



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



الرمضان
عليكم يا صابرين

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسين الخليلي
والشيخ محمد باقر

٣٨

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٩	جواهر الكلام فى شرح شراىع الاسلام المجلد ٣٨
٩	اشاره
١٠	اشاره
١٦	[اتتمه القسم الرابع فى الأحكام]
١٦	اشاره
١٦	[كتاب إحياء الموات]
١٦	اشاره
١٧	[الطرف الأول فى الأرضين]
١٧	اشاره
٤١	[يشترط فى التملك بالإحياء شروط خمس]
٤١	اشاره
٤٢	[الشرط الأول أن لا يكون عليها يد]
٤٣	[الشرط الثانى أن لا يكون الموات حريما لعامرا]
٤٣	اشاره
٤١	[فرع لو أحيأ أرضا و غرس فى جانبها غرسا تبرز أغصانه لم يكن لغيره إحياءه]
٤٢	[الشرط الثالث أن لا يسميه الشرع مشعرا للعباده كعرفه و منى و المشعرا]
٤٣	[الشرط الرابع أن لا يكون مما أقطعه إمام الأصل]
٤٥	[الشرط الخامس أن لا يسبق إليه سابق بالتججير]
٧٤	[الطرف الثانى فى كيفية الإحياء]
٨٥	[الطرف الثالث فى المنافع المشتركة]
٨٥	اشاره
٨٥	[أما الطرق]
٩٧	[أما المسجد]

- ١٠٩ [الطرف الرابع فى المعادن]
- ١٠٩ اشارة
- ١١٠ [المعادن الظاهره]
- ١١٩ [أما المعادن الباطنه]
- ١١٩ اشارة
- ١٢٢ [فروع]
- ١٢٢ [الأول لو أحيا أرضا و ظهر فيها معدن ملكه تبعا لها]
- ١٢٣ [الثانى لو حفر أرضا فوصل إلى معدن ثم فتحها المسلمون فهو غنيمه للغانمين]
- ١٢٤ [الثالث لو قال رب المعدن لآخر اعمل فيه و لك نصف الخارج فهو باطل لجهاله العوض]
- ١٢٥ [أما الماء]
- ١٢٥ اشارة
- ١٣٥ [المسأله الأولى ما يقبضه النهر المملوك من الماء المباح لا يملكه الحافر]
- ١٣٨ [المسأله الثانيه إذا استجد جماعه نهرا فبالحفر يصيرون أولى به]
- ١٤٠ [المسأله الثالثه إذا لم يف النهر المباح أو سيل الوادى يسقى ما عليه دفعه بدئ بالأول]
- ١٤٧ [المسأله الرابعه لو أحيا إنسان أرضا ميته على مثل هذا الوادى لم يشارك السابقين]
- ١٥١ [المسأله الخامسه إذا كان الإنسان فى يده دار أو أرض ورثها عن أبيه و يعلم أنها لم تكن ملكا و لم يعرف المالك لا يبيع أصلها على حال بل فليبيع تصرفه فيها]
- ١٥٤ [كتاب اللقطه]
- ١٥٤ اشارة
- ١٥٦ [القسم الأول فيما إذا كان الملقوط إنسانا]
- ١٥٦ اشارة
- ١٥٦ [المقصد الأول فى اللقيط]
- ١٦٧ [المقصد الثانى فى الملتقط]
- ١٨٢ [المقصد الثالث فى أحكامه]
- ١٨٢ [مسائل]
- ١٨٢ [المسأله الأولى أخذ اللقيط واجب على الكفايه]

- المسأله الثانيه اللقيط يملك كالكبير] ١٨٤
- المسأله الثالثه لا يجب عندنا الاشهاد عند أخذ اللقيط] ١٨٨
- المسأله الرابعه إذا كان للمنبوذ مال افتقر الملتقط في الإنفاق عليه إلى إذن الحاكم] ١٨٩
- المسأله الخامسه الملقوط في دار الإسلام يحكم بإسلامه] ١٩٠
- المسأله السادسه عاقله اللقيط الإمام عليه السلام] ١٩٧
- المسأله السابعه إذا بلغ فقذفه قاذف كان عليه الحد] ٢٠٤
- المسأله الثامنه يقبل إقرار اللقيط على نفسه بالرق] ٢٠٦
- المسأله التاسعه إذا ادعى أجنبي بنوته قبل] ٢٠٨
- مسائل خمس في أحكام النزاع] ٢١١
- اشاره ٢١١
- المسأله الأولى لو اختلفا في الإنفاق فالقول قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف] ٢١١
- المسأله الثانيه لو تشاح ملتقطان مع تساويهما في الشرائط أقرع بينهما] ٢١٤
- المسأله الثالثه إذا التقطه اثنان و كل واحد منهما لو انفرد أقر في يده] ٢١٧
- المسأله الرابعه إذا ادعى بنوته اثنان فإن كان لأحدهما بينه حكم بها] ٢٢١
- المسأله الخامسه إذا اختلف كافر و مسلم أو حر و عبد في دعوى بنوته يرجح المسلم على الكافر و الحر على العبد] ٢٢٢
- القسم الثاني في الملتقط من الحيوان] ٢٢٤
- اشاره ٢٢٤
- الأول في المأخوذ] ٢٢٤
- الثاني في الواجد] ٢٦٦
- الثالث في الأحكام] ٢٧٣
- اشاره ٢٧٣
- المسأله الأولى إذا لم يجد الأخذ سلطانا ينفق على الضاله أنفق من نفسه] ٢٧٣
- المسأله الثانيه إذا كان للقطه نفع كاللبن كان ذلك بإزاء ما أنفق] ٢٧٦
- المسأله الثالثه لا تضمن الضاله بعد الحول] ٢٧٧
- المسأله الرابعه إذا وجد مملوكا بالغاً أو مراهقاً لم يؤخذ و كان كالضاله الممتنع] ٢٧٨
- المسأله الخامسه من وجد عبده في غير مصره لم يدفع إليه] ٢٨٠

القسم الثالث فى اللقطه] ٢٨٢

اشاره ٢٨٢

الأول اللقطه كل مال ضائع أخذ و لا يد عليه] ٢٨٢

اشاره ٢٨٢

المسأله الأولى ما يوجد فى المفاوز أو فى خربه قد هلك أهلها فهو لواجده] ٣١٨

المسأله الثانيه من أودعه لص مثلا مالا و هو يعلم أنه ليس للمودع لم يردده عليه] ٣٤٥

المسأله الثالثه من وجد فى داره أو فى صندوقه مالا فهو له] ٣٤٨

المسأله الرابعه لا يملك الملتقط اللقطه قبل الحول] ٣٥٠

المسأله الخامسه اللقطه تضمن بمطالبه المالك لا بنيه التملك] ٣٥٩

الثانى فى الملتقط] ٣٦٤

الثالث فى الأحكام] ٣٧١

اشاره ٣٧١

المسأله الأولى يجب التعريف سنه] ٣٧١

المسأله الثانيه إذا دفع اللقطه إلى الحاكم فإنه جائز له] ٣٨٠

المسأله الثالثه لا يجب التعريف إلا مع نيه التملك] ٣٨١

المسأله الرابعه إذا التقط العبد و لم يعلم المولى فعرف حولا ثم أتلّفها تعلق الضمان برقيته] ٣٩٠

المسأله الخامسه لا يجب أن تدفع اللقطه إلا بالبينه] ٣٩٥

اشاره ٣٩٥

أفرعان] ٣٩٧

الأول لو ردها بالوصف ثم أقام آخر البينه بها انتزعاها] ٣٩٧

الثانى لو أقام واحد بينه بها فدفعت إليه ثم أقام آخر بينه بها أيضا أفرع بينهما] ٣٩٨

المسأله السادسه لو مات الملتقط عرف الوارث حولا] ٣٩٩

تعريف مركز ٤٠٢

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جواهرالكلام [چاپ سنگی] / محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛ نویسنده متن: علامه حلی؛ کاتب: ابوالقاسم خوانساری؛ مصحح: موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.]، ج ۱؛ قطع: ۲۳×۳۷ س م

یادداشت : زبان: عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز: بسمله... الحمدلله الذي ختم الشرايع باسمهما طريقه و اوضحها حقيقه و اظهرها برهانا ... و بعد فيقول العبد القاصر العاشر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله اليهما ...

انجام:.... الاصحاب الثاني و الله اعلم الحمدلله اولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً على ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المكرم من سنه ۱۲۷۴ق. و انا الفقير الى الله الغني ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت: ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط: نسخ

نوع و تزئینات جلد: جلد مقوایی، روکش تیماج قهوه ای، عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق: تصحیحاتی اندک با نشان «صح» و توضیحاتی اندک با نشان «منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک: یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی " بسم الله الرحمن الرحيم و قد انتقل ذلك الكتاب مع مجلداته الاخر التي كانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه توماناً المقابل ۱۵۰۰ریالاً- و وقع هذا الانتقال فی يوم الخامس المطباق با يوم الثاني من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن " (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد. نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهارة است، و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن ۶۰۲-۶۷۶ق. - شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام -- نقد و تفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲-۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

خوانساری، ابوالقاسم، قرن ۱۳ق. کاتب

طهرانی، موسی، قرن ۱۳ق. مصحح

حسینی، فروشنده

ج ۳۸، ص: ۱

اشاره

[تتمه القسم الرابع فى الأحكام]

إشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

و الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين الغر الميامين.

[كتاب إحياء الموات]

إشاره

كتاب إحياء الموات من الأرض بفتح الميم و ضمها الذى اتفقت الأمة على جوازه بل استحبابه، و المرجع فيه العرف كغيره مما ليس له حقيقه شرعيه.

و الأصل فيه

قول أبى جعفر (عليه السلام) فى الصحيح (١): «قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): من أحيا مواتا فهو له».

و قوله (عليه السلام) أيضا و قول أبى عبد الله (عليه السلام) فى الحسن كالصحيح (٢): «قال رسول الله (صلى الله عليه و آله):

من أحيا أرضا مواتا فهي له».

١- ١ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٦.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٥.

و قول أبي عبد الله (عليه السلام) في خبر السكوني (١): «قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): من غرس شجرا أو حفر واديا بديا لم يسبقه إليه أحد أو أحيا أرضا ميتة فهي له، قضاء من الله و رسوله».

و قوله (عليه السلام) أيضا في صحيح ابن مسلم (٢): «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض و عمروها فهم أحق بها، و هي لهم».

كقوله (عليه السلام) أيضا في الصحيح الآخر (٣): «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحق بها».

و في النبوي (٤): «من أحاط حائطا على أرض فهي له».

و في آخر (٥): «عادى الأرض لله و لرسوله ثم هي لكم منى».

و في ثالث (٦): «موتان الأرض لله و لرسوله ثم هي لكم منى أيها المسلمون».

إلى غير ذلك من النصوص التي سيمر عليك بعضها إنشاء الله.

و كيف كان ف النظر في أطراف أربعه:

[الطرف الأول في الأرضين]

إشاره

الأول في الأرضين بفتح الراء و هي إما عامره و إما موات، فالعامر ملك لمالكة الذي هو في يده إذا كان على الوجه الشرعى الذى ستعرفه، مسلما كان أو كافرا، مباح المال كالحربى أم لا كالذمى

و إن جاز أخذه قهرا من الحربى، فإن ذلك لا ينافى الملك كباقي أمواله.

١-١ الوسائل الباب-٢- من كتاب إحياء الموات- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل- الباب-١- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٤.

٣-٣ الوسائل- الباب-١- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٣.

٤-٤ المستدرک- الباب-٢١- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٣.

٥-٥ المستدرک- الباب-٢١- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٥.

٦-٦ سنن البيهقى- ج ٦ ص ١٤٣ مع اختلاف في ذيله.

و حيثئذ فالمراد من قول المصنف و لو بقريته ما يأتي له لا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه عدا ما يجوز للمسلمين تملكه من مال الحربى.

و كذا ما به صلاح العامر كالطريق و الشرب نهرا و غيره و القناه و نحوها، فان ذلك كله من العامر الذى هو ملك لمالكه.

و يستوى فى ذلك ما كان من بلاد الإسلام و ما كان من بلاد الشرك، غير أن ما فى بلاد الإسلام لا يغنم، و ما فى (ما كان من خ ل) بلاد الشرك يملك بالغلبه عليه و ستعرف البحث فى العامر فى يد الكافر إذا كان بإحياء منه بعد أن صار للإمام (عليه السلام).

و أما الموات فهو الذى لا ينتفع به لعطلته إما لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء

الماء عليه أو لاستنجامه أو غير ذلك من موانع الانتفاع على وجه يكون به ميتا فهو للإمام (عليه السلام) لا يملكه أحد و إن أحياه ما لم يأذن له الامام (عليه السلام) و إذنه شرط، فمتى أذن ملكه المحيى له إذا كان مسلما، و لا يملكه الكافر، و لو قيل: يملكه مع إذن الامام (عليه السلام) كان حسنا.

و تفصيل البحث فى ذلك أن ما ذكره من الموات هو المطابق للعرف و عرفه به فى النافع و جامع الشرائع و التحرير و الدروس و اللغه و المسالك و الروضه و الكفايه على ما حكى عن بعضهم.

و لعله لا ينافيه ما فى الصحاح و محكى المصباح من أنه الأرض التى لا مالك لها و لا ينتفع بها أحد. بل عن القاموس أنه اقتصر على الأول و عن النهايه أنها الأرض التى لم تزرع و لم تعمر و لا جرى عليها ملك أحد، بل و ما فى التذكرة من أن الموات هى الأرض الخراب التى باد أهلها و اندرس رسمها، ضروره كون مراد الجميع من الموات العطله المزبوره سواء كان لها مالك سابقا أو لم يكن، فان ذلك لا مدخل له فى صدق اسم الموات.

كما أنه لا مدخل لبقاء رسوم العماره و آثار الأنهار فيه أيضا.

و احتمال منع بقاء الآثار عن الاحياء كالتحجير مدفوع بالنص و الفتوى بعد حرمة القياس على التحجير المقارن لقصد العماره.

قال الباقر (عليه السلام) في صحيح الكابلي (١): «وجدنا في كتاب علي (عليه السلام) إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَ الْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ (٢) أنا و أهل بيتي الذين أورشنا الله تعالى الأرض، و نحن المتقون، و الأرض كلها لنا فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها و يؤد خراجها إلى الامام (عليه السلام) من أهل بيتي، و له ما أكل منها، و إن تركها أو خربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و أحياها فهو أحق بها من الذي تركها، فليؤد خراجها الى الامام (عليه السلام) من أهل بيتي، و له ما أكل حتى يظهر القائم (عليه السلام) من أهل بيتي بالسيف، فيحويها و يمنعها و يخرجهم منها، كما حواها رسول الله (صلى الله عليه و آله) و منعها، إلا ما كان في أيدي شيعتنا فيقاطعهم على ما في أيديهم، و يترك الأرض في أيديهم»

و نحوه غيره في تحقق الاحياء مع العطله و إن بقيت الآثار السابقه، لصدق الموات عليه، فإنه كالحى لا- حقيقه لهما شرعا، و مرجعهما إلى العرف الذى ستمتع تعرض

المصنف لما يصدق به عرفا، فأحدهما حينئذ مقابل للآخر.

نعم لا يكفى مطلق استيلاء الماء أو انقطاعه أو الاستئجام، بل لا بد من أن يكون ذلك على وجه يعد مواتا عرفا، و إلا فقد يتفق بعض ذلك في الأرض العامره عرفا، كما هو واضح.

و أما أن الموات أصلا أو عارضا بعد أن باد أهله للإمام (عليه السلام)

١- ١ الوسائل - الباب - ٣- من كتاب إحياء الموات - الحديث ٢.

٢- ٢ سورة الأعراف: ٧- الآية ٢٨.

فما لا- خلاف فيه، بل الإجماع محصلا عليه، فضلا عن المنقول في الخلاف و الغنيه و جامع المقاصد و المسالك صريحا، و ظاهرا في المبسوط و التذكرة و التنقيح و الكفايه على ما حكى عن بعضها عليه.

مضافا إلى النصوص التي يمكن دعوى تواترها(١)و فيها الدال على أنه من الأنفال(٢)فتدل عليه حينئذ الآية(٣)بل في جملة من النصوص (٤)أن الأرض كلها للإمام (عليه السلام) و ذهب إليه بعض الرواه إلا أن التحقيق خلافه، كما حررنا ذلك في كتاب الخمس (٥).

و أما أن إذنه شرط في تملك المحيا فظاهر التذكرة الإجماع، بل عن الخلاف دعواه صريحا، بل في جامع المقاصد «لا يجوز لأحد الاحياء من دون إذن الامام (عليه السلام) و أنه إجماعى عندنا» و في التنقيح الإجماع على أنها تملك إذا كان الإحياء بإذن الإمام (عليه السلام) و في المسالك «لا شبهه في اشتراط إذنه في إحياء الموات، فلا يملك بدونه اتفاقا».

مضافا إلى قاعده حرمه التصرف في مال الغير بغير إذنه، و في

النبوى(٦)«ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»

بل تقدم في كتاب الخمس (٧)ما يدل على ذلك أيضا فلاحظ.

إنما الكلام في اعتبار كون المحيى مسلما كما هو ظاهر أول المتن، فلا يملكه الكافر بذلك و إن أذن له الامام (عليه السلام) بل ظاهر التذكرة

١- ١ الوسائل- الباب- ١- من أبواب الأنفال من كتاب الخمس.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١- من أبواب الأنفال من كتاب الخمس.

٣- ٣ سورة الأنفال: ٨- الآية ١.

٤- ٤ الكافي- ج ١ ص ٤٠٧.

٥- ٥ راجع ج ١٦ ص ١١٧- ١١٩.

٦- ٦ كنوز الحقائق المطبوع على هامش الجامع الصغير- ج ٢ ص ٧٧- ٧٨.

٧- ٧ راجع ج ١٦ ص ١٣٤.

الإجماع عليه، قال فيها: «إذا أذن الامام (عليه السلام) لشخص فى إحياء الأرض ملكها المحيى إذا كان مسلماً، و لا يملكها الكافر بالاحياء و لا بإذن الإمام (عليه

السلام) له فى الاحياء، فان أذن له الامام (عليه السلام) فأحيائها لم يملك عند علمائنا».

و فى جامع المقاصد «يشترط كون المحيى مسلماً، فلو أحياه الكافر لم يملك عند علمائنا و إن كان الإحياء بإذن الإمام (عليه السلام)».

لكن فى الدروس «الشرط الثانى - أى للملك بالإحياء - أن يكون المحيى مسلماً، فلو أحيائها الذمى بإذن الإمام (عليه السلام) ففى تملكه نظراً، من توهم اختصاص ذلك بالمسلمين، و النظر فى الحقيقة فى صحة إذن الامام له فى الاحياء للتملك، إذ لو أذن كذلك لم يكن بد من القول بملكه و إليه ذهب الشيخ نجم الدين».

و فى جامع المقاصد «و الحق أن الامام (عليه السلام) لو أذن له بالتملك قطعنا بحصول الملك له، و إنما البحث فى أن الامام (عليه السلام) هل يفعل ذلك نظراً إلى أن الكافر أهل أم لا؟ و الذى يفهم من الأخبار و كلام الأصحاب العدم».

و فى الروضة «و فى ملك الكافر مع الاذن قولان، و لا إشكال فيه لو حصل، إنما الإشكال فى جواز إذنه (عليه السلام) له نظراً إلى أن الكافر هل له أهليه ذلك أم لا؟» و نحوه فى المسالك.

قلت: لا- إشكال- بعد عصمه الامام (عليه السلام)- فى حصول الملك له بالاذن له فى التملك. ضروره أنه لو لم يكن أهلاً لذلك لم يأذن له، إلا أنه يمكن تحصيل الإجماع فضلاً عن النصوص [\(١\)](#) على عدم اعتبار الاذن من الامام فى التملك بالاحياء، بل يكفى الإذن منه

بالإحياء الذى هو سبب حصول الملك مع فرض وقوعه على الوجه المعتبر.

إنما الكلام فى اعتبار الإسلام مع الاذن و عدمه، فهو على تقديره شرط آخر لترتب الملك على الاحياء، و لا مانع عقلا و لا شرعا فى عدم ترتب الملك على الاحياء للكافر و إن أذن فى الاحياء الإمام (عليه السلام) إذ الاذن فى أصل إيجاد غير الاذن فى تملكه به، و ما أدرى من أين أخذ ذلك الشهيد فى الدروس؟! حتى أنه أوقع غيره فى الوهم.

و قد سمعت دعوى الإجماع من الفاضل فى التذكرة على عدم ترتب الملك على إحياء الكافر و إن أذن له الامام (عليه السلام) فيه. بل و فى أثناء كلام الكركى أيضا، و إن كان التحقيق خلافه، لظهور النص (١) و الفتوى فى كونه سببا شرعيا لحصول الملك مع حصول شرائطه التى منها الاذن أيضا، سواء كان المحيى مسلما أو كافرا.

بل هو صريح

صحيح محمد بن مسلم (٢) «سألته عن الشراء من أرض اليهود و النصرارى، فقال: ليس به بأس، و قد ظهر رسول الله (صلى الله عليه و آله) على أهل خيبر فخارجهم على أن يترك الأرض فى أيديهم يعملون بها و يعمرونها، و ما بها بأس إذا اشترت منها شيئا، و أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عملوه فهم أحق بها، و هى لهم».

و صحيح أبى بصير (٣) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شراء الأرضين من أهل الذمة، فقال: لا بأس بأن يشتري منهم إذا عملوها و أحيوها، فهى لهم، و قد كان رسول الله (صلى الله عليه و آله) حين ظهر على خيبر و فيها اليهود خارجهم على أمر، و ترك الأرضين فى

١- ١ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب إحياء الموت.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧١ - من أبواب الجهاد - الحديث ٢ من كتاب الجهاد.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب إحياء الموت - الحديث ١.

أيديهم يعملونها و يعمرونها»

إلى غير ذلك من النصوص (١).

بل لو لا- الإجماع على اعتبار الاذن لكان مقتضاها الملك بالاحياء مطلقا، نعم قد سمعت ما فى المرسل (٢) و صحيح الكابلى (٣) إلا أن الأول غير حجه و الثانى لا ينافى ما دل على الأعم.

و أما الإجماع المزبور فلم نتحققه، بل لعل المحقق خلافه، فإن المحكى عن صريح المبسوط و الخلاف و السرائر و جامع الشرائع و ظاهر المهذب و اللمعه و النافع عدم اعتبار الإسلام.

قال فى المبسوط: «الموات عندنا للإمام (عليه السلام) لا يملكها أحد بالاحياء إلا أن يأذن له الامام (عليه السلام)، و أما الذمى فلا يملك إذا أحيا أرضا فى بلاد الإسلام إلا أن يأذن له الامام (عليه السلام)» و بعينه عبارته محكى السرائر.

بل عنه فى الخلاف نسبة الخلاف فى ذلك إلى الشافعى و أنه قال:

«لا يجوز للإمام (عليه السلام) أن يأذن له، فان أذن له فيه فأحياها لم يملك».

فمن الغريب دعوى الإجماع المزبور، و أغرب منه ما سمعته من جامع المقاصد من أن الذى يفهم من الأخبار و كلام الأصحاب أن الامام (عليه السلام) لا يأذن.

و قد عرفت أن هذا الخلاف غير محرر فى كلام الأصحاب، بل لا وجه له، ضروره كون الامام (عليه السلام) مع وجوده أعرف بالمصالح المقتضيه لذلك و عدمها.

١- ١ الوسائل - الباب - ١ و ٤- من كتاب إحياء الموات.

٢- ٢ المتقدم فى ص ١١.

٣- ٣ المتقدم فى ص ١٠.

كل ذلك مضافا إلى ما يمكن القطع به من ملك المسلمين ما يفتحونه عنوه من العامر في أيدي الكفار و إن كان قد ملكوه بالاحياء، و لو أن أحياءهم فاسد لعدم الاذن لوجب أن يكون على ملك الامام (عليه السلام) و لا أظن أحدا يلتزم به.

و مضافا إلى قوله بتملك الكافر حال الغيبه، مع أنه لا تفصيل في النصوص، قال: «لا يخفى أن اشتراط إذن الامام (عليه السلام) إنما هو مع ظهوره، أما مع غيبته فلا، و إلا لامتنع الاحياء، و هل يملك الكافر بالاحياء في حال الغيبه؟ وجدت في بعض الحواشي المنسوبة إلى شيخنا الشهيد على القواعد في بحث الأنفال من الخمس أنه يملك به، و يحرم انتزاعه منه، و هو محتمل، و يدل عليه أن المخالف و الكافر يملكان في زمن الغيبه حقهم من الغنيمه، و لا يجوز انتزاعه من يد من هو بيده إلا برضاه، و كذا القول في حقهم (عليهم السلام) من الخمس عند من لا يرى إخراجهم، بل حق باقى أصناف المستحقين للخمس لشبهه اعتقاد حل ذلك، فالأرض الموات أولى، و من ثم لا- يجوز انتزاع أرض الخراج من يد المخالف و الكافر، و لا- يجوز أخذ الخراج و المقاسمه إلا- بأمر سلطان الجور، و هذه الأمور متفق عليها، و لو باع أحد أرضى الخراج صح باعتبار ما ملك فيها و إن كان كافرا، و حينئذ فتجرى العمومات - مثل

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «من أحيأ أرضا ميتة فهي له»

- على ظاهرها في حال الغيبه، و يقصر التخصيص على حال ظهور الامام (عليه السلام) فيكون أقرب للحمل على ظاهرها، و هذا متجه قوى متين».

قلت: لكن بعد الإغضاء عن البحث في جملة مما ذكره يقتضى

عدم الفرق بين حالى الحضور و الغيبه، لإطلاق النصوص المزبوره، و لا معارض لها بعد كون المرسل (١) غير حجه، و لا دلاله فيه على التخصيص بل لا ظهور يعتد به فى صحيح الكابلى (٢) على وجه يقاوم ما عرفت.

فالمتجه الملك بالاحياء مطلقا و لو لحصول الاذن منهم (عليهم السلام) فى ذلك حال الحضور، و لعل المصلحه فيه إرادته تعمير الأراضى.

و احتمال أن جميع النصوص لبيان السبب الشرعى - الذى لا يتأفاه توقفه بعد ذلك على شرائط آخر - يدفعه أنه لا منافاه فيه بين إرادته الإذن منه مع ذلك و لو بطريق من طرق الدلاله، مضافا إلى ظهور بعضها فى الاذن كما أوماً إليه فى التذكره، قال فى موات المفتوحه عنوه و ميت الغيبه: «و إن كان الاحياء حال الغيبه ملكها المحيى لما تضمنه كتاب على (عليه السلام) (٣) فكأن الاذن هنا محقق».

و حينئذ فلا وجه لدعوى سقوط الاشتراط فى زمن الغيبه بدعوى أن دليله الإجماع و المسلم منه ما كان فى زمن الحضور.

على أن مقتضى السقوط ملكهم حينئذ بالاحياء حقيقه، لا من باب الإقرار، لشبهه اعتقاد الحل.

و أيضا إن كان مقتضى العمومات المزبوره سقوط الشرطيه فلا ريب فى ظهورها فى حال الحضور أيضا، بل لعله أظهر من حال الغيبه.

على أن دليل الشرطيه غير منحصر فى الإجماع، بل يكفى فيه قبح التصرف فى مال

الغير بغير إذن، و الشك فى الملك بالاحياء بإذنه إن لم يكن ذلك معلوما مما ذكره من الإجماع على اعتبارها فيه من غير إشاره

١-١ المتقدم فى ص ١١.

٢-٢ المتقدم فى ص ١٠.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٢.

إلى زمن الحضور و الغيبه التى لا- فرق بينهما أيضا لو فرض حصول الاذن من هذه العمومات، و لكن الأمر سهل حيث لا فائده تترتب على ذلك.

نعم لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه ما فى المسالك و غيرها من تحرير أصل المسأله، و الله العالم و الهادى.

و لا- فرق فيما ذكرنا بين الموات فى بلاد الإسلام و غيره، لإطلاق الأدله، خلافا لما يظهر من بعض، و لا بين الذمى و غيره من أقسام الكفار و إن كان لنا تملك ما يحييه الحزبى كباقي أمواله.

و كيف كان فلا- خلاف أجده فى أن عامر الأرض المفتوحه عنوه و قهرا وقت الفتح للمسلمين قاطبه بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، و لو من يتولد أو يدخل فيه إلى آخر الأمر، على معنى أنها لمجموعهم لا لكل واحد منهم، ف لا يملك أحد منهم بالخصوص رقبته بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى النصوص (١).

و حينئذ ف لا- يصح لأحد بخصوصه منهم فضلا عن غيرهم بيعها و لا رهنها و لا هبتها و لا غير ذلك مما يتوقف صحته على الملك، كما ذكرنا ذلك كله مفصلا فى كتاب البيع (٢) و منه ما وقع من بعض من ملكها تبعا لآثار التصرف أو أنها تنفذ التصرفات المزبوره فيها زمن الغيبه.

و ذكرنا أيضا فى كتاب المكاسب (٣) البحث فى الخراج المتعلق بها

١- ١ الوسائل- الباب- ٧١- من أبواب الجهاد- الحديث ١ من كتاب الجهاد و الباب- ٢١- من أبواب عقد البيع- الحديث ٤ و ٥ و ٩ من كتاب التجاره.

٢- ٢ راجع ج ٢٢ ص ٣٤٧- ٣٤٩.

٣- ٣ راجع ج ٢٢ ص ١٨٠- ٢٠١.

و بغيرها، فلا حظ و تأمل.

و حينئذ لو ماتت لم يصح إحيائها على وجه يترتب عليه الملك للمحيى لأن المالك لها بغير الأحياء معروف، و هو المسلمون قاطبه المغتصمون لها، و ستعرف اشتراط عدمه في الملك بالأحياء، للاستصحاب و غيره.

و ما كان منها مواتا (موات خ ل) وقت الفتح فهو للإمام (عليه السلام) بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه فضلا عن محكيه مستفيضا أو متواترا،

مضافا إلى النصوص (١) التي أشرنا إليها آنفا، و مر كثير منها في كتاب الخمس (٢).

و منه يعلم أنها ليست من الغنيمه، لأنها قد كانت مالا للإمام (عليه السلام) قبل الفتح، نعم في المسالك «يعلم كونها مواتا حينئذ بالنقل و القرائن و بوجودها ميتة الآن مع الشك في كونها عامره وقت الفتح لأصاله عدم العماره أصلا، بخلاف ما علم كونه معمورا قبل الفتح ثم خرب و شك في وقت خرابه، فإنه يحكم بعمارته فيه استصحابا بالحكم الموجود و عدم تقدم الحادث».

و قال فيها أيضا قبل ذلك: «و أنه يعلم - أي العامر وقت الفتح - بنقل من يوثق به و دلالة القرائن الكثيره المفيده للعلم أو الظن المتآخم له».

و في الروضه: «و يرجع الآن في المحيا منها و الميت في تلك الحال إلى القرائن، و منها ضرب الخراج و المقاسمه، فإن انتفت فالأصل يقتضى عدم العماره، فيحكم لمن بيده منها شيء بالملك لو ادعاه».

قلت: لا يخفى أن واقع الأمر عدم قرائن تفيد ما ذكر في هذا

١- ١ الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأنفال - من كتاب الخمس.

٢- ٢ راجع ج ١٦ ص ١١٧ - ١٢١.

الزمان الذى اشتبه الحال فيه، فلم يعلم المعمور منه وقت الفتح و مواته، فلا بد من تأصيل أصل يرجع إليه.

و قد يقال: إن الأصل الموات، فيكون كل ما لم يعلم كونه معمورا وقت الفتح للإمام (عليه السلام) من غير فرق بين ما لا يوجد فيه أثر عماره و بين ما يوجد و لكن لم يعلم أنها وقت الفتح أو متجدده بعده، خصوصا بعد ملاحظه ما دل (١) على أن الأرض كلها لهم (عليهم السلام) فتأمل جيدا، و خصوصا بعد ظهور النصوص فى كون الاحياء سببا للملك، خرج ما علم كونه مملوكا للغير بغير الاحياء، فيبقى ما عداه على مقتضى السببيه المزبوره، و الله العالم.

و كذاله (عليه السلام) كل أرض لم يجر عليها ملك مسلم (لمسلم خ ل) بلا خلاف أجده فيه، بل قيل: إنه طفحت به عباراتهم، و فى التذكرة الإجماع عليه، نعم فى التحرير و عن غيره فرضه فى موات أرض الإسلام.

و فيه أن إطلاق الأدله و عمومها يقتضى أن المواتان جميعه للإمام (عليه السلام) من غير فرق بين بلاد الإسلام و غيره، على أنه منقوض بالذمى الذى ملك أرضا فى بلاد الإسلام معموره فماتت، كما أنه ينقض به

من اقتصر على تقييدها بالموات من غير ذكر بلاد الإسلام.

و بالجملة هذه الكليه المزبوره مع تقييدها بما عرفت منقوضه بما سمعت و غيره فضلا عما لو بقيت على إطلاق المتن، مع أنه لا داعى لها من تعبير فى نص و غيره، فالأولى إيكال التفصيل إلى المستفاد من الأدله.

نعم الظاهر عدم الفرق بين الموات و بين المعده للانتفاع فى كونها مع للإمام (عليه السلام)، كما صرح به فى المسالك و غيرها، لا لاندراجها

فى اسم الموات، فإنك قد عرفت عدمه عرفاً، بل للنصوص (١)الوارده فى تعداد الأنفال المصرحه بأن منها- مضافاً إلى الموات- كل أرض لا رب لها، ولا ريب فى شمولها للفرض الذى يمكن أن يكون منه شطوط الأنهار، والله العالم.

و كل أرض جرى عليها ملك المسلم فما دامت عامره فهى له أو لورثته بعده و ان ترك الانتفاع بها، بلا خلاف و لا إشكال، بل فى المسالك الإجماع عليه، و هو كذلك، بل إن لم يكن لها مالك معروف كانت من

مجهول المالك، بل فى المسالك «و إن خربت فان كان انتقالها بالقهر كالمفتوحه عنوه بالنسبه إلى المسلمين أو بالشراء و العطيه و نحوها لم يزل ملكه عنها أيضاً إجماعاً على ما نقله فى التذكرة عن جميع أهل العلم».

قلت: الموجود فيما حضرني من نسخه التذكرة «لو لم تكن الأرض التى من بلاد الإسلام معموره فى الحال و لكنها كانت قبل ذلك معموره و جرى عليها ملك مسلم فلا- يخلو إما أن يكون المالك معيناً أو غير معين، فان كان معيناً فاما أن تنتقل إليه بالشراء أو العطيه و شبهها أو بالإحياء، فإن ملكها بالشراء و شبهه لم تملك بالأحياء بلا خلاف، قال ابن عبد البر:

أجمع الفقهاء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز إحياءه لأحد غير أربابه» إلى آخره.

و هو كما ترى إنما حكى الإجماع عمّن لا نعرفه، و إنما اقتصر هو على نفي الخلاف، فان تم إجماعاً كان هو الحجة، و إلا فقد يشكل ما كان ملك البائع له مثلاً بالأحياء

بما دل (٢)على أن موتان الأرض لله

١- ١ الوسائل- الباب- ١- من أبواب الأنفال من كتاب الخمس.

٢- ٢ المستدرک- الباب- ١- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٢.

و لرسوله،

فضلا

عما دل (١) على أن الأرض كلها لهم (عليهم السلام).

و لا يشكل ذلك باستصحاب الملك الذى لا يعارض الأدله، خصوصا ما دل (٢) منها على ملك المحيى الأرض الميتة بالاحياء و إن كان صاحبها موجودا من غير تفصيل بين كون ملكه لها بالاحياء أو غيره.

بل مقتضى ما ذكره أن من كان بيده أرض معموره ثم ماتت و لم يعلم كيفيه ملكه لها تبقى ملكا له، و لا يجوز إحياؤها بدون إذنه.

و بالجمله المسلم من الإجماع المزبور إذا ملكه بغير الاحياء كالشراء من الامام (عليه السلام) مثلا، أما إذا كان أصل الملك بالاحياء ثم باعه من آخر أو ورثه منه آخر فالظاهر جريان البحث فى بقاء الملك لمن هو له على نحو الملك بالاحياء، إلا أنه يسهل الخطب بقاء الملك للمحيى الأول و إن ماتت الأرض كما ستعرف.

و على كل حال فان ماتت بعد أن كانت معموره فى يد مالكتها و علم أن ملكه لها بالاحياء فضلا عما لم يعلم و هو أو وارثه معلوم فالمحكى عن المبسوط و المهذب و السرائر و الجامع و التحرير و الدروس و جامع المقاصد أنها باقيه على ملكه أو ملك وارثه، بل قيل: إنه لم يعرف الخلاف فى ذلك قبل الفاضل فى التذكرة، فإنه حكى نحو مالك ملك المحيى الثانى، ثم قال: «لا بأس بهذا القول عندى».

نعم قيل: ربما أشعرت به عبارته الوسيله، و اختاره فى المسالك و الروضه بعد أن حكاه عن جماعه منهم العلامه فى بعض فتاواه، و مال إليه فى التذكرة، و فى الكفايه «أنه أقرب» و فى المفاتيح «أنه أوفق بالجمع بين الأخبار» بل فى جامع المقاصد «أن هذا القول مشهور بين الأصحاب».

١- ١ الوسائل الباب- ٤- من أبواب الأنفال- الحديث ١٢- من كتاب الخمس.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٥.

و كيف كان فالعمده للقول الأخير بعد العمومات السابقه و صحيح الكابلى (١) السابق خصوص

صحيح معاويه بن وهب (٢) «سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: أيما رجل أتى خربه بآثره فاستخرجها و كرى أنهارها و عمرها

فان عليه الصدقه، فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها و تركها فأخربها ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله و لمن عمرها».

و زاد فى المسالك «أن هذه الأرض أصلها مباح، فإذا تركها حتى عادت إلى ما كانت عليه صارت مباحه، كما لو أخذ من ماء دجله ثم رده إليها، و أن العله فى تملك هذه الأرض الاحياء و العماره، فإذا زالت العله زال المعلول، و هو الملك، فإذا أحيها الثانى فقد أوجد سبب الملك، فيثبت الملك له، كما لو التقط شيئاً ثم سقط من يده و ضاع عنه ثم التقطه غيره، فإن الثانى يكون أحق».

إلا أنهما معا كما ترى لا يطابقان أصول الإماميه، و إنما ذكرهما الفاضل فى التذكرة دليلاً لمالك على أصوله.

بل قد يناقش فى دلالة الصحيح المزبور باحتمال كون المراد أنها للأول الذى عمرها، خصوصاً مع عدم فرض السؤال فيه عن وجود شخص آخر عمرها.

و أما العمومات فلا دلالة فيها على ذلك، بل لعل ظاهر التملك المستفاد من ظاهر اللام فيها عدم انقطاعه بموتها بعد إحيائها، كما هى قاعده الأملاك و مقتضى الاستصحاب الذى لا ينافيه سببيه الإحياء للتمليك فى الجملة، إذ من المحتمل كونه سبباً للابتداء و الاستدامه و إن ماتت،

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من كتاب إحياء الموات- الحديث ١.

فانحصر الدليل حينئذ في صحيح الكابلي (١)الذى هو من جملة النصوص الداله على أن الأرض كلها لهم (عليهم السلام) التى قد عرفت الحال فيها فى الخمس (٢).

على أنه يمكن أن يكون من المتشابه الذى ينبغى أن يرد علمه إليهم (عليهم السلام) ضروره أنه إن كان المراد وجوب دفع الخراج على المحيى للأرض الميتة فى زمن الغيبه التى لا إمام فيها من أهل البيت إلا القائم روحى له الفداء الذى ذكره الصحيح المزبور فهو لا يرجع إلى حاصل، خصوصا بعد استفاضه

النصوص (٣)منهم (عليهم السلام) على أن من أحيا أرضا ميتة فهى له

الظاهره فى الملك للمحيى، فلا- يستحق عليه الطسق الذى هو بمنزله الأجره، و إن كان المراد فى مقام ظهور الأمر فهو أشد إشكالا من الأول.

كل ذلك مضافا إلى ما ذكره من الإشكال فى آخره من انتزاع الأرض من يد مالكها، و إلى ما عرفت من إعراض المشهور عنه. و حينئذ فيكفى دليلا للمشهور أصاله بقاء الملك المستفاد من العموم الذى منه يعلم فساد الاستدلال به للثانى، مؤيدا بقاعده دوام الملك و عدم معلوميه كون الخراب مزيلا له.

و ب

خبر سليمان بن خالد(٤)المنجبر بما سمعت أنه سأل الصادق (عليه السلام) «عن الرجل يأتى الأرض الخربه فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها فما ذا عليه؟ قال: الصدقه، قلت:

فان كان يعرف صاحبها، قال: فليؤد إليه حقه»

بناء على إرادته

١- ١ الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٢.

٢- ٢ راجع ج ١٦ ص ١١٦ - ١٢٣.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب إحياء الموات.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٣.

ما ينافى ملك الثاني من الحق فيها من أداء نفس الأرض أو الأجره.

و بالنبوى (١) «ليس لعرق ظالم حق»

بناء على ما قيل فى تفسيره بأن يأتى الرجل الأرض الميته لغيره فيغرس فيها و إن كان قد يناقش بمنع كون الفرض ميته للغير، فإنه محل البحث بعد تسليم

التفسير المزبور الذى هو عن هشام بن عروه الذى لا حجه فى قوله. إلا أنك قد عرفت الغنيه عن ذلك كله باستصحاب الملك و غيره مما سمعت.

ثم إن مقتضى ذلك عدم جواز الاحياء بدون الاذن، و عدم ترتب الملك عليه لو فعل كما عن جماعه.

لكن فى المسالك «عن المبسوط و المصنف فى كتاب الجهاد و الأكثر جواز الاحياء، و صيروره الثانى أحق بها، لكن لا يملكها بذلك، بل عليه أن يؤدى طسقتها إلى الأول أو وارثه، و لم يفرقوا فى ذلك بين المنتقله بالاحياء و غيره من الأسباب المملكه حيث يعرض لها الخراب و تصير مواتا» و لعل مستندهم ما سمعت من خبر سليمان بن خالد (٢) بناء على إرادته الطسق من الحق فيه.

و أوجب فى الدروس على المالك أحد الأمرين: إما الاذن لغيره أو الانتفاع، فلو امتنع فللحاكم الاذن، و للمالك طسقتها على المأذون، و لو تعذر الحاكم فالظاهر جواز الاحياء مع الامتناع من الأمرين، و عليه طسقتها.

و فى المسالك «إنما حاولوا فى هذين القولين الجمع بين الأخبار بحمل أحقيه الثانى فى الأخبار الصحيحه على أحقيه الانتفاع بها بسبب الاحياء و إن لم يكن

مالكا و وجوب الطسق من خبر سليمان بن خالد (٣) - إلى

١- ١ المستدرک- الباب- ١- من كتاب إحياء الموات- الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٣.

أن قال:- وفي قيود الشهيد مراعاة لحق المالك وحق الأخبار (الاحياء خ ل) و أما القول الأول ففيه اطراح الأخبار الصحيحه جمله، فكان ساقطاً».

قلت: قد عرفت أنه لا- نصوص داله إلا- صحيح الكابلي (١)الذى سمعت البحث فيه، مع أنه مشتمل على الطسق للإمام (عليه السلام) لا المحيي الأول، ك

صحيح عمر بن يزيد(٢)«سمعت رجلا- من أهل الجبل يسأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أخذ أرضا مما تركها أهلها فعمرها و أكرى أنهارها و بنى فيها بيوتا و غرس شجرا و نخلا، قال (عليه السلام) كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يقول: من أحيا أرضا من المؤمنين فهى له، و عليه طسقتها يؤديه إلى الامام فى حال الهدنه فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه».

و صحيح معاويه بن عمار(٣)الذى هو مجمل أو كالمجمل، و خبر سليمان بن خالد(٤).

الذى يمكن بل قيل: إن الظاهر إرادته نفس الأرض من حقه منها، فلا مخرج عن قاعده قبح التصرف فى مال الغير، فضلا عن أن يترتب له أحقيه بذلك على وجه لا يجوز للمالك انتزاعها منه، فالمتجه حينئذ ذلك، خصوصا بعد أن لم يكن شاهد على الجمع المزبور، سيما ما ذكره فى الدروس.

بقى الكلام فى وجه التقييد بالمسلم مع أن مثله جار فى الذمى أيضا، لاشتراكهما معا فى الأدله المزبوره، و من ذلك يعلم ما فى الكليه المزبوره كما أنه من التأمل فيما ذكرنا يعلم ما فى غيرها من الكليات المذكوره فى المقام و غيره، حتى ما فى أول الكتاب، نحو قولهم الأرض قسمان:

عامر و موات، فالعامر ملك لأربابه، و الموات للإمام (عليه السلام)

١- ١ الوسائل - الباب - ٣- من كتاب إحياء الموات - الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٤- من أبواب الأنفال - الحديث ١٣ من كتاب الخمس.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٣- من كتاب إحياء الموات - الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٣- من كتاب إحياء الموات - الحديث ٣.

ضروره احتياج ذلك إلى تفصيل، لا أنه كذلك مطلقاً.

فكان الأولى ترك الكليات المزبوره و الاقتصار على تفصيل الأحكام المستفاده من المدارك المخصوصه مع عدم استقصاء أقسام الأرضين هنا التي منها ما صولحوا أهلها عليها، و منها ما انجلى أهلها عنها، و منها ما باد أهلها و غير ذلك مما هو مذكور في الجهاد.

و لكن على كل حال ينبغي أن يعلم أن الأدله و خصوصاً ما تقدم منها في كتاب الخمس (١) ظاهره في الاذن منهم (عليهم السلام) للشيعه أو مطلقاً بالتصرف في الأرض التي لهم من الأنفال، بل ظاهره في ملك المحيي لها، و أنه لا شىء عليه غير الصدقه، أى الزكاه.

بل قد يستفاد الاذن منهم (عليهم السلام) أيضاً فيما لهم الولايه عليه، كأرض الخراج فضلاً عن غيره، و قد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتاب البيع (٢) و في كتاب الخمس (٣).

بل قد تقدم في كتاب الجهاد (٤) ما يدل على صحه كليه كل أرض ترك أهلها عمارتها كان للإمام (عليه السلام) تقبيلها ممن يقوم بها و عليها طسقتها لأربابها، و كليه كل أرض موات سبق إليها سابق فأحياها كان أحق بها، و إن كان لها مالك معروف فعليه طسقتها، بل ستسمع في الإقطاع انتزاع الحاكم ما أقطعه إذا ترك المقطع العماره، و هو مع بعض النصوص هناك مؤيد لذلك في الجملة، و الله العالم.

هذا و لا يخفى عليك أن ذلك كله إن كان للأرض

١-١ راجع ج ١٦ ص ١٣٤ - ١٤١.

٢-٢ راجع ج ٢٢ ص ١٨٦ - ١٨٩.

٣-٣ راجع ج ١٦ ص ١٥٦ - ١٥٩.

٤-٤ راجع ج ٢١ ص ١٧٦ - ١٨٥.

المزبوره مالك معروف. و أما إذا لم يكن لها مالك معروف للجهل به أو لهلاكه و كانت ميتة فهي للإمام (عليه السلام) إجماعاً محكياً عن ظاهر السرائر و التذكرة و جامع المقاصد و صريح المفاتيح فى الثانى، و الخلاف فى الأول.

إلا- أن الجميع لم أتحققه، بل لم أعرف وجهه، ضروره كونها من مجهول المالك مع فرض عدم زوال ملك الأول بالموت و عدم هلاكه. نعم لو مات هو و وارثه كانت للإمام (عليه السلام) باعتبار أنه وارث من لا وارث له.

و أولى من ذلك بذلك ما لو كانت حيه، و إن أطلق فى بعض العبارات كونها للإمام (عليه السلام) حتى المتن لو لا إشعار قوله و لا يجوز إحيائها إلا بأذنه. و لو بادر مبادر فأحيها من دون إذنه (عليه السلام) مع حضوره لم تملك فى كون الأرض ميتة.

اللهم إلا أن يثبت من الأدله إخراج خصوص الأرض من بين مجهول المالك فى كونها للإمام (عليه السلام) و لو لاندراجها فى الخبره التى ورد فى النصوص (١) أنها من الأنفال أو فيما لا رب لها، خصوصاً مع عدم العلم بوجود المالك، أو قلنا بخروجها عن ملك الأول بالموت إذا فرض أن ملكه لها بالاحياء، و لكن قد عرفت ما فى الأخير.

كل ذلك مع أنك قد عرفت سابقاً أن العمومات المزبوره تقتضى الاذن فى الاحياء، فلا يكون حينئذ مورد لما ذكره المصنف إلا فى الزمان السابق على صدورها أو بمنع دلالتها على الاذن، و فيه البحث السابق.

و مما ذكرنا يظهر لك ما فى المسالك من الفرق بين الحيه و الميتة مع

جهل المالك، فأخرج الأولى عن ملك الامام (عليه السلام) بالخصوص بخلاف الثانيه، هذا كله مع الحضور.

و أما مع الغيبه ففى المتن و بعض كتب الفاضل أنه إن كان الامام (عليه السلام) غائبا كان المحيى أحق بها ما دام قائما بعمارته، فلو تركها فبادت آثارها فأحياها غيره ملكها، و مع ظهور الامام (عليه السلام) يكون له رفع يده عنها.

و لكن - مع أنه لا دليل له على ذلك - لا يخلو من تناف بين قوله أولا: «أحق» مشعرا بعدم الملك و بين قوله ثانيا: «ملكها» و لعله لذا فسرها فى المسالك بأنه لم يملكها المحيى ملكا تاما، لأن للإمام (عليه السلام) بعد ظهوره رفع يده عنها، و لو ملكها ملكا تاما لم يكن له ذلك.

قلت: بل عن التذكرة التصريح بالأحقية و أنه لا يملكها، و مقتضاه عدم جواز التصرف فيها ببيع و نحوه مما يمكن القطع بخلافه و لو من السيره القطعيه فضلا عن النص و الفتوى.

فمع فرض إرادته نحو ذلك من عدم تماميه الملك التى سمعتها من ثانى الشهيدين كان واضح الفساد، و إن أريد بها ما لا ينافى انتزاع الامام (عليه السلام) لها بعد ظهوره خاصه و إلا فقبله يتصرف فيها تصرف الملاك فهو نزاع قليل الجدوى، إذ هو مع ظهوره أعلم بما يفعله.

و على كل حال فالمتجه بناء على ما ذكرناه سابقا ملك المحيى لها أولا، و بقاؤها على ملكه و إن تركها و بادت آثارها ما لم تكن على جهه الإعراض عنها بحيث يملكها غيره إن قلنا به، إما لحصول الاذن منهم (عليهم السلام) بالعمومات السابقه أو لسقوط اشتراط الاذن فى زمن الغيبه.

و ربما قيل: إن مستند التفصيل المزبور النصوص المزبوره، و فيه

أنه ليس فى شىء منها ما يدل على ذلك فى الجملة إلا صحيح الكابلى (١)المشتمل على الطسق المؤدى للإمام (عليه السلام) من أهل البيت.

ولذا قال فى المسالك: «إنه ظاهر فى حال وجود الامام (عليه السلام)» وإن كان فيه أن

قوله (عليه السلام) بعد ذلك فيه: «إلى أن يظهر القائم»

إلى آخره ظاهر فى زمن الغيبة، بل قد يدعى ظهوره فى عدم الطسق حينئذ، نعم هو ظاهر فى إبقائها فى يد الشيعة بعد الظهور مع المقاطعه، ولم يشر إليه المصنف.

نعم فى المسالك عن التحرير أنه اشترط ذلك، فقال: «إن للإمام (عليه السلام) رفع يده عنها إذا لم يتقبلها بما يتقبلها غيره».

وفيه أن ذلك غير مستفاد من الصحيح المزبور، نعم هو دال على خصوص لطف و

إكرام للشيعة فى المقاطعه المزبوره، لكن قد عرفت حال الصحيح المزبور.

بل يزيد ما ذكرنا أن مقتضاه عدم الفرق فيما ذكره بين الأراضى جميعها وبين حالى الحضور والغيبة فى عدم الملك أصلا، فالتحقيق ما ذكرناه.

كل ذلك مضافا إلى ما فى ذلك من المنافاه لما ذكره أولا من أنه متى جرى عليها ملك مسلم كانت له ولورثته مع فرض كونه معيناً، فكيف يملكها الثانى ولو ملكا تاماً؟

ومن هنا يظهر أن إرجاع الملكيه فى كلامه إلى الأحقيه أولى، حتى يكون موافقا لأحد الأقوال السابقه وإلا كان خارجاً، لكن المتجه دفع الأجره للمحبي الأول، كما سمعته من القائل به.

ولعل هذا من جملة التشويش الذى أشرنا إليه فى كلمات بعضهم،

و مثله ما فى القواعد، فإنه بعد أن ذكر أن الميت من الأراضى يملك بالأحياء، و أن المراد بالميت ما خلا عن الاختصاص و لا ينتفع به إما لعطلته أو لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستئجامة أو لغير ذلك، و أنه للإمام (عليه السلام) خاصة لا يملكه الآخذ و إن أحياء ما لم يأذن له الامام (عليه السلام) فيملكه إن كان مسلماً بالأحياء و إلا فلا قال: «و أسباب الاختصاص ستة: الأول العماره، فلا يملك معمور، بل هو لمالكه و إن اندرست العماره، فإنها ملك المعين أو للمسلمين إلا أن يكون عماره جاهليه و لم يظهر أنها دخلت فى أيدي المسلمين بطريق الغنيمه فإنه يصح تملكها بالأحياء، و لا فرق فى ذلك بين الدارين، إلا أن المعمور الحرب يملك بما يملك به سائر أموالهم، و مواتها الذى لا يذب المسلمون عنه فإنها تملك بالأحياء، و لو استولى طائفه من المسلمين على بعض مواتهم فى اختصاصهم بها من دون الأحياء نظر، ينشأ من انتفاء أثر الاستيلاء فيما ليس بمملوك».

مع أنه لا يخفى عليك ما فى توقفه الأخير، ضروره أن استيلاء الطائفه إن كان بإذن الإمام (عليه السلام) فهو من المفتوح عنوه و مواته للإمام (عليه السلام) إجماعاً، و إلا فهو غنيمه بغير إذنه للإمام (عليه السلام) أيضاً إجماعاً.

و من هنا قال فى الدروس: «موات الشرك كموات الإسلام، فلا يملك الموات بالاستيلاء و إن ذب عنه الكفار، بل و لا تحصل به الأولويه، و ربما احتمل الملك أو الأولويه تنزيلاً للاستيلاء كالأحياء أو كالتحجر، و الأقرب المنع، لأن الاستيلاء سبب فى تملك المباحات المنقوله و الأرضين المعموره، و الأمران منتفیان هنا» إلى آخره.

نعم عن أحد وجوه الشافعية الملك كالمعمور، و عن آخر الاختصاص به كالتحجير، و الثالث كما قلناه من عدم الملك بذلك و عدم التحجير، بل قد يقال بعدم كونه من الغنيمه، ضروره كونه ملكا للإمام (عليه السلام) و هو فى أيدى الكفار، و أقصى ما حصل باستيلاء الطائفه المزبوره استخلاص المغصوب و رده إلى أهله.

و كذلك قوله قبل ذلك: «و مواتها» إلى آخره الصريح فى الفرق بين موات الإسلام و الكفر بالنسبه للكافر، إذ فيه أنه لا دليل على ذلك.

بل المحكى عن الخلاف أنه قال: «الأرضون العامره فى بلاد الشرك التى لم يجر عليها ملك أحد للإمام (عليه السلام) خاصه لا يملكها أحد بالاحياء إلا أن يأذن له» ثم ادعى إجماع الفرقه و أخبارهم، و نحوه عن المبسوط.

بل فى محكى التذكرة «و إن لم تكن - أى أرض بلاد الكفر - معموره فهى للإمام (عليه السلام) لا يجوز لأحد التصرف فيها إلا بإذنه عند علمائنا» بل فى الدروس إن ما لم يذبوا عنه كموات الإسلام قطعاً.

كل ذلك مضافاً إلى ما تقتضيه الأدله السابقه التى لا فرق فيها بين موات الإسلام و موات الكفر و بين من بلغه الدعوى منهم و لم من تبلغه.

هذا مع ما فى كلامه السابق أيضاً من عدم الملك مع العماره و إن اندرست، ضروره عدم تماميته إذا باد المالك الأول و انتقل إلى الامام (عليه السلام) و كذا لو جهل أو لم يعلم حاله إن قلنا بأن مثله يكون للإمام (عليه السلام) أيضاً.

كما أنه لا فرق فيها بين ما هو بقرب العامر من الموات و غيره، ف يصح حينئذ إحياءه بلا خلاف أجده فيه بيننا،

و لا إشكال، لإطلاق الأدله إذا لم يكن مرفقا للعامر و لا حرهما له كما ستعرفه فى الشرط الأول.

خلافًا لأبى حنيفه و الليث، فمنعنا من إحيائه، لأنه قد يحتاجه العامر، و هو اجتهاد فاسد فى مقابل إطلاق الأدله، مضافا إلى ما

روى عن النبى (صلى الله عليه و آله) (١) من أنه أقطع بلال بن الحارث المزنى العقيق

الذى هو قريب من عماره المدينه.

و المدار فى القرب و البعد العرف، لكن عن أبى حنيفه تحديده بأنه الذى إذا وقف الرجل فى أدناه و صاح بأعلى صوته لم يسمع المصغى إليه، و عن الليث تحديده بغلوه. و هو كما ترى اجتهاد فى اجتهاد.

و المرفق كمسجد و مقعد و منبر من جمله الحريم الذى عرفه الشهيد كما قيل بأنه الموضع القريب من موضع معمور يتوقف انتفاع ذلك المعمور عليه و لا يد لغير مالك المعمور عليه ظاهرا حينئذ، فعطفه عليه من عطف العام على الخاص، و ربما قيل باختصاص الحريم و عموم المرفق، و الله العالم.

[يشترط فى التملك بالإحياء شروط خمس]

إشاره

و يشترط فى التملك بالإحياء زياده على ما عرفته من اعتبار الاذن و ما تعرفه من انتفاء الحمى و من كيفية الإحياء شروط خمس نعم زاد فى الدروس على ذلك كله قصد التملك، و فى المسالك أن المصنف أشار إليه بذكر الشرائط المزبوره للتملك الذى هو إرادته الملك، فيستلزم القصد بخلاف ما لو جعلها شرطا للملك.

و فيه أنه لا دليل على اشتراط ذلك، بل ظاهر الأدله خلافه، و الإجماع مظنه عدمه لا العكس، كما أن دعوى الانسياق من النصوص و لا أقل من الشك و اضحه المنع و إن مال إليه فى الرياض لذلك.

و عدم ملك الوكيل و الأجير الخاص لا لعدم قصد تملكها و قصد تملك غيرهما، بل لصيروره الاحياء الذى هو سبب الملك لغيرهما بقصد الوكاله و الإجاره، فيكون الملك له، فلا يستفاد من ذلك اشتراط قصد التملك كما توهم.

بل لا يستفاد منه اعتبار عدم قصد العدم فضلا عن القصد، ضروره ظهور الأدله فى أنه متى وجد مصداق إحياء ترتب الملك عليه و إن قصد العدم، لأن ترتب المسبب على السبب قهرى و إن كان إيجاد السبب اختياريا، اللهم إلا أن يشك فى السبب حينئذ.

و فيه منع، لإطلاق الأدله، بل لعل ما سمعته من ملك الموكل و المستأجر بفعل الوكيل و الأجير الخاص و إن لم يقصد الاحياء دليل على ما قلنا، فتأمل جيدا فإنه دقيق جدا، فالمتجه حينئذ إرادته الملك من التملك و إنكار ذلك شرطا، و الله العالم.

[الشرط الأول أن لا يكون عليها يد]

و كيف كان ف الأول أن لا يكون عليها يد تعرف لمسلم أو ما لم يعلم فسادها كى تكون محترمه فإن ذلك يمنع من مباشره الإحياء لغير المتصرف بلا خلاف أجده بين من تعرض له.

نعم عن بعضهم ترك هذا الشرط معللا بأن اليد إن لم ترجع إلى أحد هذه الأمور لا أثر لها.

و فيه أن فائدها تظهر مع اشتباه الحال، فإنها محكوم باحترامها ما لم يعلم فسادها و إن لم يعرف خصوص الموجب لها.

و عن حواشى الشهيد أن المراد باليد المصاحبه للإحياء أو العماره و لو بالتلقى ممن فعل ذلك أو أرض أسلم عليها أهلها طوعا لا مطلق اليد.

و فيه عدم انحصار جهه الاحترام بهما، إذ لعله بالحمى و نحوه.

نعم قيل: إن هذا الشرط مبنى على ما سبق من عدم بطلان الملك

بالموت مطلقاً، أى فى زمن الغيبه و الحضور، سواء كان الملك بالشراء أو الاحياء.

و فيه أنه على البطالان تكون حينئذ من اليد المعلوم فسادها كما صرح به فى المسالك، و على عدمه هى ملك للأول و إن اندرست آثاره و لم يبق له يد عليها.

نعم ربما أبدل اليد فى الشرط المزبور بالملك كما وقع فى بعض كتب الفاضل، و كأنه من اقتضاء اليد ذلك مع عدم العلم بالفساد، و ربما كان حينئذ لبناء الشرط المزبور على المسأله وجه.

و لكن فيه أن الدليل كما ستعرف يقتضى عدم ترتب الملك بإحياء ما كان فى اليد المحترمه و إن لم يعلم الملك بها، بل كانت محتمله له و للحق.

بل يمكن دعوى ذلك حتى مع العلم بعدم كونها مالكة و لكن محتمله للحقيه التى هى غير الملكيه، لأصالة احترام اليد، و للشك فى ترتب الملك بالاحياء معه إن لم يكن ظاهر الأدله عدمه، خصوصاً بعد ملاحظه الفتوى و مفهوم

المرسل (١) «من أحيأ ميتة فى غير حق مسلم فهى له»

و إن لم يكن موجوداً فى طرقنا، و لكنه منجبر بالعمل، فيمكن أخذه دليلاً مستقلاً، فضلاً عن حصول الشك به، مضافاً إلى فحوى ما تسمعه فى التحجير و الحمى و نحوهما و صدق الظلم و نحوه، و الله العالم.

[الشرط الثانى أن لا يكون الموات حريماً لعامراً]

إشاره

الشرط الثانى أن لا يكون الموات حريماً لعامراً: بستان أو دار أو قريه أو بلد أو مزرع أو غير ذلك مما يتوقف الانتفاع بالعامر عليه كالطريق و الشرب و حريم البئر و العين و الحائط بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به غير واحد، بل فى التذكرة «لا نعلم خلافاً بين علماء الأمصار أن كل ما يتعلق بمصالح العامر كالطريق و الشرب و مسيل

ماء العامر و مطرح قمامته و ملقى ترابه و آلاته، أو لمصالح القرية كقناتها و مرعى ماشيتها و محتطها و مسيل مياهها لا يصح لأحد إحياءه، و لا- يملك بالاحياء، و كذا حريم الآبار و الأنهار و الحائط و كل مملوك لا يجوز إحياء ما يتعلق بمصالحه، لمفهوم المرسل المزبور(١) و لأنه لو جاز إحياءه أبطل الملك فى العامر على أهله، و هذا مما لا- خلاف فيه» بل عن جامع المقاصد الإجماع عليه.

و هو الحجه بعد قاعده الضرر و المرسل المزبور و

صحيح أحمد بن عبد الله (٢) على الظاهر «سألت الرضا (عليه السلام) عن الرجل تكون له الضيعة و يكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلا و أقل و أكثر يأتيه الرجل فيقول له: أعطنى من مراعى ضيعتك و أعطيك كذا و كذا درهما فقال: إذا كانت الضيعة له فلا بأس»

و نحوه صحيح إدريس بن يزيد أو خبره (٣).

بل ربما كان ظاهرهما الملكيه بناء على إرادته البيع و نحوه من الإعطاء فيهما، كما عن الشيخ و بنى البراج و حمزه و إدريس و سعيد و الفاضل و ولده و غيرهم، بل فى المسالك أنه الأشهر.

مضافا إلى أنه مكان استحققه بالاحياء فملك كالمحيى، و لأن معنى الملك موجود فيه، لدخوله مع المعمور فى بيعه، و ليس لغيره إحياءه و لا التصرف فيه بغير إذن

المحيى، و لأن الشفعه تثبت فى الدار بالشركه فى الطريق المشترك المصرح فى النصوص المزبوره (٤) ببيعه معها، و لإمكان

١- ١ سنن البيهقى ج ٦ ص ١٤٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- من كتاب إحياء الموات- الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢٢- من أبواب عقد البيع- الحديث ١ عن إدريس بن زيد.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٤- من كتاب الشفعه.

دعوى كونه محيا باعتبار أن إحياء كل شىء بحسب حاله.

خلافًا لظاهر جماعه أو صريحهم من عدم الملك، بل هي من الحقوق لعدم الإحياء الذى يملك به مثلها.

وفيه ما عرفت من منع عدم حصول الإحياء الذى لا يعتبر فيه مباشرته كل جزء جزء، فان عرصه الدار تملك ببناء الدار دونها، و منع توقف الملك على الإحياء، بل يكفى فيه التبعيه للمحيا، و تظهر الثمره فى بيعها منفرده.

إلا أنه ينبغى أن يعلم أن السيره المستمره فى سائر الأعصار و الأمصار تقتضى عدم اجتناب بعض ما هو حريم للقريه مثلا.

بل لعلها تقتضى فى ابتداء حدوث القريه أن لكل أحد النزول قريب الآخر و ان اقتضى ذلك بعدا فى مرمى قمامته مثلا، كما إذا اتفق نزول أحد فى مرعى ماشيه البلد أو القريه أو محطهم لم يكن عليه

اعتراض بعد استبعاد نزول أهل البلد و القريه المتجاورين، و حقوق بلدهم و قريتهم خارج عنهم دفعه، فليس هو إلا لما ذكرنا من عدم التسلط على منع التنازل و ان استلزم بعد بعض الحقوق، و إلا لكان بين كل واحد أو جماعه مسافه بعيده. اللهم إلا أن يقال بعدم العلم بالحال مع كون المدار على الضرر، و الله العالم.

و على كل حال ف حد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج إليه أى الطريق فى الأرض المباحه خمس أذرع بمعنى على المحيى بعد الأول التباعده عنه بذلك، كما يومئ إليه قوله بعد ذلك:

«فالثانى يتباعده».

لكن فيه أن التحديد المزبور للأعم من ذلك، حتى لو أراد المحيى الأول أن يحيى بعد ما أحياه أولا شيئًا آخر يحتاج معه إلى الطريق، أو

كان الاحياء من الاثنين مثلا دفعه، بل و من مباح كان يستطرق أو لا و لكن بإحيائه يستعد للاستطراق.

و بالجمله متى احتيج إلى الطريق في الأرض المباحه التي يراد إحيائها فحده خمس أو سبع. و يمكن حمل عبارته المتن على ذلك أيضا.

و في النافع وصف الطريق بالمبتكر، و لعله يريد ما ذكرناه من وضع طريق لما هو معد للاستطراق لما يريد إحياءه من الموات و إن لم يكن في السابق هذا الموات مستطرقا، نعم فيه أيضا أن الأمر أعم من ذلك مع إمكان إرادته له أيضا.

و في الرياض تفسير المبتكر بالملك المحدث في المباح من الأرض إذا تشاح أهله، فحده خمس أذرع.

و فيه أن المسأله غير خاصه في صور التشاح، بل لو اتفق المالكان على الأقل لم يجز لهم ذلك في الطريق العام.

و على كل حال فظاهر المصنف اختيار الخمس، كالفاضل في بعض كتبه و محكى المقتصر خاصه. لكن عن الفخر نسبه إلى كثير، بل الحواشى و الإرشاد نسبه إلى الأكثر و إن كنا لم نتحققه،

للموثق (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إذا تشاح قوم في طريق فقال بعضهم:

سبع أذرع و قال بعضهم: أربع أذرع، فقال أبو عبد الله (عليه السلام):

بل خمس أذرع»

مؤيدا بما في المسالك من أصاله البراءه من الزائد، و الظاهر إرادته براءه ذمه المحيي الثاني عن وجوب اجتناب الأزيد من الخمس، و حينئذ فيوافقه إطلاق الاذن في الاحياء المقتصر في المنع منه على المتيقن، و هو الخمس.

لكن فيه أنه يمكن معارضته بأصاله حل المنع من الأول عن مقدار

السبع التي هي المتيقن في جواز إحياء ما تعلق به حق الغير، و من هنا جعل ذلك في الرياض دليلاً للتحديد بالسبع و إن كان هو لا يخلو من شيء.

وقيل و القائل الشيخ و القاضي و التقى و الحلبي و يحيى بن سعيد و الفاضل في جملة أخرى من كتبه و ولده و الشهيدان و الكركي و غيرهم على ما حكى عن بعضهم سبع أذرع و حينئذ فالثاني يتباعد هذا المقدار

لخبر مسمع (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «الطريق إذا تشاح عليه أهله فحده سبع أذرع»

و نحوه

خبر السكوني (٢) و النبوي (٣) «إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبع أذرع».

و في جامع المقاصد «و قد ينزل خبر البقباق (٤) على ما إذا لم تدع الحاجه إلى أزيد من الخمس إن لم يلزم من ذلك إحداه قول ثالث، فان لزم فالعمل على السبع».

و لكن في المسالك «و يمكن حمل اختلاف الروايات على اختلاف الطرق، فان منها ما يكفي فيه الخمس، كطرق الأملاك و التي لا تمر عليها القوافل و نحوه غالباً، و منها ما يحتاج إلى السبع؛ و قد يعرض احتياج بعضها إلى أزيد من السبع، كالطريق التي يمر عليها الحاج بالكنايس و نحوها، فيجب مراعاة قدر الحاجه بالنسبه إلى الزائد على المقدر، أما النقصان فلا».

و هو أولى بكونه إحداه قول ثالث و إن نفى عنه البعد في الكفايه و مال إليه في المفاتيح، بل هو كأنه من الاجتهاد في مقابل إطلاق الأدله،

١- ١ الوسائل - الباب - ١١ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٦.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١١ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٥.

٣- ٣ سنن البيهقي - ج ٦ ص ١٥٤.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١٥ - من كتاب الصلح - الحديث ١.

مضافا إلى ما فيه من منع عدم جواز النقصان مع فرض الانحصار فيهما فان الحق لهما.

لكن في الدروس «لا- فرق بين الطريق العام أو ما يختص به أهل قرى أو قريه في ذلك، نعم لو انحصر أهل الطريق فاتفقوا على اختصاره أو تغييره أمكن الجواز، و الوجه المنع، لأنه لا ينفك من مرور غيرهم و لو نادرا».

و فيه أن الملك أو الحق لهم دون غيرهم، و الناس مسلطون على أموالهم، نعم لا يجوز ذلك في الطريق العام، فيلزموا به أجمع مع التساوى و إلا- فالمحیی الثانی، بل إن لم يكن حاكم يلزمه بذلك و جب على المكلفين من باب الحسبه، و لو أدى نظر الحاكم إلى تغييره أو تبديله فالظاهر الجواز.

و لو زادوها على السبع و استطرت ففي الدروس جواز إحياء ما زاد على السبع.

و فيه- مع منافاته لقاعده تعلق حق الغير بإحيائه- أنه مناف

للموثق (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قلت له: الطريق الواسع هل يؤخذ منه شيء إذا لم يضر بالطريق؟ قال: لا».

و احتمال حمله على ما إذا كان سبعا لا داعي له، و لعله لذا جزم في المسالك بعدم جواز إحداث ما يمنع الماره في الزائد.

و الظاهر زوال حرمة الطريق باستتجامها و انقطاع المرور عليها و إن توقع عودها، خلافا للدروس و المسالك فضلا عما لو استطرق الناس غيرها و أدى ذلك إلى الأعراض عن الأول رأسا لكون الثاني أسهل و أخصر الذي وافق في المسالك على أن الظاهر لحوق حكم الموات للأول مع شهادة القرائن على

استمرار الأول على الهجران و إن كان فيه أنه لا حاجة إلى شهاده القرائن، و الله العالم.

و حریم الشرب بكسر أوله الذى هو هنا النهر و القناه و نحوهما بمقدار مطرح ترابه و المجاز على حافتيه للانتفاع به و لإصلاحه على قدر ما يحتاج إليه عادة بلا خلاف أجده فيه، و يومئ إليه - مضافا إلى أنه المحتاج إليه فى تنقيته لإجراء مائه -

مرفوع إبراهيم بن هاشم (١) «حریم النهر حافته و ما يليهما».

و لو كان النهر فى ملك الغير فادعى الحریم قضى له به مع يمينه فى وجه لأنه يدعى ما يشهد به الظاهر من الحریم الذى لا ينفك عن النهر غالبا.

و لكن فيه تردد لأن يد مالك الأرض على ملكه الذى من جملته موضع التحريم، و هو مانع من إثباته، و من ثم لم يثبت الحریم للأملاك المتجاوره، و لأن ثبوت الحریم موقوف على التقدم فى الاحياء أو المقارنه، و كلاهما غير معلوم، فسبب استحقاق الحریم حينئذ غير متحقق، و لا يد لصاحب النهر إلا على النهر، و إنما اليد لصاحب الأرض، و هى أقوى من اقتضاء النهر الحریم على بعض الأحوال، فلا يترك المعلوم بالمحتمل، و لعله الأقوى.

و لا ينافى ذلك تبعيه الحقوق لإطلاق البيع مثلا، فان ذلك لا يقضى بتبعيتها لمطلق الملك الذى يمكن حصوله مجردا عن جميعها.

فمع فرض العلم بكون النهر فى ملك الغير و يمكن كونه مملوكا بلا حریم كما لو باعه إياه كذلك يكون حينئذ هو المدعى، و صاحب الملك هو المنكر، لأنه الذى يدعى عليه استحقاق الزائد، و هو معنى فرض

النهر فى ملك الغير بلا يد لذى النهر على حافتيه و لا تصرف، و إلا فلو فرض كونه كذلك خرج عن موضوع المسأله، و كذا لو فرض كون النهر مملوكا لشخص و ما جاوره من الأرض ملكا لآخر، إنما الكلام فيما لو علم كون النهر فى ملك الغير خاصه، فتأمل جيدا، فإنه دقيق جدا، و الله العالم.

و حریم بئر المعطن بكسر الطاء التى يستقى منها لشرب الإبل أربعون ذراعا من كل جانب. و بئر الناضح و هو البئر الذى يستقى عليه للزرع و غيره ستون ذراعا، فلا يجوز لأحد إحياء المقصدار المزبور بحفر بئر أخرى أو غيره كزرع أو شجر أو نحوهما و إن ظهر من بعض النصوص (١) و الفتاوى خصوص حفر بئر أخرى إلا أن المتجه الأعم، ضروره اشتراك الجميع فى الضرر على ذى البئر المزبوره، بلا خلاف معتد به أجده عندنا فى التقدير المزبور و إن استفاض حكاية الشهره عليه على وجه يظهر منه الاعتداد بالمخالف.

بل فى التذكرة نسبة ذلك إلى علمائنا، مشعرا بالإجماع عليه كقوله فى التنقيح:

«عليه عمل الأصحاب» بل عن الخلاف الإجماع على أن حریم البئر أربعون ذراعا.

و فى الغنيه «روى أصحابنا أن حد ما بين بئر المعطن إلى بئر الناضح أربعون ذراعا، و ما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون ذراعا، و ما بين بئر العين إلى بئر العين فى الأرض الصلبه خمسمائه ذراع، و فى الرخوه ألف ذراع، و على هذا لو أراد غيره حفر بئر إلى جانب بئر ليسرق منها الماء لم يكن له ذلك بلا خلاف، و لا يجوز له الحفر إلا أن يكون بينهما الحد الذى ذكرنا».

كل ذلك مضافا إلى

خبر عبد الله بن مقفل (١) المنجبر بما سمعت عن النبي (صلى الله عليه وآله) «من احتفر بئرا فله أربعون ذراعا حولها لعطن ماشيته».

وقوى السكوني (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعا، وما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون ذراعا، وما بين العين إلى العين خمسمائة ذراع».

وعن قرب الاسناد (٣) أنه روى مثل ذلك إلا أنه زاد «وحریم البئر المحدثه خمسہ و عشرون ذراعا».

وفي الفقيه (٤) «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) أن البئر حريمها أربعون ذراعا لا يحفر إلى جنبها بئر أخرى لعطن أو غنم».

وحيثما فما في

صحيح حماد بن عثمان (٥) المروى في الكافي «سمعت الصادق (عليه السلام) يقول: حریم البئر العاديه أربعون ذراعا حولها».

قال: «و في روايه أخرى (٦) خمسون ذراعا إلا أن تكون إلى عطن أو طريق، فيكون أقل من ذلك إلى خمسہ و عشرين ذراعا».

لا عامل به.

و كأنه أشار إلى

خبر وهب بن وهب (٧) عن جعفر بن محمد عن أبيه (عليهما السلام) «أن علي بن أبي طالب (عليه السلام) كان يقول:

حریم البئر العاديه خمسون ذراعا إلا أن تكون إلى عطن أو إلى طريق، فيكون أقل من ذلك خمسہ و عشرين ذراعا».

و على كل حال هو غير واضح المعنى و إن قال في المسالك: «و نسبه

١- ١ كنز العمال- ج ٣ ص ٥١٧ ط عام ١٣٧٠.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١١- من كتاب إحياء الموات الحديث ٥.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١١- من كتاب إحياء الموات الحديث ٩.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١١- من كتاب إحياء الموات الحديث ٧.

٥- ٥ الوسائل- الباب- ١١- من كتاب إحياء الموات الحديث ١.

٦- ٦ الوسائل- الباب- ١١- من كتاب إحياء الموات الحديث ٢.

٧- ٧ الوسائل- الباب- ١١- من كتاب إحياء الموات الحديث ٨.

البئر إلى العاديه إشاره إلى إحداث الموات، لأن ما كان في زمن عاد و ما شابهه فهو موات غالباً، و خص عاداً بالذكر لأنها في الزمن الأول كان لها آثار في الأرض فنسب إليها كل قديم - ثم قال -: و بسبب اختلاف الروايات و عدم صحتها جعل بعضهم حریم البئر ما يحتاج إليه في السقى منها، و موضع وقوف النازح و الدولاب، و تردد البهائم، و مصب الماء، و الموضع الذى تجتمع فيه لسقى الماشيه و الزرع من حوض و غيره، و الموضع الذى يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العاده».

و كأنه مال إليه و تبعه عليه في المفاتيح إلا أنا لم نجد ذلك لأحد منا و إن حكاها في الكفايه عن أبى على، لكن في المختلف عنه أنه «لو كان بقرب المكان الذى يريد الحافر حفر البئر فيه بئر عاديه محفوره قبل الإسلام و ماؤها نابع يمكن شربه بالنزع فقد

روى عن رسول الله (صلى الله عليه و آله) (١) أنه قال: حریم البئر إذا كانت حفرت في الجاهليه خمسون ذراعاً، و إن كانت حفرت في الإسلام فحریمها خمس و عشرون ذراعاً - ثم قال -: و لو كان البلاد مما لا يسقى الماء فيها إلا بالناضح كان حریم بئر الناضح قدر عمقها من الناضح،

و قد جاء في الحديث (٢) عن رسول الله (صلى الله عليه و آله) أن حریم بئر الناضح ستون،

و قد يحتمل أن ذلك قدر عمق الآبار في تلك البلاد التى حكم بذلك فيها».

و هو كما ترى أجنبى عن ذلك، بل في المسالك حكى عن ابن الجنيد في الناضح ما سمعته أيضاً، نعم هو محكى عن الشافعى.

و دعوى أنه المتجه جمعاً بين النصوص يدفعها عدم التكافؤ، و بعد تسليم الانتقال إلى الجمع المزبور و عدم الاحتياج إلى الشاهد فلا محيص حينئذ عما عليه الأصحاب المحتمل كون حكمه تعبد التقدير فيه رفع النزاع الذى ربما

١- ١ المستدرک- الباب- ٨- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٣.

٢- ٢ المستدرک- الباب- ٨- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٤.

يؤدى إلى تلف النفوس وغيرها، ولو لا ذلك لأمكن الجمع بوجوب الأقل و أولويه الزائد أو بغير ذلك، إلا أن ذلك بعد النص و الفتوى لا وجه له خصوصا بعد ظهور حكمه التعبد الراجع للاختلاف.

و منه تحديد حريم العين ب ألف ذراع فى الأرض الرخوه و فى الصلبيه خمسمائه ذراع الذى فى محكى الخلاف عليه إجماع الفرقه و أخبارهم، و التذكره عند علمائنا، و فى التنقيح عليه عمل الأصحاب، و فى جامع المقاصد إطباق الأصحاب.

و فى

خبر عقبه بن خالد(١)المنجبر بما عرفت و بروايه المشايخ الثلاثه له عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «يكون بين البثرين إذا كانت أرضا صلبيه خمسمائه ذراع و إن كانت أرضا رخوه ألف ذراع».

و به يقيد ما فى

مرسل حفص (٢)عن أبى عبد الله (عليه السلام) المروى فى الكافى «يكون بين العينين ألف ذراع»

و ما فى

خبر مسمع (٣)عنه (عليه السلام) أيضا «قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): ما بين العين إلى العين خمسمائه ذراع»

و ما فى

خبر السكونى (٤)عنه (عليه السلام) أيضا: «ما بين العين إلى العين يعنى القناه خمسمائه ذراع».

و لكن مع ذلك قيل و القائل الإسكافى حد ذلك أن لا يضر الثانى بالأول و نفى عنه البأس فى المختلف، و فى المسالك أنه أظهر و إن كان الأول أشهر و مال إليه بعض أتباعه.

و ربما يشهد له

صحيح محمد بن الحسين (٥)قال: «كتبت إلى أبى محمد (عليه السلام) رجل كانت له قناه فى قريه فأراد رجل أن

١- ١ الوسائل - الباب - ١١ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١١ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٦.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١١ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٥.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ١٤ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ١.

يحفر قناه أخرى إلى قريه أخرى كم يكون بينهما فى البعد حتى لا يضر بالأخرى فى الأرض إذا كانت صلبه أو رخوه؟ فوقع
(عليه السلام) على حسب أن لا تضر إحداهما بالأخرى إنشاء الله تعالى».

و نحوه

خبر محمد بن على بن محبوب (١) قال: «كتب رجل إلى الفقيه (عليه السلام)».

بأدنى تفاوت فى الألفاظ، و ما فيه من جهاله الكاتب بعد نقل الثقة المكتوب اليه غير قادح.

مؤيدا ذلك كله ب

خبر عقبه بن خالد (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى رجل أتى جبلا فشق فيه (منه خ ل) قناه جرى ماؤها سنه، ثم إن رجلا
أتى ذلك الجبل فشق منه قناه أخرى فذهبت قناه الآخر بماء قناه الأول، قال: فقال: يتقايسان (يتقاسمان خ ل) بحقائب البئر ليله
ليله، فينظر أيهما أضرت بصاحبتهما، فإن رأيت الأخيره أضرت بالأولى فلتعور».

و فى الوسائل و رواه الصدوق بإسناده عن عقبه بن خالد (٣) نحوه، و زاد «و قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) بذلك، و

قال: إن كانت الأولى أخذت ماء الأخيره لم يكن لصاحب الأخيره على الأول سبيل».

و فى

خبر عقبه (٤) أيضا عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى

١- ١ أشار إليه فى الوسائل - الباب - ١٤ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ١ و ذكره فى الفقيه - ج ٣ ص ١٥٠ الرقم ٦٥٩.
٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٦ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ١ و هذا مروى بطريق الكلينى قده و ليس فى الوسائل و الكافى
ج ٥ ص ٢٩٤ قوله عليه السلام: «جرى ماؤها سنه .. فشق منه قناه أخرى» و هذه القطعه المذكوره فى روايه الصدوق قده التى أشار
إليها قده بعد هذه الروايه.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٦ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١٦ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٣.

رجل احتفر قناه و أتى لذلك سنه، ثم إن رجلا احتفر إلى جانبها قناه فقضى أن يقاس الماء بحقائب (بجوانب خ ل) البئر ليله هذه و ليله هذه، فان كانت الأخيره أخذت ماء الاولي عورت الأخيره، و إن كانت الأولى أخذت ماء الأخيره لم يكن لصاحب الأخيره على الأول شىء.

و بأن الموجود فى خبر المشهور البئر، و هو غير محل النزاع، و لا- ريب فى قوته لو لا- الشهره العظيمه و الإجماع المزبوران الجابران للأخبار المذكوره سندا و دلالة، مضافا إلى غيرهما من القرائن على إرادته العين من البئر التى قد تطلق عليها.

و يمكن مراعاة التحديد المزبور عند عدم معرفه الضرر، و لو لاختلاف أهل الخبره فى

ذلك ان لم يكن ذلك إحداث قول على وجه يكون مخالفا للإجماع.

ثم إنه لا يخفى عليك ظهور النص فيما صرح به غير واحد من أن الحريم هنا يمنع إحداث عين اخرى، فلا يضر حينئذ إحياء ما زاد على ما تحتاج إليه العين من نزع و نحوه، بخلاف بئر المعطن التى قد عرفت الحال فيها، و الله العالم.

و حريم الحائط فى المباح مقدار مطرح ترابه و آلاته بلا خلاف أجده فيه، بل فى التذكرة عندنا مشعرا بدعوى الإجماع عليه نظرا إلى إمساس الحاجه إليه لو استهدم.

و قيل و القائل المشهور على ما فى المسالك و غيرها للدار حريم هو مقدار مطرح ترابها و قمامتها و رمادها و ثلجها و مصب مائها و مسلك الدخول و الخروج و نحو ذلك مما يحتاج إليه عادة.

و لكن ظاهر نسبه المصنف إلى القيل التردد فيه، بل فى المسالك و غيرها عن بعضهم التصريح بعدم حريم لها، و إن كنا لم نتحققه لأحد منا

و إنما هو لبعض الشافعية.

و لعل وجهه عدم الدليل عليه، بل فعل الناس فى سائر البلدان على خلافه، لاستبعاد اتفاق أحيائهم دفعه.

و فيه (أولاً) أن مثله جار فى الحائط الذى اعترف بثبوت الحریم له. و (ثانياً) بعدم معلومیه حال الواقع فى البلدان الجارى فى الحيطان أيضاً من التراضى أو الإحياء دفعه أو غير ذلك.

فالمتمجه ثبوت الحریم لها الذى يرجع فى أصل ثبوته و مقداره إلى العرف و لو بمراعاة قاعده الضرر و الضرار، فلا يحتاج إلى دليل خاص سيما بعد ما ورد من الحریم لما عرفت المشعر بأن ذلك حق لكل ما يحتاجه و منه ما

ورد(١)«أن حریم المسجد أربعون ذراعاً من كل ناحیه، و حریم المؤمن فى الصیف باع، و روى عظم الذراع»

و حریم النخلة طول سعفها(٢).

اللهم إلا أن يقال: إن ذلك كله يقتضى ثبوت الحریم لما أحدثه فى المباح كالجدار و النخلة و نحوهما، لا مثل الدار التى مرجع الحریم المفروض الى الساكن فيها لا- نفسها، إذ ليس المراد جدرانها التى لا إشكال فى ثبوت الحریم لها، ضروره كونها من الحائط، بل المراد

ما يكون من القمامه و نحوها التى تكون من الساكن لا مما أحدثه فى المباح.

و لعله لذا توقف المصنف فيه.

نعم ينبغى على هذا تخصيص محل التوقف بالحریم لما يحتاج إليه الساكن مما لا يعد من حقوق الدار، بخلاف ما كان كذلك كالتراب الصائر منها و نحوه مما يرجع إليها.

١-١ الوسائل - الباب - ١١ - من كتاب إحياء الموات الحديث ١٠.

٢-٢ الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب إحياء الموات الحديث ٢.

على أن ما يحتاجه الساكن فيها راجع إليها أيضا، نحو بئر المعطن المحتاجه إلى الحریم باعتبار الإبل و الماشیه التي تسقى منها، فتأمل جيدا.

و ربما يؤيده ما فى الدروس من «أن حریم القرية مطرح القمامه و التراب و الوحل و مناخ الإبل و مرابض الخيل و النادى و ملعب الصبيان و مسيل المياه و مرعى الماشیه و محتطب أهلها مما جرت العاده بوصولهم إليه، و ليس لهم المنع فيما بعد من المرعى و المحتطب بحيث لا يطرقونه إلا نادرا، و لا المنع مما لا يضر بهم مما يطرقونه، و لا يتقدر حریم القرية بالصيحه من كل جانب، و لا فرق بين قرى المسلمين و أهل الذمه» إذ هو كما ترى كثير منه مما يرجع إلى الساكن، بل هو نحو ما يذكر للدار.

هذا و فى المسالك «و المراد بمسلك الدخول و الخروج فى الصوب الذى يفتح فيه الباب، لا بمعنى امتداد الممر فى قبالة الباب على امتداد الموات، بل إيصاله إلى الطريق السالك و لو بازورار و انعطاف، لأن الحاجه تمس إلى ذلك».

و هو معنى ما فى جامع المقاصد قال: «ليس المراد من استحقاق الممر فى صوب الباب استحقاق الممر فى قبالة الباب على امتداد الموات بل يجوز لغيره إحيائها فى قبالة الباب إذا أبقى له الممر، فان احتاج إلى ازورار و انعطاف جاز، لأن الحاجه تمس إلى ذلك، ذكره فى التذكرة.

لكن ينبغى تقييده بما إذا لم يحصل ضرر كثير عاده، لاستدعائه إفراط طول الطريق و نحوه».

قلت: قد يتوقف فى إحياء ذلك بعد فرض اعتياد استطراره الذى هو من الاحياء أو بحكمه.

ثم إن الظاهر اعتبار التحديد المزبور فيه، لإطلاق الأدله، و إن كان هو للسلوك إلى داره لا طريقا عاما، و الله العالم.

و كيف كان ف كل ما ذكرنا من ثبوت ذلك الحريم له إنما يثبت له حريم إذا ابتكر في الموات، أما ما يعمل في الأملاك المعموره فلا بلا خلاف أجده فيه، كما عن الشيخ و ابني زهره و إدريس الاعتراف به، بل في الكفايه نسبتته إلى الأصحاب مشعرا بالإجماع عليه، و لعله لقاعده تسلط الناس على أموالهم و غيرها، و لأنها متعارضه باعتبار عدم أولويه أحدهما من الآخر به، و لذا كان المشاهد في البلدان عدم الحريم لأحدهم و إن كان يمكن أن يكون لتساويهم في الاحياء أو لغيره.

و من هنا صرح في القواعد و غيرها بأن لكل منهم التصرف في ملكه بما شاء و إن تضرر صاحبه، و أنه لا ضمان عليه لو جعل ملكه بيت حداد أو قصار أو حمام على خلاف العاده.

نعم في التذكرة «هذا إذا احتاط و أحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده، فان فعل ما يغلب على الظن فيه أنه يؤدي إلى خلل في حيطان جاره فأظهر الوجهين عند الشافعيه الجواز، و ذلك كما إذا يدق الشىء في داره دقا عنيفا ينزعج منه الحيطان، أو حبس الماء في ملكه بحيث تنتشر منه النداهه إلى حيطان الجار، و لو اتخذ داره مدبغه أو حانوته مخبزه حيث لا يعتاد فان قلنا لا يمنع في الصوره السابقه فهنا أولى، و إن قلنا بالمنع فهنا يحتمل عدمه، لأن الضرر من حيث التأذى بالدخان و الرائحه الكريهه، و أنه أهون، و كذا البحث في إطاله البناء و منع الشمس و القمر، و الأقوى أن لأرباب الأملاك التصرف في أملاكهم كيف شاؤوا، إذ لو حفر في ملكه بئر بالوعه و فسد بها ماء بئر الجار لم يمنع منه، و لا ضمان، و لكنه قد يكون فعل مكروها، و به قال الشافعي، و قال مالك: يمنع، فان فعل و تلف شىء ضمنه».

و تبعه في الدروس و المسالك في جميع ذلك، لكن قال في الأخير

«نعم له منع ما يضر بحائطه من البئر و الشجر و لو ببروز أصلها إليه و الضرب المؤدى إلى ضرر الحائط و نحوه».

و فيما حضرني من نسخه جامع المقاصد «قال في التذكرة: هذا إذا احتاط و أحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده، فان فعل ما يغلب على الظن أنه يؤدى إلى خلل فى حيطان جاره ففي منعه تردد، فلو دق دقا عنيفا أحدث به نقصا فى جدران جاره أو حبس الماء بحيث انتشرت منه النداهة إليها أو حصل ذلك من ماء الحمام ففي الضمان تردد».

و ظاهره حكاية ذلك عن التذكرة التى سمعت ما فيها، إلا أن المحكى عن الجامع المزبور التردد، و لعل النسخة غير صحيحة.

و على كل حال فالتردد المزبور فى المسألة حاصل، بل فى الكفاية «يشكل هذا الحكم فى صورته تضرر الجار تضررا فاحشا نظرا إلى تضمن الأخبار نفى الضرر و الإضرار(١) و هو الحديث المعمول به بين الخاصه و العامه المستفيض بينهم، خصوصا ما تضمن الأخبار المذكوره من نفى الضرر الواقع فى ملك المضار».

و قد يناقش بأن حديث نفى الضرر المستفيض معارض بمثله من الحديث (٢) الدال على ثبوت السلطنة على الإطلاق لرب المال، و هو أيضا معمول به بين الفريقين، و التعارض بينهما تعارض العموم من وجه، و الترجيح للثانى بعمل الأصحاب كما اعترف به، و لا سيما إذا استلزم منع المالك عن التصرف ضررا عليه أشد من ضرر الجار أو مساويا أو أقل بحيث لم يتفاحش معه ضرره.

بل فى الرياض «و ينبغى القطع فى هذه الصورة بما عليه الأصحاب

١- ١ الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب إحياء الموات.

٢- ٢ البحار - ج ٢ ص ٢٧٢ - الطبع الحديث.

قال:- و أما فيما عداها فالظاهر أيضا ذلك، لما ذكر و إن كان الأحوط عدم الإضرار على الإطلاق، و أما الأخبار الداله على نفي الإضرار فى ملكك المضار فمع قصور سند بعضها و عدم مكافئته لما مضى يمكن حملها على ما إذا قصد المالك بالتصرف الإضرار دون دفع الحاجه، كما يشعر به بعض تلك الأخبار(١) ثم على تقدير تسليم ترجيح نفي الضرر فلا وجه لتخصيصه بصوره تفاحش الضرر مع عمومه و شموله للغير».

قلت: لا يخفى عليك ما فى المسالك من الجزم بالمنع فيما يضر الحائط مع ذكره سابقا جواز حفر البالوعه التى تفسد بثر الغير. كما أنه لا يخفى عليك ما فى التذكرة من اعتباره أولا إحكام البناء لما يقصده و إطلاقه جواز التصرف للمالك فى ملكه ثانيا مع التردد فى بعض الصور.

بل قد سمعت ما فى جامع المقاصد مما هو ظاهر فى عدم كون المسأله إجماعيه، بحيث يكون التفصيل مخالفا للإجماع، على أن المنساق من العامين المزبورين تحكيم قاعده الضرر، كما فى جميع نظائره و إن كان بينهما تعارض العموم من وجه.

و ربما يشهد له نصوص سمره بن جندب (٢) و

قول الصادق (عليه السلام) (٣): «إن الجار كالنفس غير مضار و لا آثم»

على أن باب المقدمه يقتضى وجوب ترك التصرف تحصيليا لامتنال النهى عن إضرار الغير، إذ لا تعارض بين الإباحه و الحرمة.

بل قد ذكرنا فى كتاب الغصب (٤) فى مسأله من أجب ناراً فى

١- ١ الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ١ و ٣ و ٤.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٢.

٤- ٤ راجع ج ٣٧ ص ٥٩ - ٦٢.

ملكه أو أرسل ماء كذلك فأتلف مال الغير ما يعلم منه عدم الإجماع على جميع صور المسأله.

بل قد تقدم أيضا مسأله تدلى أغصان الشجره فى ملك الغير، و تلفت بفعل المالك.

و بالجمله فالغرض أن المسأله لم يكن فيها إجماع محقق على جهه الإطلاق فيمكن أن يقال بمنع التصرف فى ماله على وجه يترتب عليه الضرر فى مال الغير مثلا بتوليديه فعله، بحيث يكون له فعل و تصرف فى مال الغير و إتلاف له يتولد من

فعله فعل فى مال الغير، لا- تلف خاصه بلا- فعل منه، و خصوصا مع زيادته بفعله عما يحتاج إليه و غلبه ظنه بالسرايه، و قاعده التسلط على المال لا تقتضى جواز ذلك و لا رفع الضمان الحاصل بتوليد فعله.

نعم لو كان تصرفه فى ماله لا توليد فيه على الوجه المزبور و إن حصل الضرر مقارنة لذلك لم يمنع منه، و ربما كان فيما ذكرنا سابقا من مسأله الضمان بتأجيج النار فى ملكه إشاره إلى ذلك، فلا حظ و تأمل، بل مر لنا فى غير ذلك ماله نفع فى المقام، و الله العالم.

[فرع لو أحيا أرضا و غرس فى جانبها غرسا تبرز أغصانه لم يكن لغيره إحياءه]

فرع:

لو أحيا أرضا و غرس فى جانبها غرسا تبرز أغصانه لو بقى إلى المباح أو تسرى عروقه إليه كذلك لم يكن لغيره إحياءه لأنه من الحریم التابع للملك الذى يرجع فى مثله إلى العرف.

و حينئذ ف لو حاول الاحياء كان للغارس منعه

و إن لم يكن بعد برزت الأغصان أو سرت العروق، فإن الاستعداد كاف بلا خلاف أجده بين من تعرض له.

و لعل

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «حریم النخل طول سعفها»

ظاهر فى ذلك، بل هو صريح

خبر عقبه بن خالد (٢) «إن النبى (صلى الله عليه و آله) قضى فى هوار النخل أن تكون النخلة و النخلتان للرجل فى حائط الآخر فيختلفون فى حقوق ذلك، فقضى فيها أن لكل نخله من أولئك من الأرض مبلغ جريده من جرائدها حين بعدها».

و كذلك لو باع البستان و استثنى شجره، فإنه يتبع مدى أغصانها فى الهواء و المدخل و المخرج و غيرهما من الحقوق التى تتبع الإطلاق المزبور.

نعم ظاهر المصنف و غيره ثبوت الحریم للمزبور للغرس، أما لو أعد الأرض لها و هيأها لذلك أو غرس جملة منها فهل يكفى ذلك فى ثبوت الحریم للغرس الذى بعد لم يغرس أو يبقى على أصل الموات؟ وجهان، أولهما لا يخلو من قوه، و الله العالم.

[الشرط الثالث أن لا يسميه الشرع مشعرا للعباده كعرفه و منى و المشعر]

الشرط الثالث: أن لا يسميه الشرع مشعرا للعباده، كعرفه و منى و المشعر و غيرها من الأماكن المشرفه و المواضع المحترمه التى جعلها الله تعالى شأنه مناسك للعباده و شرفها كما شرف بعض الأزمنه الخاصه، فهى فى الحقيقه ليست من الموات الذى هو بمعنى المعطل عن الانتفاع فضلا عن وضع يد سائر المسلمين عليها و تعلق حقوقهم بها، بل هى أعظم من الوقف الذى يتعلق به حق الموقوف عليهم بجريان الصيغه من الواقف فان الشرع الذى هو المالك الحقيقى قد دل على اختصاصها موطن للعباده من دون إجراء صيغه، و منها ما جعله الله

١- ١ الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ١.

مسجداً كمسجد الحرام و مسجد الكوفة و نحوهما من مراقد الأئمة (عليهم السلام) التى أذن الله أن ترفع و يذكر فيها اسمه.

فالتعرض لتملكها حينئذ منافع للجعل المزبور من رب العزه، بل فيه تفويت لتلك المصلحه من غير فرق بين جميع أجزائها فى ذلك، و بين زياده سعتها لذلك و عدمه، ضروره أن الله تعالى شأنه جعل كل جزء جزء منها كذلك.

فمن الغريب ما وقع من المصنف من قوله أما لو عمر فيها ما لا يضر و لا يؤدى إلى ضيقها عما يحتاج إليه المتعبدون كاليسير لم أمنع منه بل كاد يكون كالمنافى للضرورى، بل فتح هذا الباب فيها يؤدى إلى إخراجها عن وضعها.

و أغرب منه موافقه بعض من تأخر عنه على ذلك بتخيل أن المنع من جهه مزاحمه الناسكين، فمع فرض عدمها كاليسير يتجه الجواز حينئذ لانتفاء العله المزبوره. و فيه ما لا يخفى بعد ما ذكرناه.

و أعجب من ذلك تفريعهم على التقدير المزبور الذى هو معلوم الفساد أنه هل يجوز للناسك الوقوف بها مع عدم الاذن أو مع النهى أو لا- يجوز مطلقاً أو مع وجود غيره من المكان بخلاف ما لو تضيق؟! مع أن القول بالملك يأبى القول بالجواز مطلقاً إلا أن يجعله مراعى بعدم الإضرار، فيتجه التفصيل حينئذ إلا أن ذلك كله كما ترى لا ينبغى أن يسطر، و الله العالم.

[الشرط الرابع أن لا يكون مما أقطعه إمام الأصل]

الشرط الرابع: أن لا- يكون مما أقطعه إمام الأصل و لو كان مواتاً خالياً من تحجير الذى لا خلاف فى أن له ذلك، كما عن المبسوط بل و لا إشكال، ضروره كون الموات من ماله الذى هو مسلط عليه، مع أنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم.

كما أقطع النبي (صلى الله عليه و آله) عبد الله بن مسعود الدور^(١) و هي اسم موضع بالمدينه بين ظهراى عماره الأنصار و يقال: المعنى أنه أقطعه ذلك ليتخذها دورا.

و أقطع و ابل بن حجر أرضا بحضر موت^(٢).

و أقطع الزبير حضر فرس ه أى عدوه، بل قيل: إن الزبير أجرى فرسه حتى قام الفرس رمى بسوطه طلبا للزياده،

فقال (صلى الله عليه و آله) «أعطوه من حيث بلغ السوط»^(٣).

و أقطع بلال بن الحارث العقيق^(٤) فإنه إن لم يفد الملك فلا ريب بل لا خلاف فى أنه يفيد اختصاصا مانعا من المزاحمه، فلا يصح دفع هذا الاختصاص بالاحياء بل عن المبسوط نفيه كذلك بين المسلمين، و كذا ليس لأحد نقضه.

و ما

عن عمر من أنه لما تولى قال لبلال: «ما أقطعت العقيق لتحجبه، فأقطعه الناس»^(٥)

لا حجه فيه، و كم له من أخذ فذك و نحوها.

على أنه يمكن ذلك كما تسمعه فى التحجير إذا لم يحى المحجر، كما صرح به فى جامع المقاصد، و إن كان ذكر المصنف و غيره ذلك فى التحجير دونه يشعر بالعدم، بل لو لا ظهور الاتفاق عليه هناك لأمكن إشكاله بتعلق الحق الذى يقتضى استصحابه عدم الزوال و إن عطل.

و كأن ما ذكر من الاختصاص المزبور مبنى على عدم تملك الموات

١-١ نيل الأوطار ج ٦ ص ٥٩.

٢-٢ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٤٤.

٣-٣ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٤٤.

٤-٤ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٤٩.

٥-٥ رواه ابن قدامه فى الشرح الكبير المطبوع فى ذيل مغنى ابن قدامه ج ٦ ص ١٦٩.

بغير الاحياء، و لكن فيه منع واضح إن لم يكن إجماعاً، و حينئذ فلا بد من تنزيل الإقطاع المزبور على وجه الاختصاص و الأحقيه بالاحياء، و إلا- فلو فرض كونه على جهه التملك جاز إن لم يكن إجماعاً، و ليس لأحد حينئذ الاعتراض عليه بتعطيله و إن تمادى الزمان على إشكال، لاحتمال جواز إحياء الغير له بأجره على نحو ما

سمعته فى الأرض التى ملكت بالاحياء فأهملها حتى ماتت.

هذا و يمكن الاستغناء عن هذين الشرطين بل و السابق و اللاحق بالأول، بناء على إرادته ما يشمل الحق الحاصل من الإقطاع و التحجير و كونه مشعرا من اليد فيه، و الأمر سهل.

[الشرط الخامس أن لا يسبق إليه سابق بالتحجير]

الشرط الخامس: أن لا يسبق إليه سابق بالتحجير، فان التحجير عندنا كما فى التذكرة يفيد أولويه و اختصاصاً لا ملكاً للرقبه التى لا- تملك إلا بالاحياء الذى هو غير التحجير و إن ملك به التصرف فى المحجر و منع الغير حتى لو تهجم عليه من يروم الاحياء كان له منعه و دفعه عن ذلك، بل لو قاهره فأحياء لم يملك بلا خلاف، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كما أنه يمكن تحصيله على غير ذلك مما سمعته.

بل فى الرياض عليه الإجماع فى كلام جماعه كالمسالك و غيرها، و إن كنا لم نتحققه فى غير المفاتيح التى حكاها فيها على إفادته الأولويه دون الملك إلا أنه يمكن تحصيله.

و عدم ذكره فى الدروس شرطاً مستقلاً لإدراجه إياه فيما ذكره من الشرط الرابع، و هو أن لا يكون مملوكاً لمسلم أو معاهد، إلى أن قال:

«و المحجر كالمملوك على ما تقرر» بل ذكر سابقاً أن التحجير يفيد الأولويه لا الملك، فلا يصح بيعه، نعم يورث عنه، و يصح الصلح

عليه، نعم ستنسمع في الطرف الثاني حكاية المصنف عن بعض فقهاء عصره أن التحجير إحياء، و يأتي البحث فيه إنشاء تعالى. و على كل حال فهو غير مناف لتحصيل الإجماع على عدم تملك المحجر بالاحياء لغير المحجر، نعم يحكى عن جامع الشرائع أنه قال: «يملك الآخر، و يكون قد أساء» و لم أتتحقق ذلك.

و كيف كان فلم نجد في شيء مما وصل إلينا من النصوص هذا اللفظ فضلا عما ذكره في تفسيره، و إنما الموجود في

خبر سمره بن جندب (١) أن النبي (صلى الله عليه و آله) قال: «من أحاط حائطا على أرض فهي له»

و مقتضاه الملك به، كما تسمعه من ابن نما، إلا أن يحمل على أرض يتحقق إحيائها

بذلك أو يراد من اللام و لو بقرينه الشهره أو الإجماع الأحقيه المزبوره لا الملك.

و ربما يستفاد الأحقيه به من صدق حيازه المباح به و إن كان لا يملك إلا بالاحياء، و من أنه سبق إليه نحو سبق إلى الوقف و السوق و المسجد و نحوها، و في

حديث أبي داود المروى من طرق العامه (٢) و في الإسعاد أنه صححه الصابى «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»

و في بعض كتب الأصحاب روايه «فهو أحق به» (٣).

و لكن مع ذلك كله فالإنصاف أن العمده الإجماع المزبور، و إلا- فما في التذكرة و المسالك و بعض كتب الشافعيه من الاستدلال عليه بأنه إذا أفاد الاحياء ملكا فلا بد أن يفيد التحجير الذى هو الشروع فيه أولويه نحو البيع و الاستيام- كما ترى، ضروره عدم الملازمه، مع احتمال أن التحجير أعم من الشروع فيه و إن فسره به في القواعد و المسالك و غيرهما.

١- ١ المستدرک- الباب- ١- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٣ و سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٨.

٢- ٢ سنن البيهقي- ج ٦ ص ١٤٢.

٣- ٣ المستدرک- الباب- ١- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٤.

و فى المتن و كذا الإرشاد التحجير هو أن ينصب عليها المروز أو يحوطها بحائط و

زاد فى القواعد «أو بحفر ساقية أو إداره تراب حول الأرض أو أحجار، و لا يفيد ملكا، فان الملك يحصل بالاحياء لا بالشروع، و التحجير و شروع فى الاحياء، بل يفيد اختصاصا و أولويه».

و فى محكى المبسوط التحجير ان يؤثر فيها أثرا لم يبلغ به حد الاحياء مثل أن ينصب فيه المروز أو يحوط عليها حائطا أو ما أشبه ذلك من آثار الاحياء» و عن جامع الشرائع الاقتصار على التمثيل بالحائط. و عن التحرير أنه يكون بنصب المروز و حفر الخندق.

لكن لا يخفى عليك أن ظاهر بعض الأمثلة الاكتفاء فى حصوله بنصب ما يدل على إرادته الاحياء و إن لم يكن من آثاره، نحو ما ذكره العامه من حصوله بالإعلام، أى بنصب علامه تدل على ذلك، كوضع أحجار أو غرز خشب أو قصب أو حفر أساس أو جمع تراب أو نحو ذلك.

بل فى بعض الكتب أو يخط خطه.

اللهم إلا أن يقال: إن ذلك كله من الشروع فى الاحياء كما فى بعض كتب الشافعيه، بل هو مقتضى ما سمعته من الفاضل، لكنه كما ترى و إن كان هو الموافق لما سمعته من تحقق الأولويه بالسبق المحقق بنصب علامه المزبوره، مع احتمال القول بأن الأصل عدم ثبوت الأولويه المقتصر فى الخروج منه على المتيقن، و هو التحجير بمعنى الشروع فى الاحياء و فعل أثر من آثاره.

و بعض الأمثلة المزبوره من بعض إن لم تحمل على الاشتباه من الذاكر لها بأنها من الشروع فى الاحياء يمكن حملها على موات تكون هى أثرا من آثاره، و لعل هذا لا يخلو من قوه.

و على كل حال فلا إشكال فى عدم جواز بيعه، لعدم الملك، بل

و لا هبته و إن قال فى القواعد «لم يصح على إشكال» و فى جامع المقاصد جوز نقله بالهبة كالصلح، و هما معا كما ترى.

و من الغريب ما عن التذكرة من احتمال صحه البيع، لأن الأرض المفتوحة عنوه تباع بمجرد الأولويه تبعا للآثار، و لأنه حق يقابل بالمال، فتجوز المعاوضه عليه. إذ هو كما ترى، بل قد يمنع ثبوت الأولويه هنا بيع الآثار التى يفرض كونها ملكا للمحجر و إن أفادت ذلك بالنسبه إليه باعتبار صدق كونه محجرا، نعم لو نقل الحق معها و لو بالشرط بناء على صلاحيته لمثل ذلك تثبت حينئذ لذلك، لا لبيع الآثار، و الله العالم.

هذا و لو اقتصر على التحجير و أهمل العماره أجبره الامام على أحد أمرين: إما الأحياء و إما التخليه بينها و بين غيره، و لو امتنع أخرجها السلطان من يده لئلا يعطلها بلا خلاف أجده بين من تعرض له، كالشيخ و ابن حمزه و الفاضلين و الشهيدين و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، معللين له بقبح تعطيل العماره التى هى منفعه الإسلام.

نعم إن ذكر عذرا فى التأخير كإصلاح آلاته (آلته خ ل) أو غيبه العمال أو إباق العبد و نحوه أمهله الامام بمقدار ما يزول معه العذر، و إن لم يذكر عذرا ألزمه بأحد الأمرين، و إن أبقى له مده قريبه يستعد فيها للعماره بحسب ما يراه- و لا يتقدر عندنا بقدر- فإذا مضت مده الإمهال و لم يشغل بالعماره رفع يده و أذن للناس فى عمارتها.

و نحو ذلك ذكر العامه أيضا، قال فى الإسعاد الذى هو من أجل كتب الشافعيه: «و ينبغى أن يشغل بالعماره عقيب الحجر، فإن أهمل الأحياء و أطال الإمهال بأن مضى زمن يعد مثله طويلا عرفا نوزع، فيقول له الحاكم: أحي أو ارفع يدك، لأنه ضيق على الناس فى حق مشترك فيمنع منه، كما لو وقف فى شارع، فان ذكر عذرا و استمهل أمهل

مدته قربه دفعا للضرر، و لا يتقدر بثلاثة أيام على الأصح، بل باجتهاد الحاكم، فإذا مضت و لم يشتغل بالعمارة بطل حقه، و إن استمهله و لم يذكر عذرا فمقتضى عبارته أصل الروضه أنه لا يمهل، و قال السبكي: ينبغي إذا عرف الامام أنه لا عذر له فى المده أن ينزعها منه فى الحال، و كذا إذا لم تطل المده و علم منه الاعراض».

و قال فيه أيضا سابقا: «و إنما يتحجر ما يطبق إحياءه، بل ينبغي أن يقتصر على قدر كفايته لئلا يضيق على الناس، فان تحجر ما لا يطبق إحياءه أو زائدا على قدر كفايته فلغيره أن يحيى الزائد على ما يطيقه و على قدر كفايته، كما قواه فى الروضه بعد أن نقله فيها كأصلها عن المتولى».

إلى غير ذلك مما ذكره مما يناسب أصولهم التى منها القياس و الاستحسان و المصالح المرسله و مطلق الاجتهاد بخلاف أصولنا التى مقتضاها الوقوف على ما جاء من أهل بيت الوحي (عليهم السلام).

الذى عثرنا عليه مناسبا لذلك - مضافا إلى بعض القواعد التى يمكن تقريرها هنا -

خبر يونس (١) عن العبد الصالح (عليه السلام) «إن الأرض لله تعالى جعلها وقفا على عباده، فمن عطل أرضا ثلاث سنين متواليه لغير ما عله أخذت من يده و دفعت إلى غيره».

و إن كان هو غير منطبق على تمام ما سمعت الذى مقتضاه الانتزاع من يده من دون دفع شىء له عن حق تحجيريه الذى لا ريب فى جواز نقله بالصلح و نحوه و يورث، اللهم إلا أن يكون إجماع على ما ذكره.

كما أن ما فى جامع المقاصد و محكى التذكرة من تقييد ذلك بما إذا بقيت آثار التحجير و إلا عادت مواتا كذلك أيضا، و إلا فمقتضى الاستصحاب بقاء الحق و إن زالت الآثار، إذ هى - و إن كانت سببا فى

ثبوت الحق - لا يقتضى زواله بزوالها للأصل، و خصوصا إذا أزاله الظالم أو غيره، لا ما إذا زالت بنفسها.

نعم لو كان ثبوت حق التحجير بها على نحو ما تسمعه فى الرحل اتجه حينئذ زوال الحق، إلا أن ذلك مقطوع بخلافه، إذ من جملة أفراد التحجير أن لا يكون مملوكا للمحجر كالحفر و نحوه، فلا ريب فى أن مقتضى القوانين الشرعية ثبوت الحق مطلقا، إلا أن يكون إجماعا كما عرفت، و الله العالم.

هذا و فى القواعد و المسالك ما فى المتن من أنه لو بادر إليها من أحيائها بعد إهماله لها و مخاطبه الإمام له بأحد الأمرين لم يصح ما لم يرفع السلطان يده أو يأذن فى الأحياء بل لا خلاف أجده بين من تعرض له، لأنه حينئذ أحياء ما هو باق فى حق غيره، كما لو أحياء قبل طلب الإمام منه أحد الأمرين.

نعم حكى فى المسالك عن بعض العامة قولاً - بطلان حق المحجر بالامتناع من أحد الأمرين و إن كان غيره ممنوعاً، كما إذا دخل فى سوم غيره و اشترى.

و فى محكى التذكرة «لو لم يرفع أمرها إلى السلطان و لا خاطبه بشىء و طال المده قيل: يبطل حذرا من التعطيل، و قيل: لا يبطل ما لم يرفع الأمر إليه، و يطالبه بالترك، و لعل ذلك إذا بقيت الآثار» و لا يخفى عليك الحال بعد ما ذكرنا، و الله العالم.

و للنبي (صلى الله عليه و آله) الذى هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم أن يحمى بقعه من الأرض الموات لنفسه و لغيره من المصالح كالحمى لنعم الصدقه و الجزية و الضوال و نحوها، قال فى محكى المبسوط: «للنبي (صلى الله عليه و آله) أن يحمى لنفسه و لعامة

المسلمين بلا خلاف».

و كذا عندنا لإمام الأصل (عليه السلام) الذي هو بمنزله النبي (صلى الله عليه و آله) في كل ما لم يثبت أنه من خواصه بلا خلاف و لا إشكال، ضروره كون الموات لهم (عليهم السلام) و

في النبوى (١) «لا حمى إلا لله و لرسوله». و زاد في آخر «و لأئمة المسلمين».

و الأصل فيه أن الأعداء من العرب إذا انتجع أحد منهم بلدا مخصبا و أتى بكلب على جبل إن كان به أو على نشز إن لم يكن به جبل ثم استعوى الكلب و أوقف من

كل ناحيه من يسمع صوته بالعوى فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحيه لنفسه، و يرعى مع العامه في ما سواه، فنهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن ذلك لما فيه من التضيق على الناس (٢).

و لا ينافى ذلك ما وقع منه (عليه السلام) كما في

الخبر (٣) عن أبي الحسن (عليه السلام) «سألته عن بيع الكلا و المرعى، فقال:

لا بأس، قد حمى رسول الله (صلى الله عليه و آله) النقيع لخيال المسلمين»

فإنه ليس حمى لنفسه.

و لذا قال في التذكرة: «إنه (صلى الله عليه و آله) لم يحم لنفسه و إنما حمى النقيع لإبل الصدقه و نعم الجزيه و خيل المجاهدين».

و بالجمله ذلك و إن كان جائزا له و لكن لم يفعله لنفسه إيثارا للغير و ما وقع منه (صلى الله عليه و آله) إنما هو للمسلمين، و لعل ذكر

١-١ سنن البيهقي - ج ٦ ص ١٤٦.

٢-٢ ذكره ابن قدامه في المغنى ج ٦ ص ١٦٦ و في الشرح الكبير المطبوع في ذيل المغنى ج ٦ ص ١٨٢.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٣.

المصنف الامام (عليه السلام) تنبيهها على ما يحكى عن الشافعى من اختصاص ذلك بالنبي (صلى الله عليه وآله) و فيه أنه لا دليل على أنه من خواصه، بل الخبر المزبور المروى فى طريقهم دال على خلافه.

نعم ليس لغيرهما من المسلمين أن يحمى بلا-خلاف، كما عن المبسوط، بل إجماعا فى المسالك و محكى التحرير، و ما وقع من عمر بن الخطاب من أنه قد حمى موضعا و ولى عليه رجلا(١)لا-حجه فيه، بل هو مخالف لما عرفت، و ما فى الخبر المزبور(٢)الذى لا-مطابقه فيه بين الجواب و السؤال ظاهرا إلا-على تكلف محمول على ما إذا كان المرعى ملكا للحامى، لأن الأرض أرضه.

كما أومى إليه

فى بعض(٣)المعتبره قال فيه: «إن لنا ضياعا و لها حدود و فيها مراعى و لرجل منا غنم و إبل يحتاج إلى تلك المراعى لإبله و غنمه أ يحل له أن يحمى المراعى لحاجته إليها؟ فقال: إذا كانت الأرض أرضه فله أن يحمى و يصير ذلك إلى ما يحتاج إليه، فقلت: الرجل يبيع المراعى، فقال: إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس».

اللهم إلا- أن يكون نائبا خاصا عنهما فى ذلك، بل يقوى جوازه لنائب الغيبه أيضا إن لم نقل إنه من خواص الإمامه، أما غيره و سائر الناس فلا إشكال فى عدم الجواز لما عرفت.

مضافا مفهوم الخبر المزبور(٤)و غيره مما دل على اعتبار كون

١- ١ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٤٦.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٩- من كتاب إحياء الموات - الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٢٢- من أبواب عقد البيع - الحديث ١ من كتاب التجاره.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٢٢- من أبواب عقد البيع - الحديث ١ من كتاب التجاره.

الأرض أرضاً له في جواز الحمى، لا إذا كانت مباحه مندرجه فيما دل (١) على اشتراك الناس في النار و الماء و الكلاً.

و على كل حال ف لا-خلاف أجده في أنه لو أحياء محى لم يملكه ما دام الحمى مستمرا إذ المراد بالحمى هو منع الناس عن التعرض لبعض الأراضي التي لا تضيق على المسلمين برعى أو غيره لأجل كلاًها، و لا ريب في اقتضاء ذلك عدم جواز الأحياء و عدم ترتب الملك لو فعل لعدم الإذن بل النهى، و لعله لذا تركه بعضهم في الشرائط و إن كان من ذكره شرطاً قد لاحظ عدم تملكه بالأحياء، فيكون الجميع متفقين على الحكم المزبور.

بل لا يجوز نقض الحمى و لا تغييره لأحد غيرهم (عليهم السلام) من دون إذن منهم مع فرض بقاء المصلحه.

و إنما الكلام في أن ما حماه النبي (صلى الله عليه و آله) أو الإمام (عليه السلام) لمصلحه فزالت هل يجوز نقضه؟ ففي المتن جاز نقضه كما هو خيره الفاضل و الشهيدان و الكركي، للأصل و غيره.

و قيل: ما يحميه النبي (صلى الله عليه و آله) خاصة لا يجوز نقضه، لأن حماه كالنص الذي لا يجوز الاجتهاد في مقابله، و لعله أشار بذلك إلى ما في محكي المبسوط و الخلاف «فأما ما حماه رسول الله (صلى الله عليه و آله) فإنه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه و حله، لأن فعله حجه يحب اتباعه فيه، و ما يفعله الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره، و إن غيره هو أو من بعده من الأئمة أو أذن أحد منهم

لغيره فى إحياء ميت فأحياء فإنه يملكه» إلى آخره و إلا- فلم نجده لغيره نعم هو قول للعامه مبنى على مذهبههم فى الامام، و لا ريب فى بطلانه عندنا ضروره عدم الفرق بين حماهما بعد أن كانا معصومين و لا يحكمان بالاجتهاد.

و هل ينتقض بمجرد زوال المصلحه أو لا بد من التصريح بالنقض؟

وجهان أو قولان، أقواهما الأول، لأن أصل وقوعه مبنى على المصلحه فيكفى حينئذ زوالها فى زواله، بل لا يبعد جواز تغيير الامام له لزياده المصلحه فى غيره فضلا عن زوالها، و الله العالم.

[الطرف الثانى فى كيفية الإحياء]

الطرف الثانى فى كيفية ما يحصل به صدق الإحياء و لا خلاف بين الأصحاب فى أن المرجع فيه إلى العرف، لعدم التنصيص شرعا على كيفية خاصه له حتى تقدم عليه و لا لعه لو قلنا بتقدمها عليه، و ما كان كذلك فلا إشكال فى الرجوع فيه إلى العرف.

و ما عن ابن نما- من أن التحجير إحياء- ليس خلافا فى ذلك كما ستعرفه إنشاء الله، إلا أنه لما كان هو فى بعض الأفراد محتاجا إلى تنقيح تعرض له الأصحاب.

و لذا قد عرف أنه إذا قصد سكنى أرض فأحاط جميع أجزاء الدار و لو بخشب أو قصب أو سقف بعضا مما

يمكن سكناه منها يسمى إحياء بلا خلاف أجده بين من تعرض له، كالشيخ و القاضي و يحيى بن سعيد و الفاضل و الشهيدان و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعضهم إلا ما استسمعه من الحلوى.

و حينئذ فلا يعتبر فيه مع ذلك نصب الباب، خلافا لبعض العامة فاعتبره، و العرف شاهد على خلافه و إن اعتيد وضعها للحفظ لا لأصل السكنى.

كما أنه شاهد أيضا على خلاف ما يحكى عنهم أيضا من عدم اعتبار السقف، ل

قوله (صلى الله عليه و آله) [\(١\)](#): «من أحاط حائطا على أرض فهى له»

و لأن الحائط حاجز منيع فكان إحياء، كما لو جعلها حظيره للغنم، إذ القصد لا اعتبار به، فإنه لو أرادها حظيره فبناها بجص و آجر و قسمها بيوتا فإنه يملكها و إن كان هذا العمل لا يعمل للغنم مثله، و لأنه لو بناها للغنم ملكها بمجرد الحائط، فإذا ملكها جاز له أن يبنها دارا من غير اشتراط تسقيف و إن نفى عنه البأس فى التذكرة، بل فى المسالك وجهه واضح.

إلا أنه كما ترى مناف لصدق الأحياء عرفا على متخذ الأرض دارا و ملكه لها لو اتخذها حظيره للصدق باعتبار أن إحياء كل شىء بحسب حاله لا يقتضى صدقه مع عدم

قصدها و إن جاز العدول عن القصد فى الأول و اتخذها دارا، كما يجوز العدول عن قصد الدار بعد التحويط و اتخذها حظيره، فإنه يملكها بذلك، لصدق الأحياء عليها عرفا و لو باعتبار إخراجها عن التعطيل الأول و صيرورتها ذات منفعة تخرج بها عن اسم الموات.

١- ١ المستدرک- الباب- ١- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٣ و سنن البيهقى ج ٦ ص ١٤٨.

و فى التذكرة إشاره إلى ما ذكرنا، قال: «لو قصد نوعا و فعل إحياء يملك به نوعا آخر - كما إذا حوط بقعه بقصد السكنى، و هذا الإحياء إنما يتحقق فى ملك حظيره الغنم و شبهها - هل يفيد الملك؟ الوجه عندى ذلك، فإنه مما يملك به الحظيره لو قصدها، و هو أحد وجهى الشافعية، و الثانى أنه لا يملك به و إلا لزم الاكتفاء بأدنى العمارات أبدا، و استحاله التالى ممنوعه» بناء على أن المراد ملكه حظيره بالقصد و لو أخيرا.

نعم قد يقال فيمن قصد أصل الإحياء من دون أمر مخصوص بكفايه إخراج الأرض عن التعطيل إلى الانتفاع، فتأمل.

و على كل حال فمما ذكرنا يظهر لك ما فى محكى السرائر، فإنه بعد أن ذكر أن الرجوع فى الإحياء إلى العرف هو الحق اليقين الذى يقتضيه أصل المذهب قال: «و لا يلتفت إلى قول المخالفين، فان لهم تعريفات و تقسيمات، فلا يظن ظان إذا وقف عليها أن يعتقدوا قول أصحابنا و أنها مما ورد بها خبر و قال به مصنف من أصحابنا، و إنما أورد شيخنا أبو جعفر ذلك بعد أن حقق ما يقتضيه مذهبنا، و جملة ما عند المخالف فى ذلك أن الأرض تحبى للدار و الحظيره و الزراعه، فإحيائها للدار عندهم بأن يحوط عليها بحائط و يسقف عليها، و أما عندنا فلو خص عليها خصا أو حجرها أو حوطها بغير الطين و الآجر و الجص ملك».

ثم ذكر تعريفهم لإحياء الحظيره بما ذكره المصنف وفاقا لما عن المبسوط و غيره كما ستسمع، ثم قال: «و لا يتوهم من يقف عليها فى المبسوط أنها مقاله أصحابنا، فإن هذا الكتاب أعنى المبسوط قد ذكر فيه مذهبنا و مذهب المخالفين، و لم يميز أحد المذهبين تمييزا جليا، و إنما يحققه و يعرفه من اطلع على المذهبيين و سبر قول أصحابنا و حصل خلافهم و إلا فالقارئ فيه يخبط خبط عشواء».

و كأنه عرض بذلك بابن البراج الذى ذكر فيه ما عن المبسوط من التعريفات المزبوره التى ذكرها أيضا من تأخر عنه كالفاضلين و الشهيدين و غيرهم.

و منه يعلم أنه هو وقع فى خبط العشواء، ضروره عدم مدخلية الموافق و المخالف فى تحقيق الصدق العرفى المعلوم عدمه بالتحجير، كما توهمه و إن قلنا إنه الشروع فى أثر الإحياء، إذ بناء بعض الحائط لا يسمى فى العرف معه شىء من المذكورات كما هو واضح.

نعم قد يقال بصدق اسم الدار مع الحائط المزبور و بناء بعض البيوت و لو بقصب و نحوه بل و خيمه و نحوها.

و كذا يتحقق الإحياء عرفا لو قصد الحظيره للغنم أو لتجفيف الثمار أو لجمع الحطب و نحوه فاقصر على الحائط و لو بقصب أو خشب أو نحوهما من دون السقف بلا خلاف أجده فيه بل و لا إشكال فى ذلك و لا فى أنه ليس تعليق الباب شرطا فى الصدق المزبور، بل عن غير واحد الإجماع على عدم اشتراط السقف و إن كان هو لا وقع له فى المسائل العرفيه، و الله العالم.

و لو قصد بإحياء الأرض الزراعه كفى فى تملكها التحجير بمرز أو مسناه و سوق الماء إليها بساقيه أو ما شابهها كما فى جمله من كتب الفاضل و محكى المبسوط و المهذب و إن أبدل التحجير بالترتب فى بعضها.

و ظاهر ما حضرنا من نسخه الأصل اعتبار الأمرين، لكن فى المسالك حكاية الاكتفاء بأحدهما عن المصنف فى شرح العبارة ثم استحسن الجمع بينهما، و لعل نسخه كانت بأو.

نعم فى التذكرة زياده على ذلك قال فى الفرض: «يعتبر فيه أمور

الأول جمع التراب حوالبه ليفصل المحيا عن غيره و يسمى المروز، و فى معناه نصب قصب و حجر و شوك و شبهه، و لا حاجه إلى التحويط إجماعاً، فإن معظم المزارع بارزه. الثانى تسويه الأرض بطم الحفر التى فيها و إزاله الارتفاع من المرتفع، و حراثتها، و تليين ترابها، فان لم يتيسر ذلك إلا بماء يساق إليها فلا بد منه لتها الأرض للزراعه. الثالث ترتيب ماؤها إما بشق ساقيه من نهر أو حفر بئر أو قناه و سقيها إن كانت عادتھا أنها لا تكفى فى زراعتها بماء السماء، و إن اكتفت به فلا حاجه إلى سقى و لا ترتب ماء، و إذا احتاجت فى السقى إلى النهر و جب تها ماء من عين أو نهر أو غيرهما، فإذا هياها فإن حفر له الطريق و لم يبق إلا إجراء الماء فيه كفى، و لم يشترط إجراء الماء و لا- سقى الأرض، و إن لم يحفر بعد فللشافعيه وجهان، و بالجمله السقى نفسه غير محتاج إليه فى تحقق الإحياء، إنما الحاجه إلى ترتب ما يمكن السقى منه، و أراضي الجبال التى لا يمكن سوق الماء إليها و لا يصيبها إلا ماء السماء قال بعض الشافعيه:

لا- مدخل للإحياء فيها و بنى عليه، أما إذا وجدنا شيئاً من تلك الأراضي فى يد انسان لم يحكم بأنه ملكه، و لا يجوز بيعه و إجارته، و الوجه أنها تملك بالحراثه و جمع التراب على الحدود، و كثير من المزارع يستغنى عن سوق الماء إليه بالمطر» و فيه- مع أنه متدافع بالنسبه إلى اعتبار السقى كما فى جامع المقاصد اللهم إلا أن يفرق بين السقى للتهيئه و السقى لغيرها، و كذا الكلام فى الحرث- أن الأمر الثانى لم أجد من اعتبره.

نعم فى جامع المقاصد حكايته عن بعض الشافعيه، ثم قال: «و اعتبار تسويه الأرض و إزاله الارتفاع ليس ببعيد، لعدم صيرورتها مزرعا من دونه، أما الحرث و السقى فلا دليل على اعتبارهما، و لأنهما بمنزله

الزراع، و هو غير شرط».

قلت: اعترف هو به، بل فى المتن و القواعد و التحرير و الدروس و محكى المبسوط و المهذب و غيرها أنه لا يشترط حرارتها و لا زراعتها، لأن ذلك انتفاع كالسكنى و ستسمع ما فى الحكم الذى ذكره فى أراضى الجبل التى تسقى بماء المطر كغيرها من الأراضى المهيأه بنفسها للانتفاع.

بل قد يقال بعدم اعتبار ما ذكره هو و غيره من المرز الذى فسر بجمع التراب حول ما يريد إحياءه أو المسناه المفسره بأنها نحو المرز، و ربما كانت أزيد منه ترابا، فان التمييز لا يتوقف عليه صدق الاحياء عرفا، كالتحويط الذى سمعت فى التذكرة الإجماع على عدم اعتباره، و التمييز يحصل بانتهاه قابليه الانتفاع لا بالمرز و نحوه.

بل قد يشكك أيضا فى سوق الماء إن أريد به حصوله فعلا كما فهمه فى جامع المقاصد، قال: «و كلام الأصحاب فى اشتراط سوق الماء يقتضى عدم الاكتفاء بالتهيئه» ضروره عدم توقف الاحياء عليه، بل يكفى فيه تهيئه ذلك عند الاحتياج كما سمعته من التذكرة.

نعم ينبغى اعتبار عضد الأشجار و إن كان فيها و قطع المياه الغالبه كما صرح به فى اللمعه، قال: «و المرجع أى فى الاحياء إلى العرف، كعضد الشجر و قطع المياه الغالبه و التحجير بحائظ أو مرز أو مسناه و سوق الماء إليها أو اعتياد الغيث لمن أراد الزرع و الغرس» و لكن ظاهر هذه العبارة كما اعترف به فى الروضه أن الأرض التى يراد إحيائها للزراعه لو كانت مشتمله على شجر و الماء مستولى عليها لا يتحقق إحيائها إلا بعضد شجرها و قطع الماء عنها و نصب حائظ و شبهه حولها و سوق ما تحتاج اليه من الماء إليها إن كانت مما يحتاج إلى السقى به،

فلو أخل بأحد هذه لا يكون إحياء، بل تحجيرا، وإنما جمع بين قطع الماء و سوقه إليها لجواز أن يكون الماء الذى يحتاج إلى قطعه غير مناسب للسقى بأن يكون وصوله على وجه الرشح المضر بالأرض من غير أن ينفع بالسقى و نحو ذلك، و إلا فلو كان كثيرا يمكن السقى به كفى قطع القدر المضر منه و إبقاء الباقي للسقى، و حينئذ فيشكل بما ذكرناه.

و لو جعل الواو فى هذه الأشياء بمعنى «أو» كان كل واحد منها كافيا فى تحقق الإحياء، فهو أشد إشكالا، لعدم صحته فى بعضها.

و فى الدروس اقتصر على حصوله للزرع بعرض الأشجار و التهيئه للانتفاع و سوق الماء أو اعتياد الغيث و السيح، قال: «و يحصل الإحياء أيضا بقطع المياه الغالبه» و ظاهره الاكتفاء به عن الباقي أجمع كما فى الروضه، و يمكن أن يريد أن ذلك مع فرض عدم احتياجها إلى غيره. نعم يرد عليه بعض ما ذكرناه.

و فى الروضه أيضا «عبارات الأصحاب مختلفه فى ذلك كثيرا، و الأقوى الاكتفاء بكل واحد من الأمور الثلاثه السابقه مع سوق الماء حيث يفتقر إليه، و إلا اكتفى بأحدها خاصه، هذا إذا لم يكن المانعان الأولان أو أحدهما موجودا و إلا لم يكتف بالباقي، فلو كان الشجر مستوليا عليها و الماء كذلك لم يكف الحائط و كذا أحدهما، و كذا لو كان الشجر لم يكف دفع الماء و بالعكس، لدلاله العرف على ذلك كله، أما الحرث و الزرع فغير شرط فيه قطعا، لأنه انتفاع بالمحيا كالسكنى لمحبي الدار، نعم لو كانت الأرض مهياه للزراعه و الغرس لا- تتوقف إلا- على الماء كفى سوق الماء إليها مع غرسها أو زرعها، لأن ذلك يكون بمنزله تمييزها بالمرز».

و فيه منع الاكتفاء بالحائط خاصه عرفا، لمنع صدق الاحياء بسوق الماء مع الغرس و الزرع فى الأخيره، ضروره كونها حيه فملكها يكون بالاستيلاء عليها لمن أبيع له ذلك من الأنفال.

و فى الدروس أيضا «و لا يشترط الحرث و لا الزرع و لا الغرس على الأقرب، نعم لو زرع أو غرس و ساق الماء فهو إحياء، و كذا لا يشترط الحائط و المناء فى الزرع، نعم يشترط أن يبين الحد بمرز و شبهه، و أما الغرس فالظاهر اشتراط أحد الثلاثه مصيرا إلى العرف، و لو فعل دون ذلك و اقتصر كان تحجيرا يفيد أولويه لا ملكا» الى آخره.

و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه.

و اكتفى فى المسالك فى الزرع بالمرز أو المسناه أو نصب القصب و نحوه و ترتيب الماء إن لم يكن فيه أشجار أو مياه غالبه، و إلا اعتبر عضدها و قطعها أيضا.

و فيه ما عرفت من عدم اعتبار المرز عرفا، ضروره كون الموات المعطله، و الحيه المهيأه للانتفاع الذى قد أشير إليه فى بعض النصوص السابقه بكرى الأنهار و نحوه.

و لعله إلى ما ذكرناه يرجع قول المصنف و لو غرس أرضا فنبت فيها الغرس و ساق إليها الماء تحقق الاحياء، و كذا لو كانت مستأجمه فعضد شجرها و أصلحها، و كذا لو قطع عنها المياه الغالبه و هيأها للعماره، فإن العاده قاضيه بتسميه ذلك كله إحياء، لأنه أخرجها بذلك إلى الانتفاع الذى هو ضد الموات.

لكن فى المسالك فى تفسير العبارة أنه اعتبر أحد أمور: إما غرسها بالفعل و نبات غرسها و سوق الماء إليها، و إما عضد شجرها و إصلاحها

بإزالة الأصول و تسوية الأرض إن كانت مستأجمه، أو بقطع المياه الغالبه عليها و تهيئتها للعماره.

و ظاهره أن كل واحد من هذه الثلاثه كاف فى الاحياء، محتجا بدلاله العرف عليه، و إنما اعتبر غرس الأشجار و نباتها لأن اسم البستان لا يقع على الأرض المهيأه له قبل الغرس، بخلاف المزرعه، فإنها تقع على الأرض قبل الزراعه، و لأن الغرس يدوم فألحق ببناء الدار، و الزرع بخلافه.

و يشكل بأن قصد الغرس أعم من جعله بستانا، و لا يلزم من توقف اسم البستان على الشجر توقف غيره.

و لا- يخفى عليك ما فى ذلك كله، إذ المصنف لم يعتبر الغرس فى الاحياء، بل ذكر تحققه بوقوع الغرس مع سوق الماء، و لا إشعار فى شىء من كلامه بتوقف صدق الاحياء على ذلك، بل و لا بكفايه أحدها و إن لم يتحقق معه اسم التهيئه، بل صريح كلامه الأخير الاكتفاء بالتهيئه للانتفاع.

ثم قال فيها: «و الأقوى عدم اشتراط الغرس مطلقا، و عدم الاكتفاء بكل واحد من الثلاثه على انفراده على تقدير الحاجه إليها أجمع بأن كانت الأرض مستأجمه و الماء غالبا عليها، بل لا بد حينئذ من الجمع بين قطع الأشجار و دفع الماء، و إن وجد أحدهما خاصه اكتفى بزواله، و إن خليت عنهما و احتاجت إلى الماء فلا بد من تهيئته للسقى كما ذكرناه فى الزرع.

و لو خلت عن الجميع بأن كانت غير محتاجه إلى السقى و لا مستأجمه و لا مشغوله بالماء اعتبر فى إحياؤها التحجير عليها بحائط و نحوه، و فى الاكتفاء بغرسها مع نبات الغرس وجه، و فى كلام الفقهاء اختلاف كثير فى اعتبار ما يعتبر من ذلك، و المحصل ما ذكرناه». و تبعه على ذلك كله فى الكفايه.

و فيه أن ما ذكره عين ما اختاره المصنف، و لعل ما ذكره من اختلاف الفقهاء هو نحو ما ذكره فى كلام المصنف من إرادته الجميع التهيئه المزبوره و إن اقتصر بعضهم على ذكر بعض باعتبار حصولها معه، لفرض عدم مانع غيره لها، و حيثئذ فلا فرق فى صدق الاحياء بذلك بين الزرع و الغرس.

و أما ما ذكره أخيرا فقد عرفت أن الظاهر عدم تحقق إحياء فيها، لصدق كونها حيه، فملكها إنما يكون كملك غيرها من الأنفال لمن أبيحت له، إذ قد ذكرنا سابقا أنها للإمام (عليه السلام) و إن كانت غير ميته باعتبار اندراجها فى الأرض التى لا رب لها، و الله العالم.

و كيف كان فى المتن من فقهاءنا الآن أى شيخه الفقيه نجيب الدين بن نما (رحمه الله) من يسمى التحجير إحياء مفيدا للملك، كما عن بعض الشافعيه، لخروجه بالشروع فى إحيائه عن حد الموات، و من ثم أفاد به حقا فى الجمله إجماعا، و الاحياء كما تقدم غير منضبط شرعا و لا عرفا.

و زاد فى المسالك أنه قد وافق الجماعه على أن الأرض إذا كانت غير مستأجمه و لا مشتمله على مانع و لا مفتقره إلى السقى بالماء المجتلب يكفى تمييز المحيا عن غيره بتراب و نحوه فى تحقق الاحياء، و هذا من أضعف أفراد التحجير.

و على كل حال ف هو بعيد جدا، ضروره عدم تحقق الاحياء بالتحجير الذى هو الشروع فيه أو نصب ما يدل على إرادته الاحياء، و دعوى عدم انضباط الاحياء عرفا واضحه الفساد، كدعوى حصول الملك بالتحجير فى الأرض المزبوره.

و من هنا حمل فى الدروس كلامه على أرض ليس فيها استتجام

و لا ماء غالبا و تسقيها الغيوث غالبا، فان فعل ذلك يعد إحياء و خصوصا عند من لا يشترط الحرث و الزرع، لأنهما انتفاع، و هو معلول الملك، فلا يكون عله له.

و فيه ما عرفت من منع صدق تحقق الاحياء بذلك، و منه يعلم ما فى الزيادة التى سمعتها فى المسالك.

بل و كذا قوله فيها أيضا: «و حيث كان المحكم فى الاحياء العرف فان وافق التحجير فى بعض الموارد كفى و إلا فلا» ضروره أنه بناء على ما عرفت لا يمكن موافقته للاحياء أصلا، و لذا أطلقوا إفادته الحق دون التملك، كما هو واضح.

و يمكن حمل كلام ابن نما- إن لم يكن قد صرح بالملك- على إرادته كون التحجير كالأحياء فى إفادته الأولويه دون الملك، كما هو المحكى عن المبسوط و المهذب و السرائر.

قال فى الأول: «إذا حجر أرضا و باعها لم يصح بيعها، و من الناس من قال يصح، و هو شاذ، فأما عندنا فلا يصح بيعه، لأنه لا يملك رقبه الأرض بالاحياء، و إنما يملك التصرف بشرط أن يؤدى للإمام (عليه السلام) ما يلزمه عليها، و عند المخالف لا يجوز، لأنه لا يملك بالتحجير قبل الاحياء، فكيف يبيع ما لا يملك» و نحوه عن المهذب و كذا السرائر.

و هو كالصريح فى اتحاد مفاد التحجير و الاحياء و إن اختلف مساهما.

و لو نزل منزلا فنصب فيه خيمه أو بيت شعر لم يكن إحياء، و كذا لو أحاط بشوك و نحوه، نعم ذكر غير واحد من الأساطين أنه يكون تحجيرا يفيد أولويته به إلى أن يرحل، بل فى التذكرة و جامع المقاصد أنه يكون أولى أيضا بما حوالبه مما يحتاج إليه للارتفاق، و لا يزاحم فى

الوادى الذى سرح فيه مواشيه إلا أن يفضل، و إذا ارتحل بطل الاختصاص و إن بقيت آثار الفساطيط و الخيم.

و هو و إن كان موافقا لما أشرنا إليه سابقا من ثبوت الحریم بالتحجير كالمملك لكن ما ذكره أخيرا لا يخلو من نظر بل منع، بل قد يمنع كون مثله تحجيرا، لعدم كونه شروعا فى إحياء، لعدم قصده، و إنما هو سبق إلى الموات، فيكون من قبيل ما تسمعه فى.

[الطرف الثالث فى المنافع المشتركة]

إشاره

الطرف الثالث الذى هو فى المنافع المشتركة، و هى الطرق و المساجد و المشاهد و الوقوف المطلقه كالمدارس و الربط و الخانات و المقابر و المساكن و نحوها مما هو مشترك المنفعه بين الناس أجمع حتى الموات الذى لم يرد إحياءه.

و فى التذكرة كل رقبه أرض فاما أن تكون مملوكه و منافعها تتبع الرقبه فلما لكها الانتفاع بها دون غيره إلا بإذنه بالإجماع، و إما أن لا- تكون مملوكه، فاما أن تكون محبوسه على الحقوق العامه كالشوارع و المساجد و الربط أو تكون منفكه عن الحقوق الخاصه و العامه، و هى الموات» و نحوه فى المسالك.

و مقتضاه عدم ملك المسلمين لها على نحو ملكهم للمفتوحه عنوه، و ربما يترتب على ذلك ثمره، كالبيع و نحوه من الحاكم لو اقتضت مصلحه لذلك، كما أشرنا إليه سابقا.

و على كل حال ففى المتن و غيره

[أما الطرق]

أما الطرق ففائدتها الاستطراق

و الناس فيها شرع، فلا يجوز الانتفاع فيها بغيره إلا ما لا يفوت به منفعه الاستطراق كالجلوس غير المضر بالماره لإجماع الناس عليه في جميع الأمصار كما في التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضه.

بل قد يقال: إن السيره تقتضى جواز الارتفاق بالطرق بغير الاستطراق كوضع الأحمال و وقوف الدواب فضلا عن وقوف الشخص نفسه لأغراض تتعلق له بذلك، فيتجه حينئذ عدم تسلط المستطرق على ما كان كذلك، لاشتراك الجميع في حق الارتفاق.

و حينئذ فما في المتن كقول الفاضل في الإرشاد: «لا يجوز الانتفاع بالطرق في غير الاستطراق إلا بما لا يفوت معه منفعه» لا يخلو من نظر.

و لعله لذا قال في المفاتيح: «قيل: لا يجوز الانتفاع في الطرق بغير الاستطراق إلا ما لا يضر به، كالوقوف و الجلوس للاستراحة و المعامله و نحوهما إذا لم يتضيق على الماره- إلى أن قال:- و قيل: بالمنع من ذلك مطلقا، و الأول أشهر» إلى آخره. و إن كنا لم نعرف القول المزبور لأحد.

إنما الكلام في الأول الذى قد عرفت الاشكال فيه، بل قيل إنهم بنوا ضمان الواقف على الماشى فيما إذا تعثر بواقف غير مضر بالماره و ماتا و قالوا: إن دم الماشى هدر، لأنه باشر تلف نفسه بلا تفريط من الواقف، مستنديين إلى ما ذكر من أن الوقوف من موضوعات الطريق، لأن الماشى قد يحتاج إلى الوقوف، و مقتضى ذلك أن الوقوف في الطريق من موضوعاته أيضا.

لكن قيل: إنهم قالوا فيما إذا تعثر الماشى بالقاعد غير المضر بالماره أن ضمان الماشى على القاعد، لأنه بجلوسه مفرط، لوضع الطريق للمشى و قالوا: إنه لو تلف القاعد أو شىء منه كان الضمان على العاثر أو أنه هدر.

قلت: قد يقال: إن ذلك كله منهم غير مناف لما هنا من كون المنفعة الأصليه من الطريق الاستطراق، و الضمان و عدمه يتبع موجباته لا مدخلية للجواز و عدمه فيه، كما تعرفه في محله إنشاء الله تعالى.

إنما الكلام فيما أشرنا إليه من تقديم حق الاستطراق على باقى المرافق عند التعارض، و لعل السيره خصوصا في بعض الأفراد تقتضى خلافه، فيتجه أن يقال: إن جميع ما يعرض للمستطرق من المواقف التى يحتاجها فى استطراقه من جلوس و وقوف و نحوهما لا فرق بينها و بين الاستطراق.

و منه ما يحتاج إليه من كانت باب داره إلى الطريق من إدخال الأحمال و الدواب و نحوها باعتبار أن ذلك كله من توابع استطراقه، أما إذا لم يكن كذلك بل كان مرفقا لا من حيث الاستطراق كالجلوس للبيع و نحوه فلا ريب فى تقدم حق الاستطراق عليه عند التعارض، و الله العالم.

و كيف كان ف إذا قام الجالس غير المضرب بالمار بعد استيفاء غرضه و عدم نيه العود بطل حقه الذى لم يعلم ثبوته له زائدا على ذلك، بل لعل المعلوم عدمه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه.

و حينئذ ف لو عاد إليه بعد أن سبق إلى مقعده غيره لم يكن له الدفع ضروره ثبوت الحق حينئذ للسابق دونه.

أما لو قام قبل استيفاء غرضه لحاجه ينوى معها العود قيل و ان كنا لم نعرف القائل كان أحق بمكانه للأصل الذى يمكن منعه، و من هنا نسبه إلى القيل مشعرا بضعفه، بل صرح الفاضل و غيره بعدم بقاء حقه.

نعم لو كان له فيه رحل ففى محكى المبسوط و جمله من كتب الفاضل و الدروس و غيرها بقاء حقه، لفحوى ما ورد(١) من ذلك فى المسجد، و عن التذكرة أنه أحق به الى الليل، ل

قول الصادق (عليه السلام)(٢): «قال أمير المؤمنين (عليه السلام): سوق المسلمين كمسجدهم، فمن سبق الى مكان فهو أحق به الى الليل»

و لكن الجميع كما ترى.

و من هنا أطلق غير واحد عدم بقاء حقه، سواء استوفى غرضه أو لا، و سواء كان له رحل أو لا، و سواء كان مع نيه العود أو لا، و سواء كان الزمان طويلا أو لا، و سواء أذن الامام أو لا.

و لعل الوجه فى أصل المسألة أن حقيه الطريق للجالس بالسبق و وضع الرحل و نحو ذلك ليست كحقيه التحجير التى تنتقل بالصلح و الإرث و نحوهما، بل هى لا تزيد على حرمة الظلم بدفعه عن مكانه و بالتصرف برحله الموضوع فى مكان كان يجوز له وضعه فيه.

و من هنا صرح فى التذكرة بأنه لو دفعه عن مكانه أثم و جل له مكثه فيه و صار أحق من غيره به.

و بذلك يظهر أنه لا يدخل فى موضوع الغصب و لا يترتب عليه ضمان، ضروره عدم كونه من الأموال أو الحقوق المالىة كما تقدم بعض الكلام فيه فى الغصب.

و هذا و إن كان قد ينافيه لفظ الحق و الأحق فى كلامهم بناء على

١- ١ الوسائل - الباب - ٥٦- من أبواب أحكام المساجد من كتاب الصلاة و الباب - ١٧- من أبواب آداب التجاره من كتاب التجاره.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٧- من أبواب آداب التجاره - الحديث ١ من كتاب التجاره.

انسحاق المعنى الزائد على الظلم منه، لكن بمعونه عدم ذكر اللفظ المزبور هنا فى شىء من النصوص المعتره- و معلومه عدم انتقاله للغير بالصلح و نحوه على وجه يكون للمصالح و إن لم يجلس فيه، و عدم انتقاله بالإرث، و عدم الفتوى ببقاء حقه لو انتقل عنه بنيه العود مع عدم استيفاء الغرض الذى هو مقتضى الأصل لو كان هو من الحقوق الزائده على الظلم- يقوى إرادته عدم جواز دفع أحد له عن المكث فيه و ان كان هو بالأصل مشتركاً بين الناس. و بهذا المعنى ملاحظاً فيه الاشتراك المزبور أطلق عليه لفظ الأحق فى عباراتهم.

بل لعله كذلك فيما ورد(١) فيه ذلك من حق المسجد و الوقف و نحوهما باعتبار عدم الجابر لتلك النصوص على وجه يحصل الوثوق بإرادته المعنى الزائد من الظلم منه، و الفرض قصورها أجمع عن درجه الحجية.

و بذلك يتضح أن وضع الرحل الذى صرحوا فيه بالحق معه فى المقام و فيما يأتى من المساجد و نحوها إنما هو باعتبار حرمة التصرف بنقل الرحل من الموضع الذى كان يجوز له وضعه فيه، فهو من الاحتيال للاختصاص بالمكان، لا لأن وضعه يثبت حقاً للشخص فى المكان على نحو آثار التحجير، فإنه لم نجد فى شىء من النصوص إشارته الى ذلك.

و حينئذ فلو إطاره الريح أو نقله ظالم له أو غيره فالمكان على شركته الأصلية، للغير المكث فيه و الصلاة. و بالجمله وجود الشخص أو رحله السابق على مجيئه أو المتأخر عنه لا يرفع الاشتراك الأصلي

فى ذاته و ان حرم الدفع و نقل المتاع و البساط و نحوه.

و بهذا التحقيق ينكشف لك الحال فى المقام بل و غيره مما يأتى، الا أنه مع ذلك كله يمكن أن يقال: ان الأحقيه تحصل أيضاً ما دام

يصدق كون الشيء في يد المستحق و في تصرفه و تحت قبضته، فأخذه منه حيثئذ كدفعه الحسى ظلم.

و لعله لذا اعتبروا الرحل مع نيه العود في الطريق و المسجد، بخلاف ما إذا لم يكن له رحل، فإن نيه العود لا تكفى في صدق كون الشيء في اليد و تحت القبضه.

نعم هو كذلك في سكنى بيوت المدارس و الربط و نحوها، و لذا لم يعتبر أحد منهم بقاء الرحل في الاستحقاق لو خرج الخروج الذى لا ينافى صدق كونه في قبضته عرفا في مثل الخروج لقضاء حاجه و نحوها، و إن كان هو لا يخلو من نظر إن لم يكن إجماعا، كما ستعرف إنشاء الله فتأمل جيدا.

ثم إنه حيث يجوز له الجلوس يجوز له التظليل بما لا يضر بالماره كما نص عليه غير واحد و على أنه لا يجوز له بناء دكه، بل في الدروس و لا تسقيف، و إن كان قد يشكل مع فرض عدم الإضرار بالماره بأن مقتضى الأصل الجواز.

و في المسالك «و له أن يظل عليه موضع جلوسه بما لا يضر بالماره من ثوب و باريه و نحوها، لا بناء دكه إلا مع سعه الطريق بحيث لا يتضرر به الماره أصلا، فيتجه الجواز». و فيه ما لا يخفى من عدم الفرق مع فرض عدم الضرر.

و منه يعلم ما في إطلاق المحكى عن المبسوط «إذا سبق إلى موضع كان أحق به من غيره، لأن بذلك جرت عادة أهل الأمصار، يفعلون ذلك و لا ينكره أحد، غير أنه لا يجوز أن يبنى دكه و لا ينصب مستندا» و تحقيق ذلك هو أن الأصل و السيره القطعيه يقتضيان جواز سائر وجوه الانتفاع بالمنافع المشتركه إذا لم تعارض أصل المنفعه المقصوده منه

الذى أعد لها بإحياء المحيى أو بوقف الواقف أو بتسييل المسبل أو بغير ذلك من غير فرق بين ما يدوم أثر التصرف كالبناء و نحوه و بين ما لا يدوم مع فرض عدم إخراجها بذلك عما أعد له، فلو بنى بعض أرض الطريق بآجر مثلا على وجه لا يخرجها عن أصل الاستطراق لم يكن بذلك بأس و إن كان مراده بذلك الاستئثار به لو أراد الجلوس عليه غير المضر بالمارة، باعتبار أنه ملكه نحو وضع البساط و نحوه.

و كذلك الكلام فى السقف، و لا ينافى ذلك ثبوت حق الاستطراق بعد ما سمعت من الإجماع على جواز الارتفاق بغير المضر به، فليس للمستطرق حينئذ اختيار هذه القطعة لاستطراقه بعد فرض وجود ما يصلح له غيرها، إذ الثابت له حق الاستطراق فى المجموع لا- فى كل جزء، و من هنا لم يكن له إزعاج الجالس غير المضر، و استمرت الطريقة على وضع القمامة و غيرها فى الطرقات إذا لم تكن مضره بالمستطرق، لوجود ما يصلح لاستطراقه غيرها.

و لا- ينافى ذلك اشتراك الناس فيها بعد أن كان الثابت من الاشتراك كونه على الوجه المزبور، بل هو مؤكد له، و من ذلك استمرار الناس على الانتفاع بالمساجد بغير العبادة مع عدم المزاحمة لأهل المنفعة المقصوده.

و دعوى حرمة الانتفاع بغيرها إلا ما جرت السيره عليه لا حاصل لها بعد أن علم منها الجواز على وجه الكليه، لا خصوص أفراد من الارتفاق، بل صريح كلمات الأصحاب أن المدار على تضرر ذوى المنفعة المقصوده و عدمه، كما هو واضح، و الله العالم.

و لو جلس للبيع أو الشراء فى الطريق فالوجه عند المصنف المنع إلا فى المواضع المتسعه كالرحاب نظرا إلى العاده و نحوه ما فى التحرير، غير أنه قال: احتمال المنع. و فى القواعد «و لو

جلس للبيع و الشراء فى الأماكن المتسعة فالأقرب الجواز» و فى الإرشاد «و لو كان أى الجلوس للبيع أو الشراء فى الرحاب فكذلك» لكن لا يخفى عليك ما فى الجميع من الإجمال، ضروره أنه إن أريد بالرحاب المتسعة الأماكن التى ليست طرقا فهو- مع أنه خارج عن مفروض البحث فلا يصح استثاؤه- أنه لا يناسبه ذكر الوجه و الأقرب و الاحتمال فيه، ضروره عدم المانع من ذلك فيها.

و إن أريد خصوص ما زاد على النصاب مما هو مستطرق فكذلك أيضا بناء على عدم جريان حكم الطريق على الزائد المزبور، بل لو قلنا بكونه مثله أشكل الفرق حينئذ بينه و بين غيره مع فرض عدم الضرر، و ربما احتمال إرادته غير المضرة بالاستطراق من المتسعة كما عبر به جماعه، لكنه كما ترى.

و أوحش عنه ما فى المسالك و أتباعها فى شرح المتن المزبور من أنهم اختلفوا فى جواز الجلوس للبيع و الشراء، فمنعه بعضهم مطلقا، لأنه انتفاع بالبقعه فى غير ما أعدت له فكان كالانتفاع بالوقوفات الخاصه فى غير ما عينت له من الجهه، و المشهور التفصيل، و هو المنع من ذلك فى الطريق المسلوك الذى لا يؤمن تأذى الماره به غالبا، و جوازه فى الرحاب المتسعة فى خلاله بحيث يؤمن تأذى الماره به.

إذ هو- مع أن ما حكاه من القول الأول لم نعرفه لأحد من العامه و الخاصه، و قد نقل هو و غيره إجماع الناس فى جميع الأعصار على فعل ذلك مع عدم التضمر من غير فرق بين الجلوس للبيع و غيره- أن التفصيل المزبور لم نعرفه أيضا لأحد إن لم يكن المراد به ما أشرنا إليه من ضرر الماره و عدمه.

كما أن ما ذكره من قوله: يؤمن و لا يؤمن لا حاصل له أيضا،

ضروره كون المدار فى المنع على الضرر المزبور الذى يمكن معه القول بالجواز حتى يحصل، لا المنع حتى يعلم العدم و إن كان هو محتملا أيضا، إلا أن الأول أقوى.

و على كل حال فلا فرق بين الجلوس للبيع و الشراء و بين غيره حتى الجلوس للنزهه و نحوه، و لو على جهة اتخاذ ذلك موطنا مع فرض عدم تضرر الماره.

و من ذلك يعلم ما فى المتن و القواعد من جعل حكم الجلوس للبيع مستقلا عما ذكره أولا من مطلق الجلوس الذى نسب القول فيه لبقاء حقه مع القيام و نيه العود إلى القيل، و لم يشر إلى مسأله الرحل، ضروره اتحاد الجميع فى مدرك الجواز أو العدم.

و حينئذ فقوله هنا كالفاضل و لو كان كذلك أى جلس للبيع حيث يجوز له ذلك فقام و رحله باق فهو أحق به لا يختص بخصوص البيع، و لعله لذا حكى غير واحد ما هنا فى المسأله السابقه فيما إذا كان الرحل باقيا، فلا حظ و تأمل فإنه قد قدمنا تحقيق الحال فى ذلك، و الله العالم.

و لو رفعه ناويا للعود فعاد قيل و لم أعرف القائل به منا:

كان أحق به لئلا يتفرق معاملوه فيستضر.

نعم فى التذكرة عن الجوينى من العامه أنه إن مضى زمان ينقطع فيه الدين ألفوا المعامله معه و يستفتحون المعامله مع غيره بطل حقه، و إن كان دونه لم يبطل، لأن الغرض من تعيين الموضوع أن يعرف فيعامل، فلا فرق بين أن تكون المعامله لعذر كسفر أو مرض أو لغير عذر، و على هذا فلا يبطل حقه بأن يرجع بالليل إلى بيته، و ليس لغيره مزاحمته فى اليوم الثانى، و كذلك الأسواق التى تقام فى كل أسبوع أو فى كل شهره مره

إذا اتخذ منها مقعدا كان أحق به في النوبة الثانية و إن تخللت بينهما أيام.

و هو كما ترى مبنى على استحسان و نحوه، ضروره عدم مدخلية ضرره بثبوت الحق المشترك بين الناس أجمع من الذين يتضررون بذلك أيضا، و خصوصا من سبق إليه.

و من هنا قيل و القائل من عثرنا على كلامه من الأصحاب و إن تفاوتوا بالإطلاق و التصريح عدا الفاضل في التذكرة:

يبطل حقه، إذ لا سبب للاختصاص، و لا ريب في أنه هو أولى لأصالة الاشتراك السالمة عن المعارض و الخبر المزبور(١)الذى استند إليه الفاضل في التذكرة في كونه أحق به إلى الليل لا جابر له، مع أن مقتضاه و إن لم ينو العود، بل و إن نوى عدمه.

هذا و في التذكرة أيضا أنه حيث يختص الجالس بموضعه يختص أيضا بما حوله على قدر ما يحتاج إليه لوضع متاعه و وقوف المعاملين فيه، و ليس لغيره أن يقعد حيث يمنع من رؤيته متاعه أو وصول المعاملين إليه أو يضيق عليه الكيل و الوزن و الأخذ و العطاء، و تبعه عليه في المسالك.

و لكن الانصاف عدم دليل معتبر عليه على وجه ينطبق على أصول الإماميه، خصوصا على مختاره فيها المقتضى لعدم ثبوت حق للسابق زائد على الظلم الذى ذكرناه سابقا، و خصوصا بعد ما ذكرناه فيمن نصب خيمته، فلا حظ و تأمل.

اللهم إلا أن يقال: إن الدليل على ذلك صدق السبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم مع كون المسبوق إليه في يده و فى قبضته و فى تصرفه.

ثم قال فيها متصلا بذلك: «هذا فى المستوطن، أما المتردد الجوال الذى يقعد كل يوم فى موضع من السوق يبطل حقه إذا فارق المكان،

و ما تقدم من أولويه الجالس إنما هو مفروض في غيره» و فيه أن إطلاق الخبر الذى ذكره سندا له يقتضيه.

و فى المسالك بعد أن ذكر ما سمعته من التذكرة قال: «هذا كله فى المستوطن أما الجوال الذى يقعد كل يوم فى موضع من السوق فلا- إشكال فى بطلان حقه إذا فارق المكان، بل هذا خارج بنيه المفارقة فلا يدخل فى قسم ناوى العود، و لا يفتقر إلى استثناء» و فيه أنه لا يستحيل فرض نيه العود منه، و خصوصا فى بعض اليوم، إذ الكلام أن نيه عوده تقوم مقام مكثه فى بقاء الحق أو لا- فيجربى فيه حينئذ ما يجربى فى غيره، نعم لا- يجىء على كلام الجوينى الذى جعل المدار على التضرر بمعرفة المكان، فتأمل فإن المقام فى بعض الكتب غير نقى، و الله العالم و الهادى.

و كيف كان ف ليس للسلطان فضلا عن غيره أن يقطع ذلك أو بعضه كما لا يجوز إحيائه و لا تحجيره بلا خلاف أجده فيه عدا ما تسمعه من التذكرة، و ذلك لأن مورد الثلاثة الموات لا ما تعلق به حق المسلمين.

خلافًا لبعض العامة فجوز إقطاع الإمام، لأن له يدا و تصرفا فيما يصلح المسلمين، كما أن له إزعاج بعض الجالسين.

و هو مبنى على أصولهم لا- أصولنا التى منها عصمه الإمام الذى هو و إن كان أولى بالمؤمنين من أنفسهم، إلا أن تصرفه فى ذلك يكون على القوانين الشرعية، نعم لو فعل كان هو القانون الشرعى.

هذا و لكن فى التذكرة «يجوز أن يقطع إنسانا الجلوس فى المواضع المتسعة فى الشوارع، فيختص بالجلوس فيه، و إذا قام عنه لم يكن لغيره

الجلوس فيه للاقطاع، و به فرق بينه و بين السابق الذى يزول حقه بانتقاله».

و لا يخفى عليك ما فيه، خصوصا إذا أراد عدم جواز انتفاع غيره حتى وقت انتقاله عنه، و احتمال أن ما لا يتضرر به الماره يبقى حكمه حكم الموات للإمام (عليه السلام) يدفعه أن الطريق قد احبى طريقا و تعلق به حق المستطرقين بأجمعه و إن اتفق فى بعض الأزمنه عدم الضرر على الماره و لكن ذلك لا يجعله موتا، كما هو واضح.

ثم إن الظاهر عدم الفرق فى استحقاق الاستطراق بين المسلمين و غيرهم من أهل الذمه، بل لهم الانتفاع به أيضا فيما لا يضر بالماره على نحو المسلم، للسيره المستمره على ذلك.

و لو استبق اثنان على وجه تعلق حقهما به معا و لم يمكن الجمع فالأقرب القرعه، بناء على ما ذكرناه غير مره من أنها لكل أمر مشكل لجهل به أو لغيره، و لا ريب فى تحققه هنا بعد أن لم يكن معينا شرعيا.

فما عن بعض العامه من أن التعيين للإمام بحسب المصلحه من أحوجيه و نحوها واضح الضعف و إن احتل فى المحكى عن حواشى الشهيد تقديم الأوج قال: «لأن القرعه لتعيين المجهول عندنا إذا كان متعينا فى نفس الأمر، و ليس كذلك هنا» لكنه كما ترى، على أنه ما ندرى ما ذا يقول مع تساويهما فى الاحتياج.

و لو اشترى دارا فيها زياده من الطريق ففى النهايه و محكى السرائر إذا لم يعلم المشتري ثم علم بعد ذلك لم يكن عليه شىء إذا لم يتميز الطريق، فإذا تميز وجب عليه ردها إليه، و رجع على البائع بالدرك.

و لعله ل

موتق ابن مسلم (١) عن أحدهما (عليهما السلام) «سألته

عن رجل اشترى دارا فيها زياده من الطريق، قال: إن كان ذلك في ما اشترى فلا بأس»

و خبر عبد الله بن أبي أميه^(١) «سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن دار يشتريها يكون فيها زياده من الطريق، قال:

إن كان ذلك دخل عليه في ما حدد له فلا بأس».

و فيه أن الخبر الثاني ضعيف لا جابر له، بل الظاهر تحقق الموهن.

و أما الأول و إن كان موثقا إلا أنه مخالف لما عرفت من عدم جواز تملك أحد للطريق.

و ما سمعته من الشيخ و الحلبي من عدم التمييز لا- يقتضى الحل، إذ أقصاه جهل المغضوب، و ذلك لا يقتضى حله، فالمتجه حينئذ بطلان البيع للجهالة. أما مع عدم جهالته و لكن لم يعلم بغضبه كذلك فللمشترى الخيار بتبعض الصفقه.

و يمكن حمل الخبرين المزبورين على عدم تبيين الغضب حملا لفعل المسلم على الوجه الصحيح، إذ يمكن كون الطريق مرفوعا و أخذه بإذن أربابه، و يمكن أن يكون مسلوكا و لكن كان فيه زياده على المقدر الشرعي، بناء على بقاء مثله على الإباحه

أو أن للحاكم المصالحه عنه مصلحه للمسلمين.

و بالجملة لا صراحه فيهما بدخول الزيادة على الوجه الغصبي و إلا كانا مطرحين، لمخالفتهما للضوابط مع قله العامل، بل عدمه صريحا على الوجه المزبور، و الله العالم.

[أما المسجد]

و أما المسجد ف لا إشكال و لا خلاف في أن من سبق إلى مكان منه فهو أحق به ما دام جالسا فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع أو الضروره عليه، بل في المسالك و غيرها سواء كان جلوسه لصلاه أم

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٧- من أبواب عقد البيع - الحديث ٤ من كتاب التجاره.

لمطلق العباده أم لتدريس العلم و الإفتاء و نحو ذلك.

قلت: بل و إن لم يكن لشيء من ذلك، بل لنفس الجلوس فضلا عن الاشتغال بأمر آخر، نعم ليس له ذلك مع مزاحمه المصلين على نحو ما سمعته في الطريق.

و هل الصلاة مقدمه على غيرها من العبادات كقراءه القرآن؟ وجهان، أقواهما ذلك، و لكن لم أجده في كلام أحد من الأصحاب، بل و لا غيره من صور التعارض المتصوره في المقام.

و على كل حال فلو قام مفارقا رافعا يده عنه بطل حقه بلا خلاف و لا إشكال حتى لو عاد و قد شغله غيره.

و إن قام ناويا للعود إليه فإن كان رحله باقيا فيه فهو أحق به، و إلا- كان مع غيره سواء كما صرح به الفاضل و الشهيدان و الكركي و غيرهم، بل في جامع المقاصد أنه المشهور، بل في محكي المبسوط نفى الخلاف فيه، قال: «فمن سبق إلى مكان في المسجد كان أحق به، فان قام و ترك رحله فيه فحقه باق، و إن حول رحله منه انقطع حقه منه، و لا خلاف فيه، و فيه نص لنا عن الأئمه (عليهم السلام)».

بل ليس فيه نيه العود كالإرشاد و الدروس، ففي الأول «و لو قام و رحله فيه فهو أولى عند العود و إلا فلا» و في الثاني «فإذا فارقه بطل حقه إلا أن يكون رحله باقيا» بل في الروضه «هذا الشرط- أي نيه العود- لم يذكره كثير» و إن كنا لم نتحققه.

بل ربما مال إليه بعض مشايخنا، لنفى الخلاف و المرسل المزبورين في المبسوط المؤيدين

بالخبر(١) «إذا قام أحدكم من مجلسه في المسجد فهو

١- ١ سنن البيهقي - ج ٦ ص ١٥١ و فيه « إذا قام الرجل من مجلسه ثم عاد اليه فهو أحق به».

أحق به إذا عاد إليه»

بل و

الخبر (١) السابق «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل».

لكن فيه أنه لا- وجه لبقاء الأ-حقيه مع ال-اعراض عنه، ضروره معلوميه اشتراك الناس فيه، و بقاء الرحل ليس تحجيرا، و نفى الخلاف في الفرض غير متحقق، بل لعل عكسه كذلك، فلا- جابر للمرسل المزبور، بل و لا للخبرين المذكورين المقتضيين ثبوت الأولويه حتى مع عدم بقاء الرحل.

نعم قد يقال بالحكم بها مع بقاء الرحل في صوره الجهل بالحال اعتمادا على شاهد الحال الذي هو بقاء الرحل، أما مع العلم بالعدم فلا- ريب في عدمها، بل لو علم تردده في المجيء و عدمه لم يكن له حق و إن كان مقتضى إطلاق ما سمعت ذلك، لكن لا جابر له، فلا يكون حجه.

نعم مقتضى إطلاق النص عدم الفرق بين طول الزمان و قصره، لكن في المسالك عن

الذكرى تقييده بأن لا يطول زمان المفارقه، و إلا بطل حقه أيضا، قال: «و لا بأس به خصوصا مع حضور الجماعه و استلزام تجنب موضعه وجود فرجه في الصف، للنهي (٢) عن ذلك، بل استثنى بعضهم ذلك مطلقا و حكم بسقوط حقه حينئذ، و لا بأس به».

و فيه أن ذلك مجرد اعتبار لا يقتضى سقوط الحق الثابت بالدليل.

نعم قد يقال: إن المراد بالأحقيه تقدمه على غيره عند التعارض لا جواز الانتفاع بالمكان حال عدمه، فحينئذ يجوز لغيره الوقوف فيه، فإذا جاء تنحي عنه و لو في أثناء الصلاه مع فرض عدم اقتضاء ذلك التصرف برحله و إلا لم يجز له لذلك لا للأحقيه المزبوره.

١- ١ الوسائل- الباب- ١٧- من أبواب آداب التجاره- الحديث ١ من كتاب التجاره.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٧٠- من أبواب صلاه الجماعه من كتاب الصلاه.

و فى المسالك متصلا بما حكناه «ثم على تقدير سقوط حقه يجوز رفع رحله إن استلزم شغل موضعه التصرف فيه و توقف تسويه الصف عليه، و يضمن الرفع له إلى أن يوصله إلى صاحبه جمعا بين الحقين، مع احتمال عدم الضمان للاذن شرعا».

قلت: لا يخفى عليك ضعف الاحتمال المزبور، لما ذكرناه غير مره من أصاله الضمان مطلقا، لقاعده اليد و غيرها.

بل قد يقال: إن سقوط أحقيته لا يقتضى جواز التصرف فى ماله بعد أن كان وضعه بحق و لم تنحصر الصلاه فى الموضع المخصوص، فتأمل جيدا.

ثم لا- يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه أنه لا خلاف فى سقوط حقه مع عدم الرحل و إن نوى العود و كان قيامه لضروره من تجديد طهاره و نحوها.

لكن فى المتن قيل: إن قام لتجديد طهاره أو إزاله نجاسه و ما أشبهه لم يبطل حقه و لكن لم نعرف القائل ممن تقدمه، نعم هو للفاضل فى التذكرة و الشافعى فى أحد قوليه، لإطلاق الخبر(١) السابق الذى لا جابر له فيه، بل الموهن متحقق.

أما إذا كان قيامه لغير ضروره فلا ريب و لا خلاف فى سقوط حقه، لكن فى المسالك نسبتة إلى المشهور مشعرا بوجود الخلاف فيه، قال:

«و فرقوا بينه و بين مقاعد الأسواق بأن غرض المعامله يختلف باختلاف المقاعد، و الصلاه فى بقاع المسجد لا تختلف» ثم نظر فيه بمنع عدم اختلاف بقاع المسجد فى الفضيله، لأن ثواب الصلاه فى الصف الأول

أكثر، و قد يألف الإنسان بقعه من المسجد و يتضرر بفواتها كتضرره بفوات المتعاملين.

قلت: لا يخفى عليك ما فيه بعد ما عرفت سابقا من أن أحد من أصحابنا لم يقل بذلك فضلا عن أن يكون هو المشهور كما هو مقتضى كلامه حتى يحتاج إلى الفرق المزبور، و النظر المذكور- مع أن فيه ما فيه- انما ذكر ذلك الجويني كما عرفت الكلام فيه سابقا.

و كذا الكلام في قوله متصلا بما سمعت: «و ظاهر الأصحاب عدم الفرق هنا بين من يألف بقعه ليقراً عليه القرآن و يتعلم من الفقه و نحو ذلك و غيره، لعموم قوله تعالى (١) «سَاءَ الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ» و فرق بعضهم فأوجب أولويه المذكورين، كمقاعد الأسواق خصوصا في الجوامع الكبيرة، لأن له غرضا في ذلك الموضوع ليألفه الناس» فإنه لم نجد الفرق المزبور لأحد من أصحابنا، و إنما هو لبعض الشافعية الذين يناسب أصولهم الاعتبارات المزبوره.

و أغرب من ذلك قوله متصلا بما سمعت: «و إن كان قيامه لضروره لتجديد طهاره أو

إزاله نجاسه و قضاء حاجه ففي بطلان حقه وجهان: أحدهما- و هو الذي قطع به المصنف- عدم البطلان، لمكان الضروره و احتج له في التذكرة ب

قول النبي (صلى الله عليه و آله) (٢): «إذا قام»

إلى آخره.

و قول أمير المؤمنين (عليه السلام) (٣): «سوق»

إلى آخره. و يشكل مع قطع النظر عن السند بأنه أعم من المدعى و أنتم لا تقولون به على العموم، و المخصص لهما مع عدم الضروره مخصص

١- ١ سورة الحج: ٢٢- الآيه ٢٥.

٢- ٢ سنن البيهقي- ج ٦ ص ١٥١.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١٧- من أبواب آداب التجاره- الحديث ١ من كتاب التجاره- الحديث ١ من كتاب التجاره.

معها. و الوجه الثانى بطلان حقه، لحصول المفارقة» إذ هو كما ترى نسب إلى المصنف الأول و صريح كلامه خلافه، بل قد عرفت أنه لم نعرفه قولاً لأحد من أصحابنا. و منه يعلم ما قوله: «وجهان» المشعر بالتردد.

ثم إن ظاهر الأصحاب عدم الفرق فى بطلان الحق مع عدم الرحل بمفارقة المكان

للعذر بين كونه قبل الصلاة أو فى أثنائها، لكن فى الدروس الفرق فحكم ببقاء الأولويه فى الثانى إلا أن يجد مكانا مساويا للأول أو أولى منه، و سقوطها فى الأول محتجا بأنها صلاة واحده فلا يمنع من إتمامها.

و فيه أن حقه تابع لاستقراره بعد فرض عدم الرحل، و إتمامها لا يتوقف على مكان الشروع، و فرض كونه أقرب للعود لا يقتضى بقاء الأولويه المزبوره و إن أدى ذلك إلى بطلان صلاته، كما هو واضح.

ثم إن ظاهر الأصحاب هنا بيان حكم المفارقة مع بقاء الرحل الذى قيل إنه شىء من أمتعته و إن قل.

أما السبق بذلك فهل يوجب الأحقيه أو لا بد من وصوله إليه نفسه و استقراره عليه؟ قد يظهر الثانى من المحكى عن الشهيد، فإنه حكى عن الفاضل فى التحرير فى كتاب الصلاة أنه لا تحصل الأولويه بالرجل فى المسجد، و جمع بين ذلك و بين كلامه هنا بحمل الأول على تقدم رحله من غير استقرار عليه و كلامه هنا على الاستقرار ثم الخروج بعد ذلك.

و لعل مراده من الاستقرار مطلق الكون، ضروره عدم مدخليته فى ثبوت الأحقيه مع الوصول إليه.

و قد يقال بتحقيق السبق بمثل ذلك عرفا و إن لم يصل إليه، لكنه محل شك، و الأصل عدمه خصوصا بعد ظهور كلمات الأصحاب فى الثانى.

لكن لا- يخفى عليك أنه بناء على ما حققناه سابقا فى الطريق يتجه عدم ثبوت الأحقية ببقاء المتاع إذا كان صغيرا بحيث لا يستلزم المكث فى المكان التصرف فيه، نعم لو كان كبيرا مشغلا للمكان مثلا اتجه وجوب الاجتناب، لحرمة التصرف بمال الغير، لا لأن وضعه يفيد أحقيه فى المكان نحو التحجير و إن كان جملة من العبارات توهم ذلك، لكن قد عرفت عدم الدليل له.

و عليه لا فرق حينئذ بين الصغير والكبير بعد صدق اسم الرحل لا غيره كالتربه و نحوها.

و بذلك يظهر لك النظر فى بعض كلمات بعض، كما أنه ظهر لك أيضا مما ذكرناه سابقا فى الاستباق للجلوس للبيع مثلا فى الطريق مع عدم الضرر بالمارة الوجه فيما لو استبق اثنان هنا مثلا إلى موضع من المسجد فتوافيا إليه على حد سواء ف ان الحكم فيهما متحد إن أمكن الاجتماع جاز و إن تعاسرا أقرع بينهما فلا حظ و تأمل، و الله العالم.

[أما المدارس و الربط]

و أما المدارس و الربط جمع رباط ككتاب و كتب فمن سكن بيتا منها مثلا ممن له السكنى بأن كان متصفا بالوصف المعبر فى الاستحقاق إما فى أصله بأن يكون مشغلا بالعلم فى المدرسة أو بحسب الشرط بأن تكون موقوفه على قبيل مخصوص أو نوع من العلم يتصف به الساكن، و حينئذ فهو أحق به بمعنى عدم جواز إزعاج أحد له بلا خلاف أجده فيه، لأنه أحد المستحقين لذلك، فإزعاجه ظلم قبيح عقلا و نقلا و إن تطاولت المده ما لم يشترط الواقف أمدا فليزمه الخروج عند انقضائه بلا فصل و إن لم يؤمر به.

نعم فى الدروس «و يحتمل فى المدرسة و دار القرآن الإزعاج إذا تم

غرضه من ذلك، و يقوى الاحتمال إذا ترك التشاغل بالعلم و القرآن و إن لم يشترطهما الواقف، لأن موضوع المدرسه ذلك، أما الربط فلا غرض فيه، فيجوز الدوام فيه».

و فيه أنه إن خرج عن الموضوع بتمام الغرض أزعج قطعاً، و إلا- فلا- وجه للاحتمال، بل و لا- لما قواه فيه، ضروره أنه إن لم يشترطها و لكن كانت هى المنفعه المقصوده فالمتجه حينئذ عدم معارضه لأهلها، كما سمعته فى الطريق و المسجد، و إلا كان الناس فيها شرعا سواء.

نعم احتمل فى التحرير جواز الإزعاج مع طول المكث على وجه يكون كالملك، قال: «و لو طال الاستيطان على هذه الانتفاعات المشتركة و صار كالملك الذى يبطل به أثر الاشتراك ففى الإزعاج إشكال».

و فيه أنه لا إشكال مع فرض منافاه مصلحه الوقف، أما مع عدمها لوجود ما يحترز به عن ذلك فالمتجه عدم جواز الإزعاج.

و منه يعلم ما فى جامع المقاصد قال: «و لو أدى طول المده إلى التباس الحال بحيث يمكن لو ادعى الملك أن يلتبس على الناس عدم صحه دعواه احتمل جواز الإزعاج أيضا لأنه مضر بالوقف». و على كل حال فهو أمر آخر.

نعم لو اشترط مع السكنى التشاغل بالعلم مثلا فأهمل ألزم الخروج إن لم يخرج بنفسه بلا خلاف و لا إشكال، إذ الوقوف على حسب ما يقفها أهلها المقتضى لعدم جواز سكنى المفروض و إن استمر على الشرط لم يجز إزعاجه لكونه حينئذ من المستحق.

و كيف كان ففى التذكرة «و لا يبطل حقه بالخروج لحاجه كشرء مأكول أو مشروب أو ثوب أو قضاء حاجه و ما أشبه ذلك، و لا يلزمه تخليف أحد فى الموضوع، و لا أن يترك متاعه فيه. لأنه قد لا يجد غيره

و قد لا يأمن على متاعه سواه» و نحوه فى المسالك و بعض أتباعها مع زياده لفظ «قطعا» فيها.

لكن ستسمع من الكركى نوع تردد فيما يقرب منه، و لعله لإمكان منع صدق كونه فى يده و قبضته مع فرض عدم دخل له فيه، و لأن منافع الوقف العام لا تستحق إلا بالاستيفاء التدريجى، بمعنى عدم مزاحمه الغير له، فهو فى الحقيقه سبق استيفائه مقدم على غيره إلا أنه حصل له حق بالسبق على وجه يثبت له حق الاستيفاء المستقبل و إن لم يكن له رحل و إلا لثبت ذلك فى المسجد و الطريق، فان الجميع من واد واحد من حيث الدليل.

اللهم إلا- أن يقال بملاحظه ذلك للواقف، و فيه تأمل أو منع، أو يقال باختلاف أفراد المسبوق إليه بالسبق عرفا، ففى المدارس مثلا يصدق أنه فى يده و فى قبضته نحو باقى الأعيان الموقوفه كالكتاب و نحوه، فإنه إذا كان فى يد شخص لا يستحقه آخر بمجرد وضعه من يده الحسيه، بخلاف المسجد و الطريق.

و لكن لا- يخفى عليك أن ذلك كله تهجس، و إلا- فالموافق لما عليه سيره الناس و عملهم فى جميع الأعصار أن المدرسه و الرباط و نحوهما إذا لم يشترط الواقف كيفيه خاصه و حالا مخصوصا أو لم يعلم بحاله كالمسجد فى جواز الانتفاع، و أنه أحق من غيره فى استيفاء المنفعه المشتركه بينه و بين غيره بالسبق على الوجه الذى ذكرناه، و المنفعه المقصوده للواقف الملاحظه لا على جهه الشرطيه فائدتها الترجيح عند المعارضه، لا عدم جواز الانتفاع بغيرها مع عدم المعارضه.

و حينئذ فقد يقال: إنه بعد أن كان المتعارف فى العمل ذلك يمكن

أن يكون الواقف مدرسه مثلا أو رباطا يكون مقصوده ذلك، نحو الواقف مسجدا الذي قد

ورد فيه أنه «بيت الله»

و أنه «منزل للغرباء و الضعفاء»

و نحو ذلك مما هو راجع إلى الشرع لا مدخلية للواقف في ملاحظته.

بل قد يحتمل أن ذلك إذن شرعيه باعتبار خروج المال عن يد الواقف لا على جهه خاصه، فصار أمره إلى الشرع الذي مقتضاه ما عرفت.

و كون المراد من المسجد بيتا للعباده مثلا- بخلاف المدرسه- فإن المراد فيها السكنى- غير مجد، ضروره أن التشاغل بها لا يقتضى ثبوت الحق له فى مستقبل الزمان و فى حال عدم قابليته لها، نعم لا يبعد إلحاق المفارقة لها فى الأزمنه التى لا تنافى صدق التشاغل فيها بها، و لو للسيره المستمره على ذلك، فكل ما لا يكون كذلك سقط حقه حينئذ، كما يشهد له ما تسمعه منهم فى صوره المفارقة، و الله العالم.

و كيف كان ف له أى السابق المستحق أن يمنع من يساكنه ما دام متصفا بما به يستحق السكنى إذا كانت العاده أو الشرط من الواقف يقتضى انفراد الواحد، أما لو فرض كون البيت الواحد معدا لجماعه باشتراط الواقف أو باقتضاء العاده لم يجز لأحد منع غيره إلا أن يبلغ العدد النصاب فلهم حينئذ منع الزائد، و الله العالم.

و لو فارق الساكن المسكن على وجه خارج عما عرفته من الأمور الضروريه للساكن، بل كان لعذر و غرض ناويا للعود إليه كسفر لزياده مثلا قيل و لم نعرف القائل ممن تقدمه:

هو أولى عند العود و إن لم يكن له فيه رحل، لصدق كونه سابقا، و أن ما سبق إليه في يده و في قبضته.

و لكن فيه تردد مما عرفت و مما ستعرف لا- لصدق المفارقة التي هي ليست عنوانا في شىء من الأدلة و لعل الأقرب سقوط الأولويه التي مقتضى الأصل عدمها في مثل الفرض، بل في القواعد و الإرشاد الجزم بذلك، بل في الروضه نسبتة إلى الأكثر.

لكن في التذكرة «و لو فارق لعذر أياما قليله فهو أحق إذا عاد، لأنه أله، و إن طالت غيبته بطل حقه» و استحسنة في المسالك، و قواه في الروضه، بل قد يظهر من اللمعه عدم البطلان مطلقا.

و في جامع المقاصد «و الظاهر أن مفارقتة من غير أن يبقى رحله مسقط لأولويته و لو قصر الزمان جدا، كما لو خرج لغرض لا ينفك عن مثله عادة و لا يخرج في العاده عن كونه ساكنا، ففي بقاء حقه قوه».

و عن تعليق الإرشاد له أيضا فيما إذا لم يبق رحله و قصر الزمان وجهان، و عن التحرير «لا إشكال في بقاء حقه حيث فارق لعذر» و نحوه عن الكفايه.

و في الدروس «لو فارق ساكن المدرسه و الرباط ففيه أوجه، زوال حقه كالمسجد، و بقاءه مطلقا، لأنه باستيلائه جرى مجرى الملك، و بقاءه إن قصرت المده دون ما إذا طالت لثلا يضر بالمستحقين، و بقاءه إن خرج لضروره كطلب تأديه مهمه و إن طالت المده، و بقاءه إن بقى رحله و خادمه، و الأقرب تفويض ذلك إلى ما يراه الناظر».

و قد يشكل بأن الناظر ليس له إخراج المستحق اقتراحا، فرأيه فرع الاستحقاق و عدمه، نعم لو فوض إليه الأمر مطلقا فلا إشكال.

أما إذا أبقى رحله ففي القواعد الاشكال فيه، قيل من أنه وضع بحق

سابق اقتضى الأولويه على غيره فلا يزال، و من أن المدرسه للسكنى لا لوضع الرحل و إنما جاز وضعه تبعاً لها و قد زالت فيزول التابع.

ورده الكركى بأن المتنازع فيه هو زوال السكنى بالخروج مع بقاء الرحل، و من خرج عن بيت مع بقاء متاعه فيه لغرض لا يخرج عن كونه ساكناً فيه عادة.

و من هنا قال فى جامع المقاصد: «الأقرب بقاء الحق إن لم تطل المده بحيث يؤدي إلى التعطيل» و نحوه عن تعليقه على الإرشاد و حواشى الشهيد، و فى الروضه «الأقوى أنه مع بقاء الرحل و قصر المده لا يبطل حقه، و بدون الرحل يبطل إلا أن يقصر الزمان بحيث لا يخرج عن الإقامة عرفاً».

هذا كله فى المفارقة لعذر، أما إذا كانت لغير عذر فظاهر المتن و غيره بطلان حقه مطلقاً، بل هو صريح المسالك و الروضه و غيرهما، بل فى الكفايه أنه الأشهر.

قلت: قد ذكرنا ما يظهر لك منه ما فى كثير من هذه الكلمات و غيرها المنبئه عن عدم تحقيق الحال عندهم فى ذلك، و المتجه ما عرفت من عدم ثبوت حق للسابق إلا على معنى عدم مزاحمه الغير فى استيفائه على الوجه الذى ذكرناه.

و بقاء الرحل ليس هو من التحجير، و لذا لا- يورث و لا- يصالح عنه و لا- غير ذلك مما يجرى على الحقوق المالىه، و إنما هو طريق شرعى لحبس المكان باعتبار حرمة التصرف فيه للغير مع فرض عدم المعارضه لذى المنفعه المقصوده، و نحوه جار فى المدارس و الربط أيضاً ما لم يلزم التعطيل المنافى لغرض الواقف، و إلا فليس لأحد التصرف فيه بعد أن كان وضعه بحق.

و الأصل فى ذلك عدم أدله شرعيه يتضح منها الحال، إذ ليس إلا النصوص التى هى غير جامعہ لشرائط الحجية حتى الجبر بشهره و نحوها فى محال الشك، لما عرفته من الاشكال و الاضطراب.

و من هنا لا وجه لدعوى استصحاب بقاء الحق و نحوه بعد أن لم يعلم كون الحق الثابت مما يستصحب أو لا، إذ المحتمل كونه ما ذكرناه، و كلمات الأصحاب و إن اشتملت على التعبير به أيضا إلا أنها أيضا غير منقحه بالنسبه إلى ذلك، كعدم تنقيحها فى مفروض المسأله الذى جزموا بسقوط الحق بالمفارقة لغير عذر و إن قصر الزمان، بل و معه إلا من سمعت مع صدق السكنى العرفيه التى يمكن أن يكون بناؤها على التسامح و معاملة الوقف معاملة الملك، و كذا كلامهم مع الرخل، فلا مناص حينئذ إلا ما ذكرناه، و الله العالم و الهادى.

[الطرف الرابع فى المعادن]

إشاره

الطرف الرابع فى المعادن جمع معدن، و قد تقدم الكلام فيه فى كتاب الصلاه (١) و قيل:

إن المجتمع من كلمات (كلام خ ل) الفقهاء و اللغويين هو ما استخراج من الأرض مما كانت أصله و اشتمل على خصوصيه يعظم الانتفاع بها، و إليه يرجع ما فى المسالك من أنها هى البقاع التى أودعها الله شيئا من الجواهر المطلوبه.

[المعادن الظاهرة]

و على كل حال ف الظاهره منها و هى التى لا تفتقر إلى إظهار بمعنى عدم احتياج الوصول إليها إلى مثونه كالمح و النفط و القار و الكبريت و الموميا و الكحل و البرام و غيرها مما هى ظاهره بلا عمل و إنما السعى و العمل لأخذه لا تملك بالاحياء معدنا، لعدم تصوره بعد أن كان هو الحفر و نحوه لظهاره، كما ستعرفه فى المعادن الباطنه، و الفرض هنا ظهوره.

نعم لو أراد إحياؤها دارا مثلا- أو غيرها مما لا ينافى كونها معدنا أمكن القول بصحته، فيملكه حينئذ إن لم يكن إجماعا على خلافه و لو لإطلاقهم عدم إحياؤها و لكن لم أجد ذلك محررا فى كلامهم.

و عليه ف لا يختص بها المحجر الذى هو الشارع فى الاحياء الذى عرفت انتفاؤه.

و فى جواز إقطاع السلطان المعادن المزبوره و المياه تردد من عموم ولايته المستفاده من قوله تعالى (١) «أُولَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ» و غيره، و كونها من الأنفال فى

خبر إسحاق بن عمار المروى عن تفسير على بن إبراهيم (٢) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الأنفال فقال: هى التى خربت- إلى أن قال:- و المعادن منها»

و فى المرسل (٣) عن الصادق (عليه السلام) «أنه سئل عن الأنفال، فقال: منها المعادن و الآجام».

و «الناس مسلطون على أموالهم» (٤)

١- ١ سورة الأحزاب: ٣٣- الآيه ٦.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١- من أبواب الأنفال- الحديث ٢٠ من كتاب الخمس.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١- من أبواب الأنفال- الحديث ٢٨ من كتاب الخمس. و هو خبر أبى بصير عن الباقر عليه السلام كما نقله فده فى كتاب الخمس راجع ج ١٦ ص ١٢١.

٤- ٤ البحار- ج ٢ ص ٢٧٢- الطبعة الحديثه.

خصوصا بعد ما فى بعض

نصوص (١) الأنفال «أن ما كان لله فهو لرسوله يضعه حيث شاء و كذلك الامام بعده».

و من أن مورد الإقطاع الموات باعتبار كونه كالتحجير، و قد عرفت أنه لا تندرج فيه المعادن، و لو لما استسمع من أن المشهور كون الناس فيها شرعا فلا وجه لاقطاعها حينئذ.

و عن حنان (٢) قال: «استقطعت رسول الله (صلى الله عليه و آله) معدنا من الملح بمازن فأقطعنيه، فقلت: يا رسول الله إنه بمنزله الماء العذ،- يعنى أنها لا تنقطع و لا تحتاج إلى عمل- فقال رسول الله (صلى الله عليه و آله): فلا آذن».

لكن فى المسالك «هذه الروايه على تقدير صحتها محتمله للقولين، لكنها قد تشكل على أصول أصحابنا، لتغيير رأيه فى الحكم بسبب اختلاف النظر فى المعدن، و هى نظير ما

روى عنه (صلى الله عليه و آله) (٣) «لو بلغنى هذه الآيات قبل قتله لما قتلته»

يعنى النظر بن الحارث لما بلغه آيات أخته ترثيه بها، و الجواب عنهما واحد».

قلت: لعله هو من تغير الحكمة التى يدور معها الحكم الشرعى، كما أنه قد يجاب عن روايه المقام بأن ظاهر استقطاع السائل كون المعدن مواتا يحتاج إلى إحياء، فلما أظهر للنبي (صلى الله عليه و آله)

كون المعدن ظاهرا حيا منع من إقطاعه، فلا دلالة فيها حينئذ إلا على منع

١- ١ الوسائل- الباب- ١- من أبواب الأنفال- الحديث ١ و ١٠ و ١٢.

٢- ٢ نقله ابن قدامه فى المغنى ج ٦ ص ١٥٦ عن أبيض بن حمال و فيه «بمأرب» بدل «بمازن» و رواه البيهقى باختلاف يسير فى سننه ج ٦ ص ١٤٩.

٣- ٣ سيره ابن هشام ج ٣ ص ٤٥ ط مصر عام ١٣٥٥.

إقطاع الظاهره منها التى هى محل البحث، إذ لا كلام فى جواز إقطاع الباطنه كما ستعرفه.

و بالجمله هذه المسأله كظائرها المذكوره فى هذا الكتاب قد ذكرها العامه بناء على أصولهم فى أئمتهم الذين يجوز عليهم- إن لم يكن قد وقع منهم- كل قبيح، لأن الأحكام الصادره منهم عن اجتهاد و رأى و غير ذلك من الأمور الفاسده، كما لا يخفى على من له أدنى خبره بأحوالهم بخلاف الامام (عليه السلام) عندنا الذى لا- ينطق عن الهوى، و إن هو إلا- وحي يوحى، و لاطلاعه على المصالح الواقعيه و كونه معصوما عن ترك الأولى فضلا عن غيره صار أولى من المؤمنين بأنفسهم. فالمتجه حينئذ سقوط هذا البحث، ضروره أن له الفعل و إن لم يسم إقطاعا عرفا.

نعم لا يجوز ذلك و نحوه عما هو متوقف على المصالح الواقعيه للنائب العام، لعدم عموم نيابته على وجه يشمل مثل ذلك مما هو مبنى على معرفه المصالح الواقعيه، و ليس له ميزان ظاهر أذنوا (عليهم السلام) فيه فهو من خواص الإمامه لا يندرج فى إطلاق ما دل (١) على نيابه الغيبه المنصرف إلى ما كان منطبقا على الموازين الشرعيه الظاهره، كالقضاء و الولاية على الأطفال و نحو ذلك لا نحو الفرض.

و كذا التردد فى جواز اختصاص السلطان المقطع بها مما سمعت من كونه أولى و غيره، و من أن الناس فيها شرع سواء، و لكن قد عرفت تحقيق الحال.

و كيف كان فكل من سبق إليها فله أخذ حاجته بلا خلاف و لا إشكال بل و لو تسابق اثنان مثلا فالسابق أولى بلا خلاف و لا إشكال،

لعموم (٢) «من سبق

١- ١ الوسائل- الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٩ من كتاب القضاء.

٢- ٢ المستدرک- الباب- ١- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٤ و سنن البيهقى ج ٦ ص ١٤٢.

إلى ما لا يسبق إليه مسلم فهو أحق به»

و لغيره مما تقتضيه من حرمة الظلم و نحوه بعد أن كان الشئ مشتركاً بين الجميع و سبق إليه أحدهم، فيأخذ حينئذ بغيته و إن زاد على ما يعتاد لمثله، و فاقا للفاضل و الشهيدين و الكركى و

محكى المبسوط و غيرهم خلافاً للمحكى عن بعض، فلا يجوز له إلا ما يعتاد لمثله، و لا ريب فى ضعفه، لإطلاق الأحقيه.

لكن فى المسالك «و عليه فلو أراد الزيادة على ما يقتضيه حق السبق فى إجابته و جهان من تحقق الأولويه بالسبق، و من أن عكوف غيره يفيد أولويه فى الجملة، و الأصح الأول» و فيه أن ما ذكر من الوجه الأول لا يوافق ما فرضه، و منه يعلم ما فى قوله: «الأصح».

و الأولى من ذلك ما ذكرناه إلا مع وصول الأمر إلى حد المضاره بالغير، و لعله إلى ذلك يرجع ما فى جامع المقاصد من التقييد بما إذا لم يصير مقيماً.

كما أن مرجع قول بعض الأصحاب: أخذ بغيته و حاجته و نحوهما إلى شئ واحد، و هو جواز الأخذ و لو زائداً على الحاجه ما لم تحصل المضاره، و الله العالم.

و كيف كان ف لو توافيا على وجه لم يسبق أحدهما الآخر و لكنهما بالنسبه إلى غيرهما سابق فإن أمكن أن يأخذ كل منهما بغيته دفعه أو تدريجاً برضاهما فلا بحث، و إلا أقرع بينهما مع التعاسر و لو بالنسبه إلى تقديم أحدهما إذا فرض و فاء المعدن بحاجتهما معا و لكنه ضيق عن اجتماعهما فى الأخذ.

كما أوماً إليه فى المحكى عن جامع الشرائع بقوله: «فان ضاق أقرع» كقوله فى القواعد و غيرها: «فان تسابق اثنان أقرع مع تعذر الجميع» بل و كذا قوله فى الإرشاد: «أقرع مع تعذر الاجتماع».

و عليه ينزل إطلاق ما عن الخلاف و المبسوط و السرائر: فإن تسابق اثنان أقرع بينهما الامام (عليه السلام) كما ينزل إقراع الامام مع فرض رجوعهما إليه و إلا رجعا بأنفسهما إلى القرعة، لأن ذلك حكمهما في الواقع.

و على كل حال فقد قيل: إن الوجه في ذلك استوائهما في الأولوية و عدم إمكان الاشتراك و استحالة الترجيح، فأشكل المستحق فيقرع لذلك، و قد يناقش بمنع عدم إمكان الاشتراك بعد استوائهما في السبب المقتضى له.

و لعله لذا قال في المتن و قيل: يقسم، و هو حسن و عن الإيضاح أنه قواه و إن كنا لم نتحقق القائل المزبور منا ممن تقدم عليه، و إنما هو بعض وجوه الشافعية، و في التذكرة عن بعض علمائنا أن الحاكم ينصب من يقسم بينهما، نعم في الدروس و اللمعة إن تعذرت القسمة أقرع، و إليه يرجع ما في المسالك من أن القول بالقسمة جيد مع قبوله لها، أما مع عدمه فالقرعة أحسن.

و لعل المراد بما في الأولين من عدم قبول القسمة كونه واسعاً، لا كما في الروضة من حيث القله و نحوها.

و حينئذ فيرجع إلى ما أطنب فيه في جامع المقاصد، فإنه بعد أن ذكر وجه القسمة قال: «و هذا إنما يكون في غير المعدن الواسع جدا بحيث يزيد على مطلوب كل واحد منهما، إذ لا معنى للقسمة حينئذ، نعم ما قل عن مطلوبهما لا يبعد القول فيه بالقسمة، لإمكانها و استوائهما في سبب الاستحقاق، و القرعة إنما هي في الأمور المشككة التي لا طريق إلى معرفه حكمها، أما ما ثبت حكمها بدليل شرعى فلا وجه لإجراء القرعة فيها، فان تشاحا في التقدم في النيل لضيق المكان فليس ببعيد القول بالقرعة حينئذ، فمن أخرجته أخذ حقه من المقسوم، فتلخص من هذا أنه مع السعه لمطلوبهما المرجع في القرعة في التقديم، و مع عدمه فالقسمة

فإن تشاحا فى التقديم أقرع، و لو أن أحدهما قهر الآخر و أخذ مطلوبه أثم قطعاً، ثم إن كان المعدن واسعاً ملك ما أخذه، لأنه لم يأخذ ما استحقه الآخر و إلا لم يملك إلا ما تقتضى القسمة استحقاقه إياه، و مثله ما لو ازدحم اثنان على الفرات مثلاً فقهر أحدهما صاحبه و حاز ماء، فإن الظاهر أنه يملكه، بخلاف ما لو ازدحما على ماء غدِير و نحوه مما لا يقطع بكونه وافياً بغرضهما، فلان الأولويه لهما، فلا يملك القاهر ما أخذه إلا بعد القسمة».

و تبعه على ذلك فى الروضه بل و المسالك، و لكن زاد عليه العمل بالقرعه مع عدم إمكان القسمة لقله المطلوب أو لعدم قبوله لها.

و لكن لا- يخفى عليك عدم جريان ذلك على ما قلناه من أن الأحق فى هذه المقامات لا يزيد على ما يقتضيه الظلم، ضروره عدم حصول الملك إلا بالحيازه التى هى النيل، و إنما السبق فى الفرض قد أفاد عدم جواز مزاحمه الغير لهما من حيث إنه ظلم، و حيث أشكل الحال فى استحقاق كل منهما إيجاد السبب الذى يحصل به الملك فلا طريق لترجيح أحدهما على الآخر إلا القرعه، لا قسمة الباقي على الإباحه و لم يتعلق لأحدهما فى عينه حق، و كونهما سابقين مشمولين

لعموم «من سبق»(١)

لا يقتضى إلا ما ذكرناه، لا أزيد منه من تعلق حق بالعين نفسها فضلاً عن الملك.

و لا فرق فى ذلك بين الواسع و الضيق.

و من الغريب دعوى القرعه بينهما فى التقديم للنيل مع ضيق المكان و عدم الزيادة على الحاجه، ثم إن من خرجت القرعه له يأخذ حقه من المقسوم.

و أغرب منه دعوى عدم ملك الظالم فى غير الواسع ما زاد على القسمة

١- ١ الوسائل- الباب- ١٧- من أبواب آداب التجاره- الحديث ١ من كتاب التجاره.

أو ما أخرجه إن لم يكن قابلا لها، بناء على إرادته ذلك من عدم قبولها مع فرض حصول السبب المملك منه الذى ليس فى شىء من الأدلة ما يقتضى منع تعلق الحق المزبور عن الملك به، بخلاف ما لو كان المعدن أو الماء زائدا على الحاجة، فإنه يملك الظالم وإن أثم مع إمكان أن يقال بسبقهما ملكا أيضا مقدار حاجتهما أو مقدار ما ينالان منه أو غير ذلك.

و بالجمله كل ذلك مجرد تهجس لا تطابق عليه الأدلة التى مقتضاها ما ذكرناه، مضافا إلى منع عدم قبول القسمة للقله و نحوها على ما فسر به فى الروضه، للاشتراك و إن قل، إذ أقصاه البقاء على الإشاعه فى مثل الياقوته و نحوها.

و بذلك كله ظهر أن الأولى القرعه فى التقديم مع فرض ضيق المكان سواء كان المعدن واسعا أو ضيقا، فيملك حينئذ من أخرجه القرعه و لا يشاركه الآخر.

بل المتجه أيضا ترتب الملك على الحيازه المزبوره لو قهر صاحبه فمنعه منها و إن كان ظالما.

نعم لو كان المعدن لا يفى بحاجتهما و مكان النيل غير ضيق فكل من حصل منه النيل ملك به ما ملكه، و نحو ذلك فى ماء الفرات و الغدير.

و لعله لذا قال فى الكفايه: «المشهور أنه إذا تغلب أحدهما على الآخر أثم» و فيه إشكال، و لعله لما سمعته من تعلق الحق الذى لم يثبت كونه مانعا عن الملك بالسبب، بل مقتضى إطلاق الأدله ترتبه عليه و إن أثم فى مقدماته أولا.

هذا و عن بعض الشافعيه احتمال أن الامام يجتهد و يقدم من يراه أحوج و أحق. لأن سبب الاستحقاق الحاجه، و متى كان سببه أقوى استحق التقديم، و احتمله بعض أصحابنا أيضا.

لكنه واضح الضعف، ضروره عدم أثر فى شىء من الأدله يقتضى ترجيح الأوج على غيره. نعم قد تقدم فى المباحث السابقه وجوب بذل الماء مثلا فى إحياء النفس المحترمه، وهو أمر آخر غير ما نحن فيه كما هو واضح، والله العالم.

و كيف كان ف من فقهاءنا وهو المفيد و سلار بل حكى عن الكلينى و شيخه على بن إبراهيم و عن الشيخ أيضا من يخص المعادن مطلقا بالإمام (عليه السلام) فهى عنده حينئذ من الأنفال للخبر المزبور(١) أو لأنها من الأرض التى لا رب لها.

و على هذا لا يملك ما ظهر منها و لا ما بطن إلا بتمليك منه و لو صح تملكها بالأحياء بفرضه فيما تصور حصوله فيها لزم من قوله اشتراط إذن الامام (عليه السلام) حال حضوره أو مطلقا على الكلام السابق.

و لكن كل ذلك لم يثبت (١١) لعدم جابر للخبر المزبور(٢) بل الموهن متحقق، فان المشهور نقلا و تحصيلا على أن الناس فيها شرع سواء. بل قيل: قد يلوح من محكى المبسوط و السرائر نفي الخلاف فيه.

مضافا إلى السيره المستمره فى سائر الأعصار و الأمصار فى زمن تسلطهم و غيره

على الأخذ منها بلا إذن، حتى ما كان فى الموات الذى قد عرفت أنه لهم منها، أو فى المفتوحه عنوه التى هى للمسلمين، فإنه و إن كان ينبغى أن يتبعهما، فيكون ملكا للإمام (ع) فى الأول و للمسلمين فى الثانى - لكونه من أجزاء الأرض المفروض كونها ملكا لهما، بل لو تجدد فيهما فكذلك أيضا-

١-١ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب الأنفال - الحديث ٢٠ من كتاب الخمس.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب الأنفال - الحديث ٢٠ من كتاب الخمس.

إلا أن السيره المزبوره العاضده للشهره المذكوره و لقوله تعالى (١):

«خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ» و لشده حاجه الناس إلى بعضها على وجه يتوقف عليه معاشهم نحو الماء و النار و الكلاً و في

خبر أبي البختری (٢) عن جعفر عن أبيه عن علي (عليهم السلام) «لا يحل منع الملح و النار»

و غير ذلك مما لا يخفى على السارد لأخبارهم يوجب الخروج عن ذلك.

فما عن بعضهم من التفصيل فيها بين ما كان في مواته (عليه السلام) و بين غيره واضح الضعف.

و من الغريب ما في الدروس من أنه قال: «و بعض علمائنا يخص المعادن بالإمام، سواء كانت ظاهره أو باطنه، فتوقف الإصابه منها على إذن في حضوره لا مع غيبته، و قيل باختصاصه في الأرض المملوكه له، و الأول يوافق فتواهم بأن موات الأرض للإمام، فإنه يلزم من ملكها ملك ما فيها، و المتأخرون على أن المعادن للناس شرع، إما لأصالة الإباحه، و إما لطعنهم في أن الموات للإمام، و إما لاعترافهم به و تخصيص المعادن بالخروج عن ملكه، و الكل ضعيف» إذ هو كما ترى بعد الإحاطه بما ذكرناه.

ثم إنه قال في المسالك تفريعاً على الأول: «ما كان منها ظاهراً لا يتوقف على الأحياء يجوز في حال الغيبه أخذه كالأنفال، و ما يتوقف على الأحياء فإن كان الامام (ع) ظاهراً فلا إشكال في عدم تملكه بدون إذنه و مع غيبته يحتمل كونه كذلك عملاً بالأصل و إن جاز الأخذ منه كغيره من الأنفال، لأن تملك مال الغير يتوقف على إذنه، و هو مفقود و إنما الموجود الاذن في أخذه».

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٩.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥- من كتاب إحياء الموات - الحديث ٢.

و فيه (أولاً) مع فرض شمول دليل التملك بالاحياء له لا ينبغي التوقف في ملكه، ضروره كونه حينئذ كالموات من الأرض إن لم يكن منها. و (ثانياً) أن الاذن منهم في الأنفال لمن هي له ظاهره أو صريحه في لوازم الملك كالبيع و النكاح و نحوهما، فلا محيص عن القول بالملك فيما يؤخذ منها لمن أذنوا له فيها، كما هو واضح، و الله العالم.

و لو كان إلى جانب المملحه أرض موات إذا حفر بها بئر و سيق إليها الماء صار ملحا ضح تملكها بالاحياء الذى منه حفرها لذلك و اختص بها المحجر الذى شرع فى حفرها. و لو أقطعها الإمام (عليه السلام) صح بلا خلاف أجده فى شىء من الثلاثه، بل و لا إشكال، ضروره كون الأرض حينئذ من الموات الذى عرفت صحه الثلاثه فيه و صيروره الماء فيها ملحا لا يجعلها معدنا، كما أن كونها بجنب المملحه كذلك أيضا، فان كلا منهما حينئذ على حكمه، كما هو واضح و الله العالم. هذا كله فى المعادن الظاهره.

[أما المعادن الباطنه]

اشاره

و أما المعادن الباطنه التى لا تظهر إلا بالعمل و المعالجه كمعادن الذهب و الفضة و النحاس و الرصاص و نحوها حيث تكون كذلك، و إلا- فلو فرض احتياج بعضها إلى كشف تراب يسير أو كانت على وجه الأرض لسيل و نحوه فلها حكم المعادن الظاهره، و هو الملك بالحيازه لا غيره على حسب ما عرفت، كما أن ما كان من الظاهره لو فرض كونه فى طبقات الأرض على وجه يحتاج إلى حفر و عمل كان له حكم ما تسمعه من حكم الباطنه.

و على كل حال فهى أى الباطنه تملك بالاحياء الذى هو العمل حتى يبلغ نيلها بلا خلاف أجده بين من تعرض له كالشيخ و ابنى البراج و إدريس و الفاضل و الشهيدين و الكركى و غيرهم على ما حكى

عن بعضهم، بل عن ظاهر المبسوط و المهذب و السرائر الإجماع على ذلك.

بل الظاهر أن الحكم كذلك سواء قلنا إنها للإمام أو للناس، و لعله لصدق الأحياء الذي هو سبب الملك، و لو بملاحظه ما سمعته من فتوى الأصحاب، فإن إحياء كل شىء بحسبه، و من هنا يملك البئر ببلوغه الماء الذي فيها، إذ هو كالجواهر الكائن فيها و يبلغه بحفرها. و حينئذ فلو قهره ظالم و أخرج منه شيئاً كان ملكاً للمحيى، بل و لا أجره للظالم.

و كيف كان فلا إشكال و لا خلاف فى أنه يجوز للإمام إقطاعها قبل أن تملك بل ربما ظهر من التذكرة الإجماع عليه، لأنه إن لم يكن مواتاً داخلاً فى ملكه فهو بحكم الموات المندرج فى عموم ولايته و للخبر (١) السابق الدال على جواز إقطاع المعدن الباطن.

نعم عن الشافعى أنه لا يقطع إلا بقدر ما يتمكن المقطع من العمل عليه و الأخذ منه حذراً من التعطيل و التضييق على الناس.

مع أنه فى التذكرة مقابلاً لذلك «و قال علماؤنا: للإمام أن يقطعه الزائد» بل قيل: إنه ظاهر إطلاق المبسوط أو صريحه و ظاهر إطلاق الباقيين، و إن كان قد يقال بأن ما ذكره الشافعى مناسب لما تسمعه من المصنف و الشيخ و ابن البراج و الفاضل و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعضهم من أنه إذا أهمل المحجر له بعض العمل أجبره الامام على إتمامه أو الترك، فان اعتذر بعذر ينتظر أنظره، ثم يلزمه أحد الأمرين نحو ما سمعته سابقاً، إذ ليس ذلك إلا لما سمعته من الشافعى من التعطيل و الضيق. و لعله لذا اختار فى التحرير مذهب الشافعى.

بل لو اعتذر بالإعسار أمكن عدم إجابته كما فى جامع المقاصد، لعدم الأمد الذى يخشى منه التطويل المفضى إلى التعطيل، هذا.

و قد عرفت أن حقيقه إحيائها أن يبلغ نيلها بلا- خلاف أجده، نعم زاد بعضهم مع ذلك قصد التملك، و هو جيد مع فرض اشتراطه فى مطلق الاحياء و إن كان قد عرفت البحث فيه، ضروره أن المقام كغيره، و إلا فلا وجه له قطعاً، لعدم احتمال ما يخصه من بين أفراد الاحياء.

و على كل حال ف لو حجرها و هو أن يعمل فيها عملاً- لا- يبلغ به نيلها كان أحق بها و لم يملكها على حسب ما سمعته فى التحجير الذى ما نحن فيه فرد منه، إذ هو شروع فى إحيائها.

و من هنا قد عرفت عدم الخلاف فى أنه يجرى فيه ما تقدم فى التحجير من أنه لو أهمل أجبر على إتمام العمل أو رفع يده عنها، و لو ذكر عذراً أنظره السلطان بقدر زواله ثم ألزمه أحد الأمرين كما عرفت الكلام فى ذلك كله مفصلاً.

ثم قد عرفت سابقاً أيضاً أن من ملك مواتاً بإحيائه ملك حريمه معه، و هو مرافق ذلك العامر التى يرجع فيها إلى العرف المختلف باختلاف الأحوال و الأمكنه، و هو معنى ما عن المبسوط و المهذب من أنه إذا أحيا المعدن فهو أحق به و بمرافقه التى لا بد منها على حسب الحاجة إليه إن كان يخرج منه ما يخرج بالأيدى، و إن كان يخرج بالأعمال فكما ذكرناه فى الموات، و قد ذكرا هناك أن المدار على الحاجة مما يتوقف عليه الدواب و الدولاب و المستقى و نحو ذلك.

لكن فى القواعد «لا يقتصر ملك المحيى على محل النيل، بل الحفر التى حواليه و تليق بحريمه يملكها أيضاً» و قيل: إن مراده بها ما يريد أن يحفرها، فهى الحفر بالقوه لا بالفعل، و لكن لا يخفى عليك ما فى ذلك.

و نحوه ما فى المسالك «و إذا اتسع الحفر و لم يوجد المطلوب إلا فى بعض جهاته لم يقتصر الملك على محله، بل كما يملكه يملك ما حوالیه مما يليق بحريمه، و هو قدر ما يقف فيه الأعوان و الدواب، و من جاوز ذلك و حفر (بثراخ) لم يمنع و إن وصل إلى العرق» و لا يخفى عليك ما فيه من الإجمال أيضا.

و كذا ما فى الدروس و غيرها «من ملك معدنا ملك حريمه، و هو منتهى عروقه و مطرح ترابه و طريقه و ما يتوقف عليه عمله إن عمله عنده» فإنه إن لم يحمل على إرادته ما لا يزيد على حريمه من منتهى عروقه أشكل بما هو المعلوم المصرح به فى كلام غير واحد من أنه لو حفر فبلغ المعدن لم يكن له منع غيره من الحفر فى ناحيه أخرى، فإذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه، لأنه يملك المكان الذى حفره و حريمه.

و ما فى التحرير من أنه «إن وصل الأول إلى العرق فهل للثانى الأخذ منه من جهه أخرى؟ الوجه المنع، فإن الأول يملك حريم المعدن» محمول بقرينه التعليل و غير ذلك من كلامه على ما إذا كان موضع الآخر حريما للأول، و الله العالم.

[فروع]

[الأول لو أحيا أرضا و ظهر فيها معدن ملكه تبعها لها]

الأول:

لو أحيا أرضا و ظهر فيها معدن باطن ملكه تبعها لها بلا خلاف أجده فيه كما عن المبسوط و السرائر الاعتراف به، بل قيل

إن ظاهر الأول بل الثانى نفيه بين المسلمين لأنه جزء من أجزائها و إن استحال إلى حقيقه أخرى غيرها، إلا أن ذلك لا يخرجّه عن ملكه فيها، سواء كان عالما به حين أحيائها أو لا، خلافا للشافعى فملك الثانى دون الأول.

و فيه ما لا يخفى من أنه على الحالين من أجزاء الأرض التى ملكها بالاحياء. و من هنا افترق عن الكنز المدفون فيها الذى هو إن كان ركازا لا أثر للإسلام عليه جاز تملكه كالمعادن الظاهره بعد إخراج خمسه، و إلا كان لقطه. و كذا لو اشترى أرضا فظهر فيها معدن.

و كيف كان فلا ينافى ذلك ما تقدم سابقا من عدم ملك الامام (ع) المعدن فى مواته المملوك له، بل و كذا المفتوحه عنوه التى هى للمسلمين و إن كان مقتضى ذلك كونه تابعا للملك.

لكن قد عرفت سابقا ما يقتضى خلافه، و لعله للفرق بين ملك الامام (عليه السلام) و المسلمين و بين ملك المحيى المخصوص، بل لا يتم ذلك إلا بذلك، فتأمل جيدا، و الله العالم.

[الثانى لو حفر أرضا فوصل إلى معدن ثم فتحها المسلمون فهو غنيمه للغانمين]

الثانى:

لو حفر أرضا فوصل إلى معدن ثم فتحها المسلمون فعن المبسوط و المهذب و التذكرة و التحرير أنه غنيمه للغانمين لا- أنه للمسلمين كالأرض، و عن الفخر أنه قواه، و الكركى استظهره.

لكن فى القواعد الإشكال فى ذلك، و لعله من كونه بحكم المنقول و غير مندرج فى الأرض التى دلت الأدله أنها للمسلمين، و لعدم علم قصد التملك للحافر له، فىكون حينئذ على أصل الإباحه، نحو من حفر بئرا

فى الباديه ثم ارتحل عنها، و من أنه جزء من الأرض التى لا تنقل أو مشابه لها فى ذلك.

و لكن لا يخفى عليك ضعف الأخير، بل و لا بعض ما ذكر للأول الذى لا يقدر فى قوته ذلك، و الله العالم.

[الثالث لو قال رب المعدن لآخر اعمل فيه و لك نصف الخارج فهو باطل لجهاله العوض]

الثالث:

لو قال رب المعدن لآخر: «اعمل فيه و لك نصف الخارج» فى القواعد و جامع المقاصد و محكى المبسوط و التذكرة بطل، لجهاله العوض إجاره كان أو جعله، و هو كذلك فى الأول، أما الثانى فقد تقدم فى كتاب الجعالة ما يعلم منه صحه ذلك و عدمه بعد فرض كون المعدن مملوكا للجاعل بالإحياء أو بغيره.

و لو قال له: «اعمل فما أخرجته فهو لك» فى محكى المبسوط «لا يصح، لأنه هبه مجهول، فكل ما يخرج حينئذ فهو لصاحب المعدن إلا أن يستأنف له هبه، و لا اجره للعامل، لأنه عمل لنفسه» إلى آخره و نحوه عن المهذب، بل عن التذكرة اختياره.

لكن قد يشكل ذلك - بعد توجيهه بإرادته المعدوم حال الهبه من الجهل، فان ما يخرج لم يكن حاصلًا قبله - بأنه إباحه تملك، كما أوماً إليه فى محكى التحرير قال: «يكون ذلك إباحه للإخراج و التملك، و إن كان للمالك الرجوع فى العين مع بقائها و لا اجره له» إلى آخره.

و بعد التسليم قد يمنع عدم استحقاق الأجره مع جهالته بالحكم، لأصالة احترام عمل المسلم الذى صار فى الواقع لصاحب المعدن و إن زعم أنه له، كما أوماً إليه فى الدروس، اللهم إلا أن يمنع جعل الجهل بالحكم

عذرا لعدم تحقق الإغراء.

[أما الماء]

إشارة

و أما الماء الذى هو أحد المشتركات للأصل و الإجماع بقسميه و

النبوى (١) «الناس شركاء فى ثلاثة: النار و الماء و الكلاً»

و الكاظمى (٢) «إن المسلمين شركاء فى الماء و النار و الكلاً»

ف قد يعرض له الملك بالاحراز فى آنيه أو مصنع أو حوض أو نحوها بلا- خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعله ضرورى، و إن حكى عن بعض العامة عدم الملك بذلك، و إنما يفيد الأولويه، لإطلاق النص المزبور إلا أن مثل ذلك لا ينافى الضروره المزبوره، كما أن الخبر المزبور لا ينافى عروض الملك بالحيازه التى هى أحد أسبابه.

مضافا إلى

قوله (صلى الله عليه و آله) (٣): «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»

و غير ذلك من السيره المستمره فى سائر الأعصار و الأمصار على تملك ذلك و بيعه و جريان جميع أحكام الملك، من غير فرق بين المسلمين و غيرهم.

و لا يجب عليه بذل الفاضل عن حاجته من هذا الماء المحوز بلا خلاف، كما عن الشيخ و غيره الاعتراف به، إذ ليس هو كالبئر التى ستسمع الكلام فيها مع أن المشهور

أن من حفر بئرا فى ملكه أو (فى خ) مباح ليملكها فقد اختص بها كالمحجر، فإذا بلغ الماء فقد ملك الماء و البئر بل لا أجد خلافا فى التحجير المزبور و إن كان هو غير واضح.

الوجه فى الملك، و إن قيل: المراد به أنه يختص بمائها فلو أن أحدا

١- ١ المستدرک- الباب- ٤- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥- من كتاب إحياء الموات- الحديث ١.

٣- ٣ المستدرک- الباب- ١- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٤ و سنن البيهقى ج ٦ ص ١٤٢.

غلبه عليها و تمم حفرها لم يملك ماءها.

و لا كذلك لو حفرها غاصب في ملكه ابتداء، فإنه يملكه أو يكون أولى، إلا أنه كما ترى، ضروره كونه كذلك قبل الحفر، و دعوى ملك الغاصب الماء أو كونه أحق لو حفر ابتداء في غايه الفساد، كما تقدم في كتاب الغصب (١) و على كل حال فالأمر سهل بعد وضوح الأمر.

نعم قد يقال بظهور الفائده في ذلك بالنسبه للحريم لمن أراد حفر بئر أخرى في المباح المجاور لملكه، فإنه إذا كان حافرا فيها له منعه مع فرض تضرره، بخلاف ما إذا لم يكن حافرا.

و أما ملك الماء ببلوغه الذي نسبه غير واحد إلى الأصحاب مشعرا بالإجماع عليه، بل لعله كذلك نظرا إلى السيره المستمره

فقد يقال إن الوجه فيه إمكان دعوى أنه نماء ملكه، كثمره الشجره و لبن الدابه مثلا، أو دعوى أن ذلك حيازه له أو سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فيكون له، و فحوى ما تسمعه من نصوص (٢) بيع الشرب، أو أنه إحياء للأرض بالسرايه على نحو ما سمعته في المعدن، أو أن ملك الأرض يقتضى ملك الماء الكامن فيها و إن لم يكن من أجزائها، أو غير ذلك.

لكن عن الشيخ في المبسوط بعد أن ذكر الملكيه على نحو ما ذكرها الأصحاب أنه قال: «كل موضع قلنا فيه بملك البئر فإنه أحق بمائها بقدر حاجته لشربه و شرب ماشيته و سقى زرعه، فإذا فضل بعد ذلك شىء و جب بذله بلا عوض لمن احتاج إليه لشربه و شرب ماشيته- إلى أن قال:- أما لسقى زرعه فلا يجب عليه لكنه يستحب» و استدل على

١-١ راجع ج ٣٧ ص ٢٠٦-٢٠٧.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢٤ - من أبواب عقد البيع - من كتاب التجاره.

ذلك ب

خبر ابن عباس (١) «الناس شركاء»

إلى آخره، و ب

خبر جابر (٢) عن النبي (صلى الله عليه و آله) «أنه نهى عن بيع فضل الماء».

و نحوه عن الخلاف مع زياده الاستدلال ب

خبر أبي هريره (٣) عنه (صلى الله عليه و آله) «من منع فضل الماء ليمنع به الكلاً منعه الله فضل رحمته».

و فى المختلف حكايته أيضا عن أبي على، بل و عن الغنيه، لقوله:

«إذا كانت البئر فى البادية فعليه بذل الفاضل لغيره لنفسه و ماشيته» لكن يمكن أن يريد السابق لها لا حافرها، فلا يكون مخالفا.

هذا و فى المسالك «أن الفرق بين سقى الحيوان و الزرع حيث منع من منعه للأول دون الثانى أن الحيوان محترم لروحه بخلاف الزرع».

و فيه أن ذلك غير مجد بعد فرض كون أحقيته بقدر حاجته، كما هو ظاهر ما سمعته منه.

ثم قال فى جوابه فيها أيضا: «إن هذه الأخبار كلها عاميه، و هى مع ذلك أعم من المدعى، و مدلولها من النهى عن منع فضله مطلقا لا يقول به و لا غيره ممن يعتمد هذه الأحاديث، و هى ظاهره فى إرادته الماء المباح الذى لم يعرض له وجه تملك، كمياه الأنهار العامه و العيون الخارجه فى المباح و السابقه

على إحياء الأرض الموات و مياه العيون و الآبار المباحه، فإن الناس فى هذا شرع حتى لو دخل شىء منه فى أملاك الناس لم يملكوه إلا بنيه الحيازه، كما لو نزل مطر و اجتمع فى ملكهم، لكن ليس لأحد أن يدخل الملك لأخذه من حيث التصرف فى الملك لا من

١- ١ المستدرک- الباب- ٤- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٢.

٢- ٢ سنن البيهقى- ج ٦ ص ١٥.

٣- ٣ كتر العمال- ج ٣ ص ٥١٨- الرقم ٣٩٧٥ ط عام ١٣٧٠ عن أبي قلابه.

حيث الماء، و لو فرض دخوله أساء و ملك ما أخذه من الماء».

و فيه أن الأخبار المزبوره كما هي موجوده فى طرق العامه موجوده فى طرق الخاصه (١) بسند معتبر كما ستعرف، و ما دل (٢) على الاشتراك منها غير مانع من الملك بسببه كحيازته أو أحياءه أو نحو ذلك، كما أن ما دل منها على منع الفضل منزل على منع مباح الماء و يبعه بالتغلب و نحوه أو على الكراهه.

ك

موثق أبى بصير (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «نهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن بيع النطاف و الأربعاء، قال:

و الأربعاء أن تسنى مسناه لتحمل الماء و تسقى به الأرض ثم يستغنى عنه، قال: فلا تبعه، و لكن أعره جارك، و النطاف أن يكون له الشرب فيستغنى عنه، فقال: لا تبعه أعره أخاك و جارك».

و موثق عبد الرحمن (٤) عنه (عليه السلام) «نهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن المحاقله - إلى أن قال -: و النطاف شرب الماء ليس لك إذا استغنت عنه أن تبعه جارك تدعه له، و الأربعاء المسناه تكون بين القوم فيستغنى عنها صاحبها، قال: يدعها لجاره و لا يبيعها إياه»

لقصورهما عن معارضه ما يقتضى صحه البيع من إطلاق الأدله و الإجماع و خصوص

صحيح سعيد الأعرج (٥) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «سألته عن الرجل يكون له الشرب مع قوم فى قناه له فيها

١-١ الوسائل - الباب - ٧- من كتاب إحياء الموات - الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٥- من كتاب إحياء الموات - الحديث ١.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٧- من كتاب إحياء الموات - الحديث ١.

٤-٤ ذكر صدره فى الوسائل - الباب - ١٣- من أبواب بيع الثمار - الحديث ١ و ذيله فى الباب - ٢٤- من أبواب عقد البيع - الحديث ٤ من كتاب التجاره.

٥-٥ الوسائل - الباب - ٢٤- من أبواب عقد البيع -- الحديث ١ من كتاب التجاره.

شركاء فيستغنى بعضهم عن شربه أ يبيع شربه؟ قال: نعم إن شاء باعه بورق، و إن شاء بكييل حنطه»

و نحوه روايه سعيد بن يسار(١) و فى

حسن الكاهلى أو صحيحه (٢) «سأل رجل أبا عبد الله (عليه السلام) و أنا عنده عن قناه بين قوم لكل منهم شرب معلوم فاستغنى رجل منهم عن شربه أ يبيعه بحنطه أو شعير؟ قال يبيعه بما شاء، هذا مما ليس فيه شىء»

و فى المروى عن قرب الاسناد(٣) «عن قوم كانت بينهم قناه لكل إنسان منهم شرب معلوم، فباع أحدهم شربه بدراهم أو بطعام هل يصلح؟ قال: نعم»

و غير ذلك مما دل على بيع الشرب.

فظهر لك من ذلك كله أنه لا إشكال فى ملك الماء المستبطن (٤) و حينئذ لم يجز لغيره التخطى إليه إلا بإذنه كغيره من الأموال المحترمه و لو أخذ منه شيئاً من دون إذنه أعاده.

و يجوز بيعه كيلا و وزنا بلا خلاف و لا إشكال، بل و مشاهده إذا كان محصورا على وجه لا يتعذر تسليمه باختلاطه بما يتجدد من غيره و إلا ف لا يجوز بيعه أجمع، لتعذر تسليمه، لاختلاطه بما يستخلف فيتعذر تسليمه، نعم قد يقوى جواز بيعه على الدوام، لما سمعته من النصوص المزبوره.

و لعله لذا قال فى الدروس: «بياع كيلا- و وزنا و مشاهده إذا كان محصورا، أما ماء البئر و العين فلا إلا أن يريد على الدوام، فالأقرب الصحة، سواء كان منفردا أو تابعا للأرض».

و لا يقدح عدم معلوميه المتجدد التى يكفى فيها معرفه حالها فى الزمان

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٤ - من أبواب عقد البيع - الحديث ١ من كتاب التجاره.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٤ - من أبواب عقد البيع - الحديث ٣ من كتاب التجاره.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٢٤ - من أبواب عقد البيع - الحديث ٥ من كتاب التجاره.

٤- ٤ هكذا فى النسخه الأصلية المبيضة، و فى المسوده بقلمه الشريف «المياه المستبطنه».

السابق على حال البيع، و إشكاله بالجهالة بعدم العلم بقدر ما يسلم إليه كأنه من الاجتهاد في مقابله النص، مع إمكان منع تحققها عرفاً في مثله، فإن العلم المزبور كاف، إذ لا دليل على اشتراط أزيد من ذلك.

و دعوى أن الشهرة هنا محكية على عدم جواز البيع - فتكون عاضده لما دل على النهي عن بيع الغرر. مضافاً إلى إمكان إرادته غير البيع من البيع في النصوص المزبورة، فإنه مجاز شائع، و إلى أنها غير مساقه لبيان ذلك، و إنما هي لبيان جواز بيعه بما يشاء - يدفعها منع تحقق الشهرة في الفرض المزبور.

بل ظاهرهم في صورته الاختلاط التي لولاها لأمكن القول بالجواز فيها أيضاً بعد مشاهدته و معلوميته و الإقباض بالتخليه بينه و بينه، و إن اقتضى ذلك اختلاطه بما يتجدد من الماء فإن أقصاه حينئذ للشركة المقتضيه للصلح بينه و بين البائع، لا بطلان البيع الذي مقتضى إطلاق الأدلة صحته على وجه لم يثبت مثل ذلك مانعاً لها، بل يمكن منع الشهرة في مثل ذلك، كما لا يخفى على من لاحظ و تأمل.

و أولى من ذلك نقله بالصلح أو الهبه أو غير ذلك مما هو أوسع دائره من البيع.

ثم إن ظاهر المتن التقييد بقصد الملك في المباح دون الحفر في الملك الذي لا يحتاج إليه، بل هو ملكه حتى لو قصد العدم، لكونه من نماء ملكه.

لكن في المسالك «يفهم من قيد التملك الاحتياج إليه في ملكه و في المباح، لجعله عله لهما، و هو يتم في المباح، أما المملوك فالأظهر أن ما يخرج منه من الماء مملوك تبعاً له، كما تملك الثمره الخارجه، و ربما قيل

بعدم تملكه و إن كان أولى به، و مثله القول فى الكلاً النابت فيه بغير قصد».

و فيه منع كونه عله لهما، بل هو للمباح المتصل به، كما هو المحكى عن صريح المبسوط و السرائر، بل قد يناقش فى أصل اعتبار ذلك فى المباح، خصوصا بعد عدم ذكره فى شرائط الإحياء كما ذكرنا الكلام فيه مفصلاً.

و احتمال اختصاص البئر بالشرط المزبور واضح الفساد.

نعم قد يقال: إن نظر المصنف إلى الحفر المقصود به عدم التملك الذى سيدكره، فلا دلالة فيه على اشتراط القصد، بل يكفى عنده عدم قصد العدم الذى قد عرفت البحث فيه أيضا إن لم يكن المنساق و المتيقن من الإطلاق المزبور الظاهر فى تسبب الإحياء الملك من غير اشتراط أمر آخر كما عرفت سابقا، فلا حظ و تأمل، و الله العالم.

و لو حفرها فى المباح مثلا لا للملك بل للانتفاع بها ما دام فى ذلك المكان فهو أحق بها مده مقامه عليها كما صرح به الشيخ و ابن إدريس و الفاضل و الشهيدان و الكركى على ما حكى عن بعضهم، معللين له بأنه لا ينقص عن التحجير بعد انتفاء الملك بعدم قصده للمحى، و حينئذ فإذا تركها حل لغيره الانتفاع بها.

بل لو عاد الأول بعد المفارقه ساوى غيره على ما صرح به غير واحد، بل لا أجد فيه خلافا بين من تعرض له.

لكن قد يناقش فى الأول بمنع كونه كالتحجير الذى هو الشروع فى الإحياء المملك فى الأحقيه المزبوره بعد فرض عدم قصده التملك بالإحياء بناء على اعتباره فيه، نعم قد يكون مندرجا فى «من سبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم فهو أحق به» فلا يكون كحق التحجير الذى قد عرفت مخالفته لغيره فى كثير من الأحكام.

و كيف كان ف قيل و لكن لم نتحقق القائل، و لعله الشيخ باعتبار لزوم ذلك، لقوله السابق إن لم يكن أولى يجب عليه بذل
الفاضل من مائها عن حاجته نعم عن موضع من التذكرة لو حفر البئر و لم يقصد التملك و لا غيره فالأقوى اختصاصه به، لأنه
قصد بالحفر أخذ الماء فيكون أحق، و هذا ليس له منع المحتاج عن الفاضل عنه، لا في شرب الماشيه و لا الزرع.

و على كل حال ففيه أن مقتضى الأصل عدم وجوب بذله أيضا بعد أن كان له فيه حق نحو حق التحجير، ضروره كونه حينئذ
كالمملوك بالنسبه إلى ذلك.

اللهم إلا- أن يقال: إن ذلك لا- يزيد على السابق إلى الماء المباح الذي لا يجوز له المنع عما زاد على حاجته، لإطلاق ما دل
(١) على أن الناس فيه شرع سواء و غيره مما سمعته سابقا، و لعله لذا ذكر في التذكرة ما سمعته، بل عنها أيضا أن الأقرب
الوجوب دفعا لحاجه الغير، لكنه كما ترى، ضروره الفرق بينهما.

و كذا قيل في ماء العين و النهر لما سمعته من الأدله السابقه، و فيه ما عرفت.

و من هنا قال المصنف لو قيل: لا يجب بذل الزائد مطلقا مع قصد التملك كان حسنا

لعموم «الناس مسلطون على أموالهم» (٢).

و غيره، بل قد عرفت ندره المخالف، و أما مع عدم قصد التملك فقد يشكل عدم الوجوب بما عرفت بناء على أن ذلك كالسبق
إلى المباح.

١- ١ المستدرک- الباب- ٤- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٢.

٢- ٢ البحار- ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

و دعوى معلوميه خلاف ذلك شرعا يمكن شهادتها على حصول الملك بذلك و إن لم يقصد الدوام، كما سمعته سابقا فى الاحياء الذى ما نحن فيه فرد منه عندهم على ما هو الظاهر من كلماتهم بل هو صريح بعضهم.

و على كل حال ف إذا فارق مفارقه إعراض فمن يسبق إليها فهو أحق بالانتفاع بها بلا خلاف بين من تعرض له و لا إشكال، بناء على سقوطه بمثل الاعراض المزبور، و إلا كان مشكلا، و أولى منه بذلك إذا لم يكن مفارقه إعراض، ضروره أنه لو كان كحق التحجير لم يسقط بمطلق المفارقه، كما هو مقتضى المتن و غيره، نعم لو كان كحق السبق إلى الماء المباح اتجه حينئذ ذلك، و لكن كان عليه وجوب بذل الزائد نحو غيره من المياه المباحه التى يكون للسابق حق فيها بقدر حاجته.

و من ذلك يظهر لك أن كلامهم فى ذلك غير منقح، لأن مقتضى السقوط بمطلق المفارقه كونه كالسبق إلى المباح، و مقتضى عدم وجوب بذل الزائد أن يكون له فيه حق كحق التحجير، و لكن قد عرفت عدم الدليل عليه، فالمتجه إن لم نقل بالملك قهرا بالحفر الذى هو فرد من الاحياء الذى سمعت البحث فيه سابقا حتى مع قصد العدم أن يكون ذلك كالسبق إلى المباح، و الله العالم.

و أما ما كان منها مباح الأصل ك مياه العيون و الآبار غير المملوکه لأحد و الغيوث فالناس فيها سواء كما تقدم سابقا.

و حينئذ ف من اغترف منها شيئا بإناء أو حازه قاصدا لتملكه فى حوضه أو مصنعه فقد ملكه بلا خلاف و لا إشكال كما عرفت الكلام فيه سابقا.

و البئر العاديه إذا طمت و ذهب ماؤها فاستخرجه انسان ملكها،

كما صرح به فى القواعد، و هو كذلك مع فرض كونها من الموات الذى يملك بالاحياء، أما إذا كانت لمسلم فىنبغى أن يكون فيها البحث السابق فى الأرض الميتة بعد إحياء المسلم لها.

و منه ينقدح البحث فى ملك ماء البئر فى المملوك للمسلمين من الأرض المفتوحة عنوه، و يتجه فيه عدم ملكه لها، لما عرفته من اشتراط الملك به أن لا يتعلق به حق مسلم.

بل لعل الأمر كذلك فى المعدن الباطن فيها أيضا بناء على أن إخرجه من الاحياء.

لكن قد سمعت ظهور كلام الأصحاب إن لم يكن صريحه ملكه لمحبيه مطلقا، اللهم إلا أن يريدوا مع إحراز ما ذكروه سابقا من شروط الاحياء.

و أما حفر البئر فى الأرض الموقوفة للمسلمين مثلا فالمتجه عدم الملك أيضا، بل تكون لهم أيضا.

و لكن لم أجد شيئا من ذلك محررا فى كلامهم هنا، و قد تقدم جملة منه فى كتاب الغصب و غيره من الكتب السابقة.

إلا أنه فىنبغى أن يعلم أن من أراد أن يسبل بئرا فى أرض مملوكة للغير أن ينقل مقدار أرضها إليه ليكون الماء له فىسبله، و فى الأرض المباحه ينوى تملكها ثم يسبله، و الله العالم.

[المسألة الأولى ما يقبضه النهر المملوك من الماء المباح لا يملكه الحافر]

الأولى:

ما يقبضه النهر المملوك و لو بإحيائه نهرا من الماء المباح كشط الفرات و دجله قال الشيخ فى المبسوط لا يملكه الحافر للأصل كما إذا جرى السيل إلى أرض مملوكة؛ بل الحافر أولى بمائه من غيره، لأن يده عليه و سابق إليه إلا أنه لم نجد له موافقا على ذلك إلا ما يحكى عن بعض العامة.

نعم عن أبى على اعتبار عمل ما يصلح لسده و فتحه فى تملك الماء، و لعله لتوقف صدق الحيازه التى هى فعل من أفعال المكلف المقدور له فعلا و تركا على ذلك.

لكن فيه منع واضح، ضروره صدقها بدونه، كوضوح الفرق بين الفرض و بين ماء السيل فى ملك الغير الذى لم يقصد حيازته و لو بجعل آله معده لذلك، و إنما هو نحو شبكه مثلا لصيد، و من هنا اتفق من عداه من الأصحاب ممن تعرض لذلك على الملك بذلك.

مضافا إلى

خبر إسماعيل بن الفضل (١) المروى فى الكافى و الفقيه «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن بيع الكلاء- إذا كان سيحا يعمد الرجل إلى مائه فيسوقه إلى الأرض فيسقيه الحشيش و هو الذى حفر النهر و له الماء يزرع به ما شاء، فقال: إذا كان الماء له فليزرع به ما شاء و ليبيعه بما أحب»

بل و إلى غيره من النصوص السابقه فى القناه.

و حينئذ فإذا كان الحافر واحدا فلا بحث، و أما إذا كان

فيه جماعه فان وسعهم على وجه لا- يقع بينهم تعاسر أو لم يسعهم و لكن تراضوا على المهاياه فيه ف كذلك لا بحث، و إن تعاسروا قسم بينهم بالأجزاء بأن توضع خشبه صلبه لا يحصل فيها التفاوت بمرور الأزمنه، أو صخره ذات ثقب متساويه على قدر حقوقهم فى صدر الماء على وجه لا- يكون دخول الماء فى تلك الثقوب متفاوتا، و يجرى كل منهم ساقيه لثقوبه، و يجعل الثقوب على أقلهم سهما فإذا كان لأحدهم نصفه و للآخر ثلثه و لثالث سدسه جعلت الثقوب سته، ثلاثه منها لذى النصف، و اثنان لذى الثلث، و واحد لذى السدس، و هكذا. فيصنع كل منهم حينئذ بمائه ما شاء و لو بأن يسقى به ما لم يكن له شرب من هذا النهر، لقاعده تسلط الناس على أموالها بعد كون القسمة قسمه عدل.

بل الظاهر عدم جواز رجوع أحدهم بعد استيفاء الآخر، نعم له ذلك فى المهاياه التى لا إشكال فى صحتها مع الاتفاق منهم عليها، إلا أنها غير لازمه، للأصل و غيره، فلأحدهم الرجوع قبل استيفاء الآخر نوبته و إن كان الراجع قد استوفى سابقا تمام نوبته. و لكن قيل: يضمن له اجره مثل نصيبه من النهر للمده التى أجرى الماء فيها، لأنه لما تعذر ضبط الماء المستوفى بالكيل و الوزن امتنع إيجاب مثله و إن كان مثليا، و أولى منه قيمته فلم يبق إلا الرجوع إلى الزمان الذى استوفى فيه، فوجبت الأجره على حسبه. إلا أنه كما ترى لا يصلح مخصصا لما دل على ضمان المثلى بمثله، و مع التعذر فقيمته و إن أدى ذلك هنا إلى الرجوع للصلح و نحوه، و الله العالم.

و كيف كان فعن الشيخ مع التعاسر قسم بينهم على سعه الضياع التي هي لهم لا على قدر عملهم و لا نفقاتهم، لعدم ملكهم الماء و إنما هم أحق به لأجل ملكهم، فلو كان لبعضهم حينئذ مأه جريب من الأرض و لآخرين ألف جريب جعل للأول جزء من أحد عشر جزء و للباقيين عشره أجزاء، و قد عرفت فساد الأصل الذي بنى عليه هذا التفريع.

و من هنا قال المصنف و لو قيل: يقسم بينهم على قدر أنصبتهم من النهر الذي ستعرف أنه قدر النفقه على العمل كان حسنا بل هو الموافق للقوانين الشرعية كما عرفت.

ثم إنه قد يظهر من قول المصنف و غيره: «ما يقبضه النهر» عدم ملك ما لو فاض ماء من هذا النهر طغيانا إلى ملك انسان على وجه يدخل في النهر طاغيا، بل صرح الفاضل بأنه مباح مشبها له بالطائر يعيش في ملك انسان مثلا.

و لعله لعدم ملك ذى النهر له لخروجه عن نهره، و لا لذى الملك لعدم حيازه منه له تقتضى ملكه، فهو بالنسبة إليهما خصوصا الثانى كالطائر المزبور، إذ مجرد الدخول فى الملك لا يقتضى كونه حيازه مع عدم الاستيلاء، كما هو واضح. و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا استجد جماعه نهرا فبالحفر يصيرون أولى به]

المسأله الثانيه:

إذا استجد جماعه نهرا ليملكوه فبالحفر يصيرون أولى به لأنه تحجير فإذا وصلوا منتزع الماء و مجراه على وجه إذا أريد إجراؤه فيه جرى ملكوه سواء جرى فيه الماء أو لا. بعد أن تهيأ له، فإن ذلك إحياءه و كان بينهم على قدر النفقه على عمله إذا كان قد استأجروا غيرهم على عمله فأدوا أجرتهم على السويه أو التفاوت، فإنه يكون النهر ملكا لهم على حسب نسبه النفقه، ضروره مساواتها للعمل حينئذ، و إلا فلو فرض تفاوتها كما إذا كان أجير أحدهم أزيد اجره من الآخر و لكن العمل متفقا كان المدار على العمل لا عليها و لعل إطلاق ما فى محكى المبسوط من أن ملكيه النهر على قدر النفقه منزل على ذلك أيضا، ضروره عدم مدخله زيادتها بعد اتفاق العمل فى التفاوت فى الملكيه.

نعم هذا كله مع الاشتراك فى الحفر على وجه يكون جميع أجزاء الحفر مشتركا. أما إذا حفر كل منهم بعضه مستقلا عن الآخر فالمتجه ملك كل واحد مقدار حفره إلا أن يتعاضوا فيجعل كل منهم من حفره قدر ما له فى حفر الآخر بعد مراعاة النسبه بين الجميع، فيكون ملك النهر حينئذ على حسبها، و يتبعه الماء الجارى فيه عندنا فى الملكيه على الأصح و فى الأحقيه على ما سمعته من الشيخ.

و كذا ما فى قواعد الفاضل «لو حفرها جماعه ملكوها على نسبه الخرج» خصوصا بعد ملاحظه كلامه فى غيرها.

بل فى محكى الحواشى عن إملائه «أن هذا مختص بما إذا اشتركوا

فى الحفر، أما لو حفر بعضهم شيئاً و الآخر بعضاً آخر ملك كل واحد بقدر عمله لا خرجه إذا لم يكن لصعوبه الأرض بل لتفاوت سعر الأجره» فإن مرجعه أيضاً إلى ما ذكرنا، كما هو واضح.

و لو كان لإنسان رحى مثلاً على هذا النهر المملوك لغير ذىها ففى النافع «لم يجز لصاحب النهر أن يعدل بالماء و يصرفه عنها إلا برضا صاحبها».

و لعله

للصحيح (١) «كتب رجل إلى الفقيه (عليه السلام) فى رجل كانت له رحى على نهر قريه و القريه لرجل أو رجلين فأراد صاحب القريه أن يسوق الماء إلى قريته فى غير هذا النهر الذى عليه هذه الرحى و يعطل هذه الرحى إله ذلك أم لا؟ فوقع

(عليه السلام) يتقى الله عز و جل، و يعمل بالمعروف، و لا يضار أخاه المؤمن».

مؤيد (٢) بقاعده نفى الضرر و الضرار.

و لكن فيه أنه مناف لقاعده تسلط الناس على أموالهم، و دعوى ترجيحها عليها واضحة المنع، فلا بد من حمل الصحيح المزبور على صورته وضع الرحى بحق واجب على صاحب النهر مراعاته، كما عن ابن إدريس التصريح بتقييده بذلك جمعاً بينه و بين القاعده المزبوره المعتضده بعمل الأصحاب على وجه ترجيح على قاعده نفى الضرر و الضرار، و الله العالم.

١-١ أشار إليه فى الوسائل - الباب - ١٥ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ١ و ذكره فى التهذيب - ج ٧ ص ١٤٦ الرقم ٦٤٧.

٢-٢ هكذا فى النسختين الأصليتين: المبيضة و المسوده، و الصحيح «مؤيد».

[المسألة الثالثة إذا لم يف النهر المباح أو سيل الوادى بسقى ما عليه دفعه بدئ بالأول]

المسألة الثالثة:

إذا اجتمعت أملاك على ماء واحد مباح و لم يف ذلك النهر المباح مثلاً أو سيل الوادى بسقى ما عليه دفعه و وقع فى التقدم و التأخر تشاح بدئ بالأول، و هو الذى يلى فوهته أى أصله فأطلق الماء إليه على قدر حاجته ف للزرع إلى الشراك، و للشجر إلى القدم، و للنخل إلى الساق، ثم يرسل إلى من دونه، و لا يجب إرساله قبل ذلك و لو أدى إلى تلف الأخير بلا خلاف أجده فى أصل الحكم، بل لعل الإجماع بقسميه عليه.

مضافاً إلى النصوص من الطرفين، ف

من طريق العامه(١) «أن النبى (صلى الله عليه و آله) قضى فى شرب نهر فى سيل أن للأعلى أن يسقى قبل الأسفل ثم يرسله إلى الأسفل».

و فى آخر(٢) «أنه (صلى الله عليه و آله) قضى فى السيل أن يمسك حتى يبلغ إلى الكعبين ثم يرسل الأعلى إلى الأسفل».

و فى ثالث(٣) «أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير فى شراج(٤) الحره التى يسقون بها، فقال النبى (صلى الله عليه و آله): اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك، فغضب الأنصارى، فقال: أن كان ابن عمتك».

١-١ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٥٤.

٢-٢ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٥٤.

٣-٣ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٥٣ و ١٥٤.

٤-٤ بالشين المعجمه و الجيم: جمع شرح بالإسكان، قال فى الصحاح: هو مسيل مياه الحره إلى السهل، و الحره أرض ذات حجاره سود و نخره كأنها أحرقت بالنار منه رحمه الله.

فتلون وجه رسول الله (صلى الله عليه وآله) ثم قال: يا زبير اسق واحبس الماء حتى يصل إلى الجدر ثم أرسله».

و من طرق الخاصه خبر غياث بن إبراهيم (١) عن الصادق (عليه السلام) الذي رواه المشايخ الثلاثة و فى سنده ابن أبى عمير الذى هو من أصحاب الإجماع و مراسيله كالصحيح فضلا عن مسنده قال: «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) فى سيل وادى مهزور الزرع إلى الشراك و النخل إلى الكعب، ثم يرسل الماء إلى أسفل من ذلك».

و كأنه إليه أشار

فى النهايه «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) فى سيل وادى مهزور أن يحبس الأعلى على الذى هو أسفل منه للنخل إلى الكعب، و للزرع إلى الشراك، ثم يرسل الماء إلى من هو دونه، ثم كذلك يعمل من هو دونه».

و فى الغنيه «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) أن الأقرب إلى الوادى يحبس الماء للنخل إلى أن يبلغ فى أرضه إلى أول الساق، و إلى الزرع إلى أن يبلغ الشراك».

و فى محكى المبسوط «روى أصحابنا أن الأعلى يحبس إلى الساق للنخل، و للشجر

إلى القدم، و للزرع إلى الشراك» و مثله فى محكى السرائر.

و عن الفقيه بعد أن روى خبر غياث كما سمعت

قال: و فى خبر آخر (٢) «أن للزرع إلى الشراكين و للنخل إلى الساقين».

و فى

خبر عقبه بن خالد (٣) عن الصادق (عليه السلام) «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) فى شرب النخل بالسيل أن الأعلى يشرب قبل الأسفل، يترك الماء إلى الكعبين، ثم يسرح الماء إلى الأسفل الذى يليه، و كذلك حتى تنقضى الحوائط و يفنى الماء».

١-١ الواسئل - الباب - ٨ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ١.

٢-٢ الواسئل - الباب - ٨ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٢.

٣-٣ الواسئل - الباب - ٨ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ٥.

إلا- أن جميعها كما ترى متفق على إطلاق تقديم الأ-على على الأسفل نحو إطلاق المتن و الفاضل في جملة من كتبه، بل و المحكى عن المبسوط و السرائر و الغنيه و غيرها.

نعم قيده الشهيد في الدروس بما إذا لم يعلم السابق في الاحياء و إلا قدم، و تبعه عليه الكركى و ثانى الشهيدين و غيرهما.

بل في الكفايه تعليله بأن النصوص لا- عموم فيها بحيث تشمل هذا القسم، و فيه منع واضح، و الأولى التعليل بأن السابق في الاحياء قد تعلق حقه بالماء قبل غيره و إن كان في آخر النهر،

لعموم «من سبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم فهو أحق به» (١).

و دعوى التعارض بينهما من وجه يدفعها أن الرجحان لتقديم الأخير بالشهره، و لو بملاحظه كلامهم الآتى فى من أحيا أرضا على هذا الوادى بعد تعلق حق الأملاك و إن تردد فيه المصنف كما ستعرف، إلا أن المحكى عن غيره عدم مشاركته للسابقين.

و منهم من أطلق هنا، و كذا صرح أيضا بأنه لو سبق إنسان إلى مسيل ماء أو نهر فأحيا فى أسفله مواتا ثم أحيا فوقه مواتا آخر كان للأول السقى ثم الثانى ثم الثالث، إلى غير ذلك من كلماتهم التى تشهد على إرادته ما إذا لم يعلم السابق من الإطلاق المزبور، فتأمل جيدا.

بقى الكلام فى خلو نصوصنا المرويه فى الكتب الأربعة عن الشجر بعد اتفاقها أجمع كالفتاوى على التحديد بالشراك للزرع، فلا إشكال فيه، و لكن يكفى فيه مرسل المبسوط و السرائر بعد عمل المشهور.

و أما اختلاف التحديد بالساق و الكعب للنخل فقد نزل الصدوق

١- ١ المستدرک- الباب- ١- من كتاب إحياء الموات- الحديث ٤ و سنن البيهقى ج ٦ ص ١٤٢.

على قوه الوادى و ضعفه، و أولى منه تنزيله على إرادته العظمين الناتيين المتصلين بالساق، فيكون الوصول إليه هو الوصول إلى مبتدأ الساق، كما سمعته من الغنيه، أو على أن وصوله إلى الكعب الذى هو العظم الناتى فى ظهر القدم يستلزم وصوله إلى ذلك.

على أن التعبير بالكعب قد وقع فى النافع و النهايه التى هى متون أخبار، و إلا فالمشهور التعبير بالساق الذى هو منطبق على ما فى أخبار العامه من التحديد بالجدر.

بل لعل خبر الزبير(١) مبنى على ذلك، أى أن النبى (صلى الله عليه و آله) كان متنزلاً له عن حقه، فلما وقع من الأنصارى ما وقع أمره باستيفاء تمام حقه.

بل قد يؤيد ذلك أن ظاهر المسالك و غيرها أن ذلك ليس محلاً للخلاف، و لذا استدل له بنصوص الكعب(٢) نعم جعل محل الخلاف عدم تعرضها للشجر و إن قال فى الرياض: «إنى لم أفهمه بعد وضح الفرق

بين الكعب و الساق، و أنه أعلى منه بكثير، سيما إذا أريد من الساق منتهاه أو أوسطه».

لكن فيه أنه لا مجال لاحتمال إرادته منتهى الساق أو أوسطه، لصدق اسمه على ابتدائه الذى هو متصل بالكعب العرفى الذى هو و إن كان خلاف ما ذكرناه من معناه فى كتاب الطهاره(٣) إلا أنه لا بأس بإرادته هنا لقرائن كثيره فى النصوص و الفتاوى تقتضى الجمع بذلك.

و كذا ما فيه من أنه «لم يتضح الفرق - أى على القول المزبور -

١- ١ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٥٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٨ - من كتاب إحياء الموات.

٣- ٣ راجع ج ٢ ص ٢١٥ - ٢٢٤.

بين تحديد الشجر إلى القدم و النخل إلى الساق، لتقاربهما على ذلك التقدير قريبا لم يكن معه الفضل محسوسا بحيث كاد يكون أحدهما عين الآخر، و عليه بنى التوجيه فى دفع الاختلاف، فلا بد من تصحيح وجه الفرق بين التحديدين بأن يراد من الساق غير مبدئه، و معها لم يرتفع الاختلاف لمخالفة الكعب على أى تفسير للساق على هذا التقدير» إلى آخره، فإنه لا يخفى عليك ما فيه، خصوصا بعد وضوح الفرق

بينهما بتحقق صدق القدم قبل الوصول إلى منتهى الكعب المتصل بالساق.

فلا محيص حينئذ عن العمل بمرسلى الساق المعتضدين بشهره الأصحاب و بأصالتى بقاء الحق و عدم سلطنه الأسفل على الأعلى فى منعه عن القدر الزائد على المجمع عليه.

و على كل حال فالظاهر بناء الإطلاق المزبور نصا و فتوى على استواء الأرض، و إلا فلو فرض اختلافها هبوطا و علوا فى القواعد و جامع المقاصد و المسالك سقى كلا على حدته، و لعله لما فى الكفايه من أنهما لو سقيا معا لزاد الماء فى المنخفضه عن الحد السائغ شرعا، فيخرج عن المنصوص، فوجب إفراد كل بالسقى توصلا إلى متابعه النص بحسب الإمكان.

و لو كانت كلها منحدره لم يقف فيها الماء كذلك فى المسالك «سقى بما تقتضيه العاده. و سقط اعتبار التقدير الشرعى لتعذره» و استحسنة فى الكفايه.

قلت: قد يقال باعتبار الغايه لجميع ما فيها و إن استلزم الزيادة فى بعضها، نحو ما لو فرض اشتمال الأرض على زرع و شجر و نخل، و يلاحظ التقدير بالنسبه إلى المنحدره، نعم لو احتيج سقى الأرض لغير ذلك اعتبرت الحاجه عاده، فإن الظاهر كون التحديد المزبور فى النصوص

مراعاة لها، لا أنه تحديد تعبدى حتى لو علم زيادته على الحاجه، و لكن لا حق للثانى إلا بعد استيفاء الأول تمام حاجته و إن أدى ذلك إلى ضرر الغير، بل إن لم يفضل لا شىء له بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، لأنه أحق بمقدار حاجته، بل لا حق للثانى إلا بعدها.

نعم لو تساويا فى التحاذى عن يمين النهر و شماله فالذى صرح به الفاضل و الشهيدان و الكركى القسمة بينهما، فان تعذرت فالقرعه. نعم ذكر الشهيدان المهاياه مع الضيق، فان تعاسرا فالقرعه، و لعل ترك غيرهما المهاياه باعتبار عدم لزومها عليهما مع التعاسر، فلا يجبران عليها.

و لكن قد يناقش بأن المتجه فى المقام ما سمعته من السابق فى المعدن الذى هو باق على الإباحه أيضا كالماء هنا، و قد أطلق الأكثر هناك القرعه، و ظاهرهم تقديم من خرجت القرعه له فى أخذ تمام حاجته.

نعم قد سمعت ما سمعت من الكركى و غيره، و تقدم الكلام معهم هناك، و المقام مثله، ضروره أن ذلك ليس إلا لكونهما متساويين فى الأحقيه المزبوره، إما باعتبار كونهما معا فى فوهه النهر، أو لعدم العلم بتقدم أحدهما على الآخر، و مع فرضه و جهله فليس إلا القرعه، لاستيفاء تمام حاجته قطعاً.

و من ذلك يظهر لك النظر فيما ذكروه هنا من القسمة، و مع تعذرهما فالقرعه فى التقديم خاصه بعد فرض النقص عليهما، و فرض تعذرهما يكون لعدم تمكن كل منهما من ساقية تصل إلى ملكه أو لغير ذلك.

قال فى القواعد بعد أن ذكرها «فان لم يفضل عن أحدهما سقى من أخرجه القرعه بقدر حقه ثم يتركه للآخر، و ليس له السقى بجميع الماء، لمساواه الآخر له فى الاستحقاق، و القرعه تفيد التقديم بخلاف الأعلى مع الأسفل».

و معناه كما فى جامع المقاصد «أن القرعه إذا أخرجت أحدهما قدم فى السقى، و ليس له أن يسقى مقدار حاجته، لأنه يفسد زرع الآخر كله أو بعضه، بل ينظر إلى مقدار زمان السقى لهما و مقدار صبر الزرعين و عدم تطرق الفساد إليهما، و المفروض أن زمان الثانى قاصر عن زمان الأول، لأن المفروض أن الفاضل عن سقى الأول غير كاف فى سقى الثانى، فمقدار ما قصر به الزمان الثانى يوزع على كل من المالك الأول و الثانى، فيسقى الأول مقدار حقه، و هو ما يبقى بعد إسقاط حصته من التوزيع لا مقدار حاجته ثم يرسله إلى الثانى، مثاله لو كان زمان سقى الأول أعنى الذى أخرجته القرعه ستة أيام و الآخر مثلها و الباقي ثمانية أيام، فلكل منهما أربعة، و لو تفاوتتا فى ذلك بأن كان زمان سقى الأول ستة أيام و الآخر أربعة و مجموع المده التى لا يبقى الزرعان بعدها ثمانية أيام فلأول ثلاثة أخماس ثمانية أيام و للآخر خمسها، فإذا انقضت ثلاثة أخماس الثمانية أرسل الماء الأول، و هو من أخرجته القرعه إلى الثانى، لمساواتهما فى أصل الاستحقاق، و أما قوله: و القرعه إلى آخره، فهو جواب عن سؤال مقدر، و هو أنه لا فائده فى القرعه بعد الحكم باستوائهما فى السقى، و جوابه أن فائدتها تقديم أحدهما على الآخر، و لولاها لم تتحقق ذلك، لعدم الأولويه».

قلت: لا- يخفى عليك ما فى ذلك كله، ضروره اقتضاء تساويهما فى الاستحقاق قسمه الماء بينهما، كما لو كانا مالكين، فيأخذ كل منهما نصيبه و إن لم يكف لحاجته، لا القرعه التى هى بعد تعذر القسمه ليتحقق الاشكال.

كما لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد الإحاطه بما ذكرناه سابقاً و لاحقاً من تساويهما فى حق الأولويه التى لا ترجع إلى حق فى الماء نفسه، فلا يتصور فيه القسمه، على أنه قد يفرض التضمر بابتداء أحدهما على وجه لا يمكن

فيه مراعاة التوزيع، كما أنه يمكن كون أحدهما مقدما على الآخر في تمام حاجته و قد أخرجته القرعه، كما هو مقتضى إطلاق الأكثر في المتسابقين إلى المعدن فضلا عن المقام الذي من صورته التقدم في الأحياء مع الاشتباه.

و لو كانت أرض أحدهم أكثر قسم على قدرها، لأن الزائد مساو في القرب، فيستحق جزء من الماء، إذ المعتبر في قرب الأرض من الماء جزء منها و إن قل، حتى لو اتسعت إحدهما على جانب النهر و ضاقت الأخرى و امتدت إلى خارج فهما متساويان، لصدق القرب بذلك.

و لو أراد أحد أن يستجد بناء رحي على النهر المزبور فان عارض الأملاك على وجه يحصل ضرر عليهم أو بعضهم لم يكن له ذلك إلا- برضاهم، سواء بناها في ملكه أم في الموات، و إن لم يعارض أحدا جاز و إن كانت أعلى من الجميع، لأن لهم حق الانتفاع لا حق الملك، فلا يتوقف على إذنهم ما لا ينافي انتفاعهم.

و لو كان على النهر أرحيه متعارضه فهي كالأملاك في تقديم ما كان منها ما يلي الفوهه إن لم يكن غيرها السابق في الأحياء، و الله العالم.

[المسألة الرابعة لو أحيأ إنسان أرضا ميتة على مثل هذا الوادى لم يشارك السابقين]

المسألة الرابعة:

لو أحيأ إنسان أرضا ميتة على مثل هذا الوادى الذى تعلق به حق الأملاك السابقه فان لم يكن فيه تضيق فلا منع لما عرفت و إلا لم يشارك السابقين الذين هم أولى منه بإحياء أرضهم الذى به استحقوا مرافقها، و الماء من أعظم المرافق، فلا يستحق إلا بعد استيفاء الأولين، فان لم يفضل عن كفايتهم شىء بأن احتاج الأول إلى السقى عند فراغ المتأخر رجع الحق إليه، و هكذا، و لا شىء لهذا المحيى أخيرا

و إن كان الأرض التي أحيها أقرب من غيرها إلى فوهه الوادى.

نعم لو لم يحتج أحد منهم قسم له مما يفضل عن كفايتهم و من ذلك يعلم الوجه فى تقييد النص و الفتوى سابقا، لأن لم أجد خلافا فيه بين من تعرض له كالشيخ و الفاضل و الكركى و غيرهم.

لكن فى المتن و فيه تردد و لم نجد له لغيره، و احتمال فيه أمران:

أحدهما أن يكون الاحتمال الآخر مشاركة هذا المحيى للسابقين، بمعنى استحقاقه نوبه بعد نوبتهم كالذى قبله و إن احتج السابق قبل أخذه النوبه، لأن النهر مباح بالأصل، و انما استحققه من سبق بسبب الاحياء، و قد شاركهم المتأخر فى ذلك، كما يشارك من قبله السابق عليه.

و فى المسالك «هذا الاحتمال يتوجه إذا قلنا بأن الأعلى يجب عليه الإرسال لمن بعده بعد سقيه و إن احتج إليه مره أخرى، و هو وجه فى المسألة، أما إذا قلنا بأنه أولى من اللاحق مطلقا و لا حق للآخر إلا مع استغنائه فلا يظهر للاحتمال المذكور وجه، لأنه مع غناء السابقين لا إشكال فى استحقاقه، و مع حاجتهم يقدمون عليه، و فى التذكرة نقل الخلاف فيما لو احتج الأعلى بعد استيفاء حقه إلى السقى مره أخرى هل يمكن أم لا؟»

ثم قوى عدم التمكين، و أنه يجب عليه الإرسال لمن بعده، محتجاب

قول النبى (صلى الله عليه و آله) فى خبر عباده بن الصامت (١): «و يرسل الماء إلى الأسفل حتى تنتهى الأراضى»

و قوله (صلى الله عليه و آله) فى روايه الصادق (عليه السلام) (٢): «ثم يرسل الماء إلى الأسفل»

و غيرهما من الأحاديث.

قلت: قد يقال بانسياق تلك النصوص إلى الإرسال مع استغناء

١-١ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٥٤ مع اختلاف يسير فى اللفظ.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٨ - من كتاب إحياء الموات - الحديث ١.

الأول و إلا فمع فرض حاجته فهو مقدم كما فى أول الدور، لاستمرار سبب التقديم و هو كونه فى الفوهه مثلا، و حينئذ فيسقط الاحتمال المزبور الذى جعل وجهها للتردد، و لذا لم نره لغيره ممن تقدمه أو تأخر عنه.

و أما الاحتمال الثانى - فهو أنه لا يصلح لهذا المتأخر مع ضيق الماء الاحياء إلا بإذن السابقين لئلا يصير ذريعه إلى منع حقهم من النهر على طول الأزمنه و اشتباه الحال، خصوصا إذا كان أقرب إلى فوهته من غيره - فهو مع أنه بعيد عن العبارة واضح الفساد منطبق على أصول العامه

التي منها اعتبار أمثال هذه الخرافات دون أصولنا، ضروره أن حقهم فى النهر لا فى الموات، و عليهم ضبط الأمر على وجه لا يكون اشتباها فيما يأتى من الأزمنه، لا منع المستحق عن الأخذ بحقه مخافه حصول ذلك، كما هو واضح.

و لو احتاج هذا النهر إلى حفر و إصلاح و سد خرق و نحو ذلك فالظاهر كونه كالنهر المملوك الذى صرح فى القواعد بأنه عليهم على حسب ملكهم، فهنا أيضا على حسب استحقاقهم، نعم قد تقدم فى تراحم الحقوق أنه لو امتنع بعض الشركاء من الإصلاح لم يجبر و إن كان لا يخلو من نظر، خصوصا مع ملاحظه قاعده نفى الضرر و الضرار، و قاعده حفظ المال، و النهى عن ضياعه.

و على كل حال فى القواعد فى النهر المملوك أنه يشترك الكل إلى أن يصلوا إلى الأدنى من أوله أى الذى هو فى فم النهر، ثم لا شىء عليه، و يشترك الباقيون إلى أن يصلوا إلى الثانى و هكذا، و يحتمل التشريك.

و لعل وجه الأول أن نفعه ينتهى بانتهاء ملكه، و لا ملك له فيما وراء أرضه، فيختص الباقيون بمثونه ما بقى على حسب استحقاقهم، نعم لو كان الماء يفضل عن جميعهم و احتاج الفاضل إلى مصرف ينصب

إليه فمؤونه ذلك المصرف على جميعهم، لأنهم يشتركون في الحاجه و الانتفاع به، فكانت مؤنونه عليهم كأوله، و لا ينافى ذلك انتهاء حق الأمدنى عند أرضه، فاما أن يجب عليه حصه من المؤونه فى الجميع أو لا- يجب شىء لما بعد ملكه على حال، فان المراد عدم لزوم مؤونه الحفر لما يزيد عن ملكه عليه بعد فرض عدم توقف الحفر إلى ملكه على ذلك، أما مصرف الفاضل عن الجميع الذى يعود نفعه إليهم أجمع فلا وجه، لعدم لزومه له مع وصول النفع و الضرر إليه و عليه، كحفر أول النهر.

و لو فرض عدم ضرر و لا نفع له فيه اتجه حينئذ عدم التزامه بشىء، اللهم إلا أن يقال به باعتبار الشركه معه، فيستحق الثانى عليه من جهتها مقدار ما يقتضيه التقسيط من جهتها و إن لم يكن لذلك دخل فى ملكه.

و لعل من ذلك يظهر لك وجه التشريك باعتبار أن ما بعد ملكه و إن لم يكن مملوكا إلا أنه من ضروريات ملكه، لأنه مصب لمائه، و هو جيد مع الفرض المزبور. و لعله لذا حكى عن الشهيد فى الحواشى اختياره.

لكن فى جامع المقاصد «أن الأول أصح، لأنه لا حق له بعد ذلك الموضوع، لانحصار الاستحقاق فى الباقيين».

و فيه أنه كذلك إلا أن الاشتراك المزبور يوجب عليه ذلك، كما أوجب عليه فى مصرف الماء الفاضل. اللهم إلا أن يفرض أن وضع شركته معه إلى الحد المزبور، و أنه لا مدخل له بعده فى شىء أصلا، و لم يكن عليه ضرر و لا نفع، و هو خروج عن الفرض، فتأمل جيدا.

ثم إنه لا يتوهم من إطلاق الفاضل و غيره هنا الالتزام بالمؤونه المنافاه لما تقدم من عدم إجبار أحد الشريكين الآخر على العماره باعتبار منافاه الوجوب لعدم الإجبار، إذ احتمال كون المراد منه الإثم إن لم يفعل و إن لم يجبر كما قوى، ضروره أنه متى تحقق الوجوب اتجه الإجبار، و احتمال

منعه على كل واجب واضح الضعف، إلا أن المراد هنا اللزوم بعد البناء منهم على التعمير و أداء المئونه، أو كان أحدهما غائبا و تولى أمره الحاكم مثلا- أو غير ذلك، لا- اللزوم الذى يجبر عليه الشريك مع الامتناع، أو يقال المراد أنه حيث يتحقق الوجوب بأحد أسبابه.

و حينئذ فإذا امتنع ففى جامع المقاصد «كان للحاكم التسلط على إجباره على واحد من أمور متعدده: إما الإصلاح أو البيع أو الإجاره أو القسمة إن أمكنت إلى آخر الأمور المتعدده، فكان له إجباره فى الجملة، و متعلقه واحد غير معين من متعدده، و كل واحد لا يجبر عليه بخصوصه و إن أجبر على واحد غير معين» و هو جيد، إذ المدار حينئذ على رفع ضرر الشريك، و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا كان الإنسان فى يده دار أو أرض ورثها عن أبيه و يعلم أنها لم تكن ملكا و لم يعرف المالك لا بيع أصلها على حال بل فليبع تصرفه فيها]

المسأله الخامسه التى قد ذكرها المصنف فى النافع و لكن لا تعلق لها فى هذا الكتاب و هى ما رواه الشيخ فى التهذيب فى باب بيع الغرر فى

الموثق عن إسحاق ابن عمار(١) عن عبد صالح (عليه السلام) قال: «سألته عن رجل فى يده دار ليست له و لم تزل فى يده و يد آبائه من قبله قد أعلمه من مضى من آبائه أنها ليست لهم و لا يدرون لمن هى فيبيعها و يأخذ ثمنها، قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له، قلت: فإنه ليس يعرف صاحبها و لا يدري لمن هى، و لا أظنه يجىء

لها رب أبدا، قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له، قلت: فيبيع سكنها و مكانها فيقول لصاحبه أبيعك سكنى و تكون فى يدك كما هى فى يدى؟ قال: نعم يبيعها على هذا».

و إليه أشار في النهاية «إذا كان الإنسان في يده دار أو أرض ورثها عن أبيه عن جده غير أنه يعلم أنها لم تكن ملكا وإنما كانت للغير و لم يعرف المالك لم يجز له بيعها، بل ينبغي له أن يتركها بحالها، و إن أراد بيعها فليبع تصرفه فيها، و لا يبيع أصلها على حال».

و قال ابن إدريس «يمكن أن يقال: إنما كان الأمر على ما ذكر في هذا الحديث، و الوجه في ذلك، و كيف يجوز له تركها في يده و يبيع ما جاز له بيعه و هو يعلم أنه لم يكن لمورثه؟! و من كان بيده شىء و لم يعلم لمن هو فسيبيل اللقطة، فبعد التعريف المشروع يملك المتصرف، فجاز أن يبيع ما له فيها، و هو التصرف الذى ذكر فى الخبر دون رقبه الأرض إذا كانت فى الأرض المفتوحة عنوه، فهذا وجه تأويل فى الخبر، و بعد هذا كله فهذه أخبار آحاد أوردها شيخنا فى نهايته لثلا يشذ من الأخبار شىء».

و فيه أولا منع كونها من اللقطة، ضروره تعاقب الأيدى فيها على التصرف المحمول على الوجه الصحيح شرعا، و كونها لغيرهم أعم من كونها غصبا أو نحوه.

و لذا قال الفاضل بعد أن حكى ذلك عنه: «أقول: ليس بعيدا من الصواب أن يكون المراد بقوله: «فليبع تصرفه فيها» أى الآثار الموجوده من الأبنية و السقوف، و لا يلزم من كون الدار ليست له كونها غصبا، بل جاز أن تكون عاريه، و هو الظاهر، إذ تصرف المسلم إنما يبنى فى الظاهر على المشروع» و إن كان هو غير نقى أيضا.

و فى النافع أنه يمكن تنزيله على أرض عاطله مملوكة أحيائها غير المالك بإذنه، إلا أنه مع ذلك كله لا بد من تنزيل البيع فيه على بيع الآثار، أو إرادته الصلح الذى يقع مثله على حق السكنى الذى يقضى به تعاقب

الأيدى بعد عدم منافاه اعتراف كونها للغير المحتمل وجوها لذلك.

نعم قد يظهر من قول: «لا- أحب» فيه بجواز(١)بيع الرقبه و لكن على الكراهه، و لا- ريب فى منافاته للقواعد. اللهم إلا- أن يريد بذلك الاستئذان منه (عليه السلام) فى البيع باعتبار كونها مجهول المالك فأجابه (عليه السلام) بذلك. لعدم إظهار الراوى الوصول إلى حد اليأس بقوله: «و لا أظن يجيئها أحد».

أما بيع السكنى المستحقه بتعاقب الأيدى بمعنى نقلها بما ينقل مثلها إن لم تحمل على الآثار التى له فيها فلا بأس به، و لعل تنزيل الخبر المزبور عليه أولى من ذلك كله، و خصوصا ما ذكره ابن إدريس من التنزيل على دار فى المفتوحه عنوه أو ما سمعته من المصنف.

و الغرض أنه لا- ينبغى الجراه على مخالفه القوانين الشرعيه بالخبر المزبور خصوصا مع عدم العلم بإرادته الإمام من قوله: «عبد صالح» فيه، و إن كان المتعارف منه الكاظم (عليه السلام) لكن بغير هذه التأييده، و وجود (عليه السلام) فى التهذيب لم يعلم كونها من الراوى، بل من المحتمل كونها من الكاتب، و الله العالم بحقيقه الحال.

و يتلوه كتاب اللقطه

بسم الله الرحمن الرحيم و الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين الغر الميامين.

[كتاب اللقطه]

اشاره

كتاب اللقطه بضم اللام و فتح القاف و إسكانها: المال المخصوص على ما هو المعروف بين أهل اللغه كالأصمعي و ابن الأعرابي و الفراء و أبي عبيده.

بل عن الأخير أن التحريك عليه عامه أهل العلم. بل عن الأزهري انه قول جميع أهل اللغه و حذاق النحويين. و في الإيضاح «أجمعت الرواه على روايه خبر زيد الجهني (١) بالتحريك».

و لكن مع ذلك كله ففي التذكرة «عن الخليل بن أحمد أنها بالسكون للمال، و بالفتح للملقط، كما هو في كل ما كان على وزن «فعله» نحو «همزه» و «لمزه» و غيرهما» و من الغريب اختياره في التنقيح مع ندرته، بل عن الأزهري عن الليث السكون، و لم أسمع له غيره.

بل عن بعضهم عد السكون من لحن العوام، و ذلك لأن الأصل «لقاطه» فنقلت عليهم، لكثرة ما يلتقطون في النهب و الغارات و غير ذلك فتلعبت بها ألسنتهم اهتماما بالتخفيف فحذفوا الهاء تاره و قالوا:

«لقاط» و الألف أخرى فقالوا: «لقطه» فلو اسكن مع ذلك اجتمع على الكلمه إعلان، و هو مفقود في فصيح الكلام، و إن كان هو كما ترى من إثبات اللغه بالاجتهاد، على أنه في مقابله تصريح الأعظم منهم بها و إن اقتصر على الفتح جماعه منهم، لكن ذلك لا يدل على نفي السكون.

و على كل حال فهى لغه و عرفا المال، إلا أن الفقهاء تجوزوا و أطلقوها على ما يشمل آدمى الحر، و منهم من خصها بالأول، و أفرد للقيط كتابا آخر، و أما احتمال أنها حقيقه شرعيه للأعم فهو واضح الضعف، و الإطلاق في بعض النصوص لا يقتضيه.

و الأصل فيها بعد الإجماع أو الضروره على مشروعيتها في الجملة النصوص من الطرفين التى ستمر عليك جمله منها فى الأثناء،
ك

خبر زيد ابن خالد الجهنى (١) «جاء رجل إلى النبى (صلى الله عليه و آله) فسأله عن اللقطه، فقال: اعرف عقاصها و وكاءها ثم عرفها سنه، فان جاء صاحبها و إلا- فشأنك بها، قال: فضاله الغنم، قال: هى لك أو لأخيك أو للذئب، قال: فضاله الإبل، قال: مالك و لها، معها سقاؤها و حذاؤها،

فإنها تشرب الماء و تأكل الشجر حتى يلقاها ربها».

و صحيح الحلبي (٢) عن الصادق (عليه السلام) قال: «جاء رجل إلى النبى (صلى الله عليه و آله) فقال: يا رسول الله إنى وجدت

١- ١ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٨٥.

٢- ٢ أشار إليه فى الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ١ و ذكره فى التهذيب ج ٦ ص ٣٩٤ - الرقم ١١٨٤.

شاه، فقال: هي لك أو لأخيك أو للذئب، فقال: إني وجدت بعيرا، فقال: خفه حذاؤه و كرشه سقاؤه فلا تهجه».

و العقاض: الوعاء الذي تكون فيه النفقه من جلد أو خرقة و غير ذلك، و الأصل فيه الجلد الذي يلبسه رأس القاروره.

و الوكاء: الخيط الذي يشد به المال، و الله العالم.

و كيف كان ف الملقوط إما إنسان و إما حيوان أو غيرهما و لكل من الثلاثة أحكام تخصه.

[القسم الأول فيما إذا كان الملقوط إنسانا]

إشاره

فالقسم الأول يسمى لقيطا و ملقوطا و إن كانا هما بمعنى واحد، لأن فعيل كجريح بمعنى مفعول و منبوزا بمعنى مطروحا، فترجع الأسماء الثلاثة إلى الأمرين باعتبار حالتيه، فإنه ينبذ أولا ثم يلتقط.

و ينحصر النظر في هذا القسم في ثلاثة مقاصد:

[المقصد الأول في اللقيط]

الأول في اللقيط و هو كما في النافع و القواعد و التذكرة و التحرير كل صبي ضائع لا كافل له حال الالتقاط، بل لا أجد خلافا في غير المميز

منه، بل الإجماع بقسميه عليه.

مضافا إلى أنه المنساق مما في النهايه «اللقيط: الطفل الذى يؤخذ مرميا». و فى القاموس «أنه المولود ينبذ» و عن المصباح المنير «أنه غلب على المولود المنبوذ». و فى الصحاح «أنه المنبوذ».

و ربما كان هو المراد مما فى محكى الحواشى للشهيد «اللقيط: كل صبى طرحه أهله عجزا عن الصلّه أو خوفا من التهمه».

و على كل حال فلا يشمل شىء منها- نحو ما سمعته من النصوص أيضا- المجنون كما فى الدروس، و إن وافقه عليه الشهيد الثانى و الكركى و بعض متأخرى المتأخرين، بل لعل العرف أيضا يساعد عليه.

و وجوب حفظه عن التلف و إنقاده من الهلكه كالعاقل لا يثبت له حكم الالتقاط، فيكفى فيه حينئذ إيصاله إلى الحاكم المتولى لأمره و أمر غيره ينصب له من يحفظه، فأصالة عدم جريان حكم الالتقاط حينئذ بحالها.

و حينئذ فزياده المجنون فى تعريف المصنف كما فى المسالك فى غير محله، نعم لا بأس بزياده الصبيه المعبر عنها فى النصوص (١) باللقيطه فى مقابل اللقيط، لكن قد يريد المثال لها و للخنثى من الصبى فى المتن و غيره.

و بذلك كله ظهر لك أن قول المصنف و لا- ريب فى تعلق الحكم بالتقاط الطفل غير المميز فى محله، لأنه المتيقن من النصوص (٢) و كلام أهل اللغة و جرت السيره به.

و كذا لا- ريب فى سقوطه فى طرف البالغ العاقل بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى الأصل و غيره و إن وجب استنقاده من الهلكه و حفظ نفسه.

نعم فى الطفل المميز تردد من أنه مستقل بالامتناع خصوصا.

١- ١ الوسائل- الباب- ٢٢- من كتاب اللقطه- الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٢- من كتاب اللقطه- الحديث ٤.

إذا كان مراهقا، فلا يتولى أمره إلا الحاكم، و من حاجته إلى التربيه و التعهد و إن كان محفوظا في نفسه.

أشبهه وفاقا لصريح الفاضل و الشهيدين و الكركى و ظاهر محكى الوسيله و الغنيه جواز التقاطه، لصغره و عجزه عن دفع ضرورته و صدق كونه لقيطا بعد أن يكون ضائعا و مرميا و منبوذا، بل لعل إطلاق الالتقاط على يوسف (عليه السلام) (١) أقوى شاهد على ذلك، ضروره أنه كان مميزا كما يشهد له رؤياه التى قصها على أبيه قبل أن يرمى فى البئر.

بل لعل منه ينقدح النظر فى استثناء الكركى و ثانى الشهيدين المراهق منه تبعا للمحكى عن المبسوط، بل مال إليه فى الدروس، لأنه مستغن عن التعهد و التربيه، فكان كالبالغ فى حفظ نفسه.

مضافا إلى عدم منافاه ذلك لصدق اللقيط الذى به ينقطع أصله عدم جواز التقاطه، ضروره ظهور فحوى النصوص فى جواز الالتقاط، بل فى التذكرة المفروغيه من

وجوبه كفايه، و ستمتع الكلام فيه عند تعرض المصنف.

و إنما الكلام فى مشروعيه أصل الالتقاط،

قال الصادق (عليه السلام) فى خبر زراره (٢): «اللقيط لا يشتري و لا يباع».

و قال (عليه السلام) فى خبر إسماعيل المدائنى (٣): «المنبوذ حر، فإن أحب أن يوالى غير الذى رباه و والاه، فإن طلب منه الذى رباه النفقه و كان موسرا رد عليه، و إن كان معسرا كان ما أنفقه عليه صدقه».

و عنه (عليه السلام) أيضا فى خبر عبد الرحمن العزمى (٤) عن

١- ١ سورة يوسف: ١٢- الآيه ١٠.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٢- من كتاب اللقطه- الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢٢- من كتاب اللقطه- الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٢٢- من كتاب اللقطه- الحديث ٣ عن عبد الرحمن العزمى عن أبى عبد الله عن أبيه عليهما السلام كما

فى الكافى ج ٥ ص ٢٢٥.

أبيه عن الباقر (عليه السلام) «المنبوذ حر، فإذا كبر فإن شاء توالى الذى التقطه و إلا فليرد عليه النفقه، و ليذهب فليوال من شاء».

و قال محمد بن أحمد (١): «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن اللقيطه فقال: لا

تباع و لا تشتري، و لكن تستخدمها بما أنفقت عليها».

و فى

صحيح ابن مسلم أو حسنه (٢) «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن اللقيطه، فقال: حره، لا تباع و لا توهب».

إلى غير ذلك من النصوص الداله بفحواها على جواز التقاط غير الكبير الشامل للمراهق بعد فرض صدق كونه ضائعا و لا كافل له.

بل لعل ظاهر ما فى بعضها- من بقاءه على حكم الالتقاط حتى يكبر فيتوالى من شاء- يقتضى ذلك بعد معلوميه إرادته البلوغ من الكبير فيه و لو بقرينه المطالبه بالنفقه، و لو أن المراهق لا يلتقط لكان المناسب خروج الملتقط عن حكم الالتقاط بوصول الصبى إلى الحد المزبور لا إلى البلوغ، اللهم إلا أن يفرق بين الابتداء و الاستدامه، و هو كما ترى.

نعم لا بد من تحقق وصف كونه ضائعا فى جواز التقاطه، لكن فى المسالك «أن المصنف احترز بالضائع عن غير المنبوذ و إن لم يكن له كافل، فإنه لا يصدق عليه اسم اللقيط و إن كانت كفالته واجبه

كالضائع إلا أنه لا يسمى لقيطا» و ظاهره عدم صدق الضائع على غير المنبوذ.

و فيه منع، خصوصا بعد فتواه بجواز التقاط المميز غير المراهق.

و كأنه أخذه مما فى التذكرة قال: «و قولنا: ضائع نريد به المنبوذ فان غير المنبوذ يحفظه أبوه و جده لأبيه أو وصيهما، فإذا فقد أقام القاضى

١-١ الوسائل الباب- ٢٢- من كتاب اللقطه- الحديث ٤.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٢- من كتاب اللقطه- الحديث ٥ و فيه «عن اللقيط فقال: حر.» كما فى الكافى ج ٥ ص ٢٢٥.

مقامها، أما المنبوذ فيشبهه اللقطه، و لهذا سمي لقيطا، نعم يختص حفظه بالقاضى».

و كأنه يريد بغير المنبوذ من كان له كافل معروف، لا تخصيص اللقيط بكونه منبوزا و إن كان هو مقتضى ما سمعته فى كتب أهل اللغة إلا أن العرف يقتضى خلافه، ضروره صدقه على الضائع من أهله و إن لم ينبذوه، و النصوص و إن وجد فيها المنبوذ لكن وجد فيها اللقيط و هو أعم منه، فلا منافاه بينهما.

و على كل حال فى المسالك أيضا «و بقوله: لا كافل له عن الضائع المعروف النسب، فإن أباه و جده و من يجب عليه حضانته مختصون بحكمه، و لا- يلحقه حكم الالتقاط و إن كان ضائعا، نعم يجب على من وجده أخذه و تسليمه إلى من تجب عليه حضانته كفايه من باب الحسبه، و يجوز ال-حتراز بقوله: «لا- كافل له» عن الصبى الملقوط، فإنه فى يد الملتقط يصدق أن له كافلا، و مع ذلك لا يخرج عن اسم الضائع بالنسبه إلى أهله».

قلت: لعل الثانى أولى، لإمكان منع صدق الضائع على الإطلاق على معروف الأهل، فإن أول مراتب الضياع الذى يتحقق به الالتقاط كونه ضائعا على الملتقط و إن لم يكن ضائعا على أهله، كالمنبوذ الذى لا ريب فى كونه من اللقيط مع أنه غير ضائع على أهله، و إنما هو ضائع على الملتقط.

بل عن الشهيد فى الحواشى «أن اللقيط كل صبى طرحه أهله عجزا عن النفقه أو خوفا من التهمه».

و فى الإسعاد لبعض الأفاضل من الشافعيه «اللقيط عند الفقهاء اسم للطفل المنبوذ فى شارع أو مسجد و نحوهما ضائعا» و إن كان فى حصر

اللقيط بذلك ما عرفته سابقا، فلا حظ و تأمل، و ربما تسمع لذلك مؤيدا إنشاء الله تعالى، و الله العالم.

و كيف كان ف لو كان له أى الطفل و لو غير المميز أب أو جد أو أم أو غيرهم ممن يجب عليه حضانته كما فى المسالك أجبر الموجود منهم على أخذه لعدم كونه لقيطا حينئذ، ضروره وجود الكافل له، و عدم صدق كونه ضائعا عليه عرفا.

و كذا لو سبق إليه ملتقط ثم نبذه فأخذه آخر ألزم الأول أخذه لتعلق الحكم به بأخذه، و لا دليل على سقوطه عنه بنبذه.

و على كل حال فظاهر المصنف التنبيه بذلك على وجه اعتبار عدم الكفيل فى التعريف المزبور، إلا أنهم اختلفت عباراتهم فى تأديه ذلك.

ففى المتن و السالك ما عرفت، و فى التحرير كالمتمن بدون ذكر الملتقط، و فى الإرشاد و اللمعه ترك الأم و زياده الوصى.

و فى الدروس «يجبر الأب و إن علا و الأم و إن تصاعدت و الملتقط» و نحوه فى الروضه مع زياده الوصى.

و فى محكى المبسوط «أن التريه و الحضانه ولايه، و كذلك الإنفاق، و ذلك لا يكون إلا للوالد أو الجد أو الوصى أو أمين الحاكم».

و فى التذكرة «قولنا: لا كافل له نريد أن لا أب له و لا جد للأب و من يقوم مقامهما، فالملتقط ممن هو فى حضانته أحد هؤلاء لا معنى لالتقاطه، نعم لو وجد فى مضيعه أخذ ليرده إلى حاضنه».

و فى القواعد «فان كان له من يجبر على نفقته أجبر على أخذه».

و فى الدروس «و لو كان له أب و إن علا أو أم و إن تصاعدت أو ملتقط سابق أجبر على أخذه».

و فى الإرشاد «و شرط الأول- أى اللقيط- الصغر و انتفاء الأب أو الجد أو الملتقط».

إلى غير ذلك من العبارات التى لا تخلو من تشويش و إيهام لحصر الحضانه و الكفاله فى خصوص ما ذكره، و هو مناف لما سمعته فى النكاح .

بل قد يشكل عد الوصى مع عدم المال للولد ممن له الحضانه أو عليه، كما أنه قد يشكل عدم اعتبار المتبرع بالكفاله و الحضانه و إن كان بعيدا، فإنه لا يسمى من له مثله ضائعا و لقيطا، و أولى من ذلك الأعمام و الأخوال و الأخوات و الخالات و نحوهم، و إن كان بعض العبارات المزبوره تقتضى كونه لقيطا، لعدم الكافل الشرعى، و هو كما ترى.

و من ذلك كله يظهر لك أن إيكال اللقيط إلى العرف لعدم الحقيقه الشرعيه له أولى من هذه الكلمات التى لا يخفى عليك ما فيها بعد الإحاطه بما ذكرناه، و خصوصا عبارته التذكرة التى أطنب فى مجمع البرهان فى بيان إشكالها، و كذا عبارته الإرشاد.

و التجشم لدفع بعض ما ذكرناه بإرادته المثل مما ذكره فى المقام يمكن القطع بعدمه بملاحظه إرادته التقييد من المعبر بها، كقوله: «الجد للأب» مع أن الجد للأم من الحاضنين أيضا و إن لم يكن وليا، بل الأصل فى الحضانه للأم التى تركها بعضهم هنا.

و الحاصل أن التعريف المزبور و ما ذكره فى بيان وجه الاحتراز فى قيوده فى غايه التشويش، و الله العالم.

و لو التقط مملوكا ذكرا أو أنثى صغيرا كان أو كبيرا مع

تحقق وصف الضياع فيه جاز، لإطلاق ما دل (١) على جواز التقاط كل مال ضائع صامت أو ناطق، و خصوص الصحيح الآتى (٢) فهو حينئذ لقطه لا لقيط، لما سمعته من نصوص

الثانى (٣) التى هى صريحه فى ما لا- يشمله، فليس حينئذ إلا- لقطه لا- لقيطا و إن كان صغيرا منبوذا، مضافا إلى وجود حكمه مشروعيه الالتقاط فيه من خوف التلف و نحوه.

خلافًا للمحكى عن المبسوط و غيره، فمنع من التقاط الكبير، للأصل و فحوى ما ورد فى منع التقاط البعير (٤) من عدم الخوف عليه.

و فيه- مع أنه غير تام فى مثل الكبير الذى لا- يستقل بحفظ نفسه لجنون أو خبل أو قصور أو نحو ذلك- أن الكلام مع فرض صدق اسم الضياع الذى يندرج به تحت موضوع لقطه المال التى أشير إليها فى

صحيح على بن جعفر (٥) عن أخيه موسى «سألته عن اللقطه إذا كانت جاريه هل يحل فرجها لمن التقطها؟ قال: لا، إنما يحل له بيعها بما أنفق عليها».

الظاهر أو الصريح فى جواز التقاطها كبيره قابله لأن يستحل فرجها، أو أنها التقطت صغيره حتى كبرت عنده، و لكن لم تخرج بذلك عن حكم اللقطه، و القياس على البعير ليس من مذهبنا مع إمكان الفرق بينهما أيضا.

كما أن الاستدلال على المختار بالمعاونه و الإحسان عند خوف التلف- حتى أنه قال فى الروضه: «ينبغى القطع بالجواز مع ذلك»- لا يخلو من نظر، ضروره عدم ثبوت الالتقاط الذى له أحكام مخصوصه بذلك

١- ١ الوسائل- الباب- ٢- و غيره من كتاب اللقطه.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللقطه- الحديث ٨.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢٢- من كتاب اللقطه.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١٣- من كتاب اللقطه.

٥- ٥ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللقطه- الحديث ٨.

و إلا فنصوص رد الآبق (١) كثيره.

فالعمده حينئذ ما ذكرناه فى قطع الأصل المزبور.

و منه يستفاد أولويه مشروعيه الالتقاط فى الصغير منه و لو كان مراهقا بعد فرض تحقق وصف الضياع، و إن كان المحكى عن الشيخ أيضا و خيره الفاضل و الشهيد فى اللغه العدم، لعله المزبوره، لكنه واضح الضعف.

و دعوى أنه يعلم مالكة فلا يكون ضائعا يدفعها خروجها عن محل البحث، لما قد تكرر منا من أن البحث فيما تحقق فيه وصف الضياع.

كما أنه أيضا بعد تحقق كونه مملوكا يفرض ما يدل على ذلك أو العلم به، نعم لا عبره باللون و نحوه، كما هو واضح، و الله العالم.

إنما الكلام فى تملكه بعد التعريف سنه الذى قد يظهر من قول المصنف لزمه حفظه و إيصاله إلى صاحبه العدم مطلقا، كالفاضل فى الإرشاد.

و فى التحرير «و يجوز أخذ الآبق لمن وجده، فان وجد صاحبه دفعه إليه، و لو لم يجد سيده دفعه إلى إمام أو نائبه، فيحفظه لسيده أو يبيعه مع المصلحه، و ليس للملتقط بيعه و لا تملكه بعد تعريفه، لأن العبد يحفظ نفسه بنفسه، فهو كضوال الإبل».

و ظاهره العدم فى الكبير خاصه، بل صرح فى القواعد يملك الصغير بعد التعريف، كما عن المبسوط، و قواه فى المسالك.

لكن قد يقال: إن ظاهر نفي الحل فى الصحيح (٢) المزبور و حصره فى جواز البيع بالإنفاق يقتضى عدم مشروعيه التملك مطلقا، كما صرح به فى الدروس، و لا بأس به مقيدا لما دل (٣) على أن من حكم اللقطه

١-١ الوسائل - الباب - ٤٩ و ٥٠ - من كتاب العتق.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٨.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٨.

بعد التعريف التملك لو سلم شمولها للمفروض و عدم انسياقها فى المال الصامت، من غير فرق فى المملوك بين

الصغير و الكبير، لما عرفت من شمول الصحيح المزبور لالتقاط الكبير و الصغير حتى يكبر مضافا إلى الأصل.

و من الغريب احتمال بعض تملكه من غير تعريف كالضاله، ضروره عدم دليل عليه يخرج به عن الأصل.

و قول أحدهما (عليهما السلام) فى صحيح زراره(١) «فى لقيطه أخذت فقال: حره لا تباع ولا تشتري، و إن كان ولد مملوك لكن من الزنا فأمسك أو بع إن أحببت، هو مملوك لك»

لا دلالة فيه على اللقيط المملوك، و إنما هو دال على ملك ولد الزنا من المملوك، و هو غير ما نحن فيه، و الله العالم.

و على كل حال ف لو أبق منه أو ضاع من غير تفريط مع عدم نيه التملك حيث تكون له لم يضمن بلا خلاف كغيره من ملتقط المال.

و لو كان بتفريط ضمن بلا خلاف و لا إشكال.

و كذا لو اختلفا فى التفريط و لا بينه ف ان القول قول الملتقط مع يمينه للأصل و غيره.

و لو أنفق عليه باعه فى النفقه إذا تعذر عليه استيفاؤها من المالك، للصحيح المزبور(٢) الظاهر فى جواز الإنفاق و البيع فيه

١- ١ الوسائل - الباب - ٩٦- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ٢ من كتاب التجاره و فيه «ولد مملوك لك من الزنا» كما فى

الفقيه ج ٣ ص ٨٦- الرقم ٣٢٠ و التهذيب ج ٨ ص ٢٢٨- الرقم ٨٢٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢- من كتاب اللقطه- الحديث ٨.

من دون استئذان الحاكم، و لعله كذلك، لأنه بجواز الالتقاط له صار أمينا شرعيا.

لكن فى المسالك «إذا التقط العبد و لم يوجد له من ينفق عليه تبرعا رفع أمره إلى الحاكم لينفق عليه أو يبيع شيئا منه فيها أو يأمره بها ليرجع، فان تعذر أنفق عليه الملتقط بنيه الرجوع إلى أن يستغرق قيمته ثم باعه فيها، و لو أمكن أن يبيعه تدريجا و جب مقدما على بيعه جملة، و حينئذ يتعذر بيعه أجمع فى النفقة، لأن الجزء الأخير لا يمكن إنفاق ثمنه عليه لصيرورته حينئذ ملكا للغير، فلا ينفق عليه الثمن الذى هو ملك الأول، بل يحفظ ثمنه لصاحبه الأصلي».

و لا يخفى عليك ما فيه من مخالفته مقتضى الصحيح المزبور(١) بلا داع، اللهم إلا أن يكون ما تسمعه إنشاء الله فى الضالة.

على أنه قد يناقش فى ولايته على البيع للجزء الأخير مع أنه ليس فى النفقة، فينبغى أن يرجع أمره إلى الحاكم.

ثم إن الظاهر من بعضهم أن من تعذر الاستيفاء إذا لم يكن للمولى غير العبد.

و فيه إمكان منع جواز بيعه حينئذ إذا كان من مستثنيات الدين بعد عدم دليل على تعلق الدين فى رقبه العبد، بل هو من جملة ديون المولى.

و إن اعترف المولى بعقده فى القواعد «الوجه القبول فيرجع الملتقط عليه بما أنفق إن كان العتق بعده قبل البيع» و لعله

لعموم «إقرار العقلاء»(٢)

و حق الإنفاق إنما هو فى ذمه المولى لا فى رقبه العبد حتى يكون إقرارا فى حق الغير.

١- ١ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطة - الحديث ٨.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب الإقرار - الحديث ٢.

نعم لو كان إقراره بذلك بعد البيع لم يقبل، لكونه حينئذ إقراراً في حق الغير، بل و كذا لو أقر بالعتق مسنداً له إلى ما قبل الإنفاق، فتكون النفقة على

العبد، لأنه حال الإنفاق حر، كما صرح به في جامع المقاصد.

و لكن لا- يخلو من نظر، بل لا- يخلو منه الرجوع بها عليه مع فرض ثبوت العتق كذلك و إن كان هو الأقوى كما أوضحناه في رجوع الوكيل على الإنفاق إذا بان أنه أنفق بعد موت الموكل على الزوجه المباشره لإتلاف المال، فتأمل.

هذا و في الدروس «ليس للسيد المطالبه بثمانه، أى بعد الاعتراف بعتقه إلا أن ينكر العتق بعد ذلك، و لو ادعى رقه فصدق اللقيط المدعى فالأقرب القبول إذا كان أهلاً للتصديق».

قلت: قد تقدم في كتاب الإقرار ما يعلم منه النظر في ذلك، و الله العالم.

[المقصد الثاني في الملتقط]

المقصد الثاني في الملتقط و يراعى فيه البلوغ و العقل و الحرية بلا- خلاف أجده في الأولين بين العامه و الخاصه، بل و لا إشكال، لقصورهما عن ولايه الالتقاط.

و حينئذ فلا حكم لالتقاط الصبى و إن كان مميزا مراهقا و لا المجنون و لو أدوارا حال جنونه.

و ما فى التذكرة «لو كان الجنون يعتوره أدوارا أخذه الحاكم من عنده، كما لو التقطه المجنون المطبق أو الصبى» يمكن حمله على إرادته أن للحاكم أخذه، لا أنه مخصوص به و إلا كان مطالبا بدليله، كما هو واضح، و عدم صدق المنبوذ عليه مع أنه لا يقتضى اختصاص الحاكم به لا ينافى صدق اللقيط، و الله العالم.

بل و لا العبد على المشهور، بل لم أتحقق فيه خلافا و إن اقتصر المصنف على اعتبار التكليف، بل فى الكفايه «أنه مما قطع به الأصحاب» بل فى مجمع البرهان «الظاهر الإجماع على ذلك» بل فى جامع المقاصد نفى الريب فيه، للأصل و لأنه لا يقدر على شىء إذ هو مشغول باستيلاء المولى على منافعه حتى أنه ورد(١) فى التقاطه المال: أينه و أين اللقطه، و هو مشغول بخدمه سيده و اللقطه تحتاج الى تعريف سنه.

نعم لو أذن له المولى صح، كما لو أخذه المولى و دفعه إليه كما صرح به غير واحد، بل لا أجد خلافا فيه، بل و لا فى الصحه مع الإجازة أيضا، نعم فى الدروس و المسالك «فيكون فى الحقيقة هو الملتقط و العبد نائبه، فيلحقه أحكامها دون العبد».

قلت: قد يحتمل كون الولاية حينئذ للعبد بعد رفع الحجر عنه بالاذن، بل لعله أقوى و ألصق بالأدله مع كونه مأذونا لا نائبا عن السيد.

و على كل حال لا يجوز للمولى الرجوع على ما صرح به الفاضل

١-١ الوسائل - الباب - ٢٠ - من كتاب اللقطه - الحديث ١ و فيه « و ما للمملوك و اللقطه، و المملوك لا يملك من نفسه شيئا».

و الكركى و ثانى الشهيدين.

كما أنه لا فرق بين القن و المدبر و المكاتب و لو تحرر بعضه و أم ولد، لما عرفت.

و المهايه للمبعض بعد عدم لزومها لا تجدى كما فى جامع المقاصد و الروضه و المسالك، و إن كان قد يناقش فى ذلك و خصوصا مع فرض لزومها بصلح و نحوه، هذا كله فى الالتقاط.

أما الإنقاذ فواجب عليه بلا خلاف و لا إشكال، إلا أن ذلك لا يثبت حكم الالتقاط و إن عبر به فى الدروس و غيرها، و حينئذ فلمن كان له أهليه الالتقاط انتزاعه منه، و منهم سيده، كما هو واضح.

ثم إن ظاهر المتن و غيره، بل نسب إلى الأ-كثر ما صرح به الفاضل و ثانى الشهيدين و غيرهما من عدم اعتبار الرشد، فيصح التقاط السفيه، لعدم كونه تصرفا ماليا محجورا عليه فيه، فيندرج فى إطلاق الأدله.

لكن فى القواعد و الدروس استقر به، بل فى التذكرة الجزم به، قال: «إنه ليس بمؤتمن عليه شرعا و إن كان عدلا» و فى جامع المقاصد «أنه لا يخلو من قوه».

قلت: لا- ينبغى التأمل فى الجواز مع عدم اشتراط العدالة لما عرفت، و عدم ائتمانه على ماله لا يمنع ائتمانه على حضانه الطفل الذى إن فرض وجود مال له لم يمكن منه و لا- من الإنفاق عليه، و دعوى حصول الضرر على الطفل بالتفريق المزبور واضحة الفساد.

نعم لو قلنا باعتبار العدالة اتجه عدم جواز التقاطه بناء على استلزام سفهه الفسق، لحرمة التبذير، و ستعرف الكلام فيها.

و على تقدير عدم اعتبارها ف هل يراعى الإسلام فى التقاط المحكوم بإسلامه؟ قيل و القائل الشيخ و جميع من تأخر

منه نعم يشترط، بل فى مجمع البرهان «يمكن دعوى الإجماع عليه» و لعله كذلك، إذا لم أجد فيه خلافا و إن أشعرت عبارته المصنف هنا و النافع بالتردد فيه، بل و منه تسرى إلى تلميذه الآبى.

و من الغريب ما فى التنقيح من أن الأصحاب أطلقوا جواز الالتقاط من غير تقييد، ضروره عدم معرفه من أطلق هنا، و إنما هو كذلك فى المال، و الفرق بينهما فى كمال الوضوح، كوضوح الفرق بين محل البحث هنا و بين اللقيط المحكوم بكفره الذى لا خلاف- كما اعترف به غير واحد- فى جواز التقاط الكافر له، بل عن المهذب البارع جواز ذلك قولاً واحداً، و إن كان ظاهر التنقيح أيضاً اتحاد المقامين، و هو غفله.

و ما عن الكركى فى حاشيه الإرشاد- من اشتراط الإسلام و إن لم يكن الولد محكوماً بإسلامه- يمكن حمله على إرادته غير المحكوم بكفره، كولد الزنا من الكافرين أو المسلمين و إلا كان مخالفاً للإجماع.

بل قد يناقش فى اشتراطه أيضاً على التنزيل المزبور بإطلاق الأدله السالم عن معارضه نفى السبيل (١) الذى هو دليل المنع فى الأول فى المتن و غيره. قال لأنه لا سبيل للكافر على الملقوط المحكوم بإسلامه ظاهراً، و لأنه لا يؤمن مخادعته عن الدين.

و دعوى أنه مولود على الفطره فيكون مسلماً واضحاً المنع، لعدم عامل بما دل عليها على هذا الوجه، بل ظاهر حكمهم بإسلام الطفل بالتبعيه يقتضى خلافه، و ربما ردت باقتضائها المنع من التقاط ولد الكافر، و فيه أن التبعيه شرعاً محققه بالفراش الشرعى، لأن لكل قوم نكاحاً، فالأولى ردها بما ذكرناه.

و أما التعليل الثانى فهو مناسبه لا تصلح دليلاً، إذ عدم أمن المخادعه

لا يمنع من ذلك و إن ورد نحوه في تزويج العارفة غير العارف (١) لكن قد عرفت في محله أنه حكمه لا عله.

و هل اختلاف مذاهب المسلمين يقتضى بمنع التقاط ولد العارف لغير أهل مذهبه؟ لا أجد فيه تصريحاً، و لكنه محتمل، و إن كان الأقوى خلافه، لما عرفت من أن احتمال الخدع حكمه لا عله و إلا لمنعت في الفسق الذى مقتضى إطلاق الأكثر جواز الالتقاط معه.

بل لم نعرف القائل بخلافه الذى أشار إليه المصنف بقوله و لو كان الملتقط فاسقاً قيل: ينتزعه الحاكم من يده و

يدفعه إلى عدل، لأن حضائته استئمان و لا أمانه للفاسق إلا ما يحكى عن المبسوط مع أن المحكى عنه و الخلاف في التنقيح عدم الاشتراط على كراهه، نعم هو خيره الفاضل في بعض كتبه و ولده.

و من هنا كان الأشبه أنه لا ينتزع وفاقاً لصريح جماعه و ظاهر آخرين، بل في كشف الرموز أن الفاسق يجوز له أخذه بلا خلاف عندنا، و يترك عنده من غير انضمام يد آخر إليه. خلافاً لبعضهم، مع أنه لم نتحقق البعض المزبور، إذ الشيخ قد سمعت ما حكى عنه و إن كان هو أنسب منه، إذ لا معنى لانتزاع خصوص الحاكم بعد أن لم يكن له ولاية الالتقاط كالصبي و المجنون و الكافر، فكل من هو أهل لذلك يجوز التقاطه منه.

و يمكن تحصيل القطع بخلاف ذلك من السير، مضافاً إلى إطلاق الأدلة الذى لا يعارضه الأصل المزبور، خصوصاً بعد الاعتضاد بما عرفت على وجه لا يقدر فيه عدم عموم فى الأدلة، ضروره الاكتفاء بالاندراج تحت اسم اللقيط الذى هو عنوان الحكم الشرعى، و الأصل عدم اشتراط

١-١ الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر - الحديث ٢ من كتاب النكاح.

شىء آخر حتى ضم يد اخرى معه.

مؤيدا ذلك كله بعدم الخلاف فى عدم اعتبار العدالة فى لقطه المال الذى هو محل الخيانه، و بأن الأصل فى المسلم الائتمان و عدم فعل المحرم و إن كان فاسقا، و لذا ائتمنه الشارع فى أمور كثيره كالطهاره و التذكيه و غيرهما.

و ما فى التذكره- من الفرق بين المال و الطفل بأن لقطه الأول تكسب، لأنه يرد المال إليه بعد التعريف، لإمكان نيه التملك، و بأن المقصود فى المال حفظه، و يمكن الاستظهار بنصب الحاكم من يعرف، بخلاف لقطه الطفل المطلوب فيها حفظ النفس و كونه حرا، و لا يؤمن عليهما، لإمكان ترك مراعاته أو استعماله فى الأمور التى يخشى منها التلف أو يسافر به إلى بلد لا يعرف فيه فيدعى رقيته و يبيعه- لا حاصل له، إذ هو مجرد اعتبار يمكن الجواب عنه و لو بفرض عدم ما يخشى منه ذلك.

على أن ائتمان الكافر على الكافر ليس أولى من ائتمان المسلم على المسلم، فان كلا منهم ولى لصنفته، نعم لو علم من قرائن الأحوال أو ظن ظنا معتدا به عدم ائتمان ملتقطه عليه- لكونه جنديا من أهل الفساد و نحو ذلك- اتجه المنع، هذا كله فى معلوم الفسق.

أما مستور الحال فلا يرد فيه شىء من ذلك و إن لم يكن الأصل فيه العدالة، كما هو محرر فى محله.

و دعوى لزوم توكيل الحاكم من يراقبه معه أيضا لا دليل عليها، و إن كان لا بأس بذلك إذا رأى الحاكم مراقبته ليعرف أمانته، لكن بحيث لا يؤذيه كما فى الدروس.

كدعوى انتزاعه منه لو أراد السفر به مخافه دعوى استرقاقه، ضروره أن ذلك كله مجرد اعتبار لا يوافق أصول الإماميه، فضلا عن

أن يخرج به عن إطلاق الأدلة الذى يمكن دعوى ندره العادل معه، والله العالم.

و لو التقطه بدوى لا استقرار له فى موضع التقاطه أو حضرى يريد السفر به قيل و القائل الشيخ فى المبسوط- و إن كنا لم نتحققه و خصوصا الثانى- ينتزع من يده، لما لا يؤمن من ضياع نسبه فإنه إنما يطلب فى موضع التقاطه، و الوجه الجواز وفاقا للفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين، بل و ظاهر أولهما و لو اقتضى التقاطهما له استصحابهما إياه، لإطلاق الأدلة الذى لا يفيد بالاعتبار المزبور، مع أنه يمكن ظهور نسبه بذلك، لاحتمال كونه من بلده بعيده، فالإطلاق المزبور حينئذ بحاله، و لا- معارض له إلا اعتبارات تناسب مذاق العامه، و إلا فالمتجه على أصولنا العمل بالإطلاق المزبور المقتضى جواز السفر به إذا كان مصلحه له، و جواز استيطان بلد غير بلد التقاطه بل و قطر غير قطره، و جواز التقاطه مسافرا إلى غير بلد الالتقاط، بل أو إلى غير قطره أيضا، لصيروره الملتقط وليا كغيره من الأولياء من غير حجر عليه بشىء بعد عدم ثبوت ما يقتضيه، كعدم ثبوت وجوب التعريف عليه و تطلب ما يعرف به اللقيط و نحو ذلك مما ذكره من دون ذكر لمستنده.

و حينئذ فما عن المبسوط- من «أنه إن أراد السفر به فان كان أمينا ظاهرا و باطنا ترك فى يده، و إن كان أمينا فى الظاهر منع منه و لا- يترك أن يحمله، لأنه يخاف أن يستره» و نحوه عن الإيضاح، بل فى جامع المقاصد ذلك أيضا غير أنه أبدل الأمين بالعدل- لا يخلو من نظر، ضروره اقتضاء السيره و إطلاق الأدله تبعيه اللقيط للملتقط على نحو ما يتبعه من له حضانتته من أولاده.

و بذلك كله يظهر لك ما فى جملة من العبارات من التشويش،

كالمبسوط و التذكرة و غيرهما حتى الكركى الذى لم يشترط العدالة فى التقاط منشئ السفر أو المسافر مثلا و لو مع إرادته التوجه إلى مقصده المسافر إليه و لو كان قطرا غير قطر التقاطه فضلا عن كونه بلدا غير بلده، مضافا إلى الإجمال فى اعتبار العدالة ظاهرا و باطنا، و إلى غير ذلك مما لا يخفى عليك حاله بعد الإحاطة بما ذكرناه، و الله العالم.

و لا- ولاء للملتقط عليه، بل هو سائبه يتولى من شاء بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل فى المسالك نسبتته إلى الأصحاب و أكثر أهل العلم، للأصل و النصوص السابقة(١) و حصر الولاة فى المعتق ب

قوله (صلى الله عليه و آله)(٢): «إنما الولاة لمن أعتق»

فما عن بعض العامة من ثبوت الولاة له واضح الفساد، و الله العالم.

و إذا وجد الملتقط سلطانا ينفق عليه استعان به وجوبا مع عدم مال للقيط و لا- متبرع بلا- خلاف أجده فيه بين القدماء و المتأخرين.

و ما فى المقنعة و النهايه من التعبير بلفظ «ينبغى» يراد منه الوجوب كما أنه المراد مما فى محكى المبسوط «أنفق عليه السلطان من بيت المال بلا خلاف».

قلت: و إن حكى عن أحد وجهى الشافعى عدم الإنفاق منه، لأنه معد لما لا وجه له سواه، و اللقيط يجوز أن يكون رقيقا نفقته على سيده أو حرا له مال، فالمتجه حينئذ إنفاق السلطان عليه منه بعنوان القرض فإن بان أنه حرا لا مال له قضاة من سهم الغارمين أو غيره مما ينطبق عليه، لكنه كما ترى بعد الحكم بحريته و إسلامه و فقره فى ظاهر الشرع و إعداد بيت المال لمصالح المسلمين.

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٢ - من كتاب اللقطة.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٩٥.

و هل يلحق بالسلطان نائب الغيبه على وجه يجب على الملتقط رفع الأمر إليه؟ لم أجد به تصريحاً و لكنه محتمل.

و على كل حال ف الا- يكن سلطان كذلك و لم يوجد من ينفق عليه من الزكاه أو ما أعد لمثله أو ما كان يصح صرفه فيه استعان بالمسلمين الذين منهم الملتقط بلا خلاف أجده فيه أيضا.

و لعله لأن بذل النفقه لمثله عليهم واجب على الكفايه، لأنه دفع ضروره مع التمكن على المشهور، كما فى المسالك.

قال: «و إنما جاز الاستعانه بهم مع كونه كأحدهم لرحاء أن يوجد فيهم متبرع، إذ لا يجب عليه التبرع، فإن أنفق المتبرع و إلا كان الملتقط و غيره سواء فى الوجوب، لأنه من باب إعانه المضطر الواجه كفايه فى جميع الأبواب».

و لكن فى المتن فيه تردد و فى المسالك «مما ذكر و من أصاله عدم الوجوب، لإمكان تأديه بالاقتراض عليه و الرجوع به مع قدرته» و فى الدروس «و توقف المحقق هنا ضعيف».

قلت: لا يخفى عليك ما فى هذا الكلام من الغبار، ضروره أنه إن كان المراد منه وجوب الإنفاق على المسلمين تبرعا أو قرضا- كما حكاه فى جامع المقاصد عن التذكرة، بل فى جامع المقاصد «هو ظاهر فان الواجب على الكفايه رفع حاجه المحتاج لا التبرع»- أشكال الترتيب المزبور مع أن الملتقط من جملتهم، فلا وجه لترتب إنفاقه على التعذر.

اللهم إلا- أن يقال: إنه و إن كان من جملتهم، لكن لما لم يجب عليه التبرع كما لا يجب على المسلمين و قد رعى وجود متبرع أو متصدق لم يجز له الإنفاق بقصد الرجوع قبل اليأس، كما جزم به فى جامع المقاصد

إلا أنه كما ترى مناف لظاهر كلماتهم، خصوصا عبارته المتن و ما شابهها الظاهره فى إرادته التبرع.

بل ما حكاه عن التذكرة لم نتحققه، و إن حكاه فى أثناء بعض وجوه الشافعيه و لم يرتضه.

بل قال فيها: «فان لم يكن فى بيت المال شىء - إلى أن قال:-:

وجب على المسلمين القيام بكفائته، و لم يجز لهم تضييعه، ثم طريقه طريق النفقه، لأنه محتاج عاجز، فأشبهه الفقير الزمن و المجنون و الميت إذا لم يكن له كفن، فعلى هذا إذا قام به البعض سقط عن الباقيين، فحصل الغرض به، و إن امتنعوا بأسرهم استحقوا العقاب و طالبهم الإمام، فإن امتنعوا قاتلهم، فان تعذر استقرض الامام على بيت المال و أنفق عليه، و هو قول الشافعيه، و الثانى أن طريقه طريق القرض حتى يثبت الرجوع، لأن هذا يجب دفعه لحيائه، فأشبهه المضطر يدفع إليه بالعرض، كما يبذل الطعام للمضطر بالعرض، لما تقدم من أنه يجوز أن يكون رقيقا أو يكون له مال أقرب كما تقدم، فعلى هذا إن تيسر الاقتراض استقرض و إلا قسط الامام نفقته على الموسرين من أهل البلد- إلى أن قال:- و لو احتاج الإمام إلى التقسيط على الأغنياء قسط مع إمكان الاستيعاب، و لو كثروا و تعذر التوزيع يضربها السلطان على من يراه بحسب اجتهاده، فان استووا فى نظره تخير، و المراد أغنياء تلك البلد أو القرية، و لو احتاج إلى الاستعانه بغيرهم استعان، و لو رأى المصلحه فى التناوب عليه فى الإنفاق منهم فعله».

و هو كما ترى ظاهر فى اختياره الأول مع أنه قد اشتمل على مسأله التقسيط التى أشار إليها فى الدروس.

قال: «لو احتاج الملتقط إلى الاستعانه بالمسلمين فى الإنفاق عليه

رفع أمره إلى الحاكم ليعين من يراه، إذ التوزيع غير ممكن، و القرعه إنما تكون في المنحصر، و لا رجوع لمن يعين عليه الإنفاق، لأنه يؤدي فرضاً، و ربما احتتمل ذلك جمعاً بين صلاحه في الحال و حفظ مال الغير في المال، و قد أوماً إليه الشيخ في المبسوط، و يتوجه على قول المحقق بالاستحباب الرجوع، و يؤيده أن من يطعم الغير في المخمصة يرجع إليه إذا أيسر، و لو قلنا بالرجوع فمحلته بيت المال أو مال المنفق عليه، أيهما سبق أخذ منه».

و لكن لا- يخفى عليك ما في ذلك كله من المنافاه للترتيب المزبور، و من عدم الانطباق على أصول الإماميه التي منها عدم القول بغير دليل، و كثير من الأحكام المزبوره لا دليل عليها، بل فيها ما ينافيه.

مضافاً إلى ظهور كثير منها إن لم تكن صريحه في كونها على مذاق العامه، كمقاتله الامام للمسلمين مع امتناعهم، و وجوب الكفن على الناس و الرجوع بها على القريب الذي لم تجب عليه إلا- من حيث الصله، فلا- تكون ديناً إلا- أن يجعلها الحاكم كذلك، إلى غير ذلك مما هو مناف لأصولنا.

هذا كله إن أريد وجوب الإنفاق على الوجه المزبور، و حينئذ ما ذكره في الدروس من ضعف التردد فيه في محله، ضروره اقتضاء عدم وجوبه تلف النفس المحترمه. و إن أريد به البذل التبرعى كان التردد فيه في محله، و دعوى ضعفه ضعيفه، لعدم دليل يقتضى وجوب الإنفاق على جهه عدم الرجوع في غير الأرحام على الوجه الذي سمعته في كتاب النكاح.

لكن عليه ينبغي حينئذ تقييد رجوع إنفاق الملتقط بما ينفقه بما إذا لم يتمكن من التبرع و إلا وجب، لأنه من المسلمين، و لم نجد في كلام

أحد منهم إشاره إلى ذلك، و هو من جمله الغبار فى كلامهم.

مضافا إلى الإجمال فى ما ذكره من الاستعانه بالمسلمين، فإذا آيس جاز له الإنفاق الذى يرجع به، إذ لا يعلم إرادته المسلمين أجمعهم أو بعضهم فى خصوص القرية و البلد أو مطلقا.

بل فيه شىء آخر: و هو أنه مع فرض وجوب ذلك عليهم يتجه إيجاب الإمام لهم و لو الملتقط.

بل لا- يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه أن ما سمعته من المسالك أشده غبارا، حيث لم يبين الحال أن الواجب على المسلمين التبرع فى النفقه أو الإقراض، فإن كلامه مختلف فى ذلك و إن تبعه عليه فى الرياض.

و خلاصه الكلام أنه لا يتم ما ذكره من وجوب الاستعانه بالسلطان ثم بالمسلمين إلا على دعوى وجوب ذلك تبرعا عليهم، و هما معا محل منع؛ إذ لا- دليل على وجوب الإنفاق على مجهول الحال على جهة التبرع، و وجوب حفظ النفس أعم من ذلك، كما أنه لا دليل على وجوب السعى فى تحصيل المتبرع على الملتقط حتى يتجه ما ذكره من الرجوع إلى المسلمين، لاحتمال حصول متبرع.

و لعله لذلك عبر فى المقنعه و النهايه بلفظ «ينبغى» مشعرا بالندب.

قال فى الأول: «إذا لقط المسلم لقيطا فهو حر غير مملوك، و ينبغى له أن يرفع خبره إلى سلطان الإسلام ليطلق النفقه عليه من بيت المال، فان لم يوجد سلطان ينفق عليه استعان واجده بالمسلمين فى النفقه، فان لم يجد من يعينه على ذلك أنفق عليه، و كان له الرجوع بنفقته عليه إذا بلغ و أيسر إلا أن يتبرع بما أنفق عليه» إلى آخره، و بعين هذه العبارة عبر فى النهايه.

و فى الوسيله «إذا التقط حرا صغيرا رفع خبره إلى الحاكم لينفق

عليه. فان لم يجد أنفق هو عليه إن لم يعنه أحد، فإذا بلغ و أيسر رجع عليه إن شاء».

و فى الغنيه «و إذا تبرع ملتقطه بالإنفاق عليه لم يرجع بشىء إذا بلغ و أيسر، و إذا لم يرد التبرع و لم يجد من يعينه على الإنفاق من سلطان أو غيره فأنفق للضرورة جاز له الرجوع».

و بالجمله كلماتهم فى تأديه هذا المعنى فى غايه التشويش. فإن عباره المتن غير ظاهره فى وجوب الرفع إلى السلطان، نعم يمكن دعوى الإجماع على أنه لا- رجوع للملتقط بما أنفق و إن نوى الرجوع مع وجود المتبرع من سلطان أو غيره، لا- أنه يجب على الملتقط تحصيله حتى يئأس، و لا أنه يجب على الإمام أو على المسلمين الإنفاق التبرعى، و على فرضه كانوا مطالبين بدليله.

بل ظاهر خبر المدائنى (١) و خبر محمد بن أحمد (٢) جواز إنفاق الملتقط و الرجوع بما أنفق إن شاء من دون رجوع إلى سلطان أو مسلمين، و هو الموافق للضوابط بعد عدم دليل يدل على وجوب الإنفاق التبرعى على أحد، و هذا هو التحقيق فى المسأله، و الله العالم و الهادى.

و كيف كان فقد قالوا تفريعاً على ما سمعته منهم فان تعذر الأمران أنفق عليه الملتقط، و رجع بما أنفق إذا أيسر اللقيط إذا نوى الرجوع بلا- خلاف أجده إلا- ما يحكى عن الحلّى، للأصل المقطوع بما سمعته من الخبرين (٣) المعتضدين بعمل الأصحاب و قاعده «لا ضرر و لا ضرار» المقتضيه لوجوب ذلك عليه، لكن لا على وجه المجانيه.

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٢٢ - من كتاب اللقطه الحديث ٢ و ٤.

بل ليس فى الخبرين المزبورين اعتبار نيه الرجوع، نعم الإجماع و السيره القطعيه بل الضروره على عدم الرجوع مع نيه التبرع، أما إذا لم ينو شيئاً منهما فقاعدته اليد و الإتيلاف و إطلاق الخبرين يقضى بجواز رجوعه أيضاً، بل هو مقتضى ما سمعته من المقنعه و غيرها من اعتبار التبرع فى عدم الرجوع، و لعله مراد الجميع و إن قصرت العبارة.

هذا و فى المسالك «لو أنفق عليه حينئذ غير الملتقط بنيه الرجوع فكذلك على الأقوى، لاشتراك الجميع فى المقتضى».

و كأنه أخذه مما فى جامع المقاصد، قال فى شرح نحو عبارته المتن:

«ينبغى أن يراى أنه إذا تعذرت إعانه المسلمين تبرعاً، لأنهم إذا بذلوا النفقه قرضاً لم يكن بينهم و بين الملتقط فرق بالنسبه إلى مصلحه اللقيط، فلا- وجه لتوقف إنفاقه قرضاً» و هو مبنى على ما ذكره سابقاً من كون وجوب الإنفاق على المسلمين تبرعاً أو قرضاً، و قد عرفت ما فيه بخلاف ما سمعته من المسالك الظاهر فى إرادته الإنفاق التبرعى.

و حينئذ يمكن أن يقال: إن الملتقط باعتبار ولايته عليه جاز له الإنفاق بنيه الرجوع، للخبرين المزبورين، أما غيره فلا دليل على ذلك فى حقه، كما هو واضح.

ثم إن الظاهر عدم اعتبار الاجتهاد كما صرح به غير واحد، لإطلاق الخبرين و إن توقف إثبات ذلك من دون يمين عليه.

خلافاً للمحكى عن التذكرة أو ظاهرها فاعتبره، لأنه مع عدم الحاكم قائم مقام إذنه، و هو كما ترى اجتهاد فى مقابله الإطلاق المزبور، و كذا ما فى جامع المقاصد من أن ذلك- أى الاكتفاء بنيه الرجوع- إذا تعذر عليه الاستئذان، و إلا تعين، إذ هو كما ترى أيضاً.

و على كل حال فلا خلاف أجده فى أنه لو أنفق مع

إمكان الاستعانه بغيره تبرعا أو تبرع هو لم يرجع بل قد عرفت كونه فى الأ-خير من القطعيات، أما الأول فإنه و إن كان منافيا للإطلاق المزبور إلا أنه بعد انسياقه إلى غيره و فتوى الأصحاب يضعف الاعتماد عليه.

ثم إن ظاهر الفاضل فى القواعد إتيان التفصيل المزبور بتمامه فى العبد الملتقط، بل فى جامع المقاصد أنه هو مقتضى كلامهم.

وفيه أن كلامهم ظاهر أو صريح فى نفقه الحر لا العبد الذى هو مال، كالدابة التى يمكن الإنفاق عليها منها، كما عساه يشهد له فى الجملة ما تقدم فى الوديعه.

ثم إن ظاهر خبر المدائنى (١) كون النفقه صدقه مع الإعسار، إلا- أنى لم أجد عاملا- به، فيمكن أن يراد به جواز جعل ذلك صدقه، لا- أنه يكون كذلك قهرا، أو يراد به جواز احتسابه صدقه، أى زكاه من سهم الفقراء أو الغارمين، كما صرح به فى القواعد.

لكن فى جامع المقاصد بعد أن فهم من عبارته الفاضل ثبوت ذلك جزما قال: «و يشكل فى سهم الفقراء بأن قبض الفقير الزكاه مما يتوقف عليه الملك، و هو نوع اكتساب، فلا يجب لما قلناه، و يبعد جواز أخذ المنفق ذلك بدون قبض اللقيط، لتوقف ملكه له على قبضه، نعم يتصور ذلك فى سهم الغارمين، لأن صيرورته ملكا للمديون غير شرط، فيجوز الدفع إلى صاحب الدين و إن لم يقبضه المديون».

وفيه أنه لا- يتم لو كانت الزكاه له، ضروره جواز احتسابها عليه من سهم الفقراء و إن لم يرض، لكونه أحد أموال المالك، و الفرض

أنه مقبوض كما تقدم في كتاب الزكاه (١).

بل من التأمل فيما ذكرنا هناك و هنا يظهر لك النظر فيما فيه أيضا قال: «و لا يخفى أن هذا الحكم إنما هو بعد بلوغه، أما قبله فلا يمكن الرجوع عليه، نعم يمكن الأخذ من ماله باذن الحاكم و من سهم الغارمين».

ضروره إمكان الاحتساب عليه أيضا بعد أن كان مديونا، و الله العالم و الهادى.

[المقصد الثالث فى أحكامه]

[مسائل]

[المسأله الأولى أخذ اللقيط واجب على الكفايه]

المسأله الأولى قال الشيخ (رحمه الله): أخذ اللقيط واجب على الكفايه و تبعه الفاضل و الشهيد و غيرهما، بل فى المسالك و غيرها نسبته إلى الأكثر، بل فى الأول نسبته أيضا إلى معظم الأصحاب، بل فى غيره نسبته إلى الشهره و إن كنا لم نتحققه لأنه تعاون على البر، و لأنه دفع لضروره المضطر و لكن فى الأول «أن الأمر به للندب و إلا لزم أكثرية الخارج من الداخل لو قيل بالتخصيص».

و فى الثانى «منع كون الالتقاط كذلك مطلقا على أن البحث فى التقاطه لا فى حفظه من التلف الذى هو أعم من الالتقاط، نعم هو راجح عقلا و نقلا، لكونه إحسانا».

و لعله من ذلك قال المصنف هنا و فى النافع الوجه الاستحباب للأصل، و فى اللمعه التفصيل بالوجوب مع الخوف على النفس و الاستحباب مع عدمه، و استوجهه فى المسالك و غيرها.

و ربما نوقش بعدم تحقق صورته للندب، لكون الطفل فى محل التلف، و منه يظهر الإشكال فى الأول أيضا.

و لكن فيه أنه يمكن خصوصا فى الطفل المميز بناء على صحه التقاطه.

نعم قد يناقش بأن الكلام فى الالتقاط من حيث كونه كذلك، لا فيما إذا توقف عليه حفظ النفس، فإنه لا كلام فى وجوبه حينئذ مقدمه لحفظ النفس المحترمه المعلوم وجوبه ضروره.

فالتحقيق وجوبه فى صورته التوقف خاصه، و إلا فقد يجب الحفظ من دون التقاط، كما أنه قد لا يخشى التلف عليه على وجه يجب عليه الحفظ، فلا يجبان معا حينئذ و لكن لا بأس برجحانهما للإحسان.

ثم إنه يجب على الملتقط الحضانه بالمعروف، و هو القيام بتعهده على وجه المصلحه بنفسه أو زوجته أو غيرهما على حسب ما يجب عليه لولده مثلا، فقد يكون إخراجة من البلد أصلح من بقاءه و بالعكس، بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، و ربما كان فى النصوص المزبوره نوع إشعار به نعم إن عجز سلمه إلى القاضى الذى هو و لى مثله بلا خلاف أجده فيه.

و هل له ذلك مع عدم العجز؟ فى القواعد نظر ينشأ من شروعه فى فرض كفايه، فلزمه أى الإتمام، للنهى عن إبطال العمل (١).

و فيه منع ذلك على وجه الكليه، والآيه قدمنا فى كتاب الصلاه (١) عدم سوقها لبيان ذلك، نعم استصحاب حق الحفظ ثابت عليه، و لذا كان خيره الفخر و الكركى الوجوب.

خلافًا للفاضل فى التذكرة، فالجواز للأصل المقطوع بما عرفت، و لأنه ولى الضائع، و هو ممنوع بعد ولايه الملتقط عليه، و الله العالم.

[المسأله الثانيه اللقيط يملك كالكبير]

المسأله الثانيه:

اللقيط بعد الحكم بحريته يملك كالكبير، و يده داله على الملك كيد البالغ، لأن له أهليه الملك و التملك كما صرح به الشيخ و الفاضلان و الشهيدان و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل لا أجد فيه خلافًا بين من تعرض له، بل عن المبسوط نفى الخلاف فيه.

و حينئذ فإذا وجد عليه حال الالتقاط أو علم أنه كان عليه ثم زال بريح أو نحوها ثوب مثلاً قضى له به، و كذا ما يوجد تحته أو فوقه من فراش أو غطاء أو غيرهما و كذا ما يكون مشدوداً فى ثيابه أو فى جيبه أو مشدوداً عليه.

بل و كذا لو كان على دابه أو على جمل أو وجد فى خيمه أو فسطاط قضى له بذلك و بما فى الخيمه و الفسطاط فان يد كل شىء بحسب حاله و كذا لو وجد فى دار لا مالك لها (١١) غيره ظاهراً.

إلا أن ذلك لا يخلو من نظر إن لم يكن إجماعاً - سيما إذا كان

الطفل غير مميز ولا فعل اختياري له، و كان الفعل لغيره- بأنه لا دليل يدل على الحكم بالملك بمثل اليد المزبوره بعد سلب الشارع أفعال الصبي و المجنون و أقوالهما فضلا عما علم أنه من فعل الغير و أن الاستيلاء المزبور للطفل كان بواسطه فعل آخر، و احتمال الاستناد فى الملك إلى يد الواضع على وجه يقتضى كونه ملكا له يدفعها منع دلالتة على الملك عرفا و شرعا بعد احتمال البذل له.

نعم إن تم ذلك إجماعا على وجه يكون الحكم بالملك تعبدا فذاك و إلا كان محلا للنظر.

و أولى من ذلك النظر فيما يوجد بين يديه أو إلى جانبه الذى قال المصنف فيه تردد، أشبهه أنه لا يقضى له به و تبعه الفاضل و الكركى و الشهيدان.

و فى محكى المبسوط «و أما ما كان قريبا منه مثل أن يكون بين يديه صره فهل يحكم بأن يده عليها أم لا؟ قيل: فيه وجهان: أحدهما لا تكون يده عليه، لأن اليد يدان يد مشاهده و يد حكميه، و هى ما يكون فى بيته و بتصرفه، و هذا ليس بأحدهما، و الوجه الثانى أن تكون يده عليه، لأن العاده جرت بأن ما بين يديه يكون له، مثل الإناء بين يدى الصراف و الميزان و غيرهما».

قلت: كأن الشيخ أشار بذلك إلى مساواه يد الصغير ليد الكبير التى صرح بها فى أول كلامه كالمصنف، و لا ريب فى الحكم بأن الأمتعه الموضوعه فى السوق قرب الشخص البالغ له، فكذا هنا، خصوصا مع انضمام قرينه أخرى إلى ذلك، كما لو وجدت رقعته معه أو فى ثيابه فيها أن ذلك له.

بل عن الفاضل فى التذكرة أنه استقرب الحكم بأنه له معها،

لأنها فى الدلالة على ذلك أقوى من الوضع تحته، بل و كذا لو أرشدت الرقعه إلى دفين تحته.

و فى المسالك «الأقوى عدم الحكم به له بذلك إلا مع القرينه القويه الموجهه للظن الغالب، بأن كانت الرقعه بخط مسكون إليه و نحو ذلك».

و قد سبقه إلى ذلك الكركى، فإنه قال فى شرح قول الفاضل فى القواعد: «و لا يحكم له بما يوجد قريبا منه أو ما بين يديه أو على دكه هو عليها و لا- بالكتر تحته، و إن كان معه رقعه أنه له على إشكال» بعد أن استظهر رجوع الإشكال إلى الجميع قال: «الأصح أنه إن أثمرت الكتابه ظنا قويا كالصك الذى تشهد القرائن بصحته خصوصا إن عرف فيه خط من يوثق به عمل بها، فانا نجوز العمل بالأمر الدينيه بخط الفقيه إذا أمن تزويره، و إنما يستمر الظن القوى، هذا إذا لم يكن له معارض من يد أخرى و لا دعوى مدع و لا قرينه أخرى تشهد بخلاف ذلك، و إلا فلا».

بل قال أيضا: «لا يشترط فى الحكم كون الرقعه معه، بل لو كانت فى المتاع أو كان مكتوبا عليه لا تفاوت».

و سبقهما معا الشهيد فى الدروس قال: «لا يقضى بما قاربه مما لا يد له عليه، و لا هو بحكم يده، إلا أن تكون هناك أماره قويه كالكتابه عليه، فان العمل بها قوى».

قلت: لا يخفى عليك ما فى ذلك كله من الإشكال، ضروره عدم اعتبار مثل هذه الأمارات بعد أن لم يكن صاحب يد يحكم بها له تعبدا، و دعوى إثبات اليد أو الملكيه بمثل هذه الأمارات الظنيه لا نعرف لها وجهها على أن دعوى المدعى بعد فرض ثبوت اليد أو الملك بنحو ذلك لا تجدى، و لا إجماع فى المقام قطعا، و قياس ما نحن فيه على الأحكام الدينيه المنحصر طريقها الآن بالكتابات كما ترى، و قد ذكرنا فى كتاب القضاء حكم الكتابه

فى مثله، فلا حظ و تأمل، و الله العالم و الهادى.

و كذا يظهر لك البحث لو كان اللقيط على دكه مثلا. و عليها متاع و نحوه، بل فى المتن عدم القضاء له هنا أوضح و إن لم يتضح لنا وجه الأوضحيه مما كان بين يديه و فى جنبه، اللهم إلا أن يفرض كون الدكه له لا فى أرض مباحه.

و أما قوله خصوصا إذا كان هناك يد متصرفه فإنه لا يخص ذلك، بل هو كذلك فيما تقدمه أيضا، كما هو واضح.

و أما الكنز تحت الأرض الملقى عليها فلا إشكال فى عدم يد له عليه إذا كانت مباحه، نعم لو كانت ملكه اتجه الحكم بكونه له بناء على ما عرفت.

و لو كان الصبى مميزا فادعى أن ما بجانيه و بين يديه أو الكنز الذى تحته أو على الدكه ملكه فالمتجه بمقتضى الضوابط الشرعيه عدم ثبوت ذلك بقوله الذى لا دليل على صحته، و لعل من اعتبر الامارات السابقه يعتمد مثل ذلك.

هذا و فى القواعد «نفقته فى ماله، و هو ما وقف على اللقطاء أو وهب لهم أو أوصى لهم، و يقبله القاضى» و نحوه فى الدروس. و فى التحرير التعبير بما وقف عليه أو أوصى له به، و قبله الحاكم أو وهب له.

لكن فى التذكرة «ينقسم مال اللقيط إلى ما يستحقه لعموم كونه لقيطا و إلى ما يستحقه بخصوصه، فالأول مثل الحاصل من الوقوف على اللقطاء أو الوصيه، و قال بعض الشافعيه أو ما وهب لهم ثم اعترض عليه بأن الهبه لا تصح لغير معين - و قال آخرون: يجوز أن تنزل الجبهه العامه منزله المسجد حتى يكون تملكها بالهبه كما يجوز الوقف، و حينئذ و يقبله القاضى، و ليس بشىء، نعم تصح الوصيه لهم».

و من هنا قال فى جامع المقاصد: «ما ذكره فى التذكرة حق، و هو المعتمد، و ما ذكره هنا إن أراد جواز الهبة للجبهة فليس بجيد، و إن أراد لمعينين من اللقطاء و من جملتهم لقيط مخصوص فلا شبهه فى الحكم، لكن المتبادر غير هذا».

قلت: قد ينافيه ما حكى عنه فى كتاب الهبة من أنه لا مانع من العموم مع قبول الحاكم، كالوقف على الجهات العامة، و إن كان فيه منع التشبيه المزبور بعد ثبوت العموم فيه و فى الوصية دون الهبة، و الأصل يقتضى العدم بعد الشك إن لم يكن الظن أو القطع بعدم تناول إطلاقها لمثل ذلك، كإطلاق البيع و الصلح و الإجاره و نحوها من العقود الظاهر فى غير الفرض.

نعم لو كان مال موصى به مثلا للتجاره به لهم أو نماء وقف كذلك صح، لكونه من توابع الوقف و الوصية المعلوم جواهما كذلك، بخلاف تملك الجبهة ابتداء، و يمكن حمل عباره الفاضل فى القواعد و غيره على إرادته إباحه الصرف للقطاء من الهبة، و الله العالم.

[المسأله الثالثه لا يجب عندنا الاشهاد عند أخذ اللقيط]

المسأله الثالثه:

لا يجب عندنا الاشهاد عند أخذ اللقيط كما فى جامع المقاصد مشعرا بالإجماع عليه، كنسبته إلى الأصحاب فى الكفايه، بل فى المسالك هذا موضع وفاق عندنا، للأصل و لأنه أمانه، فهو كالاستيداع الذى لا يجب فيه الاشهاد.

خلافًا لبعض العامة فأوجبه للاحتياج إليه فى حفظ الحريه و النسب كالنكاح، و هو كما ترى فى جهه الشبه و فى حكم المشبه به.

نعم فى الدروس و جامع المقاصد و المسالك «أنه مستحب، لأنه أقرب إلى حفظه و حرته، فإن اللقطه يشيع أمرها بالتعريف، و لا تعريف فى اللقيط» و لا بأس به بعد التسامح به.

بل فى الأخير «و يتأكد استحبابه فى جانب الفاسق و المعسر» و لا بأس به أيضا لما عرفت.

و إذا أشهد فليشهد على اللقيط و ما معه، و الله العالم.

[المسألة الرابعة إذا كان للمنبوذ مال افتقر الملتقط فى الإنفاق عليه إلى إذن الحاكم]

المسألة الرابعة:

إذا كان للمنبوذ مال افتقر الملتقط فى الإنفاق عليه إلى إذن الحاكم بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، كالشيخ و الفاضلين و الشهيدين على ما حكى عن الأول منهم، بل فى الكفايه هو المعروف من مذهبهم لأنه لا ولاية له فى ماله للأصل و غيره و إن كان له حضانتة و تربيته.

و حيثئذ فإن بادر فأنفق عليه منه ضمن كما صرح به غير واحد أيضا لأنه تصرف فى مال الغير لا لضروره لأن الفرض إمكان الاستئذان من الحاكم الذى هو الولى و من هنا لم تكن ضروره.

نعم لو تعذر الحاكم و وكيله جاز الإنفاق و لا ضمان كما عن الشيخ و غيره التصريح به أيضا لتحقق الضروره حيثئذ.

لكن قد يناقش بمنافاته لما ذكره سابقا فى الأولياء الذين منهم عدول المؤمنين مع تعذر الحاكم، فيتجه حيثئذ مراعاة تعذرهم كالحاكم و إن كان الملتقط منهم أيضا.

هذا و فى القواعد «و لا- يفتقر فى احتفاظه أى المال إلى الاذن» و فيه منع ذلك بعد عدم الولاية له على المال، و دعوى تنزيل ذلك على ولاية التصرف دون الحفظ الذى هو دون حفظ النفس المعلوم ولاية عليه فكان أولى من الحاكم لا ترجع إلى حاصل ينطبق على أصولنا.

و من هنا قال فى التذكرة: «الأقرب عندى أن الملتقط لا يستولى حفظه، بل يحتاج إلى إذن الحاكم، لأن إثبات اليد على المال إنما يكون بولاية أما خاصه أو عامه، و لا ولاية للملتقط، و لهذا أوجبنا الرجوع إلى الحاكم فى الإنفاق» و الله العالم.

[المسألة الخامسة الملقوط فى دار الإسلام يحكم بإسلامه]

المسألة الخامسة:

الملقوط فى دار الإسلام يحكم بإسلامه و لو ملكها أهل الكفر إذا كان فيها مسلم، نظرا إلى الاحتمال و إن بعد، تغليباً لحكم الإسلام الذى يعلو و لا يعلى عليه.

و إن لم يكن فيها مسلم فهو رق، و كذا إن وجد فى دار الحرب (الشرك خ ل) و لا مستوطن هناك من المسلمين و ذلك لأن الإسلام إما أن يحصل مباشرة أو تبعا، فالأول من البالغ العاقل بأن يظهره بالشهادتين إن لم يكن أخرس و إلا فبالإشارة المفهمه.

و ما عن خلاف الشيخ- من الحكم بإسلام المراهق، فان ارتد بعد ذلك حكم بارتداده، و إن لم يتب قتل، بل فى الدروس أنه قريب- مناف لمعلوميه اعتبار البلوغ فى التكليف نصا(1) و فتوى، و سلب عبارته و فعله قبله إلا ما خرج بالدليل كوصيته.

و ما أرسله فى الخلاف- من روايه أصحابنا

(١) أن الصبى إذا بلغ عشرة أقيمت عليه الحدود التامه و اقتص منه و تنفذ وصيته و عتقه

- لا جابر له، بل أعرض عنه الأصحاب،

كالمرسل (٢) عنه «كل مولود يولد على الفطره حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه و ينصرانه و يمجسانه حتى يعبر عنه بلسانه فاما شاكرا و إما كفورا»

مضافا إلى إجمال دلالتة.

و أما قبول إسلام على (عليه السلام) قبل البلوغ فهو من خواصه و خواص أولاده المعصومين (عليهم السلام) و أمثالهم، كىحى و عيسى (عليهما السلام) و الحججه صاحب الأمر روى له الفداء.

و من الغريب ما فى مجمع البرهان «من أن الحكم بإسلام غير المراهق غير بعيد،

لعموم «من قال: لا إله إلا الله محمد رسول الله فهو مسلم»

و «قاتلوهم حتى يقولوا: لا إله إلا الله»

و أمثاله كثيره، و أنهم إذا قدروا على الاستدلال و فهموا أدله وجود الواجب و التوحيد و ما يتوقف عليه وجوب المعرفة و النظر يمكن أن يجب عليهم ذلك، لأن دليل وجوب المعرفة عقلى، و لا استثناء

فى الأدله العقليه، فلا يبعد تكليفهم، بل يمكن أن يجب ذلك، و إذا وجب صح، كما أنه يلزم من صحته وجوبه- ثم حكى عن بعض العلماء التصريح بأن الواجبات الأصوليه العقليه تجب على الطفل قبل بلوغه دون الفرعيه- و الظاهر أن ضابطه القدره على الفهم و الاستدلال على وجه مقنع».

إذا لا يخفى عليك ما فيه من كونه كالاتجاه فى مقابله المقطوع به

١-١ الخلاف ج ٢ ص ٢٧.

٢-٢ الخلاف ج ٢ ص ٢٧.

نصا(١) وفتوى من رفع القلم عن الصبى حتى يبلغ، و لعلنا نقول بلزوم الإقرار عليه مع فرض وصوله إلى الواقع، إلا- أن ذلك لا ينافى عدم جريان الأحكام عليه، و ليس فيه تخصيص للدليل العقلى، كما هو واضح.

نعم جزم الفاضل و الكركى بأنه يفرق بينه و بين أبويه وجوبا مخافه الاستزلال مع أن الوجوب المزبور لا يخلو من نظر، لعدم دليل عليه.

و على كل حال فغير المميز و المجنون لا إسلام لهما إلا بالتبعيه التى تحصل بإسلام الأب أصاله- كمسلم يتزوج بكتابه مثلا، فان ولدها منه مسلم بلا خلاف، كما عن

المبسوط- أو عارضا، كما إذا أسلم الأب و هو حمل أو ولد منفصل، فإنه يتبع الأب أيضا بلا خلاف كما عن المبسوط أيضا.

و فى

الخبر(٢) عن على (عليه السلام) «إذا أسلم الأب جر الولد إلى الإسلام، فمن أدرك من ولده دعى إلى الإسلام، فان أبى قتل»

مضافا إلى السيره القطعيه فى أولاد المسلمين و مجانينهم المتصل جنونهم بالبلوغ.

بل عن المبسوط و الخلاف أيضا إجماع الفرقه على إسلام الحمل أو الولد بإسلام الأم، مضافا إلى قوله تعالى (٣) «وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ».

بل الظاهر عدم الفرق فى التبعيه المزبوره بين إسلام الأب و إسلام الجد و إن علا، و الجدات للأب أو الأم مع فرض عدم وجود الأقرب، أما معه فقد استشكل فيه الفاضل و ولده، و الأقوى فيه التبعيه تغليا

١- ١ الوسائل- الباب- ٣٦- من أبواب القصاص فى النفس- الحديث ٢ من كتاب القصاص.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٣- من أبواب حد المرتد- الحديث ٧ من كتاب الحدود.

٣- ٣ سورة الطور: ٥٢- الآية ٢١.

للإسلام و لصدق القرابه المقتضيه مع حياه الأقرب و موته، و كذا الذريه و الولد و

غير ذلك مما هو دليل للتبعيه مع موت الأقرب، و لا ينافيها أحقيه الأبوين من غيرهما من الأجداد و الجدات فى بعض الأحوال.

و تحصل أيضا بالسبى للطفل منفردا عن أبويه، كما عن الإسكافى و الشيخ و القاضى و الشهيد و غيرهم للسيره المستمره فى سائر الأعصار و الأمصار على إجراء حكم المسلم عليه حيا و ميتا فى طهاره و غيرها.

و من الغريب ما عن بعض الناس من تسليم الاتفاق على طهارته دون إسلامه، فهو حينئذ طاهر و إن لم يكن محكوما بإسلامه، بل مقتضى بقاء تبعيته لأبويه أنه كذلك و إن كان محكوما بكفره، بل قد تقدم فى كتاب الكفارات عند البحث فى الاجتزاء بعنقه عن الرقبه المؤمنه^(١) ما يدل على ذلك أيضا.

نعم لو كان معه أحد أبويه الكافرين لم يحكم بإسلامه بلا خلاف أجده فيه، للأصل السالم عن معارضه ما يقتضى انقطاعه بتبعيه السابى، خلافا للمحكى عن أحمد بن حنبل، و لا ريب فى ضعفه.

كضعف المحكى عن أحد وجهى الشافعيه من الحكم بإسلام مسبى الذمى الذى لا حظ له فى الإسلام و إن كان فى داره أو باعه من

مسلم، فان ملكه له طراً عليه و هو كافر، فلا يجدى ملك المسلم حينئذ له بالشراء، كما هو واضح، و قد تقدم تمام الكلام فى المسأله فى الجهاد .

و يحصل أيضا بتبعيه الدار التى تعرض لها المصنف هنا خاصه، لعدم مدخله غيرها فى لقيط دار الإسلام الذى لا خلاف بين الأصحاب فى الحكم بإسلامه فيها.

و المراد بها كما فى الدروس ما ينفذ فيها حكم الإسلام، فلا يكون بها كافر إلا معاهدا قال: «فلقيتها حر مسلم، و حكم دار الكفر التى تنفذ فيها أحكام الإسلام كذلك إذا كان فيها مسلم صالح للاستيلاء و لو واجدا، و أما دار كانت للمسلمين فاستولى عليها الكفار فان علم فيها مسلم فهى كدار الإسلام و إلا فلا، و تجوز كون المسلم فيها مخفيا نفسه غير كاف فى إسلام اللقيط، و أما دار الكفر فهى ما ينفذ فيها أحكام الكفار فلا يسكن فيها مسلم إلا مسالما، و لقيطها محكوم بكفره و رقه، إلا أن يكون فيها مسلم و لو كان تاجرا إذا كان مقيما، و كذا لو كان أسيرا أو محبوسا، و لا تكفى الماره من المسلمين».

و فى محكى المبسوط «دار الإسلام على ثلاثه أضرب: بلد بنى فى الإسلام لم يقربه المشركون كبغداد و البصره، فلقيتها يحكم بإسلامه و إن جاز أن يكون لدمى، لأن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه، و الثانى كان دار كفر فغلب عليها المسلمون، أو أخذوها صلحا و أقروهم على ما كانوا عليه على أن يؤدوا الجزية، فإن وجد فيها لقيط نظرت، فان كان هناك مسلم مستوطن فإنه يحكم بإسلامه، لما ذكرنا، و إن لم يكن هناك مسلم أصلا حكم بكفره، لأن الدار دار كفر، و الثالث دار كانت للمسلمين و غلب عليها المشركون مثل طرشوش، فإذا وجد فيها لقيط نظرت، فان كان هناك مسلم مستوطن حكم بإسلامه، و إلا فلا- قال:- و دار الحرب مثل الروم، فان وجد فيها لقيط نظرت، فان كان هناك أسارى فإنه يحكم بإسلامه، و إن لم يكن أسارى و يدخلهم التجار قيل: فيه وجهان: أحدهما الحكم بإسلامه، و الآخر الحكم بكفره».

و فى التذكرة جعل دار الإسلام دارين: و هما الضرب الأول و الثانى اللذان فى المبسوط، و جعل الثالث المذكور أخيرا فى المبسوط دار كفر،

فدار الإسلام عنده داران، و دار الكفر عنده داران.

و فى القواعد «الثالث تبعيه الدار، و هى المراد- أى فى اللقيط، فيحكم بإسلام كل لقيط فى دار الإسلام إلا أن يملكها الكفار و لم يوجد فيها مسلم واحد، فيحكم بكفره، و بكفر كل لقيط فى دار الحرب إلا إذا كان فيها مسلم ساكن و لو واحدا تاجرا أو أسيرا».

و فى جامع المقاصد «أن المراد بدار الإسلام فى عبارته الكتاب إما دار خطها المسلمون كبغداد أو دار فتحها المسلمون كالشام- ثم حكى عن الدروس تعريفها بما سمعت و قال:- إنه أضيف».

و فى المسالك بعد أن ذكر ما فى الدروس و التذكرة قال: «و ظاهر هذه التعريفات أن المراد من دار الإسلام هنا غير المراد بها فى حكمهم بأن سوق المسلمين يحكم على لحومه و جلوده بالطهاره كما سبق فى أبوابه، لأن المسلم الواحد لا يكفى فى ذلك إذا كان أصل البلد للمسلمين، و لا يصدق عليه سوق المسلمين».

قلت: لا- أعرف ثمره فى الإطناب فى ذلك بعد خلو النصوص عن تعليق الحكم على دار الإسلام و دار الكفر، و إن جعلهما فى الرياض و غيره العنوان لذلك.

لكن فيه أنه بعد اعتبار وجود المسلم فى الإلحاق لم يفرق بينهما و بين دار الكفر، و احتمال الاكتفاء بدار الإسلام و إن لم يوجد فيها مسلم صالح للتولد منه لا وجه له، بل لا معنى لدار الإسلام معه إلا بإرادته نفوذ أحكام الإسلام فيها و إن كان أهلها كفارا، و قد عرفت التصريح فى الدروس باعتبار وجود المسلم فيها فى الحكم بالإسلام.

ثم لا يخفى عليك أن التغليب المزبور للإسلام و لو بوجود واحد أسير أو محبوس فى بلاد الكفر يمكن كون الولد منه مناف لمقتضى قاعده إلحاق المشكوك فيه بالأعم الأغلب، مع أنهم لم يعتبروه فى المارين

و المستطرفين الذين يمكن احتمال التولد من أحدهم الذى هو أولى من المحبوسين.

و ما أدرى ما الذى دعاهم إلى ذلك مع اقتضاء الأصول العقلية عدم الحكم بإسلامه و كفره؟! لأن الأصل كما يقتضى عدم تولده من الكافر يقتضى أيضا عدم تولده من المسلم، و لا أصل آخر يقتضى الحكم بكون المشكوك فيه على الوجه المزبور الإسلام، و الولادة على الفطره قد عرفت إعراض الأصحاب عن العمل بمقتضاها، و لذا أوله بعضهم بإرادته أنه يولد ليكون على الفطره، أى بعد البلوغ.

نعم قد يقال: إن السيره تقتضى ذلك فى بلاد الإسلام الغالب فيها المسلمون، و أما الحكم فى النصوص (١) بالحرية فهو أعم من الإسلام، فلا ملازمه بينهما، مع أن تناولها لبعض الأفراد المذكوره فى كلامهم محل شك أو منع، فليس حينئذ إلا الإجماع إن تم على سائر ما ذكره، و لعله محل شك فى المحبوس فى طاموره مثلا.

أو يقال: إن دليل ذلك كله

قوله (صلى الله عليه و آله) (٢): «الإسلام يعلو و لا يعلى عليه»

و لو بملا حظه الانجبار بفتوى الأصحاب، على معنى ما يقتضى تغلب احتمال الإسلام على احتمال غيره، و لا يقدر فى ذلك عدم اعتبار الاحتمال الناشئ من غير الساكن فى البلاد كالمستطرفين و نحوهم، لعدم الانجبار فيه، فتأمل جيدا.

و على كل حال فان بلغ و أعرب عن نفسه الكفر لم يحكم برده على الأقوى، كما فى الدروس و محكى التذكرة و الإيضاح.

و لعله إليه يرجع ما عن المبسوط من «أن الأقوى أنه لا يقتل،

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٢ - من كتاب اللقطه.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب موانع الإرث - الحديث ١١ من كتاب الفرائض.

بل يفزع و يهدد و يقال: حكمنا بإسلامك قبل، ارجع إلى الإسلام» إلى آخره. لأن الحكم بإسلامه وقع ظاهرا لا باطنا.

ولذا لو ادعى ذمى بنوته و أقام بينه على دعواه سلم إليه، و نقض الحكم بإسلامه، و ليس إلا لأنها أماره إنيه تفيد الظن، باعتبار الاستدلال بالمعلول على شىء آخر، بخلاف مباشره الإسلام و تبعيه أحد الأبوين أو السابى، فإنه برهان لى يفيد العلم، و يستدل فيه بالعله على المعلول.

لكن فى القواعد التردد فى ذلك، و لعله مما عرفت و من حيث سبق الحكم بإسلامه، فهو مسلم كفر بعد إسلام، فيندرج فى تعريف المرتد.

بل فى التحرير الجزم بأنه مرتد يستتاب و لإقتل، بل نفى البعد فى جامع المقاصد عن الحكم بكونه مرتدا، لسبق الحكم بطهارته و إجراء أحكام أولاد المسلمين عليه، و لأن الإسلام هو الأصل، لأن كل مولود يولد على الفطرة.

و فيه منع الأصل المزبور، كمنع اقتضاء الأول الحكم بكونه مرتدا ضروره عدم صدقه عليه لغه بل و شرعا، فالتحقيق عدم جريان حكم المرتد عليه، و الله العالم.

[المسألة السادسة عاقله اللقيط الإمام عليه السلام]

المسألة السادسة:

عاقله اللقيط عندنا كما فى التذكرة و المسالك الامام (عليه السلام) الذى هو وارث من لا وارث له قولا واحدا إذا لم يظهر له نسب و لم يكبر ف يتولى أحدا على وجه يكون ضامنا لجريته.

خلافًا للمحكي عن العامه من أن عاقلته بيت المال، لأن ميراثه له،

و ربما كان فى عبارته الشىخين إيهام لذلك.

قال فى المقنعه: «فان لم يتوال أحدا حتى مات كان ولاؤه للمسلمين و إن ترك مالا كان ماله لبيت مال المسلمين» و نحوه فى النهايه.

و فى محكى المبسوط «فان كان عمدا فإنه للإمام، فإن رأى المصلحه أن يقتص اقتص، و إن رأى العفو على مال و يدعه فى بيت المال لمصالح المسلمين فعل، و إن كان خطأ فإنه يوجب المال، فيؤخذ و يترك فى بيت المال بلا خلاف».

و فى محكى الخلاف «اللقيط إذا مات و لم يخلف وارثا فميراثه لبيت المال، و به قال جميع الفقهاء، دليلنا إجماع الفرقه».

إلا- أنه يمكن إرادتهما بيت مال الامام (عليه السلام) الذى هو للمسلمين فى الحقيقه، لأن جميع أنفاله يصرفها عليهم، و عن الشىخ فى المبسوط أنه قال: «إذا قلت: بيت المال فمقصودى بيت مال الامام (عليه السلام)».

قلت: و يؤيد ذلك اتفاق الأصحاب قديما و حديثا على أن ميراث من لا- وارث له للإمام (عليه السلام)، كاتفاق النصوص (١) على أنه من الأنفال.

عن الخلاف بعد ما سمعته بفاصله يسيره «ميراث من لا وارث له للإمام المسلمين، و قال جميع الفقهاء: لبيت المال، و هو لجميع المسلمين، دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم».

و لا ريب فى أن اللقيط المزبور مع الفرض المذكور ممن لا وارث له، فيكون للإمام

الذى هو عاقلته، فإن الذى يعقله هو الذى يرثه سواء جنى عمدا أو خطأ ما دام صغيرا لأن عمد الصبى خطأ

بلا خلاف و لا إشكال.

فإذا بلغ و عقل و لم يتوال أحدا ففي عمده القصاص كغيره و في خطائه المحض الديه على الامام (عليه السلام) الذي هو عاقلته و في شبهه العمد الديه في ماله كجنايته على المال عمدا أو خطأ، فان لم يكن بيده مال انتظر يساره.

و لو جنى عليه و هو صغير فان كانت على النفس فالديه للإمام (عليه السلام) إن كانت خطأ و القصاص إن كانت عمدا لما عرفت من أنه هو الوارث له مالا- و قصاصا، فله العفو حينئذ على مال بلا- خلاف و لا إشكال مع رضا المجنى عليه كغيره على حسب ما سمعته في محله.

و إن كانت الجنايه على الطرف قال الشيخ في المبسوط لا يقتص له و لا تؤخذ الديه لأن القصاص للشفى، و هو ليس من أهله و لأنه لا يدري مراده عند بلوغه فهو (١١) حينئذ كالصبي (١٢) غير اللقيط المجنى على طرفه لا يقتص له أبوه (١٣) و لا جده و لا الحاكم و (١٤) لا تؤخذ له الديه، بل يؤخر حقه إلى بلوغه.

و لو قيل بجواز استيفاء الولي (١٥) هنا و في الصبي الديه مع الغبطه إن كانت خطأ و القصاص إن كانت عمدا كان حسنا، إذ لا معنى للتأخير مع وجود السبب (١٦) بل لا- خلاف فيه و لا- إشكال في الخطأ، لعموم ولايته، بل لا- يجوز له التأخير المنافى لمصلحته كباقي حقوقه التي هي كذلك، و وفاقا للأكثر كما في المسالك في العمدة، لعموم ولايته، بل لعل تأخيره إلى وقت البلوغ مع احتمال فوات المحل تفريط في حق الطفل.

نعم عن التذكرة منع استيفاء الديه بدلا عنه، و فيه منع أيضا، لعموم الولاية.

و فى القواعد «لو أخذ الحاكم الأرش فى العمدة فبلغ فطلب القصاص فإشكال، ينشأ من أن أخذ المال للحيلولة أو لإسقاط القصاص».

و كأنه عرض بذلك إلى ما عن المبسوط قال: «فأما إذا كان الوارث واحدا مثل من قتلت أمه و قد طلقها أبوه فالقود له وحده، فليس لأبيه أن يستوفيه، بل يصبر حتى إذا بلغ كان ذلك إليه، سواء كان ذلك طرفا أو نفسا، و سواء كان الولي أبا أو جدا أو الوصي، الباب واحد، فإذا ثبت أنه ليس للوالد أن يقتص لولده الطفل أو المجنون، فإن القاتل يحبس حتى يبلغ الصبي و يفيق المجنون، لأن فى الحبس منفعتهما معا: للقاتل بالعيش و لهذا بالاستيثاق، فإذا ثبت هذا فأراد الولي أن يعفو على مال فإن كان الطفل فى كفايه لم يكن له ذلك، لأنه يفوت عليه التشفى، و عندنا له ذلك لأن له القصاص على ما قلنا إذا بلغ، فلا يبطل التشفى» ثم نقل الخلاف بين العامة فيما إذا كان معسرا و أراد أن يعفو الولي على مال، و اختار أن له العفو أيضا، و للصبي القصاص إذا بلغ.

و فيه ما لا- يخفى من أنه لا- تسلط للولي على أخذ المال من الجاني بغير رضاه، و الصحه معه إذا كان على جهة إسقاط الحق يقتضى ترتب الأثر الذى هو السقوط الممتنع معه تسلط الصبي عليه.

و دعوى أن المشروع للولي تناول المال على الوجه المزبور، أو أنه كذلك و إن دفع المال بعنوان الإسقاط و قبضه الولي كذلك لا شاهد لها، بل الشواهد على خلافها.

و ثبوت قيمه الحيلولة فى المغصوب على وجه يملكها المالك إلى زمان

حصول العين لا- يقتضى الثبوت هنا إلا بالقياس الممنوع عندنا، حتى لو تراضيا على ذلك، إلا أن يكون بعقد مثلا يشترط فيه الخيار مثلا إلى مده يتحقق فيها بلوغ الطفل، فينتقل الخيار إليه، وإلا فالفضولي لا يتحقق فيه ملكه لديه فعلا، كما هو واضح.

ثم إن الحبس فى المجنون الذى لا غاية له تنتظر لا وجه له، بل فى التحرير «لو بلغ فاسد العقل تولى الامام (عليه السلام) استيفاء حقه إجماعاً» بل لعل مطلق الحبس كذلك أيضا، لأنه تعجيل عقوبه للمجنى عليه بلا داع و لا مقتض، فالتحقيق أن للولى ذلك كله بعد حصول المصلحه أو عدم المفسده على ما عرفته فى محله، لعموم الولاية، والله العالم.

و كيف كان ف لا يتولى شيئا من ذلك فى المقام الملتقط، إذ لا ولاية له فى غير الحضانه خلافا للمحكى عن الإسكافى من أنه لو أنفق عليه و تولى غيره رد عليه النفقه، فان أبى فله ولاؤه و ميراثه، و لا- نعرف له شاهدا، بل ظاهر الأدله خلافه، بل يمكن تحصيل الإجماع على ذلك، و لعله لذا حملة الفاضل على أخذ قدر النفقه من ميراثه.

ثم إن ما تقدم من تبعيه الدار فى الإسلام، و اما الحكم بحريته حتى يتحقق رقيته بالطريق الشرعى فلا أجد فيه خلافا، بل عن ابن المنذر أجمع عامه أهل العلم على أن اللقيط حر، و روينا ذلك عن على (عليه السلام) (١) مضافا إلى النصوص (٢) المزبوره و إلى أصاله الحريه المستفاده من النص (٣).

١- ١ المستدرک- الباب- ١٣- من كتاب اللقطه- الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٢- من كتاب اللقطه.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢٩- من كتاب العتق- الحديث ١.

و الفتوى بل و العقل، ضروره احتياج الرقيه إلى سبب مقتضى الأصل عدمه.

بل عن التذكرة «إذا التقط في دار الحرب و لا مسلم فيها أصلاً فالأقرب عندى الحكم بحريته، لكن تتجدد الرقيه بالاستيلاء عليه، و إن قال علماؤنا: إنه يكون رقا».

و فيه أن علماءنا يقولون باسترقاقه بالتقاطه الذى هو استيلاء على المحكوم بكفره شرعاً، لا أنه رق بدونه، نعم هو كافر تبعاً للدار بعد السلامه عما يقتضى التغلب على الإسلام.

و على كل حال فمقتضى ما ذكرناه من الحريه شرعاً جريان جميع أحكامها له و عليه فى القصاص و غيره، كما هو ظاهر كلامهم فى المسأله.

لكن فى القواعد بعد الحكم بحريته للأصل قال: «فيحكم بها فى كل ما لا يلزم غيره شيئاً، فنملكه المال و نغرم من أتلف

عليه شيئاً، و ميراثه لبيت المال، و إن قتله عبد قتل به، و إن قتله حر فالأقرب سقوط القود، للشبهه و احتمال الرق، فحينئذ تجب لديه أو أقل الأمرين منها و من قيمه على إشكال».

و إن وجه بانتفاء شرط القصاص، و بأن فارط الدماء لا يستدرك، فيجب فيها رعايه الاحتياط و بنحو ذلك مما لا يخفى عليك ما فيه بعد ثبوت حريته شرعاً على وجه تجرى عليه المناكحه المطلوب فيها الاحتياط أيضاً و غيرها من أحكام الحر الجارىه على كل من كان ظاهره الحريه شرعاً و إن احتمل فيه غيرها، و على فرض الخطأ فهو على بيت المال، لأنه من خطأ الحكام و أصل البراءه و نحوه لا- يعارض القاعده الشرعيه الثابته نصاً(١) و فتوى، و لا- دليل على سقوط القصاص الثابت بإطلاق قوله تعالى (٢) «النَّفْسِ بِالنَّفْسِ» و غيره بمجرد الاحتمال المزبور، كما هو

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٩ - من كتاب العتق - الحديث ١.

٢- ٢ سورة المائده: ٥- الآيه ٤٥.

واضح. بل فى المسالك نفى الخلاف فيه.

و كذا الكلام فيما ذكره من الاشكال و إن قيل: إنه نشأ من أنه حر فى نظر الشارع، و قد حكمتنا بسقوط القود للشبهه، فيجب الانتقال إلى الديه، و من الشك فى

الحرية و الرقيه فيجب أقل الأمرين، لأنه المتيقن و الزائد مشكوك فيه، للشك فى سببه.

لكنه كما ترى، ضروره عدم أثر للشك بعد الحكم شرعا بحريته و إن منع من القصاص مانع، و هو الشبهه المفروض كونها فى مثله أو الديه، فلا- مانع منها، فهو حينئذ كحر تعذر استيفاء القصاص منه فى الانتقال إلى الديه، إذ لو كان الاحتمال ساريا إليها لاحتمل أيضا ديه ذمى، إذ الإسلام كالحريه أيضا، بل هى أقوى دليلا منه، كما عرفته.

بل ربما نوقش أيضا بأنه لقائل أن يقول: إن الواقع لا يخلو من رقيه أو حرية، فلا بد من إحداهما، و على أى تقدير كان فلا يكون الواجب أحد الأمرين، لأنه إن كان حرا فالواجب القصاص لا- الديه، و الاحتياط المذكور معارض باحتياط مثله، فإن الجانى ربما رضى بالقصاص، فقهره على الديه إلزام له بما لم يثبت عليه، فيكون باطلا و إن كان رقا فالواجب هو القيمه لا الديه، فيبطل احتمال كون الواجب هو الديه على كل من التقديرين اللذين انحصر الواقع فيهما.

و كذا يمتنع أن يكون الواجب هو أقل الأمرين مطلقا على كل من تقديري الحرية و الرقيه، على أنه يؤدي إلى إسقاط حق معلوم الثبوت قطعا، و ذلك إذا قطع منه طرفان: أحدهما أكثر قيمه و الآخر أكثر ديه، و حيث بطلت اللوازم كلها تعين الحكم بالقصاص و إن كان فى بعضه ما فيه، و الله العالم.

و مما ذكرنا يظهر لك الحال في

[المسألة السابعة إذا بلغ فقذفه قاذف كان عليه الحد]

المسألة السابعة: التي هي إذا بلغ فقذفه قاذف كان عليه الحد بلا خلاف و لا إشكال إن لم يدع القاذف الرقيه، كما اعترف به في المسالك، لحصول مقتضيه، و لا شبهه.

و إن قال القاذف أنت رق فقال المقذوف:

بل أنا حر ف للشيخ فيها قولان: أحدهما في محكى الخلاف لا حد و تبعه عليه المصنف في حدود الكتاب، و الفاضل في حدود التحرير و المختلف و القواعد و لقطتها، و الأصبهاني في المحكى عن كشفه لأن الحكم بالحرية غير متيقن، بل على الظاهر و هو محتمل، فيتحقق الاشتباه الموجب لسقوط الحد (١١) الذي يدرأ بالشبهات نعم يثبت التعزير الذي هو متيقن على التقديرين.

و الثاني (١٢) في محكى المبسوط في الحدود و اللقطه عليه الحد، تعويلا- على الحكم بحريته ظاهرا، و الأمور الشرعيه منوطه بالظاهر، فيثبت الحد كثبوت القصاص (١٣) و تبعه الفاضل في لقطه التحرير و التذكرة و الإرشاد و الشهيدان و الكركي.

بل في المتن و الأخير أشبه (١٤) بأصول المذهب و قواعده، نعم عليه اليمين كما صرح به في الدروس، و لعله ظاهر غيره أيضا.

لكن فيه أنه مناف لدرء الحدود بالشبهات التي لا-ريب في كون الفرض منها، لعدم القطع بفساد دعوى الرقيه، و لا يلزم من ذلك كون الاحتمال نفسه من دون دعوى المحدود شبهه، كما أنه لا وجه لاحتمال عدم الشبهه في ذلك حتى مع الدعوى التي لم يعلم بطلانها و إن لم يتمكن من

إثباتها، وربما يأتي لذلك مزيد تحقيق في الحدود إنشاء الله.

و بذلك يفرق بين المقام و بين القصاص الذى ليس من الحدود التى ورد(١) فيها الدرء بالشبهه.

و لعله إلى ذلك أشار الفاضل في القواعد بقوله: «تقابل أصل البراءة و الحرية،

فيثبت التعزير، و لو قطع حر يده تقابلا- أيضا، و لكن الأقرب القصاص هنا، لأن العدول إلى القيمة مشكوك بخلاف التعزير المعدول إليه، فإنه متيقن» إذ من المعلوم انقطاع أصل البراءة بقاعده الحرية لا مقابلته له.

إلا أن يقال: إن المراد من ذلك تحقق الشبهه المسقطه للأول بخلاف الثانى و إن كان تعليله المزبور قاصرا عن تأديه ذلك.

بل لا يخلو كلامه من منافاه لما سبق منه فى النفس، إذ احتمال الفرق بينهما فى غايه البعد، خصوصا بعد ملاحظه احتمال سرايه قصاص الطرف إلى النفس.

و كذا الكلام لو قال القاذف: أنا رق ليثبت نصف الحد عليه و قال المقذوف هو حر.

و من الغريب ما عن مجمع البرهان من فرض المسأله فى قذف اللقيط الصغير الذى يتولى حد القاذف فيه الحاكم، لأنه وليه، و تفسير عبارته الإرشاد بذلك؛ مع أن قذف الصغير لا حد فيه، و إنما فيه التعزير.

و الله العالم.

[المسألة الثامنة يقبل إقرار اللقيط على نفسه بالرق]

المسألة الثامنة:

يقبل إقرار اللقيط كغيره من مجهولى النسب على نفسه بالرق إذا كان بالغاً رشيداً و لم تعرف حرّيته على وجه يعلم بطلان إقراره و لا- كان مدعياً لها قبل إقراره، و لا- كان متعلقاً بحق غيره كما صرح به غير واحد، بل فى محكى المبسوط و غيره ما يشعر بالإجماع.

و لعله كذلك، إذ لم أجد فيه خلافاً إلا من الحلى، فلم يقبله، ناسباً له إلى محصلى أصحابنا، لحكم الشارع عليه بالجرية.

و فيه أن حكمه بذلك لا ينافى جريان حكم الإقرار المستفاد من

قوله (صلى الله عليه و آله) [\(١\)](#) «إقرار العقلاء»

مضافاً إلى

قوله (عليه السلام) [\(٢\)](#): «الناس كلهم على الحرّية، إلا من أقر على نفسه بالعبودية».

بل فى قواعد الفاضل و إيضاح ولده و جامع المقاصد «أن الأقرب القبول لو أقر أولاً بالحرّية ثم بالعبودية، للعموم المزبور، و لأنه كما لو ادعى ملكيه شىء ثم أقر به لآخر».

خلافاً للمحكى عن المبسوط و التذكرة من عدم القبول، لمنافاته للحكم الأول بحرّيته التى تترتب عليه أحكامها من الجهاد و الحج و غيرهما، فلا يقبل إقراره بما يقتضى سقوطها، و لأنه بتأكيده لأصل الحرّية بالإقرار المزبور صار كمن أعرب عن نفسه بالإسلام الذى اقتضته الدار ثم كفر، فإنه لا يقبل منه، و يجعل مرتداً، و لأن الحرّية حق لله تعالى، فلا يقبل

١- ١ الوسائل - الباب - ٣- من كتاب الإقرار- الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٩- من كتاب العتق- الحديث ١ و فيه «الناس كلهم أحرار».

رجوعه فى إبطالها، إلا أن الجميع كما ترى.

و نحوه ما عن المبسوط أيضا من أنه «لو أقر بالعبودية أولا لواحد فأنكر فأقر لغيره لم يقبل، لأن إقراره الأول تضمن نفى الملك لغيره، فإذا رد المقر له خرج عن كونه مملوكا له أيضا، فكان حرا بالأصل، فليس له إبطالها بإقراره بها لآخر».

إذ لا- يخفى عليك أن إقراره الأول تضمن ثبوت الرقيه، و أنها لزيد، و لا يلزم من بطلان الثانى بطلان الأول، و رده لا يقتضى الحرية، بل كون الرقيه ليست له، قيل: و لهذا لو رجع عن الإنكار إلى الإقرار قبل، إذ ربما لم يكن عالما بالحال، أو نحو ذلك مما لا ينافى احتمال الصدق، و من هنا كان خيره الفاضل فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد القبول،

لعموم «إقرار العقلاء»^(١)

و قد تقدم فى كتاب الإقرار تحقيق المسألة بما لا مزيد عليه، فلا حظ و تأمل.

و لو سبق من اللقيط قبل الإقرار تصرف متعلق بالغير فمع البينه يكون كالتصرف الواقع من العبد بغير إذن سيده، و لو لم يكن إلا بالإقرار لم ينفذ فيما يكون فى حق الغير.

فلو كانت امرأه مثلا- و نكحت زوجها ثم أقرت بالرق استمر نكاحها و ثبت للسيد أقل الأمرين من المسمى و مهر المثل، أو من المسمى و العشر أو نصفه على الخلاف فى المسألة التى قد تقدم تحقيقها فى كتاب النكاح^(٢) إن لم يكن قد سلم المهر إليها، و إلا لم يكن للسيد مطالبته، و

الأولاد أحرار، و عدتها من الطلاق ثلاثة قروء، لأنها حق الزوج، بل قيل:

١- ١ الوسائل - الباب - ٣- من كتاب الإقرار- الحديث ٢.

٢- ٢ راجع ج ٣٠ ص ٢٢٢ و ٣٦٦- ٣٦٨.

و من الوفاء أربعه أشهر و عشره أيام، لأن الحداد حق الزوج، و فيه نظر أو منع.

و فى المسالك «و حيث حكم بركة على أحد الوجوه ففى بطلان تصرفاته السابقه على الإقرار أوجه، من ظهور وقوعها حال الحرية، و من وقوعها حال الحكم بالحرية، ثالثها الفرق بين ما لم يبق أثره كالبيع و الشراء و ما يبقى كالنكاح، فينفذ الأول و يفسد النكاح إن كان قبل الدخول و عليه نصف المهر، و إن كان بعده فسد و عليه المهر، فيستوفى مما فى يده و إلا يتبع به بعد العتق» و لعله لا يخلو من نظر فى الجملة، و الله العالم.

[المسألة التاسعة إذا ادعى أجنبى بنوته قبل]

المسألة التاسعة:

إذا ادعى أجنبى أو الملتقط عندنا بنوته قبل على وجه يثبت به النسب إذا كان المدعى أبا و إن لم يقم بينه، لأنه مجهول النسب، فكان أحق به، حرا كان المدعى أو عبدا، مسلما كان أو كافرا بلا خلاف أجده فيه، بل فى الإيضاح و جامع المقاصد الإجماع عليه، و هو الحجج بعد

عموم «إقرار العقلاء» (١)

و خصوص قوله (عليه السلام) فى القوى (٢)

و المرسل (٣): «إذا أقر الرجل بالولد ساعه لم ينف عنه أبدا».

فما عن الأردبيلي - من التشكيك فى ذلك لبعض الأمور الاعتبارية كاحتمال كون الإقرار طمعا فى مال الولد لو كان له مال و نحو ذلك -

١- ١ الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب الإقرار الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب ميراث ولد الملاعنه - الحديث ٤ من كتاب الفرائض.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب ميراث ولد الملاعنه - الحديث ٣ من كتاب الفرائض.

فى غير محله، كما تقدم تحقيق المسأله فى كتاب الإقرار، بل قيل:

لو قتله ثم استلحقه قبل و سقط القصاص.

و ما عن بعض العامه- من عدم اللحق بالكافر و العبد للحكم بإسلامه و حريره- يدفعه أنه يلحق بهما فى النسب خاصة دونهما مطلقا أو إلا مع البينه مع فرض وجوده فى دار يحكم بإسلامه، فلا حضانه حينئذ لهما، كما ستعرف.

هذا و فى محكى الخلاف و المبسوط و كذا تقبل الدعوى على وجه يثبت النسب لو كان المدعى أما كالأب، بل قيل: هو خيره مجمع البرهان و قضيه إطلاق إقرار السرائر و الكتاب و النافع و الإرشاد و التذكرة و التحرير و اللمعه و غيرها، بل عن ظاهر الأول الإجماع على ذلك،

للصحيحين (١) «عن المرأة تسمى من أرضها و معها الولد الصغير فتقول هو ابنى و الرجل يسبى فيلقى أخاه و يتعارفان و ليس لهما على ذلك بينه إلا إقرارهما، فقال: ما يقول من قبلكم؟ قلت:

لا- يورثونهم، لأنهم لم يكن لهم على ذلك بينه، إنما كانت ولاده فى الشرك، فقال: سبحان الله إذا جاءت بابنها أو بنتها و لم تزل مقره و إذا عرف أخاه و كان ذلك فى صحه من عقلهما و لم يزالا مقرين و رث بعضهم من بعض».

و لكن حيث لم يكونا بتلك الصراحة على وجه يفيدان ثبوت النسب مطلقا الذى مقتضى الأصل عدمه فى غير المقر قال المصنف و لو قيل: لا يثبت نسبه إلا مع التصديق بعد البلوغ و الرشد كان حسنا بل هو خيره الفاضل فى جملة من كتبه و ولده و الكركى

و ثانی الشہیدین، و قد تقدم تحقیق المسأله فی کتاب الإقرار.

و کیف كان ف لا یحکم برقه و لا بکفره بمجرد الإقرار بالبنيه إذا وجد فی دار الإسلام و إن ثبت النسب بذلك إلا أنه لا تلازم بینہ و بینهما.

خلافًا للمحکی عن الشافعی من احتمال ذلك أو القول به، كما احتمله بعض منا، بل فی الروضه أنه الأقوی، لدعوى التلازم، و هو واضح الضعف.

نعم لو ادعی المسلم بنوه من حکم بکفره تبعًا للدار و استترق ألحق به، و حکم بإسلامه، لأن الإسلام یعلو و لا- یعلی علیه، و للتلازم لعدم ولد محکوم بکفره مع إسلام الأب، بل و یحکم بحریته أيضا مع فرض عدم احتمال تصور استرقاقه، لقدم آباءه مثلا فی الإسلام بخلاف الأول.

و احتمال القول بأن الحکم بإسلامه تبعًا باعتبار أنه مجهول النسب أما الآن فقد علم یدفعه منع تناول ما دل علی تبعیه الأبوين فی الحال المزبور، و لا أقل من الشک، فیأتی أن الإسلام یعلو و لا یعلی علیه، و لو بملاحظه الشهره، و التلازم ممنوع، لإمكان كونه مسلما- و إن كان ابن کافر- لإسلام جده أو أمه أو غیرهما مما یكون به مسلما، كما أنه یمكن حریته لإطلاق الأدله و إن كان أبوه رقا لحریه أمه مثلا.

فاتضح حینئذ أن إلحاق نسبه به من حیث الإقرار لا- یقتضی الحکم بکفره، بل و لا- بالبینه علی ذلك، لاحتمال إسلام أحد أجداده أو جداته، كما فی صورہ الإقرار الذی لا فرق بینہ و بینها بعد فرض کل منهما طریقًا شرعیًا ظاهرًا لثبوت النسب الذی قد عرفت عدم الدلیل علی التبعیه بمثله، و لا أقل من التعارض و الترجیح لما عرفت، و الله العالم.

وقيل و القائل الشيخ فى المبسوط يحكم بكفره إن أقام الكافر بينه وبينه بنوته، و إلا حكم الحاكم بإسلامه لمكان الدار و إن لحق نسبه بالكافر و تبعه الفاضل فى القواعد و التحرير، لأن البينه أقوى من تبعيه الدار، و لكن فيه ما عرفت. و لذا كان الأول أولى و الله العالم.

[مسائل خمس فى أحكام النزاع]

إشاره

و يلحق بذلك أحكام النزاع و مسائله خمس:

[المسأله الأولى لو اختلفا فى الإنفاق فالقول قول الملتقط مع يمينه فى قدر المعروف]

الأولى: الملتقط و اللقيط لو اختلفا فى قدر الإنفاق فادعاه الملتقط و أنكره اللقيط فالقول قول الملتقط مع يمينه فى قدر المعروف كما فى القواعد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و محكى المبسوط معللا له فى الجامع بأن الظاهر يساعد الملتقط، و لم يلتفتوا إلى أن الأصل عدم فيما زاد على قدر الضروره، فيقدم قول اللقيط فى نفى الزائد.

و زاد فى المسالك «و لأنه أمين و مأمور بالإنفاق لدفع ضروره الطفل، فلو لم يقبل قوله فى قدره كذلك أدى إلى الإضرار به إن أنفق و بالملقوط إن تقاعد عنها حذرا من ذلك، و لهذا لا يلتفت إلى الأصل و إن كان موافقا لدعوى الملقوط».

قلت: قد عرفت سابقا أنهم قالوا: لا ولاية للملتقط فى الإنفاق

و لو من ماله إلا- مع إذن الحاكم أو مع تعذره، فالمتجه حينئذ توقف أمانته على ثبوت الاذن أو تعذر الحاكم، و مجرد دعواه الاذن أو التعذر لا- يجدى فى ثبوت أمانته، نعم يتجه ذلك بناء على ما قلناه من دلالة فحوى النصوص (١) المزبوره أن له ولايه الإنفاق من ماله عليه و يرجع به عليه مع اليسار.

و لا- يقال: إن النزاع هنا فى أصل الإنفاق لا فى صحته و فساده، لأننا نقول: هو لا يكون نزاعا إلا بإرادته شغل ذمه اللقيط به و إلا فلا نزاع.

اللهم إلا أن يقال: إنه مع فرض ثبوت وقوعه بيمينه الأصل فيه الصحة المقتضيه للرجوع به. و فيه منع واضح، ضروره اقتضاء ذلك عدم الفرق بين الملتقط و غيره، و هو واضح الفساد، لأن الأصل البراءة.

و حينئذ يتجه فرض المقام بعد معلوميه ائتمان الملتقط على ذلك باذن من الحاكم أو بتعذره، بناء على ثبوت الولاية له حينئذ، و لا ريب فى أن القول قوله حينئذ فى أصل الإنفاق و فى قدره بالمعروف كغيره من الأمانة على ذلك، كالوصى و القيم الشرعى و نحوهما.

بل الظاهر أن القول قوله أيضا فى الزائد على المعروف مع دعوى الحاجه إليه أيضا، لأنه أمين و ولى.

و إليه يرجع ما فى جامع المقاصد قال: «أما ما زاد على المعروف فلا يلتفت إليه فى دعواه، لأنه إن صح كان مفرطا، و لا يحلف إلا أن يدعى الحاجه و ينكرها اللقيط، نعم لو وقع النزاع فى عين مال أنه أنفقها صدق باليمين، لتقطع المطالبه بالعين، ثم يضمن كالغاصب».

لكن فى المسالك «و لو كان دعواه زائده على المعروف فان لم يدع

مع ذلك حاجة الملقوط إليها فهو مقر بالتفريط في الزائد فيضمنه، و لا وجه للتخفيف، و إن ادعى حاجته إلى الزيادة و أنكرها الملقوط فالقول قوله عملاً بالأصل مع عدم معارضه الظاهر هنا، نعم لو وقع النزاع في عين مال إلى آخر ما سمعته من جامع المقاصد.

و ظاهره أنه أخذه منه، لكن قد عرفت التفاوت بينهما، و الأصح ما فيه.

بل قد يقال بعدم الضمان مع فرض الزيادة من مال الطفل، لأصالة براءة ذمه المنفق إذا لم يقر بالتفريط، أو فرض موته أو جنونه، لأنه أمين، و الأصل في تصرفه الصحة، بل و كذا لو كان من مال نفسه و علم منه إرادته الرجوع به و لم يعترف بالتفريط.

نعم لو لم يعلم ذلك لم يضمنه الطفل، لاحتمال تبرعه بالزيادة مع احتمالها إذا فرض عدم دعوى منه بموت أو جنون.

و من ذلك كله ظهر لك أن المسألة غير منقحة في كلامهم حتى قول المصنف فان ادعى زيادة فالقول قول الملقوط في الزيادة أى نفيها، ضروره عدم تماميته على الإطلاق و إن كان الظاهر إرادته أن تقديم قول الملتقط للظهور المستفاد من العادة، و هو مفقود في الزيادة.

و فيه أنها غير مطرده، ضروره اعتياد الاحتياج إلى الزيادة بمرض و غيره، فمع فرض كونه وليا و أمينا مأذونا من الحاكم فالقول قوله إلا أن يعلم التفريط، و الله العالم.

و مما ذكرنا يعلم الوجه فيما لو أنكر اللقيط أصل الإنفاق ف ان القول قول الملتقط مع يمينه، لما عرفت.

و كذا لو كان له أى الملقوط مال فأنكر اللقيط إنفاقه عليه، ف ان القول قول الملتقط أيضا مع يمينه، لأنه

أمينه سواء كان المنفق مال الملتقط الذى يرجع به عليه أو مال اللقيط، نعم بناء على ما عرفت يعتبر إذن الحاكم فى إنفاقه، و إلا كان مضمونا عليه و إن أنفقه عليه، لأن السبب أقوى من المباشر، نحو من قدم طعام الغير له بعنوان أنه ماله فأتلفه.

و على كل حال فقد ظهر لك أن القول قول الملتقط فى أصل الإنفاق و فى قدره بالمعروف و فى الزائد مع الحاجه، سواء كان للقيط مال أو لا، و سواء ادعى اللقيط أن الإنفاق عليه كان من ماله أو لا، كل ذلك لما عرفت.

إلا أنه ينبغى مراعاة ما ذكرناه بناء على كلامهم السابق الذى يعلم منه أنه لو كان للطفل مال و قد أذن له الحاكم فى إنفاقه عليه و تركه لا لعذر و أنفق من ماله لم يكن له رجوع، لأنه بحكم المتبرع مع عدم الاذن على الوجه المزبور، و الله العالم.

[المسأله الثانيه لو تشاح ملتقطان مع تساويهما فى الشرائط أقرع بينهما]

المسأله الثانيه:

لو تشاح ملتقطان فلم يترك أحدهما للآخر مع تساويهما فى الشرائط المعبره فى الالتقاط على وجه لا ترجيح لأحدهما على الآخر أقرع بينهما، إذ الفرض أن لا رجحان وفاقا للشيخ و الفاضل و الشهيدين و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، للضرر عليهما و على الطفل باجتماعهما على الحضانه التى لا يمكن أن يكون عندهما فى ساعه واحده، و فى التناوب و اختلاف الأيدى و الأغذيه و الأخلاق و غير ذلك ضرر على الطفل، مضافا إلى تضررهما. و من هنا قال الله تعالى (١):

«وَمَا كُنْتُمْ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ».

و عن التذكرة «أن الاشتراك متعسر أو متعذر اجتماعا أو مهاياها» إلى آخره.

و تبعه فى الدروس قال: «و التشريك بينهما فى الحضانه بعيد، لأنهما إن كلفا الاجتماع تعسر و إن تهاينا قطعا ألفه الطفل فيشق عليه» إلى آخره، فليس حينئذ إلا القرعه بعد عدم إمكان الانتزاع منهما و عدم الترجيح لأحدهما.

و لكن مع ذلك ربما انقذح الاشتراك فيها، بل هو خيره التحرير و إن احتمل القرعه فيه أيضا، لتساويهما فى مقتضاها، و إمكان اشتراكهما فيها، فلا إشكال كى يقرع، و كفاله مريم (ع) إنما كانت لتبرع لا لحضانه شرعيه.

و منه يعلم ضعف ما عن الشهيد فى تفسير قول الفاضل فى القواعد:

«فان تساويا أقرع أو يشتركان فى الحضانه» من أن المراد من التردد

التخير، ضروره كون القرعه للإشكال، و مع التشريك لا إشكال، فلا معنى للتخير.

و لعل الأولى إرادته الإشارة إلى الاحتمال الذى ذكره المصنف، و لا ريب فى كونه متجها مع فرض التحرص عما يقتضى ضرر الطفل، و هما معا مكلفان بدفعه، ضروره عدم اعتبار الاتحاد فى الالتقاط الذى يجرى فى الحيوان و الإنسان و المال، فهما معا حينئذ ملتقط يجب عليهما الحضانه على وجه لا ضرر فيها على الطفل، بأن يجعلاه فى مكان واحد و يتعهدها و يحسننا تربيته، و كذا لو اشترك الرحم فى الحضانه.

نعم لو قلنا باعتبار الاتحاد على معنى أنهما بالتقاطهما جعل الشارع الحاضن أحدهما لا هما و تشاحا اتجهت القرعه حينئذ، كما أنه لو فرض

تعذر حضانتها معا على وجه لا يكون فيها ضرر على الطفل يأتي احتمال القرعه، وإلا فليس إلا الاشتراك، كما هو واضح. والله العالم.

و كيف كان ف لو ترك أحدهما للآخر حقه من الحضانه صح بلا- خلاف أجده بين من تعرض له، كالشيخ و الفاضل فى التحرير الذى اختار الشركه فيه فضلا عن غيره، و الشهيدين و الكركى و غيرهم.

نعم قيده جماعه بكون ذلك قبل القرعه لا- بعدها، معللين له بأنهما قبلها يملكانها على نحو ملك الشفيعين مثلا، بناء على اختصاص أحدهما بتمام الشفعه مع إسقاط الآخر.

و لم يفتقر الترك المزبور إلى إذن الحاكم، لأن ملك الحضانه لا يعدوهما بخلاف ما بعدها، فإنه بها يتعين على وجه يكون كالمنفرد، و مقتضاه أن المنفرد لا- يجوز له ترك الحضانه لآخر برضاها، و هو مناف لمقتضى الأصول، بل و لحضانه الرحم التى لا- إشكال فى جواز تركها لغيره على وجه النيايه، اللهم إلا أن يريد نفس الحق الذى لا دليل على انتقاله على وجه يسقط بحيث لو طلبه بعد ذلك لا يجاب إليه.

و فيه أن ذلك على الوجه المزبور لا يخلو من إشكال أو منع قبلها أيضا، خصوصا بعد ظهور ما ذكره من التعليل بالاشتراك فى الحق قبلها، و الفرض أنه حق تكليفى، و لهذا لا يمكن إسقاطه للمنفرد الذى لا فرق بينه و بين المشترك بالنسبه إلى هذا المعنى، بل لعل إطلاق كلامهم جواز ترك أحدهما للآخر ينافى ما ذكره من احتمال الاشتراك.

و أما على احتمال القرعه بناء على أن الحق لأحدهما المطلق لا المبهم فقد يشكل إسقاطه قبل تعيينه بالفرعه بعد فرض الاحتياج إليها فى تعيينه بعدم ثبوت حق له كى يسقطه، و مع الثبوت لا يصح له الاسقاط.

و ذلك كله مؤيد لما ذكرنا من أن المتجه ثبوت الاشتراك بينهما، و لكل منهما الترك على وجه الإيكال، نحو حضانه الرحم.
 و كأنه حام حول بعض ما ذكرناه الكركي في حاشيه الكتاب، قال بعد قول المصنف: «و لو ترك» إلى آخره: «ليس على إطلاقه، بل هو مشروط بأن لا يضعأ أيديهما عليه، أو على القول بالقرعه، أما على القول بالتشريك فلا، لأنه قد لزم كلا منهما نصيبه من الحضانه» و إن كان لا يخفى عليك ما فى بعضه بعد الإحاطه بما ذكرناه.

هذا و فى القواعد «و لو ترك أحدهما للآخر صح، سواء كانا موسرين أو أحدهما، حاضرين أو أحدهما، أو كان أحدهما كافرا مع كفر اللقيط» و مقتضاه جواز ترك الموسر للمعسر و الحاضر للمسافر و المسلم للكافر، بل هو مقتضى قول المصنف فى

[المسأله الثالثه إذا التقطه اثنان و كل واحد منهما لو انفرد أقر فى يده]

المسأله الثالثه التى هى عين سابقتها، و إنما أعادها لبيان عدم الفرق بين الملتقطين مع تساويهما و عدمه.

فقال إذا التقطه اثنان و كانا جامعين لشرائط الالتقاط بحيث كل واحد منهما لو انفرد أقر فى يده لصلاحيته فتشاحا فيه أقرع بينهما و يحتمل التشريك كما سمعته سواء كانا موسرين أو أحدهما، حاضرين أو أحدهما بل و كذا إن كان أحد الملتقطين كافرا إذا كان الملقوط كافرا.

و فرض بقائه عليه بعد الالتقاط لعدم كونه ممن يملك به، لعدم كونهم حريين و إن كانت دار كفر و ليس فيها مسلم، و إلا فلو فرض

أنه يسترق بالالتقاط جاء فيه حينئذ احتمال تغليب المسلم، فيحكم بإسلام اللقيط تبعاً للسبابي، فلا يصلح للكافر استدامه حكم الالتقاط، نعم يمكن بقاءه على الملكيه بينهما، و لم أجد ذلك محرراً فيما حضرني في المقام.

و كيف كان فالوجه في عدم الترجيح بشيء من هذه الأمور إطلاق الأدله المقتضى لتساويهما في الحق المزبور على كل حال مع فرض صلاحيتهما للالتقاط.

لكن في القواعد سابقاً «و لو ازدحم ملتقطان قدم السابق، فان تساويا ففي تقديم البلدي على القروي، و القروي على البلدي، و الموسر على المعسر، و ظاهر العدالة على المستور نظر، فان تساويا أقرع أو يشتركان في الحضانه، و لو ترك أحدهما للآخر» إلى آخر ما سمعته سابقاً عنها.

و مراده على الظاهر أنهما تساويا في أخذه و لم يكن أحدهما سابقاً على الآخر، و هو المراد من موضوع المسأله في الكتاب، لا أنهما ازدحما على إرادته التقاطه، فالنظر و عدم الترجيح في ذلك حينئذ، كما عن الإيضاح و الحواشي.

بل في التذكرة «إن تساويا في الصفات فان ترجح أحد الملتقطين بوصف يوجب تخصيصه به دون الآخر و كانا معا ممن يثبت لهما جواز الالتقاط أقر في يده و انتزع من يد الآخر».

و جزم بالترجيح بما سمعته في القواعد و زاد تقديم الحر على العبد و المكاتب و إن كان التقاطه باذن سيده، لأنه في نفسه ناقص، و ليست يد المكاتب يد السيد.

بل عن الكركي موافقته أيضاً على تقديم معلوم العدالة على المستور و إن كنت لم أتحققه، قال: «لأن الأحوط اشتراط العدالة، فيكون

الترجيح بهذا الاعتبار، و أما الباقيون فالأصح عدم ترجيح أحدهم على مقابله، لأن كلا منهم أهل للالتقاط، و تأثير واحد من الأوصاف المذكوره فى الترجيح غير معلوم، و الأصل عدمه».

و عن المبسوط التفصيل بتقديم الأمين على الفاسق، و أنه حكى عن قوم تقديم الأيسر مع التساوى فى الأمانه، فإن تساويا فى اليسار أقرع، و لم يرجح هو، و قدم القروى على البدوى إن وجداه فى قريه أو حضر قال: «و إن وجداه فى البادية و كان البدوى ممن له حله قريبه فإنه يقرع بينهما، و إن كان منتقلا فوجهان» و لم يرجح.

و فى الدروس «و إنما تتحقق القرعه مع تساويهما فى الصلاحيه، فيرجح المسلم على الكافر و لو كان الملقوط محكوما بكفره فى احتمال، و الحر على العبد، و العدل على الفاسق على الأقوى، و يشكل ترجيح الموسر على المعسر و البلدى على القروى و القروى على البدوى و القار على المسافر و ظاهر العدالة على المستور و الأعدل على الأنقص نظرا إلى مصلحه اللقيط فى إثارة الأكمل نعم لا- يقدم الغنى على المتوسط، إذ لا ضبط لمراتب اليسار، و لا المرأه على الرجل، و لا من يختاره اللقيط و إن كان مميزا» إلى غير ذلك من كلماتهم.

و لكن لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد خلوص النصوص و الفتاوى عدا ما عرفت عن ملاحظه هذه الأمور التى لم يصل العقل إلى اعتبارها شرعا و إن كان فيها صلاح للطفل على وجه يقتضى رفع اليد عما يقتضيه إطلاق الأدله و الأصول العقليه، و ينتزع من يد من يثبت له حق فيه، بل مقتضى ذلك حتى مع الاستقلال المجمع على خلافه، و على تقديره فلا ينبغى حصرها فى الأمور المذكوره، بل هى إلى عدم الحصر أقرب منه.

بل فتح هذا الباب يقتضى فقها جديدا لا ينطبق على أصول الإماميه

إذ منه تقديم الأثني في التقاط الأثني، بل و الصبى المحتاج إلى الحضانه، و منها التقاط ذى الشرف و العز و الوقار و نحو ذلك ثم لو تعارضت المرجحات بعضها مع بعض و غير ذلك مما لا أثر له فيما وصلنا من نصوص أهل العصمه الذين كل ما خرج عنهم فهو زخرف و لعله لعدم التعارض المحتاج إلى الترجيح الذى يراعى فيه هذه الأوصاف، لاتحادهما فى الالتقاط الموجب للحق كما هو واضح، و الله العالم.

و كيف كان ف لو وصف أحدهما أى المتنازعين فيه أى اللقيط علامه كالأخال فى رأسه و نحوه لم يحكم له به كما فى القواعد و جامع المقاصد و المسالك، لعدم ثبوت اعتبار ذلك شرعا فى ثبوت الولاية عليه، كعدم ثبوت اعتباره فى النسب أيضا.

خلافاً لأبى حنيفه، بل عن الفاضل فى التحرير احتمال الحكم به كالألقطه، إلا أنه كما ترى.

ثم لا- يخفى عليك أن هذا فيما إذا تنازعا فى الاستقلال بالولاية، بمعنى دعوى كل منهما الاستقلال بالتقاطه، فذكر أحدهما وصفا فيه لإرادته الاستظهار به على خصمه، و فرض المسأله السابقه معلوميه اشتراكهما فى الالتقاط بأن اشتركا معا فى تناوله، و لا مدخله فى ذلك لذكر الوصف قطعاً، و لعل مقصود المصنف بيان عدم الأثر لذلك لو كان تنازعهما فى سبق الالتقاط.

و حينئذ قد يقال لو كان فى يد أحدهما رجح على الآخر و إذا كان فى يديهما معا و لا بينه لأحدهما أقرع كما إذا أقاما بينتين و تساويتا، و فى ترجيح بينه الداخل و الخارج على نحو الأملاك وجه.

و كأنه إلى ما ذكرنا أشار فى التحرير، قال: «لو اختلفا فى سبق التقاطه حكم لمن هو فى يده مع اليمين، و لو كان فى يدهما أقرع بينهما،

فيحلف من خرجت له، و يحتمل عدم اليمين، و كذا لو لم يكن في يدهما مع احتمال أن يسلمه الحاكم إلى من شاء من الأبناء، و لو وصف أحدهما شيئا مستورا فيه كشامه في جسده لم يكن أولى، كما لو وصف مدعى المتاع، و يحتمل تقديمه، كما لو وصف اللقطة، و لو اختص أحدهما بالبينة حكم له، و لو أقاما بينه قدم سابق التأريخ، و لو تعارضا أقرع، و لو كانت يد أحدهما عليه و أقاما بينه حكم للخارج» و هو عين ما ذكرناه، و الله العالم.

[المسألة الرابعة إذا ادعى بنوته اثنان فإن كان لأحدهما بينه حكم بها]

المسألة الرابعة:

إذا ادعى بنوته اثنان أجنبيان أو ملتقطان فإن كان لأحدهما بينه حكم بها.

و إن أقام كل واحد منهما بينه أقرع بينهما بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له كالشيخ و الفاضلين و الشهيدين و غيرهم على ما حكى عن بعض. و كذا لو لم يكن لأحدهما بينه.

و لو كان الملتقط أحدهما فلا ترجيح باليد، إذ لا حكم لها في النسب بخلاف المال، لأن لليد فيه أثرا بلا خلاف أجده فيه أيضا، بل و لا إشكال بعد عدم ثبوت اعتبارها شرعا في ذلك.

نعم في القواعد في كتاب القضاء «لو تداعيا صبيا و هو في يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصة على إشكال».

و عن الفخر و الأصبهاني تقييده بما إذا لم يعلم أن اليد يد التقاط، بل عن الأخير لا ترجيح في يد الالتقاط قطعا.

و في الدروس «إذا لم يعلم كونه لقيطا و لا صرح ببنوته فإن ادعاه

غيره فنازعه فان قال: هو لقيط و هو ابني فهما سواء، و إن قال: هو ابني و اقتصر و لم يكن هناك بينه على أنه التقطه فالأقرب ترجيح دعواه عملا بظاهر اليد».

إلا أن الجميع كما ترى بعد ما عرفت من عدم ثبوت اعتبار اليد في النسب شرعا، و لذا لا يحكم بينوه من كان في يده صبي لم يعترف بنسبته إليه، نعم لو سبق أحدهما في دعوى الولديه و حكم له بذلك كان مقدما على الآخر، لثبوت نسبه شرعا، فيكون الآخر مدعيا صرفا يطالب بالبينه، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسألة الخامسة إذا اختلف كافر و مسلم أو حر و عبد في دعوى بنوته يرجح المسلم على الكافر و الحر على العبد]

المسألة الخامسة:

إذا اختلف كافر و مسلم أو حر و عبد في دعوى بنوته قال الشيخ في المبسوط يرجح المسلم على الكافر و الحر على العبد لقاعده التغليب فيهما، و تبعه الفخر و الشهيدان إلا إذا كان اللقيط محكوما بكفره أو رقه، فيتجه التوقف أو ترجح الكافر أو الرق كما في الدروس، أو يشكل الترجيح، كما في الروضه.

بل عن الأردبيلي الميل إلى ترجيح المسلم و الحر مطلقا، و عن أبي على ترجيح الحر، فان قامت بينه أنه ولد العبد ألحقنا به نسبه و أقررناه على الحريه، إلا أن تقوم البينه أنه ولد من أمه.

و لكن فيه تردد بل عن الخلاف و التذكرة الجزم بعدم الترجيح و الرجوع إلى القرعه.

و في جامع المقاصد «أنه الظاهر، سواء كان الالتقاط في دار الكفر أو الإسلام».

و فى المسالك «الأظهر عدم الترجيح مطلقا إلا أن يحكم بكفره و رقه على تقدير إلحاقه بالناقصين، فيكون ترجيح الأولين أقوى، لظهور المرجح».

بل عن المختلف أن المشهور عدم الترجيح مطلقا، و لعله أخذها مما ذكره فى كتاب القضاء من أنه إذا وطأها اثنان شبهه ثم أتت بولد فإنه يقرع بينهما، سواء كانا مسلمين أو أحدهما أو حرين أو أحدهما، بل عن كشف اللثام الإجماع على ذلك. خلافا للقطه المبسوط، و به صحيح الحلبي (١) بناء على أنهما من سنخ واحد، كما هو الظاهر.

و قاعده التغليب على وجه تشتمل المقام ممنوعه، و ترجيح المسلم و الحر

بموافقتهم للحكم بإسلامه و حرية لو كان فى بلاد الإسلام لا أثر له فى ثبوت النسب المستند إلى الفراش أو الإلحاق أو البينه، مع أنه لا يتم فى المحكوم بكفره و استرقاقه.

مضافا إلى ما سمعته سابقا من بقاء الحكم بإسلامه و حرية مع إمكانهما و إن حكم بكفر أبيه و رقيته، بل لو قلنا بالتبعيه فيهما أيضا تبعا لاقتضاء الأدله لم يكن بذلك بأس، و لا ترجيح فيه لدعوى المسلم.

فالتحقيق مساواتهما و إن أطنب فى الإيضاح و مجمع البرهان و غيرهما فى بيان الترجيح، لكنه ليس بشىء، إذ هو مجرد اعتبارات لا ترجع إلى دليل معتبر شرعا، كدعوى العار فى العبوديه و حفظ الدين فى الإسلام و تغليبه و نحو ذلك مما لا يرجع إلى محصل.

و لو ادعاه رجل و امرأه فلا تعارض و ألحق بهما، لاحتمال حصوله منهما عن نكاح.

و لو قال الرجل: ابني من زوجتي و صدقته الزوجه و قالت امرأه

أخرى: إنه ابنى ففى التحريير هو ابن الرجل، و لا- ترجح دعوى الزوجه، و هو كذلك مع فرض عدم سبقها على الأخرى فى الإلحاق، و الله العالم.

[القسم الثانى فى الملتقط من الحيوان]

اشاره

القسم الثانى فى الملتقط من الحيوان و تمام النظر فيه فى ثلاثه المأخوذ و الآخذ و الحكم.

[الأول فى المأخوذ]

أما الأول فهو كل حيوان مملوك لا مثل الخنزير و نحوه ضائع فى الفلاه عن مالكة لا غير الضائع عنه أخذ و لا يد لملتقط عليه إلا ما ستعرف. و يسمى الحيوان المأخوذ ضاله.

و لا خلاف بيننا فى أن أخذه فى صوره الجواز مكروه بل عن المبسوط و الخلاف نسبه ذلك إلى روايه أصحابنا، و فى التذكره نسبه كراهه الالتقاط إلى علمائنا فى موضعين.

و فى محكى السرائر «أخذ اللقطه عند أصحابنا على الجملة مكروه، لأنه قد

روى فى الأخبار(١) أنه لا يأخذ الضاله إلا الضالون».

و فى الصحيح (١) فى الضاله «ما أحب أن أمسها»

و فى النبوى المروى من طرق العامه (٢) «لا يأوى الضاله إلا ضال»

و فى آخر (٣) «ضاله المؤمن من حريق جهنم»

أى لهبها، و

فى الخبر (٤) أيضا «إياكم و اللقطه، فإنها ضاله المؤمن، و هو حريق من حريق جهنم».

إلى غير ذلك من الأخبار الوارده فى مطلق اللقطه أو فى الصامت إلا أنه بفحواها يفهم منها أيضا ما نحن فيه.

بل ربما استدل أيضا بما

ورد (٥) من أن «الضاله لا يأكلها إلا الضالون»

بناء على إرادته النهى عن الأخذ الذى هو مقدمه للأكل من ذلك و إن زاد

فى بعضها (٦) «إذا لم يعرفوها».

و كيف كان فالحكم مفروغ منه، مضافا إلى ما فى التعريض بفعلها لأحكام كثيره يصعب التخلص منها على حسب ما أراده الشارع، بل لعلها من الأمانه التى حملها الإنسان لجهله.

و من ذلك كله يعلم عدم وجوب حفظ مال الغير ما لم يكن تحت يده، كما ذكرناه فى المباحث السابقه.

لكن عن أبى حنيفه فى وجه وجوب أخذ اللقطه لكون المؤمنين بعضهم أولياء بعض، فىكون كولى الأيتام، و أن حرمه مال المسلم كدمه.

و هو كالاتجاه فى مقابله ما عرفت، و كم له، و ما أبعد ما بينه و بين الشيخين فى المقنعه و النهايه من ظهور التحريم فى الحيوان كما حكاه عنهما فى الدروس، و لكن لا يبعد إرادته الكراهه من نفى الجواز فيهما

١- ١ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٥.

٢- ٢ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٩٠.

٣- ٣ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٩٠.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللقطه - الحديث ٨.

٥-٥ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللقطه - الحديث ٥.

٤-٦ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٤.

كما هو المتعارف في كلاميهما.

و على كل حال فلا إشكال في الكراهه إلا بحيث يتحقق التلف إذا لم يلتقطه فإنه حينئذ طلق بلا كراهه، كما صرح به الفاضل و الشهيديان و الكركي و غيرهم، و لعله لعدم تناول أدله الكراهه الملاحظ فيها فائده المالك المفروض انتفاؤها، فالعقل حينئذ يقضى بعدمها.

و لا ينافيه

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «هى لك أو لأخيك أو للذئب»

بعد ظهوره فى غير تحقق التلف الذى هو عنوان عدم الكراهه.

بل ربما قيل: الظاهر منه الترغيب فى أخذ الضالاه التى هى فى معرض التلف، على معنى أنك إن أخذتها و لم تعرف مالها بعد التعريف تكون لك، و إن عرفته فقد حفظت مال أخيك المؤمن، و إن لم تأخذها أكلها الذئب أو أخذها غير الأمين الذى هو بمنزله الذئب أيضا.

و لعله لذلك كان المحكى عن المبسوط استحباب أخذها إذا كان أمينا فى مفازه أو فى خراب أو فى عمران، و عن أبى على لو أخذها لصاحبها حفظا عن أخذ من لا أمانه له رجوت أن يؤجر، بل فى الروضه «يجب كفايه إذا عرف صاحبها».

و لكن لا يخفى عليك ما فيه من عدم الدليل على ذلك على ما أشرنا إليه فى الوديعه (٢) و غيرها من الكتب السابقه.

كما أنه لا يخفى عليك منافاه

قوله (صلى الله عليه و آله) متصلا بالخبر المزبور: «و ما أحب أن أمسها»

للمعنى المذكور المقتضى للندب، فلا يبعد إرادته بيان الجواز فيه، بل الكراهه أيضا، فتأمل.

و كيف كان فى الاشهاد مستحب عندنا لما

١- ١ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٥.

٢- ٢ راجع ج ٢٧ ص ٢٨.

فيه من التحرز عن الطمع، و عما لا يؤمن من تجرده على الملتقط من موت أو فلس أو غيرهما و لنفى التهمه بإرادته تملكها. و فى

النبوى (١) «من التقط لقطه فليشهد عليها ذا عدل أو ذوى عدل، و لا يكتم و لا يغيب»

خلافًا لبعض العامه فأوجبه، لظاهر الأمر القاصر عن إفادته كما هو واضح.

و لا بد فيه من التعدد المتوقف عليه ما عرفت دون شهاده الواحد و إن كان ظاهر الخبر المزبور ذلك، لكن لا عامل به منا، و الله العالم.

و على كل حال فالبعير لا يؤخذ إذا وجد فى كلاً و ماء يتمكن من التناول منهما و إن لم يكن صحيحاً بلا خلاف أجده بين القدماء و المتأخرين منا، بل فى

الكفايه نسبته إلى الأصحاب مشعراً بالإجماع عليه و لعله كذلك.

بل فى غايه المرام ذلك صريحاً قال: «وقع الإجماع على عدم جواز أخذ البعير إذا ترك من غير جهد مطلقاً، سواء كان فى كلاً أو ماء أو لم يكن، و كذا إذا ترك من جهد فى كلاً أو ماء» بل مقتضاه أن أحدهما كاف فى عدم الجواز، و إن كان هو كما ترى يمكن دعوى الإجماع بخلافه فضلاً عن النصوص (٢).

و فى الغنيه «من وجد ضاله الإبل لا يجوز له أخذها بإجماع الطائفه».

أو كان صحيحاً و إن لم يكن فى كلاً- و ماء بلا خلاف أجده فيه أيضاً، بل فى الكفايه و غايه المرام نحو ما سمعته فى الأول، كدعوى الإجماع فى الرياض عليهما معا و لقوله (صلى الله عليه و آله) فيما تقدم من النصوص السابقه.

١- ١ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٨٧.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه.

كصحيح الحلبي (١) و

حسن هشام بن سالم بإبراهيم (٢) عن الصادق (عليه السلام) «جاء رجل إلى النبي (صلى الله عليه وآله) فقال:

يا رسول الله إني وجدت شاه، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله):

هي لك أو لأخيك أو للذئب، فقال: يا رسول الله إني وجدت بعيرا فقال

خفه حذاؤه و كرشه سقاؤه فلا تهجه

« و في

صحيح معاوية بن عمار (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «سأل رجل رسول الله (صلى الله عليه وآله) عن الشاه الضاله بالفلاة، فقال للسائل: هي لك أو لأخيك أو للذئب، قال: و ما أحب أن أمسها، و سأل عن البعير الضال، فقال للسائل: مالك و له، خفه حذاؤه و كرشه سقاؤه، خل عنه»

و نحوه مرسل الفقيه (٤).

على أن مقتضى مصلحة المالك بعد أن لم يخش عليه التلف لامتناعه عن السباع و استقامته بالرعى عدم التعرض له، لأن العاده جرت بطلب مالكة له حيث يفقده.

و حينئذ فقد يقال: إن وجه التفصيل المزبور- مضافا إلى ما سمعته من نفي الخلاف فيه و غيره، و إلى ظهور فحوى قوله (صلى الله عليه وآله):

« كرشه» إلى آخره أن ذلك لمصلحة المالك، فمع فرض كونه فاقد الأمرين لا يكون له مصلحة-

خبر السكوني (٥) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «أن أمير المؤمنين (عليه السلام) قضى في رجل ترك دابته من

١- ١ أشار إليه في الوسائل- الباب- ١٣- من كتاب اللقطة- الحديث ١ و ذكره في التهذيب ج ٦ ص ٣٩٤- الرقم ١١٨٤.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٣- من كتاب اللقطة- الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١٣- من كتاب اللقطة- الحديث ٥.

٤- ٤ أشار إليه في الوسائل- الباب- ١٣- من كتاب اللقطة- الحديث ٥ و ذكره في الفقيه ج ٣ ص ١٨٨- الرقم ٨٤٨.

٥- ٥ الوسائل- الباب- ١٣- من كتاب اللقطة- الحديث ٤.

جهد، قال: إن تركها في كلاً و ماء و أمن فهي له يأخذها حيث أصابها، و إن تركها في خوف و على غير ماء و لا كلاً فهي لمن أصابها».

و خبر مسمع (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إن أمير المؤمنين (عليه السلام) يقول في الدابة إذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها فهي للذي أحياها، قال: و قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل ترك دابته في مضيعه، فقال: إن كان تركها في كلاً و ماء و أمن فهي له، يأخذها متى شاء، و إن تركها في غير كلاً و ماء فهي للذي أحياها».

و في

صحيح عبد الله بن سنان (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «من أصاب مالا أو بعيرا في فلاة من الأرض قد كلت و قامت و سبيها صاحبها لما لم تتبعه فأخذها غيره فأقام عليها و أنفق نفقه حتى أحياها من الكلال أو من الموت فهي له، و لا سبيل له عليها، و إنما هي مثل الشيء المباح».

بناء على إرادته ما يشمل الضائع من الترك في النصوص السابقة، لا- خصوص الأ-عراض و لا- خصوص الترك الذي هو غير موضوع اللقطة، خصوصا بعد ملا-حظه ما هو المعتاد من أنه يراها متروكة و لم يعلم قصد صاحبها الأ-عراض عنها أو أنه تركها لخوف و نحوه أو أنها ضائعه منه أو يقال: إن موردها و إن كان المعرض عنه إلا- أن المفهوم منه كون المدار على مطلق المتروكية على الوجه المزبور.

إلا- أن الأخير كما ترى، ضروره معلوميه الفرق بين الأ-عراض و اللقطة، لمعلوميه الفرق بينهما و بين ما قصد تركه و يعلم به صاحبه، كما هو ظاهر لفظ «تركة» و حينئذ فلا مدخله لهذه النصوص فيما نحن فيه من الضالاه، خصوصا الصحيح الذي قد صرح فيه بلفظ التسيب و كونه

١- ١ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطة - الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطة - الحديث ٢.

كالمباح، و منه يعلم حينئذ صحه نسخه «سيبها» بالياء لا «نسيها» من النسيان.

و حينئذ يكون الضاله المجهوده فى غير كلاً و ماء على حكم غيرها من الضوال، فيكون وجه التفصيل ما أشرنا إليه و نحوه مما يظهر منه ذلك مع ملاحظه إطلاق بعض النصوص السابقه الذى يمكن دعوى انسياقه من فحواه.

هذا و فى اللعمه و المفاتيح «إذا وجد البعير فى كلاً و ماء صحيحاً» و ظاهرهما اعتبار الأمرين معاً، و هو مخالف لما عرفت.

و على كل حال فلو أخذه فى صوره عدم جواز أخذه ضمنه بلا خلاف أجده، بل و لا إشكال،

لعموم «على اليد»^(١)

مع عدم الاذن لا شرعا و لا مالكا.

بل فى الروضه «لا- يجوز أخذه حينئذ بنيه التملك مطلقاً، و فى جوازه بنيه الحفظ لمالكة قولان: من إطلاق الأخبار بالنهى و الإحسان، و على التقديرين يضمن بالأحد حتى يصل إلى مالكة أو إلى الحاكم مع تعذره».

و ظاهره الضمان حتى مع قصد الإحسان، و لعله كذلك، للعموم المزبور الذى لا ينافيه قاعده الإحسان المراد منها ما حصل فيه الإحسان لا ما قصد و لم يحصل.

نعم فى

خبر الحسين بن يزيد^(٢) عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) قال: «كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يقول فى الضاله يجدها الرجل فينوى أن يأخذ لها جعلاً فنفتت، قال: هو ضامن، فان لم ينو أن يأخذ لها جعلاً فتنفق فلا ضمان عليه».

١-١ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤ و سنن البيهقى- ج ٦ ص ٩٥.

٢-٢ الوسائل- الباب- ١٩- من كتاب اللقطه- الحديث ١.

إلا أنه مع عدم جامعته لشرائط الحجية لم أجد عاملا به من الأصحاب، ضروره إطلاقهم الضمان في صوره عدم الجواز، و عدمه في صوره عكسه.

و كذا ما في

صحيح صفوان (١) أنه سمع أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «من وجد ضاله فلم يعرفها ثم وجدت عنده فإنها لربها أو مثلها من مال الذي كتمها».

و رواه في الكافي و الفقيه بالواو، و كأنه بمعنى «أو» على إرادته صورته التلف،

أو المراد أنه يدفع العين إلى مالكيها بانضمام مثلها كفاره للكتمان أو تغريرا أو استحبابا، و على كل حال فهو غير ما نحن فيه.

و أما القول بجواز أخذ ما يحرم التقاطه بعنوان الحفظ فقد اختاره في التذكرة منزلا للنصوص على ما إذا نوى بالالتقاط التملك قبل التعريف أو بعده، بل قال فيها: «أنه يجوز للإمام أو نائبه أخذ ما لا يجوز أخذه على وجه التملك».

و فيه أن ذلك كله مناف لظاهر النهي عن الاهاجه و للأمر بالتخليه و

قول الامام (عليه السلام) (٢): «لا أحب أن أمسها»

الدال على أنه كغيره في ذلك و نحوه.

ثم لا يبرأ الضامن للبعير المزبور لو أرسله إلى محله الذي أخذه بلا خلاف و لا إشكال.

خلافًا لعمر و أبي حنيفة و مالك، فقد قال الأول منهم للملتقط المزبور: أرسله في الموضع الذي أصبته فيه».

١-١ الوسائل - الباب - ١٤ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٥.

و فيه أن ذلك ليس أداء كما في غيره من المال المضمون بسرقة و نحوها.

نعم يبرأ لو سلمه إلى صاحبه قطعاً و لو فقده سلمه إلى الحاكم بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، كالشيخ و الحلبي و الفاضل و الشهيدين و الكركي و المقداد على ما حكى عن بعضهم لأنه منصوب للمصالح التي منها قبض نحو ذلك.

فان كان له حمى أرسله فيه و إلا باعه و حفظ ثمنه لصاحبه كما صرح به غير واحد، لكن الظاهر إرادته الجميع ما في التذكرة و الدروس من تقييد تركه في الحمى - بما إذا رأى المصلحة في ذلك، و إلا باعه - كما إذا لم يكن له حمى - بعد أن يصفها و يحفظ صفاتها، و لذا استحسنته في جامع المقاصد و المسالك.

نعم قد يناقش في وجوب دفعه إلى الحاكم - بناء على ظهور عبارته المتن و نحوها في ذلك - بأنه مع عدم اليأس من صاحبه مخاطب بالفحص، و مكلف بالحفظ حتى يرده إليه، إذ هو مغصوب أو كالمغصوب بالنسبة إلى ذلك، و مع اليأس له الصدقة به كغيره من مجهول المالك.

و ولايه الحاكم عن صاحبه على وجه يكون كولا - به الطفل لا دليل عليها و إن قلنا بوجوب الحفظ عليه لو دفع إليه باعتبار كونه منصوباً لأمثال هذه المصالح.

و منه ينقذ الشك في براءة ذمته من الضمان لو دفعه إليه، بل يبقى في ضمانه إلى أن يصل إلى يد المالك، فان الحاكم على ما ذكرنا ولي حفظ لا ولي قبض على وجه يحصل معه البراءة كالمالك أو وكيله، و إلا لوجب دفعه إليه، و قد عرفت ما فيه. و قد تنبه لبعض ما ذكرناه المقدس الأردبيلي.

اللهم إلا أن يقال: إن مراد الأصحاب جواز التسليم لا وجوبه، و دعوى أنه متى جاز وجب لا حاصل لها هنا.

و كذا قد يناقش فيما قيل من أنه لو لم يجد الحاكم هل يجوز له بيعه أم لا؟ الظاهر الثانى، و على تقدير عدم البيع يبقى فى يده مضمونا عليه إلى أن يجد المالك أو الحاكم، و يجب عليه الإنفاق عليه، و فى رجوعه به مع نيته وجهان، من دخوله على التعدى الموجب لعدم الرجوع، و من أمره بالإنفاق شرعا حين يتعذر عليه أحد الأمرين، فلا يتعقب الضمان.

إذ لا يخفى عليك ما فى جواز بيعه أولا مع عدم الولاية له، بل يده يد عدوان، و ما فى احتمال الرجوع بنفقته مع النية ثانيا، مع أن ذلك واجب عليه، و ليس هو من الأمانة شرعا و لا مالكا، و الأمر الشرعى مقدمه للحفاظ الواجب عليه حتى يرده إلى مالكة. فمن الغريب تردد بعضهم فى الحاكم من غير ترجيح.

و أغرب من ذلك ما فى التذكرة من أن الأقرب الرجوع ثم قال:

«و لا يبعد من الصواب التفصيل، فان كان قد نوى التملك قبل التعريف أو بعده أنفق من ماله و لا رجوع، لأنه فعل ذلك لنفعه، و إن نوى الحفاظ دائما رجع مع الاشهاد إن تمكن و إلا فمع نيته».

و كذا حكم الدابة التى هى الفرس فى كلامهم بلا- خلافاً أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كما أشعر به بعض العبارات، قيل لخبرى مسمع (١) و السكونى (٢) السابقين، بل و الصحيح (٣) بناء على إرادته الضالة من المال فيه، بقريته «قامت» و نحوه فيه.

و على كل حال فقد ألحق البغل فى كشف الرموز و المسالك و محكى

١- ١ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطة - الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطة - الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطة - الحديث ٢.

الخلاف و المبسوط، بل لعل لفظ الدابه فى النصوص (١) المزبوره شامل له و لغيره من ذات القوائم الأربع و لو المتعارف منها الذى يدخل هو فيه، بل لو سلم إرادته خصوص الفرس منها فيها أمكن إلحاقه بها أيضا، خصوصا بعد ملاحظه تحقق حكمه الجواز و عدمه أو علتة المستفاده من فحوى النصوص.

و كيف كان ففى جريان الحكم المزبور فى البقره و الحمار تردد ينشأ مما عرفت أظهره المساواه فى الأول، وفاقا للشيخ و الآبى و الفاضل و الشهيدين و الكركى و المقداد و ظاهر الحلى على ما حكى عن بعض لأن ذلك فهم من فحوى المنع من أخذ البعير باعتبار استغنائه بالرعى و الشرب، و كونه محفوظا من صغار السباع. نعم لو فرض تحقق التلف لبعده الماء و الكلا على وجه لا يصل إليه و لا يهتدى إليه لم يحرم الأخذ.

لكن فى الكفايه قرب العدم، و لعله للفرق بينها و بين البعير و الدابه، باعتبار عدم العدو و عدم الامتناع عن الذئب و نحوه و عدم الصبر على العطش كالبعير، و لعل ذلك و نحوه وجه التردد فيها.

و أولى من ذلك التردد فى الثانى، و إن ألحقه الشيخ و الفاضل و الآبى و الكركى و المقداد و فاضل الرياض على ما حكى عن بعض بالبعير.

لكن فى التحرير و المسالك و الكفايه قد قرب الجواز، بل قيل: إنه يقتضيه كلام الجماعه، إذ لا ريب فى عدم امتناع الحمار من الذئب، و من هنا استوجه بعض الناس التفصيل بين الأرض ذات الذئاب و غيرها، فيؤخذ فى الأولى دون الثانیه.

بل قيل: إن الحمار شابه البعير فى الصوره و فارقه فى العله، لأنه

لا- صبر له على الماء، و ساوى الشاه فى العله لأنه لا يمتنع من الذئب، و إلحاق الشىء بما ساواه فى العله و إن فارقه فى الصوره أولى من العكس، و إن كان فيه ما لا يخفى.

هذا و لكن قد يقال: إنه لا دلالة فى النصوص على عدم جواز أخذ الدابة- فضلا عن غيرها- إذا كانت صحيحه و إن لم تكن فى كلاً و لا ماء، بل لعل ظاهر بعض النصوص (١) خلافها، فلا وجه للإلحاق بالبعير الذى

ورد فيه «لا تهجه» (٢)

و «خل عنه» (٣)

و نحو ذلك و قياس غير البعير عليه خصوصا مثل البقره و الحمار كما ترى.

اللهم إلا- أن يقال: إن صحيح الجميع بعد إمكان بقائه و لو بالنسبه إلى حاله كصحيح البعير و إن اختلفا فى الصبر و نحوه، فالمتجه جعل المدار فى الدواب المزبوره جميعها على وجود المعنى المستفاد من

«خفّه حذاؤه و كرشه سقاؤه» (٤)

فيها، فلا- يجوز التعرض لها، و عدمه فيجوز التقاطها، و يجرى عليه حكمها، لا أنها بقول مطلق، كالبعير المعلوم تفاوت ما بينه و بين الجاموس مثلا و الحمار فى الصبر عن الماء و سرعه العدو و غير ذلك كما هو واضح، بل التفاوت بينه و بين الفرس ظاهر فى ذلك و غيره فضلا عن غير الفرس.

بل فى التذكرة لا حظ الفحوى المزبوره فى المال الصامت قال: «إن الأحجار الكبار كأحجار الطواحين و الحباب الكبيره و قدور النحاس العظيمه و شبهها مما ينحفظ بنفسه ملحقه بالإبل فى تحريم أخذه، بل هو أولى منه، لأن الإبل فى معرض التلف، إما بالأسد أو بالجوع أو العطش أو غير ذلك، و هذه بخلاف تلك، و لأن هذه الأشياء لا تكاد تضيع عن صاحبها و لا تخرج من

مكانها بخلاف الحيوان، فإذا حرم أخذ الحيوان فهذه

١- ١ الوسائل- الباب- ١٣- من كتاب اللقطه- الحديث ٧.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٣- من كتاب اللقطه- الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١٣- من كتاب اللقطه- الحديث ٥.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١٣- من كتاب اللقطه- الحديث ٥.

أولى، و كذا السفن المربوطه فى الشرائع المعهوده لا- يجوز أخذها، و الأخشاب الموضوعه على الأرض، أما السفن المحلوله الرباط السائره فى الفرات و شبهها بغير ملاح فإنها لقطه إذا لم يعرف مالكةا.

قلت: هو لا- يخلو من وجه، و إن كان يقوى أن جميع ما ذكره مع فرض صدق اسم الضائع عليه و لو لنسيان مالكة أو غير ذلك لقطه، إذ لا يعتبر فى صدقه سقوطه من المالك، و قد سمعت سابقا جريان اسم اللقطه على الدار فى كلام بعض الأفاضل.

هذا و قد سمعت ما فى النصوص (١) المزبوره من اعتبار الأمن، لكن لم أجد تصريحاً به من الأصحاب، و لعله لا يخلو من وجه، ضروره مراعاة مصلحه المالك فى ذلك، و لا ريب فى عدمها مع فرض الخوف الذى لا تبقى معه البهيمة فى مرعاها، فلا يبعد جواز أخذها حفظاً لمالكها.

بل لا يبعد جواز التقاطها مع فرض صدق اسم الضياع عليها.

بل إن كان الخوف خوفاً يخشى منه تلفها على وجه لا ينتفع بها المالك كقتل أسد و نحوه يتأكد ذلك، إذ هى حينئذ كالشاه التى هى لك أو لأخيكت أو للذئب، فتأمل جيداً.

و كيف كان فقد ظهر لك الحال من ذلك كله فى البعير و ما ألحق به إذا كان صحيحاً أو فى ماء و كلاً.

أما لو ترك البعير من جهد فى غير كلاً و ماء جاز أخذه، لأنه كالتالف، و يملكه (ملكه خ ل) الآخذ، و لا ضمان، لأنه كالمباح، و كذا حكم الدابه و البقره و الحمار إذا ترك من جهد فى غير كلاً و ماء بلا خلاف صريح أجده بين القدماء و المتأخرين إلا ما فى الوسيله.

قال: «و إن تركه صاحبه من جهد و كلال فى غير كلاً و ماء لم يجز أخذه

بحال» و لعله لإطلاق الأدله السابقه المقيد بما سمعته من النصوص (١)اللاحقه، خصوصا صحيح ابن سنان (٢)منها المشتمل على الفلاه المفسره بالأرض التى لا ماء فيها أو القفر المفسر بالخلاء من الأرض، كما فسر المفازة بالقفر.

نعم قد يقال: إن ظاهر النص و الفتوى فى صوره الاعراض لا الضائع فى غير الكلا و الماء، و أما هو فلا يجوز أن يملكه، بل يدفعه إلى السلطان أو يستعين به فى نفقته، فان تعذر أنفق و رجع إذا نواه، و حينئذ فالأقرب و جوب تعريفه سنه و جواز التملك بعد.

بل ربما كان فى التذكرة بعض ذلك أيضا قال: «لو ترك دابه بمهلكه فأخذها انسان فأطعمها و سقاها و خلصها تملكها، و به قال الليث و الحسن بن صالح و أحمد و إسحاق إلا أن يكون تركها بنيه العود إليها و أخذها، أو كانت قد ضلت منه- إلى أن قال فى الاستدلال على ذلك:-

لأن مالكة نبذه رغبه عنه و عجزا عن أخذه، فيملكه آخذه، كالساقط من السنبل و سائر ما ينبذه الناس رغبه عنه و زهدا فيه».

فان قوله: «أو كانت قد ضلت» يدل على عدم جواز تملكها بإحيائها إذا كانت قد ضلت منه و إن وجدت فى غير كلاً و لا ماء، و لعله لأن النص (٣)و الفتوى بلفظ «ترك» الظاهر فى غير الضائع.

نعم هى ظاهره فى كون المراد أن إحياء الحيوان الذى هو فى غير كلاً و لا ماء و قد أصابه الجهد و الكلال سبب لتملك الحيوان المزبور، سواء كان قد تركه أو

أعرض، و إن كان ظاهر الصحيح (٤)منها التعرض لصوره الاعراض، إلا أنه غير مناف لغيره مما ذكر فيه الترك الشامل له و لغيره مما يترك لحصول مزعج أو لأمر آخر من الأمور.

١- ١ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٤.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٢.

نعم فى نسخه من الصحيح المزبور «نسيها» و لكن لا يناسب ما فيه من كونه كالشىء المباح الظاهر فى إعراض المالك و جعله كالمباح، و إن كان قد يحتمل كون المراد كالمباح شرعا لا مالكا، إلا أن الأول أولى، لموافقته للنسخه المشهوره. نعم

قوله (عليه السلام): «من أصاب بعيرا فى فلاه»

قد يشعر بالالتقاط أو بما هو أعم منه.

بل أطلق فى الدروس على الآخذ فى مفروض المسأله اسم الملتقط، كما أنه فى التنقيح جعل الصور الأربعة من صور الالتقاط.

و لكن يمكن إرادتهما معا من الالتقاط مطلق الآخذ، لا المعروف منه، خصوصا بعد اشتمال كلاميهما على ما هو كالصريح فى عدم الالتقاط المصطلح. كما أن المراد من

الإصابة إصابه البعير الموصوف بما وصف به المال.

إلا أن الانصاف مع ذلك كله وجود التشويش فى كلامهم، ضروره أن معقد البحث فى لقطه الحيوان التى لا تدخل فيها مسأله الإعراض الذى لا يشترط فيه الشرطان المزبوران، و دعوى شهاده الحال بحصوله معهما بخلاف الفاقده لهما ينافيهما اتحاد موضوع الترك المفروض فى خبرى مسمع (١) و السكونى (٢).

و أما الصحيح (٣) المزبور فالمعروف من نسخه «سيبها» و هو صريح فى الاعراض الخارج عما نحن فيه، بل لا يناسبه البحث فى الضمان و عدمه الذى ذكر بعض الناس أن فيه قولين، ضروره عدم الضمان معه فى التلف قطعا.

بل لا يناسبه الاشكال من العلامه فى خصوص رد العين لو جاء المالك، و ذكر منشئه من الصحيح المزبور و الاستصحاب و مما دل عليه

١-١ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٣.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٤.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٢.

فى نصوص اللقطة التى قد فرض البحث فى غيرها، فكلامهم هنا غير منقح، و لا يبعد

أن يقال: إن الترك الموجب للتملك فى خبرى السكونى و مسمع أعم من الاعراض.

إنما الكلام فى شموله للقطه، و قد ذكرنا احتمالها سابقا إلا أنه لا ظن بإرادته الأصحاب ذلك حتى يكون جابرا، لأن تعبير المعظم «لو تركه من جهد» و نحوه مما هو ظاهر فى غير اللقطة. بل قد سمعت تصريح الفاضل فى التذكرة.

بل فى الوسيله أيضا مقابله الضال للمتروك، و ذكر الحكم لكل منهما، فلا يبعد حينئذ بقاء حكم الضال على التعريف و نحوه.

بل لعله كذلك أيضا لو كان ضالا صحيحا أو مجهودا فى كلاً و ماء، و لكنه مشرف على التلف لا يبقى لصاحبه، نعم لو لم يكن ضالا- لم يجز توليه إلا من قاعده الإحسان و الحسبه إن قلنا بجوازهما لغير الحاكم، فتأمل جيدا، فإن المسأله غير منقحه، و لكن ظنى أن من أحاط بجميع ما ذكرناه مع التأمل يقف فيها على حاصل.

و كذلك الكلام فى المجهود فى غير كلاً- و لا- ماء و لكن لا- يستطيع واجده إحياءه حتى يملكه به، و لم يكن الترك ترك إعراض، فان تملكه بأخذه حينئذ مشكل، كما يشكل تملك المتروك فى كلاً و ماء غير ضال و كان مشرفا على الهلاك، أو كان صحيحا فى غير كلاً و ماء و صار كذلك، فتأمل جيدا، فإنه مما ذكرنا يمكن معرفه جميع الصور فى المسأله.

و أما اعتبار الأمرين فى التملك ففى الرياض أن ظاهر الصحيح كالعباره و نحوها من عبارات جماعه و صريح آخرين اشتراطهما، أى الترك فى جهد و فى غير كلاً و لا ماء معا، فلو انتفى أحدهما بأن ترك من جهد فى كلاً و ماء أو من غير جهد فى غيرهما أو انتفى من كل منهما بأن ترك

من غير جهد فيهما لم يجز الأخذ، و عليه الإجماع فى ظاهر التنقيح و صريح الصيمرى.

و ربما يستفاد من بعض متأخرى المتأخرين ما يعرب عن كفايه أحدهما و لا ريب فى ضعفه مع عدم وضوح دليله.

قلت: قد سمعت ما يعلم منه الحال فى ذلك بناء على أن المسألة من باب الاعراض و على غيره، كما أنك قد سمعت معقد إجماع الصيمرى سابقا.

و أما التنقيح فقد ذكر الصور الأربعة و نسب الرابعة إلى المشهور، ثم حكى خلاف ابن حمزه فيها، و ظاهره أن الثلاثة لا خلاف فيها.

كما أنه لم أعرف ما حكاه عن بعض متأخرى المتأخرين المكتفى بأحدهما، نعم قد سمعت معقد إجماع الصيمرى الذى مقتضاه الاكتفاء بالكلا أو الماء.

و قد ذكرنا هناك أنه يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، ضروره عدم الفرق بين الأرض الفاقده لهما معا و بين المشتمله على أحدهما خاصة، بل و المشتمله عليهما مع عدم تمكن البعير - مثلا لمرضه - من الانتفاع بهما أو بأحدهما و إن أظن بعض الناس فى ذلك و جعل لكل حكما، لكن لا يخفى عليك ظهور النص و الفتوى فى إرادته ما يتحقق به التلف إن لم يؤخذ.

و أما عدم الضمان فلا خلاف فيه و لا إشكال، ضروره ظهور الأدله فى تملكه المنافى للضمان معه، فما عن المفاتيح و الرياض من أن فى الضمان هنا قولين فى غير محله.

بل فى التنقيح الإجماع عليه، قال: «لو أخذ الجائر أخذه فهو له، و لا يجب عليه دفع القيمة مع التلف للمالك لو ظهر و إن أقام بينه و صدقه

نعم فى القواعد «فى رد العين مع طلب المالك إشكال» بل فى الإيضاح أنه الأقوى.

و لكن لا يخفى عليك أن الأصح عدم الرد، لأصالة بقاء الملك المتفق على حصوله للأخذ، و إنما الكلام فى انفساخه بالطلب المزبور.

مضافا إلى ظهور الصحيح (١) المزبور و غيره فى الملك اللازم فى صورته الاعراض و غيره، و به يخص

قول أبى جعفر (عليه السلام) (٢): «من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه»

بناء على شموله لمثل المقام، إذ أقصاه كون التعارض بينهما من وجه، و لا-ريب فى أن الترجيح للأول من وجوه، منها: الاستصحاب، و منها: التشبيه بالمباح، و منها: الصحة فى السند، و منها: استفادة الملك الاحيائي و غير ذلك.

ثم إنه على القول برد العين فلا- إشكال فى عدم جواز المطالبة بما حصل منها من النماء كالولد و الصوف و اللبن و نحوها مما هو نماء ملكه و إن وجد عينه كما صرح به فى التنقيح، لأنه إن كان له تسلط فعلى فسخ العين خاصة، كالمبيع بالخيار.

و كيف كان فما نحن فيه غير مسأله اللقطة، إذ قد عرفت أن مضمون النصوص المزبوره منه ما هو إعراض كالصحيح (٣) المراد منه وصف البعير بما وصف به غيره، و منه الترك الذى هو أعم من الاعراض، إلا أنه غير الضلال، و لعله لذا اتفقوا على عدم الضمان هنا إلا النادر بخلافه فى الشاه الضاله كما تسمعه إنشاء الله تعالى، هذا كله فى الحيوان

١- ١ الوسائل - الباب - ١٣- من كتاب اللقطة- الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٤- من كتاب اللقطة- الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٣- من كتاب اللقطة- الحديث ٢.

الممتنع عن صغار السباع.

و أما الشاه الضاله فلا خلاف فى أنها إن وجدت فى الفلاه التى يخشى عليها فيها من التلف إن شاء أخذها الواجد، لأنها لا تمتنع من صغير السباع فهى معرضه للتلف فكانت بحكم التالفه، بل فى التذكره نسبتة إلى علمائنا، بل عن المهذب البارع و المقتصر و غايه المرام الإجماع عليه، بل عن ابن عبد البر إجماع العامه على أن ضاله الغنم فى الموضع المخوف له أكلها مضافا إلى ما سمعته من النصوص (١)الصحيحه و الحسنه.

و كذا لا خلاف أجده فى أن الآخذ بالخيار إن شاء ملكها و يضمن مطلقا حين النيه على وجه يكون دينا من ديونه كما هو

المشهور، أو إذا جاء صاحبها و طالب، أو أنه يغرم له غرامه إذا جاء و طالب على تردد و خلاف ستعرفه إنشاء الله تعالى و إن شاء احتسبها أمانه فى يده لصاحبها و لا ضمان، و إن شاء دفعها إلى الحاكم الذى هو ولى الغائب و منصوب للمصالح ل يفعل فيها ما يراه من المصلحه بأن يحفظها أو يبيعها و يوصل ثمنها إلى المالك و إن نسبه بعض الناس إلى الأكثر مشعرا بالخلاف فيه، لكن لم أتحققه.

على أنه موافق للقواعد العامه فى الأخيرين، ضروره الإحسان إليه و الإيصال إلى نائبه، و كون ذلك حكم مطلق اللقطه حتى الأول الذى حكى الإجماع عليه فى المحكى عن المهذب، قال: «يجوز تملكها فى الحال من غير تعريف بإجماع العلماء» كالمحكى فى التحرير من إجماعهم أيضا على جواز أكلها فى الحال.

نعم فى المقنعه و النهايه و محكى المراسم «أنه يأخذها، و هو ضامن

لقيمته من غير تصريح بالمطالبه ولا بالملك» و عن المبسوط و السرائر بل و الوسيله «له أن يأكلها على أن تكون قيمه في ذمته إذا جاء صاحبها ردها إليه» و عن الإيضاح «أنه يغرم إذا وجد و طلب».

و لعل مراد الجميع الملك أيضا لما سمعته من النصوص المقتضيه له من

قول: «هى لك أو لأخيك أو للذئب»^(١).

مضافا إلى ما سمعته من نصوص مطلق اللقطه^(٢).

و أما عدم الضمان عليه فى الثانى و الثالث فمع أنه مقتضى قاعده الأمانه و الإيصال إلى الولى قد حكى عليه الإجماع هنا فى الإيضاح و المسالك و غايه المرام، لكن الظاهر اعتبار مصلحه المالك فى ذلك، فمع فرض عدمها يتجه بيعها و حفظ ثمنها، و يتولى الحاكم ذلك، لعدم ثبوت ولايه للملتقط عليه، مع احتمالها، بل جزم به فى التحرير، لأنه أولى من أكلها.

و حيث تكون المصلحه فى بقائها ينفق عليها بنيه الرجوع إن شاء مع تعذر الحاكم و إلا رفع أمره إليه على نحو ما سمعته فى نفقه اللقيط، لاحترام النفس فى كل منهما.

هذا و الأشهر بل المشهور الضمان فى الأول، بل لم أجد مصرحا بعدمه، بل و لا

من يظهر منه ذلك عدا ما عن مفتح الصدوق و رساله والده من التعبير بمضمون

النصوص^(٣) «إذا وجدت الشاه فخذها، فإنما هى لك أو لأخيك أو للذئب».

و عن المقتصر أنه قواه، و فى الكفايه و لعله أقرب، لمكان اللام فى الروايات الصحيحه، و نحوه فى المفاتيح، و قد سمعت ما عن الإيضاح

١-١ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ١ و ٥ و ٧.

من الغرامه إذا وجد و طلب، و عنه و عن أبي العباس أن الفرق بين الضمان و الغرامه الثبوت في الذمه في الأول قبل مجي ء المالك و مطالبته، و أما الغرامه فتطلق على معنى شامل لها و للضمان و على معنى خاص، و هو ما يتجدد عند المطالبه، و تظهر الثمره في وجوب الوصيه به، و تعلقه بالتركه إن لم يجي ء المالك.

و الحاصل أنه يكون مديونا على الأول، و على الغرامه تتوقف هذه الأحكام على مطالبته، فلو مات قبلها لم تجب في تركته، و لا يكون مديونا.

و كأن الذى ألجأه إلى ذلك ظنه عدم اجتماع الضمان مع كون الشى ء مملوكا له، و تعليق الضمان في بعض النصوص (١) و الفتاوى على مجي ء المالك و مطالبته مع أنه ليس من أسباب الضمان، فلا وجه حينئذ إلا الغرامه.

و فيه أنه لا- مانع من تملكه بقيمته، على معنى الولاية له على إدخاله في ملكه بالنيه على نحو ما يقع من الولي في مال المولى عليه، فيكون حينئذ شبه القرض الذى يملك عينه بعوض في ذمته، بل هو كاد يكون صريح ما ورد (٢) في السفره الملتقطه من الأمر بأكلها مقوما لها على نفسه.

و من ذلك يظهر لك عدم المنافاه بين كونه ملكا له و انفساخه إذا طلب المالك مع وجود العين، للنصوص (٣) المصرحه بذلك، و إلا فالقيمه في ذمته.

و ربما احتمل انكشاف عدم التملك بمجى ء الصاحب و مطالبته، لكنه خلاف ظاهر النصوص و الفتاوى. و على كل حال فلا منافاه.

١- ١ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه.

بل لا منافاه أيضا بين الضمان على الوجه المزبور و بين مفاد اللام فى

قوله (صلى الله عليه و آله): «هى لك»

كما أو ما إليه

الصحيح المروى عن قرب الاسناد(١) «عن رجل أصاب شاه فى الصحراء هل تحل له؟

قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): هى لك أو لأخيك أو للذئب، فخذها و عرفها حيث أصبتها، فإن عرفت فردها إلى صاحبها، و إن لم تعرف فكلها و أنت لها ضامن إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردها».

و الظاهر إرادته ضمان ردها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها، فالشرط للرد، لا لأصل الضمان حتى يكون من قبيل الغرامه.

بل الظاهر سوق الشرط المزبور مساق الغالب، لا أنه يراد منه مفهومه فيقضى بعدم الرد إن لم يجىء المالك، مع احتمالته فى

صحيح على ابن جعفر(٢) عن أخيه موسى (عليه السلام) «سألته عن الرجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابه كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنه، فان لم تعرفها جعلها فى عرض ماله حتى يجىء طالبها فيعطيها

إياه، و إن مات أوصى بها، و هو لها ضامن».

و لعل المراد منه ضمانها مع نية التملك لها أو التصرف بها. و المراد بالوصيه بها الوصيه بقيمتها، نحو ما سمعته من قوله: «يردها» فى الصحيح الأول، فيكون حينئذ شاهدا أيضا لما عرفته من الضمان، و أنه على معنى شغل الذمه به، نحو القرض. و لكن يؤديه للمالك إذا جاء، و إن آيس منه كان له حكم مجهول المالك.

بل يمكن القطع بإرادته المعنى المزبور من الصحيح بملاحظه غيره من

١-١ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٧.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢٠ - من كتاب اللقطه - الحديث ٢.

نصوص اللقطة (١) المعبر فيه بنحو ذلك على إرادته المعنى الذى ذكرنا كما لا يخفى على من لاحظها، فالمسألة حينئذ خالية عن الاشكال.

مضافا إلى ما قيل من أنه مال الغير، و لم يوجد دليل ناقل عن ضمانه، و إنما المتفق عليه جواز التصرف فيه، فيبقى

عموم «على اليد» (٢)

و نصوص أدله رد المال الملقوط إلى صاحبه، نحو

«من وجد شيئا فهو له، فليتمتع به حتى يجىء طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه بحاله» (٣).

و لا ينافى ذلك

قوله (صلى الله عليه و آله): «لك» (٤)

إلى آخره المراد به الانتفاع به، نحو

قوله (صلى الله عليه و آله): «للذئب»

أو أنه ملك غير مستقر و لا لازم، كسائر الأموال الملقوطة التى ورد فيها فى

الصحيح (٥) «فان جاء له طالب و إلا فهى كسبيل مالك»

مع الإجماع على وجوب رده أو قيمته إلى مالكه.

بل لعل الشاه من المال الملقوط الذى هو معقد الإجماع و إن كان ذلك كله أو أكثره محلا للنظر، إلا أن فيما تقدم الكفايه،

سيما مع عدم دليل معتد به على عدم الضمان، سوى الأصل المقطوع بما مر، و ظهور اللام فى التمليك المنافى له الذى

قد سبق جوابه، و صحيح ابن سنان (٦) المتقدم الذى هو فى الاعراض.

و ما فى الرياض - من دفعه بعدم القول بالفرق بين الأصحاب - واضح الفساد، ضروره معلوميه الفرق بين الاعراض و بين اللقطة،

بل

١- ١ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطة.

٢- ٢ المستدرک - الباب - ١ - من كتاب الغصب - الحديث ٤ و سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٥.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب اللقطة - الحديث ٢.

٤-٤ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

٥-٥ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

٦-٦ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٢.

و بينها و بين ملك المتروك من جهده فى غير كلاً و لا ماء الذى هو غير ضال.

و لذلك قد عرفت ندره القول بالضمنان فيه، بل حكى الإجماع على عدمه، بخلاف المقام الذى إن لم يكن الإجماع على ضمانه، فلا-ريب فى كونه المشهور، بل الإجماع محصل على وجوب رد ثمنه لو جاء المالك، بخلاف الأول و إن تردد فيه العلامة، لكن قد عرفت ضعفه.

كما إنك قد عرفت ما يعلم منه ضعف الاستدلال بمفهوم

صحيح صفوان (١) السابق «من وجد ضاله فلم يعرفها فهي لربها»

ضروره كونه بعد تسليم إرادته كونها لغير ربها بعد التعريف- مع أنه فاسد من وجوه- لا ينافى كونها مضمونه عليه و إن

صارت ملكا له، كما عرفته مفصلاً، بل الظاهر عدم جواز فسخه نفسه الملك بعد أن نواه بقيمته و إرجاعه أمانه، لعدم الدليل القاطع للاستصحاب.

ثم إن الظاهر مما سمعته من النصوص (٢) السابقة وجوب تعريفها، بل فى بعض (٣) تعريف سنه، مضافاً إلى

قوله (عليه السلام) فى خبر المدائنى (٤): «لا يأكل الضاله إلا الضالون إذا لم يعرفوها»

و الشاه أظهر أفرادها إن لم ينحصر المصداق فيها، كالدابه فى الصحيح السابق (٥) الذى يمكن استفاده حكم الشاه منه، حتى إذا قلنا بكون المراد منها غيرها، لعدم الفرق بين أفراد الضاله، بل لعل ذلك هو الأصل فى كل لقطه.

و لا ينافى ذلك تملكها فى الحال و التصرف فيها بإتلاف عينها، لأن

١-١ الوسائل- الباب- ١٤- من كتاب اللقطه- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللقطه.

٣-٣ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللقطه- الحديث- ٥.

٤-٤ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللقطه- الحديث- ٤.

٥-٥ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللقطه- الحديث- ١٣.

ثمره التعريف حينئذ غرامه القيمه، و الأوصاف يمكن حفظها و الشهاده عليها.

و لعله لذلك و غيره جعل فى التحرير الوجه و جوب التعريف كغيرها و تبعه غير واحد ممن تأخر عنه.

لكن يحتمل فى كلامه اختصاص ذلك بما إذا أراد حفظها لا الأعم منه و من التملك و التصرف فيها، إلا أنه خلاف الظاهر بل و الدليل، ضروره أنه مقتضى الجمع بين ما دل على تعريفها و بين ما دل على التصرف فيها و التملك فى الحال من النص و الإجماع.

هذا و لكن فى جامع المقاصد «و هل يجب تعريف الشاه المأخوذه من الفلاه؟ قال فى التذكرة: الأقرب العدم، لظاهر

قوله (صلى الله عليه و آله): «هى لك»

فان المتبادر منه تملكها من غير تعريف؛ و ليس تقييده بالتعريف أولى من تقييد دليل التعريف بما عدا الشاه، و هذا قوى متين».

قلت: بل هو المحكى عن بعضهم فى صغار الإبل، إلا أنه لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد الإحاطه بما ذكرناه من عدم توقف التمليك عليه، للإجماع فى محكى المذهب و غيره الذى يشهد له التبع.

و من الغريب ما فى الرياض من تحرير محل النزاع فى التملك قبل التعريف، قال: «و هل له التملك قبل التعريف سنه؟ قيل: لا، للاستصحاب و عموم الأمر بالتعريف فى اللقطات، و قوى جماعه العدم، لإطلاق الصحاح بالملك من دون تقييد له به مع ورودها فى مقام الحاجه، و به يخص عموم الأمر المتقدم مع الاستصحاب، مع أنه لا عموم له، بل غايته الإطلاق الغير المنصرف بحكم التبادر و سياق جل من النصوص المشتمله عليه إلا إلى لقطه الأموال غير الضوال» إلى آخر ما ذكره.

و فيه ما عرفت من الإجماع بقسميه على التملك و التصرف فيها في الحال.

و خبر قرب (١) الاسناد- مع أنه ظاهر في غير تعريف اللقطة الذي لا يختص بموضع الالتقاط المفروض كونه في موضع البحث و الفلاه- محمول على ضرب من النذب و الاحتياط و كذلك الصحيح الآخر (٢) لمعارضتهما بما هو أقوى منهما من إجماعى المهذب و التحرير المؤيدين بالتتابع لكلام الأصحاب و بظهور قوله (صلى الله عليه و آله): «هى لك» و نحوه و ظهور قولهم بالتخير حين الالتقاط، لا بعد تعريف سنه المقتضى لكون الشاه كغيرها من المال الصامت، فلا ينبغي أن يجعل قسما مستقلا عنه، على أنه مناف لمصلحه المالك لو أراد الإنفاق عليها و الرجوع

عليه، فإنه قد يستغرق أضعاف قيمتها، و الله العالم.

و كيف كان فالمشهور كما فى المسالك و غيرها أن فى حكمها أى الشاه كل ما لا يمتنع من صغير السباع كأطفال الإبل و البقر و الخيل و الحمير و غيرها حتى الدجاج و الإوز، بل عن التذكرة نسبه إلى علمائنا، و إن كان ما عثرنا عليه من عبارتها ليس بتلك الصراحه، لكن يؤيده أن أساطين الأصحاب كالشيخ و سلا و الحلبي و الفاضلين و الشهيدين قد صرحوا بذلك.

نعم جزم بالعدم فى الكفايه و المفاتيح، و عن الآبى و أبى العباس الاقتصار على جواز الأخذ، بل قال ثانى الشهيدين و المقدس الأردبيلى و الخراسانى: إن الإلحاق قياس.

و لكن فيه منع واضح، ضروره ظهور

قوله (صلى الله عليه و آله) (٣):

١- ١ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٧.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ١٣.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٥.

«خفه حذاؤه و كرشه سقاؤه»

مع

قوله (صلى الله عليه و آله): «هى لك أو لأخيك أو للذئب»

فى كون المدار على الامتناع و الاستغناء حتى يأتى صاحبه و عدمهما، فليس هو قياسا ممنوعا.

و لعله مما عرفت قال المصنف على تردد خصوصا بعد معلوميه مذهبه من عدم حجيه منصوص العله، فلا يلحق حينئذ، و يكون حكمه حكم لقطه المال الصامت، و لم نره لأحد ممن تقدمه، نعم تبعه عليه بعض من تأخر عنه.

و التحقيق خلافه فى المقام، خصوصا بعد اعتضاد ذلك بفتوى المعظم، و خصوصا بعد اعتباره الفحوى المزبوره فى الدابه و غيرها.

بقى شىء: و هو أنه فى الإرشاد بعد أن ذكر الشاه كما ذكر الأصحاب و ألحق بها صغار الممتنعات قال: «و لو أخذ غير الممتنع فى الفلاه استعان بالسلطان، فان تعذر أنفق و رجع مع نيته على رأى».

و مقتضاه أنه قسم آخر غير الشاه و ما ألحق بها، و لم نعرفه لغيره كما اعترف به شارحه المقدس الأردبيلى. و عن بعض المحشين تفسيره بنحو البعير المريض و الأعرج لكن صاحبه لم يتركه بل ضل عنه.

و فيه أن ذلك بحكم الشاه أيضا مع فرض عدم امتناعه كما أوضحناه سابقا، و الله العالم.

و لا يؤخذ الغزلان و اليحامير و ما شابهها إذا ملكا ثم ضللا بلا خلاف أجده فيه التفاتا إلى عصمه مال المسلم، و لأنهما يمتنعان عن السباع بسرعه العدو و يستغنيان بالرعى فى الفلاه، فأشبهت البعير الذى خفه حذاؤه و كرشه سقاؤه فى ذلك، فألحقت بالحكم، للفحوى المزبوره التى ألحق بها غير ذلك مما عرفت من الدواب.

نعم قيده الفاضل فى التذكرة بما إذا لم يخف الواجد لها عجز مالكها

عن استرجاعها أو ضياعها عن مالكها وإلا جاز التقاطها، معللا له بأن تركه أضيع له منه، والمقصود حفظها لصاحبها لا حفظها في نفسها، وإلا لم يجز التقاط الدينار مثلا، فإنه محفوظ حيث كان.

و مقتضاه حينئذ جواز التقاط البعير الضال إذا خيف تلفه على مالكة وإن كان صحيحا أو في كلاً و ماء مجهودا، فضلا عما إذا تحقق التلف عليه لو بقي، كما أوأنا إليه سابقا.

لكن في الدروس اقتصر على الأخير، قال: «و لا- يجوز التقاط الممتنع بعدوه كالطباء و الطيور، سواء كانت في الصحراء أو العمران، إلا- أن يخاف ضياعها، فالأقرب الجواز، لأن الغرض حفظها لمالكها لا حفظها في نفسها، وإلا لما جاز التقاط الأثمان، لأنها محفوظة في نفسها حيث كانت، و ينسحب الاحتمال في الضوال الممتنع، كالإبل و غيرها، و جوز الفاضل التقاط ذلك كله بنيه الحفظ، و حمل الأخبار الناهية عن ذلك على الأخذ بنيه التملك، و في المبسوط جعل الأخذ للحفظ من وظائف الحكام، و على الجواز فالظاهر أنه يرجع بالنفقة إذا نوى الرجوع و تعذر الحاكم، و حينئذ الأقرب و جوب تعريفه سنه و جواز التملك بعده، و هو ظاهر ابن إدريس و المحقق، و لم أقف على قول بالمنع من التعريف و التملك، و على هذا يتجه جواز الأخذ إذا كان بنيه التعريف و التملك بعد الحول، و يحرم إذا كان بنيه التملك في الحال، و عن علي (عليه السلام) (١) في واجد الضاله إن نوى الأخذ جعل فنفتت ضمنها، و إلا فلا ضمان عليه، و فيه دليل على جواز أخذها، و قال الفاضل بجواز أخذ الآبق لمن وجدته، و لا نعلم فيه خلافا، و لا يضمن لو تلف بغير تفريط، و منع من تملكه بعد التعريف، لأنه يتحفظ بنفسه كضوال الإبل، و فيه

إشعار بعدم جواز تملك الضال، و هو حسن فى موضع المنع من أخذها» إلى آخره.

و نقلناه بطوله لاشتماله على ما هو محل للنظر، كما ستعرف.

قال فى التذكرة: «الأقرب عندي أنه يجوز لكل أحد أخذ الضال، صغيره كانت أو كبيره، ممتنع عن السباع أو غير ممتنع بقصد الحفظ لمالكها، والأحاديث الواردة فى النهى عن ذلك محموله على ما إذا نوى بالالتقاط التملك إما قبل التعريف أو بعده، أما مع نيه الاحتفاظ فالأولى الجواز، كما أنه لا يجوز للإمام (ع) و لا لنائبه أخذ ما لا يجوز أخذه على وجه التملك».

و هو كالصريح فى خلاف ما فرعه عليه فى الدروس من التفصيل بين نيه التملك فى الحال أو بعد التعريف، بل هو ظاهر فى أن ذلك قسم آخر غير الالتقاط، و هو الاستيلاء على مال الغير بقصد الحفظ.

و لعل هذا هو الذى قوى فى محكى المبسوط و السرائر عدم جوازه لغير الامام (عليه السلام) و نائبه، بل لعله لا يخلو من قوه، لأنه المتيقن مما دل فى الشرع على كونه ولى الحفظ عن الغائب دون غيره، و آيه الإحسان (١) لو أخذ بظاها لاقترضت فقها جديدا لا ينطبق على مذهب الإماميه، فالمتجه جعل الميزان لها ما اعتضد بفتوى الأصحاب، و على تقدير الجواز فهو أمر آخر غير اللقطه لا تعريف له و لا تملك بعده و لا قبله.

و منه يعلم ما فى تفريعه و ما فى حكايته عن ظاهر ابن إدريس و المحقق، و أنه لم يقف على قول بالمنع من التعريف و التملك، مع أن الفاضل فى التحرير قال: «لو وجدها فى موضع يخاف عليها منه مثل أن يجدها فى

أرض مسبعة يغلب على ظنه افتراس الأسد لها إن تركها على حالها أو قريبا من دار الحرب يخاف عليها منهم أو في بربه لا ماء لها ولا مرعى فالوجه جواز أخذها للحفاظ ولا ضمان، فإذا حصلت في يده دفعها إلى الامام (عليه السلام) و نائبه، ولا يملكها بالتعريف، نعم ورد الشرع بذلك فيها» إلى آخره. وإن كان هو لا يخلو من نظر أشرنا إليه سابقا، و هو قوه جريان حكم الالتقاط عليها، لفحوى ما هو كالتعليل للمنع فى البعير المقتضى لجواز الالتقاط مع انتفائه، فيجرى عليه حينئذ حكم لقطه الضال الذى عرفته فى الشاه.

و منه يعلم ما فى الدروس من النظر فى التفصيل المزبور إن كان مراده فى هذا القسم، ضروره كونه حينئذ من لقطه الضال الجائزه كالشاه و ما ألحق بها، و قد عرفت أن له تملكها و التصرف فيها فى الحال و إن وجب التعريف كما سمعته مفصلا.

أما ما رواه (١) عن على (عليه السلام) فقد عرفت عدم عامل به ليكون جابرا له.

و أما ما دل عليه من جواز الأخذ فهو مفروغ منه فى غير مقام المنع الذى قد عرفته مفصلا.

كما أن ما ذكره فى الآبق لا مدخله له فى الالتقاط، ضروره عدم ضياعه، و إنما هو هارب عن سيده و جواز أخذه و عدم ضمانه قد استفيدا من النصوص التى لا مدخل لها هنا. و كذا يجعل عليه كما قدمناه فى محله، فأى مدخله للتعريف فيه.

فتلخص من ذلك كله أنه لا إشكال فى عدم جواز التقاط ما دل على المنع كالبعير و ما ألحق به فى الحالين السابقين.

و هل يجوز فيها أخذه لا بعنوان الالتقاط؟ الأقوى عدم جوازه، لإطلاق أدله المنع من النهى عن الهيجان (١) و الأمر بالتخليه عنه (٢) و على تقديره فليس لقطه قطعاً، نعم لو فرض كونه بحال لا- يبقى لصاحبه و لا يجديه خفه و حذاؤه زائداً على الاحتمال المتعارف فى المال الضائع لم يبعد جواز التقاطه و جريان حكم اللقطه عليه، و هو ما سمعته فى الشاه، لمفهوم فحوى التعليل.

و منه يعلم صحه تقييد الفاضل موضوع مسأله المقام بالوجهين، و لعل اقتصاره فى الدروس على الأخير منهما للاكتفاء به مثالا لا لإرادته خصوصه.

هذا كله فى الضاله فى الفلاه التى قد سمعت بعض الكلام فى تفسيرها.

و فى التنقيح «ما ليس بعامر، أى الذى فيه قرى مسكونه أو أهل طنّب قاطنون».

و فى جامع المقاصد «العمران ما بين البيوت سواء كانت بيوت أهل الأمصار و القرى و أهل البادية- إلى أن قال:- و أهل المزارع و البساتين المتصله بالبلد، و لا تنفك غالبا من الناس من العمران، و حينئذ فالفلاه ما عداه».

و فى الوسيله و محكى المبسوط إلحاق ما يتصل بالعمران بنصف فرسخ به فى الحكم.

و عن الصحاح و القاموس و مجمع البحرين الخراب ضد العمران، و العماره ضد الخراب، و أن المعمور هو المأهول.

و حينئذ فالمراد بالفلاه المقابله به هو غير المأهول، و لذا قابلها

١- ١ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٥.

المصنف بقوله و لو وجد الضوال فى العمران الذى هو المأهول- و مرجعه إلى العرف لا- إلى نصف فرسخ، فإنه ربما يكون كذلك و ربما يكون أزيد أو أنقص. و بالجمله هى ليست فى فلاة يخشى عليها التلف من صغار السباع، بل هى مأمونه من هذه الجهة، فمتى كانت كذلك- لم يحل أخذها ممتنع كانت كالإبل أو لم تكن كالصغير من الإبل و البقر كما فى المتن و غيره.

بل حكى غير واحد الشهره عليه، بل عن التذكرة نفى الخلاف فيه إلا مع خوف التلف و النهب.

بل ينبغى القطع به فى الممتنع، ضروره أولويته من الفلاة الممنوع إهاجته فيها، و لذا نفى الشبهه فيه فى المسالك.

أما غير الممتنع فهو محفوظ لمالكه، لأن الفرض عدم الأمن عليه فيها، بل لعل

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «خفه حذاؤه»

- إلى آخره- الذى هو تعليل لعدم الجواز أو كالتعليل يقتضى ذلك أيضا.

مضافا إلى إشعار

قوله (صلى الله عليه و آله) (٢): «لك أو لأخيك أو للذئب»

به أيضا، ضروره عدم الذئب غالبا فى العمران، بل و إلى أصاله عدم جواز الاستيلاء على مال الغير الذى لا يقطعه استفاده الاذن من نصوص اللقطة المنصرفه لغير الضاله.

و أما

قوله (عليه السلام) (٣): «الضوال لا يأكلها إلا الضالون إذا لم يعرفوها»

فليس مساقا لبيان جواز التقاط كل ضاله، فيمكن كون المراد منه بيان حكم جواز ما يلتقط منها.

١- ١ الوسائل- الباب- ١٣- من كتاب اللقطة- الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٣- من كتاب اللقطة- الحديث ٥.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللقطة- الحديث ٤.

و كذا صحيح صفوان (١) و صحيح علي بن جعفر (٢) المتقدمان سابقا المشتملان على بيان وجوب تعريف الضاله، لا على بيان جواز التقاط كل ضاله في عمران و غيره.

بل و كذا

خبر البنظي (٣) «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يصيد الطير الذي يسوى دراهم كثيره و هو مستوى الجناحين و هو يعرف صاحبه أ يحل له إمساكه؟ قال: إذا عرف صاحبه رده عليه، و إن لم يكن يعرفه و ملك جناحه فهو له، و إن جاءه طالب لا يتهمه رده عليه».

بل هو ظاهر في الحكم بكون الصيد مباحا مع عدم معرفه مالك له، فلا لقطه فيه أصلا.

و حينئذ فما في محكى المبسوط - من أنه إذا كان في العمران و ما يتصل به إلى نصف فرسخ أو أقل له أخذه سواء كان

ممتعه أو غير ممتنع و مثله في الوسيله - لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه الذي منه يفهم ما عساه يستدل به له، و قد عرفت جوابه.

و حينئذ فالمتجه على هذا ضمان الآخذ له، و عدم الرجوع بالنفقه على نحو ما سمعته فيمن أخذ البعير الضال، حيث لا يجوز له أخذه، إذ هو كالغاصب، لعدم الإذن الشرعيه و المالكيه، فلا يجرى عليه حكم الالتقاط.

لكن في المسالك بعد أن جزم بعدم جواز أخذ غير الشاه قال:

«يجب مع أخذه كذلك تعريفه سنه، كغيره من الأموال عملا بالعموم

١-١ الوسائل - الباب - ١٤ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ١٣.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١٥ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

و يحفظه لمالكه أو يدفعه إلى الحاكم من غير تعريف».

و فيه أن أدله التعريف في غير المفروض الذي هو مغصوب أو كالمغصوب، سيما بعد كون التعريف مقدمه لجواز تملكه المعلوم عدمه هنا، و لذا لم أجد أحدا ذكره في من التقط البعير و ما ألحق به مما عرفت عدم جواز التقاطه.

نعم يتجه جريان حكم الضالة عليها في صورة الجواز التي أشار إليها الفاضل في التذكرة، و هي حالة الخوف عليها من التلف زائدا على احتمالها في اللقطة من حيث كونها كذلك، لحصول ما يقتضى ذلك من مرض أو غيره، فإنه حينئذ يجوز التقاطها، نحو ما سمعته في البعير لفحوى

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «خفه حداؤه»

إلى آخره

و قوله (صلى الله عليه و آله) (٢): «لك أو لأخيك أو للذئب».

و الظاهر حينئذ تخييره بين الأمور الثلاثة المتقدمه في التقاط الشاه في الفلاة، و يجب التعريف و إن تصرف فيها في الحال، كما سمعته هناك.

و من ذلك يعلم ما في دعوى جواز أخذه في الفرض من كونه على وجه الحسبه، ضروره أنك قد عرفت كونه لقطه لا حسبه، نعم أخذه في مقام المنع بنيه الحفظ إن قلنا بجوازه فيها كذلك، لكن قد عرفت أن الأقوى عدم جوازه لغير الحاكم، و على تقديره فلا يجرى عليه شىء من حكم اللقطة، كما تقدم الكلام فيه مفصلا.

و من ذلك - مضافا إلى ما تقدم فيمن أخذ البعير حيث لا يجوز أخذه - يظهر لك أنه

لو أخذها أى الضوال في العمران كان بالخيار بين إمساكها لصاحبها أمانه مضمونه و عليه نفقتها من غير رجوع بها نحو العين المغصوبه و بين دفعها إلى الحاكم

١-١ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطة - الحديث ٥.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطة - الحديث ٥.

الذى هو ولى الحفظ للغائب، كما صرح به الفاضل و أبو العباس و ثانى الشهيدين و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، و هو شاهد على ما ذكرناه سابقا من عدم وجوب الدفع إلى الحاكم على من أخذ البعير فى مقام المنع و إن كان ظاهرهم هناك ذلك.

و ربما علل بأنه ولى، و فيه ما عرفت من أنه يجوز له تولى حفظ مال الغائب لا ولى ذاته.

و من هنا يتجه عدم وجوب القبول عليه، خصوصا إذا لم تكن مصلحة للغائب فى ذلك باعتبار تعلق خطاب الرد بالآخذ، و ربما احتاج إلى مئونه و خطاب الإنفاق و غير ذلك مما يكون قيام الآخذ به مصلحة للغائب، اللهم إلا أن يفرض المصلحة للغائب بقبض المال من الآخذ و تكليفه بالأحكام المزبوره.

ثم إن قول المصنف كالتذكرة و غيرها: «أمانه» قد يشعر بعدم الضمان، و فيه منع واضح، بعد اتفاهم عليه فى من أخذ البعير فى صورته المنع، على أنه مقتضى

عموم «على اليد» (١)

و غيره.

بل قد ذكرناه هنا قوه احتمال عدم براءته منه مع التسليم للحاكم الذى هو ولى الحفظ و إن كان ظاهرهم هناك ذلك.

بل لا- يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه ما فى المتن و التحرير من أنه لو لم يجد حاكما أنفق و رجع بالنفقة و إن علل بأنه حينئذ محسن، و قد تعذر عليه المالك و وليه، فصار مأمورا من الشارع الذى به يزول التبرع.

و لكن فيه أنه غاصب لا محسن مكلف بالحفظ الذى يتوقف على الإنفاق.

بل فى المسالك «يرد مثله فى النفقه قبل الوصول إلى الحاكم و المالك، فإنه مأمور بها أيضا شرعا و جانب العدوان مشترك» إلى آخره.

و قوله فى الوسيله و محكى المبسوط: «هو بالخيار بين أن ينفق عليها تبرعا أو

يرفع خبرها إلى الحاكم» مع أنه غير ما نحن فيه مبنى على ما ذهبنا إليه من جواز الالتقاط، فيتجه فيه حينئذ نحو ما سمعته منهم فى نفقه اللقيط.

و كذا ما فى النهايه «من وجد شيئا مما يحتاج إلى النفقه عليه فسيبيله أن يرفع خبره إلى السلطان لينفق عليه من بيت المال، فان لم يجد و أنفق هو عليه كان له الرجوع على صاحبه بما أنفق هو عليه». و نحوه فى المقنعه فإنه إن لم يفرض فى مقام الجواز كانا مطالبين بدليله، بل الأدله على خلافه.

بل قد عرفت فى اللقيط ما يعلم منه النظر فى اعتبار الرفع إلى الحاكم فى الرجوع، خصوصا بعد عدم جواز الإنفاق عليه من بيت المال المعد للمصالح التى ليس منها ذلك بعد أن كانت النفقه على المالك، فلا حظ و تأمل جيدا كى تعرف ضعف ما حكيناه هناك عن ابن إدريس من عدم الرجوع بالنفقة فى صورته الجواز و تعذر الحاكم، و ستسمع مثله فيما يأتى.

لكنه على كل حال هو غير ما نحن فيه من عدم جواز الالتقاط كما ستعرف إنشاء الله تعالى.

و ليس فى الدروس هنا بعد أن ذكر حكم الشاه فى العمران إلا قوله:

«و هل يلحق بها غيرها؟ قال فى المبسوط: ما كان فى العمران و ما يتصل به على نصف فرسخ من الحيوان يجوز أخذه ممتنعا أو لا، و يتخير الآخذ بين الإنفاق تطوعا أو الدفع إلى الحاكم، و ليس له أكلها، و منع الفاضل من أخذها فى العمران عدا الشاه، إلا أن يخاف عليه النهب أو

التلف. و قال فى النهايه: إذا أخذ شيئاً يحتاج إلى النفقه رفع خبره إلى السلطان لينفق عليه من بيت المال، فان تعذر أنفق و رجع، و إن كان له ظهر أو در أو خدمه كان بإزاء ما أنفق، و أنكر ابن إدريس رجوعه إذا كان النفقه فى الحول لتبرعه، و جوز الفاضلان الرجوع، و أوجبا المقاصه» إلى آخره.

و لم يختر شيئاً فيما نحن فيه و إن حكى عنه ذلك، نعم كلامه غير محرر، حيث إنه لم يفرق بين ما جاز التقاطه و لم يجز، كما سمعت الكلام فيه، و ما حكاه عن ابن إدريس و غيره إنما هو فى الجائز مطلقاً، هذا كله فى غير الشاه.

و أما إن كان الضال فى العمران شاه ففى

خبر ابن أبى يعفور(١) عن الصادق (عليه السلام) قال: «جاء رجل من أهل المدينه فسألنى عن رجل أصاب شاه قال: فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثه أيام و يسأل عن صاحبها، فان جاء صاحبها و إلا باعها و تصدق بثمنها»

و إليه أشار المصنف بقوله و إن كان شاه حبسها ثلاثه أيام، فان لم يأت صاحبها باعها الواجد و تصدق بثمنها.

و هو و إن كان ضعيفاً و غير خاص بالعمران إلا- أنه منجبر بفتوى الأساطين كالشيخ و الحلى الذى لا يعمل إلا بالقطعيات و الفاضلين و الفخر و الشهيدين و أبى العباس و المقداد و الكركى على ما حكى عن بعض، بل نسبه غير واحد إلى الشهره، بل إلى الأصحاب مشعراً بالإجماع.

بل فى الرياض «قد حملة الأصحاب على المأخوذ من العمران» و ظاهرهم الإطباق على العمل بها، و إطلاقه مقيد بالنصوص المعتمده المشتمله على حكمها فى الفلاه المقابله للعمران، فتعين المراد بها فيه، كما هو واضح.

فوسوسه بعض متأخرى المتأخرين فيه حينئذ فى غير محلها، بل الظاهر عدم اعتبار الحاكم و إن استشكل فيه الفاضل فى القواعد، إلا أن النص و الفتوى خاليان عن ذلك، و احتمال أن ما وقع من الصادق (عليه السلام) من الاذن خلاف الظاهر.

نعم الظاهر عدم وجوب البيع إذا أراد حفظها، و عدم وجوب التصديق بثمنها لو أراد حفظه لصاحبه فرارا من الضمان الذى صرح به الفاضل و أبو العباس و المقداد و ثانى الشهيدين و غيرهم على ما حكى عن بعضهم و إن تردد فيه فى الكفايه.

لكن فيه أنه لا إشعار فى الخبر المزبور و لا فى الفتاوى بجواز الأخذ فبقى حينئذ على الحرمة، كما صرح به الفاضل و غيره.

و حينئذ فالعين فى ضمانه على تقديرى البيع و عدمه، و إن كان ضمانه الثمن مع فرض عدم إجازة المالك الصدقه، و إلا فمع رضاه بها لا ضمان، كما صرح به غير واحد، منهم الشهيد فى الدروس.

لكن قال فيها متصلا بذلك: «و هل له تملكها مع الضمان؟ جوزة ابن إدريس و له إبقاؤها بغير بيع. فيكون أمانه و كذا ثمنها».

و فيه ما لا يخفى بعد ما عرفت من كونه عاديا لا يجوز له الأخذ.

و كذا ما فى القواعد من الصدقه بالثمن مع ضمانه، أو حفظه و لا ضمان و إن حكى أيضا عن أبى العباس و ثانى الشهيدين، لأن البيع جائز، فيكون مأذونا شرعا فى قبض الثمن.

و لكن فيه أن جواز البيع لا ينافى حرمة الأخذ التى هى السبب فى الضمان، نعم لو قلنا بجواز الأخذ اتجه عدم الضمان للعين و للثمن مع عدم التصرف به.

و على كل حال فلا وجه للتعريف، لعدم تناول أدله التعريف لمثلها

كغيرها من اللقطة الغير الجائزه، و على تقديره فظاهر الخبر(١)المزبور كون التعريف على الوجه المذكور.

فما عن أبى العباس من التعريف طول الحول فى غير محله و إن قال ليس له تملكه بعد الحول، بل و كذا ما فى القواعد من أن فى الصدقه بعينها أو قبل الحول إشكالا، بل عن الفخر و أبى العباس اختيار عدم الصدقه بعينها وقوفا على النص.

و لكن الذى يقوى الجواز، لعدم ظهور الفرق خصوصا مع عدم وجود المشتري.

و أما الصدقه بالثمن قبل الحول فان كان مراده هل يجوز بيعها قبل الحول و التصديق بئمنها أو يجب تعريفها سنه ثم يبيعها و يتصدق بئمنها فلا- ريب فى أن الأصح الأول، ضروره عدم إشاره فى النص و الفتوى إلى التعريف المزبور، بل ظاهرهما أو صريحهما خلافه، و خصوصا بعد أن قلنا بعدم جواز الالتقاط، فلا يجرى عليه حكمه، و احتمال أنه و إن كان محرما يجرى عليه حكمه، لإطلاق ما دل عليه يدفعه منع شمول الإطلاق للغرض كما لا يخفى على من لاحظته.

و كذا إن كان المراد هل تجوز الصدقه بالثمن قبل التعريف حولا، لعين ما عرفته أيضا، بل لو كان مشروطا بالتعريف حولا كان تركه فى النص المزبور كتأخير البيان عن وقت الحاجة.

و دعوى أنه أقرب إلى وصول المال إلى مستحقه و إلى الاحتياط يدفعها أنها كالاتجاه فى مقابله النص، و كذا دعوى وجوبه لو أراد بقاءها عنده كما عن أبى العباس.

نعم ظاهر

قوله (عليه السلام)(٢)فيه: «و يسأل عن صاحبها»

١- ١ الوسائل - الباب - ١٣- من كتاب اللقطة- الحديث ٦.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٣- من كتاب اللقطة- الحديث ٦.

وجوب التعريف ثلاثه أيام، مع أنه ربما يظهر من الأكثر عدم وجوبه أيضا، و على تقدير التعريف فالظاهر ضمان العين عليه، لأن يده عاديه.

فما فى التحرير و المسالك و الروضه و محكى المهذب و المقتصر من كونها أمانه فى غير محله، و ليس له التملك بعده لما عرفت.

ثم إن الضاله حيث يجب تعريفها يعتبر فيها زياده قيمتها على الدرهم و إلا لم يجب، أو يجب التعريف مطلقا؟ قد استظهر بعض الناس الثانى و يأتى إنشاء الله تعالى ما يعرف منه حقيقه الحال، و الله العالم.

و كيف كان فظاهر المبسوط أنه يجوز التقاط كلب الصيد، و يلزم تعريفه سنه ثم ينتفع به إذا شاء، و يضمن قيمته قال فيه: «إذا وجد رجل كلبا فإنه يعرفه سنه، فان لم يجىء صاحبه بعد السنه فله أن يصطاد به، فان تلف فى يده ضمنه، لأن كلب الصيد له قيمه» فإن الاذن فى الانتفاع مع ضمانه دليل على جوازه، و إلا كان عاديا لا يجوز له التملك مع الضمان.

كما أن قوله: «لأن له قيمه» يقتضى عدم الفرق بينه و بين غيره من الكلاب و إن كان هو متفقا على جواز بيعه المقتضى لكونه مالا بخلاف غيره، كما تقدم الكلام فيه فى محله.

و من هنا قال الفاضل فى قواعد: «يجوز التقاط الكلاب المملوكه و يلزم تعريفها سنه ثم ينتفع به إن شاء، و يضمن القيمه السوقيه».

نعم قد يناقش فيه بأن المتجه عدم جواز التقاطه فى الفلاه فضلا عن العمران، لكونه من الممتنع المستفاد من الفحوى المزبوره، بل هو أولى من غيره بذلك. و لعله لذا منعه فى التذكره و التحرير.

اللهم إلا- أن يفرض تحقق تلفه أو خوفه زائدا على الاحتمال الحاصل فى الضائع من حيث كونه كذلك، فيجوز حينئذ التقاطه كما احتمله فى

الدروس، للفحوى المزبوره أيضا، بل يتجه جريان حكم الشاه فيها كما عرفت الكلام فيه مفصلا، والله العالم.

[الثانى فى الواجد]

الثانى فى الواجد و يصح أخذ الضاله فى مقام الجواز لكل بالغ عاقل حر مسلم عدل إجماعا أو ضروره.

أما الصبى و المجنون فقطع الشيخ (رحمه الله) فيهما بالجواز أيضا فى لقطه المال الذى هو كالضاله لأنه على كل حال اكتساب يصح وقوعه منهما. و لكن ينتزع ذلك الولى منهما كغيره مما هو فى أيديهما من المال و يتولى هو التعريف عنهما سنه إذ لا وجه لتأخيرها إلى البلوغ و الإفاقه، لاقتضائه ضياع المال على مالكه بعد معلوميه عدم اعتبار المباشرة منه، و لأنه من توابع اكتسابهما.

فان لم يأت مالك ف فى القواعد «تخير مع الغبطه فى إبقائها أمانه و تملكه مع التضمين» و لم أجده لغيره، فيمكن تنزيله على ما لا ينافى المشهور من أنه إن كان الغبطه (١١) لهما فى تملكه و تضمينه إياها فعل (١٢) ذلك الولى و إلا أبقاها أمانه (١٣) و هو يتولى حفظها أو يدفعها إلى الحاكم.

و على كل حال فلا خلاف أجده فى شىء من ذلك و إن كان نسبه جواز التقاطهما إلى الأكثر فى المسالك و غيرها مشعرا به، نعم قد تشعر نسبتته فى المتن إلى الشيخ بذلك.

فما فى المفاتيح من أنه يشترط فى الملتقط أهليه الاكتساب عند قوم، و أهليه الحفظ عند آخرين و إحداهما عند الثالث فى غير محله.

و كأنه استعذب التعبير بذلك عما ذكره أولاً فى المسالك من أن «مبنى الخلاف فى هذه المسألة و ما بعدها على أصل، و هو أن اللقطه فيها معنى الأمانه و الولايه و الاكتساب، أما الأمانه و الولايه ففى الابتداء فان سبيل الملتقط سبيل الأمانه فى مده التعريف لا- يضمن المال إلا بتفريطه، و الشرع فوض إليه حفظه، كالولى يحفظ مال الصبى، و أما الاكتساب ففى الانتهاء، حيث إن له التملك بعد التعريف، و أما المغلب منهما ففيه وجهان: أحدهما معنى الأمانه و الولايه، لأنهما ناجزان و الملك منتظر، فيناط الحكم بالحاضر و يبنى الآخر على الأول، و الثانى معنى الاكتساب، لأنه مآل الأمر و مقصوده، فالنظر إليه أولى، و لأن الملتقط مستقل بالالتقاط، و آحاد الناس لا يستقلون بالأمانات إلا بائتمان المالك و يستقلون بالاكتساب، فإذا اجتمع فى الشخص أربع صفات: الإسلام و الحريه و التكليف و العدالة فله أن يلتقط و يملك إجماعاً، لأنه أهل الأمانه و الولايه و الاكتساب، و إن تخلف بعضها بنى على اعتبار ما ذاء، و جاء فيه الوجهان» إلى آخره.

لكن لا- يخفى عليك أنه على طوله لا- حاصل له، ضروره اعترافه هنا و فى الكافر بعدم نقل خلاف فيه فى الجواز، و أولى منه عدم اعتبار العدالة، و كذا فى العبد الذى لم يحك فيه الخلاف إلا عن أبى على لخبر أبى خديجه (١) كما ستعرفه، فما أدرى موقع هذه المقدمه التى ذكرها.

على أن اللقطه منها ما لا تعريف فيها، بل يملكها الواجد لها، و منها ما فيه ذلك إلا أنه لم يعتبر أحد فيه المباشره.

كما أنه لا- إشعار في شىء من النصوص بتوقف التملك بعد الحول على كون الملتقط أهلا للأمانه و الولايه، بل و لا صحه الالتقاط، خصوصا بعد ملاحظه طر الجنون مثلا على الملتقط.

و كان هذا هو السر في الاتفاق ظاهرا على جواز التقاطهما و إن كان ظاهر نصوص اللقطه في الملتقط القابل للتصدق و التعريف و الحفظ، إلا أنه ليس ظهور اشتراط في صحه الالتقاط على وجه يتوقف جريان أحكامه على كونه كذلك ابتداء أو و استدامه، بل في لقطه الخربه و نحوها الذى وجد المال أحق به، و لا ريب في اندراجهما فيه، و لا قائل بالفصل، بل و لا وجه له، ضروره عدم الفرق بعد

صلاحيتهما للالتقاط و عدم اعتبار المباشره في الأمانه و التعريف.

كل ذلك مضافا إلى عدم اكتساب في الالتقاط قابلان له، ضروره عدم كونه كالاختطاب و الاحتشاش و نحوهما مما هو سبب للحيازه الموجهه للملك من كل من حصلت منه، بخلاف الالتقاط الموقوف تكسبه على نيه التملك بالقيمه، شبه القرض الذى لا يحصل فيهما، و لا عموم في الالتقاط على وجه يشملهما إلا ما ذكرناه في قسم مخصوص، بل ظاهر سوق نصوصه في خصوص المكلفين.

و بذلك يظهر لك ما فى المسالك من الاستدلال على الجواز بالعموم و التشبيه بالاختطاب، كما أنه ظهر لك عدم وقع لما ذكره من المقدمه التى فى آخرها أيضا ما فيه، بل و غير ذلك.

بل و عدم حاصل لما سمعته من المفاتيح إلا عذوبه عباره، و إلا فلم نجد فى المقام أقوالا ثلاثه مبنيه على ما ذكر.

فالتحقيق حينئذ الجواز، لما عرفت مع ضميمه عدم الخلاف فى المسأله الذى لولاه لأمكن المناقشه فى صحه التقاطهما ما فيه التعريف و نحوه مما لا

ينكر ظهور النصوص فى كونه مكلفا، و لا أقل من أن يكون ذلك هو المذكور فيها، فيبقى غيره على أصاله المنع، نحو ما سمعته فى التقاطهما الإنسان.

على أنه لا- ينكر ظهور النصوص فى أن خطاب التعريف على الملتقط و إن جاز له الاستنابه، لا أن الملتقط شخص و المخاطب بالتعريف شخص آخر، كما فى المقام الذى ذكروا فيه أن الخطاب به للولى، و أن نيه تمليكهما بالقيمه فى ذمتها منه، و أنه المخاطب بالحفظ على وجه إن لم ينتزع المال من يدها يكون ضامنا، لأنه مفرد، إلى غير ذلك مما لا- ينطبق على القواعد العامه، و لا إشعار فى نصوص اللقطه به، بل ظاهرها خلافه، فليس حينئذ إلا ما سمعت.

و كأنه إلى بعض ما ذكرنا أشار فى الرياض، فإنه بعد أن ذكر أنه لا- معنى لإرادته ما يقابل الحرمة من الجواز المعلوم أنه من صفات المكلفين قال: «و يتعين الثانى، أى تترتب أحكام اللقطه عليه من الملك و الصدقه بها بعد التعريف و غيرهما، و لا دليل عليه، لاختصاص النصوص المثبتة لأحكام اللقطه المزبوره بالمكلف بحكم التبادر و تضمنها الأمر بالحفظ أو التصديق أو التملك، و لا يتوجه إلى غيره، فالحكم بالجواز مشكل بعد اقتضاء الأصل العدم- ثم قال:- و يمكن أن يقال: إن وجه الاشكال المزبور مقتضى لاعتبار الأهليتين معا، و ليس هو لأحد قولاً، فيكون الإجماع مخالفاً، فينبغى ترجيح أحد الأقوال الثلاثه على تقدير ثبوتها، و لا ريب أن المشهور منها أولى، لما عرفت من عدم مخالف صريح فيه أو كونه نادراً» إلى آخره.

و إن كان لا يخفى عليك بعض ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه أيضا مما يصلح دليلاً غير الشهره المزبوره، و الله العالم.

و فى التقاط العبد من دون إذن مولاه تردد ينشأ من الأصل بعد ظهور مساق النصوص فى غيره و خبر أبى خديجه(١)الذى هو هنا سالم بن مكرم كما فى الفقيه و بقرينه روايه أحمد بن عائذ عنه إلا أن فى عدالته بحثا

عن الصادق (عليه السلام) «سأله المحاربى عن المملوك يأخذ اللقطه، فقال: ما للمملوك و اللقطه، لا يملك من نفسه شيئا فلا يتعرض لها المملوك، ينبغى للحر أن يعرفها سنه فى مجمع، فان جاء طالبها دفعها إليه و إلا كانت فى ماله، فان مات كان ميراثا لولده و لمن ورثه، فان لم

يجىء لها طالب كانت فى أموالهم هى لهم، إن جاء طالبها دفعوها إليه»

إلى آخره، و عدم قابليه العبد للتملك الذى تضمنته النصوص و الفتاوى.

و من أنه أهل للأمانه و عدم ظهور النصوص فى اعتبار الحريه و إن اشتملت على ما لا ينطبق إلا عليها من التملك و نحوه، إلا أنه يمكن تنزيله على ما إذا كان الملتقط كذلك لا أنه معتبر فى أصل الالتقاط، إذ هى أحكام تعذر بعضها أو كتعذر بعض أفراد التخيير.

و لعله لذا قال المصنف أشبهه الجواز وفاقا للمشهور، بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه، بل لم يحك فيه الخلاف إلا من أبى على، كما اعترف به غير واحد، بل لم يتردد فيه أحد قبل المصنف، نعم تبعه عليه فى الدروس، و لا-ريب فى ضعفه لأن له أهليه الحفظ و الائتمان شرعا بل و الاكتساب و إن كان لسيدته، بل له أهليه سائر الخطابات الشرعيه.

و خبر أبى خديجه(٢) لو قلنا بصحته موهون بمصير ما عدا ابن الجنيد إلى خلافه، و روايه الفقيه له أعم من العمل به، بل فى كشف الرموز

١-١ الوسائل - الباب - ٢٠ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢٠ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

حكايه الجواز عنه فيه، فلا بأس بحمله على ضرب من الكراهه التى صرح بها غير واحد، هذا خلاصه ما ذكروه فى المقام.

إلا أن التأمل هنا و فيما تقدم لهم فى اللقيط يقتضى جواز التقاطه مع إذن مولاه، بل فى التذكرة نسبتة إلى علمائنا.

لكن ذكر غير واحد منهم هناك أنه يكون السيد حينئذ هو الملتقط، فيلزمه حكم الالتقاط، و هو كذلك لو كان إذن استنابه، أما إذا كانت رفع حجر فالمتجه كونه هنا هو الملتقط، و يلزم حينئذ بالحفظ و التعريف نحو الاذن له فى قبول الوديعه، و عدم قابليته للتملك لا يرفع غيره من أحكام اللقطه، و لا وجه لرجوع ذلك إلى السيد بعد أن كان الملتقط غيره.

اللهم إلا أن يثبت أن كل ما يكون للعبد لو كان حرا يكون للسيد على وجه يشمل المقام، و لم يحضرني الآن ما يقتضى ذلك.

ثم إنه ذكر أيضا غير واحد هناك أن تعقب الاذن كابتدائها، و لنا فيه نظر. نعم لو كان المال باقيا فى يده فأذن له على الوجه الذى عرفت يجرى عليه حكم الالتقاط من حين الاذن على الوجه الذى عرفت.

أما لو صرح بعدم الاذن له بعد التقاطه فالمتجه حينئذ دفعه إلى الحاكم بعد تعذر التعريف عليه و الحفظ بتصريح السيد بعدم الاذن، و الفرض تقدم حقه على حق غيره، و ليس التقاط العبد فاسدا حتى يكون المال فى يده كما كان فى الأرض، بل التقاطه صحيح و لكن تعذر عليه التعريف و الحفظ، فيكون كحر تعذر عليه ذلك و لو الاستنابه، فليس إلا الدفع إلى الحاكم.

نعم لو نهاه من أول الأمر عن الالتقاط أمكن فساد التقاطه على وجه لا يكون ليده احترام، فحينئذ يكون فيها كما هو على الأرض

احتمال الإثم في الالتقاط، و وجوب الدفع إلى الحاكم، و ليس لأحد انتزاعه من يده.

و بذلك ظهر لك أن التقاط العبد يكون على وجوه: مع الاذن سابقا أو لاحقا، إذن استنابه أو رفع الحجر، و مع النهي، و لكن لم يحرروا موضع الخلاف مع أبي على في أى حال، إلا أن الأمر سهل بعد وضوح الحال.

و سيأتى في لقطه المال ما له مزيد تحقيق لذلك إنشاء الله تعالى، كما أنه يأتى هناك بيان حكم المبعوض.

أما المكاتب فالظاهر عدم وقع للخلاف فيه، ضروره قابليته للائتمان و التملك و إن كان يأتى أيضا تحقيق ما لو عاد إلى الرق في الأثناء.

نعم لا- فرق بين القن و المدبر و أم الولد فيما ذكرناه من الحكم، لكن في كشف الرموز جواز التقاط الأخيرين كالمكاتب بلا تردد، و هو كما ترى، و الله العالم.

و هل يشترط الإسلام؟ الأشبه بأصول المذهب و قواعده أنه لا يشترط وفاقا لجميع من تعرض له من الأصحاب، بل اعترف في المسالك بأنه لم ينقل فيه خلاف، و لعله لاندراجه في نصوص اللقطه لكونه أهلا لجميع ما تضمنته من التعريف و الإبقاء أمانه و التملك بالقيمه و غير ذلك.

و أولى منه بعدم الاشتراط العدالة للأصل و غيره، كما تقدم في اللقيط فضلا عن المقام، و ما تسمعه من اعتبار الائتمان على التعريف في لقطه الحرم محمول على ضرب من الندب.

نعم الظاهر عدم جوازه للمرتد عن فطره، لعدم قابليته للتملك، و في جامع المقاصد «لو التقط بنى على أنه لو حاز المباحات هل تنتقل إلى

ورثته أم لا؟ فيجوز انتزاعها من يده لكل أحد، فمهما حكم به هناك يأتي مثله هنا». قلت: قد تقدم في محله أولويه عدم قابليته لابتداء التملك من الاستدामه، والله العالم.

[الثالث في الأحكام]

إشاره

الثالث في الأحكام و هي مسائل:

[المسأله الأولى إذا لم يجد الأخذ سلطانا ينفق على الضاله أنفق من نفسه]

الأولى:

إذا لم يجد الأخذ سلطانا ينفق على الضاله من بيت المال أو يأذن له في ذلك و كان هو قد اختار حفظها للمالك و لو لعدم مشتر بالقيمه مثلا- أو غير ذلك أنفق من نفسه بلا خلاف أجده فيه، بل قال بعضهم. إنه طفحت به عباراتهم من دون تأمل و لا خلاف.

بل في جامع المقاصد «لا ريب فيه لوجوب الحفظ، و لا يتم إلا به، بل قيل أيضا: إنه طفحت عباراتهم بأن السلطان إذا وجد رفع أمره إليه، و أنفق عليه من بيت المال، و صرح به في المقنعه و النهايه و السرائر و النافع و التحرير و اللمعه و المهذب و المقتصر و المسالك و الروضه».

قلت: قد تقدم في اللقيط ما يعلم منه النظر في المقام الذى لم يذكروا فيه الاستعانه بالمسلمين مع فقد الحاكم المنفق التى ذكروها هناك.

كما أنه لم يذكروا فيهما استئذان عدول المؤمنين مع فقد الحاكم، بل

لم يحرروا أن الواجب على الحاكم أو المسلمين التبرع بذلك أو الإنفاق و لو مع نيه الرجوع.

و قد عرفت عدم الدليل على الأول، بل ظاهر الأدلة خلافه، و الثاني لا يقتضى وجوب رفع أمره إلى الحاكم بعد أن كان هو أمينا على الحفظ الذى لا يتم إلا بذلك كالودعى.

و لعل خلو نصوص (١) الرجوع بالنفقة فى ملتقط الطفل عليه من الحاكم و غيره شاهد على ما ذكرناه، إذ الظاهر عدم الفرق بين نفقه الضالة و اللقيط بعد أن كان كل منهما نفسا محترمه و الملتقط مكلف بحفظهما معا.

و فى

صحيح أبى ولاد (٢) «جعلت فداك قد علفته بدراهم فلى عليه علفه، فقال (عليه السلام): لا، لأنك غاصب».

و مقتضاه رجوع غير الغاصب بما ينفق.

و على كل حال فى المتن و غيره أنفق و رجع به بل هو المشهور، لكن مع نيه الرجوع أو مع عدم قصد التبرع به، كما حققنا ذلك فى اللقيط.

لكن عن الفخر هنا أنه متى أوجب الشارع النفقه أو أمره المالك أو الحاكم فشرط رجوعه عدم قصد التبرع، و يكفى فيه البناء على الأصل و إن لم توجد هذه الثلاثة و لا واحد منها و جازت النفقه شرعا و لم تكن من إذن المالك أو الحاكم فلا بد فيه من قصد نيه الرجوع، و إلا فلا رجوع له.

و فيه ما لا يخفى بعد الإحاطه بما قدمناه سابقا.

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٢ - من كتاب اللقطه.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٧ - من كتاب الإجاره - الحديث ١.

و كيف كان فقد قيل و القائل ابن إدريس:

لا يرجع لأن عليه الحفظ، و هو لا يتم إلا بالإنفاق و لفظه المحكى عنه «الذى ينبغي

تحصيله فى ذلك أنه إن كان انتفع بذلك قبل التعريف و الحول و جب عليه أجره ذلك، و إن كان انتفع بلبنه و جب عليه رد مثله، و الذى أنفقه عليه يذهب ضياعاً، لأنه بغير إذن من صاحبه، و الأصل براءة الذمه، و إذا كان بعد التعريف و الحول لا يجب عليه شىء، لأنه ماله».

و لم أجد من وافقه على ذلك، بل فيه ما لا يخفى من محال النظر، خصوصاً الحكم بكونه ماله بعد التعريف و الحول، مع أن المعلوم عدم دخوله فى ملكه قهراً، بل إن شاء تملكه بقيمته فعل، فيأتى البحث حينئذ مع عدم الاختيار. بل و كذا قوله: «يذهب ضياعاً» إلى آخره، ضروره منافاته لقاعده الضرر و الضرار و قاعده الإحسان.

و من هنا كان الوجه الرجوع دفعا لتوجه الضرر بالالتقاط المقتضى للتقاعد عن الالتقاط المضر باللقطه و مالكها، و الوجوب مسلم لكنه مجانا ممنوع، بل لعل الإذن المستفاده من أمر المالك الحقيقى بالحفظ أولى منها فى الوديعه و نحوها مما صرحوا بوجوب الرجوع مع نيته أو مع عدم نيه التبرع.

كل ذلك مضافاً إلى النصوص (١) المتقدمه فى اللقيط التى منها يستفاد الحكم فى المقام، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا كان للقطه نفع كاللبن كان ذلك بإزاء ما أنفق]

المسأله الثانيه:

إذا كان للقطه نفع كالظهر و اللبن و الخدمه قال الشيخ فى النهايه: كان ذلك بإزاء ما أنفق و لعله لخبر السكونى (١) المتقدم فى كتاب الرهن فى العين المرهونه

عن الصادق (عليه السلام) «إن الظهر يركب، و الدر يشرب، و على الذى يركب و يشرب النفقه إذا كان مرهونا».

و صحيح أبى ولاد (٢) عنه (عليه السلام) أيضا «و إن كان الذى يعلفها فله أن يركبها».

و صحيح ابن محبوب (٣) المتقدم سابقا فى اللقيطه «و لكن استخدمها بما أنفقت عليها».

إلا أن الأول فى المرهون الذى هو غير ما نحن فيه، و لا دلالة فيه على المعاوضه التى ذكرها الشيخ - كالصحيحين - على وجه

ترفع به اليد عن القواعد المعلومه المقرره المستفاده من العقل و الكتاب و السنه و الإجماع.

و من هنا قيل: ينظر فى النفقه و قيمه المنفعه و يتقاصان فلا يظلم أحدهما الآخر.

و لا ريب فى أنه هو أشبه بأصول المذهب و قواعده و لذلك كان هو خيرهم جميع من تأخر عن المصنف.

نعم فيه أن المقاصه مشروطه بشروط ذكرناها مفصله فى كتاب القضاء، و لكن لم نر أحدا اعتبر شيئا منها هنا، بل فى الروضه ظاهر

١- ١ الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب الرهن - الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب الرهن - الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٢٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٤.

النص و الفتوى جواز الانتفاع لأجل الإنفاق سواء قاص أم جعله عوضاً، بل فى الروضه نفى الخلاف عنه، و هو كذلك، و لعله لظاهر النصوص المزبوره، و الله العالم.

[المسأله الثالثه لا تضمن الضاله بعد الحول]

المسأله الثالثه:

لا تضمن الضاله بعد الحول على وجه تكون ملكاً له بقيمتها إلا مع قصد التملك بالقيمه و حينئذ ف لو قصد حفظها لا تملكها لم يضمن إلا مع التفريط أو التعدى بلا خلاف و لا إشكال، لأنها حينئذ أمانه و حكمها كذلك.

نعم لو قصد التملك بالقيمه ثم نوى الاحتفاظ لم يزل الضمان للأصل، فهى حينئذ باقيه على ملكه و عليه قيمتها، للاقتصار على فسخ ذلك بمجىء المالك و طلبه لها.

و لكن لو قصد الحفظ ثم نوى التملك لزم الضمان الذى هو بمعنى كون قيمتها فى ذمته و صيروره العين ملكاً له، لإطلاق ما دل على جواز ذلك، و ليس اختياره إذا الحفظ أولاً مقتضياً لعدم جواز التملك له، كما هو واضح.

هذا و فى التذكرة «لو قصد الملك ضمن، فان نوى الحفظ بعد ذلك لم يبرأ من الضمان، لأنه قد تعلق الضمان بذمته، كما لو تعدى فى الوديعه، و لو قصد الحفظ ثم نوى التملك لزمه الضمان من حين نيه التملك».

و كأن ما فى المسالك هنا مأخوذ منه، قال: «حيث جاز الالتقاط فالعين فى يد الملتقط أمانه مع قصد التعريف، فلو قصد التملك بدونه

ضمن لعدوانه، كما لو نواه بالوديعة، و كذلك لو نوى التملك بعد التعريف المعين، لانتقالها إلى ملكه حينئذ على وجه الضمان بناء عليه، و لا يزول الضمان مع التملك بنيه عدمه، سواء كان قبل تمام التعريف أم بعده، أما الأول فلأن نيه العدوان لا تزول إلا برده إلى مالكه، كما لو تعدى بالوديعة ثم نوى الحفظ، و أما الثانى فلأن ملكه لا يزول عن العين بذلك، فيستمر ضمان العوض».

قلت: بعد تسليم كونه نيه التملك فى غير محلها توجب الضمان، باعتبار كونها خيانه مقتضيه لانقطاع الإذن الشرعيه على نحو اقتضاها انقطاع الاذن المالكه فى الوديعة، لا يتم فيما نحن فيه بناء على ما ذكرناه من عدم ضاله عندنا لا يجوز تملكها إلا بعد الحول حتى الكلاب الأربعة، فلا- يتصور فيه حينئذ ضمان الخيانه، ضروره أن له نيه التملك فى أثناء الحول و إن وجب عليه التعريف لغرامه القيمه لو كان قد أتلّف العين، نعم يتصور ذلك فيما لا يجوز تملكه إلا بعد الحول، فلو قصده قبله كان خيانه على نحو الوديعة، و لعلهما بنيا ذلك على القول به أو فى خصوص الكلاب عند القائل، و الله العالم.

[المسألة الرابعة إذا وجد مملوكا بالغا أو مراهقا لم يؤخذ و كان كالفاله الممتنعه]

المسألة الرابعة قال الشيخ فى المحكى من مبسوطه إذا وجد مملوكا بالغا أو مراهقا لم يؤخذ و كان كالفاله الممتنعه المحفوظه لصاحبها التى قد عرفت عدم جواز التقاطها، فمن فحوى دليلها يستفاد العدم، بل لعله أولى.

و من هنا لو كان صغيرا لا يمنع الآفات عن نفسه

جاز أخذه كما يجوز أخذ الصغير الممتنع.

و فى المتن هذا حسن، لأنه مال معرض للتلف لكن قد سلف له سابقا إطلاق جواز التقاط المملوك ذكرا أو أنثى صغيرا أو كبيرا.

و فى المسالك «تفصيل الشيخ بالفرق بين الكبير و الصغير إنما يحسن إذا لم يخف على الكبير الذهاب على مالكة بالإباق، و إلا اتجه جواز أخذه إن لم نوجهه، لأنه و إن كان منحفظا بنفسه لكنه غير منحفظ على مالكة، فكان كالمال الضائع الذى يخاف تلفه فى نفسه، و أما الصغير فان كان غير مستقل بدفع المؤذيات عن نفسه فلا إشكال فى جواز التقاطه، بل وجوبه، و إن كان مميزا يقدر على الدفع عن نفسه فالأظهر إلحاقه بالكبير، و قد أطلق المصنف كالشيخ جواز أخذه من غير أن يتعرض لجواز تملكه و عدمه، و فيما سبق صرح بعدم تملكه، و قد تقدم البحث فى ذلك».

قلت: قد ذكرنا الكلام فى ذلك، لكن نقول هنا: إن العمده فى عدم جواز التقاط الكبير الفحوى المزبوره التى لها قد ألحقوا بالبعير غيره كما عرفته مفصلا، إلا أنه مع عدم تماميته فى الكبير الذى لا يدفع الآفات عن نفسه لجنون أو خبل أو نحوهما كما أوأنا إليه سابقا قد يفرق بينهما بالاختيار الذى يخشى من سوءه إتلاف نفسه على سيده بخلاف البعير و نحوه.

نعم لو فرض كون العبد مثلا عاقلا عالما بتكليفه عاملا به مسارع فى إيصال نفسه إلى سيده قد يشكل التقاطه، لما هو أولى من الفحوى المزبوره، أما إذا لم يكن كذلك فلا مانع من ملاحظه جهه المالىه فيه، فيلتقط و إن كان لا يملك كتمليك اللقطه، بل يجب حفظه و تعريفه أو إيصاله إلى الحاكم.

لكن كل ذلك بعد تحقق وصف الضياع فيه على وجه يدخل في موضوع اللقطة. وربما كان في الصحيح (١) المزبور شهادة على ما

ذكرناه، بل منه يمكن أن يخرج عن مقتضى الفحوى المزبوره حتى في العاقل المزبور، فلا حظ و تأمل جيدا، والله العالم.

[المسألة الخامسة من وجد عبده في غير مصره لم يدفع إليه]

المسألة الخامسة:

من وجد عبده أو دابته مثلا في غير مصره في يد آخر ملتقط أو غيره فأحضر فيه من شهد على شهوده بصفته فان فرض إمكان انطباقها على وجه يقتضى التشخيص دفع إليه و إلا لم يدفع إليه، لاحتمال التساوى فى الأوصاف و حينئذ يكلف إحضار الشهود إن أراد أخذه ليشهدوا بالعين كى يستحق انتزاعها.

و لو تعذر إحضارهم لم يجب على من فى يده حمل العبد إلى بلدهم خصوصا إذا كان على ظاهر الملكيه له و لا يبعه على من يحمله إليها، لعدم ثبوت حق عليه. و (١١) لكن لو رأى الحاكم ذلك صلاحا (١٢) فى مثل العبد الملتقط و نحوه إذا رجع أمره إليه جاز (١٣) حينئذ.

و فى المسالك التعبير عن المعنى المزبور «و لا يجب حمل العبد إلى بلد الشهود على وصفه ليشهدوا على عينه، لأن الحق لم يثبت بعد على المشتبه، فلا يكلف نقل ماله بغير إذنه، و لا على يبعه على المدعى أو غيره ليحمله إلى الشهود، لتوقف البيع على رضا البائع إلا ما استثنى،

إلا- أن يرى الحاكم صلاحاً في أحد الأمرين، و يرى جوازه كذلك، فله حينئذ أن يأمر به، و خالف في ذلك بعض الشافعية، فجزوا للحاكم بيعه من المدعى، و يقبض الثمن و يضعه عند ثقه أو يكفله، فان حكم للمدعى به بطل ورد الثمن إليه، و إلا فالبيع صحيح».

قلت: لا- سبيل للحاكم في التكليف فيهما مع فرض كون العبد على ظاهر ملكيه المتشبهت، و ما حكاها عن بعض الشافعية إن كان المراد منه فعل الحاكم ذلك قهراً على المالك فهو من الغرائب، و أغرب منه لو كان مراده ذلك في صورته الصلاح، ضروره اعتبار مراعاة القوانين الشرعية في ما للحاكم فعله.

و كيف كان ف لو تلف قبل الوصول أو بعده و لم تثبت دعواه ضمن المدعى قيمه العبد و أجرته إذا كان قد قبضه على وجه يكون مضموناً عليه كذلك، و إلا فلا وجه للضمان، كما هو مقتضى إطلاق المصنف بل و المسالك.

قال: «و حيث يرى الحاكم صلاحاً في حمله فهو مضمون على المدعى، فان تلف قبل الوصول أو بين يدي الحاكم و لم تثبت دعواه لزمه قيمه و الأجره، و حينئذ فللمتشبه الامتناع إلا بكفيل على العين أو قيمه و الأجره».

قلت: و فيه أيضاً أن الامتناع المزبور مشروط بما إذا لم يكن من رأى الحاكم عدم ذلك، اللهم إلا أن يقال: إن وجه الضمان بعد إرادته الحمل بيد المدعى

عموم «على اليد» (١)

نحو ضمان المقبوض بالسوم، فتأمل جيداً.

و على كل حال فالذى تقتضيه القواعد العامه ما ذكرناه، دون

١- ١ المستدرک- الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤ و سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥.

ما قيل من احتمال جواز الحكم بالصفات و إن لم يشخص، لدعاء الضروره إلى ذلك، أو احتمال ذكر القيمه دون الصفات؛ أو احتمال سماع البينه و لا يحكم عاجلا، بل ينتظر اتفاق اجتماع الشهود على عينه، و فائدته نفوذ الحكم معجلا موقوفا تماما على شهاده الشهود بالعين، بخلاف الأول الذى يتوقف الحكم على شهود العين.

و تظهر الفائدة فيما لو تعذر الحكم بموت أو غيره قبل وقوف شهود العين عليه، فإنه لا يقدر فى الحكم على الأخير، و لا أثر له على الأول.

إلا أن الجميع كما ترى لا يستأهل ردا، كما هو واضح، و الله العالم.

[القسم الثالث فى اللقطه]

إشاره

القسم الثالث فى اللقطه بالمعنى الأخص التى هى قسم منها بالمعنى الأعم و هو يعتمد على بيان أمور ثلاثه:

[الأول اللقطه كل مال ضائع أخذ و لا يد عليه]

إشاره

الأول اللقطه لغه و عرفا كل مال غير الحيوان الذى هو القسم الثانى ضائع أخذ و لا يد عليه و لو يد ملتقط سابق، فإنه و إن صدق عليه أنه مال ضائع إلا أنه سبقت عليه يد الالتقاط.

و بذلك يظهر لك وجه الحاجه إلى القيد الثانى الذى هو لا يغنى عن الأول، ضروره صدقه بدونه على مجهول المالك الذى لا يد عليه، و لكنه غير ضائع من مالكة.

و حينئذ فالفرق بين موضوعى مجهول المالك و اللقطه هو اعتبار صدق اسم الضياع من المالك فى الثانى دون الأول؛ بل الأصل عدم ترتب أحكام اللقطه مع عدم تحقق اسم الضياع.

و لذا قال فى جامع المقاصد: لا بد منه فيها، فليس منها حينئذ ما يؤخذ من يد السارق و الغاصب و نحوهما، لعدم صدق اسم الضياع من المالك، كما ستسمع تحقيق الحال فيه عند تعرض المصنف له.

نعم الظاهر كفايه شاهد الحال فيها، فمتى لم يكن لم يحكم بأنه لقطه، و لعله لذا أمر بالصدقه بمثله فى

موثق إسحاق بن عمار(١)«سألت أبا إبراهيم (عليه السلام) عن رجل نزل فى بعض بيوت مكة فوجد فيه نحو سبعين درهما مدفونه، فلم تزل معه و لم يذكرها حتى قدم الكوفه كيف يصنع؟ قال: فاسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها، قلت: فان لم يعرفوها، قال: يتصدق بها».

و أما دعوى أصاله الحكم باللقطه فى كل مال لا يد عليه و إن لم يعلم تحقق وصف الضياع فيه و لو بشاهد الحال فلا أجد لها شاهدا، بل لعل ظاهر الأدله خلافها، ضروره كون العنوان فيها اللقطه و هى عرفا و لغه المال الضائع لا مطلق ما لا يد عليه من المال و إن لم يعلم كونه ضائعا.

بل الظاهر عدم جواز أخذ المال المزبور مع عدم مظنه تلفه، لأصاله حرمة الاستيلاء على مال الغير بعد عدم اندراجه فى عنوان المأذون شرعا فى تناوله، فإذا قبضه كان له ضامنا.

و كذا لا يدخل فيها كل مال وقع في اليد لشخص مثلا ثم ضاع مالكة على وجه لا يعرفه، و لعل من ذلك ما في

خبر العبيدي عن يونس (١) «سألت عبدا صالحا (عليه السلام) فقلت: جعلت فداك كنا مرافقين لقوم بمكة و ارتحلنا عنهم، و حملنا بعض متاعهم بغير علم، و قد ذهب القوم و لا نعرفهم و لا نعرف أوطانهم، و قد بقى المتاع عندنا فما نصنع به؟ قال: فقال: تحملونه حتى تلحقوهم بالكوفة، قال يونس: فقلت له: لست أعرفهم و لا ندرى كيف نسأل عنهم؟ قال: فقال: بعه و اعط ثمنه أصحابك، قال: فقلت: جعلت فداك أهل الولاية، قال:

نعم».

إلى غير ذلك من النصوص المتضمنه حكم ما لا يدخل تحت اسم اللقطة و المفقود و المجهول الذين يلحق بهما ما يتعذر

وصوله إلى مالكة، و قد عقد لبعضها في الوافي بابا متصلا بباب اللقطة عنوانه «باب المال المفقود صاحبه».

و البحث هنا في ما كان مندرجا تحت اسم اللقطة التي قد عرفتها لغة و عرفا، و أنه مما يعتبر فيها الالتقاط و الأخذ، فلو رآها و أخبر غيره بها فالتقطها كان حكمها على الأخذ دون من رأى و إن تسبب منه، ضروره صدقه عليه كالاختطاب و الاصطياد دونه بلا خلاف و لا إشكال، بل لو قال له: ناولنيها فنوى المأمور الأخذ لنفسه كان هو الملتقط دونه أيضا.

بل قد يشكل جريان الحكم على الأمر لو لم ينو و ناولها إياه بناء على عدم ثبوت مشروعيه التوكيل في نحو ذلك، فيجوز الحكم حينئذ على

١ - ١ ذكر قريبا منه في الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب اللقطة - الحديث ٢ بإسناده عن الشيخ قده و رواه الكليني قده بعينه في الكافي ج ٥ ص ٣٠٩.

الآخذ دون الأمر و إن نوى أنه له.

و لعله لذا قال فى القواعد: «و لو قال: ناولنيها فان نوى الآخذ لنفسه فهى له، و إلا فلأمر على إشكال» إذ ليس هو إلا من حيث صدق الالتقاط على الآخذ و إن نواه لغيره، فان ذلك لا يخرج عن كونه آخذا و ملتقطا، إلا إذا ثبت مشروعيه التوكيل فيه كى يكون فعله شرعا، فيكون الآخذ هو الأمر مع نيه أنه له، و قد سلف لنا فى كتاب الوكالة(١) ما يعلم منه تحقيق الحال.

كما أنه قد ذكرنا فى كتاب إحياء الموات (٢) أن حيازه المباحات توجب الملك بمجرد تحقق مسماها و إن لم يقصده، بل و إن قصد عدمه.

و لا يرد عدم تملك الصائد الدرهم فى جوف السمكه مع الجهل بها فى النصوص الكثيره(٣) لإمكان منع صدق الحيازه فيه، لأن المحوز السمكه دون ما فى بطنها الذى استيلاؤه عليه شبه استيلاء النائم و نحوه على الشىء فإذا الحيازه لا بد من قصدها، و هى غير قصد التملك.

نعم فى جامع المقاصد «لا بد من أن لا يقصد الآخذ عدم التملك، فلو حول شجرا أو حجرا مباحا فى الطريق من جانب إلى آخر قاصدا بذلك تخليه الطريق و نحو ذلك فدخله فى ملكه بمجرد هذا مستبعد جدا و مثله ما لو نحى المال الضائع من جانب إلى آخر، فإنه ينبغى أن لا يكون ملتقطا و إن ضمن مال الغير، لإثبات اليد عليه على إشكال فى هذا».

قلت: بل ينبغى القطع بعدمه، للصدق لغه و شرعا و عرفا، بل

١-١ راجع ج ٢٧ ص ٣٨٠-٣٨١.

٢-٢ راجع ص ٦٥-٧٦.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١١ - من كتاب اللقطه.

لعل

قوله (عليه السلام) (١): «لا تمسها»

مشعر بذلك أيضا، بل هو كذلك حتى لو وافقناه على ما ذكره في تحويل الشجر و الحجر و إن كان التحقيق خلافه.

نعم لو رأى شيئا مطروحا على الأرض فدفعه برجله ليتعرفه لم يكن ملتقظا على الظاهر بل و لا ضامنا، لعدم صدق «على اليد» فيه، لا أقل من الشك، و الأصل البراءة.

و ما فى بعض النصوص (٢) من النهى عن المس باليد و الرجل محمول على إرادته بيان شدة النهى عنها، لا أنه بالمس بالرجل يكون ملتقظا، نعم لو تحقق الأخذ بذلك تعلق به حكم الالتقاط، و لا يسقط عنه بطرحه.

و

قول الصادق (عليه السلام) فى خبر أبى خديجه (٣): «كان الناس فى الزمن الأول إذا وجدوا شيئا فأخذوه احتبس، فلم يستطع أن يخطو حتى يرمى به، فيجىء صاحبه من بعده

فيأخذه، و الناس قد اجترؤوا على ما هو أكبر من ذلك، و سيعود كما كان»

محمول على إرادته رمية و انتظاره حتى يجىء صاحبه أو على نحو ذلك مما لا ينافى ما ذكرنا.

هذا و قد يشك أيضا فى جريان حكم اللقطة على ما يوجد من الثياب المشتبّه و النعال كذلك فى حمام أو مسجد أو غيرهما إذا لم يكن قرينه على الضياع فضلا عما لو كانت بعكسه، كأخذ الجيد و ترك الردى.

لكن فى القواعد «و لو وجد عوض ثيابه أو مداسه لم يكن له أخذه، فإن أخذه عرفه سنه إن شاء، إلا أن يعلم بشاهد الحال أنه تركه عوضا فيجوز أخذه من دون تعريف». و نحوه فى التحرير و إن ذكر الأخير احتمالا.

١-١ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللقطة - الحديث ١ و فيه «لا تمسوها».

٢-٢ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللقطة - الحديث ٣.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللقطة - الحديث ٦.

و فى الدروس «و لو وجد عوض ثيابه أو مداسه فليس له أخذه إلا مع القرينه الداله على أن صاحبه هو أخذ ثيابه بكونها أدون و انحصار المشتبهين، و مع عدم القرينه فهى لقطه».

و الأصل فى ذلك كله ما فى التذكرة «لو أخذت ثيابه فى الحمام و وجد بدلها أو أخذ مداسه و ترك بدله لم يملكه بذلك، و لا بأس باستعماله إن علم أن صاحبه تركه عوضاً، و يعرفه سنه، أى إذا لم يعلم أن صاحبه تركه عوضاً- إلى أن قال:- إلا أن يعلم أن السارق قصد المعاوضه بأن يكون الذى تركه أردأ من الذى سرقه، و كان لا يشتبه على الآخذ بالذى له، فلا يحتاج إلى التعريف، لأن مالكها تركها قصداً و التعريف إنما جعل للضائع عن صاحبه ليعلم به و يأخذه، و تارك هذا عالم به و راض ببذله عوضاً عما أخذه، فصار كالمتبرع له أخذه بلسانه، و هو أحد وجهى الحنابله، و لهم آخرا: أحدهما الصدقه، و الثانى الدفع إلى الحاكم ليبيعهها و يدفع ثمنها إليه عوضاً عن ماله، و ما قلنا أولى، لأنه أوفق بالناس، لأن فيه نفعاً لمن سرق ثيابه، لحصول عوضها له، و للسارق بالتخفيف عنه من الإثم و حفظ هذه الثياب المتروكه من الضياع، و قد أبيع لمن له على انسان حق من دين أو غضب أو غير ذلك أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك».

بل فى جامع المقاصد القطع بذلك، قال فى شرح المستثنى منه من عبارته القواعد: «لو كان فى الحمام أو المسجد أو نحوهما فلم يجد ثيابه أو مداسه أو فراشه و لكن وجد مثل المفقود لم يكن له تملكه عوضاً عما ذهب له، لأنه مال الغير، فلا يحل من دون طيب نفسه، و قول المصنف (رحمه الله): و لو وجد عوض ثيابه إلى آخره لا يريد به على قصد العوض، أما أخذه لقطه فجائز قطعاً، فإن أخذه لم يكن إلا لقطه،

فيجب تعريفه سنه إن كان درهما فصاعدا، فإذا عرفه تملكه إن شاء، فإن جاء المالك قاصه بماله و ترادا الفضل إن أوجبنا العوض و رضى الملتقط بجعل ماله عوضا، و إلا ترادا و كان للملتقط المطالبه بالأجره و النقص دون الآخر».

ثم قال فى شرح المستثنى بعد أن حكى عن التذكرة ما يناسبه:

«و لقائل أن يقول: إن تم ما ذكره من الدلالة على المعاوضة لم يكن للمأخوذ ما له التصرف فى هذه الحالة إلا إذا رضى بتلك المعاوضة، و من الممكن أن لا يرضى، لأن الفرض أن ماله أجود، فكيف يستقيم إطلاق جواز التصرف على ذلك التقدير، ثم إنه لا يجوز أن يتصرف بها مطلقا، سواء شهد الحال بأخذ الآخذ على قصد المعاوضة أو غلطا، لأن الآخذ غاصب، فيجوز للمأخوذ ماله التصرف فى مقداره للحيلولة، فإن أمكنه إثبات ذلك عند الحاكم رفع الأمر إليه ليأذن له فى الآخذ على الوجه المذكور، و إلا استقل به على وجه المقاصه».

ثم اعترض على ما ذكره أخيرا من كونه أرفق بالناس بأن «ما ذكرناه أنفع و أرفق، لأنه شامل لجميع صور الآخذ كما لا يخفى».

ثم إن الآخذ على جهه المقاصه لا يتوقف على رضا من عليه الحق، فلا يشترط شهاده الحال بقصد المعاوضة كما ذكره، و ما استشهد به من أخذ من له على انسان دين أو حق إنما ينطبق على ما ذكرناه، نعم إن جوز أن يكون الآخذ غير صاحب المتروك فالمتروك لقطه قطعا، إلا أن مقتضى كلامه التعويل على القرينه الداله على أن الآخذ هو المتروك ماله، و ما أحسن عباره الدروس بالنسبه إلى هذا» ثم حكاهما كما سمعتها.

قلت: لا يخفى عليك (أولا) ما فى الحكم باللقطه مع عدم القرينه على تعمد الترك، ضروره عدم تحقق الضياع مع فرض احتمال ذلك احتمالا مساويا.

و (ثانيا) ما فى الحكم بالمقاصه معها إذا لم يحصل منها العلم باشتغال ذمته، بل قد يقال باعتبار تحقق ذلك حال المقاصه، أما مع احتمال عدم العدوان و دفع ما فى يده إلى الحاكم الذى هو الولى المقتضى للبراءه عندهم فلا يخلو من إشكال، خصوصا مع النظر إلى مخالفتها للقواعد المقتضى للاقتصار فيها على المتيقن، فتأمل جيدا.

و (ثالثا) ما فى أخذ قيمه الحيلولة مع احتمال الغلط بناء على مخالفتها للأصول، و المتيقن منها فى صوره العدوان، كالغصب و السرقة، و لعله لذا فرضها فى ذلك فى التذكرة.

و (رابعا) ما فى دعوى كونه معاوضه مع التراضى، اللهم إلا أن يكون من الإباحه بالعوض، إلى غير ذلك مما يظهر لك بالتأمل فيما ذكرنا، و الله العالم.

و كيف كان فما كان قيمته دون الدرهم (درهم خ ل) من اللقطه فى غير الحرم جاز أخذه و الانتفاع به على وجه الملك بغير تعريف بلا خلاف أجده فيه.

بل فى التذكرة «لا- يجب تعريفه، و يجوز تملكه فى الحال عند علمائنا أجمع» بل فى موضع آخر منها «لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى إباحه أخذ القليل و الانتفاع به من غير تعريف».

و فى الغنيه الإجماع على جواز التصرف فيه من غير تعريف.

و فى محكى الخلاف إجماع الفرقه على أنه لا يجب تعريفه، و فى كشف الرموز نفى الخلاف عن ذلك إلى غير ذلك مما يراد من التعبير بالانتفاع به و حل التصرف و نحوهما التملك.

لكن فى القواعد «لو تملك ما دون ثم وجد صاحبه فالأقرب وجوب دفعه إليه، لأصاله بقاء ملكيه صاحبه عليه، و تجويز التصرف

للملتقط لا ينافي وجوب رده».

إلا أنه قد حمل كلامه على إرادته حدوث الفسخ جمعا بين قوله:

«تملك» وقوله أخيرا ما سمعت، وحينئذ فلا استدلال بالأصل في غير محله.

و في مرسل الفقيه (١)

قال الصادق (عليه السلام): «أفضل ما يستعمله الإنسان في اللقطة إذا وجدها أن لا يأخذها و لا يتعرض لها، فلو أن الناس تركوا ما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه، و إن كانت اللقطة دون الدرهم فهي لك لا تعرفها، فان وجدت في الحرم ديناراً مطلقاً فهو لك لا تعرفها، فان وجدت طعاماً في مفازه فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله، فان جاء صاحبه فرد عليه قيمه، و إن وجدت لقطه في دار و كانت عامره فهي لأهلها، و إن كانت خراباً فهي لمن وجدها».

و في

مرسل محمد بن أبي حمزه (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «سألته عن اللقطة، قال: تعرف سنه قليلاً أو كثيراً، قال: فما كان دون الدرهم فلا يعرف».

مضافاً إلى ما عساه يفهم من فحوى

قول الصادق (عليه السلام) في صحيح حرير (٣): «لا بأس بلقطة العصا و الشظاظ و الوتد و الجبل و العقال و أشباهه، قال: و قال أبو جعفر (عليه السلام): ليس لهذا طالب».

إنما الكلام في تملكه بمجرد الالتقاط كما هو مقتضى قوله (صلى الله عليه و آله): «هي لك» بل و جملة من الفتاوى، بل هو المناسب

١-١ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطة - الحديث ٩.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب اللقطة - الحديث ١.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب اللقطة - الحديث ١.

لما قلناه فى حيازه المباح، بناء على أن ذلك مثله فى التملك بحصول الالتقاط كالحيازه، أو هو متوقف على قصد التملك، أو على عدم قصد العدم وجوه.

و فى موضع من القواعد «الأقرب وجوب دفع العين مع وجود صاحبها، و يحتمل القيمه مطلقا كالكثير إذا ملكه بعد التعريف، و القيمه إن نوى التملك و إلا فالعين، و هو أقرب».

و هو صريح فى اعتبار نيه التملك، و لعله الأقوى، لأصالة عدم الملك بدونيه بعد عدم الجابر للمرسل المزبور، إذ المتيقن من الإجماع ما سمعته من التذكرة من أن له تملكه فى الحال، مضافا إلى ظهور الأدله فى عدم الفرق بين القليل و الكثير إلا بالتعريف، و من المعلوم اعتبار النيه فى الثانى.

و احتمال الفرق بينه و بين الكثير - باحتياجه إلى التعريف المقتضى لإحداث سبب للملك بعده، لامتناع انتقال ملك الغير إلى آخر بدونيه، بخلافه فإنه لا حاجة فيه إلى التعريف - واضح الفساد، ضروره كون المتبع الدليل فيهما، و الأصل عدم الملك حتى يثبت.

و من هنا يتجه القول بتوقفه على ضمان القيمه مع نيه التملك، كما فى الكثير، و لعله لذلك كان خيره الفاضل فى جملة من كتبه و ولده و المقداد الضمان عند مجىء المالك، لأن تملكه على حسب تملك الكثير بالقيمه.

بل فى الإيضاح و التنقيح و ل

قوله (عليه السلام) (١): «من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه»

بعد الإجماع على عدم وجوب رد العين، فليس إلا - القيمه، كما أنه ليس المراد إلا دون الدرهم، لأن غيره يحتاج إلى التعريف سنه مع النيه

و هو تراخى، و إن كان لا يخلو من نظر.

خلافًا لظاهر المتن و الإرشاد و التبصره و المحكى عن الشيخين و سلار و ابن حمزه فلا يضمن، بل فى النهايه و الغنيه التصريح بذلك، بل فى المختلف أنه المشهور، بل فى الغنيه الإجماع عليه، للأصل و ظاهر

قوله (عليه السلام): «لك» فى المرسل (١).

المنجبر بالشهره المزبوره و الإجماع المحكى.

و لا- ريب أن الأول أحوط و أولى، بل يتجه عليه و جوب رد العين لو جاء الطالب كالكثير، و إجماع الفخر و التنقيح لم نتحققه، بل لعل المتحقق خلافه، لإطلاق الخبر المزبور.

هذا و فى الرياض بعد أن نفى الخلاف عن جواز التقاطه و الانتفاع به و حكى الإجماع على ذلك عن التنقيح و أرسله عن التذكرة قال: «و هل يجب ضمانه مع ظهور المالك؟ قولان: أحوطهما ذلك، وفاقا للقواعد و التنقيح و غيرهما، للأصل و عدم صراحه النصوص فى التملك بناء على عدم صراحه اللام فيه، مع أن بعضها الذى هو المعتبر سندا- دون ما تضمن اللام، لإرساله مع عدم جابر له فيه- لم يتضمن عدا نفى و جوب التعريف فى هذا المقدار، و هو لا يستلزم التملك، لاجتماعه مع جواز التصرف فيه» إلى آخره، و ظاهره عدم التملك و أن المراد من ضمانه رد عينه.

و لا- يخفى عليك ما فيه من عدم تحرير المسألة التى قد عرفت أن حاصلها يقع فى أمرين: أحدهما فى جوب رد العين مع وجودها و طلبه، و ثانيهما فى ضمان المثل و القيمة مع التلف و الحق فيهما معا ذلك إن لم يثبت إجماع الغنيه المعتضد بالشهره المحكيه، و كأن الذى أوقعه فى ذلك عبارته التنقيح و نحوها، فإنها غير منقحه.

هذا و ظاهر المحكى عن ابن إدريس التفصيل، فأوجب رد العين مع وجودها، و نفى الضمان عنه مع تلفها، فلا تناقض فى كلامه إلا- مع ثبوت استلزام وجوب الرد الضمان مع التلف و بالعكس، و له منعه و إن كان التحقيق خلافاً بعد أن استظهرنا كونه كالكثير الذى حكمه ذلك.

و أما الدرهم فالأقوى كونه كالزائد فى وجوب التعريف، وفاقا لظاهر الصدوق و المفيد و النهايه و الحلى، بل صريح الخلاف و ابن زهره و الفاضل و الشهيدين و أبى العباس و المقداد و غيرهم. بل فى محكى الخلاف إجماع الفرقه و أخبارهم، بل هو من معقد عموم إجماع الغنيه أيضاً، لإطلاق ما دل عليه، و خصوص مفهوم الخبرين (١) السابقين و

الصحيح (٢) «عن الرجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابه، قال (عليه السلام): يعرفه سنه».

خلافاً للمحكى عن سلالر و ابن حمزه و التقى، فجعلوه كدون الدرهم، و لم نقف لهم على دليل و إن قال فى النافع: «فيه روايتان» إلا أنا لم نتحقق الروايه الداله على عدم تعريفه، و يمكن تنزيله على إرادته روايتين دالتين على التعريف و إن كان هو كما ترى.

و الظاهر أن المدار على حال الالتقاط، فلو كان دون الدرهم حينه ثم بلغ قيمته

أزيد بعد ذلك أو بالعكس لم يتغير الحكم، لأنه المنساق من الأدله.

هذا كله فى غير الحرم، أما فيه فظاهر إطلاق جماعه الحرمه، بل فى الروضه نسبه الإطلاق المزبور إلى الأ-كثر، بل فى غيرها مستفيضاً حد

١- ١ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللقطه- الحديث ٩ و الباب- ٤- منه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٠- من كتاب اللقطه- الحديث ٢.

الاستفاضه نسبتہ إلى الشهره.

بل مقتضاه عدم الفرق بين نيه التملك و عدمها، و نيه الإنشاد و عدمها، لكن فى اللمعه حرمه الالتقاط بنيه التملك قليلا أو كثيرا، و جوازه بنيه الإنشاد، بل قيل: إنه خيرہ الخلاف.

بل عنه و عن المبسوط إجماع الفرقه و أخبارهم على عدم الجواز بنيه التملك، و نفى الخلاف- بل قيل: أى بين المسلمين- عن الجواز، للتعريف و الحفظ لصاحبها.

و ظاهر الغنيه عدم الفرق بين لقطه الحرم و غيره إلا بعدم جواز التملك فى الأول و عدم لزوم ضمانها إذا تصدق بها، بل لعل ذلك من معقد إجماعه، بل لعله الظاهر من المقنعه، بل قيل: و نحوه فى المراسم إلا أن ظاهره كما هو المحكى عن القاضى الانتفاع بما دون الدرهم من دون تعريف.

بل ظاهر المتن عدم الخلاف فيه، لأنه جعل مورد الخلاف غيره، قال بعد ما سمعت و ما كان أزيد من ذلك فان وجد فى الحرم قيل و القائل من عرفت يحرم أخذه، و قيل: يكره، و هو أشبه بل ظاهره عدم الكراهه فيه، كما هو المحكى عن موضع من المبسوط و الخلاف، بل و عن ظاهر لقطه السرائر، بل هو ظاهر لقطه النافع و كشف الرموز، بل هو صريح الدروس و كذا الروضه، بل عن الخلاف أن عليه إجماع الفرقه و أخبارهم.

و أما القائل بكراهه الأزيد فهو الصدوق و والده و أبو على و التقى و المفيد و الشيخ و بنوا حمزه و زهره و إدريس و الآبى و الفاضل فى بعض كتبه و الشهيديان و الخراسانى و الكاشانى على ما حكى عن بعضهم، بل عن السرائر هو الحق اليقين، بل قد سمعت ما عن الخلاف و المبسوط و الغنيه، إلى

غير ذلك من كلماتهم المختلفه حتى من المصنف الواحد فى الكتاب الواحد فى الحج بشى ء و فى اللقطه بآخر.

و محصل الجميع الحرمه مطلقا من غير فرق بين الدرهم و أقل منه و أزيد.. و بنيه الإنشاد و عدمها، و بنيه التملك و عدمها، و الكراهه كذلك، و التفصيل بين الأقل من الدرهم و غيره، فيجوز الأول بلا كراهه و الثانى معها أو مع الحرمه، و بين نيه التملك، فلا يجوز مطلقا، و بنيه الإنشاد فيجوز كذلك، و بين الفاسق و العدل، فيحرم على الأول و يحل الثانى.

و أما التملك ففى المختلف «لا يجوز تملك لقطه الحرم إجماعا، بل يجب تعريفها» و فى التذكره «لا يجوز تملكها عند أحد من علمائنا أجمع» لكن عن التقى القول بجواز تملكها بعد التعريف، و ربما مال إليه بعض من تأخر عنه.

و التحقيق الجواز فى الأقل من الدرهم و لو بنيه التملك و إن كان لا يخلو من كراهه فى الجمله، لإطلاق ما دل على جوازه مما عرفت الذى لا يعارضه إلا إطلاق ما سمعته من النهى (١) المحمول على الكراهه، بل حتى لو قيل على الحرمه، ضروره كون التعارض من وجه، و لا ريب فى ترجيح الأول و لو لما سمعته من إجماع الخلاف المؤيد بما سمعته من ابن إدريس و إشعار المتن و غيره، بل قد يدعى انصراف الإطلاق المزبور إلى غيره.

و أما الأزيد فلا إشكال فى الحرمه مع نيه التملك قبل التعريف أو بعده بناء على عدمه فيها مطلقا، فالالتقاط معها حينئذ خيانه محرمة نحو الالتقاط معه قبله فى غير الحرم.

أما لا معه فالظاهر شده الكراهه، و خصوصا إذا كان فاسقا لا يثق

من نفسه بتعريفها، لما سمعته من نفي الخلاف في محكى المبسوط و الخلاف عن الجواز بنيه الإنشاد و إجماع الغنيه، و قوله فى السرائر أنه الحق اليقين، و عن التذكرة نفي الخلاف عن جوازها للمنشد لأنه أمانه.

بل لعله على ذلك تجتمع النصوص من الطرفين، ففى

النبوى (١) «لا تحل لقطتها- أى مكه زادها الله شرفا- إلا لمنشد»

أى معرف،

و فى آخر (٢) «لا يحل ساقطها إلا لمنشد».

و فى حسن الفضيل بن يسار (٣) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يجد اللقطه فى الحرم، قال: لا يمسه، و أما أنت فلا بأس لأنك تعرفها».

و خبره الآخر (٤) «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن لقطه الحرم، فقال: لا تمس

أبدا حتى يجىء صاحبها فيأخذها، قلت: فان كان مالا كثيرا، قال: فان لم يأخذها إلا مثلك فليعرفها».

و إليهما نظر من اعتبر العدالة، و لكن لا دلالة فيهما على ذلك، كما ستعرفه إنشاء الله تعالى عند تعرض المصنف لذلك.

و خبر على بن حمزه (٥) عن العبد الصالح موسى بن جعفر (عليه السلام) «سألته عن رجل وجد دينارا فى الحرم فأخذه قال: بشس ما صنع، ما كان ينبغى أن يأخذه، قلت: قد ابتلى بذلك، قال: يعرفه، قلت: فإنه قد عرفه فلم يجد له باغيا، قال: يرجع به إلى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين، فان جاء طالبه فهو له ضامن».

١-١ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٩٩.

٢-٢ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٩٩.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات الطواف - الحديث ٥ من كتاب الحج.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات الطواف - الحديث ٢ من كتاب الحج.

٥-٥ الوسائل - الباب - ١٧ - من كتاب اللقطه - الحديث ٢ عن على بن أبى حمزه.

و مرسل إبراهيم بن أبي البلاد(١) قال الماضى أى العسكرى (عليه السلام): «لقطه الحرم لا تمس بيد و لا برجل، و لو أن الناس تركوها لرجاء صاحبها و أخذها»

الذى هو مع ضعفه قد ورد مثله فى لقطه غير الحرم (٢)المعلوم أن المراد به الكراهه.

و خبر يعقوب بن شعيب بن ميثم التمار(٣)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن اللقطه و نحن يومئذ بمنى، فقال: أما بأرضنا فلا تصلح، و أما عندكم فان صاحبها الذى يجدها يعرفها سنه فى كل مجمع، ثم هى كسييل ماله».

و خبر اليمانى (٤)قال أبو عبد الله (عليه السلام): «اللقطه لقطتان: لقطه الحرم تعرف فان وجدت صاحبها و إلا تصدق بها، و لقطه غيرها تعرف سنه، فان وجد صاحبها، و إلا فهى كسييل مالك».

و خبر سعيد بن عمر الجعفى (٥)قال: «خرجت إلى مكه و أنا من أشد الناس حالاً، فشكوت إلى أبى عبد الله (عليه السلام) فلما خرجت من عنده وجدت على بابہ سبعمائه ديناراً، فرجعت إليه من فورى ذلك فأخبرته، فقال: يا سعيد اتق الله عز و جل، و عرفه فى المشاهد، و كنت رجوت أن يرخص لى، فخرجت و أنا مغتم، فأتيت منى، فتنحيت عن الناس، ثم تقصيت حتى أتيت المأفوقه، فنزلت فى بيت متنحياً عن الناس، ثم تقصيت حتى أتيت المأفوقه، فنزلت فى بيت متنحياً عن الناس، ثم قلت: من يعرف الكيس؟ قال: فأول صوت صوته إذا رجل على رأسى يقول: أنا صاحب الكيس، قال: فقلت فى نفسى:

١-١ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللقطه - الحديث ٣.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١ - من كتاب اللقطه - الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات الطواف - الحديث ١. من كتاب الحج.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات الطواف - الحديث ٤. من كتاب الحج.

٥-٥ الوسائل - الباب - ٦ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

أنت فلا كنت، قلت: ما علامه الكيس؟ فأخبرني بعلامته فدفعته إليه، قال: فتنحى ناحيه فعددها فإذا الدنانير على حالها، ثم عد منها سبعين ديناراً، فقال: خذها حالاً خير لك من سبعمائه حراماً فأخذتها، ثم دخلت على أبي عبد الله (عليه السلام) فأخبرته كيف تنحيت و كيف صنعت، فقال: أما أنك حيث شكوت إلى أمرنا بثلاثين ديناراً، فيا جاريه هاتيها، فأخذتها و أنا من أحسن الناس حالاً»

بناء على أن ذلك قد كان في مكة.

و خبر الفضيل بن غزوان (١) قال: «كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) فقال له الطيار: إن حمزه ابني وجد ديناراً في الطواف قد انسحق كتابته، قال: هو له».

و قد تقدم ما في

مرسل الفقيه (٢): «إن وجدت في الحرم ديناراً مطلساً فهو لك، لا تعرفها».

و خبر محمد بن رجاء الخياط (٣) قال: «كتبت إلى الطيب (عليه السلام) إني كنت

في المسجد الحرام فرأيت ديناراً فأهويت إليه لآخذه فإذا بآخر، ثم نحيت الحصى فإذا أنا بثالث فأخذتها و عرفتها و لم يعرفها أحد، فما ترى في ذلك؟ فكتب (عليه السلام): إني فهمت ما ذكرت من أمر الدنانير، فان كنت محتاجاً فتصدق بثلاثها، و إن كنت غنيا فتصدق بالكل».

إلى غير ذلك من النصوص التي يمكن دعوى القطع بالجواز من النظر فيها و ترك التعرض في جملة منها للنهي عن ذلك، و التعبير بلفظ

١- ١ الوسائل - الباب - ١٧ - من كتاب اللقطة - الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطة - الحديث ٩.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات الطواف - الحديث ٧ - من كتاب الحج.

«لا- يصلح» و «لا- ينبغى» و التعليل بالتعريف و التفصيل بأنه «لا يأخذها إلا مثلك» و اتحاد التعبير عنها مع التعبير عن لقطه غير الحرم المعلوم كون ذلك منه للكراهه، لعدم القائل بالحرمه أو ندرته، بل يمكن دعوى القطع بفساده أو الضروره فضلا عن الإجماع و غير ذلك مما لا يخفى على من رزقه الله معرفه لسانهم و رموزهم الذى

ذكروا فيه أنه «لا يكون الفقيه فقيها حتى نلحن له فى القول فيعرف ما نلحن له»^(١)

فان سردها أجمع يشرف الفقيه المزبور على القطع بجواز الالتقاط، و لكنه مكروه أشد من الكراهه فى غير الحرم، إلا إذا كان مأمونا فلا كراهه أو هى أخف.

و من الغريب ما فى الرياض من إتعاب نفسه و شدة أطنابه فى بيان تنقيح دلالتها على الحرمه بعد دعوى انجبار أسانيدھا بالشهره الظاهره و المحكيه و الاعتضاد بالأصل قال: «و لا ينبغى و إن أشعر بالكراهه إلا أن «بئس ما صنع» أظهر دلالة على الحرمه منه على الكراهه، على أن استعمالها فى الحرمه أو الأعم شائع، لا- أنها صريحه فيها، و دلالة «إن لا يأخذها إلا مثلك» غير نافعه للقائلين بالكراهه، لعدم تفصيلهم بين الفاسق و العدل، نعم ربما يوجد هذا التفصيل فى كلام بعض القائلين بالحرمه، فتكون ضاره لهم لا- نافعه، و نصوص النهى عن مطلق اللقطه تؤيد الحرمه التى هى الأصل فى النهى، و الخروج عنه فى لقطه غير الحرم للإجماع و غيره لا- يقتضى الخروج عنه فيه، و لو سلم إرادته غير الحرم منه لندره الحرم بالنسبه إلى غيره التى تمنع من حمل الإطلاق عليها فلا يقتضى الخروج عن

حقيقه النهى هنا، و خبر «لا يصلح» ظاهر فى

١- ١ المستدرک- الباب- ١٥- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٥ من كتاب القضاء، مع اختلاف فى اللفظ.

أرض منى خاصه و لا-قائل به، فليطرح أو يؤل بحمل «لا- يصلح» على الحرمه، و يلحق مكه و ما فى الحرم بمنى بعدم القائل بالفرق بين الطائفه، و لا محذور، و لا كذلك لو بقى على ظاهرها من الكراهه، إذ عدم القول بالفرق المزبور إنما يتم به الكراهه فى لقطه جميعه، و لا يدفع محذور اختصاصها به، فان مقتضاه عدم الكراهه فى لقطه غيره، و لا قائل به، و حمل «لا يصلح» على تأكيد الكراهه و إن أمكن و يندفع به هذا المحذور إلا أنه مجاز كالحمل على الحرمه لا يمكن اختياره خاصه إلا بعد قرينه معينه هى فى الروايه مفقوده، اللهم إلا- أن يقال: إنه أقرب المجازين إلى أصل الكراهه الذى هو الحقيقه، لكنه معارض بظهور الروايات السابقه فى الحرمه مع اشتهاها بين الطائفه، كما اعترف به هو و غيره و أخبارهم (عليهم السلام) يكشف بعضها عن بعض، فان لم يكن الحمل بهذا راجحا على الحمل الآخر فلا أقل من التساوى بينهما، و هو يوجب الإجمال المنافى للاستدلال».

إلا أن الجميع كما ترى، و لعل الذى دعاه إلى هذا التجشم تخيله الشهره، و قد عرفت أنها غير محققه، بل عرفت دعوى الإجماع من الشيخ و غيره على عدم الحرمه على الوجه الذى ذكره.

و المناقشات المزبوره- مع أن فيها ما فيها بل الأخير منها واضح الفساد بعد ما عرفت من أن الخبر سألته و هو بمنى، لا أن اللقطه بخصوص منى- لا تنافى انسياق الجواز من مجموعها على وجه لا ترفعه المناقشات المزبوره، و الله العالم.

و كيف كان فبناء على جواز الالتقاط فى الحرم لا يحل إلا مع نيه الإنشاد لظاهر النبوين السابقين (١) المستفاد منهما أيضا

خصوصيه الحرم بالنسبه إلى ذلك.

و لكن قد يقال: إن المراد عدم جواز التملك، و إلا- فلا- فرق بين الحرم و غيره فى عدم جواز الالتقاط مع عدم نيه التعريف، لأصاله حرمة التصرف فى مال الغير المقتصر فى الخروج منها على المنساق المتيقن، و هو المجامع لنيه الإنشاد.

اللهم إلا- أن يقال: بإطلاق الإذن بالالتقاط و إطلاق وجوب التعريف من دون تقييد الأول بالثانى و إن وجب العزم عليه باعتبار كونه من أحكام الإيمان، فيفرق حينئذ بين لقطه الحرم و غيره بذلك، و لذا اقتصر المصنف عليه فيه دون غيره.

و لكن فيه أنه يمكن التزام ذلك فيهما معا بعد ما عرفت من كون المراد بالنبويين عدم التملك لا ما نحن فيه، خصوصا بعد إشعار خبر الكيس بذلك فى الجملة.

و على كل حال فلا- خلاف فى أنه يجب تعريفها حولا (كاملاخ) بل فى الغنيه الإجماع عليه، بل قيل: لعله الظاهر من الخلاف أيضا، مضافا إلى ما سمعته من النصوص و إلى ما جاء فى التعريف فى مطلق اللقطه، بل لعل فى التعريف إشعارا بجواز الالتقاط و إلا- لم يقيّد بالسنه، و ليس هو تعريف اللقطه، لما عرفته من كون المحرمه من قسم العدوان، اللهم إلا- أن يقال: إن ذلك للنصوص المزبوره، و فيه أن حملها على الجواز مع التعريف أولى من حملها على الحرمه معه، كما هو واضح.

و على كل حال فإن جاء صاحبها دفعها إليه و إلا تصدق بها أو استبقاها أمانه، و ليس له تملكها بلا خلاف أجده فى الأخير إلا ما سمعته من المحكى عن التقي الذى قد تقدم الإجماع من الفاضل على خلافه.

مضافا إلى الأصل المعتضد بخلو كثير من النصوص المزبوره، بل ظاهر بعضها(١) أو صريحه ذلك و أنه الفارق بين الحرم و غيره.

و مكاتبه ابن رجاء(٢) يمكن حملها على أن ذلك إذن منه بعد العلم باليأس عن معرفه المالك.

و كذا خبر الفضيل بن غزوان(٣) و مرسل الفقيه(٤) اللذين لم نجد بهما عاملا على غير الوجه المزبور إلا ما حكى عن نادر.

و إطلاق ما دل على التملك في مطلق اللقطه مع أن المنساق منه في غير الحرم مقيد بما عرفت.

و أما التخيير المزبور فقد صرح به الشيخ و ابنا زهره و إدريس و الفاضلان و الشهيدان و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل في المسالك أنه المشهور، بل في الغنيه الإجماع عليه، لكن لم أجده في شيء مما وصل إلى من النصوص.

نعم في الخبرين(٥) السابقين الأمر بالتصدق الظاهر في التعيين كالمحكى عن

اقتصار المقنع و المقنعه و النهايه و المراسم، اللهم إلا- أن يقال بقرينه الإجماع المزبور يحمل الأمر على الوجوب التخييري، خصوصا مع ملاحظه ما سمعته في الشاه.

و لعل التخيير المزبور المحكى عن بعض القائلين بالحرمه أيضا ظاهر

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٨- من أبواب مقدمات الطواف - الحديث ٣ من كتاب الحج.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٨- من أبواب مقدمات الطواف - الحديث ٧ من كتاب الحج.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٧- من كتاب اللقطه - الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٢- من كتاب اللقطه - الحديث ٩.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ١٧- من كتاب اللقطه - الحديث ٢ و الباب - ٢٨- من أبواب مقدمات الطواف - الحديث ٤ من كتاب

الحج.

أو صريح في جواز الالتقاط، ضروره المنافاه بين حرمة و إبقائها أمانه التي اعترف غير واحد بالتعبير بها من القائلين بالكراهه و التحريم، و الله العالم.

و لو تصدق بعد الحول فكره المالك فيه قولان، أرجحهما عند المصنف أنه لا يضمن للأصل، و لأنها في يده أمانه و قد دفعها دفعا مشروعاً فلا يتعقبه ضمان، وفاقاً للشيخين في المقنعه و النهايه و ابني حمزه و زهره و سلار و الآبي و الفاضل و أبي العباس و غيرهم على ما حكى عن بعضهم بل في النافع أنه الأشهر، بل في الغنيه و محكى الخلاف الإجماع عليه و إن كنا لم نتحقق الثاني منهما.

لكن في الكفايه أن الأشهر الضمان، بل في المسالك أنه المشهور، بل في جامع المقاصد نسبتة إلى الأصحاب، بل في محكى السرائر أنه الحق اليقين، و لعله لخبر ابن حمزه^(١) المنجبر بما عرفت، و

عموم «على اليد»^(٢)

و أولويته منه في لقطه غير الحرم، بل ينبغي القطع به بناء على الحرمة في صورته العمدة، ضروره كون يده حينئذ عاديه، و يتم بعدم القول بالفصل في غير صورته العمدة.

و من ذلك يعرف ما في إطلاق القائل بالتحريم أن العين أمانه، و احتمال إرادته حرمة نفس الالتقاط و إن صارت أمانه بعد ذلك كما صرح به الفخر كما ترى، إذ هو استيلاء على مال الغير بلا إذن شرعيه و لا مالكيه، و ليس العدوان إلا هذا، و لا ينافيه الأمر بالصدقه به مع الضمان و إن كان ذلك كله مؤيداً للقول بالكراهه، كما أوأنا إليه سابقاً، و عدم تعقب المأمور به شرعاً الضمان لو سلم كون الأصل كذلك يدفعه الخبر^(٣) المزبور

١-١ الوسائل - الباب - ١٧ - من كتاب اللقطه - الحديث ٢ و هو خبر ابن أبي حمزه.

٢-٢ المستدرک - الباب - ١ - من كتاب الغصب - الحديث ٤ و سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١٧ - من كتاب اللقطه - الحديث ٢ و هو خبر ابن أبي حمزه.

المنجبر بما عرفت، فيكون كلقطه غير الحرم.

و من الغريب ما فى جامع المقاصد، فإنه بعد أن ذكر القولين و اختار الضمان منهما قال: «هذا إن أخذ المال على قصد الالتقاط- يعنى التملك و الاكتساب- فإن أخذه على قصد الحفظ للمالك فالذى يحضرنى أن المصنف فى التذكرة قال: إن أخذها على هذا القصد جائز، و ادعى الإجماع، فعلى هذا يضمن أم لا؟ ينبغى الضمان» ضروره ظهور بعض كلام الأصحاب أو جميعه فى بناء الضمان و عدمه على قولى الحرمه و الكراهه.

قال فى التحرير الذى هو غالبا محط نظره بعد أن ذكر القول بالحرمه و الكراهه: «و على التقديرين إن أخذه و جب عليه الأخذ بنيه الإنشاد، و لا يجوز أخذه بنيه التملك لا قبل الحول و لا بعده، فإن أخذه على هذا الوجه كان ضامنا، و إن أخذ بنيه الإنشاد و جب عليه التعريف سنه، فان جاء صاحبه و إلا تخير بين احتفاظه دائما و بين الصدقه، فإن تصدق به ففى الضمان قولان، أقربهما يضمن» و بذلك كله بان لك أن الضمان أقوى.

نعم لو اختار حفظها فتلفت بلا تعد و لا تفريط اتجه عدم الضمان على المختار، لكونها حينئذ أمانه كغيرها، بل صرح غير واحد من القائلين بالتحريم بذلك أيضا، معللين له بأنها أمانه و أنه محسن، فلا سبيل عليه، و قد عرفت ما فيه من الاشكال.

و فى جامع المقاصد فى شرح قول الفاضل: «لا ضمان مع اختيار الاحتفاظ»: «أى بعد التعريف، لأنه محسن، هذا إن كان أخذه لها على قصد الحفظ واضح، فأما إن أخذها على قصد الالتقاط فكيف تكون يده يد أمانه مع أنه عاد بأخذها، و يمكن أن يقال: إن الالتقاط لا يقتضى التملك جزما، و لهذا لا يملك لقطه غير الحرم بعد التعريف إلا بالنيه

و اللفظ على الخلاف، فلا يدخل في ضمانه من أول الأمر، لأن مجرد أخذ اللقطة لا ينافي الحفظ دائما، فحينئذ يكون أخذ لقطة الحرم غير مناف للحفظ والأمانة وإن حرم من حيث إن الالتقاط اكتساب، ويشكل على هذا كون الأخذ محرما، فكيف يكون أمانه».

و لكنه كما ترى، ولا يبعد كون العبارة غلطا، وإلا فشأنه أجل من ذلك، إذ قد عرفت ضمان لقطة الحرم بنيه التملك من أول الأمر.

و إنما الكلام فيما إذا التقطها بنيه الإنشاد وقد عرفها حولا و لم يتصدق بها بل اختار احتفاظها، فان قلنا بالحرمه اتجه الضمان للعدوان، وإلا فالمتجه عدمه، للأمانة والإحسان، فالكلام المزبور أجنبى عن ذلك.

ثم إنه لم أجد من ذكر هنا أن من التخيير له أن يدفعها إلى الحاكم الذى جعلوه بحكم ولى الذات، فيتجه حينئذ براءته من الضمان مع فرض العدوان بالتقاطها، نحو ما سمعته منهم فى التقاط البعير الممنوع عن التقاطه، و لعلمهم تركوه اتكالا- على ما ذكروه هناك، و إن كان قدمنا الكلام معهم فيه، و الله العالم.

هذا كله فى لقطة الحرم.

و إن وجدها أى لقطة الأزيد مما دون الدرهم فى غير الحرم عرفها حولا مع إرادته التملك بعده أو مطلقا كما ستعرف البحث فيه إن كان الملتقط مما يبقى كالثياب و الأمتعه و الأثمان و نحوها مما لا يفسد ببقائه فى الحول المزبور، بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به فى كشف الرموز، بل عن الخلاف و المبسوط و الغنيه و ظاهر التذكرة الإجماع عليه، للمعتبره المستفيضه(١) التى فيها الصحيح و غيره و قد مر جملة منها فى تضاعيف

المباحث السابقه و تأتى أخرى إنشاء الله تعالى،

بل يمكن دعوى القطع بذلك منها و إن لم يكن على جهة التواتر المصطلح.

ثم هو مخير بين تملكها و عليه ضمانها، و بين الصدقه بها عن مالکها و لكن لو حضر المالک و كره الصدقه لزم الملتقط ضمانها إما مثلا- أو (و إما خ ل) قيمه، و بين إبقائها فى يد الملتقط أمانه لمالکها من غير ضمان إلا بتعد أو تفريط و نحوهما فى مده الحول، كما صرح بذلك الشيخ و ابن زهره و الفاضل و الشهيدان و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل فى التذکره نسبتة إلى علمائنا، بل فى الغنيه و محكى الخلاف الإجماع عليه.

نعم عن المقنع الاقتصار على جعلها كسبيل المال بعد التعريف، و عن المقنعه و المراسم الاقتصار على ذكر التصرف المراد به الملك، و عن الوسيله التخيير بين التصرف و الحفظ لصاحبها لا- غير، و فى النهايه و محكى السرائر الاقتصار على التملك و الصدقه، بل فى الأخير إجماع أصحابنا على ذلك، و أنه الحق اليقين، بل منع من الإبقاء أمانه، و قال: «إنه مذهب الشافعى - إلى أن قال:- إن التخيير بين الثلاثة خلاف مذهبنا و قول أصحابنا و رواياتهم».

بل مقتضى ما حكاه فى الدروس عنه الانحصار فى التملك، قال فيها: «وقيل: يملكها بعد الحول بغير نيه و لا اختيار و يضمن» و هو ظاهر النهايه و المقنعه و خيره الصدوقين و ابن إدريس ناقلا فيه الإجماع.

و فى الخلاف «لا بد من النيه و اللفظ فيقول: قد اخترت تملكها».

و فى المبسوط «تكفى النيه، و الروايات محتمله للقولين، و إن كان الملك بغير اختياره أشهر، و تظهر الفائده فى اختيار الصدقه و النماء المتجدد و الجريان فى الحول و الضمان، ثم هل يملكها بعوض يثبت فى ذمته أو

بغير عوض ثم يتجدد بمجىء مالكها؟ فى الروايات احتمال الأمرين، و الأقرب الأول، فيلحق بسائر الديون» انتهى.

و لا- ريب فى حصول الملك القهرى بتمام التعريف حولاً- بناء على ما حكاه عنه، فلا صدقه عن المالك بها و لا أمانه، لكنه خلاف ما حكاه غيره عنها، كما أن ما حكاه من الأشهر لم أتحققه.

بل فى المختلف و التذكرة و المسالك و الروضة و غيرها حكاية الشهره بخلافه، بل فى الغنيه الإجماع على ذلك، و ستسمع تحقيق الحال فيه إنشاء الله عند تعرض المصنف له.

و كيف كان فلا إشكال فى استفاده الفرد الأول منها من النصوص، مضافاً إلى عدم الخلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه.

ففى

خبر أبى خديجه (١) السابق المتقدم فى المملوك «ينبغى للحر أن يعرفها سنه فى مجمع، فإذا جاء طالبها دفعها إليه و إلا كانت فى ماله، فان مات كانت ميراثاً لولده و لمن ورثه، فان لم يجىء لها طالب كانت فى أموالهم هى لهم، إن جاء لها طالب دفعوها له».

بل قيل بإرادته الملك من كل خبر اشتمل على كونها بعد التعريف «كسبيل المال» نحو

خبر داود بن سرحان (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى اللقطه يعرفها سنه ثم هى كسائر ماله»

و خبر حنان بن سدير (٣) «سأل رجل أبا عبد الله (عليه السلام) عن اللقطه و أنا أسمع، قال: تعرفها سنه، فان وجدت صاحبها و إلا

فأنت أحق بها، و قال: هى كسبيل مالك، و قال: خيره إذا جاء بعد سنه بين أجرها و بين أن تغرمها له إذا كنت أكلتها».

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٠ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ١١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٥.

إلى غير ذلك من النصوص التي يمكن دعوى تواترها بالنسبة إلى ذلك و إن كان لا- يخلو من نظر، كما ستعرفه في ما يأتي إنشاء الله تعالى في المسألة الرابعة.

و أما الثاني فكذاك أيضاً، ففي

خبر حفص بن غياث (١) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً و اللص مسلم هل يردده عليه؟ فقال: لا يردده عليه، فإن أمكنه أن يردده على أصحابه فعل، و إلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها، فيعرفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردها عليه و إلا تصدق بها، فإن جاء صاحبها بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم، فإن اختار الأجر فله الأجر و إن اختار الغرم فله الغرم».

و في

خبر كثير (٢) «سأل رجل أمير المؤمنين (عليه السلام) عن اللقطة، فقال: يعرفها،

فإن جاء صاحبها دفعها إليه و إلا حبسها حولاً، فإن لم يجيء صاحبها أو من يطلبها تصدق بها، فإن جاء صاحبها بعد ما تصدق بها إن شاء اغترمها الذي كانت عنده و كان الأجر له، و إن كره ذلك احتسبها و الأجر له»

إلى غير ذلك.

و أما الثالث فيدل عليه - مضافاً إلى الإجماع المحكي المعتضد بالشهره -

صحيح ابن مسلم (٣) عن الباقر (عليه السلام) «سألته عن اللقطة فقال:

تعرفها سنه، فإن جاء طالبها و إلا- فاجعلها في عرض مالك، يجرى عليها ما يجرى على مالك حتى يجيء لها طالب، فإن لم يجيء لها طالب فأوص بها في وصيتك»

بناء على أن المراد بجعلها عرض المال حفظها فيه من غير عزل لها عنه.

١-١ الواسئل - الباب - ١٨ - من كتاب اللقطة - الحديث ١.

٢-٢ الواسئل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطة - الحديث ٢.

٣-٣ الواسئل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطة - الحديث ١٠.

قال الكاشاني: «أى فى جملته و فى ما بينه، من غير مبالاه بترك عزلها عنه، فان مثل هذه اللقطه تستعمل فى مثل هذا المعنى، يقال: يضربون الناس عن عرض: أى لا يباليون من ضربوا، و

فى حديث ابن الحنيفه (١) «كل الجبن عرضا: أى اعترضه و اشتره و لا تسأل عمن عمله».

و صحيح على بن جعفر (٢) «سأل أخاه موسى (عليه السلام) عن الرجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابه كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنه، فان لم يعرف جعلها فى عرض ماله حتى يجىء لها طالب فيعطيها إياه، و إن مات أوصى بها، و هو لها ضامن»

بناء على إرادته أن ردها إذا جاء الطالب فى عهدته من الضمان، لا أن المراد قيمتها فى ذمته و هى ملك له، فإنه لا يناسب ما سبق من الحديث.

كل ذلك مضافا إلى انسياق الإباحه من الأمر بالصدقه و التملك باعتبار ورودهما فى مقام توهم الحظر.

و إلى معلوميه عدم وجوب التملك عليه بالقيمه و الصدقه مع الضمان، بل لعل الإبقاء أمانه من الإحسان الذى لا اعتراض عليه فيه، بل قد يدعى أن ذلك هو الأصل فيها.

و إلى ما تقدم فى الضالاه و الإنفاق عليها التى يمكن دعوى كون المقام أولى منها بذلك.

هذا و لكن فى الرياض «أن الثالث لم يرد به نص، كأصل التخيير بينه و بين أحد

الأمرين، لظهور النصوص الوارده فيها فى تعيين أحدهما لا التخيير مطلقا، إلا أنه قيل: يفهم الإجماع عليه فى التذكرة، فإن تم و إلا كان مشكلا، لما يأتى من الخلاف فى توقف التملك على النيه أو

١- ١ الوافى المجلد الثالث- ج ١٠ ص ٤٧.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٠- من كتاب اللقطه- الحديث ٢.

حصوله قهراً، و عليه لا معنى للإبقاء أمانه».

قلت: و لا الصدقه عن المالك بعنوان أنه ماله، على أنك ستعرف إنشاء الله تعالى ما فى القول المزبور، و الله العالم.

هذا كله إذا كانت اللقطه مما تبقى حولاً.

و أما لو كانت مما لا يبقى كالطعام و الرطب الذى لا يثمر و البقول و نحوها قومه على نفسه و انتفع به بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، ل

خبر السكونى (١) بل قويه «عن سفره وجدت فى الطريق مطروحه كثير لحمها و خبزها و جنبها و بيضها و فيها سكين، قال: تقوم ما فيها ثم يؤكل، لأنه يفسد و ليس له بقاء»

إلى آخره.

و فى آخر (٢) «فان وجدت طعاما فى مفازه قومه على نفسك لصاحبه ثم كله، فان جاء صاحبه فرد عليه قيمه».

نعم قد يقال بعدم اعتبار التقويم على النفس و إن كان هو المذكور فى كلام الأكثر- بل لم يذكر أحد قبل الفاضل يبعه على غيره- و اشتمل عليه ما فى الخبرين الذى يمكن تنزيل أولهما عليه.

لكن معقد إجماع الغنيه التصرف فيه و التعليل فى الأول و احتمال جريان التقييد مجرى الغالب من عدم وجود غيره فى المفازه و القطع بعدم الفرق بينه و بين غيره يؤيد الأول.

و لذا صرح الفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين و غيرهم بجواز بيعه و حفظ ثمنه، بل عن ظاهر التذكرة الإجماع على التخيير بين البيع و تعريف الثمن و بين التقويم و التملك و التعريف حولاً.

١-١ الوسائل- الباب- ٢٣- من كتاب اللقطه- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللقطه- الحديث ٩.

و كأنه فهم ممن تقدمه إرادته المثال من التقويم على النفس، إلا أن مقتضى ذلك عدم اعتبار كون البيع من الحاكم.

لكن فيها «لا يجوز له بيعه بنفسه مع وجود الحاكم لأنه مال الغير، و لا ولايه

له عليه و لا على مالكة، فلم يجز بيعه إلا له كغير الملتقط» بل قال فيها: «إذا باع بدون إذنه مع وجوده كان البيع باطلا».

و هو و إن كان أحوط إلا- أن مقتضى إرادته المثاليه فى النص و الفتوى جواز تولى ذلك مطلقا، كما يقومه على نفسه من غير إذن الحاكم، بل لعل ثبوت ولايه التملك له و الصدقه بعد التعريف يومئ إلى ذلك.

بل لعل ثبوتها له مع تعذر الحاكم يومئ إليه أيضا، ضروره عدم ثبوتها فى غير المقام لغير الحاكم مع تعذره، بل يبقى الشىء معطلا، إلا إذا حصل عدول المؤمنين و قلنا بثبوت ولايتهم حينئذ.

بل قد عرفت سابقا منا قوه القول بما استفاد من صحيح الجاربه (١) المشتمل على حل بيعها لمن التقطها بما أنفق عليها.

و دعوى أن التقويم على النفس يحتاج إلى الحاكم أيضا مع وجوده فلا يتم الاستظهار المزبور يدفعها ظهور النص و الفتوى فى خلافه، حتى من التذكرة التى هى العمده فى الخلاف قد أطلق فيها جواز الأكل له مع التقويم، و اعتبر الحاكم فى البيع.

و لذا أشكله الكركى بعدم الفرق بينهما فى الاشتراط و عدمه و إن قال:

إن مراجعه الحاكم فيهما أوجه لكن فيه ما لا يخفى. و منه يعرف النظر فيما فى الرياض من انسحاب الخلاف إليه.

و على كل حال فلا ريب أن الثمن حينئذ أمانه مع قبضه لا يضمنه إلا بالتعدى أو التفريط، و له عدم إفرازه عما فى ذمته، لإطلاق النص

و الفتوى، بل ربما يكون فى بعض الأحوال أولى من جهه عدم خشيه التلف عليه.

و المدار فى القيمه على يوم الأكل لا يوم الأخذ و لا أعلى القيم، و هل له ذلك من أول الأمر أو لا بد من التأخير إلى آخر زمان الخوف من الفساد؟ وجهان، أحوطهما بل أقواهما الثانى، و عن جماعه الجزم بأنه لا يجوز له إبقاء ذلك حتى يتلف، فان فعل ضمن، بل نفى الريب عنه الكركى.

و هو متجه مع إمكان الدفع إلى الحاكم أو البيع على الغير، أما مع فرض انحصار الأمر فى التقويم على نفسه فقد يشكل بأن الأصل يقتضى عدم وجوبه، و الأمر فى الخبرين (١) للرخصه، لأنه فى مقام توهم الحظر، فلا يراد منه الإلزام، خصوصاً مع التضرر بذلك.

هذا كله مع اختياره البقاء عنده و إن شاء دفعه إلى الحاكم كما صرح به الشيخ و المصنف و من تأخر عنه، بل ربما ظهر من التذكرة عدم المخالف فيه إلا أحمد و لا ينافى ذلك توجه الخطاب إليه فى الخبرين (٢) ضروره ثبوت ولايه الحاكم على مثل ذلك. بل صرح أكثر من عرفت بأنه لا ضمان معه.

أما التعريف فهو كغيره من اللقطه يقوى عدم سقوطه عنه، كما صرح به الفاضل، لإطلاق دليله و استصحابه، مع احتمال العدم، بناء على أنه كولى الذات الذى لا تعريف مع الوصول إليه.

و على كل حال فظاهر الأصحاب بقاء التعريف فى مفروض المسأله، بل صرح به بعضهم، لإطلاق دليله الذى لا ينافيه التصرف المزبور فيه

١- ١ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٩ و الباب - ٢٣ - منه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٩ و الباب - ٢٣ - منه الحديث ١.

قبله، و هو المراد مما فى معقد إجماع الغنيه السابق لا سقوط التعريف، كما هو واضح، فيعرفه حينئذ نفسه دون الثمن الذى هو عوض الملتقط، و الله العالم.

و لو كان بقاؤها أى اللقطه يفتقر إلى العلاج كالرطب المفتقر إلى التجفيف يرفع

خبرها إلى الحاكم الذى هو الولى لبيع بعضا و ينفقه فى إصلاح الباقي، و إن رأى الحاكم الحظ فى بيعه أجمع و تعريف ثمنه جاز كما عن الشيخ و الفاضل التصريح بذلك كله.

لكن قد يناقش فى تعيين ذلك بما عرفت من ثبوت الولاية للملتقط على فعل ذلك، و لعله لذا خيره فى محكى التحرير و الدروس بين ذلك و بين فعله، بل عن موضع من التذكرة ذلك أيضا، بل فى المسالك هو حسن.

و كيف كان فمن هذا القسم الثوب الذى لا يبقى إلى آخر الحول إلا- مع مراعاته بالهواء و نحوه كالصوف، فيجب حينئذ مراعاته، إلا أن ما لا يبذل فى مقابله أجره فى العاده من العمل يجب على الملتقط تبرعا إن لم يدفعه إلى الحاكم، و الله العالم.

و فى جواز التقاط النعلين و الإداوه و السوط خلاف، أظهره الجواز مع كراهيه وفاقا للمشهور، بل لم يحك الخلاف فى الثلاثه إلا عن صريح الحلبي و ظاهر الصدوقين و ابن حمزه و ظاهر سلال فى الإداوه و زياده المخصره.

و على كل حال فلا دليل لهم إلا

خبر عبد الرحمن (١) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن النعلين و الإداوه و السوط يجده الرجل فى الطريق أ ينتفع به؟ قال: لا يمسه»

و نحوه آخر (٢).

١- ١ الوسائل- الباب- ١٢- من كتاب اللقطه- الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٢- من كتاب اللقطه- الحديث ٣.

و هما و إن أمكن تصحيح سنديهما إلا أنهما مع ذلك قاصران عن إفادتها على وجه يخرج به عن إطلاق ما دل على الجواز مما هو أولى من ذلك مما تكثر قيمته، ك

قوله (عليه السلام) في مرسل الصدوق (١) «أفضل ما يستعمله الإنسان في اللقطة إذا وجدها أن لا يأخذها و لا يتعرض لها» و غيره المعتضد بعمل الأصحاب عدا من عرفت.

بل و خصوص

حسن حرير (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «لا بأس بلقطة العصا و الشظا و الود و الحبل و العقال و أشباهه، قال:

و قال أبو جعفر (عليه السلام): ليس لهذا طالب»

بناء على دخول الثلاثة في

قوله (عليه السلام): «و أشباهه»

فضلا عما هو كالتعليل له من

قوله (عليه السلام): «ليس لهذا طالب»

و إن كان فيه ما فيه كما تسمعه.

و لكن عليه يستفاد منه عدم الكراهه أو عدم شدتها فيها، و هو مناف لفتوى المشهور، اللهم إلا أن يكون وجهه أن فتوى من عرفت بالحرمه يوجب مزيد مرجوحه لالتقاطها و إن لم نقل بها.

بل ربما كان في التقاطها مرجوحه أخرى إذا كانت من الجلود، بناء على ما ذكره غير واحد من الحكم بكونه ميتة حينئذ و إن لم نقل به نحن إذا كان في أرض الإسلام.

قال في المسالك هنا: «و لا يخفى عليك أن الأغلب على النعل أن يكون من الجلد، و الإداهه بالكسر: هي المطهره، و هي تكون من الجلد أيضا، و كذا السوط أيضا، و

إطلاق الحكم بجواز التقاطها إما محمول على ما لا يكون منها من الجلد، لأن المطروح منه مجهولا ميتة،

١- ١ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطة - الحديث ٩.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب اللقطة - الحديث ١.

لأصالة عدم التذكية، أو محمول على ظهور أمارات تدل على ذكاته، فقد ذهب بعض الأصحاب إلى جواز التعويل عليها، وإطلاق النهي عن مسها يجوز أن يستند إلى ذلك، إلا أن الأصحاب فهموا منه خلافه».

قلت: وكفى بفهمهم حجه على أن ما يوجد في أرض الإسلام وفيه أثر الاستعمال محكوم بكونه مذكى، ومنه خبر السفره(١) وفي الرياض هنا نسبته إلى اتفاق النص والفتوى، وحينئذ يتجه عدم الاختصاص بالثلاثة، بل هو في كل جلد وشبهه.

وقد يقال: إن شده الكراهه في الثلاثة لاختصاصها بالنهي وإن كان هو جوابا للسؤال عنه، خصوصا بعد التسامح في أدله السنن.

بل قد يقال: إن مراد المصنف ونحوه بيان أصل الكراهه في مقابل القول بالحرمة لا شدتها، نعم يرد ذلك على من صرح بها.

وكذا الكلام في قوله: يكره التقاط العصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال وأشباه هذه من الآلات التي يعظم نفعها وتصغر قيمتها بلا خلاف أجده في شيء من ذلك إلا ما يحكى عن الحلبي أيضا من حرمة الشظاظ الذي لم نجد له ما يدل عليه.

بل في الحسنه(٢) المزبوره ما يدل على خلافه، بل وعلى عدم الكراهه أو شدتها في نحو ذلك بناء على إرادته عدم الاعتناء بها من

قوله (عليه السلام) فيها: «ليس لهذا طالب».

اللهم إلا أن يكون المراد منه أن الناس الملتقطين لا يطلبونه، لأنه لا اكتساب فيه مع قلة قيمته وكثره نفعه، فيكون كلاما مستقلا، لا أنه كالتعليل.

١-١ الوسائل - الباب - ٢٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

و ربما يؤيده ما يظهر من المحكى عن المفيد من أن الوجه فيها أن فقدتها قد يؤدي إلى هلاك صاحبها، لأن الإدائه يحفظ ما يقوم به الرمق و الحذاء يحفظ رجل الماشى من الزمانه و الآفات، و السوط يسير البعير، فإذا تلف خيف عليه من العطب.

و منه حينئذ يتجه الكراهه فى العنوان المزبور الذى ذكره المصنف و غيره و إن كان هو كما ترى، و لعل الأولى الاكتفاء بفتوى من صرح بالشده للتسامح، و أما ما أرسله فى المسالك من النهى فلم نتحققه.

هذا و من الغريب ما فى التنقيح من أن تحقيق المقام فى هذه أجمع الحرمه مع بلوغ النصاب، و الكراهه الزائده على كراهه أصل الالتقاط مع عدمه، إذ هو كما ترى يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، و الله العالم.

و كيف كان فقد عرفت سابقا ما يدل على أنه يكره أخذ اللقطه مطلقا بل فى المتن و غيره خصوصا للفاسق الذى لا يأمن على نفسه القيام بحدودها، و ربما كان فى بعض نصوص لقطه الحرم (١) نوع إيماء إليه و إن كان ستعرف ما فيه.

و أما لو علم الخيانه فى القواعد و الدروس و غيرهما الحرمه، لأن الأخذ الذى يكون وسيله إلى الحرام حرام.

لكن فى التذكرة «إذا علم الخيانه من نفسه حرم، و أما الأمين فى الحال إذا علم أنه إذا أخذها خان فيها و فسق

فالأقرب الكراهه الشديده دون التحريم» و نحوه ما فى التحرير من أنه «لو علم الخيانه من نفسه فالأقرب شده الكراهه لا التحريم».

و هو كما ترى، بل فى القواعد و لو خان فى الجواز نظر، بل فى الإيضاح أن الأصح التحريم.

و فى جامع المقاصد أنه أولى، لأن الخوف من الوقوع فى المحرم الموجب للنار يجب دفعه باجتنباب ما يقتضيه، و لأن الأمانه لا تليق لمن لا- يثق بنفسه، و إن كان فيه ما لا- يخفى من عدم الحرمة، و لذا جزم بالكراهه فى الدروس، للأصل و عدم معلوميه تحقق المانع.

اللهم إلا- أن يثبت من دليل خارج فى كل ما علم ترتبها عليه بسوء اختياره أو يخاف من ذلك، كما ذكروه فى وجوب النكاح على من يخاف على نفسه الوقوع فى المحرم باختياره مع للترك.

بل ذكروه فى غير ذلك من قبول الولايه من الجائر و فى تولى القضاء و نحوه، بل لعل جمله من النصوص تشعر بذلك، بل ربما كانت ظاهره فيه أو صريحه.

هذا كله فضلا عن احتمال انسياق إطلاق أدله الاذن بالالتقاط لغيره، فيحرم حينئذ للأصل.

و بذلك كله ظهر لك الحال فى جميع صور المسأله، و هى الخيانه حال الالتقاط، و لا ريب فى الحرمة، و العلم بها بعد ذلك، و الخوف منها بعد ذلك أيضا، و غيرها.

و كيف كان فقد ذكر غير واحد أنها يتأكد أيضا فيه مع العسر الذى قد يكون سببا لعدم وصولها إلى مالکها لو ظهر، بل صرح بعض بتأكدها فيه أيضا و إن لم يكن فاسقا، و الأمر فى ذلك كله سهل بعد التسامح، و إلا فقد يشكل إثبات الحكم الشرعى بمثل ذلك، خصوصا بعد

صحيح على بن جعفر(١) عن أخيه (عليه السلام) «عن اللقطه يجدها الفقير هو فيها بمنزله الغنى، فقال: نعم، قال:

و كان على بن الحسين (عليهما السلام) يقول لأهله: لا تمسوها»

و الله العالم.

و يستحب الاشهاد عليها إجماعا فى محكى الخلاف و عند علمائنا فى محكى التذكرة،

و هو كذلك؛ فانى لم أجد خلافا بيننا فى عدم الوجوب.

نعم عن أبى حنيفه و الشافعى فى أحد قوليه ذلك، و لعله للأمر فى

المروى من طرقهم (١) «من التقط لقطه فليشهد عليها ذا عدل أو ذوى عدل، و لا يكتنم و لا يغيب»

الذى لو لا التسامح فى الندب و فتوى الأصحاب به- مؤيدا معه بأن فيه صيانته للنفس عن الطمع فيها و حفظا لها عن الخلط بماله
لو عرض له عارض - لكان قاصرا عن إثباته فضلا عن الوجوب.

و ينبغى له أن يعرف الشهود بعض الصفات دون الجميع مخافه شياخ أمرها، و ربما احتمل ذكر جميع الصفات حتى يخلص من
احتمال تملك الوارث مثلا لو مات، و الأمر فى ذلك سهل و إن أطنب فيه بعض العامه، و الله العالم.

مسائل خمس:

[المسألة الأولى ما يوجد فى المفاوز أو فى خربه قد هلك أهلها فهو لواجده]

الأولى:

ما يوجد فى المفاوز أو فى خربه قد هلك أهلها فهو لواجده ينتفع به بلا تعريف، و كذا ما يجده مدفونا فى أرض لا مالك لها
سواء كان عليه أثر الإسلام أو لا.

و فى النافع «ما يوجد فى خربه أو فلاه أو تحت الأرض فهو لواجده».

و مزجه فى الرياض «ما يوجد فى أرض خربه قد جلا عنها أهلها

بحيث لم يعرفوا أصلا، أو في فلاة: أى أرض قفره غير معموره من أصلها، أو تحت الأرض التى لا مالك لها ظاهرا فهو لواجده، فيملكه من غير تعريف إجماعا إذا لم يكن عليه أثر الإسلام من الشهادتين أو اسم سلطان من سلاطينه، و على الأقوى مطلقا وفاقا للنهايه و الحلّى و غيرهما».

و فى الكفايه بعد أن ذكر الثلاثه التى فى المتن قال: «و المشهور عدم الفرق بين أن يكون عليه أثر الإسلام أو لم يكن».

قلت: لم أتحقق الشهره المزبوره فضلا عن الإجماع، إذا المحكى عن المقنع «و إن وجدت لقطه فى دار و كانت عامره فهى لأهلها، و إن كانت خرابا فهى لك».

و فى النهايه «اللقطه على ضريين: ضرب منها يجوز أخذه، و لا يكون على من أخذه ضمانه و لا تعريفه، و هو كل ما كان دون الدرهم، أو يكون ما يجده فى موضع خرب قد باد أهله و استنكر رسمه» و نحوه فى التحرير و محكى السرائر.

و قال فيها أيضا: «و إن وجد كنز فى دار انتقلت إليه بميراث عن أهله كان له و لشركائه فى الميراث إن كان له شريك، فان كانت الدار انتقلت إليه بابتياح من قوم عرف البائع إن عرفه، و إلا أخرج خمسه إلى مستحقه، و كان له الباقي، و كذلك من ابتاع بعيرا أو بقره أو شاه فذبح شيئا من ذلك فوجد فى جوفه شيئا له قيمه عرفه ممن ابتاع ذلك الحيوان منه، فان عرفه أعطاه و إن لم يعرفه أخرج منه الخمس، و كان له الباقي، فإن ابتاع سمكه فوجد فى جوفها دره أو سبيكه أو ما أشبه ذلك أخرج منها الخمس، و كان له الباقي».

و فى المقنعه «و من وجد كنزا فى دار» إلى آخر ما سمعته من النهايه.

و فى الوسيله «و إن وجد خافيا تحت الأرض فى خراب لم يعرف له صاحب أخرج منه الخمس، و الباقي له، و إن عرف له مالك عرف، فان عرف رد عليه، و إن لم يعرف أخرج منه الخمس على ما ذكرنا» إلى آخر ما ذكره.

و عن الغنيه «و كذا إن وجد فيما لا يعرف له مالك من الديار الدارسه» و إن كنت لم أتحققه فيما حضرني من نسختها.

و عن فقه الراوندى «و ما يوجد فى موضع خرب مدفونا لا من أثر أهل هذا الزمان».

و ليس فى شىء منها ذكر الثلاثه، و الأصل فى ذلك

صحيح محمد ابن مسلم (١) عن الباقر (عليه السلام) «سألته عن الدار يوجد فيها الورق، فقال: إن كانت معموره فيها أهلها فهو لهم، و إن كانت خربه قد جلا عنها أهلها فالذى وجد المال أحق به».

و صحيحه الآخر (٢) عن أحدهما (عليهما السلام) «سألته عن الورق يوجد فى دار، فقال: إن كانت الدار معموره فيها أهلها فهي لأهلها، و إن كانت خربه فأنت أحق بما وجدت».

و فى

مرسل الفقيه (٣) «و إن وجدت لقطه فى دار و كانت عامره فهي لأهلها، و إن كانت خرابا فهي لمن وجدها».

و قد تقدم موثق إسحاق بن عمار (٤) المشتمل على قضيه السبعين درهما التى وجدها فى بعض منازل أهل مكه.

و ليس فى شىء منها ذكر المفازه، بل لم أعثر عليه فى شىء من النصوص سوى ما سمعته من مرسل الفقيه (٥) أيضا «فإن وجدت طعاما

-
- ١-١ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.
 - ٢-٢ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللقطه - الحديث ٢.
 - ٣-٣ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٩.
 - ٤-٤ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللقطه - الحديث ٣.
 - ٥-٥ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٩.

فى مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله، فان جاء صاحبه فرد عليه القيمه» و به عبر فى المقنعه و النهايه.

و هو غير ما نحن فيه قطعاً، فليس حينئذ إلا إلحاق القسمين بالخربه التى يمكن دعوى استفاده التعليل من تعليق الحكم عليها على وجه يشمل غيرها مما كان نحوها.

و من هنا قال فى الكفايه: «و الروايه مختصه بالدار، لكن لا يبعد استفاده التعليل منها، فيلزم العموم، و فيه

أيضا تخصيص بالورق و لم أجد أحدا من الأصحاب قال بأحد القيدين».

و فى الرياض بعد ذكرهما «و أخصيتهما من المدعى - باختصاصهما بالورق و الموجود فى الدار الخربه، فلا يعمان مطلق اللقطه، و لا- الموجود منها تحت الأرض و فى المفاوز- مدفوعه بالإجماع المركب، مع إمكان اندفاع الأخصيه باعتبار الاختصاص بالأرض الخربه باستلزام ثبوت الحكم فى لقطتها إياها فيما عداها بطريق أولى».

و كأنه أخذه من المقدس الأردبيلى، فإنه بعد أن ذكرهما قال:

«و الظاهر أن لا خصوصيه للورق، و كأنه إجماع».

هذا فى الخربه، و كأنه حمل عليه المفاوز، فإن العله هى كونها خربه و عدم أهلها فيها كما هو الظاهر منها، بل المفازة أولى، إذ الخربه كانت معموره مسكونه فى بعض المده إلا- أنه هلك و انجلى عنها بخلاف المفازة، فإنها دائما بلا أهل، و كذا الأرض التى لا مالك لها.

و معلوم أن هذا الحكم فيما إذا لم يعلم له مالك بالفعل معين و لا غير معين، و إلا فمع التعيين يجب دفعه إليه، و مع عدمه لقطه أو مال موجود بيد شخص تعذر صاحبه، فيتصدق به مثل المال المجهول صاحبه، و يسمى برد المظالم، و قد مر مثله مرارا فتذكر.

و معلوم أيضا أن المراد عدم ملكيه الخرابه و إلا فيعرف المالك فالمالك إلى أن ينتهى إلى العارف فأخذه، و إلا فهو لواجده، و فى بعض العبارات «يتصدق به».

و من ذلك كله يظهر لك أنه ليس الحكم كما اشتهر فى عصرنا لفتوى بعض أجلائه أن جميع ما يوجد فى المفازة أى البريه قفرا أو غيرها و فى الدار الخربه و فى الأرض التى لا مالك لها مدفونا لواجده بلا تعريف حتى لو علم مالكة.

بل حكى بعض من أثق به أنه سقط منه فى السفر بعض أسبابه فعثر عليه بعض خدامه فجاء به إليه فامتنع منه لصيرورته ملكا لواجده، بل حكى لى أيضا أنه إذا سقط منه شىء و هو واقف عليه فجاء به آخر إليه لا يأخذه منه حتى يستوهبه.

و لا-ريب فى أن ذلك كله من تخريب الفقه، بل يمكن دعوى كون الضروره على خلافه، و ظنى أن من ادعى الإجماع فى المقام حكاه على مضمون عباره المتن من غير تحقيق لها إلا أنه لما رأى بعض الناس كالمقداد فى التنقيح و ثانى الشهيدين فى المسالك جعلا الخلاف فى مقابله التقييد بأثر الإسلام و عدمه فظن الإجماع على الفاقد لأثر الإسلام، و أن الخلاف منحصر فيما كان عليه أثره، ثم اختار الإطلاق، و جعل كل معلوم أنه لأهل ذلك الزمان ضائع منهم فى المفازة و الديار الدارسه لواجده، و كذا المدفون فى الأرض التى لا مالك لها ظاهرا.

و هذا كله من عدم إعطاء التأمل حقه فيما ذكره سابقا فى السفره الموجوده فى المفازة التى صرحوا بتقويمها على نفسه و أنه يعرف الثمن، و قد سمعت حكمهم بكراهه التقاط الثلاثه و الخبر(١)الوارد فيها، و أنه

يجدها فى الطريق الظاهر فى طريق الصحارى كما سمعته من عبارته المقننه.

وقال الفاضل فى القواعد: «و لو التقط فى الصحراء عرف فى أى بلد شاء» و نحوه فى التحرير و محكى المبسوط.

و فى جامع المقاصد تعليه بعدم أولويه بلد على آخر «و لا يجب أن يغير قصده و يعدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع أو يرجع إلى مكانه الذى أنشأ السفر منه، نعم إن اجتازت قافله عرفها فيهم، صرح

بذلك كله المصنف فى التذكرة، و قال بعض الشافعيه: يعرفها فى أقرب البلدان».

وقال فى التذكرة: «و لو التقط فى الصحراء فان اجتازت به قافله تبعهم و عرفها فيهم، و إلا فلا فائده فى التعريف فى المواضع الخاليه، و لكن يعرف عند الوصول إليها، و لا يلزمه أن يغير قصده و يعدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع أو يرجع إلى مكانه الذى أنشأ السفر منه، و قال بعض الشافعيه: يعرفها فى أقرب البلدان إليه، نعم لو التقطها فى منزل قوم رجع إليه و عرفها، فان عرفوها فهى لهم، و إلا فلا، لما

روى إسحاق بن عمار(١) أنه سأل الكاظم (عليه السلام) عن رجل نزل بعض بيوت مكه»

إلى آخره.

و فى الدروس «فان التقط فى بربه عرف من يجده فيها، و أتم إذا حضر فى بلده» إلى غير ذلك من كلماتهم التى ظاهرها المفروغيه من ذلك لإطلاق أدله اللقطه.

و احتمال كون المراد من الصحراء غير المفاوز و الأماكن الخربه كما ترى، فإنه و إن قيل: إن المفازه الأرض المهلكه، و أنها سميت بذلك تفؤلاً بالنجاه، بل قيل: إن الفلاه كذلك. لكن قد عرفت تعليق حكم

الطعام عليها في المرسل (١)و المقنعه و النهايه، و من المعلوم إرادته مطلق البريه منها، كما أنه علق حكم الشاه و نحوها على وجودها في الفلاه و ليس المراد منها إلا البريه المقابله للمعمور، لا خصوص مكان مخصوص من البريه.

على أن من الطرق المستعمله للناس ما هو مفاوز لا كلاً و لا ماء فيها و مهلكه لغير المستعد من غيرها و قد سمعت تصريحهم بوجود التعريف لما سقط فيها.

بل الظاهر أن كثير من الأراضى كانت مسكونه في الأعصار السابقيه كما تشهد به الآثار، و مقتضى ذلك كون جميع ما يسقط فيها من الناس يحل لواجده، لأنه الموجود في الخربه و في المفاوزه، و هو شىء من الغرائب نسأل الله تعالى شأنه الإقاله من هذه العثرات.

هذا كله مضافاً إلى اختلاف كلماتهم في محل البحث، فمنها ما سمعته.

و منها ما في قواعد الفاضل «و ما يوجد في المفاوز أو في خربه قد باد أهلها فهو لواجده من غير تعريف إن لم يكن

عليه أثر الإسلام، و إلا فلقطه على إشكال، و كذا المدفون في أرض لا مالك لها».

و في التذكرة «ما يوجد في المفاوز أو في خربه قد باد أهلها فهو لواحد من غير تعريف إن لم يكن عليه أثر الإسلام، و إلا فهو لقطه، و كذا المدفون في أرض لا مالك لها، و لو كان لها مالك فهو له قضاء لليد- إلى أن ذكر الصحيحين (٢)دليلاً على ذلك ثم قال:- و لا ينافى هذا ما رواه

محمد بن قيس (٣)عن الباقر (عليه السلام) «قضى

١-١ الوسائل - الباب - ٢- من كتاب اللقطه - الحديث ٩.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٥- من كتاب اللقطه - الحديث ١ و ٢.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٥- من كتاب اللقطه الحديث ٥.

على (عليه السلام) في رجل وجد ورقا في خربه أن يعرفها، فان وجد من يعرفها وإلا تمتع بها»

لأنه محمول على ما إذا كان لها مالك معروف أو كان على الورق أثر الإسلام.

و مقتضاه أن الموضوع في الأول ما لم يكن له مالك معروف، و هو مما يعلم أنه لأهل الزمان القديم.

و في التحرير «و كذا- مشيرا به إلى ما دون الدرهم- ما يجده في موضع خرب قد باد أهله و استنكر رسمه».

و في التبصره «و ما يوجد في فلاه أو خربه فلواجده، و لو كان في مملوكه عرف المالك، فان عرفه فهو له، و إلا فللواجد».

و في الإرشاد «المدفون في الأرض التي لا مالك لها أو المفاوز أو الخربه فهو لواجده».

و عن المبسوط أنه فصل فقال: «إن كان مدفونا عليه سكه الإسلام فلقطه، و إلا- أخرج خمسه و الباقي له» و عن المختلف أنه استحسنة.

و في الإيضاح بعد أن حكى عن النهايه و ابن إدريس عدم التعريف بما يوجد في موضع خرب لصحيح ابن مسلم (١) قال: «و أجاب المصنف بحمله على انتفاء سكه الإسلام أو بعد التعريف حولا، و ذهب في المبسوط إلى أنه لقطه مع أثر الإسلام عليه، لدلالته على سبق ملك المسلمين، و هو الأقوى عندي».

و قال في التنقيح في شرح ما سمعته من عبارته النافع: «هذا قول الشيخ في النهايه، و تبعه ابن إدريس، و المستند روايه محمد مسلم (٢)- إلى أن قال:- و قال

في المبسوط و اختاره العلامة: إن كان عليه سكه الإسلام فلقطه، و إلا أخرج خمسه و الباقي له، و عليه الفتوى، لأنه

١- ١ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

مع وجود الأثر يثبت يد مسلم، فلا يحل إلا عن طيب نفسه أما مع عدمه فالأصل الإباحه، و عليه تحمل الروايه.

وقال أيضا: «فى ما يوجد مدفونا فى الأرض المملوكه بشراء مثلا أنه يعرف المالك الأول، فإن عرفه فهو له من غير بينه و لا وصف، و إلا- فاما أن يكون عليه أثر الإسلام أو لا، و الأول لقطه إجماعا، و يجب تعريفه، و لا يحل تملكه إلا بعد التعريف، و الثانى للشيخ فيه قولان:

أحدهما أنه لقطه، لانطباق تعريفها عليه، فيراعى فيه أحكامها من غير اعتبار الدرهم و التعريف فيه، و ثانيهما أنه لواجده، و عليه الخمس، و الفتوى على ذلك، لصدق الكنز عليه، و قد تقدم أن الكنز فيه الخمس، و هذا تحقيق هذه المسأله».

و قال فى اللعنه: «و الموجود فى المفازة و الخربه و مدفونا فى أرض لا مالك لها ظاهرا يملك من غير تعريف إذا لم يكن عليه أثر الإسلام، و إلا وجب التعريف» و نسبه فى الروضه إلى الأشهر.

و فى الدروس «و كذا- أى دون الدرهم- ما يوجد فى أرض لا مالك لها أو خربه باد أهلها و إن تجاوز الدرهم، و قيده فى المبسوط ببقاء أثر الإسلام و إلا وجب تعريفه، و

صحيحه محمد بن مسلم (١) مطلقه، حيث قال: «و إن كانت خربه فأنت أحق بما وجدت»

و يمكن حملها على الاستحقاق بعد التعريف فيما عليه أثر الإسلام».

و فى جامع المقاصد فى شرح ما سمعته من عباره القواعد «أى و إن كان عليه أثر الإسلام فأشكال ينشأ من عموم صحيح محمد بن مسلم (٢) و من أن أثر الإسلام يقتضى سبق يد للمسلمين، فيكون لقطه يجب تعريفه، و يشكل بأن أثر الإسلام قد يصدر من غير المسلمين، إلا أن يقال: إن

١- ١ الوسائل - الباب - ٥- من كتاب اللقطه - الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥- من كتاب اللقطه - الحديث ٢.

ضميمه الدار إليه يؤيد كونه للمسلمين، ولأنه أشهر وأقرب إلى يقين البراءة، و عليه تنزل روايه محمد بن قيس (١) عن الباقر (عليه السلام) و هو الأقرب، و يتحقق أثر الإسلام بإحدى الشهاداتين إذا كانت مكتوبه عليه، و كذا اسم سلطان من سلاطين الإسلام و نحو ذلك، و هذا إذا كان في بلاد الإسلام، كما سبق في الخمس».

إلى غير ذلك من عباراتهم التي هي على اختلافها أجنبيه عما سمعته من أجلاء بعض أهل العصر، خصوصا ما اشتمل منها على التفصيل بأثر الإسلام الذي منه يعلم عدم تملك اللقطه التي تكون من أموال أهل هذا الزمن في المفازة و الخربه، ضروره أولويتها مما عليه أثر الإسلام القديم.

بل ظاهرهم إقعاد قاعده و هي احترام مال المسلم، و أنه لا يكون كالمباح نحو مال غيره، لعموم ما دل (٢) على احترام ماله إلا ما كان بعنوان الالتقاط المعروف.

و لذا اعتبروا في الذي يكون لواجده أن لا يكون عليه أثر الإسلام، ليستدل به على عدم الاحترام و إن كان في أرض الإسلام، بخلاف ما كان عليه أثره، أو فاقد الأمرين و لكن كان في أرضهم الملحق ما فيها أيضا بهم، فإنه يبقى على الاحترام الذي يناسبه التعريف اللفظي أو غيره مما يخرج به عن كونه مباحا لمن وجده، نحو الموجود في دار أهل الحرب الذي صرح غير واحد بأنه لواجده و إن كان فيه أثر الإسلام، تغليبا للأرض على الأثر و إن كان قد يشكل الفرق بينهما بالنسبه إلى ذلك.

١- ١ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللقطه - الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٥٢ - من أبواب أحكام العشره - الحديث ٩ من كتاب الحج و الباب - ٣ - من أبواب القصاص في النفس - الحديث ٣ و المستدرک - الباب - ١ - منه - الحديث ١٧ من كتاب الحدود.

كما أنه قد يشكل أصل القول بالتفصيل المزبور بعدم دليل عليه يعارض ما عرفت سوى ما قيل من دلالة الأثر على سبق يد المسلم فيستصحب، و من الجمع بين الصحيحين (١) السابقين و

الموثق (٢) «قضى على (عليه السلام) في رجل وجد ورقا في خربه أن يعرفها، فإن وجد من يعرفها، و إلا تمتع بها»

بحمل الأولين على ما لا أثر عليه، و الأخير على ما عليه الأثر.

و فيه- مع أن الأثر المزبور قد يصدر من غير المسلم، و فقد التكافؤ عددا و سندا، و كون الموثق قضيه في واقعه و اقتضائه حمل الصحيحين على الفرد النادر- أنه لا شاهد عليه.

و من ذلك يظهر لك أن الجمع بحمل ما في الأولين على ما يوجد في تلك الأماكن مما هو معلوم أو ظاهر في أنه للأعصر السالفه و الموثق على الموجود فيها مما هو معلوم أو ظاهر لأهل ذلك الزمان، ضروره كونه المناسب للأمر بتعريفها دون الأول الذي يمكن دعوى كونه من غير اللقطه، لعدم تحقق وصف الضياع فيه، و إنما هو

شئ ء جعله الشارع لواجده و إن كان عليه أثر الإسلام، بل لو علم كونه للمسلمين المنقرضين، و لذا كان العنوان في أكثر كلام الأصحاب «ما يجده» من دون وصف كونه لقطه بالمعنى المتعارف.

و بذلك يظهر لك وجه إلحاق المفاوز و الأرض التي لا مالك لها بالخربه التي لا مالك لها، ضروره اتحاد الجميع في الحكم المزبور، بل العامر كذلك أيضا، و لعل وجه التخصيص غلبه ذلك فيها دونه.

نعم لا فرق بين المدفون و غيره بل يتجه فيما دخل تحت اسم الكنز

١- ١ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللقطه - الحديث ١ و ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللقطه - الحديث ٥.

من المدفون التفصيل بأثر الإسلام و عدمه، فالأول لا يملكه واجده، و الثاني لواجده، و عليه الخمس إن ثبت الإجماع الذى سمعته من التنقيح الذى يشهد له كلامهم فى كتاب الخمس حتى ممن أطلق هنا، كالمصنف و غيره، فيكون المراد هنا حينئذ ما لا يدخل تحت اسم الكنز، و إن كان دون ذلك خرط القتاد، بل لعل الظاهر خلافه كما هو المستفاد من الروضه و المسالك.

بل تقدم لنا فى كتاب الخمس (١) تحقيق الحال فى ذلك، و أن القاعده المزبوره لا

تعارض إطلاق الدليل، نحو الموجود فى جوف الدابه و السمكه الذى مقتضى إطلاق ما دل عليهما كونه للواجد، و أنه من رزق الله تعالى بعد إنكار البائع كونه له فى الأول (٢) و مطلقا فى الثانى (٣) كما ستعرف.

بل مقتضاه أنه كذلك حتى لو علم كون ما فيها من أموال أهل زمن الواجد إلا أنه غير معين، بل هو من موضوع اللقطه فضلا عن موضوع المسأله الذى هو معلوم أنه من مال أهل الأعصار السابقه الذى لا يعقل لزوم التعريف فيه بعد القطع بعدم مالك له يعرفه.

و على كل حال فما أدرى أن المعاصر المزبور من أين أخذ الحكم المذكور مدعيا عليه الإجماع، حتى اشتهر فى البلدان و استباحوا به كثيرا من الأموال التى يجدونها فى الفلاسه و لو طريق و غيره، مع أنك قد عرفت الاقتصار على الموضوع الخرب فى كلام القدماء، بل وصفهم بكونه قد

١-١ راجع ج ١٦ ص ٢٩-٣٢.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٩- من كتاب اللقطه.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١٠- من كتاب اللقطه.

اندرس أهله و استنكر رسمه، كالصريح فى إرادته الموجود فيها مما كان تابعا لها لساكنها.

بل قد عرفت تصريح الراوندى بذلك، كما أنك قد سمعت ما فى مجمع البرهان من كون ذلك من المعلوم، بل سمعت ما جمع فيه الفاضل فى التذكرة بين الصحيحين و الموثق.

بل قد عرفت أن أول من زاد المفاوز و الفلاة المصنف و تبعه بعض من تأخر عنه، و أن ذلك لإشعار تعليق الحكم على خبره بالتعليل المقتضى للتعميم فيما هو كالخبره من المال الذى يعلم عدم كونه لأهل زمن الواجد أو يشهد به الحال، لا أن المراد ما يكون فيها من أموال الناس الموجودين الذى هو باق على أصل الاحترام و عمومات الالتقاط أو حكم مجهول المالك أو غير ذلك.

نعم ربما تكون مناقشه فى الإلحاق المزبور و فى التفصيل بين المدفون و غيره فى الأرض التى لا مالك لها أو مطلقا، كما سمعته من الإرشاد و غيره، و إن ذكر بعض الوجوه الاعتبارية له، مثل عدم العلم بكونه من القديم مع فرض كونه على وجه الأرض، بخلاف ما إذا كان مدفونا و نحو ذلك مما يمكن منعه.

إلا- أن ذلك كله لا مدخلية له فيما ذكرناه من تحقيق المقام الذى هو كون المراد من ذلك بيان كون المال الموجود فى أمثال هذه الأماكن مما كان مملوكا لأهل الأعصار السالفه لواجده، كما هو السيره و الطريقه فى نقل الآجر و غيره مما يجدونه فى خرابات الأوائل و الأراضى التى لا مالك لها مخصوص يعتاد الادخار فيها، و لعل هذه المسأله ليست من اللقطه و إنما هى مسأله مستقلة ذكرت فيها لمناسبه ما.

و ليس المراد كل ما يوجد من أموال أهل عصر الواجد ساقطا أو

ضائعا في هذه الأراضي أو في المفاوز أو مدفونا في مسجد أو خان أو أرض مفتوحة عنوه أو موات لواجده؛ ضروره عدم دليل صالح لقطع ما دل (١) على احترام مال المسلم و أنه كدمه و عرضه، بل لعل الضروره على خلافه، فإنه لم يسمع أن من جملة أسباب الإباحه لأموال الناس المحترمه ذلك.

و ما أبعد ما بين ذلك و بين الاقتصار في حل ما دون الدرهم من ماله الضائع منه.

و أطرف شىء ما يحكى من الاستدلال

بالصحيح (٢) الذى تقدم في الضاله و هو «من أصاب بعيرا أو مالا في فلاه قد كلت و سببها صاحبها لما لم تتبعه»

إلى آخره الذى قد عرفت إرادته الدابه من المال فيه بقرينه التأنيث، و الإجماع على عدم حل المال بمجرد وجوده في الفلاه، على أنه ظاهر في الاعراض.

نعم غيره من الخبرين (٣) السابقين ظاهر في ملكك من وجد دابه قد تركت من جهد في غير كلاً و لا ماء فأحياها، و قد ذكرنا أنه أعم من الاعراض، إلا- أنه مخصوص بالحيوان، فلا- يشمل المال الصامت الموجود في فلاه إلا بالقياس الممنوع، خصوصاً مع الفارق بالإحياء الذى أشير إليه في النصوص (٤) المفقود في الفرض.

و بالجملة فالمدار على ما عرفت من حل ما يوجد من المال الذى

١ - ١ الوسائل - الباب - ١٥٢ - من أبواب أحكام العشره - الحديث ٩ من كتاب الحج و الباب - ١ - من أبواب القصاص في النفس - الحديث ٣ و المستدرک - الباب - ١ - منه - الحديث ١٧ من كتاب الحدود.

٢ - ٢ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٢.

٣ - ٣ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٣.

٤ - ٤ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٢.

اندرس أهله لواجده، دون غيره الذى يكون الاستيلاء عليه بعنوان الالتقاط أو مجهول المالك أو غير ذلك مما لا يحل به لواجده بمجرد وجدانه بل بالتعريف على الوجه المزبور أو بالصدقه به عن صاحبه أو نحو ذلك.

و لعل الأصل فى كل ما شك فيه و لم يكن ثم شاهد حال يقتضى كونه لمن اندرس أو أهل العصر الاحترام، فلا بد من تعريفه إن كان لقطه، و الفحص إن كان مجهول المالك، ثم الصدقه به بعد اليأس أو الدفع إلى الحاكم.

و قد يقال: إن الأصل فى الموجود فى الخبره أن يكون من توابع سكانها حتى يعلم أنه لغيرهم، كما عساه يومئ إليه الحكم فى الصحيحين (١) بكون الموجود فى المعموره لأهلها، و إن كان هو مقيدا بما فى موثق إسحاق (٢) بما إذا لم ينكروه.

و فيه أن الظاهر تقييده بما إذا عرفوه، و الفرض انعدام الشرط بانعدام أهله، فينعدم المشروط، فلا يحكم بكونه لهم، و يبقى على أصل الاحترام.

و دعوى اشتراطه بمعلوميه سبب الاحترام يدفعها أن الظاهر كفايه وجوده فى أرض الإسلام مع عدم شاهد حال يقتضى كونه لمن اندرس.

نعم لو كانت اللقطه فى دار الحرب لم يكن لها احترام، و كانت لواجدها على ما صرح به غير واحد، و وجهه واضح، و لكن

فى الدروس تقييد ذلك بما إذا لم يكن فيها مسلم، و كأنه أخذه مما سمعته فى حكم اللقيط، و فيه نظر.

و على كل حال فهو أمر آخر، كما أن ما ذكرناه فى كتاب الخمس.

١- ١ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللقطه - الحديث ١ و ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللقطه - الحديث ٣.

فى تحرير مسأله الكنز(١) كذلك، و ربما اقتضى ما سمعته هنا ملك الواجد له بعد العلم بكونه لمن اندرس و لو من المسلمين، و يجب عليه فيه الخمس إن لم يكن إجماعاً منهم على عدم ملك الواجد له بعد العلم بكونه من كنوز أهل الإسلام، كما هو الظاهر من كلامهم فى كتاب الخمس.

و عليه يتجه حينئذ تقييد كلامهم هنا بغير الكنز الإسلامى أو على أن المراد من الدفن ما لا يتحقق به اسم الكنز، كالدفن بالانهدام و نحوه و إن كان الآن لنا شك فى تحقق الإجماع المزبور على وجه يخرج به عن إطلاق الصحيحين القاطع لقاعده احترام مال المسلم مؤيداً بالسيرة المستمرة على ذلك.

و قد تقدم لنا بعض الكلام فى كتاب الخمس جرياً منا على ما ذكره هناك الذى لا

يخلو من مخالفه لما هنا فى الجملة، فلا حظ و تأمل، و الله العالم.

هذا كله فيما ذكره من الثلاثه.

و أما لو كان لها أى الأرض مالك معروف أو بائع عرفه، فان عرفه فهو أحق به، و إلا فهو لواجده كما صرح به غير واحد، بل قيل: لا خلاف فيه، بل فى الغنيه الإجماع عليه إذا لم يكن عليه أثر الإسلام للصحيحين (٢) فى الحكم الأول، بل و موثق إسحاق بن عمار(٣) المشتمل على السبعين ديناراً.

بل ظاهرهم عدم اشتراط البيئه و الوصف، بل مقتضى الصحيحين الحكم بكونه له و إن لم يعرفه، بل لعل ذلك مقتضى اليد أيضاً، إلا أنه لم أجد عاملاً بهما على الوجه، كما اعترف به فى الرياض.

١- ١ راجع ج ١٦ ص ٢٧- ٣٥.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥- من كتاب اللقطه- الحديث ١ و ٢.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٥- من كتاب اللقطه- الحديث ٣.

و لعله لما فى الموثق من سؤال أهل المنزل لعلهم يعرفونها، قلت:

«فان لم يعرفوها قال: تصدق» إلا أنه كما ترى مشتمل على الأمر بالتصدق به، لا أنه يكون لواجده كما أفتى به الجماعة.

و ربما حمل على الاستحباب أو غيره جمعا، و فيه أنه لا معارض له، ضروره عدم دليل على كونه للواجد كى يجمع بينهما، و إرساله له فى المسالك لم نتحققه، بل الظاهر أنه توهم دلالة الصحيحين المعلوم خلوهما عن الحكم بكونه للواجد مع عدم معرفه المالك له.

بل لعل مقتضى الأصل عدمه أيضا إذا كان من المعلوم أنه لأهل زمان الواجد أو مشكوكا فيه، و لعله لذا حكى عن التحرير الاشكال.

بكونه للواجد.

نعم لو علم أنه للتقديم أمكن حينئذ القول بكونه لواجده بناء على ما ذكرناه فى الموجود فى الخبرات و نحوها من التعليل الشامل لنحو الفرض.

أو يقال يدل عليه صحيح (١) الدابة الآتى بناء على حصول القطع بعدم الفرق بينهما و بين الأرض و إن كان هو محلا للنظر، بل إن لم يكن إجماعا أمكن منعه فى الدابة إذا كان المال معلوما أنه لأهل زمان الواجد ضروره كونه مالا ضائعا، فيندرج تحت موضوع اللقطة، و الأصل احترام مال المسلم، بل لعله كذلك فى المشكوك فيه للأصل المزبور.

نعم لو علم كونه من التقديم اتفق أكل الدابة له بالرعى فى المباح و نحوه اندرج حينئذ فيما قلناه فى الخبرات.

بل ربما يؤيد ذلك ما فى التنقيح من الإجماع على أن ما فى الأرض المملوكة لقطه إذا كان عليه أثر الإسلام و أنكره المالك، و ليس هو إلا للأصل المزبور، مع أن الأثر المفروض لا يقتضى كونه لأهل زمان الواجد

فيرد عليه حينئذ نحو ما سمعته سابقا فى الموجود فى الخربه مما كان عليه أثر الإسلام السابق. بل فى الرياض استظهر عدم تماميه الإجماع ناسبا له إلى الظاهر المستفاد من الروضه و المسالك حيث أجريا الخلاف السابق فيه فى المسأله، ثم قال: «فالإطلاق أصح».

قلت: قد يقال: إن المتجه- مع عدم هذا الإجماع و الإجماع على كونه للواجد مطلقا- ما قلناه سابقا من كونه له إذا كان من المال القديم، و إلا كان لقطه مع تحقق وصف الضياع و لو بشاهد الحال، و إلا كان من مجهول المالك أو بحكمه يدفع إلى الحاكم أو يتصدق به.

ثم إن ظاهر المصنف و غيره كما اعترف به غير واحد عدم الفرق فى ابتداء التعريف بين القليل و الكثير، للأصل و اختصاص ما دل على تملك الأول من غير تعريف باللقطه، و هذا ليس منها.

لكن فى الرياض «إنما يصح هذا على المختار من عدم الفرق بين ما عليه أثر الإسلام و غيره، و لا يصح على غيره، لكون ما عليه الأثر منها عند القائل بالفرق بينهما، و حكى فى التنقيح قولاً عن الشيخ بكون ما لا أثر فيه لقطه إذا لم يعرفه المالك و لا البائع أيضا، و يدفعه النص جدا».

قلت: إنما الكلام فى التعريف ابتداء لملك الأرض، و لا ريب فى عدم الحكم بكونه لقطه حينئذ، نعم لو أنكروه ففيه البحث السابق.

و يتجه حينئذ تملك القليل منه إذا كان عليه أثر الإسلام و تحقق فيه وصف الضياع من أهل زمان الواجد، و يعرف الكثير منه. أما مع عدم تحققه فيه للدفن و نحوه مما يقتضى عدم كونه ضائعا فهو من مجهول المالك أو بحكمه على حسب ما عرفته سابقا. و أما ما لا أثر عليه فإن شهد الحال بكونه لمن تقدم من الأعصار السالفه فهو لواجد حتى لو كان مستعيرا للأرض أو مستأجرا.

و ما عن الخلاف من أنه «إذا وجد ركازا في دار ملك لمسلم أو ذمى فليس له التعرض إجماعا» محمول على غير المعلوم عدم تملكه له بوجه من الوجوه، كما هو واضح.

و إن لم يشهد الحال بذلك، بل علم كونه من مال أهل زمن الواجد و لو لعثور أحد قبله عليه أو كونه مالا له بشراء و نحوه يدا عن يد فان تحقق فيه وصف الضياع كان لقطه، و إلا فيحكم مجهول المالك.

و أما مع الشك في أنه من أهل زمن الواجد أو غيرهم ففيه البحث السابق، و لعله يختلف الحكم باختلاف فرض موضوعه.

و قد تقدم في كتاب الخمس (١) كثير من الفروع المتعلقة في المقام بالنسبه إلى ترتب الملاك و تعددهم و اتفاقهم و اختلافهم، فلا حظ و تأمل.

نعم بقى شىء: و هو إن ظاهر عبارته المتن و غيره فرض موضوع المسأله في المدفون، بل في الروضه التصريح بأنه «لو وجدته في المملوكه غير مدفون كان لقطه إلا أنه

يجب تعريف المالك فان ادعاه فهو له و إلا- عرفه» و ربما يؤيده ما تسمعه من الخبر (٢) المشتمل على الحكم بكون ما يجده صاحب الدار في داره مما هو ليس له و يدخلها غيره لقطه يجب تعريفها.

لكن في الرياض مازجا عبارته النافع قال: «و لو وجدته في أرض لها مالك أو بائع و لو كان ما وجد فيها مدفونا عرفه المالك أو البائع، فإن عرفه و إلا فهو للواجد».

و مقتضاه عدم الفرق في الحكم المزبور بين كونه مدفونا أو ظاهرا بل أولويه الثاني من الأول بذلك، و لا ينافى ذلك تصريحه في أثناء المسأله

١-١ راجع ج ١٦ ص ٢٨-٣٥.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٣- من كتاب اللقطه - الحديث ١.

بكونه ليس من اللقطة، لأن مراده باعتبار كونه محكوما بأنه لواجده لا أنه ليس من موضوعها.

و هو كما ترى فى غاية الإشكال، بل لعله من المنكرات بين المتشرعة و إن كان قد يشهد له أن الحكم فى ما نحن فيه بأنه للواجد إنما جاء من صحيح الدابة(١) الذى لا ريب فى كون موضوعه مندرجا تحت موضوع اللقطة بعد إنكار البائع له و كون المال من أهل هذا الزمن.

إلا- أن الانصاف عدم الجراه على الحكم المزبور بمثل ذلك، خصوصا بعد الصحيح (٢) الآتى فى الدار و الصندوق المؤيد بأصالة احترام مال المسلم.

و مما ذكرنا يظهر لك النظر فى كثير من الكلمات فى المقام مع خلع جبل التقليد و النظر بعين الانصاف و عدم الالتفات إلى دعوى الإجماع بفتوى ثلاثه من الفقهاء أو أربعه، و خصوصا مع تعدد الكتب منهم، فان فى ذلك إفسادا للفقه، و الله الهادى و الموفق و المسدد.

و كذا يعرفه المالك أو البائع لو وجده فى جوف دابه و لم يعرفه البائع فإنه يكون للواجد، كما صرح بذلك كله غير واحد، بل يظهر من جماعه الإجماع عليه، بل عن التذكرة نسبه إلى علمائنا، كما عن المهذب البارع و المقتصر الإجماع على تعريف البائع.

و الأصل فى ذلك

صحيح عبد الله بن جعفر(٣) «كتبت إليه أسأله عن رجل اشترى جزورا أو بقره للأضحى، فلما ذبحها وجد فى جوفها صره فيها دراهم أو دنائير أو جوهر لمن يكون ذلك؟ قال: فوقع (عليه السلام): عرفها البائع، فان لم يكن يعرفها فالشىء لك، رزقك الله

١- ١ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب اللقطة - الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣ - من كتاب اللقطة - الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب اللقطة - الحديث ١.

و إن أيد بأنه مع معرفه البائع يقتضى سبق اليد و ظهور اعتلافاها له من ماله، لبعده كونه فى الصحراء.

بل فى الروضه أن ظاهر النص و الفتوى عدم الفرق فيه بين ما عليه أثر الإسلام و غيره، و فى المدارك أطلق الأصحاب من غير فرق بين ما عليه أثره و غيره، بل الظاهر كون الدراهم فى ذلك الوقت مسكوكه بسكه الإسلام.

لكن فى جامع المقاصد «ينبغى أن يقال مع وجود أثر الإسلام يكون لقطه، لكن الصحيحه على خلافه» بل هو الذى استقر عليه رأيه فى مسأله السمكه، و قال: «هو الذى يقتضيه النظر، بل قيل: هو خيره المختلف و المسالك فى الخمس و الروضه فى البابين، بل عن الأول نفى البعد عن القول بوجوب التعريف لما يجده فى بطن الدابه مطلقا، سواء كان عليه أثر الإسلام أم لا».

قلت: قد ذكرنا ذلك كله و غيره فى كتاب الخمس (١) و يتجه أيضا إن لم يكن إجماعا ما ذكرناه من التفصيل، و يحمل حينئذ

قوله (عليه السلام): «هو لك رزقك الله إياه»

على ما بعد التعريف إذا كان لقطه، كل ذلك للأصل الذى عرفته.

إلا أن الانصاف ظهور الصحيح المزبور فى خلاف ذلك كله، و لا يبعد الجمود عليه من غير تعديه، و الله العالم.

أما لو وجدته فى جوف سمكه فهو لواجده كما صرح به جماعه، بل نسبه غير واحد إلى إطلاق الأصحاب، و لعله للنصوص (٢).

١-١ راجع ج ١٦ ص ٣٥-٣٦.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب اللقطه.

التي ذكرناها في كتاب الخمس (١) المشتمله على ملك المشتري لما وجدته في جوفها من الدرتين، إلا أنها نصوص ضعيفه و خاصه بما يوجد في جوفها مما هو مخلوق في البحر و يعلم عدم كونه من مال البائع.

نعم هناك احتمال ملك الصائد له بالحيازه بناء على عدم اشتراط النيه الذي يشهد له هذه النصوص، و لعله إلى ذلك أشار الفاضل هنا بعد الحكم بكون ما في جوفها لواجده بقوله: «و تحتها دقيقه».

لكن قد يمنع هنا صدق الحيازه باعتبار عدم علمه به و عدم كونه من أجزاء السمكه فاشتمال يده حينئذ عليه كاشتمال يد النائم لا يوجب ملكا، لعدم حصول الحيازه، و هذا أمر آخر غير اشتراط النيه، كما أشرنا إليه سابقا، و حينئذ يتجه ملك الواجد له إذا كان الموجود من هذا القبيل كما تضمنته النصوص المزبوره.

أما إذا كان من أموال الناس فيتجه فيه ما ذكرناه من التفصيل بأنه لواجده مع العلم بكونه من القديم، و كونه لقطه مع العلم بكونه من مال أهل زمن الواجد، و مع الشك يجرى فيه الكلام السابق.

و لا ريب في أن الأحوط عدم ملك الواجد له، للأصل الذي عرفته، و لكن هل يكون لقطه؟ وجهان أشرنا إليهما سابقا.

و على كل حال فلا وجه لتعريف البائع بعد العلم بعدم كونه من أمواله، بل لعله كذلك في الدابه إذا فرض انتقالها عن ملكه حين انتقالها إليه فلم تأكل من ماله شيئا.

نعم لو فرضت السمكه في ماء محصور للبائع يمكن التقاطها لما يسقط من ماله اتجه حينئذ تعريفه، و إلا كان مالا ضائعا بعد العلم بكونه من مال أهل زمن الواجد.

و لكن فى محكى المراسم إطلاق التعريف قال: «إن ما يوجد فى بطون ما يذبح للأكل و السموك إن انتقل إليه بميراث أو من بحر أخرج خمسه و الباقي ملكه، فان انتقل إليه بالشراء عرف ذلك البائع، فإن عرفه رده إليه و إلا أخرج خمسه و الباقي له».

بل فى محكى السرائر «لا فرق بين الحيوان المذبوح و السمكه إذا وجد فى جوفها شيئاً فى أنه يجب تعريفه للبائع قل عن الدرهم أو كثر، فان عرفه و إلا- أخرج خمسه و كان له الباقي، لأن البائع باع هذه الأشياء و لم يبع ما وجده المشتري، فلذلك يجب تعريف البائع».

و لا- يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، بل و ما فى تحقيق الفاضل فى المحكى من مختلفه من «أن الموجود إما أن يكون عليه أثر الإسلام أو لا، فان كان يجب تعريفه من البائع و غيره، لسبق ملك المسلم عليه، و يكون حكمه حكم اللقطه، لأنه مال مسلم ضائع، فوجب التعريف حولاً، إذ الحيوان هنا كالأله، و إن لم يكن عليه أثره فليس ببيع من الصواب القول بوجوب التعريف لما يجده فى بطن السمكه مما ليس البحر أصله، أما إذا كان أصله البحر فلا بأس».

بل عن أبى العباس اختياره فى كتابيه، بل عن المهذب منهما «أن المستند إجماع علمائنا و إطلاق سلالر يحمل على التفصيل، و لا عبره بندور ابن إدريس».

و عن التذكرة نفى البأس عنه، و لكن قال: «ما كان أصله البحر للصياد».

بل و كذا ما عن موضع من التحرير من أنه «لو اصطاد سمكه فوجد فيها دره فهى له، فان باعها الصياد و لم يعلم فيه قولان: أحدهما أنه يعرفها البائع، فإن طلبها كان له أخذها، و هو الوجه عندى، و الثانى

للمشترى، و كذا لو وجد فيها غيرها أو شيئاً مما يخلق في البحر، و لو وجد دراهم أو دنانير فالوجه أنها لقطه، فإن وجدها الصياد لزمه التعريف، و إن وجدها المشتري فعليه التعريف - ثم قال -: و أطلق علماؤنا القول في ذلك، فأوجبوا تعريف البائع، فإن عرفها فهي له، و إلا أخرج خمسه و حل له الباقي».

و لم أتحقق ما ذكره من النسبه المزبوره إلى العلماء، بل لعل المحقق خلافها، بل و كذا ما في التنقيح من أن ما عليه أثر الإسلام في بطن السمكه يجب تعريفه، و ما ليس عليه أثره فإن اشترطنا في تملك المباحات النيه فهو للواجد، و إن لم نشترط نظرنا في الغالب من حال الحيوان، و الغالب من الدابه تبتلع من دار البائع و السمكه من البحر، و قد تنعكس لكنه نادر - إلى أن قال -: فالفتوى إذن على ما ذكره الشيخان».

بل و كذا ما في جامع المقاصد «من أن الذي يقتضيه النظر أن ما في جوف السمكه المأخوذه من غير المياه المحصوره و ليس عليه أثر ملك مالك للواجد على ظاهر مذهب الأصحاب، و ما عداه لقطه».

إلى غير ذلك من كلماتهم التي لا توافق تمام ما ذكرناه، حتى ما في الرياض، فإنه بعد أن حكى عن المتأخرين كاه أنه لو واجده و خص الخلاف بالديلمى و الحللى خاصه قال: «و مبنى الخلاف على الاختلاف في اشتراط النيه في تملك المباحات و عدمه، فعلى الأول يقوى الأول، و على الثانى يقوى الثانى - ثم مال إلى الأول مستظهرا من المختلف الإجماع عليه - لكون المأخوذ مباحا في الأصل، فإذا حيز مع النيه ملك. هذا مضافا إلى اعتضاده بالنصوص [\(١\)](#) المستفيضه المرويه في الوسائل في الباب

عن الكافى و قصص الأنبياء و الأمالى و تفسير مولانا العسكرى (عليه السلام)

لتضمنها تقريرهم لكثير في تصرفهم فيما وجدوه في جوفها بعد الشراء من دون تعريف على ما هو الظاهر منها، و أسانيدها و إن كانت قاصره إلا أنها بالشهره منجبره، فلا وجه للقول الثاني».

إذ هو كما ترى، ضروره عدم اختصاص ما يوجد في جوف السمكه بالمباح حتى يكون بناء الحكم في المسأله على الخلاف المزبور الذي قد عرفت الترجيح فيه، و أنه و إن لم يشترط النيه إلا- أنه لا بد من قصد الحيازه للمباح، و هو مفقود في الصائد دون الواجد، إذ الدرر ليس من أجزاء السمكه.

و أما النصوص فظاهرها الاختصاص بالمباح، و هي شاهده على ما ذكرنا.

(فمنها)

خبر أبي حمزه (١) المروى في الكافي عن أبي جعفر (عليه السلام) في حديث «إن رجلا عابدا من بني إسرائيل كان محارفا فأخذ غزلا فاشترى به سمكه فوجد في بطنها لؤلؤه فباعها بعشرين ألف درهم، فجاء

سائل فدق الباب، فقال له الرجل: ادخل فدخل، فقال له:

خذ أحد الكيسين، فأخذ أحدهما و انطلق، فلم يكن بأسرع من أن دق السائل الباب، فقال له الرجل: أدخل فدخل، فوضع الكيس في مكانه، ثم قال: كل هنيئا مريئا أنا ملك من ملائكه ربك، إنما أراد ربك أن يبلوك فوجدك شاكرا، ثم ذهب».

و (منها)

خبر حفص بن غياث (٢) المروى عن قصص الأنبياء للراوندى عن أبي عبد الله (عليه السلام) «كان في بني إسرائيل رجل و كان محتاجا، فألحت عليه امرأته في طلب الرزق فابتهل إلى الله في الرزق فرأى في النوم أيما أحب إليك درهمان من حل أو ألفان من حرام،

١-١ الوسائل- الباب- ١٠- من كتاب اللقطه- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل- الباب- ١٠- من كتاب اللقطه- الحديث ٢.

فقال: درهمان من حل، فقال: تحت رأسك فانتبه فرأى الدرهمين تحت رأسه، فأخذهما و اشترى بدرهم سمكه و أقبل فلما رأته المرأة أقبلت عليه كاللائمه و أقسمت أن لا تمسها، فقام الرجل إليها فلما شق بطنها إذا بدرتين فباعهما بأربعين ألف درهم».

و خبر أبي حمزه (١) المروى عنه أيضا عن أبي جعفر (عليه السلام) ما يقرب من الأول، و حاصله أنه «كان فى بنى إسرائيل عابد محارف تنفق عليه امرأته، فدفعت إليه يوما غزلا ليشتري به شيئا، فجاء إلى البحر فإذا هو بصياد قد اصطاد سمكا كثيرا، فأعطاه الغزل، و قال له:

انتفع به فى شبكتك، فدفع إليه سمكه فأخذها و جاء إلى زوجته، فلما شقتها بدت من جوفها لؤلؤه، فباعها بعشرين ألف درهم».

و (منها)

خبر الزهرى (٢) المروى عن الأمالى عن على بن الحسين (عليهما السلام) فى حديث «إن رجلا شكأ إليه الدين و العيال فبكى، و قال: أى مصيبه أعظم على حر من أن يرى على أخيه المؤمن خله فلا يمكنه سدها- إلى أن قال:- قال على بن الحسين (عليهما السلام) قد أذن الله فى فرجك يا جاريه احملى إليه سحورى و فطورى، فحملت قرصتين فقال للرجل: خذهما فليس عندنا غيرهما، فان الله يكشف بهما عنك و يريك خيرا واسعا فيهما، ثم ذكر أنه اشترى سمكه بإحداهما و بالأخرى ملحا، فلما شق

بطن السمكه وجد فيها لؤلؤتين فاخرتين، فحمد الله عليهما، ففرع بابه فإذا صاحب السمكه و صاحب الملح يقولون جهدنا أن نأكل من هذا الخبز فلم تعمل فيه أسناننا فقد رددنا إليك هذا الخبز و طيبنا ما أخذته منا، فما استقر حتى جاء رسول على بن الحسين (عليهما السلام) و قال: إنه يقول: إن الله قد أتاك بالفرج فاردد إلينا طعامنا،

١-١ الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب اللقطه - الحديث ٣.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب اللقطه - الحديث ٤.

فإنه لا يأكله غيرنا، و باع الرجل اللؤلؤتين بمال عظيم قضى منه دينه و حسنت بعد ذلك حاله».

و (منها)

المروى فى تفسير العسكرى (عليه السلام) فى حديث طويل (١) «إن رجلا فقيرا اشترى سمكه فوجد فيها أربعة جواهر، ثم جاء بها إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله) و جاء تجار غرباء فاشتروها منه بأربعمائة ألف درهم، فقال الرجل: ما كان أعظم بركه سوقى اليوم يا رسول الله، فقال له رسول الله (صلى الله عليه و آله):

هذا بتوقيعك محمدا و توقيعك عليا أخاه و وصيه، و هو عاجل ثواب الله لك، و ربح عملك الذى عملته».

و جميعها مع أنه فى مقام الاعجاز ظاهره فى المباح، إذ احتمال كون اللؤلؤه مملوكة سابقا مقطوع بعدمه.

و على كل حال فالتحقيق ما عرفت، و نحوه يجرى فيما يوجد فى جوف الدابة من هذا القبيل، كما أن ما يوجد فى جوف السمكه من المال المملوك حكمه ما عرفت.

هذا و قد تقدم لنا فى كتاب الخمس (٢) جملة من الكلام فى هذه المسائل قد جرينا بها على ما عند الأصحاب هناك، فلا حظ و تأمل، و الله العالم.

١- ١ الوسائل - الباب - ١٠ - من كتاب اللقطه - الحديث ٥.

٢- ٢ راجع ج ١٦ ص ٣٥ - ٣٩.

[المسألة الثانية من أودعه لص مثلاً مالا و هو يعلم أنه ليس للمودع لم يردده عليه]

المسألة الثانية:

من أودعه لص مثلاً مالا و هو يعلم أنه ليس للمودع بعد أن قبضه أو قبله- بناء على جواز الاستيلاء عليه بعنوان الحفظ لصاحبه و رده عليه، أو أثم و فعل- لم يجز له

أن يردده عليه مع اختياره مسلماً كان اللص أو كافراً بلا- خلاف و لا إشكال، لكونه حينئذ مخاطباً برده إلى مالكه أو من يقوم مقامه، و لحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه الذي منه الرد إلى اللص، و لا- ينافي ذلك سبق خطاب الرد للص بعد تعلق الخطاب بمن قبض أيضاً.

ف المتجه حينئذ أنه إن عرف مالكه دفعه إليه و إلا كان حكمه حكم اللقطة عند المصنف و جماعه، ل

خبر حفص بن غياث (١) عن الصادق (عليه السلام) «سأله رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً و اللص مسلم هل يرد عليه؟ قال: لا يرد، فإن أمكنه أن يرد على صاحبه فعل، و إلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردها عليه و إلا تصدق بها، فإن جاء صاحبها بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم، فإن اختار الأجر فله، و إن اختار الغرم غرم له و كان الأجر له».

و في المسالك «أن مضمونه موافق للأصول الشرعية، فإنه بعد التعريف يصير مالا مجهول المالك، و قد تقدم أنه يجوز الصدقة به عن مالكه، و لا يقدح زياده التعريف هنا، لأنه زياده في الاستظهار و التفحص على (عن خ ل) المالك».

و فيه أن مجهول المالک لا یحد بتعريف السنه، و ليس هو زياده استظهار، إذ الظاهر وجوب التعريف عليه حتى يحصل اليأس من مالکة، و هو قد يحصل بأقل من السنه و بأكثر.

قال الصادق (عليه السلام) في خبر ابن وهب (١): «في رجل كان له على رجل حق ففقد و لا يدري أين يطلبه؟ و لا يدري أحي هو أم ميت؟ و لا يعرف له وارثا و لا نسبا و لا ولدا، قال: اطلب، قال: إن ذلك قد طال فأصدق به، قال: اطلبه»

و في الكافي و قد روى في هذا

خبر آخر (٢) «إن لم تجد له وارثا و علم الله منك الجهد فتصدق به».

على أن مقتضى إطلاق المصنف جواز تملكه لها بعد التعريف، لعموم المنزله، و لا ريب في كونه غير حكم مجهول المالک، و إن كان قد يناقش بمنع العموم المزبور بعد تعيينه بالتعريف حولا ثم الصدقه بها المشعر أو الظاهر بكون المراد من التنزيل ذلك.

و لعله لذا ذكرها المصنف في كتاب الوديعه مقتصرًا على الصدقه بها من دون قوله كاللقطه، و قد تقدم الكلام هناك في المسأله.

و نبه بقوله: «مسلمًا كان أو كافرًا» على عدم اختصاص الحكم بالأول و إن كان هو المورد في الروايه، إلا أن الظاهر كونه على المثال، بل لا فرق بين محترم المال و عدمه بعد العلم بعدم كونه مالًا له، و الأصل احترام مال بلد الإسلام حتى يعلم.

و كيف كان فما عن المفيد و سلار- أنه يتصدق بخمسها على مستحق

١- ١ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب ميراث الخنثى - الحديث ٢ من كتاب الفرائض.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب ميراث الخنثى - الحديث ١١ من كتاب الفرائض و هو مرسل الفقيه لا الكافي، فإن الكليني قدّم لم يذكر ذلك ابدا راجع الكافي ج ٧ ص ١٥٣-١٥٥.

الخمس و الباقي على فقراء المؤمنين - غير واضح الوجه.

نعم ما عن ابن إدريس - من دفعها لإمام المسلمين، ولا يجوز له التصديق بها، لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، و هو منهي عنه (١) - لا يخلو من وجه بناء على مذهبه من عدم العمل بأخبار الآحاد، بل قد يناقش بإطلاق ما دل على الأمر بالصدقه بمجهول المالك على وجه يظهر منه أن ذلك حكمه، لا أنه إذن من الامام (عليه السلام) في ذلك.

و لكن مع ذلك لا ريب في كون الأحوط الدفع إليه خصوصا بعد ظهور كلماتهم في كونه الولي في ذلك.

بل في

خبر داود بن أبي يزيد (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قال له رجل: إني أصبت مالا و إني خفت فيه على نفسي، فلو أصبت صاحبه دفعته إليه و تخلصت منه، فقال أبو عبد الله (عليه السلام):

لو أصبته كنت دفعته إليه؟ فقال: إي و الله، قال: فلا - و الله ما له صاحب غيري، فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره، قال: فحلف، قال: فاذهب و قسمه في إخوانك، و لك الأمن عما خفت منه، قال:

فقسمه بين إخوانه»

بناء على أن المراد لا ولاية لأحد عليه إلا لي من حيث كونه مجهول المالك، فتأمل جيدا.

بقي شىء: و هو أن ظاهر الخبر المزبور بل و غيره من أخبار اللقطة يقتضى عدم تسلط المالك بعد عدم الرضا بالصدقه على نفس العين لو كانت موجودة في يد من تصدق عليه، و إنما له الغرم على الفاعل دونه، و هو مناف لقاعده الفضولي، و لعله لكونه وليا على ذلك مأمورا به شرعا، و مقتضاه حينئذ عدم التخيير له،

و لكن ثبت بالنصوص فتأمل جيد، و الله العالم.

١-١ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب الأنفال - الحديث ٦ من كتاب الخمس.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب اللقطة - الحديث ١.

[المسأله الثالثه من وجد فى داره أو فى صندوقه مالا فهو له]

المسأله الثالثه:

من وجد فى داره أو فى صندوقه مالا و لا يعرفه أنه له أو لغيره فان كان يدخل الدار غيره أو يتصرف فى الصندوق سواء فهو لقطه و إلا فهو له بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، كالشيخ و الفاضلين و الشهيدين و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل فى جامع المقاصد نسبتبه إلى إطلاق الأصحاب، و فى الرياض نفى ظهور الخلاف فيه.

و الأصل فيه

صحيح جميل (١) عن الصادق (عليه السلام) «قلت له: رجل وجد فى بيته ديناراً، قال: يدخل منزله غيره؟ قلت: نعم كثير، قال: هذه لقطه، قلت: فرجل وجد فى صندوقه ديناراً، قال:

فيدخل أحد يده فى صندوقه غيره أو يضع فيه شيئاً؟ قلت: لا، قال:

فهو له»

المؤيد بالظاهر مع عدم مشاركته الغير، فإنه قد يعرض له النسيان.

نعم لو قطع بانتفائه عنه لم يحكم بكونه له، إذ احتمال أنه رزق جعله الله فى ماله لا يعول عليه فى مثل ذلك، بل يمكن منع دلالة الخبر عليه كالفتاوى بعد كون المتيقن منهما حال عدم العلم الذى ليس وراءه شىء، و عليه المدار فى جميع الأحكام.

لكن فى الرياض «قد يشكل بعد إطلاق النص و الفتوى مع عدم صدق اللقطه على مثله ظاهراً، فمتابعه الإطلاق لعلها أولى، و لا ينافيه

القطع بالانتفاء، فقد يكون شيئاً بعثه الله تعالى و رزقه إياه» و فيه ما لا يخفى.

هذا و فى المسالك «و إطلاق الحكم بكونه لقطه مع المشاركة يقتضى عدم الفرق بين المشارك فى التصرف و غيره، فىجب تعريفه حولاً، و هو يتم مع عدم انحصاره، أما معه فىحتمل جواز الاقتصار عليه، لانحصار اليد و وجوب البدأ بتعريفه للمشارك، فان عرفه دفعه إليه، و إلا و جب تعريفه حينئذ تمام الحول كاللقطه».

بل فى الرياض بعد أن حكى عن بعض أنه احتمال الأول قويا- لأنه بعدم اعتراف المشارك يصير كما لا مشارك له فيه- قال: «و هو حسن يمكن تنزيل إطلاق النص و الفتوى عليه».

و الأصل فى ذلك الكركى، قال: «و ينبغى أن يقيد بما إذا كان المشارك غير محصور، فان كان محصوراً و جب تعريف المشارك خاصة، لكن يشكل كونه ملكاً له إذا لم يعرفه مع كونه لا يعرفه، و لذلك أطلق الأصحاب».

قلت: قد يقال: إن الأصل بمعنى الظاهر فى كل ما كان فى بيته و داره أن يكون له حتى يعلم عدمه، كما يقتضى به صحيحاً (١) الخبره الظاهران فى أن المال مع كونها معموره لهم، و الموثق (٢) يقيدهما بما إذا لم ينكروه بناء على إرادته من

قوله (عليه السلام) فيه: «إذا لم يعرفوه»

بل لو لا ظهور اتفاق الأصحاب على كونه لقطه مع مشاركة غير المحصور شرکه لا تنافى كون اليد له أشكال ذلك بعدم تحقق وصف الضياع فيه، فلا يجب تعريفه عليه.

١- ١ الوسائل- الباب- ٥- من كتاب اللقطه- الحديث ١ و ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥- من كتاب اللقطه- الحديث ٣.

و لعله لذا قال الأردبيلي: «و أيضا ظاهر أن التعريف للمشركين، و منه يحتمل كونه لهم على وجه الاعلام لا تعريف اللقطة» و إن كان هو خلاف ظاهر النص و الفتوى، بل و ما ذكرناه من الأصل الذى مقتضاه الحكم بكونه له مع فرض كون المشاركه إنما هى فى الدخول و الخروج، و إلا فالدار داره و اليد يده و كذا الصندوق.

و فى الروضه «لا فرق فى وجوب تعريف المشارك هنا بين ما نقص عن الدرهم و ما زاد، لاشتراكهم فى اليد بسبب التصرف- قال:-

و لا- يفتقر مدعيه منهم إلى البيئه و لا- الوصف، لأنه مال لا- يدعيه أحد، و لو جهلوه جميعا فلم يعترفوا به و لم ينفوه فان كان الاشتراك فى التصرف خاصه فهو للمالك منهم، و إن لم يكن فيهم مالك فهو للمالك، و إن كان الاشتراك فى الملك و التصرف فهم فيه سواء». و لعله للأصل الذى ذكرناه، فيتجه حينئذ الاقتصار فى الخروج منه على الدار التى يدخلها كثير دون غيرها.

نعم يتجه مع ثبوت اليد الاشتراك، إلا أن تزيد يد أحدهما على الآخر قوه، كما أوماً إليه ثانى الشهيدين بما سمعت، فتأمل جيدا، فإن المسأله فى غايه الغموض، و كلامهم فيها غير محرر، و الله العالم.

[المسأله الرابعه لا يملك الملتقط اللقطة قبل الحول]

المسأله الرابعه:

لا يملك الملتقط اللقطة التى هى مما تبقى قبل تعريف الحول و لو نوى ذلك إجماعا بقسميه، للأصل و غيره، بل يمكن دعوى القطع بدلاله النصوص (١) المستفيضة أو المتواتره، بل

الظاهر ضمانه حينئذ بالنيه المزبوره، بناء على أن مثلها خيانه كالوديعة، أو مقتضيه لانتفاء الاذن شرعا في قبضها و لو الاستدامي، فتكون مضمونه و إن كان له تملكها مع ذلك إذا عرفها التعريف المعبر مصاحبا للنيه المزبوره، كما ستعرفه إنشاء الله تعالى في الأحكام.

و كذا لا يملكها أيضا بعد تعريف الحول ما لم يقصد التملك بل و يتلفظ بقول: «تملكت» في قول، بل و يتصرف معها في آخر على ما في المسالك حاكيا له عن الشيخ، و إن كنا لم نتحققه، نعم هو محكى عن بعض العامه.

و على كل حال فالمراد توقف تملكها بعد تعريف الحول على القصد كما هو خيره الشيخ في محكى المبسوط و موضعين من الخلاف و ابني حمزه و زهره و التقى و الفاضلين و الآبى و الفخر و الشهيدين و الكركى و أبى العباس و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل في المسالك و غيرها نسبتها إلى الأشهر كنسبتها إلى الأكثر في المختلف، بل في الروضه نسبتها إلى المشهور، بل عن الغنيه الإجماع عليه، بل هو لازم ما سمعته من التخيير بين الثلاثه الذى قد عرفت ما يدل عليه من الإجماع المحكى و النصوص (١) و غيرهما.

و لكنه مع ذلك قيل و القائل ابن إدريس:

يملكها بعد التعريف حولا و إن لم يقصد مدعيا عليه إجماع الفرقه و أخبارهم و إن كنا لم نعرفه لغيره صريحا، نعم في الدروس نسبتها إلى ظاهر المقنعه و النهايه و إلى الصدوقين، بل قال فيها: إنه الأشهر.

و لكن في المقنعه «و إن كان الموجود في غير الحرم عرفه سنه، فان جاء صاحبه و إلا تصرف فيه الذى وجده، و هو له ضامن» و نحوها المحكى من عباره المراسم و لا ظهور فيهما بذلك.

كما أنه ليس في النهاية و المحكى عن الصدوقين إلا التعبير بما في النصوص من كونها كسبيل المال الذي لا صراحة فيه بل و لا ظهور، ضروره احتماله أمانه كسبيل المال، خصوصا بعد ما سمعت من اشمال بعض النصوص على ما يؤكد ذلك، ك

قول أحدهما (عليهما السلام) في الصحيح (١): «و إلا فاجعلها في عرض مالك يجرى عليه ما يجرى على مالك حتى يجىء لها طالب، فان لم يجىء لها طالب فأوص بها في وصيتك».

و خصوصا بعد ورود مثل ذلك في مجهول المالك المعلوم إرادته ذلك فيه، كما في

الموثق (٢) «سأل حفص الأعور أبا عبد الله (عليه السلام) و أنا عنده جالس، قال: إنه كان لأبى أجير كان يقوم في رحاه، و له عندنا دراهم، و ليس له وارث، فقال أبو عبد الله (عليه السلام):

يدفع إلى المساكين، ثم قال: رأيك فيها، ثم أعاد عليه المسأله، فقال له مثل تلك، فأعاد عليه المسأله ثالثه، فقال أبو عبد الله (عليه السلام):

تطلب له وارثا، فان وجدت وارثا و إلا فهو كسبيل مالك، ثم قال:

و ما عسى أن يصنع بها، ثم قال: توصى بها، فان جاء لها طالب و إلا فهي كسبيل مالك».

و رواه في

الفقيه عن هشام بن سالم (٣) قال: «سأل حفص الأعور أبا عبد الله (عليه السلام) و أنا حاضر فقال: كان لأبى أجير و كان له عنده شىء، فهلك الأجير و لم يدع وارثا و لا قرابه و قد ضقت بذلك ذرعا فكيف أصنع؟ قال: رأيك المساكين رأيك المساكين، فقلت: جعلت فداك إنى قد ضقت بذلك، فكيف أصنع؟ قال: هو

١- ١ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ١٠.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب ولاء ضمان الجريره - الحديث ٧ من كتاب الفرائض.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب ميراث الخثى - الحديث ١٠ من كتاب الفرائض.

كسبيل مالك، و إن جاء طالب أعطيته».

بل الأمر بالجعل فى الصحيح الأول أقل مراتبه الإباحه، و ذلك يستدعى أن يكون المأمور به مقدورا، و هو لا يجتمع مع الملك قهرا.

و فى الرياض- من أنه إنما يتم لو كان المأمور به جعلها مالا- و ليس، فان جعله فى عرض المال غيره، كما صرح به فى المختلف- لا حاصل له على وجه يبطل به

الاستدلال على المطلوب، ضروره تماميته على تقدير الكنايه بذلك عن جعلها أمانه بقريته ما بعده أو التملك الاختيارى.

اللهم إلا- أن يراد من جعلها فى عرض المال الكنايه عن صيرورتها من أموالك، فلا يكون الأمر مرادا به شيئا من معانيه، و هو كما ترى.

و أوضح من ذلك

قوله (عليه السلام) فى الصحيح (١) الذى قدمناه سابقا فى مسأله التخيير: «يعرفها سنه، فان لم يعرف حفظها فى عرض ماله حتى يجىء صاحبها فيعطيها إياه، و إن مات أوصى بها، و هو ضامن»

ضروره منافاه الأمر بحفظها للملك القهرى.

و من الغريب ما فى الرياض من رده بقوه احتمال أن يكون

قوله (عليه السلام): «فان لم يعرف»

بالتشديد، و لا كلام فيه، لا بالتخفيف المبتنى عليه الاستدلال، فإنه يمكن الجزم بعدمه بملاحظه سياق غيره من النصوص، و إن كان قد ذكره بعض المحشين على التهذيب معترفا بكونه منافيا للظاهر، موجهها به ما اشتمل عليه من الضمان لها، زاعما أن ترك التعريف يوجهه.

و هو كما ترى ليس بأولى من إبقائه على سياق غيره من النصوص مع حمل الضمان على إرادته تأديه العين أو إذا لم يوص بها أو غير ذلك مما لا ينافى الأول.

و بذلك كله ظهر لك ما فى دعوى ظهور

«كسبيل مالك»^(١)

فى التملك القهرى مؤيدا بما

فى بعضها^(٢) مع ذلك «يجرى عليها ما يجرى على مالك»

الظاهر فى جريان جميع أحكام ماله عليه، و من جملتها وجوب الزكاه بعد حوّل الحول إذا كانت نقدا، و هذه إحدى ثمرات النزاع التى تترتب عليه.

و بأن مقتضى التشبيه الاتفاق فى جميع الأحكام إلا أن يكون منها فرد متبادر ينصرف إليه و ليس، و يكفى فى التغير المصحح للتشبيه غير الأحكام من نحو تغير الماهيه أو غيرها.

إذ لا- يخفى عليك- بعد الإحاطه بما ذكرناه فى مسأله التخيير و فى المقام- ما فى ذلك كله، بل لو سلم ظهورها فى ذلك لأمكن أن يقال بوجوب تنزيلها على إرادته

الاختيار، جمعا بينها و بين غيرها مما دل على ذلك.

و أغرب شىء دعوى صحه إجماع ابن إدريس و صحه النسبه إلى الأشهر فى الدروس بعد ما عرفت، و لعله لذا قال المصنف و هو بعيد.

مضافا إلى الأصل و ظهور التخيير للمالك فى الصدقه، إذ احتمال كونها بمال الملتقط خلاف الظاهر، كظهور

قوله (عليه السلام) فى النبوى^(٣): «فشأنك فيها»

فى ذلك أيضا، و إلى غير ذلك.

و دعواه الإجماع و تواتر الأخبار لم تتحققها، بل فى المختلف الجزم بخطائها، قال: «فإن أكثر الأصحاب قالوا: إنه لا يملك إلا بالنيه، بل أبو الصلاح جعل الاحتفاظ و عدم التملك أولى، و الأخبار إنما تنطق بما قلناه».

بقى الكلام فيما عن الخلاف من أنها لا تدخل فى الملك إلا باختياره

١- ١ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللقطه- الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللقطه- الحديث ١٠.

٣-٣ سنن البيهقي ج ٦ ص ١٨٥ وفيه «فشانك بها».

بأن يقول: «قد اخترت ملكها» قيل: و وافقه عليه التقى و أبو الصلاح و هو

ظاهر التذكرة في موضعين، فإنه و إن كان مقتضى الأصل ذلك، إذ القول بأن حصول الملك لا شك فيه- و توقفه على سبب لا يستدعى سببا معينا، و الأصل عدم التعيين، و ذلك دليل على الاكتفاء بالنيه، فلا يستقيم نفي الدليل على ثبوت الملك بها، و ليس الدليل منحصرا في الإجماع- لا حاصل له إذا لم يرجع إلى دعوى ظهور النصوص في عدم اعتبار غير النيه المستفاده من الجمع بين النصوص بالتخيير الذي مرجعه إن شاء تملك و إن شاء تصدق و إن شاء جعلها أمانه، بل و من

قوله (عليه السلام)(١): «اجعلها في عرض مالك»

بناء على إرادته التملك بذلك، و كذا

قوله (صلى الله عليه و آله) في النبوي(٢): «فشأنك فيها»

و لأنه أقرب إلى

قوله (عليه السلام)(٣): «من وجد شيئا فهو له، فليتمتع به حتى يجيء طالبه»

إلى آخره و غيره بعد ما سمعت من الأدلة على عدم الملك القهري.

بل الظاهر كونه كذلك في كل ولي على نحو ذلك، كالأب و الجد و غيرهما ممن هو ولي عن الطفل أو المجنون، بل لعل

قوله (عليه السلام) في خبر السفره(٤): «قومه على نفسك»

مشعر أو ظاهر في ذلك و إن كان قبل التعريف، ضروره اتحاد كيفية التملك قبله و بعده، كاشعار

١- ١ الوسائل - الباب - ٢- من كتاب اللقطه - الحديث ١٠.

٢- ٢ سنن البيهقي - ج ٦ ص ١٨٥ و فيه «فشأنك بها».

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٤- من كتاب اللقطه - الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٢٣- من كتاب اللقطه - الحديث ١ و الموجود فيه: «يقوم ما فيها» و الجملة التي ذكرها قده من مرسله

الصدوق قده المرويه في الوسائل الباب - ٢- من كتاب اللقطه - الحديث ٩ و قد وردت في الطعام الذي وجدته في المفازة.

خلو النصوص عن ذكر أمر معتبر في التملك بعد تأديته بما يقتضى القهريه لو لا معارضه ما عرفت مما يقتضى عدمه، فينقطع حينئذ بذلك الأصل.

و دعوى أن الملك حصل بالعوض - و هو المثل أو القيمه، فافتقر إلى اختياره و اللفظ الدال عليه كالبيع و أخذ الشفيع - لا محصل لها بعد ما عرفت من ظهور النصوص في غير المقام من حصول الملك للولى بالتقويم، بل قد يدعى أنه قسم مستقل ثابت بالنصوص لا يدخل في البيع و لا في غيره، بل هو أشبه شىء بالقرض.

و من ذلك يظهر لك النظر فيما في المسالك، فإنه بعد أن حكى القولين المزبورين و حكى الثالث - و هو التوقف على التصرف، بمعنى كونه تمام السبب المركب من التعريف و نيه التملك أو لفظه الدال عليه لأن مالكة لو ظهر و العين باقيه كان أحق بها، و لو ملك الملتقط قبله لكان يرجع إلى المثل أو القيمه لا إلى العين، و هذا كالقرض عند الشيخ - قال: «و الأصل في الخلاف أن تملكها هل هو على سبيل المعاوضه أم لا؟»

و على الأول هل هو على سبيل الاقتراض أم لا؟ و على الأول هل يتوقف تملك المقترض على التصرف أم لا؟ و الحق أن المعلوم شرعا ملك الملتقط لها مع قصده بعوض يثبت في ذمته، إما مطلقا أو مع ظهور المالك، أما كونه على وجه المعاوضه و كونها على وجه القرض فلا دليل عليه» إلى آخره.

إذ فيه - بعد الإغضاء عما في كلامه مما يشبه التناقض - أنه لا يبتنى الخلاف على ذلك، ضروره عدم لزوم القول بالتملك على سبيل المعاوضه لشىء من ذلك، بل و على القول بأنها كالقرض، خصوصا بعد ما تقدم في محله من عدم توقف الملك به على التصرف.

ثم قال: «و أما ما ألزمه للقائل بتوقف الملك على التصرف بلزوم

الدور- من حيث توقف جواز التصرف على الملك المتوقف على التصرف- فغير لازم، لمنع توقف جواز التصرف على الملك، بل على الاذن فيه من المالك أو الشارع، و هو هنا متحقق، و مثله ملك المشتري معاطاه بالتصرف المترتب جوازه على إذن المالك، و ما يقال من أن من التصرف ما يكون ناقلاً للملك فكيف يحصله يندفع بتقدير الملك الضمني، كعتق العبد عن الأمر».

قلت: قد يناقش بأن ذلك يلتزم بعد ثبوت الدليل على نحوه، بخلاف المقام الذي لم يثبت دليل عليه، بل لم نعرف القول المزبور لأحد من أصحابنا و إن حكاه هو عن الشيخ، نعم هو أحد أقوال الشافعي.

هذا و في القواعد «و لو قدم قصد التملك بعد الحول ملك بعده و إن لم يجدد قصدا» و مقتضاه حينئذ كون التعريف شرطاً.

و فيه أن الأدلة لا تساعد على ذلك، و الأصل عدم الملك، و صلاحيته للتملك بعد التعريف لظهور الأدلة لا يقتضى صلاحيته لها على الوجه المزبور، كما هو واضح.

بل قد يشكل التملك لو فرض بقاء عزمه الأول إلا- أنه لم ينشأ نية جديدة، لما عرفته، و من هنا حكي عن التحرير التصريح باعتبار التجديد و أنه لا يكفي العزم الأول و إن بقى عليه، خلافاً لبعضهم فاكتفى به، و لعله لأنه كابتداء النية عنده، و إن كان فيه أنه خلاف ما ذكرناه من الأصل، و الله العالم.

[المسألة الخامسة اللقطة تضمن بمطالبه المالك لا بنيه التملك]

المسألة الخامسة قال الشيخ (رحمه الله): اللقطة تضمن بمطالبه المالك لا بنيه التملك و لفظه المحكى عنه فى مبسوطه «قال قوم: يلزم الملتقط الضمان وقت مطالبه صاحبها بها، ل

قوله (صلى الله عليه وآله) (١): «من وجد لقطه فليشهد ذا عدل أو ذوى عدل، و لا يكتنم و لا يغيب، فان جاء صاحبها فليردها، و إلا فهو مال الله يؤتیه من يشاء»

و قال آخرون:

اللقطة بعد الحول تجرى مجرى القرض، و القرض يلزم بنفس القرض لا بمطالبه المقرض، و الأول أقوى».

و أما فى الخلاف فالمحكى عنه أنه «حكى إجماع الفرقه و أخبارهم على أنه إذا عرفها سنه و أكلها كان ضامنا» و لم يتعرض لمطالبه المالك، بل ظاهر قوله: «ضامنا» ثبوت المال فى ذمته قبل ذلك، و لعله لذا نسبه فى التحرير إليه فى بعض كتبه: قال: «و فى أكثر كتبه تعلقه به بالنيه» و هو ظاهر المحكى عن الغنيه و السرائر بل حكى عن التحرير و إن كنا لم نتحققه، و إنما الموجود فيه عدم الترجيح، نعم هو خيره الكركى و ثانى الشهيدين.

بل فى المسالك «الظاهر من الأخبار أن الضمان يحصل بظهور المالك و إن لم يطالب، لكن الشيخ اعتبر المطالبه» بل فى الروضه التصريح باختياره، و جعل الضمان بالمطالبه احتمالا.

و على كل حال ف هو بعيد مناف للمحكى عن المشهور لأن المطالبه تترتب على الاستحقاق ضروره عدم صحه

وقوعها منه بدونه، لا أنها توجب الحق، فما فى النصوص (١) من مطالبه المالك بها يقتضى سبق استحقاقه لا توقفه عليها و إلا دار.

و ما فى المسالك- من الجواب عنه بمنع توقفها على الاستحقاق، بل على إمكانه و هو حاصل- لا حاصل له.

و كذا ما فى جامع المقاصد من الجواب عنه بأن «اقتضاء المطالبه سبق الاستحقاق صحيح، لكن لا يلزم منه ثبوت الضمان قبل مجىء المالك، بل غايته أنه إذا جاء المالك استحق، فيطالب حينئذ» فإن مرجعه إلى دعوى تسبب المجىء الحق، و تتبعه المطالبه.

و فيه منع تسببه الحق، و المجىء فى النصوص إنما هو مقدمه للمطالبه التى مقتضاها سبق استحقاق المطالب بالمثل أو قيمه، و لا سبب صالح لتسبب سبق ذلك إلا الملك، ضروره كون التلف إنما حصل على ملكه الذى لا يقتضى استحقاق الغير عليه شيئاً، فتأمل جيداً.

ثم قال: «إن الذى يقتضيه النظر و يرشد إليه

النص (٢) إن العين متى كانت باقيه و ظهر المالك و طالب بها و جب رد العين، و لا بعد فى ذلك، بأن يكون ملك الملتقط إياها مترزلاً، و إن جاء بعد تلفها و طالب و جب البدل من المثل أو قيمه يوم التلف أو يوم المطالبه على احتمال، و رجح فى التحرير قيمته يوم التلف لوجوب رد العين حينئذ، و قد تعذر فيجب البدل،

لا- يقال: لو لم يجب العوض قبل ذلك لم يكن له المطالبه به، لأن العين قد تلفت على وجه غير مضمون، لأننا نقول: لا يلزم من وجوب العوض قبل ذلك كون التلف غير مضمون، لإمكان أن يقال: المراد بضممان العين من حين تملكها كون المالك إذا جاء ترد عليه العين و مع تعذرها فالبدل، و هذا كاف فى صدق معنى الضمان، و الحاصل

١-١ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللقطه.

٢-٢ الوسائل- الباب- ٢- من كتاب اللقطه.

أن الملتقط يملكها ملكا مراعى، فيزول بمجىء صاحبها، وهذا أعدل الأقوال، لأن فيه جمعا بين الأدله، والأصل عدم أمر زائد عليه وقد اختار المصنف هذا فى التحرير، وهو قوى متين».

وفيه أنه قريب إلى ما تفرد به الفخر مما سمعته سابقا فى الضاله من عدم الضمان، ولكن إنما يستحق المالك الغرامه عليه إذا جاء و طالب، وقد عرفت ضعفه فى محله.

على أن ما حكاه عن التحرير من تعليل الضمان يوم التلف كالصريح فى ثبوت المثل وقت التلف، لقوله: «حينئذ» نحو المغصوب، وهو يقتضى سبق الاستحقاق.

بل قد يقال: إن التملك الذى قلنا بحصوله بالنيه مقتضى لذلك، لأصالة احترام مال المسلم على وجه لا يكون كالمباح، ولأصالة عدم الملك بدون ذلك، خصوصا بعد

قوله (عليه السلام) فى السفره(١) «قومها على نفسك»

نحو ما ورد(٢) فى تقويم الولى مال المولى عليه، وكون ذلك قبل التعريف غير مناف بعد ما عرفت من الاتحاد فى الكيفيه.

فيكون الحاصل أن الشك حاصل فى حصول الملك بنيه التملك خاصه، أو بها مع ثبوت العوض فى الذمه، فالأصل عدم الملك بذلك، وليس الملك متيقن الحصول والشك فى وجوب شىء آخر معها كى يكون الأصل عدمه.

(و أما الاستدلال) ب

قوله (عليه السلام)(٣): «من وجد شيئا فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده اليه».

١-١ راجع التعليقه ٤ من ص ٣٤٤.

٢-٢ الوسائل- الباب- ٧٩- من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجاره.

٣-٣ الوسائل- الباب- ٤- من كتاب اللقطه- الحديث ٢.

و قوله (عليه السلام) (١): «فان وجدت صاحبها و إلا فأنت أحق بها، و قال: هي

كسبيل مالك، و قال: خيره إذا جاءك بعد سنين بين أجرها و بين أن تغرمها له إذا كنت أكلتها»

و قوله (عليه السلام) (٢): «فان جاء طالبها و إلا فهي كسبيل مالك»

فان كلا من الغايه و التخيير و كونها كسبيل المال ينافى الضمان من حين التملك، بل قد سمعت

ما فى صحيح قرب الاسناد (٣) من قوله (عليه السلام): «فكلها و أنت لها ضامن إن جاء صاحبها أن تردّها»

(ففيه) أنها أدل على الضمان المزبور من عدمه، ضروره كون المراد وجوب الرد عند مجىء المالك للعين أو البدل و نحو ذلك من أحكام الضمان، لا أن الضمان يحصل حينئذ.

نعم قد يقال باختصاص ذلك بالمالك و وارثه، لا أنها تكون من ديونه على وجه إن لم يظهر المالك و لا وارثه يتصدق بها عن صاحبها و تخرج من تركته و يشارك غرماؤه و غير ذلك، لخلو النصوص، بل لعلها ظاهره فى خلافه، مع إمكان أن يقال: إن ذلك فيها جريا على الغالب و إلا فهو فى ذمته كالقرض.

و كيف كان فقد ظهر لك مما ذكرناه أنه لا منافاه بين كونها مضمونه بالنيه و وجوب الرد عليه إذا جاء المالك الذى ليس له الامتناع عن القبول، كما أنه ليس للملتقط اختيار رد المثل أو القيمه من دون رضا المالك بعد ظهور النصوص أو صراحتها فى ذلك.

فما عن المشهور من عدم وجوب رد العين واضح الضعف، مع أنا لم نتحقق الشهره المزبوره.

و أما احتمال كون التملك المزبور كالفصولى الذى ينكشف بمجىء

١-١ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٥.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه - الحديث ٧.

المالك أو طلبه إياها عدم ملكه له فيدفعه النص و الفتوى.

بل وفي

المرسل عن أبي العلاء(١)«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): رجل وجد مالا فعرفه حتى إذا مضت السنه اشترى به خادما فجاء طالب المال فوجد الجارية التي اشترى بالدراهم هي ابنته، قال:

ليس له أن يأخذ إلا دراهمه، و ليس (ليست خ ل) له الابنه، إنما له رأس ماله و إنما كانت ابنته مملوكة قوم»

و لو كان من الفضولي لكان له أخذ البنت، بل

قوله (عليه السلام): «و إنما كانت»

إلى آخره كالصريح في كون المراد أنها صارت ملكا لقوم، أى الواجد.

و فى الدروس عن النهايه «لا يلزمه أخذها و إن أجاز شراؤها عتقت» و فيه ما لا يخفى مع الشراء بعد التملك. و كذا ما عن ابن إدريس من منعه ذلك عليه، لبطلان عقد الفضولى، إذ قد عرفت خروجه عن ذلك، نعم لو اشترها بعين المال قبل الحول أو بعده و قلنا بعدم الملك قهرا اتجه كلام الشيخ و كلامه.

و على كل حال فقد ظهر لك أنه يملك العين مترزلا بالعوض ما دامت موجوده، فإن تلفت استقر، و هو معنى

قوله (عليه السلام) فى الضاله(٢): «فإنها لربها أو مثلها»

لا- أن المراد ثبوت مثلها عند التلف نحو المضمون من الأموال الباقية على ملك مالكتها بخلاف المقام (المخالف للمقام خ ل) الذى خرج الملك عن صاحبه بالنيه مضمونا فليس حينئذ إلا- ثبوت العوض فى الذمه، إذ لا معنى لضمائه بعد خروجه عن الملك إلا هذا.

و احتمال كونه كالمبيع بالخيار الذى يضمن بالفسخ عند تلفه و إن كان

١- ١ الوسائل- الباب- ٨- من كتاب اللقطه- الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٤- من كتاب اللقطه- الحديث ١.

مملوكا للمشتري- فهذا أيضا يفسخ التملك الذي حصل بالنيه بمجىء المالك أو مطالبته فينتقل إلى المثل أو القيمه، و هذا كاف في كونه مضمونا، نحو قولهم: «المبيع في زمن الخيار مضمون على المشتري»- يدفعه عدم وفاء الأدله بذلك، إذ لا أقل من احتمالها الأمرين، و الشهره و القواعد العامه تقتضى ما قلناه.

و من الغريب ما في جامع المقاصد من استبعاد ثبوت عوض في ذمه الغير على جهه القهر مع بقاء العين، إذ قد عرفت أنه ثبوت عوض عن ملك العين اختيارا بالنيه، إنما المستبعد تملك مال الغير مجانا ثم الضمان بالمجىء و المطالبه، كما هو واضح.

و قد تقدم في ضمان واجد الضاله ماله نفع في المقام، ضروره عدم الفرق بينهما في الكيفيه عند اختيار التملك، هذا كله في الضمان بنيه التملك.

أما الضمان بالصدقه به فلا يبعد كون المراد به استحقاق عليه بمجىء المالك و عدم إرادته الأجر، و الله العالم.

[الثانى فى الملتقط]

الثانى فى الملتقط و هو من له أهليه الاكتساب أو الحفظ، فلو التقط الصبى جاز، و يتولى الولى التعريف عنه و التملك و الحفظ و الصدقه و كذا المجنون.

و كذا يصح الالتقاط من الكافر مطلقا فضلا عن الفاسق، نعم قيل غير المرتد عن فطره، و لا يخلو من نظر، كما تقدم فى محله

لأن له أهليه الاكتساب فيكفي في صحه الالتقاط - بناء على كون المعبر فيه قابليه الملتقط لأحد أمرين - قابليه الاكتساب أو الائتمان على الحفظ، نعم لو فقد الجميع لم يصح، وإن كان هذا محل نظر أشرنا إليه سابقا، وذلك لأنه إن كان هذا المذكور للملتقط المعبر عنه بلفظ «من» ونحوه من التملك والحفظ يقتضى تخصيصه بالقابل فالمتجه اعتبارهما معا فيه لا أحدهما، وإن كان لا يقتضى ذلك وإنما هي أحكام لمن يقبلها من أفرادها فلا يعتبر شىء منهما.

و من هنا يتجه صحه التقاط الصبى والمجنون فى الحرم وإن خليا عن الائتمان والصدقه كما ستعرف، وقد تقدم الكلام فى ذلك كله.

نعم فى المسالك هنا «و هل تقر يدهما أى الكافر والفسق عليها إلى أن يتم الحول أم ينتزعها الحاكم من يدهما إلى أن يستحقا تملكها فيدفعها إليهما؟ وجهان من عدم كونهما من أهل الأمانه على مال الغير، و من عموم الاذن فى الالتقاط، و لأنه يخلى بينهما و بين الوديعه؛ فكذا يخلى بينهما و بين اللقطه كالعدل، و فيه نظر، لأن الاذن فى الوديعه جاء من قبل المالك بخلاف اللقطه، فإن إذنها من الشارع، و لم يستأمن غير العدل على مال الغير. و فى التذكرة أوجب مع علم الحاكم خيانتة ضم مشرف إليه و إلا استحب، و فى التحرير لم أقف لعلمائنا على نص فى انتزاع اللقطتين من يد الفاسق أو ضم حافظ إليه مده التعريف».

و فى القواعد «للعدل أن يحفظ بنفسه أو يدفع إلى الحاكم، و غيره يتخير الحاكم بين انتزاعه منه و بين نصب رقيب إلى أن تمضى مده التعريف، ثم إن اختار الفاسق أو الكافر التملك دفعه الحاكم إليه و إلا فالخيار للملتقط إن شاء أبقاه أمانه فى يد الحاكم أو غيره، و ليس للحاكم مطالبته بعد الحول بكفيل».

و ظاهر المحكى عن المبسوط المفروغيه من أحد الأمرين: الانتزاع أو ضم الرقيب، لأنه حكى فى ذلك قولين و إن لم يرجح بينهما.

قلت: لا- يخفى عليك ما فى ذلك كله من الاجتهاد فى مقابله إطلاق النصوص المقتضى لجواز الالتقاط بأحكامه، و لذا كان خيره الشهيد و الكركى الإقرار فى أيديهما من دون ضم رقيب.

و على كل حال فلا كلام فى جواز الالتقاط فى غير الحرم.

إنما الكلام هنا فى قوله و فى أخذ لقطه الحرم لهؤلاء تردد ينشأ من كونهم ليسوا أهلا للاستئمان و الفرض لا تملك فيها كى يكون اكتسابا، فهى استئمان محض، و هم ليسوا من أهله، و من إطلاق الأدله.

لكن صرح فى القواعد باشتراط العداله، و فى الدروس «أربعة لا- يجوز لهم أخذ لقطه الحرم: الصبى و المجنون و الكافر و الفاسق، لأنها أمانه محضه» و كذا المسالك، بل و التذكرة و إن لم يصرح فيها بالمجنون، بل و التحرير و إن تردد فى الفاسق.

قلت: قد سمعت إطلاق النصوص فيما تقدم و أن الأقوى إرادته شده الكراهه مما اشتمل على النهى فيها، نعم فى خبرى الفضيل بن يسار ما يدل على ذلك فى الجملة.

قال فى أحدهما(١): «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يجد اللقطه فى الحرم، قال: لا يمسه، و أما أنت فلا بأس، لأنك تعرفها».

و فى الآخر(٢): «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن لقطه الحرم، فقال: لا تمس أبدا حتى يجىء صاحبها فيأخذها، قلت: فان كان مالا كثيرا قال: فان لم يأخذها إلا مثلك فليعرفها».

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٨- من كتاب اللقطه - الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٨- من كتاب اللقطه - الحديث ٢.

و لا جابر لهما على تقدير إرادته ذلك منهما، بل لعل الموهن متحقق، ضروره حدوث التفصيل للفاضل، بل الأول منهما مشتمل على التعليل القاضى بعدم الفرق بين الفاسق و العدل مع التعريف.

بل فى المسالك «أن الثانيه ظاهره فى الكراهه، و أن أخذ الثقه غير مكروه أو أقل كراهه، كمطلق اللقطه».

فالتحقيق حينئذ الجواز، و لكنه على شدة كراهه فى المكلف منهم، بخلاف الصبى و المجنون الذى ينتقل حكم التقاطهما إلى وليهما، و عدم الاكتساب فيه لا يمنع من صحه التقاطهما بعد أن عرفت عدم ظهور الأدله فى اشتراط الصحه بذلك و إن ذكر فيها (ذلك لكن على وجه يكون حكما للقابل له لا قيذاخ) (١) ذكر حكم يكون على القابل له، فيبقى ما دل على الصحه من العموم و الإطلاق بحاله.

و بذلك يتضح لك الحال فى كثير من أفراد المسأله التى يمكن أن يكون ذلك فيها من مسأله عدم تخصيص العام بذكر ما يرجع إلى بعض أفراده فتأمل جيدا.

و أما التعريف و الحفظ و الصدقه بها بعد ذلك فهى من التكليف الذى لا فرق فيه بين الفاسق و العدل، و ينتقل فى الصبى و المجنون إلى وليهما.

و على كل حال فعلى تقدير عدم الجواز قد قالوا: أنه ينتزعها الحاكم، لعدم ولايه لهم على حفظها و لا أولويه.

و فيه أن المتجه على ذلك جواز أخذ العدل أيضا، لصدق اللقطه على ما فى أيديهم بعد عدم الولايه و الأولويه، و هو واضح.

كما أن المتجه انتزاع الحاكم لها من يد العدل بناء على الحرمة، إذ

١ - ١ ما بين القوسين ليس فى النسخه الأصلية المخطوطه بقلمه الشريف قده و إنما أثبت فى النسخه الأصلية المبيضة بعنوان نسخته.

لا فرق بينه وبين الفاسق بعد عدم جواز الالتقاط، بل يخرج عن العدالة مع إصراره على بقائها في يده إن قلنا إنه صغيره وإلا خرج بالالتقاط.

نعم قد يفرق بينهما بجواز إقرار الحاكم لها في يد العدل على أن تكون أمانه منه بخلاف الفاسق، والله العالم.

وللعبد القن مع الاذن أو عدم النهى أخذ كل واحده من اللقطتين الحل والحرم، بل والضاله والمال.

ولكن

في روايه أبي خديجه(١) عن أبي عبد الله (عليه السلام)، «لا يتعرض لها المملوك»

ومع ذلك قد اختار الشيخ الجواز وتبعه من تأخر عنه.

وهو أشبه بأصول المذهب وقواعده التي منها العمل على إطلاق الأدله ولأن له أهليه الاستئمان والاكتساب اللذين تضمنهما اللقطه، فيحمل خبر أبي خديجه على ضرب من الكراهه أو غيرها، كما تقدم الكلام في ذلك وغيره مفصلا.

وكذا المدبر وأم الولد وغيرهما بل الجواز أظهر في طرف المكاتب بقسميه لأن له أهليه التملك أيضا، بل يمكن القول بجواز التقاطه وإن قلنا بعدمه في القن، وليس للمولى انتزاعها من يده، لأنها من كسبه إذا لم تكن لقطه حرم، ومن أمانته إن كانت، نعم لو عجز فاسترق كان للمولى انتزاعها كالقن، وبنى على تعريفه إن لم يعلم فساده.

ولو اشتغل المكاتب بالتعريف فأعتق أتمه وملكه، ولو مات قبل التعريف أو تمامه فكالقن إلا إذا كان قد أعتق بعضه، فإنه يقوم الوارث

مقامه فى نصيب الحريه، ضروره كونه حينئذ كالمبعض الذى أشرنا إليه سابقا.

وفى القواعد هنا «من اعتق بعضه حكمه حكم الحر فى قدر الحريه و حكم العبد فى الباقي» و هو كذلك، فىكون حينئذ كرجلين التقط معا.

نعم إن كانت بينه و بين سيده مهايه فالظاهر كونها للمولى إن وقعت فى نوبته، فىلحقها حكم لقطه العبد، و له إن وقعت فى نوبته، و يلحقها حكم لقطه الحر، و أيهما وقعت له يعرفها و يملكها، و الاعتبار بيوم الالتقاط لأنه يوم الكسب لا بوقت التملك، فلو وقع الالتقاط فى نوبه العبد مثلا- و كان انقضاء مده التعريف فى نوبه السيد فالمدار على نوبه الالتقاط و الحكم لها. أما مع عدم المهايه فحكمها ما عرفت.

و منه يعلم حكم ما إذا التقط اثنان معا دفعه، فإنه يجب عليهما معا تعريفها حولا، و الأقرب الاكتفاء بتعريف أحدهما بإذن الآخر، بل و مع عدمه بناء على أنهما معا ملتقط لا كل منهما، فىكفى وقوعه من أحدهما، فإذا انقضت مده التعريف و انفقا على أحد الوجوه فلا إشكال، و لو اختار أحدهما التملك دون الآخر قيل ملك النصف و بقى الآخر أمانه.

و قد يقال: إنهما بالتقاطهما معا يكونان بمنزله ملتقطين لكل نصف، فىجربى حكم كل منهما على نفسه، فلا يجزئ تعريف أحدهما عن الآخر مع عدم الاستنابه له، و لو كان ما التقطاه معا درهم فما فوق و لكن قسط كل منهما دون الدرهم أمكن القول بملك كل منهما حصته من دون تعريف و يحتمل العدم، لأنها لقطه واحده.

و من ذلك ينقدح لك فروع كثيره لا يخفى عليك حكمها بأدنى

التفات، منها لو التقط من يصح التقاطه و غيره كالعبد المنهى مثلا بناء على عدم جواز التقاطه اختص حكم الصحة بالنصف، و بقى النصف غير ملتقط إلا إذا اشتملت عليه يد.

و بالجمله الاشتراك فى الالتقاط يجعلهما معا ملتقطا داخلا تحت عموم «من» مثلا أو يكون كل منهما ملتقطا، لكن على الأول ينبغى أن ينصف بينهما كل ما كان قابلا- لذلك من أحكامها، كالتعريف و الحفظ و التملك و غيرها، للاشتراك فى السبب الذى لا- يقبل التقسيم، فيرجع إلى متعلقه، كحيازتهما معا الموجه لتقسيم المحوز بينهما، و حينئذ فيقسم التعريف بينهما أيضا، فيعرف كل منهما نصف المده، و كذا يحفظها كل منهما.

و هو متجه إن ثبت القاعده المزبوره فى الاشتراك فى السبب، أما على عدمه فيكون لقطه واحده ليس لأحدهما تملك النصف دون الآخر لعدم كونه ملتقطا، و ليس لأحدهما قسمتها فى الحفظ مثلا، نعم لو قلنا بأن كلا منهما ملتقط نصفا صارا لقطتين و ملتقطين، يجرى على كل منهما حكمها، لكنه بعيد عن مذاق الفقه، بل الموافق له الأول.

هذا و ستعرف إنشاء الله تعالى جملة من أحكام العبد فى المسألة الرابعه، و الله العالم و الهادى.

[الثالث فى الأحكام]

إشاره

الثالث فى الأحكام وهى مسائل:

[المسأله الأولى يجب التعريف سنه]

الأولى: يجب التعريف سنه بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، و النصوص (١) مستفيضه أو متواتره فيه.

و ما فى

خبر أبان بن تغلب (٢) قال: «أصبت يوماً ثلاثين ديناراً فسألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن ذلك، فقال لى: أين أصبت ذلك؟ فقلت له: كنت منصرفاً إلى منزلى فأصبتها، قال: فقال:

صر إلى المكان الذى أصبت فيه فعرفه، فان جاء طالبه بعد ثلاثه أيام فأعطه و إلا فتصدق به»

مطرح أو محمول على غير اللقطه أو على حصول اليأس بذلك أو ثلاثه أيام بعد السنه أو غير ذلك.

و المدار على صدق ذلك عرفاً، كما فى غيره مما علق عليه الحكم، و لكن صرح الشيخ و الفاضلان و الشهيدان و الكركى و غيرهم بأنه لا يجب فيه التوالى، بل فى الكفايه نسبه إلى الأصحاب.

و فى المتن ليس التوالى شرطاً فى التعريف، فلو فرقه (فرق خ ل) جاز و فى المسالك و غيرها أن للتوالى المحكوم بعدم وجوبه تفسيرين: أحدهما استيعاب وقت الحول بالتعريف، و لا خلاف و لا إشكال فى عدم وجوبه، بل فى المسالك و غيرها الاتفاق عليه، لصدق العرف

١- ١ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٧.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٧.

بدونه، و الثانى توالى التعريف فى الحول الواحد بحيث يقع التعريف المعتبر فى اثنى عشر شهرا متواليه، فإن ذلك أيضا غير لازم على ما صرح به غير واحد، فيجوز له أن يعرف شهرين و يترك شهرين، و هكذا حتى يتم له اثنا عشر شهرا، و عن التذكرة تشبيهه بما لو نذر صوم سنه، فإنه يجوز له التوالى و التفريق.

قلت: إن لم يكن إجماعا أمكن دعوى انسياق التوالى بالمعنى المزبور، خصوصا بعد تصريح الفاضل و الشهيدين و الكركى و غيرهم بكون مبتدئه حين الالتقاط مع الإمكان محتجين له ب

قوله (عليه السلام) (١): «فإذا ابتليت بها فعرفها سنه»

لظهور الفاء فى ذلك، و إن كان فيه منع دلالة فاء الربط على ذلك، إلا أن مقتضى العرف الاتصال فيما عين مبتدؤه إلى تمام الحول، و لعله لذا كان المحكى عن بعض الشافعيه عدم جواز التعريف على الوجه المزبور.

و كيف كان فقد قيل: إن المشهور التعريف فى الابتداء فى كل يوم إلى سبعة أيام، ثم فى بقيه الشهر فى كل أسبوع، ثم فى كل شهر إلى آخر الحول، بل عن الكفايه نسبه إلى الأصحاب.

و لعله إليه يرجع ما فى القواعد «يعرف كل يوم فى الابتداء، ثم كل أسبوع ثم كل شهر بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى».

نعم عن التذكرة «أنه يعرف فى الابتداء فى كل يوم مرتين فى طرفى النهار، ثم فى كل يوم مره، ثم فى كل أسبوع مره أو مرتين، ثم فى كل شهر بحيث لا ينسى كونه تكرر لما مضى». و هو زياده استظهار و

إلا فالأول كاف، و مرجعه إلى بضع و عشرين مره.

لكن فيه أنه لا دليل على أقل صدق التعريف حولا بذلك على

وجه لا يجزئ إذا لم يكن على هذا الترتيب و لا يجزئ الأقل منه بواحده مثلا، و يمكن أن لا يريدوا اعتباره على وجه لا يجزئ غيره، كما يومئ إليه قوله: «بحيث لا ينسى» الذى لا وجه للتقييد به بعد النص على العدد، فلا بد من كون المراد به أن الضابط ذلك.

و لذا فى الدروس بعد أن ذكر ما سمعت قال: «و الضابط أن يتابع بينهما بحيث لا ينسى اتصال الثانى بمتلوه» و فى المسالك «اعتبر العلماء فيه أن يقع على وجه لا ينسى أن الثانى تكرر لما مضى». و فى الروضه «أن المعبر ظهور أن الثانى تكرر لما سبق» و فى الكفايه «اعتبر الأصحاب أن يقع على وجه لا ينسى».

و إن كان قد يناقش بعدم صلاحية ذلك ضابطا لأقل مصداق التعريف حولا، فالتحقيق كون المدار على العرف الذى قد يشكل تحققه بنحو ذلك، و إن علل التوالى المزبور ابتداء بشده اهتمام المالك بأمرها أولا، لكنه كما ترى، مع أن فى صحيح يعقوب (١) «يعرفها سنه فى كل مجتمع».

و الأولى أن يقال: إنه بعد انتفاء إرادته الاستيعاب يتعين إرادته أول الأفراد التى لا يقطع بعدمها كالتعريف بكل أسبوع مره إلى تمام الحول.

و أولى من ذلك إيكال الأمر إلى العرف، و لعله لذا ترك المصنف التعرض لذلك كله، فقال بعد أن صرح بعدم اشتراط التوالى فيه:

و إيقاعه عند اجتماع الناس و بروزهم كالغدوات و العشيات و غير ذلك مما يحصل به الاجتماع، و قد سمعت

قول الصادق (عليه السلام) لسعيد بن عمر الجعفى (٢): «اتق الله و عرفه فى المشاهد»

و قوله (عليه السلام)

١- ١ الوسائل- الباب- ٢٨- من أبواب مقدمات الطواف- الحديث ١ من كتاب الحج.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٦- من كتاب اللقطه- الحديث ١.

فى خبر أبى خديجه(١): «عرفها سنه فى مجمع»

مضافا إلى صحيح يعقوب بن شعيب (٢) ووجهه أيضا من حيث الاعتبار واضح.

ولا فرق فيه بين الليل والنهار وإن قال فى القواعد: «إن وقته النهار دون الليل» بل قيل: إنه المتبادر من الأخبار، وصرح به فى المبسوط وغيره ولكنه كما ترى.

و كفيته أن يقول: من ضاع له ذهب أو فضه أو ثوب و ما شاكل ذلك من الألفاظ المشتمله على الجنس التى يصدق بها اسم التعريف المأمور به.

وفى

خبر سعيد بن عمر(٣) الذى أمره الصادق (عليه السلام) بالتعريف فى المشاهد «من يعرف الكيس»

و قد حكى ذلك له و أقره عليه، بل لا بأس بذكر بعض الأوصاف التى يتنبه منها المالك.

و لكنه مع ذلك لو أوغل فى الإبهام كان أحوط، كأن يقول: من ضاع له مال أو شىء فإنه أبعد أن يدخل عليه بالتخمين إلا أنه غير واجب، بل لا يبعد ذكر جملة الأوصاف إذا لم يكن يدفعها بها، بل بالبينة أو بما لم يذكره من الأوصاف، ضروره صدق اسم التعريف المأمور به، بل

قد يشمل تمكينه من النظر إليها مع عدم الدفع إلا بالبينة.

اللهم إلا أن يقال: إن

قوله (صلى الله عليه و آله)(٤): «اعرف عقاصها و وكاءها ثم عرفها سنه»

مشعر بوجوب الإخفاء، و ربما يؤيده أن ذلك هو المتعارف فى كفيه التعريف لها، و يمكن تعسر إقامة البينه

١- ١ الوسائل- الباب- ٢٠- من كتاب اللقطه- الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٨- من أبواب مقدمات الطواف- الحديث ١ من كتاب الحج.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٦- من كتاب اللقطه- الحديث ١.

٤- ٤ سنن البيهقى- ج ٦ ص ١٨٥.

على المالك، فلا يقطع الطريق عليه بحصر الأمر في البينه، ولا ريب في أنه أحوط، والله العالم.

و زمانه أيام المواسم و المجتمعات، كالأعياد و أيام الجمع، و مواضعه مواطن الاجتماع، كالمشاهد و أبواب المساجد و الجوامع و الأسواق و قد سمعت ما يدل على ذلك أو بعضه من النصوص (١) التي يشهد لها الاعتبار، لأن الغرض إشاعه ذكرها و إظهارها ليظهر عليها مالكها.

بل لعل التعبير الذي سمعته في النصوص أولى مما في المتن الذي ذكر أولاً أن

إيقاعه عند اجتماع الناس و بروزهم و ثانياً أن زمانه أيام المواسم إلى آخره.

و تبعه الفاضل في القواعد، و قال: «و إيقاعه عند اجتماع الناس و ظهورهم كالغدوات و العشيات و أيام المواسم و المجتمعات كالأعياد و أيام الجمع و دخول القوافل و مكان الأسواق و الجوامع و مجامع الناس».

و الأصل في ذلك ما عن المبسوط و السرائر من أن وقت التعريف الغداء و العشاء وقت بروز الناس بالليل لا عند الظهره و المهاجرة، و أما الزمان فالجماعات و الجمعيات و أن يقف على أبواب الجوامع.

و الجميع كما ترى يغنى عنها تعريفها في المشاهد و المجتمع حال اجتماع الناس فيها، على أن ذلك حيث يكون في البلد محل اجتماع، و إلا عرفها بما فيه و لو بأزقته على وجه يشيع أمرها فيه، و الأمر في ذلك سهل.

إنما الكلام في موضع التعريف، ففي المسالك «و يجب إيقاعه عقب الالتقاط مع الإمكان، و في مكانه إن كان بلداً أو مجتمعاً، و لو عرف فيه و أكمله في غيره جاز، و لو كان في بربه عرف من يجده فيها و أتمه في

١-١ الوسائل-الباب-٢٠- من كتاب اللقطة-الحديث ١ و الباب-٢٨- من أبواب مقدمات الطواف-الحديث ١ من كتاب الحج.

غيرها من البلاد، و ينبغي تعريفها في أقرب البلدان إليها فالأقرب».

و في القواعد «و ينبغي أن يعرفها في موضع الالتقاط» و نحوه عن التحرير، قيل: لكن ظاهر التذكرة و الدروس الوجوب.

قلت: بل هو صريح ما سمعته من المسالك تبعا للكركي في جامعه محتجا عليه بموثق إسحاق بن عمار(١) السابق المشتمل على الدنانير المدفونه في بعض بيوت مكه، و فيه أنه غير تعريف اللقطه، نعم قد سمعت ما في خبر أبان(٢) المتقدم في صدر المسأله.

و في القواعد أيضا بعد ما سمعت «و لا يجوز أن يسافر بها فيعرفها في بلد آخر» و فيها أيضا «و لو التقط في بلد الغربه جاز أن يسافر بها إلى بلده بعد التعريف في بلد اللقطه ثم يكمل الحول في بلده». و تبعه عليه الكركي أيضا، و قد سمعت ما في المسالك.

و فيه أن المتجه تمام الحول في موضع الالتقاط، للخبر المزبور(٣) و لأنه المنساق من النصوص، فلو أراد السفر فوضه إلى غيره، كما عن التذكرة التصريح به، نعم في الصحراء تتساوى البلدان إذا لم يكن شاهد حال على خصوص بعضها، و

ربما جمع بين ما سمعته من الفاضل في القواعد بإرادته الوجوب من قوله: «ينبغي» و إرادته الإكمال في بلد آخر بعد الإعلان في بلد الالتقاط لا المره و نحوها مما لا أثر لها، و لكن مع ذلك لا يخلو من نظر أو منع لما عرفت، و الله العالم.

و كيف كان فقد عرفت في أحكام المساجد(٤) أنه

١-١ الوسائل - الباب - ٥ - من كتاب اللقطه - الحديث ٣.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٧.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٧.

٤-٤ راجع ج ١٤ ص ١١١ و ١١٢.

يكره تعريفها داخل المساجد حتى

ورد عن النبي (صلى الله عليه و آله) (١) أنه قال: «من سمع منشد ضاله في المسجد فليقل:

لا أداها الله إليك، فإنه لم يبين لهذا».

و لا خلاف في أنه يجوز أن يعرف بنفسه أو بمن يستتبه أو من يستأجره بل الإجماع بقسميه عليه، و ما في النصوص (٢) من أن صاحبها يعرفها لا يراد منه وجوب المباشرة قطعاً، ضروره عدم كونه عباده، و المراد إشاعه ذكرها الحاصل بتعريفه و تعريف غيره و لو بأمر غير بالغ بالإشاد أو مجنون كذلك.

بل قد ينقدح من ذلك الاجتزاء بالمتبرع إلا أن التملك له لا يخلو من إشكال، و هو أمر آخر غير اعتبار المباشرة في التعريف التي قد عرفت القطع بعدمها، خصوصاً إذا كان الملتقط أرفع شأنًا من ذلك.

و في

خبر زراره (٣) «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن اللقطه، فأراني خاتما في يده من فضه، و قال: إن هذا مما جاء به السيل، و أنا أريد أن أتصدق به»

و لم يحك عنه مباشره التعريف بنفسه و إن كان الخبر غير صريح في كونه الملتقط، خصوصاً مع كراهه الالتقاط التي لا تصدر منه (عليه السلام) إلا أن يفرض ما يقتضى الرجحان بالعارض.

و على كل حال فالأمر سهل.

ثم إن الظاهر كون مئونه التعريف على الملتقط، لوجوبه عليه «نعم لو قلنا بعدم وجوبه إلا إذا قصد التملك و لم يقصده و أراد الحفظ لا تجب عليه الأجره، كما عن التذكرة و جامع المقاصد.

نعم في أولهما «أنه يرفع الأمر إلى الحاكم لبيد الأجره من بيت

١-١ سنن البيهقي - ج ٦ ص ١٩٦.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات الطواف - الحديث ١ من كتاب الحج.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٧ - من كتاب اللقطه - الحديث ٣.

المال، أو يستقرض عليه أو يأمر الملتقط أو غير ذلك مما يراه مصلحه له، ولا ينافى ذلك تملك الملتقط له بعد ذلك» قلت: لا ريب فى أن له ذلك.

هذا و عن التذكرة أيضا «ينبغى أن يتولى التعريف شخص أمين ثقة عاقل غير مشهور بالخلاعه و اللعب، و لا يتولاه الفاسق لثلا تفقد فائده التعريف؛ و هذا على الكراهه دون التحريم».

و فى جامع المقاصد «لكن لا يركن إلى مجرد قول غير العدل، بل لا بد من اطلاعه و اطلاع من يعتمد على خبره».

و فى المسالك و الروضه «يشترط فى النائب العداله أو الاطلاع على تعريفه المعتبر شرعا» بل فى الأخير «و فى اشتراط شاهدين اجراء له مجرى الشهاده أو الاكتفاء بواحد جعلاه من باب الخبر و جهان، أحوطهما الأول».

و فى القواعد «الأقرب الاكتفاء بقول العدل الواحد» و لعله لعموم قبول خبر العدل، و لعسر إقامه البينه، و لصيرورته أمينا على التعريف، فيقبل قوله.

ثم قال: «و فى وجوب الأجره نظر» و لعله ينشأ من أن الاكتفاء بقوله فى التملك و سقوط التعريف يقتضى وقوع الفعل الذى هو متعلق الأجره، لترتبها على وقوعه، لأنه معلول آخر، و الحكم بثبوت أحد.

المعلولين يستلزم الحكم بثبوت الآخر، و من أنه إيجاب مال على الغير بمجرد الدعوى و إن قبل قوله فى سقوط التكليف بالنسبه إلى الملتقط الذى لولاه لزم الحرج.

و عن الفخر أنه قوى عدم وجوب الأجره بل فى جامع المقاصد أنه الأصح.

ثم قال: «إذا تقرر هذا فهل يكون الاكتفاء بقول العدل على كل تقدير سواء كان بأجره أم لا، بل يقتصر في قبوله على ما إذا كان متبرعا؟ يحتمل الثاني، لأنه متهم في خبره، إذ يلزم منه إثبات حق له على الغير، ولأنه إذا رد بالنسبة إلى الأجره كان مردودا في نظر الشارع فلا يسمع حينئذ في سقوط التكليف بالتعريف، فيقتصر في الاكتفاء على قول العدل المتبرع، و يحتمل عدم الفرق، و عدم قبول خبره في بعض لا يقتضى رده و لا عدم قبوله مطلقا».

قلت: لا ينبغي التأمل - بناء على عدم قبوله - في استحقاقه الأجره، ضروره عدم التهمه حينئذ، إنما الكلام في أصل القبول على وجه يثبت التعريف الذي هو عنوان التملك و غيره من الأحكام، فإنه كغيره من الموضوعات التي يفتقر ثبوتها إلى البينه.

و دعوى عسر إقامة البينه على ذلك ممنوعه و صيرورته أمينا بالاستنابه يقتضى قبول خبر الفاسق، لعموم حكم الأمانه و إن كان لا يخلو من وجه، للسيره و غيرها.

لكن يشكل التملك بدون البينه، بل الانصاف ثبوت الإشكال في غيره من الأحكام المعلقه على ثبوت التعريف الذي لا يحصل إلا باليقين أو الحججه الشرعيه، فالأحوط إن لم يكن الأقوى مراعاتها، بل الأحوط عدم كونه أحد جزئها، و الله العالم.

[المسألة الثانية إذا دفع اللقطة إلى الحاكم فإنه جائز له]

المسألة الثانية:

إذا دفع اللقطة إلى الحاكم لأن يبيعها أو لا- لذلك (أو لغير ذلك خ ل) فإنه جائز له، لأنه ولي الغائب في الحفظ، بل في المسالك «يجب عليه القبول، لأنه معد لمصالح المسلمين، و من أهمها حفظ أموالهم، وهذا بخلاف الوديعة، فإنه لا يجب عليه قبولها من الودعي، بل لا- يجوز له دفعها إليه مع التمكن من المالك، لعموم الأمر برد الأمانات إلى أهلها» و إن كان فيه ما لا يخفى من اشتراك الدليل المقتضى لعدم الوجوب على الحاكم الموافق لمقتضى الأصل بعد أن كان المال بيد أمين يجب عليه الحفظ، فليس هو ضائعا كي يجب عليه حفظه.

و على كل حال ف إذا باعها فان وجد مالها دفع الثمن إليه، و إلا ردها على (إلى خ ل) الملتقط إذا أراد تملكها أو صدقه بها لأن له ولاية الصدقة أو التملك بلا إشكال و لا خلاف في الأخير، بل و في الأول الذي فيه نفع للمالك مع ذلك بالضمان إذا جاء و لم يرض بالصدقة.

بل قد يقال بعدم جواز التصديق بها للحاكم من دون الملتقط الذي هو المأمور بذلك.

إنما الكلام في وجوب ردها إليه للحفظ إذا أراد، فقد يظهر من المصنف و غيره عدم سقوط ولايته عليه بعد دفعه إلى ولي الحفظ الذي هو ولي أصلي لا عارضى بسبب الالتقاط، و لا فائده فيه هنا بالضمان كالتملك و الصدقة.

و فيه منع سقوطه بعد إطلاق التخيير له، و لعل ذلك مؤيد لما قلناه سابقا من عدم كون الحاكم ولى ذات كولى الصبى، و إلا لم يكن للملتقط تسلط على أخذها منه و لو للتملك، لوصلها إلى ولى المالك الذى هو كوكيله.

بل من ذلك ينقدح أيضا عدم سقوط خطاب التعريف عنه بالدفع إلى الحاكم، كما أشرنا إليه سابقا، و صرح به الفاضل فى التذكرة.

هذا و الظاهر أن المراد من هذه المسألة بيان عدم خروج الثمن عن حكم الالتقاط لو باعها الحاكم لمصلحه اقتضت ذلك، و الله العالم.

[المسألة الثالثة لا يجب التعريف إلا مع نيه التملك]

المسألة الثالثة قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن موضع من مبسوطه:

لا يجب التعريف وجوبا شرطيا إلا مع نيه التملك و لفظه «من وجد لقطه نظرت فإن أراد حفظها على صاحبها لا يلزمه أن يعرف لأن التعريف إنما يكون للتملك».

و فيه إشكال ينشأ من خفاء حالها عن المالك بعدم التعريف بالمأمور به فى النصوص (١) على جهة الإطلاق.

بل عن الخلاف و المبسوط و الغنيه و ظاهر التذكرة الإجماع عليه، كما عن السرائر و كشف الرموز نفى الخلاف فيه، و هو كذلك، فإن المحكى عن المقنع إلى الرياض إطلاق التصريح بوجوبه.

بل عنه فى موضع آخر من مبسوطه التصريح بذلك أيضا قال: «من

وجد لقطه فإنها تكون في يده أمانه، و يلزم أن يعرفها سنه، فإذا عرفها سنه كان بعد ذلك بالخيار إن شاء حفظها على صاحبها و إن شاء تصدق بشرط الضمان و إن شاء تصرف فيها بالضمان».

كل ذلك مضافا إلى إطلاق الأمر به ما في بعض النصوص (١) المستفيضة التي فيها الصحيح و غيره المؤيد بأنه مقدمه لإيصال المال إلى صاحبه، بل لولاه لكان إبقاؤه في مكانه أصلح لمالكه من التقاطه، لكونه أقرب إلى الإيصال منه، لاحتمال رجوعه إليه. و من هنا وجب في لقطه الحرم و إن لم يكن فيها تملك.

و دعوى كونه بعدم قصد التملك يكون مجهول المالك واضحه الفساد، ضروره صدق اسم اللقطه عليه باعتبار كونه مالا ضائعا لا يد عليه، سواء قصد التملك أو لا، بخلاف مجهول المالك الذي هو غير الضائع المزبور، لكن يشترط في التملك التعريف، و هو لا يقتضى اشتراط وجوبه بقصده بعد إطلاق الأمر كما عرفت، إذ هو شرط لحصوله لا شرط لوجوبه المطلق.

ولذا لا يجوز تملكها إلا بعد التعريف و لو بقيت في يده أحوالا لما عرفت من اتفاق النص (٢) و الفتوى على اشتراطه به، نعم قد يقال: بناء على فوريه التعريف بعد الالتقاط عدم مشروعيه التملك له لو فرض عدم وقوعه منه و لو عصيانا، كما هو أحد القولين في المسأله على ما في المسالك و إن كنت لم أتحققه.

نعم في القواعد «و لو أخر الحول عرف في الثاني، و له التملك بعده على إشكال» بل عن إيضاح ولده عدم الترجيح.

لكن ظاهر المتن أو صريحه كالإرشاد التملك و إن أخره أحوالا و لو

١-١ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه.

عصيانا، بل هو صريح الفاضل في التذكرة و التحرير و الشهيدين و الكركي و

الصيمري و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، لإطلاق النصوص الذي لا يقيد ما في

صحيح ابن مسلم (١) من قوله (عليه السلام): «فان ابتليت بها فعرفها سنه، فان جاء طالبها و إلا فاجعلها في عرض مالك»

بناء على إرادته الكنايه به عن التملك، إذ أقصاه بعد التسليم الفوريه لا اشتراط التملك بها، بل قد يمنع دلالتة عليها أيضا، ضروره كونها فاء ربط لا عطف.

مضافا إلى

قوله (صلى الله عليه و آله) في النبوي (٢) المروي في طرق العامه: «اعرف عقاصها و وكاءها ثم عرفها سنه، فان جاء صاحبها و إلا فشأنك بها»

و إن لم أجده في شىء من نصوصنا، نعم أكثرها «يعرفها» من دون فاء أو «ثم» إلا أنه لا ريب في كونه أحوط إن لم يكن هو المنساق من النصوص و لو على وجه الشرطيه.

نعم قد يقال: إن التملك على خلاف الأصل، فإذا فرض كون الثابت منها حال الفوريه يبقى غيره على مقتضى أصاله عدم التملك، بل إن لم يكن إجماعا لم يجب التعريف.

إلا أن الأخير كما ترى، خصوصا بعد ملاحظه كون التعريف وسيله إلى إيصال المال إلى مالكه، فلا يسقط بالتأخير و لو عصيانا، و أما الأول فلا يصلح مقيدا لإطلاق الأدله الذي منه

قوله (عليه السلام) (٣): «من وجد شيئا فهو له، يتمتع به حتى يجىء طالبه»

الذي لم يعلم تقييده بغير التعريف و لو المتأخر عن حول الالتقاط لعذر أو لغير عذر، بل ينبغي

١-١ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٣.

٢-٢ سنن البيهقي - ج ٦ ص ١٨٥.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٤ - من كتاب اللقطه - الحديث ٢.

القطع بالأول منهما.

نعم بقى شىء: و هو أن الظاهر المستفاد من النص و الفتوى كون التعريف لرجاء حصول المالك، أما مع اليأس منه و لو للتأخير أحوالا عصيانا فالظاهر سقوطه، و لكن هل يجوز التملك حينئذ؟ وجهان، أقواهما ذلك أيضا، لإطلاق الصحيح (١) المزبور.

و كيف كان ف هي و لو كانت لقطه حرم عندنا أمانه شرعيه فى يد الملتقط فى مده الحول، لا يضمها إلا بالتفريط أو التعدى، فتلفها من المالك و كذا بعد الحول إذا لم يقصد تملكها عندنا بلا خلاف

و لا إشكال فى شىء من ذلك، نعم من الأخير نيه التملك بها قبله، لما عرفته مكررا من عدم الاذن شرعا و لا من المالك فى هذا الحال.

اللهم إلا- أن يقال: إن الاذن الشرعيه الحاصله من الاذن بالالتقاط لا- ينافيها النهى عن التملك قبل التعريف، فمع فرض عدم تقصيره به يبقى وضع يده عليها بالإذن السابقه و إن أثم بالنيه المزبوره لو قلنا به، إلا أن الحكم مفروغ منه بين الأصحاب، سواء قصد ذلك من أول الالتقاط أو فى أثناء الحول. بل فى الرياض الإجماع عليه، بل لا تعود الامانه بعدوله.

كالمفروغيه من عدم ضمانها مع أخذها للحفظ أبدا و إن وجب عليه تعريفها عندنا كما عرفت، بل فى المسالك يضمّن بتركه لأنه عدوان و إن نوى الحفظ و يستمر الضمان حينئذ و إن ابتدأ بالتعريف فتلف فى سنته لتحقق العدوان، فلا يزول إلا بقبض المالك أو ما يقوم مقامه كالوديعة، بل قد يظهر من الرياض الإجماع عليه.

و لكن قد يشكل بمثله تحقق العدوان فيها، بمعنى فعل ما لا يجوز شرعا فيه و التفريط الذى هو إهمال حفظها و إن أثم بترك التعريف الذى كان يحتمل معه حصول المالك لو وقع منه.

و لعله لذا قال فى الدروس: «و لو أخر التعريف عن الالتقاط فابتداء الحول من حين التعريف، و له التملك بعده على الأقوى، و لا ضمان بالتأخير إن كان لضروره، و إن كان لا لها ففيه وجهان، أقربهما عدم الضمان».

ثم إنه حيث يضمنها للخيانه أو غيرها فهل يبرأ بالدفع إلى الحاكم؟

وجهان، و فى المسالك أصحهما ذلك، و قد عرفت سابقا أن الأصح بقاء الضمان، للأصل و كونه ولى حفظ لا ولى ذات، كما تقدم الكلام فيه سابقا.

كما أن الظاهر بقاء حكم التملك له بعد التعريف حولا و إن أثم و خان فى أثائه بنيه التملك، لإطلاق ما دل عليه من الالتقاط و التعريف، كما صرح به الفاضل و ولده و الشهيدان و الكركى و غيرهم، بل لا أجد فيه خلافا. نعم فيه احتمال باعتبار كون التملك على خلاف الأصل و المتيقن منه غير المفروض، و فيه أن ظاهر الدليل حجه شرعيه.

و على كل حال فقد ظهر لك مما ذكرناه هنا و سابقا فى نيه التملك الحال فى جميع الصور المذكوره فى المقام، و هى أخذها بقصد الحفظ دائما، و بقصده فى الحول، و التملك بعده، و بقصد الخيانه فى الابتداء و فى الأثناء، و أنه لو نوى التملك بعد تعريفها حولا- من أول الأمر فهل يحتاج إلى تجديد النيه أو تكفى النيه الأولى، و قلنا إن الأحوط و الأقوى التجديد إلا مع استمرار العزم على وجه يقوم مقام تجديده.

و كيف كان ف زيادتها له أى المالك ما دامت

على ملكه، لمعلوماته تبعيه النماء للملك متصله كانت الزيادة كالسمن أو منفصله كالولد، نعم فى القواعد فى تبعيه اللقطه نظر، أقربه ذلك، و تبعه ولده و الكركى و ثانى الشهيدين، لأن الملتقط إذا استحق ملك العين استحق ملك النماء بالتبعيه، لأن الفرع لا يزيد على أصله، و استحقاق التملك يحصل بمجرد الالتقاط و إن كان التعريف شرطاً، فقد وجد النماء بعد الاستحقاق، فيتبع العين، بل لا يشترط لتملكه حول بانفراده إذا كمل حول الأصل.

و فيه منع التبعيه فى المنفصل بعد عدم صدق اسم الالتقاط عليه، فيبقى على حكم مجهول المالك، خصوصاً بعد ما عرفت من كون التملك على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على المتيقن، و دعوى وجود النماء مستحقاً فيه ذلك واضح المنع، و لذا لو تملكها ثم حصل منها نماء فجاء المالك كان له العين دون النماء المنفصل الذى حصل فى ملك الملتقط بلا خلاف أجده فيه و إن قلنا بانفساخ ملكه عن الأصل لكن من حينه كالمبيع بالخيار، أما المتصل فالظاهر تبعيته.

و كيف كان فقد ظهر لك أنه بعد التعريف يضمن الملتقط على الوجه السابق إن نوى التملك، و لا يضمن إن نوى الأمانه و الحفظ، كما هو واضح.

و لو نوى التملك بعد الحول مثلاً- فجاء المالك و العين قائمه بحالها لم يكن له الانتزاع، و طالب بالمثل أو قيمه إن لم تكن مثليه وفاقاً للفاضل و ولده و أول الشهيدين، بل فى المسالك أنه الأشهر، بل فى موضع آخر أنه المشهور، بل قد سمعت إجماع الإيضاح و التنقيح على وجوب رد العوض فيما دون الدرهم دون العين، لأصالة اللزوم.

لكن قد ذكرنا سابقا أن الأقوى خلافه، كما هو صريح الكركي و الأردبيلي و غيرهما، بل قيل: إنه ظاهر المبسوط و المراسم و السرائر بل و المقنعه و الوسيله، و لذا قال في الدروس: «إنه قد يظهر من الروايات و كلام القدماء».

و في المسالك أنه لا يخلو من قرب و إن كان المشهور خلافه بعد أن ذكر الاستدلال عليه بظواهر النصوص، قال: «بل في بعضها تصريح به كـ

قوله (صلى الله عليه و آله) في حديث الجهني (١): «اعرف و كاءها و عقاصها ثم عرفها سنه، فان جاء صاحبها و إلا فشأنك بها»

و في

روايه أخرى (٢) «ثم عرفها سنه فان لم يعرف فاستنفع بها، و لتكن وديعه عندك، فان جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها إليه»

و في

صحيح الحلبي عن الصادق (عليه السلام) (٣) «يعرفها سنه، فان جاء طالبها و إلا فهي كسييل ماله»

و قريب منها

صحيح ابن مسلم (٤) حيث قال (ع): «فان جاء طالبها و إلا فاجعلها في عرض مالك».

و نوقش بأن الأول و الأخيرين محتملان أو ظاهران فيما إذا جاء قبل التملك، و المرسل ليس من طرقنا.

و فيه أن تتمه

صحيح ابن مسلم «يجرى عليها ما يجرى على مالك حتى يجيىء لها طالب، فان لم يجيىء لها طالب فأوص بها في وصيتك»

نعم قد يقال: إنه و ما شابهه ظاهر في الحفظ أمانه على ما عرفت الكلام فيه سابقا.

١- ١ سنن البيهقي ج ٦ ص ١٨٥.

٢- ٢ سنن البيهقي ج ٦ ص ١٨٦.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٢ - من كتاب اللقطه - الحديث ٢.

قول أبي جعفر (عليه السلام) في الصحيح (١): «من وجد شيئاً فهو له، فليتمتع به حتى يأتي طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه».

و

قول الصادق (عليه السلام) في خبر أبي خديجه (٢): «ينبغي له أن يعرفها سنة في مجمع فان جاء طالبها دفعها إليه، وإلا كانت في ماله، فان مات كانت مراثا لولده و لمن ورثه، فان لم يجي ء لها

طالب كانت في أموالهم، هي لهم إن جاء طالبوها دفعوها إليه (إليهم خ ل)»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على ذلك التي من أجلها قلنا إن الملك فيها متزلزل، كما تقدم الكلام فيه سابقا.

و لكن على الأول لو رد الملتقط العين جاز بل قيل: إنه يجب على المالك القبول، لأنها أولى من رد العوض مثلا أو قيمه.

و فيه إشكال باعتبار ثبوت قيمه له في ذمه الملتقط بنيه التملك، و الأصل لزوم الملك، و ليست العين من أفراد الحق الذي اشتغلت به الذمه، نعم لو فرض ما في الذمه مثليا و كانت هي من أفرادها و دفعها اتجه وجوب القبول.

بل من ذلك قد ينقده إشكال في عبارته المتن التي ذكر فيها المطالبه بالمثل أو قيمه إن لم تكن مثليه، و ذلك لما عرفت من أن التحقيق الملك بنيه التملك بالعوض في الذمه، فمع فرض كونها مثليه و نوى التملك بالقيمة لا يستحق المالك المثل، نعم يتم ما ذكره المصنف لو كان المقام من الغرامات أو نوى تملكها بعوضها مثلا أو قيمه و قلنا بصحته.

١-١ الوسائل- الباب-٤- من كتاب اللقطه- الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل- الباب-٢٠- من كتاب اللقطه- الحديث ١.

و ربما يؤيد ذلك ما تقدم فى القرض من عدم وجوب قبول المالك العين لو دفعها إذا كانت قيمه و استقرضها، كما عن الفخر و الكركى و المقداد التصريح به. خلافا للمحكى عن الخلاف و الشهيدين و غيرهم من وجوب القبول، بل عن الخلاف الإجماع عليه.

و قولهم: الواجب فى القيمي قيمه، أى مع عدم دفع العين، و قد تقدم تحقيق الحال، فلا حظ و تأمل، فإن المقام شبيه بالقرض على المختار.

و على كل حال ف له أى الملتقط النماء المنفصل الذى هو نماء ملكه و إن كان متزلزلا كالمبيع بالخيار، لكنه لا يقتضى تزلزل النماء الذى سبب ملكه قاعده تبعيه النماء، كما عرفت الكلام فيه و فى النماء المتصل أيضا، و الله العالم.

و لو عابت بعد التملك فأراد ردها مع الأرش جاز بل وجب على المالك القبول على المختار، لإطلاق ما دل على الرد المقتضى لتزلزل الملك و لا دليل على لزومه بطرو العيب الذى يمكن جبر الضرر الناشئ منه بالأرش.

نعم فيه إشكال على مختار المصنف لأن الحق تعلق بغير العين و هو العوض المترتب على ضمانها بنيه التملك له سواء كان مثلا أو قيمه فلم يلزمه أخذها معييه بل الأصح عدم وجوب القبول، كما عن الفخر، إذ هو أشبه شىء بمن استقرض قيميا و أراد رد عينه مع الأرش الذى قد حكى عنهم التصريح بعدم وجوب القبول فيه، و الله العالم.

[المسألة الرابعة إذا التقط العبد و لم يعلم المولى فعرف حولا ثم أتلّفها تعلق الضمان برقبته]

المسألة الرابعة:

إذا التقط العبد و لم يعلم المولى و لا أذن له فيه فعرف حولا أو لم يعرف ثم أتلّفها مع نيه التملك الممتنع بالنسبة إليه و عدمها تعلق الضمان برقبته أى ذمته يتبع بذلك إذا أعتق كالقرض الفاسد بلا خلاف و لا إشكال فيه عندنا، سواء قلنا بجواز التقاطه و عدمه، بل الظاهر على التقديرين إثمه بالتصرف فيها.

لكن فى القواعد «و لو نوى التملك دون المولى لم يملك، نعم له التصرف و يتبع به بعد العتق» و لم أجده لغيره.

و ربما وجه بأن له التصرف فى المباحات إذا حازها كالحوم الصيد و أكل الأعشاب و نحو ذلك من غير توقفه على إذن السيد، و اللقطة مثلها، و رد بأنه لا يتم إلا فيما كان منها كالمباح، نحو دون الدرهم، بخلاف مفروض المسألة الذى هو فيما يعرف منها.

و فيه منع ذلك أيضا فيما دون الدرهم، ضروره ظهور الأدله فى ملك الواجد له، و يتبعه التصرف، و الفرض استحالته فى العبد، و لا دليل على جواز التصرف فيه بدون ذلك، و كذا الكلام فيما زاد بعد تعريف الحول.

و حمل العبارة على إذن السيد له فى ذلك لا يجدى، إذ هو إن اقتضى تملك السيد له فالضمان حينئذ عليه، و إلا لم تفد إذنه فى التصرف فى مال الغير إباحه له.

كما أن حمل العبارة على إرادته إباحه الانتفاع الذى يجوز لكل ملتقط فى مثل الدابه عوض النفقه التى قد عرفت أن الأصح المقاصه فيها لا يتم

أيضا، كما هو واضح. والله العالم.

و لو علم المولى قبل التعريف أو بعده و لم يكن قد أذن له فى الالتقاط و لم ينتزعها منه و كان غير أمين ففى محكى المبسوط ضمن، لتفريطه بالإهمال إذا لم يكن أمينا فصار كما لو وجدها و سلمها إلى فاسق، فإنه يضمنها.

و هو متجه مع إذنه له إذن استنابه، كما يومئ إليه قوله: «كما لو وجدها» إلى آخره، و الفرض تقصيره فى الانتزاع و كونه غير أمين و إلا فمع فرض عدم الاذن له فى الالتقاط ف فيه أى الضمان تردد كما اعترف به الفاضل و الشهيدان و الكركى، بل منع، كما فى المسالك و غيرها، لأصالة براءة ذمته منه، بل و من وجوب انتزاع مال الغير الذى فى يد العبد و إن رآه يتلفه.

بل قد يقال: بعدم ضمانه و إن أوجبنا عليه الانتزاع، إذ هو على تقدير وجوبه تعبدى لا يقتضى الضمان. نعم فى الدروس «و لو كان العبد غير مميز اتجه ضمان السيد» و كأنه نزل منزله دابته حيث يجب منعها من إتلاف مال الغير، مع أنه لا يخلو من نظر بناء على عدم وجوب حفظ مال الغير، و عدم دليل على التنزيل المزبور.

و لو قبضها المولى ثم ردها إليه و الفرض كونه غير أمين ففى التذكرة التصريح بضمانه، بل قيل: الظاهر أنه لا خلاف فيه، و قد يشكل بناء على جواز التقاطه، ضروره كونه كالملتقط الفاسق، اللهم إلا أن يلتزم بالضمان فيه أيضا، نعم لو قلنا بعدم جواز التقاطه اتجه ذلك، لصيرورته فى يده لقطه مكلفا بها، و لا فرق بين المولى و غيره على التقديرين.

و لو كان العبد أمينا فلا إشكال و لا خلاف فى عدم الضمان حتى مع إذن الاستنابه.

و لو أذن المولى للعبد فى التملك بعد تعريف الحول فى القواعد ضمن السيد، و ظاهره الضمان بذلك و إن لم يجر العبد صيغه التملك.

و عنه فى التذكرة و إن تلفت بعد مده التعريف فان أذن له السيد فى التملك و أجرى التملك ضمن و إن لم يجر التملك بعد فالأقوى تعلق الضمان بالسيد، لأنه أذن فى سبب الضمان، فأشبهه ما إذا أذن له أن يسوم شيئاً فأخذه و تلف فى يده.

و على كل حال فهو متجه مع إرادته التملك للسيد، ضروره كونه حينئذ مضمونا عليه، أما لو كان المراد الاذن له فى تملكه و الفرض عدم ملكه فيشكل ضمان السيد بذلك.

و لعله لذا قال فى محكى التحرير: «و من جوز تمليك العبد مع إذن المولى لو أذن له مولاه ملك العبد و ضمن السيد» اللهم إلا أن يكون ذلك منه إذنا فى التصرف بمال الغير، فيكون ضمانه عليه، و الله العالم.

و لو عرفها العبد و هى فى يد السيد أو العبد لكونه أمينا أو مطلقا ملكها المولى إن شاء و ضمن بناء على أن ثمره التقاطه للمولى و إن كان بغير إذنه و قلنا بصحته، فحينئذ له التملك مع الضمان و الصدقه و الحفظ.

و لو نزعها المولى منه قبل التعريف أو قبل إكماله فى المتن و غيره لزمه التعريف بتمامه أو ما بقى منه و له التملك أيضا بعد الحول أو الصدقه مع الضمان أو إبقاؤها (فى يده خ) أمانه.

و لكن قد سلف منا ما يفهم منه الإشكال فى ذلك إن لم يكن إجماعا كما عساه يظهر من المتن و القواعد و المسالك و غيرها، حيث أرسلوه إرسال المسلمات.

قال فى الأخير فى شرح العبارة المزبوره: «إذا التقط العبد باذن المولى أو بغير إذنه إن جوزناه تخير المولى بين أن يتركها فى يده ليعرفها إذا لم يكن خائنا ثم يملكها إن شاء، و بين أن ينتزعها منه و يعرفها، فان اختار الأول تملكها المولى بعد الحول، و قبل قول العبد فى التعريف إن كان ثقه و إلا اعتبر اطلاع المولى على تعريفه أو اطلاع من يعتمد على خبره، لأنه كالتائب، مع احتمال قبول قوله فيه مطلقا، لأنه ملتقط حقيقه، إذ هو الفرض، و إن انتزعها منه و جب عليه تعريفها و صارت بيده بمنزله ما لو التقطها و تخير بعد التعريف بما شاء من الأمور الثلاثة».

و فى القواعد «و لو أذن له المولى فى التملك بعد التعريف أو انتزعها بعده للتملك ضمن السيد، و لو انتزعها السيد قبل مده التعريف لزمه إكماله، فإن تملك أو تصدق ضمن، و إن حفظها لمالكها فلا ضمان».

إذ ذلك كله لا يخفى عليك ما فيه، ضروره عدم دليل يقتضى أن ذلك للسيد بعد فرض جواز الالتقاط بدون إذنه، فان جوازه يقتضى تعلق الأحكام به، و عدم قابليته للتملك لا يرفع أصل حكم الالتقاط عنه، و كذا منع السيد له من التعريف أو الحفظ، فإن أقصى ذلك الانتظار إلى وقت التمكّن بناء على تقديم حق السيد أو يدفعها إلى الحاكم أو غير ذلك.

و دعوى أن كل ما كان للعبد لو كان حرا يكون للسيد تحتاج إلى دليل، كاحتياج انتقال حكم اللقطه إلى السيد بانتزاعها منه على الوجه المزبور إليه أيضا بعد فرض جواز التقاطه بدون إذنه.

نعم لو قلنا بعدمه صار ما فى يده كالموضوع فى الأرض، فإذا أخذه السيد أو غيره كان حكم اللقطه عليه، و لا يجدى تعريف العبد سابقا، ضروره كونه حينئذ كاللغو فتأمل جيدا.

و لعل دليل ذلك كله أنه كَلَّ عَلَى مَوْلَاهُ، فكل شىء تعلق به يكون لمولاه، و منه التقاطه و إن كان بغير إذنه، و نحوه حيازه المباحات إذ لا تقصر حيازته عن حيازه الأجير الخاص الذى لم يقصد الحيازه للمستأجر و لو لجنونه أو صغره و لكنه قد استأجره من وليه، فإنه يكفى فى تملكه ملك المنفعة الخاصه بعقد الإجاره، و العبد مملوك عينا و منفعه، فما يحوزه أو يلتقطه يكون لسيده، مؤيدا ذلك كله بفتوى من عرفت و غيره على وجه المفروغيه منه و قربه إلى الاعتبار.

و لعل من ذلك ما حكاه فى القواعد عن الشيخ، قال: «و لو أعتقه قال الشيخ فى المحكى من مبسوطه: للسيد أخذها، لأنه من كسبه».

و لفظه «عبد وجد لقطه و لم يعلم سيده فأعتقه فما الذى يفعل باللقطه؟»

يبنى على القولين، فمن قال للعبد أخذها، فإن السيد يأخذها منه، لأنها من كسبه كالصيد، و قد سوغنا له أخذها قبل ذلك» و وافقه عليه الفاضل فى المحكى من تذكرته و الكركى.

نعم فى القواعد و محكى المختلف التفصيل فى ذلك بين ما بعد الحول و قبله، فإخذها المولى فى الأول دون الثانى التى هى فيه أمانه.

لكن حكى فى الدروس الاتفاق على أنها من كسبه من حين الأخذ، قال فيها: «و لو أعتق و بيده لقطه فلىمولى انتزاعها منه عند الشيخ و الفاضل فى التذكرة و قال فى غيرها: للسيد أخذها إن عتق بعد الحول لا قبله، لأنها لا تسمى كسبا، و هذا مخالف لاتفاقهم على أنها كسب من حين الأخذ، نعم لو قلنا بعدم جواز التقاطه لم يكن للسيد أخذها مطلقا، لأنها قبل عتقه كالملقاء، و بعده تصير فى يده صالحه للاتقاط، فيكون المعتق أولى بها من السيد، و فيه قوه».

و فى محكى الإيضاح «أنه بنى الأمر على أن الالتقاط هل هو للسيد

ابتداءً أو لا، بل هو ولايه و أمانه فى يده؟ فعلى الأول للسيد أخذها مطلقاً، أى قبل الحول و بعده، و على الثانى ليس له أخذها إذا كان العتق قبل الحول» و فيه إشعار بما ذكرناه سابقاً، لكن قد سمعت ما فى الدروس من الاتفاق، و الله العالم.

[المسألة الخامسة لا يجب أن تدفع اللقطة إلا بالبينه]

إشاره

المسألة الخامسة: لا يجب أن تدفع اللقطة إلى من يدعيها الذى لا يعلم به الملتقط إلا بالبينه التى تقوم مقام العلم بأداء الأمانه إلى أهلها شرعاً أو الشاهد و اليمين، فلا يكفى شهاده العدل، لعدم كونه بينه بلا خلاف أجده فيه.

نعم عن التذكرة احتمال جواز الدفع إذا حصل الظن من قوله، بل اختاره الشهيدان و الكركى، لفحوى الاكتفاء بالوصف الذى ستعرف الكلام فيه.

و على كل حال ف لا- يكفى الوصف فى وجوب الدفع و لو وصف صفات لا- يطلع عليها إلا- المالك غالباً، مثل أن يصف وكاءها و عقاصها و وزنها و نقدها و غير ذلك ما لم يحصل القطع بكونه المالك، كما صرح به الشيخ و الحلّى و الفاضلان و الشهيدان و غيرهم على ما حكى عن بعضهم.

لكن فى النافع «لا تدفع اللقطة إلا بالبينه، و لا يكفى الوصف، و قيل: يكفى فى الأموال الباطنه كالذهب و الفضة، و هو حسن» و ظاهره الاكتفاء به فى الوجوب. بل قيل: كأنه استحسنة أيضاً المقداد و أبو العباس بل حكاه الأول عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف، و إن كان هو كما ترى

لا نعرف القائل بالتفصيل المزبور في الجواز فضلا عن الوجوب.

ولقد أجاد في كشف الرموز بقوله: «لا أعرف منشأ هذا التفصيل ولا القائل به، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه إلا من أهل الظاهر من العامة، فأوجبوا الدفع بالوصف».

نعم الأشهر كما في المسالك بل المشهور كما في جامع المقاصد جواز الدفع به مع فرض حصول الظن به، بل هو المحكى عن العامة عدا أهل الظاهر منهم.

بل لا أجد فيه خلافا إلا من الحلبي، للقاعده التي يجب الخروج عنها ب

قول الرضا (عليه السلام) في صحيح البنزطي (١) المتقدم في الطير: «وإن جاءك طالب لا تتهمه رده عليه»

بعد حمل الأمر فيه على الإباحه، لما عرفت و لكونه في مقام توهم الحظر، و تقرير الصادق (عليه السلام) دفع سعيد بن عمر الخثعمي الكيس الذي فيه الدنانير

بالوصف (٢) و النبوي (٣) الذي أمر فيه بحفظ عقاصها و وكاءها الظاهر في ذلك.

مؤيدا بإفشاء عدم قبول الوصف المزبور و لو على جهه الجواز إلى تهمة الملتقط و عدم وصول المال إلى مالكه، لصعوبه إقامه البيئه على بعض الأموال و خصوص النقد منه، بل قد يدعى أن ذلك هو المتعارف في تعرف مالك المال الضائع.

بل قيل: ربما ظهر من اللمعه و التحرير جواز الدفع به و إن لم

١- ١ الوسائل - الباب - ١٥ - من كتاب اللقطه - الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦ - من كتاب اللقطه - الحديث ١ عن سعيد بن عمرو الجعفي و قد تقدم هذا الحديث بعنوان الجعفي في ص ٢٨٦ و ٣٦١، نعم في التهذيب ج ٦ ص ٣٩١ الخثعمي.

٣- ٣ سنن البيهقي - ج ٦ ص ١٨٥.

يفد الظن، و إن كان الظاهر خلافه.

ف من ذلك كله ظهر لك أنه إن تبرع الملتقط بالتسليم بالوصف المزبور لم يمنع، و إن امتنع لم يجبر و الله العالم.

[فرعان]

[الأول لو ردها بالوصف ثم أقام آخرا بينه بها انتزعا]

الأول:

لو ردها بالوصف ثم أقام آخر (الآخر خ ل) البينه بها انتزعا منه بلا خلاف و لا إشكال، ضروره عدم كون الوصف حجه شرعيه على ملكيه الواصف، فضلا عن أن يعارض البينه الشرعيه.

فإن كانت تالفه بيد القابض كان له مطالبه الآخذ بالعوض ل

عموم «على اليد»^(١)

بعد معلوميه فساد القبض شرعا و له مطالبه الملتقط، لمكان الحيلولة بالدفع إلى غير المستحق و إن كان مرخصا في ذلك، لكنه لا ينافي الضمان.

و ما عن بعض - من عدم الرجوع عليه إذا حكم الحاكم عليه بالدفع به لكونه كالمأخوذ قهرا - لا يتم على مذهبنا من عدم إلزام الحاكم به، فلا إشكال في الرجوع على كل منهما عندنا.

لكن لو طالب الملتقط رجوع على الآخذ الغار الذي استقر التلف في يده ما لم يكن (١١) قد اعترف (١٢) الملتقط له بالملك (١٣) فإنه لا رجوع له حينئذ، لاعترافه بكذب البينه أو خطاؤها و كون الآخذ منه بغير حق.

١- ١ المستدرک- الباب - ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤ و سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥.

و لو طالب الآخذ لم يرجع على الملتقط كما هو واضح، و الله العالم.

[الثانى لو أقام واحد بينه بها فدفعت إليه ثم أقام آخر بينه بها أيضا أقرع بينهما]

الثانى:

لو أقام واحد بينه بها فدفعت إليه بعينها ثم أقام آخر بينه بها أيضا فكلاهما خارجان بعد عدم تصديق الملتقط للسابق منهما فان لم يكن ترجيح بالعدالة أو العدد أقرع بينهما و حلف الخارج بها، فان امتنع من اليمين أحلف الآخر، فان امتنعا قسمت نصفين، و لكن ظاهر المصنف هنا الاكتفاء بالقرعة فى الحكم لمن خرجت له، و قد ذكرنا البحث فى ذلك مفصلا فى كتاب القضاء.

و حينئذ فإن كان الترجيح للأول أو خرجت القرعة له و حلف فلا بحث، و إن كان ذلك للثانى انتزعت من الأول و سلمت إليه.

و لو تلفت و تعذر إغرام الثانى لم يضمن الملتقط إن كان قد دفعها بحكم الحاكم الذى به يكون كالمكره و (١١) نحوه مما كان السبب فيه أقوى من المباشر.

نعم لو كان (١٢) قد دفعها باجتهاده ضمن (١٣) لأنه و إن قلنا بجواز الدفع له أقصاه الجواز دون الوجوب، فهو كالدفع بالوصف، فيتخير المالك حينئذ بين رجوعه عليه و على الآخذ. هذا كله مع دفع العين نفسها.

أما لو قامت البيئه بعد الحول (١٤) مثلا و (١٥) كان قد تملك الملتقط (١٦) و أتلفها و دفع العوض إلى الأول ضمن الملتقط

للشأنى حيث يتبين أنها له على كل حال سواء كان العوض المدفوع إلى الأول باقيا أو لا لأن الحق ثابت فى ذمته و لم يتعين بالدفع إلى الأول بعد ظهور عدم استحقاقه، و ليس له الرجوع على القابض، لأنه لم يقبض عين ماله.

و لكن يرجع الملتقط على الأول و إن كان قد دفعه إليه بحكم الحاكم فضلا عما لو كان بالوصف لتحقق بطلان الحكم الأول إذا لم يكن قد اعترف له بالملك، لا من حيث الحكم له به و إلا فلا رجوع له لكونه مأخوذا منه ظلما بزعمه، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسألة السادسة لو مات الملتقط عرف الوارث حولا]

المسألة السادسة:

لو مات الملتقط فى القواعد و الدروس و محكى التذكرة عرف الوارث حولا و ملكها إن شاء أو قهرا على البحث السابق فيه و فى وقت الضمان، بل فى الأخيرين لو كان فى الأثناء بنى، بخلاف الملتقط من الملتقط الذى يطلب المالك أو الملتقط، فاحتاج إلى استئناف، أما الوارث فلا يطلب إلا المالك، بل هو مقتضى ما فى التحرير و غيره.

و لكن لا- يخفى عليك أنه مبنى على انتقال حق الالتقاط إلى الوارث و هو إن لم يكن إجماعا- كما عساه يظهر من إرسال من تعرض له إرسال المسلمات- لا يخلو من نظر.

نعم لو مات بعد الحول و نيه التملك فهى موروثه بلا خلاف و لا إشكال و إن كان إذا جاء المالك أخذها بناء على المختار، بل قد سمعت النص فيه(١).

بل لو كانت تالفه عند الملتقط رجع بالعوض على التركة إن اتسعت، و إن ضاقت زاحم الغرماء، نعم لو تملكها الوارث و أتلفها كان هو الغريم دون الميت.

و لو فقدت من التركة فى أثناء الحول أو بعده ففى القواعد احتمال الرجوع فى مال

الميت و عدمه، بل فى التحرير اختيار الرجوع.

لكن قد عرفت فى كتاب الوديعه ما يقتضى عدم الرجوع بها ما لم يعلم التعدى و التفريط فيها، للأصل و غيره، كما حررنا الكلام فى صورته مفصلاً، فلا حظ و تأمل كى تعلم أن الأصح هنا كما فى جامع المقاصد و محكى الإيضاح عدم الرجوع، و الله العالم.

و الحمد لله أولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً، و نسأله الإعانه على إتمام ما بقى، فإنه الرؤوف المنان، ذو الفضل و الإحسان، الذى قد عودنا الجميل و تفضل علينا بالجزيل، فالرجاء منه أن يشفع أوائل منته بأواخرها بمحمد و أهل بيته الطيبين الطاهرين الغر الميامين.

إلى هنا و الحمد لله تم الجزء الثامن و الثلاثون، و قد بذلنا غاية الجهد فى تنميته و تحقيقه و التعليق عليه و تصحيحه، فنشكره تعالى على ما وفقنا لذلك، و نسأله أن يديم توفيقنا لإخراج بقية الأجزاء.

و يتلوه الجزء التاسع و الثلاثون فى كتاب الفرائض إنشاء الله تعالى.

النجف الأشرف محمود القوچانى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩