمعناها تسلط المشتري على الفسخ. و لا يصح ارادتهما معاً من اللفظ فى اطلاق واحد. و من ذلك يظهر انه لا يصح التمسك بترك الاستفصال فى ذلك، بان يقال: المراد هو الاول، و لكنه يحتمل ان يكون ذلك متعقباً بالاخذ و عدمه.

هذه الوجوه التى يمكن تصويرها فى الاستدلال.

لا يقال: ان ذلك انما يدل على عدم ثبوت الشفيعه فى مادة خاصه. فلا يدل على الفوريه مطلقا.

لا تا نقول: لا قائل بالفصل. كما صرح به جماعة؛ كفخر المحققين، و الشهيدين، و المقداد. و المراد بعدم القول بالفرق، ان من يقول بالفور، يقول بالبطلان بعد انتظار الثلاثة فى صورة العذر و الامهال^(٣) لاحضار الثمن الى ثلاثة ايام. و فى غيره، كاليوم الاول لمن لم

ص: ١٢٠

١- الشرايع، ج ٣ ص ٢٠١ ط دار التفسير.

٢- المسالك، ج ٢ ص ٢١٩ ط دار الهدى.

٣- و فى النسخة: و هو الاهمال..

يتعدّر بذلك. فالحديث اذا اثبت البطلان بعد الثلاثة في هذه الصورة، اثبت البطلان بالتأخير في غير هذه الصورة كالיום الاول اذا لم يكن هناك امهال و [ما] تحقق امهال.

و كذلك لا قائل بالفرق في جانب التراخي؛ فمن يقول به يقول به مطلقا. و ليس في اصحابنا من يحدّده بثلاثة ايام حتى يقال انّ الحديث دليل التراخي. و عبارة الايضاح هكذا: «وجه الاستدلال أنّه عليه السلام حكم ببطلان الشفعة بعد مضيّ ثلاثة ايام اخرّها للعذر، فلو كان حق الشفعة لا على الفور، لم تبطل شفעתه بالتأخير مطلقا، لعدم القائل بالفرق. فالقول به احداث قول ثالث و هو باطل باجماعنا»(1).

احتجوا بالاستصحاب لما ثبت، و اصالة عدم الفوريّة، و الاطلاقات، و الاجماع نقله السيّد في الانتصار(2). و الاستصحاب موقوف على تسليم كون متعلّقه قابلاً للاستصحاب، و نحن نمنع ثبوت اصله مطلقا حتى يقبل الاستصحاب. بل انّما المسلّم منه هو ثبوته فوراً، و المقيد غير قابل. و [كذا] الامر الدائر بين المطلق و المقيد، غير قابل للاستصحاب(3)، كما حققناه في الاصول.

و اصالة عدم الفوريّة، لا معنى لها الا اصالة عدم التخصيص. و قد بيّنا المخصّص(4).

و اما الاجماع: فهو ممنوع، و قد تقدم دعواه [في] الخلاف [على خلافه](5)، و تأخّره(6).

ص: ١٢١

١- ايضاح الفوائد، ج ٢ ص ٢٠٩ ط كوشانپور.

٢- الانتصار، ص ٢٢٠.

٣- و في النسخة: الانسحاب.

٤- حين قال: لنا انّ حق الشّفعة على خلاف الاصل و القدر المتفق عليه، هو ذلك فلنقتصر عليه.

٥- عبارة النسخة: و قد تقدم دعواه الخلاف.

٦- اى: الاجماع المنقول الذي نقله السيّد، متاخر عن الاجماع الذي نقله الشيخ في الخلاف.

الثانية: (١) أنها لا تبطل بالتأخير مع العذر و ان قلنا بالفوريّة. و الظاهر أنه ايضا اجماعى. فان وقع خلاف فأنما هو فى كون العذر عذراً، [لا فى] العذر الثابت (٢). و الظاهر من الاجماع و الاخبار (٣)، أنّ العذر يجوز التأخير. و اما تعيين العذر و تخصيصه: فهو ليس منوطاً بنصّ خاصّ حتى يقتصر على موضعه. فقد تراهم ذكروا فى ذلك مواضع شتى ليس اكثرها فى روايه و لا دليل، مثل انتظار الصّبح اذا اطّلع فى الليل (٤). و كذا لو ترك لتوهمه كثرة الثمن لاماره او جبهته كإخبار مخبر ثمّ ظهر كذبه فبان قليلاً. او لتوهم الثمن ذهباً فبان فضةً. او حيواناً فبان قماشاً. او كان محبوساً بحق و هو عاجز عنه (٥) و عن الوكاله. او كان محبوساً بباطل و ان قدر على ادائه (اذ لا يجب عليه دفع ما ليس مستحقاً عليه) لكن يشترط عجزه عن التوكيل. و كذلك لو بلغه أنّ المشتري اثنان فترك فبان واحداً. او بلغه أنّه اشترى لنفسه فبان لغيره، او بالعكس، لاختلاف الاغراض فى ذلك.

قال فى المسالك: المرجع فى جميع هذه الفروض و نظائرها، الى كون التأخير لغرض صحيح او عذر مقبول لا يخلّ بالفوريّة المعتره. و ممّا يختلف الاغراض باختلافه، زياده الشركاء و نقصانهم، و خصوصيات الشريك. و ذلك امر واضح.

اقول: و من الاعذار، الجهالة بمسئله الشفعة و حصول الاستحقاق. و كذلك الجهالة بالفوريّة مع العلم بالاستحقاق فى الجملة ايضا. كما أنّ الجهل بنفس البيع، عذر قطعاً و لا يضرّ بالفوريّة. بل و هذان من اعظم الاعذار و اوجبها، لعدم بطلان الشفعة على القول

ص: ١٢٢

١- اى: الثانية من المقدمات التى ذكرها فى اول الجواب.

٢- عبارة النسخة: فلعذر الثابت من.

٣- عبارة النسخة: من ظاهر الاجماع و الاخبار.

٤- اى: سمع خبر البيع فى الليل.

٥- اى: عن اخذ الشفعة.

بالفوريّة أيضاً. وهذا مودى اطلاق اكثر هم حيث قيدوا بطلانها بترك المطالبة مع العلم و عدم العذر. و في كلام بعض آخر: «لو اخره مع امكانه بطلت شفيعته». و لا ريب ان الجهل من اسباب عدم الامكان. و امثال ذلك.

و مصرّح به في كلمات جماعة: منهم العلامة في التذكرة في مواضع عديدة؛ منها قوله (ره) «مسئلة: اذا علم بالبيع و جهل استحقاقه للشفعة، لم يبطل شفيعته و كان له طلبها بعد العلم. الى ان قال: فكل ما يعدّ تقصيراً او توانياً في الطلب فانه مسقط لها» (١). ثم قال بعد ذلك «مسئلة: لو لم يحضر الطلب و لم يمشى الشفيع الى المشتري و مشى الى الحاكم فطلب الشفعة، لم يكن مقصّراً في الطلب. سواء ترك مطالبته المشتري مع حضوره او غيبته. اما لو اقتصر على الاشهاد بالطلب و لم يمش الى المشتري و لا الى القاضى مع امكانه؛ قال الشيخ لا يبطل شفيعته لعدم الدليل عليه. و به قال ابو حنيفة. و قال الشافعي يكون مقصّراً و بطلت شفيعته. و لو جهل البطلان كان عذراً و لم يكن مقصّراً، كما لو جهل اصل الشفعة» (٢). الى آخر ما ذكره. ثم قال «مسئلة: لو اخر الطلب و اعتذر بحصول مرض او حبس او غيبة، و انكر المشتري، قدّم قول الشفيع ان علم حصول العارض الذي ادّعه. و ان لم يعلم له هذه الحالة، قدّم قول المشتري، لاصالة العدم و اصالة عدم الشفعة. و لو قال لم اعلم ثبوت حق الشفعة، او قال اخرت لاني لم اعلم ان الشفعة على الفور، فان كان قريب العهد بالاسلام او نشأ في قرية لا يعرفون الاحكام، قبل قوله و له الاخذ بالشفعة، و الا فلا» انتهى (٣).

و يظهر من كلامه (ره) ان كون الجهل عذراً ممّا لا كلام فيه، انما الكلام في السماع في

ص: ١٢٣

١- التذكرة، ص ٦٠٤ ط قديم.

٢- المرجع، ص ٦٠٥- لكنّ عبارة المرجع مضطرب والصحيح ما جاء به المصنف (ره).

٣- المرجع، ص ٦٠٥.

صورة التداعي و ملاحظه حال الاشخاص. و هو كما ذكره.

و منهم الشهيد(ره) في الدروس: حيث قال «و الأقرب أنّ النسيان و جهاله الشفعه و جهاله الفوريه اعذار في من يمكن ذلك في حقه»(١).

و قال الشهيد الثاني في الروضة: في شرح قول المصنف «إذا علم، بطلت»: «عالمًا مختارًا و يعذر جاهل الفوريه كجاهل الشفعه و ناسيها. و يقبل دعوى الجهل ممن يمكن(٢) في حقه عاده. و كذا يعذر مؤخر الطلب إلى الصبح لو بلغه ليلاً. و إلى الطهاره و الصلاه (و لو بالأذان و الإقامه و السنين المعهوده و انتظار الجماعه لها). و الأكل و الشرب، و الخروج من الحمام بعد قضاء وطره منه، و تشييع المسافر، و شهود الجنازه، و قضاء حاجه طالبها، و عياده المريض، او نحو ذلك، لشهاده العرف به»(٣).

و قال في المسالك في شرح قول المصنف «إذا باع الشفيح نصيبه بعد العلم بالشفعه، الخ»: «إذا باع الشفيح نصيبه قبل ان ياخذ بالشفعه، فان كان بيعه بعد العلم بها و حصل شرائط فوريتها (على القول بها) فلا اشكال في بطلان شفيعته. لأن اشتغاله عن الاخذ بالبيع، مخلّ بالفوريه المعبره فيها. و ان كان قبل ثبوت الفوريه فيها حينئذ - كما لو لم يكن عالمًا بمقدار الثمن، او جاهلاً بالفور و نحو ذلك - فباع. او باع [غير(٤) عالم بالشفعه، ففي بقائها مطلقاً، او زوالها(٥)، او التفصيل، اقوال]. الى آخر ما ذكره قدس سره.

و يظهر من العلامه في التحرير - بعد توقفه في اصل مسئله الفور و التراخي و ذكره

ص: ١٢٤

١- الدروس، ج ٣ ص ٣٦٥ ط جماعة المدرسين.

٢- و في النسخه: بمن تمكن.

٣- الروضة: ج ٤ ص ٤٠٦.

٤- و في النسخه: عن - راجع المسالك، ج ٢ ص ٢٢٦ ط دار الهدى.

٥- و في النسخه: ام زوالها.

اعذاراً مجوّزةً للتأخير (على القول بالفور) كلّها اهون من الجهل و النسيان - التوقف في الجاهل و الناسى. قال «و لو قال نسيت فلم اذكر المطالبه، او نسيت البيع، بطلت. لانه خيار عن الفور، اذا اخره نسياناً، بطل. و يحتمل عدم البطلان، لانه عذر. و كذا التردد لو قال جهلت باستحقاق الشفعة، مع امكانه في حقه»^(١).

و رأيت في حواشى النافع - و لعله من المحقق الشيخ على (ره) - قال (بعد اختياره الفور): «و لو جهل الفورية مع العلم بالبيع و استحقاق الشفعة، ففي ثبوت حقه قولان. و السقوط اقوى. بخلاف الناسى و الجاهل بثبوت الشفعة»^(٢).

هذا ما حضرني من كلماتهم. و الذى اراه في وجه توقف العلامة في صورة الجهل، مع قبوله للاعذار التى هي اهون منه بمراتب شتى، هو اعتماده على قاعدتهم من «عدم معذورية الجاهل»، و تعميم ذلك في المعاملات و الاحكام الوضعية. و هو بعيد. فان قلت: هل وجدت في كلماتهم تصريحاً بانّ الجاهل غير معذور في المعاملات و انه لا يترتب على معاملته اثر شرعى -؟؟ قلت: نعم: وجدت ذلك في كلام العلامة في جواب مسائل السيد مهنا بن سنان، حيث سئله عن صحة البيع او الطلاق او الخلع، اذا لم يكن عن اجتهاد او تقليد؛ انه يجوز التصرف في ما وصل اليهما، و هل يجوز لغيره العقد على تلك الزوجة؟ [ام] لا (لعدم تحقق الشرط و هو الاجتهاد او التقليد)؟ فاجاب: انّ كل حكم شرعى فرعى لا يعلم ثبوته من الدين ضرورة، فانه يجب فيه الاجتهاد على المجتهد او التقليد على المقلد.

ص: ١٢٥

١- التحرير، ج ٢ ص ١٤٧، ١٤٨.

٢- الظاهر انّ هذه الحواشى مخطوط و ما طبع الى الان.

و ظاهر الجواب مطابقاً للسؤال، عدم ترتب (١) الاثار. و توجيهه (٢) في ما نحن فيه: انّ الجاهل بحكم الشفع او الفور، اذا اُخِر الاخذ، فهو كالعالم المُوخّر بلا عذر. لانّ الجهل ليس بعذر، لانه قَصّر في حق نفسه فجعل هو نفسه غير متمكن عن الطلب.

و فيه اولاً: بانّ تحصيل غير العبادات و المعاملات الضرورية التي هي مناط تكليفه، لم يثبت وجوبه، و هذا منه.

[ثانياً]: و على فرض وجوبه، فهو انما يتم اذا لم يكن المكلف غافلاً بالمرّة، او عن تحصيل هذه المسئلة. نعم اذا تفتن الاحتمال بثبوت الشفع، او احتمال فوريته، و لم يسئل عنه و توانى عن الطلب، فلسقوطه حينئذ وجه. و لكن الاطلاق غير موجه.

و اما التفصيل المنقول عن الشيخ على (ره): فيمكن ان يكون ناظراً الى انّ المتفتن لاصل مسئلة الشفعة، غير معذور بالنسبة الى جهل فوريته. لاجل التفتن و التمكّن. فكانه صار عالماً بالمسئلة اجماعاً. و جوابه: منع الاستلزام.

و حينئذ نقول يدل على معذورية الجاهل بمسئلة الشفعة او الفورية، وجوه:

الاول: ظاهر فتاويهم التي يوشك ان يكون اجماعاً. فان كل الاصحاب قائلون بجواز التأخير مع العذر، فالنزاع انما يتصور في حقيقة العذر. و قبولهم للاعذار الالهون-[-ه] من ذلك، شاهد على غفلتهم عن التأمل في هذا، او حوالتهم ذلك على قواعدهم من «عدم معذورية الجاهل، او معذوريته». كما سنشير اليه. مع انك قد عرفت انّ المتوقف ايضاً لم يمنع صريحاً. و قد يتوهم انه يظهر من عبارة المختلف و القواعد و غيرهما؛ انّ القائلين بالفور متفقون على عدم معذورية الجاهل به.

ص: ١٢٦

١- و في النسخة: تربة.

٢- و في النسخة: توجيه.

فلنقتصر على عبارة المختلف: وهي هذه: «قال الشيخ في النهاية و المبسوط: حق الشفعة على الفور فمتى علم الشريك بالبيع و تمكن من المطالبة فاهمل، بطلت شفيعته. و به قال ابن البراج و ابن حمزة و الطبرسي» الى آخر ما ذكره. و وجه التوهم ان من علم بالبيع و الشفعة و لم يكن له عذر من الاخذ، لا يمنعه الجهل بالفوريه عن الاخذ و يتمكن حاصل معه.

و فيه: ان مراده من هذا الكلام و ما شابهه، ان الاهمال مسقط للشفعة (على القول بالفوريه). و ليس كل من [آخر] (1) الاخذ لاجل اعتقاده التوسعة (سيما بعذر لا يضر بالمشتري) يصدق عليه انه اهمل. بل الاهمال انما يطلق على من علم اللزوم و قصر فيه. [بل] (2) لا يبعد ان يقال: ان ظاهر هولاء [انهم] متفقون على المعذوريه، كاصل مسئله الشفع. و صرح في التذكرة و هو شاهد على ذلك. و لعله لذلك لم يذكر المسئلة بخصوصها في المختلف لانه موضوع للمسائل الخلافية.

فلا يتم القول بان المفهوم منه انهم متفقون ان العالم بمسئلة الشفع الجاهل بفوريته، متمكن من المطالبة و ان المتمكن اذا ترك الطلب، بطلت شفيعته. لان الترك اعم من الاهمال، و ما ذكره هو الثاني. مع ان الظاهر ان مرادهم من التمکن هو الغير المعذور، سواء كان العذر موجبا للحالة او العسر، لا مطلق الامكان الذاتي. و لذلك ذكروا في جملة الاعذار المجوزة للتراخي، الحبس ظلماً مع التمکن من التخلص باداء المال. فان ذلك و ان لم يجب شرعاً لكنه جائز. و ذكروا ايضاً منها مظنة زيادة الثمن و كون المشتري فلاناً، لا فلاناً. مع ان شيئاً من المذكورات لا يوجب الخروج عن التمکن. كما هو واضح.

ص: ١٢٧

١- و في النسخة: الاخر.

٢- و في النسخة: من.

فان قلت: انّ ادعائه انّ الثمن زائد و المشتري فلان، حوّل ارادته عن الاخذ، و مع عدم تعلق الارادة فهو غير متمكن.

فكذلك نقول: انّ ادعائه انّ الشارع رخص له في التأخير (لما فهمه من الاطلاق) حوّل ارادته عن الاخذ الان. فهو غير متمكن. بل هذا اظهر. لانه معتمد على رخصة الشارع.

و ذكروا ايضاً من جملة الاعذار، تشييع المسافر و الجنازة. فانهما لا يرفعان التمكن جزماً، و يصدق عليهما انهما متمكانان عن الاخذ مع عدم وجوبهما عليه. كما هو المفروض.

فان قلت: انهما ليسا من باب العذر، بل لانهما لا يخلان بالفورية عرفاً. بخلاف التأخير لجهالة الفورية في مدّة متمادية. سيما اذا كثر المتمادى، فانه ينافى الفورية عرفاً.

قلت: اولاً لا نسلم عدم منافاتهما للفورية عرفاً و ان اوجب التمادى مطلقاً. و ثانياً: انّ العرف كما هو محكم في نفس الفور، فهو يحكم في الاخلال به ايضاً، و لا ريب انّ التراخي لاجل جهالة الفورية لا يسمى مخللاً (1) بالفور عرفاً. سيما اذا كان في زمان قليل. بل الاخلال و الاهمال في الفور، انما يطلق عرفاً على المقصّر العالم بالفورية.

و الظاهر انّ هذه الغفلة مبيّنة على الخلط بين «التوقيت» و «الفورية». و التوقيت هو الذي لا فرق فيه بين العالم و الجاهل، و انّ تحققه في الخارج يحتاج الى دليل آخر، و لا يضرّ تعميمه بالنسبة الى الجاهل؛ بمعنى انّ خروج الوقت ينفي بقاء التكليف به و تحقق اثره. ولكنّ الفور قد يتفاوت الحال فيه بين العالم و الجاهل. بل لا يصحّ بالنسبة الى الجاهل، فانه تكليف و خطاب، و ان كان الخطاب وجوباً شرطياً. فانّ الوجوب الشرطي

ص: ١٢٨

١- و في النسخة: نخلا.

ايضا يستلزم طلباً شرعياً و هو «حرمة المشروط بدون الشرط». و مقتضى التوقيت هو البطلان فى الخارج(١)، مضافاً الى اللزوم فى الوقت. و مقتضى الفور أنّما هو اللزوم فى الان الاول، لا البطلان فى الان الثانى. سيّما اذا كان الفور ثابتاً من دليل آخر غير ما دلّ على اصل الحكم. كما حقّقنا، فى الاصول.

و القول بالبطلان فى العالم أنّما هو لاتفاقهم عليه، لدلالة دليل الفور عليه. و الجاهل باق تحت قاعدة الفور من بقاء الحكم فى الان المتأخّر(٢). مع أنّنا نقول أنّ التوقيت ينافى معذورية الجاهل باصل مسئلة الشفعة ايضاً. و كذا الناسى(٣).

فان قلت: أنّ وقت الاخذ أنّما هو اول آتات(٤) التمكن(٥)، و هو مفقود فيهما(٦).

قلت: ما [١]لدليل على هذا التحديد(٧)؟

فان كان هو الاجماع، فلا يخفى فساده. لأنّ بعضهم لم يعذرهما، و بعضهم توقف فيه. فلاحظ الدروس و التحرير و غيرهما. و ان كان لزوم العبث و العراء عن الفائدة؛ فقد عرفت (وستعرف) وجوده على القول بعدم معذورية

ص: ١٢٩

١- اى: خارج الوقت.

٢- توضيح: مراده (ره) أنّ الشفيح اذا ترك اخذ الشفعة فى الان الاول لجهله، فياخذ فى الان الثانى فوراً. فالفورية باق الى آن حصول العلم. بخلاف التوقيت.

٣- فعلم من هذا أنّ بين التوقيت و الفورية فرقاً، و الاكثر لا يقولون بانّ من جهل او نسى اصل الشفعة فلا شفعة له. فثبت أنّه لا محلّ للتوقيت فى مانحن فيه. و الفورية ليست بمعنى التوقيت.

٤- و فى النسخة: اناث.

٥- تذكرة: يقول القائل: سلّمنا أنّ بين الفورية و التوقيت فرقاً، لكننا نقول أنّ نفس الفورية فى المسئلة، موقّفة بتوقيت. و وقتها اول آتات التمكن. فهنا فورية مع توقيت، كلاهما.

٦- اى: ليس للجاهل باصل الشفعة و ناسيها، اول آتات حتى يتمكّن من الاخذ. لكنّ الجاهل بالفورية متمكن من الاخذ.

٧- اى: ما الدليل للتوقيت فى الجهل بالفورية، و عدم التوقيت فى الجهل باصل الشفعة. ان قلت: الدليل هو الاجماع بعدم التوقيت فى الجهل باصل الشفعة. نقول: لا اجماع فيه ايضاً.

الجاهل بالفور، ايضاً. مع أنّ غاية ذلك أنّه يثبت جواز الاخذ للجاهل و الناسى في الان المتأخر بعد علمه و لا ينفى ما بعده حتى يكون محققاً للتوقيت.

و بالجملة: العدى يظهر من كلماتهم جميعاً، أنّ المقصير و المتوانى (1) في الطلب، أنّما هو الذى فوّت على نفسه حقه. و أمّا المتراخى من جهة الجهل بالفورية (و خصوصاً فى زمان قليل، و خصوصاً اذا لم يضرّ بالمشتري) فداخل تحت عموم الشفع، و لا يعدّ مقصراً و لا متوانياً. و [الذى يظهر من كلمات بعضهم من] التوقف او الذهاب الى عدم كونه عذراً، فلعله لعدم قوله بمعذورية الجاهل. و لذا توقّف العلامة فى التحرير فى الجاهل باصل مسئله الشفع (2). مع أنّه غير متمكن من الاخذ يقيناً. فإنّ توقفه ذلك انما هو على القول بالفورية، و الأ فهو فى اصل مسئله متوقف فى التحرير.

فاذا اراد القائل ان يستفيد عن اطلاق كلامهم، أنّ ترك الاخذ مع التمكن الذاتى مبطل للحق، فيلزمه ان يقول باستفاده أنّ ترك الاخذ مع عدم تمكن الذاتى غير مبطل للحق. و لازم ذلك ان يكون ذلك ايضاً متفقاً عليه، عند اهل الفور. و ليس كذلك. كما عرفت.

و لا- يمكن ايضاً التمسك (فى أنّ مذهبه عدم معذورية جاهل الفور) بسكوتهم عن ذكره- كما فى القواعد و الشرايع- مع ذكرهم لسائر الاعذار. اذ لا- دلالة فى ذلك على ما ذكر، لاكتفائهم فى ذلك بذكر العذر عموماً. و لعلّ عدم ذكره لكثرة وضوحه، او لاجل اعتمادهم على القاعدة الكلية المطردة فى سائر ابواب الفقه؛ كمسئلة عيوب الزوجين، و مسائل خيار البيع و غيرهما. مع أنّ الشهيد الثانى (ره) لم يذكر ذلك حيث يذكر المعاذير فى المسالك و مع ذلك ذكره استطراداً فى طى مسئله اخرى كما نقلنا عنه. و هكذا العلامة فى التذكرة.

ص: ١٣٠

١- و فى النسخة: و المتوالى.

٢- التحرير، ج ٢ ص ١٤٧ و ١٤٨.

الثانى (١): كل ما دلّ على معذوريته الجاهل والغافل؛ من الايات و الاخبار. و تقتصر هنا بذكر روايه واحده و هى صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج «عَنْ أَبِي إِبْرَاهِيمَ (عليه السلام) قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ فِي عِدَّتِهَا بِجَهَالِهِ أَمْ هِيَ مِمَّنْ لَا تَحِلُّ لَهُ أَيْدًا فَقَالَ لَا أَمَّا إِذَا كَانَ بِجَهَالِهِ فَلْيَتَزَوَّجْهَا بَعْدَ مَا تَنَقَّضَتْ عِدَّتُهَا وَقَدْ يُعَذَّرُ النَّاسُ فِي الْجَهَالَةِ بِمَا هُوَ أَكْبَرُ مِنْ ذَلِكَ فَقُلْتُ يَا أَيُّ الْجَهَالَتَيْنِ يُعَذَّرُ بِجَهَالَتِهِ أَنْ ذَلِكَ مُحَرَّمٌ عَلَيْهِ أَمْ بِجَهَالَتِهِ أَنَّهَا فِي عِدَّتِهِ فَقَالَ إِحْدَى الْجَهَالَتَيْنِ أَهْوَنُ مِنَ الْأُخْرَى الْجَهَالَةُ بِأَنَّ اللَّهَ حَرَّمَ ذَلِكَ عَلَيْهِ وَ ذَلِكَ بِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِحْتِيَاظِ مَعَهَا فَقُلْتُ وَ هُوَ فِي الْأُخْرَى مَعْدُورٌ قَالَ نَعَمْ إِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَهُوَ مَعْدُورٌ فِي أَنْ يَتَزَوَّجَهَا» (٢) الحديث.

و الظاهر من الروايه ان الاحتياط مع الامكان و القدره، ايضاً غير واجب بل مستحب.

و اما الاخبار الّتي تعارض بها الدّاله على عدم المعذوريه: فقد اجبنا عنها فى القوانين و جمعنا بينها و بين تلك الاخبار بحمل هذه على الجاهل الغافل رأساً، و تلك على المتفطن العالم فى الجملة. و اما خصوص حسنه الحلبي (٣) المصّرحة بعدم معذوريه الجاهل اذا دخل بها فى العده: فهو لا يضر، لانه من باب الوضع (٤).

مع أنها مصّرحة بمعذوريه

ص: ١٣١

١- اى: الثانى من الادله الّتي تدلّ على معذوريه الجاهل بمسئله الشفعه، او الفوريه.

٢- الوسائل، ج ٢٠ ص ٤٥٠، ابواب ما يحرم بالمصاهره، باب ١٧ حديث ٤.

٣- المرجع، ح ٣ (ص ٣٤٤).

٤- متعلق الجهل اثنان: الاول الجهل بالحكم: اذا كان جاهلاً بانّ التزويج فى العده محرّم. الثانى الجهل بالموضوع (اى الوضع): اذا كان جاهلاً أنّ المرثه معتده. و الحديث: ... عن الحلبي، عن ابى عبدالله عليه السلام، قال: اذا تزوّج الرجل المرثه فى عدتها و دخل بها، لم تحلّ له ابدأ، عالماً كان او جاهلاً. و ان لم يدخل، حلّت للجاهل و لم تحلّ للاخر. فالتعارض باق بين الروايين فى الجهل بالوضع، و يمكن الجمع بينهما على مذهب المصنف (ره) بحمل روايه الحلبي على الكراهه اى استحباب الاحتياط عند التزويج بالتحقيق و السؤال انها معتده ام لا. كما قال: انّ الاحتياط ايضاً غير واجب. و المسئله مشكله جداً، راجع الجواهر، ج ٢٩ ص ٤٢٨ (المقصد الثانى) الى ص ٤٣٦.

الجاهل مع عدم الدخول.

و القول بأنّ الفورية ايضاً من باب الوضع و الجهالة ليست بعذر فيها، أنّما يصح اذا كان من باب التوقيت، و الفور غير التوقيت، و هو لا يصحّ إلا بالنسبة الى العالم المتفطن، و قد مرّ، و سيجيى تمام الكلام.

ثم ان المستفاد من الصحيحة و غيرها؛ أنّ العلة هي الجهل و عدم التمكن من الاحتياط. فلا يرد أنّه لا عموم فيها يدلّ على ما نحن فيه. مع أنّ الظاهر انه لا قائل بالفرق.

الثالث: ان المستفاد من العقل و النقل و كلام العلماء، ان الحكمة في وضع الشفعة و تشريعه، هو الارفاق و التسهيل. و لا ريب أنّه ارفق بالشريك لتحمّله شدايد الشركة سابقاً، فيستحقّ تلافى الراحة. او [كان] أنس بالشريك السابق فيوحّشه الشريك اللاحق غالباً، فيستحقّ رفع الوحشة. و وضع الحكيم لا بدّ ان لا يكون عبثاً.

فان قيل بان الحق لم يثبت إلا للعالم، و أنّ هذا التشريع و التسنين لم يتفضّل به على الجاهل.

فهو خلاف مقتضى (1) اطلاق النصّ و الفتوى، و خلاف الحكمة، ان لم نقل خلاف العدل. و ان قيل بثبوت له فايّ فائدة في ذلك سيما مع القول بالفورية، فيكون عبثاً.

ثم أنّ العدل و الحكمة و الرأفة لما كانت عامّة بالنسبة الى العباد، و الضرر منفي في

ص: ١٣٢

١- و في النسخة: المقتضى.

الدين، فافتصرنا فى ذلك على الفور لئلا يتضرر المشتري. ولكن لا بحيث قد يتضرر به الشريك مع عدم تضرر المشتري. فاختيار هنا امر بين امرين و هو اعتبار الفورى مع عدم العذر. و الرجوع فيها الى العرف و العادة. فان اهل العرف يختلف عندهم الفور فى الافعال و الاحوال، فلا ينافى تدارك اسباب السفر مستعجلاً، للمسافر المامور بالسفر فوراً. و يختلف الاسفار باختلاف المؤمن. و [قد] يضرر التهاون قليلاً، كما فى رفع القدر المغلى عن النار لتصفية الارز(1) من الماء. و هكذا.

فاما يلاحظون العرف فى عدم التوانى (فى مطالبه امثال ذلك)، او يلاحظون العذر عند الله من جهة عدم الامكان. و هذا الكلام يجرى فى العالم بالشفعة مع جهالة الفور. فان غفلته من لزوم الطلب فوراً، و جهالته ذلك، هو الذى اوجب تاخير، و هو ليس باختياره و ان امكن الطلب حينئذ ايضاً. فان ظاهر التوسيع من الله (على مقتضى فهمه)، هو الذى اوجب التأخير.

و هذا ليس من باب مقدمة الواجب على القول بعدم وجوبها. فان تجويز الترك ثمة مع ايجاب ذى المقدمه، لا يوجب عرائه. اذ هو بنفسه جعل الامر عليه متعذراً. بخلاف ما نحن فيه، اذ المفروض انه يوجب هنا(2).

(فى الغالب) فى ذلك التشريع و التسنين، العراء عن الفائدة. و [هو](3) لا يناسب الرأفة و الامتنان. و هذا محل الامتنان. اذ وضعه لاجل الارفاق و التسهيل. و لاريب انه لا يفيد ذلك مع الغفلة عن الفور بالمرّة و جهالته. سيما اذا لم يتراخ عن الاخذ الا بمقدار لا يحصل به ضرر على المشتري اصلاً، و لم يحصل التجاوز

ص: ١٣٣

١- بالفارسيه: برنج.

٢- و فى النسخة: لا يوجب.

٣- و فى النسخة: هنا.

به عن العادة و العرف كثيراً(١).

لا يقال: ان الحكمه فى وضع الشفعه، كما انه يقتضى الارفاق بالشفيع و هو يقتضى معذوريه الجاهل بالفور، فكذلك(٢) الحكمه فى وضع الفور هو الارفاق بالمشتري. فاذا كان الشفيع معذوراً بالجهل و حصل الضرر بالمشتري اذا بنى او غرس (مثلاً) فيكون وضع الفور ايضاً عبثاً.

لاننا نقول: يمكن للمشتري ان يعرض الامر للشفيع و يتخلص عن الضرر. فلو فرض جهالته ايضاً بمعذوريه جاهل الفور، فنقول يمكن دفع الضرر عنه باخذ الثمن [١] و ارش الغرس المنقلع و البناء المنهدم. كما ذكره فى المسالك فى اصل مسئله التراخي. فالجمع بين الحقين هنا ممكن. بخلاف الشفيع الجاهل(٣). مع ان الشفيع احق بالحق لاسبقية وضع اصل الشفع من الفوريه بالطبع، وانما هو لاجل الشفيع.

مع انه يرد هذا الاشكال على المشتري اذا كان جاهلاً بثبوت حق الشفع للشريك و كان الشريك ايضاً جاهلاً باصل المسئله. فانه لا اشكال فى معذوريه الجاهل(٤) باصل المسئله

و [اما] ما يتوهم ان الحكمه اذا كان هو الارفاق بالشفيع، فما معنى هذا التضييق(٥)

و اعتبار الشروط التى ذكروها من كون الملك بين اثنين، و من كون الانتقال بالبيع لا غير، و من تحديد الانظار فى احضار الثمن بثلاثة ايام، سيما اذا لم يقصر و حصله فى اليوم

ص: ١٣٤

١- كثيراً- اى: بحيث لا يسامح العرف به.

٢- و فى النسخه: و كذلك.

٣- اى الجاهل باصل حق الشفع.

٤- و فى النسخه: عدم معذوريه الجاهل..

٥- و فى النسخه: التضييق.

الرابع. فعلم من ذلك أنّ الحكمة ليس ذلك.

فهو مدفوع بان الدليل اذا قام من الشارع على ارفاق خاص و المنع عن التعدي، فلا اعتراض عليه.

و توهّم عدم لزوم اطراد الحكمة، يقتضى اطراد الكلام(1) بالنسبة الى جاهل اصل مسألة الشفع، فكما يمكن اختصاص ارفاق بغير الجاهل بالفور، يمكن اختصاصه بغير الجاهل بالشفع ايضا. ولا يلزم العبث فى وضع حق الشفع، لحصول الثمرة فى العالم(2). و [هو كما ترى].

[مع أنّ] الحكمة الباعثة على الحكم الكلى لا يتخلّف عنها الحكم فى الافراد التى وجدت فيها الحكمة قطعاً. (انّما الاشكال فيما لم يوجد فيها؛ كغسل الجمعة لمن لم يكن تحت ابطه ريح متنته، او العدة لمن لا يحتمل علوقها عن زوجها لبعده المباشرة) فمنع اطراد الحكمة فى ما نحن فيه كمنع كون الحكمة فى الشريك الجاهل [بالشفع](3)

هو ارفاق و عدم التضرر. [و هو] كما ترى، فانّ الحكمة بعثت على تشريع المهية المطلقة، و هى موجودة فيه سيّما بعد ملاحظة عموم قوله عليه السلام: «الشفعة لكلّ شريك لم

ص: ١٣٥

١- اى يقتضى ان نقول بعدم اطرادها فى الجاهل بالشفع ايضاً.

٢- اعلم: أنّهم اجمعوا (او يقول اكثرهم) بانّ اطراد الحكمة فى الحكم، غير لازم. و يكفى فى عدم كون الحكم عبثاً، وجود الحكمة فى بعض الافراد و الصّور. و مراد المصنف(ره) هنا: انّ التمسك بعدم لزوم اطراد الحكمة بالنسبة الى الجاهل بالفور، يقتضى عدم اطرادها بالنسبة الى الجاهل بالشفع ايضاً. و مع عدم الاطراد فى الجاهلين كليهما يبقى الحكمة فى العالم، و هى كاف فى عدم العبثية. فما الفرق بين الجاهلين حتى يكون الجاهل بالشفع معذوراً، و الجاهل بالفور غير معذورٍ؟ فلا مجال هنا بالتمسك بعدم لزوم اطراد الحكمة.

٣- و فى النسخة: بالفور.

و ممّا ذكرنا يظهر: أنّه لا يصحّ ان يقال: «انّ الشفعة على خلاف الاصل و القدر المسلّم منه اخذها بعد العلم بها على الفور، الا ان يكون له عذر من الاعذار (التي ذكروها)، و جواز اخذها للجاهل بالفور بعد فوت زمان الفور، لم يثبت. و كذلك(٢) كون الجهل بها(٣) عذراً». اذ قد عرفت أنّ ادلّة الشفع عامّة للجاهل و العالم، و أنّ العذر اذا سلم كونه غير مناف للفور(٤)، فايّ عذر اولي من الجهل؟ و قد عرفت الدليل على معذوريّة الجاهل ايضاً.

لا يقال: انّ ادلّة الصّرر، عامّة للعالم و الجاهل. و مقتضاها انّ الجاهل بالفور ايضاً يجب عليه المبادرة. فبعدم الاخذ يفوت الفور، فيطّل حقه.

لأنّنا نقول: لا- معنى للامر بالجاهل الغافل و الامتتان و اللطف على من لا ينفعه. و ليس معنى قوله (صلّ الله عليه و آله): «الشفعة كحلّ العقال» او «الشفعة لمن واثبها»، انّ من اتفق له التعجيل، فيستحقه. و من لم يتفق له، ففات عنه؛ مثل قوله (صلّ الله عليه و آله): «على اليد ما اخذت حتى تؤدى» و «اذا التقى الختانان فيجب الغسل و المهر» و غير ذلك. فأنّه من محض السبب و يترتب عليه المسبّب عالمّاً كان بالسبب او جاهلاً.

بل ما نحن فيه من باب [اللطف](٥)

و الامتتان، و كلاهما(٦)

يستلزمان العلم او بقاء الحق

ص: ١٣٦

١- الوسائل، ابواب الشفعة، ب ٣ ح ٣.

٢- اى: و لم يثبت كون الجهل عذراً.

٣- اى الجهل باصل الشفع.

٤- و عرفت أنّ العذر اذا سلم كونه غير مناف للفور (كالصلوة، و الطهارة، و تشييع المسافر) مقبول، و اىّ عذر اولي..

٥- و فى النسخة: الطلب.

٦- و فى النسخة: كلامهما.

مع الجهل. فالخطاب و الامر بالمواثبة و المعاجلة، بالنسبة الى العالمين. و الجاهلون باقون على حقهم بمقتضى دليل الشفعة على اطلاقه. و الا للزم اختصاص الارفاق و التسهيل، بالعالمين.

مع ان اهل العرف لا يفهمون من المعاجلة و المواثبة، مطلق الفعل فى اول وقت الامكان على اى نحو يكون. بل المتبادر منه؛ الفعل على سبيل الاستعجال. و هو امر زايد على اصل فعل الموقت فى اول اوقات الامكان، او بالقرب عنه. فان الاستعجال معناه اختيار الوقت الاول [بعد] استحضاره لتوسع الوقت و اثاره على الاوقات المتأخرة. و المعنى الاول ان يكون من محض الاتفاق.

و توضيح هذا المقام: ان المحقق فى الاصول؛ ان العام و الخاص، و المطلق و المقيد، اذا جهل تاريخهما، يُبنى على التخصيص و التقييد، لا النسخ. و التخصيص بيان. و لا ريب ان مقتضى ذلك ان الحكم الذى شرعه الله بواسطة هذين، هو الخاص و المقيد. فيلزم من ذلك ان الحكم فى مسألة الشفعة، انما ورد مقيداً يعنى ان الشفعة الفورية، ثابتة لاحد الشريكين اذا باع شريكه شقصه. و معنى هذا الكلام، انشاء الحكم؛ يعنى «جعلت لكل عبادى هذا الحق ارفاقاً و تسهياً و لكن مع تقييد ذلك باخذه فوراً». و محصوله «جعلت لهم الاخذ الفورى». و الاخذ الفورى شئ واحد لا تركب له فى الخارج، و ان كان له تركب فى الذهن. و لا ريب ان هذا الامتنان لا يختص بمن كان حاضراً مجلس الوحي، او بمن علمه بعد ذلك. بل ثابت لكل الامة.

فحينئذ نقول: لو فرض ان هذا الحكم يشمل المبيع الواقع قبل زمان الوحي، فلا ريب انه لا معنى لاعتبار الشفع الفورى الا بعد حصول العلم بالمسئلة و هو متراخ عن زمان البيع بمدّة مديدة بالفرض. و لا يضر ذلك بجهالته بالحكم قبل ذلك.

و ان كان مختصاً بالبيع الواقعة بعد الوحي، فلا ريب انه يشمل كل العباد و يجرى

حكمه فى كل من اطلع عليه بعد ذلك و لو بمدّة مديده. و لا- ريب أنّ الجاهل باصل الحكم (اعنى الشفع المقيد، من حيث المجموع) معذور و متى حصل له العلم ياخذ بحقه. و الّا- لبطل تشريع الحكم بالنسبة اليه. و حصول العلم أنّما هو اذا علم بالمجموع. فان العلم ببعض المركب، ليس علماً بجميعة. و لا ريب أنّه يتفاوت الحال بين العلم بالمجموع و العلم بالبعض، و هو المطلق يقتضى فهم التوسعة، فلم يفهم ثبوت الحق الفورى حتى يعمل على مقتضاه. و لم يتراخ حتى لزمه الضرر. فهو باق على حقه بعد حصول العلم بالمقيد.

مع أنّا نقول (على سبيل المعارضة): لو فرض كون الخاص ناسخاً؛ مثل ما كان و روده بعد حضور زمان العمل بالعام و العمل به. فمقتضى العام لئما كان هو التوسعة، فالجاهل بورود الخاص الناسخ، اذا عمل على مقتضى العام و آخر الاخذ الى مدة مديده و بعد ورود الناسخ (اي الامر بالفور) ثم علم به، فلا ريب أنّه معذور. لأنّ هذا حكم جديد لم يطلع عليه الى الان. فما فائدته بالنسبة اليه لو لم يُثبت له حقه الان؟ فيجوز له الاخذ الان فوراً. فالكلام فى الفور هنا، مثل الكلام فى اصل مسئلة الشفع.

و الحاصل: أنّ معنى الناسخ الخاص حينئذ، هو «انّ تعميم رخصتى فى الاخذ و توسعتى عليكم قد نسخته فمن باع بعد ذلك فلشريكه الاخذ الفورى. و من باع قبل ذلك و آخر حق شفيعته بمقتضى العام المنسوخ، فليأخذه الان فوراً». فاذا فرض لاحد أنّه كان حقه على الوجه الاخير و لم يسمع الناسخ بعد مدة مديده، فبعد اطلاعه عليه، لا يمكن انكار كونه معذوراً تمسكاً بانه كان متمكناً من الاخذ و آخره فلا حقّ له لأنّ الاخذ أنّما هو على الفور.

فظهر من جميع ذلك أنّ التفصيل الذى نقلناه من بعض حواشى النافع، أنّما كان مبتنياً على استلزام العلم بالشفع التقصير فى تحصيله العلم بالفوريّة. و قد مرّ بطلانه.

و كذلك: مناط قول من يتوقّف فى معذوريّة الجاهل باصل الحق، هو أنّ من علم

بالشريعة، علم اجمالاً بجميع احكامه، فهو (ايضاً) مقصّر. و هذا ايضاً باطل.

و بالجملة: معذورية الجاهل باصل حكم الشفعة أنّما هو لانه يلزم العبث و اللغو على الحكيم في جعل ذلك لكل العباد. و هو بعينه وارد في الجهل بالفور. فإنّ فائدة تشريع الفور أنّ يعلم المكلف (١) أنّه يسقط بسبب التراخي. فيعمل حتى لا يفوته الحق و لا يتضرّر الشريك الجديد. و لا يظهر هذه الثمرة في صورة الجهل، كما لا يخفى. فلا بدّ هو ايضاً ان يكون معذوراً.

لا يقال: أنّ معذورية الجاهل باصل الشفعة، أنّما هو لعدم التمكن مع الجهل. و عدم معذورية الجاهل هنا لاجل أنّه متمكّن من الاخذ و لم يأخذ.

لأنّ (٢) [نقول]: مثل هذا التمكن اذا كان موجباً لسقوط الحق، فيلزم ان يكون ذلك موجبا لسقوطه على قول السيد و نظرائه من المجتهدين و من قلمدهم. و لا ريب أنّه لا يجوز نقض فتواهم و حكمهم اذا اخذوا بالشفع متراخياً لمن كان رأيه الفور. و ذلك لأنّ التكليف في حقهم أنّما كان هو ذلك. و لا فرق بين الجاهل بالفور بسبب عدم التفتن الغافل اصلاً [و] راساً (٣)، و بين العالم المتفتن الذي نفى الفور بالدليل. فكما أنّ فهم التوسعة من الاطلاق، دليل لمثل السيد و مقلده، فكذلك الغافل راساً.

فان قلت: هذه مقصّر في التحصيل، دونه.

فقد عُرف الجواب و أنّ المفروض عدم التقصير (٤).

و بالجملة: المفهوم من الاطلاق، التوسعة. و التمسك بالاصل في مقابل اطلاق

ص: ١٣٩

١- عبارة النسخة: ان لم يعلم المكلف..

٢- و في النسخة: لأنّ.

٣- عبارة النسخة: بسبب عدم التفتن اصلاً الغافل راساً.

٤- اى: موضوع البحث هو الجاهل القاصر. لا الجاهل المقصّر.

الدليل، باطل. و ما تريهم يذكرون هنا «أن الشفع خلاف الاصل و أنما نسلم في اول اوقات الامكان اقتصاراً على موضع الوفاق»، كلام نشأ من ملاحظة أدلة الفور و فتوى كثير من الاصحاب. والآ فلو ورد من الشارع في اول الامر اطلاق الشفع من دون اشعار بالفور و لا- ذهاب احد اليه، لا يقدر احد على ان يقول الاصل عدمه الآ في ذلك. سيما اذا لم يكن الخطاب من باب صيغة «افعل» الذى اختلف في دلالتها على الفور و عدمه. مع ان الاقوى فيه ايضاً العدم.

يفرض الجاهل بالفور حينئذ بمنزلة الكل، لو لم يرد من الشارع شيء.

و اما حسنة على بن مهزيار(1): فهي ظاهرة في العالم و لا عموم فيها ليشمل الجاهل حتى يكون دليلاً على بطلان الحق بتراخي الجاهل ايضاً. كما يشهد به قوله عليه السلام: «و ان طلب الاجل الى ان يحمل المال» فانّ مع عدم المعرفة بالفور لا معنى لطلب الاجل.

و من ذلك ظهر أنّه لا معنى للتمسك بترك الاستفصال في ابطال حق الجاهل بالفور، بتقريب أنّه (عليه السلام) لم يستفصل انّ من ذهب لتحصيل المال هل هو عالم بالفور، او جاهل. و حكم ببطلانه. فانّ قول الراوى «و لم ينصّ» معناه أنّه لم ينقد المال. قال فى الصحاح: خذ ما نصّ لك من دين: اى تيسّر. و هو يستنصّ حقه من فلان: اى يستنجزه و ياخذ منه الشئ بعد الشئ.

فحينئذ اقول: مراد الراوى أنّه لم ينجز حقه، و الظاهر أنّه لم يظهر للسائل انّ عدم ذلك هو من جهة العجز او من جهة التكاثر و الاهمال. فترك الاستفصال انما يصح الاستناد اليه اذا علم ان السائل يعلم وجه التاخير و وجه التاخير و عدم النصّ و الانجاز. و ترك

ص: ١٤٠

١- سبقت من الوسائل.

التفصيل من الامام (عليه السلام) ايضاً انما يكون مفيداً للعموم لو لم يكن هناك فرد ظاهر ينزل الجواب عليه. كما حقق في الاصول.

و الظاهر أنّ في صورة السؤال، أنّما كان تاخير الطالب للشفعة و عدم نصّه لوجه الثمن، إمّا من جهة العجز عن الثمن، او حصول المانع عن ايصاله. و إمّا من جهة المماطلة و التكاهل. لا من جهة الجهالة بالفورية و اعتقاد أنّه موسّع فمتى اتى بالحال ياخذه. كما يشهد بذلك حكاية الطلب أوّلاً و طلب الاجل في ما لو كان الثمن في غير البلد. فإنّ مع اعتقاد التوسعة و التراخي في اصل الحق، لا حاجة الى المطالبة أوّلاً ثم الاستمهال و طلب الاجل لاتيان الثمن. سلّمنا عدم الظهور و قلنا بأنّه عام، و لكنّه مخصّص بما مرّ من الأدلّة.

هذا كلّه اذا جعلنا المطالبة في السؤال بمعنى اظهار ارادة الاخذ، لا- نفس الاخذ. و أما ان قلنا ان المراد منها نفس الاخذ؛ فالمفروض حينئذ حصول الاخذ المقبول شرعاً، فلا- معنى للتمسك بترك الاستفصال في عدم المجيء أنّه هل كان من جهة الجهالة بفورية الاخذ، ام لا. فإنّ ذلك أنّما يصح اذا لم ياخذ، و المفروض أنّه اخذه. نعم: هذا يصح اذا جعل الكلام في ان اداء الثمن ايضاً واجب فوريّ و يمكن ان يكون الشفيع جاهلاً بفوريّته، فلم يكن معذوراً بالجهالة. و قد عرفت سابقاً أنّه لا يمكن ارادة المعنيين معاً منه. كما يظهر من المسالك (1). فالمراد به احدهما. و قد ظهر لك الحال في كلّ واحد منهما.

و مما يؤيد معذورية جاهل الفور: بقاء حق الغائب و الصبي و المجنون اذا لم يأخذ لهم وليّهم مع الصلاح الى ان يحضر او يكمل. بل يجوز للوليّ ايضاً بعد التأخير، لأنّ تقصيره لا يُسقط حق هؤلاء. و يؤيده ايضاً الأدلّة الدالّة على التراخي من الاطلاقات و الاستصحاب و غيره.

ص: ١٤١

١- كما سبق كلامه.

الثالثة: (١) الأشهر الأظهر المدعى عليه الأجماع من السيد (٢) و ابن ادريس، المدلول عليه بالروايات الصحيحة و غيرها، أنّ الشفع لا يكون إلا بين اثنين. و القول بثبوتها مع الكثرة مطلقاً (كما ذهب إليه ابن الجنيد) ضعيف، و ان دلّ عليه صحيحه منصور (٣) او حسنته (٤)، و غيرهما (٥)، لموافقتهما (٦) للعامّة. و انفراد ابن الجنيد و صرح السيد بان الأجماع تقدّمه. فيحمل الأخبار على التقيّة.

و كذلك تفصيل الصدوق (بثبوتها في الأكثر في غير الحيوان) ضعفاً و ردّاً، لمخالفته الأجماع.

ثمّ إنّ الزوجه في المسئلة المسؤلة، هل تكون واحداً من الشركاء ام لا؟-؟: فنقول: أمّا على القول بعدم حرمانها ان كانت ذات ولد، فمن جملتها. و أمّا على القول بعدم الفرق بين ذات الولد و غيرها (في حرمانها عن عين الارض و ثمنها و عين البناء و الشجر، دون قيمتها) كما هو الأظهر، فلا تكون من جملة الشركاء. فيكون بين اثنين. و لكن يشكل بان الظاهر أنّ حقّها يتعلّق بعين البناء و الشجر لكن الاختيار مع الوارث في اعطائها العين او قيمتها، فلا يلزم الوارث اعطاء القيمة او بذل العين. فإنهم استشكلوا في أنّ دفع الوارث القيمة هل هو قهرى ام على سبيل التسهيل و الارفاق؟-؟ قال الشهيد الثانى (ره): ظاهر

ص: ١٤٢

١- اى الثالثة من المقدمات التى يلزم بيانها.

٢- قد سبق من الانتصار. و كذا من ابن ادريس.

٣- الوسائل، كتاب الشفعة، ب ٤ ح ١.

٤- المرجع، ح ٢.

٥- المرجع، ح ٣.

٦- و في النسخة: لموافقتهما.

النصوص و الفتاوى، الاوّل. لانه من توابع الارث و لوازمه و [هى] (١) قهرى (٢). و جعل فى الكفاية اقربهما الثانى. و هو الاظهر، لانّ العلة المذكورة فى الاخبار لذلك انما هو عدم تضرر الورثة، فاذا رضى الوارث بالضرر، او كان ضرره فى القيمة، فلا يستفاد حكمه من النصوص، بل فيها اشعار بالخلاف، فيندرج تحت عموم الاية (٣). مع انّ الحكم وارد مورد الغالب، فلا يستفاد الحكم النادر منها. و يمكن ان يجعل ذلك حكمه لتسنين الحكم (كغسل الجمعة و العدة) فلا يضرّ عدم الاطّراد. فكيف كان؛ فالأظهر الثانى.

و على هذا فيقع الاشكال من جهة عدم تبادر هذه الشركة المتناقضة من اخبار الشفعة. فيلزم ثبوت الشفع فى المسئلة المفروضة. و من جهة انّ الشفع على خلاف الاصل و لم يعلم ثبوته فى مثل هذين الشريكين اللذين لم يعلم عدم ثالث لهما. و لكن ظهور الشركة فى المستقبل، مع ملاحظة الادلة الدالة على ثبوت الشفع بين الاكثر من الاثنين، مع تعاضد الحكمة الباعثة على الشفع، بالحكمة الباعثة على حرمان الزوج، و كونهما من سنخ واحد، و هو عدم مزاحمة الاجنبى للشريك، تُقوّى جريان الشفع. كما انّ ما يدلّ على عدم حرمان غير ذات الولد اصلاً، تُقوّى الثبوت فيها. و كيف كان، فالأظهر عدم ثبوت الشركة المقيد بها، لها فى ما نحن فيه.

و اما الاستدلال على ثبوت شركتها و كفايتها فيما نحن فيه: بانها [ترث] (٤)

حق

ص: ١٤٣

-
- ١- اى التوابع و اللوازم- و فى النسخة: هو.
 - ٢- ما ظفرت بكلام من الشهيد الثانى (ره) بهذه العبارة، لا فى المسالك و لا فى الروضة. لعله فى رسالة منفردة فى هذه المسئلة. كما نصّ نفسه (قدس سره) فى الروضة؛ كتاب الميراث، مبحث «القول فى ميراث الازواج».
 - ٣- الاية ١٢، السورة النساء.
 - ٤- و فى النسخة: يرث.

الشفعة. كما صرح به في الشرايع (١) (وغيره من كتب الفقهاء)، فهو غير تمام. كما لا يخفى. فإن الأشهر الأقوى و إن كان ثبوت التوارث فيه لعموم الآية و الخير النبوي (صلى الله عليه و آله) «ما ترك الميت من حق فلوارثه» (٢) و عدم مقاومة دليل القول الآخر لذلك [لضعفه] (٣). و لكن ثبوت الحق للزوجة من الشفع (بان يجعل نفسها شريكاً لسائر الورثة باعطاء مالها) (٤) للمشتري و تملك شقصه) لا يوجب شراكتها مع سائر الورثة في مال الزوج. كما هو المقصود.

و ذكر الثمن صريحاً في كلام المحقق حيث قال «و هي تورث كالمال، فلو خلف زوجة و ولداً، فللزوجة الثمن و للولد الباقي» (٥)، اشارة الى دفع القول بتقسيم الشفع على الرأس لا على الانصاء. كما هو احد القولين في كثرة الشركاء.

و يظهر من المبسوط ان بذلك قولاً في صورة الميراث ايضاً (٦). فيكون اشارة الى دفع القول المخالف في هذه المسئلة بالخصوص. كما اشار اليه في المسالك (٧). و لكن الاظهر هنا بالخصوص التقسيم على قدر الانصاء، للفرق الواضح بين الامرين، لدلالة آية الارث هنا على ذلك. بخلاف الشركاء في اصل الملك.

الرابعة: الاكثر على انه لا شفع في ما لا تقبل القسمة الاجبارية؛ مثل النهر الصغير و الطريق كذلك، و الحمام و الدكان الصغير، و كذلك ما كان قسمته مضرراً. و ذهب السيد

ص: ١٤٤

١- ياتي عين عبارته.

٢- لم نجده بهذا اللفظ في الجوامع الحديثية للعامة و الخاصه. نعم، ورد بلفظ: «من ترك مالا فلوارث» أو: فلورثته، انظر الفقيه ٤: ٢٥٤ ح ٨١٨، الوسائل ١٧: ٥٥١ ب «٣» من أبواب ولاء ضمان الجريره ح ١٤.

٣- و في النسخة: يضعفه.

٤- و في النسخة: مالهما.

٥- الشرايع، ج ٣ ص ٢٠٩ ط دار التفسير.

٦- المبسوط، ج ٣ ص ١١٣ ط المرتضوية.

٧- المسالك، ج ٢ ص ٢٢٦ ط دار الهدى.

(مدعيًا الاجماع) الى ان الشفعة ثابتة في كل شئ قبل القسمة، ام لا(1). و وافقه ابن ادريس و جماعته. و ظاهر ابن ادريس ايضاً دعوى الاجماع(2). و هو الاظهر، للعمومات و الاطلاقات، و ان وضع الشفعة انما هو لدفع الضرر، فالمتضرر فيه بالقسمة اولى بثبوته فيه.

و احتج الاكثر برواية طلحة بن زيد «عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ (عليه السلام) قَالَ لَا شُفْعَةَ إِلَّا لِشَرِيكِكَ غَيْرِ مُقَاسِمٍ»(3). و رواية السكوني عنه عليه السلام: «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله): لَمَا شُفِعَ فِي سَفِينَةٍ وَ لَمَا فِي نَهْرٍ وَ لَمَا فِي طَرِيقٍ»(4). و يشكل تخصيص الأدلة بمثلها لضعفها. مع ان في نسخة الوافي (التي عندي) عن التهذيب: «الآن لشريكك غير مقاسم». و للسكوني ايضاً رواية بهذا المضمون في الكافي(5) و التهذيب(6). فلا دلالة فيهما حينئذ، [فيكونان] دليلاً على اشتراط الاشاعة. و كذلك موثقة ابي العباس و عبدالرحمن بن ابي عبد الله؛ «قَالَ سَمِعْنَا أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) يَقُولُ الشُّفْعَةُ لَا تَكُونُ إِلَّا لِشَرِيكِكَ لَمْ يُقَاسِمِ»(7). و في معناها رواية جميل ايضاً(8). و اما رواية السكوني: فحملها الشيخ في الاستبصار على التقيّة.

و المراد بالضرر، هو ما يحصل فيه نقصان فاحش لا يتسامح به(9). و قد فسّر بوجوه

ص: ١٤٥

- ١- الانتصار، ص ٢١٥.
- ٢- السرائر، ج ٢ ص ٣٨٩-٣٩٠.
- ٣- الوسائل، ج ٢٥ ص ٤٠٧.
- ٤- المرجع، ب ٨ ح ١.
- ٥- فروع الكافي، ج ٥ ص ٢٨١ ح ٦.
- ٦- التهذيب، ج ٧ ص ١٦٦ ح ١٤.
- ٧- الوسائل، كتاب الشفعة، ج ٢٥ ص ٣٩٧ ب ٣ ح ٦.
- ٨- المرجع، الباب، ح ٣ ج ١٧ ص ٣١٧.
- ٩- فالمعيار في المسئلة هو حصول الضرر، فلا مدخلية للكبير و الصّغير. فربما كان كبير لا يقبل القسمة، لحصول الضرر. و ربما كان صغير يقبل القسمة لعدم حصول الضرر و قد يحصل النفع بسبب القسمة.

آخر: منها: عدم الانتفاع به بعد القسمه اصلاً. و منها: ان يبطل منفعة المقصودة قبل القسمه و ان بقى له نفع آخر كالحمام و الرّحى اذا خرّجا بالقسمه عن قابليه الغسل و الطّحن. و منها: مجرّد حصول الضرر. و اظهر الوجوه ما ذكرنا.

اذا تمهّد لك هذه المقالات، فيتّضح لك الحكم في المسئلة، كما ذكرنا. والله الهادي الى سواء السبيل و هو حسبنا و نعم الوكيل.

۳- سؤال:

۳- سؤال: هر گاه دکانی مشترک باشد میان دو نفر، احد هما حصّه خود را خواهد بفروشد، و آن دیگری خواهش کند بخرد، و بعد از آن به جهت عذری، یا بدون عذری موقوف کند. و آن حصّه را دیگری بخرد و در تصرف او باشد تا شش هفت سال. و آن شریک با وجود اطلاع در آن معامله، ادعای شفع نکند. الحال آن شخص شریک که حصّه خود را فروخته بود، متوفی، و طفل صغیر و وارث دیگر هم دارد.

و جدّ صغیر می گوید که در حال حیات متوفیاً من به او گفتم که شفع آن دکان به تو می رسد، اگر می خواهی من از برای تو بگیرم، گفت اختیار داری. و من گمان می کردم که هر وقت خواهم می توانم اخذ بشفعه نمود. به این سبب تاخیر شد.

و متوفی هم از راه جهل به حق شفعه، یا جهل به فوریت آن، اخذ نکرده.

آیا در این صورت، جدّ صغیر (با مصلحت صغیر) یا سایر وراث می تواند اخذ به شفعه نمود یا نه؟-؟

جواب:

جواب: اظهر این است که حق شفیع، فوری است به سبب بعض اخبار عامیه و خصوص حسنه علی بن مهزیار(۱)، بانضمام عدم قول به فصل، که جمعی از علما دعوی آن کرده اند(۲)؛ مثل فخر المحققین، و شهید اول، و شهید ثانی، و مقداد. و به جهت آن که اخذ

ص: ۱۴۶

۱- آدرس در مسئله پیش گذشت.

۲- یعنی ادعا کرده اند «قول به فصل» وجود ندارد. - مشروح این در مسئله پیش گذشت.

به شفعه خلاف اصل است و موضع وفاق فوری است. و به جهت آن که در تاخیر آن ضرر بر مشتری لازم آید(۱).

و شیخ هم ادعای اجماع بر آن کرده.

و قول دیگر ضعیف است هر چند سید مرتضی نیز بر او دعوی اجماع کرده. و استصحابی که دعوی کرده اند، بی وجه است؛ به جهت این که معلوم نیست که اصل شفع به اطلاق ثابت شده باشد تا او را مستصحب داریم و احتمال صدور آن از شارع بر طریق فور، مانع از اعتماد بر استصحاب است. نهایت؛ ظاهر این است که جهالت به ثبوت حقّ شفع از برای شریک عذر است و جاهل در آن معذور است. و همچنین جاهل به فوریت آن، هرگاه تقصیر در تحصیل مسئله نکرده باشد (به این معنی که هیچ این مسئله گوشزد او نشده و متفطن آن نشده که از آن سؤال کند) به جهت ادلّه معذوریت جاهل و ثبوت این حق در نفس الامر.

و آن چه دلالت بر فور دارد از اخبار هم، ظاهر در عالم متفطن است. و ادلّه قول به جواز تاخیر هم معارضه این است که جاهل معذور است.

و همچنین: اظهر و اقوی این است که حق شفیع به وارث منتقل می شود (مثل سایر حقوق)؛ به جهت عموم آیه و حدیث نبوی (صلّ الله علیه و آله). و ولی طفل هم با صلاح طفل می تواند اخذ به شفع نموده، بمقتضای ادلّه خصوصاً و عموماً.

پس ظاهر این است که در صورت سؤال، بر فرض جهالت شفیع به حق یا فوریت آن، اخذ به شفع جایز باشد. و هرگاه مشتری منکر عدم علم مدعی به مسئله شفعه و فوریت آن باشد، محتاج به مرافعه حاکم شرع خواهد بود. و حکم مختلف می شود به سبب اختلاف صورت دعوی.

۴- سؤال:

۴- سؤال: هرگاه دو نفر دو قطعه ملک دارند که در ممّر و محل عبور به آن ها،

ص: ۱۴۷

۱- عبارت نسخه: و به جهت آن که تاخیر در آن ضرر بر مشتری لازم آید.

شریک اند. یا در نهری که به آن آب شرب می شود، شریک اند. هرگاه احدهما ملک خود را بضمیمه معبر یا مشرب بفروشد، دیگری را حق اخذ به شفعه ثابت است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی ثابت است مطلقاً؛ خواه آن طریق و نهر قابل قسمت اجباری باشند یا نه. و خواه زمین ها قبل از این مشاع بینهما بوده و بعد قسمت شده باشد، یا نه. و هر چند ظاهر روایاتی که در نظر است، حکم راه است و حدیثی به جهت شرب، الحال در نظر نیست، لکن قول به فرقی ندیده ام. و اصحاب فرقی نگذاشته اند، علی ما هو الظاهر و المحکی.

۵- سؤال:

۵- سؤال: هرگاه کسی در صفتۀ واحده دو چیز را بفروشد که یکی از اموری است که در آن شفعه ثابت می شود و دیگری چیزی باشد که شفعه در آن نمی باشد؛ مثل آن که زمین مشترکی را با شمشیر، یا جامه، به ده تومان بفروشد. آیا حق شفعه از برای شریک در آن زمین، ثابت است یا نه؟-؟ و بر فرض ثبوت، آیا مشتری اختیار فسخ به هم می رساند یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی می تواند؛ به جهت عموم ادله و عدم مانع. و ظاهراً خلافی نیست. و بعد از اخذ به شفعه، قیمت را باید قسمت کرد بر هر دو؛ به قدر حصه زمین قیمت را می دهد. و معتبر قیمت آن روزی است که بیع واقع شده. و از برای مشتری خیار تبعض صفته، ثابت نیست. به جهت این که تبعض بعد از عقد حاصل شده. والله العالم.

باب الشفعه من المجلد الثانی

۶- سؤال:

۶- سؤال: پنج دانگ از جمله شش دانگ مزرعه، در تصرف زید می باشد، و یک دانگ آن ملک عمرو بوده که مجموع مشاع بوده. و عمرو یک دانگ حصه خود را از

ص: ۱۴۸

میان شش‌دانگ مفروض کرده و فروخته به بکر با خالد بالمنصفه بالاشاعه. الحال بکر نیم دانگ مشاع خود را فروخته به ولید. آیا خالد را می‌رسد اخذ به شفع کند یا نه؟؟-

جواب:

جواب: ظاهر این است که می‌تواند. و اشکالی که در این جا متصور می‌شود این است که مجموع شش دانگ، در آب و نهر و راه، شریک است، و شرکاء در آن بیش از دو نفراند، و اقوی این است که شرکاء هر گاه از دو نفر بیشتر شدند، شفعی نمی‌باشد. و هر چند در کلام فقها به خصوص این مسئله در نظر نیست، لکن کلام ایشان در مسئله ثبوت شفع در مقسوم، به جهت اشتراک در شرب و طریق، و احادیثی که در آن وارد شده به عنوان تنبیه، دلالت بر مانحن فیه، دارد.

زیرا که هر گاه شفع در مقسوم ثابت باشد (با وجود عدم شرط که آن اشاعه است) به سبب مشاع بودن آن چیزی که از توابع مبیع است، انتفاء شرط (۱) در مقصود بالذات از بیع، ضرر ندارد به سبب حصول شرط در مقصود بالتبع.

پس حصول شرط که اشاعه است در مقصود بالذات که خود ملک است، اولی خواهد بود در صحت اخذ شفع هر چند مقصود بالتبع (که شرب و نهر باشد) فاقد شرط شفع باشد که آن زاید بودن شرکاء است از دو نفر (۲).

و دیگر این که فقها ذکر کرده اند که هر گاه بفروشد چیزی را که در آن شفع هست و

ص: ۱۴۹

۱- عبارت نسخه: و انتفاء شرط..

۲- و با بیان دیگر: در تحقق حق شفع دو چیز شرط است: الف: اشاعه. ب: شرکاء بیش از دو نفر نباشند. اگر اصل مبیع فاقد شرط اشاعه باشد اما توابع آن واجد اشاعه باشند، حق شفع هست. بنابر این، عکس این صورت (یعنی اصل مبیع واجد شرط اشاعه باشد و توابع آن فاقد شرط دوم باشد) حق شفعه به طریق اولی هست. زیرا فقدان این شرط در توابع است نه در اصل مبیع. پس: فرض «کثرت مشترکان در توابع»، نمی‌تواند مانع حق شفع باشد.

چیزی را که در آن شفع نیست، به صفت واحد، ثابت می شود حق شفع در آن چه شفع در آن هست، دون آن دیگری. و از برای مشتری هم خیار تبعض صفت حاصل نمی شود. و این (۱)

نیز مستلزم ثبوت حق شفع در ملک مزبور هست به طریق اولی (۲).

۷- سؤال:

۷- سؤال: زید خانه به عمرو فروخت. و بعد عمرو همان خانه را به ضمیمه بعضی اشیاء دیگر، به «بیع [به] شرط خیار» به زید فروخت. و بعد از آن بکر ادعای حق شفع خانه را در معامله اولی نمود و ثمن را برد در نزد حاکم شرع. و عمرو مدعی بود که تو اسقاط حق شفع کرده [ای]. و مدتی بر این گذشت و نتوانست اثبات اسقاط حق شفع بکند. و بعد از مدتی بکر اسقاط حق شفع خود نمود.

بر فرضی که در اول اسقاط نکرده باشد، بیع شرط (۳)

لازم شده یا [ن-] شد [ه]؟-؟ آیا ادعای شفع بکر، منشأ بطلان بیع شرط، هست یا نه؟-؟ و بر فرض بطلان، آیا بیع آن ضمیمه باطل می شود یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه ثابت باشد اخذ به شفع، و اسقاط حق ثابت نشود (۴)،

بیع شرط باطل است. مگر این که بکر اجازه آن کند. و هرگاه هیچیک به ثبوت شرعی نرسد و دعوی از طرفین باشد؛ پس اگر عمرو قبول دارد اخذ به شفع را و لکن ادعا می کند که توقیل از اخذ به شفع، اسقاط حق شفع کرده بودی. در این جا باز بیع شرط باطل است. و صحیح نمی

ص: ۱۵۰

۱- در نسخه: و آن.

۲- گرچه تعداد شرکاء در توابع بیش از دو نفر باشد.

۳- مراد «بیع به شرط خیار» است که معامله دوم است.

۴- و در صورت سؤال همین طور است، زیرا ثمن را به پیش حاکم شرع برده یعنی اخذ به شفع کرده. و اسقاط هم ثابت نشده.

شود مگر به اثبات تقدم اسقاط حق.

و هر گاه عمرو بگوید که «تو اخذ به شفع بعد از اسقاط حق شفع کردی»، پس قول منکر اخذ به شفع، صحیح است (۱). و اقرار او به دو چیز نیست که محتاج به اثبات بطلان [اخذ] باشد (۲).

پس در این صورت، هر گاه مطلب هیچکدام به ثبوت نرسید و هر یک قسم خوردند بر طبق مطلب خود، بیع صحیح است و بیع شرط باطل است.

و اما بیع شرط آن اشیاء که ضمیمه خانه است در صورت بطلان؛ پس آن بالنسبه صحیح است. و مشتری «خيار تبعض صفقه» ندارد، چون تبعض بعد از عقد حاصل شده. و تحقیق این مسئله موقوف است به تمهید چند مقدمه:

اول این که: ادعاء شفع، معنی ندارد الا اخذ به حق شفع. یعنی همین که شفیع مطلع شده به بیع و شرایط شفع متحقق شد، فوراً باید بگوید «اخذت المبيع بالشفع». و این را باید به مشتری بگوید. یا در نزد حاکم شرع بگوید. و اگر هیچکدام میسر نشود، شاهد بگیرد. و اما اگر انشاء اخذ شفع نکند و محض دعوی باشد - که چرا شریک به غیر فروخت و من خود می خرم. یا: من اخذ به شفع خواهم کرد - این ها نفعی ندارد. و با وجود تاخیر

ص: ۱۵۱

۱- و ۲ یعنی درست است که در کلام عمرو «اعتراف به اخذ» هست. اما او به یک «اخذ مقید» اعتراف کرده که «اخذ پس از اسقاط» باشد. و کلام او دو بخش مستقل ندارد که «اعتراف به اخذ» را بپذیریم و «پس از اسقاط» را نپذیریم و بگوئیم: چون عمرو فی الجمله به اخذ اقرار کرده باید بطلان حق شفعه (اسقاط) را اثبات کند. پس او در موضع «منکر اخذ» قرار دارد و قول منکر مقدم است. اما این سخن محقق قمی (ره) خالی از اغلاق نیست زیرا باید به جای «صحیح است» می گفت «مقدم است». خوشبختانه در اواخر این مبحث (پس از پایان توضیح مقدمات ششگانه) به شرح این مطلب به طور واضح خواهد پرداخت و سیمای مسئله را روشن خواهد کرد.

-۲

در اخذ به شفع بدون عذر، حق او ساقط می شود علی الاقوی. و ظاهر این است که جاهل به فوریت، معذور است و حق او ساقط نمی شود^(۱).

دوم این که: اسقاط حق شفع بعد از بیع، منشأ سقوط می شود و بیع لازم می شود. و در ثانی دعوی نمی تواند کرد. و ظاهر این است که صلح شفیع بر ترک شفعه [نیز] صحیح و لازم است در صورتی که صلح منافات با فوریت نداشته باشد، یا در وقتی [نباشد] که هنوز مقدار ثمن از برای شفیع محقق نشده باشد.

و اما اسقاط آن قبل از بیع، مثل این که بگوید: عفو کردم از حق شفع. یا: دعوی شفع نخواهم کرد. یا آن که بایع به شفع بگوید که من این ملک را به این قیمت می فروشم، و شفیع خواهش نکند. یا به او شور کند که می خواهم به غیر بفروشم. بگوید بفروش. و امثال آن. پس در آن، خلاف است و اظهر این است که ساقط نمی شود و اشهر [نیز] این است، بل که از سید(ره) دعوی اجماع ظاهر می شود، و مقتضای عمومات هم این است. و بسیار بعید است که اسقاط حق کند حقی را قبل از استحقاق آن. مثل این که زن قبل از تزویج، اسقاط حق صداق خود بکند. و این که صحیح است «اجازة وارث، وصیت زاید بر ثلث را در حال حیات موصی»، به دلیل خارجی ثابت شده.

و از شیخین و ابن حمزه نقل شده است قول به سقوط. و دلیل ایشان حدیث نبوی (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) است: «لَا يَحِلُّ لِلشَّرِيكِ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ، فَانْ بَاعَ وَ لَمْ يَأْذِنَهُ، هُوَ أَحَقُّ»^(۲). و این که وضع حق شفعه، از برای دفع ضرر است و اسقاط شفیع، شاهد

ص: ۱۵۲

۱- همان طور که در مسئله شماره ۲ به طور مشروح و مستدل گذشت. در آن جا، جاهل به اصل شفع، و جاهل به فوریت را بحث کرد. در این جا که سخن از لزوم «انشاء اخذ» به میان آورد، ای کاش تکلیف «جاهل بلزوم انشاء اخذ» را نیز بیان می کرد که آیا این جهل نیز معذوریت آور است یا نه؟-؟ اگر به این مطلب نگاه مبثائی شود، باید گفت مطابق مبنای محقق قمی این جهل نیز معذوریت آور است و مخلّ بر فوریت نیست، گر چه مصداق اخذ هم نباشد.

۲- سنن بیهقی، ج ۶ ص ۱۰۴.

بر عدم تضرر است. و ظاهر حدیث (قطع نظر از ضعف سند) مهجور است. و معارض است به اقوی از آن. و اسقاط (۱).

دلیل عدم تضرر نیست، زیرا که گاه است که منظور او این است که رضای به بیع را وسیله اخذ به شفعه کند.

و بعضی استدلال کرده [ند] به این که این مطلب از باب اسقاط و ابراء، نیست بل که از باب «وعده» و «شرط» است، و مقتضای ادله و جوب وفای به وعده و شرط، است؛ مثل این که در بعضی از خطب نهج البلاغه جناب امیرالمومنین علیه السلام در مطاعن معویه، ارتکاب محرمات چند را ذکر کرده و در عداد آن ها فرموده است «يَعْدُ و لَا يَفِي» (۲). و از جمله حدیث نبوی (صلی الله علیه و آله) است که «المرء حرّ ما لم يعد و يفي» (۳). یعنی او را از بندگی بیرون نمی کند الا وفاء به وعده. پس واجب خواهد بود. و مثل حدیث صادق علیه السلام: «إِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ هَلُمَّ أَحْسِنْ بَيْنَكَ يَحْرُمُ عَلَيْهِ الرِّبْحُ» (۴). و از جمله عبارت دعای روز دوشنبه که از ملحقات صحیفه است؛ «اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ تَغْفِرُكَ لِكُلِّ نَذْرٍ نَذَرْتَهُ وَ كُلِّ وَعْدٍ وَعَدْتَهُ وَ كُلِّ عَهْدٍ عَاهَدْتَهُ ثُمَّ لَمْ أَفِ بِهِ». خصوصاً با وجود توسط ذکر آن، مابین نذر و عهد که وفای به آن ها واجب است. و ایضاً خلف وعده مستلزم کذب است و قبیح است. و در مواضعی که دروغ های مصلحت آمیز استثناء شده، این مذکور نیست. پس جایز نخواهد بود.

و بر این وارد است: اولاً این که: حرمت خلف وعده (بر فرض تسلیم) دلالت نمی

ص: ۱۵۳

۱- و در نسخه: عدم اسقاط.

۲- نهج البلاغه، خ ۸۴ ابن ابی الحدید. و ۸۳ فیض - يعد فیخلف - درباره عمرو بن عاص است.

۳- ما ظفرت بالحدیث. - لکن فی نهج البلاغه «المستول حرّ ما لم يعد». قصار الحکم، ابن ابی الحدید ۳۴۱، فیض ۳۲۷.

۴- وسائل، کتاب التجاره، ابواب آداب التجاره، ب ۹ ح ۱.

کند بر سقوط حق شفع. بیش از این نیست که حرام باشد خلف وعده. و حرمت آن دلالت بر عدم ترتب اثر بر اخذ به شفع نمی کند، زیرا نهی در معاملات مستلزم فساد نیست. خصوصاً هر گاه به جهت امر خارجی باشد.

و ثانیاً: حرمت مسلم نیست. بل که مشهور اصحاب ما به استحباب وفای به وعده قائل اند. و ادله حرمت (بر فرض صحت آن ها و دلالت آن ها) مقاومت با ادله جواز نمی کند. و سیاق حدیث نبوی (صلی الله علیه و آله) ظاهر در استحباب است، و پر ظاهر است که مراد از رقیّت این است که بسیار تاکید دارد، و الا خروج از رقیّت از جمله واجبات نیست. و اما طعن معویه: پس وجه آن می تواند این باشد که وفای به وعده بر امام واجب باشد پس چگونه می تواند شد که معویه که دعوی امامت و خلافت رسول (صلی الله علیه و آله) می کند خلف وعده کند خصوصاً به عنوان استمرار، چنان که فعل مضارع دلالت بر آن دارد که هر گاه شیوه او تدلیس و خدعه باشد و مردم را به آن مغرور کند، چگونه بندگان خدا به آن مطمئن می شوند در امر دین و دنیای خود. پس منافاتی نیست مابین حرمت استمرار بر این عمل از برای ترویج ملک زایل و خلافت باطل خود و اضرار به مردم از راه تدلیس و گردانیدن ایشان را از حق به جانب باطل، و حرام نبودن ماهیت خلف وعده، که همه جا حرام باشد (۱).

و اما حدیث صادق علیه السلام: پس (با سلامتی سند) آن معارض است به اخبار بسیار و ادله دیگر که اقوی از آن است. بل که ظاهر این است که اجماع بر خلاف آن باشد. و احسان منحصر نیست در ترک ربح بالمرّه، بل که ممکن است به تقلیل ربح و به رجحان ترازو، و امثال آن. پس این حدیث مخالف اعتبار هم هست.

ص: ۱۵۴

۱- و به هر صورت و به طور کلی؛ هر خصلت و رفتار قابل طعن، حرام نیست. برخی حرام و برخی غیر حرام است و تعیین آن با دلیل است.

و عبارت صحیفه نیز مؤول است به «ترک اولی» (۱).

و الا منافات با عصمت امام (علیه السلام) خواهد داشت. و این که گفته اند که امثال این دعاها محض از برای تعلیم امت است، بسیار ضعیف است. بل که از باب «حسنات الابرار، سیئات المقربین» است. یا از باب «رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا اِنْ نَسِينَا اَوْ اَخْطَاْنَا» (۲). پس چه مانعی دارد که تقصیری در اخلاص عمل و کوتاهی آن از نهایت مرتبه، یا عدم حضور (۳)، به حدی که منافات با عصمت نباشد، و منافای با حصول اعلی مراتب متصوره قرب باشد، در نزد ایشان موجب استغفار باشد (۴).

ص: ۱۵۵

۱- ای کاش حدیث امام صادق (علیه السلام) را نیز (با حمل «یحرم» به کراهت) به ترک اولی معنی می کرد.

۲- آیه ۲۸۶ سوره بقره.

۳- در نسخه: با عدم حضور.

۴- این بیان محقق قمی (ره) سخت دچار تناقض است؛ تقصیر، خطا، هر دو با ماهیت عصمت، تناقض دارند. باید مبنای کلامش را بر «قصور» استوار می کرد. با بیان زیر: مطلق فقط خداوند است و غیر از او هیچ موجودی مطلق نیست حتی اشرف الانبیاء (صلی الله علیه و آله). پس همگان در مقایسه با خداوند، قاصر هستند. و استغفار منحصر به موارد تقصیر نیست، درباره قصورها نیز باید استغفار کرد. به طوری که غیر معصومین نیز در موارد قصور هم از همدیگر، یا از خداوند، پوزش می طلبند. استغفار معصومین علیهم السلام در قصورهائی است که در مراتب فوق عصمت، رخ می دهند. و این قصورها هیچ ربطی به تقصیر، خطا، سهو و نسیان ندارند. و چنین سخنی از میرزا (ره) شگفت است؛ گر چه مفاد کلامش همان «قصور» است اما آوردن لفظ خطا، تقصیر، سهو و نسیان، کاملاً بی وجه است. زیرا این الفاظ و معانی شان، درباره تکلیف، شرع و قانون، است و لازمه آن قانون شکنی و ارتکاب سیئات در مقیاس شرع و تکلیف است که دقیقاً به معنی عدم عصمت است. و البته معصومین (علیه السلام) وقتی فاصله میان خود و خدا را مشاهده می کنند، قصورها را گناه، ذنب، جرم و حتی تقصیر، می نامند. و این بینش در همان مراتب فوق عصمت است. این بینش مافوق شرع و قانون است. حتی افراد غیر معصوم نیز یافت می شوند که به حدی از قصورهای خود احساس شرم می کنند که دیگران از جرم و گناه چنان شرمساری را ندارند. مگر این که گفته شود: مراد میرزا (ره) نیز از تقصیر، خطا، نسیان، همین معنی است و نتیجه سخنش نیز همین می شود. اما آوردن این آیه در این بحث، جای اشکال است. زیرا آیه مردم غیر معصوم را در نظر دارد و آن الفاظ را دقیقاً به معنی تقصیر و خطای مصطلح با معنی قانون شکنی به کار برده است. و اگر (بر فرض) کسی معتقد شود که آیه عام است و شامل معصوم و غیر معصوم می شود. در این صورت تمسک به این آیه در این بحث، مصداق «مصادره به مطلوب» می شود.

و اما این که خلف وعده مستلزم کذب است: و آن نیز ممنوع است زیرا که مسلّم نیست که وعده مطلقاً از باب اخبار باشد. و بر فرض تسلیم، قبیح آن مسلّم است در وقتی که در حین وعده (۱)،

عازم بر خلف باشد، نه مطلقاً. زیرا که حسن و قبیح عمل، و ممدوح بودن و مذموم بودن، اخبار مطابق واقع یا غیر مطابق واقع، در وقتی است که در آن وقت، فاعل قبیح باشد. و وعده با اعتقاد به وفا، حسن است، و طرّو تخلف منشأ قبیح آن قول در حین تکلم نمی شود. و بر فرض تسلیم، کذب و قبیح مستلزم سقوط حق شفیع نمی شود. چنان که اشاره کردیم.

و هرگاه شفیع شاهد بیع باشد، یا مبارکباد بگوید از برای بایع یا مشتری یا هر دو: اظهر این است (۲)

که آن نیز منشأ سقوط حق شفیع نمی شود. به همان دلیل که مذکور شد. و علامه در تذکره جزم به آن کرده (۳).

و محقق در نافع تردد کرده (۴).

و اما هرگاه شفیع ضامن درک بایع شود، یا ضامن عهده ثمن مشتری شود، یا [بایع] شرط خیار کند از برای شفیع (بنا بر قول به جواز شرط از برای اجنبی) پس در آن خلاف است. و اظهر عدم سقوط شفعه است. و همچنین هرگاه وکیل شود در بیع یا شراء. و علامه در تذکره در هر دو قائل به سقوط شده، چون دلالت بر رضا می کند. و از شیخ نقل کرده است عدم سقوط را. و شاید اظهر عدم سقوط باشد. زیرا گاه است که شفیع این معنی را وسیله اخذ به شفیع می کند.

پس منحصر شد اسقاط حق شفعه به وقتی که بعد از انعقاد بیع باشد.

ص: ۱۵۶

۱- در نسخه: در عین وعده.

۲- در نسخه: و اظهر این است.

۳- تذکره، کتاب الشفعه، فروع شفعه، ط قدیم.

۴- مختصر النافع، ص ۲۵۸، ط دارالکتاب العربی بمصر.

مقدمه سیم: اظهر جواز اخذ به شفع است قبل از انقضای زمان خیار. خواه از برای بایع باشد، یا از برای مشتری، یا هر دو. و بیان آن را در جواب بعض مسائل سابقه، کرده ام (۱). و همچنین حکم بقای خیار و عدم آن را بعد از اخذ به شفع، در آن جا بیان کرده ایم. و اظهر در آن نیز بقای خیار است هرگاه خیار از برای بایع باشد، یا از برای بایع و مشتری هر دو. پس هرگاه فسخ نکرد تا مدت خیار منقضی شد، شفعه باقی می ماند، و الاً باطل می شود. و اگر خیار از برای مشتری است؛ هر چند ظاهر اصحاب سقوط خیار است به جهت آن که فائده فسخ رجوع به ثمن است و آن خود به اقباض شفیع حاصل است. ولکن بر آن ایراد شده است که گاه است غرض مشتری تخلّص از درک بیع باشد، پس فائده دیگر موجود است به غیر استرداد ثمن. و این سخن وجیه است.

مقدمه چهارم: جایز است از برای مشتری انواع تصرفات در آن چه به او منتقل شده است؛ از بیع و وقف و اجاره و غیر ذلک.

زیرا که ملک اوست و «الناس مسلطون علی اموالهم». و لکن این تصرفات منشأ سقوط حق الشفع نمی شود و شفیع می تواند حق خود را اخذ کند. زیرا که حق او ثابت است قبل از این تصرف و مستصحب است. و بعد از اخذ به حق شفع پس هر تصرفی که منافی مالکیت شفیع باشد باطل می شود.

و هرگاه آن تصرف که مشتری کرده بیع باشد، شفیع اختیار دارد که رجوع کند به مشتری اول یا مشتری ثانی هر چند مشتری بایع اول باشد. و هکذا ثالث و بالاتر چون حق شفع در مطلق بیع ثابت است و خلافتی در مسئله نقل نکرده اند الاً از بعض عامه. پس هرگاه شفیع رجوع کند به مشتری اول و اخذ حق خود از او بکند، همان قیمتی که به آن خریده است به او می دهد، و بیع ها بعد از آن همه باطل می شوند. و هرگاه اخذ حق از

ص: ۱۵۷

۱- البته نه در کتاب الشفعه. ظاهراً در «کتاب التجاره» باید باشد.

مشتری آخری بکند، هر آن قیمتی که به آن خریده است به او می دهد، و بیع های سابق بر آن صحیح است و آن چه لاحق آن است آن هم باطل می شود.

و هرگاه آن تصرف مثل وقف و هبه و اجاره باشد (از اموری که در آن ها شفع نمی باشد)؛ پس شفع می تواند همه را بر هم زند و رجوع کند بر مشتری و اخذ حق شفع [کند] و ثمن را به او می دهد. و متهب در آن حقی ندارد هر چند هبه لازم باشد، به جهت بطلان آن.

مقدمه پنجم: اشهر و اظهر این است که حق شفع فوری است، به جهت اجماع منقول از شیخ (۱)، و حسنه علی بن مهزیار (۲).

به ضمیمه (۳)

عدم قول به فصل (که جمعی از علما ادعا کرده اند)، و بعضی از اخبار نبویه هم دلالت بر آن دارد (۴).

و به جهت اقتضای امر مخالف اصل، به موضع یقین. و به جهت لزوم ضرر بر مشتری در تاخیر آن. و سید مرتضی (ره) هر چند دعوی اجماع بر عدم فور کرده است (۵) و لکن مقاومت با ادله مشهور نمی کند.

بلی: در صورت حضور عذر، تاخیر مخلّ به آن نیست. و ظاهر این است که جهالت ثبوت حق شفع از جمله اعدا است و همچنین جهالت به فوریت هرگاه تقصیر در اصل مسئله نکرده باشد (به این معنی که غافل بوده است و متفطن این معنی نشده است که باید اخذ مسئله کرد، با این که ممکن است در این جا حکمی باشد و باید دانست، و کوتاهی در تحصیل آن کرده باشد)، به دلیل عموم ادله معذوریت جاهل، و عدم انصراف ادله

ص: ۱۵۸

۱- الخلاف، ج ۳ ص ۴۳۰-۴۳۱ ط جماعه المدرّسین.

۲- الوسائل، کتاب الشفعه، ب ۱۰ ح ۱.

۳- در نسخه: بذمیمه.

۴- قال (صلی الله علیه و آله): الشفعه لمن واثبها- نیل الاوطار، للشوکانی، ج ۶ ص ۸۷.

۵- الانتصار، ص ۲۱۹.

مقدمه ششم: هرگاه کسی در صفت واحد، دو چیز را بفروشد که یکی از اموری است که در آن شفع ثابت می شود، و دیگری چیزی باشد که در آن شفع نمی باشد (مثل این که زمین مشترکی را با شمشیر مختص خود به ده تومان بفروشد)، حق شفع در آن زمین ثابت می شود، به جهت عموم ادله. و ظاهراً خلافی هم در آن نیست. و بعد از اخذ شفعه، قیمت را باید قسمت کرد بر هر دو. و به قدر حصه زمین قیمت را می دهد به مشتری. و معتبر قیمت آن روزی است که بیع واقع شده. و برای مشتری خیار تبعض صفت ثابت نیست. به جهت این که تبعض بعد عقد حاصل شده.

هرگاه این مقدمات معلوم شد؛ پس می گوئیم در جواب از سؤال این که: هرگاه ثابت شود اخذ به شفع از مشتری اول که عمرو است [به] (۱)

اعتراف عمرو یا به بینه. و اسقاط حق شفع به ثبوت نرسد، بیع شرط، باطل می شود. و بعد از آن دیگر اسقاط حق شفع معنی ندارد الا به تقایل و فسخ آن چه به اخذ حق شفع لازم شده، اگر قائل باشیم به امکان تقایل و فسخ در این جا، و الا محتاج خواهد بود انتقال به عمرو به بیع جدیدی یا غیر آن از نواقل شرعی.

و هرگاه ثابت نشود اخذ به شفع، و بکر ادعا کند که «اخذ به شفع کرده ام بر وجه صحیح». و عمرو بگوید «اخذ به شفع نکرده [ای]» یا بگوید «اخذ کردی بر وجه باطل، چون تو اسقاط حق شفع کرده بودی قبل از آن و بعد از وقوع مبیعه».

پس چون هر یک از اخذ به شفع، و اسقاط، امر وجودی اند و محتاج اند به اثبات، و عمرو هم اعتراف بر «اخذ به شفع صحیح» نکرده چون اقرار او یک اقرار است (بر فرض اقرار) و مرکب نیست از دو امر که محتاج به اثبات بطلان اخذ باشد. پس هر یک مدعی

خواهند بود و دیگری منکر(۱).

و با عدم اثبات از جانبین، اصل بقای بیع است بر حال خود. پس در این صورت؛ اگر اخذ به شفیع ممکن باشد (به نحوی که منافات با فوریت نداشته؛ مثل این که در وقتی است که خبر بیع رسید به بکر در اول شب، و در آن وقت ممکن نباشد که برود نزد عمرو و بگوید «اخذت بالشفیع»، یا برود در نزد حاکم، یا شاهد بگیرد، و لکن در حین شنیدن بیع اخذ کرده باشد)، و عمرو ادعا کند که تو در وقتی که خبر رسید به تو اسقاط حق خود کردی و به محض اسقاط، مال من شد.

الحال تداعی ممکن است که محقق شود در حضور حاکم و مجال اخذ به حق باقی است.

[و در حضور حاکم: (۲)]

هرگاه (۳)

اسقاط ثابت نشود، و اخذ به شفیع در شب، هم ثابت نشود. [بکر] (۴) الحال می تواند بگوید که: مرا مهلت تا حضور مجلس حاکم بود و الحال ادراک شد، اخذ کردم (۵).

مثل تداعی زوجین در «رجوع در ایام عده» که هرگاه زوجه انکار کند، زوج تجدید رجوع می کند.

و در این صورت هرگاه اخذ کرد مال او می شود و بیع شرط، باطل می شود. و هرگاه اسقاط کرد اسقاط هم صحیح است و بیع شرط هم صحیح است.

و هرگاه وقت اخذ به شفیع، منقضی شده و امر منحصر است در اثبات اخذ سابق یا [اثبات] اسقاط سابق. و هیچیک به ثبوت شرعی نرسیده؛ پس در این جا نیز اسقاط حق

ص: ۱۶۰

- ۱- بکر مدعی اخذ است و عمرو منکر آن. و عمرو مدعی اسقاط است و بکر منکر آن.
- ۲- عبارت میان علامت گرچه بیشتر به ویرایش شبیه است تا تصحیح، اما چاره ای از آن نیست.
- ۳- در نسخه: هر چند.
- ۴- در نسخه: و.
- ۵- در نسخه: کردن.

شفع معنی ندارد. بل که بعد از تحالف عمرو و بکر، «اسقاط دعوی» و «ترک» می شود (۱).

پس بیع بر صحت خود باقی است و بیع شرط بعد از آن هم صحیح است.

و اما بیع آن اشیاء دیگر که در آن حق شفعی نبوده: پس ظاهر صحت آن است بالنسبه (۲)، و مشتری را هم خیار تبعض صفقه ظاهراً حاصل نمی شود. زیرا که تبعض بعد عقد حاصل شده.

۸- سؤال:

۸- سؤال: آیا حق شفع در بیع به بیع خیار شرط، ثابت است یا نه؟-؟ و تفصیل حکم آن چه چیز است؟

جواب:

جواب: هرگاه خیار از برای مشتری باشد به تنهایی، ظاهراً خلافی ندارند که به محض بیع، شفیع می تواند اخذ به شفعه کند. به جهت آن که مناط ثبوت حق شفع، انتقال مال است از بایع. و مفروض این است که ملک منتقل شده از بایع. بلی: این سخن تمام می شود بنابر قول غیر ابن جنید، چون او قائل است که حصول ملک از برای مشتری، موقوف است به انقضای زمان خیار مطلقاً. مگر این که بگوئیم که او نیز قائل به انتقال ملک از بایع هست و لکن اشکال او در ثبوت ملکیت است از برای مشتری. و این بعید است.

و به هر حال، چون اشهر و اقوی ثبوت ملکیت است از برای مشتری به محض عقد (خواه خیار از برای بایع باشد یا مشتری، یا هر دو) پس نقل ملک در ما نحن فیه جزماً حاصل است. و مجرد نقل ملک به سبب بیع موجب ثبوت حق شفعه است، و مفروض حصول آن است. و مانعی متصور نیست الاً تزلزل عقد و دلیلی بر مانعیت آن نیست.

و اما اگر خیار از برای بایع باشد، یا از برای هر دو: پس بنابر مختار که حصول ملک

ص: ۱۶۱

۱- یعنی اگر هر دو بر صحت ادعای خود قسم بخورند دعوی ساقط و ترک می شود. زیرا فرض این است که وقت اخذ منقضی شده و هر دو بالسویّه مدعی بودند و هیچکدام منکر نبودند تا قولش مقدم باشد.

۲- یعنی در همه صورت ها. - به همین دلیل تکرار کرده است.

است به مجرد عقد، نیز حکم همان است که مذکور شد از ثبوت حق شفیع (۱).

اما سخن در خیار که آیا بعد از اخذ به شفیع، خیار باقی است یا نه؟-؟: اما در صورتی که خیار از برای مشتری باشد و بس؛ در مسالک نسبت داده است به ظاهر اصحاب این که قائل اند به سقوط خیار (۲).

و وجه آن این است که فائده تسلط مشتری بر فسخ، همان پس گرفتن قیمت است، و مفروض این است که آن را از شفیع گرفته است.

و بر این ایراد شده است که گاه است غرض مشتری از فسخ این باشد که از درک مبیع فارغ شود، زیرا که درک مبیع بر مشتری است، بدون خلاف ظاهری، بل که ادعای اجماع بر آن شده. یعنی بعد از اخذ شفیع هر گاه مبیع مال غیر بر آید، شفیع رجوع می کند به مشتری و قیمت خود را می گیرد و غرامتی هم اگر کشیده باشد از او می گیرد. پس فائده از برای فسخ به غیر استرداد ثمن، ممکن است. مگر این که مشتری با شفیع شرط کرده باشد سقوط درک را. چنان که هر گاه در [م-] بیع عیبی ظاهر شود و مشتری خواهد به سبب آن فسخ کند و شفیع در حین اخذ به شفیع راضی به عیب شده باشد، فقهاء حکم کرده اند به این که مشتری نمی تواند رد کند به سبب عیب.

و اما در صورتی که خیار از برای بایع باشد، یا از برای هر دو، در آن دو قول است: بعضی گفته اند [خیار] ساقط می شود زیرا که ملک از مشتری منتقل شده است به شفیع، و بایع خیاری که داشت در این بود که از مشتری پس بگیرد. و اظهر بقای خیار است، به جهت استصحاب. پس اگر صاحب خیار فسخ کند باطل می شود شفعه. و اگر فسخ نکرد تا مدت منقضی شد، شفعه ثابت می ماند.

ص: ۱۶۲

۱- عبارت نسخه: از ثبوت حق شفیع و عدم آن. - اما نسخه بردار علامتی روی آن گذاشته و نشان می دهد که زاید است. درباره این علامت ها در مقدمه همین مجلد توضیح آمده است.

۲- مسالک، ج ۲ ص ۲۲۲ ط دار الهدی.

۹- سؤال: زید سه دانگ ملک داشته، یک دانگ را مشاعاً به عمرو به بیع شرط، فروخته و بیع لازم شده. و عمرو ملک مزبور را به ولید فروخته. بعد از مدتی زید یک دانگ دیگر را از ملک مزبور مشاعاً به خالد به بیع شرط [فروخته] و بیع لازم شده. و خالد این ملک مزبور را به ولید فروخته. بعد از مدتی احدی زید را مطلع ساخته که تُرا در این املاک، حق الشفعه می باشد. و زید مزبور دفعهٔ رفته در نزد حاکم شرع و املاک را به شفعه اخذ نموده.

آیا در این صورت، و چنین حالی، و چنین اخذ به شفعه [ای]، املاک مزبوره مال زید می شود؟ و جهالت در این جا مسموع می باشد یا نه؟-

جواب:

جواب: هرگاه زید جاهل بوده که حق شفع در آن د[انگی] که عمرو به ولید فروخته داشته است، یا عالم به حق شفع بوده و لکن جاهل به فوریت آن بوده و تقصیری نداشته است در تأخیر اخذ به شفع، ظاهر این است که حین اطلاع به این معنی می تواند اخذ به شفع بکند.

و اما در آن یک دانگی که به خالد فروخته است و او به ولید فروخته، نمی تواند اخذ به شفع کرد، علی الاظهر الاشهر. چون شرکاء در حین بیع خالد به ولید، بیش از دو نفر بوده اند. و شفع در بین بیشتر [از] دو شریک، ثابت نیست (۱)، علی الاشهر الاظهر.

و اما ولید: پس او نیز حق الشفع در آن یک دانگ که زید به خالد فروخته، داشته است. و اگر او نیز جاهل بود و در تأخیر اخذ به شفع معذور بوده، او نیز می تواند اخذ به شفع کند در آن ملک خالد. و ثمرهٔ این وقتی ظاهر می شود که قیمتی که خالد به زید داده بوده است کمتر از قیمتی [باشد] که ولید به خالد داده. و اما اگر ولید عالم بوده و در تأخیر اخذ به شفع معذور نبوده، پس حقی ندارد، بل که همان خریدن او در این صورت،

ص: ۱۶۳

۱- عبارت نسخه: در بین دو شریک بیشتر ثابت نیست.

در معنی اسقاط حق الشفع است.

و این ها همه در وقتی است که مجموع آن سه دانگ (۱) مشاع، از سه دانگ دیگر (که غالباً املاک شش دانگ است) مفروز باشد (۲) و شریک دیگر به غیر زید نباشد هر چند در شرب و ممر باشد، و الا حکم در بسیاری از مواضع، مختلف می شود به جهت زیاد شدن شرکاء از دو نفر.

اگر گفته شود که: ظاهر عبارت علامه در تحریر- با وجود آن که رأی او اشتراط اتحاد شریک است در استحقاق اخذ به شفعه، گفته است: «لو باع الشریک الواحد نصف حصّته لواحد ثم باع الباقي عليه أو علی غیره ثم علم الشفیع کان له أخذ الجميع و الأوّل خاصه و الثانی خاصه و کذا لو باعه من أكثر من اثنين» (۳)- مشعر به این است که این نوع تعدد شرکا مضرّ نیست به جهت آن که بعضی از آن ها شرکت آن ها متزلزل است. پس آن چه معتبر است در منع اخذ به شفع در صورت تعدد شرکا، آن شرکت مستقرّه است. پس در این جا هم می گوئیم شرکت خالد متزلزل است به جهت آن که ولید حق الشفع دارد در آن، پس شرکت آن مستقرّه نیست تا آن که در صورت بیع او به ولید لازم آید زیادتی شرکا بر دو تا نسبت به بایع.

می گوئیم: اما اولاً: پس ظاهر این است که این کلام علامه از فروع مسئله «جواز زیادتی شرکا است بر دو تا» (۴). چنان که از قبل و بعد از آن ظاهر می شود. و چنان که از شرایع ظاهر می شود که در جمله ده فرعی که از فروع این مسئله ذکر کرده، گفته است:

ص: ۱۶۴

۱- در نسخه: مجموع از سه دانگ.

۲- در نسخه: مفروز دیگر باشد. - اما خود نسخه بردار یک خط کوچک روی آن کشیده است.

۳- التحریر، ص ۱۴۷ ط قدیم.

۴- شهید ثانی (ره) در مسالک می گوید: اصحاب ما با این که می گویند حق شفعه در صورتی است که شرکا بیش از دو نفر نباشند، لیکن بنابر قول به حق شفعه در شرکای متعدد نیز فروعاتی را بحث می کنند. ج ۲ ص ۲۲۰ ط دار الهدی.

«و لو باع الشريك حصته من ثلاثه في عقود متعاقبه، فله أن يأخذ الكل و أن يعفو و أن يأخذ من البعض. فان أخذ من الأول [لم يشاركه الثاني و الثالث. و كذا لو أخذ من الأول و الثاني، لم يشاركه الثالث. و لو عفا عن الأول و أخذ من الثاني، شاركه الأول. و كذا لو أخذ من الثالث، شاركه الأول] (۱) و الثاني، لاستقرار ملكهما بالعفو». این مسائل را از فروع عدم تبعض صفقه کرده است. چون به سبب تعدد بايع و مشتری، صفقات متعدد می شوند. هر چند به صفقه واحده بيع واقع شود. همچنان که در مسالك تصريح به آن کرده در مسئله قبل از این (۲).

و ثانياً: اظهر این است که بيع «در عهده اخذ به شفع بودن» مضرر نیست به «جواز اخذ به شفع کردن». زیرا به این سبب نه از شراکت خارج می شود و نه از ملکیت. و مدار شفع در شرکت، حال شراء است نه بر استقرار ملک. چنان که در صورتی که ملک شریک مشتمل بر خیار باشد (۳).

از برای غیر که آن مانع استحقاق شفع نیست بر غیر، قبل از فسخ ذی الخیار. چنان که در مسالك نیز تصريح کرده (۴).

و مؤید مطلب است قول به این که «بيع شفيع حصیه خود را قبل از حصول علم به بيع شریک، منشأ سقوط حق او نمی شود» چنان که مختار شیخ (ره) است (۵). بل که بعد حصول علم نیز. چنان که مختار محقق است (۶). هر چند اظهر سقوط آن است در صورت علم و جهل، هر دو (چنان که مذهب علامه

ص: ۱۶۵

-
- ۱- نقلنا ما بين العلامتين من الهامش. و صححناه طبقاً لطبع دار التفسیر، ج ۳ ص ۲۰۳. و هكذا طبع اسماعيليان.
 - ۲- مسالك، ج ۲ ص ۲۲۱ ط دار الهدی.
 - ۳- در نسخه: می باشد.
 - ۴- همان، ص ۲۲۲.
 - ۵- مبسوط، ج ۳ ص ۱۴۲ ط المرتضویة.
 - ۶- شرايع، ج ۳ ص ۲۰۹ ط دار التفسیر.

به جهت آن که بقای ملک جزء سبب است. پس سبب اخذ مرگب است از ملک و بقای آن. و حدیث شریف «لَا شُفْعَةَ إِلَّا لِشَرِيكٍ مُقَاسِمٍ» (۲) چون مشتق، حقیقت در «متلبس بمبدأ» است، و بر این صدق نمی کند در این حال «شریک مقاسم»، و جهل و علم را در «احکام وضع» مدخلیتی نیست.

و دلیل قول اول این است که: در صورت علم گویا اعراض و اسقاط کرده، بخلاف صورت جهل که مستصحب خواهد بود. و از این جا ظاهر شد دلیل قول دویم که استصحاب است.

و ثالثاً: می گوئیم (بر فرض حمل کلام تحریر بر اعم از صورت اتحاد شریک نیز) این که: چون در صورت تعدد صفقات، می تواند شد که شفیع از مشتری اول اخذ کرده باشد، و دیگر (۳)

مشتری ثانی را مجال اخذ نیست، و همچنین ثالث را. پس می گوئیم: که مراد از شریک، شریکی است که مستحق شفعه باشد. و شریک مستحق شفعه در این جا یکی است که همان شریک قدیمی است. چنان که در مسالک نقل کرده قول به این که: هر چند قائل باشیم به اشتراط اتحاد شریک در اخذ به شفیع، در این جا قائل می شویم به اخذ با وجود تعدد شرکاء. و مؤید این است آن که (۴): آن حق تقدم دارد بر شرکت شرکا و مستصحب است.

و لکن تحقیق این است که این امور منشأ عدم صدق تعدد شرکاء نمی شود. و تقييد شریک به «شریک مستحق شفعه» ممنوع است. و احادیثی که وارد شده است که شرکاء هرگاه سه تا باشند، هیچیک را شفعه [ای] نیست، شامل ما نحن فیه هست. زیرا که

ص: ۱۶۶

۱- تحریر، ج ۲ ص ۱۴۷ ط قدیم.

۲- وسائل، کتاب الشفعه، ب ۳ ح ۷.

۳- در نسخه: دیگری.

۴- در نسخه: که آن که.

شریک بر آن صادق است، و مطلق شراکت و ملک، کافی است. و استقرار [ملک] (۱)، شرط نیست. چنان که پیش گفتیم.

و بدان که: این گفتار جاری می شود در جائی که شریک یک نفر باشد و بفروشد به دو نفر، یا بیشتر، به صفت واحد. چنان که آخر عبارت تحریر اشاره به آن داشت. و در مسالک هم اشاره به آن کرده [و می گوید: «پس اگر اعتبار کنیم در شریکی که مانع غیر می شود از اخذ شفعه، بودنش را مستحق شفعه، پس شفیع، یکی خواهد بود که آن شریک قدیم است. به جهت آن که آن شرکا همه در مرتبه واحد اند و همه مساوی اند در ملک. و شرط است در اخذ به شفع ملک بر بیع. و هرگاه اکتفا کنیم به مطلق شریک در مانع شدن از اخذ شفعه، پس در این جا هیچ شفعه [ای] نیست؛ اما از برای شرکاء تازه پس به سبب اقتران و تساوی آن ها در ملک. و اما برای [شریک] قدیم پس به سبب تکرر شرکا قبل از اخذ به شفعه» (۲).

و به هر حال، در ما نحن فیه این سخن ها، تمام نیست.

مسائل الشفعة من المجلد الثالث

۱۰- السؤال:

۱۰- السؤال: اذا كان ضيعه بين الشريكين؛ نصفها وقف و نصفها طلق. فهل يثبت الشفعة في بيع كل من الشقصين ام لا؟-؟

ص: ۱۶۷

۱- در نسخه: بر.

۲- مسالک، ج ۲ ص ۲۲۲.

الجواب: لا اشكال فى ثبوت الشفعة لصاحب الطلق، اذا باع صاحب الوقف (حيث يجوز له البيع) لوجود المقتضى و عدم المانع.

اما صورة العكس: ففيه اقوال شتى: الاول: عدم ثبوت الشفع رأساً. و هو المحكى عن المبسوط مصرحاً بعدم الخلاف (١). و عن ابن ادريس (ره) أنه قول الاكثر (٢).

الثانى: ثبوته مطلقاً. و هو المحكى عن السيد (ره)؛ فجوز للامام و خلفائه المطالبة بشفعة الوقف التى ينظرون فيها (على المساكين او على المساجد و مصالح المسلمين) و كذلك كل ناظر بحق فى وقف؛ من وصى و ولى. مستنداً الى الاجماع.

الثالث: التفصيل: فيثبت الشفعة اذا كان الموقوف عليه واحداً، و لا يثبت مع التعدد. و عليه اكثر المتأخرين. بل ربما حكى عنهم كافة (٣).

حجة الاولين: الاصل و الاقتصار فى ما خالف الاصل على المتيقن. لعدم انصراف عمومات ادلة الشفع، الى مثل هذا. و هذا على القول بانتقال الوقف الى الموقوف عليه. كما

ص: ١٦٨

١- المبسوط، ج ٣ ص ١٤٥ ط المرتضوية.

٢- السرائر، ج ٢ ص ٣٩٧.

٣- لقاتل ان يقول: ما المراد من اتحاد الموقوف عليه و تعدده؟ و للمسئلة صورتان: الف: أن يكون موقوفاً على مسجد و قنطرة. فهذا يصدق عليه «تعدد الموقوف عليه». جزماً. لأن الوقف كان لعنوانين اثنين. و كل منهما واحد بنفسه عنواناً و مصادقاً. ب: ان يكون وقفاً للمسلمين، او القارئين، او للاولاد مع كثرتهم. و هكذا. و هذا لا يصدق عليه تعدد الموقوف عليه. لأن الوقف وقف للعنوان. و المسلمين و القارئين و الاولاد، مصاديق للعنوان الكلى. و الشفع هو العنوان، لا المصاديق. فالقول بعدم الشفعة، يصح فى صورة الف. و لا- محل له فى صورة ب. فلا- يبقى فرق بين ان يكون الشقص ملكاً موقوفاً او ملكاً طلقاً. فلا محل و لا مجال للتفصيل.

هو المشهور، الاقوى، المدعى عليه الاجماع (١).

و ان لم نقل به (٢) فالامر اوضح.

ص: ١٦٩

١- هل المجمع عليه هو في صورة الف او صورة ب؟-؟ (المذكورتان في التعليقه المزبوره). وكذا الشهرة؟ وكذا قوّة القول؟ وهذا اول الكلام. ولا- محلّ للاصل في صورة الف، لانه لا شكّ في انتقال الملك الى المسجد والقنطرة. ومورد الاصل هو الشكّ. وكذا التمسك بالانصراف وعدم الانصراف. لأنّ محل هذا ايضاً، هو مورد الترييد والشك. وليس هناك شك و ترييد. لعلّ منشأ الخلاف هو الخلط بين الصورتين (اي صورتى الف و ب). والّا- فلا- اشكال في مالكيه العنوان المصطلح ب-«الشخصية الحقيقية» في مقابل «الشخصية الحقيقية». فعلى هذا: كل ملك اذا وقف، ينتقل رقبته الى مالكيه العنوان ولا ريب في انتقاله الى العنوان في الصورتين كليهما. ولعلّ من قال بعدم الانتقال، أخطأ في مراد القائلين بالانتقال وتخيّل أنّهم يقولون بانتقال الملك الى المصاديق، لا الى العنوان، فخالف. ولو كان مراد القائلين بالانتقال المصاديق، فالحق مع المخالف. كيف يملكون ما لا- يقدرّون على بيعه و اجارته و هبته و عمره و سكناه. فما معنى لهذه المالكية مع «تخصيص الاكثر» من التصرفات. فالقول بمالكيه المصاديق، يلزمه تخصيص «الناس مسلّطون..» تخصيص الاكثر في مورد ملك يُسمّى بالموقوف. ولا دليل لهذا التخصيص. اذ لو كان هناك دليل ما كانوا يتمسكون بالاصل وعدم الانصراف، في عدم ثبوت حق الشفعة. اذ حق الشفعة تابع للملكية. وعدم ثبوته لعدم الملكية. وليس هنا علةً ثالثة. فظهر أنّ مالك الرقبه هو العنوان، والمصاديق يملكون المنافع. والعنوان مالك و ثبوت حق الشفعة وعدمه بالنسبة اليه هي النسبة الى كل انسان مالك. فاذا كان الشركه بين اثنين يثبت حق الشفعة. و اذا كان بين ازيد من الاثنين، فلا شفعة و لا فرق بين كون الشركاء انساناً (بشخصيته الحقيقية)، او كان كلّهم او بعضهم عنواناً معيناً كالمسجد و الاولاد و غيرهما من الشخصيات الحقيقية.

٢- اى و ان لم نقل بالانتقال، فالامر واضح في عدم ثبوت حق الشفعة.- وهذا كما ترى اعلم: الموضوع مبنائى، و المسئلة فرع على أنّ «هل في العالم ملك بلا- مالك، ام لكل مال مالك اّمّا الامام او غيره» و على الثانى فمالك المال الموقوف، من هو؟ و الذى يدلّ عليه الادلة في الاعتقادات بتواترها و تبيّن الشيعه باجمعهم، هو أنّه لا مال و لا ملك الاوله مالك اّمّا الامام او غيره. فضلاً عن الادلة الفقهية. و ياتى في المسئلة الاولى من «كتاب احياء الموات» من هذا المجلد، ما يوضح منشأ الخلاف و أنّ هنا اهمالاً من بعضهم قدس سرهم.

و يمكن ان يقال: الحكمة الباعثة على تشريع الشفعة، دليل يوجب الخروج عن الاصل، و هو «نفي الضرر و الاضرار» كما نطق به ما رواه المشايخ الثلاثة «عَنْ عُقْبَةَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ: قَضَى رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه و آله) بِالشُّفْعَةِ - بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي الْأَرْضَيْنِ وَ الْمَسَاكِينِ - وَ قَالَ لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ» (١). و الضرر قد يحصل بسبب سوء عشرة المشتري، و حصول الوحشة للمالك بما استأنسه من مصاحبة الشريك الاول (٢). و قد يحصل مع ذلك بابتلاء تحمّل القسمة و تجشم مؤنتها.

و ما قيل أنه لا مؤنة في القسمة يوجب الضرر، ليس بشيء. اذ قد يكون الضيعة المشاعة في غاية السعة يحتاج تقسيمها الى مساحتها و تغيير اوضاع شربها و غير ذلك و كذا ما قيل أنّ المتبادر من الرواية أنّ الحكمة هو رفع الضرر الناشئ عن البيع، و ما يلزمه القسمة من المؤنة و المحنة، من لوازم مطلق الشركة، و كان ذلك حاصلًا قبل البيع. لأننا نقول: مرادهم أنه قد لا يحتاج الى القسمة قبل ذلك و أنّما حصل الاحتياج اليها بعد البيع من المشتري لعدم الموافقة بينهما.

و ممّا ذكرنا ظهر حجة القول الثاني، فأنه رفع الضرر مضافاً الى الاجماع.

ص: ١٧٠

١- الوسائل، كتاب الشفعة، ب ٥ ح ١.

٢- و في النسخة: مصاحبة و الشريك الاول.

و يمكن دفع الاول بانّ التمسك بنفى الضرر و الاضرار، ان كان من جهة عموم ما دلّ عليه من الاخبار فالنسبة بينهما و بين قولهم عليهم السلام «الناس مسلطون على اموالهم» و «لا يحلّ مال امرء مسلم الاّ من طيب نفسه»، عموم من وجه. و الترجيح يحتاج الى مرجح خارجي. و الشهرة و نفى الخلاف المنقولان عن المبسوط و ابن ادريس يرجحان الثاني. و ان تعسفت و جعلت رواية عقبه اخذت مطلقاً، فهي لا تقاوم الادلة. لضعف الرواية و عدم ما يجبر ضعفها. و الاجماع المدعى من السيد فى غاية الضعف لانفراده بالقول (على ما يظهر من كلماتهم) فادعاء عدم الخلاف من الشيخ اقوى حجة من مثله سيما مع الشهرة المنقولة، مع اعتضاها بالاصل.

و اما حجة القول الثالث: و هو البناء على عدم ثبوت الشفع الاّ بين الشريكين. و مبنى على ثبوت الملك للموقوف عليه، كما هو الاقوى. و هذا انما يتم اذا ثبت دليل عام لثبوت الشفع بين الشريكين بحيث يشمل صورة الوقف، و ان قلنا بملكته للموقوف عليه. و هو ممنوع، كما عرفت.

فاذن اظهر الاقوال هو القول الاول. فظهر انّ المعتبر فى الشركة هو الملك التام لا الملك الناقص(1). و لذلك ذهب المحقق بعدم ثبوت الشفع هنا مع قوله بانتقال الوقف الى الموقوف عليه.

ص: ١٧١

١- الملك الناقص؛ من أين جاء هذا الاصطلاح؟ و ما معناه؟ و هذا هو معنى «تخصيص الاكثر» كما رايت فى التعليقة السابقة. و قد تعسف المصنف(قدس سره) حيث تصوّر انّ الملك ينتقل الى المصاديق، لا الى العنوان و «الشخصية الحقيقية». و لو لا هذه التصور، يظهر ماهية المسئلة و لا يبقى مجال للخلاف. و ياتى تمام البحث فى التعليقات الاتية.

۱- سؤال:

۱- سؤال: هرگاه در جنب خانه کسی شارعی باشد. و در جانب دیگر شارع، زمینی از صاحب خانه باشد. آیا جایز است صاحب خانه شارع را یا بعض شارع را داخل خانه کند و از آن زمین در عوض بدهد (با وجود عدم ضرر به مازة ملک، بل که انفع بودن تبدیل)؟

جواب:

جواب: دلیل بر حرمت آن واضح نیست. خصوصاً در وقتی که انفع باشد. و احوط اجتناب است. و هرگاه شارع مخصوص اهل آن قریه باشد و همه راضی شوند بر این معنی، امر اسهل خواهد بود.

و تحقیق المقام: انّ بقاع الارض اما مملوكة (۱)، او محبوسه علی الحقوق العامّة. سواء

ص: ۱۷۳

۱- و المملوكة علی ثلاثة اقسام: الاول: ما كان مالكة الامام؛ كالموات من الاراضی، و المعادن، و الاجام، و بطون الاودية، و رؤس الجبال، و... الثانی: ما كان ملكاً لافراد الانسان. و الثالث: ما كان موقوفاً فمالكة هو العنوان الموقوف عليه.

كان عمومها لفريق خاص؛ كالمساجد و المدارس و الربط (1)، او لعموم الناس كالأطرق و الشوارع. و امر المحبوس من جانب المكلف واضح كالمساجد و المدارس و ما شاكلها، فان مالکها قد وقف لهذه المصلحة.

ص: ١٧٤

١- اى الرباط، (و بالفارسية: كاروان سرا). و فيه: ان كان الربط ملكاً طلقاً فهى من المملوكات، و لا- يكون الطريق اليه من المحبوسات على الحقوق العامة. و ان كان من الموقوفات فمالکة هو العنوان (اى عنوان المسافرين، لا انفس المسافرين) فيكون من المملوكات، و كذا الطريق اليه مملوكه اما ملكا او حقاً. و كذا المسجد و الطريق اليه. و البقعة المحبوسة، بهذا الاصطلاح- بان يكون البقاع المحبوسة قسيماً للبقاع المملوكه- لا دليل عليها من الأدلة الاربعه، اصلاً و ابداً. و ان قلنا ان مراد المصنف (ره) من المحبوسة هى الموقوفه. ينتقض بقوله «او لعموم الناس كالطريق». لان الطرق و الشوارع ليست من الموقوفات. بل هى باق فى ملك الامام، و منافعه للناس. و ليس فى بقاع الارض بقعة محبوسة بهذا الاصطلاح. و ان قيل: ان مراده من «المحبوسة» هو الحبيس (المبحوث عنه فى كتاب السكنى و الحبيس). ففيه: ان الحبيس مملوكه و باق فى ملك مالکة. و عدم امعان بعضهم (قدس سرهم) النظر فى هذه المسئلة كان منشأ لمعضلات عديدة فى الفقه، كما أسبقناه فى آخر مسئلة من مسائل كتاب الشفعه فى هذا المجلد، فارجع. و منشأ عدم الامعان هذه، هو ياس اكثر هم (قدس سرهم) من تاسيس الحكومة المشروعه الشيعيه قبل ظهور الامام (عجل الله تعالى فرجه). و الحكومة عنوان و سمة و «شخصيه حقيقه». و ديدانهم هذا انجر الى تضعيف كل عنوان و سمة و شخصيه حقيقه غير حكوميه، كالعنوان الموقوف عليه و امثاله. و نشاء من هذه الخلاء، اصطلاحات كالبقاع المحبوسة. و نشاء منها معضلات كما فى «انتقال الملك الى الموقوف عليه و عدمه». و كما نرى من الشيخ قدس سره، كلاماً متناقضاً فى المبسوط؛ اذ قال فى باب الانفال ان المعادن من الانفال. فيكون مالکها هو الامام. و يقول فى باب احياء الموات ان كل معدن كان فى ملك احد، فهو له و هو مالکة. فما الفائدة فى قوله «ان المعادن من الانفال»؟! و كان له ان يقول: المعدن تابع للارض فما كان منه فى ارض الامام، فهو للامام. و ما كان فى ارض احد، فهو له و هو مالکة. - و تتمه البحث فى التعليقه الاثنيه.

و أمّا الطرق فمعنى حبسه على ذلك، حكم الشارع بعدم التصرف فيها إلا (١) على ما هو موضوع لها من الاستطراق إلا ما [لا] ينافيه (كما ذكره). فكان الشارع منع في هذا المكان الخاص من تصرف خاص. فالمنع عن التصرف فيه يتبع الدليل الدالّ عليه. إذ المستطرقون ليس لهم قصد ولايته. بل لم يُعلم من حالهم في أوّل الأمر إلا عبور كلّ من احتاج الى العبور من هذا المكان. فقد لا- يخطر بباله تملك، بل ولا اولويّة، ولا غير ذلك. فحصل الطريق بتدريج و تعاور المارّة. فالمنع (٢) أنّما هو من الشارع بعد تحقق الطريق و حصوله.

فهناك امران: اصل البرائة و اصالة الاباحة (٣)؛ و هما يقتضيان جواز التصرف فيها بانحاء

ص: ١٧٥

١- لو قال: إنّ الشارع مالكة و حكم بعدم التصرف فيها إلا... لكان أولى. و اذن؛ ما كان (ره) محتاجاً الى بيان معنى حبسه بمعنى خاصّ. لأنّ كلّ حبس كذلك. و الفرق بين الحبس و الوقف هو أنّ في الوقف يخرج رقبته الملك من ملكية الواقف. و في الحبس لا- يخرج من ملكية الحابس. (راجع «كتاب السكّنى و الحبيس» من متون الروائية و الفقهية). فالطرق و الشوارع، من موضوعات «كتاب السكّنى و الحبيس»، و الاّ يجب علينا ان نجعل لها كتاباً خاصاً بعنوان «كتاب المحبوسات الغير المملوكة». و هذا كما ترى. و بالجملة: المصنف (ره) يخترع نوعاً من «الحبيس» و يجعله قسيماً للحبس الذى وُضع له «كتاب السكّنى و الحبيس». و هو كما ترى لا- اثر له فى الشرع و لا- خبر. فالطرق و الشوارع ليست من الموقوفات، اجماعاً. فهى من مصاديق الحبس. و الحبس ما بقى فى ملك مالكة. فمن مالكة إلا الامام؟

٢- لو قال (ره): فالحبس، كان أولى.

٣- لا حاجة الى «الاصل». لأنّ الاصل دليل حيث لا دليل. و هناك دليل بل ادلّة. لقد أباح الشارع فى اراضى الامام (عليه السلام) (اي الموات) الاحتطاب و الاستكلاء و اغتراف المياه و امثالها، و هؤلاء كلها يحتاج الى العبور و المرور. قال (صلى الله عليه و آله): «الناس شرع سواء فى النار و الكلاء»؛ اذ يدلّ كلامه (صلى الله عليه و آله) هذا على الاباحة بطريق أولى، لأنّ التسوية فرع على الاباحة و كذا ادلّة اخرى. و ما قد يسمّى فى الفقه ب-«المباحات الاصلية»، كلّها مباحة باباحة الامام. و اصالة البرائة و اصالة الاباحة، تتفرّعان على اباحة الامام عند الشك. و لا دخل لهما فى الاباحة بدوياً.

التصرف. و منع الشارع بالخصوص، و كون كثير من التصرفات مستلزماً للاضرار المنفي، و هما يقتضيان المنع. فلا بد من الاقتصار على مقتضى ما ثبت من المنع الخاص، او التضرر في ما لم يثبت فيه دليل المنع بالخصوص و لا حصول الضرر. فلا دليل على منع التصرف فيه.

اذا تقرّر هذا فنقول: ادخال الطريق او بعضه في الدار و تعويضه عن الجانب الاخر، مع عدم التضرر بل مع كونه انفع و اوفق، لا دليل على منعه(1). اذ لم يثبت اجماع على المنع

ص: ١٧٦

١- هذا مبتن على القول ب-«الحبس الغير المملوك» و تاسيس باب و كتاب جديد بعنوان «كتاب الحبس الغير المملوك». و قد سبق بطلانه. فملكك الشوارع للامام و منافعه للناس. و التصرف في الشوارع بادخاله في الدار، تصرف في ملك الغير و لا يجوز الا باذنه و لو كان تعويضاً بالانفع و الاوفق. و ما تراه ياذنون اذا كان «تبديلاً بالاحسن»؛ ان كان اذنتهم بعنوان انهم حاكم و ولي، فهذا لهم. و الا- فلا- دليل على الجواز. بل الادلة و الاجماع يمنع التصرف في ملك الغير اى تصرف، الا ما اجازه و منه الحبس لعبور الناس. و كذا ما يسمّى ب-«المشتركات» الغير الموقوفة. لقد انجز هذا المسلك (مسلك بعضهم قدس سرهم) الى جواز كل تصرف في ما يختص بالامام(عليه السلام) و ملكه؛ كان كل تصرف في مال الغير محرّم الا- التصرف في مال الامام(عليه السلام). و لذا ترى ان الشهيد الثاني في باب الانفال من الروضة، يقول «الاجام للامام» و في باب احياء الموات يقول بجواز قلع اشجار الاجام و قصبه، و يسميه الاحياء. فما فائدة قوله في باب الانفال ان الاجام للامام-؟ و قد يفرّقون بين عصر حضور الامام(عليه السلام) و غيبته. كان الغائب مهجور عن ماله و ملكه. هل هذا التفريق الا بانهم عليهم السلام اباحوا التصرفات المعقولة في املاكهم-؟ فالاباحة بدواً و رأساً صدر منهم، فليس منشأ الاباحة اصالة البرائة او اصالة الاباحة. و هذان عند الشك. كما سبق، لا- في الاباحة البدويّة من المالك، اى الامام(عليه السلام). مع ان من يقول ب-«ولاية الفقيه»- و كلهم يقولون بها باجمعهم؛ اى حتى من يقول بعدم تاسيس حكومة قبل الظهور ايضاً. و هذا واضح- فلماذا لا يقيّد بعضهم التصرف في غير الموات (كالطرق و الشوارع) باذن الولي الفقيه-؟! و كذا الاجام لانها ليست بموات ايضاً. و بعبارة اخرى: على القول بعدم الحاجة في الاحياء باذن الامام سيما في عصر الغيبة. هذا يختص بالموات، و لا يشمل الطرق و الاجام. لان على هذا القول؛ الاباحة العامة يشمل احياء الموات فقط. و ما ابيح من الطرق و الاجام هو الانتفاع فقط، لا التمليك بالاحياء. و احياء الحيّ تحصيل للحاصل. و على القول الاخر؛ حتى احياء الموات ايضاً يحتاج الى الاذن، اذن الامام في عصر حضوره. و اذن نائبه في عصر غيبته او في عصر حضوره. و للامام الحاضر ان ينسب نائباً خاصاً، او نائباً عاماً. و النيابة في عصر غيبته عامية و يختص تخصصاً او تخصيصاً عند من يقول بتاسيس الحكومة المشروعة في عصر الغيبة.

عنه ولا نقله احد منهم، في ما احاط به خبرنا. و لا حديث يدل على ذلك. بل ربما دلّ بعض الاخبار من باب التنبيه على الجواز؛ مثل ما دلّ على أنّ «الناس اذا اختلفوا في امر الطريق و تشاخوا في الزيادة و النقيصة، فيبنى الطريق على خمسة اذرع». و هو موثقة البقباق (١). او «سبع اذرع». و هو رواية السكوني (٢) و رواية مسمع بن عبد الملك (٣). و مقتضى ذلك جواز الاحياء في ما زاد عن ذلك من الجانبين و من جانب واحد (٤).

فعلم من ذلك: أنّ الطريق من جهة الاستطراق لم يصير رقبتها محبوسة على الناس من حيث هي (٥)، بل من حيث أنّها رافعة لحاجتهم و دافعة لضررهم (٦). و اذا كان العلة هو ذلك،

ص: ١٧٧

- ١- الوسائل، كتاب الصلح، ب ١٥ ح ١.
- ٢- المرجع، ح ٢.
- ٣- التهذيب، ج ٧ ص ١٤٥ ط دار الاضواء.
- ٤- مورد الاحاديث الثلاثة هو اذا لم يكن بينه و دليل على صحته ادعاء طرف من اطراف الدعوى، كما أنّهما وردا في باب الصلح. و الّا يُعمل باقتضاء البيّنة و الدليل. و أين هذا من جواز تقليل عرض الطريق اذا كان ازيد من سبعة اذرع واقعا؟! و ثانياً: ان دلّ الحديتان بجواز تقليل العرض، فيدلّان بجواز تعريضه ايضاً اذا كان اقل من خمسة اذرع او سبعة اذرع. فيجوز تخريب جدار الناس لتعريض الطريق اذا كان (مثلاً) ثلاثة اذرع. و هذا كما ترى. لا يقال: في هذه الصورة يلزم الضرر لصاحب الجدار. لأننا نقول: و في صورة العكس يلزم الجسارة و التهور المذموم الممنوع، على الامام (عليه السلام)، في عدم الاستيذان. فمورد الحديث ليس ههنا. و ترى في ما يأتي هنا و (في المسئلة ٨) أنّ العلامة و المحقق يقولون بأنّ مورد الحديثين خاصّ و هو الملك المبتكر. فراجع.
- ٥- و هذا ايضاً يحتاج الى تاسيس باب و كتاب جديد تحت عنوان «كتاب الحبيس من دون حبس الرقبة».
- ٦- فالرقبة لمن؟ كلّ ما ينتفع من عينه، فهو ملك، فمن مالكة؟

فلا يتفاوت الامر في ما نحن فيه بين ما خصّ الطريق ببعض اجزائها، او بما يليها مما لا يضّرّ بالمازّة.

و الحاصل: انّ ما ثبت من الادلّة هو اثبات(1) حق المرور للناس في هذا الصوب، لا خصوص استحقاقهم في رقبه الطريق. [فيجوز التصرف] ما لم يستلزم تغييرها ضرراً بالمازّة. و ممّا يدلّ على ذلك استثنائهم التصرفات غير المضرّة بالمازّة؛ كالوقوف فيها و الجلوس، بل المعامله و التظليل على موضع الوقوف. بل بناء الدكّة فيها بحيث لا يضّرّهم. و كذلك اخراج الجناح و الروشن على الطرق النافذه. و كل ذلك معللّ بعدم تضرّر المازّة(2). و لا ريب انّ مجرد عدم التضرّر لا يستلزم جواز التصرف في ملك الغير، و لا ما هو اولى به من غيره. و ليس هناك مالك خاص(3). و يعتبر شاهد الحال بالنسبة الى رضاه(4).

و كل ذلك دليل على انّ منع الشارع انما هو من جهة مزاحمة المازّة و تضرّرهم. فكما انتفى ذلك في غيرها من التصرفات فيها ايضاً، فيجوز. بل الظاهر انّ احياء الطريق و تغييرها بجعل ما في جنبه من الارض الموات طريقاً، و جعل الطريق زرعاً و نحو ذلك، في غالب الاوقات في الاراضي الغفرة و المسافة البعيده التي لا يتفاوت الحال في

ص: ١٧٨

١- عبارة النسخة: كما هو اثبات..

٢- لا منافات بين هذه الاستثناءات، و بين كونه ملكاً للامام. او لمالكي البيوت المجاورة سيّما على قول المصنف(ره) حيث يقول بانّ حريم الملك ملك لملكه، كما يأتي.

٣- نعم، لو ثبت كون ملك له منافع ينتفع بها، لا مالك له. و دون اثباته خرط القتاد.

٤- ما ظفرت بمعنى هذه العبارة. لعلّ الصحيح: «فيعتبر...» اي: و ليس هناك مالك خاص حتى يعتبر شاهد الحال بالنسبة الى رضاه.

الاستطراق في اصل الطريق، او ما في جنبه، لا دليل على منعه(١). سيما اذا كان الاستطراق في الموات التي في جنبه اسهل على المارة(٢).

هذا الكلام في الطريق العام. و اذا كان مخصوصاً بجماعه خاصه؛ مثل اهل القرية، و (مع ما ذكرنا من عدم التضرر) اجتمعوا على الرضا بالتغيير. فالظاهر عدم الاشكال.

و ما استشكله بعضهم من جهة ان لغيرهم ايضاً حقاً في ذلك، لان الناس قد يحتاجون الى ورود هذه القرية و العبور اليها، فلهم ايضاً حق فيها. ففيه ان ذلك الاشكال بعد فرض عدم التضرر مطلقاً، لا وقع له. سيما بالنسبة الى الطبقة الاولى من المستطرقين الذين بنوا هذه القرية و استطرقوا اليها لحاجتهم. فان الطريق حينئذ من باب الحريم لملكهم و امره بيدهم، لا يتعدى لغيرهم. و بعد تبدل الطبقات و مرور الايام و صيرورة الطريق مورداً لحوائج غيرهم من الناس، فيندفع الاشكال عند عدم التضرر، بما ذكرنا. و احتمال ان يمنع ذلك احد من المارة مع عدم التضرر اصلاً، بل مع كونه انفع، انما يكون من باب المعاندة و خبث النفس، و لا يلتفت اليها(٣).

و اما ما رواه الشيخ في الموثق عن البقاي: «عن الصادق عليه السلام، قال: قُلْتُ لَهُ الطَّرِيقُ الْوَأَسَعُ هَلْ يُؤْخَذُ مِنْهُ شَيْءٌ إِذَا لَمْ يُضِرَّ بِالطَّرِيقِ قَالَ لَا»(٤). فالظاهر منه

ص: ١٧٩

- ١- نعم لا دليل على منعه بشرط الاستيذان من الامام او نائبه.
- ٢- هذا من مصاديق التبديل باحسن، يشمل الموقوفات ايضاً و فيها الاذن (اي الاذن العام) نقلاً و عقلاً. و هذا الاذن بالنسبة الى الطريق، اذا كان في الفلات و الموات فقط كما صرح به قدس سره.
- ٣- فاذا منعه الامام (عليه السلام) او نائبه الخاص او نائبه العام، فماذا؟ هل المنع حرام للامام؟ لا يقال: ان الامام لا يمنع من التصرف الغير المضر. لان الاغراض لا تنحصر في الضرر و عدمه. كما اذا منع مالك ملك، الغير من التصرف النافع في ملكه.
- ٤- الوسائل، كتاب التجارة، ابواب عقد البيع و شروطه، ب ٢٧ ح ١.

(بعد تسليم مقاومته للاصل و العمومات) (١) عدم جواز الاخذ من الطريق بلا عوض، لا (٢) و لو عوّض عنه بما يدفع معه الضرر، بل كان انفع. مع أنّها معارضة بالاخبار المتقدّمة المحدّدة للطريق بسبع اذرع او خمس، الموافقة للاصل المعتضدة بالعمومات (٣). سيّما ما دلّ على الخمس، فإنّها تدل على جواز اخذ الزايد.

الأ- ان يقال: أنّ تلك الاخبار أنّما وردت في طريق الملك المبتكر (كما يظهر من كلام المحقق و العلامة و غيرهما حيث جعلوا هذا التحديد في المبتكر). بان يقال أنّ تلك الاخبار تدلّ على بناء تحديد الطريق التي لم يثبت حدّه بعد، و وقع الاختلاف في اصله. لا في ازدياد الطريق الثابت و اختصاره. و هو تقييد للروايات، فان الظاهر منها تحديد نفس الطريق و ان كان ظاهر السؤال عن المبتكر. لا أنّ السؤال غير مخصّص للجواب، على التحقيق. مع أنّ جماعة من المحققين المتأخرين عمّموا الروايات على اطلاقها و لم يلتفتوا الى هذا التخصيص.

و الحاصل: أنّ بعد تصادم الاحتمالات و الروايات لم يبق ظنّ يوجب العمل عليه في ما نحن فيه من المنع. سيّما بعد ملاحظة تجويز بعضهم بناء الدكّة الموجيه لتعطيل قدر من الطريق (٤) ان لم يضرب بالمارّة (٥) فان الاعتبار يحكم بعدم الفرق بين الدكّة و غيرها من الموانع

ص: ١٨٠

١- اما الاصل: فهو لا يقاوم الدليل الموثق. سيّما على مبنى المصنف (ره) لانه انفرد بالقول ب- «حجية الظنّ مطلقا» ولا يكتفى بالظنون الخاصة. فهل الموثقة لا- يفيد الظنّ؟ و امّا العمومات: فهل هي تدلّ على المنع او الجواز؟-؟ و هذا اول الكلام. و العمومات قسمان: قسم منها تدلّ على المنع من التصرف الآ- في مال نفسه. و قسم منها نفس دلالتها على المنع او الجواز، اول الكلام.

٢- جعل الناسخ خطّين على حرف «لا» زعماً أنّه زائد.

٣- قد سبق الجواب من كل هؤلاء، فاستدلّاه (ره) هذه مصادرة بالمطلوب.

٤- و كان المصنف (ره) يتمسك بهذا القول العجيب المردود قطعاً، لخلوّ مدعاه من الدليل.

٥- عبارة النسخة: و ان لم يضرب بالمارّة.

السانحة (١) في اثناء الطريق. سيّما و في ما نحن فيه له بدل. بل و نعم البدل. بخلاف صورة بناء الدكّة. الأ ان يقال: الفرق هو عدم إمعاء صورة الطريق في مسئلة الدكّة. بخلاف ما نحن فيه. و كيف كان، فلم يقيم علينا دليل على المنع في ما نحن فيه.

و لا يبعد ان يقال: ينبغى (٢) اذن الحاكم ان اريد ذلك.

و مما يؤيد ما ذكرناه و رجحناه (٣)، انّ لاصحابنا وجهاً في جواز وضع الجزوع على جدران المسجد. بل البناء عليها ايضاً باذن الحاكم اذا اخذ في عوضه شيئاً لمصلحة الموقوف (٤).

و أنّما لم نقل بوجوب استيذانه هناك لأنّ الطرق ليست من الموقوفات المملوكة و لا من المصالح العامّة الملكية كالمسجد و غيره (٥). بل أنّما حبس عن الله (٦) لعباده في بقعة من بقاع ارضه فيتبع ما ثبت من المنع و الحبس. و في ما نحن فيه ثبوته اول الكلام (٧).

ص: ١٨١

١- لغت: السّنع من الطريق: وسطه.

٢- بل يجب الاستيذان.

٣- تنزل (ره) من الحكم الى الفتوى، ثم الى الرجحان.

٤- و هذا اعجب من التمسك بالقول المذكور المزبور. و اعجب منه اطلاق كلامه (ره) حيث لم يقيد البناء فوق المسجد بالبناء الغير المسكون، لئلاّ يجنب فيه الباني و يترك الجماع. ليت شعري من هو من الاصحاب قال بهذا الوجه و جوّز البناء على سطح المسجد، و هو لا- يجوّز البناء على سطح دار نفسه للغير، فكيف يجوّزها لبيت الله؟! و ائى حاكم يأذن بها؟! و لو سئل، فهذا اعتراف منه (ره) بلزوم اذن الحاكم. على انّ ما نحن فيه من «الحبیس» و المسجد من الموقوفات، و سبك المصنف (ره) هنا قياس بداهة.

٥- و هذا اول الكلام و مصادرة بالمطلوب.

٦- و ما عن الله، فهو عن الامام (عليه السلام)، فرقبة الطريق ملكك للامام. و ما من حبس الا يبقى رقبتة في ملك الحابس. كما قدّمناه.

٧- كونه محبوساً متيقن و قطعى، و جواز تعويضه مشكوك، فعلى مدعى الجواز ان يأتى بالدليل. فعدم الجواز ليس باول الكلام. و هذا من الواضحات التي تعلمناه منه و من امثاله قدّس سرهم.

و یوید ما ذکرنا فی الجملة؛ مفهوم «الطریق المقربة» فی حسنه ابن ابی عمیر عن ابراهیم بن ابی زیاد الکرخی «عن الصادق (علیه السلام) قال: ثلث ملعونات ملعون من فعلهن المغموط فی ظل النزال و المانع الماء الممتاب و الساد طریق المقربة» (۱). هذا كله و لكن الاحوط الاجتناب. والله العالم بالشواب.

۲- سؤال:

۲- سؤال: هرگاه کسی زمین موات را که قنات او بالمره خراب شده باشد و مدت های مدید مهجور و متروک بوده، آباد کند. و قنات را حفر کند و پاک کند. و آب او را جاری کند. و زرع کند. آیا ملک مال او می شود یا نه؟-؟

جواب:

جواب: اظهر این است که هرگاه مالکی داشته است و اعراض او بالمره از ملکیت او معلوم نشده، جایز نیست احیاء آن بدون اذن او، و مزرعه بر ملک مالک اول باقی است. و اجرة المثل ایام تصرف او [را] با اصل مزرعه، باید به صاحب اول رد کند.

و هرگاه مالک معروف نداشته است، جایز است از برای او احیاء و مال او می شود.

و تحقیق این مسئله محتاج است به بسطی که مجال او نیست. و ما مجملی در این مقام

ص: ۱۸۲

۱- الوسائل، کتاب الطهارة، ابواب احکام الخلوة، ب ۱۵ ح ۴- و لیست فیها لفظه «ملعونات». و کذا لفظه «المقربة» و مکانه لفظه «مسلوک». و کذا فی التهذیب علی ما نقل. و لکن فی الکافی (فروع ج ۲ ص ۲۹۲)، و بحار (ج ۶۹ ص ۱۱۲) مطابق لما فی نسختنا هذه. و اما مراد المصنف (ره) من المفهوم: مراده ان رسول الله (صلی الله علیه و آله) نهی عن سد طریق المقربة، لا عن سد طریق الغير المقربة، فیجوز سد طریق الغير المقربة، او لا- یكون سادہ ملعوناً. ففي ما نحن فيه یجوز بطریق اولی لانه تعویض لا سد، و این ان یكون سداً لمقربة. فللجواز فیما نحن فيه اولویتان. لعدم كونه مقربة و لعدم كونه سداً. یلاحظ علیه: ان مورد الحدیث انه اذا كان هناك طریقان و مقصدهما واحد. احدهما طویل بعید، و الاخر قصیر مقرب. فمن قال ان طریق الطویل كاف، فسد طریق المقربة. فهو ملعون. فهنا لا مفهوم اصلاً حتى يتمسك به. هذا اذا فرضنا ان لفظه «مقربة» موجود فی الحدیث.

ذكر مى كنيم: قال فى الكفاية ملخصاً لما فى المسالك(١) مع تغييراً منى:

اذا جرى على الارض ملك او ما فى حكمه، لمسلم معروف و من بحكمه، فما دامت عامرة، فهى له و لورثته بعده و ان ترك الانتفاع بها، بلاخلاف فى ذلك.

و ان خربت؛ فان كانت من الاراضى المفتوحة عنوةً، لم يزل ملك المسلمين عنها.

و ان ملكها بالشراء او العطية، او نحوهما، لم يزل ملكه عنها على المعروف. و نقله فى التذكرة(٢) من جميع اهل العلم.

و ان ملكها بالاحياء ثم تركها حتى رجعت مواتاً ففيه للاصحاب قولان: احدهما ما ذهب اليه جماعة منهم الشيخ(٣)؛ و هو بقاءه على ملك مالكها. و ثانيهما ما ذهب اليه جماعة من اصحابنا، منهم العلامة فى بعض فتاويه. و مال اليه فى التذكرة(٤)، و هو صحة احيائها و كون الثانى احق بها من الاول. اقول: و الظاهر ان مرادهم حصول الملك للثانى و زوال الملك الاول، كما يشعر به ادلتهم، بل استدلالهم صريح فى ذلك. و قوى هذا القول فى المسالك(٥). و جعله صاحب الكفاية اقرب.

ثم ذكر ان الفريق الاول اختلفوا فمنهم من قال لا يجوز احيائها و لا التصرف فيها مطلقاً الا باذن الاول. و ذهب جماعة الى جواز احيائها و صيرورة الثانى احق بها لكن لا يملكها بذلك، بل عليه ان يؤدى طسقتها الى الاول او وارثه. و لم يفرقوا فى ذلك بين ما يدخل فى ملكه بالاحياء او غيره من الاسباب المملكة اذا صار مواتاً.

ص: ١٨٣

١- المسالك، ج ٢ ص ٢٣٢ ط دار الهدى.

٢- التذكرة، كتاب احياء الموات ص ١ و ٤ ط قديم.

٣- المبسوط، ج ٣ ص ٢٧٠.

٤- التذكرة، ص ٤٠١.

٥- المسالك، ج ٢ ص ٢٣٢.

و ذهب الشهيد(ره) فى الدروس الى وجوب استيذان المحيى المالك اولاً، فان امتنع فالحاكم. و له الاذن فيه. و ان تعذر الامران جاز الاحياء و على المحيى طسقتها للمالك.

و يدل على ما اخترناه عموم صحيحتى محمد بن مسلم و حسنة زرارة و محمد بن مسلم و ابى بصير و جماعة من الفضلاء «عن الباقر و الصادق عليهما السلام قال: قال رسول الله(صلى الله عليه و آله): مَنْ أَحْيَا مَوَاتًا فَهُوَ لَهُ»(١). و خصوص رواية الكاهلى و صحيحه معاوية بن وهب الاتيتين. [انتهى كلام صاحب الكفاية].

اقول: الذى يقوى فى نفسى هو القول الاول. لنا وجوه: الاول: استصحاب الملك الاول، و لا مزيل. لما ستعرف من ضعف ادلة الخصم، و ان اسباب زوال الملك محصورة و لا دليل على كون الموتان منها.

الثانى: عموم قوله عليه السلام «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ لَهُ» و ما فى معناه من الاخبار الصحيحة الخاصة مثل صحيحة محمد بن مسلم و ما فى معناها(٢). و اورد عليه بالقول بالموجب، لان الاحياء الثانى احياء بل هى ادل عليه لكونه عارضاً و طارياً على الاحياء الاول. و السبب للملك الطارى، اقوى.

و فيه اولاً: ان المتبادر من الروايات هو الاحياء الاولى، فان مدلولها المطابقى ان الاحياء منقول فى التملك من جهة انه احياء. و ان ثمرته هو افادة الملك لا غير. و هو لا يتم فى ما نحن فيه(٣) الا اذا ثبت من الخارج زوال اثر السبب السابق و الاحياء الاول. و ان الموتان صار سبباً لزواله. و الا فلا بد من القول بان هذه العمومات تدل على امرين احد

ص: ١٨٤

١- الوسائل، كتاب احياء الموت، ب ١ ح ٥.

٢- مراده(ره) ان المالك السابق، ملكه بالاحياء اما باحياء نفسه او مع الواسطة او الوسائط. فالصحيحة تدل على مالكيته و بقاء ملكه.

٣- اى فى حصول الملك للمحيى الثانى.

هما زوال الملك السابق لسبب الموتان. و الثاني حصول الملك اللاحق بسبب الاحياء الثاني(1). و انت خير بان محض الموتان لا تدل على زوال الملك السابق و دعويه مصادره(2) و بان عموم الروايات ايضاً لا يدل عليه.

فالعجب كل العجب ادعاء صاحب المسالك(3) و صاحب الكفاية كون دلالتها عليه اقوى من جهة العروض و الطريان.

و لو سلم كون الاحياء سبباً مطلقاً و ان الطريان يوجب القوة، فكون ذلك مدلول الروايات، اول الكلام(4) فضلاً عن كونها عليه ادل. و يويد ما ذكرنا ما نقله ابن فهد في المهذب عنه(عليه السلام) انه قال: «من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم، فهو احق به»(5). و ما رواه الصدوق في الفقيه: «قال: قال رسول الله(صلى الله عليه و آله): مَنْ غَرَسَ شَجَرًا أَوْ حَفَرَ وادياً بدياً لم يسبقه إليه أحد أو أحياً أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله عز و جل»(6).

ص: ١٨٥

١- لقاتل ان يقول: نقول بدلالاتها على امرين، و ما المانع منها؟

٢- و على قول القائل بدلالة العمومات على امرين، فزوال الملك السابق مدلول العمومات، فما المانع من ان نقول ان الشارع جعل «طرو الموتان»، بهذه العمومات علمه مزيله للملك السابق.؟ فالمزيل هو تشريع الشارع لا الموتان بما هو موتان. كما ان الشارع جعل ارتداد المسلم علّة لزوال زوجية زوجته المسلمة من دون طلاق. فما معنى المصادره هنا؟

٣- المسالك، ج ٢ ص ٢٣٢. ط دار الهدى.

٤- في كلامه(ره) تناقض؛ اذ يقول «و لو سلم كون الاحياء سبباً مطلقاً»، فلو لم تدل الروايات به فلماذا سلم؟

٥- نعم؛ من سبق الى احياء ما طرئه الموتان فهو احق به. فالحديث باطلاقه يشمل ما نحن فيه.

٦- مراده(ره) التمسك بمفهوم لفظه «بدياً»، و تخصيص العمومات بمفهوم لفظ واحد، كما ترى. غاية ما يستفاد منه كون مورد الحديث خاصاً بالبدعي. ولا محل للجمع الدلالي اتكاء على التمسك بالمفهوم. هذا مع ضعف الروايتين كليهما، ولا تقاومان العمومات. و مع شمول «ارضاً ميتة» في هذا الحديث لما نحن فيه. و الحديث؛ الفقيه، ج ٣ ص ١٥١ ط دار الاضواء- الوسائل، كتاب احياء الموت، ب ٢ ح ١.

الثالث: قوله (صلى الله عليه وآله): «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَ لَيْسَ لِعِزْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ» (١). و فسّر بان المراد أن ياتى الرجل الارض الميتة لغيره فيغرس فيها. و ردّ بان هذا التفسير عن هشام بن عروة و قوله ليس بحجة، مع أنه فسّره بان ياتى الارض الميتة لغيره، و الخصم يمنع كونه لغيره حينئذ. فلعلّ المراد مثل ما انتقل بالبيع و نحوه، او المفتوحة عنوةً المسلم كونه لغيره.

اقول: و فسّره السيد(ره) ايضاً بذلك؛ قال فى «المجازات النبويّة» المراد ان يجيئ الى ارض قد احياها محيئ قبله، فيغرس (٢) فيها او يحدث فيها حدثاً، فيكون ظالماً بما احدثه. و عموم اللفظ يشمل ما نحن فيه (٣). و ضعف الرواية منجبر بالعمل و سائر الادلّة (٤).

الرابع: صحيحه سليمان بن خالد؛ «قال: سئلت ابا عبدالله (عليه السلام): عَنِ الرَّجُلِ يَأْتِي الْأَرْضَ الْخَرِبَةَ فَيَسْتَخْرِجُهَا وَ يُجْرِى أَنْهَارَهَا وَ يَعْمُرُهَا وَ يَزْرَعُهَا مَاذَا عَلَيْهِ قَالَ الصَّدَقَةُ قُلْتُ فَإِنْ كَانَ يَعْرِفُ صَاحِبَهَا قَالَ فَلْيُؤَدِّ إِلَيْهِ حَقَّهُ» (٥). و اورد عليه فى المسالك اولاً: بضعف السند. و لا وجه له اذ ليس فيه من يتأمل فيه، الا سليمان و قد وثقه العلامة. و نقل الكششى عن ايوب بن نوح بن درّاج، قال حمدويه: سئلته: ثقة هو؟ فقال: كما يكون الثقة.

و له مدائح أخرى ايضاً، مع أنه ممن قد يروى عنه عبدالله بن مسكان و هو من

ص: ١٨٦

١- مستدرک الوسائل، ج ١٧ ص ١١١- بحار، ج ١٠١ ص ٢٥٥.

٢- و فى النسخة: فيغرس.

٣- اى عموم لفظ السيد(ره) يشمل ما نحن فيه. و فيه: أنّ هذا الشمول ايضاً اول الكلام ولا دليل عليه.

٤- انجباره بالعمل، نعم. لكن انجباره بسائر الادلّة، مصادرة.

٥- الوسائل، كتاب احياء الموات، ب ٣ ح ٣ مع تعليقه.

و اما تضعيف الرواية من جهة «الاضمار» كما فى الروضة(٢)؛ ففیه: (مع أنه لا- يضر، لأنه حصل من جهة تقطيع الاخبار عن الاصول) ان الرواية فى التهذيب مسنده كما ذكرنا و أسنده فى المسالك الى الصادق(عليه السلام)، ايضاً(٣). مع ان العلامة المجلسى(ره) روى فى البحار عن ابن مسكان عن الحلبي: «قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ أَرْضٍ خَرِبَهُ عَمَرَهَا رَجُلٌ وَ كَسَحَ أَنْهَارَهَا هَلْ عَلَيْهِ فِيهَا صَدَقَةٌ قَالَ إِنْ كَانَ يَعْرِفُ صَاحِبَهَا فَلْيُؤَدِّ إِلَيْهِ حَقَّهُ»(٤). فلعل صحيحه الحلبي التي اشار اليها فى الكفاية، هي هذه(٥).

و ثانياً: بضعف الدلالة؛ فان الامر باداء الحق، اعم من كونه ارضاً، او اجرتها، او غيرها من الحقوق(٦).

اقول: اطلاق الاعم، يقتضى ارادة جميع الافراد. و قابليه اللفظ لارادة كل واحد لا ينافى ارادة الجميع(٧) او ما تصرف فيه. مع مقتضى لفظ «الصاحب» انه مالك بالفعل. لان

ص: ١٨٧

- ١- مع تسليم هذه التوجيهات كلها (و صرف النظر عن كونه زيدياً ثم تاب)، فالرواية موثقة، لا صحيحة، كما سماها المصنف قدس سره.
- ٢- الروضة: ج ٧ ص ١٤٠.
- ٣- و فى الوسائل ايضاً مسنده.
- ٤- البحار، ج ١٠١ ص ٢٥٥.
- ٥- ترى سند الرواية فى الوسائل، كتاب احياء الموات، ب ٣ ذيل الحديث الثالث، فراجع.
- ٦- كما ان يقال: المراد من «حقه» هو الآلات و الوسائل التي قد تسقط و تبقى فى الارض الخربة؛ من حطب، او آجر، او مرشء، او دجرانء و دعامة، او خنزرة، او دلو، او يوغ و... و الحق فى الرواية اعم من عين الاموال المنقولة و منافعها.
- ٧- نعم، لولا الادلة و من جملتها صدر رواية سليمان بن خالد نفسها.

المشتق حقيقة في المتلبس بالمبدأ (١)، على الاقوى. مع ذلك يستلزم حمل الرواية على غير صورة انتقال الملك الى المالك الاول بالبيع ونحوه، مع أنه غالب افراد المحياة ثانياً (٢). و حملها على المعنيين، يوجب استعمال اللفظ في المعنيين المتباينين في اطلاق واحد. و هو خلاف التحقيق. و بالجملة: لا وجه للقدح في الروايتين الصحيحين مع وضوح دلالتهما. و سيجي الكلام على معارضيهما (٣).

احتج القائلون بأن الموتان يوجب زوال الملك و بسبب الاحياء الثانى ينتقل الملك اليه، بوجه: الاول: عموم الاخبار الدالة على [أن] «من» احيى ارضاً ميتة فهي له». و قد عرفت منع دلالتها على مذهبهم.

الثانى: صحیحه ابى خالد الكابلى «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عليه السلام) قَالَ وَجَدْنَا فِي كِتَابِ عَلِيِّ (عليه السلام) إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَ الْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ أَنَا وَ أَهْلُ بَيْتِي الَّذِينَ أَوْرَثْنَا الْأَرْضَ وَ نَحْنُ الْمُتَّقُونَ وَ الْأَرْضُ كُلُّهَا لَنَا فَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مِنْ

ص: ١٨٨

١- و الحضم يقول بالعكس: اى: تعبير الامام (عليه السلام) بلفظ «الصاحب» يدل أنه ما بقى هناك ملك، و الا لكان ان يُعبر عليه السلام بلفظ «المالك». و الصاحب لا يدل على الملك لغةً بالوضع اللغوى اصلاً. و ان قيل أنه استعمل في هذه الرواية مجازاً، فيحتاج الى الاثبات و تعيين قرينه المجاز. و لا قرينه. نعم؛ الصاحب فى اصطلاح الفارسى و استعماله الفارسى، هو المالك. لكن الموضوع هو الحديث العربى. و ثانياً: و لم يقل الامام (عليه السلام) فليرد عليه حقه، قال: فليؤد. و الاداء فى المنقولات، لا فى الملك الغير المنقول. و اما المشتق: المشتق حقيقة فى المتلبس بالمبدأ. و هذا لا يدل ان المشتق أينما وجد فهو أستعمل بالمعنى المتلبس. كما ان يونس (عليه السلام) اذا خرج من بطن الحوت، لُقّب ب-«صاحب الحوت». و امثاله اكثر من أن يُحصى.

٢- هذا الاشكال يرد على قول الشهيد الثانى (ره) و من وافقه، لأنهم يقولون بجواز احياء الخربة اذا ملكها المالك الاول بالاحياء، لا بالبيع و نحوه. و لا يرد على قول من يقول بجواز احياء الخربة و تملكها مطلقاً. كما يقتضيه الادلة، و لا دليل على التفصيل الا استحسانات ذهنية. و كذا اشكال حمل اللفظ على المعنيين.

٣- و فى النسخة: معارضتهما.

المُسْلِمِينَ فليَعْمُرَهَا وَ لِيُوَدَّ خَرَجَهَا إِلَى الْإِمَامِ مِنْ أَهْلِ بَيْتِي وَ لَهُ مَا أَكَلَ مِنْهَا فَإِنْ تَرَكَهَا وَ أَخْرَبَهَا فَأَخَذَهَا رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ مِنْ بَعْدِهِ فَعَمَرَهَا وَ أَحْيَاهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مِنَ الَّذِي تَرَكَهَا فليُوَدَّ خَرَجَهَا إِلَى الْإِمَامِ مِنْ أَهْلِ بَيْتِي وَ لَهُ مَا أَكَلَ مِنْهَا حَتَّى يَظْهَرَ الْقَائِمُ (عليه السلام) مِنْ أَهْلِ بَيْتِي بِالسَّيْفِ فَيُحْوِيهَا وَ يَمْنَعَهَا وَ يُخْرِجُهُمْ مِنْهَا كَمَا حَوَّاهَا رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه و آله) وَ مَنَعَهَا إِلَّا مَا كَانَ فِي أَيْدِي شِبَعَتِنَا فَإِنَّهُ يُقَاطِعُهُمْ عَلَى مَا فِي أَيْدِيهِمْ وَ يَتْرُكُ الْأَرْضَ فِي أَيْدِيهِمْ» (١).

و فيه: أولاً: منع صححتها، لأنَّ أبا خالد هذا، الظاهر أنَّه الاصغر، لأنَّ الأكبر هو من حوارى على بن الحسين عليه السلام، و اسمه وردان و لقبهما كنكر (٢). والذي يروى عن الباقر و الصادق (عليه السلام) هو الاصغر، و لم نقف له على توثيق بل ولا مدح، إلا أنَّ الشهيد الثاني (ره) وصف روايته بالصَّحِّحَة، و كذا العلامة. و أما الأكبر و ان كان فيه مدح لكنَّه ليس هذا. نعم روايته (٣) لا يخل عن قوَّة سيمًا و من الرِّوَاة عنه في هذا السِّند الحسن بن محبوب، و مع هذا لا يعارض ما ذكرنا في سليمان بن خالد. و ثانياً: أنَّ ظاهرها حكم زمان حضور الامام (عليه السلام) كما يدلُّ عليه اعطاء الخراج (٤). و ثالثاً: أنَّها لا تدلُّ إلا على الاحقيَّة و الاولويَّة. و هو اعمُّ من الملكيَّة، كما ستطلع عليه. فلا ينفع لهذا القول.

الثالث (٥): خصوص صححيته معاوية بن وهب «قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) يَقُولُ

ص: ١٨٩

١- الوسائل، ج ٢٥ ص ٤١٤، كتاب احياء الموات، ب ٣ ح ٢.

٢- و في النسخة: اسمه اوردان.

٣- اى روايه ابي خالد الاصغر.

٤- من كان من اهل بيته (عليه السلام) ياخذ الخراج في زمان الحضور-؟ فالحديث في مقام بيان حكم الله في الحقيقة، في كل زمان.

٥- من وجوه احتجاج القائلين بأنَّ الموتان يوجب زوال الملك.

أَيُّمًا رَجُلٍ أَتَى خَرِبَةً يَأْتِرُهُ فَاسْتَخْرَجَهَا وَكَرَى أَنْهَارَهَا وَعَمَرَهَا فَإِنَّ عَلَيْهِ فِيهَا الصَّدَقَةَ فَإِنْ كَانَتْ أَرْضٌ لِرَجُلٍ قَبْلَهُ فَغَابَ عَنْهَا وَتَرَكَهَا فَأَخْرَبَهَا ثُمَّ جَاءَ بَعْدَ يَطْلُبُهَا فَإِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ وَ لِمَنْ عَمَرَهَا» (١). وفيه: أنّ دلالتها متشابهة؛ إذ لو جعلنا أوّل الرواية مبنياً على أنّ تلك الأرض كانت معمورة قبل الأحياء كما هو ظاهر لفظ «الخربة»، (بل و لفظ الهائرة على ما في بعض النسخ بدل البائرة) و هو الظاهر من إضافة الأنهار إلى الأرض. فلا بدّ أن يحمل بقية الحديث على أنّ الأرض كانت غير معروفة المالك وقت الأحياء الثاني، و كان الحكم فيه التملك بالأحياء، ثم ظهر مالكة بعد الأحياء. فإنّ الظاهر أنّ حكمه حينئذ هو ما ذكره بصيرورتها محكومةً بملكيّة الثاني. فلا ينتزع منه بعد ذلك. فالرواية خارجة عن محلّ النزاع (٢).

ص: ١٩٠

١- الوسائل، ج ٢٥ ص ٤١٤، كتاب أحياء الموات، ب ٣ ح ١.

٢- الأشكال و ارد على قول الشهيد الثاني (ره) و موافقيه الذين يقولون بالتفصيل بين ما كان الملكية الأولى بالأحياء، و بين ما كان ملكية الأولى بالبيع و نحوه. و يقولون بجواز الأحياء و تملكه في الأولى و بعدم الجواز في الثانية إلا إذا كان مالكة الأولى مجهولاً. لكن هذا الأشكال لا يرد على من يقول بجواز الأحياء و التملك مطلقاً. و هذا الحديث دليل تامّ و قاطع على هذا القول. و العجب كلّ العجب منهم باجمعهم (قدس سرهم) كيف يقولون بالتفصيل مع وجود هذا الحديث الصحيح و أمثاله. غاية قولهم أنّ الموتان ليس مزيلاً للملك. فإي دليل أقوى و ادلّ من هذه الصّحيفة و أمثالها؟! أليس للشارع أن يشرّع مزيلاً للملك عند وجود شرائط؟! هل قواعدنا الأصولية و الفقهية حاكم على الشارع؟! أم الشارع هو الحاكم؟ و المصنف (ره) لا يقنع بحكومة القواعد على الشارع في «جعل الأحكام»، بل يجعل الحديث الصريح الواضح المبين، متشابهاً اتكاءً على القواعد. لأنّ الحديث لا يوافق قوله و قول خصمه، فيستنتج أنّ هذا الحديث الصحيح متشابه!! و يأتي للمسئلة ايضاح و اف في مسئلة ٣ من مسائل كتاب اللقطة سيما في اواخر مسئلة ٤ حيث استدلل المصنف (ره) بأنّ الحديث حاكم على القواعد ثم ارسله ارسالاً مسلماً. فما اوردناه هنا مطابق لقوله (ره) هناك. فراجع.

و ان جعلنا أول الرواية مبتياً على كونه موثراً رأساً لم يسبق اليها احياء؛ فلا بد ان يحمل آخر الرواية على بيان حكم ما سبق اليها احياء قبل ذلك. فلا بد ان يكون المراد منها حينئذ ان الارض لله عزوجل و لمن عمرها أولاً. فهي دالة حينئذ على ما اخترناه، و لا ينفعهم في شيء، بل يضرهم.

و ان جعل أول الرواية و آخرها مبتياً على مسبقية الاحياء الثاني باحياء آخر، فيبقى العطف و التعقيب بلا فائدة. و يصير الكلام في غاية الحزازة. بل المناسب حينئذ ان يقال «و ان كان له صاحب قبله و جاء يطلبها» بكلمة «ان الوصلي». كما لا يخفى (1).

ص: ١٩١

١- و امّا لو ترك المصنّف و من وافقه (و كذا لو ترك خصمه و من وافقه) الاتكاء على القواعد في مقابل الشارع، و قالوا بتخصيص القواعد عند تشريع الشارع، يرون ان الارض الخبرة لا مالك لها مطلقاً؛ سواء كان موثراً بالاصالة و لم يكن له مالك اصلاً، او كان مسبقاً بالاحياء و طرء عليها الموتان. و كذا: سواء كان مالكة الاول ملكها بالاحياء او ملكها بالبيع و نحوه. اذا نظروا باحاديث الباب، بنظر حرّ و فارغ من القواعد، يرون ان الادلة تعلن بصورت صريح و بيان واضح ان «طرو الموتان مزيل ملكية المالك مطلقاً». كما ان طرو الارتداد الرجل، مزيل للزوجة. و الشارع شارع في كلتا المسئلتين، و تشريعه حاكم على القواعد في كليتهما. فهل لنا ان (العياذ بالله) نمنع الشارع من التشريع في مسئله الارض؟! و اذن يظهر لكل فرد انه لا محلّ و لا مناسبة ل-«ان الوصلي». و كلام الامام، امام الكلام. و للعطف و التعقيب فيه معنى جميلاً، مفيداً، مشرعاً. و هو محكم و لا تشابه فيه بل في اعلى درجة الفصاحة و البلاغة. لا يقال: قولك مخالف للاجماع المركب، و ايجاد قول ثالث. لانه يقال في الجواب: اولاً: من اين ثبت اجماعهم المركب؟ ثانياً: ان الاجماع البسيط، ليس بحجة سيما عند اكثر المتأخرين و اشهرهم، بل هو يوجب الاحتياط اشد الاحتياط. فضلاً من الاجماع المركب. سلّمنا ان الاجماع البسيط حجة، فيكون دليلاً من الادلة و حجة من الحجج، فاذا تعارض مع دليل اخر، فيعمل بقواعد التعادل و الترجيح، و قد يرجح الاجماع و قد يرجح معارضه. و فرق بين كون الاجماع حجة و بين كونه «حجة حاكماً على كل الحجج». و هذا هو التوهم المرتكز في اذهان بعضهم فقد جعلوا الاجماع حجة حاكماً على كل حجة. راجع جواب مسئله ١٢ تجد قولنا موافقاً لما صرح به المصنّف (ره) و موافقاً لما نقل من الشهيد الثاني (ره) ايضاً. و ثالثاً: اذا كان دليل اجماعهم معلوماً و معيناً، فصرحوا بانه لا حجة فيه و لا دلالة فيه بالاحتياط ايضاً. فالمرجع هو الدليل؛ لو كان استدلالهم تاماً، فهو. و الا فيجب مخالفته. و في ما نحن فيه عدم تمامية استدلالهم واضح. و رابعاً: لا اجماع في مسئله، بل اصل مسئله خلافى، راجع جواب مسئله ٢٣.

الرابع: أنّ هذه ارض اصلها مباح. فاذا تركها حتى عادت الى ما كانت عليه، صارت مباحة؛ كما لو اخذ ماءً من دجلته ثم ردها اليها. ولأنّ العلة في تملكها الاحياء و العمارة، فاذا زالت العلة زال المعلول و هو الملك. فاذا احيها الثاني، فقد اوجب سبب الملك له. كما التقط شيئاً ثم سقط من يده و ضاع فالتقطه غيره. فإنّ الثاني يكون احق به. و اصله بقاء الملك ينقطع بالصّحاح(1).

اقول: و هذه المقدمات كلّها خطائيّة، بل مغالطة. فإنّ عودها الى ما كانت عليه بسبب تركها، مصادرة. و قوله «كما لو اخذت» قياس مع الفارق. فان العلة في الاباحة هناك الاستهلاك و لزوم الحرج، لعدم امكان التحرّز عنه. و لانه في معنى الاعراض عنه، المبيح للغير. على الاظهر. كما حقّقناه في بعض رسائلنا.

و امّا التعليل بأنّ العلة في تملكها، الاحياء؛ فهو عليل ان أراد بكونها محياة و معمورة. و ان اراد نفس الاحياء و التعمير؛ فلا ريب أنّه علة لحصول الملك و هو كاف في بقائه. كما في سائر موارد الاستصحاب. فهذا كلام على الاستصحاب، لا على خصوص الموضوع. و الكلام في تحقيق الاستصحاب، ليس هي هنا محلّه و قد بيّناه في محلّه.

مع أنّ هذا لا يتمّ ابداً، اذ كل محياة في الدنيا فاصلها موات، فاذا صارت المحياة مواتاً فيعود الى كونها مواتاً و إنّ توسط العمارة في تضاعيفها. فالفرق بين ما كان الاباحة قبلها

ص: ١٩٢

١- و قائلنا، لا يقول بهذه المقدمات، بل هو يقول: ان الشارع جعل طرؤ الموتان، مزيلاً للملك، مطلقاً. و يدلّ على تشريع هذا المزيل، الصّحاح، دلالة نصّية، صريحة، قاطعة للقواعد.

بواسطة أو بلا واسطة، تحكّم (١).

و أمّا قوله «فاذا احيها الثاني.. الى آخره»؛ فيه: أنّ هذا أنّما يتمّ اذا [لم يثبت] (٢) الملك الاول. و قد عرفت بطلانه بالاستصحاب (٣). و اجتماع المالكين المستقلين على المجموع، محال.

قوله: «كما التقط (٤).. الى آخره» ايضاً قياس مع الفارق. و الفارق وجود الدليل فى اللقطة. كما لا يخفى (٥).

قوله: «و اصاله بقاء الملك ينقطع بالصّاح»؛ فيه: أنّ المتبادر منها، الاحياء الاولى، لو اراد منه العمومات. و الصّاح الخاصّة (يعنى ما ورد فى حكم الاحياء بعد الخراب) و قد عرفت تساقطها (٦).

و احتجّ القائلون بحصول الاولويّة فى التصرف بالاحياء مع بقاء الارض على ملكيّة المالك الاول: أمّا على بقاء الملك؛ [فب-] [الاستصحاب (٧). و أمّا على الاولويّة و الاحقيّة؛ فدليلهم الجمع بين الاخبار بحمل الاحقيّة فيها على الاحقيّة بالانتفاع وان لم يكن مالكا. و أمّا على وجوب الطسق؛ فصحيحه سليمان بن خالد (٨).

ص: ١٩٣

١- الاشكال وارد على خصمه جدّاً و تماماً. و أمّا قائلنا؛ فهو لا يفترق اصلاً و يقول بزوال الملك مطلقاً.

٢- و فى النسخة: ثبت.

٣- الاشكال وارد على خصمه ايضاً.

٤- فى النسخة: القت.

٥- ليت شعرى لماذا خفى ادلّة «كون الموتان مزبلاً للملك مطلقاً»، مع كثرتها و صحّتها و صراحة دلالتها النصيّة-؟! فهل منشأ

لهذا الخفاء الاّ تقديس القواعد، التقديس الباعث على تحكيم القواعد على تشريع الشارع-؟

٦- و قد عرفت ان هذا تحكّم منه (ره)، سيما على قول قائلنا الذى يقول بانّ الموتان مزبيل مطلقاً.

٧- اى يحتجّون على بقاء ملك المالك الاول، بالاستصحاب.- و فى النسخة: فى الاستصحاب.

٨- و ليس فى الحديث «الطسق». و قد سبق القول فيه.

و أنت خبير بأن مجزّد الجمع بين الاخبار، لا يوجب القول بذلك. اذ لا دليل على جواز مطلق الجمع الا ان يكون عليه شاهد من خبر او دليل آخر(١). و قد عرفت ان صحيحة سليمان بن خالد ظاهرة في بقاء الملك.

نعم: ربّما يتوهم من صحيحة عمر بن يزيد الدلالة على ذلك: «قَالَ سَمِعْتُ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الْجَبَلِ يَسْأَلُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَنْ رَجُلٍ أَخَذَ أَرْضًا مَوَاتًا تَرَكَهَا أَهْلُهَا فَعَمَّرَهَا وَ كَرَى أَنْهَارَهَا وَ بَنَى فِيهَا بُيُوتًا وَ غَرَسَ فِيهَا نَخْلًا وَ شَجَرًا قَالَ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) كَانَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (عليه السلام) يَقُولُ مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَهِيَ لَهُ وَ عَلَيْهِ طَسِيقُهَا يُؤَدِّيهِ إِلَى الْإِمَامِ فِي حَالِ الْهُدْنَةِ فَإِذَا ظَهَرَ الْقَائِمُ فَلْيُوطِنْ نَفْسَهُ عَلَى أَنْ تُؤْخَذَ مِنْهُ»(٢).

و فيه: انّ الرواية في غير محل النزاع، فانّها في حكم ارض الموات حال امكان الوصول الى الامام. فهي دالّة على الرخصة في الاحياء و اعطاء اجرته الى الامام. و لا يتم الا مع بقائه في ملك الامام. و ظاهر قوله(عليه السلام): «فهي له» انّ المحيي يملكها. و القول بثبوت الملك للمحیی و لزوم اعطاء الاجرة الى المالك، غير منطبق على هذا القول. فلا يمكن الاستدلال بهذه الرواية له(٣).

و لو حملناها على ارادة الاولوية و ان بقى على ملك الامام، فلا- ينفع له ايضا. اذ مطلبه اثبات الملك للمالك السابق وان كان غير الامام. و بالجملة هذا القول في غاية

ص: ١٩٤

١- و على قول قائلنا، لا- اختلاف و لا- تعارض و حتى لا- تفاوت في مودى الاخبار، حتى يحتاج الى الجمع و كلّ ينطق بانّ الموتان مزيل للملك مطلقا، حتى حديث سليمان بن خالد نصّ فيه.

٢- الوسائل، ابواب الانفال، ب ٤ ح ١٣.

٣- و لكن يمكن الاستدلال بهذه الصحيحة على زوال ملكية المالك الاول. و الصحيحة تدلّ بزواله مطلقا. و البحث في الطسق الى الامام(عليه السلام) امر آخر.

الضعف.

قال الشهيد الثاني(ره) في الروضة و لنعم ما قال: و الاقوى أنّها ان خرجت عن ملكه، جاز احيائها بغير اجرة. و الا امتنع التصرف فيها بغير اذنه. و قد تقدم ما يعلم منها خروجها عن ملكه و عدمه. انتهى كلامه(ره)(١).

و هو(ره) اختار الخروج لرواية ابي خالد الكابلي، و صحيحة معاوية بن وهب. و قد عرفت أنّ الاقوى عدم الخروج لصحيفة سليمان بن خالد و سائر الادلة المتقدمة(٢).

هذا كلّ اذا كان لها مالك معروف. و ان لم يكن لها مالك معروف، فان كانت حيّة فهي مال مجهول المالك، يثبت فيها حكمه. و ان كان موثّقاً فذكر في الشرايع: ان لم يكن لها مالك معروف، فهي للامام(عليه السلام) و لا يجوز احيائها الا باذنه. و لو بادر فاحياها من دون اذنه، لم يملك. و ان كان الامام غائباً كان المحيي احقّ بها مادام قائماً بعمارتها؟ فلو تركها فبادت آثارها، فاحياها غيره، ملكها. و مع ظهور الامام(عليه السلام) يكون له رفع يده عنها(٣).

و قال في المسالك(٤): و مستند التفصيل، الروايات المتقدمة. يعني [ب-]ها صحيحة ابي خالد الكابلي و ما في معناها. و ردّها بأنّها ظاهرة في حال حضور الامام. و ضعّف ذلك في الكفاية مستنداً بقوله «حتى يقوم قائمنا». و هذا التضعيف ليس في محلّه، اذ القيام بالسيف غير مطلق الظهور، و قد يجتمع الظهور مع عدم القيام، كما هو مدلول الروايات، فلاحظ.

٣- سؤال:

٣- سؤال: هرگاه در کنار قريه مسجدی باشد كه بعض اطراف آن ارض موات باشد.

ص: ١٩٥

١- الروضة، ج ٧ ص ١٤١.

٢- و قد عرفت أنّ حديث سليمان و سائر الادلة (جمعا) تدلّ على زوال الملك.

٣- الشرايع، ج ٣ ص ٢١٦ ط دار التفسير.

٤- المسالك، ج ٢ ص ٢٣١-٢٣٢.

آیا چه قدر حریم او باید بگذارد کسی که خواهد احداث بنائی و عمارتی در آن ارض موات بگذارد-؟ رای شریف را در آن خصوص، و در خصوص حدیث چهل ذرع بیان فرمائید.

جواب:

جواب: مقتضای اصل و قاعده، این است که به قدری که محتاج الیه مسجد، است (از حیثیت بنا، و تعمیر، و محل ریختن آلات و ادوات محتاج الیه، و جای ریختن برف و باران، و امثال آن) حریم باشد، چنان که در حریم خانه. بنا بر مشهور، و نظر به اقتضای عادت و استلزام عقلی طبعی در مثل اصل خانه.

بل که آن چه «موقوف علیه منتفع شدن به مسجد»^(۱)

از جهت عبادت مثل محل تردد اهل عبادت، و امثال آن هم، [حریم] باشد.

و اما حدیث چهل ذرع: پس بخصوص قائل (صریحاً در کلمات اصحاب که الحال در نزد حقیر حاضر است) ندیدم. به غیر آن که صدوق(ره) در من لا یحضره الفقیه، گفته است که «و رُوِيَ أَنَّ حَرِيمَ الْمَسْجِدِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعاً مِنْ كُلِّ نَاحِيَةٍ وَ حَرِيمَ الْمُؤْمِنِ فِي الصَّيْفِ يَأْغُ وَ رُوِيَ عَظْمُ الذَّرَاعِ»^(۲). و طریقه او در کتاب مذکور، عمل است به آن چه ذکر می کند. و شهید نیز در دروس فرموده است: «و روی الصدوق أنّ حریم المسجد اربعون ذراعاً..» تا آخر آن چه گفتیم. و همچنین آخوند ملاً احمد اردبیلی(ره) در شرح ارشاد فرموده: «قال فی الدروس: و روی الصدوق..»^(۳)

تا آخر آن چه گفتیم. و همچنین آخوند ملاً محسن در مفاتیح ذکر کرده است به این عبارت: «و ورد أنّ حریم المسجد

ص: ۱۹۶

۱- یعنی: آن چه انتفاع از مسجد به آن وابسته است.

۲- فقیه، ج ۳ ص ۱۰۲.

۳- مجمع الفوائد، ج ۷ ص ۴۹۶.

اربعون ذراعاً» (۱) تا آخر آن چه گفتیم. و در کلام غیر ایشان الحال چیزی در نظر نیست. و از عبارت هیچیک از این ها، فتوی به مدلول حدیث صریحاً ظاهر نمی شود.

پس ظاهر این است که علما این خبر را به ظاهره هجر کرده اند. پس تخصیص اصل و عمومات به مثل چنین خبری [مرسل، جایز نیست. با وجود این که بر فرضی که خواهیم عمل بکنیم، در دلالت این، سخن راه دارد. به جهت آن که آن چه از ملاحظه بسیاری از اخبار حریم؛ مثل حریم قنات و غیر آن (۲)

ظاهر می شود، این است که مراد از حریم این است که امری که «منافی انتفاع به آن شیئی صاحب حریم است» نباشد. مثل آن که هزار ذراع یا پانصد ذراع حریم قنات است (۳)،

به جهت این است که قنات دیگر در جنب آن احداث نشود. نه این که کسی ننشیند و راه نرود و زرع نکند و عمارت نسازد. و همچنین در بعض چاه ها. پس شاید مراد از حدیث این باشد که مسجدی دیگر نسازد که به سبب آن، در این مسجد عبادت کمتر شود. نه این که هیچگونه حیاتی جایز نباشد.

و در این جا اشکالی دیگر هم هست و آن این است که مراد از ثبوت حریم در سایر مقامات، حریم ملکی است؟ که به هیچ نحو تصرفی جایز نباشد از غیر مالک بدون اذن او. یا محض همان اولویت و جواز مانع شدن از تصرفاتی که مضر بملکی که صاحب حریم است، باشد؟

و بنابر این هم، دلالت حدیث بر منع از همه اقسام احیا، غیر واضح است. زیرا که آن مبتنی بر ملکیت است.

و هر چند آخوند ملا احمد (ره) فرموده که: تصریحی ندیده ام به این در کلام علما

ص: ۱۹۷

۱- مفاتیح، ج ۳ ص ۳۰.

۲- عبارت میان دو علامت، از حاشیه به متن منتقل شد.

۳- هزار ذراع در زمین نرم، و پانصد ذراع در زمین سفت.

لکن ظاهر کلام دروس که گفته است «من ملک معدناً ملک حریمه»، این است (۱). و همچنین علامه در تحریر گفته است «ما به صلاح العامر، کالطرق و غیرها ممّا ذکرنا أنّه حریم العامر، الأقرب أنّه مملوک لصاحبه» (۲).

و همچنین در جای دیگر گفته است «من ملک ارضاً ملک حقوقها و مرافقها» (۳). و همچنین کلام ابن ادریس در سرائر (۴).

بلی: ممکن است تأیید عدم ثبوت ملکیت، به این که حریم درمختصات و مشترکات بین مسلمین، هر دو ثابت است (۵).

چنان که در دروس تصریح به آن کرده و توقف اذن در تصرفات در حریم مشترکات (مثل خانات و حمامات موقوفه و امثال آن) بر اذن مسلمین یا حاکم، بعید از اعتبار و غیر معهود در امصار و اعصار است. و همچنین اذن از واقف امور مذکوره.

و از این جا ظاهر می شود ضعف قول به ثبوت حریم مذکور (۶) از برای مسجد، و مؤمن (۷).

زیرا که اگر این معنی حقیقتی داشت بایست چنان در اعصار و امصار متداول [بوده] باشد که مخفی نماند.

و در این معنی می توان قدح کرد به این که: ثبوت حریم در مشترکات محل اشکال نیست. و شاید عدم منع علما در اعصار و امصار، در اموری بوده که شاهد حال مجوز آن [بوده] است. و اگر نه، محض اولویت هم مانع از تصرفات است.

ص: ۱۹۸

۱- همان، ص ۴۹۷.

۲- تحریر، ج ۲ ص ۱۳۱، ط آل البیت (علیه السلام).

۳- تحریر، ج ۴ ص ۴۹۶، ط جدید.

۴- سرائر، ج ۲ ص ۳۴۷.

۵- یعنی وقتی در مشترکات هم حریم هست و می دانیم که در آن ها ملکیت نیست، پس در مختصات نیز ملکیت نیست.

۶- یعنی چهل ذراع.

۷- یعنی: عظم الذراع.

و به هر حال؛ چون حدیث مهجور و ضعیف است، دلیل ثبوت نمی شود. و شاید این حدیث شریف در مسجد و مؤمن، محمول بر استحباب باشد، یا بر صورتی که از مسجد بدون آن حریم، منتفع نتوان شد (۱)،

یا به مؤمن ضرر می رسد. به سبب قرب از جهت گرمی هوا و امثال آن. و احوط اجتناب است از مطلق احیاء و تصرف. والله العالم.

۴- سؤال:

۴- سؤال: حریم درخت چه قدر است در ارض موات؟-

جواب:

جواب: حریم درخت به قدری است که در عادت، شاخه های درخت در هوای آن زمین، می کشد. و ریشه های آن در اصل زمین می رود. و هرگاه کسی خواهد آن زمین را احیا کند، صاحب درخت می تواند منع او کرد. و در روایت هم دلالت بر آن دارد (۲).

و بر مخالفی هم بر نخوردم.

و همچنین است کلام هرگاه باغی بفروشد و درختی از آن را استثنا کند، به قدر محل کشیدن شاخه های او بالفعل، یا آن چه در عادت به آن حد خواهد رسید، داخل استثناء است. علاوه بر مدخل و مخرج. چنان که در حدیث سکونی است. و خلاف ظاهری هم در آن نیست.

۵- سؤال:

۵- سؤال: آیا صاحب قنات، فوق الارض را هم مالک می شود به تبعیت تحت یا نه؟-؟ و هرگاه فوق الارض در تصرف دیگران باشد، حکم به ملکیت صاحب فوق می شود یا تحت؟-؟

ص: ۱۹۹

۱- در این صورت، توسعه نیست بل تحدید است. یعنی حریم مسجد حداکثر چهل ذرع است و بیش از آن نیست.
۲- ظاهراً مرادش، حدیث های باب ۱۰، از ابواب احیاء الموات و سائل، است. - احتمال دارد لفظ «در روایت» به صورت «دو روایت» صحیح باشد. در این صورت هم عبارت متن فصیح تر می شود و هم با تعداد حدیث های باب مذکور مناسبتر است زیرا تنها دو حدیث در آن باب هست. اما نظر به این که در هیچکدام از آن دو سخنی از ریشه نیامده، باید گفت «در روایت». درست است. یعنی دلالت روایت مطابقی نیست بل بر بخشی از آن دلالت دارد. و در این صورت، این فتوی درباره ریشه مبتنی بر قواعد است.

جواب:

جواب: در حریم بودن مطلق فوق الارض به جهت قنات، تصریحی در کلام علما در نظر نیست. و آن چه در اخبار و کلام علما مذکور است که حریم قنات هزار ذراع است یا پانصد ذراع (و تفصیل به این که آن در زمین نرم است و این در زمین سخت) مراد ایشان از این حریم آن است که قنات دیگر نمی توان احداث کرد به جانب ارض آن. نه این که هیچ نحو تصرف و احیاء دیگر نتوان کرد. پس جایز است زرع و غرس و عمارت و غیر آن.

و اما بخصوص حریم اصل قنات که نتوان در او هیچ گونه تصرفی کرد؛ پس در کلام ایشان [و] در احادیث تحدیدی در نظر نیست. و ظاهر آن است که حد آن همان قدری باشد که قنات در عرف و عادت در اصلاح و تعمیر، محتاج به او باشد.

۶- سؤال:

۶- سؤال: از اراضی و جبال موات چه قدر متعلق به قریه می شود؟ و هرگاه دو قریه قریب به یکدیگر نباشد، آیه الامتیاز (۱) حدّ هر یک از موات واقعه در اطراف آن ها چه چیز است؟ و آب زیر زمین ها اعتبار دارد در ملکیت یا نه؟-

جواب:

جواب: هرگاه کسی بنای قریه گذاشته و احداث معموره کرد، هر قدر از موات که در اطراف آن است که محتاج الیه صاحب قریه است (به جهت چریدن حیوان و هیزم جمع کردن و امثال آن) متعلق می شود به صاحب قریه. و دیگری آن را احیا نمی تواند کرد. و مانع صاحب قریه نمی تواند شد. و هرگاه دو قریه باشد در حوالی آن اراضی موات، پس اگر تاریخ بنای دو قریه معلوم است؛ هر کدام پیش بنا شده به قدر احتیاج آن از آن زمین ها حق اوست. و زاید از آن از برای قریه لاحق، است. و هرگاه تاریخ معلوم نباشد، هر دو قریه از آن زمین ها می توان[ن]-ند منتفع شوند. باید هر قدر که نزدیک به هر کدام است از برای آن قرار داد و هر یک از حدّ خود منتفع می شوند و دیگری را مانع می

ص: ۲۰۰

۱- عبارت نسخه:.. نباشد باشد آیه الامتیاز..- آیه الامتیاز: نشانه امتیاز: نشانه های طبیعی و جغرافی.

توانند شدن از همان قدر.

و هرگاه دعوی کنند؛ قول آن شخص که مدعی مقدار حاجت خود است، مقدم است با یمین. نه قول آن که مدعی مجموع است هر چند بگوید قسم می خورم که مجموع از من است. و به هر حال؛ در آن وقت محتاج است به مرافعه و بدون مرافعه نمی شود.

و آب زیر زمین ها اعتبار ندارد در ملکیت. و هرگاه ید تصرف و مالکیت ثابت باشد، به هر قدر که ثابت است قول صاحب ید، مقدم است با یمین (۱).

ص: ۲۰۱

۱- فتوالتیه و اسلام: برخی ها درباره مسئله و پاسخ آن (که پاسخ هر فقیه چنین است) دچار اشتباه شده و می گویند: حقوق اسلام درباره اراضی به فتوالتیسم مبتنی است. برای روشن شدن موضوع به همین بیان محقق قمی (ره) توجه کنید که دارای عناصر زیر است: ۱- سخن در «احیاء» است. ۲- احیاء منوط به اذن حاکم است. ۳- احیا کننده مالک زمینی می شود که احیا کرده است. با هر مساحتی که باشد؛ خواه اندک و خواه بیشتر. ۴- حدود زمین را همان مساحت احیا شده آن تعیین می کند. نه سند و کاغذ «لا نعتبر بالقرطاس» شعار فقهی ما است. ۵- زمین احیا شده حریم و متعلقاتی دارد که مالک آن در آن ها حق تقدم دارد، نه حق مالکیت. ۶- احیا کننده نمی تواند هر زمانی به دامنه احیای خود بیفزاید و مطابق گسترش احیا، بر حریم و متعلقات نیز بیفزاید. مگر در جایی که در برابرش حریم و متعلقات اراضی دیگران نباشد. حکومت نیز چنین اجازه ای را به او نمی دهد. ۷- احیا کننده باید خود (به طور مستقیم یا به وسیله هزینه از مال خود) احیا کند. نه این که افرادی را به عنوان رعیت بگمارد آنان احیا کنند و خودش مالک شود. ۸- رابطه مالک زمین با کسانی که روی آن کار می کنند یکی از دو صورت زیر است: الف: رابطه کار فرما با کارگر: بخش «کتاب الاجاره» در فقه، چگونگی و ماهیت این رابطه را تعیین می کند. و در این صورت هیچ فرقی با رابطه یک بنگاه صنعتی با کارگر، ندارد. ب: مزارعه: «کشت و برداشت مشترک». بخش «کتاب المزارعه» نیز به شرح این می پردازد. که رابطه فقط رابطه کاری و شرکت است. رابطه «ارباب رعیتی» در فقه ما جایی نداشته و ندارد. تا مالک زمین بر سرنوشت زارعین و سرنوشت خانواده شان، مسلط باشد، حتی نتوانند بدون اذن مالک، برای پسرشان همسر انتخاب کنند، یا دخترشان را شوهر دهند. همان طور که در مجتمع های صنعتی، کار فرما هیچ اطلاعی از زندگی کارگر ندارد تا چه رسد که سرنوشت خانواده او در سلطه او باشد. در اسلام امکان «زمین دار بزرگ، شدن» هست، اما با شرایط و ماهیت بالا که بیان شد، شرایط و ماهیتی که حکومت موظف به اجرای آن ها است. اگر مالکیت مالک، ناشی از احیا نباشد بل از طریق ارث یا بیع یا هبه باشد، او فقط مالک آن زمین خواهد بود که مالک اول با شرایط مذکور مالک آن شده باشد. و تملک دیگر زمین ها (از آن جمله زمین هائی که باصطلاح رعیت آن ها را احیا کرده اند) غصب است. و «الغاصب یؤخذ بشدّ الاحوال». اگر این زمین های غصبی را نسل به نسل به عنوان ارث تملک کرده باشند، اجرة المثل آن را به مدت طول آن نسلها باید پردازند. و اگر به عنوان بیع مالک شده. اصل زمین را تحویل می دهد. و در چگونگی پرداخت اجرة المثل، مسئله «رجوع ذی حق» پیش می آید که صاحب حق می تواند به هر کدام از غاصب اول، یا دیگر غاصبین رجوع کند که در نحوه و چگونگی این «رجوع» بحث هائی هست که در جای خود به شرح رفته است. و زمین های «مفتوح عنوه»

نسبت به بخش خصوصی، مالکیت پذیر نیست و همیشه در مالکیت امام می باشد. و این گونه زمین ها در اسلام خیلی بسیار است.

۷- سؤال: هرگاه احیای قناتی شود که بایره و مسدود گردیده باشد و سنوات کثیره (مثل صد سال و بیشتر) در ورطه عطله افتاده، و رشته قنات اکثر آن ممتلی، و چاه های قنات خراب، و علامات اکثر آن ها به مرور ایام بر طرف شده و مالک سابق آن غیر معلوم و اسم آن غیر مذکور، و اراضی قنات مذکوره که مصب آب قنات مزبوره (۱)

بوده، در تصرف بعضی بوده باشد و زرع شود به آب قنات دیگر در سنوات بسیار سابق بر احیاء مزبور بعد از خراب شدن قنات مسطوره به شرح مسطور (۲). آیا قنات مزبوره ملک محیی می شود با احیا؟ یا نه بل که اولی به تصرف، خواهد بود؟

و در صورت ملکیت به احیا؛ آیا به تبعیت، محیی مالک اراضی مزبوره متصرف فیها، خواهد شد یا نه؟-؟ و اراضی متصرف فیها در صورت عدم تبعیت، حکم آن چگونه خواهد بود؟ و او را خواهد رسید از ید تصرف متصرف انتزاع نماید؟ یا ملک متصرف

ص: ۲۰۲

۱- در نسخه: مذبوره.

۲- عبارت «به شرح مسطور» می تواند پایان جمله پیش باشد، و می تواند آغاز جمله بعدی. یعنی: در این صورت که مسطور شد آیا... .

خواهد بود؟ و یا حکم «مال مجهول المالك» خواهد داشت؟ و حکم مال مجهول المالك چیست؟

و فرقی هست میان آن که اراضی مزبوره در وقت تصرف مزبور بعد از خراب شدن قنات به شرح مسطور، عامره بوده باشد و صالح مزروعیت [بوده] (۱)، یا خراب و نابود بوده و متصرف تعمیر آن نموده آن را قابل زرع کرده باشد-؟

و در صورت تبعیت اراضی قنات مزبوره در مملوک شدن آن از برای محیی قنات به احیای قنات، هرگاه اراضی [ای] باشد و در تصرف بعضی، و مجرا و مصب و مزرع آب قنات مزبوره تواند شد، و معلوم نباشد که اراضی قنات مزبوره سابق بوده یا نه، و متصرف ادعای ملکیت نماید. آیا محیی را بر متصرف در اراضی مشکوک فیها، تسلطی خواهد بود یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه محیی قنات احیای آن نموده به قصد تملک، مالک آن می شود و الا، اولی به تصرف خواهد بود. و علی ای تقدیر؛ آ[نا] آن که احیای اراضی مزبوره نموده اند با قصد تملک نیز مالک خواهند بود، و بدون قصد تملک اولی به تصرف خواهند بود [با] احتمال (۲) تملک نیز؛ نظر به اطلاقات ادله. لکن اعتماد بر آن ها مشکل است. و علی ای تقدیر؛ محیی قنات را تسلطی بر آن ها نیست که انتزاع نماید.

و ظاهر این است که اراضی موات مجهول المالك، ملک محیی می شود و مثل سایر اموال مجهول المالك نیست که حکم آن تصدق کردن به فقرا باشد.

و چون از صورت استفتاء ظاهر می شود که املائی سؤال از شخص عالمی بوده، پس این که سؤال شده در احیای قنات و اراضی هر دو، که «آیا محیی مالک می شود یا اولی به

ص: ۲۰۳

۱- در نسخه: است.

۲- در نسخه: به احتمال..

ظاهر این است که این شبهه از برای آن عالم از راه عبارت فقها شده که در این مقام به لفظ «اِحَقَّ» و «اولی» ادا کرده اند، نه از راه احتمال قصد تملک و عدم آن. و الا اطلاق شبهه و سؤال، معنی نداشتی.

پس رفع این شبهه، بنا بر فهم حقیر، این است که علما تبعیت حدیث کرده اند و مراد ایشان اشاره به آن است که در حدیث، مذکور است که بعد از ظهور، قائم(عج) آن املاک را از دست ایشان می گیرد، مگر شیعیان که باز به دست ایشان می گذارد و از ایشان مقاطعه می گیرد.

و به هر حال، ظاهر این است که با قصد تملک، محیی مالک می شود، و احکام ملک بر آن جاری می شود. [پس مراد از اولویت(۲)]

و احقیق، مادام غیبه الامام، خواهد بود. و بحث و گفتگو در این که آیا بعد از ظهور امام(عج)، از ملکیت محیی بیرون می رود یا نه، از برای ما پر ثمره ندارد. به جهت آن که امام معصوم است و هر چه بعد از ظهور خود کند، درست کرده است، نزاع ما در این فایده ندارد.

و اما سؤال از حال «فرق مابین عامره بودن اراضی و صلاحیت زرع داشتن و عدم آن»: پس جواب آن این است که: در موات بودن زمین، رجوع به «عرف عام»(۳) می شود. پس می گوئیم: خالی بودن زمین از نی و درخت و جنگل و امثال آن، منشأ این نمی شود که این را موات بگویند. گاه باشد که موات بودن زمین به همین حاصل می شود [که(۴)]

زراعت (که آن موقوف بر وجود آب است) آب ندارد. گو هموار و خالی از سایر موانع مذکوره باشد.

ص: ۲۰۴

۱- یعنی پرسش کننده، سخنش را به صورت «مطلق» آورده که گوئی در مبحث احیاء، در مقابل «حصول مالکیت»، چیزی هم به نام «حصول اولویت» داریم. اولویت در تحجیر است نه در احیاء موات.

۲- و در نسخه: چرا دانا اولویت.

۳- مقابل آن، «عرف خاص» است مانند نظر زارعان، یا نظر دامداران، یا نظر برج سازان، یا نظر مهندسين کشاورزی و...

۴- در نسخه: به.

و همچنین؛ هرگاه مزرعه دایره، در بین سال هرگاه بعضی از چاه های آن خراب شود و آب او بیفتد، بمجرد همین، او را موات نمی گویند. چون این امور غالباً برای اراضی محیاء رو می دهد و باز تنقیه می کنند. و به هر حال، صدق عرفی در موات و محیاء معتبر است نه مجرد ساده بودن زمین و عدم احتیاج به قطع اشجار و نیستان، و غیر ذلک.

و امّا سؤال از اراضی مشکوک که بعد از آن که در ید محیی آن ها است و مدعی ملک است: پس آن محکوم به ملکیت متصرف است تا خلاف آن ثابت شود. و محیی قنات را بر او تسلطی نیست. والله العالم.

۸- سؤال:

۸- سؤال: هرگاه شارعی عام باشد که عرض او همه جا پنج ذراع است تا برسد به محاذی (۱).

خانه شخصی، و در این جا پانزده ذراع است. آیا جایز است که ده ذراع آن را صاحب خانه داخل خانه خود کند با وجود این که به سبب آن، ضرری به جاده نمی رسد از هیچوجه، یا نه؟-؟

جواب:

جواب: اظهر جواز است و لکن احوط بل که اظهر این است که هفت ذراع از برای جاده بگذارد. چنان که روایت سکونی (۲).

و رایت مسمع بن عبدالملک (۳)،

دلالت بر آن دارد. هر چند روایت بقباق دلالت بر پنج ذراع دارد (۴). و [در] خصوص صورت سؤال هم عمل به آن، پُر دور نمی نماید.

هر چند علامه و محقق حکایت تحدید طریق را پنج ذراع یا هفت ذراع در ملک مبتکر، ذکر کرده اند (۵)؛

یعنی ملکی که کسی احداث کند به سبب آن محتاج به طریق شود،

ص: ۲۰۵

۱- در نسخه: محازی.

۲- وسائل، کتاب الصلح، ب ۱۵ ح ۲.

۳- التهذیب، ج ۷ ص ۱۴۴ ط دار الاضواء.

۴- وسائل، کتاب الصلح، ب ۱۵ ح ۱.

۵- شرایع، ج ۳ ص ۲۱۶.

دیگری مزاحم او نمی تواند شد در کمتر از پنج یا هفت ذراع. و ظاهر مورد سؤال در روایات هم همان است. لکن معتبر عموم لفظ جواب معصوم است (۱). پس ظاهر این است که این احادیث از برای مطلق تحدید شارع باشد (۲). و وجه این که علامه و محقق در آن موضع نقل کرده اند، این است که این را در مسائل حریم نقل کرده اند. و غرض این است که هرگاه کسی مواتی را احیا کند و محتاج به راهی باشد، از برای آن چه قدر از زمین موات از باب حریم حق این شخص می شود از برای راه که دیگری نتواند احیا کند. نه این که ایشان این تحدید را مخصوص این جا بدانند. و بعضی گفته اند پنج ذراع. و از اکثر اصحاب، هفت ذراع منقول است. و این اظهر است. و این مستلزم این نیست که این تحدید در مطلق جاده، معتبر نباشد (۳). پس بنابر این، زاید بر هفت ذراع را در شارع های عام قدیمی هم توان احیا کرد.

و اما موثقه دیگر بقباق از حضرت صادق علیه السلام «قَالَ: قُلْتُ لَهُ الطَّرِيقُ الْوَاسِعُ هَلْ يُؤْخَذُ مِنْهُ شَيْءٌ إِذَا لَمْ يُضِرَّ بِالطَّرِيقِ قَالَ لَآ» (۴)؛ پس جواب از آن می گوئیم به این که آن احادیث سابقه مخصیص این است، و منع را حمل می کنیم بر کمتر از پنج ذراع یا

ص: ۲۰۶

۱- نه در حدیث سکونی و نه در حدیث بقباق، و نه در حدیث مسمع، در هیچکدام سؤالی وجود ندارد، و امام (علیه السلام) بدو می گوید. اما سخن امام (علیه السلام) نیز عموم ندارد و مختص به زمان «تشاخ» است. و در مسئله ما جایی برای «تشاخ» نیست، و صاحب خانه بدو می خواهد بخشی از راه را تملک کند و خودش قبول دارد که آن بخشی از راه است. وانگهی محقق قمی (ره) در این فرمایش، مازاد از هفت یا پنج ذراع را، موات می داند. و به قول خودش در مسئله پیش (شماره ۷) تشخیص موات با عرف عام است. کدام عرف آن مازاد را مصداق موات می داند؟ این سخنان علاوه بر آن مطالبی است که درباره «اذن امام» در چنین مواردی ضرورت دارد، و در ذیل مسئله شماره ۲ به طور نسبتاً مشروح گذشت.

۲- هذا استظهار محض. و الاستظهار المحض، یندفع بلفظه واحده ای: نمنع.

۳- خود حدیث ها مطلق نیستند و مقید به «اذا تشاخ» هستند.

۴- وسائل، کتاب المتاجر، ابواب عقد البیع، ب ۲۷ ح ۱- توضیح «لا بأس» آمده که اشتباه نسخه بردار است.

هفت ذراع (۱).

و توهم اختصاص آن اخبار به ملک احداثی، مدفوع است به آن چه پیش گفتیم. و جمعی هم از محققین علما این اخبار را تعمیم داده اند و مختص مبتکر نکرده اند (۲).

و به هر حال، اجماع و اخباری که دلالت دارند بر منع از تصرف در شوارع، دلالت آن ها [بر] زیاده بر هفت ذراع، ممنوع است. بلی: چون اعتبار نفی ضرر از مترددین در شوارع عامه منظور نظر شارع مقدس است، احتمال می رود که توان گفت: هرگاه جاده از آن [جاده ها] باشد که قوافل عظیمه مثل حجاج و زوار و اشتر و کجاوه و امثال آن عبور کند، پس تا حد احتیاج را نتوان احیا کرد و تصرف کرد هر چند زاید بر هفت ذراع باشد. چنان که [از] شهید ثانی (ره) ظاهر می شود (۳).

و این سخن هر چند محل اشکال است و معارض است با ادله احیاء موات، و مفروض در مسئله ما خلاف آن است و شاید در چنان جایی ما هم قائل بشویم به منع هر چند که نظر به تحدید شارع در اطلاق آن اخبار، التفات به این نباید کرد، چون غالب این است که دفع ضرر و حاجت، به هفت ذراع می شود. بیش از این نیست که قافله حاج به قطار بروند پراکنده نشوند (۴).

و الا گاه است که هفتاد ذراع هم کم است (۵).

و مؤید آن چه ما گفتیم موثقه محمد بن مسلم است «عَنْ أَحَدِهِمَا (عليه السلام) قَالَ: سَأَلْتُهُ

ص: ۲۰۷

۱- قید «اذا تشاح» مانع از این تخصیص است و این کاملاً واضح است.

۲- بلی درست است آن سه حدیث، عام هستند و شامل هر راه می شوند لیکن به شرط «تشاح» و اختلاف، و عدم امکان حلّ اختلاف مگر با صلح.

۳- مسالک، ج ۲ ص ۲۳۳ ط دار الهدی.

۴- شگفتا.

۵- بلی: در کتاب «دانش ایمنی» توضیح داده ام که از نظر اسلام باید عرض جاده های بزرگ دستکم شصت متر یعنی ۱۲۰ ذراع باشد؛ سی متر برای رفت و سی متر نیز برای برگشت باشد و حدیث های آن را نیز در آن جا بررسی کرده ام.

عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى دَارًا فِيهَا زِيَادَةٌ مِنَ الطَّرِيقِ - قَالَ إِنَّ كَانَ ذَلِكَ فِيمَا اشْتَرَى فَلَا بَأْسَ (۱).

و نزدیک به این است روایتی دیگر (۲)

بل که دو روایت دیگر. و آن احادیث را شیخ در باب «غرر و مجازفه» نقل کرده (۳).

و اقرب محامل آن ها این است که از مقدار زیاده بر حدّ داخل خانه شده باشد.

و بدان که از شیخ در نهاییه و ابن ادریس در سرائر، ظاهر می شود تفصیلی در این مسئله که حال مذکور شد (۴).

چنان که محقق نقل کرده که [شیخ] گفته است که هرگاه

ص: ۲۰۸

۱- وسائل، کتاب التجارة، ابواب عقد البیع، ب ۲۷ ح ۳- توضیح: مخالفین میرزا(ره) در این مسئله این حدیث را حمل کرده اند بر جائی که ملکیت طریق مال بایع بوده و دیگران تنها حق عبور و مرور داشته اند. در این صورت اگر چیزی از طریق کاسته شود به شرط عدم ضرر بر عابرین، اشکالی ندارد. این گونه راه ها به ویژه در املاک مشترک که به دلیل ارث یا هر دلیل دیگر، تقسیم می شوند، بسیار است. در زمان تقسیم قرار می گذارند که محل عبور و مرور فلان سهم از داخل فلان سهم باشد. و همین طور درباره عبور آب. اگر کسی که در سهم او حق عبور سهم دیگر است، سهم خود را به خانه (دار) تبدیل کند، باز هم حق عبور آن سهم از محوطه آن خانه محفوظ است. و اینک آن خانه را فروخته است. به لفظ «دار» توجه کنید که به ساختمان خانه با محوطه آن، گفته می شود که فرقی با «بیت» همین است. یعنی حق عبور در محوطه خانه است. و معمولاً چنین حقی در محوطه خانه هائی است که دارای محوطه وسیع باشند مانند ویلاهای وسیع. و نکته مهم در حدیث این است که امام(علیه السلام) می فرماید «ان کان ذلک فی ما اشتری» یعنی اگر راه در داخل آن چه خریده، باشد. فاعل «کان»- اسم کان- «طریق» است. برداشت میرزا(ره) وقتی درست می بود که لفظ «کانت» باشد و فاعل آن «زیاده». پس آن زاید داخل خانه نشده بل که کل طریق در داخل خانه است و تکه های زاید طریق کسر شده است. بنابر این پر واضح است که این حدیث هیچ ارتباطی با ادعای میرزا(ره) ندارد. و معنایش نیز روشن است.

۲- همان، در ذیل همان حدیث: و باسناده عن احمد بن محمد، عن علی بن الحکم، عن محمد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام، مثله.

۳- و به هر صورت معلوم نیست مراد میرزا(ره) از دو حدیث کدام است.

۴- یعنی صورت اخیر که در حدیث محمد بن مسلم آمده.

این زیادتی راه که داخل خانه شده، متمیز نیست بر او چیزی نیست، و هرگاه متمیز باشد، باید ردّ کرد بر حال خود(۱)،

یعنی داخل شارع کند و رجوع کند مشتری بر بایع به درک نقصان.

و محقق منع این تفصیل کرده و اختیار بطلان بیع کرده. و ظاهر این است که بنای سخن ایشان بر این باشد که از حد شرعی طریق چیزی داخل خانه کرده اند(۲)، و در این وقت، منع محقق وارد است. به جهت آن که عدم تمیز منشأ حلیت نمی شود. و حکم به بطلان اصل بیع شاید از راه جهالت مبیع باشد(۳). و به هر حال [این] سخن دخلی به مسئله ندارد.

۹- سؤال:

۹- سؤال: هرگاه قریه [ای] در دامن کوهی واقع باشد، و آن قریه مرتع حیوانات و محل آوردن هیزم، بسیار دارد. و احتیاج غالباً به آن کوه ندارند. بلی در بعض سال ها گاهی حیوان آن ها در آن جا می چرد. و در دامن آن کوه قریب به قریه یک قطعه سنگ بزرگ است که نه مرعای حیوان است و نه محل هیزم. آیا احدی از اهل آن قریه یا غیر آن قریه، می تواند آن سنگ را قطع کند و در محل آن اشیائی بسازد؟ و از کمر کوه، جویی احداث کند، و آب مشترک مابین آن شخص و اهل قریه را بدون آن که ضرری به صاحبان برساند از آن جوی [به] آسیا بیاورد. آیا اهل قریه مانع می توانند شد؟ و شرکا در آب هم منع آوردن آب را می توانند کرد یا نه؟-

جواب:

جواب: جمعی از علمای ما تصریح کرده اند به این که: مرتع حیوانات و محل هیزمی که اهل آن قریه محتاج اند به آن ها، حریم قریه است، و کسی بدون اذن ایشان احیای آن

ص: ۲۰۹

۱- و صد البته که در مسئله ما متمیز است و هنوز داخل در ملک خانه نشده.

۲- و این مصداق «تاویل ما لا یرضی صاحبه» است.

۳- بل به جهت این است که مبیع شامل مغضوب است.

نمی تواند کرد. بل که بعضی تصریح کرده اند که حریم معموره، ملک اهل او است. و ظاهر این است که «هرگاه در جانب قریه، مرتع حیوانات باشد و متعارف آن است که حیوان در همه این ها می گردد هر چند وقت در یک طرف»، هم داخل حریم باشد هر چند به دو طرف آن (مثلاً) رفع احتیاج ایشان تواند شد.

بلی: آن محل های دور از قریه که اهل قریه به آن احتیاج ندارند و به ندرت عبور ایشان و حیوانات ایشان در آن واقع می شود، مانع غیر، در احیای آن نمی توانند شد. چنان که در کلام ایشان تصریح به آن شده. و همچنین: در جاهای نزدیک به قریه هرگاه اهل قریه احتیاجی به آن ندارند و ضرری به ایشان در احیا نمی رسد.

و در صورت سؤال:

و در صورت سؤال: هرگاه از ساختن آسیا در آن موضع، ضرری به اهل قریه نمی رسد، (منشأ این نمی شود که عبور مترددین به آسیا، در زمین های ایشان که زرع می شود بشود، یا در مرتع حیوانی که این تردد باعث تضرر آن مرتع شود، واقع شود) کسی مزاحم آن شخص نمی تواند شد. و آسیائی که می سازد مخصوص او است. و محض نزدیک بودن به قریه، باعث تسلط اهل قریه در منع او نمی شود. و همچنین احداث نهر در کمر کوه.

بلی: هرگاه راضی نشوند که آب ایشان را از آن جا بیاورد، می توانند مانع آب خود بشوند. و آن شخص آب روز نوبت خود را می تواند از آن جا بیاورد.

و اما اشکالی دیگر هست که: از آن جایی که شق نهر می کند که آب را از نهر قدیم به این نهر جدید بیاورد؛ هرگاه محل شق نهر که متصل به نهر قدیم است، مملوک همگی باشد، می توانند مانع شق نهر شوند. و در این صورت، مانع از برای نوبه خود هم به هم می رسد. و بهتر آن است که شرکاء لجاج نکنند و مضایقه از منتفع شدن برادر دینی خود نکنند، خصوصاً در صورتی که مطلقاً ضرری به ایشان نمی رسد.

۱۰- سؤال:

۱۰- سؤال: هرگاه بیابانی باشد، و چند قریه در یک فرسخی (یا دو فرسخی، یا بیشتر) آن بیابان باشد. و از قدیم الایام تا حال مرتع و مراعی قراء مذکور در فصل زمستان بوده، و

ص: ۲۱۰

در آن بیابان به سر می برده؛ گاهی در نقب هائی(۱) که در زیر زمین کنده شده بوده است، و گاهی در حظیر[ه]ها(۲) و سنگچین ها که در آن جا بوده است.

آیا (والحال هذه) اهل قریه [ای] که نزدیک تر است به آن بیابان، منع قراء بعیده می تواند کرد (از چرانیدن گوسفند تا خاشاک آوردن آن ها از آن نقب ها و حظیره ها که از گوسفندان آن ها به عمل آمده) یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه تاریخ بنای قریه ها معلوم باشد، و معلوم باشد که آن قریه اقرب، اول بنا شده است. آن چه اهل آن قریه محتاج اند به او از آن بیابان، داخل حریم آن قریه است. و دیگران را منع می توانند کرد. و آن چه زاید بر قدر حاجت آن ها است از آن بیابان، مباح است از برای همه مسلمانان(۳)،

اهل قریه نزدیک، منع آن ها نمی توانند کرد. و همچنین است اگر معلوم شود که قریه دویم(۴)

زود تر بنا شده؛ تصرف قریه اول در قدر حریم آن ها صورت ندارد. و همچنین تا به آخر.

و اگر تاریخ بنا معلوم نباشد و محتمل باشد که همه را در یک دفعه بنا کرده باشند و محتمل باشد که بعضی پیش و بعضی پس بوده اند، در این وقت ظاهر این است که همه مساوی اند و ترجیح از برای هیچیک نیست و هیچیک منع دیگری نمی توانند کرد. و هیچکدام نمی توانند ادعای خصوصیت مکان معینی را از آن بیابان برای خود بکنند.

بلی: هرگاه طریقه مستمره بوده است که اهل قریه [ای] نزدیکترند به آن جا، آن قدر نزدیک به خود را (از آن بیابان) به مقدار حاجت خود متصرف بوده اند بدون معارض و

ص: ۲۱۱

۱- مراد کُهل = آغل زیر زمین است.

۲- حظیره: جائی که با چوب، کپر، خار، محصور می شود تا گوسفندان در آن نگه داری شوند.

۳- برای همه مسلمانان، نه فقط برای مردمان آن قریه ها. زیرا مصداق حریم نیست.

۴- مراد قریه ای است که دور است.

مزاحمی، کسی مزاحم آن ها نمی تواند شد. و تَتَمَّیْهُ آن بیابان مباح است برای مسلمین. و ظاهر این است که هر کی زود تر حیازتِ قدری از آن بیابان بکند (به این معنی که گوسفند خود را بَرَد و [د]ر آن جا ساکن کند به قدر حاجت او) دیگری او را مانع نتواند شد. و [ظاهر این است که] این در معنی تحجیر باشد نه احیای موات، پس موجب اولویت او خواهد بود.

و ممکن است که بگوئیم که: هر گاه طریقه مستمزه چنین باشد که اهل قریه دویم هر قدر معینی به قدر حاجت از آن بیابان را- بعد از وضع مقدار حاجت قریه اولی- در تصرف داشته باشند، هم حکم شود به تملک آن ها از باب حریم. و همچنین تا به آخر.

و اما حکایت نقب هائی که در زیر زمین کنده شده، و سنگچین ها و حظیره ها: پس ظاهر این است که هر گاه کسی مدعی ملک آن ها نباشد، در حکم مباحات است نه در حکم مجهول المالک، یا بلا مالک. به جهت آن که اظهر این است که نیت تملک در حیازت مباحات و احیاء موات، شرط است. و از این جا است که گفته اند که هر گاه کسی چاهی در بیابان بکند از برای این که از او چند روزی منتفع شود نه به قصد تملک، همین که آن شخص از آن جا رفت و اعراض کرد، هر گاه عود کند، او و دیگران مساوی اند. و مجرّد کندن نقب و سنگچین ساختن در زمین مباح، مستلزم ملک نیست (۱).

پس هر

ص: ۲۱۲

۱- در این جا یک مسئله هست: «تحجیر» و «احیاء» از دو جهت قابل بررسی هستند: الف: بینه و بین الله: اگر کسی تحجیر یا احیاء کند بدون نیت اولویت و تملک، نه اولویت می آورد و نه ملکیت. ب: بینه و بین الناس: اگر کسی کاری کرده که ماهیتاً و مصداقاً تحجیر نامیده می شود، در این صورت فقط اولویت می آورد گرچه به نیت تملک کرده باشد. و اگر کاری کرده که ماهیتاً و مصداقاً احیاء نامیده می شود، در این صورت می تواند مالک باشد. گرچه بینه و بین الله نیت تملک نداشته است. و در مسئله ما، نقب های زیر زمینی که «کهل» نامیده می شوند، ماهیتاً و مصداقاً، احیاء هستند. زیرا هیچ کسی برای انتفاع موقت اندک، کار به آن بزرگی را انجام نمی دهد. درست است: اگر ثابت شود که سازنده آن فقط برای استفاده موقت یک دفعه ای و چند روزه، ساخته بوده، در این صورت وقتی که آن جا را تخلیه می کند، نه اولویتی برایش می ماند و نه ملکیتی برایش حاصل شده است. اما در متن سؤال تصریح شده که هر زمستان از آن کهل ها استفاده می شده است. پس هم مصداق احیاء است و هم ملکیت آور. در کنار روستای معروف آبیانه کاشان، کهل هائی هستند که گوئی برای ابدیت ساخته شده اند.

کی زود تر در آن ها جای بگیرد، اولی خواهد بود از دیگران.

و خاشاکی که از گوسفند کسی به هم رسد، مال اوست؛ خواه در زمین مباح باشد یا در زمین مغضوب. بیش از این نیست که اگر غضب ثابت باشد، صاحب مکان مستحق اجرة المثل خواهد بود.

۱۱- سؤال:

۱۱- سؤال: هرگاه زمین مواتی و چشمه آبی مابین دو قریه است، که احدهما ابعد است به آن جا از دیگری. و قریه ابعد از قدیم الایام حیوان خود را در آن جای می چرانند و آب می دهند. و الحال اهل قریه اقرب مدعی آن می باشد که این از ما است. و مستندند به قرب و به این که جریان چشمه به سمت قریه ایشان است.

جواب:

جواب: هرگاه ید ابعد در این ثابت است، حکم می شود از برای آن ها، از جهت حصول ید از باب مرافق و حریم قریه. خصوصاً هرگاه معلوم باشد که تاریخ بنای قریه ابعد قبل از اقرب بوده. و [استناد] (۱)

آن ها به قرب و جریان آب، وجهی ندارد.

۱۲- سؤال:

۱۲- سؤال: هرگاه کسی در جنب قنات کسی، احداث قناتی بکند و به سبب آن آب قنات خشک شود، یا بسیار کم شود. آیا صاحب قنات اول می تواند این قنات ثانی را زایل کند، یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه قنات دویم در زمین موات احداث شده باشد، فقها از برای آن حدی قرار داده اند و در آن دو قول است: اول این که هرگاه در زمین نرم است باید هزار ذراع فاصله باشد. و هرگاه در زمین سخت است، پانصد ذراع. و این قول مشهور است و جامع

ص: ۲۱۳

و قول دوم قول ابن جنید است- و علامه در مختلف(۱) به آن میل کرده، و صاحب کفایه هم اختیار آن کرده. و در نظر حقیر هم اقوی آن است- که حدّ آن «عدم تضرّر» است. پس هرگاه ضرر برسد به قنات اول، جایز نیست احداث. خواه کمتر از آن مقدار باشد یا بیشتر(۲). به جهت اخبار بسیار که در نفی ضرر وارد شده از طریق مخالف و مؤلف، و همه به آن عمل کرده اند(۳).

و خصوص حدیث صحیحی که در ما نحن فیه نیز وارد شده که معیار را ضرر قرار داده(۴).

و احادیث ضرار در نظر حقیر اقوی است از آن اخبار(۵) خصوصاً با وجود حدیث صحیح خاصّ. اگر چه شهرت، مرجّح این اخبار است. لکن کثرت و صحت سند، و موافقت با اعتبار «نفی عسر و حرج»، و موافقت کتاب و سنّت، مرجّح این قول است.

و اما هرگاه قنات دوم در ملک معموره اتفاق افتاده باشد و بر طریق عدوان حفر نشده باشد؛ پس آن چه ظاهر می شود از صاحب کفایه و ابن ادریس، این است که خلافی در این نیست که می تواند احداث کرد هر چند ضرر به قنات سابق برسد و هر چند آن مقدار مذکور فاصله نباشد. و جمعی تصریح کرده اند به این که(۶): حریم مختص اراضی

ص: ۲۱۴

۱- مختلف، ج ۶ ص ۲۰۷ و ۲۰۸.

۲- عبارت نسخه: خواه کمتر از آن مقدار سابق باشد یا بیشتر.

۳- عبارت نسخه: وارد شده طریقه مخالف و مؤلف همه به این عمل کرده اند.

۴- وسائل، ابواب احياء الموات، ب ۱۴ ح ۱.

۵- یعنی از اخبار هزار ذراع و پانصد ذراع. - بنابر این، میرزا(ره) به «اخبار ضرر» عمل می کند و «اخبار هزار ذراع و پانصد ذراع» را ترک (یا ردّ) می کند. در حالی که می توان به هر دو گروه در کنار هم عمل کرد. یعنی امکان «جمع بین الاخبار» در این جا هست با حمل «اخبار هزار و پانصد» به جائی که ضرر معلوم نباشد، و یا اساساً عدم ضرر معلوم باشد، که باز این فاصله باید رعایت شود.

۶- در نسخه: کرده اند یا این که..

مباحه است و در املاک متجاوزه حریمی نمی باشد، به جهت این که هیچیک را ترجیحی بر دیگری نیست، پس حریم از هر دو ساقط می شود. و به جهت آن که گاه است که دو نفر هر دو یکدفعه شروع به احیا کرده باشند. و در خصوص ما نحن فیه استدلال کرده اند به عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» پس صاحب مال را می رسد هر نوع تصرفی خواهد در ملک خود بکند هر چند ضرر به همسایه برسد. حتی بعضی تصریح کرده اند به این که هر گاه همسایه چاهی داشته باشد و این شخص در خانه خود در جنب او چاهی بکند که عمیق تر بشود و آب آن را بکشد، جایز است. و همچنین هر گاه در جنب چاه او بالوعه یا چاه بیت الخلا بکند که چاه او متغیر بشود، جایز است. و تکیه ایشان در این احکام بر همین است که حریم بر املاک [متجاوزه] نمی باشد، و هر کس به مال خود هر نوع تسلطی دارد.

و آن چه در نظر حقیر رجحان دارد این است که: احداث قنات در ملک معموره خود هم موقوف است به عدم ضرر. خصوصاً هر گاه فاحش باشد. به جهت احادیث ضرار. و آن چه توهم می شود که نسبت مابین آن ها و عموم «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» عموم من وجه است، اولاً مسلم نیست، به جهت این که از خود عمومات و خصوص بعضی از آن ها ([که] صریح است بر منع تصرف بر مال خود که موجب ضرر باشد. مثل حکایت نخل سمره بن جندب (۱). و مثل حدیث صحیحی که در باب گردانیدن نهر از آسیائی که بر سر نهر کسی ساخته باشند (۲).

و غیر این ها) ظاهر می شود که منع از ضرر «اخص مطلق» است.

و [جواب] از این که در املاک متجاوزه حریم نیست؛ هر چند مشهور است بین

ص: ۲۱۵

۱- وسائل، احیاء الموات، ب ۱۲ ح ۱.

۲- همان، باب ۱۵ ح ۱.

الاصحاب لکن حقیر در اطلاق این کلام اشکال دارم. و آن این است که حریم دو قسم است: یکی آن است که حریم «منفعتِ ما له الحریم» است من حیث اَنه صاحب هذه المنفعة، مثل حریم قنات از حیث انتفاع به آب آن، به مقدار محدود.

دوم آن است که «حریم شخص ما له الحریم» است من حیث هو شخصه، مثل آن قدر زمین که ضرور ابقای اصل قنات است به جهت ریختن گِل و راه رفتن در اطراف آن، و تجدید کردن چاهی از آن که خراب شود، و امثال آن.

و آن چه به خاطر حقیر می رسد، این است که آن چه مشهور است در میان علما که در املاک متجاوره حریم نمی باشد، مراد ایشان معنی دوم است. نه معنی اول. و شاهد این مطلب این است که فقها تصریح کرده اند به این که حریم ملک مملوک صاحب ملک می شود، نه محض اولویت است. چنان که در سرائر، و تحریر در مواضع متعدده، و در دروس، و از شهید ثانی، و غیرهم مستفاد می شود و تصریح به این در مرافق (۱) قریه، و حریم معدن، و حریم نهر (و غیر ذلک) همه نموده اند.

و مع هذا تصریح کرده اند به این که مراد از تحدید فاصله بین القناتین به حد معلوم، این است که احداث قنات دیگر، نمی توان کرد. نه این که هیچوجه احیا و تصرف دیگر [ن-]توان کرد. پس معلوم شد که حکم به مملوکیت این مقدار، نشده است، پس هر گاه کسی کنار قنات را با دو ذرع یا سه ذرع فاصله (یا بیشتر) احیا کند ملک او می شود با وجود این باز حریم قنات بر حال خود باقی است.

پس ظاهر عبارت ابن ادریس و صاحب کفایه (که مشعر است به عدم خلاف در جواز تصرف در ملک خود به احداث قناتی هر چند فاصله مقررّه در بین نباشد) غفلتی است از فرق مابین المعینین. و بینهما فرق واضح است.

ص: ۲۱۶

با وجود این که تکیه ایشان در این مقام به عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» [است] و حال آن که در مسئله جواز تصرف در ملک خود با تضرر جار (در کتاب دیات، و غصب، و غیره) خلافت و تفصیلات، نقل کرده اند. چگونه شد که در این مقام، بلا خلاف می گویند که جایز است تصرف هر چند بالمره آب قنات اول بخشکد و هیچ تفصیل نداده اند. معلوم است که نظر ایشان همان (۱)

به نفی حریم در املاک متجاوره است (۲).

و تو خود معنی این را دانستی.

و به هر حال: ظاهر این است که در ملک معمور هم احداث قناتی که مضر باشد [ن-]توان کرد، از چند وجه:

اول: احادیث ضرار معموله عند الاصحاب، که در قوه «خاص مطلق» است نسبت به عموم «الناس مسلطون علی اموالهم».

دوم: احادیث مستفیضه و مطلقه وارده در حریم قنات، که شامل موات و معموره (هر دو) هست. بل که بعضی از اخبار در ملک است؛ مثل روایت محمد بن حفص «عَنْ رَجُلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ قَوْمٍ كَانَتْ لَهُمْ عُيُونٌ فِي أَرْضٍ قَرِيبَةٍ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ فَأَرَادَ الرَّجُلُ أَنْ يَجْعَلَ عَيْنَهُ أُسْفَلَ مِنْ مَوْضِعِهَا الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِ وَ بَعْضُ الْعُيُونِ إِذَا فُعِلَ ذَلِكَ [أَخْرَجَ] بِالْبَقِيَّةِ مِنَ الْعُيُونِ وَ بَعْضٌ لَا يُضِرُّ مِنْ شِدَّةِ الْأَرْضِ قَالَ فَقَالَ مَا كَانَ فِي مَكَانٍ شَدِيدٍ فَلَا يُضِرُّ وَ مَا كَانَ فِي أَرْضٍ رِخْوَةٍ بَطْحَاءٍ فَإِنَّهُ يُضِرُّ وَ إِنْ عَرَضَ عَلَى جَارِهِ أَنْ يَضَعَ عَيْنَهُ كَمَا وَضَعَهَا وَ هُوَ عَلَى مِقْدَارٍ وَاحِدٍ

ص: ۲۱۷

۱- همان، یعنی: فقط. - در مجلدات پیشین هم دیدیم که میرزا(ره) گاهی لفظ همان را به معنی فقط به کار می برد.

۲- نه به قاعده «الناس مسلطون». پس تصور ابن ادریس و صاحب کفایه درست نیست.

قَالَ إِنَّ تَرَاضِيًا فَلَا يَضُرُّ وَ قَالَ يَكُونُ بَيْنَ الْعَيْنَيْنِ أَلْفُ ذِرَاعٍ^(۱). و این حدیث را کلینی در کافی روایت کرده، و ابن بابویه نیز در من لا یحضره الفقیه^(۲). و ورود آن در این دو کتاب با اعتضاد به عقل و نقل و سنت و کتاب، جابر ضعف سند است. و دلالت حدیث واضح است.

سیم: ادله حرمت غصب؛ و پر ظاهر است که در این جا عین آب مملو که که صاحب قنات اول حیازت کرده و از عروق زمین شق النهر کرده و جاری کرد[ه] مال اوست. پس هرگاه قنات دویم همان آب را می کشد بعینه، مال غیر است و حرام است. و فرقی نیست که این را داخل کند در ملک خود، یا در مباح. و چنان که هرگاه کسی شق النهر از آب مباحی بکند و احیای مباحی بکند، مافوق او کسی نمی تواند آبی جدا کند و احیائی بکند، مگر از مابین، فاضل آید.

و همچنین: این شخص که حیازت مباحی کرده و آبی که در عروق زمین، مباح بوده (خواه در عروق زمین مملوکی باشد یا مباحی) کسی نمی تواند قطع ید او از آن چه حیازت کرده و مستحق آن شده بکند. و مفروض این است که این آب همان آب است که در قنات سابق جاری شده بود که به سبب انحدر و انخفاض محل و سست بودن زمین از منافذ زمین به قنات دویم داخل می شود. پس این در حکم سرقت عین المال است، نه از بابت تفویت منفعتی و اضرائی به جهت تسبیب.

خلاصه این که: بعد از تأمل در این مأخذها، آن قوت از برای شهرت باقی نمی ماند که مزاحم این ادله شود، یا بر این مرجحات غالب آید. پس بسیار بعید نیست با وجود قیام

ص: ۲۱۸

۱- الکافی، ج ۵ ص ۲۹۳ ط دار الاضواء.

۲- الفقیه، ج ۳ ص ۵۸ ط دار الاضواء.

دلیل بر مطلوب، مخالفت شهرت یا (۱)

اجماع منقول نیز. چنان که شهید ثانی (ره) در آخر کتاب وصایا در مسالک سخنی فرموده که مناسب مقام است؛ محصل این که بعد از آن که آن مرحوم قدحی در اجماع منقول کرده و متابعت دلیل کرده، فرموده است که: سابق بر ما هم این کار را کرده اند که مخالفت اجماع سابق بر خود، را کرده اند به سبب دلیل، و لکن مردم از لغزش پیشینیان می گذرند و مسامحه می کنند و بر آن ها اعتراضی نمی کنند. یعنی بر زندگان و متأخران، مؤاخذه شدید می کنند. و خوب فرموده است (۲).

۱۳- سؤال:

۱۳- سؤال: هرگاه کسی زمین مخروبه را که مالکی از برای آن نیست، احیا می کند. آیا مالک می شود یا نه؟-

جواب:

جواب: بلی هرگاه مسلمان باشد، بی اشکال. دور نیست که غیر مسلمان هم، چنین باشد.

۱۴- سؤال:

۱۴- سؤال: حریم نهر در معموره و غیر معموره، چه قدر است؟

جواب:

جواب: حریم نهر در زمین موات بی صاحب، به قدر آن است که نهر محتاج است به آن در عرف و عادت؛ به جهت خاک ریختن، و گل در آوردن در وقت تنقیه نهر، و به قدری که مالک آن در آن جا عبور کند به جهت اصلاح آن.

و اما هرگاه نهر در ملک غیر باشد و صاحب نهر ادعای حریم بکند؛ پس در تقدیم قول صاحب نهر یا صاحب زمین، اشکال است. احتمال دارد که قول صاحب نهر مقدم باشد با قسم خوردن و محتمل است که قول صاحب زمین مقدم باشد با قسم. و محتمل است که هر دو مساوی باشند در دعوی پس هر دو قسم می خورند. و بعد از آن که هر دو قسم خوردند، شریک می شوند در مقدار حریم.

ص: ۲۱۹

۱- در نسخه: با.

۲- جانا سخن از قلب ما می گوئی. منتظر آیندگان که روزی آنان نیز بگویند.

و اظهر در نظر حقیر آن است که هرگاه ید هر دو بر حریم هست، هر دو شریک اند در آن؛ این در استحقاق رفع حاجت، و آن در مالکیت رقبه.

و هرگاه صاحب نهر یدی ندارد و صاحب ارض دارد، قول او مقدم است با یمین. و همچنین در صورت عکس قول صاحب نهر مقدم است با یمین. و دور نیست که صاحب نهر را ذوالید دانیم علی الاطلاق. چون حریم، لازم ذی الحریم است. چنان که از فخر المحققین ظاهر می شود (۱).

و بنا بر این که حریم بودن مثبت ملکیت باشد (چنان که ظاهر آن است) پس در صورت ثبوت ید هر دو یا عدم ثبوت ید هر دو، چاره از تحالف (۲) و شرکت بعد از آن، نیست. پس هرگاه هر دو قسم می خورند، هر دو شریک می شوند. و همچنین [اگر] هر دو نکول کنند. و هرگاه یکی قسم خورد دون دیگری، مال او می شود که قسم خورد.

۱۵- سؤال:

۱۵- سؤال: هرگاه قنات منهدمه مخروبه در صحرائی واقع، و از صاحب و مالک آن مطلقاً اثری و نامی باقی نماند، چند نفر در مقام تنقیه و آبادی آن برآمده، چند چاه آن در معموره واقع، که علامت آن از اندرون قنات ظاهر است. چون حال بنا بر امتداد مدت خرابی آن قنات و بی مالکی آن، بسیاری از آن زمین هائی که سابق از تحت آن، آب جاری بود، ملک و باغ کرده اند و مالک به هم رسانیده است. مالک خالی کردن آن چاه ها را مانع است.

آیا به سبب تقدم احیای آن صاحبان باغ می توانند که مانع از خالی کردن چاه ها بشوند یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه واقعاً زمین موات بوده، و اختصاص به کسی نداشته، و کسی به آن

ص: ۲۲۰

۱- ایضاج الفوائد، ج ۲ ص ۲۳۲ و ۲۳۳ ط کوشانپور.

۲- در نسخه: مخالف.

اولویتی نداشته، صاحبی هم از برای آن معروف نبوده، هر کس اولاً آن را احیاء کرده و باغ و زرع کرده، مالک می شود و دیگری مزاحم نمی تواند شد. و اگر سخنی در میان باشد و گفتگویی باشد، باید به مرافعه شرعی حاضر شوند تا احقاق حق بشود.

و دور نیست که بگوئیم که آن قنات موات نیز بر استحقاق حریم خود باقی است، چون ملکیت امام بر آن ثابت است. و به سبب احیای فوق الارض مالک قنات تحت الارض، نمی شود (۱).

غایت امر این است که از باب نزاع مابین مالک ارض و مالک ذی الحریم، بشود یعنی محیی که در معنی نایب امام است. و اظهر در نظر حقیر در این جا نیز، تقدیم مالک ذی الحریم است. و این مطلب را در جای دیگر بسط داده ام. والله العالم.

۱۶- سؤال:

۱۶- سؤال: هرگاه زید قنات مخروبه مجهوله المالک را از اهالی شرع، یا از مأذون از قبل اهالی شرع، ابتیاع نموده و تصرف نموده، و مبالغ کلیه اخراجات کشیده. و قدری از رشته قنات را عمرو زرع نموده و مجری را پر نموده و ضرر کلی به قنات مزبور رسانیده (قبل از تصرف یا بعد از تصرف) با عدم ادعای ملکیت و قصد حیازت. آیا در صورت مذکوره، عمرو مرقوم را می رسد که مانع تنقیه شود تا آن که زرع خود را حصاد (۲)

نماید، یا نه؟-؟ و بر فرض ثبوت اضرار (قبل از تصرف یا بعد از تصرف) باید از عهده بر آید یا نه؟-؟

و چنان چه عمرو مزبور مستاجر باشد، و آب و اراضی غیر به عنوان استیجار در تصرف وی باشد، و حال ادعا کند که من به قصد ملکیت از جانب موجر، تصرف نموده

ص: ۲۲۱

۱- یعنی در این جا دو چیز با دو عنوان وجود دارد: ارض موات که صاحب باغ آن را احیا کرده. و قنات موات که افرادی احیای آن را شروع کرده اند. احیای اول مانع از احیای دوم نمی شود. و چون احیای قنات «شروع» شده، پس اختلاف آنان، اختلاف دو مالک است. اما در جواب مسئله شماره ۱۶ «شروع» را به منزله تحجیر دانسته است که موجب اولویت است نه مالکیت. لیکن تحجیر و اولویت نیز در این بحث، کافی است.

۲- در نسخه: حصار.

ام، آیا سخن او مسموع است یا نه؟-؟ و در صورت مسطوره، اگر قصد ملکیت را ادعا کند از جهت خود به محض حیازت، مسموع خواهد بود یا نه؟-؟ و بر فرض مسموعیت دعاوی، مشتری قنات مزبوره از اخراجات بگذرد؟ آیا تسلطی به بایع دارد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: موات مجهول المالک، مال امام است. و هر کس از مسلمین که احیا کند مال او می شود. و د[ر] این جا تکیه بر احیا است، نه بر بیع. در خاطر م هست که به شما گفته بودم. و شما از باب احتیاط و استناد به حاکم، خواهش کردید که صیغه بیع جاری شود و قیمت آن به فقرا داده شود(۱). پس تکیه به بیع نیست که با وجود عدم احیا هم کسی نتواند در او تصرف کرد.

و هر گاه احیا شده باشد یا تحجیری که اولویت از برای او حاصل شود، تصرف عمر و غلط است و غاصب است. و ظاهر این است که احیای بعضی از آبار آن(۲)، در معنی تحجیر در باقی هست. بل که بالاتر هم.

و با وجود عدم احیا و تحجیر، تصرف عمر و صحیح است و ملک او می شود با قصد حیازت. و اولی به او است با عدم قصد.

۱۷- سؤال:

۱۷- سؤال: خرابی بلا- مالکی در جنب خانه کمترین، بوده و او را هموار کردم و قابل زراعت کردم به قصد این که هر گاه صاحبش پیدا شود، به او رد نمایم. مهدی نامی مرا فریب داد و قدری از آن را به او فروختم و به مشارکت آن دیواری بر دور آن کشیدیم. و الحال که مطلع گردیده ام بیع آن بی صورت است، می خواهم استرداد نمایم، نمی دهد. آیا شرعاً تسلط دارم بر استرداد یا نه؟-؟

ص: ۲۲۲

۱- شگفت نیست؛ همیشه پولداران پول پرست با تمسک به احتیاط، قربۀ الی الله، دلسوزی به فقرا، با قیافۀ خیرات خواهی، ارزش های دینی را به خدمت خود گرفته اند.

۲- در نسخه: آبادان. - آبار یعنی چاه ها.

جواب: هرگاه آن مخروبه مجهول المالك بوده و به قصد تملك احيا کرده بود، ملك محیی می شود. و بیع آن جایز بود. و لکن از صورت سؤال ظاهر می شود که قصد تملك نکرده. در این صورت ملك او نمی شود که تواند به دیگری فروخت.

بلی: چون مال مجهول المالك حکم آن این است که بعد از یأس از معلوم شدن صاحب، تصدق شود به فقرا، همان شخص که در دست اوست می تواند عین او را به فقرا بدهد. یا بفروشد و قیمت آن را به فقرا بدهد، از این باب بیع جایز است.

و لکن از صورت سؤال ظاهر می شود که ملك را از برای خود فروخته که قیمت را متصرف شود. پس در حال بیع غاصب بوده. و بیع صورتی نداشته. و الحال اگر معرفت حاصل کرده و تائب و نادم شده و خواهد میانۀ خود و خدا آن ملك را به مصرف فقرا برساند؛ [اگر] (۱)

آن بیع مصلحت فقرا باشد، شاید به لحوق اجازه، صحیح شود، و قیمت را به مصرف فقرا برساند و أجره المثل را هم خود به فقرا بدهد. چون اجازه کاشف است نه ناقل.

و هرگاه صلاح در اجازه نباشد یا اجازه نکند، همان ملك را با أجره المثل، استرداد می کند و به فقرا می رساند. چون مفروض سؤال این است که او مغرور بود نه غار. این حال حصۀ مهدی است.

و اما در آن چه تصرف خود اوست؛ پس آن را نیز با أجره المثل به فقرا برساند.

و عمارت فضولیه را اجرتی نمی باشد.

این ها در صورتی است که متفق باشند در واقعه. و هرگاه سخنی داشته مهدی در مقابل، محتاج به مرافعه است. در صورت اطلاع حاکم به خیانت طرفین یا احدهما (چون آن ولی فقیر است) به نهج صواب معمول دارد. والله العالم.

ص: ۲۲۳

۱- در نسخه: و. - البته ممکن است این تغییر مصداق ویرایش باشد، نه تصحیح. اما برای روشن شدن مسئله لازم است.

تحقیق: بدان که زمین موات یعنی آن چه از آن نمی توان منتفع شد به سبب پنهان بودن، یا آب نداشتن، یا غرق آب بودن، یا مثل آن که عرفاً اطلاق موات بر آن شود؛ خواه دست مسلمان، یا ذمی و معاهدی بر آن جاری نشده باشد اصلاً، یا شده باشد و لکن اهل آن فنا شده باشند و اسم و رسم آن اهل، مجهول باشد(۱).

پس آن مال امام است به اجماع منقول و اخبار بسیار.

و در حال حضور امام، جایز نیست تصرف و احیای آن مگر به اذن امام. و بعد از اذن امام ملک حاصل می شود به احیا. به دلیل اجماع منقول و اخبار(۲). و اطلاق اخبار شامل مسلم و غیر او هست. و ذکر مسلم در بعضی اخبار، دلالت بر اختصاص نمی کند.

ص: ۲۲۴

۱- محقق قمی (ره) دو عنوان را فراموش کرده است: الف: زمین هائی که «انجلی عنها اهلها»: مالکان شان رها کرده و کوچیده اند. که اعم از آن چه به موات تبدیل شده یا معمور مانده همگی مال امام (علیه السلام) است. ب: زمین های «المعرض عنها»: مالکان شان از آن ها اعراض کرده اند. که معمورشان و موات شده شان، مال امام (علیه السلام) است. در ذیل مسئله شماره ۱ بحث شد که موات، مطلقاً مال امام است خواه قبلاً یدی بر آن جاری شده یا نشده. زیرا طرؤ موتان مزیل ملک است.

۲- در ذیل مسئله شماره ۱ دیدیم که اخبار به لزوم اذن از امام یا نائب خاص، یا نائب عام امام دلالت دارند مطلقاً خواه در عصر حضور و خواه در عصر غیبت. و شگفت از مصنف (ره) است؛ در مسئله شماره ۱۶ دیدیم که خودش «قنات مخروبه» را به کسی فروخته است. این بیع (به هر صورت و به هر عنوان) بر اساس نیابت و ولایت است، و الا هیچ کس حق چنین بیعی را ندارد. (و در سؤال شماره ۲۱ نیز خواهد آمد). و باید گفت: آنان که اذن را در عصر غیبت لازم نمی دانند، پس به چه دلیل در «سهم امام از خمس» دخالت کرده و آن را تحویل گرفته و به مصرف اهلش می رسانند؟ آیا مال امام (علیه السلام) در زمین و خمس با هم فرق دارند؟! اگر خمس و مصرف آن منوط به اذن (بل به تصرف مستقیم) نایب است، چرا در زمین موات اذن لازم نیست؟ این دو رأی؛ یکی «مزیل نبودن موتان». دومی «عدم اشتراط اذن در عصر غیبت». هر دو از «یأس از بسط ید فقیه» ناشی شده اند. و مشاهده می کنیم که هر جا توانسته اند و بسط ید داشته اند، اعمال نیابت و ولایت کرده اند بدون استثناء، خواه در خمس، خواه در موات، و خواه در موارد دیگر.

و از کلام مسالک بر می آید این که نزاعی نیست در این که در حال حضور امام (علیه السلام) جواز احیا تملک، مختص به مسلم است (۱).

و از شرح لمعه (۲) بر می آید که خلاف است در تملک کافر به احیاء، و این نزاع بر می گردد به این که: جایز است برای امام اذن دادن [به] کافر یا نه. و الا بعد اذن امام و احیاء و تملک شکی در حصول جواز احیاء و تملک نیست. و نزاع در فعل امام برای ما بی فائده است خود بهتر می داند.

و به هر حال؛ اظهر و اقوی آن است که جایز باشد احیا از برای مسلم و غیر مسلم در حال غیبت و حضور که در حال حضور مشروط به اذن امام باشد.

لکن از فتوای اصحاب ظاهر می شود که اختصاص و تملک مطلق، مختص به حال غیبت امام است. و اما در حال حضور؛ پس محیی به سبب احیا احقّ و اولی است و لکن امام هر وقت که می خواهد از دست او می گیرد. و دلیل آن وضوحی ندارد. و نزاع در این هم، کم فائده است، به جهت آن که امام خود بهتر می داند؛ هر چه خواهد می کند.

و علی ایّ تقدیر؛ شکی در حصول ملک در زمان غیبت، از برای مسلمین نیست و همچنین از برای غیر ایشان، علی الظاهر. و در بعضی از عبارات علما که از مسئله زمان غیبت هم به لفظ اولی و احقّ ادا کرده اند، باید مراد ایشان حصول ملک باشد، نه محض اولویت. چنان که در بعضی احادیث هم بعد از ذکر احقّ، فرموده اند «و هی لهم» که افاده ملک می کند.

این ها همه در وقتی است که برای زمین ید مسلمی یا [مسالمی] (۳) بالفعل نباشد (۴)،

که با وجود ید نمی توان احیا کرد هر چند سبب ید و تسلط را هم ندانسته باشیم، به شرطی که

ص: ۲۲۵

۱- مسالک، ج ۲ ص ۲۳۲ ط دار الهدی.

۲- شرح لمعه، ج ۷ ص ۳۵.

۳- در نسخه: سالمی. - مسالم یعنی اهل جزیه و معاهده.

۴- بر زمین موات، هیچ یدی نیست. زیرا موتان مزیل ملک است، به شرحی که گذشت.

ندانیم که ید او تغلب (۱).

است یا بر وجه مصالحه در تقسیم مباحات شده است (۲).

باقی مانده کلام در ملک مواتی مجهول المالك نباشند و صاحب آن معلوم باشد (۳).

کتاب احیاء الموات من المجلد الثانی

۱۸- سؤال:

۱۸- سؤال: در حصول تملک به احیاء موات، قصد تملک شرط است، یا به مجرد احیاء ملک محیی می شود؟-؟

جواب:

جواب: اظهر این است که قصد تملک، شرط است. و الحال مخالف صریحی در نظر نیست. و جمعی تصریح به اشتراط آن کرده اند. و اصل اقتضای قصد تملک می کند مانند

ص: ۲۲۶

۱- تغلب یعنی زور گوئی، غلبه و استیلا نامشروع.

۲- تقسیم موات بدون قصد احیاء و بدون تحجیر برای احیاء، جایز نیست. رجوع کنید به مسئله شماره ۲۱.

۳- ای کاش شرح بیان این کلام را نیز می آورد. و خارج از دو صورت نیست: الف: عمداً در این باره سکوت فرموده است. در این صورت طبق سبک و روش فقها، باید گفت: او پس از فتوای مکرر در این مسئله و در مسئله های پیش بر این که «موتان مزیل ملکیت نیست». با آوردن این عبارت، در فتوای مذکور اعلام تردید می کند. ب: شاید معظم له، این «کلام باقی» را توضیح داده، لیکن در نسخه برداری ها ساقط شده است. در این صورت نیز خارج از دو حالت نیست: اول: استدلال های پیشین خودش را تام و کامل ندیده و از نو در تأیید فتوایش به استدلال پرداخته است. در این حالت نیز حاکی است که اثبات آن نیازمند این همه کوشش بعد از کوشش است. دوم: در مقام استدراک و نوعی تلطیف و یا تضعیف آن فتوی بوده است. همان طور که در اواخر مسئله شماره ۱ نیز چنین کرد.

حیازت سایر مباحات. و چیزی که رافع اصل «عدم ملکیت» باشد، به جز اطلاعات اخبار احیا نیست. و متبادر از آن ها بیش از صورت قصد تملک، نیست.

بلی: علامه (ره) در تذکره تفصیلی داده که هرگاه آن فعل، عملی است که در عادت نمی کنند آن را به غیر قصد تملک (مثل بنای خانه و باغ) در این جا قصد تملک شرط نیست. بخلاف مثل چاه کندن در بیابان، و زرع کردن قطعه [ای] از زمین به امید باران. که در این جا به قصد، مالک می شود و بدون قصد، اشکالی کرده. و متفرع کرده آن را بر اشتراط نیت در حیازت مباحات. و اشهر اشتراط است.

و گمان حقیر این است که علامه (ره) قصد تملک را عبارت از «اخطار ببال» دانسته. چنان که در مطلق مسئله نیت. و در این جا عرف و عادت را نازل منزله اخطار ببال دانسته؛ مثل آن که عادت به سوره معینه (۱) را نازل به منزله قصد به آن سوره کرده [اند].

و چون تحقیق این است که نیت همان «داعی بفعل» است، پس این تفصیل ثمره نمی کنند. به جهت آن که هرگاه واقعاً داعی بر آن فعل، تملک نباشد بل که خانه را یا باغ را به قصد انتفاع مردم ساخته باشد، دلیلی بر حصول ملک نیست. پس علی ای تقدیر، قصد تملک شرط است. بلی گاه است که ثمره در صورت جهالت حال کند؛ مثل این که وارث او هرگاه نداند که مورث قصد تملک کرده یا نه، آن نوع عمل را قرینه تملک بگیریم بنابر تقدیم ظاهر بر اصل (۲).

(چنان که اظهر این است در مثل این مقام نظر به عرف و عادت).

ص: ۲۲۷

۱- در نماز. - اگر کسی عادت کرده (مثلاً) سوره توحید را در نماز بخواند و ارتکازاً و بدون نیت تعیین، آن را بخواند اشکال ندارد.

۲- مرادش «اصالة عدم حصول الملك» است. اما باید گفت: علاوه بر «ظاهر عمل»، یک اصل هم در این جا هست و آن «اصالة عدم قصد انتفاع مردم» است.

و لکن این دخلی به مسئله ما ندارد، به جهت آن که اصل مسئله این است که قصد، شرط است یا نه. و وقوع امثال این افعال (بر فرض تسلیم) دلیل حصول قصد است، نه دلیل عدم اشتراط قصد در امثال آن. و این که گفتیم قصد تملک، شرط است، منافات ندارد با این که «ید مقتضی حکم به ملکیت است». به جهت آن که ما فرض مسئله را در جائی می‌کنیم که مورث الحال عمارتی بنا کرده در موات، و به مجرد اتمام، قبل از معلوم شدن حال قصد و عدم قصد، فوت شد. و مطلق ید مفید ملک بودن در صورتی است که معلوم نباشد که از این باب است. بل که مراد در عمل به مقتضای ید، آن است که در جائی که ید بر ملکی باشد که تملک آن موقوف بر ملکی نباشد که باید در ظاهر شرع حکم به ملکیت کرد (۱).

بلی: ظاهر این است که حق اولویت به میراث منتقل می‌شود، تا این که مدت متمادی شود و معلوم نباشد که از این قبیل است (۲).

ص: ۲۲۸

۱- اما علامه در این مسئله هرگز به ید تمسک نمی‌کند. بل به «ظاهر عمل احیا» متمسک می‌شود و آن را بر «اصالة عدم الملك» مقدم می‌دارد. و درباره «حصول الشك عند الارث» به «اصالة عدم قصد انتفاع الغير» تکیه می‌کند. درست است. اگر مراد میرزا(ره) حصول ملکیت برای محیی در «بینه و بین الله» باشد، فرمایشش درست است. اما این ربطی به وارث، افراد دیگر، جامعه و حکومت، ندارد. یعنی در یک صورت سخن میرزا(ره) تمام است. و در صورت دیگر، سخن علامه تمام است. پس باید محل نزاع تعیین شود.

۲- یعنی معلوم نشود که از قبیل «قصد انتفاع مردم» است. از این بیان محقق قمی(ره) روشن می‌شود که مراد او هر دو صورت (بینه و بین الله - بینه و بین الناس) را در نظر دارد، و توجهش به درون قلب وارث است که آیا «وارث بینه و بین الله» خود را مالک آن عمارت بداند یا نه. و در این جا «تمسک به تقدیم ظاهر» و «اصالة عدم قصد انتفاع الناس» را کافی نمی‌داند. و این تمسک ها را به مقام اختلاف بین وارث و دیگران وا می‌گذارد که اگر وارث ادعای ملکیت کرد می‌تواند به آن دو، تمسک کند. اما علامه تمسک به آن دو را برای قلب خود وارث نیز کافی می‌داند. البته نکته دقیق است، فتاقل.

۱۹- سؤال: آیا صحرای مواتی که مانع زراعتی (از درخت) (۱)

یا آب، یا غیر آن) ندارد، و مهیای زراعت است. و همین (۲) محتاج است به آب. آیا همین که کسی آبی روان کند (به حفر قناتی، یا شق نهری)، و آب را بر سر زمین برساند، کافی است در احیای همان زمین؟ یا موقوف است بر زراعت و شیار کردن زمین؟ یا آن که در دور آن زمین علامتی (از مرزی، یا سنگچینی، یا غیر آن) باید بکند؟

جواب:

جواب: هرگاه مرز، یا خطی، یا مثل آن، در دور آن زمین قرار بدهد که معین کند آن را، بی اشکال در احیای آن کافی است آوردن آب. این در تعیین مذکور.

و اما اگر زمین را به علامتی معین نکند، ظاهر این است که (اگر نگوئیم که احیاء نسبت به قدر کفایت آن آب از آن زمین صدق می کند لااقل) این تحجیر هست نسبت به مقدار متعارف آن مقدار زمین که در خور آن آب است به قدر متعارف. و تحجیر هم منشأ اولویت است و دیگری نمی تواند آن زمین را احیا کند.

ص: ۲۲۹

۱- معمولاً در مسائل احیاء، درخت را نیز مثال زده اند (و خود مصنف (ره) در مسئله شماره ۲۱ رسماً نام «جنگل» را آورده است). اما در باب انفال اجماعاً جنگل را مصداق مال امام (علیه السلام) دانسته اند. یعنی در باب احیاء الموات، جنگل را در ردیف موات تلقی کرده اند. در حالی که در احادیث، جنگل قسیم موات، شمرده شده، نه قسمی از موات. بنابر این احیاء جنگل معنی ندارد، و کندن درختان آن جایز نیست مگر خود امام صلاح داند و اجازه بدهد. و اما تک درخت: کندن تک درخت خودرو که خودش به طور طبیعی روئیده است، جایز است؟ نظر به این که در عرصه حقوق افراد (بخش خصوصی) فرد مالک تک درخت می شود گرچه آن را در بیابانی موات، کاشته باشد. و کسی حق تعرض به آن ندارد. بنابر این، تک درخت نیز ملکیت و مالکیت دارد، یعنی مصداق موات، نیست. پس تک درخت های طبیعی نیز ملکیت دارند و ملک امام هستند (بائک تجرّ و باء الامام لا تجرّ؟!) و کسی حق تعرض به آن ندارد مگر با صلاح دید و اذن امام یا نایب او. و این گونه تعبیرها و عدم تفکیک ها میان موات و غیر موات، و عدم تفکیک میان قسم و قسیم، از عدم بسط ید نایب های عام، و از یأس تاسیس حکومت مشروع شیعی، ناشی شده است. که در ذیل چند مسئله به شرح رفت.

۲- همین، یعنی فقط. چرائی این کاربرد قبلاً بیان شد.

۲۰- سؤال: هرگاه کسی در دو طرف شارع عام، خانه دارد و می خواهد سقفی بر روی شارع بنا کند از قبیل سابط، و عرض آن شارع ده ذرع هست، و محتاج است که قلیلی از شارع را داخل اساس سقف کند(۱). آیا جایز است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: اظهر این است که هرگاه به قدر هفت ذراع از برای شارع باقی می ماند، جایز است تصرف هرگاه به سبب تاریکی و غیر آن (مثل کوتاهی سقف و غیر آن) ضرر به ماژه نرسد. زیرا که مستفاد از روایات معتبره تحدید شارع است به هفت ذراع. و اقوی عمل به آن است. نه به روایت بقباق که تحدید به پنج ذراع شده. و جمعی هم به آن قائل شده اند.

و ظاهر روایات تحدید مطلق شارع است. و مستفاد از آن ها این است که زاید بر آن مقدار را می توان تصرف کرد و احیا کرد.

و این که گفتیم که شارع هفت ذراع است، در جائی است که ملکیت سابقه، ثابت نباشد. و هرگاه طرفین شارع، ملک غیر باشد و شارع کمتر از هفت ذراع (بل که از پنج ذراع هم) باشد، از ملک غیر، داخل شارع نباید کرد.

و روایت دیگر بقباق که دلالت می کند که تصرف در طریق واسع، نمی توان کرد، محمول است بر این که زاید بر حدّ شرعی شارع نباشد(۲).

۲۱- سؤال:

۲۱- سؤال: زید ادعا می کند به عمرو که این قنات و زمین را که تو احیا کرده[ای] من در حیات فلان عالم که فوت شده، از او خریده ام و تحجیر کرده ام و تا حال واگذارده ام. و عمرو می گوید با وجودی که این زمین و قنات، موات بوده اند من احتیاطاً

ص: ۲۳۰

۱- اساس یعنی پایه. مراد این است که پایه را در زمین شارع بنا کند.

۲- مطابق این فتوی باید مردم بریزند هر کوچه، راه داخل شهری، روستائی، و میان شهری را بگیرند و فقط هفت ذراع = ۵/۳ متر از آن ها را باقی بگذارند! شرح این مسئله در ذیل چند مسئله از همین باب گذشت و این فتوای میرزا(ره) مصداق کم لطفی است.

از فلاں عالم که زنده است، خریدم و قیمت آن را حسب الحواله او به فقرا داده ام و احیا کرده ام. آیا بر فرض ثبوت ادعای زید، بیع موات جایز است یا نه؟-؟ و بقای آثار تحجیر شرط است در اولویت زید یا مطلقاً کافی است؟-؟ و معنی احیا چه چیز است؟ و معنی تحجیر چه چیز است؟ و شرایط احیا چه چیز است؟

جواب:

جواب: زمین و قنات موات، هرگاه مالک معروفی دارد، مال اوست. و بدون اذن او هیچ تصرفی نمی توان کرد(۱). و هرگاه مجهول المالک باشد؛ پس آن مال امام است. و بیع و شرای آن، وجهی ندارد. و دلیلی بر جواز صحت آن در نظر نیست. بلی هر کس آن را احیا کند مال او می شود، و تا احیا نکرده معلوم نیست که به سبب آن خریدن، اولویت هم حاصل شود. بلی هرگاه ثابت شود که تحجیر کرده بوده است، اولویت به هم می رساند. و تصرف عمرو باطل است به شرطی که آثار تحجیر بر طرف نشده باشد.

و این که سؤال شده است از بیع عالم؛ هرگاه عالم مجتهد عادل بوده است پس مادامی که محتمل است که بر وجه صحیحی بوده است، نقض آن جایز نیست، چون بیع در معنی حکم(۲).

است. مگر این که معلوم شود که کوتاهی در اجتهاد کرده بوده است. یا معلوم شود که خلاف آن چه قطعی شرع است، کرده بوده است. و به هر حال وجهی از برای بیع موات نمی دانم، و دور نیست نقض چنین حکمی جایز باشد.

مگر این که محتمل باشد که بر(۳)

آن مجتهد ظاهر شده بوده که «مال بلا مالک» است

ص: ۲۳۱

۱- زیرا که میرزا(ره) موتان را مزیل ملک نمی داند.

۲- فتوی قابل نقض است، اما حکم قابل نقض نیست. در فتوی «موضوع» کلی ذهنی است مانند «شراب حرام است». اما در حکم «موضوع» جزئی خارجی معین است؛ مانند «این مایع شراب و خوردنش حرام است». آن چه میرزای شیرازی(ره) درباره تنباکو اعلام کرده بود، در واقع حکم بود، نه فتوی. که فقهای دیگر (که فرضاً استعمال تنباکو را جایز می دانستند) نیز چاره ای نداشتند مگر عمل مطابق حکم او.

۳- در نسخه: در.

نه «مجهول المالك». و چون باید آن را تقسیم به فقراى بلد کرد (على الاظهر) و فقرا از عين آن منتفع نمى توانند شد، حاکم آن را فروخته باشد، که قیمت آن را تقسیم کند. هر چند در این [فرض] (۱)

هم اشکال است در خصوص ارض موات.

یا آن که آن را موات ندانسته، و مال مجهول المالك محیاء را هم تقسیم به فقرا مى تواند کرد. از آن جهت فروخته. و هرگاه معلوم شود هیچیک نبوده، پس وجه صحتی نخواهد داشت.

و اما شرایط احیا: پس آن چند چیز است: اول: این است که ید مسلم یا معاهدی بر آن نباشد. و در «ید» همین قدر کافی است که علم نداشته باشیم که آن تصرف، بر غیر وجهی است که منشأ تملک نمی شود. مثل آن که متغلبی (۲) آن را تصرف کرده باشد. یا اهل قریه در میان خود بنا گذاشته باشند به تقسیم مباحات؛ مثل این که کوه را قسمت کنند و مانع شوند هر یک از تصرفات دیگران. و ضرور نیست که علم بر وجه ید داشته باشیم و سبب تملک را دانیم. بل که همین قدر کافی است در تملک بیابانی، که در ید کسی باشد، مثلاً احتمال همین که حریم قریه بوده است و آن مرتع حیوانات آن ها بوده و آن را خریده باشد (بنا بر آشهر و اقوی که در حریم، ملکیت حاصل می شود، بیع جایز است) یا آن که محلی از بیابان را احیا کرده بوده است از برای منزلگاه و محل خیام و قطع اشجار، و ازاله احجار، و تسویه آن کرده و آن جا را منزلگاه قرار داده باشند که خیمه زده باشند. یا از نی و چوب خانه ساخته باشند و به آن سبب آن بیابان از مراتع حیوانات آن ها شده باشد، هر چند بالفعل منزل در آن جا نباشد.

دوم: این است که حریم ملک غیر نباشد؛ مثل حریم خانه و قنات و غیره.

ص: ۲۳۲

۱- در نسخه: فرق.

۲- در نسخه: متغلبی.

سیم: این که از مشاعر عبادات، نباشد؛ مثل عرفه و مشعر و منیا.

چهارم: آن که امام اصل آن را مُقطع و [محمی] (۱).

نکرده باشد. و مراد به اول، آن است که قطعه زمین معینی را که موات باشد و تحجیری هم نشده باشد به احدی وا گذارد. و به دویم آن که [غرق] (۲) کند زمین معینی را از برای چارواهای مجاهدین یا حیوانات صدقه و جزیه (۳).

پنجم: این که آن زمین را دیگری تحجیر نکرده باشد. و مراد به تحجیر این است که شروع در احیا کرده باشند، پس به مجرد شروع در آن، آن شخص اولی می باشد. و اشهر و اقوی این است که به سبب آن، ملک حاصل نمی شود، پس بیع او صحیح نیست. بلی صلح می توان کرد. چون حقی است از حقوق. و هرگاه بمیرد این حق به وارث او منتقل می شود. و کسی که تحجیر کرد، دیگران را منع می تواند کرد از احیا. و اگر کسی احیا بکند هم، مالک نمی شود.

و تحجیر مثل این است که کسی [مرزی] (۴).

بر دور زمین بردارد، یا سنگچینی بکند، یا نی و چوب و امثال آن در دور آن زمین فرو کند، یا جدولی در دور زمین حفر کند، یا خطی در آن جا بکشد که آن زمین را معین کند که شروع کند در سایر اعمال. و همچنین هر گاه کسی اراده دارد که قناتی بکند و آب آن را جاری کند، همین که یک چاه بکند (بل که همین که شروع کرد به کندن چاه) این تحجیر است، و کسی نمی تواند که دیگر در آن جا احداث قناتی بکند. تا ملاحظه حریم این قنات را بکند.

ص: ۲۳۳

۱- در نسخه: محیی.

۲- در نسخه: غرق.

۳- یعنی دام های بیت المال.

۴- در نسخه: مرضی.

و همچنین هرگاه کسی خواهد آبی از رود خانه مباحی بر دارد، همین که شروع کرد به کندن نهر، تحجیر کرده است. دیگری نمی تواند او را مانع شود و از آن سمت نهر، آب بیاورد هر چند هنوز نهر تمام نشده باشد و آب داخل آن نشده باشد. و همچنین احیای زمین و چاه و معادن و غیر آن، به جهت شروع در عمل، تحجیر حاصل می شود. بلی در معادن ظاهره، تحجیر نمی باشد به جهت آن که محتاج به عمل نیست که شروع در آن عمل تحجیر آن باشد.

و هرگاه کسی تحجیری کرد و تعمیر(۱)

را تأخیر کرد مدت طولانی، حاکم شرع او را اجبار می کند بر این که احیا کند یا دست بر دارد و زمین را معطل نگذارد. و هرگاه عذری داشته باشد، حاکم او را مهلت می دهد. و این موکول است به نظر حاکم و ملاحظه عرف و عادت. پس هرگاه فقیری که قدرت بر چیزی ندارد زمینی را تحجیر کند که اگر خدا او را غنی کند، احیا کند. صورتی ندارد. و همچنین (ظاهر این است که) تحجیر غنی که خواهد بعد دو سال دیگر احیا کند. [نیز صورتی ندارد].

و به هر حال، ظاهر این است که در تحجیر ملاحظه این معنی که در عرف گویند «شروع در احیا کرده است و مستعد و مهیای احیا هست» باید بشود. و انتظار خریدن اسباب و آلات و بیل و کلنگ و گاو و غیره، مضرّ به آن نیست. و در تعیین مدت امهال، حدی نیست و موکول است به نظر حاکم. پس هرگاه مدت طول کشید و احیا نکرد، ظاهر این است که حق او باطل می شود. و بعضی گفته اند که باطل نمی شود مادامی که امر او را به حاکم شرع عرض نکنند و او حکم نکند. و چون اصل مسئله تحجیر (ظاهراً) دلیلی به غیر اجماع ندارد، و منع از احیای ارض بر خلاف اصل است، پس اقتضای می شود

ص: ۲۳۴

۱- مراد، عمران است.

به موضع یقین که همان شروع در احیا با(۱)

تهیؤ و استعداد و تمکن و عدم تاخیر بلا عذر موجهی، هست. پس اظهر عدم احتیاج است [به](۲)

حکم حاکم. و بسیار شبیه است این به گرفتن جا در مسجد و بازار و شارع و امثال آن، که مفارقت طولانی در آن مضر است.

ششم: آن که قصد تملک داشته باشد. پس اگر چاهی در بیابان بکند به قصد این که آبی بردارد و برود، یا آن که مردم از او منتفع شوند، این احیاء نیست(۳).

و هرگاه مفارقت کرد، او و دیگری در آن مساوی اند. و مادامی که در آن جاست خود اولی از دیگران است. و ظاهر این است که اگر او بمیرد، همین حق اولویت به وارث او منتقل می شود. مگر آن که او هم مفارقت کند و باز این راجع می شود به اباحه.

و اما حقیقت احیاء و معنی آن: پس چون در شرع مقدس، تفسیری از برای آن وارد نشده، باید رجوع کرد به عرف. چنان که در نظائر آن می کنند. و همچنین در لفظ «موات». چون این دو لفظ در اخبار بسیار وارد شده اند و بیانی از برای آن ها ذکر نکرده اند. و چون احیاء در عرف نسبت به هر چیزی مختلف است و اهل عرف هم در هر یک از آن ها مختلف اند، پس هر کس مکلف است به اجتهاد و بذل جهد خود در فهمیدن عرف. و در جایی که محل حیرت باشد، رجوع به اصل باید کرد.

پس ما در این جا ذکر می کنیم بعض طرق احیا را:

اما احیای زمین از برای زراعت: پس اگر جنگل است یا نیستان است، باید ازاله

ص: ۲۳۵

۱- در نسخه: یا.

۲- در نسخه: و.

۳- یعنی احیائی نیست که ملکیت آور و یا منشأ اولویت ثابت، باشد. گرچه عملاً و لغتاً احیاء به آن صدق کند.

اشجار و نی‌ها را بکند(۱).

هرگاه محتاج به آب است راه آب آن را درست کند به این که نه‌ری از برای آن حفر کند که از نه‌ری یا قناتی آب در آن جاری کند. و آوردن آب و آب دادن زمین، ضرور نیست بل که همین که زمین مهیای زراعت شد و راه آب آن تمام شد، احیا شده است، دیگر شخم کردن و زرع کردن شرط نیست در احیای آن، بل که این‌ها انتفاعی است که از آن حاصل می‌شود..

و در معنی اِزالَةُ اشجار است، قطع آب در زمینی که آب در آن جا دائماً ترشح می‌کند، و در اصطلاح عوام آن را «زقزار»(۲)

می‌گویند و در لفظ عرب «ماء العِدِّ»(۳)

می‌گویند بکسر عین و تشدید دال مهمله ساکنه. چون این آب مانع است از زراعت. و هرگاه محتاج است به آب، باز همان راه آب درست کردن، شرط است. و هرگاه زمینی باشد که پست و بلند داشته باشد و مهیای زراعت نشود الاً به رفع آن‌ها، آن هم مدخلیت در احیا دارد. و هرگاه زمینی باشد که احتیاج به آب آوردن نداشته باشد بل که به باران،

ص: ۲۳۶

۱- در ذیل مسئله شماره ۱۹ بیان شد که در حدیث‌ها «آجام» یعنی جنگل و نیستان، قسیم موات هستند، نه قسمی از موات. یعنی خودشان در طبیعت خودشان، حی هستند نه موات. فقها در باب انفال نیز همین گونه شمرده‌اند. اما معلوم نیست چرا وقتی که به باب احیاء موات می‌رسند، برخی از آنان «آجام» را موات حساب کرده و کندن درختان یا نی‌ها را جایز می‌دانند؟! در حالی که کندن تک درخت دور افتاده در بیابان نیز دلیل شرعی ندارد و حرام است. مگر به اذن امام یا نایبش.

۲- زق، یا «زغ» یک واژه ترکی است به معنی گِل. زمانی که ترکان غزنوی، سلجوقی، خوارزمشاهی و ایلخانی بر ایران مسلط شدند این واژه رواج یافته است. همین‌طور واژه «زنه-زینه» به همان معنی، که امروز در اصطلاح مهندسی کشاورزی رایج است. زمین‌هایی که در منطقه پست جغرافی (مثلاً جلگه‌های آبرفتی) قرار دارند و آب زیر سطحی‌شان با سطح‌شان مساوی است، دائماً به ویژه در بهار، آب از آن‌ها ترشح می‌کند. در دهه‌های اخیر «زنه کش» های اصولی علمی می‌کنند و آن آب‌ها به خندق‌ها ترشح شده و به رودخانه‌ها و برکه‌ها هدایت می‌شوند. البته در قدیم نیز نمونه‌هایی بوده است. و زمین «زنه جار» با «باتلاق» فرق اساسی دارد. باتلاق نیز ترکی است به معنی «فرو رفتنگاه». در جائی دیدم که این واژه (زقزار) را غلط معنی کرده بودند. لذا این توضیح را دادم.

۳- لغت: العِدِّ: الماء الجاری - الکثیر من الشیء، - چون از جای جای زمین ترشح می‌کند مصداق کثیر می‌شود.

یا به رطوبتی که از زیادتی آب شط و طغیان آن در صحرا، مانده باشد، زراعت به آن [به] عمل می آید، در آن جا دیگر آب آوردن شرط نیست. بلی اگر موقوف باشد به ازاله اشجار، یا ریشه گیاه، احیای آن همان است.

و در بلادی که متعارف است که از این قبیل [زمین] ها را زرع می کنند (مثل تلّ ها، و دامن کوه های بی آب را) پس گاه است که احیای آن به شیار کردن می شود که قطع ریشه ها می کند. و گاه است که بدون قطع ریشه ها هم زمین مهیای زرع است، در این جا این هم ضرور نیست، بل که همان قدر که نشانی از برای زمین قرار بدهد در دور آن که معین شود، ملک او می شود. و چون این نشان کردن^(۱)،

در کلام علما در همه اقسام احیای زمین، مذکور است و شرط کرده اند آن را و معلوم می شود که این محض از برای تعیین زمین است و دخلی در احیا ندارد، پس این داخل تحجیر خواهد بود. و در این صورت مشکل می شود که احیای این تلّ ها و زمین هائی که مهیای زراعت هستند، به محض همین خطی که در دور آن ها بکشند، حاصل شود.

و از این جهت است که بعضی از شافعیّه گفته اند که این نحو زمین ها، قابل احیا نیستند، و هر کی در دست دارد مالک آن نمی شود و بیع آن صحیح نیست، و همچنین اجاره آن.

و به هر حال، حق این است که اگر کسی امثال این زمین ها را زرع کرد، صادق است که در عرف احیای آن کرده. بل که مجرد شیار کردن هم کافی است در احیای آن. و اما مجرّد خط کشیدن و نشان کردن؛ پس ما از آن بیش از تحجیر نمی فهمیم. و لکن از کلام بعض علما بر می آید که گاه است تحجیر و احیا متوافق می شوند. یعنی بعض جاها هست که تحجیر آن همان احیای آن است.

ص: ۲۳۷

و بدان که: کلمات ایشان در ذکر «علامت گذاشتن در دور زمین» متوافق است و [آن را] شرط دانسته اند. و خلاف [در] آن در نظر نیست. هر چند در اشتراط اجتماع امور دیگر، کلمات ایشان متخالف است؛ مثل قطع اشجار و قطع آب و غیر آن. که از کلمات بعضی بر می آید که هر یک از این ها کافی باشد هر چند زمین محتاج به بیشتر از یکی باشد.

و آن چه به گمان حقیر می رسد، این است که این علامت گذاشتن در دور زمین، محض از برای تعیین زمین است تا آن که معلوم باشد که شروع در احیای کدام زمین کرده، که به محض شروع در عمل، اولویت به هم رسانند. و چون عمل تمام شود، ملک حاصل شود. و این منافات ندارد با این که هم-[ین] خط کشیدن را شروع در احیا گویند، به جهت این که از مقدمات آن است.

و آن چه به گمان حقیر می رسد این است که تعیین از برای اراضی مواتی است که علامتی از برای آن ها نباشد. اما ارض مواتی که قبل از این معمور بوده و آثار قنأه و آنهار و جداول آن، بر جا باشد و متمیز باشد آن مزرعه از غیر آن (۱)،

پس قصد احیاء همان مزرعه به منزله خط کشیدن (و امثال آن) است در تعیین. و در عرف می گویند که این شخص شروع در احیای قنات یا تمام مزرعه کرده است. نه همین قنات تنها یا قنات با بعض از زمین های نزدیک به آن. و به محض شروع در عملی از اعمال در آن زمین، اولویت حاصل می شود، هر چند به حفر چاهی از چاه های آن مزرعه باشد. هر چند هنوز هم به آب نرسیده باشد، و هر چند در اصل زمین مزرعه هم هیچ عمل نکرده باشد.

ص: ۲۳۸

۱- توجه: در این جا سخن از مزرعه ای است که قنات مخصوص به خود داشته. و یا درباره قناتی است که همه مزارع آبشخور آن موات شده اند. و تنها در این دو صورت است که سرنوشت احیای زمین و قنات یکی می شود. اما اگر بخشی از زمین هائی که قبلاً از این قنات آب می خوردند و اینک به صورت محیاء در دست کسانی هستند، مشمول این احیاء و این بحث نیستند.

و بعد از آن که آب قنات بیرون آمد بر روی زمین مزرعه، احیا تمام است، هر چند تا به حال نه شیار شده باشد در آن زمین و نه زرع و نه آبیاری. مگر آن که زمین های او جنگل و بیشه و مثل این ها شده باشد که تمام شدن احیا موقوف باشد به ازاله آن ها نیز.

پس باید تخصیص داد عموم کلام فقها را در اشتراط علامت گذاشتن، به بیابانی که تا به حال احدائی در آن نشده باشد و بالمره منظم شده و مجهول المقدار باشد.

و بنا بر این؛ پس هرگاه اراده احیای تلی دارد که موات است و محدود است اراضی قابل زرع آن به احجار و وادی و امثال آن، که معلوم است که در آن ها زرع نمی توان کرد مطلقاً، احتیاج به نشان کردن نیست. و در عرف و عادت، کسی که گاو می برد بر سر چنین قطعه ای همه آن را زرع می کند. پس هرگاه کسی گاو ببرد که همان زمین را در همان روز زرع کند، اهل عرف می گویند که شروع کرده است در احیای همه این زمین. پس دیگری نمی تواند در آن دخل کرد. بلی این نشان کردن در صحراهای موات بالمره و تلال و جبال بسیار متصل به هم، خوب است. چون دلالت عرفی در مطلق آن ها نیست.

بلی: اشکال در یک جا به هم می رسد که شخص برود در بیابانی که هرگز در آن تعمیری نشده و خواهد احداث مزرعه کند، و حفر قناتی برای آن کند، و لکن قبل از تعیین زمین و خط کشیدن و سنگچین کردن در دور او، شروع کند به حفر قنات. آیا به شروع در حفر این قنات به این قصد، مستحق آن قدر زمینی که آب چنین قناتی که بیرون آید، [هست و] در متعارف، آن قدر زمین را می خواهد؟ هر چند به این نحو باشد که در هر دو سال یا سه سال یک زمین را زرع کند (به جهت توسعه (۱)).

و قوت گرفتن زمین؟ یا نه؟ و متفرع می شود بر این، این که هرگاه دیگری (بعد شروع محیی در حفر قنات) بیاید و تحجیر کند در آن زمین های قنات، یا بنای عمارتی بکند، می تواند کرد؟ یا نه؟

ص: ۲۳۹

۱- مراد توسعه کیفی است نه کلی.

و گمان حقیر این است که احیا صحیح است(۱)

و «جهالت بالفعل» مضرّ نیست(۲)،

چون در «نفس الامر» متعین است. مثلاً هرگاه اراضی متصله به یکدیگر در ارتفاع و پستی، تفاوت می دارند، و نهری که به جانب آن ها جاری می شود، [به] (۳) بعض آن ها می نشیند و به بعض نمی نشیند به سبب ارتفاع، در نفس الامر معین است آن مقداری که به آن آب می توان آن را آبیاری کرد(۴).

و آن شخص به قصد احیاء مجموع آن زمین ها، نهری از جانب آن جاری می کند.

[و فرق نمی کند آب] به حفر قناتی [باشد] یا به شقّ النّهری از آب مباحی. (مخصوصاً در وقتی که آن زمین بسیار نباشد) هرگاه(۵)

منظور او احیاء آن قدر از زمین متساوی السّطوح است که در عرف و عادت، از چنین نهری آن مقدار آن سقی می شود و چنین آبی این قدر زمین را می خواهد در نظر ظاهر اهل عرف.

و شکی نیست که این هم یک نوع از تحدید عرفی است.

ص: ۲۴۰

۱- یعنی احیای کسی که احیای قنات را شروع کرده است.

۲- یعنی مجهول بودن دبی آب فعلاً، که با تناسب آن، مقدار زمین نیز مجهول است.

۳- در نسخه: و.

۴- توجه: در زمین های هموار، دبی آب معیار است. اما در زمین هائی که دچار فراز و نشیب هستند یک معیار دوم نیز در کنار آن، قرار می گیرد. زیرا ممکن است که دبی آب زیاد باشد اما آبیاری بخش های مرتفع با آن، ممکن نباشد. در این عصر، معیار دوم به دو نوع تقسیم می شود: الف: فرازهائی که صاحب قنات می تواند آن ها را به وسیله پمپ آبیاری کند. در صورت وجود چنین قصدی، باز معیار فقط دبی آب می شود. ب: فرازهائی که صاحب قنات نمی تواند به وسیله پمپ هم آن ها را آبیاری کند، یا چنین قصدی در بین نیست. در این صورت، معیار دوم سرجای خود هست. ادعای قصد پمپاژ نیز با یک شرط پذیرفته است؛ «او توان مالی پمپاژ را داشته باشد». و به امید این که روزی خداوند برایش وسعت مال دهد آن وقت پمپاژ خواهد کرد، کافی نیست. همان طور که در سطرهای پیشین بیان کرد.

۵- عبارت نسخه: و همچنین هرگاه.

و اما اختلاف نظر اهل عرف و تفاوت آن ها در تعیین مقدار؛ پس آن مضرّ نیست (چنان که در سایر مواضع هست) پس هر قدری (۱)

که یقینی است که اهل عرف حکم به آن می کنند. جزماً، داخل است. و هر قدر را جزماً حکم به خروج می کنند، خارج است. و هر قدر که مشکوک فیه است، در آن رجوع به اصل می شود که [عدم] احیا است و بر اباحهٔ اصلیه باقی است.

و به هر حال؛ در صورتی که مقصود محیی از حفر قنات و شقّ النهر، احیاء زمینی است که در برابر آن آب است، [اگر] کسی بگوید که «قبل از آن که آب بر سر آن بیاید، دیگری می تواند که تمام آن زمین را احیا کند، چون خطی به دور آن نکشیده. مثلاً. حتی این که به قدر مبذر یک من زمین را از برای صاحب نهر و قنات نگذارد». عقل و شرع و عرف و عادت و «نفی ضرر»، همه حکم می کنند به فساد آن.

و همین که قائل شویم که قلیلی از آن زمین که نزدیک به انتهای نهر است جایز نیست احیای آن، باید قائل شویم که هر قدر که محتاج الیه آن است عرفاً، داخل شود. به جهت آن که دلیلی در فرق و بر تعیین قدر هیچکدام نیست. و این که فقها مسئلهٔ احیاء قنات و نهر و چشمه و چاه را جدا متعرض شده اند و حدّی از برای حقیقت آن ها تعیین کرده اند [به] (۲)

ادعای فهم عرفی، ظاهر این است که آن جائی است که مقصود بالذات همان اخراج آب باشد. و در این جا مقصود بالذات، احیاء زمین و تملک آن است. پس تحقق احیای نهر و قنات در این جا کافی نیست (۳).

تا این جا کلام بود در بیان احیای زمین از برای مزرعه.

ص: ۲۴۱

۱- در نسخه: پس هر قدری را.

۲- در نسخه: و.

۳- زیرا هدف احیای زمین است.

و اما احیای زمین از برای باغ، یا خانه ساختن، یا جای حیوان قرار دادن، و امثال آن، و همچنین کلام در احیای معادن و غیر آن: پس در این جا چون مقصود ما نبود و کلام در آن ها طول کشید، لهذا در آن ها اکتفا به اشاره اجمالی می کنیم تا هر وقت که وقت اقتضای تفصیل کند به آن ها بپردازیم.

پس می گوئیم که: هر گاه خواهد احیا کند به قصد باغ ساختن، در کلام ایشان خلاف است. و ظاهر این است که دیوار کشیدن به دور آن معتبر باشد (۱).

و هر گاه در آن بلاد متعارف باشد «بخوهر» (۲).

که متعارف است از گل و سنگ، یا چوب و نی، یا خار و خاشاک، یا مرز بلندی که از خاک می گذارند. و در بعضی بلاد مثل بصره و قزوین که هیچ متعارف نیست، ضرور نیست.

و همچنین راه آب درست کردن هر گاه محتاج به آب است، چنان چه غالب این است. و اما هر گاه زمین نی زار باشد یا جنگل باشد، یا آب فرو گرفته باشد، پس ظاهر این است که ازاله آن ها نیز معتبر است. و دور نیست که غرس کردن نهال هم در آن، شرط باشد. و بعضی سبز شدن و روئیدن درخت را اعتبار کرده اند.

و اما احیاء زمین به قصد خانه: پس آن است که دیوار در دور آن بکشد (به هر چه

ص: ۲۴۲

۱- ظاهراً مراد محقق قمی (ره) این است: تا وقتی که دیوار نکشیده، کار او تنها اولویت آور است، تا زمانی که نهال هایش (باصطلاح باغداران) بگیرد. به عبارت دیگر: وقتی به آن احیاء صدق می کند و به ملکیت محیی در می آید که یا دیوار کشیده باشد و یا نهال هایش بگیرد. و پیش از آن تنها اولویت دارد. همان طور که خودش تصریح خواهد کرد.

۲- «بخو»- بخاو- زنجیر کوتاهی با دو حلقه بزرگ در دو سرش، که دست ها یا پاهای چهار پایان را با آن می بندند تا نتواند بدود و فرار نکند. «هر» صوتی که برای راندن، یا بازداشتن، یا برگرداندن گوسفند از مسیر، به کار می رود. «بخوهر» مرکب از دو لفظ مذکور، یعنی چیزی که هم نقش بخو را دارد و هم نقش هر را و مانع از ورود حیوان به باغ می شود. ظاهراً این اصطلاح زمانی در ناحیه اصفهان به ویژه در ناحیه لرستان، رواج داشته است. البته در نسخه ما به طور نادرست «نحو نهر» آمده است.

متعارف آن بلاد است) و بر بعضی از آن ها سقف قرار بدهد به آن چه متعارف است. و در گذاشتن از برای آن شرط نیست. و از برای سکناى حیوانات، دیوار ساختن کافی است.

و احیای زمین از برای چاه، این است که حفر کند تا به آب برسد. و از برای قنات، این است که آن را بر روی زمین جاری کند. و از برای شقّ نهر از نهر مباح، این که دهنه نهر را به آب نهر عظیم برساند و آب داخل آن بشود بل که داخل شدن هم شرط نیست. و احیای معادن باطنه که در زیر زمین است (مثل فیروزج و مس و غیر آن) پس آن است که حفر کند تا برسد به آن ریکیه(۱)

[که] جوهر در آن هست.

و قبل از این مذکورات، آن عملی که شده، در معنی تحجیر است و موجب اولویت است.

و در معادن ظاهره، احیائی نمی باشد (مثل نمک هائی که در صحرا به هم می رسد، یا از آب بسته می شود بدون عملی). بل که آن ها مثل سایر مباحات، مثل گیاه، و هیزم. و به سبق حيازت، ملک(۲) میشود.

و بدان که این اقسام احیا که مذکور شد، گاه است که بعضی آن ها از برای نوعی از انواع احیا کافی باشد و برای نوع دیگر کافی نباشد؛ مثل رسیدن به آب چاه که از برای احیای همان چاه کافی است، نهایت از برای احیای قناتی که می خواهند این چاه یکی از چاه های آن باشد، کافی نیست. و همچنین هرگاه دیواری در دور زمین بکشد از برای خانه ساختن، و واگذارد. که این برای جای گوسفند احیا هست، و لکن از برای خانه ساختن تحجیر است. پس هرگاه آن چیزی که آن فعل در حق او احیا نیست، کاری بکند که در حق دیگری احیا هست. آیا این را احیا می گویند یا نه؟-؟ در این اشکال است و

ص: ۲۴۳

۱- یا مراد از ریکیه، شن است. و یا در اصل «رگه» بوده که در نسخه برداری اشتباه شده است.

۲- نسخه بردار ابتدا مالک نوشته سپس روی الف خط زده است. و این درست تر است.

اظهر این است که کافی است. چنان که مختار علامه است در تذکره (۱).

۲۲- سؤال:

۲۲- سؤال: آیا از برای دیوار حریمی می باشد یا نه؟-؟ و اگر حریمی هست چه قدر است؟.

جواب:

جواب: بلی دیوار را حریمی می باشد، خواه دیوار حصار و خانه باشد و خواه دیوار باغ و بستان. به شرطی که دیوار در ارض موات بوده باشد. پس اگر ملک کسی متصل به دیوار دیگری باشد، در املاک متجاوره حریمی نمی باشد. پس معنی حریم در این جا این است که هر گاه در پای دیوار، زمین مواتی باشد کسی دیگر او را احیا نمی تواند کرد.

اما حریم دیوار، همان قدری است که اگر خراب شود، خاک آن در آن جا می ریزد. و در وقت تعمیر آن محتاج به گِل ساختن و امثال آن می باشد. و ظاهر علامه در تذکره (۲) دعوی اجماع بر آن [است]، و حاجت و ضرورت و عرف و عادت نیز مؤید آن است.

۲۳- سؤال:

۲۳- سؤال: زید زمین موات مجهول المالک را احیا کرده و زرع کرده و در تصرف دارد. و بعد عمرو قنات مجهول المالک مواتی را با اراضی آن، احیا می کند، و در حین تنقیه قنات و حفر آبار آن، رشته قنات متصل می شود به آن زمین زید، و چندین چاه این قنات که منبع آب آن بوده، در زمین زید واقع است که باید آن ها نیز حفر شود و تنقیه شود که از آن قنات منتفع شود و آب را جاری کند در آن اراضی مختصه به آن. و زید مانع عمرو می شود که تصرف در زمین من مکن. آیا جایز است منع یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هر چند نظر به قواعد فقها و ظاهر اخبار، چنین می نماید که می تواند مانع شود، لکن بعد از تأمل صادق و تعمق تمام، ظاهر این است که نتواند مانع شد. به جهت آن که موات مجهول المالک مال امام است خواه بیابان بکری باشد که تا حال دست خورده

ص: ۲۴۴

۱- تذکره، ج ۲ ص ۴۱۲ ط قدیم: لو ارادها حظیره للغنم، فبناها بجص و آجر و قسّمها بیوتاً، فأنه یملکها..

۲- همان، ص ۴۱۳.

نشده باشد، یا مزرعه و قنات منهدمه مخروبه باشد.

و شکی نیست در این که «اراضی من حیث آنها اراضی» نوعی است از ملک، و «قنات من حیث [۱] آنها قنات» نوعی است از ملک. و احیاء قنات به تنهایی ممکن الحصول است. و احیاء اراضی به تنهایی ممکن الحصول است. و همچنین احیاء قنات و اراضی با هم، ممکن الحصول است. و هر یک از اراضی و قنات را در حدّ و ذات خود مرافق و حریمی می باشد هر چند موات باشند. و موات بودن منافات با استحقاق حریم، ندارد.

و این که در کلام بعض فقها مذکور است که «معنی حریم آن موضع نزدیک به موضع معمور است که انتفاع بردن آن معمور موقوف به آن است» معنی آن این نیست که مادامی که معموره است حریم دارد. لا غیر. بل که معنی آن این است که حریم از برای معموره ثابت هست. و [این] (۱) منافات ندارد با این که بعد خراب شدن معموره، حریم از حریم بودن بیرون نرود (۲).

و همچنین: قول فقها که در کتاب احیاء موات در شرط احیا می گویند «و آن لا یكون حریماً لعامر» مراد ایشان این نیست که حریم مخروبه را جایز است احیاء. و الا جایز خواهد بود احیاء حریم قنات خراب ها و قریه خراب ها که مالک آن [ها] معروف است (۳).

ص: ۲۴۵

۱- در نسخه: لکن.

۲- و با بیان دیگر: قنات مخروبه، به عنوان «قنات مخروبه» ملک امام (علیه السلام) است و قنات مخروبه بدون حریم، ارزش مالی خود را از دست می دهد. و دیگر معنایی برای ملکیت آن نمی ماند.

۳- این دلیل مصنف (ره) خارج از موضوع بحث است. زیرا اراضی و قنات های مخروبه که صاحب شان معروف باشند «مملوک» هستند و در ملکیت مالک باقی هستند (البته بنابر قول قائلین آن) و تا ملکیت مالک باقی است حریم نیز باقی است. و بحث در جایی است که از ملکیت معین خارج شده و به ملکیت امام (علیه السلام) در آمده اند. و کلام مصنف (ره) نقض می شود در برخی اراضی موات، آیا یکی از شرایط احیای اراضی خراب که مالک شان معروف نیست، این است که محیی از خط و مرز مالک قبلی خارج نشود؟ مثال: زمین هائی در کنار هم مخروبه و معرض المالك شده اند، اینک کسی می خواهد یکی از آن ها را احیا کند. آیا او مجبور است حدود و مرز آن قطعه را رعایت کند و از آن خارج نشود؟ یا می تواند از قطعات دیگر نیز ضمیمه کند؟ بدیهی است که او به رعایت حدود قطعات موظف نیست، هر قدر بخواهد می تواند احیا کند. پس آنچه معیار است، «شخصیت مالی» آن مخروبه است. و محور بحث، دو نوع احیا و دو عمل احیا، و نسبت آن دو با هم است. اگر احیاء زمین به نحوی باشد که موجب شود قنات شخصیت مالی خود را از دست دهد، جایز نیست. زیرا موجب تضییع یکی از اموال امام (علیه السلام) شده است. و لذا می بینیم که اگر امام (یا نایب او) به احیا کننده زمین اجازه دهد که قنات را از بین ببرد (به هر مصلحتی) او می تواند همه قنات همراه با حریمش را به عنوان زمین، احیا کند.

و شکی نیست در این که احدی فرق نگذاشته مابین قریه خرابه و قنات خرابه. و حریم آن ها (۱).

بل که خلاقی که کرده اند در این است که آیا موات معروف المالك، جایز است احیاء آن و ملک محیی می شود یا نه؟-؟ و کلام ایشان در اصل خرابه و حریم آن مساوی است و علت هم یکی است، خصوصاً بنا بر اشهر و اقوی که حریم مملوک است و احکام ملک بر آن جاری می شود و محض اولویت نیست.

و این که فقها در این مقام لفظ «عامر» را ذکر کرده اند جهت دفع توهم این است که موات بالاصل بودن کافی نیست در جواز احیا در صورتی که آن مرافق معموره باشد. یعنی چون آن مرافق معموره است از تحت عنوان موات خارج است. پس عموم «من احيى مواتاً فهو له» شامل آن نیست. یعنی چون معموره و محیاتی محتاج به آن شده و از اتباع

ص: ۲۴۶

۱- بحث در موارد مجهول المالك است، و دلیلی وجود ندارد بر عدم جواز احیای حریم و حریم های قریه خرابه. همه جای قریه خرابه اعم از زمین های زراعی، خانه های ویران، بخش هائی که در زمان آبادانی مرتع بوده اند، بخش هائی که در آن وقت حریم بوده اند، احیاء همه این ها و تبدیل کردن شان به اراضی زراعی، یا باغ، یا ساختمان مسکونی و غیر مسکونی، جایز است. زیرا همه آن ها تحت عنوان اراضی موات قرار دارند و احیای اراضی موات جایز است. و هیچکدام از آن ها «شخصیت مستقل مالی» غیر از عنوان «موات» ندارند. اما قنات چنین نیست و شخصیت مستقل مالی دارد که اگر آن را از دست بدهد از مالیت می افتد و ترضیع مال می شود.

و مرافق آن شده، جایز نیست احیای آن، هر چند خود بالذات موات باشد.

خلاصه آن که: مراد ایشان در این مقام، بیان استثناء این فرد موات است که موات بالاصل است به سبب انتساب آن (۱).

ب- «ما تعلق به الاحیاء و العمارت».

پس هرگاه ثابت شد ممنوعیت احیاء آن و استثنای آن از ادله جواز احیاء، و ملک صاحب معموره هم شد، این منع در آن ثابت است، و به سبب طرق موتان و خرابی به ذی الحریم، از وصف تبعیت بیرون نمی رود، چه جای ملکیت. و استصحاب آن هم دلیلی است قوی که رافعی ندارد.

و هرگاه این معنی در حریم و مرافق مخروبه مجهول المالک ثابت شد، آیا امام (علیه السلام) از کدام مالک کمتر است که بدون اذن او تصرف در ملک او [توان] کرد. و کلام در ادله احیاء، بعد مذکور می شود.

و به هر حال شکی نیست که قلعه خرابه که در صوب درب آن (۲) زمینی باشد که الحال موات باشد و مجهول المالک باشد (۳)، جایز نیست که کسی بیاید و در برابر در [ب] آن قلعه نهری حفر کند، یا احداث باغی یا بنای جدیدی بکند. چون مطرح قمامه و تراب و ثلوج، و مبرک خیل و مجمع حیوانات در در [ب] آن قلعه می شده. و این ها همه از جمله حریم و مرافق آن است (۴). و همچنین قنات خرابه معلوم المالک را جایز نیست در

ص: ۲۴۷

۱- در نسخه: به آن.

۲- صوب: طرف، سمت، سوی.

۳- در نسخه: نباشد.

۴- کاملاً روشن است که در این بیان مصنف (ره) «موضوع اخص» اما «مدعی اعم» است. یعنی موضوع بحث عبارت است از مواردی که آن مخروبه، شخصیت مالی مستقل داشته باشد مانند قنات، قلعه، کاروان سرا، پل و امثال شان. اما روند بحثی را در بستر عام انداخته به طوری که شامل هر موات می شود و حریم هر زمین مخروبه (حریمی که در زمان عمران و آباد بودنش بود)، ممنوع الاحیاء می شود. و پر واضح است که نظر ایشان درباره موارد «شخصیت مالی مستقل» کاملاً صحیح است. و این هیچ نیازی ندارد که جریان بحث به دیگر موارد موات کشیده شود که بی تردید جای اشکال است. اگر از اول با دو جمله می گفت: «مواردی که دارای شخصیت مالی مستقل هستند، حریم و مرافق شان محفوظ است و قابل تفکیک به وسیله احیاء نیستند. زیرا چنین تفکیکی آن ها را از مالیت ساقط می کند و مصداق تزییع مال می شود»، کافی بود و هیچ نیازی به این همه بحث طولانی نبود و دچار اشکال نیز نمی گشت. همان طور که در تعلیقه پیش اشاره شد.

حول آبار آن و حریم آن، احداث امری بکند که منافی مرافق باشد.

پس بی شک قید «عامر» در کلام ایشان که می گویند «حریم عامر را نمی توان احیا کرد» مفهوم آن معتبر نیست (۱).

خصوصاً این که غالب این است که هر کس که می خواهد حریم مخروبه را احیا کند پس خود مخروبه را هم تواند احیا کرد. پس محتاج الیه، بیان حکم حریم عامر است، نه غیر آن. و این قید «وارد مورد غالب» است و حجت نیست. و توهم این که چون بالفعل مخروبه محتاج به مرافق نیست (به جهت انتفاء وصف مرافقت) پس باید تعلق به مخروبه نداشته باشد، ضعیف است خصوصاً بنا بر قول به مملو کیت مرافق و حصول ملک و وصف مرافقت قدیمه که باعث حریم بودن و اولویت (بل که ملکیت شدن) همان کافی است در ثبوت تعلق بل که ملکیت. و زوال آن محتاج است به دلیل و ناقل.

و اما عمومات اذن امام (علیه السلام) در احیاء: مثل «من أحيى مواتا فهي له»، و مثل «أَيُّمَا قَوْمٍ أَحْيَوْا شَيْئاً مِنَ الْأَرْضِ وَ عَمَرُوهَا فَهَمُّ أَحَقُّ بِهَا»، و مثل صحیحہ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ «قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَنِ الرَّجُلِ يَأْتِي الْأَرْضَ الْخَرِبَةَ - فَيَسْتَخْرِجُهَا وَ يُجْرِي أَنْهَارَهَا - وَ يَعْمُرُهَا وَ يَزْرَعُهَا - مَاذَا عَلَيْهِ قَالَ الصَّدَقَةُ - قُلْتُ فَإِنْ كَانَ

ص: ۲۴۸

۱- مراد از «مفهوم» اصطلاح علم «اصول فقه» است. یعنی این که گفته اند «حریم زمین عامر را نمی توان احیاء کرد» مفهومش این نیست که «حریم زمین موات را می توان احیاء کرد». زیرا این سخن شان کاربرد مفهومی ندارد. اما همان طور که بیان شد، هیچ نیازی به این بحث ها نیست.

پس جواب از آن این است که در عرف و لغت ارض و قنأه و قریه و باغ و دکان و امثال آن، متغایر است، هر چند همه این ها در روی زمین یا تحت زمین است. و شکی نیست که فرق بین است مابین احیای ارض و احیای قنات و احیای مزرعه و احیای قریه. پس هرگاه کسی آن زمینهای مزرعه مخروبه حول چاه را با اصل حلقه چاه ها هموار کرده و زرع کرده (۲)،

بر فرضی که مسلم داریم که این در تحت «من احيى ارضاً فهي له» باشد، در تحت «من احيى قنأه فهي له» نیست (۳). و در این هنگام بر فرض صدق عموم احیای آن اراضی فوق، شکی نیست که صادق نیست که احیای آن قنات را کرده. و هرگاه صدق نکرد احیای قنات، پس بآجمعها با وصف قنات بودن، در تحت عموم موات باقی مانده و صادق است بر آن که «انه ملك للامام لانها مخروبه مجهوله المالك» بالفرض. پس از چه راه توان مانع حق امام شد در آن قنات؟ و عدم ظهور امام (عج) مجوز تصرف در حق او نمی شود، الا به رخصت او. و رخصت او به حصول احياء می شود، و آن بالفرض در قنات ممنوع است (۴). و آن چه حریم آن است در اولویت بل که در ملکیت امام باقی است.

و الحال که مسلمی می خواهد که احیای آن قنات مخروبه موات بکند، چه چیز است که مانع او تواند شد؟ پس بر فرض تسلیم این که آن زمین های حریم چاه ها داخل ارض

ص: ۲۴۹

-
- ۱- وسائل، ابواب احياء الموات، باب ۳ ح ۳.
 - ۲- عبارت نسخه: پس هرگاه کسی آن زمین های حول چاه های مزرعه مخروبه دیگر را با اصل حلقه.
 - ۳- پس آن چه در این جا مهم است «شخصیت مالی مستقل» است.
 - ۴- مراد از «ممنوع است» یعنی «موجود نیست». در اصطلاح فقها شبیه این تعبیر زیاد است؛ یعنی اگر کسی در این جا ادعا کند که چون به عنوان زمین احياء شده پس اذن محقق شده، چنین ادعائی درباره قنات ممنوع است.

باشند و ملک او شوند، بیش از این قدر نیست که مانع حق قنات بشوند(۱). پس اگر مسلم بداریم، غایت ما فی الباب قلیل زراعتی که در بین چاه‌ها [است] بدون ضرری به قنات، جایز باشد.

و بر فرض که آن مزرعه فوق قنات هم موات [و] مال امام بوده، شکی نیست که این رشته چاه‌ها داخل آن زمین نیست(۲).

مثلاً هرگاه امام(علیه السلام) حاضر بود و آن مزرعه فوق را به کسی می بخشید(۳)، یا می فروخت، این مزرعه بایره(۴)

و قنات آن داخل آن نبود. پس چگونه تجویز تملک آن به سبب احیا، موجب تملک اساس مزرعه دیگر او می شود که همان منبع قنات است(۵)؟ و بودن احیاء مزرعه فوق القنات از جمله ناقلات شرعیه، اقوی نیست از بیع و هبه.

و شکی نیست که هرگاه کسی دو مزرعه داشته باشد که رشته قنات احدهما در میان

ص: ۲۵۰

۱- در نسخه: نشود. توضیح: یعنی اگر بپذیریم که ملک او شوند، باز نمی تواند مانع قنات بشود.

۲- یعنی ملکیت قنات جزء ملکیت آن زمین نیست گر چه مسیر قنات در زیر همان زمین و چاه هایش در داخل آن قرار دارند.

۳- در نسخه: می بخشد.

۴- یعنی زمینی که در زمان دایر بودنش از آب قنات آبیاری می شده.

۵- توجه: در اصطلاح امروزی فارسی «منبع» به چیزی یا به جائی گفته می شود که انبار و محل تجمع یک چیز باشد و به تدریج از آن جاری، خارج و یا استخراج شود. مثلاً درباره قنات منبع آن چاه‌ها (به ویژه اولین چاه آن) می شود. اما مراد مصنف(ره) این نیست و اساساً استعمال این لفظ در این معنی درست نیست. زیرا معنی اصلی حقیقی آن همان جائی است که آب قنات در روی زمین جاری می شود؛ یعنی دهانه خروج آب قنات که در پایان مسیر زیر زمینی قرار دارد. در سطرهای بعدی خواهیم دید که در فارسی به آن «فرهنگ» می گویند. نَبْعٌ یَنْبَعُ نَبْعاً و بنوعاً و نبعاناً الماء: خرج من العین. - المنبع: مخرج الماء. چاه‌ها، در این اصطلاح، منشأ آب هستند نه منبع آب. مرحوم میرزا در این جا درباره دو زمین بحث می کند: زمینی که در روی مسیر زیر زمینی قنات قرار دارد، و زمینی که آب قنات در آن جا بیرون می آید. می گوید: بیع زمین روی مسیر شامل چاه‌ها و مسیر قنات و زمین دوم نمی شود. عدم دریافت مراد مصنف(ره) در این عبارت بعضی‌ها را سرگردان کرده است.

اراضی دیگری باشد، و آن مزرعه و اراضی آن را بفروشد، این رشته قنات و چاه های آن و حریم آن، داخل مبیع نیست عرفاً و لغتاً و شرعاً. پس همچنین «ناقل احیا» شامل آن نخواهد بود. غایت امر این است که در این جا تعارض واقع شده باشد بین عموم «من احیی ارضاً فهی له» و بین «کلّ موات فهو مال الامام»، و تصرف در فوق الارض قنات، مقتضی عموم اول باشد، و عدم منع از تصرف در قنات (من حیث انه قنات) داخل عموم دویم. به جهت این که گفتیم که قنات من حیث انه قنات، احیا نشده است.

و مقتضای عموم ثانی، جواز تصرف امام یا نایب اوست که عبارت از محیی آن باشد در آن موات، سواءً مَنْعَ المحیی الاول عن التصرف فی شقّ منه ام لا. و مقتضای عموم اول تسلط محیی اول است بر تصرف در اراضی که احیا کرده، سواءً منع المحیی الثانی عن التصرف ام لا. و بینهما عموم من وجه است، و عموم ثانی اقوی است. چون موافق اصل و استصحاب است. و عموم اول (قطع نظر از منع عموم و شمول آن) هم موردی ندارد. و [شمول] نفی عسر و حرج و ضرر [به طور] مشترک است (۱).

و قبح اضرار [به] امام، بیشتر است. خصوصاً که در این جا خود باعث ضرر خود شده.

و قول به این که «محیی اول تصرفی در قنات نکرده بدون اذن»، بی معنی است، چرا که در این صورت بقای موات بر ملک امام به نحوی که به او نتوان منتفع شد در حکم عدم است. و این توهمات و غفلتها منشأ آن، غفلت است از مالکیت مستقله امام، و غفلت است از عدم صدق «من احیی ارضاً علی «من احیی قنأه».

خلاصه این که: مزرعه موات (۲)

که سرچشمه [قنات] آن در میان این مزرعه محیاه است و عمده مرافق و محل انتفاع آن در این جا است، بالمرّه معطل گذاشتن [آن] و تضييع

ص: ۲۵۱

۱- یعنی مشمول هر سه است.

۲- در نسخه: مواد.

ملک امام کردن (بدون این که مصحح شرعی متین قویمی داشته باشد به محض این که چاه های آن را هموار کرده باشد که جواز آن معلوم نبود) جرئت عظیمه ای است.

و بالجمله: آن چه از عمومات بر می آید، رخصت امام است در احیای آن چه متعلق به او است از اراضی و قنوات و سایر موات. نه تزییع آن ها و افساد آن ها بالمّرّه.

و از آن چه گفتیم ظاهر می شود دفع توهمی دیگر که در این مقام شاید [در] بعضی اذهان خلجان کنند. و آن این است که: چون است که احیای اولی در زمین های بکر و بیابان هائی که تا به حال کسی در آن ها کاری نکرده، هرگاه کسی احیائی بکند و احداث مزرعه و قنات بکند و محتمل باشد که من بعد کسی بیاید و خواهد در تحت آن، مزرعه دیگر احداث کند که رشته قنات آن در آن زمین باشد، چرا ملاحظه آن را نباید کرد؟ و حال آن که آن هم مال امام است، و این سدّ منفعتی است از منافع آن، و منشأ تضرر آن محیی است که بعد این بیاید و خواهد احداث قناتی بکند. و [چرا] در این جا جواز احیای این چاه های خرابه (۱)

و حوالی آن، مشروط است به عدم تضرر محیی مزرعه تحتانی که بعد پیدا شود-؟

و وجه اندفاع این توهم، ظاهر است و فرق بین و واضح است. به جهت آن که جهات انتفاع زمین، مختلف است، و در خصوصیت قنات مخروبه به ملاحظه فرازو نشیب زمین شده و محل جریان آب و استعداد انتفاع به آن، مبین شده. و در حفر آبار و مجرا خرج بسیار شده که الحال بعد خرابی هم این امور باعث منفعت است. و نوع ملکیت قنات و قریه مغایر نوع ملکیت ارض بکر است. و تصرف در اراضی بکر همین که افسادی در آن نباشد، در تحت عمومات اخبار هست. و لکن تصرفی که منشأ تضرر به نوعی دیگر از ملک باشد، نه داخل عنوان «من احیی» هست و نه خالی از ضرر و اضرار است.

ص: ۲۵۲

۱- مراد احیای آن ها به صورت هموار کردن چاه ها و تبدیل آن ها به زمین زراعی است.

و لهذا ما در زمین بکر راضی نیستیم که کسی تصرفی بکند که منشأ افساد آن باشد؛ مثل این که کسی در کنار رودخانه عظیمی مشغول شود به همین که زمین های موات حول آن را خراب کند و در آب بریزد و زمین را بایر کند که به آن منتفع نتوان شد.

بلی: خاک برداشتن از زمین های بکر، هر چند مستلزم فوت شدن و عدم قابلیت زرع بشود، آن نوعی دیگر از رخصت است که در انفال امام (علیه السلام) است به جهت منافع عباد. و در امثال این قنوات مخروبه، معلوم نیست که هر رخصتی باشد حتی تضييع و تعطيل آن ها با وجود قابلیت و قوت قریبۀ انتفاع بر وجه انفع و اهمّ.

خلاصه این که: در احیای اراضی بکر، تصور این که «بلکه دیگری بیاید و خواهد احداث قنات کند در همین زمین که او احیا کرده»، مانع تصرف او نمی شود. به جهت عموم رخصت «من احیی ارضاً فهی له»، و عدم صدق «انّ هذا موات آخر من غیر جنس الارض تمنع احیاء الارض من الانتفاع به».

و بسا باشد که توهم شود که منع محیی اول از احیاء آبار منهدمه و هموار کردن و زرع کردن آن، مستلزم تعطیل زمین و تفویض حق مسلمین است در سنوات متمادیه، و آن خوب نیست. چون حق الانتفاع از برای مسلمین در جمیع موات مجهول المالک، ثابت است. و [این توهم مندفع است. زیرا] آن معارض است به تعطیل مزرعۀ متبوعۀ قنات و نفس قنات، که منافع آن اضعاف مضاعف این قلیل زمین محلّ آبار است.

و بدان که: حریم هر چیز، معنی جدائی دارد. و از این جهت است که حریمی که فقها از برای قنات ذکر کرده اند که «باید بین القناتین هزار ذراع یا پانصد ذراع باشد»، مراد ایشان این است که در ارض موات حفر قنات دیگر نمی توان کرد در کمتر از این

مقدار، تا نقصان به آب این قنات نرسد. نه این که در این مقدار زمین هیچ گونه تصرفی نتوان کرد. پس اگر کسی در کمتر از پانصد ذراع فاصله، احیاء دیگر بکند مثل زرع و بنای عمارت و غیره، نمی توان مانع او شد.

هرگاه این را دانستی(۱)؛ پس بدان که زمین مواتی که زید احیا کرده مال امام بوده است. و زمین و قناتی که عمرو احیا می کند هم مال امام بوده است. و احیائی که زید در سطح الارض آن زمین موات کرده، به سبب آن مستحق همان احیای مناسب زمین من حیث هو است، و از برای او هست زرع و غیره هرگاه منشأ ضرر به تحت الارض نباشد. و حقوق مرافق موات دیگر که آن نیز مال امام است بر ملکیت امام باقی است تا زمانی که عمرو بنای احیای آن کرد. الحال با جمیع مرافق، متعلق به عمرو می شود. و اگر بالفرض امام حاضر می بود و سطح الارض زمین زید را به زید می بخشید، مستلزم آن نبود که قنات تحت الارض آن را هم بخشیده باشد. چنان که واضح است. پس آن چه الحال متعلق به زید شده از جهت احیای همان سطح الارض است در غیر مرافق تحت الارض که مضرّ به آن باشد. و احیای عمرو قنات را(۲)، در حکم این است که این را هم علیحده امام به عمرو بخشیده باشد. پس عمرو را می رسد احیای قنات، و می رسد که زید را منع کند از تصرف در مرافق آن.

و به هر حال؛ منع زید عمرو را منافی ادلّه قاطعه است از عقل و نقل، خصوصاً که اغلب این است که این منع از باب لجاج و اضرار است و این نیز حرام و ممنوع است. پس

ص: ۲۵۴

۱- برمی گردد به اصل سؤال.

۲- در نسخه: قنات ثانی را- ممکن است برای لفظ «ثانی» یک تصور درست فرض کرد. لیکن در آن صورت نیز خارج از موضوع بحث است.

خوب تأمل بکن در این تحقیق، و غنیمت بدان، که گمان نمی‌کنم که تا به حال کسی به آن بر خورده باشد(۱).

و بدان که: اصل مسئله را هرگاه فرض کنی در جایی که معلوم نباشد که زید آن زمین را احیا کرده باشد، و [یا] آن در اصل مجهول المالک بوده یا موات محض بوده، بل که همین قدر معلوم است که ملک زید است و متصرف در آن است. در مسئله اشکال بیشتر می‌شود. و گاه است که کسی بگوید که سخن عمرو در این وقت مسموع نیست به جهت این که در این وقت زید متمسک است به ید و تصرف، و مفروض این است که مسلمی است و بطلان قول و تصرف او معلوم نیست و احتمال صحت را هم دارد به چند وجه که اظهر آن‌ها این است که محتمل است که همین چاه‌ها در وقت انتقال به او یا پدر او، به همین صورت مواتی بوده معروف المالک که از مالک به وجهی شرعی منتقل شده به او، و او طمّ آبار آن نموده و هموار کرده و زرع کرده. و از برای عمرو در برابر ید تصرف او چیزی نیست الاّ این که می‌گوید که ظاهر آن است که امام در مرافق این مزرعه موات حق داشته و مرا در مالکیت آن مرخص کرده چون احیای مزرعه می‌کنم و این از توابع و مرافق آن است و تو را مرخص نکرده که در توابع ملک او تصرف کنی.

و ذوالید می‌گوید که: معلوم نیست که امام را حقی در این باشد و اصل، عدم آن است.

و جواب از این سخن این است که اگر متمسک زید ید است، خوب است علی الظاهر. لکن بیش از ظاهری نیست. و لکن متمسک عمرو همین دعوی مذکور نیست بل که

ص: ۲۵۵

۱- انصافاً تا زمان میرزا(ره) کسی این مسئله را عنوان نکرده است. و نیز دو «دفع توهّم» که اخیراً مطرح کرد، نیز ابتکاری است. اما نظر به این که به «شخصیت مالی مستقل قنات» تکیه نکرده، کلام را به شدت بسط و گستره غیر لازم داده است. پس از طی مراحل رسیده به «تضییع مال» و بدیهی است وقتی از بین بردن قنات مصداق تضییع مال می‌شود که شخصیت مالی مستقل از زمین، داشته باشد. و ما هر چه داریم از خود این بزرگواران یاد گرفته ایم، رضوان الله علیهم.

تمسک او اصل و استصحاب و ظاهر هم است. توضیح آن این است که مرافق بودن آن آبار از برای مزرعه موات، یقینی است بالفرض. و الحال موات بودن این مزرعه نیز یقینی است بالفرض. و مال امام بودن این مزرعه و قدری از قنات که فرهنگ (۱) آن است با بعضی از آبار آن، نیز یقینی است بالفرض، چون مجهول المالک است. و تابع بودن مرافق از برای آن در حین معمور بودن آن نیز یقینی است به مقتضای قواعد عقلیه و شرعیه. و اصل و ظاهر (هر دو)، تأخر طمّ آبار و تسویه ارض و احیای آن ها است از معموره بودن آن. و اصل و استصحاب مقتضی (۲).

بقای مرافق و حریم است از برای صاحب مزرعه و تعلق حق مزرعه به این ها.

و به مقتضای این مقدمات، عمرو دعوی جازم می کند بر استحقاق حریم، نه این که تمسک به احتمال و ظنّ و ظهور، باشد. و دعوی جزم به مجرد تمسک به استصحاب نیز جایز است با حصول ظنّ بقاء از برای مدعی. چنان که در محل خود تحقیق کرده ایم.

و این که ذوالید می گوید که «معلوم نیست که امام در این حقی داشته باشد و اصل عدم آن است»، دور از صواب و غیر منطبق بر قواعد است، بل که باید جازم باشد به عدم حق غیر (۳).

مگر این که مراد او «نفس الامر» باشد (۴).

و اما دعوی اصل عدم استحقاق امام: پس معنی ندارد الاّ این که بگوید که «اصل حصول آن حوادثی است که منشأ صحت تصرف او شده». و تو می دانی که آن ها همه خلاف اصل و خلاف ظاهرند. پس باقی ماند از برای مرجح قول زید، تمسک به یدی که مبتنی

ص: ۲۵۶

۱- جایی از کاریز که آب بر روی زمین آید. (فرهنگ معین).

۲- در نسخه: به مقتضای.

۳- عدم حق غیر مطلقاً، نه عدم حق امام به طور خاصّ.

۴- در این صورت، سخن او امکان صواب دارد و با قواعد نیز مابینت ندارد. اما قاضی و حاکم در فیصله دادن به این دعوی، مسؤلیت نفس الامری ندارد.

است بر آن احتمالات ضعیفه [ای] که در عرف و عادت کالعدم محسوب می شوند به جهت کمال ظهور این که آن گونه تصرفات طاری شده است بر موات. و بعید است که بر وجه انتقال مرافق فقط (۱)

باشد از صاحب آن به او، یا این که نوع تصرف قبل از حصول موات شدن باشد.

غایت امر این است که این از باب «تعارض ملک و حریم» باشد نظیر مسئله این که کسی نهری در زمین غیر دارد و ادعای حریم می کند از برای نهر، و مالک زمین منع می کند و ادعای حریم ملک می کند. [لیکن معلوم است] که این از باب دعوای حریم نهر نیست بل که از باب دعوای اصل نهر است، به جهت آن که مفروض این است که مزرعه و قنات مذکور مال امام است، و تأخر حدوث آن از احیای ارض مذکوره معلوم نیست، بل که عدم آن معلوم است. و محیی قنات در این جا ذوالید است بر مزرعه و قنات، چون نایب امام است در ملکیت آن و مدعی حریم است. پس:

آن چه از جانب مالک ارض می توان گفت این است که: اصل، عدم مدخلیت غیر است در ملک او، و این که ملک آقای است از حق.

و آن چه از جانب محیی قنات می توان گفت این است که: حریم از لوازم غیر منفکة ذی الحریم است غالباً، و فایده ملک در ذی الحریم منتفی است به انتفاء حریم. پس آن منشأ بطلان ملک ذی الحریم نیز می شود. پس مساوی می شود با استحقاق مالک در ملک خود.

و اظهر در نظر، ترجیح ثانی است. به جهت آن که این «اصل عدم» در جانب مالک ارض در وقتی مسلم است که ملکیت او به عنوان «عموم» ثابت باشد حتی در حریم. و آن

ص: ۲۵۷

۱- یعنی قنات بر زید منتقل شده باشد بدون این که زمینی که از قنات آب می خورده به او منتقل شده باشد.

و اقوی بودن ملک، از حق، هم ممنوع است، خصوصاً در وقتی که حریم ملک باشد و نفی آن مستلزم نفی ملک ذی الحریم باشد. و اصل عدم منع مالک ذی الحریم است از ملک او، نیز.

با وجود آن که در تقدیم قول ذی الحریم، ممکن است جمع بین الحقین که مالک در فوق الارض فی الجمله تصرّفی داشته باشد که منافات با حریم نداشته باشد. و مالک ذی الحریم هم ممنوع نباشد از تصرّفات لازمه در تعمیر ذی الحریم. و احتمال این که جمع بین الحقین به الزام ببع محلّ قنات و انتقال به قیمت شود، حقیقت جمع بین الحقین نیست و به غایت بعید است.

و به هر حال، اظهر در نظر این است که مالک ارض مانع تنقیه قنات نمی توان - [د] شد. و تحقیق مقام این است که: کلام در این مقام وظیفه حاکم است و این حجت ها که زید و عمرو ذکر کرده اند، دخلی ندارد به حجتی که در نزد حاکم مثبت حق احدهما باشد. و منتهای کلام عمرو استصحاب مرافقیت است از برای معموره (۲) و [این] استصحاب معارض ید حالیه نمی شود. چنان که در محل خود تحقیق کرده ایم.

و این که ذوالید می گوید که: معلوم نیست که امام حقی داشته باشد و شاید به پدر [م] به وجه صحیحی رسیده بوده. و امثال آن از برای ابطال تحقق عدوان، است نه این که متمسک شرعی او آن احتمالات ضعیفه باشد، پس تکیه بر ید است و آن حجت شرعیه است نزد حاکم. بخلاف استصحاب و «اصل عدم» و امثال آن ها، زیرا که آن ها از مرجحات حصول امر در «نفس الامر» و حصول ظن به آن است، و آن خود حجت شرعیه

ص: ۲۵۸

۱- بل مصادره به مطلوب و مصداق «وحدت الدعوی و الدلیل» است.

۲- یعنی استصحاب او صحیح است لیکن بر می گردد به زمانی که زمین معموره بوده، اما اینک آن زمین مخروبه است.

نیست در مقام مرافعه و اثبات حقوق. و بعد از بناء به ثبوت حق ذی الید و حکم به مالکیت او، (نظر به قاعده مسلّمه که هر کس مالک زمینی شد، مالک آن است الی تحت الارض و الی السماء) (۱).

تنقیه آبار را از تحت الارض هم نمی تواند کرد.

۲۴- سؤال:

۲۴- سؤال: هرگاه کسی احیاء قنات مواتی مجهول المالک بکند که رشته آن تقاطع کرده باشد با قنات محیاتی؛ مثل این که قنات محیات از سمت مشرق به مغرب می رود، و قنات موات از سمت شمال به جنوب. و رشته این دویم به وسیط اولی بر می خورد و بیرون می رود. و تقدم و تأخر وضع هیچیک معلوم نیست. آیا صاحب قنات محیات را می رسد منع احیا کرد آن دیگری [را] یا نه؟-؟

جواب:

جواب: صاحب قنات محیات، نمی تواند مانع شد. زیرا که قنات موات مال امام است و حقوق و مرافقی دارد. چنان که مملوک محیات هم چنین است. پس آن که احیا می کند به رخصت امام مالک او شده و مرافق خود را می طلبد. و کسی مانع او نمی تواند شد.

۲۵- سؤال:

۲۵- سؤال: هرگاه اصله درخت جوزی را کسی مالک باشد، دیگری را در جنب آن درخت ملک املسی (۲) باشد و می خواهد زرع کند، اغصان (۳)

و عروق این درخت داخل زمین او شده است. آیا می تواند ازاله کند یا نه؟-؟ بر فرض جواز؛ فرقی هست مابین این که آن درخت جدیدی باشد یا قدیمی؟ و حدّ حریم درخت چه چیز است؟

جواب:

جواب: هرگاه کسی در زمین مواتی درختی غرس کند، به قدری که ریشه آن درخت

ص: ۲۵۹

۱- این امر در نظر قدماء «مسلم» بود، اکنون چنین مسلمی وجود ندارد. زیرا مسائل مستحدثه ای از قبیل هواپیما و «مترو» حق مالکیت در اراضی را به دایره تنگتری رانده و آن را در ژرفا و ارتفاع، به محدوده عرف، محدود کرده است. و فقهای معاصر همگی بر این محدودیت قائل هستند. از آن جمله فتوای امام خمینی (ره) در این مسئله، معروف و مشهور است.

۲- املس در این جا یعنی خالی از درخت و بناء و زراعت.

۳- در نسخه: باغصان.

(به قدر متعارف) می رود به اطراف و شاخه های آن می کشد در هوا، داخل حریم آن درخت است. و همچنین معبر آمد و شد [به] آن درخت. و کسی دیگر نمی تواند زمینی [را] که محتاج الیه آن درخت است، احیاء کند. خصوصاً بنا بر آقوی که حریم، ملک مالک ذی الحریم می شود.

و همچنین هرگاه باغی را بفروشد و درختی را از آن استثناء کند، باز حریم آن درخت باقی است؛ به معنی این که مشتری که باغ را خریده مزاحم صاحب درخت نمی شود در آن چه منتفع شدن آن درخت تمام نمی شود الا به آن؛ از محل کشیدن ریشه ها در زیر زمین و شاخه ها در هوا، و معبر و غیر آن. نه این که زمین بر ملک صاحب درخت باقی است در مقدار حاجت درخت.

پس هرگاه زرع کردن ضرر به صاحب درخت نمی رساند، می تواند زرع کرد، مگر این که شرط کرده باشد که زمین هم بر ملک او باقی باشد.

و همچنین: هرگاه قبل از فروختن زمین درختی که در آن زمین است به دیگری فروخته باشد. و بعد از آن زمین را به آن شخص فروخته باشد، باز حریم درخت به همین معنی آخری بر حال خود باقی است مگر با شرط این که زمینی که متعلق به آن درخت است ملک مشتری آن باشد.

و هرگاه هیچیک از این صورت ها نیست بل که ملکیت همسایه مقدم بر غرس درخت بوده، پس صاحب درخت، حریمی در آن زمین ندارد. و هرگاه ریشه یا شاخ آن تعدی کند به زمین همسایه، می تواند آن همسایه مانع او شود و امر کند او را به ازاله، و اگر قبول نکند، خود می تواند ازاله کند.

۲۶- سؤال:

۲۶- سؤال: هرگاه کسی خواهد قنات مواتی را احیا کند، دیگری بگوید که من پول یک حصّه او را می دهم. و آن شخص احیا کرد. و آن دیگری پول را نداد. و شخص دیگر آمد و پول آن حصّه را داد که از او باشد. آیا این حصّه مال شخص اول است یا این که پول

ص: ۲۶۰

جواب:

جواب: هرگاه آن شخص، محیی قنات را وکیل کرده در احیای آن حصیه قنات، و او هم به قصد و کالت او برای او احیا کرده که پول را بگیرد، مال آن شخص می شود، و باید پول را بدهد (بنابر اقوی در جواز توکیل در حیات مباحات). و الا مال خود محیی خواهد بود با قصد تملک. و شخص دویم هرگاه خواهد باید به صیغه معاوضه جدیدی (مثل بیع یا صلح) به خود منتقل کند.

۲۷- سؤال:

۲۷- سؤال: هرگاه نهر کسی در ملک غیر باشد(۱).

و صاحب نهر ادعای حریم کند. در این حریم می تواند غرس اشجار کند؟ یا صاحب ملک مانع او می تواند شد-

جواب:

جواب: هرگاه در اصل حریم نهر دعوی باشد، و صاحب ملک منکر حریم باشد، محتاج است به مرافعه. و دور نیست که با عدم بینه، قول صاحب نهر مقدم باشد با یمین.

و هرگاه حریم از برای نهر ثابت شد، پس اگر شاخ درخت یا ریشه آن داخل ملک صاحب زمین می شود، می تواند او را امر کند به ازاله درخت یا شاخ ها و ریشه ها هرگاه ضرر به همین رفع می شود. و اگر داخل نمی شود، مانع نمی تواند شد.

۲۸- سؤال:

۲۸- سؤال: هرگاه نهری در ملک غیر جاری باشد. آیا آن غیر می تواند در حافه نهر و اطراف آن، غرس اشجار کند؟ و هرگاه کرده باشد مالک نهر می تواند ازاله کند یا نه؟-

جواب:

جواب: غرس درخت در حافه نهر غیر، و حریم آن، جایز نیست. و همچنین در زمین خود نزدیک به نهر به حیثیتی که ریشه های درخت آب نهر را جذب کند و ضرر به صاحب آب برسد(۲).

و هرگاه کرده باشد باید ازاله کند. و هرگاه ضرری به نهر نمی رسد

۲- ای کاش دربارهٔ این فتوای دوم شرح بیشتری می داد، زیرا مسئله به این راحتی نیست.

مانع غرس در زمین خودش نمی تواند شد.

۲۹- سؤال:

۲۹- سؤال: در کوچه ها که شارع است و نهر آب در آن جاری است، و در طرفین کوچه خانه و باغ مردم است. آیا صاحبان خانه ها و باغ ها هر یک در محاذی خانه خود در جنب دیوار، یا کنار نهر، غرس اشجار می توانند کرد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: در حریم نهر غیر، بدون اذن او نمی توان غرس کرد، خصوصاً هرگاه ضرری به آب او می رسد.

و اما در جنب دیوار: پس اگر در حریم دیوار است و دیوار حریم دارد، مانع او نمی توان شد، مگر این که شاخه های او به شارع مسلمین ضرر برساند. و اگر در حریم نیست، یا دیوار حریم ندارد بل که شارع است، هرگاه از برای شارع به قدر هفت ذراع (۱)

باقی مانده است و ضرر به شارع نمی رساند و به آب مردم هم ضرر نمی رساند، باکی نیست و الا، فلا.

۳۰- سؤال:

۳۰- سؤال: در بلاد شیروان و بادکوبه مکانی هست بسیار عریض و طولانی (مثل صحرای عربستان) که مکان مزبور را ما بوستان می گوئیم که نه چشمه دارد و نه قنات و نه آب جاری. و مکان مزبور نه قابل احیا است و نه تحجیر ممکن است. هر کس از جهت گوسفندان خود در آن مکان دایره احداث می نماید از سنگ و یا نی، که علف صحرای مزبوره را چرانیده شب ها گوسفندان ایشان در میان دایره مزبوره (که طول و عرض آن تقریباً ده یا بیست ذراع می شود) که خوابیده باشند.

و هر کس از صاحبان اغنام که صاحب دایره مزبوره می باشد به قدر یک فرسخ یا دو فرسخ از حوالی (۲)

دایره مزبوره قورق نموده نمی گذارد که در سه ماه زمستان احدی آمده

ص: ۲۶۲

۱- رجوع کنید به مسئله شماره یک و پی نویس های آن. و نیز مسئله شماره ۲۰.

۲- در نسخه: حواله.

در نزدیکی آن، دایره دیگر به جهت خوابیدن گوسفند خود احداث نموده از علف صحرای مزبور چرانیده باشد به اعتقاد این که هر کس دایره احداث نماید، از حوالی آن به قدر دلخواه یا به قدر فراخور حال گوسفندان خود، از صحرای مزبور (بدون احیا و تحجیر) مالک می شود.

و از ایام القدیم رأی اهل ولایت چنین بوده است و به این سبب علف صحرای مزبوره را به انضمام دایره مُحدثه، به اجاره داده و گاه به معرض بیع و شراء در آورده قباله و سَجَلْ نوشته اند.

و بعضی از علمای این بلد می گویند که احکام شرع موقوف به سماع است از شارع، و از صاحب شریعت حریمی از برای چاه و چشمه و خانه و غیره، مقرر شده، اما از برای این دایره مُحدثه که مسّی به «قشلاق» است، حریمی بیان نفرموده اند.

و دیگر این که علف صحرا را به غیر از جناب شارع کسی قورق نمی تواند نمود؛ صاحب دایره مزبوره چگونه از حوالی این، یک فرسخ یا بیشتر یا کمتر، علف صحرا را قورق نموده سایر مسلمانان را که در علف صحرا همگی با یکدیگر شریک اند، مانع می گردد؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که احیای ارض موات به جهت مسکن حیوانات به همان قورق(۱)

و سنگچین کردن، حاصل می شود. خصوصاً در بلادی که متعارف همان است. یا به نحوی دیگر متعذر یا متعسر باشد. و هرگاه احیا به عمل آمد و قصد تملک کرد از احیاء، ملک حاصل می شود. و به تبعیت ملک آن، تملک حریم آن نیز ثابت می شود، بنا بر اظهر در تملک حریم.

و این که بعضی علمای شما گفته اند که «شارع حریمی از برای قشلاق نفرموده» مگر

ص: ۲۶۳

ایشان حدیثی در باب حریم قریه دارند؟ بلی حریم قریه در کلام فقها مذکور است و مستند آن همان تبعیت است؛ به این معنی که قول شارع که فرموده است «من احیی ارضاً میتةً فهی له» که مفید ملک است، به دلالت تبعیت که آن را «دلالت اشاره» می گویند، دلالت دارد. یعنی رخصت در احیای قریه و تملک آن و ارض موات، مستلزم رخصت در تملک آن چه لازمه قریه است عرفاً- محل هیزم کردن، و حیوان چریدن، به قدر حاجت- هست.

و بعینه همین کلام در ما نحن فیه جاری است. زیرا که رخصت در احیای ارض به جهت سکناى حیوان در بیابان، به قصد آن که در آن جا بچرد، رخصت در تملک همان قدر از بیابان است که محل حاجت اوست.

بلی: تحدید به خصوص دو فرسخ و بیش و کم، وجهی ندارد. بل که معیار رجوع به عرف است. که (۱)

چنان گله (که مقصود بنای محل سکناى آن است)، و چنان دایره و حظیره گنجایش چه قدر حیوان دارد، و چه قدر حریم می خواهد.

و این نه از باب قورق و «حمی» است که ممنوع باشد.

و الحال ظاهر این است که حریم از برای حظایر حیوانات (خصوصاً در بلادی که همیشه متعارف بوده) ثابت است، و لکن تحدید آن موکول بر عرف است.

و هرگاه یداً بید بر مقدار معینی از آن بیابان باشد و مزاحمی نباشد، هم ظاهراً مزاحم آن نمی توان شد مادامی که بطلان آن ثابت نباشد. پس بنابر این؛ ظاهر صحت اجاره، و بیع و شراء است. و اگر در احیا قصد تملک نشده باشد هم ظاهر این است که به سبب اولویت در اصل حظیره، اولویت در حریم آن نیز حاصل است، و لکن مفید ملک نیست.

۳۱- سؤال:

۳۱- سؤال: مزرعه و قنات مشترک میان جمعی از وراثت که قدری از آن خراب

ص: ۲۶۴

شده، و احد از وراث آن را در دست داشته و به تصرف دیگران نداده، آن قنات مخروبه را تعمیر کرده؛ بعضی از چاه های آن را تنقیه و بعضی را از نو حفر کرده در محاذی همان رشته قنات، که اگر دیگران متوجه تعمیر می شدند هم در آن جا هم نوکن می کردند و ممر آب از آن جا بود، و بعضی از ورثه هم مطلع از این معنی نبودند.

آیا آن که تعمیر کرده، صاحب آن می شود؟ یا تقسیم میانه ورثه می شود؟

و آیا مستحق اجرت عمل هست یا نه؟-؟

ایضاً: آیا اگر آن شخص دو دانگ از آن مزرعه و قنات را به احدی بدهد در ازای این که آن قنات را آباد کند، آیا دو دانگ مال آن شخص می شود یا نه؟-؟

و آیا این قنات میان همه ورثه قسمت می شود یا مختص آن یکی است که آن کار را کرده؟-؟

و اگر دو دانگ در ازای اجرت محسوب نمی شود آیا آن شخص مستحق اجرت هست یا نه؟-؟ و اجرت را از کی می گیرد؟

جواب:

جواب: اما از مسئله اولی: این است که در صورت مزبوره که تعمیر همان قنات مزرعه را کرده، و بر سبیل متعارف تنقیه و نوکن همان قنات را در مرافق و حریم همان قنات به انجام آورده، آب مال همه ملاک است و اختصاصی به او ندارد. و در صورتی که احدی او را امر به تعمیر نکرده مستحق اجرت هم نیست. و بین ملاک به قاعده مستمره قسمت می شود.

و اما مسئله دویم: پس آن نیز چنین است؛ و آن احد ورثه ای که بدون اذن سایر شرکا دو دانگ ملک را به شخص خارجی داده که قنات را تعمیر کند، تصرف او در زاید بر حق خودش ممضی نیست. و ورثه، هر یک حصه خود را می گیرند.

و اما آن شخص خارج؛ هرگاه جاهل به حقیقت حال بوده و به اعتقاد صحت این کار

را کرده، بر شخص مستأجر واجب است اجرت او. و هرگاه می دانسته که این شخص غاصب است و بر غیر وجه شرعی این معامله را با او کرده، مستحق اجرت نیست، چون در مال مشاع کرده بدون اذن شرکاء خصوصاً بر این وجه که از مال شرکاء اجرت را بگیرد که عبارت از حصّه آن ها است.

و لکن اشکال در این است که آیا آن چه شرط شده تنزیل بر ملک او می شود یا بر اشاعه؟-؟ اگر قائل به اول باشیم؛ هرگاه مستاجر به قدر دو دانگ یا بیشتر دارد، مجموع دو دانگی که شرط کرده باید از مال خود بدهد. و هرگاه کمتر از دو دانگ دارد، به هر قدر از مقدار دو دانگ که دارد، باید از مال خود بدهد و مساوی تتمه را از خارج؛ از مال خود بدهد.

و اگر قائل به اشاعه شویم (یعنی مقصود دو دانگ از شش دانگ بوده نه دو دانگ مال خود) در این صورت به قدر حصّه او از دو دانگ نسبت به شش دانگ را از ملک خود می دهد و تتمه را از خارج می توان داد. و بر او الزام نمی شود که هرگاه داشته باشد تمام را از همان ملک از عین مال خود بدهد.

و اظهر در نظر حقیر این است که: در صورت سؤال، تنزیل بر اشاعه می شود؛ مثلاً هرگاه قنات مشترک باشد میان سه نفر و هر کدام مالک دو دانگ باشند که مجموع شش دانگ باشد، و یک نفر از آن ها دو دانگ از این شش دانگ را قرار بدهد برای آن شخصی که آن را تعمیر کند، آن اجیر مستحق ثلث دو دانگ است که از مستأجر بگیرد. و هرگاه سایر شرکا امضا نکنند باید عوض دو ثلث دو دانگ را به اجیر بدهد از کیسه خود هرگاه نخواهد مجموع دو دانگ را بدهد.

و دلیل این که بر اشاعه حمل می شود و اجیر نمی تواند مطالبه مجموع دو دانگ را بکند، این است که ظاهر لفظ «دو دانگ» ظاهر در اشاعه است؛ مثل نصف و ثلث و امثال

آن. و این که علامه در قواعد گفته است در مسئله بیع فضولی که: هرگاه کسی نصف مال را داشته باشد و بگوید «نصف این مال را به تو فروختم» منصرف می شود به مال خود نه به اشاعه (۱) -

بل که ظاهر این است که بناء مشهور علما بر آن است، چنان که از شهید ثانی در کتاب الصلح مسالک ظاهر می شود (۲) -

تمام نیست. مگر در جائی که قرینه باشد. و این سخن علی الاطلاق، خوب نیست. و در صورت علم هم همیشه قرینه نیست چه جای صورت جهل.

پس هرگاه فرض کنی که کسی ملکی داشته باشد و همه را از خود بداند و نصف آن را بفروشد، و بعد از آن نصف آن مستحق غیر، برآید و مفروض این باشد که مالک هم نمی دانست که مال غیر است. پس در این جا معنی ندارد که منصرف شود به نصف خود او. نه عرف دلالت دارد و نه لغت و نه شرع. و شرعاً هم حکم به متابعت لفظ می شود [در] ظاهر.

و حقیقت شرعیه بر ورود معامله و تنزیل آن بر نصف ملکی نفس الامری، هم ثابت نیست. پس بیش از ربع مال مشترک نمی شود. و [در] ربع دیگر (۳) موقوف است به اجازه.

و همچنین دلیلی که فخرالمحققین ذکر کرده از برای انصراف به نصف خود - که آن «اصالة لزوم بیع» است (۴) -

آن نیز وجهی ندارد. به جهت این که مفروض این است که (۵) بیع بر لفظ «نصف» وارد شده و لفظ نصف، حقیقت در مشاع است، نه معین. و ظاهر این است که مراد او این است که چون اصل در بیع لزوم است و از عقود لازمه است، پس مطلق آن

ص: ۲۶۷

۱- القواعد، کتاب المتاجر، الفصل الثانی المتعاقدان، المسئلة الثانیة - و در ایضاح الفوائد؛ ج ۱ ص ۴۲۱ متن.

۲- مسالک، ج ۱ ص ۲۱۳ ط دار الهدی.

۳- در نسخه: دو ربع دیگر.

۴- ایضاح الفوائد، ج ۱ ص ۴۲۱.

۵- از این جا تا حدود یک سطر در حاشیه آمده است.

حمل می شود بر لایزم. و بیع مال غیر، لزومی ندارد، به جهت آن که غایت امر در آن، فضولی است، و آن خود بدون اجازه لزومی ندارد. پس حمل می شود لفظ بیع در کلام بایع که تابع شرع است، بر بیع لایزم و این نمی شود مگر با قصد بیع مال خود، نه مال غیر.

و بر این وارد است اولاً- این که: آن چه از ادلّه لزوم بیع بر می آید این است که خیار فسخ در آن نمی باشد الا- در مواضع خاصه (چنان که در محل خود تحقیق کرده ایم که عمده ادلّه لزوم بیع، احادیث خیار است مثل «البیعان بالخیار ما لم یفترقا» و امثال آن) نه این که مراد این باشد که اصل در بیع این است که فضولی نباشد. و چون انجام بیع فضولی به اجازه می شود، پس فضولی بودن منافاتی با اصاله لزوم به این معنی، ندارد. و تمسک به این دلیل، اعتراف است به این که مقتضای ظاهر لفظ، حمل بر اشاعه است. و ورود آن در مقام بیع، قرینه تنزیل بر مال خود است (۱).

[ثانیاً] (۲) هر گاه صاحب نصف بگوید به غیر ذی رحم خود «و هبتک نصف هذه الدار»، در آن جا حمل بر اشاعه می شود (۳).

پس کلام در اثبات قرینه بودن آن است. و تو می دانی که قرینه بودن آن تمام نیست. اما از راه تمسک به اصاله لزوم بیع، دانستی وجه آن را. و اما اگر تکیه بر این باشد که چون ظاهر حال مسلم این است که ملک دیگری را نمی فروشد، پس این نیز بی وجه است، به جهت آن که این معنی مستند است (۴).

به این که افعال مسلمین معمول بر صحت است و بیع مال غیر فاسد [است]، پس بر آن وارد است که مطلق بیع مال غیر مستلزم فساد

ص: ۲۶۸

۱- یعنی او در واقع نصف مال خود را فروخته است که ربع مجموع می شود.

۲- در نسخه: اولاً.

۳- اجماعاً.

۴- در نسخه: یا مستند است.

نیست جزماً.

و تفصیل مقام این است که: یا این است که بایع و مشتری هر دو جاهل به حال اند، و در آخر ظاهر می شود نصف مستحقاً للغیر. و آن چه فعل مسلم را از آن باید بریئ کرد، مخالف- [ت] امر الهی و معصیت است. و در این جا هیچ معصیتی متصور نیست. پس فعل جایز است و صحیح و لازم می شود بعد از اجازه.

و یا این است که بایع و مشتری هر دو علم دارند به بودن نصف مال غیر، و در آن جا حمل بر لزوم و صحت (در اول امر نسبت به نصف مال خود بنا بر حمل فعل مسلم بر صحت با وجود این که غاصب است و در همه تصرف می کند) تمام نیست. زیرا که چنان که فروختن مال غیر جایز نیست، نگاه داشتن مال غیر هم جایز نیست، و مفروض این است که همه را متصرف [است و] در نظر ندارد که به صاحب رد کند، بل که همه را مال خود می داند به اعتقاد فاسد خود، و نصف مجموع مال خود را می فروشد.

و از این جا معلوم می شود حال صورتی که بایع عالم و غاصب باشد، و مشتری جاهل. و همچنین صورت عکس. و از قبیل صورت جهل به حال است صورت نسیان؛ که [اگر] بایع نصف را با نسیان آن که نصف مال غیر است [بفروشد]، مقتضی انصراف به مال خود نمی شود. و همچنین در صورتی که به سبب شبهه معتقد آن است که از برای او جایز است بیع مال زن یا فرزند و این که اختیار مال آن ها را دارد.

بلی: در یک صورت این سخن را می توان گفت که بایع عالم است به این که نصف مال غیر است و امین باشد و تقوی داشته باشد و غاصب نباشد و معلوم باشد که سهو نکرده است و شبهه هم از برای او نیست و لکن احتمال اراده فصولی داشته باشد. در این جا شاید توان گفت که ظاهر این است که قصد مال خود کرده. بل که در صورت احتمال

ص: ۲۶۹

سهو و شبهه هم توان (۱)

بنا را بر این ظاهر گذاشت و لفظ را از ظاهر خود که اشاعه است، بیرون کرد.

پس: اصل، حمل لفظ است (۲)

بر معنی حقیقی خود که اشاعه است تا قرینه بر خلاف آن قائم باشد. بل که در این صورت اخیره نیز اخراج از حقیقت، مشکل است.

و به هر حال؛ تا قرینه واضحی نباشد، اخراج از حقیقت بی وجه است. چنان که علامه نیز احتمال حمل بر اشاعه را داده است (۳).

و کلام او شامل صورت علم هم هست بل که ظاهر در آن است. و فخرالمحققین وجه آن را گفته است که بیع صلاحیت دارد که بر ملک خود و ملک غیر واقع شود.

و فتوای علامه حمل بر مال خود است و ظاهر آن اطلاق است و شامل صورت های سابقه هم هست. و این به غایت مشکل است.

و ممکن است که بگوئیم که غالب در استعمالات بیع، این است که به محض تحقق آن، انتقال حاصل شود، و آن نمی شود الا در مملوک نه در فضولی. و این غلبه کافی باشد از برای قرینه مجازی اخراج لفظ از حقیقت، هر چند بیع را حقیقت ذاتی در قدر مشترک مابین بیع مال خود و مال غیر [بدانیم]، چنان که ظاهر این است [که] (۴) سلب اسم بیع از بیع مال غیر، نمی توان کرد.

و این خوب است در جایی که بیعی واقع شده باشد در ملک مشترکی در «نفس الامر» و معلوم نباشد حال بایع که آیا عالم به حقیقت حال بوده یا جاهل، و متذکر شرکت غیر،

ص: ۲۷۰

۱- عبارت نسخه: .. احتمال سهو و شبهه هم از برای او نیست توان..- خود نسخه بردار با علامت ریز به اشتباه بودن آن اشاره کرده است.

۲- عبارت نسخه: پس اصل لفظ حمل است.

۳- قواعد، کتاب المتاجر، الفصل الثانی المتعاقدان، المسئلة الثانية- و در ایضاح الفوائد، ج ۱ ص ۴۲۱.

۴- در نسخه: و.

بوده یا غافل. و اما در اغلب صورت های متقدمه؛ پس آن تمام نیست.

و بدان که: فخرالمحققین تأیید حمل بر اشاعه را به این کرده که: اقرار را حمل بر اشاعه می کنند که هرگاه بگوید «نصف هذه الدار لزيد»، حمل بر اشاعه می شود جزماً، به جهت آن که شرط است در اقرار که «مقرّبه» مال مقرّ نباشد. به جهت آن که اقرار اخبار است از این که نصف، ملک مقرّله است. و این، همچنانکه می تواند شد که «اخبار باشد به این که مال مقرّله است چیزی که در ظاهر مال مقرّ است» [همچنین] می تواند شد که اخبار باشد از «چیزی که در ظاهر ملک غیر است».

و اما دلیل دیگری که فخرالمحققین ذکر کرده از برای حمل بر مال خود که: هرگاه بایع بگوید «بعثت غانماً» و غانم مشترک باشد لفظاً میان غلام او و غلام غیر، منصرف می شود به غلام خود نه به غلام غیر اجماعاً، پس همچنین در متواطی. آن نیز تمام نیست (۱).

زیرا که آن قیاس است مع الفارق. و آن اجماعی است که دعوا کرده (۲) با وجود آن که می توانیم در آن جا هم منع انصراف کرد (اگر قطع نظر کنیم از اجماع) (۳).

مگر این که قرینه واضحی باشد. و حال آن که فرق مابین مشترک لفظی و معنوی، و قابلیت ثانی اشاعه را دون اول، در کمال ظهور است.

و به هر حال؛ در مانحن فیه ظاهر حال این است که دو دانگ مشاع را قرار داده است از برای اجرت، نه دو دانگ خود را. چون قرینه مقام این است که همه را از خود می داند هر چند عدواناً باشد. پس باید به قدر حصّه خود از دو دانگ نسبت به شش دانگ از آن ملک بدهد و تتمه را از کیسه بدهد هرگاه نخواهد بعد از آن از قنات بدهد در

ص: ۲۷۱

۱- در نسخه: آن نیست تمام نیست.

۲- یعنی فارق، همان اجماع است که خودش ادعا کرده.

۳- و از چنین اجماعی می توان قطع نظر کرد.

صورتی که زیاد تر داشته باشد.

۳۲- سؤال:

۳۲- سؤال: هرگاه قنات منهدمه معلوم المالکی باشد در تصرف جمعی. و قنات منهدمه مجهول المالکی که ارتفاع دارد از آن، هم باشد در جنب آن. زید آمده تنقیه قنات مجهول المالک نموده و چاه های آن را تنقیه کرده تا رسیده به چاهی که در آن جا نقبی هست از قنات مجهول المالک به جانب معلوم المالک، که ظاهر می شود که آب از این نقب به قنات معلوم المالک می رفته. و کیفیت آن معلوم هیچ کس نیست که به چه نحو بوده، و هر یک از این دو قنات را مزرعه علی حده و شارب علی حده می باشد.

آیا قنات معلوم المالک الحال مستحق بردن آب از این قنات مجهول المالک از راه نقب هست که این مزرعه مجهول المالک بی نصیب باشد از آن-؟ یا مستحق هیچ قدر از آن نیست؟ یا مشترکاً؟ و آیا زید به تنقیه قنات مجهول المالک [مالک] قنات و مزرعه آن می شود یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه انهدام قنات مجهول المالک به حدی است که آن را موات می گویند، هر کس آن را احیا و تنقیه بکند به نیت تملک، مالک آن می شود و مالک آب آن می شود. و تا به این جا [که] تنقیه کرده است ملک او شده است و در چاه های فوق آن هم اولویت تحجیر دارد. و کسی مزاحم آن نمی تواند شد. و بعد تنقیه، آن ها با آبی از آن ها بیرون می آید ملک او می شود.

و وجود این نقب مانع از این احکام نمی شود. و ثابت بودن ملکیت مزرعه و قنات تابعه آن بر ملک مالک مجهول به عنوان استصحاب باقی است، و همگی منتقل به محیی می شود به سبب احیا.

و احتمال این که هر دو از یک نفر بوده و با اختیار خود تعطیل آن قنات و مزرعه کرده باشد و آب این را از آن نقب به قنات دیگر برده، یا بعد از خراب شدن چاه های

پائین، آب آن را از راه نقب برده، منشأ این نمی شود که آب این قنات حق آن قنات باشد عرفاً، تا این که بعد هر گاه به دیگری منتقل شود هم حق آن قنات علیا ساقط باشد.

و چنان که مرافق و حقوق را به ملاحظه تملک دیگران ملحوظ می دارند، در املاک شخص واحد هم ملحوظ هست؛ که ثمره آن در صورت بیع و قسمت وراثت و غیره ظاهر می شود.

و همچنین احتمال این که صاحب قنات معلوم المالك به ناقل شرعی آن قنات مجهول المالك را از موضع نقب و فوق آن به خود منتقل کرده باشد، آن نیز رافع استصحاب حق مرافق مجهول المالك نمی شود، به جهت [این که] احتمال عاریه هم در برابر هست که بر وجه تراضی چند گاهی آب از این قنات به آن قنات می برده اند. یا خود مالک که مالک هر دو باشد، بر وجه امداد از این قنات می برده، نه به این نهج که نقب و مافوق را مختص این قنات معلوم المالك کرده باشد و از آن دیگری اعراض کرده باشد.

و به هر حال، حق لازمی از برای قنات معلوم المالك از این قنات مجهول المالك، ثابت نیست، و محیی را می رسد که تمام قنات را تنقیه کند و مانع شود از رفتن آب از آن نقب (۱).

۳۳- سؤال:

۳۳- سؤال: زید آسیائی دارد در مکانی، و عمرو هم آسیائی دارد در مکانی دیگر که واقع در تحت آسیای زید است. و چون آب از آسیای زید بیرون می آید داخل نهر آسیای عمرو می شود. و مدتی است که آسیای زید خراب بود، و حال زید مکان آسیای خود را تغییر می دهد که آب آسیای خراب را در نهر جدیدی جاری نماید. در این صورت که تبدیل می شود، آب از آسیای زید داخل در نهر آسیای عمرو نمی شود بل که آسیای عمرو از گردش باز می ماند.

ص: ۲۷۳

۱- عبارت نسخه: و مانع شود از آب رفتن از آن نقب.

آیا عمرو را می‌رسد منع نماید زید را از ساختن آسیای جدیدی و بگوید که همان آسیای قدیمی خود را بساز که ضرر به من نرسد و آسیای من هم از گردش نماند؟ یا نمی‌رسد که منع نماید؟

جواب:

جواب: هرگاه صاحب هر دو آسیا هیچیک مطلع بر تقدم و تأخر وضع آسیاها نیستند و به همین نهج مستمر در تصرف آن‌ها بوده، الحال می‌تواند صاحب آسیائی که در تحت است مانع شود از تغییر نهر به نحوی که مستلزم معطل شدن آسیای تحت باشد. و همچنین هرگاه معلوم باشد که آسیای تحت مقدم بوده است بر آسیای فوق.

و اما هرگاه معلوم شود که بنای آسیای فوق قبل از آسیای تحت بوده و اصل نهر آب ملک صاحب آسیای فوق بوده، پس اگر معلوم باشد که صاحب آسیای تحت به نحو لازمی مستحق وضع آن و بنای آن شده (مثل این که به عنوان مصالحه حق جریان آسیا در آب و نهر او از برای آسیای تحت ثابت باشد) باز می‌تواند مانع او شد از تعطیل آسیای خود.

و اما اگر به حق لازمی نبوده- مثل این که به مجرد اذن او این آسیاب را ساخته و به نهر و آب او می‌گردد- این جا اشکال هست؛ مقتضای بعضی از احادیث صحیحه (۱)

و نفی ضرر (۲)

این است که باز مانع می‌تواند شد و جایز نیست تغییر نهر. و بعضی از علمای ما هم قائل به آن شده‌اند. و این اظهر است و عمل به آن هم احوط است.

۳۴- سؤال:

۳۴- سؤال: عمرو آسیائی دارد قدیمی که آب آن از رودخانه برداشته می‌شود. و حال زید آسیای جدیدی در فوق آسیای قدیم احداث می‌نماید و نهر جدید را در فوق نهر قدیم می‌برد که آب را در نهر جدید جاری سازد. و هرگاه آب در نهر جدید [جاری] شود

ص: ۲۷۴

۱- وسائل، کتاب احیاء الموات، باب ۱۵ ح ۱ و ذیل آن.

۲- همان، باب ۱۲ ح ۱ تا ۵.

آسیای قدیم از گردش می افتد. آیا عمرو می تواند مانع شود زید را که آب از آسیای قدیم است نمی گذارم آب را از نهر جدید جاری سازی، یا نمی تواند ممانعت نماید؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه صاحب آسیای جدید حق سابقی نداشته و الحال می خواهد در زمین مباح فوق این آسیا احداث نهر و آسیائی بکند که مانع شود از دوران آسیای قدیم، بلی صاحب آسیای قدیم می تواند مانع صاحب جدید بشود.

۳۵- سؤال:

۳۵- سؤال: زید قنات مواتی را که مجهول المالک بود تنقیه کرد. و بعد عمرو آمده ادعا می کند که از من است. به مجرد دعوی، به او می دهند یا نه؟-؟ و بر فرض دادن، غرامت بر عمرو هست یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه زید تجسس و تفحص کرده از مالک آن قنات موات و بعد از یأس از پیدا شدن مالک، آن را احیا کرده، مال او می شود. به مجرد ادعای عمرو بعد از آن، به او نمی دهند. و لکن هرگاه تفحص نکرده بود و سعی خود را نکرده احیا کرده و الحال عمرو مدعی ملکیت است، ظاهراً تصدیق عمرو باید کرد. چون مسلمی است و مزاحمی ندارد (۱).

و مزاحمت این محیی بدون تفحص، وجهی ندارد. و در تحقق مجهول المالک بودن، همین جهالت محیی تنها کافی نیست. و در صورت مزبوره غرامتی بر عمرو لازم نمی آید.

۳۶- سؤال:

۳۶- سؤال: حدّ حریم قریه چه چیز است؟ و مراد از قریه کدام است؟

جواب:

جواب: مراد از قریه، دهکده و بلده و محل سُیکنی است. و حریم آن، آن چه فقها ذکر کرده اند؛ آن جاهائی است که در آن جا جمع می شوند از برای خرید و فروش، و محلّ اسب دوانیدن، و ریاضت دادن اسبان، و جای خوابیدن شتران، و محل ریختن خاکروبه و خاکستر و سرگین حیوانات، و جای ریختن خاک از برای حوائج، و چراگاه حیوانات، و

ص: ۲۷۵

۱- از سرتاسر جامع الشتات (به ویژه جلد پنجم) پیدا است که محقق قمی (ره) به قاعده «قول و فعل مسلم» دقیقاً در حد قاعده «ذوالید»، کاربرد می دهد. به طوری که در این مسئله عمرو را موظف به یمین هم نمی داند.

جای هیزم کردن، و امثال این امور که مصلحت های آبادی بدون آن ها ممکن نباشد، یا دشوار باشد.

و در تذکره اشکال کرده است در حریم بودن مرعای حیوانات و محلّ هیزم کردن (۱)،

با وجود آن که در جای دیگر تذکره قبل از آن؛ که گفته است که خلافی نیست که جایز نیست احیای آن ها و همچنین در سایر افراد حریم (۲)،

و علاوه بر این استدلال کرده است به «لزوم ضرر» و به مفهوم حدیث شریف نبوی صلی الله علیه و آله «من أحيى ميتة في غير حقّ [مسلم] فهي له» (۳) که مفهوم آن این است که آن چه متعلق است به آن حق مسلمی، جایز نیست احیای آن. و به این که هرگاه جایز باشد احیای آن ها، باطل می سازد این معنی ملک را بر اهل عامر (۴). و بعد از آن گفته است که در این ها هیچ خلافی نیست، خلاف در این است که آیا حریم، ملک مالک عامره، است یا اولویت دارد.

و همچنین در تحریر و قواعد و دروس و غیر آن ها نقل خلافی در حریم بودن مذکورات، نشده است.

و اما زمین مواتی که نزدیک به این معموره باشد و مصالح آن موقوف بر آن نباشد: پس ظاهر جواز احیای آن است. و در تذکره خلاف را از عامّه نقل کرده است نظر به احتمال احتیاج عامر به آن در وقتی. و دفع آن کرده است به این که احتیاج محقق را نمی توان قطع نظر کرد به احتمال احتیاج احتمالی.

ص: ۲۷۶

۱- تذکره، ص ۴۲۳ ط قدیم.

۲- همان، ص ۴۱۰.

۳- بلغۃ الفقیه، ج ۱ ص ۳۴۳.

۴- یعنی مالکان املاک معموره نمی توانند از ملک خودشان استفاده کنند.

و بدان که: حریم در جائی اعتبار می شود که اطراف قریه، موات باشد، یا یک طرف آن منتهی به موات شود. اما هرگاه اطراف (همه) املاک باشد، غالب این است که دیگر حریمی از باب مرعای حیوان و محل هیزم و امثال آن، باقی نیست. و همچنین: در املاک متجاوره، حریم نیست.

و بدان که: مزارع که در آن ها قریه بنا نشده، این گونه حریم ها از برای آن ها نیست. یعنی هرگاه کسی احداث قناتی کرد در بیابان (مثلاً) و آبی آورد و زمینی احیا کرد و زراعت کرد، تلال^(۱) و جبال و وادی ها که از کوه ها می آید و زمین های فوق آن که به جبال متصل شود و امثال این ها، حریم نمی شود. هر چند اگر فرض کنیم که هرگاه در سر آن قنات، احداث آبادانی بشود آن زمین های موات و جبال حریم آن قریه خواهد شد. پس تملک [یا اولویت آن ها، موقوف است به احیای آن ها] یا [یا] به خصوص تحجیر آن ها^(۲).

پس آن گونه حریمهایی که از برای قراء و بلاد هست از برای مزارع و ضیاع نیست. و در کلام علامه (ره) در تذکره اشاره به این هست که گفتیم، و موافق اصل و قاعده است.

و بدان که: حریم قریه به نحوی که مذکور شد، در وقتی ثابت می شود که احداث قریه و بلده در ارض موات بشود. و اما هرگاه در مثل مزارع محیائی که ذکر کردیم بشود (و همچنین در زمین مملوکی) که آن را راهی باشد به مواتی که تواند مرعی و محتطب^(۳)

اهل این قریه شد، آیا به مجرد همین، مالک مرعی و محتطب می شود یا نه؟-؟ و به این سبب دیگران را منع از احیای آن ها می توان کرد یا نه؟-؟ پس در این اشکال است. به

ص: ۲۷۷

۱- در نسخه: و تلال.

۲- یعنی: یا منحصرأ به تحجیر خاص آن ها. نه با اموری که گاهی در معنی تحجیر می باشند و احیاناً در مواردی کاربرد تحجیر را دارند. - عبارت نسخه: پس تملک باولویت آن ها موقوف است باحیای آن ها بخصوص با تحجیر آن ها.

۳- محل هیزم گیری.

جهت این که تملک قریه به احیا نشده است که آن موات از توابع آن باشد. و از جهت لزوم ضرور و حرج و این که در معنی حیازت مباح است.

و دور نیست که ترجیح از برای وجه دوم باشد.

و بدان که: مراد از حصول حریم از برای قریه، حصول آن است از برای مالک قریه و آن که آن را بنا کرده است، و همچنین وراثت آن ها. پس دیگران که من بعد می آیند و در آن جا خانه می سازند و به مرور ایام این معموره بسیار وسیع می شود، حقوق آن ها در حریم به تبعیت است؛ یعنی بر نهجی که مالک قریه آن ها را جا داده، به همان قدر مستحق حریم می شوند بر همان وجه که مستحق اصل مسکن شده اند.

بلی: اشکال وارد می آید در صورتی که صاحب قریه قطعه زمینی را تملیک ایشان کند که خانه بسازند، پس به مقتضای قول به حصول ملک در حریم، باید در صورت اطلاق، این شخص هم بقدر الحصه مالک حریم شود. مگر این که شرط کند عدم آن را. پس کسی توهم نکند که «قریه مالک حریم است» تا هر کس که اهل آن باشد مالک آن شود هر چند در آن جا ملکی نداشته باشد. و الا هرج و مرج لازم می آید.

پس باید اصل را این قرار داد که حریم، حق مالک اصلی قریه است و دیگران که مالک نیستند و در مرور ایام در آن جا ساکن می شوند، باید وجه انتقال محل را به آن ها، ملاحظه کرد و بر وفق آن عمل کرد.

و اما تحدید مرعی و محل چریدن حیوانات و همزم آوردن از برای صاحب قریه؛ که آیا معتبر ملاحظه حاجت صاحب قریه است در روز اول، یا آن که قابلیت وسیع شدن قریه و بسیار شدن حیوانات و سکنه بعد از این اعتبار می شود؟-؟ خالی از اشکال نیست. ظاهر این است که مراعات ملاحظه قابلیت مکان و استعداد حاجت شود. گاه است که در

صاحب قریه و اتباع او، حیوان قلیلی دارند و در آخر بسیار می شوند. و گاه است به عکس است. و معیار در همه آن ها عرف و عادت است. و تصریحی در کلام فقها به این مطالب ندیده ام. و در اخبار هم چیزی نیست. و به غیر عرف و عادت،

معیاری(۲)

نیست(۳).

ص: ۲۷۹

۱- در نسخه: بنای.

۲- در نسخه: و معیاری.

۳- لازم است برای تکمیل این مسئله (و نیز مسئله ای که پیشتر گذشت) کمی در این جا درنگ کنیم و چند مطلب را بررسی کنیم: اول: اختلاف است در این که آیا مالک ملک، مالک حریم آن نیز می شود؟ یا نسبت به حریم فقط حق اولویت دارد؟ روشن است که قول به ملکیت حریم مصداق «جمع بین التابع و المتبوع» است و در مانحن فیه نتیجه می دهد «عیتیت تابع و متبوع» را و این «خلف» است. و ادله دیگر از قبیل آثار ملکیت، و معنی و مفهوم حریم و حتی در مواردی تسلسل حریم بر حریم و... بر ضعف این قول دلالت دارد. خصوصاً مسئله «جذر و مد» که در زیر می آید، دلالت بر عدم ملکیت دارد. زیرا ملک دچار جذر و مد نمی شود. دوم: حریم در مواردی (به ویژه درباره قریه) همیشه با «جذر و مد» ملازم است؛ اگر ساکنان آن و دام های شان بیشتر شود، حریم هم فراتر می رود، و اگر کمتر شود حریم نیز به شعاع کمتری عقب می نشیند. همین طور محتطب و غیره. و اهل قریه نمی توانند بگویند: زمانی که در گذشته گله های ما فراوان بود، همه این بیابان وسیع مرتع ما بود اینک نیز مال ما است، و با این تمسک دیگران را از احیاء آن یا از استفاده از آن منع کنند. سوم: بنای قریه: کسی برود در جایی برای خود و خانواده اش خانه، مسکن، باغ و مزرعه درست کند، به این «قریه» نمی گویند. حریم ملک او «حریم مفردات» است نه حریم قریه. و اگر او آدم پولداری است و به همراه نوکران و چاکرانی که هر کدام دارای خانواده هستند، رفته آن جا را آباد کرده، آن نوکران (و به قول مصنف-ره- آن اتباع) در همان روز اول مستحق احتطاب (هیزم آوری) هستند و حق خودشان است. و اگر آن اتباع دارای دام و حیوان باشند باز در همان روز اول حق مرتع دارند و حق خودشان است. و همچنین حق در آن محلی که برای خرید و فروش جمع شوند، و محل اسب دوانیدن، و ریاضت دادن اسبان، و جای خوابیدن شتران، و محل ریختن خاکروبه و خاکستر و سرگین حیوانات، و جای ریختن خاک از برای حوائج. همان حقوقی که میرزا(ره) به شماره آورد. آن کدام دلیل است که این حقوق مسلم اولیه را از آنان ساقط کند؟ و همه آن ها را در اختیار و تملک ارباب شان قرار دهد؟ اساساً بنای قریه به صورتی که همه آن قریه ملک یک فرد باشد، غیر ممکن است. مگر در دو صورت. ۱- کسی برود و یک «تک خانه» و مزرعه برای خود احیا کند، سپس به مرور زمان اولاد او ازدیاد یافته و محل سکونت شان به یک قریه تبدیل شود. ۲- کسی با پول خودش کارگران مفرد اجیر کند (نه اتباع) خانه های متعدد بسازد (در حدی که عرفاً به آن قریه صدق کند) سپس آن ها را در اختیار خانوارهای متعدد قرار دهد. در این دو صورت نیز غیر از حریم دیوارها، هیچ حریمی وجود ندارد تا برسد روزی که آن خانه ها مسکون و ساکنان دارای نیاز به هیزم و مرتع پیدا کنند. و وقتی که نیاز پیدا

کردند حریم شان حق خودشان می شود نه مال آن ارباب. چهارم: آیا حریم ها «حریم قریه» هستند یا حریم مالک قریه؟-؟ همان طور که مصنف(ره) فرمود، مورد اختلاف است و خود میرزا مالک قریه را صاحب حریم ها دانست. اما همان طور که بیان شد، اساساً هیچ قریه ای بدین معنی (بدین معنی) مالک ندارد تا مالک حریم های آن نیز باشد. در مسئله شماره ۲۳ دیدیم که میرزا(ره) به جای این که به «شخصیت مالی مستقل قنات» و «شخصیت مالی مستقل زمین های روی قنات» به طور جدا و مستقل از همدیگر، تکیه کند و بحث را در دو جمله تمام کند آن همه راه طولانی مباحثه را طی کرد و پس از آن همه گفتگوی بسیار، رسید به این که تزییع قنات، تزییع مال است پس جایز نیست. امروز به صراحت باید گفت: یأس از تاسیس حکومت مشروع شیعی، موجب شده که نقش «شخصیت حقوقی» که نمونه و مصداق بارز و بالا و بلند آن حکومت است، در عرصه فقه ما کم رنگ شود. و از دامنه حقوق «شخصیت حقوقی» کاسته شود و بر دامنه «حقوق فردی» افزوده شود. و الاً این مسئله مورد اختلاف (حریم ها مال قریه است یا مال فرد) به آسانی حل می گشت. و همگی به اجماع پاسخ می دادند که مسئله دو صورت دارد: الف: اگر مسئله و «تشاخ» میان قریه با قریه دیگر است: در این صورت قریه ها به عنوان «شخصیت حقوقی» صاحب حریم، شناخته می شوند و میان قریه ها (نه فرد و نه افراد) با محاکمه و مرافعه، حل می شود. ب: اگر تشاخ در میان ساکنان یک قریه است، در این صورت فرد و افراد به عنوان «شخصیت حقیقی» صاحب حریم شناخته شده و میان شان داوری می شود. و جالب این است که مردم در همین امروز بر همین روال عمل می کنند؛ اگر اختلاف میان دو قریه (مثلاً در مرتع) باشد، قریه ها را صاحب تلقی می کنند و اگر در میان افراد یک قریه باشد، فرد را صاحب می دانند. و به جان شرع و شریعت عمل می کنند بدون توجه به اختلاف فتوایی ما. توجه: در این مباحث کاری با مسائل و موضعگیری های سیاسی مختلف درباره نظام و حکومت جمهوری اسلامی، ندارم، یک بحث صرفاً نظری فقهی بل صرفاً حقوقی از نظر اسلام شیعی، می کنم؛ یعنی بر اساس نظر همگان و همه جریان های مختلف بحث می کنم گوئی این سطرها را پیش از تاسیس جمهوری اسلامی، می نویسم و نظر و نگاه من درباره این نظام روشن است و در نوشته های دیگر نیز آورده ام و اتهامات و آزار و اذیت هائی را هم از همه جریان های مختلف (بدون استثناء) تحمل کرده ام. چهار سال در مجلس دوم استدلال کردم که «معادن از انفال است». چه بی انصافی ها که نکردند. آن جناب رفت در مؤسسه فلان میلیاردی سخنرانی کرد و گفت «اگر معدن نفت از زمین کسی در آید مال اوست» نوار کاست سخنانش موجود است. اما در همین اواخر (اواخر سال ۸۹ یا اوایل ۹۰) مجلس تصویب کرد که معادن از انفال است. و خود همان جناب نیز تایید کردند. حسبنا الله و نعم الوکیل.

۳۷- سؤال: زمینی هست که بعضی آثار و علامات قبرستان در آن هست؛ مثل دخمه، و چهار طاقی و غیره. و معلوم نیست که وقف قبرستان باشد یا نه. و بعضی قبرها که معلوم شده است آن به غیر طریق شرعی مدفون شده و میت آن را مثل حال احتضار خوابانیده (۱) اند،

آیا می توان تصرف در آن زمین کرد و خانه و طویله و «بهاربند» (۲) ساخت یا نه؟-

جواب:

جواب: هرگاه این زمین مجهول المالک است و سابق بر این هم آن بلد مسکن کفار غیر اهل ذمه بوده که محتمل باشد که مقابر مسلمین نباشد بل ظاهر این باشد که قبور مسلمین نیست، تصرّف در آن زمین بر سبیل احیا به نیت تملک (هرگاه موات باشد) جایز است. و هرگاه موات نباشد و مجهول المالک باشد، قیمت آن را به فقرا تصدّق کند و تصرف کند.

و احتمال وقف بودن، با وجود عدم ثبوت، ضرر ندارد. و ملاحظه قبر بودن و عدم جواز تصرف در قبر مادامی که صاحب قبر خاک نشده باشد، موقوف است بر این که حکم شود به این که قبر مسلمی هست یا معاهدی. و در صورت عدم حکم به قبر مسلم یا معاهد بودن، احترام آن لازم نیست. و بهتر این است که در صورت تصرف در آن، استخوان ها را در آن جا دفن کند.

ص: ۲۸۱

۱- در نسخه: خابانیده.

۲- حظیره یا بهاربند، محل محدود اما بدون سقف که دام ها را در آن جمع کنند.

۳۸- سؤال: هرگاه زید دو دست عمارت داشته باشد که مابین آن ها شارع عامی بوده باشد. و عمرو احداث مجرای آبی در میان آن شارع کرده. آیا زید را می رسد ممانعت و ازاله آن مجری یا نه؟-؟ و حدّ حریم آن خانه را بیان فرمایند. و این که صاحب حریم چه نوع اختیار در حریم دارد؟

جواب:

جواب: بلی جایز است ممانعت او از برای مسلمین و ازاله آن. و اختصاصی به زید ندارد. و این نه از جهت حریم بودن [برای] خانه است که مخصوص زید باشد. بل که از راه این است که این گونه تصرف در شارع، جایز نیست هر چند شارع عام باشد و اختصاص به کسی نداشته باشد. و ظاهراً خلافی هم در مسئله نباشد.

بل که زید هم خود نمی تواند چنین تصرفی بکند. حتی از جانب عرض آن شارع که مابین دو خانه اوست نمی تواند از این خانه به آن خانه مجر[ا]ی آبی بسازد و به خانه دیگر خود ببرد.

بلی: علامه در تذکره گفته است که: اگر سردابی در زیر جاده بکند (یعنی نقبی بکند) که از این خانه خود به آن خانه خود برود و طاق آن نقب را محکم بسازد، بعض شافعیّه گفته اند که منع نمی توان کرد. و بعد از آن علامه گفته است که این سخن خوب است هرگاه احدی از ماژه که از آن راه عبور می کنند، متضرّر نشوند. و بعد از آن گفته است که هیچکس را نمی رسد که در روی زمین حفر کند و بر سر آن، طاق بزند. و گفته است که از برای هیچکس نیست که آن سرداب را در راه های مسدود (یعنی کوچه های سر بسته) (۱) که صاحب مخصوصی دارد، بکند هر چند در روی زمین نکند (۲) و سقف آن را

ص: ۲۸۲

۱- کوچه های بن بست.

۲- در نسخه: بکند.

محکم کند(۱). خواه ضرر برسد به صاحبان آن یا نرسد، به جهت آن که صاحب آن معلوم است و محصور است. و خلاف در آن مسئله را از بعضی شافعیه نقل کرده.

بعد از آن گفته است که جایز نیست احداث نهر تازه در راهی که مردم از آن عبور می کنند، خواه متضرر شوند عبور کنندگان به سبب آن، یا نه. و هر گاه کسی بکند چنین نهری، همه کس می تواند از آن بکند. و نقل خلافی نکرده. و بعد از آن گفته که هر گاه بر روی آن نهر طاقی محکم بسازد، اقرب جواز از آن است از برای هر کس(۲).

و اما سؤال از حد حریم: پس آن را در جواب سؤال از کیفیت احیا، بیان کرده اند(۳)،

به آن جا رجوع کند.

۳۹- سؤال:

۳۹- سؤال: شخصی زمین موات را که کسی احیا و تحجیری در آن نکرده، احیا کند و باغ کند در کنار مسیلی. حال کسی آمده و ادعا می کند که این زمین به فلان مزرعه بر می خورد که مال من است. آیا سخن او مسموع است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: در صورت موات بودن زمین و بی مالک بودن، هر کس آن را احیا کند مال اوست. و مدعی هر گاه اثبات کند احیا یا تحجیر آن را، مانع می تواند شد. و الا، فلا. و مراد از تحجیر این است که شروع کند در احیا، هر چند به این نحو باشد که خطی در دور زمین بکشد و نشان کند که آن را من بعد احیا کند.

و ظاهر این است که حفر قنات یا شق نهر از رودخانه مباح، از برای این که آب بر سرزمین موات بیاورد که آن را احیا کند، هم در حکم تحجیر آن زمین است به قدری که در عرف و عادت آن قنات یا آن نهر آن قدر زمین را می خواهد، هر چند به این نحو باشد

ص: ۲۸۳

۱- در نسخه: و سقف را آن را محکم کند.

۲- تذکره، کتاب الصلح- ج ۲ ص ۱۸۴، ط قدیم.

۳- ظاهراً «کرده ام» صحیح است، و در این صورت مرادش جواب مشروحه است که در مسئله شماره ۲۱ بیان فرمود.

که در هر دو سال یا سه سال یک زمین را زرع کند و باقی را واگذارد که قوت بگیرد. و در این صورت هر چند در دور زمین نشانی نکرده باشد، دیگری نمی تواند آن مقدار زمین را احیا کند، و صاحب قنات و نهر اولویت دارد به آن و مانع غیر می تواند شد.

و هرگاه احیای زمین نشده و تحجیر هم به هیچوجه نشده، حتی [اگر آب آن را داشته باشد با] این که در عرف و عادت هم بگویند که آن قدر آب آن قدر زمین را می خواهد [موجب اولویت نمی شود]. پس دعوی مدعی، مسموع نیست و باغ مال کسی است که آن زمین موات را احیا کرده.

۴۰- سؤال:

۴۰- سؤال: هرگاه کسی زمین مواتی را باغ کند و در میان آن زمین رشته قناتی باشد، و الحال مالک قنات می گوید که این باغ را آب مده که ضرر به قنات من می رساند. و احداث این باغ در حال حیات مورث مالک قنات بوده، و الحال وارث این دعوی را می کند.

جواب:

جواب: ساکت بودن مورث از دعوی منشأ بطلان دعوی وارث نیست. پس باید دید هرگاه اطراف قنات زمین موات بلا مالک بوده که باغ کرده، کسی مانع او نمی تواند شد. مگر این که باغ در حریم قنات واقع شده باشد، در این وقت مالک قنات می تواند مانع شد از آن چه در حریم قنات واقع شده از آن باغ.

و حریم قنات عبارت است از آن چه در عرف و عادت، آن قنات محتاج است به آن به جهت آمد و شد صاحب قنات، و محل تنقیه و گل ریختن، و تعمیر خرابی آن کردن. و همچنین آن چه در تصرف کردن در آن، ضرر به قنات می رسد. و در همه این امور رجوع به اهل خبره و عرف و عادت، می شود.

اما آن چه مشهور است که حریم قنات هزار ذراع است در زمین نرم و پانصد ذراع است در زمین سخت، آن حریم به جهت منع از احداث قنات دیگر است در جنب آن، نه

این که تا آن حد کسی نمی تواند هیچ تصرف بکند. پس مانع زرع کردن، و باغ ساختن، و عمارت ساختن غیر در آن، نمی توان شد مگر در آن چه به سبب آن ضرر به قنات برسد.

۴۱- سؤال:

۴۱- سؤال: در میان کوچه و شوارع عام که بلا مالک است، چهار پنج نفر کلنگی بر زمین زده چشمه آبی جاری و نهر آن را پاک نموده. و قطعات املاک که در تحت همان چشمه است مال کسانی می باشد که ابتدا کلنگ زده اند. و بعد از جاری ساختن آن چشمه مزبور، احدی دیگر که قطعه زمینی در فوق همان چشمه دارد، مزاحمت و ممانعت می نماید که آب چشمه از زیر دیوار زمین من بیرون می آید مال من است و احدی را دخل و تصرف در آن نیست.

آیا آب چشمه مسطوره، تعلق به قطعات املاک تحت دارد که ابتدا کلنگ زده تصرف نموده اند-؟ یا به املاک فوق چشمه؟

جواب:

جواب: تصرف در شارع عام به این وجوه جایز نیست. و از برای حاکم شرع و مسلمین هست که قنات و چشمه را سد کنند. و ظاهر این است که پوشانیدن روی آن هم نفعی از برای این تصرف ندارد.

به هر حال مادامی که آب می آید همان آب نه مال آن است که حفر کرده، و نه مال صاحب زمین فوق. بل که مال عامه مسلمین است. و مصرف آن مصالح عامه مسلمین است؛ مثل تعمیر همان شارع اگر محتاج شود، و تعمیر پل و رباط و مساجد و امثال آن.

۴۲- سؤال:

۴۲- سؤال: شخصی زمین خرابه را آباد کرده و درخت سیب و میوه های دیگر در آن جا نشانده، و تا ده بیست سال که حیات داشته به تصرف او بوده، و چندین شاهد هم هستند که می گویند که زمین از آن شخص است. و بعد از وفات آن شخص، [شخص] دیگر آمده آن زمین را که آن شخص آباد کرده بود، تصرف شده (۱).

و می گوید که این زمین

ص: ۲۸۵

۱- مراد «متصرف شده» است.

بلا مالک بود که آن شخص آباد کرد. و وارثان آن شخص می گویند که ما شاهد داریم و چندین سال در تصرف ما بود و از میوه آن خورده ایم (۱). و آن شخص دیگر می گوید که مجهول المالک است و به شما نمی رسد.

جواب:

جواب: هرگاه واقعاً بلا مالک یا مجهول المالک بوده است و این شخص ثانی هم معترف است به آن، پس تصرف این شخص ثانی چه چیز است؟! بلی: هرگاه این شخص ثانی حاکم شرع است (یعنی مجتهد عادل که نایب امام است) و بر او واضح است که تصرف اولی باطل است، از جمله آمین به معروف و ناهین از منکر است و می خواهد احقاق حق بکند. پس باید رجوع کرد به حاکم شرع.

والاً مسلمی است و تصرف کرده است هر چند مجهول المالک بوده است و تصرف او محمول است بر صحت. و محض این سخن ها منشأ بطلان حق او نمی شود.

و باید دانست که خرابه مجهول المالک را هرگاه کسی احیا کند به یت تملک، مال او می شود. و کسی را نمی رسد که از او بگیرد.

۴۳- سؤال:

۴۳- سؤال: آیا بیع و شرای آب جایز است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: اشکال نیست در صحت بیع آبی که مملوک انسان باشد به سبب حیازت یا غیر آن (در ظرفی یا حوضی یا امثال آن). به کیل، یا وزن، یا مشاهده که رافع غرر باشد.

و اما آبی که آن را از زمین آورده (به حفر چاهی، یا قناتی) به یت تملک، پس معروف از مذهب اصحاب این است که ملک او می شود. و جایز است از برای مالک انواع تصرفات؛ از منتفع شدن به هر گونه نفعی، و منتقل کردن به غیر به عوضی.

بلی: شهید در دروس از شیخ در مبسوط و خلاف، و ابن جنید، نقل کرده است قولی به این که هرگاه آب چاه او فاضل باشد از شرب خود او و از حیوان او و از زرع او،

ص: ۲۸۶

واجب است که بذل کند آن را به کسی که محتاج است به آن به جهت شرب خود و حیوان خود، نه از برای زرع و درخت. و آن قول ضعیف است.

و دلالت می کند بر جواز اخذ عوض، احادیث بسیار. و بعض اخبار که دلالت دارند بر منع اخذ عوض؛ مثل موثقه ابوبصیر(۱)

و موثقه عبدالرحمن بصری(۲)،

محمول است بر استحباب.

بلی: اشکال در این است که به صیغه بیع می توان فاضل آب را، یا اصل آن را منتقل کرد به غیر، یا نه؟-؟ مشهور علما تجویز نکرده اند. به سبب این که مبیع، مجهول است چون تدریجاً بیرون می آید، و آن چه مشاهده است ممزوج می شود با آن چه بیرون می آید. و از شرایط صحت بیع معلومیت مبیع است. و شهید در دورس گفته است که جایز نیست بیع آب چاه و چشمه مگر هرگاه اراده کند بیع آن را دائماً، که اقرب در این وقت، صحت است خواه منفرداً باشد و خواه به تبعیت زمین باشد. و گویا مراد او از شرط دوام، این است که بیع آب موجود در میان چاه و میان نهر که ماده دارند و دائماً از زمین بیرون می آیند، جایز نیست چون مبیع ممزوج می شود به غیر و مخلوط می شود و حال آن مجهول است. بخلاف صورت شرط دوام، که در آن صورت چنان جهالتی مضر نیست. و بنابر این پس [باید](۳)

بیع آن آب در ظرف یک سال، و یک ماه، بل که یک شبانه روز هم جایز باشد.

و به هر حال، آن چه دلیل منع است همان است که در مبحث بیع مذکور شد[ه] از جهالت مبیع. و اجماع منقول. و دلیل جواز، اخبار معتبره است که وارد شده است در آن؛

ص: ۲۸۷

۱- وسائل، ابواب عقد البیع و شروطه، باب ۲۴ ح ۲.

۲- همان، ح ۴.

۳- در نسخه: بایع.

مثل صحیحہ سعید اعرج «عَنْ أَبِي عَيْدٍ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّحِيلِ يَكُونُ لَهُ الشُّرْبُ مَعَ قَوْمٍ فِي قَنَاةٍ فِيهَا شُرَكَاءُ فَيَسْتَعْنِي بَعْضُهُمْ عَنْ شُرْبِهِ أَيْبِعُ شُرْبَهُ قَالَ نَعَمْ إِنْ شَاءَ بَاعَهُ بَوْرِقٍ وَإِنْ شَاءَ بَكَئِلٍ حِنْطَهُ» (۱). و حسنہ کاهلی کہ در آن جا سؤال کرده است از بیع آن به گندم یا جو. در جواب فرموده اند کہ «يَبِيعُهُ بِمَا شَاءَ هَذَا مِمَّا لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ» (۲). الی غیر ذلک از روایات معتبره متقاربه المضامین (۳).

ص: ۲۸۸

۱- وسائل، همان، ح ۱.

۲- همان، ح ۳.

۳- توجه: این مطلب در جائی است کہ شرکا در ملکیت آب شریک باشند. نه در «حق»- حقا به- سهم باشند. برای شرح این موضوع به مطالب زیر توجه فرمائید: اول: اگر شرکا به عنوان «شخصیت حقیقی» در ملکیت آن آب شریک باشند، هر کدام می تواند سهم معین خود را به یکی از شرکا یا به شخص دیگر در عوض چیزی یا مبلغی، واگذار کند. دوم: اگر سازندگان و ایجاد کنندگان قنات و همچنین سازندگان نهری کہ از رودخانه یا چشمه، جدا می شود، در روز اول این کار، شخصیت حقیقی خود را مالک آن قرار ندهند، بل قریه را به عنوان «شخصیت حقوقی» مالک آن قرار دهند، مثلاً بگویند این قنات، یا این نهر مال روستای علی آباد است. در این صورت اگر یکی از اهالی آن روستا در سالی زراعت نکاشته باشد، او نمی تواند سهمی از آن آب را به دیگری واگذار کند. زیرا مالک آب، قریه است و اگر زمینی از زمین های روستا نیاز به آب نداشته باشد، در واقع حقا به ندارد. سوم: صورت دوم (مالکیت شخصیت حقوقی) نیز دو نوع «حقا به بندی» می شود: الف: معیار «نیاز» باشد؛ هر زمین به میزان نیاز خود باید آب بخورد. و میزان آن را عرف تعیین می کند. ب: معیار (زمان) باشد؛ مانند یک شبانه روز، یا یک ساعت و... در این صورت هر کسی بیش از مدت معین خود نمی تواند استفاده کند گرچه مزرعه اش به طور کامل، آب نخورده باشد. آیا در این صورت می تواند از بخشی از مدت معین فرد دیگر در عوض مبلغی استفاده کند؟ و بالعکس: اگر زمین کسی در کمتر از مدت خودش، سیراب شد. آیا می تواند بقیه مدت خودش را به یکی از سهامداران در عوض مبلغی واگذار کند؟ نظر به این کہ «زمان بندی» برای تحدید «حد اکثر» است و کاری با جانب «اقل» ندارد، چنین معامله ای باطل است. و نیز: چون هیچ قطعه ای از قطعه زمین ها، مالک آب نیستند، و همین طور هیچ فردی از شرکا (به عنوان شخصیت حقیقی) مالک آب نیستند، و مالک آب، قریه است، بطلان این معامله، واضح است. و اگر فرض شود کہ از روز اول تاسیس قنات یا نهر، شرط کرده باشند کہ هر سهمی بتواند حقا به خود را واگذار کند، برگشت این صورت به صورت اول است. و مسئله چاه های عمیق پمپاژی امروزی نیز، به شرح بالا می باشد. این توضیح را آوردیم برای این کہ از قدیم و امروز، صورت های مذکور وجود دارند و خواننده محترم توجه کند کہ کلام محقق قمی (ره) فقط به صورت اول ناظر است.

پس اشکال واقع می شود نظر به این اخبار و نظر به جهالت مبیع. و اخباری که در منع بیع غرر واقع شده و اجماعی که در خصوص بیع مجهول، نقل شده، و خصوص شهرت بین الاصحاب در منع بیع در این جا. و اظهر ترجیح مشهور است. پس اولی آن است که حمل کنیم لفظ «بیع» را در این اخبار بر «اراده نقلی که صحیح باشد» مثل صلح. چون جهالت در صلح - خصوصاً در جائی که ممکن نیست استعمال - جایز است بدون خلاف و اشکال. و مؤید این است که این که در همه این اخبار مقصود بالذات در سؤال سائلین و جواب امام (علیه السلام)، بیان حکم «عوض» است که از چه چیز باشد، و التفاتی به حال بیع من حیث آنه بیع نیست. و این از مُضعفات اراده معنی حقیقت است خصوصاً به ملاحظه این که اطلاق بیع [بر] (۱)

مطلق معاوضه، در اخبار و کلام فقها بسیار است؛ مثل مسئله «بیع مفتوح العنوة» که گفته شده است که بیع می کند حق خود را، یا تصرّف خود را. و مثل مسئله «بیع خدمت مُدبّر» که روایتی که در آن وارد شده، محمول است بر اجاره.

و همچنین در خصوص موثقه اسحق بن عمار در مسئله «خانه که در دست شخص باشد و در دست پدران او بوده و مالک آن نبوده اند و نمی دانستند که از کی است» که در آن جا فرموده است امام (علیه السلام) که حق سکنای خود را می تواند بفروشد. و فقها از برای این حدیث توجیهات کرده اند.

و مؤید این است که فقها در مانحن فیه تجویز بیع کرده اند مطابق عبارت حدیث

ص: ۲۸۹

تفسیر کرده اند؛ از جمله آن ها عبارت تحریر این است: «اذا كان للانسان شرب من قنات فاستغنى عنه، جاز له بيعه بذهب او فضة او غلة او عرض او غيرها، و كذا ان اخذ الماء من نهر عظيم في ساقية يعملها»(۱).

و يلزم عليه مؤنثه ثم استغنى عنه جاز له بيعه». و بعد از آن گفته است: «و المراد بذلك اجارة النهر لهذه المنفعة ايّاماً معلومة و سميّ بيعاً مجازاً»(۲) که این عبارت صریح است بر این که به عنوان بیع جایز نیست، بل که باید مجریا را به اجاره داد. و صلح هم صحیح است چنان که گفتیم. و به هر حال، شکی نیست که احوط این است که به صیغه بیع حقیقی معامله نکنند، بل که به صیغه مصالحه بکنند.

و اما اجاره دادن آب: پس آن نیز جایز نیست، بل که هرگاه خواهد، مجریا را به اجاره بدهد و بالتبع مقصود انتفاع به آب آن باشد.

۴۴- سؤال:

۴۴- سؤال: هرگاه زید قناتی دارد در میان مزرعه عمرو. و عمرو مابین چاه های قنات زید را (که بر روی نقب رشته قنات است) زرع می کند و آب [نشت](۳)

می کند و به این سبب ضرر به قنات زید می رسد. آیا زید می تواند او را منع کند؟ و هرگاه چنین کرده باشد، غرامت ضرر را بگیرد از عمرو؟ و حریم قنات چه قدر است؟

جواب:

جواب: هرگاه رشته قنات زید در ملک عمرو واقع شده باشد و عمرو اراضی مابین چاه ها را زرع می کند و ید آن بر آن اراضی ثابت است، مانع او نمی تواند شد. خصوصاً هرگاه آن هم به ترک زراعت متضرر می شود. و معلوم نیست که مطلق آن اراضی که مابین آن چاه ها و در فوق قنات است، داخل حریم باشد. و تصریح به آن در کلام علما و اخبار ندیده ام.

ص: ۲۹۰

۱- در نسخه: يعلمها.

۲- تحریر، ج ۲ ص ۴۳۸ ط جدید.

۳- در نسخه: نشر.

بلی: آن چه عرف و عادت دلالت دارد بر حریم بودن، آن است که قنات محتاج به آن باشد در تردد و آمد و شد مالک قنات به جهت تعمیر قنات و تنقیه آن و محل گل ریختن و امثال آن. و لکن اثبات این حریم هم در زمین موات مباح، نفع می بخشد که دیگری نمی تواند آن مقدار حریم را احیا کند. و اما در املاک متجاوره [که] متصل اند به یکدیگر، پس حریم نمی باشد(۱).

بلی: هرگاه در املاک متجاوره (مثل صورت سؤال) صاحب قنات دعوی استحقاق حریم کند و صاحب ملک ادعای ملکیت حریم کند، و بینه در میان نباشد، اظهر تقدیم قول مدعی حریم است با یمین.

و می توانیم که از احادیثی که در حریم قنات ذکر کرده اند به جهت قنات دیگر در جنب آن (خصوصاً بنا بر مختار ما که بنای تحدید آن را به «ضرر رسیدن به قنات» گذارده ایم) استنباط کرد که زمین هائی که در میان چاه ها است، هرگاه یک نوع زمینی است

ص: ۲۹۱

۱- حریم بر دو نوع است: الف: حریم صرفاً به عنوان حریم: این حریم در املاک متصله به همدیگر، نیست. ب: حریمی که مقوم ذات ملک است؛ یعنی اگر آن حریم نباشد، آن ملک ملکیت خود را از دست می دهد: این نوع حریم در همه جا (خواه املاک متصله باشند و خواه نباشند) هست. مانحن فیه از مصادیق نوع دوم است. زیرا قنات بدون تعمیر و تنقیه محکوم به خرابی و موات شدن است. و اساساً چنین قناتی نمی تواند به وجود آید، مگر قناتی که دارای رشته خیلی کوتاه (مثلاً دارای یک یا دو چاه) باشد و صاحبش بتواند از درون نقب قنات آن را تعمیر و تنقیه کند. و نیز: در این مسئله، مراد از املاک متصله، املاکی هستند که در «در سطح زمین بودن» با همدیگر همسنخ باشند؛ مانند دو باغ، یک باغ و یک مزرعه، دو مزرعه، یک مزرعه و یک خانه و... و آن چه محقق قمی (ره) و طرفدارنش در این مسئله در نظر دارند، مبتنی بر مبنای مشخص شان است که معتقدند «مالکیت در زمین، از ثری است تا ثریا» که در مسئله شماره ۲۳ دیدیم که فرمود: «هر کس مالک زمینی شده، مالک آن است الی تحت الارض و الی تحت السماء». بدیهی است بنا بر این مبنای قنات و زمین زراعی مصداق دو ملک متصله، می شوند. اما در همان جا بیان شد که فقهای معاصر اجماعاً این مبنای را نمی پذیرند و مسائل مستحدثه ای (از قبیل هواپیما و مترو)، این بینه را مردود کرده است. و در نتیجه عدم حریم در املاک متصله، به املاک همسنخ در سطح زمین بودن، منحصر می شود.

که زرع در آن، مستلزم ضرر به قنات می شود، در این صورت از همین حیثیت داخل حریم و مرافق قنات می شود، این(۱)

نوع تصرف در آن نمی توان کرد، هر چند مثل خانه ساختن و جای حیوان ساختن و امثال آن ضرر به قنات نمی رساند، جایز باشد. و سخن های سابق که در حریم گفتیم باز در این جا جاری باشد؛ یعنی آن که گفتیم در املاک متجاوره حریم نیست، مگر در صورتی که صاحب حریم مدعی استحقاق حریم باشد و صاحب ملک مدعی ملکیت آن، که قول صاحب حریم مقدم است با یمین.

و آن(۲) هم در صورتی خوب است که ید مالک بر آن زمین به عنوان انواع تصرفات، مستقل نباشد و ید هر دو بر آن باشد و همیشه در نزاع باشند. و هرگاه ید او به عنوان استقلال باشد، قول مالک مقدم است با یمین.

و جواب مختصر این که: اظهر این است که هرگاه [آن زمین های مابین چاه ها، از باب زمینی است] (۳) که زرع کردن در آن، مضر به قنات است، ممکن است داخل حریم و مرافق قنات باشد از همین حیثیت. و هرگاه همیشه مابین مالک ارض و صاحب قنات، دعوی بوده در منع از زرع و صاحب قنات مدعی استحقاق این گونه حریم باشد، قول او مقدم است با یمین. و هرگاه ید صاحب زمین مستقل بوده در زرع و صاحب قنات مدعی عدوان است، قول صاحب ارض مقدم است با یمین.

ص: ۲۹۲

۱- در نسخه: و این.

۲- یعنی عدم جواز زرع، و جواز دیگر تصرفات.

۳- عبارت نسخه: هرگاه همیشه مابین آن زمین ها چاه ها از باب زمین ایست. - و لفظ «زمین ها» در حاشیه آمده.

۴۵- سؤال:

۴۵- سؤال: هرگاه جمعی قنات بایر را تحجیر نموده باشند و مبلغ خطیری اخراجات کشیده باشند. و قنات مزبور مدّتی هم به سبب عدم تعمیر بعضی از شرکاء افتاده و معوّق مانده باشد، و حال که می خواهند آن را تعمیر نمایند، بعضی از شرکاء سهم خود را نمی دهد. و امر قنات معوّق مانده است. آیا چنین تسلّطی دارند، یا نه؟-؟ حکم آن چه چیز است؟

جواب:

جواب: هر چند ظاهراً [علمای] شیعه خلافی ندارند در این که: شرکاء در قنات نمی توانند الزام کنند شریک را در تنقیه، و لیکن این مسئله از این باب نیست. و در این جا شرکا شریک در ملک نیستند بل که شریک در تحجیر است. و در صورت تحجیر هرگاه محجّر ترک اتمام عمل کند، حاکم شرع او را الزام می کند بر احیاء و تمام عمل، یا واگذاشتن موات که هر کس خواهد احیا کند.

و سرّ در این مسئله این است که در شراکت در ملک، می گوئیم که مالک مسلّط است بر مال خود، خواهد تعمیر می کند و خواهد خراب می گذارد. و در این جا هنوز ملک حاصل نشده، بل که محض اولویت است و می خواهد که به سبب احیاء، مالک شود. و استحقاق او همین قدر است که کسی دیگر مانع او نمی تواند شد. و لکن او هنوز مالک واقعی نشده. و فرقی نیست مابین این که همه شرکا واگذارند، یا بعضی، در جواز الزام به تعمیر.

و آن استحقاق هم مادامی است که بدون عذر تعویق نکند. و قدری از برای مدت اهمال، [معین] نیست، رجوع به عرف می شود؛ مثل این که تاخیر در تعمیر قنات به سبب

سرد بودن هوا باشد، یا به سبب تحصیل مقنی و آلات و اسباب کار، نه این که مثل فقیری باشد که قادر نباشد و انتظار می کشد که غنی شود، و امثال آن. بل که اظهر این است که در [باب] (۱).

الزام، احتیاج به رجوع به حاکم هم نباشد؛ پس هرگاه دیگری خواهد که احیا کند از برای خود، به او می گوید که احیا کن یا واگذار.

پس در صورت مزبوره، هرگاه این شریک کوتاهی می کند بدون عذر مسموعی، شرکاء می توانند احیا کنند تمام را از برای خود.

۴۶- سؤال:

۴۶- سؤال: هرگاه زید رشته قناتی از قدیم در جنب رودخانه داشته باشد. و عمرو هم در جنب دیگر رودخانه رشته قناتی داشته باشد. و در سنوات ماضیه قناتین خراب و در حین خرابی قناتین آب رودخانه جاری، و هر یک از صاحب قناتین حقا به از آب رودخانه به حکم شرع می گرفتند. و چند سال قبل از این زید صاحب احدی القناتین، قناتی در جنب قنات مخروبه خود، قریب به رودخانه به ردیف همان رشته قنات به فاصله متقاربه؛ به دو ذرع، و چهار ذرع، و ده ذرع، و پانزده ذرع، احداث کرد.

و بعد از احداث زید قنات جدید را، آب رودخانه خشک شده، و اهل خبره هم تصریح نمی کنند که باعث خشکی آب رودخانه، قنات جدید شده، لکن تصریح می کنند که هرگاه چنان که آب رودخانه جاری می بود، قنات جدید آب رودخانه را بیش از قنات قدیمه می کشید، و چون که رشته قنات مخروبه عمرو که در جنب دیگر رودخانه می باشد و او هم در حین آبادی از آب رودخانه می کشید، لهذا موجب ضرر به قنات عمرو هم می شود احتمالاً.

و به هر صورت آن عمرو آمده مانع از احداث قنات جدید زید، می شود. آیا در صورت مزبوره، عمرو را می رسد منع زید از احداث قنات جدید مرقومه یا نه؟-؟

ص: ۲۹۴

جواب: اما کلام در این که حفر قنات باعث خشکیدن رودخانه می شود، و توهم این که از برای رودخانه هم حریمی می باشد از حیثیت انتفاع به آب، چنان که از برای قنات می باشد، فاسد است. زیرا که اقوال اصحاب و اخبار منحصر است در ذکر حریم قنات و چاه. و کسی از برای رودخانه حریمی از این حیث قرار نداده. زیرا که رودخانه عبارت است از آن آب جاری که در آن، [آب] از چشمه سارهای فوق نابع (۱).

می شود و جاری می شود.

بلی: محتمل است که از برای اصل چشمه ملاحظه حریم بشود که چاه قنات که منبع آب باشد (۲).

هرگاه مجاری چشمه باشد، شاید که ضرر به چشمه برساند. و لکن در بعض اخبار تفسیر شده است «عین» به قنات. و در بعض اخبار که تحدید با پانصد ذراع شده، لفظ «بئر» مذکور است. و در بعضی لفظ «قنات». و این که لفظ غیر عین (۳) مراد از چشمه های متعارفه باشد که در روی زمین می جوشد، معلوم نیست.

و اما کلام در این که حفر قنات جدید، مضرّ به قنات قدیمی است که در جانب دیگر رودخانه است؛ پس هر چند اظهر در نظر حقیر در حریم قنات این است که «معیار تضرّر باشد. نه مجرد فاصله هزار ذرع در زمین نرم و پانصد ذرع در زمین سخت چنان که مشهور است» و لکن باید ملاحظه کرد که این را حفر قنات جدید می گویند یا نه. و این که آیا در ملک حافر واقع شده یا در ارض مباح. و هرگاه در ملک حافر باشد، پس باز مشهور در آن این است که ملاحظه حریم نشود و هر کس در ملک خود هر تصرفی خواهد می کند. (و هر چند حقیر در این اشکال دارم و تقویت اعتبار اضرار جار- در

ص: ۲۹۵

۱- در نسخه: تابع.

۲- پیش تر نیز اشاره شد که لفظ «منبع» در این جا با اصطلاح فارسی آن اشتباه نشود. منبع یعنی محل بیرون آمدن آب.

۳- مانند لفظ بئر و قنات.

صورتی که در ترک آن ضرری به مالک نرسد - خالی از قوت نیست) و لکن اشکال در این است که آیا این احداث رشته جدید در جنب رشته قدیم، داخل احداث قنات (۱) جدید است در جنب قنات همسایه که حریمی در آن باید اعتبار کرد؟ خواه به ملاحظه مسافت محدوده (چنان که مشهور است) یا به ملاحظه تضرر (چنان که خلاف مشهور است و قوی است). و این داخل عنوان مسئله مشهور است؟ یا داخل آن نیست بل که این را حریم قنات قدیمه می گویند (۲).

چنان که قنات را (از راه منفعت متعارفه آن که آب آن است) حریمی هم می باشد از برای اصل قنات (۳)

و آباد بودن آن. و آن عبارت است از آن چه محتاج است به آن در عرف و عادت؛ مثل ممز و معبر که مالک آمد و شد کند، و مقنی (۴)

از برای تنقیه آن تردد کند، و مقدار زمینی که در اطراف آن که از برای ریختن گل و خاک ضرور باشد، و مقداری از زمینی که هر گاه چاهی و نقبی منهدم شود و قابل تنقیه نباشد نوکن باید کرد و حفر چاه و نقب جدید کرد.

هر گاه این رشته جدید از باب این گونه حریم باشد، این را «احداث قنات جدید در جنب قنات همسایه» نمی گویند. و بر فرض که این را «احداث قنات جدید» می گویند و بنا را به ملاحظه ضرر بگذاریم، مفروض این است که قنات همسایه بالمزه خراب است. و ظاهر کلام علما که گفته اند که «شرط است در احیا این که حریم عامری نباشد» هر چند ظاهر در این است که از برای موات و مخروبه، حریم و مرافقی نباشد و لکن اظهر این است که در نظر حقیر حریم مخروبه در «حریم مخروبه بودن» باقی است. بنا بر این،

ص: ۲۹۶

۱- در نسخه: این داخل این احداث..

۲- یعنی: این مصداق «احداث قنات جدید» نیست بل کاری است که زید در حریم قنات قبلی خود، کرده است.

۳- عبارت نسخه: چنان که قنات را حریمی از راه منفعت متعارفه آن که آب آن است حریمی می باشد از برای قنات.

۴- در نسخه: مغنی.

حریم قنات مخروبه هم باید ملاحظه شود(۱).

و لکن چون معیار در نظر حقیر در حریم قنات، تضرر جار، است نه مسافت، پس باید ملاحظه کرد که آیا معیار، تضرر بالفعل است یا تضرر بالقوه هم کافی است. و بر فرضی که شامل بالقوه باشد، باید الحال امنای معتمدین از اهل خبره حکم به اضرار این رشته قنات جدید، به آن قنات همسایه، کنند. و این را از کجا می دانند(۲)؟

و احتمال (این که اگر آباد می بود و آب به رودخانه می آمد پیش از حفر این قنات جدید، آب رودخانه به آن، بیشتر می رسید و به سبب این کم می شود) منشأ تسلط بر منع از این حفر جدید نمی شود(۳).

اگر از باب لجاج و عناد باشد، آن همسایه هم که عمرو است، هر وقت خواهد قنات خود را آباد کند، او هم رشته نو در جانب رودخانه حفر کند مثل زید.

ص: ۲۹۷

۱- کلام و بیان محقق قمی(ره) در این بخش، دقت بیشتری می طلبد. زیرا سخن از دو نوع حریم است: الف: حریم تعمیری، ممری و نگهداری که هر قنات نیازمند آن است. در بالا با توجه به این حریم، نتیجه گرفت که: اگر قنات جدید زید در این نوع حریم قنات خود قرار دارد، این را «احداث قنات جدید» نمی گویند تا زید موظف به رعایت حال قنات عمرو باشد. ب: حریم یک رشته قنات نسبت به یک رشته قنات دیگر؛ در این جای بحث بنابر «فرض» گذاشته و می گوید: بر فرضی که این را احداث قنات جدید می گویند. این فرض، دو کاربرد دارد: اول: چون زید همه رشته قنات را از اول تا آخر، از نو احداث کرده، مصداق اصطلاح «نوکن» و تجدید یکی دو چاه نیست بل مصداق احداث رشته قنات مستقل است و عرفاً چنین کاری در معنی حریم قنات قبلی جای نمی گیرد. دوم: اساساً قنات جدید، در خارج از حریم قنات قبلی باشد. بنابر هر دو قسم از این فرض، زید را موظف می کند به رعایت حریم قنات مخروبه عمرو. و در شماره های پیشین مسئله ها، روشن کرد که چون قنات مخروبه، ملک است و ملک امام(علیه السلام) است، پس هر دو نوع حریم آن (یعنی هم نوع الف و هم نوع ب) هر دو باقی هستند.

۲- یعنی: معتمدین و خبرگان از کجا می توانند چنین حکمی را بکنند.

۳- یعنی صرف احتمال کافی نیست، باید خبرگان قاطعانه حکم کنند.

و به هر حال، در صورت سؤال تسلط عمرو بر منع زید از رشته جدید، راهی ندارد(۱).

۴۷- سؤال:

۴۷- سؤال: آبی از قنات بر آمده در زمین قریه به قدر یک فرسخ یا بیشتر، جاری است که عبور می کند به قریه دیگر می رود. و صاحب قریه اول می خواهد در کنار نهر مزبور درخت بکارد. و صاحب آب مانع است به جهت این که در گرمی هوا درخت ها آب مرا جذب می کنند(۲). و می گوید که اهل خبره می گویند که هر درختی هر روز به قدر یک بره(۳) آب می کشد. در حین کاشتن مانع در استعمال حریم نیز نیست، اگر حریمی داشته باشد باید حریم متصل به نهر باشد. و یا این که مالک زمین صاحب نهر را اذن در تصرف در کنار نهر که اندکی دورتر باشد می دهد. صاحب نهر به جهت عذر اول راضی نمی شود. حقیقت را بیان فرمائید.

جواب:

جواب: هرگاه حریم از برای نهر مسلّم الثبوت است، صاحب زمین بدون اذن صاحب حریم نمی توان[د] در آن تصرفی کرد. و هرگاه متنازع فیه باشد و بیّنه نباشد، اظهر تقدیم قول ذی الحریم است با یمین. و هرگاه ثابت نشد از برای نهر، یا ثابت شد و مالک ارض در خارج حریم غرس می کند نزدیک به نهر و لکن عروق اشجار داخل نهر می شوند و جذب آب می کنند، باز صاحب نهر می تواند مانع شد.

و حریم نهر آن است که نهر محتاج است در گل ریختن به کنار آن در حین تنقیه، و راه رفتن در کنار آن به جهت اصلاح آن. و این که صاحب زمین به او راه می دهد که در

ص: ۲۹۸

۱- مطابق رأی مشهور که «مسافت» را معیار می دانند نه «تضرّر» را، عمرو می تواند مانع شود. مگر این که زید همان قنات کهنه را تعمیر کند.

۲- این حساسیت ها در مناطق کویری قابل درک است. معروف است که کشاورز کرمانی وقتی که از مزاحمت ها به تنگ می آمده می گفته: یک شاش موش آب داریم آن را هم مزاحم ها تلف می کنند.

۳- ظاهراً مراد برّه گوسفند است. و در برخی مناطق ایران، به آبی که با حدّ اقلّ «دبی» باشد که بتوان با آن مزرعه را آبیاری کرد، «برّه» می گویند. بدیهی است که مراد این نیست.

زمین او تردد کند و گل بریزد، و امثال آن که عوض آن در حافه نهر غرس اشجار کند، بر صاحب نهر لازم نیست قبول آن. خصوصاً این که این معنی نفع به رفع ضرر در جذب آب و غیر آن ندارد.

۴۸- سؤال:

۴۸- سؤال: هرگاه چاهی بکند در صحرائی از برای احداث قناتی که اراضی که در تحت آن باشد، احیا کند. و آن چاه را اول می کند و اگر آب بیرون آید و قنات را تمام کند، زمین را زرع کند. و چاه را کند و آب هم بر آمد. [اگر] (۱)

دیگری بیاید و قبل از اتمام قنات و بعد حفر همان بئر، تحجیری بر آن اراضی بکند، آیا ملکیت و اولویت برای او حاصل می شود یا نه؟-؟

جواب:

جواب: ظاهراً کندن چاه به جهت امتحان (که اگر آب بر آید همان چاه یکی از چاه های قنات باشد و به همان قنات، همان زمین را شرب کند هرگاه آن چاه آب بر آورد) این معنی تحجیر است و او اولی است. و دیگری نمی تواند تحجیر و احیای آن زمین را بکند. و اگر احیا کند هم ملک او نمی شود.

و همچنین: مطلق حفر بئر به قصد احیای زمین، تحجیر است از برای آن زمین.

۴۹- السؤال:

۴۹- السؤال: اذا شُقَّ من نهر مباح انهاراً (۲) متعدّدة، کل منها لشخص. و تلك الانهار بعضها ينتهي الى ارض قليلة تشرب منها و يفضل الماء منها. و بعضها ينتهي الى اراضی كثيرة لا يفي بها مائه. و لم يُعلم تقدم بعضها على بعض. فهل يختص ماء النهر الفوقانی بمالك النهر و له أن يمنع الفاضل عن ارضه، عن مالك التحتانی؟ او ليس له بل يجب ارساله الى ما تحته؟ و على الثاني؛ هل يجوز لمالك الفوقانی احياء ارض أخرى ألان؟ او احداث طاحونة يجرى فاضل الماء اليها-؟ او نحو ذلك ام لا؟-؟

ص: ۲۹۹

۱- در نسخه: و.

۲- و فی النسخة: انهاراً.

الجواب: الاظهر أنه لمالك الفوقاني منع الفاضل و ان استنصر (١) التحتاني بمنعه و يبس زرعه. و ما يتوهم أنه «ليس له الأ سقى زرعه و يجب عليه ارسال الفاضل الى ما تحته»، فهو غفلة عن المسئلة. اذ هنا مقامان.

احدهما: ان من شق نهرًا من نهر مباح بقصد التملك في ارض مباحة، فيملك النهر و ما يدخل فيه من الماء، على الاظهر الاشهر. و أنما خالف الشيخ في تملك الماء بل قال «أنه أنما يفيد الاولوية له» (٢) لظواهر بعض الروايات العامية الضعيفة سندا و دلالة.

و على المشهور فهو مالك لما يدخل فيه من الماء و ان كان بالاستعداد لا بالفعل؛ كما لو اوصل النهر الى النهر المباح حين لم يكن ماء فيه. و يكفي في ذلك حفره الى قرب المباح بحيث لا يبقى حاجز معتد به عرفاً. و هذه الملكية ليست تابعة للارض. فلو فرض ان لا يكون له ارض و لكنه تملك الماء لان يبيع الماء من غيره ممن له مزارع تحته. او ليحيى حد ذلك ارضاً ميتة تحته. او لأن يحدث طاحونة. فيصح تملكه. فهو مستحق لما يحتمله النهر من الماء عادة و ليس لمن تحته مزاحمته و ان جف زرعه و تضرر. و لكن يستحب لمالك الاول ارسال الفاضل الى الثاني و عدم منعه اذا فضل عن حاجته.

و الثاني: أنه اذا اجتمع ملاك على ماء مباح من غير جهة شق النهر؛ مثل أن يجري واد من الجبال الى [أن] يصل الى اراضى كثيرة لملاك متعددين بعضها فوق بعض، و لم يعلم تقدم بعض الاراضى على بعض فى الاحياء و استحقاق الشرب. فيقدم ما يلى الفوهة و يقضى حاجته، ثم يرسل الى أن ينتهى الى الغاية. على تفصيل مذکور فى محله فى

ص: ٣٠٠

١- لعل الصحيح: استنصر.

٢- المبسوط، ج ٣، ص ٢٨١ ط المرتضوية- الخلاف، ج ٣ ص ٥٣١ ط جماعة المدرسين.

التساوى فى قرب الفوهة، و الاختلاف، و الفرق فى مقدار السقى بين الزرع و الشجر، و غير ذلك.

و المعيار فى هذه المسئلة اعتبار مقدار الارض؛ فكلّ منهم يسيحّ من الماء بقدر ارضه. بخلاف المقام الاول، فانه لا دخل فيه للارض. فانّ الحافر للنهر قد حاز الماء فى النهر ينتفع به على اى وجه يمكنه. و اما المقام الثانى؛ فانما ياخذ الماء لاجل سقى ارضه. فاستحقاقه بقدر حاجة ارضه. و لذلك فزع على قول الشيخ فى المقام الاول [انه] اذا اجتمع جماعة فى حفر النهر و اصاله الى المباح و لم يكن اجتماعهم فى السقى، و لا تراضوا بالمهايات بين الشركاء، انما يكون بنسبة اراضيهم. لانّ استحقاق الماء انما هو لاجل الارض، و الماء مباح و ليس مملوك- [أ] حتى يجب التقسيم. و لا يكون بنسبة عملهم و نفقتهم فى النهر.

و ردّ لضعف المبنى و المبنى عليه. بل التحقيق انّ الاستحقاق انما هو بالنسبة الى العمل. فيجب عليهم مع امكان تقسيم الماء بناءً على العمل على المهايات.

فالانهار فى المقام (١) الاول ينزل مقام الاراضى فى المقام الثانى فى انّ الاقرب الى الفوهة (٢) مع جهالة الحال يستحق التقدم و اخذ [حظه] (٣)، ثم ما بعده الى ان ينتهى الى الآخر، سواء كان لها اراضى ام لا. و سواء تفاوتت اراضيهم مع وجودها [ام] (٤) تقاربت. و سواء كان الفوقانى ارضاً ام لا. و هذا هو الذى اوجب الخلط على المتوهم.

و يُعلم انّ السواقى الصغار التى لا يحتاج الى كلفه معتدّ بها و ليس وضعها الا لاجل

ص: ٣٠١

١- و فى النسخة: و فى المقام..

٢- اى النهر الاقرب الى الفوهة.

٣- و فى النسخة: حنطة.

٤- و فى النسخة: انّ تقاربت.

ايصال الماء الى الاراضى، ليست فى معنى النهر المذكور فى المقام الاول. فليس لصاحب ساقية الارض الفوقانية اجرائه الى الارض يستجدها و يحدثها بعد استحقاق الاراضى التالية لها للشرب.

و على هذا فلا يمكن ان يقال: «ان هذه الانهار المتعددة التى شقت من المباح و تنزع(١) الماء منه و تسقى(٢) الاراضى تحتها، يصدق عليها انها املاك تشاح ملاكها فى السقى و اجتمعوا على السقى من المباح و قد صرحوا فى ذلك بعدم استحقاق الارض المحدثه للشرب الا مع الزيادة عن الجميع، و الارض المحيئة المستحقة للشرب قبل ذلك يمنع عن استحقاق المستجدة». فانهم صرحوا بتفاوت المقامين و انما ذكروا ذلك فى الماء الذى لا يقبل شق الانهار منه. بل مثلوا بالانهار الصغيرة التى تسقى الاراضى التى تحتها و لا يشق منه [نهر]، نهره بالسيل الجارى على اراضى متقاربة(٣).

و هذا هو الذى ذكروا ان «فى صورة عدم امكان الاجتماع فى السقى و اشتباه حاله فى التقدم و التأخر، يقدم من يقرب بالفوهة، متنازلاً الى الآخر». و قالوا انه لا يستحق ارض احييت بعد تلك الاراضى للشرب من ذلك الماء، الا اذا فضل منها. بل ربما قيل بعدم جواز الاحياء، و ان كان الاظهر خلافه.

و اما مسئلة شق الانهار من النهر المباح؛ فاكتفوا فيها ببيان تملك الماء و عدمه (و المخالف فيه الشيخ حيث قال بالاولوية كما مر) فيجوز لمالك كل نهر بيع فاضل مائه عن ارضه، و احياء ارض آخر يسقى من هذا الماء، و احداث الطاحونة و غير ذلك.

نعم: نقول بكون الانهار فى مسئلتنا هذه بمنزلة الاراضى فى مسئلة النهر الصغير و ماء

ص: ٣٠٢

١- فى النسخة: ينزع.

٢- و فى النسخة: يسقى.

٣- راجع او اخر كتاب احياء الموات من المبسوط، ترى ما يوافق قول المصنف(ره).

السييل الذى يتشاح عليه الملاك و يُقدّم من يلى الفوهة. و لا يجوز لاحد حفر نهر آخر فوق تلك الانهار يمنع الماء، و ان قلنا بجوازه اذا اكتفى بما فضل من تلك الانهار، و هذا لا يستلزم عدم جواز احياء ارض جديد لصاحب كل نهر و استحقاقها للسقى. و كذلك ساير التصرفات.

نعم: يقع الاشكال فيما لو اشتبه الحال ان شق هذه الانهار، هل كان لمحض سقى الارض التى كانت تحتها و ذلك بمنزلة محل جريان الماء من النهر الصغير او السيل الى الاراضى، فيكون من باب تلك المسئلة و يتبع استحقاق السقى بقدر الارض- [ا] و ان حفر النهر بالاصالة كان مطلوباً بالحافر(1) مع قطع النظر عن سقى الارض-؟ و يمكن ان يقال: ان ظاهر اليد على النهر بعنوان التملك سيما من باب الاستمرار، دليل على ملكية ماء النهر له مع قطع النظر عن الارض. سيما و حيازة الماء مع قطع النظر عن الارض، مقصودة للعقلاء [و] ليس من باب اللغو.

مع انا نقول: استحقاق الاراضى التى تحت النهر الصغير و السيل [انما] (2) بعد كون تلك الاراضى محيأة، ثم اجتمع اربابها على اجراء الماء اليها [و ما] (3) كان احيائها باخذ ذلك الماء بان يكون من باب التحجير فيحصل استحقاقها و اولويتها بالماء مقارناً باجراء الماء. بخلاف مسألتنا هذه؛ فان استحقاق الاراضى للشرب و صيرورتها محيأة، غالباً تابع لشق النهر، و متأخر عنه فى الوجود. فيصير النهر احق بالماء قبل الارض. فيلزم ملاحظة سعة النهر للماء، لا ملاحظة الاراضى.

فان قلت: ان من المحتملات ان يكون مثل شق الانهار لاجل ما كان تحتها من

ص: ٣٠٣

١- و فى النسخة: بالحافرة.

٢- و فى النسخة: اما.

٣- و فى النسخة: ان.

الاراضى. و على القول باشتراط التّيه في حيازة المباحات، أنّما كانت الحيازة منويّة بقدر الارض. و الاصل عدم تيه الزائد على ذلك. فليس لصاحب هذا النهر العدى ارضه قليلة الا ما علم أنّه داخل في تيته. فلا يجوز له شرب الزايد على تلك الارض. و احياء الارض يمنع ساير الاراضى.

قلت: هذا معارض بأنّه لعلّه نوى تملك الماء بقدر ما يسعه النهر. سواء قصد معه سقى الارض القليلة معه، ام لا. فكما أنّ الاصل عدم تيه حيازة الزائد على مقدار الارض القليلة من الماء، ف- [كذا] الاصل عدم قصد خصوص سقى الارض معينه او مطلقه منه. فيبقى حفر النهر مع قطع النظر من الارض. و فعل المسلم لا- يُحمل على اللغو، سيما مع كثرة الكلفة على العمل. فيبقى ادخال الماء في النهر، خالياً عن المعارض. فلا اقلّ من اولويته بقدر ما يسعه من الماء.

و عدم اللغويّة؛ كما أنّه دليل على ثبوت غرض صحيح، فهو دليل على كون النهر على هذا المقدار من السعة، لغرض صحيح. لظهور تفاوت الخرج و النفقة بين التوسيع و الضيق. فاذا ضمّ الى ذلك الظهور، أنّ العاقل أنّما يقصد التملك في هذه الكلفة، فثبوت اليد عليه يدلّ على الملك. فلا مناص عن الحكم بمالكية صاحب النهر الفوقانى لما يسعه من الماء.

نعم: لا- يجوز لمالك النهر حينئذ توسيع النهر ليحتل الماء ازيد من السابق. [لأنّه] فى حكم احداث نهر جديد يمنع الماء من هذه الانهار، و فى حكم احياء ارض جديد ليسقيها من ساقية السابقة فى الاراضى المتجاورة المجتمعة على النهر الصغير او ماء السيل فى [المسيل] الثانية.

و ممّا يدلّ على الفرق بين المقامين تصريحهم بأنّ الشركاء فى هذا النهر المشقوق من المباح، بعد تقسيمهم بواسطة خشبة صلبة ذوات ثقب متساوية على قدر حقوقهم فى مقدم

الماء، و اخراج الماء فى السواقى. كلّ منهم [يُسقى] بساقيته(١)

ما شاء سواء كان له(٢) شرب من هذا النهر ام لا- و كذا البحث فى الدولاب؛ له ان يُسقى بنصيبه ما شاء. و لكلّ واحد ان يتصرف فى ساقيته المختصّة به ما(٣) شاء؛ من اجراء غير هذا الماء، او عمل رحي، او دولاب، او عمارة، او غير ذلك. و ليس له ذلك فى الشريك(٤) (فلاحظ القواعد و غيره).

فانّ جواز السقى بنصيبه ما(٥) لم يكن له حق شرب من اصل النهر بعد التقسيم، يستلزم جوازه اذا كان النهر مختصاً بواحد، او يكون مشتركاً بينهم و لم يقسم بعد.

و بالجملة: يملك الماء فى القسم الاول بمقدار العمل و النفقة، لا- الاراضى. و فى القسم الثانى بمقدار الاراضى. و الفرق بينهماين(٦).

ص: ٣٠٥

١- و فى النسخة: بساقيه.

٢- الضمير يرجع الى «ما» الموصول.

٣- و فى النسخة: مهما.

٤- لعله نشأ من النسخ، و الصحيح: المشترك.

٥- «ما» موصول و مفعول ل-«السقى».

٦- و لا يذهب عليك: انّ هنا مبنان: الاول: عدم جواز احياء كل موات و حيازة كل ماء مباح من دون اذن الامام(عليه السلام) او نائبه. و هذا هو الاقوى الدالّ عليه الاخبار عاماً و خاصاً، اطلاقاً و اختصاصاً. و ادلّة الاباحة العامة المطلقة منصرف بزمان عدم بسط يد الامام، او نائبه. و المسئلة على هذا المبنى واضحة، لانّ صاحب النهر عيّن عند الاستيدان نيته و قصده. فان اذن له الامام حيازة الماء للزرع فقط فليس له تاسيس الطاحونة. و كذا احياء ارض جديد له. فانه اّما اخذ الاذن للاحياء الجديد ام لا، كلاهما معلوم و لا- مجال للخلاف. الثانى: جواز احياء كل موات و حيازة كل ماء مباح من دون اذن الامام(عليه السلام) او نائبه. و هذا هو المشهور، و عليه المصنف(ره). و المسئلة على هذا المبنى ينجزّ الى الاختلاف و «ان قلت، قلت»، و يحتاج الى الاستدلالات الغريبة لكلّ من الآراء المختلفة. و هذا احدى المعضلات المتعدّدة الكبيرات الناشئة من هذا المبنى فى عرصه الفقه و الفقاهة. و قد أُشير فى التعليقات السابقه انّ شهرة هذا المبنى، نشأت من «اليأس من تاسيس الحكومة المشروعة الشيعية». و الاّ لا دليل لها الاّ- ادلّة الاباحة العامة المطلقة، و هى كما ذكر. و انت ترى تفكيك المياه بالصغار و الكبار، و جعل المعيار معيارين؛ للكبار معياراً و للصغار معياراً، بالتمسك بلحاظات و تكلفات. فالمناسب فى الباب، التفصيل بين بسط اليد و عدمه. و المفروض فى كلام المصنف(ره) هو الثانى، لا الاول.

۱- سؤال:

۱- سؤال: هرگاه کسی چیزی در شارع عام یا بیابانی که عسکر نیز در آن اوقات عبور نموده باشند، بیابد. حکم آن چه چیز است؟

جواب:

جواب: اشهر و اظهر این است که جایز است از برای آن کس، مالک شدن آن. همچنان که هرگاه در خرابه [ای] بیابد که اهل آن بر طرف شده باشند. یا بیابد چیزی را مدفون، در زمینی که مالک نداشته باشد. به دلیل دو حدیث که روایت کرده است محمد بن مسلم در خصوص یافتن نقره در خانه خرابه (۱).

و اصحاب فرقی نگذاشته اند مابین نقره و

ص: ۳۰۷

۱- وسائل: ابواب اللقطه، ب ۵ ح ۱ و ۲.

و نه مابین خانه خراب و زمین خراب و بیابان و زمین بلا مالک.

و ظاهر این است که نظر ایشان به علتی است که از آن دو حدیث فهمیده می شود؛ که «عدم تحقق اهل» است از برای آن. و اخبار [ی] که دلالت می کند بر وجوب تعریف در چیزی که بیابد، محمول است بر جایی که اهل داشته باشد؛ مثل میان شهر، و زمین های صاحب دار آبادان، و امثال آن. و در آن جاها که گفتیم که مالک می شود بدون تعریف، فرقی نیست مابین این که اثر اسلام در آن ظاهر باشد یا نباشد. و قول به این تفصیل، ضعیف است.

پس عموماً لقطه که وارد شده است در وجوب تعریف، مخصّص است به این دو حدیث. و همچنین عموم آن چه دلالت می کند بر این که مال مجهول المالک را بعد یأس تصدق باید کرد. و استفاده حکم بیابان و خرابه و غیر آن از علت مفهومه از آن دو حدیث صحیح، است. یا از راه عدم قول به فصل.

و هرگاه یک سال تعریف بکند در جاهائی که احتمال فایده داشته باشد، و بعد تصدق کند، کمال احتیاط کرده خواهد بود.

۲- سؤال:

۲- سؤال: هرگاه کسی در مسجد بلدی که وطن او نیست، پولی بیابد در حال صغر. و بعد از بلوغ آن را به مصرف برساند. و الحال بیست سال متجاوز است و صاحب آن را نمی داند. چه کند؟

جواب:

جواب: ظاهراً «تعریف لقطه در یک سال» به سبب تأخیر ساقط نشود، به جهت آن که احتمال پیدا کردن صاحب، باقی است. الحال یک سال تعریف بکند و بعد از آن به مقتضای لقطه عمل کند که تصدق کند مساوی آن را از برای صاحب، یا خود مالک بشود

ص: ۳۰۸

از برای صاحب، یا به امانت برای صاحب نگاه دارد. و هرگاه خود نتواند در آن بلد تعریف کند نایبی امین معین کند. و الله العالم.

۳- سؤال:

۳- سؤال: هرگاه کسی در میان حجره خود پولی بیابد و نداند که از کی است. و همچنین در صندوق خود. چه کند؟

جواب:

جواب: هرگاه کسی دیگر داخل آن خانه نمی شود به غیر از او، و کسی دیگر دست به آن صندوق نمی کند به غیر او، حکم می شود به این که مال اوست. چنان که از اطلاق حدیث صحیحی (۲) مستفاد می شود. و بعضی گفته اند که این در صورتی است که جزم نداشته باشد که از او نیست، و اگر جزم داشته باشد که از او نیست، در حکم لقطه است. و این مخالف اطلاق نص و فتاوی علما است. و این قائل گمان کرده که حکمت در حکم به اختصاص، این است که گاه است از او باشد و فراموش کرده باشد. و شاهد حال (که کسی دیگر در آن جا تصرفی ندارد) دلالت دارد بر اختصاص به او. و این معنی در صورت علم به این که از او نیست. تحقق ندارد. و بر این سخن وارد می آید که گاه است که حق تعالی این را حق او قرار داده باشد از کرم خود و منوط بر ملکیت سابقه نباشد (۳).

و اما هرگاه کسی دیگر هم در آن خانه یا صندوق، دخل و تصرف دارد، اولاً به او اعلام می کند، هرگاه او هم انکار کرد و گفت از من نیست، این در حکم لقطه است که باید یک سال تعریف کرد. و اطلاق نص و فتوی در وجوب اعلام شریک (۴)، اقتضا می کند عدم فرق مابین اقل از درهم و اکثر را. و اشتراک در تصرف و یدهم مقتضی آن است.

ص: ۳۰۹

۱- در نسخه: یا ضمان.

۲- وسائل، ابواب اللقطه، ب ۳ ح ۱.

۳- و این یعنی «حکومت حدیث بر قواعد».

۴- کسی که در «تصرف در حجره» با او شریک است و همین طور در تصرف در صندوق.

و بعضی گفته اند که هر گاه شریک منحصر باشد و بگوید از من نیست، آن هم در حکم مختصّ به خود می شود که مال او است و دیگر تعریف نمی خواهد. و این خالی از اشکال نیست نظر به اطلاق.

و ظاهر این است که در صورتی که شریک داشته باشد و ادعا کند که از من است دیگر از او بینه [و] وصف کردن، مطالبه نباید کرد. چون مالی است که کسی ادعای استحقاق آن را کرده (۱).

است و قول مسلم محمول بر صدق است.

کتاب اللقطه من المجلد الثانی

۴- سؤال:

۴- سؤال: شخصی ده پانزده سال قبل از این، بزغاله [ای] در بیابان یافته و آن را آورده. و الحال که حساب می کند قریب به هشتاد بز از آن به عمل آمده. و به غیر ده پانزده رأس بز الحال ندارد. آیا بر او چه چیز لازم است؟ و هر گاه حیوان دیگر باشد حکم آن چه چیز است؟ مفصلاً بیان فرمائید.

جواب:

جواب: بدان که حیوان بی صاحبی که کسی آن را بیابد (که آن را ضالّه می گویند) گرفتن آن در بعض مواضع جایز است، و در بعضی حرام. و در مواضعی که جایز است هم گرفتن آن مکروه است (چنان که از احادیث مستفاد می شود (۲)).

و ظاهراً خلافی در آن نیست) مگر در جائی که محقق باشد که اگر آن را نگیرد تلف می شود که در این صورت کراهتی نیست. بل که مستحبّ است. چون در بقای آن نفعی به مالک نمی رسد و محافظت مال محترم می شده. بل که گاه است که واجب شود هر گاه (۳) مالک آن را بشناسد.

حکم جواز و عدم جواز، مختلف می شود به اختلاف حیوانات و اختلاف حالات آن ها. پس اگر آن حیوان شتری باشد که در میان آب و علف باشد و صحیح و سالم باشد،

ص: ۳۱۰

۱- در نسخه: نکرده.

۲- از جمله ذیل ح ۱ و نیز حدیث ۵، از باب ۱۳، وسائل، ابواب اللقطه.

۳- در نسخه: و هر گاه.

جایز نیست گرفتن آن. و ظاهراً در آن خلافتی نیست بل که دعوی اجماع بر آن شده، و احادیث صحیحۀ مستفیضه هم دلالت دارد بر آن، که از جمله آن ها صحیحۀ حلبی است «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ (صلى الله عليه وآله) فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي وَجَدْتُ بِعِيرًا فَقَالَ مَعَهُ حِدَاؤُهُ وَ سِقَاؤُهُ حِدَاؤُهُ خُفُّهُ وَ سِقَاؤُهُ كَرِشُهُ فَلَا تَهْجُهُ» (۱).

و علاوه بر اخبار دلالت دارد بر آن، حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن او. و خوف تلف هم بر آن نیست، چون سباع بر آن غلبه ندارد خصوصاً صغار سباع (۲). و گاه است صاحب آن در تفحص آن باشد و به دست او برسد چون می داند که غالباً که کجا مانده است، و هر گاه این شخص بگیرد ضایع شود. و در بعضی اخبار به این معنی تنبیه شده.

و مشهور این است که اسب هم در حکم شتر است بل که ظاهراً خلافتی در آن نیست و روایت سکونی هم دلالت بر آن دارد: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام): [أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (عليه السلام)] قَضَى فِي رَجُلٍ تَرَكَ دَابَّتَهُ مِنْ جَهْدٍ فَقَالَ إِنَّ تَرَكَهَا فِي كَلْبٍ وَ مَاءٍ وَ أَشْنٍ فَهِيَ لَهُ يَأْخُذُهَا حَيْثُ أَصَابَهَا وَ إِنَّ تَرَكَهَا فِي خَوْفٍ وَ عَلَى غَيْرِ مِيَاءٍ وَ لَمَّا كَلَبَهَا فَهِيَ لِمَنْ أَصَابَهَا» (۳). و روایۀ مسمع بن عبدالملک هم به این مضمون است با زیادتی. و مؤید آن است مشارکت آن با شتر در منع از صغار سباع.

و در مسالک (۴)، استر را هم ملحق به اسب کرده به سبب آن که آن هم غالباً صغار سباع تسلطی بر آن ندارد. و صاحب کفایه در آن اشکال کرده، و اظهر الحاق است، به

ص: ۳۱۱

۱- همان، ب ۱۳ ح ۱.

۲- در نسخه: صباع

۳- همان، ب ۱۳ ح ۴.

۴- مسالک، ج ۲ ص ۲۴۳ ط دار الهدی.

سبب تنبیه اخبار بر آن. و از شیخ نقل شده الحاق بقره و حمار. و همچنین محقق در شرایع بعد از تردد(۱). و در مسالک الحاق بقره کرده دون حمار(۲).

و صاحب کفایه در هر دو اشکال کرده به سبب عدم نصّ بر آن‌ها. و اظهر الحاق بقره است. و از این جا ظاهر می شود الحاق ثور و جاموس به طریق اولی.

و به هر حال، هر چند نصی به خصوص آن‌ها نیست و لکن نظر به آن چه مستفاد می شود از اخباری که در بعیر و دابّه وارد شده این که حکمت در جواز و عدم جواز همان ایمنی از تلف و محفوظ ماندن از سباع است. و آن به منزله «علت» است(۳) و مؤید است به عموم «منع تصرف در مال غیر بدون اذن مالک یا اذن شارع». و صحیحۀ عبدالله بن سنان که ذکر خواهیم کرد هم اشعار به آن [دارد]، زیرا که ظاهر این است که مراد از مال در آن حیوان باشد.

و در این صورت‌ها که حکم شد به عدم جواز اخذ، هر گاه کسی اخذ کند، ضامن است. زیرا که غاصب است و عموم حدیث «علی الید ما اخذت» شامل آن است. و اگر آن را سر دهد(۴)،

فایده ندارد هر چند باز او را به همان محلی که گرفته است(۵) برساند بریئ الذمه نمی شود مگر این که او را به صاحبش برساند یا به حاکم شرع برساند که ولی غایب است.

ص: ۳۱۲

۱- شرایع، ج ۳ ص ۲۳۰، ط دار التفسیر.

۲- مسالک، ج ۲ ص ۲۴۳ ط دار الهدی.

۳- یعنی: این اخبار به منزله «منصوص العله» هستند و در هر مورد که علت وجود داشته باشد، حکم هم وجود دارد. امّا بنا بر این، چگونگی مسئله به عرف واگذار می شود و از مسئولیت فقیه خارج است.

۴- یعنی: رها کند. - نظر به این که در نسخه، یک علامت ریز ناخوانا بر روی این کلمه هست، احتمال دارد «شیر» باشد که باز به همان معنی خواهد بود.

۵- در نسخه: گرفته اند.

و در دروس نقل کرده است از علامه این که حرمت اخذ در صورتی است که قصد تملک داشته باشد، و هر گاه به قصد محافظت از برای صاحبش بگیرد، جایز است. و از مبسوط نقل کرده این که اخذ به قصد حفظ وظیفه حکام است (۱).

پس بنابر قول علامه ضمانی نخواهد بود بخلاف قول شیخ. و اطلاق اخبار منع، مؤید قول شیخ است. بلی در صحیحہ صفوان جمال که در فقیه و تهذیب روایت شده است اشعاری است به قول علامه: «أَنَّه سَمِعَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) يَقُولُ مَنْ وَجَدَ ضَالَّةً فَلَمْ يُعْرِفْهَا ثُمَّ وَجَدَتْ عِنْدَهُ فَإِنَّهَا لِرَبِّهَا وَ مِثْلُهَا مِنْ مَالِ الَّذِي كَتَمَهَا» (۲). و همچنین در روایت حسین بن یزید «عَنْ جَعْفَرِ عَنْ أَبِيهِ (عليه السلام) قَالَ كَانَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (عليه السلام) يَقُولُ فِي الضَّالَّةِ يَجِدُهَا الرَّجُلُ فَيَنْوِي أَنْ يَأْخُذَ لَهَا جُعْلًا فَتَنْفُقُ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ فَإِنْ لَمْ يَنْوِ أَنْ يَأْخُذَ لَهَا جُعْلًا وَ نَفَقَتْ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ» (۳).

و به هر حال، در صورتی که تسلیم حاکم کرد، پس اگر حاکم قرقی دارد، آن حیوان را سیر می دهد در آن که بچرد تا صاحبش پیدا شود. و الا می فروشد آن را و قیمت آن را نگاه دارد. چنان که در مسالک گفته است (۴). و بعد از آن گفته است که: اگر بگوئیم در اول امر مختار است که هر کدام اصلح است به حال مالک آن را بکند، خوب خواهد بود. [و خوب] گفته است. و بعد از آن گفته است. که: هر گاه حاکم یافت نشود، باقی می ماند در دست آن که گرفته، با ضمان تا مالک را بیابد یا حاکم را. و واجب است بر او انفاق آن حیوان.

ص: ۳۱۳

۱- مبسوط، ج ۳ ص ۳۱۹ ط المرتضویه.

۲- فقیه، ج ۳ ص ۱۸۷ ح ۶- تهذیب، ج ۶ ص ۴۵۳. ط دار الاضواء.

۳- وسائل، ابواب اللقطة، ب ۱۹ ح ۱.

۴- مسالک، ج ۲ ص ۲۴۳ ط دار الهدی.

و در رجوع به نفقه (هرگاه قصد رجوع داشته باشد) دو وجه است؛ از حیثیت این که معتدی است، و از حیثیت این که شرعاً مامور است به انفاق.

و اما هرگاه شتر (و آن چه ملحق به آن) است، به سبب مرضی یا شکستگی آن را در غیر آب و علف گذاشته باشد، جایز است اخذ آن و ملک او می شود، بنابر مشهور. بل که در کفایه در خصوص شتر گفته است که «من خلافی در آن نمی دانم که از برای کسی است که می یابد آن را». و ظاهر این است که قصد تملک، ضرور باشد در حصول ملک، مثل سایر مباحات. و از ابن حمزه نقل قول به مخالفت شد [ه] نظر به عمومات منع اخذ ضالّه. و آن ضعیف است، نظر به اخبار خاصّه که مخصّص عمومات اند. و دلالت می کند بر آن صحیحۀ عبدالله بن سنان: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ مَنْ أَصَابَ مَالًا أَوْ بَعِيرًا فِي فَلَاهٍ مِنَ الْأَرْضِ قَدْ كَلَّتْ وَ قَامَتْ (وَ سَيِّبَتِهَا صَاحِبُهَا مِمَّا لَمْ يَتَّبِعْهُ) فَأَخَذَهَا غَيْرُهُ فَأَقَامَ عَلَيْهَا وَ أَنْفَقَ نَفَقَهُ حَتَّى أَحْيَاهَا مِنَ الْكَلَالِ وَ مِنَ الْمَوْتِ فَهِيَ لَهُ وَ لَهَا سَبِيلٌ لَهُ عَلَيْهَا وَ إِنَّمَا هِيَ مِثْلُ الشَّيْءِ الْمُبَاحِ» (۱). و در نسخه تهذیب به جای «و سببها»، «نسیها» ذکر کرده. و مراد از سببها، «ترکها»، [یا] (۲) «ترکها و اهلها». یعنی آن را وا گذاشت و رفت. و همچنین دلالت می کند روایت سکونی و روایت مسمع که پیش گفتیم.

و بدان که: ظاهر این اخبار و اصحاب (بل که جمعی تصریح کرده اند) [این است که] در جواز اخذ شرط است «وامانندی و شکستگی و مرض» و «نبودن در میان آب و علف» هر دو. پس هرگاه یکی از آن ها باشد و دیگری نباشد مثل این که صحیح باشد و در میان آب و علف نباشد، یا بالعکس؛ جایز نیست گرفتن آن. و از کلام بعضی دعوی اجماع حکایت شده ظاهراً بر این مطلب. و اظهر آب و علف هر دو است، پس هرگاه یکی از این

ص: ۳۱۴

۱- وسائل، ابواب اللقطه، ب ۱۳ ح ۲.

۲- در نسخه: لا.

ها نباشد، در حکم این است که هیچکدام نباشد. چون حیوان در زندگانی محتاج هر دو است. و در روایت مسمع بن عبدالملک مذکور است که «قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (عليه السلام) فِي رَجُلٍ تَرَكَ (دَابَّةً بِمَضِيْعِهِ) فَقَالَ إِنَّ تَرَكَهَا فِي كَلْبٍ وَ مَاءٍ وَ أَمْنٍ فَهِيَ لَهُ يَأْخُذُهَا مَتَى شَاءَ وَ إِنْ كَانَ تَرَكَهَا فِي غَيْرِ كَلْبٍ وَ لَا مَاءٍ فَهِيَ لِمَنْ أَحْيَاهَا» (۱).

و اما اگر آن حیوان گوسفندی باشد که یافت شود در بیابانی، یعنی جایی که خوف باشد بر آن از سباع؛ پس ظاهر این است که خلافی نیست در جواز اخذ آن. و در مسالک و کفایه تصریح شده است به عدم خلاف. بل که از تذکره و غیر آن حکایت اجماع شده. بل که در تحریر صریح گفته است که [اگر] بیابد گوسفند را در بیابان، جایز است از برای او اکل آن فی الحال به اجماع علما. و دلالت می کند بر آن احادیث صحیحه و غیر آن که از جمله آن ها صحیحه حلبی است که پیش گفتیم و ظاهر ترجمه آن این است که شخصی آمد به خدمت رسول (صلی الله علیه و آله) پس عرض کرد که یا رسول الله من گوسفندی یافته ام. پس آن حضرت فرمود: «هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذُّبِّ» (۲). یعنی آن گوسفند از برای تو است اگر صاحبش را نیابی، یا از برای برادر تو است اگر صاحبش را بیابی (و ممکن است که مراد از «اخیک» اعم از صاحبش باشد، یعنی می توانی هم بگذاری آن را که صاحبش یا شخص دیگر آن را ببرد)، یا از برای گرگ اگر بگذاری و کسی آن را نگیرد تا گرگ آن را بخورد.

و به هر حال، حدیث دلالت دارد بر جواز برداشتن آن گوسفند و بردن آن. و بعد از آن که آن را برداشت مختار است مابین این که محافظت کند آن را برای صاحبش، یا به حاکم شرع بدهد، یا مالک شود. و ظاهراً خلافی در این نیست. و همچنین در دو صورت

ص: ۳۱۵

۱- وسائل، ابواب اللقطه، ب ۱۳ ح ۳.

۲- وسائل، ابواب اللقطه، ب ۱۳ ح ۷.

اول در عدم ضمان. بل که دعوی اجماع بر آن شده. چون مرخص است در اخذ، و امین است در حفظ و ردّ به حاکم (که ولیّ غایب است) بدون تفریط. [پس] دلیلی بر ضمان نیست.

و اما در صورت اخذ به قصد تملک: پس در آن دو قول است، و منقول از اکثر اصحاب، ضمان است مطلقاً، یا هرگاه ظاهر شود مالک. و قول دیگر عدم ضمان است. و محقق در آن تردد کرده (۱). و بدان که ظاهر اخبار و فتاوی در حکم شاء، شامل صورتی است که صاحب آن هم معلوم باشد. و تعلیل ایشان جواز برداشتن را (به این که آن گوسفند مذکور در حکم تالف است چون خود را از صغار سباع هم محافظت نمی کند) بر آن دلالت دارد. و عبارت شرح لمعه هم صریح است آن جا که گفته است که «و فی الضمان لمالکها علی تقدیر ظهوره او کونه معلوماً وجه». و به هر حال، اظهر و اشهر ضمان است به دلیل استصحاب ملکیت سابقه و عموم «علی الید ما اخذت»، و روایت ابی بصیر «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عليه السلام) قَالَ مَنْ وَجَدَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ فَلْيَتَمَنَّعْ بِهِ حَتَّى يَأْتِيَهُ طَالِبُهُ فَإِذَا جَاءَ طَالِبُهُ رَدَّهُ إِلَيْهِ» (۲). و در قرب الاسناد حمیری به سند صحیح روایت کرده است از علی بن جعفر، از حضرت کاظم علیه السلام «عَنْ رَجُلٍ أَصَابَ شَاءً فِي الصَّحْرَاءِ هَلْ تَجَلُّ لَهُ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه و آله) هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذُّبِّ فَخُذْهَا وَ عَرَّفْهَا حَيْثُ أَصَيْبَتْهَا فَإِنْ عَرَفْتَ فَرُدَّهَا إِلَى صَاحِبِهَا وَ إِنْ لَمْ تَعْرِفْ فَكُلْهَا وَ أَنْتَ ضَامِنٌ لَهَا إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا يَطْلُبُ ثَمَنَهَا أَنْ تَرُدَّهَا عَلَيْهِ» (۳). و صحیحۀ علی بن جعفر که

ص: ۳۱۶

۱- شرایع، ج ۳ ص ۲۳۰ ط دار التفسیر.

۲- وسائل، ابواب اللقطة، ب ۴ ح ۲.

۳- وسائل، ابواب اللقطة، ب ۱۳ ح ۷.

در کتاب فقیه مذکور است هم دلالت دارد و بعد می آید.

و دلیل قول دویم، ظاهر کلمه «لام» است در احادیثی که در آن ها مذکور است «هی لک» که متبادر از آن افاده ملک است. خصوصاً صحیحۀ عبدالله بن سنان که علاوه بر آن در آن جا مذکور است «و لا سبیل له علیها» یعنی مالک هیچ راهی بر آن ندارد و چه راهی است بالاتر از ضمان، خصوصاً بعد تلف. و همچنین تعلیلی که فرموده است که «انما هو کالشیء المباح» (۱). زیرا که ظاهر این است که مراد این است که مثل مباح الاصل از جانب خدا است، و حیازت مباح به قصد تملک موجب حصول ملک است. و مفهوم صحیحۀ صفوان جمّال «أَنَّه سَمِعَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (علیه السلام) يَقُولُ مَنْ وَجَدَ ضَالَّهُ فَلَمْ يُعْرِفْهَا ثُمَّ وَجَدَتْ عِنْدَهُ فَإِنَّهَا لِرُبِّهَا أَوْ مِثْلَهَا مِنْ مَالِ الَّذِي كَتَمَهَا» (۲)، که مفهوم آن این است که اگر تعریف کرده باشد آن گم شده را و صاحبش پیدا نشده، مال اوست و قیمت آن را نباید بدهد هرگاه بعد از تعریف پیدا شود صاحب و آن مال تلف شده باشد.

و اظهر قول اول است. زیرا که اولاً منع می کنیم حقیقت بودن «لام» را در ملک محض مطلقاً. بل که در وقتی که بر سر چیزی در آید که قابل ملک باشد مثل «المال لزید» ظهوری دارد. اما مثل «لک ان تباشر لیلۃ الصیام» و «لک ان تتم الصیوم» فی المواطن الاربعه، بیش از اباحه افاده نمی کند، و در قسم اول گاه است مراد افاده ملک تملک آن شیء باشد، نه ملک خود آن شیء. زیرا که فرق واضح است مابین این که بگوئیم که «فلا من مالک الشیء» او «مالک لان یملکه». چنان که می گوئیم «زید مالک آهو است در صحرا» یا «مالک این است که مالک شود به حیازت به قصد تملک». و این هم فی الحقیقه راجع می شود به رخصت در تملک.

ص: ۳۱۷

۱- وسائل، ابواب القطه، ب ۱۲ ح ۲: مثل الشیء المباح.

۲- وسائل، ابواب اللقطه، ب ۱۳ ح ۸.

و بر فرضی که این معنی کفایت کند در حصول ملک مطلقاً بعد از اختیار تملک، لکن می گوئیم هر چند مسلم داشته باشیم که «لام» در حقیقت در اختصاص ملکی باشد، و لکن مقام قرینه است بر اراده مطلق اختصاص. به جهت آن که ذنب مالک مال نمی شود. و مقارنه «او للذئب» با آن دو کلمه مضعف اراده حقیقت است در «لک» نیز. بل که می گوئیم در کلمه «اخیک» نیز اشکال است به انضمام کلمه «لک». زیرا که مراد از لفظ «لک و لاخیک» اگر اخبار از ملک است بالفعل، این معنی در «لک» صحیح نیست. بل که مراد باید این باشد که اگر برداری ملک تو می شود شرعاً که راجع می شود به مالک شدن تملک، نه این که ملک تو است الحال مطلقاً. بل که در کلمه «لاخیک» هم اشکال می شود که بنابر این معنی، معنی آن می شود که اگر برنداری مال او می شود. و حال این که بالفعل مال او هست دیگر تردید معنی ندارد.

به هر حال اگر مراد اخبار از ملک حالی است بالفعل، در کلمه «لک» صحیح نیست، و در کلمه «لاخیک» هم با تعلیق درست نیست؛ یعنی اگر پیدا شود مال او هست، زیرا که مطلقاً مال او هست. و «للذئب» هیچ صحیح نیست.

اما هر گاه از برای «مطلق اختصاص» بگیریم، همه درست می شود با تعلیق هم می سازد. زیرا که در عرف و عادت گاه است که ملک حاصل است و اختصاص نیست. پس تعلیق در کلمه «لاخیک» هم درست می شود و هم در «للذئب» که الحال هر چند ملک برادر تو هست بالفعل، اما اختصاصی به او ندارد. زیرا که گاه است که مختص تو می شود، و گاه مختص گرگ، و گاه است که هم بر گردد به حال اول و اختصاص برادر هم، هم رسد.

و مؤید این مطلب است اخباری که در لقطه اموال وارد شده که بعد تعریف یک سال، مال اوست. و به کلمه «لام» ادا شده. و بعد از آن مذکور است که هر گاه صاحبش بیاید، رد می کند. و از جمله آن ها است روایت ابی بصیر که گذشت. بل که در بعضی از آن

اخبار مذکور است «بعد تعریف یک سال آن را در عرض اموال خود قرار ده» یعنی هر تصرفی که در مال خود می کنی در آن بکن و اگر بعد صاحب او پیدا شود به او بده، که دلالت این ها بر حصول ملک، اظهر است از «لام». و با وجود این منفک از ضمان نشده.

پس معلوم شد که مراد در اخباری که کلمه «لام» مذکور است و همچنین آن چه در آن مذکور است که «از جمله مال محسوب کن» همان اباحه انواع تصرف است و مطلق اباحه تصرفات دلیل حصول ملک واقعی که مستتبع ضمانی نباشد، نیست.

یا آن که (۱)

مراد حصول ملک متزلزل است؛ یعنی جایز است که بردارد آن گوسفند را به قصد تملک به قیمت، که اگر صاحب بطلبد و عین تلف شده باشد، قیمت را می دهد. و منافاتی مابین تملک به این عنوان و ضمان قیمت، نیست چنان که در شرح لمعه تصریح به آن کرده (۲). بل که منافات ندارد جواز تملک به قیمت، با جواز رد یا بنده هر چند صاحب راضی نشود به اخذ عین و بگوید قیمت را می خواهم (۳).

چون تو به قیمت برداشته ای].

و اما صحیحه عبدالله بن سنان: پس آن ظاهر (بل که صریح) است در این که مراد در آن حکم شتر است و مثل آن. و ظاهر این است که مراد از مال «دابه» باشد که اسب است (یا اعم از اسب و استر بل که الاغ) وقتی که درمانده باشد و همراه صاحب نتواند رفت و صاحب آن را وا گذاشته باشد و رفته باشد. و اما گوسفند صحیح و سالم که در بیابان مانده است، از آن مفهوم نمی شود اصلاً و مطلقاً. و دعوی عدم قول به فرق، غریب است چنان که از بعضی ظاهر می شود. زیرا که کلام فقها صریح است در اختلاف حکم آن ها. و مختار (بل که مجمع علیه) در مسئله بعیر همان است که مضمون حدیث است. و

ص: ۳۱۹

۱- در نسخه: با آن که.

۲- شرح لمعه، کتاب اللقطه، الفصل الثانی فی لقطه الحيوان،.. الشاء فی الفلات (ج ۷ ص ۸۷).

۳- در نسخه: قیمت را هم می خواهم.

خلاف ابن حمزه ضعیف است.

و اما صحیحۀ صفوان: پس در صدق مفهوم آن، همین کافی است که هرگاه تعریف کرده باشد، چنان نیست که مختص صاحبش باشد مطلقاً، یا باید ردّ قیمت کند اگر تلف شده باشد. بل که می تواند شد که اختصاص به خودش داشته باشد به این نحو که در آن تصرف کند به هر نحو که خواهد و بعد اگر صاحبش پیدا شود غرامت آن را بدهد. و دلالت ندارد بر این که در صورت تعریف، بعد یک سال ملک او می شود خالصاً که هیچ نحو ضمانی بر آن نباشد. خصوصاً با ملاحظه اخبار لقطه اموال.

پس عمومات را مخصّص در برابر نیست. و صحیحۀ علی بن جعفر را معارضی نیست. پس قول خلاف مشهور، به غایت ضعیف است.

و بدان که: اطلاق صحیحۀ عبدالله بن سنان، هرگاه «مال» را در آن اعم از گوسفند و غیره بگیریم، یا اعتماد به «علت منصوصه» و اعتبار «اعراض صاحب» کنیم، مقتضی آن است که هرگاه گوسفند و امانده لنگیده که عاجز باشد از راه رفتن، در بیابان باشد هم در آن ضمانی نیست. و به طریق اولی جایز است تملک آن. و فقها هم خلاف را در گوسفندی کرده اند که در بیابان باشد که مخوف از سباع باشد. و متعرض خصوص گوسفندی که به سبب و اماندگی و عجز در صحرا گذاشته [شده] باشد، نشده اند. و ظاهر این است که در آن هم اشکالی نباشد.

باقی ماند کلام در وجوب تعریف: و بدان که خلاف کرده اند در این که جواز تملک گوسفندی (۱)

که در صحرا ببانند؛ آیا بعد از تعریف یک سال جایز است تملک، یا [جایز است] بدون تعریف؟-؟ در شرح لمعه نقل کرده قولی به عدم جواز بدون تعریف، و

ص: ۳۲۰

خود گفته است که اقوی عدم لزوم است (۱).

و این ظاهر اطلاق جماعتی است که اکتفا کرده اند به تخییر مابین آن سه چیز، و اظهر لزوم تعریف است چنان که مقتضای استصحاب و عمومات لقطه است. و خصوص صحیحۀ علی بن جعفر که از قرب الاسناد نقل کردیم. و صحیحۀ صفوان جمال که پیش گفتیم وجه دلالت آن این است که در صورت عدم تعریف آن حیوان مال صاحب اوست مادامی که موجود است، یعنی به هیچوجه در آن تصرف مالکانه نمی تواند کرد. و اگر تلف کند قیمت آن را باید بدهد. بخلاف صورت تعریف که تصرف می تواند کرد بعد از تعریف، هر چند ضامن آن باشد بنابر مختار چنان که پیش گفتیم.

پس نشاید قدح کرد در دلالت به این که «مال صاحب بودن» منافات با «جواز تصرف بدون تعریف» ندارد. به جهت این که ظاهر کلمه «أَنْهَا لِرَبِّهَا» این است که در آن حال ملک خالص صاحب اوست. و اصل در ملک خالص، عدم جواز تصرف غیر است در آن، به دلیل «لا يحلّ [مال] امرء مسلم الأ بطیب نفسه».

و صحیحۀ علی بن جعفر که در من لا يحضره الفقیه روایت کرده است از حضرت کاظم (علیه السلام)؛ «قَالَ وَ سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُصَيِّبُ اللَّقْطَةَ دَرَاهِمَ أَوْ ثُوبًا أَوْ دَابَّةً كَيْفَ يَصْنَعُ قَالَ يُعْرِفُهَا سَنَّهُ فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ صَاحِبَهَا حَفِظَهَا فِي عَرْضِ مَالِهِ حَتَّى يَجِيءَ طَالِبُهَا فَيُعْطِيهَا إِيَّاهُ وَ إِنْ مَاتَ أَوْ صَيِّى بِهَا فَإِنْ أَصَابَهَا شَيْءٌ فَهُوَ ضَامِنٌ» (۲). یعنی سؤال کردم از آن حضرت از مردی که بیابد درهمی یا جامه [ای] یا دابۀ [ای]، چه کند؟ آن حضرت فرمود که: تعریف کند آن را یک سال، پس اگر شناخته نشود صاحب آن، آن را در جمله مال خود محسوب می دارد تا صاحب آن بیاید پس بدهد به او. و اگر مرگ او در رسد،

ص: ۳۲۱

۱- شرح لمعه، همان.

۲- وسائل، ابواب اللقطه، ب ۲ ح ۱۳.

وصیت کند به آن مال و او ضامن آن است.

و جه استدلال این که: دابّه شامل گوسفند هم هست، هر چه بیرون رفت از عموم به دلیل، بیرون می کنیم (مثل شتر و امثال آن) و باقی در تحت عموم باقی است.

و روایت جرّاح مدائنی «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ الصَّوَالُ لَا يَأْكُلُهَا إِلَّا الصَّالُونَ إِذَا لَمْ يُعْرِفُوهَا» (۱).

و اما دلیل قول به عدم لزوم تعریف، اطلاق اخبار است؛ مثل صحیحه حلبی و غیرها که در آن ها فرموده اند «هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذُّبِّ» و تقیید به تعریف نکرده اند، با وجود آن که در مقام حاجتِ سائل بوده، و تاخیر بیان آن از وقت حاجت، جایز نیست. و هم- [ین] احادیث مخصّص استصحاب و عمومات لقطه می شود اگر مسلم باشد عمومی از برای آن ها. و الا می گوئیم که اطلاق آن ها منصرف می شود به لقطه غیر حیوان.

و جواب می گوئیم از این اخبار به این که: ما بیان کردیم معنی حدیث را قبل از این. هرگاه مراد این باشد که اگر صاحبش پیدا نشود مال تو است، و هرگاه پیدا شود مال برادر تو است، و هرگاه بگذاری که بماند و کسی دیگر آن را نبرد مال گرگ است. این همه قیود در حدیث هرگاه منافات با وقت حاجت ندارد، چه مانع دارد که قیدی دیگر هم باشد. یعنی اگر تعریف کنی و صاحبش را نیابی مال تو است. خصوصاً بنا بر مختار که ضامن هم باشد (۲).

و در حدیث مذکور نیست. پس چنان که مشهور به اخبار دیگر اثبات ضامن می کنند، ما هم به اخبار دیگر اثبات تعریف می کنیم. با وجود این که منع می

ص: ۳۲۲

۱- وسائل، ابواب اللقطه، ب ۲ ح ۴.

۲- و این مختار مصنف (ره) قول مشهور است.

کنیم که موضع حاجت بوده و تاخیر بیان از وقت خطاب جایز است [۱].

و بدان که: در این مقام اشکالی هست و آن این که ظاهر کلام علما، اتفاق است بر این که گوسفندی که در صحرا جُستند، در همان حال مختار است مابین تملک، و رسانیدن به حاکم، و محافظت کردن بر سیل امانت. و دانستی که علامه در تحریر صریح [۱] دعوی اجماع کرده بر این که جایز است اکل آن در همان حال. و این چگونه جمع می شود با این خلاف که آیا اختیار تملک موقوف است بر تعریف، یا نه؟-؟ و بنابر این فرقی نمی ماند مابین گوسفند و غیر آن از اموالی که واجب است در آن ها تعریف هرگاه قصد تملک آن ها داشته باشد. و حال آن که ظاهر ایشان اتفاق است بر فرق، و این که امر گوسفند آسان تر است.

و ممکن است دفع اشکال به این که مراد از توقف تملک بر تعریف، در این جا، نه آن است که در لقطه سایر اموال گفته اند که باید تعریف کند و بعد از تمام شدن سال تعریف، مختار است مابین آن سه امر (یعنی: تملک، و تصدق، و حفظ بر سیل امانت) که در آن جا جزماً جواز تملک موقوف است بر تعریف یک سال. بل که شاید مراد این باشد که حصول ملک در گوسفند و ترتب ثمرات آن موقوف است بر تعریف. و تأخر شرط از مشروط در احکام شرعی بسیار است مثل توقف قطعه [ای] از صوم مستحاضه به غسل از برای نماز صبح که بعد فجر بکند.

پس در سایر اموال، نمائی که در بین سال تعریف، حاصل می شود مال مالک است، زیرا که تملک در آن جا حاصل نمی شود الا بعد از سال. و از این جهت است که هر چند بعد از اتمام سال و قصد تملک، هرگاه مالک پیدا شود، باید به مالک رد کند عین [نماء] را یا قیمت را. و لکن نمائی که بعد سال حاصل شده، نباید رد کند. و این ثمره

ص: ۳۲۳

۱- «تأخیر بیان از وقت حاجت» با «تأخیر بیان از وقت خطاب»، فرق دارد. اولی را منع کرد و دومی را جایز دانست.

حصول [ملک] بعد تمام سال است در سایر اموال.

و در گوسفند، چون در اول امر جایز است قصد تملک، و لکن نفس تملک و ثمرات آن موقوف است بر تعریف، پس نمائی که در عرض سال حاصل می شود، مال ملتقط است به شرط تعریف. هر چند جواز تملک و اکل و تصرف، مشروط نباشد به تعریف. بخلاف سایر اموال که تصرف در آن ها جایز نیست الا بعد تمام حول.

و عبارت شرح لمعه که نقل این قول را در آن جا کرده، این است که بعد نقل قول مصنف که گفته است: «و حينئذ يتملكها إن شاء، او يبقیها امانةً، او يدفعها الى الحاكم»، گفته است که «و هل يتوقف تملكها على التعريف قيل نعم لأنها مال فيدخل في عموم الأخبار- و الأقوى العدم لما تقدم و عليه فهو سنة كغيرها من الأموال» (۱). پس ملاحظه کن و بین که مراد از «یتملکها» در کلام مصنف، تملک در همان حال یافتن است، نه آن تملکی که در سایر اموال جایز است بعد حول. و موقوف بودن «تملك حال» بر تعریف معنی ندارد الا آن چه ما گفتیم (۲).

و مؤید این مطلب است این که مشهور واجب دانسته اند تعریف را در سایر اموال هر چند قصد تملک بعد حول را نداشته باشد. پس حکمت در لزوم تعریف، پیدا شدن مالک است. و آن منافات ندارد با جواز تصرف مالکانه در گوسفند بالفعل. زیرا که غایت امر این است که بعد پیدا شدن مالک، غرامت می دهد. چنان که گفتیم. و لکن در این جا غرامت همان عین را می دهد، و نماء مال اوست.

و بعد این همه تکلفات؛ انصاف این است که اخباری که در تعریف یک سال وارد شده، همگی در غیر حیوان است، خصوصاً گوسفند. و قطع نظر از این هم، از تعریفی که

ص: ۳۲۴

۱- شرح لمعه، ج ۷ ص ۸۷.

۲- یعنی ملک متزلزل در اصل، و ملک ثابت در نماء.

مذکور است در آن ها، همه جا تعریفی است که متفرع می شود بر آن تملک، و مترتب می شود بعد آن، تصرف مالکانه بر آن (۱).

و هیچکدام دلالت بر چنین تعریفی که جواز ترتب تصرفات مالکانه قبل از حصول آن باشد، ندارد. و اما صحیحۀ علی بن جعفر؛ پس آن نیز دلالت واضحی بر ما نحن فیه ندارد. زیرا که معلوم نیست که مراد آن حضرت از امر به تعریف، تعریف معهود یک سال، باشد. شاید همین باشد که «گوسفند را آن جا که جسته [ای] تعریف کن که اگر صاحبش معلوم شد به او بدهی و الا در آن تصرف کنی» نه این که یک سال باید تعریف کنی. زیرا که آن منافات دارد با صدر حدیث که فرمود «هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذُّبِّ». پس همان قرینه است که مراد از تَمَمُّه حدیث، [تعریف در همان جا است، نه تعریف یک سال. و بر فرضی که حقیقت باشد تعریف] (۲).

در تعریف معهود، همان اول حدیث قرینه مجاز می شود. و قصد مجاز در اول حدیث اولی نیست از قصد آن در کلمۀ «تعریف».

و مؤید آن این است که: بعد از کلمۀ «عَرَفَهَا» فرموده اند «و ان عرفت صاحبها» به کلمۀ «واو» دون «فاء». و اگر مراد کلمۀ معهود بود، مناسب کلمۀ «فاء» بود. و مؤید دیگر آن، کلام بعد است که فرمود «و ان لم تعرف، فكلها» تا به آخر. که حاصل مجموع این است که: تعریف کن گوسفند را آن جا که جستی (یعنی در آن مغاره و در آن نواحی) که شاید معلوم شود صاحبش کیست که به او بدهی، و هرگاه صاحبش را پیش از این شناخته بودی به صاحبش رد کن، و اگر نشناخته [ای] و از این تعریف هم معرفت حاصل نشد، پس بخور آن را و ضامنی که هرگاه صاحبش بیاید به او رد کنی.

پس به این حدیث استدلال تمام نمی شود بر اشتراط جواز تملک آن بر تعریف.

ص: ۳۲۵

۱- عبارت نسخه: که متفرع می شود بر آن تملک و مترتب می شود بعد از تصرف مالکانه بر آن.

۲- مابین علامتین در حاشیه نسخه قرار دارد.

و همچنین صحیحۀ دیگر علی بن جعفر. زیرا که هر چند در آن جا «تعریف یک سال» مذکور است، اما متبادر از «دائمه» غیر گوسفند است.

بل که متبادر از آن اسب است یا امثال آن نیز. با وجود آن که متبادر از آن، عدم جواز تصرف است قبل از تمام شدن تعریف یک سال. و آن منافی است با آن چه گفتیم در دفع اشکال.

و همچنین: روایت جرّاح مدائنی هم صریح در تعریف سال، نیست شاید مراد تعریف در همان محلّ یافتن باشد. غایت امر این است که عامّ باشد و خاصّ بر عامّ مقدم است. زیرا که اخبار شاه و جواز اکل آن بدون تعریف معهود، به منزله نصّ است. پس حمل می کنیم آن را (۱).

بر غیر شاه. با وجود آن که حدیث ضعیف است و «جابر ضعف»ی ندارد. پس اقوی قول به عدم وجوب تعریف [معهود] است، چنان که ظاهر مشهور است.

و بدان که: مشهور این است که حکم اطفال شتر (و آن چه در حکم آن است) که نمی توانند خود داری و منع کنند سباع را از خود به دویدن، یا پریدن، یا زدن، در حکم گوسفندند. بل که علامه در تذکره (۲) نسبت داده است آن را به [علما ثنا] (۳) به صیغه جمع مضاف که مشعر به اجماع است. و محقق در آن توقف کرده است (۴).

و همچنین از شهید در لمعه توقف ظاهر می شود (۵)، و وجه آن عدم ورود نصّ است در آن بخصوص. و صاحب کفایه گفته است که اقرب این است که الحاق آن ها به گوسفند، قیاس است، و بنابر این در حکم لقطه خواهد بود که بعد تعریف یک سال اگر خواهد مالک می شود و اگر

ص: ۳۲۶

۱- یعنی حدیث جرّاح را.

۲- تذکره، ص ۲۶۷ ط قدیم.

۳- در نسخه: علماء ما.

۴- شرایع، ج ۳ ص ۲۳۰ ط دار التفسیر.

۵- اللّمعۀ الدمشقیة، ص ۲۳۸ ط دار الناصر؛ و قیل و کذا ما لا یمتنع من صغیر السباع.

خواهد تصدق می کند.

و اظهر قول مشهور است. زیرا که هر چند «نص بخصوص» نیست. و لکن از «علت مستفاده از اخبار» حکم آن ظاهر می شود، چون معصوم فرمودند در شتر که: کرش او مشک آب اوست، و خف او پاپوش اوست. و در گوسفند فرمودند که: از برای توست، یا برای برادر تو، یا برای گرگ. که دلالت دارد بر این که چون اگر بماند او را گرگ می خورد، پس نفعی به صاحبش نمی رسد. و شتر مستغنی است از کسی که او را از تلف نگاهداری کند. پس در آن جایز است گرفتن و در این جا جایز نیست.

و ظاهر این است که: تعلیلی که فقها در گوسفند ذکر کرده اند (که چون خود را نمی تواند از صغار سباع نگاهدارد، آن به منزله تالف است که صاحبش از آن نفعی نمی برد، به این سبب جایز است گرفتن آن) مستنبط از این اخبار است. و نظر ایشان در تقیید به «صغار سباع» این است که چون مثل شیر و پلنگ و امثال آن که غالباً بر اسب و استر و گاو و گاومیش، غالب می شوند، نادر الوقوع اند. اما گرگ و شغال و روباه و امثال آن [که بر گوسفند و امثال آن] غالب می شوند، بسیار اند. پس در صورت اول ظن بقا و محفوظ ماندن از برای مالک حاصل است. بخلاف قسم ثانی. و چون مظنون این است که در قسم ثانی تلف می شوند که به صاحب نفعی نمی رسد، شارع مرخص کرد [ه] گرفتن آن ها را. و اعتبار این ظن و معیار بودن آن نیز از همان اخبار مستفاد می شود.

و اما حیوانی که خود را تواند به دویدن، یا پریدن، محافظت کند (مثل کبوتر و آهو و گاو کوهی و امثال آن) هرگاه آن ها را گرفته باشند و بعد گم شوند، پس جایز نیست اخذ آن مطلقاً؛ یعنی خواه در صحرا باشد و خواه در معموره. و خواه به نیت تملک یا غیر آن، مگر این که خوف باشد بر آن از ضایع شدن بر مالک که بالمره از دست مالک در رود، که در این صورت اقوی جواز اخذ است به قصد محافظت از برای مالک. چنان که مختار جمعی است. بل که در چنین صورتی جایز است اخذ ضالّه مطلقاً حتی مثل شتر صحیح.

ص: ۳۲۷

چنان که علامه اختیار کرده (۱)،

و شهید ثانی هم او را پسندیده (۲)،

و شهید اول هم میلی به آن کرده.

و حمل کرده اند اخباری را که در منع وارد شده، بر صورتی که به قصد تملک بگیرد. و گفته اند که: آن علّیت که از اخبار فهمیده می شود (که چون شتر و امثال آن محفوظ می مانند بنفسها و سباع دست به آن ها نمی یابند، پس باید آن ها را به حال خود گذاشت) مجرّد همین کافی نیست در حکم به عدم جواز گرفتن آن ها، بل که غرض از محفوظ ماندن آن ها، محفوظ ماندن برای مالک است نه محفوظ ماندن بنفسها. و اگر نه، پس مثل طلا و نقره و امثال آن ها را هم نبایستی بردارد. زیرا که آن ها در نزد هر کس باشند و در هر جا باشند بنفسها محفوظ اند. پس باید بعد از محفوظ بودن، از برای مالک باشد.

و به هر حال، اقوی جواز برداشتن همه این ها است به قصد محافظت از برای صاحب. زیرا که از باب اعانت بر برّ و احسان به غیر است والله یحبّ المحسنین. و ما علی المحسنین من سبیل.

و شهید در دروس گفته است که: «بنابر قول به جواز اخذ، پس ظاهر این است که هر گاه متعذّر (۳)

باشد رجوع به حاکم در نفقه، و انفاق کند به قصد رجوع به مالک در نفقه، جایز است از برای او رجوع. و بعد از آن گفته است که: در صورت اخذ، اقرب این است که واجب است تعریف آن در یک سال. و جایز است که مالک شود بعد از آن. و این ظاهر ابن ادریس است و محقق. و بر نخوردم بر قولی به منع از تعریف و تملک». و این آخر کلام دروس است.

ص: ۳۲۸

۱- تذکره، ص ۲۶۹ ط قدیم.

۲- شرح لمعه، ج ۷ ص ۸۸.

۳- در نسخه: معتذر.

و از آخر کلام شهید ثانی در شرح لمعه ظاهر می شود که حکم آن بعد از برداشتن، مخالف حکم لقطه امثال درهم و دینار است (۱). و شاید مراد او این باشد که هر چند جایز است برداشتن در این حال به نیت محافظت، لکن از قبیل مال مجهول المالک است که به مقتضای حکم آن باید عمل شود. و دور نیست ترجیح آن چه شهید از ظاهر این ادیس و محقق نقل کرده، نظر به عموماًت و خصوص صحیحۀ علی بن جعفر که از فقیه نقل کردیم، و روایت جراح مدائنی و روایت ابی بصیر که پیش گذشتند. و صورت خوف بر ضیاع شتر صحیح و دابۀ صحیح و امثال آن، مُخْرَج باشد از عموم آن ها به ادلۀ سابقه مثل صحیحۀ حلبی و آن چه به مضمون آن است.

و بدان که: شهید در دروس بعد از نقل قول به جواز اخذ در مذکورات در صورت (۲)

خوف ضیاع به نیت محافظت، گفته است که «شیخ در مبسوط اخذ به نیت محافظت را از وظایف حکام قرار داده (۳)

[است] (۴)».

و ساکت شده است از جرح در آن. و این خلاف اطلاقات این اخبار است که ما ذکر کردیم، و دور نیست که مراد شیخ و جوب اخذ و نیت حفظ باشد. چون حاکم ولی غایب است. پس از برای دیگران جایز باشد و برای حاکم واجب. و تصریحی به این ندیدم در کلام ایشان.

و اگر آن حیوان گوسفندی باشد و یافت شود در عمران (یعنی در جاهائی که خوف نباشد بر آن از سباع، و از آن جاهائی است که نزدیک به مساکن مردم باشد)، پس مشهور عدم جواز اخذ آن است. و از تذکره نقل عدم خلاف در آن شده. و در مهذب

ص: ۳۲۹

۱- شرح لمعه، ج ۷ ص ۸۸.

۲- در نسخه: از صورت.

۳- مبسوط، ج ۳ ص ۳۱۹ ط مرتضویه.

۴- در نسخه: اند.

و دلالت می کند بر آن حرمت تصرف در مال غیر، و عموم اخبار مثل روایت وهب بن وهب «عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ (عليه السلام) فِي حَدِيثٍ قَالَ لَا يَأْكُلُ الضَّالَّةَ إِلَّا الضَّالُّونَ» (۲). و روایت جراح مدائنی که پیش ذکر کردیم. و بعضی از اخبار نبوی (صلی الله علیه و آله) که فرمود: «الضَّوَالُ لَا يَأْكُلُهَا إِلَّا الضَّالُّونَ» (۳). و در بعضی دیگر: «لا يمسها ولا يعرض لها».

و در حکم گوسفند است، حیوانی که خود را از سباع نتواند محافظت کرد. چنان که تصریح به آن کرده اند. و امری که موجب رخصت باشد نیست. چون مفروض این است که محفوظ است برای مالک (۴). و اخباری که وارد شده است در گوسفند که «هی لک او لاخیک او للذئب» هر چند قید بیابان در آن ها نیست و لکن متبادر در آن ها بیابان است یا خرابه هائی که در آن ها خوف گرگ و سایر سباع باشد. و در بعضی از آن ها سؤال از بیابان شده؛ مثل صحیحہ معاویه بن عمار «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ سَأَلَ رَجُلٌ رَسُولَ اللَّهِ (صلی الله علیه و آله) عَنِ الشَّاهِ الضَّالِّهِ بِالْفَلَاهِ فَقَالَ لِلسَّائِلِ هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئْبِ فَقَالَ وَمَا أَحَبُّ أَنْ أَمْسَهَا وَ سِئِلٌ عَنِ البَعِيرِ الضَّالِّ فَقَالَ لِلسَّائِلِ مَا لَكَ وَ لَهُ حُفُّهُ حِذَاؤُهُ وَ كَرِشُهُ سِقَاؤُهُ خَلَّ عَنْهُ» (۵).

و در مقابل قول مشهور، قول شیخ است در مبسوط که در دروس نقل کرده، و آن این

ص: ۳۳۰

- ۱- المهدب، ج ۴ ص ۳۰۰.
- ۲- وسائل، کتاب اللقطه، ب ۱ ح ۵.
- ۳- همان، ب ۲ ح ۴.
- ۴- زیرا در عمران است.
- ۵- وسائل، ابواب اللقطه، ب ۱۳ ح ۵.

است که: آن چه در عمران باشد و آن چه متصل به آن است تا نیم فرسخ (۱)، از حیوان، جایز است اخذ آن (خواه حیوانی باشد که ممتنع باشد مثل شتر و اسب، یا نه) و اختیار دارد آن کس که می گیرد، میانه انفاق بر آن تبرعاً، و دادن به حاکم. و جایز نیست از برای او خوردن آن.

و قول دیگر که باز در دروس از علامه نقل کرده که منع کرده از اخذ آن چه در عمران باشد، به غیر گوسفند. مگر این که بترسد از تلف یا نهب کردن. و به دلیل این ها بر نخوردم. و از شهید در لمعه ظاهر می شود جواز اخذ گوسفند (۲).

و همچنین از صاحب کفایه ظاهر می شود میل به جواز آن به سبب عموم صحیحه حلبی. و آن ضعیف است، زیرا که دانستی که متبادر از امثال این حدیث حکم بیابان است.

و اما مثل شتر: پس نباید اشکال کرد در عدم جواز اخذ آن. و ظاهراً شبهه در آن نباشد چنان که در مسالک (۳) تصریح کرده. بل که اخباری که دلالت بر حکم بیابان می کند به طریق اولی دلالت بر ما نحن فیه می کند. و خلافی که از شیخ نقل کردیم، ضعیف است.

و گفته اند که: در مواضعی که اخذ ضالّه جایز نیست، واجب است رساندن آن به مالک آن اگر ممکن باشد، و به حاکم، هر گاه ممکن نباشد، چون حاکم ولی غایب است.

و بدان که مشهور که منع کرده اند از اخذ، در صورتی است که خوف نهب و تلف نباشد. و الا جایز است حسباً و احسان است به مالک. و مشهور در گوسفند (در صورتی که آن را در عمران بیابد و بگیرد هر چند معصیت کرده باشد) این [است] که او را سه روز نگاه دارد از حین یافتن، و تفحص کند از صاحب آن. پس اگر نیابد صاحبش را،

ص: ۳۳۱

۱- مبسوط، ج ۳ ص ۳۲۰.

۲- لمعه دمشقیه، ص ۲۳۸-۲۳۹ ط دار الناصر.

۳- مسالک، ج ۲ ص ۲۴۳ ط دار الهدی.

بفروشد آن را و تصدق کند قیمت آن را از جانب او. و استدلال کرده اند بر این به روایت عبدالله بن یعفر از حضرت صادق (علیه السلام): «أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ فَسَأَلَنِي عَنْ رَجُلٍ أَصَابَ شَاءً قَالَ فَأَمَرْتُهُ أَنْ يَحْبِسَهَا عِنْدَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَ يَسْأَلَ عَنْ صَاحِبِهَا فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا بَاعَهَا وَ تَصَدَّقَ بِثَمَنِهَا» (۱).

و این حدیث هر چند ضعیف است، لکن عمل به آن مشهور است. بل که ظاهر این است که خلافتی در آن نباشد. بلی از محقق در نافع ظاهر می شود توقف در آن (۲).

و این حدیث هر چند مطلق است و مقید به عمران نیست، و لکن اصحاب حمل کرده اند آن را بر این صورت، به جهت «جمع بین الأدلّة». و عمده تکیه بر عمل ایشان است. زیرا که مطلق جمع (۳)،

دلیل نمی شود. و شاید نظر محقق هم به این باشد، زیرا که در اول حکم شاء را در بیابان گفته است بعد از آن گفته است که «در روایت ضعیفی وارد شده است که حبس می کند آن را سه روز، پس اگر صاحبش آمد خوب. و الا قیمت آن را تصدق می کند از جانب صاحب آن». که منظور محقق این باشد که این روایت از حیثیت اطلاق، معارض است با آن حکمی که از برای آن در بیابان گفته بود. و چون ضعیف است، متروک است. نه این که در حکم خصوص عمران تأمل داشته باشد.

و بدان که: هر گاه ظاهر شود صاحب آن بعد از تصدق؛ خلاف کرده اند که آیا ضامن آن هست یا نه؟-؟ أقوى ضامن است. چنان که مختار شهیدین است در دروس و مسالک (۴)

ص: ۳۳۲

۱- تهذیب، ج ۶ ص ۳۹۷.

۲- مختصر النافع، ص ۲۶۱.

۳- یعنی هر جمع، دلیل نمی شود.

۴- مسالک، ج ۲ ص ۲۴۳ ط دار الهدی.

و شرح لمعه (۱). و دلالت دارد بر این، عموم «علی الید ما اخذت» و فحاوی اخباری که در حکم فلات گذشت.

و بدان که: مراد مشهور در این حکم (که خلاف در آن ندارند) جواز بیع و تصدق قیمت است، نه وجوب آن. زیرا که خلاف کرده اند در این که آیا جایز است تملک آن با ضمان، یا نه. شهید در دروس گفته است که تجویز کرده است آن را ابن ادریس. و گویا خود توقف دارد. و وجه آن این است که ظاهر روایت تعیین تصدق است. و شهید ثانی در شرح لمعه گفته: اقوی عدم جواز آن است (۲).

و خوب گفته است. و همچنین شهید در دروس و شهید ثانی در مسالک و شرح لمعه، گفته اند که جایز است برای او نگاه دارد آن گوسفند را، یا قیمتش را هرگاه بفروشد، به عنوان امانت از برای صاحبش تا ظاهر شود مالک یا یأس حاصل شود از او. و همچنین در کفایه گفته است که «ظاهر این است. و این نیز مخالف ظاهر روایت است، و لکن چون عمل به روایت مقتضای جمع بین الأدله است، پس دور نیست که این را نیز از مقتضای جمع بین الأدله [حساب] کنیم». یعنی حمل روایت را بر تخیر مابین: بیع، و تصدق، یا نگاه داشتن عین یا قیمت آن به عنوان امانت. و در شرح لمعه گفته است که در صورت جواز اخذ، ضمان نیست (و همچنین شهید در لمعه) هرگاه تفریطی نکرده باشد، یا قصد تملک نکرده باشد.

و ظاهر این است که در صورت قصد تملک، ضامن است مطلقا خواه جایز باشد برای او آن قصد یا نه. چنان که پیش گفتیم.

و اما در صورت اخذ، تعریف لازم است در یک سال یا نه؟-؟: در شرح لمعه (۳) گفته

ص: ۳۳۳

۱- شرح لمعه، ج ۷ ص ۸۹.

۲- شرح لمعه، همان.

۳- از تکرار آدرس ها خود داری می شود.

است که «ظاهر نصّ و فتوی عدم وجوب تعریف است». و خوب گفته است. و ندیدیم که کسی فتوی به لزوم تعریف در این جا داده باشد. و هر چند توان گفت که صحیحۀ علی بن جعفر که از فقیه نقل کردیم باطلاقتها دلالت بر این داشته باشد. و همچنین عمومات لقطه که در آن ها اعتبار تعریف شده است. و لکن می تواند شد که سرّ این که علما در این جا اعتبار نکرده اند، این باشد که در ضالّۀ بیابان و امثال آن، که تعریف را اعتبار کردیم، از برای این بود که اکل و تصرّف بالفعل را جایز می دانستیم در آن. بخلاف این جا که باید بفروشد بعد سه روز، تصدق کند با ضمان یا به امانت نگه دارد. پس سزاوار است که مؤنۀ تعریف یک سال را از او تخفیف بدهیم.

بعد از آن در شرح لمعه و مسالک گفته است که: «غیر گوسفند، واجب است تعریف آن یک سال (مثل غیر آن از اموال) یا محافظت کند آن را از برای مالک بدون تعریف، یا دفع کند آن را به حاکم». و صاحب کفایه همین را از بعض اصحاب نقل کرده. و گویا مراد او صاحب مسالک باشد. و ساکت شده. و آن چه گفته است بعید نیست. زیرا که نصّ مختصّ گوسفند است. و صحیحۀ علی بن جعفر سابقه باطلاقتها شامل آن هست.

و تتمیم این مطالب محتاج است به ذکر چند امر:

اول: هر گاه کسی اخذ حیوان گم شده کرد؛ پس اگر در جایی است که ممنوع است (مثل اخذ شتر صحیح یا موجود در میان آب و گیاه، و مثل اخذ گوسفند در عمران بدون خوف نهب و تلف)، پس شکی نیست در این که واجب است انفاق بر او از برای حفظ نفس محترمه حیوان. و به جهت آن که مامور است که به صاحبش برساند، و باقی ماندن آن تا به صاحبش برسد موقوف است بر نگاه داشتن آن، و حیات آن موقوف است بر نفقه، و در این صورت ظاهر این است که نتواند رجوع کند به مالک در نفقه، هر چند قصد رجوع کرده باشد. چون به اذن مالک نکرده و ید او «ید عدوان» است و واجب است که

آن را به مالک برساند، یا به حاکم.

و اما هرگاه میسر نشد مالک و نه حاکم؛ پس محقق گفته است که در این وقت جایز است رجوع به نفقه با یت رجوع، و گویا وجه آن این باشد که در این وقت چون متعذر است رساندن آن به مالک، پس از جانب شارع مأمور شد به انفاق. [پس] (۱).

هرگاه قصد رجوع دارد (تبرع هم در میان نیست)، اذن شارع (۲) در این وقت قائم مقام اذن مالک است. و به جهت این که در این وقت محسن است و «ما علی الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (۳).

و در مسالک بعد از آن که توجیه کلام محقق را به این نحو کرده است، بر آن ایراد کرده که: قبل از وصول به مالک و حاکم در صورت امکان آن ها هم همین سخن جاری می شود، چون از جانب شارع مأمور است به انفاق، و در «ید عدوان» هر دو موضع مساوی اند. و از شهید در دروس ظاهر می شود توقف در هر دو موضع. چون عدم رجوع به نفقه را نسبت به شیخ داده و خود ساکت شده. و دور نیست ترجیح عدم رجوع مطلقاً، به دلیل اصل برائت مالک. و وجوب حفظ امانت و توقف آن بر انفاق. و این که خود سبب این اضرار شده بر خود. و معلوم نیست که عمومات «نفی ضرر» شامل چنین جائی باشد. بل که «تکلیف ما لا یطاق» که خود باعث آن شده باشد، هم قبح آن معلوم نیست.

و ممکن است توجیه فرق مابین این دو مقام به این که: قبل از یأس [از] وصول به مالک یا حاکم، مأمور است که فوراً به احدهما برساند و یک لمحہ پیش خود نگاه ندارد. و این که در بعضی اوقات ممکن نمی شود الاً بگذشتن زمانی، پس ناچار باید شارع راضی باشد به بودن آن در ید او در آن زمان. این از باب «امور اضطراریه» است و

ص: ۳۳۵

۱- در نسخه: و.

۲- در نسخه: و اذن شارع.

۳- آیه ۹۱ سوره توبه.

رخصت در آن بالاصاله از شارع [ن-] رسیده بل که بالتبع [رسیده] از قبیل «مطلوبیت مقدمات و لوازم در صورت مطلوبیت ذی المقدمه»، و ملزوم و مطلوبیات تبعیه غالباً مناط احکام نمی شوند.

بخلاف ما بعد یأس از مالک و حاکم، در آن وقت بالاصاله از جانب شارع مامور است که محافظت آن [کند] خصوصاً هرگاه امری باشد که تعریف یک سال در آن لازم باشد.

و اما آن سه روزی که شارع فرموده «شات را حبس کند». پس آن نیز منافات ندارد با آن چه ما گفتیم. زیرا [۱] که مقصود در آن نیز بالذات، تفحص از مالک و ایصال به او است. و اگر در جائی است که جایز است اخذ آن (مثل بعیر صحیح با خوف نهب و تلف، هر چند خوف هلاک به سبب سباع و آب و علف نباشد، و مثل گوسفند در عمران بنا بر قول به جواز اخذ آن. و امثال آن که اخذ آن جایز یا واجب باشد) اظهار جواز رجوع است. چنان که بیان خواهیم کرد.

دویم: هرگاه واجب شد که ضالّه در دست کسی باشد که یافته است، و لازم شد بر او تعریف آن، و محتاج به نفقه باشد، پس باید به حاکم عرضه کند که نفقه آن را از بیت المال بدهد، یا آن که او را امر کند به انفاق با تیت رجوع. و هرگاه ممکن نشود رجوع به حاکم، واجب است انفاق بر آن به جهت محافظت نفس محترمه آن حیوان. و ظاهر [۱] در آن خلافی نیست. و این در صورتی است که قصد تملک آن (در صورت هائی که جایز است) نکرده باشد. و الا نفقه بر خود اوست و رجوع بر حاکم معنی ندارد.

و بعضی از علما مثل شهید در لمعه، حکم انفاق ضالّه را مثل لقیط (یعنی کودکی که آن را بیابند) کرده، و گفته است: «الانفاق کما مرّ»، یعنی حکم نفقه در ضالّه مثل نفقه در لقیط است. و آن چه در لقیط گفته اند این است که اولاً نفقه بر ملتقط لازم نیست در مال

خودش، بل که اگر از برای آن لقیط مالی باشد و چیزی همراه آن باشد، از آن انفاق می کنند، هر چند محتاج به اذن حاکم باشد با امکان. و اگر نباشد (۱)، رجوع به حاکم می کنند که از بیت المال انفاق کند، یا از وجه زکات. و اگر ممکن نباشد (۲)،

از مسلمین استعانت می جوید که شاید کسی به عنوان تبرّع انفاق کند. و مشهور این است که واجب است بر همه به عنوان «وجوب کفائی». و هرگاه متبرّعی به هم نرسد، در آن وقت واجب است بر همه مسلمین کفایت انفاق او و قصد رجوع به او بعد بلوغ و یسار او. و هرگاه کس دیگر نباشد، متعیّن است بر ملتقط.

بعد از آن خلاف کرده اند که: آیا جایز است رجوع با قصد رجوع یا نه؟-؟ و مقتضای این حواله که شهید به آن جا کرده، این است که هرگاه مالی با آن حیوان باشد مثل جل و یراق که ظاهر این است که مال مالک آن است، مقدم است (و لکن تصریحی به این در کلام فقها در نظرم نیست). و بعد از آن رجوع به حاکم. و بعد از آن استغاثه از مسلمین. و بعد از آن انفاق به قصد رجوع به مالک.

و در جواز رجوع به مالک با قصد رجوع، دو قول است؛ و ظاهر کلام ایشان اعم است از این که در اول امر جایز بوده باشد از برای او اخذ ضالّه، یا ممنوع بود [ه] و لکن بعد از اخذ مکلف شد به حفظ و تعریف. بلی در صورت عدم جواز اخذ و قبل از یأس از وصول به مالک یا حاکم، معلوم نیست که داخل این عنوان باشد. زیرا که تکلیف حاکم به انفاق وقتی است که بر او عرض شود، و مفروض این است که تا به حال به او نرسیده است. پس در آن زمان خود مکلف است به انفاق چنان که گفتیم. و اظهر عدم جواز رجوع است با قصد رجوع. چنان که گفتیم.

ص: ۳۳۷

۱- یعنی اگر چیزی همراه او نباشد.

۲- یعنی اگر رجوع به حاکم ممکن نباشد.

و اما دلیل قول اول از این دو قول که گفتیم و مشهور بین العلما [است]، این است که اگر قائل نشویم به رجوع، لازم می آید ضرر بر ملتقط. زیرا که محافظت آن واجب است و تمام نمی شود الا بانفاق. پس انفاق واجب است، و اذن از شارع حاصل است به انفاق (۱).

و هرگاه جایز نباشد رجوع با قصد رجوع، لازم می آید ضرر. و ضرر و عسر و حرج در دین نیست. خصوصاً وقتی که اصل اخذ جایز یا واجب بوده باشد.

و دلیل قول دیگر که قول ابن ادریس است [این است] که چون انفاق واجب است و لکن در اِزای فعل واجب عوض جایز نیست و این انفاق است بر مال غیر (۲) بدون اذن او، پس در حکم تبرّع خواهد بود.

و اظهر قول اول است. زیرا که وجوب منافات با جواز اخذ عوض ندارد، و اذن شارع قائم مقام اذن مالک است. و از علامه در مختلف (۳) ظاهر می شود دعوی اجماع بر عدم وجوب انفاق بلا عوض در مسئله لقیط با وجود مخالفت ابن ادریس در آن جا. و ظاهر این است که فرقی نباشد، و مخالف در هر دو جا ابن ادریس است و در مختلف در هر دو جا ردّ قول او کرده به نفی ضرر. و از ابن ادریس در مسئله لقیط ظاهر می شود که بر طبق مذهب مشهور روایتی هم هست (۴).

سیم: هرگاه از برای ضالّه منفعتی باشد (مثل سواری، و بارکشی، و شیر، و خدمت هرگاه ضالّه عبد صغیری باشد)، جایز است از برای ملتقط انتفاع به آن در مقابل نفقه آن، چنان که ظاهر می شود از کلمات ایشان. و عبارت شرح لمعه اشعار دارد به عدم ظهور

ص: ۳۳۸

۱- عبارت نسخه: و این است اذن از شارع حاصل است- توضیح: لفظ «این است» در میان دو سطر آمده است.

۲- عبارت نسخه: و این انفاق است و بر مال غیر.

۳- مختلف، ص ۱۷۵ ط قدیم.

۴- سرائر، ج ۲ ص ۱۰۷.

خلاف، چون که گفته است: «و ظاهر الفتوی جواز الانتفاع لأجل الانفاق، سواء قاصّ ام جعله عوضاً» (۱).

و همچنین در مسالک گفته است که «ظاهر کلام شیخ و غیر او، جواز انتفاع است به ظهر و لبن خواه قائل باشیم که به اِزاء نفقه است مطلقاً، یا قائل باشیم به تقاصّ» (۲).

و بعض احادیث صحیحه در لقیط وارد شده که جایز است استخدام لقیط در برابر نفقه.

و در کیفیت حساب کردن منفعت به جای نفقه، دو قول است: اول قول شیخ است در نهاییه که گفته است که انتفاع به اِزای نفقه است (۳).

خواه زیاد و کمی داشته باشد، یا نه. و قول دیگر این است که تقاصّ می کند به نفقه و رجوع می کند صاحب زیادتی به زیادتی خود. و این قول اقرب است، چنان که مختار دیگران است. به جهت آن که هر یک را بر دیگری حقی است، و مقتضای جمع بین الحقیین همین است، همچنان که در سایر حقوق و مطالبات هم چنین است. و دلیلی از برای قول اول ندیدم.

بلی: بعضی این را حواله کرده اند به بعض اخباری که در «رهن» وارد شده و آن صحیحه ابی ولاد است: «قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَنِ الرَّجُلِ يَأْخُذُ الدَّابَّةَ وَ الْبَعِيرَ رَهْنًا بِمَالِهِ أَلَهُ أَنْ يَزَكِبَهُ قَالَ فَقَالَ إِنْ كَانَ يَغْلِفُهُ فَلَهُ أَنْ يَزَكِبَهُ وَ إِنْ كَانَ الَّذِي رَهْنَهُ عِنْدَهُ يَغْلِفُهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَزَكِبَهُ» (۴). و روایت سکونی که سند آن قوی بل که موثق است؛ «عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ آبَائِهِ عَنْ عَلِيٍّ (عليه السلام) قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه و آله) الظَّهْرُ يُزَكَّبُ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا وَ عَلَى الَّذِي يَزَكِبُهُ نَفَقَتُهُ وَ الدَّرُّ يُشْرَبُ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا وَ

ص: ۳۳۹

۱- الروضة البهية، ج ۷ ص ۹۱.

۲- مسالک، ج ۲ ص ۲۴۴ ط دار الهدی.

۳- نهاية الاحکام ص ۳۲۴.

۴- وسائل، ابواب الرهن، ب ۱۲ ح ۱.

و جواب (بعد از قدح در سند ثانی) این است که مضمون این ها مخالف قواعد مسلّمه [است] از [قبیل] عدم جواز تصرف مرتهن بدون اذن راهن. و همچنین به عکس، و این که راهن مستحق منفعت است پس رجوع می کند به منفعت، و مرتهن مستحق حق نفقه است پس رجوع می کند به آن. پس عدم اعتبار زیادتی مطلقاً تفویت است از برای صاحب زیادتی. و از این جهت حمل کرده اند آن حدیث ها را بر صورت اذن راهن و مساوات نفقه با منفعت (۲)،

هر چند بعید باشد.

پس ما عمل به آن حدیث ها در رهن هم نمی کنیم (۳)،

چه جای ما نحن فیه. و بر فرض

ص: ۳۴۰

۱- همان، ح ۲

۲- در نسخه: یا منفعت.

۳- با کمال معذرت از همگان؛ اعم از معاصرین (حفظهم الله) و گذشتگان (قدّس سرهم)؛ بنده نمی دانم چرا گاهی «قواعد را بر ادله حاکم می کنند؟». قواعد در جای خود محترم و می دانیم قواعد بر گرفته و ناشی شده از متقن ترین ادله هستند. اما باید توجه کرد که ما در عرصه فقه قرار داریم نه در عرصه علم ریاضی. چرا باید قواعد به حدی خشک و انعطاف ناپذیر باشند که در مقابل خود شارع نیز قد علم کرده و خود او را محدود کنند و مصداق «شارع بر علیه شارع» باشد. شارع همیشه می تواند مورد یا مواردی را از شمول قواعد اخراج کند. و به عبارت دیگر: باید همیشه قول و تشریح شارع بر قواعد حکومت داشته باشد. نه بر عکس. زیرا گاهی شارع غرض ها و هدف های ویژه ای در نظر می گیرد و بر اساس آن بر خلاف قاعده تشریح می کند. از باب مثال در رهن: اگر از اسب یا گاو و یا گوسفند، استفاده نکند، همگان می دانند که مال در دست او رهن است اما اگر از آن استفاده کند معنی از روابط دوستانه پیدا می کند. می گویند: اسب را داده دوستش مدتی از آن استفاده کند، چون خودش جای کافی نداشته گاو را فرستاده به اصطبل او. و... حتی در صدقه نیز تاکید شده که باید حفظ شخصیت و حیثیت فقیر مراعات شود. رهن این قبیل اموال حاکی از نوعی بی چارگی و واماندگی است. به ویژه به رهن گذاشتن اسبی که شخصاً سوار می شود و رهن سلاح، در میان برخی مردمان، یک کار ننگین محسوب می شود. چه لزومی دارد که عواطف و روابط نیکو را، فدای محاسبات ریاضی گرانه سرمایه داری خشک و بی عاطفه و به اصطلاح «پروئی»، کنیم؟ آن هم در جائی که عرف، راه زیبا را عملاً تایید می کند و به نظر عرف بهتر است مردم ندانند که اساساً این اسب به رهن در اختیار اوست، یا به بیع، یا به عاریه، یا به استحلال منفعت، یا به هبه و... با وجود یک حدیث صحیح و یک حدیث موثق، چرا باید قواعد شرعی را به رخ ادله شرعی بکشیم؟! می فرمایند: این حدیث ها به صورت «اذن راهن» حمل می شوند. و توجه نمی فرمایند که این مصداق «توضیح واضحات» و لغو می گردد. باید به حدیث عمل کرد و گفت: این است تشریح، و اگر صاحب اسب نمی خواهد از اسب او استفاده شود، باید شرط عدم استفاده، بکنند. یعنی دقیقاً بر عکس محمل فوق. جالب این است: وقتی که

پیش از صدور حکم «موضوع شناسی» می‌کنیم، مشاهده می‌کنیم که تنها مواردی که در اموال رهنی می‌توان آن را با مسامحه بر گذار کرد، همین موارد است که در این دو حدیث آمده‌اند. و ویژگی آن‌ها ایجاب می‌کند که حکم ویژه و انعطاف پذیر داشته باشند. در یکی از مسائل پیشین از همین مجلد، نیز «حکومت قواعد بر ادله» آمده بود که مختصر اشاره‌ای به آن شد. اما مصنف (ره) در مسئله شماره ۳ حدیث را بر قاعده حاکم کرد بر خلاف این جا که بر فرض تسلیم می‌پذیرد.

تسلیم؛ عمل به آن‌ها در رهن (۱)،

قیاس است و در مذهب ما جایز نیست، خصوصاً از مفهوم شرط در آن‌ها بر می‌آید که غیر رهن چنین نیست.

چهارم: هر چند فقها در کتاب لقطه، سه فصل قرار داده‌اند؛ یکی را در حکم لقیط [کرده‌اند که انسان گم شده است. و یکی در حکم ضالّه که حیوان گم شده است. و یکی در حکم لقطه که سایر اموال است از نقد و جنس. و ما در بیان مسائل ضالّه اشاره کردیم که بعضی صور ضالّه است] (۲) که در حکم لقطه است (مثل اخذ شتر و امثال آن هر چند صحیح باشند در وقتی که خوف ضیاع بر صاحب آن باشد و دزد بردن و گم شدنی که به دست صاحب نرسد. و همچنین در مثل آهو و کبوتر و غیر آن، و همچنین گوسفندی که در صحرا بیابد و به قصد محافظت برای صاحبش بردارد)، در این صورت‌ها ظاهر این است که همه جا حکم آن، حکم لقطه سایر اموال است. و محتاج به تعریف یک سال. و در عرض مدت سال، امانت شرعیه است در دست او، و ضامن آن نیست مگر با تعدی، یا تفریط، یا قصد تملک هر چند آن قصد تملک جایز باشد؛ مثل این که قصد کند که بعد

ص: ۳۴۱

۱- و این یعنی حاکم کردن حدیث بر قاعده.

۲- مابین علامتین در نسخه بسی آشفته و متداخل آمده گر چه نسخه بردار با علامت‌های ریز در صدد راهنمایی آمده اما به زحمت تنظیم شد.

تعریف یک سال مالک شود.

پس هرگاه قصد تملک نماید در جایی که جایز نیست از برای او، خواه در اول سال تعریف باشد یا در اثنای آن، ضامن است. چون ید او ید عدوان است.

و از جمله «تفریط» است ترک تعریف در جایی که واجب است تعریف، مطلقاً یعنی هر چند نیت تملک ندارد بل که غرض او محض محافظت از برای صاحب است.

و اما هرگاه اخذ کرده است به نیت محافظت دائمی و تعریف را هم ترک نکرده است تا یک سال، بر او ضمانی نیست.

و هرگاه اخذ کرده است که یک سال تعریف کند و بعد از یک سال مالک شود و تعریف هم بکنند، در عرض سال امانت است و ضامن نمی شود بدون تعدی و تفریط. اما بعد از اتمام سال پس جایز است از برای او تملک و در آن وقت ضامن هم حاصل می شود. و در کفایه گفته است که معروف از مذهب اصحاب، ضامن است در این وقت اما آیا به مجرد همان نیت اول و انقضای سال، ضامن است یا محتاج است به تجدید نیت تملک؟-؟ در آن دو وجه است؛ یعنی خواه قائل باشیم که بعد از تعریف یک سال، ملک حاصل می شود از برای ملتقط قهراً خواه اختیار تملک بکنند یا نه، و خواه قائل باشیم که تملک حاصل می شود بعد تعریف به قصد و نیت تملک. آن دو وجه اشکال(۱)

بنابر قول دوم است که آیا تعریف به قصد تملک در اول سال، کافی است و بعد سال، دیگر احتیاج به قصد تازه نیست، و آن که لازم می دانیم قصد را در صورتی است که در اول قصد آن نکرده باشد؟؟؟ یا این که مطلقاً ضرور است قصد تازه؟ و اما بنابر قول اول، پس اشکالی در ضمان نیست. و ما بعد از این متوجه اصل این مطلب می شویم، منتظر باش.

و بدان که: در هر جا که موجب ضمان حاصل شد (مثل نیت تملک قبل از اتمام

ص: ۳۴۲

حول، یا ترک تعریف)، ضمان بر حال خود باقی است هر چند نیت خود را بگرداند(۱)

و تعریف را متوجه شود، یا قصد محافظت کند از برای مالک. همچنان که در ودیعه هم چنین است.

و از آن چه مذکور شد، ظاهر شد که آن مال [ل] قبل از تمام شدن سال، مال مالک است، و نماء متصل مثل چاقی، [و] منفصل مثل ولد، مال مالک است. و اظهر این است که اتمام تعریف کافی است از برای نماء، و تعریف سال علیحده برای آن ضرور نیست. و از ثمرات این مسئله این است که هرگاه آن مال نصابی باشد از گوسفند یا پول، و سال بر آن بگذرد هرگاه قبل از تعریف [باشد]، زکات بر هیچکدام واجب نیست. اما بر مالک: پس به سبب غایب بودن مال. و اما بر ملتقط: پس به سبب عدم تملک. و اما هرگاه بعد از اتمام سال تعریف و اختیار تملک، سالی بر او بگذرد، بر ملتقط زکات واجب می شود. چون مال او است هر چند اگر صاحب پیدا شود باید آن را یا قیمت آن را رد کند. مگر این که این را داخل ملک متزلزل دانیم و چون استقرار ملک در زکات شرط است در این جا هم واجب نباشد. و این سخن تمام نمی شود بنا بر قول به عدم وجوب رد عین و این که ضمان متعلق به مثل می شود یا قیمت.

و اما آن چه وعده کردیم که بیان خواهیم کرد؛ پس سخن در حصول ملک قهری است [که آیا] به مجرد تمام شدن سال [است]، یا موقوف است بر اختیار ملتقط. و هر چند استیفاء کلام در آن، مناسب این جا نیست و لکن منظور در این جا اشاره به اشکالی

ص: ۳۴۳

۱- در نسخه: نگرداند- توضیح: یعنی به محض قصد تملک، ضمان حاصل شده است و ید او «ید عدوان» شده است. حتی اگر از نیت و قصد تملک منصرف شود باز ضمان در جای خود هست تا زمانی که به صاحبش برساند. زیرا «علی الید ما أخذت حتی تؤدی».

است که الحال در نظر می آید که تبیین بر آن لازم است، و آن این است که: بسیاری از فقها دو مسئله عنوان کرده اند: یکی آن که در لقطه غیر حرم گفته اند: بعد تعریف یک سال، مخیر است ملتقط مابین یکی از سه چیز: تملک و تصدق و محافظت از برای مالک. و دویم این که: بعد از تعریف یک سال، قهراً داخل ملک ملتقط نمی شود، بل که موقوف است تملک، به نیت.

و در هر دو مقام عنوان را مطلق گفته اند و هیچکدام را معلق به دیگری نکرده اند. و اشکالی که بر این وارد می آید این است که: اطلاق در مقام اول [مقتضی آن است که این تخییر ثابت است بر هر دو قول در مقام ثانی. و حال آن که بنابر قول به حصول ملک قهراً، دیگر تخییر مابین این سه امر بی وجه است. زیرا که نگاه داشتن برای مالک دلالت دارد بر عدم حصول ملک قهراً. پس آن تمام نمی شود مگر بنابر قول به عدم حصول ملک قهری. پس اطلاق در مقام اول صحیح نیست. و از این جهت است که ابن ادریس که قائل است به حصول ملک قهری، قائل نیست به اختیار داشتن مابین سه امر، بل که تخییر را منحصر کرده [به] مابین آن دو امر (۱). و آن را از شیخ در نهایت نقل کرده و اجماع بر آن ادعا کرده. و تخییر مابین این سه امر را از شیخ در خلاف نقل کرده و گفته است که: آن مذهب ابی حنیفه (۲).

و شافعی است (۳).

و رفع این اشکال به این است که: آن چه بر خوردیم از کلام فقهاء در تخییر مابین سه امر، رأی همه ایشان این است که بعد از تمام حول، ملک حاصل نمی شود مگر با قصد تملک. و مثل ابن ادریس که قائل است به حصول ملک قهراً، و قائل به تخییر مابین سه

ص: ۳۴۴

۱- یعنی: تملک یا تصدق.

۲- در نسخه: ابن حنیفه.

۳- سرائر، ج ۲ ص ۱۰۲.

و همچنین عبارتی که از نه‌ایه شیخ نقل کرده.

پس اطلاق این جماعت در مقام اول (یعنی تخییر مابین سه امر) مبتنی است بر رأی ایشان در مقام دویم که توقف ملک است بر قصد تملک. و این توجیه هر چند از برای رفع منافات میان دو اطلاق، خوب است. و لیکن مستلزم تکرار است در کلام ایشان. زیرا که آن چه در مقام اول گفت- [ه ا] اند، مُغنی بود از آن چه در مقام ثانی گفت- [ه ا] اند. مگر این که بگوئیم: مراد ایشان از تملک در مقام اول، به انواع تصرفات است یعنی آن را جایز است در میان مال خود بیندازد و انواع تصرفات کند، و اما حصول ملک واقعی؛ پس آن موقوف است به نیت تملک. چنان که در حیازت مباحث گفته اند.

پس بنا بر این تا قصد تملک نکند، بیع و شری نمی تواند کرد، و هر گاه نصابی باشد، حلول حول در آن، منشا وجوب زکات [ن-] می شود. و در این هنگام کلام ابن ادریس مشکل است که قائل به ملک قهری است و در اول کلامش صریح گفته است که مخیر است مابین دو امر یکی تملک و دیگری صدقه، و نفی کرده است قول به ضبط از برای مالک را. و توجیه کلام او به همین نحو می شود که مراد او از تخییر بین الامرین در اول کلام تخییر مابین تصدق کردن ملک قهری خود است و بین خوردن و پوشیدن و سایر تصرفات. پس این تخییر منافاتی با قهری بودن ندارد.

و لیکن این خلاف ظاهر عبارت اوست و خلاف مقتضای اخبار است. به جهت آن که از اخبار مستفاد می شود که این تصدق امری است مغایر تصرفات مالکانه، مثل تصدق مجهول المالک. چنان که بعد اشاره خواهیم کرد.

و ظاهر این است که تخییر مابین سه امر، مشهور مابین علما است. و ظاهر می شود این از این که مشهور مابین ایشان توقف حصول ملک است بر اختیار تملک. چنان که

ص: ۳۴۵

۱- یعنی رأی آنان مثل رأی ابن ادریس نیست. و در نسخه به جای نیست دوم، «است» آمده.

و علامه در مختلف و تذکره (۲)، و دیگران اسناد آن را به مشهور داده اند. هر چند شهید اول در دروس ملک قهری را نسبت به «اشهر» داده بعد از آن که آن را از تنقیح و شیخ و صدوقین، نقل کرده، و لکن خود اختیار قول دیگر را کرده در دروس و لمعه (۳) هر دو. و علامه در مختلف (۴) منع کرده اجماعی را که ابن ادریس دعوی کرده.

و اظهر در نظر حقیر، قول مشهور است؛ یعنی تخییر مابین سه امر که موقوف است بر قول به عدم حصول ملک قهری. و بعضی اشکال در دلیل تخییر مابین آن سه امر کرده اند، چون در احاد [د] ایث به غیر دو چیز، مذکور نیست؛ یکی تصدق و دیگری جواز تصرف و تملک. بل که تخییر مابین این دو تا هم در حدیثی نیست، بل که آن مقتضای «جمع بین الاخبار» است. و بعضی را گمان این است که علامه در تذکره دعوی اجماع در تخییر مابین سه امر کرده، و این اسناد از کلام آخوند ملا احمد (ره) نیز ظاهر می شود (۵)،

بل که آخوند (ره) خود در جای دیگر فرموده اند که «ظاهر این است که خلاف در آن نیست».

و گمان حقیر این است که اسناد اجماع به علامه غفلت است. زیرا که علامه در تذکره گفته است کلامی که مضمون آن این است که: «بعد تعریف یک سال، مختار است مابین سه امر، خواه ملقط غنی باشد یا فقیر، یا حلال باشد بر او صدقه، یا حرام، نزد علمای ما. و جمعی از عامه دلیل آن را نقل کرده اند که غنی و فقیر مساوی اند» (۶). و بعد از

ص: ۳۴۶

۱- شرح لمعه، ج ۷ ص ۱۲۵ و ۱۲۶.

۲- تذکره، ص ۲۶۱ ط قدیم.

۳- لمعه، ص ۲۴۰ ط دار الناصر.

۴- ج ۱ ص ۱۷۲ ط قدیم.

۵- مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۰ ص ۴۶۱.

۶- تذکره، ص ۲۶۰ ط قدیم.

آن از ابو حنیفه نقل کرده قول به فرق میان مابین غنی و فقیر را که گفته است این از برای فقیر است و غنی مخیر است مابین حفظ برای مالک و صدقه لا- غیر. پس این «ظاهر اجماع» که ایشان فهمیده اند، در عدم فرق مابین فقیر و غنی است، نه در تخییر مابین سه امر.

و دلیل ما^(۱)، همان اصل و استصحاب ملکیت مالک است. و عدم دلالت اخبار بر ملک صریح. بل که بر بیش از اباحه در تصرف، دلالت ندارند. زیرا که در بعض آن ها مثل روایت محمد بن مسلم مذکور است که «فَعَرَّفَهَا سَيِّئَةً فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا وَ إِلَّا فَاجْعَلْهَا فِي عَرْضِ مَالِكَ يَجْرِي عَلَيْهَا مَا يَجْرِي عَلَى مَالِكَ حَتَّى يَجِيءَ لَهَا طَالِبٌ فَإِنْ لَمْ يَجِيءَ لَهَا طَالِبٌ فَأَوْصِ بِهَا فِي وَصِيَّتِكَ»^(۲). یعنی هر گاه بعد تعریف، صاحب آن پیدا نشود، آن را بگردان در جمله مال خود [و] در میان مال خود بکن و پروا نداشته باش از جدا نکردن آن. چنان که مقتضای موارد استعمال لفظ «عرض» این است.

و قریب به این است صحیحۀ علی بن جعفر که از فقیه نقل کردیم^(۳). و همچنین صحیحۀ محمد بن مسلم^(۴)

و [ابن] بکیر^(۵)،

به همین مضمون است. و در بعض آن ها مذکور است «و ان جاء صاحبها، و الأ فهی کسبیل مالک»، مثل روایت یمانی^(۶) و

ص: ۳۴۷

۱- استدلال می کند برای اثبات قول مشهور که «عدم حصول ملک قهری» است.

۲- وسائل، ابواب اللقطه، ب ۲ ح ۱۰.

۳- همان حدیث پیشین- فقیه، ج ۳ ص ۱۸۶ باب اللقطه، ح ۳. ط دار الاضواء.

۴- وسائل، ابواب اللقطه، ب ۲ ح ۳.

۵- یافت نشد.

۶- حدیثی به این نام یافت نشد.

و در بعض آن‌ها «ثم هی کسایر مالہ» مثل روایت داود بن سرحان (۳). و در بعض آن‌ها مذکور است که «مَنْ وَجَدَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ فَلْيَتَمَنَّعْ بِهِ حَتَّى يَأْتِيَهُ طَالِبُهُ فَإِذَا جَاءَ طَالِبُهُ رَدَّهُ إِلَيْهِ» چنان که در روایت ابی بصیر است (۴).

که پیش گذشت، و آن محمول است به ما بعد تعریف. و در بعض آن‌ها مثل روایت حنان بن سدیر «فَإِنْ وَجَدْتَ صَاحِبَهَا وَإِلَّا فَأَنْتَ أَحَقُّ بِهَا» (۵).

بلی: در روایت ابی خدیجه مذکور است «فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ وَإِلَّا كَانَتْ فِي مَالِهِ فَإِنْ مَاتَ كَانَتْ مِيرَاثًا لَوْلَدِهِ وَ لِمَنْ وَرَثَتُهُ فَإِنْ لَمْ يَجِئْ لَهَا طَالِبٌ كَانَتْ فِي أَمْوَالِهِمْ هِيَ لَهُمْ فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا بَعْدَ دَفْعِهَا إِلَيْهِ» (۶). و این روایت با وجود ضعف سند، محمول است بر مقتضای اخبار سابقه، بل که ظاهر است در همان معنی، خصوصاً [۱] بنا بر ملاحظه درج کلمه «فی»، چون نفرمود «کانت مالہ». و انتقال حق تصرف به میراث، منافات ندارد با «ملک محض نبودن». و بر فرضی که مسلم باشد، دلالت بر ملک قهری ندارد. چون در بعض آن‌ها مذکور است که «يجعلها فی عرض مالہ» که دلالت می کند بر این که ملک می گردد او را [و] به جعل او و اختیار او حاصل می شود. و امر قهری در حیطة اختیار کسی نیست که آن را بگرداند در عرض مال.

و همچنین در بعض اخبار دیگر و صحیح علی بن جعفر که از فقیه روایت کردیم هم

ص: ۳۴۸

۱- یافت نشد.

۲- همان، باب ۱ ح ۱.

۳- همان، ب ۲ ح ۱۱.

۴- همان، ب ۴ ح ۲.

۵- همان، ب ۲ ح ۵.

۶- همان، ب ۲۰ ح ۱.

و اگر بگوئی که: امر شارع لازم الاتباع است؛ پس امر به این که آن را در مال خود قرار بده، یا در عرض مال قرار ده، تخلف نمی کند از انقضای حال تعریف. پس گویا فرموده است: بعد تمام شدن سال، آن را مال خود بدان.

می گوئیم که: این اوامر بعد «حظر» یا در مقام «توهم حظر» است، و بیش از اباحه افاده نمی کنند؛ یعنی می توانی این کار را بکنی. خصوصاً با ملاحظه ضمیمه آن چه وارد شده است در آن ها که «هر وقت صاحبش پیدا شود رد کن، و اگر نشود وصیت کن» و امثال آن. زیرا که مقتضای این ها ترخیص در این نوع معامله است که از شارع رخصت شده است که در مال غایب این [نوع] (۱) معامله بشود. و معاملات غالباً مبتنی است بر رضا. و هرگاه بخواهد ملتقط که مال را بر دارد و عوض آن را در ذمه بگیرد، چگونه الزام او می شود به این معامله که منشأ حصول ملک شود قهراً.

و از آن چه تحقیق کردیم، آگاه می توان شد بر دلیل مشهور و تخییر مابین امور ثلاثه. و ظاهر می شود ضعف این که [گفته اند] دلیل ندارد. حتی این که بعضی [ملتجاً] (۲)

شده اند در استدلال بر آن اجماعی که از کلام تذکره توهم شده است، و دانستی فساد آن را.

و وجه استدلال این است که: هرگاه ما این اوامر را حمل کردیم بر اباحه (چون در مقام حظر است)، پس معنی اباحه، جواز است. و معنی جواز این است که می تواند قصد تملک کند به عنوان آن معاوضه (۳)،

و می تواند نکند. و از جمله افراد آن که نکند یکی این است که آن را محافظت کند بر سبیل امانت. چون احسان است به مالک و «ما علی

ص: ۳۴۹

۱- در نسخه: بود.

۲- در نسخه: ملجاء

۳- یعنی در عوضش ضامن باشد.

المحسنين من سيل». زیرا که اختیاری که دلالت بر قصدی می کند مراد وجوب عینی نیست، بالاتفاق. خصوصاً با ملاحظه این که در آن جا هم نوع معاوضه ای است، به سبب تحقق ضمان در آن جا نیز.

پس احادیث، منافات با جواز تصدق ندارد، به سبب ورود اخبار در جواز تصدق. [جواز تصدق] هم منافات با این عموم جواز مستفاد از امر در مورد حظر، ندارد که عام و خاص «متنافیا الظهور» باشند^(۱).

که البته باید عام را حمل بر خاص کنیم^(۲).

و هر گاه ملاحظه اصل و استصحاب ملکیت سابقه را کردیم، و این که معلوم نیست که این معامله ها (خواه به عنوان تملک، یا به عنوان صدقه) اصلح باشد از برای مالک، پس تأملی نباید کرد در جواز حفظ از برای صاحب. زیرا که چنان که خوف تلف مال هست در صورت حفظ آن، خوف عدم اقتدار بر ردّ هم هست در صورت این معامله ها. خصوصاً آن که هر گاه آن که محافظت می کند غنی و قوی و صالح باشد. و آن که آن معامله ها را می کند فقیر و ضعیف و غیر [متقی]^(۳).

باشد.

پس از این جمله معلوم شد که قول مشهور، اقوی است در هر دو مقام^(۴).

و اما دلیل قول ابن ادریس: همان اجماعی است که نقل کرده، و اخبار مثل «کسیب مالک» و امثال آن، که «تشبیه» مقتضی «عموم مشابَهت» است در احکام.

اما دعوی اجماع: پس بسیار مشکل است؛ چنان که علامه در آن طعن زده و گفته است که آن خلاف اکثر است، و آن قول از شیخین و صدوقین نقل شده، و به این، اجماع تمام نمی شود، و اکثر علما و مشهور ایشان بر خلاف آنند چنان که دانستی که جمع کثیر

ص: ۳۵۰

۱- در نسخه: باشد.

۲- یعنی: منافاتی در بین نیست تا ناچار باشیم عام را بر خاص حمل کنیم.

۳- در نسخه: متدین. - در اصطلاح فقها «غیر متدین» یعنی کافر در حالی که مراد «غیر صالح» است.

۴- مقام قبل از یأس از پیدا شدن مالک و دسترسی به حاکم، و بعد از یأس.

و اما اخبار: پس ضعف دلالت آن ها را دانستی که چگونه توانیم استدلال به این ها بکنیم بر حصول ملک قهری با وجود اخبار دیگر [که] دلالت بر جواز تصدق می کند؛ مثل روایت حسین بن کثیر از پدرش: «قَالَ سَأَلَ رَجُلٌ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (عليه السلام) عَنِ اللَّقْطَةِ فَقَالَ يُعْرِفُهَا فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ وَ إِلَّا حَبَسَهَا حَوْلًا فَإِنْ لَمْ يَجِئْ صَاحِبُهَا أَوْ مَنْ يَطْلُبُهَا تَصَدَّقَ بِهَا فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَ مَا تَصَدَّقَ بِهَا إِنْ شَاءَ اغْتَرَمَهَا الَّذِي كَانَتْ عِنْدَهُ وَ كَانَ الْأَجْرُ لَهُ وَ إِنْ كَرِهَ ذَلِكَ احْتَسَبَهَا وَ الْأَجْرُ لَهُ» (۱). و [این] روایت خالی از قوت نیست. چون راوی از او فضاله و ابان است.

در روایت حفص بن غیاث: «قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَنْ رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَوْدَعَهُ رَجُلٌ مِنَ اللَّصُوصِ دَرَاهِمَ أَوْ مَتَاعًا وَ اللَّصُّ مُسْلِمٌ هَلْ يَرُدُّ عَلَيْهِ فَقَالَ لَا يَرُدُّهُ فَإِنْ أَمَكْنَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى أَصْحَابِهِ فَعَلَّ وَ إِلَّا كَانَ فِي يَدِهِ بِمَنْزِلَةِ اللَّقْطَةِ يُصِيبُهَا فَيَعْرِفُهَا حَوْلًا فَإِنْ أَصَابَ صَاحِبُهَا رَدَّهَا عَلَيْهِ وَ إِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا بَعْدَ ذَلِكَ خَيْرُهُ بَيْنَ الْأَجْرِ وَ الْعُرْمِ فَإِنْ اخْتَارَ الْأَجْرَ فَلَهُ الْأَجْرُ وَ إِنْ اخْتَارَ الْعُرْمَ غَرِمَ لَهُ وَ كَانَ الْأَجْرُ لَهُ» (۲). مطلقا [و] اصلاً دلالت بر حصول [ملک قهری ندارد]. بل که ظاهر این است که به نیابت صاحب، تصدق می کند. چنان که در مجهول المالک چنین است؛ و کسی در آن جا نگفته است که مال آن کسی است که در دست اوست و مال خود را تصدق می کند از جانب صاحب آن.

پس با ملاحظه تخیر مابین تملک و تصدق (چنان که قول شیخ است در نهاییه) حصول

ص: ۳۵۱

۱- وسائل، ابواب اللقطه، ب ۲ ح ۲.

۲- همان، ب ۱۸ ح ۱.

ملک قهری معنی ندارد. و چه خصوصیتی دارد که «حفظ از برای صاحب» را منافی «ملک قهری» بگیریم چون تصدق هم چنین است، و ظاهراً خلافی در تخییر مابین آن ها ندارند. اشکال در سیمی است (۱).

و ایضاً: ابن ادریس در مسئله گوسفند، قائل شده است به تخییر مابین تملک و حفظ برای صاحب و سپردن به حاکم، با وجودی که استدلال کرده است در جواز اخذ آن، به حدیث «إِنَّهَا لَكَ، أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذُّبِّ»، و دلالت «لام» بر ملک صریح اظهر است از حدیث «أَنَّ كَسْبِيلَ مَالِكٍ» بر ملک صریح. پس چگونه شد که در این جا این حدیث را منافی «حفظ برای مالک» دانسته و در آن جا ندانسته؟!

و بدان که: آن چه ما نسبت دادیم به ابن ادریس، به متابعت جمعی از فقها بود (مثل علامه در مختلف و شیهدین و غیرهما). و حقیر از کلام ابن ادریس این معنی را [ن-] فهمیدم. و لکن کلام او بسیار مضطرب است و آن اضطراب منشأ این نسبت شده. بل که ابن ادریس در اول کلام خود تصریح کرده است به این که بعد از تعریف سال، مخیر است مابین [د] و امر که یکی تملک است و یکی صدقه. و این سخن را مکرر گفته است، و دعوی اجماع و تواتر اخبار بر آن کرده است. بلی در آخر کلامش (بعد نقل قول شیخ در خلاف) کلامی گفته که موهم این است. و لکن از قبل و بعد او ظاهر می شود که مراد او «نفی بقای ملک مالک و عدم جواز حفظ برای مالک است». و گفته است که آن دلیلی ندارد. و گفته است که شیخ استدلال کرده به احادیثی که ناطق است ب- «أَنَّهَا كَسْبِيلُ مَالِكٍ»، و فرموده اند که حفظ کند برای صاحب.

و اگر کسی خواهد که تأویل کند کلام ابن ادریس را به این که: «مراد او این است که

ص: ۳۵۲

۱- یعنی در تملک، که اختیاری است یا قهری.

مال او می شود قهراً و لکن مخیر است که مال خود را تصدق کند، یا خود صرف کند». این کمال بُعد دارد. زیرا که تصدق مال خود از اقسام تصرف در ملک خود است. و هرگاه دلیل ملک خود شدن همان احادیث «کسیل مالک» است [و] (۱) تصدق کردن هم یکی از ثمرات سبیل مال شدن است، پس چه معنی دارد تخییر مابین تملک و مابین تصدق کردن. بل که باید صدقه کردن، معنی مغایر مالک شدن باشد. همچنان که در مجهول المالک فرموده اند تصدق کن و مراد ایشان این نیست که مجهول المالک مال توست و تصدق کن.

و چون در مجهول المالک، بعض اخبار دلالت دارد که «نگاه دار و محافظت کن»، و در بعضی «تصدق کن». و در این جا هم در بعضی وارد شده که «سبیل مالک» و در بعضی «تصدق کن»، پس چگونه ابن ادریس با وجود عمل به آن دو قسم خبر، قائل می شود به ملک قهری شدن؟! بلی عبارت شیخ مفید در مقنعه و شیخ طوسی در کتاب حج نهایه، ظاهر در آن است؛ چون اکتفا کرده اند به همین که «انها کسیل مالک». و گمان همه این است که مراد ایشان نیز «نفی حطر» باشد؛ یعنی الحال دیگر ممنوع از تصرف نیستی و جایز است برای تو تصرف، چنان که در مال خود می کنی. و این منافات ندارد با جواز تصدق از برای صاحب و حفظ از برای صاحب.

پس گویا نظر آخوند ملا احمد (ره) - که نفی خلاف کرده است ظاهراً در جواز این سه امر - به این باشد، و اصل خیار میان امور ثلاثه اجماعی باشد.

و از آخوند (ره) ظاهر می شود که گفتار در این جا، نزدیک به گفتاری است که در «حیازت مباحات» کرده اند که آیا در تملک، شرط است یت تملک، یا «عدم یت

ص: ۳۵۳

تملك»، یا هیچکدام شرط نیست (۱).

و اختیار کرده است اول را (۲).

و بعد از این در جای دیگر گفته است که ظاهر اخبار، عدم اشتراط نیت تملك است و لکن اعتبار شده است نیت. گویا وجه آن اجماع است با غیر آن (۳) مثل استصحاب عدم حصول ملك و بقای ملك مالك. و این که تملك با نیت اجماعی است و در غیر این اجماعی نیست. و امثال آن.

و از این کلام آخوند (ره) راهی دیگر می توان جست از برای دفع اشکال های سابق (یعنی منافات اطلاق آن دو مقام در کلمات فقها، و منافات اول و آخر کلام ابن ادریس با یکدیگر)؛ و بیان آن این است که کل فقها متفق اند در تخییر بین امرین، یعنی تصرف کردن در مال به انحاء تصرف، و تصدق کردن. یعنی می تواند آن مال را بعد تعریف سال از برای خود بگیرد- مثل شکاری که در صحرا می گیرند؛ چنان اولویی در آن دارد که می تواند خورد، و بخشید، و تلف کرد، و انواع تصرفات، و می تواند که بالمزّه قطع نظر از آن کند، و [یا] تصدق کند. و مشهور علاوه بر این، گفته: و می تواند محافظت کند از برای صاحبش.

و ابن ادریس و رفقای او قائل اند به همان تخییر مابین دو شق اول؛ یعنی می گویند: قطع علاقه مالك اول از آن عین می شود، دیگر برای او نگاه داشتن، معنی ندارد گو ضامن قیمت آن باشد مطلقا، یا هرگاه صاحب او پیدا شود. بعد از آن خلاف کرده اند در این که آیا در صورت اختیار تصرف در آن و ترك [تصدق] (۴) آیا به همین اختیار تصرف، ملك قهری حاصل می شود؟ یا باید قصد تملك کرد (چنان که در حیازت مباحات تا قصد تملك نکند، مالك نمی شود هر چند مباح باشد برای او انواع تصرفات)-؟ و ثمره این

ص: ۳۵۴

۱- مجمع الفائدة، ج ۱۰ ص ۴۶۶ تا ۴۶۸.

۲- همان، ص ۴۵۱.

۳- در نسخه: یا غیر آن.

۴- در نسخه: تصرف.

نزاع در نماء متصل و منفصل (که حاصل می شود از مال) و در صحت بیع و حصول حول برای زکات، و تصدق کردن، ظاهر می شود. چون این امور در غیر ملک حقیقی جاری نمی شود.

پس بنا بر این، اطلاق [سخن] (۱)

در اشتراط قصد و عدم آن، در هر دو قول صحیح است. و مشهور می گویند «شرط است قصد تملک». و ابن ادریس و رفقای او می گویند «همان اختیار [تصرف] (۲) و اعراض از تصدق، کافی است در تملک». و به این منافع می شود اشکال اول که کردیم (که اطلاق این دو مقام بدون تعلیق احدهما بر دیگری، موجب تنافی است). و به همین سخن دفع منافات اول و آخر کلام ابن ادریس هم می شود. زیرا که مراد او این است که بنا بر مخیر بودن مابین آن دو امر، باز خلاف در اشتراط قصد تملک و حصول ملک قهری، جاری می شود، و لکن اقوی حصول ملک قهری است، چون در احادیث وارد شده «انها کسبیل مالیک» هر چند که این احادیث دلالت بر تعیین اختیار تصرفات می کند، نه تصدق. و حکم تصدق را از احادیث دیگر می فهمند، هر چند مقتضای آن ها نیز تعیین است، لکن مقتضای جمع بین الاخبار این است.

پس بنا بر این، ممکن می شود که در میان قائلین به تخییر مابین امور ثلاثه، کسی باشد که قائل باشد به حصول ملک قهری در صورت اختیار تصرف و ترک تصدق و محافظت.

پس الحال باقی می ماند بر ما بیان دلیل قول به اشتراط قصد تملک در تحقق ملک. زیرا که تقریری که سابق کردیم، در کیفیت دلالت اخبار از برای اثبات اصل تخییر مابین امور ثلاثه بود. و از آن ها بیش از این نرسید که از برای او جایز است که در میان مال خود کند و راه آن مثل راه مال باشد، و امثال این ها. و این ها هیچیک دلالت بر اشتراط

ص: ۳۵۵

۱- در نسخه: نزاع.

۲- در نسخه: تصدق.

تملك، نمی‌کند. و از این جهت است که آخوند ملا احمد (ره) هم گفته است که «اخبار ظاهر در حصول ملك قهري است، شاید دليل شان اجماع باشد با استصحاب عدم انتقال ملك الا با قصد مذکور». و خوب گفته است.

و بدان که: این‌ها هیچیک منافاتی ندارد با ضمان مال در صورت تملك و تصدق، هر دو. زیرا که آن حکم دیگر است که به سبب اخبار بر این گونه تملك جاری است (۲).

پس خوب تأمل کن در این مقام که کلام علمای اعلام در آن، در غایت اجمال است (۳).

و دليل هائی که علامه در مختلف ذکر کرده از برای مشهور (علاوه بر آن چه اشاره کردیم از استصحاب بقاء ملك)، یکی قول حق تعالی است: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (۴). و [یکی نیز] عموم «عَلَىٰ الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تُؤَدِّيَ» به تقریب این که این مال غیر است و باید به صاحبش برسد. و چون اجماع است که هر گاه بعد تعریف سال، قصد تملك کرد و عوض آن را بعد ظهور صاحب داد، بر او چیزی نیست. و باقی ماند بر تحت عموم، صورت عدم قصد تملك. و یکی [دیگر] صحیحه محمد بن مسلم است که در آن جا فرموده اند «فَأَجْعَلْهَا فِي عَرْضِ مَالِكَ»، و تصریح فرمود که آن را مال خود بدانند. و به روایت ابی بصیر که فرمود که «فَلْيَتَمَتَّعْ بِهِ حَتَّىٰ يَأْتِيَهُ طَالِبُهُ فَإِذَا

ص: ۳۵۶

۱- در نسخه: دست.

۲- یعنی: اخبار بر قواعد، حکومت دارند. الحمد لله و له الشکر. این همان مطلب است که در پایان مسئله شماره ۲ از «احیاء الموات» و عده آن را داده بودیم که مصنف (ره) شخصاً ب- «حکومت حدیث بر قواعد» معتقد است. و این قول را ارسال مسلم کرده پس از عبور از کوچه های پر پیچ و خم استدلال با شرح دقائق ظریفه که کسی در این باره بر او سبقت ندارد. خداوند متعال اجر او را وافر فرماید. و پس از سطرهائی دوباره به این «حکومت حدیث بر قواعد» بر می‌گردد و ارسال مسلم می‌کند.

۳- و انصافاً محقق قمی (ره) از همه اجمالات پرده برداشت.

۴- آیه ۵۸ سوره نساء.

جَاءَ طَائِفُهُ رَدَّهُ إِلَيْهِ». به تقریب این که چون اجماعی است که قبل از تمام شدن سال تعریف، تصرف حرام است، پس باید مراد بعد سال تعریف باشد. پس این رخصت در انتفاع با بقای آن است در ملک صاحب.

و به این که [نصّ وارد شده] (۱)

هرگاه تصدق کند آن را بعد از تمام شدن سال، و مالک پیدا شود (۲)، مخیر است مابین آن که غرامت آن را بگیرد و ثواب از آن باشد، یا نگیرد و ثواب از مالک باشد. پس هرگاه به محض تمام شدن سال، مال او شده بود، ثواب صدقه از او بود و منتقل نمی شد به مالک به غرامت نگرفتن.

و اکثر این ادله، محلّ نظر است؛ زیرا که اگر مراد او (۳)

این است که از این احادیث بر می آید که آن مال از بابت امانت است و جایز نیست تصرف در آن بدون قصد تملک، پس آن ممنوع است. زیرا که همه دلالت می کند بر جواز تصرف. و اگر مراد او این است که مدلول آن ها جواز تصرف است به عنوان رخصت و ایا [حه]، نه به عنوان مالکانه چون شرط تملک که قصد آن است متحقق نیست. پس لایق عموم احکام معصومین در «مقامات خالی از قراین»، نیست. بل که از باب الغاز و تعمیه و اغراء به جهل می شود.

پس اولی این بود که بفرمایند: هرگاه قصد تملک دارد، حکم او این است. و هرگاه ندارد، آن است. نه این که مطلقاً حکمی بفرمایند و احد فردین موضوع حکم را خواهند.

اگر بگوئی: پس تو چه می گوئی (که قائلی به اشتراط قصد تملک) در این اخبار؟

می گویم: بر من اشکالی نیست. زیرا که این مسامحه ها در بیان ملک که به لفظ تشبیه واقع شده (همچنان که در احادیث «انها کسبیل مالک» یا «اجعلها فی عرض

ص: ۳۵۷

۱- ما بین علامتین در حاشیه نسخه قرار دارد.

۲- در نسخه: پیدا نشود.

۳- یعنی مراد علامه.

مالک» [را] من به جهت توسع امر می دانم تا شقّ ثالثی داخل شود که حفظ برای مالک باشد. و همچنین جواز صدقه. نه این که از راه عدم اشتراط قصد تملک است. پس من از همه آن احادیث، جواز تصرف مالکانه می فهمم.

وجه عدم التفات به صورت عدم قصد تملک، این است که غالب در احوال مردم (که [وقتی] بنای ایشان تصرف در آن مال شد و چشم از محافظت از برای صاحب و تصدق کردن، می پوشند) این است که قصد تملک دارند.

و آن (۱)

از فروض نادره است. زیرا که کسی که شنیده حکم لقطه احد امور ثلاثه است، و بعد تعریف، ترک تصدق و محافظت کرد، و شروع در تصرف کرد، ظاهر حال او قصد تملک است. بلی ممکن است تصویر این فرض به این که بعد از تعریف فراموش کند قصد احد امور ثلاثه [را] تا سال بگذرد بر آن. در این وقت این نزاع ثمره می کند که هرگاه قصد تملک مدخلیت ندارد، پس زکات نیز واجب می شود، و نما مال او می شود. و الا فلا.

پس حاصل مختار بعد تعریف سال، تخیر مابین سه امر است؛ یعنی تصرف، و تصدق، و حفظ از برای مالک.

و اما تملک در صورت اخیر؛ پس آن موقوف است به قصد تملک. و اخباری که دلالت می کند بر جواز تصرفات مالکانه، محمول است بر صورت تملک، چنان که غالب است و فروض نادره در میان آن نیست.

و بدان که این ها هیچیک منافات ندارد با ضمان مال در صورت تملک و تصدق. زیرا آن حکم دیگر است که از اخبار مستفاد شده در این گونه تملک و تصرف (۲).

ص: ۳۵۸

۱- یعنی: عدم قصد تملک. - در نسخه: و این.

۲- باز هم الحمد لله که مصنف (ره) در این جا به «حکومت حدیث بر قواعد» قائل شده و آن را به طور ارسال مسلم، اعلام می کند. بخلاف آن چه در متن جواب مسئله ۲ (از باب احیاء الموات) بر عدم این حکومت، استدلال می کرد.

۵- سؤال:

۵- سؤال: شخصی چند سال قبل از این سواره در بیابانی عبور می کرده، کره اسبی در عقب او افتاده و به خانه او آمده. و آن شخص جاهل مسئله تعریف، بود لکن تجسس عامیانه از اطراف و جوانب کرده، صاحب آن معلوم نشده. الحال از صاحب آن مایوس است. و از کره اسب ضالّه نتاجی چند به هم رسیده، اخراجاتی هم به خصوص ایشان شده. حالا این کس تکلیف خود را نمی داند که باز یک سال تعریف خود را بکند؟ یا این که به همین یأسی که دارد به مقتضای آن عمل کند؟ و با نتاج این، همان عملی که با خود آن می کند، باید کرد؟ یا حکم دیگر دارد؟

جواب:

جواب: اولاً باید معلوم شود که آن کره اسب، از باب گوسفند بوده (یعنی نمی توانسته که خود را از سباع صغار مثل گرگ و کوچکتر از آن نگاه دارد به دویدن یا زدن)، [یا] از آن باب نبوده بل که می توانسته که خود را محافظت کند؟- اگر از باب اول است؛ پس حکم آن حکم گوسفند است که هرگاه در بیابان یافت شود، جایز است از برای یابنده تملک آن فوراً و تصرف در آن هرگاه صاحبش را نشناسد. ظاهر این است هرگاه صاحبش را بشناسد هم جایز است گرفتن آن ولکن ضامن آن مال است از برای صاحب. چنان که در صورت جهل به مالک هم اقوی ضمان است هرگاه صاحب آن معلوم شود.

چنان که از برای یابنده جایز است اخذ به قصد تملک چنین حیوانی، جایز است اخذ به قصد محافظت برای صاحبش، یا رسانیدن به حاکم شرع. در این دو صورت ضمانی متوجه او نیست هرگاه تفریطی نکند.

و آیا واجب است تعریف یک سال در یافتن چنین حیوانی یا نه (یعنی در صورت قصد

تملك؟-؟ در این دو قول است. و اظهر عدم وجوب است و بنا بر قول به وجوب، منافاتی نیست مابین جواز اخذ به قصد تملك و جواز تصرف و اكل آن، و مابین لزوم تعريف. و فرق مابین این جا و آن جایی که مادامی که تعريف سال تمام نشود قصد تملك نمی تواند کرد، این است که نمائی و منافعی که قبل از تمام شدن سال تعريف، به عمل می آید، مال صاحب مال است در دویم هر گاه صاحبش پیدا شود و مال خود را بگیرد. بخلاف آن در اول.

و بدان که: حکم گوسفند گم شده و امثال آن در صورتی که در عمران [و] آبادانی (۱)

یافت شود، مخالف حکم آن است که در بیابان یافت شود. و در صورت سؤال مفروض این است که کره اسب در بیابان بوده و لیکن آن را در آن جا نگرفته بل که در وقتی که به خانه آمده آن را گرفته. اشکال می شود در دخول این، در کدامیک از این ها؛ ظاهر این است که این در حکم ضالمة بیابان است هر چند در خانه اخذ شده. و احوط این است که تعريف بکند و بعد از تمام شدن سال تعريف اگر صاحبش پیدا شود، عین آن کره یا قیمت آن را به صاحبش بدهد. و اما نتاج و منافع آن، پس ظاهر این است که مال یا ینده است و بر او غرامتی نیست.

و در حدّ تعريف، از شرع بیانی نرسیده. و ظاهر این است که همین که در عرض سال این مطلب را از نظر نیندازد و در مجامع مردم در بعض اوقات تعريف کند، کافی باشد. و بعضی گفته اند که در هفته اول یک بار یا دو بار و بعد از آن در یک ماه هر هفته به یک بار و در تّمه در هر ماهی یک بار که مجموع بیست و یک بار باشد. و دلیلی بر آن نیست. بل که ظاهر همان است که در عرف صدق کند که در عرض این سال مکرر تعريف شده به نحوی که مردم فراموش نکنند [و گمان نکنند] که این بار تعريف چیز

ص: ۳۶۰

دیگر است بل که چنین بیابند که هر بار که تعریف می کند تکرار همان تعریف اولی است.

و ظاهر این است که: هرگاه از راه جهل یا فراموشی، تاخیر کند تعریف را، باز تعریف ساقط نمی شود. بل که در صورت عمد هم چنین باشد. پس باید به مقتضای تعریف عمل کند هر چند مدت مدید گذشته باشد از زمان یافتن.

و اما اگر آن کره اسب از باب گوسفند نبوده، بل که از باب کبوتر و آهو بوده لااقل به گریختن می توانسته که خود را از دست سباع خلاص کند، پس جایز نبود اخذ آن. هرگاه اخذ کرد آن را ضامن آن می شود. و آن کره با نتاج آن، مال صاحب آن است، و این شخص در حکم غاصب است. و در حکم مجهول المالک است هرگاه صاحب آن را نمی شناسد. پس باید تفحص کند از صاحب آن به حدی که یأس حاصل شود. و در آن جا تعریف یک سال معتبر نیست. و در صورت یأس از صاحب، آن را تصدق می کند به فقرا. و بر فرضی که بعد از یأس و تصدق، صاحب آن پیدا شود، باید غرامت آن را بدهد و ثواب تصدق از خود او خواهد بود. و هرگاه صاحبش راضی شود که تصدق از برای او باشد، دیگر بر آن شخص غرامتی نیست. و در این صورت اخراجات که از برای آن ها کرده، عوض نمی توان گرفت، علی الاظهر. هر چند قصد رجوع به عوض کرده باشد.

و بدان که: آن چه مذکور شد (که جایز نیست اخذ ضالّه مثل کبوتر و آهو و کره اسب چینی) آن در وقتی است که خوف تلف مال نباشد. اما هرگاه خوف این باشد که ذرد می برد و به صاحب نمی رسد، پس در آن جا جایز است اخذ. و در صورت اخذ باید به حاکم شرع عرض کند. و هرگاه میسر نشود، خود محافظت کند. و هرگاه نفقه کند به قصد رجوع، می تواند رجوع کند. و اظهر این است که در این صورت، تعریف یک سال لازم باشد و عمل به مقتضای آن. بل که در صورت خوف تلف، گرفتن شتر و اسب صحیح، هم جایز باشد و لکن در این جا تعریف یک سال، لازم نیست و در حکم مجهول المالک

است. و امر در عرض به حاکم و انفاق حاکم، یا انفاق خود با نیت رجوع، همان است که گفتیم. و الله العالم.

۶- سؤال:

۶- سؤال: هرگاه کسی ده تومان پیدا کرده باشد، و قدری تنخواه نیز از خودش داشته باشد. و بدون تعریف، آن ده تومان را به تنخواه خود مخلوط کرده و به عین آن ها معامله نموده باشد تا ده سال مثلاً. و صد تومان ربح از آن حاصل شده باشد- (۴).

جواب:

جواب: چون این شخص - که ده تومان جسته، [آن] از باب لقطه است و در دست او از باب امانات شرعیه است. و داخل کردن آن در ملک خود و تصرف و معامله کردن، از باب تعدی و غصب است - ضامن می شود و آن ده تومان با منافی که از آن به هم رسیده مال صاحب آن است.

و هرگاه بعد از این تقصیر، تعریف کند تا یک سال، و صاحبش پیدا نشود، ظاهر این است که باز در حکم «لقطه که تقصیر در آن شده» باشد. که در این وقت می تواند تصدق کند، و می تواند مالک شود، و می تواند نگاه دارد برای صاحبش که شاید پیدا شود. و در هر یک از این صورت ها، نماء تابع عین است.

پس جایز خواهد بود که مجموع ده تومان و نماء آن را تصدق کند برای صاحب آن. و اگر صاحب پیدا شود و راضی نشود به تصدق، آن (۱)

وجه را با نماء آن، به او رد می کند و ثواب آن از ملتقط است.

و جایز خواهد بود که آن وجه را با نماء آن، مالک شود و باز که مالک پیدا شود به او رد کند آن وجه را با نماء آن.

و ظاهر آن است که تواند بعد از تعریف، در این وقت اصل آن وجه را تصدق کند و قصد تملک نماء کند و نماء آن را مالک شود. یا قصد تملک آن وجه را کند و مالک

ص: ۳۶۲

شود، و نماء را تصدق کند. و بعد از پیدا شدن مالک باز بر نهج سابق معمول دارد. پس واجب نیست که البتّه (۱)

یا باید مجموع را تصدق کند یا مجموع را قصد تملک کند، بل که تفریق هم جایز باشد.

بلی: اشکال در صورتی است که بعد از تعریف، در صورتی که قصد محافظت برای صاحبش کند، و تعریف کند، و تعدی و تقصیر نکرده باشد. آیا ضمان تلف (در آن چه از برای صاحبش حفظ کرده) حاصل می شود یا نه؟-؟ چون در بعضی، تصرف کرده. و اما آن خارج است از فرض مسئله سائل؛ چون در این جا در اول امر تعدی کرده و ضمان به او متعلق شده.

ص: ۳۶۳

۱- در اصطلاح امروزی به جای این «البتّه» لفظ «حتماً» به کار می برند.

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند؟

سوره زمر / ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ. ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفاً علمی و به دور از تعصبات و جریان‌های اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب «مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می‌نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱. بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)
۲. تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی
۳. جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه، تبلت ها، رایانه ها و ...
۴. سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو
۵. گسترش فرهنگ عمومی مطالعه
۶. زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱. عمل بر مبنای مجوز های قانونی
۲. ارتباط با مراکز هم سو
۳. پرهیز از موازی کاری

۴. صرفا ارائه محتوای علمی

۵. ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱. چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲. برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳. تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴. تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵. ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶. تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷. راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸. طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹. برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰. برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

JAVA.۱

ANDROID.۲

EPUB.۳

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.۷

GHB.۸

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

ANDROID.۱

IOS.۲

WINDOWS PHONE.۳

WINDOWS.۴

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

در پایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می
نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آواده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک ۱۲۹/۳۴ - طبقه
اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۰۲۱ - ۸۸۳۱۸۷۲۲

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

