



اصبحان

الحاكم



عَلَيْهِمَا صَلَواتُكَ يَا صَاحِبَ الرَّحْمَةِ

www.

www.

www.

www.

.com

.org

.net

.ir

Ghaemiyeh

مُسْتَدَرَكُ الْإِسْلَامِ

الْمُتَّفِقِ

بِسْرَاحِ الْإِسْلَامِ

وَكُلِّمُوا بِحَقِّ الْإِسْلَامِ

الشَّهِيدِ

الْبَاقِي

الْبَاقِي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام

کاتب:

شيخ زين الدين عاملي شهيد ثانی

نشرت في الطباعة:

مؤسسة المعارف الاسلاميه

رقمی الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٤	مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام المجلد ١٢
١٤	اشاره
١٥	اشاره
١٩	تتمه القسم الرابع فى الأحكام
١٩	كتاب الأَطعمه و الأشربه (١)
١٩	اشاره
٢٤	و النظر فيه يستدعى بيان أقسام ستّه
٢٤	اشاره
٢٤	الأول:فى حيوان البحر
٣٦	القسم الثانى:فى البهائم
٣٦	اشاره
٣٩	و قد يعرض التحريم (١) للمحلّل من وجوه
٣٩	أحدها:الجلل
٤٤	الثانى:أن يشرب لبن خنزيره
٤٤	الثالث:إذا وطئ الإنسان (٢) حيوانا مأكولا
٥١	القسم الثالث:فى الطير
٥١	اشاره
٥١	و الحرام منه أصناف
٥١	الأول:ما كان ذا مخلاب قوىّ يعدو به على الطير
٥٥	الثانى:ما كان صفيغه أكثر من دفيغه
٥٦	الثالث:ما ليس له قانصه و لا حوصله و لا صيصيّه
٥٧	الرابع:ما يتناوله التحريم عينا
٦٨	القسم الرابع:فى الجامدات

٦٨	اشاره
٦٩	و نذكر هنا خمسة أنواع
٦٩	الأول: الميتات
٧٥	الثاني: المحرمات من الذبيحه
٧٩	الثالث: الأعيان النجسه
٨٣	الرابع: الطين
٨٥	الخامس: السموم القاتله
٨٦	القسم الخامس: في المائعات
٨٦	اشاره
٨٦	الأول: الخمر
٩٣	الثاني: الدم المسفوح
٩٦	الثالث: كل ما حصل فيه شيء من النجاسات
١٠٦	الرابع: الأعيان النجسه
١٠٧	الخامس: ألبان الحيوان المحرم
١٠٨	القسم السادس: في اللواحق
١٠٨	اشاره
١٠٨	و فيه مسائل
١٠٨	الاولى: لا يجوز استعمال شعر الخنزير اختيارا
١١٢	الثانيه: إذا وجد لحم و لا يدري أ ذكّى هو أم مَيّت؟
١١٣	الثالثه: لا يجوز أن يأكل الإنسان من مال غيره إلا بإذنه
١١٦	الرابعه: من تناول خمرأ أو شيئاً نجساً، فبصاقه طاهر
١١٧	الخامسه: الذمى إذا باع خمرأ أو خنزيراً، ثم أسلم
١١٧	السادسه: يحلّ الخمر إذا انقلبت خلاً
١٢٠	السابعه: أواني الخمر من الخشب و القرع و الخزف غير المغصور لا يجوز استعماله
١٢٤	الثامنه: لا يحرم شيء من الربوبات (١) و الأشربه
١٢٥	التاسعه: يكره أكل ما باشره الجنب و الحائض

١٢٨	و من اللواحق النظر في حال الاضطرار
١٢٩	فليكن النظر في: المضطر، و كفيته الاستباحه
١٢٩	أما المضطر
١٣١	و أما كفيته الاستباحه
١٤٧	خاتمه في: الآداب
١٥٩	كتاب الغصب (١)
١٥٩	اشاره
١٦١	أما النظر الأول: في السبب
١٦١	اشاره
١٦١	فالغصب
١٧٨	و هنا أسباب آخر يجب معها الضمان
١٧٨	اشاره
١٧٨	الأول: مباشره الإتلاف
١٧٨	الثاني: التسبب
١٨٤	و يتفرع على السبب فروع
١٨٤	الأول: لو ألقى صبيا في مسبعه، أو حيوانا يضعف عن الفرار
١٨٥	الثاني: لو غصب شاه فمات ولدها جوعا
١٨٦	الثالث: لو فكّ القيد عن الدابة فشردت، أو عن العبد المجنون فأبقى
١٩٠	و من الأسباب: القبض بالعقد الفاسد، و القبض بالسوم
١٩١	النظر الثاني في الحكم
٢٢٥	النظر الثالث في اللواحق
٢٢٥	اشاره
٢٢٥	النوع الأول: في لواحق الأحكام
٢٢٥	اشاره
٢٢٥	الأولى: إذا زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب
٢٣١	الثانية: إذا غصب دهنا كالزيت أو السمن فخلطه بمثله

٢٣٣	الثالثه:فوائد المغصوب مضمونه بالغصب
٢٣٥	فرعان
٢٣٥	الأول:لو زادت قيمه لزياده صفه
٢٣٧	الثاني:لا يضمن من الزياده المتصله ما لم تزد به قيمه
٢٣٨	الرابعه:لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد
٢٤٤	الخامسه:لو غصب مملوكه فوطئها
٢٥٢	السادسه:إذا غصب حنّا فزرعه،أو بيضا فاستفرخه
٢٥٥	السابعه:لو غصب أرضافزرعها أو غرسها
٢٥٧	الثامنه:إذا حصلت داتّه في دار لا تخرج إلا بهدم
٢٦٠	التاسعه:قال الشيخ رحمه الله في المبسوط:إذا خشى على حائط جاز أن يسند بجذع
٢٦١	العاشره:إذا جنى العبد المغصوب عمدا فقتل ضمن الغاصب قيمته
٢٦٣	الحاديّه عشره:إذا نقل المغصوب إلى غير بلد الغصب
٢٦٤	النوع الثاني:في مسائل التنازع
٢٦٤	اشاره
٢٦٤	الأولى:إذا تلف المغصوب،و اختلفا في قيمه
٢٦٥	الثانيه:إذا تلف و ادّعى المالك صفه يزيد بها الثمن
٢٦٧	الثالثه:إذا باع الغاصب شيئاً،ثمّ انتقل إليه بسبب صحيح
٢٦٩	الرابعه:إذا مات العبد فقال الغاصب:رددته قبل موته
٢٧٠	الخامسه:إذا اختلفا في تلف المغصوب
٢٧١	السادسه:إذا اختلفا فيما على العبد،من ثوب أو خاتم
٢٧٣	كتاب الشفعه
٢٧٣	اشاره
٢٧٧	و النظر في ذلك يعتمد خمسّه مقاصد
٢٧٧	اشاره
٢٧٧	الأول:ما تثبت فيه الشفعه
٢٩٣	الثاني:في الشفع

.....	٢٩٣	اشاره
.....	٣٠٧	فروع
.....	٣٠٧	الأول:لو كان الشفعاء أربعة،فباع أحدهم و عفا آخر
.....	٣١٠	الثاني:لو امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعه
.....	٣١٠	الثالث:إذا حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعه و قاسم
.....	٣١١	الرابع:لو استغّلها الأول،نّمّ حضر الثاني
.....	٣١١	الخامس:لو قال الحاضر:لا آخذ حتى يحضر الغائب
.....	٣١٢	السادس:لو أخذ الحاضر و دفع الثمن،نّمّ حضر الغائب
.....	٣١٣	السابع:لو كانت الدار بين ثلاثه،فباع أحدهم من شريكه
.....	٣١٥	الثامن:لو باع اثنان من ثلاثه صفقه،فللشفيع أخذ الجميع
.....	٣٢٢	التاسع:لو باع أحد الحاضرينشيئا،و لهما شريكان غائبان
.....	٣٢٢	العاشر:لو كانت الدار بين أخوين،فمات أحدهما و ورثه ابنان
.....	٣٢٣	المقصد الثالث في كيفيه الأخذ
.....	٣٢٣	اشاره
.....	٣٥٠	مسائل ستّ
.....	٣٥٠	الأولى:لو قال:اشتريت النصف بمائه فترك
.....	٣٥١	الثانيه:إذا بلغه البيع فقال:أخذت بالشفعه
.....	٣٥٢	الثالثه:يجب تسليم الثمن أولا
.....	٣٥٢	الرابعه:لو بلغه أن المشتري اثنان
.....	٣٥٢	الخامسه:إذا كانت الأرض مشغوله بزرع يجب تبقيته
.....	٣٥٤	السادسه:إذا سأل البائعمنالشفيع الإقاله فأقاله
.....	٣٥٤	المقصد الرابع في:لواحق الأخذ بالشفعه
.....	٣٥٤	اشاره
.....	٣٥٤	و فيه مسائل
.....	٣٥٤	الأولى:إذا اشترى بثمان مؤجل
.....	٣٥٧	الثانيه:قال المفيد رحمه الله و المرتضى قدس الله روحه :الشفعه تورث

الثالثة:و هي تورث كالمال	٣٥٨
الرابعة:إذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعه	٣٦٠
تفريع على قوله رحمه الله:لو باع الشريك،و شرط الخيار للمشتري،فتم باع الشفيع نصيبه	٣٦٢
الخامسه:لو باع شقصا في مرض الموت من وارث و حابى فيه	٣٦٣
السادسه:إذا صالح الشفيع على ترك الشفعه صح	٣٦٥
السابعه:إذا تبايعا شقصا،فضمن الشفيع الدرك عن البائع أو عن المشتري	٣٦٥
الثامنه:إذا أخذ بالشفعه فوجد فيه عيبا سابقا على البيع	٣٦٧
التاسعه:إذا باع الشقص بعوض معين لا مثل له كالعبد	٣٦٩
العاشره:لو كانت دار لحاضر و غائب	٣٧٣
و من اللواحق البحث فيما تبطل به الشفعه	٣٧٥
المقصد الخامس في التنازع	٣٨٧
اشاره	٣٨٧
الأولى:إذا اختلفا في الثمن و لا يتنه	٣٨٧
الثانيه:قال في الخلاف:إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي،فأنكر الأجنبي	٣٩٤
الثالثه:إذا ادعى أن شريكه ابتاع بعده،فأنكر	٣٩٦
الرابعه:إذا ادعى الابتاع،و زعم الشريك أنه ورث	٣٩٨
الخامسه:إذا تصادق البائع و المشتري أن الثمن غضب	٤٠٣
كتاب إحياء الموات	٤٠٤
اشاره	٤٠٤
الأول في الأرضين	٤٠٧
اشاره	٤٠٧
فالعامر	٤٠٧
و أما الموات	٤٠٨
و يشترط في التملك بالإحياء شروط	٤٢٢
اشاره	٤٢٢
الأول:أن لا يكون عليها يد لمسلم	٤٢٣

٤٢٣	الثاني:أن لا يكون حريما لعامر
٤٣٣	فرع:لو أحيا أرضا و غرس في جانبها غرسا تبرز أغصانه إلى المباح
٤٣٤	الثالث:أن لا يستقيه الشرع مشعرا للعباده
٤٣٥	الرابع:أن لا يكون مقّا أقطعه إمام الأصل
٤٣٦	الخامس:أن لا يسبق إليه سابق بالتحجير،فإن التحجير
٤٤٠	الطرف الثاني:في كيفيته الإحياء
٤٤٥	الطرف الثالث:في المنافع المشتركة
٤٤٥	اشاره
٤٤٥	أما الطرق
٤٥٠	و أما المسجد
٤٥٣	أما المدارس و الربط
٤٥٥	الطرف الرابع:في المعادن الظاهره
٤٥٥	اشاره
٤٦٠	فرع:لو أحيا أرضا و ظهر فيها معدن ملكه تبعها لها
٤٦٤	و هنا مسائل
٤٦٤	اشاره
٤٦٤	الأولى:ما يقبضه النهر المملوك من الماء المباح
٤٦٦	الثانيه:إذا استجدّ جماعه نهرا فبالحفر يصيرون أولى به
٤٦٧	الثالثه:إذا لم يف النهر المباح أو سيل الوادى بسقى ما عليه دفعه بدئ بالأول
٤٧١	الرابعه:لو أحيا إنسان أرضا ميتة
٤٧٤	كتاب اللقطه
٤٧٤	اشاره
٤٧٧	فالقسم الأول يسمى:لقيطا،و ملقوطا،و منبوزا
٤٧٧	اشاره
٤٧٨	الأول:في اللقيط
٤٨١	الثاني:في الملتقط

٤٨٨	الثالث:فى أحكامه
٤٨٨	اشاره
٤٨٨	و هى مسائل
٤٨٨	الأولى:قال الشيخ رحمه الله:أخذ اللقيط واجب على الكفايه
٤٩٠	الثانيه:اللقيط يملك كالكبير،و يده دأله على الملك كيد البالغ
٤٩١	الثالثه:لا يجب الإشهاد عند أخذ اللقيط
٤٩٢	الرابعه:إذا كان للمنبوذ مال افتقر الملتقط فى الإنفاق عليه إلى إذن الحاكم
٤٩٣	الخامسه:الملقوط فى دار الإسلام يحكم بإسلامه
٤٩٥	السادسه:عاقله اللقيط الإمام،إذا لم يظهر له نسب
٤٩٧	السابعه:إذا بلغ فقذفه قاذف و قال:أنت رقى،فقال:بل حر
٤٩٩	الثامنه:يقبل إقرار اللقيط على نفسه بالرق،إذا كان بالغاً رشيداً،و لم تعرف حرّيته
٥٠١	التاسعه:إذا ادّعى أجنبيّ بنوّته قبل إذا كان المدّعى أباً
٥٠٤	و يلحق بذلك أحكام النزاع
٥٠٤	الأولى:لو اختلفا فى الإنفاق
٥٠٥	الثانيه:لو تشاخ ملتقطان مع تساويهما فى الشرائط أقرع بينهما
٥٠٦	الثالثه:إذا التقطه اثنان،و كلّ واحد منهما لو انفرد أقرّ فى يده،و تشاخاً فيه،أقرع بينهما
٥٠٧	الرابعه:إذا ادّعى بنوّته اثنان
٥٠٧	الخامسه:إذا اختلف كافر و مسلم أو حرّ و عبد فى دعوى بنوّته
٥٠٨	القسم الثانى:فى الملتقط من الحيوان
٥٠٨	اشاره
٥٠٨	أما الأول:فى المأخوذ
٥١٩	الثانى:فى الواجد
٥٢٢	الثالث:فى الأحكام
٥٢٢	اشاره
٥٢٢	الأولى:إذا لم يجد الآخذ سلطاناً ينفق على الضالّه
٥٢٣	الثانيه:إذا كان للقطه نفع كالظهر و اللبن و الخدمه

الـثالثـة: لا تـضمـن الضـالـة بـعد الحـول إلـا مـع قـصد التـمـلـك - - - - -	٥٢٤
الرابعـة: قال الشـيـخ: إذا وـجـد مـمـلوكـا بالـغا أو مـراهـقا لم يـؤـخـذ - - - - -	٥٢٤
الخامـسـة: مـن وـجـد عـبـدـه فـى غـيـر مـصرـه - - - - -	٥٢٥
القـسـم الثـالث: فـى اللـقـطـه - - - - -	٥٢٨
اشارـه - - - - -	٥٢٨
الأول: اللـقـطـه كـلّ مـال ضـائـع أـخـذ و لا يـد عـلـيـه - - - - -	٥٢٨
اشارـه - - - - -	٥٢٨
مـسـائـل خـمـس - - - - -	٥٤١
الأولـى: مـا يـوجـد فـى المـفاوـز أو فـى خـربـه قـد هـلـك أهـلـها - - - - -	٥٤١
الثانيـة: مـن أودـعـه لـصّ مـالا و هو يـعـلـم أنـه لـيـس لـلـمـودـع لـم يـردـه عـلـيـه - - - - -	٥٤٥
الثالثـة: مـن وـجـد فـى دارـه أو فـى صـنـدوقـه مـالا و لا يـعـرفـه - - - - -	٥٤٧
الرابعـة: لا تـمـلـك اللـقـطـه قـبـل الحـول و لو نـوى ذلـك، و لا بـعد الحـول ما لم يقـصـد التـمـلـك - - - - -	٥٤٨
الخامـسـة: قال الشـيـخ رـحمـه اللـه: اللـقـطـه تـضمـن بمـطـالبـه المـالـك لا بـنـيـه التـمـلـك - - - - -	٥٥١
الثاني: فـى المـلـتـقـط - - - - -	٥٥٣
الثالث: فـى الأـحـكام - - - - -	٥٥٨
اشارـه - - - - -	٥٥٨
الأولـى: لـيـس التـوالـى شـرطا فـى التـعـرـيـف - - - - -	٥٥٨
الثانيـة: إذا دـفع اللـقـطـه إلـى الحـاكـم فـبـاعـها - - - - -	٥٦١
الثالثـة: قـيـل: لا يـجـب التـعـرـيـف إلـا مـع نـيـه التـمـلـك - - - - -	٥٦٢
الرابعـة: إذا التـقـط العـبـد و لم يـعـلـم المـولـى، فـعـزـف حـولا ثـمّ أـتـلفـها - - - - -	٥٦٨
الخامـسـة: لا تـدفع اللـقـطـه إلـا بالـبـيـنـه، و لا يـكـفـى الوـصـف - - - - -	٥٧٠
فـرعاـن - - - - -	٥٧١
الأول: لو رـدّـها بالـوصـف ثـمّ أقـام آخـر البـيـنـه بـها انـتـزـعـها - - - - -	٥٧١
الثاني: لو أقـام وـاحـد بـيـنـه بـها فدفعـت إلـيـه، ثـمّ أقـام آخـر بـيـنـه بـها أـيـضـا - - - - -	٥٧٢
تـعـرـيـف مـركـز - - - - -	٥٧٤

سرشناسه : شهيد ثانی، زين الدين علی، ق ٩٦٦ - ٩١١

عنوان و نام پديدآور : مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام [محقق حلی]: الفهارس العامه/ تالیف زين الدين بن علی العاملي "شهيد ثانی"؛ تحقيق و نشر موسسه المعارف الاسلاميه

مشخصات نشر : قم: موسسه المعارف الاسلاميه، ١٤٢٣ق. = ١٣٨١.

مشخصات ظاهري : ص ٤٤٨

فروست : (بنیاد معارف اسلامي ٤٧)

شابك : ٩٦٤-٧٧٧٧-٢٧-٢(ج.١٦) ؛ (دوره) ؛ (دوره)

يادداشت : جلد شانزدهم "مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام" الفهارس می باشد

يادداشت : عربي.

يادداشت : عنوان روی جلد: الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

يادداشت : کتابنامه

عنوان روی جلد : الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

موضوع : شهيد ثانی، زين الدين علی، ٩٦٦ - ٩١١ق. مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام -- فهرستها

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٢ق. شرايع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسير

موضوع : فقه جعفری -- قرن ٧

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٣ق. شرايع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

شناسه افزوده : بنیاد معارف اسلامي

رده بندی کنگره : BP١٨٢/م ٣ش ٤٠٧٢ ١٣٨١

رده بندی دیویی : ٢٩٧/٣٤٢ م ٣٣١ش/ش ش

شماره کتابشناسی ملی : م ۸۲-۴۳۱۸

ص: ۱

اشاره

تتمه القسم الرابع فى الأحكام

كتاب الأُطعمه و الأُشربه (١)

اشاره

ص:٥

كتاب الأُطعمه و الأُشربه الكلام فى الأُطعمه و معرفه أحكامها من المهمّات، فإن الله تعالى أجرى العاده بالحاجه إليها، قال تعالى
وَ مَا جَعَلْنَاهُمْ جَسَداً لَّا يَأْكُلُونَ الطَّعَامَ (١).

و فى تناول الحرام الوعيد الشديد، قال صلى الله عليه و آله: «أَيَّ لَحْمٍ نَبَتَ مِنْ حَرَامٍ فَالنَّارُ أُولَى بِهِ» (٢).

ثمَّ للإنسان حالتان: حاله رفاهيه و اختيار، و حاله اضطرار، و بحسبهما أودع مسائل الكتاب، و اختلف الحال فى الحلّ و الحرمة.

و الأصل فى معرفه ما يحلّ أكله و ما يحرم أن يرجع إلى الشرع، فما أباحه فهو مباح، و ما حظره فهو محظور. و سيأتى تفصيل ما
أباحه بخصوصه أو حرّمه بخصوصه.

و ما لم يكن له فى الشرع ذكر كان المرجع فيه إلى عاده العرب (٣)، فما استطابه فهو حلال، و ما استخبثه فهو حرام، لقوله تعالى وَ
يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ (٤) و قوله يَسْتَأْذِنُكَ مَا ذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ (٥) و نحوهما من الآيات.

ص: ٧

١- ١) الأنبياء: ٨.

٢- ٢) انظر مستدرک الحاكم ٤: ١٢٧، تلخيص الحبير ٤: ١٤٩، مجمع الزوائد للهيثمى ١٠: ٢٩١، مع اختلاف يسير.

٣- ٣) فى «د، ر، ل»: العرف.

٤- ٤) الأعراف: ١٥٧.

٥- ٥) المائدة: ٤.

فإن لم يكن له في الشرع ولا في عرفهم ذكر، فإن علم اشتماله على مضره في الجسد كان حراماً، وإلا كان مباحاً على أصح القولين للأصوليين والفقهاء، لأن الأعيان مخلوقه لمنافع العباد، ولقوله تعالى قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعُمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِيتَةً . (١)، الآية، وقول الصادق عليه السلام: «كُلَّ شَيْءٍ مُطْلَقٍ حَتَّى يَرُدَّ فِيهِ نَهْيٌ» (٢)، وقوله عليه السلام في صحيحه عبد الله بن سنان: «كُلَّ شَيْءٍ يَكُونُ فِيهِ حَلَالٌ وَحَرَامٌ فَهُوَ لَكَ حَلَالٌ أَبَدًا حَتَّى تَعْرِفَ الْحَرَامَ مِنْهُ بَعِيْنَهُ فَتَدْعَهُ» (٣). وقال من الأصوليين بأن الأصل في الأشياء الحظر أو التوقف لزمه التحريم فيما اشتبه من أمره.

ثم الطيب يطلق:

على الحلال، قال تعالى كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ (٤)، أي: من الحلال.

و على الطاهر، قال تعالى فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا (٥)، أي طاهراً.

و على ما لا أذى فيه، كالزمان الذي لا حر فيه ولا برد، يقال: هذا زمان طيب.

و ما تستطيعه النفس و لا تنفر منه، كقوله تعالى:

ص: ٨

١- (١) الأنعام: ١٤٥.

٢- (٢) الفقيه ١: ٢٠٨ ح ٩٣٧، الوسائل ٤: ٩١٧ ب «١٩» من أبواب القنوت ح ٣.

٣- (٣) الكافي ٥: ٣١٣ ح ٣٩، الفقيه ٣: ٢١٦ ح ١٠٠٢، التهذيب ٩: ٧٩ ح ٣٣٧، الوسائل ١٦: ٤٠٣ ب «٦٤» من أبواب الأطعمة المحرمة

ح ٢.

٤- (٤) طه: ٨١.

٥- (٥) النساء: ٤٣.

يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ (١) إذ ليس المراد منها هنا الحلال، لعدم الفائدة في الجواب على تقديره، لأنهم سألوهم أن يبين لهم الحلال فلا يقول في الجواب:

الحلال، ولا الطاهر، لأنه إنما يعرف من الشرع توقيفا، ولا ما لا أذى فيه، لأن المأكول لا يوصف به، فتعين أن يكون المراد ردّهم إلى ما يستطيّبونه ولا يستخبثونه، فردّهم إلى عادتهم وما هو مقرّر في طباعهم. ولأن ذلك هو المتبادر من معنى الطيب عرفا. وسيأتي في الأخبار ما يتّبه عليه.

و المراد بالعرف الذي يرجع إليه في الاستطابه عرف الأوساط من أهل اليسار في حاله الاختيار، دون أهل البوادي و ذوى الاضطراب من جفاه العرب، فإنهم يستطيّبون ما دبّ و درج، كما سئل (٢) بعضهم عمّا يأكلون فقال: كلّ ما دبّ و درج إلا أمّ حيين [١]، فقال بعضهم: لتنهأ أمّ حيين العافيه، لكونها أمنت أن تؤكل.

هذا خلاصه ما قرّره الشيخ في المبسوط [٢] و غيره (٣)، إلا أنه فضّل أولا المحلّل إلى الحيوان و غيره، وقسّم الحيوان إلى حيّ و غيره، وجعل ما كان من الحيوان حيّا (٤) فهو حرام حيث لا يرد به شرع، محتجّا بأن ذبح الحيوان محظور، و ما كان من الحيوان غير حيّ أو من غيره فهو على أصل الإباحه. و في استثناء الحيوان الحيّ من ذلك نظر، لعدم الأدلّه. والاستناد إلى تحريم ذبحه بدون

ص: ٩

١ - ١) المائدة: ٤.

٢ - ٢) انظر المبسوط ٢٧٩: ٦، الحاوى الكبير ١٣٥: ١٥.

٣ - ٥) السرائر ١١٨: ٣.

٤ - ٦) كذا في «ص»، و في سائر النسخ: حيّ.

إشارة

و النظر فيه يستدعى بيان أقسام ستّه:

الأول: في حيوان البحر

الأول:

في حيوان البحر (١) و لا يؤكل منه إلا ما كان سمكا له فلس، سواء بقى عليه كالشبوط و البياح، أو لم يبق كالكنعت.

أما ما ليس له فلس في الأصل، كالجزى، ففيه روايتان أشهرهما التحريم. و كذا الزمار و المارماهى و الزهو، لكن أشهر الروايتين هنا الكراهية.

الشرع في حيز المنع.

فهذا هو الأصل الذى يرجع إليه فى باب الأطحمة [و الأشرية] (١). و بقى الكلام فيما نصّ الشارع على تحريمه، فلنشرع فى الكلام عليه.

قوله: «الأول: في حيوان البحر. إلخ».

حيوان البحر إما أن يكون له فلس، كالأنواع الخاصّة من السمك، و لا خلاف بين المسلمين فى كونه حلالا، و ما ليس على صورته السمك من أنواع الحيوان، و لا (٢) خلاف بين أصحابنا [١] فى تحريمه.

ص: ١٠

١ - ١) من الحجريتين.

٢ - ٢) فى «م»: فلا.

و بقي من حيوان البحر ما كان من السمك و ليس له فلس، كالجرى و المارماهى و الزمار. و قد اختلف الأصحاب فى حله بسبب اختلاف الروايات فيه، فذهب الأكثر - و منهم الشيخ (١) فى أكثر كتبه - إلى تحريمه مطلقاً، لصحيحه محمد بن مسلم قال: «أقرأنى أبو جعفر عليه السلام شيئاً فى كتاب على عليه السلام، فإذا فيه: أنها كم عن الجرّيث و المارماهى و الطافى و الطحال، قال: قلت:

رحمك الله إنّنا نؤتى بالسمك ليس له قشر، فقال: كل ما له قشر من السمك، و ما كان ليس له قشر فلا تأكله» (٢).

و صحيحه حمّاد بن عثمان قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: جعلت فداك الحيتان ما يؤكل منها؟ فقال: ما كان له قشر، فقلت: جعلت فداك ما تقول فى الكنعت؟ قال: لا بأس بأكله، قال: قلت: فإنه ليس لها قشر، قال: بلى و لكنّها حوت سيئه الخلق تحتك بكلّ شيء، فإذا نظرت فى أصل أذنّها وجدت لها قشراً» (٣).

و عن أبى عبد الله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يركب بغله رسول الله صلى الله عليه و آله بالكوفة ثم يمرّ بسوق الحيتان فيقول: لا

ص: ١١

١ - ١) المبسوط ٦: ٢٧٦، الخلاف (طبعة كوشانيور) ٥٢٤: ٢ مسألة (٣١).

٢ - ٢) الكافي ٦: ٢١٩ ح ١، التهذيب ٩: ٢ ح ١، الوسائل ١٦: ٣٣١ ب «٩» من أبواب الأطعمة المحرّمة ح ١، و أورد ذيله فى ص: ٣٢٩ ب «٨» ح ١.

٣ - ٣) الكافي ٦: ٢١٩ ح ٢، الفقيه ٣: ٢١٥ ح ١٠١، التهذيب ٩: ٣ ح ٤، الوسائل ١٦: ٣٣٦ ب «١٠» من أبواب الأطعمة المحرّمة ح ١.

تأكلوا ولا تبيعوا ما لم يكن له قشر» (١). و غير ذلك من الأخبار (٢).

و ذهب الشيخ في كتابي الأخبار (٣) إلى إباحه ما عدا الجرّى، لصحيحه الحلبي قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لا يكره شيء من الحيتان إلا الجرّى» (٤). و في معناها غيرها (٥).

قال الشيخ في الكتابين: «و الوجه في هذه الأخبار أنه لا يكره كراهه الحظر إلا - هذا الجرّى، و إن كان يكره كراهه الندب و الاستحباب» (٦). و هذا صريح في اختيار كراهه ما عدا الجرّى من السمك مطلقا.

و يؤيده أيضا صحيحه زراره قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الجرّث، فقال: و ما الجرّث؟ فنعتّه له، فقال لا أجِدُ في ما أُوجَى إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعُمُهُ، إلى آخر الآية، ثم قال: لم يحرم الله شيئا من الحيوان في القرآن إلا الخزير بعينه، و يكره كلّ شيء من البحر ليس له قشر مثل قشر الورق، و ليس بحرام إنما هو مكروه» (٧).

و صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجرّى و المارماهى و الزمير و ما ليس له قشر من السمك حرام هو؟ فقال لى: يا محمد

ص: ١٢

- ١- (١) الكافي ٦: ٢٢٠ ح ٦، التهذيب ٩: ٣ ح ٣، الوسائل ١٦: ٣٣٠ ب «٨» من أبواب الأطعمة المحرّمة ح ٤.
- ٢- (٢) لاحظ الوسائل ١٦: ٣٢٩ ب «٨» من أبواب الأطعمة المحرّمة.
- ٣- (٣) تهذيب الأحكام ٩: ٥ ذيل ح ١٤، الاستبصار ٤: ٥٩ ذيل ح ٧.
- ٤- (٤) التهذيب ٩: ٥ ح ١٣، الاستبصار ٤: ٥٩ ح ٢٠٥، الوسائل ١٦: ٣٣٤ ب «٩» من أبواب الأطعمة المحرّمة ح ١٧.
- ٥- (٥) انظر التهذيب ٩: ٥ ح ١٤، الاستبصار ٤: ٥٩ ح ٢٠٦، الوسائل ١٦: ٣٣٤ الباب المتقدّم ح ١٨.
- ٦- (٦) تهذيب الأحكام ٩: ٥ ذيل ح ١٤، الاستبصار ٤: ٥٩ ذيل ح ٧.
- ٧- (٧) التهذيب ٩: ٥ ح ١٥، الاستبصار ٤: ٥٩ ح ٢٠٧، الوسائل ١٦: ٣٣٤ الباب المتقدّم ح ١٩.

اقرأ هذه الآيه التى فى الأنعام قُلْ لاَ أَجِدُ فى ما أُوحِىَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا قال: فقرأتها حتى فرغت منها، فقال: إنما الحرام ما حرّم الله ورسوله فى كتابه، ولكنهم قد كانوا يعافون أشياء فنحن نعافها» (١).

وَمِمَّا ذَكَرْنَاهُ يَظْهَرُ ما ذكره المصنف من أن فى الجَرى روايتين. والمراد الجنس بالتحريم والتحليل، وأن أشهرهما بين الأصحاب التحريم. وإنما نسب القول بالتحريم إلى الشهره خاصّه لما قد عرفت من أن روايات الحلّ صحيحات الأسناد كثيره، وقد كان يمكن الجمع بينها وبين ما دلّ على التحريم بالحمل على الكراهه، لكن الأشهر بينهم التحريم.

وكذلك ظهر اختلاف الروايه فى المارماهى والزمار. أما الزهو فقد دخل فى عموم الروايات (٢) الدالّه على الحلّ. ومما ورد فيه بخلاف ذلك روايه محمد بن سليمان بن جعفر قال: «حدّثنى إسحاق صاحب الحيتان قال: خرجنا بسمك نتلقّى به أبا الحسن الرضا عليه السلام وقد خرجنا من المدينه و قدم هو من سباله، فقال: ويحك يا فلان لعلّ معك سمكا، قلت:

نعم جعلت فداك، فقال: انزلوا، فقال: ويحك لعلّ زهو، قلت: نعم، قال:

اركبوا لا حاجه لنا فيه، قال: و الزهو سمك ليس له قشر» [١]. وهذه الروايه مع قطع النظر عن سندها لا تدلّ على التحريم، بل غايتها الكراهه. لكن قوله فيها إنه «سمك ليس له قشر» إن كان من كلام الإمام أو ثبت فيتناوله النهى فى

ص: ١٣

١- ١) التهذيب ٩: ٦ ح ١٦، الاستبصار ٤: ٦٠ ح ٢٠٨، الوسائل ١٦: ٣٣٥ الباب المتقدم ح ٢٠.

٢- ٢) المذكوره فى الصفحه السابقه.

الأخبار السابقة (١).

و المصنف-رحمه الله-اختار في هذه الثلاثة الكراهه.و هو مذهب الشيخ في النهايه (٢)و تلميذه القاضي (٣).و هو حسن،لأنه طريق الجمع بين الأخبار.

و المانعون (٤)حملوا أخبار الحلّ على التقيّه.و ليس بجيّد.

و قد أغرب الشيخ في النهايه في حكم المارماهى،ففى باب المكاسب (٥)جعله من المكاسب المحظوره،كالجرى و غيره من السمك الذى لا يحلّ أكله.

و فى باب الأطعمه (٦)جعله مكروها كما نقلناه هنا عنه.و فى باب الحدود قال:

«و يعزّر آكل الجرى و المارماهى.و غير ذلك من المحرّمات،فإن عاد أدّب ثانيه، فإن استحلّ شيئا من ذلك وجب عليه القتل» (٧).

و أعجب ما فيه-مع اختلاف الفتوى-حكمه بقتل مستحلّ المارماهى، فإن كلّ من خالفنا من العلماء مجمعون على حلّه،و أصحابنا مختلفون فيه كما عرفت،حتى هو من جمله القائلين بحلّه فى النهايه (٨)و التهذيب (٩)و الاستبصار (١٠).و مستحلّ المحرّم إنما يقتل إذا استحلّ ما أجمع المسلمون على تحريمه،بل لا يكفى ذلك حتى يكون قد علم تحريمه من دين الإسلام ضروره كالخمر و الميته،و أين هذا ممّا أكثر المسلمين على حلّه حتى الشيخ رحمه الله؟!

ص: ١٤

١- (١) فى ص: ١١.

٢- (٢) النهايه: ٥٧٦.

٣- (٣) المهذّب ٢: ٤٣٨-٤٣٩.

٤- (٤) انظر المختلف: ٦٧٧-٦٧٨،التنقيح الرائع ٤: ٣٢،المهذّب البارع ٤: ١٩٠.

٥- (٥) النهايه: ٣٦٤-٣٦٥ و ٧١٣.

٦- (٦) النهايه: ٥٧٦.

٧- (٧) النهايه: ٣٦٤-٣٦٥ و ٧١٣.

٨- (٨) النهايه: ٥٧٦.

٩- (٩) التهذيب ٥: ٩،ذيل ح ١٤.

١٠- (١٠) الاستبصار ٤: ٥٩،ذيل ح ٢٠٦.

و يؤكل الرّبيثا،(١)و الإريبان،و الطمر،و الطبراني،و الإبلامي.

و اعلم أن الجرّى بكسر الجيم،و الرء المهملة المشدّده المكسوره.و يقال الجرّيث،بزياده الشاء المثلثه.و الزمّار بكسر الزاى المعجمه،و الميم المشدّده، و الرء المهملة أخيرا.و يقال:الزّمير،كما وقع فى الروايه.و المارماهى بفتح الرء المهمله،كلمه أعجميّه معناها:حيّه السمك.و الزهو بالزاى المعجمه المفتوحه.

و الشبّوط بفتح الشين،و تشديد الباء مضمومه.و البياح بكسر الباء الموحّده مخفّفا،و ربما فتحت الباء و شدّدت[الياء] (١).و الكنعت،و يقال:الكنعد بالبدال المهمله.

قوله:«و يؤكل الرّبيثا.إلخ».

الريثا بالراء المهمله المفتوحه،و الباء الموحّده المكسوره،و الياء المثنيّه من تحت الساكنه،و الشاء المثلثه المفتوحه،و الألف المقصوره.و الطمر بكسر الطاء المهمله،و الميم الساكنه،و الرء المهمله.و الطبراني بالطاء المهمله المفتوحه،و الباء الموحّده المفتوحه،و الرء المهمله،و النون بعد الألف.

و الإبلامى بكسر الهمزه،و الباء الموحّده الساكنه.

و يدلّ على حلّ هذه بخصوصها صحيحه محمد بن إسماعيل قال:

«كتبت إلى أبى الحسن الرضا عليه السلام:اختلف الناس علىّ فى الربيثا فما تأمرنى به؟فكتب:لا بأس بها» (٢).و عن محمد الطبرى قال:«كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام أسأله عن سمك يقال له الإبلامى،و سمك يقال له الطبرانى،و سمك يقال له الطمر،و أصحابى ينهون عن أكله،فكتب:كله

ص:١٥

(١-١) من «م».

(٢-٢) الفقيه ٣:٢١٥ ح ٩٩٨،التهذيب ٩:٨١ ح ٣٤٧،الاستبصار ٤:٩١ ح ٣٤٦،الوسائل ١٦:٣٣٨ ب«١٢» من أبواب الأُطعمه المحرّمه ح ٣.

و لا تؤكل السلحفاه،(١) و لا الضفادع، و لا السرطان، و لا شيء من حيوان البحر، ككلبه و خنزيره.

لا بأس به» (١).

قوله: «و لا تؤكل السلحفاه إلخ».

قد تقدّم (٢) ما يدلّ على تحريم هذه الأشياء، لأنها من جملة حيوان البحر، و المحلّل منه منحصر فى السمك على ما تقرّر.

و لا- فرق فى حيوان البحر بين خنزيره و شاته، فلو أدرجها كان أولى، لأنها الفرد الأخرى، فإن من العامّة (٣) من حكم بتحريم كلبه و خنزيره دون شاته و نحوها ممّا هو على صفه المحلّل، و منهم (٤) من حكم بحلّ الجميع.

و يدلّ على تحريم الثلاثة الأول- مع كونها مستخبّثه- صحيحه علىّ بن جعفر، عن أخيه موسى عليه السلام قال: «لا يحلّ أكل الجزّى و لا- السلحفاه و لا- السرطان، قال: و سألته عن اللحم الذى يكون فى أصداف البحر و الفرات أ يؤكل؟ قال: ذلك لحكم الضفادع لا يحلّ أكله» (٥).

و السلحفاه بضمّ السين، و فتح اللام، و سكون الحاء المهملة. و الضفادع جمع ضفدع بكسر أوله و فتحه و ضمّه، مع كسر ثالثه و فتحه فى الأول، و كسره فى الثانى، و فتحه فى الثالث. و السرطان بفتح أوله و ثانيه، و يسمّى عقرب الماء.

ص: ١٦

١- (١) التهذيب ٩: ١٣ ح ٤٧، الوسائل ١٦: ٣٣١ ب «٨» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٩.

٢- (٢) فى ص: ١٠- ١١.

٣- (٣) راجع الحاوى الكبير ١٥: ٦٠، المغنى لابن قدامه ١١: ٨٥، روضه الطالبين ٢: ٥٤٢.

٤- (٤) راجع الحاوى الكبير ١٥: ٦١، المغنى لابن قدامه ١١: ٨٦، روضه الطالبين ٢: ٥٤٢.

٥- (٥) الكافى ٦: ٢٢١ ح ١١، التهذيب ٩: ١٢ ح ٤٦، الوسائل ١٦: ٣٤٢ ب «١٦» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ١.

و لو وجد فى جوف (١) سمكه أخرى حلّت إن كانت من جنس ما يحلّ، وإلا- فهى حرام. و بهذا روايتان، طريق إحداهما السكونى، و الأخرى مرسله.

و من المتأخرين من منع، استنادا إلى عدم اليقين بخروجها من الماء حيّه. و ربما كانت الروايه أرجح، استصحابا لحال الحياه.

قوله: «و لو وجد فى جوف. إلخ».

القول بالحلّ للشيخ فى النهايه (١) و المفيد (٢) و آخرين (٣)، استنادا إلى روايه السكونى عن الصادق عليه السلام: «أن عليّا عليه السلام سئل عن سمكه شقّ بطنها فوجد فيها سمكه، قال: كلهما جميعا» (٤). و مرسله أبان عن بعض أصحابه عن الصادق عليه السلام قال: «قلت: رجل أصاب سمكه فى جوفها سمكه، قال: يؤكلان جميعا» (٥).

و المانع من حلّها ابن إدريس (٦)، ما لم تخرج من بطنها حيّه، لأن شرط حلّ السمك أخذه من الماء حيّا، و الجهل بالشرط يقتضى الجهل بالمشروط. و وافقه العلامة فى المختلف (٧) و التحرير (٨)، و ولده فخر الدين (٩).

ص: ١٧

١- (١) النهايه: ٥٧٦.

٢- (٢) المقنعه: ٥٧٦-٥٧٧.

٣- (٣) الجامع للشرائع: ٣٨٠، الدروس الشرعيّه ٨: ٣.

٤- (٤) الكافى ٦: ٢١٨ ح ١٢، التهذيب ٨: ٩ ح ٢٥، الوسائل ١٦: ٣٠٤ ب «٣٦» من أبواب الذبائح، ذيل ح ١.

٥- (٥) الكافى ٦: ٢١٨ ح ١٤، التهذيب ٨: ٩ ح ٢٦، الوسائل ١٦: ٣٠٤ الباب المتقدّم ح ١.

٦- (٦) السرائر ١٠٠: ٣.

٧- (٧) المختلف: ٦٧٨.

٨- (٨) تحرير الأحكام ٢: ١٦٠.

٩- (٩) إيضاح الفوائد ٤: ١٤٤.

و لو وجدت فى جوف (١) حيّه سمكه، أكلت إن لم تكن تسلّخت، و لو تسلّخت لم تحلّ.

و الوجه أنها لا تحلّ إلا أن تقذفها و السمكه تضطرب. و لو اعتبر مع ذلك أخذها حيّه ليتحقّق الذكاه كان حسنا.

و فى القواعد (١) رَجَّحَ مذهب الشيخ. و كذلك المصنّف فى النافع (٢)، و مال إليه هنا بعض الميل. و أشار إلى جواب دليل ابن إدريس بأن الأصل بقاء الحياه إلى بعد إخراجها، إذ لا شكّ فى حلول الحياه فى السمكه وقتا ما فيستصحب إلى أن يعلم المزيل، و تكون الروايتان شاهدا و إن لم تصلحا لإثبات الحكم. و هو حسن حيث لا تدلّ القرائن على تقدّم موتها، بأن يخرجها من بطنها عاجلا فيجدها قد تغيّرت بالسلخ و نحوه.

قوله: «و لو وجدت فى جوف. إلخ».

القول بحلّها ما لم تنسلخ مطلقا للشيخ فى النهايه (٣)، استنادا إلى روايه أيّوب بن أعين عن الصادق عليه السلام قال: «قلت له: جعلت فداك ما تقول فى حيّه ابتلعت سمكه ثمّ طرحتها و هى حيّه تضطرب آكلها؟ قال: إن كان فلوسها قد تسلّخت فلا تأكلها، و إن لم تكن تسلّخت فكلها» (٤).

و الشيخ -رحمه الله- لم يعتبر إدراكها حيّه تضطرب. و الروايه لا تدلّ على

ص: ١٨

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ١٥٦.

٢- (٢) المختصر النافع: ٢٥١.

٣- (٣) النهايه: ٥٧٦.

٤- (٤) الكافى ٦: ٢١٨ ح ١٦، الفقيه ٣: ٢٠٧ ح ٩٥٣، التهذيب ٩: ٨ ح ٢٧ و فيه: عن الوشاء، الوسائل ١٦: ٣٤٢ ب «١٥» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ١.

و لا يؤكل الطافي،(١)و هو ما يموت فى الماء،سواء مات بسبب كضرب العلق[١]أو حراره الماء،أو بغير سبب.و كذا ما يموت فى شبكه الصائد فى الماء أو فى حظيره.

مذهبه.و فى المختلف (١)عمل بموجب الروايه،و هو يقتضى الاجتزاء بإدراكها حيّه،مع أنه لا يقول بذلك فى ذكاه السمك.

و الوجه ما اختاره المصنف-رحمه الله-و ابن إدريس (٢)و جمله المتأخرين (٣)،و هو اشتراط أخذه لها حيّه،لأن ذلك هو ذكاه السمك على ما تقدّم (٤).

قوله:«و لا يؤكل الطافي. إلخ».

نبه بقوله:«سواء مات. إلى آخره»على خلاف بعض العامّه [٢]حيث فرّق بين الأمرين،فوافقنا على تحريمه مع موته لسبب خارج،و حكم بحلّه إذا مات من قبل نفسه.و أكثر الجمهور على حلّه مطلقاً.و قد تقدّم (٥)ما يدلّ على تحريمه، و الخلاف فيما يموت فى الشبكه و الحظيره.

ص: ١٩

١- ٢) المختلف: ٦٧٨.

٢- ٣) السرائر ١٠٠: ٣.

٣- ٤) قواعد الأحكام ١٥٦: ٢، إيضاح الفوائد ١٤٥: ٤، التنقيح الرائع ٣٤: ٤.

٤- ٥) فى ج ٥٠٢: ١١.

٥- ٧) فى ج ٥٠٦: ١١.

و لو اختلط الميّت (١) بالحَيِّ بحيث لا يتميّز، قيل: حلّ الجميع.

و اجتنابه أشبه.

و لا يؤكل الجلال (٢) من السمك حتى يستبرأ، بأن يجعل في الماء يوما و ليلة، و يطعم علفا طاهرا.

قوله: «و لو اختلط الميّت. إلخ».

القول بحلّه مع الاشتباه للشيخ في النهاية (١)، و استحسّنه المصنف - رحمه الله - فيما سبق (٢)، لدلاله الأخبار (٣) الصحيحه عليه. و الأشهر تحريم الجميع إذا كان محصورا، لوجوب اجتناب الميّت، و لا - يتمّ إلا - باجتناب الجميع كغيره من الأَطعمه المشتبهه بالمحرّم. و قد تقدّم (٤) البحث في ذلك.

قوله: «و لا يؤكل الجلال. إلخ».

جلال السمك ما يغتذى بعذره الإنسان كغيره من الحيوان. و سيأتى (٥) الكلام فيه.

و اعتبار استبرائها يوما و ليلة مذهب الشيخ [١] و الأَكثَر، استنادا إلى روايه يونس عن الرضا عليه السلام (٦). و اكتفى الصدوق [٢] بيوم إلى الليل، لروايه القاسم

ص: ٢٠

١ - (١) النّهايه: ٥٧٨.

٢ - (٢) في ج ٥٠٦: ١١.

٣ - (٣) لاحظ الوسائل ١٦: ٣٠٣ ب «٣٥» من أبواب الذبائح.

٤ - (٤) في ج ٥٠٦: ١١.

٥ - (٥) في ص: ٢٥.

٦ - (٦) الكافي ٦: ٢٥٢ ح ٩، التهذيب ٩: ١٣ ح ٤٨، الوسائل ١٦: ٣٥٧ ب «٢٨» من أبواب الأَطعمه المحرّمه ح ٥.

و بيض السمك المحلل (١) حلال، و [كذا] بيض المحرم حرام. و مع الاشتباه يؤكل ما كان خشنا، لا ما كان أملس.

بن محمد الجوهرى (١). و الأول طريق اليقين.

و يعتبر فى العلف كونه طاهرا بالفعل. و ربما اكتفى بالطاهر بالأصالة خاصه. و هو ضعيف، لأن إطلاق الطاهر يقتضى ما ذكرناه.

قوله: «و بيض السمك المحلل. إلخ».

هذا الحكم مشهور بين الأصحاب، غير أن كثيرا منهم لم يقيّدوا التفصيل بحاله الاشتباه، بل أطلقوا القول بأن بيض السمك مطلقا يؤكل منه الخشن دون الأملس و المنماع [١].

و أنكره ابن إدريس رأسا، و قال: «لا - دليل عليه من كتاب و لا - سنّه و لا - إجماع، و لا خلاف فى أن جميع ما فى بطن السمك طاهر، و لو كان ذلك صحيحا لما حلت الصحناء» [٢].

و وافقه فى المختلف مستدلا بعموم قوله تعالى أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَ طَعَامُهُ (٢). و قال: «و لم يبلغنا فى الأحاديث المعول عليها ما ينافى العموم» (٣).

ص: ٢١

١ - ١) الفقيه ٣: ٢١٤ ح ٩٩٣، الوسائل ١٦: ٣٥٧ ب «٢٨» من أبواب الأطعمة المحرّمة ح ٧.

٢ - ٢) المائدة: ٩٦.

٣ - ٥) المختلف: ٦٨٤.

القسم الثاني:

في البهائم و يؤكل من الإنسيه: (١) الإبل و البقر و الغنم. و تكره: الخيل و البغال و الحمر الأهليه، على تفاوت بينها في الكراهيه.

قوله: «و يؤكل من الإنسيه. إلخ».

لا- خلاف بين المسلمين في تحليل الأنعام الثلاثه، و الكتاب (١) و السنّه (٢) ناطقان به. و المشهور بين أصحابنا تحليل الحموله [١] الثلاثه: الخيل و البغال و الحمير، للأصل، و قوله تعالى قُلْ لا- أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ . (٣) الآيه، و خصوص حسنه زواره و محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام أنهما سألاه عن أكل لحوم الحمر الأهليه فقال: «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن أكلها يوم خيبر، و إنما نهى عن أكلها لأنها كانت حموله الناس، و إنما الحرام ما حرم الله عزّ و جلّ في القرآن» (٤). و في روايه أخرى لمحمد بن مسلم عنه عليه السلام قال: «سألته عن لحوم الخيل و البغال، فقال: حلال و لكن

ص: ٢٢

١- (١) النحل: ٥، المؤمنون: ٢١، غافر: ٧٩.

٢- (٢) علل الشرائع: ٥٦١ ب «٣٥٥»، تحف العقول: ٣٣٧.

٣- (٤) الأنعام: ١٤٥.

٤- (٥) الكافي ٢٤٥: ٦ ح ١٠، التهذيب ٩: ٤١ ح ١٧١، الاستبصار ٤: ٧٣ ح ٢٦٨، الوسائل ٣٢٣: ١٦ ب «٤» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح

الناس يعافونها» (١).

و وجه كراهتها ورود روايات كثيره بالنهي عنها، و حمل على الكراهه جمعاً، فمنها صحيحه ابن مسكان قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن لحوم الحمير، فقال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن أكلها يوم خير، قال:

و سألته عن أكل الخيل و البغال، فقال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عنها، فلا تأكلها إلا أن تضطرّ إليها» (٢).

و فى معناها غيرها (٣)، إلا أن هذه أوضح الجميع سنداً، و هى أصحّ سنداً من روايات الحلّ، إلا أنها ظاهره فى الكراهه من جهه قوله: «إلا أن تضطرّ إليها» فإنه علّق الحلّ على مطلق الضروره، و مطلقها أعمّ من أن يبلغ حدّاً يحلّل المحرّم.

و أيضاً فقوله: «نهى عن أكلها يوم خير» غير مناف لما ذكر فى روايه الحلّ، لأنه اعترف فيها بنهيه عنها ذلك اليوم، و لكنّه نهى كراهه إبقاء لظهورها.

و يؤيّده صحيحه محمد بن مسلم أيضاً عن الباقر عليه السلام أنه سئل عن سباع الطير و الوحش حتى ذكر له القنفاذ و الوطواط و الحمير و البغال و الخيل، فقال: «ليس الحرام إلا ما حرّم الله فى كتابه، و قد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن أكل لحوم الحمير، و إنما نهاهم من أجل ظهورهم أن يفنوه، و ليست

ص: ٢٣

١- (١) الفقيه ٣: ٢١٣ ح ٩٨٨، التهذيب ٩: ٤١ ح ١٧٤، الاستبصار ٤: ٧٤ ح ٢٧١، الوسائل ١٦: ٣٢٦ ب «٥» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٣.

٢- (٢) الكافي ٦: ٢٤٦ ح ١٣، التهذيب ٩: ٤٠ ح ١٦٨، الاستبصار ٤: ٧٤ ح ٢٧٢، الوسائل ١٦: ٣٢٣ ب «٤» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٤، و ذيلها فى ص: ٣٢٥ ب «٥» ح ١.

٣- (٣) لاحظ الوسائل ١٦: ٣٢٢ ب «٥، ٤» من أبواب الأطعمه المحرّمه.

الحمير بحرام-ثم قال:-اقرأ هذه الآية قل لا أجد في ما أوحى إليّ محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحماً خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به (١). وهذا تصريح بالإباحة.

و ذهب أبو الصلاح (٢) إلى تحريم البغل، استناداً إلى النهي عنه في تلك الأخبار. وقد عرفت جوابه. و كان ينبغي له أن يحرم الباقي أو الحمير (٣) بطريق أولى، لورودهما معه في النهي.

إذا تقرّر ذلك، فقد اشتركت الثلاث في الكراهة كما (٤) ذكرها، و اتفقوا على أنها متفاوتة فيها، ثم اختلفوا في أيها أشد. و المصنف -رحمه الله- اقتصر على إثبات التفاوت بينها في الكراهة، و لم يبين أيها أقوى من الآخر. و المشهور أن أكدها البغل ثم الحمار، و أضعفها الخيل. و علّل بأن البغل متولد من مكروهين مختلفين، و بأنه قد قيل بتحريمه فكان أقوى مما اتفق على كراهته.

و قيل: إن الحمار [١] أكد كراهه من البغال، لأنه متولد من مكروهين قويي الكراهة، بخلاف البغل، فإنه متولد من ضعيف و قوى. و لأن النهي عنه في الأخبار

ص: ٢٤

١- ١) التهذيب ٩: ٤٢ ح ١٧٦، الاستبصار ٤: ٧٤ ح ٢٧٥، الوسائل ١٦: ٣٢٧ ب «٥» من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٦، و الآية في سورة الانعام: ١٤٥.

٢- ٢) الكافي في الفقه: ٢٧٦-٢٧٧.

٣- ٣) في «ط، خ»: الحمير.

٤- ٤) في «و، خ»: لما ذكر.

و قد يعرض التحريم (١) للمحلل من وجوه:

أحدها: الجلل

أحدها: الجلل. و هو أن يغتذى عذره الإنسان لا غير، فيحرم حتى يستبرأ. و قيل: يكره. و التحريم أظهر.

أكثر. و للاتفاق على أن النبي صلى الله عليه و آله نهى عنه في الجملة، و من ثم ذهب جماعة [١] من الجمهور إلى تحريمه، بخلاف البغل، فإن من حرّمه منهم لم يستند [٢] فيه إلى نهى عنه خاص، بل إلى أنه متولد من محلل و محرّم فغلب جانب التحريم. و هذا أقوى.

قوله: «و قد يعرض التحريم. إلخ».

البحث في الجلل يقع في موضعين:

الأول: فيما به يحصل الجلل. فالمشهور أنه يحصل بأن يغتذى الحيوان عذره الإنسان لا غير. و النصوص (١) و الفتاوى المعتبرة خالية من تقدير المدّة التي فيها يتحقّق ذلك. و ربما قدره بعضهم [٣] بأن ينمو ذلك في بدنه و يصير جزء منه. و بعض [٤] بيوم و ليله كالرضاع. و آخرون [٥] بأن يظهر النتن في لحمه و جلده.

و هذا قريب. و المعتبر على هذا رائحة النجاسة التي اغتذاها، لا مطلق الرائحة الكريهة.

ص: ٢٥

و قال الشيخ فى الخلاف (١)و المبسوط (٢):إن الجلالة هى التى تكون أكثر علفها العذره.فلم يعتبر تمحّض العذره.قال المصنف (٣)-رحمه الله-:و هذا التفسير صواب إن قلنا بكراهه الجلال،و ليس بصواب إن قلنا بالتحريم.

و ألحق أبو الصلاح (٤)بالعذره غيرها من النجاسات،لمشاركتها لها فى المعنى المحرّم.و الأشهر هو الأول.

الثانى:فى حكم الجلال،و أكثر الأصحاب على أنه محرّم [١]،لما روى (٥)أن النبىّ صلّى الله عليه و آله نهى عن أكل الجلاله و عن شرب ألبانها حتى تحبس.

و روايه هشام عن أبى عبد الله عليه السلام قال:«قال أمير المؤمنين عليه السلام:

الناقه الجلاله لا يؤكل لحمها،و لا يشرب لبنها»[٢]الحديث.و غيرها من الأخبار (٦)الدالّه على النهى عنه.و الأصل فيه التحريم.

ص:٢٦

١-١) الخلاف(طبعه كوشانيور)٢:٥٤١ مسألة(١٦).

٢-٢) المبسوط ٢:٢٨٢.

٣-٣) النهايه و نكتها ٣:٧٥.

٤-٤) الكافى فى الفقه:٢٧٨.

٥-٦) سنن ابن ماجه ٢:١٠٦٤ ح ٣١٨٩ ح ٣٧٨٥،سنن الترمذى ٤:٢٣٨ ح ١٨٢٤،سنن النسائى ٧:٢٣٩-٢٤٠،المستدرک للحاكم

٢:٣٤،سنن البيهقى ٩:٣٣٢،شرح السنّه للبعوى ١١:٢٥٢ ح ٢٨٠٩.

٦-٨) انظر الوسائل ١٦:٣٥٦ ب«٢٨»من أبواب الأطعمه المحرّمه.

و فى الاستبراء اختلاف.(١)و المشهور استبراء الناقه بأربعين يوما، و البقره بعشرين. و قيل:تستوى البقره و الناقه فى الأربعين.و الأول أظهر.و الشاه بعشره.و قيل:بسبعه.و الأول أظهر.

و كَيْفِيَّتُهُ أَنْ يَرْبُطَ وَ يَعلِفَ علفا طاهرا هذه المدة.

و ذهب الشيخ فى المبسوط (١)و ابن الجنيد (٢)إلى الكراهه،بل قال فى المبسوط:إنه مذهبنا،مشعرا بالاتفاق عليه.

و وجهه:إما حمل النهى على الكراهه و التنزيه،لأنه بعض معانيه،و إما لاستضعاف طريقه،فإن الأول عامى،و الثانى غايته أن يكون من الحسن،و الباقي ضعيف السند.

و الأشهر هو الأول.و لو قيل بالتفصيل-كما قال المصنف (٣)رحمه الله- بأنه إن كان الغذاء بها محضاً فالتحريم،و إن كان غالبا فالكراهه،كان وجها.

ثمَّ على تقدير التحريم فليس بنجس العين كالكلب و الخنزير،بل هو كغيره من المحرّمات بالأصل كالسباع.و فى وقوع الذكاه عليه كالمحرّم بالأصل أم لا- وجهان،من إطلاق الحكم بتحريمه،و توقّف التذكيه على توقيف شرعى،و من أنه لا- يقصر عن المحرّم بالأصل.و تظهر الفائده فى طهارته بالتذكيه،و جواز استعمال جلده فى غير الصلاه.

قوله:«و فى الاستبراء اختلاف.إلخ».

لَمَّا كَانَ تحريم الجلال عارضا بسبب عروض العلف النجس لم يكن تحريمه مستقراً بل،إلى غايه،و هى أن يقطع عنه ذلك العلف و يطعم علفا طاهرا

ص:٢٧

١- ١) المبسوط ٢٨٢:٦.

٢- ٢) حكاه عنه العلامة فى المختلف:٦٧٦.

٣- ٣) النهايه و نكتها ٧٥:٣.

إلى مدّه يزول معها حكم السابق.فما لا تقدير لمدّته شرعا يعتبر في حلّه زوال اسم الجلل عنه عرفا،و ذلك بأن يطيب لحمه و يزول ننته على ذلك الوجه.و ما ورد على تقديره حكم معتبر من نصّ أو إجماع اعتمد عليه.

و قد اختلف الأصحاب في مقادير من المدّه التي يزول بها الجلل في بعض الحيوانات بسبب اختلاف الروايه،و اتفقوا على بعضها.

فمما اتفقوا عليه استبراء الناقه بأربعين يوما.و هو موجود في روايات (١) لا تخلو من ضعف.

و ممّا اختلفوا فيه البقره:

فقليل:تستبرأ بأربعين كالناقه.و هو قول الشيخ في المبسوط (٢).و هو في روايه مسمع عن الصادق عليه السلام (٣).

و قيل:بعشرين يوما.و هو مذهب الشيخ في النهايه (٤)و الخلاف (٥)، و اختاره المصنف و الأكثر (٦).و هو في روايه السكوني (٧)عن الصادق عليه السلام

ص:٢٨

١ - ١) راجع الكافي ٦:٢٥١ ح ٣ و ٦ و ٩ و ١١ و ١٢، التهذيب ٩:٤٥ ح ١٨٩ و ١٩٠ و ١٩٢، الاستبصار ٧:٤ ح ٢ و ٣ و ٥، الوسائل ١٦:٣٥٦-٣٥٧ ب «٢٨» من أبواب الأطعمة المحرّمه ح ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥.

٢ - ٢) المبسوط ٦:٢٨٢.

٣ - ٣) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٢٦ هامش (٧)،و لكن في الكافي:ثلاثين،و في التهذيب: عشرين،و في الاستبصار:أربعين.

٤ - ٤) النّهايه:٥٧٤.

٥ - ٥) الخلاف(طبعه كوشانپور)٢:٥٤١ مسأله (١٦).

٦ - ٦) المهذب ٢:٤٢٧،الوسيله:٣٥٩،غنيه النزوع:٣٩٨،السرائر ٣:٩٧،الجامع للشرائع:٣٨١، إرشاد الأذهان ٢:١١٢،اللمعه الدمشقيّه:١٥٢،التنقيح الرائع ٤:٣٨.

٧ - ٧) الكافي ٦:٢٥١ ح ٣، التهذيب ٩:٤٦ ح ١٩٢، الاستبصار ٤:٧٧ ح ٢٨٥، الوسائل ١٦:٣٥٦ ب «٢٨» من أبواب الأطعمة المحرّمه ح ١.

أن أمير المؤمنين عليه السلام حكم بذلك.

و قيل: بثلاثين يوماً. و هو مذهب الصدوق في المقنع [١] و الفقيه (١).

و منه الشاه، فالمشهور أن استبراءها بعشره. ذهب إليه الشيخ في النهاية (٢)، و اختاره المصنف و الأ- كثر (٣). و هو في رواية السكوني.

و قيل: بسبعة. ذهب إليه الشيخ في المبسوط (٤) و جماعه (٥)، و ادّعوا (٦) أن به روايه.

و قيل: بخمسه. و هو في روايه مسمع (٧).

و حيث كانت الطريق ضعيفه فينبغي الوقوف من ذلك على محلّ الوفاق، و هو مراعاة أكثر التقديرات حيث لا- قائل بما زاد عليها.

و قول المصنف- رحمه الله- في كيفية الاستبراء أنها «تربط و تعلق» المراد منه مراعاتها على وجه يوثق بعدم أكلها للنجس، سواء ربطت أم لا، و قيد الربط موجود في بعض الأخبار (٨)، و تبعه عليه المصنف.

و اعلم أن الموجود في هذه الروايات أنها تغذّي هذه المدّة من غير تقييد

ص: ٢٩

١- (٢) الفقيه ٣: ٢١٤ ح ٩٩١.

٢- (٣) النهاية: ٥٧٤.

٣- (٤) انظر الهامش (٦) في الصفحة السابقة.

٤- (٥) المبسوط ٦: ٢٨٢.

٥- (٦) الكافي في الفقه: ٢٧٧.

٦- (٧) غنية النزوع: ٣٩٨.

٧- (٨) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٢٦ هامش (٧)، و لكن في الكافي: عشره، و في التهذيب و الاستبصار: خمسة.

٨- (٩) انظر الوسائل ١٦: ٣٥٧ ب «٢٨» من أبواب الأطعمة المحرّمة ح ٦ و ٧.

الثاني: أن يشرب لبن خنزيره

الثاني: أن يشرب لبن خنزيره. (١) فإن لم يشتدّ كرهه، ويستحبّ استبرأؤه بسبعة أيّام. وإن اشتدّ حرم لحمه و لحم نسله.

الثالث: إذا وطئ الإنسان (٢) حيوانا مأكولا

الثالث: إذا وطئ الإنسان (٢) حيوانا مأكولا، حرم لحمه و لحم نسله.

و لو اشتبه بغيره قسم فريقيين، و أقرع عليه مرّه بعد أخرى حتى تبقى واحده.

بالعلف الطاهر. و إنما تظهر فائدته لو اعتبرنا الجلل بأكل مطلق النجاسه ليكون الاستبراء بضدّه، أما إذا اعتبرناه بالعذره لا غير فينبغي -حيث لا نصّ على التعيين- أن يعتبر فيه علفها بغيرها ممّا لا يحصل به الجلل، ليزول به معناه. و في القواعد (١) استشكل في اعتبار العلف الطاهر بالأصالة أو بالفعل. و في الكلّ رجوع إلى غير المرجع، إلا أنه لا معدل عن المشهور.

قوله: «أن يشرب لبن خنزيره. إلخ».

مستند هذا الحكم أخبار كثيرة (٢) لا تخلو من ضعف في السند، إلا أنه لا رادّ لها.

و المراد باشتداده: أن ينبت عليه لحمه، و يشتدّ عظمه و قوّته. و المراد باستبرأؤه: أن يعلف بغيره في المدّة المذكوره. و لو كان في محلّ الرضاع أَرْضَع من حيوان محلّل كذلك. و هكذا ورد مفصّلا في روايه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (٣).

قوله: «إذا وطئ الإنسان. إلخ».

إطلاق الإنسان يشمل الكبير و الصغير، و المنزل و غيره. و كذلك الحيوان

ص: ٣٠

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ١٥٦.

٢- (٢) راجع الوسائل ١٦: ٣٥٢ ب «٢٥» من أبواب الأطعمه المحرّمه.

٣- (٣) الكافي ٦: ٢٥٠ ح ٥، التهذيب ٩: ٤٤ ح ١٨٦، الاستبصار ٤: ٧٦ ح ٢٨٠، الوسائل ١٦: ٣٥٣ ب «٢٥» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٤.

يشمل الذكر والأنثى، ذا الأربع وغيره. لكن الرواية (١) وردت بنكاح البهيمة، وهي لغة اسم لذات الأربع من حيوان البحر و البر، فينبغي أن يكون العمل عليه، تمسكاً بالأصل في موضع الشك. ويحتمل العموم، لوجود السبب المحرم، وعدم الخصوصية للمحل. وهو الذي يشعر به إطلاق كلام المصنف وغيره (٢). ولا فرق في ذلك بين العالم بالحكم والجاهل.

و بقي في المسألة بحث آخر و أحكام مترتبة على هذا الفعل، يأتي الكلام فيها إن شاء الله تعالى في باب الحدود (٣).

ثم إن علم الموطوء بعينه اجتنب و سرى إلى نسله. وإن اشتبه فالمرؤى (٤) أنه يقسم ما وقع فيه الاشتباه نصفين، ثم يقرع بينهما، فمن أخرجته القرعة بأنها فيه قسم نصفين و أقرع بينهما كذلك، إلى أن تبقى واحدة فتذبح و تحرق، و حل الباقي.

و بمضمون الرواية عمل الأصحاب، مع أنها لا تخلو من ضعف و إرسال، لأن راويها محمد بن عيسى عن الرجل، و محمد بن عيسى مشترك بين الأشعري الثقة و اليقطيني و هو ضعيف، فإن كان المراد بالرجل الكاظم عليه السلام - كما هو الغالب - فهي - مع ضعفها - باشتراك الراوي بين الثقة و غيره - مرسله، لأن كلا - الرجلين لم يدرك الكاظم عليه السلام، و إن أريد به غيره أو كان مبهما - كما هو

ص: ٣١

١- (١) الكافي ٦: ٢٥٩ ح ١، التهذيب ٩: ٤٧ ح ١٩٦، الوسائل ١٦: ٣٥٩ ب «٣٠» من أبواب الأئمة المحرمة.

٢- (٢) السرائر ٣: ٩٨.

٣- (٣) في الباب الثاني من القسم الثاني من كتاب الحدود، و انظر شرائع الإسلام ٤: ١٩٢.

٤- (٤) التهذيب ٩: ٤٣ ح ١٨٢، الوسائل ١٦: ٣٥٨ ب «٣٠» من أبواب الأئمة المحرمة ح ١ و ٤.

و لو شرب شيء (١) من هذه الحيوانات خمرًا لم يحرم لحمه، بل يغسل و يؤكل، ولا يؤكل ما في جوفه.

و لو شرب بولا لم يحرم، و يغسل ما في بطنه و يؤكل.

مقتضى لفظه -فهى مع ذلك مقطوعه.

و لو لم يعمل بها فمقتضى القواعد الشرعيه أن المشتبه فيه إن كان محصورا حرم الجميع، و إن كان غير محصور جاز أكله إلى أن تبقى واحده، كما مرّ في نظائره.

و على تقدير العمل بالروايه المذكوره - كما هو المشهور - فيعتبر في القسم كونه نصفين كما ذكر فيها، و إن كان كلام المصنف: «فريقين» أعمّ منه. ثمّ إن كان العدد زوجا فالتنصيف حقيقه ممكن، و إن كان فردا اغتفر زياده الواحده في أحد النصفين، و كذا بعد الانتهاء إلى عدد فرد كثلاثه.

قوله: «و لو شرب شيء إلخ».

مستند الأول: روايه أبى جميله عن زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال في شاه شربت خمرًا حتى سكرت ثمّ ذبحت على تلك الحال، قال: «لا يؤكل ما في بطنها» (١).

و مستند الثانى: روايه موسى بن أكيل عن بعض أصحابه عن أبى جعفر عليه السلام في شاه شربت بولا ثمّ ذبحت، فقال: «يغسل ما في جوفها ثمّ لا بأس به» (٢).

و الروايتان ضعيفتان، و الثانيه مرسله. و ليس في الأولى غسل اللحم،

ص: ٣٢

-
- ١- (١) الكافي ٢: ٢٥١ ح ٤، التهذيب ٩: ٤٣ ح ١٨١، الوسائل ١٦: ٣٥٢ ب «٢٤» من أبواب الأطحه المحرّمه ح ١.
٢- (٢) الكافي ٢: ٢٥١ ح ٥، التهذيب ٩: ٤٧ ح ١٩٤، الاستبصار ٤: ٧٨ ح ٢٨٧، الوسائل ١٦: ٣٥٢ الباب المتقدم ح ٢.

و يحرم الكلب و السنور،(١)أهلّيا كان أو وحشياً.

لكنّهما متأديتان (١)بالنظر،من حيث إن الخمر لطيف صالح للغذاء و النفوذ في البدن،فإذا ذبحت بعد شربه قبل أن يستحيل نجس اللحم،لنفوذه فيه،بخلاف البول،فإنه لمّا لم يصلح للتغذية لم ينفذ في اللحم،فلا- يقدر في طهارته.نعم، بوصوله إلى الأمعاء ينجسها فيغسل.

و في الحكمين معا نظر،و من ثمّ حكم ابن إدريس (٢)بكرهه اللحم في الأولى خاصّه.

و هذا كلّه إذا كان ذبحها عقيب الشرب بغير فصل أو قريبا منه،أما لو تراخى بحيث يستحيل المشروب لم يحرم،و نجاسه البواطن حيث لا يتميّز فيها عين النجاسة منتفیه.

قوله:«و يحرم الكلب و السنور.إلخ».

أكثر أهل الإسلام على تحريم أكل الكلب.و الأصل فيه ما روى (٣)أن النبي صلى الله عليه و آله نهى عن أكل كلّ ذى ناب من السباع و مخلب من الطير.و لأنّه نجس العين،لوجوب الغسل من ولوغه،فلا- يحلّ أكله كما لا- يحلّ أكل غيره من النجاسات.و خالف مالك في الأمرين معا (٤).

و الرواية دلّت على تحريم الهرّ أيضا،إنسيّا كان أم وحشياً،لأنه ذو ناب يتقوى به.و في بعض الأخبار (٥)أنه سبع.

ص: ٣٣

١- ١) في إحدى الحجرّيتين:متقاربتان.

٢- ٢) السرائر ٩٧:٣.

٣- ٣) الكافي ٢٤٥:٦ ح ٣،و ص:٢٤٧ ح ١،الفقيه ٢٠٥:٣ ح ٩٣٨،التهذيب ١٦:٩ ح ٦٥،و ص:٣٨ ح ١٦٢،الوسائل ٣٢٠:١٦ ب«٣»من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٢ و ٣.

٤- ٤) بدايه المجتهد ١:٤٦٨،الحاوى الكبير ١٣٥:١٥،روضه القضاء ٣:١٣٤٢ مسأله(٨١٣٤)،حليه العلماء ٣:٤٠٧-٤٠٨.

٥- ٥) الكافي ٩:٣ ح ٤،التهذيب ٢٢٧:١ ح ٦٥٣ و ٦٥٥،الاستبصار ١٨:١-١٩ ح ١،الوسائل ١٦٥:١ ب«٢»من أبواب الأسئار ح ٢ و ٣ و ٤.

و يكره أن يذبح (١) بيده ما ربّاه من النعم.

و يؤكل من الوحشيّة: (٢) البقر، والكباش الجبلية، والحمير، والغزلان، واليحمير.

و يحرم منها: ما كان سباعا. و هو ما كان له ظفر أو ناب يفرس به، قويّا كان كالأسد و النمر و الفهد و الذئب، أو ضعيفا كالثعلب و الضبع و ابن آوى.

و خالف فيه مالك أيضا و بعض الشافعية (١). و آخرون منهم فرّقوا بين الإنسيّة و الوحشيّة، فأحلّوا الوحشيّة دون الإنسيّة، قياسا على حلّ الحمار الوحشيّ دون الإنسي. و هما ممنوعان.

قوله: «و يكره أن يذبح. إلخ».

مستند الكراهه النهى عنه فى روايه محمد بن الفضيل عن أبى الحسن عليه السلام، قال فى جملة حديث: «لا ترين شيئا ثمّ تذبحه» (٢).

و هذه المسألة كانت باب الذبّاحه أولى، فإن المكروه من ذلك هو الفعل لا الحيوان، فلا مدخل له بالأطعمه.

قوله: «و يؤكل من الوحشيّة. إلخ».

لا خلاف بين المسلمين فى حلّ الخمسه المذكوره، و إنما الكلام فى غيرها.

ص: ٣٤

١ - ١) الحاوى الكبير ١٥: ١٤٠، بدايه المجتهد ١: ٤٦٨، المغنى لابن قدامه ١١: ٦٨، روضه الطالبين ٢: ٥٣٩.

٢ - ٢) الكافى ٤: ٥٤٤ ح ٢٠، التهذيب ٩: ٨٣ ح ٣٥٢، الوسائل ١٦: ٣٠٨ ب «٤٠» من أبواب الذبائح ح ١.

و يحرم: الأرنب، والضَّبُّ، (١) والحشار كُلُّها، كالحَيَّةِ والفأرة والعقرب والجُرَذانِ والخنافس والصراصر وبنات وردان و البراغيث والقمل.

و كذا يحرم: اليربوع، والقنفذ، والوبر، والخَزَّ، والفنك، والسَّمُور، والسِّنْجَاب، والعُضاء، واللحكة، وهي دويِّبه تغوص في الرمل تشبَّه بها أصابع العذاري.

و مستند تحريم السباع مطلقا ما تقدّم (١) من النهي عن النبيّ صَلَّى الله عليه وآله عن أكل كلّ ذى ناب من السباع و مخلب من الطير. والمراد من ذى الناب الذى يعدو به على الحيوان و يقوى به. و هو شامل للضعيف منه و القويّ. فيدخل فيه الكلب و الأسد و النمر و الفهد و الدبّ و القرد و الفيل و الذئب و الثعلب و الضبع و ابن آوى، لأنها عادية بآنيابها.

و خالف في الجميع مالك (٢)، و كره السباع كُلُّها من غير تحريم. و وافقنا أبو حنيفة (٣) على تحريم جميع ذلك. و فرّق الشافعيّ (٤) بين ضعيف الناب منها - كالثعلب و الضبع [١] و ابن آوى - و قويّها، فحرّم الثاني دون الأول.

قوله: «و يحرم الأرنب و الضَّبُّ. إلخ».

تحريم هذه الأشياء كُلُّها عندنا موضع وفاق، و لأن الحشار [٢] بأجمعها

ص: ٣٥

١ - ١) في ص: ٣٣.

٢ - ٢) انظر الهامش (٤) في ص: ٣٣.

٣ - ٣) اللباب في شرح الكتاب ٣: ٢٢٩، بدائع الصنائع ٥: ٣٩، شرح فتح القدير ٨: ٤١٧، حليه العلماء ٣: ٤٠٧، روضه القضاء ٣: ١٣٤٢، مسأله (٨١٣٤).

٤ - ٤) الحاوى الكبير ١٣٧: ١٥ - ١٣٩، روضه الطالبين ٢: ٥٣٨، الوجيز ٢: ٢١٥.

مستخبته، و منها ما نصّ على تحريمه بخصوصه، و منها ما هي ذات سموم و أبر، فتحرّم لما فيها من الضرر.

و وافقنا على تحريمها أجمع أبو حنيفة [١]. و أباح الشافعيّ (١) الضبّ [٢] و الأرنب بالنصّ، و اليربوع باستطابه العرب له على القاعده السابقه (٢) في أول الكتاب. و لهم في السمور و السنجاب و الفنك و جهان أظهرهما عندهم (٣) الحلّ، إلحاقا لها بالثعلب في الاستطابه.

مع أنه روى عندنا في الصحيح عن زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«ما حرّم الله في القرآن من دابّه إلا الخنزير، و لكنّه النكره» (٤). و بنحو هذا أخذ مالك (٥). و روى حمّاد بن عثمان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«كان رسول الله صلّى الله عليه و آله عزوف [٣] النفس، و كان يكره الشيء و لا يحرمه، فأتى بالأرنب فكرهها و لم يحرمها» (٦). و روى أبو بصير عن أبي عبد الله

ص: ٣٦

١- (٢) الحاوي الكبير ١٣٨: ١٥-١٣٩، روضه الطالبين ٥٣٨: ٢-٥٣٩، التنبيه للشيرازي ٨٣، الوجيز ٢١٥: ٢.

٢- (٤) في ص: ٧.

٣- (٥) الوجيز ٢١٥: ٢، روضه الطالبين ٥٣٩: ٢.

٤- (٦) التهذيب ٩: ٤٣ ح ١٧٩، الوسائل ١٦: ٣١١ ب «١» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٢.

٥- (٧) انظر الهامش (٤) في ص: ٣٣.

٦- (٩) التهذيب ٩: ٤٣ ح ١٨٠، الوسائل ١٦: ٣١٩ ب «٢» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٢١.

إشاره

القسم الثالث:

في الطير

والحرام منه أصناف

والحرام منه (١) أصناف:

الأول: ما كان ذا مخلاب قويّ يعدو به على الطير

الأول: ما كان ذا مخلاب قويّ يعدو به على الطير، كالبازي و الصقر و العقاب و الشاهين و الباشق، أو ضعيف كالنسر و الرخمه و البغاث.

عليه السلام قال: «كان يكره أن يؤكل من الدواب لحم الأرنب و الضبّ و الخيل و البغال، و ليس بحرام كتحریم الميتة و الدم و لحم الخنزير» (١). و قد قدّمنا (٢) في معنى هذه أخبار آخر صحيحه، و لكن عمل الأصحاب على التحريم.

و الشيخ (٣) -رحمه الله- حمل التحريم المنفى في هذه الأخبار على التحريم المخصوص، و هو ما اقتضاه ظاهر القرآن، دون مطلق التحريم، و لا يخفى بعد هذا التنزيل.

قوله: «الطير و الحرام منه إلخ».

قد تقدّم (٤) ما يدلّ على تحريم ما كان له مخلاب -بكسر الميم، و هو الظفر- من الطير، كتحریم ذی الناب. و هو عندنا موضع وفاق. و مالك (٥) على أصله في حله.

و البغاث -بتثنيث الموحده و بالمعجمه و المثلثه- طائر أبيض، و يقال:

أغبر، دوين الرخمه، بطيء الطيران. و قيل: هو ما عظم من الطير، و ليس له

ص: ٣٧

٢-٢) انظر ص: ١٢ هامش (٧) و ص: ٢٢ هامش (٥)، و ص ٢٤ هامش (١).

٣-٣) التهذيب ٩:٤٢ ذيل ح ١٧٦.

٤-٤) في ص: ٣٣.

٥-٥) الكافي للقرطبي ١:٤٣٧، الحاوي الكبير ١٥:١٤٤.

و فى الغراب روايتان.(١)وقيل:يحرم الأبقع و الكبير الذى يسكن الجبال.

و يحلّ الزاغ،و هو غراب الزرع،و الغداف و هو أصغر منه يميل إلى الغبره ما هو.

مخلاب معقف.و قال الفراء:«بغاث الطير:شرارها و ما لا يصيد»(١).

قوله:«و فى الغراب روايتان.إلخ».

اختلف الأصحاب فى حلّ الغراب بأنواعه بسبب اختلاف الروايات فيه، فذهب الشيخ فى الخلاف (٢)إلى تحريم الجميع،محتجًا بالأخبار و إجماع الفرقه.

و تبعه عليه جماعه (٣)منهم العلامه فى المختلف (٤)و ولده فخر الدين فى الشرح (٥).

و كرهه مطلقا الشيخ فى النهايه (٦)و كتابى الحديث (٧)،و القاضى (٨)و المصنف فى النافع (٩).و فصل آخرون-منهم الشيخ فى المبسوط (١٠)على الظاهر منه،و ابن إدريس [١]،و العلامه (١١)فى أحد قوليه-فحرّموا الأسود الكبير و الأبقع،و أحلّوا

ص:٣٨

١- (١) انظر الصحاح ٢٧٤:١.

٢- (٢) الخلاف(طبعه كوشانيور)٥٤١:٢ مسأله(١٥).

٣- (٣) إصباح الشيعه:٣٨٧،الجامع للشرائع:٣٧٩،التنقيح الرائع ٤٠:٤٠.

٤- (٤) المختلف:٦٧٨.

٥- (٥) إيضاح الفوائد:١٤٦-١٤٧.

٦- (٦) النهايه:٥٧٧.

٧- (٧) التهذيب ١٨-٩:١٩ ذيل ح ٧٢ و ٧٣،الاستبصار ٤:٦٦ ذيل ح ٢٣٨.

٨- (٨) المهذب ٢:٤٢٩.

٩- (٩) المختصر النافع:٢٥٢.

١٠- (١٠) المبسوط ٢٨١:٦.

١١- (١٢) إرشاد الأذهان ١١٠:٢،تحرير الأحكام ١٦٠:٢.

الزناغ و الغداف و هو الأغبر الرمادى.

حجّه المحلّين: روايه زراره عن أحدهما عليهما السلام أنه قال: «إن أكل الغراب ليس بحرام، إنما الحرام ما حرّم الله فى كتابه، و لكن الأنفس تتنزّه عن كثير من ذلك تقزّزا» [١].

و فى طريق الروايه أبان، و هو مشترك بين جماعه منهم أبان بن عثمان، و الأظهر أنه هو، و كان ناووسيا إلا أن العصابه أجمعت على تصحيح ما يصحّ عنه، و هذا ممّا صحّ سنده عنه.

حجّه المحرّمين مطلقا: صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: «سألته عن الغراب الأبقع و الأسود أ يحلّ أكله؟ فقال: لا يحلّ شيء من الغربان زناغ و لا غيره» (١). و هو نصّ فى الباب، و صحّته متفق عليها.

و أجاب عنه الشيخ فى كتابى الحديث (٢) بأن المراد: «أنه لا يحلّ حلالا طلقا، و إنما يحلّ مع ضرب من الكراهيه». و حاول بذلك الجمع بين الخبرين.

و اعترض (٣) باستلزامه الإضمار المخالف للأصل. و لا ضروره إلى الجمع، لأن هذا أصحّ سنداً فيكون مرجّحاً. مع أنّا نمنع صحّه الأول و الإجماع المذكور، أو (٤) نحمل الخبر الأول على نفى التحريم المستند إلى كتاب الله كما يظهر، فلا

ص: ٣٩

١- (٢) الكافى ٦: ٢٤٥ ح ٨، التهذيب ٩: ١٨ ح ٧٣، الاستبصار ٤: ٦٥ ح ٢٣٦، الوسائل ١٦: ٣٢٩ ب (٧) من أبواب الأتعمه المحرّمه ح ٣.

٢- (٣) التهذيب ٩: ١٨-١٩ ذيل ح ٧٣، الاستبصار ٤: ٦٦ ذيل ح ٢٣٨.

٣- (٤) انظر غايه المراد: ٢٧٥.

٤- (٥) فى «و»: و نحمل.

الثاني: ما كان صفيقه (١) أكثر من دفيقه، فإنه يحرم. ولو تساويا، أو كان الدفیف أكثر، لم يحرم.

ينافى تحريمه بالسنة.

و أما المفصّلون فليس لهم عليه روايه بخصوصها، وإن كان في المبسوط (١) قد ادّعى ذلك. ولا يتّجه أن يكون فيه جمعا بين الأخبار، لأن كلاً من الخبرين مصرّح بالتعميم على وجه يدفع الآخر.

نعم، يمكن الاحتجاج له بأن الغرايين الأولين من الخبائث، لأنهما يأكلان الجيف، والأخيرين من الطئيات، لأنهما يأكلان الحب. وبهذا احتجّ من فصل من العامّة (٢).

و ابن إدريس [١] استدلّ على تحريم الأولين بأنهما من سباع الطير، بخلاف الأخيرين، لعدم الدليل على تحريمهما، فإن الأخبار ليست على هذا الوجه حجّه عنده.

قوله: «ما كان صفيقه. إلخ».

المستند قوله صلى الله عليه وآله: «كل ما دفّ، ودع ما صفّ» (٣). يقال:

دفّ الطائر في طيرانه: إذا حرّك جناحيه، كأنه يضرب بهما دفّه، و صفّ: إذا لم يتحرّك كما تفعل الجوارح. و في صحيحه زواره عن أبي جعفر عليه السلام و قد

ص: ٤٠

١- ١) المبسوط ٢٨١: ٦.

٢- ٢) الحاوى الكبير ١٤٥: ١٥-١٤٦.

٣- ٤) غريب الحديث للخطّابى ٢١٢: ٣-٢١٣، غريب الحديث لابن الجوزى ٣٤٢: ١، و انظر تلخيص الحبير ١٥٤: ٤.

الثالث: ما ليس له قانصه (١) و لا حوصله و لا صيصيه فهو حرام.

و ما له أحدها فهو حلال، ما لم ينصّ على تحريمه.

سأله ما يؤكل من الطير؟ قال: «كل ما دفّ، و لا تأكل ما صفّ» (١). و فى معناه (٢) كثير.

و لما كان كلّ واحد من الصفيّف و الدفيّف ممّا لا يستدام غالباً اعتبر منه الأغلب. و إطلاق النصّ و الفتوى باعتبار الطير بالأمرين يقتضى كونهما ضابطاً فى الحلّ مستقلاًّ يعمل به من غير نظر إلى كونه مجهولاً، بخلاف ما سيأتى من العلامات الثلاثه، فإنه اعتبرها فى المجهول.

قوله: «ما ليس له قانصه. إلخ».

نبه بقوله: «ما لم ينصّ على تحريمه» على أن هذه العلامات إنما تعتبر فى الطائر المجهول، أما ما نصّ على تحريمه فلا عبره فيه بوجود هذه. و الظاهر أن الأمر لا يتخلّف (٣)، و لا يعرف طير محرّم له أحد هذه، و لا محلّل خال عنها. لكن المصنّف تبع فى ذلك مورد النصّ، ففى روايه ابن أبى يعفور قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إنى أكون فى الآجام فيختلف على الطير فما آكل منه؟ قال:

كل ما دفّ، و لا- تأكل ما صفّ، قلت: إنى أوتى به مذبوحاً، قال: كل ما كانت له قانصه» (٤). و روى سماعه عن الرضا عليه السلام: «كل من طير البرّ ما كان له

ص: ٤١

١- (١) الكافى ٦: ٢٤٧ ح ٣، الفقيه ٣: ٢٠٥ ح ٩٣٦، التهذيب ٩: ١٦ ح ٦٣، الوسائل ١٦: ٣٤٦ ب «١٩» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ١.

٢- (٢) لاحظ الوسائل ١٦: ٣٤٦ ب «١٩» من أبواب الأطعمه المحرّمه.

٣- (٣) كذا فى «خ»، و فى سائر النسخ: يختلف.

٤- (٤) الكافى ٦: ٢٤٨ ح ٦، التهذيب ٩: ١٦ ح ٦٤، الوسائل ١٦: ٣٤٧ ب «١٩» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٣.

الرابع: ما يتناوله التحريم (١) عينا، كالخشاف و الطاوس.

حوصله، و من طير الماء ما كانت له قانصه كقانصه الحمام لا معدة كمعدة الإنسان، و كل ما صف و هو ذو مخلب فهو حرام، و الصفيف كما يطير البازي و الصقر و الحدأة و ما أشبه ذلك، و كل ما دف فهو حلال، و القانصه و الحوصله يمتحن بهما من الطير ما لا يعرف طيرانه و كل طير مجهول» [١].

و قد ظهر من هذه الأخبار أنه لا يعتبر في الحل اجتماع هذه العلامات، بل يكفي أحدها، و قد وقع مصرّحا في روايه ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كل من الطير ما كانت له قانصه أو صيصيه أو حوصله» (١).

و الحوصله -بتشديد اللام و تخفيفها-: ما يجتمع فيها الحبّ مكان المعدة لغيره. و الصيصيه -بكسر أوله بغير همز-: الإصبع الزائده في باطن رجل الطائر بمنزله الإبهام من بنى آدم، لأنها شوكته، و يقال للشوكة صيصيه أيضا.

قوله: «ما يتناوله التحريم. إلخ».

الخشاف -و يقال: الخفّاش-: هو الطائر الذي يطير ليلا، و لا يبصر (٢) نهارا. و هو الوطواط أيضا، و قد تقدّم (٣) أنه مسخ. و كذلك روى عن الرضا عليه السلام: «أن الطاوس مسخ كان رجلا جميلا فكابر امرأه رجل مؤمن فوقع بها ثم راسلته بعد ذلك، فمسخهما الله طاووسين أنثى و ذكرا، فلا تأكل لحمه و لا

ص: ٤٢

١- ٢) الكافي ٦: ٢٤٨ ح ٥، التهذيب ٩: ١٧ ح ٦٧، الوسائل ١٦: ٣٤٦ ب «١٨» من أبواب الأطعمة المحرّمة ح ٥.

٢- ٣) في «م»: و لا يطير.

٣- ٤) في ج ١١: ٥١٧.

و يكره الهدهد. (١) و في الخطاف (٢) روايتان، و الكراهيه أشبه.

بيضه» (١).

قوله: «و يكره الهدهد».

للهي عنه في الأخبار المحمول على الكراهه، ففي صحيحه علي بن جعفر قال: «سألت أخى موسى عليه السلام عن الهدهد و قتله و ذبحه، فقال: لا يؤذى و لا يذبح، فنعيم الطير هو» (٢). و روى الجعفرى عن الرضا عليه السلام قال:

«نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن قتل الهدهد و الصرد و الصوم و النحلة» (٣).

و روى عنه عليه السلام أيضا: «أن في كل جناح هدهد مكتوبا بالسريانيه: آل محمد خير البريه» (٤).

قوله: «و في الخطاف. إلخ».

قد اختلفت الروايه في حلّ الخطاف [١] و حرمة، و بواسطته اختلف فتوى الأصحاب، فذهب الشيخ في النهايه (٥) إلى تحريمه، و تلميذه القاضى (٦)، و ابن إدريس (٧) حتى ادعى عليه الإجماع.

ص: ٤٣

١- (١) الكافي ٦: ٢٤٧ ح ١٦، التهذيب ٩: ١٨ ح ٧٠، الوسائل ١٦: ٣١٤ ب ٢، «من أبواب الأَطعمه المحرّمه ح ٦.

٢- (٢) الكافي ٦: ٢٢٤ ح ٢، التهذيب ٩: ١٩ ح ٧٥، الوسائل ١٦: ٢٤٨ ب ٤٠، «من أبواب الصيد ح ١.

٣- (٣) الكافي ٦: ٢٢٤ ح ٣، التهذيب ٩: ١٩ ح ٧٦، الوسائل ١٦: ٢٤٩ الباب المتقدّم ح ٣.

٤- (٤) الكافي ٦: ٢٢٤ ح ١، الوسائل ١٦: ٢٤٩ الباب المتقدّم ح ٢.

٥- (٥) النهايه: ٥٧٧.

٦- (٦) المهدّب ٢: ٤٢٨-٢: ٤٢٩.

٧- (٧) السرائر ٣: ١٠٤.

و مستند الشيخ روايه الحسن بن داود الرقي قال: «بيننا نحن قعود عند أبي عبد الله عليه السلام إذ مرّ رجل بيده خطاف مذبوح، فوثب إليه أبو عبد الله عليه السلام حتى أخذه من يده ثمّ دحى به، ثمّ قال: أأعالمكم أمركم بهذا أم فقيهمكم؟ لقد أخبرني أبي عن جدّي أن رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن قتل السّته:

النحلة، والنملة، والضفدع، والصرد، والهدهد، والخطاف» (١). والنهي عن قتله يدلّ على تحريمه، لأنّه لو كان حلالاً - لجاز قتله لأجل أكله.

و يضعّف بمنع سند الروايه أولاً فإن الحسن بن داود مجهول، و في طريقها جهاله بغيره أيضاً. و في الكافي (٢) رفعها إلى داود الرقي أو غيره، و هو يدلّ على اضطراب و تردّد في حالها.

و منع دلالتها ثانياً، فإنّ النهي أعمّ من تحريم الأكل، بل الظاهر منه الكراهه بقريته ما ذكره معه، فإنّ منه ما هو مكروه غير محرّم اتّفاقاً، و استعمال المشترك في معنييه أو اللفظ في حقيقته و مجازته على خلاف الأصل، و من ثمّ ذهب المصنف و المتأخرون (٣) إلى الكراهه دون التحريم، لأصاله عدمه، و عدم دليل صالح عليه.

و يؤيّدّه موثقه عمّار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يصيب خطافاً في الصحراء أو يصيده أ يأكله؟ فقال: «هو ممّا يؤكل، و عن الوبر

ص: ٤٤

١ - (١) الكافي ٢: ٢٢٣ ح ١، التهذيب ٩: ٢٠ ح ٧٨، الاستبصار ٤: ٦٦ ح ٢٣٩، الوسائل ١٦: ٣٤٣ ب «١٧» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ١.

٢ - (٢) الكافي ٢: ٢٢٣ ح ١.

٣ - (٣) المختلف: ٦٧٨، الدروس الشرعيّه ٣: ١٠، المقتصر: ٣٣٦.

يؤكل؟ قال: لا، هو حرام» (١).

و حسنه جميل بن دراج عنه عليه السلام قال: «سألته عن قتل الخطاف و إيدائهن في الحرم، فقال: لا تقتلهن فإنني كنت مع علي بن الحسين عليه السلام فرآني أؤذيهن فقال: يا بني لا تقتلهن و لا تؤذهن، فإنهن لا يؤذين شيئاً» (٢).

فحكمه عليه السلام بأنهن لا يؤذين شيئاً دال على طهاره ذرقهن و إلا لحصل الأذى منهن، لعموم البلوى بهن، و عدم الانفكاك عن ذرقهن، خصوصاً في المساجد، و طهاره ذرقهن تدل على إباحه أكلهن.

و في روايه أخرى لعمّار عن الصادق عليه السلام قال: «خرء الخطاف لا بأس به، هو ممّا يحلّ أكله، و لكن كره أكله، لأنه استجار بك و أولى في منزلك، و كلّ طير يستجير بك فأجره» (٣).

و الحق أن الأخبار من الجانبين قاصره عن إفاده الحكم، إما في السند أو في الدلالة، و لكن يدل على الحل أن الخطاف يدفّ في طيرانه، و قد تقدّم (٤) في صحيحه زراره عن الباقر عليه السلام: «كل ما دفّ، و لا- تأكل ما صفّ» و يبقى باقي الروايات شاهداً، مضافاً إلى الأصل، فالقول بحله على كراهيه أقوى.

و الشيخ (٥) -رحمه الله- أول خبر عمّار الدال على حله بقوله: «هو ممّا

ص: ٤٥

١- ١) التهذيب ٩: ٢١ ح ٨٤، الاستبصار ٤: ٦٦ ح ٢٤٠، الوسائل ١٦: ٣٤٣ ب «١٧» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٢.

٢- ٢) الكافي ٦: ٢٢٤ ح ٣، الوسائل ١٦: ٢٤٧ ب «٣٩» من أبواب الصيد ح ١.

٣- ٣) التهذيب ٩: ٨٠ ح ٣٤٥ و ليس فيه: خراء، الوسائل ١٦: ٢٤٨ الباب المتقدم ح ٥.

٤- ٤) في ص: ٤٠-٤١.

٥- ٥) التهذيب ٩: ٢١ ذيل ح ٨٤، الاستبصار ٤: ٦٧ ذيل ح ٢٤٠.

و يكره: الفاخته، (١) و القبره، و الجبارى. و أغلظ منه كراهيه:

الصرد، و الصوم، و الشقراق، و إن لم يحرم.

يؤكل» بإرادته التعجب من ذلك، دون أن يكون أراد الخبر عن إباحته، و جعله جاريا مجرى قول أحدنا لغيره إذا رآه (١) يأكل شيئا تعافه الأنفس: هذا شيء يؤكل! و هذا تأويل بعيد لا حاجة إليه، لأن خبره ليس أولى بالعمل من هذا سندا و دلاله كما قررناه.

قوله: «و يكره الفاخته. إلخ».

أما كراهه الفاخته فقد روى عن أبى عبد الله عليه السلام: «أنها طائر مشؤوم يقول: فقدتكم فقدتكم» (٢).

و أما القبره - بتشديد الباء بغير نون، و إثباتها لحن - فقد روى سليمان الجعفرى عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال: «لا تأكلوا القبره، و لا تسبوا، و لا تعطوها الصبيان يلعبون بها، فإنها كثيره التسبيح لله تعالى، و تسييحها: لعن الله مبغضى آل محمد» (٣). و فى معناها غيرها (٤).

و أما الجبارى - بضم الحاء المهملة و فتح الراء - فما وقفت على ما يقتضى كراهتها. و فى التحرير (٥) أن به روايه شاذه. و فى صحيحه عبد الله بن سنان قال:

«سأل أبى أبا عبد الله عليه السلام و أنا أسمع، ما تقول فى الجبارى؟ قال: إن

ص: ٤٤

١- (١) فى «ط، ل، و»: أراد.

٢- (٢) الكافى ٥٥١: ٦- ٥٥٢ ح ٣، الوسائل ٣٨٦: ٨ ب «٤١» من أبواب أحكام الدواب ح ٢.

٣- (٣) الكافى ٢٢٥: ٦ ح ١، التهذيب ٩: ١٩ ح ٧٧، الوسائل ٢٤٩: ١٦ ب «٤١» من أبواب الصيد ح ١.

٤- (٤) لاحظ الوسائل ٢٤٩: ١٦ ب «٤١» من أبواب الصيد.

٥- (٥) تحرير الأحكام ١٦٠: ٢.

كانت لها قانصه فكل» (١). وهو يشعر بتوقف في أمرها. وفي صحيحه كردين المسمعى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحبارى، قال: لو ددت أن عندى منه فأكل منه حتى امتلئ» (٢). وعن نشيط بن صالح قال: «سمعت أبا الحسن الأول عليه السلام يقول: لا أرى بأكل الحبارى بأساً، وإنه جيد للبواسير و وجع الظهر، وهو مما يعين على كثرة الجماع» (٣). وكأن نفي البأس يشعر بالكراهه.

فأما الصرد و الصوّام - كلاهما بضمّ الصاد - فقد روى سليمان الجعفرى عن الرضا عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن قتل الهدهد و الصرد و الصوّام و النحله» (٤). ولذلك كانت كراهتها أشد من كراهه الفاخته و الحبارى، إذ ليس فى الأولين نهى صريح كالآخرين، و النهى و إن كان ظاهره التحريم إلا أن المراد به هنا الكراهه بدليل خارج.

و أما الشقراق - بكسر الشين و القاف و تشديد الراء، و بكسر الشين مع سكون القاف كقرطاس، و بفتح الشين أيضاً - فروى عمّار بن موسى عن أبى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الشقراق فقال: «كره قتله لحال الحيّات، قال:

و كان النبى صلى الله عليه و آله و سلم يوماً يمشى فإذا شقراق قد انقض فاستخرج من خفه حيّه» (٥).

ص: ٤٧

١- (١) التهذيب ٩: ١٥ ح ٥٩، الوسائل ١٦: ٣٥١-٣٥١ ب «٢١» من أبواب الأطحمة المحرّمة ح ٣.

٢- (٢) الفقيه ٣: ٢٠٦ ح ٩٤٠، التهذيب ٩: ١٧ ح ٦٩، الوسائل ١٦: ٣٥٠ الباب المتقدّم ح ٢.

٣- (٣) الكافي ٦: ٣١٣ ح ٦، الوسائل ١٦: ٣٥٠ الباب المتقدّم ح ١.

٤- (٤) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٤٣ هامش (٣).

٥- (٥) التهذيب ٩: ٢١ ح ٨٥، الوسائل ١٦: ٢٥١ ب «٤٣» من أبواب الصيد.

و لا بأس بالحمام (١) كَلَّه، كَالْقِمَارِيِّ وَ الدَّبَاسِيِّ وَ الورشان.

و كذا لا بأس بالحجل، (٢) و الدَّرَاج، و القَبَج، و القَطَا، و الطِيهوج، و الدَجَاج، و الكروان، و الكركي، و الصعو.

قوله: «و لا بأس بالحمام. إلخ».

قد تقدّم في الحَجِّ (١) أن الحمام جنس يقع على كلّ ذات طوق من الطيور، أو ما عبّ أي: شرب الماء بلا- مصّ، فيدخل فيه القمرى و هو الأزرق، و الدبسى و هو الأحمر، و الورشان و هو الأبيض، و السمام و الفواخت و غيرها. و لا خلاف في حلّها بين أهل الإسلام.

قوله: «و كذا لا بأس بالحجل. إلخ».

هذه المعدودات مع اشتمالها على الصفات الموجبه للحلّ فيما تقدّم (٢) -من الدفيف و غيره- ورد بحلّها نصوص (٣)، فلهذا خصّها بالذكر.

و الدَّرَاج بضمّ الدال. و القَبَج بسكون الباء، قال في الصحاح: «هو الحجل، فارسى معرّب» (٤). فكأنّه نوع منه. و الطِيهوج من طيور الماء، له ساق طويل. و الدَجَاج بفتح أوله أفصح من كسره و ضمّه. و الكروان بالتحريك المفتوح. و الكركي بضمّ الكاف. و الصعو بفتح الصاد و سكون العين المهملتين.

ص: ٤٨

١- ١) في ج ٤٢٩: ٢.

٢- ٢) في ص: ٤٠.

٣- ٣) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٣ ب «١٨» من أبواب الأطعمه المباحه.

٤- ٤) الصّحاح ١: ٣٣٧.

و يعتبر فى طير (١) الماء ما يعتبر فى الطير المجهول، من غلبه الدفیف أو مساواته للصفیف، أو حصول أحد الأمور الثلاثه: القانصه أو الحوصله أو الصيصیه. فيؤكل مع هذه العلامات و إن كان يأكل السمك.

قوله: «و يعتبر فى طير. إلخ».

قد تقدّم (١) فى إطلاق النصوص باعتبار الطير بما ذكر ما يشمل طير الماء و غيره. و يدلّ عليه بخصوصه روايه مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كل من طير الماء ما كانت له قانصه و لا مخلب له، قال:

و سألته عن طير الماء فقال مثل ذلك» (٢). و فى موثقه سماعه عن الرضا عليه السلام: «كل من طير البرّ ما كان له حوصله، و من طير الماء ما كانت له قانصه كقانصه الحمام لا معدّه كمعدّه الإنسان» (٣). و فى صحيحه نجيه بن الحارث قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن طير الماء ما يأكل السمك منه يحلّ؟ قال: لا بأس به كله» [١].

و المراد بطير الماء نحو البطّ و الإوزّ و الكركيّ و اللقلق و الطيهوج و غيرها. قال بعض (٤) العلماء: هو أكثر من مائتى نوع، و لا نجد لأكثرها اسما

ص: ٤٩

١- ١) فى ص: ٤٠-٤٢.

٢- ٢) الكافى ٦: ٢٤٨ ح ٤، التهذيب ٩: ١٧ ح ٦٦، الوسائل ١٦: ٣٤٥-٣٤٦ ب «١٨» من أبواب الأّطعمه المحرّمه ح ٤.

٣- ٣) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٤٢ هامش (١).

٤- ٥) حياه الحيوان ١: ٦٦٨-٦٦٩.

و لو اعتلف أحد هذه (١) عذره الإنسان محضاً، لحقه حكم الجلل، و لم يحلّ حتى يستبرأ. فتستبرأ البطّة و ما أشبهها بخمسه أيّام، و الدجاجة و ما أشبهها بثلاثة أيّام، و ما خرج عن ذلك يستبرأ بما يزول عنه حكم الجلل، إذ ليس فيه شيء موطّف.

عند العرب، لأنها لا تكون ببلادهم. و تبه المصنف بتخصيصه على خلاف بعض العامّة (١)، حيث ذهب إلى حله كلّ كحيوانه.

قوله: «و لو اعتلف أحد هذه إلخ».

قد تقدّم (٢) الكلام في الجلل و ما به يتحقّق، و أن المعتبر من استبرائه ما يزول به اسمه و يذهب نته، من العلف الطاهر في غير المنصوص على مقداره.

و ممّا نصّ عليه في الروايات السابقة البطّة و الدجاجة، ففي روايه مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام: «البطّة الجلاله لا تؤكل لحمها حتى تربط خمسه أيّام، و الدجاجة ثلاثه أيّام» (٣). و في روايه السكوني عنه عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: الدجاجة الجلاله لا يؤكل لحمها حتى تغتدى ثلاثه أيّام، و البطّة الجلاله خمسه أيّام» (٤). و ليس فيهما ذكر الشبه لهما، مع ما قد عرفت من حال الروايات.

ص: ٥٠

١- (١) روضه الطالبين ٢: ٥٤١.

٢- (٢) في ص: ٢٥.

٣- (٣) الكافي ٦: ٢٥٣ ح ١٢، التهذيب ٩: ٤٥ ح ١٨٩، الاستبصار ٤: ٧٧ ح ٢٨٢، الوسائل ١٦: ٣٥٦ ب «٢٨» من أبواب الأُطعمه المحرّمه ح ٢.

٤- (٤) الكافي ٦: ٢٥١ ح ٣، التهذيب ٩: ٤٦ ح ١٩٢، الاستبصار ٤: ٧٧ ح ٢٨٥، الوسائل ١٦: ٣٥٦ ب «٢٨» من أبواب الأُطعمه المحرّمه ح ١.

و تحرم: الزنا، و الذباب، و البق. (١) و بيض ما يؤكل حلال. (٢) و كذا بيض ما يحرم حرام. و مع الاشتباه يؤكل ما اختلف طرفاه، لا ما اتفق.

و اكنفى الصدوق فى المقنع [١] للبطه بثلاثه أيام، و رواه عن القاسم بن محمد الجوهري (١). و اعتبر أبو الصلاح (٢) و ابن زهره (٣) فى الدجاجة خمسہ أيام، و جعلاً الثلاثه روايه. و حكى فى المبسوط [٢] فيها سبعة أيام و يوما إلى الليل. و حكاه الصدوق فى المقنع [٣] روايه.

و المستند فى الجميع واه، و ينبغى اعتبار أكثر الأمرين من هذه المقدرات و ما به يزول الجلل و التتن، ليخرج من حق الأدله. و لو لا اشتهاى العمل بالتقدير فى الجملة بين الأصحاب لما أمكن الرجوع إليه فى شىء منها لما ذكرنا.

قوله: «و تحرم الزنا، و الذباب و البق».

لأنها من الخبائث المحرّمه عموما بنصّ (٤) القرآن.

قوله: «و بيض ما يؤكل حلال. إلخ».

هكذا ورد اعتبار البيض فى عدّه أخبار، منها صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «إذا دخلت أجمة فوجدت بيضا فلا تأكل

ص: ٥١

١- (٢) الفقيه ٣: ٢١٤ ح ٩٩٢، الوسائل ١٦: ٣٥٧ ب «٢٨» من أبواب الأطحمة المحرّمه ح ٦.

٢- (٣) الكافي فى الفقه: ٢٧٧.

٣- (٤) غنية النزوع: ٣٩٨.

٤- (٧) الأعراف: ١٥٧.

والمجثمه حرام،(١)وهى التى تجعل غرضا و ترمى بالنشأب حتى تموت.و المصبوره،وهى التى تجرح و تحبس حتى تموت.

منه إلا ما اختلف طرفاه» (١).و حسنه زرارہ قال:«قلت لأبى جعفر عليه السلام:البیض فى الآجام،فقال:ما استوى طرفاه فلا تأكل،و ما اختلف طرفاه فكل» (٢).

قوله:«والمجثمه حرام..إلخ».

تحريم هاتين راجع إلى تحريم الميتة،لأنهما من جملة أفرادها، لأن المراد منها ما يموت بغير التذكية،سواء استند موته إلى الجرح أم لا.

و أصل الصبر فى هذا الباب أن لا يعجل قتل الحيوان،بل يحبس مجروحا أو غير مجروح حتى يموت.و خصت المصبوره بزيادة الجرح ليكون سببا للموت كالذبح،ثم يصبر بتركها كذلك إلى أن تموت.و منه الحديث:

«نهى عن قتل شيء من الدواب صبرا» (٣).قال أبو عبيد (٤):هو أن يحبس من ذوات الأرواح شيء حيا ثم يرمى حتى يقتل،و منه يقال للرجل يقدم و يضرب عنقه:قتل صبرا،أى:محبوسا ممسكا على القتل،و كل من حبسته ليقتل فهو قتل صبر.

ص:٥٢

١- ١) الكافى ٦:٢٤٨ ح ١،التهذيب ٩:١٥ ح ٥٧،الوسائل ١٦:٣٤٧ ب «٢٠» من أبواب الأطحمة المحرمة ح ١.

٢- ٢) الكافى ٦:٢٤٩ ح ٢،الفقيه ٣:٢٠٥ ح ٩٣٦،التهذيب ٩:١٦ ح ٦٣،الوسائل ١٦:٣٤٨ الباب المتقدم ح ٤.

٣- ٣) مستدرک الوسائل ١٦:١٦٠ ح ٨ نقله عن مجموعه الشهيد،مسند أحمد ٣:٣١٨،صحيح مسلم ٣: ١٥٥٠ ح ٦٠،سنن ابن ماجه ٢:١٠٦٤ ح ٣١٨٨.

٤- ٤) غريب الحديث للهروى ١:١٥٥.

القسم الرابع:

في الجامدات (١) و لا حصر للمحلل منها، فلنضبط المحرم، وقد سلف (١) منه شطر في كتاب المكاسب.

قوله: «في الجامدات.. إلخ».

نبه بعدم حصرها على الفرق بين المحلل من الحيوان و من الجامدات، فإنه من الجامدات غير محصور، و لا- ضابط له يرجع إليه، بخلاف المحرم منها، فإنه منحصر في الأنواع الخمسة و ما عداها محلل مطلقاً. و أما الحيوان فالمحلل منه منضبط في الجملة و لو بضوابط كليته، كقوله في الطير: كل ما دفّ و كان له أحد الثلاثة، و في حيوان الماء: كل ما له فلس من السمك، و من حيوان البر: ما ليس له ناب، و لا من [جنس] (٢) الحشائر، و لا- منصوص على تحريمه بخصوصه. و هو يؤول إلى كونه ما عدّد من المحلل سابقاً، إذ لا يعلم من الحيوان غالباً غيره.

و التحقيق أن هذا كله لا يفيد الحصر، بل هو الغالب، و لهذا أسلفنا في أول الباب أن ما يوجد من الأشياء التي لا نصّ للشارع فيها- سواء كانت حيواناً أم غيره- يحكم فيها بالحلّ حيث تكون مستطابه، لآيه أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ (٣) إلا أن الحيوان مضبوط في الجملة زياده على غيره.

و المراد بالجامدات ما عدا الحيوان الحيّ و إن كان أصله الحيوان، كالميته و محرّمات الذبيحه، أو ناميا كالنبات، أو مائعا كالخمر، كما يستفاد من الأنواع.

ص: ٥٣

١- ١) انظر شرائع الإسلام ٢: ٦، مسالك الأفهام (طبعنا هذه) ١١٨: ٣- ١٢٢.

٢- ٢) من «ر» فقط.

٣- ٣) المائدة: ٤.

و نذكر هنا خمسة أنواع:

الأول: الميتات

الأول: الميتات، و هي محرّمه (١) إجماعاً.

نعم، قد يحلّ منها ما لا تحلّه الحياه، فلا يصدق عليه الموت.

و هو:

الصوف، و الشعر، و الوبر، و الريش. و هل يعتبر فيها الجزّ؟ الوجه أنها إن جزّت فهي طاهره، و إن استلّت غسل منها موضع الاتّصال.

و قيل: لا يحلّ منها ما يقلع. و الأول أشبه.

و القرن، و الظلف، و السنّ، و البيض إذا اكتسى القشر الأعلى، و الإنفحه.

قوله: «الميتات و هي محرّمه. إلخ».

لا خلاف في تحريم الميتة، و هي المصدّر بتحريمها في الآية الكريمة (١).

و المراد منها: الحيوان بعد خروج روحه بغير التذكية المعتبره شرعاً، و أجزاءه التي تحلّها الحياه. و على هذا لا يفتقر إلى استثناء الجراد و السمك، لأن ميتته بغير التذكية [المعتبره] (٢) محرّمه. و إطلاق [١] النبيّ صلّى الله عليه و آله عليهما الميتة باعتبار التذكية المشهوره، و هي الذبح. و من لا يعتبر فيهما تذكية من العامّة (٣) نظر إلى هذا الإطلاق.

و أما أجزاء الميتة التي لا تحلّها الحياه فهي طاهره يحلّ استعمالها. و هي

ص: ٥٤

١ - ١) المائدة: ٣.

٢ - ٢) من «م» فقط.

٣ - ٤) الحاوي الكبير ١٥: ٥٩، المغنى لابن قدامه ١١: ٤٢، روضه الطالبين ٥٠٨: ٢.

عشره متَّفَق عليها، وحادى عشر مختلف فيه. و هي: الصوف، و الشعر، و الوبر، و الريش، بشرط الجزّ و غسل موضع الاتّصال، و العظم، و الظلف، و السنّ، و القرن، و البيض إذا اكتسى القشر الأ-على الصلب، و الإنفحه-بكسر الهمزه و فتح الفاء-و هي كرش الجدى قبل أن يأكل، أو اللبن المنعقد (١) فى كرشه، على اختلاف تفسير أهل اللغة (٢) له. فعلى الثانى هو ممّا لا- تحلّه الحياه، فيناسب ذكره مع الباقى. و على الأول هو مستثنى من الميتة. و على التقديرين فاللبن المذكور طاهر و إن جاور الميتة، للنصّ عليه فى أخبار كثيره، منها صحيحه زراره عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الإنفحه تخرج من الجدى الميت، قال: لا بأس به». و فيها: «قلت: و الصوف و الشعر و عظام الفيل و البيض تخرج من الدجاجة؟ فقال: كلّ هذا لا بأس به» (٣). و البيض فيها و إن كان مطلقا إلا أنه مقتيد فى غيرها (٤) بما إذا اكتسى القشر الغليظ.

و القول بأنّه يعتبر فى الحكم بطهاره الشعر و أخويه الجزّ للشيخ فى النهايه (٥). و الأصحّ ما اختاره المصنف و الأكثر من عدم اشتراطه مع طهاره موضع الاتّصال، لكونه ممّا لا تحلّه الحياه و إن كان له نموّ و مشابهه للحى، و عملا (٦) بعموم النصّ (٧).

ص: ٥٥

١- ١) فى «د، ص»: المنفعل.

٢- ٢) انظر الصحاح ١: ٤١٣، لسان العرب ٢: ٦٢٤، القاموس ١: ٢٥٣.

٣- ٣) الفقيه ٣: ٢١٦ ح ١٠٠٦، التهذيب ٩: ٧٦ ح ٣٢٤، الاستبصار ٤: ٨٩ ح ٣٣٩، الوسائل ١٦: ٣٦٦ ب «٣٣» من أبواب الأ-طعمه المحرّمه ح ١٠.

٤- ٤) انظر الوسائل ١٦: ٣٦٥ ب «٣٣» من أبواب الأ-طعمه المحرّمه ح ٦.

٥- ٥) النهايه: ٥٨٥.

٦- ٦) فى «و»: عملا.

٧- ٧) انظر الوسائل ١٦: ٣٦٥ ب «٣٣» من أبواب الأ-طعمه المحرّمه ح ١٢، ١٠، ٩، ٨، ٥، ٣.

و فى اللبن روايتان (١) إحداهما: الحَلّ، و هى أصحُّهما طريقاً. و الأشبه التحريم، لنجاسته بملاقاه المَيّت.

قوله: «و فى اللبن روايتان.. إلخ».

هذا هو الحادى عشر ممّا لا تحلّه الحياه من الميتة المختلف فى طهارته، فذهب الشيخ (١) و أكثر المتقدّمين (٢) و جماعه من المتأخّرين (٣) -منهم الشهيد (٤)- إلى أنه طاهر، للنصّ على طهارته فى الروايات الصحيحه، فيكون مستثنى من ملاقاه المائع للنجس كما استثنى الإنفحة، منها صحيحه زرارہ السابقه عن أبى عبد الله عليه السلام و فيها: «قلت: اللبن يكون فى ضرع الشاه و قد ماتت، قال:

لا بأس به».

و ذهب ابن إدريس (٥) و المصنف و العلّامه (٦) و أكثر المتأخّرين (٧) إلى نجاسته، لملاقاته المَيّت، و لروايه وهب بن وهب عن أبى عبد الله عليه السلام:

«أن عليّاً عليه السلام سئل عن شاه ماتت فحلب منها لبن، فقال عليّ عليه السلام: ذلك الحرام محضاً» (٨).

و الدليل الأول لا يخلو من مصادره. و الروايه ضعيفه السند جدّاً، فإن

ص: ٥٦

١- (١) النهاية: ٥٨٥.

٢- (٢) الهدايه: ٧٩ ب «١٣٤»، المقنعه: ٥٨٣، الوسيله: ٣٦١-٣٦٢.

٣- (٣) الجامع للشرائع: ٣٩٠.

٤- (٤) الدروس الشرعيّه ٣: ١٥.

٥- (٥) السرائر ١١٢: ٣.

٦- (٦) المختلف: ٦٨٣.

٧- (٧) إيضاح الفوائد ٤: ١٥١، التنقيح الرائع ٤: ٤٤-٤٥، المقتصر: ٣٣٦.

٨- (٨) التهذيب ٩: ٧٦ ح ٣٢٥، الاستبصار ٤: ٨٩ ح ٣٤٠، الوسائل ١٦: ٣٦٧ ب «٣٣» من أبواب الأُطعمه المحرّمه ح ١١.

و إذا اختلط الذكيّ (١) بالميتة، وجب الامتناع منه حتى يعلم الذكيّ بعينه. و هل يباع مَمَّن يستحلّ الميتة؟ قيل: نعم. و ربما كان حسنا إن قصد بيع الذكيّ حسب.

وهب الراوى ضعيف، قال النجاشي (١) إنه: «كذاب له أحاديث مع الرشيد في الكذب» فلذلك قال المصنف: إن روايه الحلّ أصحّهما طريقا. و لا يخلو مع ذلك من تجوّز، لأن روايه النجاسه لا تشارك روايه الحلّ في أصل الصحّة حتى تفضّل عليها فيها. قوله: «و إذا اختلط الذكيّ إلخ».

لا- إشكال في وجوب الامتناع منه، لوجوب اجتناب الميت و لا يتمّ إلا باجتناب الجميع، لأن الفرض كونه محصورا، و لعموم قوله صلّى الله عليه و آله:

«ما اجتمع الحلال و الحرام إلا غلب الحرام الحلال» (٢).

و القول ببيعه على مستحلّ الميتة للشيخ في النهاية (٣)، و تبعه ابن حمزه (٤) و العلامة في المختلف (٥)، و مال إليه المصنف- رحمه الله- مع قصده لبيع الذكيّ.

و المستند صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «سمعتة يقول:

إذا اختلط الذكيّ بالميتة باعه مَمَّن يستحلّ الميتة» (٦). و حسنه الحلبي أيضا عنه عليه السلام: «أنه سئل عن رجل كانت له غنم و بقر، فكان يدرك المذكيّ منها

ص: ٥٧

١- (١) رجال النجاشي: ٤٣٠ رقم (١١٥٥).

٢- (٢) سنن البيهقي ٧: ١٦٩، الدرر المنتشرة: ١٢٦ ح ٤٠١، عوالي اللئالي ٢: ١٣٢ ح ٣٥٨.

٣- (٣) النهاية: ٥٨٦.

٤- (٤) الوسيله: ٣٦٢.

٥- (٥) المختلف: ٦٨٣.

٦- (٦) الكافي ٦: ٢٦٠ ح ٢، التهذيب ٩: ٤٨ ح ١٩٩، الوسائل ١٦: ٣٧٠ ب (٣٦) من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ١.

فيغزله و يعزل الميتة، ثمَّ إن الميت و الذكى اختلطا كيف يصنع به؟ قال: يبيعه مَمَّن يستحل الميتة و يأكل ثمنه، فإنه لا بأس به» (١).

و منع ابن إدريس (٢) من بيعه و الانتفاع به مطلقا، لمخالفه الرواية لأصول المذهب فى جواز بيع الميتة، و لقوله صلى الله عليه و آله: «إن الله إذا حرّم شيئا حرّم ثمنه» (٣).

و المصنف - رحمه الله - وجه الرواية بما إذا قصد به بيع المذكى حسب، فلا يكون منافيا لأصول المذهب.

و يشكل بأنه مع عدم التمييز يكون المبيع مجهولا، فلا يمكن إقباضه، فلا يصح بيعه منفردا.

و أجاب فى المختلف (٤) بأنه: ليس بيعا حقيقيا، بل هو استنقاذ مال الكافر من يده برضاه، فكان سائغا، و إنما أطلق عليه اسم البيع لمشابهته له فى الصورة، من حيث إنه بذلك مال فى مقابلة عوض.

و يشكل بأن مستحل الميتة أعمّ ممَّن يباح ماله، إذ لو كان ذميا كان ماله محترما، فلا يصح إطلاق القول ببيعه كذلك على مستحل الميتة. و الأولى إما العمل بمضمون الرواية لصحتها، أو أطراحها لمخالفتها للأصل.

ص: ٥٨

١ - ١) الكافى ٦: ٢٦٠ ح ١، التهذيب ٩: ٤٧ ح ١٩٨، الوسائل ١٦: ٣٧٠ الباب المتقدم ح ٢.

٢ - ٢) السرائر ١١٣: ٣.

٣ - ٣) عوالى اللئالى ١: ١٨١ ح ٢٤٠، مسند أحمد ١: ٢٩٣، سنن أبى داود ٣: ٢٨٠ ح ٣٤٨٨، سنن البيهقى ٦: ١٣.

٤ - ٤) المختلف: ٦٨٣.

و كل ما أبين (١) من حيّ فهو ميتة يحرم أكله و استعماله. و كذا ما يقطع من أليات الغنم، فإنه لا- يؤكل، و لا يجوز الاستصباح به، بخلاف الدهن النجس بوقوع النجاسة.

و مال الشهيد في الدروس (١) إلى عرضه على النار و اختباره بالانبساط و الانقباض، كما سيأتى (٢) في اللحم المطروح المشتبه.

و يضعف- مع تسليم الأصل- ببطالان القياس مع وجود الفارق، و هو أن اللحم المطروح يحتمل كونه بأجمعه مذكى و كونه غير مذكى، فكونه ميتة غير معلوم، بخلاف المتنازع، فإنه مشتمل على الميتة قطعاً، فلا يلزم من الحكم في المشتبه تحريمه كونه كذلك في المعلوم التحريم.

قوله: «و كل ما أبين. إلخ».

كما يحرم أكل لحم الميتة يحرم الانتفاع بها و استعمالها بوجوه الانتفاع، لعموم قوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ (٣) فإن التحريم المضاف إلى الأعيان غير مراد قطعاً، لأن متعلّقه أفعال المكلفين، فيكون المراد تحريم جميع وجوه الانتفاع، لأنه أقرب المجازات إلى الحقيقة حيث لا تكون مراده، بخلاف ما لو جعل المراد تحريم أكلها خاصه أو بيعها أو غير ذلك من الأمور الجزئية.

و قيل: إن متعلّق التحريم في ذلك هو الأكل، لأنه المتبادر، و لأنه أعظم المقاصد منها، كما أن المراد بقوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ أَمْهَاتُكُمْ (٤) تحريم وطئهنّ. و قيل: إن الآية مجمله في الدلالة لذلك، فلا تكون دليلاً في العموم.

ص: ٥٩

١- ١) الدروس الشرعيّه ٣: ١٤.

٢- ٢) في ص: ٩٦.

٣- ٣) المائدة: ٣.

٤- ٤) النساء: ٢٣.

الثاني: المحرّمات من الذبيحه (١) خمس: الطحال، والقضيب، والفَرْث، و الدم، والأنثيان.

و في المثانه و المراره و المشيمه تردّد أشبهه التحريم، لما فيها من الاستخبات.

أما الفرج، و النخاع، و العلباء، و الغدد، و ذات الأشاجع، و خرزه الدماغ، و الحلق، فمن الأصحاب من حرّمها، و الوجه الكراهيه.

و ما بيان من الحيّ في حكم الميتة، و منه أليات الغنم. و قد دلّ عليها بخصوصها روايه أحمد بن أبي نصر عن الكاهلي قال: «سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام و أنا عنده عن قطع أليات الغنم، فقال: لا بأس بقطعها إذا كنت تصلح بها مالك، ثمّ قال: إن في كتاب عليّ عليه السلام أن ما قطع منها ميت لا ينتفع به» (١). و في معناها غيرها (٢). و الاستصباح به من أنواع الاستعمال فيحرم.

و خروج الدهن النجس بنجاسه عرضيّة عن ذلك بنصّ خاصّ (٣) دلّ على جواز الاستصباح به لا- يوجب تعديته إلى الميتة، لوجود الفارق، و الاقتصار فيما خالف الأصل على مورده.

قوله: «المحرّمات من الذبيحه.. إلخ».

لا- خلاف في تحريم الدم من هذه المذكورات. و في معناها الطحال، لأنه مجمع الدم الفاسد. و إنما الكلام في غيره من هذه المعدودات، فالشيخ في

ص: ٦٠

١- (١) الكافي ٦: ٢٥٤ ح ١، الفقيه ٣: ٢٠٩ ح ٩٦٧، التهذيب ٩: ٧٨ ح ٣٣٠، الوسائل ١٦: ٢٩٥ ب «٣٠» من أبواب الذبائح ح ١.

٢- (٢) انظر الوسائل ١٦: ٢٩٥ ب «٣٠» من أبواب الذبائح ح ٢ و ٣.

٣- (٣) انظر الوسائل ١٢: ٦٦ ب «٦» من أبواب ما يكتسب به.

النهاية (١) حكم بتحريم جميع ما ذكر إلا المئانه، فإنه لم يتعرّض لها. و وافقه ابن إدريس (٢)، و زاد المئانه. و تبع الشيخ على ذلك جماعه [١].

و مستند التحريم روايه ابن أبى عمير عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا- تؤكل من الشاه عشره أشياء: الفرث، و الدم، و الطحال، و النخاع، و العلباء، و الغدد، و القضيب، و الأنثيان، و الحياء، و المراره» (٣). و روايه إسماعيل بن مرار عنهم عليهم السلام قال: «لا يؤكل ممّا يكون فى الإبل و البقر و الغنم و غير ذلك ممّا لحمه حلال: الفرج بما فيه ظاهره و باطنه، و القضيب، و البيضتان، و المشيمه و هو موضع الولد، و الطحال لأنه دم، و الغدد مع العروق، و النخاع الذى يكون فى الصلب، و المراره، و الحدفه، و الخرزه التى تكون فى الدماغ، و الدم» (٤).

و فى معناهما روايات (٥) أخرى، و كلّها ضعيفه السند. و تحريم ما ذكر مجتمع من جملةتها، فلذلك لم يحكم المصنف بمضمونها، لقصورها عن إفاده التحريم، فيرجع إلى الأدلّه العامه. و قد علمنا منها تحريم (٦) الدم و الخبائث

ص: ٦١

١- (١) النهايه: ٥٨٥.

٢- (٢) السرائر ١١١: ٣.

٣- (٤) الكافى ٢٥٤: ٦ ح ٣، التهذيب ٩: ٧٤ ح ٣١٦، الوسائل ١٦: ٣٦٠ ب «٣١» من أبواب الأُطعمه المحرّمه ح ٤.

٤- (٥) الكافى ٢٥٤: ٦ ح ٤، التهذيب ٩: ٧٤ ح ٣١٧، الوسائل ١٦: ٣٦٠ الباب المتقدّم ح ٣.

٥- (٦) لاحظ الوسائل ١٦: ٣٥٩ ب «٣١» من أبواب الأُطعمه المحرّمه ح ١٩، ١٥، ١١، ٩، ١٨.

٦- (٧) المائده: ٣، الأعراف: ١٥٧.

و تحليل (١) الطَّيِّبَات، فما كان من هذه خبيثا يحرم لذلك، وهو الخمسه التي صَدَّرَ بها المصنّف جازما بها. و في معناها الثلاثه التي نقل فيها الخلاف و اختار تحريمها، و هي المثانه و المراره و المشيمه، و علَّلَ تحريمها بالاستخبات إشاره إلى ما ذكرناه من عدم دليل صالح على تحريمها بالخصوص، بل ما دلَّ على تحريم الخبائث.

و الباقيه لا يظهر كونها من الخبائث، فتحريمها ليس بجيّد. نعم، ينبغي الحكم بالكراهه، لما ذكر من الروايات، فإنها كافيه في إثبات الكراهه، للتسامح في دليلها.

و وافقه علامه في المختلف (٢) و التحرير (٣)، و زاد في المحرّم الفرج. و في القواعد (٤) وافق الشيخ على تحريم الجميع من غير نقل خلاف فيها. و الأقوى ما اختاره المصنّف من الاقتصار على تحريم المستخبث منها.

و المراد بذات الأشاجع أصول الأصابع التي تتّصل بعصب ظاهر الكفّ.

و المراد منها في الحيوان ما جاوز (٥) الظلف من الأعصاب و نحوها. و بخرزه الدماغ المخّ الكائن في وسط الدماغ، يخالف لونها لونه، و هي بقدر الحمّصه، تميل إلى الغبره. و النخاع-مثلث النون-الخيّط الأبيض في وسط فقار الظهر ينظّم خرزّه، و هو الوتين. و مفهوم الباقي ظاهر.

ص: ٦٢

١- (١) المائده: ٤.

٢- (٢) المختلف: ٦٨٢-٦٨٣.

٣- (٣) تحرير الأحكام ٢: ١٦١.

٤- (٤) قواعد الأحكام ٢: ١٥٧.

٥- (٥) في «خ»: جاور.

و تكره: الكلى، (١) و أذنا القلب، و العروق.

و لو شوى الطحال (٢) مع اللحم، و لم يكن مثقوبا، لم يحرم اللحم.

و كذا لو كان اللحم فوقه، أما لو كان مثقوبا، و كان اللحم تحته، حرم.

قوله: «و تكره الكلى.. إلخ».

علل في بعض الأخبار (١) كراهه الكلى بأنها مجمع البول. و في مرفوعه أبى يحيى الواسطى أن عليا عليه السلام نهى القصابين عن بيع سبعة أشياء، و عدّ منها آذان الفؤاد (٢). و قد تقدّم (٣) النهى عن أكل العروق في جملة ما ذكر في خبر إسماعيل بن مرار.

و لا- وجه لإفراد هذين من المذكورات سابقا، لأنها مذكورة معها في الأخبار، فحمل النهى فيها على الكراهه دون غيرها لا وجه له. و ضعف السند يمنع تحريم الجميع عدا ما استثنى.

قوله: «و لو شوى الطحال.. إلخ».

هذا التفصيل مشهور بين الأصحاب، ذكره الشيخ (٤) و غيره (٥). و مستنده روايه عمار بن موسى عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن الطحال يحلّ أكله؟ قال: لا- تأكله فهو دم، قلت: فإن كان الطحال في سفود مع لحم و تحته خبز و هو الجوزاب يؤكل ما تحته؟ قال: نعم، يؤكل اللحم و الجوزاب و يرمى بالطحال،

ص: ٦٣

١- (١) انظر الكافي ٦: ٢٥٤ ح ٦، التهذيب ٩: ٥٧ ح ٣١٨، الوسائل ١٦: ٣٦٠ ب «٣١» من أبواب الأطعمة المحرّمة ح ٥.

٢- (٢) الكافي ٦: ٢٥٣ ح ٢، التهذيب ٩: ٧٤ ح ٣١٥، الوسائل ١٦: ٣٥٩ الباب المتقدّم ح ٢.

٣- (٣) في ص: ٦١.

٤- (٤) النهاية: ٥٨٥.

٥- (٥) السرائر ٣: ١١٢، الدروس الشرعيّة ٣: ١٥.

الثالث: الأعيان النجسه، (١) كالعذرات النجسه. وكذا كل طعام مزج: بالخمر أو النبيذ المسكر، أو الفَقَّاع و إن قلَّ، أو وقعت فيه نجاسه و هو مائع كالبول.

لأن الطحال في حجاب لا يسيل منه، فإن كان الطحال مشقوقاً أو مثقوباً فلا تأكل ممّا يسيل عليه الطحال» [١].

و هذه الروايه و إن كانت ضعيفه السند إلا أنه لا بأس بالعمل بمضمونها، لموافقته الظاهر من أن الطحال يسيل دمه من الحراره و يشرب منه ما تحته.

قوله: «الأعيان النجسه. إلخ».

لا خلاف في تحريم أكل النجس، سواء كانت نجاسته أصلية كالعذره النجسه، أم بالعرض كالطعام الممتزج بشيء من النجاسات كالخمر و غيره من المسكرات، و الفَقَّاع في حكمها عندنا و إن لم يسكر. و لا فرق في تحريمه بذلك بين القليل منه و الكثير، لا شراك الجميع في المقتضى و هو النجاسه.

و الضمير في قوله: «و هو مائع» يعود إلى الطعام. و المراد: أن الطعام المائع إذا وقعت فيه نجاسه -من أيّ النجاسات كان- حرام أكله، لتنجسه أجمع بها و إن كثر، بخلاف ما إذا كان الطعام جامداً، فإنه لا ينجس منه إلا ما خالطته النجاسه، فتكشط و يرمى ما حولها و لا ينجس الباقي.

و قوله: «كالبول» مثال للنجاسه الواقعه. و لا فرق فيها بين المائع كالبول

أو باشره الكفار،(١)و إن كانوا أهل ذمه،على الأصح.

و غيره،و إن كانت العبارة قد توهم خلاف ذلك.

قوله:«أو باشره الكفار.إلخ».

نجاسه الكافر مطلقا-حريّا كان أم أهل ذمه-هو المشهور بين الأصحاب،بل ادّعى عليه جماعه-منهم المرتضى (١)و ابن إدريس (٢)-الإجماع.و حجّتهم مع ذلك قوله تعالى إِنَّمِ الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ (٣).و اليهود و النصارى و المجوس مشركون أيضا.أما المجوس فظاهر،لقولهم بالهين اثنين:النور و الظلمة.و أما اليهود و النصارى فلقولهم إن العزيز و المسيح ابن الله، و قد قال تعالى عقيب حكايته عنهم سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ (٤).و حمل الآية على أنهم ذوو نجس-من حيث اعتقادهم الفاسد،أو من حيث إنهم لا يجتنبون النجاسات من البول و الغائط و الخمر و الخنزير-خلاف الظاهر،لأن الأصل عدم الإضمار،و ورود الروايات بنجاستهم عن أهل البيت عليهم السلام.

و سيأتى (٥)ذكر بعضها.

و فيه نظر،لأن النجس كما يطلق على النجاسة المعروفة شرعا،يطلق على المستقذر،قال الهروى فى تفسير الآية:«يقال لكلّ مستقذر نجس،فإذا ذكرت الرّجس قلت:رجس نجس بكسر النون و سكون الجيم» (٦).و المستقذر أعّم من النجس بهذا المعنى،ففى الحديث:«أتقوا هذه القاذورة التى نهى الله

ص:٦٥

١- ١) الانتصار: ١٠.

٢- ٢) السرائر ٧٣: ١ و ٧٥، و ج ١٢٣: ٣- ١٢٤.

٣- ٣) التوبة: ٢٨.

٤- ٤) التوبة: ٣١.

٥- ٥) فى ص: ٨٦- ٨٧.

٦- ٦) الغريبين للهروى: ٩٤٢(مخطوط).

عنها» (١) وأراد بها فعل القبيح مطلقاً. وتطلق على الدنيا مطلقاً، وعلى اللفظ السيء. والقاذوره من الرجال الذى لا يبالي ما قال و ما صنع، والقاذوره الذى يتقذر الشيء فلا يأكله. ولما رجم ماعز بن مالك قال صلى الله عليه وآله:

«اجتنبوا هذه القاذوره» (٢) يعنى: الزنا. ذكر خلاصه ذلك فى الغريبين.

و المقصود أن النجس يطلق فى القرآن و غيره على المتنازع و غيره، كما أن الرجس يطلق على غير النجس، كما قال تعالى إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ (٣) مع أن غير الخمر من هذه المعدودات غير نجس، والنجس يؤكد به الرجس. وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلا- أن القائل بطهارتهم- للروايات الآتية (٤)- يحمل الآية على ذلك مراعاة للجمع. والمقصود أن هذه الآية ليست صريحه فى النجاسة، بل محتمله لها، وحملها على إضمار «ذو» من هذا القبيل، لأن به يحصل الجمع بين الأدله.

و أما الأخبار فسيأتى (٥) أنها مختلفه، ومن ثم ذهب ابن الجنيد (٦) وابن أبى عقيل (٧) إلى عدم نجاسه أسآرهم. فقال ابن الجنيد فى كتابه الأحمدي (٨): ولو تجنّب من أكل ما صنعه من ذبائحهم و فى آئيتهم، وكذا ما صنع فى أوانى مستحلّى الميتة، ومؤاكلتهم، ما لم يتيقن طهاره أوانيهم و أيديهم، كان أحوط.

ص: ٦٦

-
- ١ - (١) انظر المصنف للصنعانى ٧: ٣٢٣ ح ١٣٣٤٢، مشكل الآثار للطحاوى ١: ٢٠، مستدرک الحاكم ٤: ٢٤٤، سنن البيهقى ٨: ٣٣٠، النهاية لابن الأثير ٤: ٢٨، لسان العرب ٥: ٨١.
 - ٢ - (٢) انظر المصنف للصنعانى ٧: ٣٢٣ ح ١٣٣٤٢، مشكل الآثار للطحاوى ١: ٢٠، مستدرک الحاكم ٤: ٣٨٣، سنن البيهقى ٨: ٣٣٠، النهاية لابن الأثير ٤: ٢٨، لسان العرب ٥: ٨٢.
 - ٣ - (٣) المائدة: ٩٠.
 - ٤ - (٤) فى ص: ٨٧-٨٨.
 - ٥ - (٥) فى ص: ٨٦.
 - ٦ - (٦) لم نعثر عليه.
 - ٧ - (٧) لم نعثر عليه.
 - ٨ - (٨) لم نعثر عليه.

و هو ظاهر كلام الشيخ في النهايه حيث قال: «يكره أن يدعو الإنسان أحدا من الكفار على طعامه فيأكل معه، فإذا دعاه فليأمره بغسل يديه ثم يأكل معه إن شاء» (١). والمتأخرون عنه فهموا منه ذلك، و من ثم أنكروه عليه. و قال ابن إدريس: «قول شيخنا في نهايته روايه شاذه أوردها شيخنا في نهايته إيرادا لا اعتقادا» (٢). ثم استدلل ابن إدريس بأنهم أنجاس فينفعل ما يباشرونه برطوبه من الأطعمه.

و حجه القائلين بالطهاره عموم قوله تعالى وَ طَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ (٣)، و قد تقدّم (٤) وجه عموميه، و ظاهر أن الطعام ممّا يباشر بالأيدى غالبا، مع أصاله الطهاره، و عدم دلالة الآية (٥) السابقه على النجاسه الموجهه للتعدى صريحا، لاحتمالها غيرها. و ما (٦) اشتهر من أكل النبي صلى الله عليه وآله أصحابه طعام المشركين، خصوصا في غزواتهم و استيلائهم على بلادهم كخيبر و تبوك و الشام و غيرها، و اشتراطه عليهم ضيافه (٧) من مّر بهم من المسلمين، و غير ذلك ممّا هو متواتر لا يسع إنكاره. و الإجماع الذى ادّعوه ممنوع. و كيف يتحقّق فى موضع النزاع و قد تبه المصنف على تحقّق الخلاف بقوله: «على الأصحّ»؟! و كون المخالف معلوم النسب فلا يقدر فيه قد بيّنا ما فيه مرارا. نعم،

ص: ٦٧

١- (١) النهايه: ٥٨٩-٥٩٠.

٢- (٢) السرائر ١٢٣: ٣.

٣- (٣) المائده: ٥.

٤- (٤) فى ج ٤٥٩: ١١.

٥- (٥) التوبه: ٢٨.

٦- (٦) كذا فى «ص»، و فى سائر النسخ: و أما ما اشتهر.

٧- (٧) انظر سنن البيهقى ٥٩: ٩-٦١ و ١٩٦، المغنى لابن قدامه ٥٧٠: ١٠.

الرابع: الطين، فلا يحلّ شيء (١) منه، عدا تربه الحسين عليه السلام، فإنه يجوز للاستشفاء، ولا يتجاوز قدر الحمّصه. وفي الأرماني روايه بالجواز. وهي حسنه، لما فيها من المنفعه المضطرّ إليها.

القول بالنجاسه للأكثر. وأما الروايات الوارده في ذلك من الجانبين بطريق الأصحاب فسيأتي (١) ذكرها حيث يعيد المصنف هذه المسأله مرّه أخرى.

قوله: «الطين، فلا يحلّ شيء.. إلخ».

أكل الطين -و المراد به ما يشمل التراب و المدر- حرام، لما فيه من الإضرار الظاهر بالبدن. وفي بعض الأخبار أن النبي صلّى الله عليه وآله قال: «من أكل الطين فقد أعان على نفسه» (٢). وفي الصحيح عن إبراهيم بن مهزم عن أبي عبد الله عليه السلام أن علياً عليه السلام قال: «من انهمك في الطين فقد شرك في دم نفسه» (٣). و روى هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن الله عزّ وجلّ خلق آدم من الطين، فحرّم أكل الطين على ذريّته» (٤).

و قد استثنى الأصحاب من ذلك تربه الحسين عليه السلام، وهي تراب ما جاور قبره الشريف عرفاً، أو ما حوله إلى سبعين ذراعاً، و روى إلى أربعة فراسخ (٥). و طريق الجمع ترتّبها في الفضل. و أفضلها ما أخذ بالدعاء المرسوم،

ص: ٦٨

١- (١) في ص: ٨٦.

٢- (٢) المحاسن: ٥٦٥ ح ٩٧٥، الكافي ٢: ٢٦٦ ح ٨، التهذيب ٩: ٨٩ ح ٣٧٦، الوسائل ١٦: ٣٩٣ ب «٥٨» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٧، سنن البيهقي ١٠: ١١-١٢، المعجم الكبير ٦: ٣١١ ح ٦١٣٨.

٣- (٣) الكافي ٢: ٢٦٥ ح ٣، التهذيب ٩: ٩٠ ح ٣٨٢، الوسائل ١٦: ٣٩٢ ب «٥٨» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٤.

٤- (٤) الكافي ٢: ٢٦٥ ح ٤، التهذيب ٩: ٨٩ ح ٣٨٠، الوسائل ١٦: ٣٩٣ الباب المتقدّم ح ٥.

٥- (٥) كامل الزيارات: ٢٨٠، الوسائل ١٦: ٣٩٦ ب «٥٩» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٣. وفيهما: أربعة أميال.

و ختمها تحت القبة المقدسه بقراءه سوره القدر. و روى أنها «شفاء من كل داء، و أمن من كل خوف» (١).

و احترز المصنف -رحمه الله- بقوله: «للاستشفاء بها» عن أكلها لمجرد التبرك، فإنه غير جائز على الأصح. و إنما يجوز تناولها للاستشفاء [بها] (٢) من المرض الحاصل. و ليكن قدر الحمصه المعهوده فما دون. و ينبغي الدعاء عند تناولها بالمرسوم.

و موضع التحريم فى تناول الطين ما إذا لم تدع إليه حاجه، فإن فى بعض الطين خواص و منافع لا تحصل فى غيره، فإذا اضطر إليه لتلك المنفعه بإخبار طبيب عارف يحصل الظن بصدقه جاز تناول ما تدعو إليه الحاجه، لعموم قوله تعالى فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ (٣). و قد ورد الروايه (٤) بجواز تناول الأرمنى، و هو طين مخصوص يجلب من إرمينية يترتب عليه منافع، خصوصاً فى زمن الوباء و الإسهال و غيره مما هو مذكور فى كتب الطب. و مثله الطين المختوم.

و ربما قيل بالمنع، لعموم (٥) ما دلّ على تحريم الطين، و قوله صلى الله عليه و آله: «ما جعل شفاء كم فيما حرم عليكم» (٦) و قوله صلى الله عليه و آله: «لا شفاء

ص: ٦٩

١- (١) الكافي ٦: ٢٦٦ ح ٩، التهذيب ٩: ٨٩ ح ٣٧٧، الوسائل ١٦: ٣٩٦ ب «٥٩» من أبواب الأطعمة المحرّمه ح ٢.

٢- (٢) من الحجريتين.

٣- (٣) البقره: ١٧٣.

٤- (٤) لاحظ الوسائل ١٦: ٣٩٩ ب «٦٠» من أبواب الأطعمة المحرّمه.

٥- (٥) انظر الوسائل ١٦: ٣٩١ ب «٥٨» من أبواب الأطعمة المحرّمه.

٦- (٦) سنن البيهقي ١٠: ٥، تلخيص الحبير ٤: ٧٤ ح ١٧٩٢.

الخامس: السموم القاتله، (١) قليلها و كثيرها.

أما ما لا يقتل القليل منها، كالأفيون أو السقمونيا، في تناول القيراط و القيراطين إلى ربع الدينار، في جملة حوائج المسهل، فهذا لا بأس به، لغلبه الظنّ بالسلامه.

و لا- يجوز التخطي إلى موضع المخاطره منه، كالمثقال من السقمونيا، و الكثير من شحم الحنظل أو الشوكران، فإنه لا يجوز، لما يتضمّن من ثقل المزاج و إفساده.

في محرّم» (١).

و جوابه: أن النهي عامّ مخصوص بما ذكر، و قوله صلى الله عليه و آله: «لا ضرر و لا ضرار» (٢). و الخبران نقول بموجبهما، لأننا نمنع من تحريمه حال الضروره، و المراد ما دام محرّمًا. و موضع الخلاف ما إذا لم يخف الهلاك، و إلا جاز بغير إشكال.

قوله: «السموم القاتله.. إلخ».

مناطق تحريم هذه الأشياء الإضرار بالبدن أو المزاج، فما كان من السموم مضرًا فتناول قليله و كثيره محرّم مطلقًا، سواء بلغ الضرر حدّ التلف أم لا، بل يكفي فيه سوء المزاج [و] (٣) على وجه يظهر ضرره. و إن كان ممّا يضرّ كثيره دون قليله يقيّد تحريمه بالقدر الذي يحصل به الضرر، و ذلك كالأفيون و السقمونيا و الحنظل و نحوها. و المرجع في القدر المضرّ إلى ما يعلم بالتجربه أو يخبر به.

ص: ٧٠

١- ١) عوالى اللئالى ١٤٩: ٢ ح ٤١٧.

٢- ٢) الكافى ٥: ٢٨٠ ح ٤، الفقيه ٣: ٤٥ ح ١٥٤، التهذيب ٧: ١٦٤ ح ٧٢٧، الوسائل ١٧: ٣١٩ ب «٥» من أبواب الشفعه ح ١.

٣- ٣) من «ذ، د».

اشاره

و المحرّم منها خمسّه [

القسم الخامس:

فى المائعات و المحرّم منها خمسّه:

الأول: الخمر

الأول: الخمر، و كلّ مسكر، (١) كالنبیذ، و البتع، و الفضيخ، و النقيع، و المزر.

عارف يفيد قوله الظنّ.

و بالجملة، فمرّجه إلى الظنّ به. و لا يتقدّر بما ذكره المصنف من القيراط و القيراطين، لأن الطبيب قد يصلحه على وجه لا يضرّ منه ما هو أزيد من ذلك، حتى لو فرض شخص لا يضرّه السمّ لم يحرم عليه تناوله مطلقاً.

قوله: «الخمر و كلّ مسكر.. إلخ».

تحريم الخمر موضع وفاق بين المسلمين، حتى [إنه] (١) يقتل مستحلّه، لثبوت تحريمه فى دين الإسلام ضروره.

و يلحق به فى التحريم كلّ ما أسكر، لقوله صلّى الله عليه و آله: «كلّ شراب أسكر فهو حرام» [١] و قوله صلّى الله عليه و آله: «كلّ مسكر خمر، و كلّ خمر حرام» (٢). و روى علىّ بن يقطين فى الصحيح عن أبى الحسن الماضى عليه السلام قال: «إن الله تبارك و تعالى لم يحرم الخمر لاسمها، و لكن حرّمها لعاقبتها،

ص: ٧١

١ - ١) من الحجرّيتين.

٢ - ٣) مسند أحمد ٢: ٢٩، سنن ابن ماجه ٢: ١١٢٤ ح ٣٣٩٠، المعجم الصغير ١: ٥٤.

و الفقّاع،قليله و كثيره.(١) فما كان عاقبته عاقبه الخمر فهو خمر» (١). و روى عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله:

الخمر من خمسه:العصير من الكرم،و النقيع من الزبيب،و البتع من العسل، و المزر من الشعير،و النبيذ من التمر» (٢).فأطلق على هذه الأشياء اسم الخمر،إما مجازا لمشاركتها (٣)له في الفعل،أو حقيقه من حيث إنه إنما سمى خمرا لمخامرته العقل بالسكر،و المعنى موجود في هذه الأشياء.

والمعتبر في التحريم إسكار كثيره،فيحرم قليله حسما لمادّه الفساد،كما حرم الخلوه بالأجنبيّه لإفصائها إليه.

قوله:«و الفقّاع قليله و كثيره».

معطوف على الخمر أو على كلّ مسكر.و المراد أنه محرم و إن لم يكن مسكرا،لورود النصوص بتحريمه من غير تقييد،و فيها:أنه خمر مجهول (٤)،و أنه الخمر بعينها (٥)،و أن حدّه حدّ شارب الخمر (٦).

ص:٧٢

١- (١) الكافي ٦:٤١٢ ح ٢،التهذيب ٩:١١٢ ح ٤٨٦،الوسائل ١٧:٢٧٣ ب «١٩» من أبواب الأشربة المحرّمه ح ١.

٢- (٢) الكافي ٦:٣٩٢ ح ١،التهذيب ٩:١٠١ ح ٤٤٢،الوسائل ١٧:٢٢١ ب «١» من أبواب الأشربة المحرّمه ح ١.

٣- (٣) في «و»:لمشاكلتها.

٤- (٤) الكافي ٦:٤٢٣ ح ٧،التهذيب ٩:١٢٥ ح ٥٤٤،الاستبصار ٤:٩٦ ح ٣٧٣،الوسائل ١٧:٢٨٨ ب «٢٧» من أبواب الأشربة المحرّمه ح ٨.

٥- (٥) الكافي ٦:٤٢٣ ح ٤،التهذيب ٩:١٢٥ ح ٥٤٢،الاستبصار ٤:٩٦ ح ٣٧١،الوسائل ١٧:٢٨٨ الباب المتقدّم ح ٧.

٦- (٦) الكافي ٦:٤٢٤ ح ١٥،التهذيب ٩:١٢٤ ح ٥٣٤،الاستبصار ٤:٩٥ ح ٣٦٩،الوسائل ١٧:٢٨٧ الباب المتقدّم ح ٢.

و يحرم العصير إذا غلى،^(١) سواء غلى من قبل نفسه أو بالنار. ولا يحلّ حتى يذهب ثلثاه أو ينقلب خلاً.

و تحريمه عند الأصحاب موضع وفاق. و أخبارهم به مستفيضه. و الحكم معلق على ما يطلق عليه اسم الفقّاع عرفاً مع الجهل بأصله أو وجود خاصيته، و هي وجود النشيش، و هو المعبّر عنه فى بعض الأخبار [\(١\)](#) بالغليان. و لو أطلق الفقّاع على شراب يعلم حلّه قطعاً، كالأقسام الذى طال مكثه و لم يبلغ هذا الحدّ، لم يحرم قطعاً.

و فى صحيحه على بن يقطين عن الكاظم عليه السلام قال: «سألته عن شراب الفقّاع الذى يعمل فى السوق و يباع، و لا أدري كيف عمل و لا متى عمل، أ يحلّ أن أشربه؟ قال: لا أحبّه» [\(٢\)](#). و هذه الرواية تشعر بكراهه المجهول. و روى ابن أبى عمير فى الصحيح عن مرازم قال: «كان يعمل لأبى الحسن عليه السلام الفقّاع فى منزله، قال محمد بن يحيى: قال ابن أبى عمير: و لم يعمل فقّاع يغلى» [\(٣\)](#). و المراد بغليانه ما ذكرناه من النشيش الموجب للانقلاب، كما هو المراد من غليان العصير. و سيأتى.

قوله: «و يحرم العصير إذا غلى. إلخ».

لا- خلاف بين الأصحاب فى تحريم عصير العنب إذا غلى، بأن صار أسفله أعلاه. و أخبارهم ناطقه به، ففى صحيحه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كلّ عصير أصابته النار فهو حرام حتى يذهب ثلثاه و يبقى ثلثه» [\(٤\)](#).

ص: ٧٣

١- ١) انظر الوسائل ١٧: ٢٢٩ ب «٣» من أبواب الأشربة المحرّمة.

٢- ٢) التهذيب ٩: ١٢٦ ح ٥٤٧، الوسائل ١٧: ٣٠٦ ب «٣٩» من أبواب الأشربة المحرّمة ح ٣.

٣- ٣) التهذيب ٩: ١٢٦ ح ٥٤٥، الوسائل ١٧: ٣٠٥ الباب المتقدّم ح ١.

٤- ٤) الكافي ٦: ٤١٩ ح ١، التهذيب ٩: ١٢٠ ح ٥١٦، الوسائل ١٧: ٢٢٣ ب «٢» من أبواب الأشربة المحرّمة ح ١.

و حسنه حمّاد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يحرم العصير حتى يغلى» (١). و روى حمّاد بن عثمان عنه عليه السلام قال: «سألته عن شرب العصير، فقال: تشرب ما لم يغل، فإذا غلى فلا تشربه، قلت: جعلت فداك أي شيء الغليان؟ قال: القلب» (٢). و في موثقه ذريح قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا نشّ العصير أو غلى حرم» (٣). و من هذه يستفاد عدم الفرق بين الغليان بالنار و غيرها، و أن المراد منه أن يصير أسفله أعلاه.

و أكثر المتأخرين (٤) على نجاسته أيضاً، لكن قيّدوها بالاشتداد من الغليان. و المراد به أن يصير له قواماً و إن قلّ، بأن يذهب شيء من مائه.

و النصوص (٥) خالية عن الدلالة على النجاسة و عن القيد.

و أغرب الشهيد في الذكرى (٦)، فجعل الاشتداد -الذي هو سبب النجاسة- مسبباً عن مجرد الغليان، فجعل التحريم و النجاسة متلازمين.

و فيه -مع عدم الدليل عليه، حتى باعترافه فيها و في البيان (٧)-: أنه خلاف المفهوم من الاشتداد. و لعلّ ذلك يقرب مع الغليان بالنار، لاستلزامه ارتفاع شيء

ص: ٧٤

١- (١) الكافي ٦: ٤١٩ ح ١، التهذيب ٩: ١١٩ ح ٥١٣، الوسائل ١٧: ٢٢٩ ب «٣» من أبواب الأشربة المحرّمة ح ١.

٢- (٢) الكافي ٦: ٤١٩ ح ٣، التهذيب ٩: ١٢٠ ح ٥١٤، الوسائل ١٧: ٢٢٩ الباب المتقدّم ح ٣.

٣- (٣) الكافي ٦: ٤١٩ ح ٤، التهذيب ٩: ١٢٠ ح ٥١٥، الوسائل ١٧: ٢٢٩ الباب المتقدّم ح ٤.

٤- (٤) قواعد الأحكام ١: ٧ ج ٢: ١٥٨، اللمعة الدمشقية: ١٥٢-١٥٣، رسائل المحقق الكرّكي ٢: ٦٧.

٥- (٥) كذا في «و»، و في سائر النسخ و الحجريّتين: و لأن النصوص.

٦- (٦) الذكرى: ١٢.

٧- (٧) البيان: ٣٩.

من بخاره الموجب لنقصان مائتيه، أما مع انقلابه بنفسه أو بالشمس فلا يتحقق ذلك أصلاً، خصوصاً في الأول و إن طال الزمان.
و فضيل ابن حمزه (١) فحكم بنجاسته مع غليانه بنفسه و بتحريمه خاصه إن غلى بالنار. و هو تحكّم، و إن كان أقرب إلى الأصل من المشهور.

و بالجملة فهذا الحكم - و هو نجاسته - من المشاهير بغير أصل. و إلحاقه بالمسكرات أو بالفقاع من حيث التحريم لا يوجب إلحاقه بها مطلقاً.

و لا - فرق مع عدم ذهاب ثلثيه في تحريمه بين أن يصير دبساً و عدمه، لإطلاق النصوص باشتراط ذهاب الثلاثين. و في صحيحه ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا زاد الطلاء على الثلث فهو حرام» (٢). مع أن هذا فرض بعيد، لأنه لا يصير دبساً حتى يذهب أربعة أخماسه غالباً بالوجدان، فضلاً عن الثلاثين. و يحتمل الاكتفاء بصيرورته دبساً على تقدير إمكانه، لانتقاله عن اسم العصير، كما يطهر بصيرورته خلاً كذلك (٣).

و لا - فرق في ذهاب ثلثيه بين وقوعه بالغليان و الشمس و الهواء. فلو وضع المعمول به قبل ذهاب ثلثيه - كالمليّن (٤) - في الشمس فتجفّف بها أو بالهواء و ذهب ثلثاه حلّ. و كذا يطهر بذلك لو قيل بنجاسته. و لا يقدح فيه نجاسه الأجسام الموضوعه فيه قبل ذهاب الثلاثين، كما يطهر ما فيه من الأجسام بعد

ص: ٧٥

١ - ١) الوسيطه: ٣٦٥.

٢ - ٢) الكافي ٦: ٤٢٠ ح ٣، التهذيب ٩: ١٢٠ ح ٥١٩، الوسائل ١٧: ٢٢٧ ب «٢» من أبواب الأشربة المحرّمه ح ٨.

٣ - ٣) في «خ»: لذلك.

٤ - ٤) في «خ»: كالمليّن.

انقلابه من الخمرية إلى الخليه عندنا.

و الحكم مختص بعصير العنب، فلا- يتعدى إلى غيره- كعصير التمر- ما لم يسكر، للأصل، و لا- إلى عصير الزبيب على الأصح، لخروجه عن اسمه، و ذهاب ثلثيه و زياده بالشمس.

و حرّمه بعض علمائنا[١]، استنادا إلى مفهوم روايه عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام حيث: «سأله عن الزبيب هل يصلح أن يطبخ حتى يخرج طعمه، ثم يؤخذ ذلك الماء فيطبخ حتى يذهب ثلثاه و يبقى الثلث، ثم يوضع فيشرب منه السنه؟ قال: لا بأس به» (١).

و هذه الروايه- مع أن في طريقها سهل بن زياد- لا تدلّ على تحريمه قبل ذهاب ثلثيه بوجه، و إنما نفى عليه السلام البأس عن هذا العمل الموصوف و إبقاء الشراب عنده ليشرب منه. و تخصيص السؤال بالثلثين لا يدلّ على تحريمه بدونه، و لا بالمفهوم الذي ادّعوه. و إنما تظهر فائده التقييد به ليذهب مائتته، فيصلح للمكث عند المدّه المذكوره كما يبقى الدبس. و لو سلّم دلالتها بالمفهوم فهو ضعيف لا يصلح لإثبات مثل هذا الحكم المخالف للأصل. و روى أبو بصير في الصحيح قال: «كان أبو عبد الله عليه السلام تعجبه الزبيبه» [٢]. و هذا ظاهر في الحلّ، لأن طعام الزبيبه لا يذهب منه ثلثا ماء الزبيب كما لا يخفى.

ص: ٧٦

١- ٢) الكافي ٦: ٤٢١ ح ١٠، التهذيب ٩: ١٢١ ح ٥٢٢، الوسائل ١٧: ٢٣٦ ب «٨» من أبواب الأشربه المحرّمه ح ٢.

و ما مزج بها، أو بأحدها، (١) و ما وقعت فيه من المائعات.

قوله: «و ما مزج بها أو بأحدها. إلخ».

الضمير يرجع إلى جميع ما ذكر من الأمور المحكوم بنجاستها. فالحكم فيه بعد ثبوت نجاستها واضح، لأن ما يمتزج بالنجاسة المائعه أو يقع فيه من المائعات يتنجس كغير المذكورات من النجاسات.

و الموجب لتخصيصها بالذكر ورود الحكم بذلك بخصوصه في روايه زكريّا بن آدم عن الكاظم عليه السلام، و فيها: «قلت: فخمّر أو نببذ قطر في عجين أو دم، قال: فقال: فسد، قلت: أبيعه من اليهود و النصارى و أيّن لهم فإنهم يستحلّون شربه؟ قال: نعم، قلت: و الفقّاع هو بتلك المنزلّه إذا قطر في شيء من ذلك؟ قال: أكره أن آكله إذا قطر في شيء من طعامي» [١].

و هذه الروايه تشعر بكراهه الفقّاع دون أن يكون محرّماً أو نجساً، لكنّها محموله على غيرها ممّا سبق، لأن الكراهه بعض أسماء الحرام. و مثلها في الدلاله على كراهته صحيحه محمد بن إسماعيل قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن شرب الفقّاع، فكراهه كراهه شديده» (١). و الكلام في تنزيلها كالسابقه، فإن المحرّم ممّا يكره.

ص: ٧٧

١ - ٢) الكافي ٦: ٤٢٤ ح ١١، التهذيب ٩: ١٢٤ ح ٥٣٨، الاستبصار ٤: ٩٥ ح ٣٦٧، الوسائل ١٧: ٢٨٩ ب «٢٧» من أبواب الأشربه المحرّمه ح ١٢.

الثانى:الدم المسفوح(١) نجس،فلا- يحلّ تناوله.و ما ليس بمسفوح، كدم الضفادع و القراد،و إن لم يكن نجسا فهو حرام،لاستخبائته.

و ما لا يدفعه الحيوان المذبوح،و يستخلف فى اللحم،طاهر ليس بنجس و لا حرام.

قوله:«الدم المسفوح.إلخ».

الدم المسفوح هو الذى يخرج بقوّه عند قطع عرق الحيوان أو ذبحه،من سفحت الماء:إذا صببته،أى:المصبوب.و احترز به عمّا يخرج من الحيوان بتناقل كدم السمك،فلا يكون نجسا،و لكنّه يحرم،لعموم قوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَ الدَّمُ (١)،و لأنّه من الخبائث المحرّمه بالآيه (٢).و الأولى الاستدلال على تحريمه بالخبائث خاصّه،لأن مطلق الدم مقيد بالآيه الأخرى و هى قوله:

إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا (٣)فقيد الدم المحرّم بكونه مسفوحا، فيجب حمل المطلق على المقيد،لاتّحاد السبب.

و قد استثنى من ذلك ما يتخلف فى الحيوان المذبوح فى تضاعيف اللحم، فإنه يكون طاهرا أيضا،لأنه ليس بمسفوح.و ظاهرهم الاتفاق على حلّه.و فى إلحاق ما يتخلف فى القلب و الكبد به وجهان،من مساواته له فى المعنى،و عدم كونه مسفوحا،و من الاختصار بالرخصه المخالفه للأصل على موردها.و لو قيل بتحريمه فى كلّ ما لا- نصّ فيه و لا- اتفاق-و إن كان طاهرا-كان وجهها،لعموم تحريم الدم،و كونه من الخبائث.

ص:٧٨

١- (١) المائدة:٣.

٢- (٢) الأعراف:١٥٧.

٣- (٣) الأنعام:١٤٥.

و لو وقع قليل من دم-(١) كالأوقيه فما دون-فى قدر و هى تغلى على النار، قيل: حلّ مرقها إذا ذهب الدم بالغليان. و من الأصحاب من منع الروايه. و هو حسن.

أما ما هو جامد كاللحم و التوابل، فلا بأس به إذا غسل.

و خرج بما [لا] (١) يدفعه الحيوان ما يتخلف فى بطنه من الدم الذى يجرى من المذبح مع النفس إلى الباطن، فإنه نجس حرام قطعاً، لأنه من جملة الدم المسفوح، و ممّا يدفعه الحيوان، و إنما تخلف فى الباطن لعارض.

قوله: «و لو وقع قليل من دم. إلخ».

القول بحلّ المرق المذكور للشيخ فى النهايه (٢)، و قبله المفيد (٣)، إلا أنه لم يقيّد الدم بالقليل.

و مستند الشيخ صحيحه سعيد الأعرج عن الصادق عليه السلام قال:

«سألته عن قدر فيها جزور وقع فيها قدر أوقيه من دم أ يؤكل؟ قال: نعم، فإن النار تأكل الدم» (٤).

و روايه زكريّا بن آدم قال: «سألت الرضا عليه السلام عن قطره خمر أو نبيذ مسكر قطرت فى قدر فيه لحم و مرق كثير، قال: يهراق المرق أو يطعمه أهل الذمه أو الكلاب، و اللحم اغسله و كله، قلت: فإن قطر فيه الدم، قال: الدم تأكله

ص: ٧٩

١- ١) من إحدى الحجريتين.

٢- ٢) النهايه: ٥٨٨.

٣- ٣) المقنعه: ٥٨٢.

٤- ٤) الكافي ٢٣٥: ٦ ح ١، الفقيه ٢١٦: ٣ ح ١٠٠٥، الوسائل ٣٧٦: ١٦ ب «٤٤» من أبواب الأطحمه المحرّمه ح ٢.

النار إن شاء الله» [١].

و ذهب ابن إدريس (١) والمتأخرون (٢) إلى بقاء المرق على نجاسته، لأنه مائع قليل لاقته نجاسه، والغليان ليس من المطهّرات. وأجابوا عن الرواية الأولى بجهالة سندها، فإن سعيد الأعرج مجهول الحال. وفي طريق الثانية محمد بن موسى، وهو ضعيف.

و ما ذكره على الثانية حقّ، أما الأولى فلا، لأن سعيد الأعرج قد نصّ النجاشي (٣) على توثيقه، ونقله أيضا عن ابن نوح و ابن عقده. والعلامة مع قوله في المختلف (٤) إنه لا يعرف حاله ذكره في الخلاصة (٥)، وثقه كما ذكره النجاشي حرفا بحرف. نعم، الأولى أن يقال: إن هذه الرواية مخالفة للأصل، شاذّة في حكمها، فتطرح لذلك و إن كانت صحيحة.

و في المختلف (٦) حمل الدم على ما ليس بنجس، كدم السمك و شبهه. و هو خلاف ظاهرها، حيث فُرق بين المسكر و الدم، و علّل بأن الدم تأكله النار، و لو كان طاهرا لعلّ بطهارته. و لو قيل بأن الدم الطاهر يحرم أكله، فتعليله بأكل النار ليذهب التحريم و إن لم يكن نجسا. ففيه: أن استهلاكه في المرق إن كفى في حله لم يتوقّف على النار، و إلا لم تؤثر النار في حله.

ص: ٨٠

١- (٢) السرائر ١٢٠: ٣.

٢- (٣) المختلف: ٦٨٥، إيضاح الفوائد ١٥٥: ٤، الدروس الشرعية ١٩: ٣، التنقيح الرائع ٤: ٥٢، المقتصر: ٣٣٨.

٣- (٤) رجال النجاشي: ١٨١ رقم (٤٧٧).

٤- (٥) المختلف: ٦٨٥.

٥- (٦) خلاصه الرجال: ٨٠.

٦- (٧) المختلف: ٦٨٥.

الثالث: كل ما حصل فيه شيء (١) من النجاسات، كالدم أو البول أو العذرة، فإن كان مائعا حرم وإن كثر، ولا طريق إلى تطهيره. وإن كان له حاله جمود، فوقعت النجاسة فيه جامدا، كاللبس الجامد والسمن والعسل، ألقيت النجاسة وكشط ما يكتنفها والباقي حل.

قوله: «كل ما حصل فيه شيء إلخ».

لا إشكال في نجاسة المائعات - كاللبس والخل والزيت وغيرها - إذا حصل فيها شيء من النجاسات وإن كثر.

والأظهر بين الأصحاب أنه لا سبيل إلى طهارتها ما دامت باقية على حقيقتها، لأن المعتبر في تطهير النجس أن يصيب الماء المطهر كل جزء من أجزاء النجس، وما دام المائع متميزا باقيا على حقيقته - أو بعضه - لا يكون الماء مستوعبا لذلك المتميز.

و للعلامة (١) قول بطهرها مع تخلل أجزائها، حتى الدهن. وهو بعيد، إلا بتقدير زوال الإضافة بأن يصير ماء مطلقا، ومعه تنتفي فائده تطهيرها غالبا.

ولو كانت جامدة ولو في بعض الأحوال - كاللبس والسمن والعسل - لم ينجس بوقوع النجاسة فيها سوى ما اتصل بها، فيكشط ما يكتنفها ويحل الباقي.

وبه روايات كثيرة، منها صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا وقعت الفأرة في السمن فماتت، فإن كان جامدا فألقها وما يليها وكل ما بقي، وإن كان ذائبا فلا تأكله، واستصبح به، والزيت مثل ذلك» (٢). وفيها دلالة على عدم

ص: ٨١

١ - ١) تذكره الفقهاء (الطبعة الحديثه) ٨٧: ١ - ٨٨.

٢ - ٢) الكافي ٢٦١: ٦ ح ١، التهذيب ٨٥: ٩ ح ٣٦٠، الوسائل ٣٧٤: ١٦ ب «٤٣» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٣.

و لو كان المائع دهنا،(١)جاز الاستصباح به تحت السماء،و لا- يجوز تحت الأظله.و هل ذلك لنجاسه دخانه؟الأقرب:لا،بل هو تعبد.

و دواخن الأعيان النجسه عندنا طاهره.و كذا كلّ ما أحالته النار فصيّرتة رمادا أو دخانا،على تردّد.

طهره بالماء و إلا لما أطلق النهى عن أكله.

و فى صحيحه الحلبي قال:«سألت أبا عبد الله عن الفأره و الدابّه تقع فى الطعام و الشراب فتموت فيه،فقال:إن كان سمنا أو عسلا أو زيتا،فإنه ربما يكون بعض هذا،فإن كان الشتاء فانزع ما حوله و كله،و إن كان الصيف فارفعه حتى تسرج به،و إن كان ثردا فاطرح الذى كان عليه،و لا تترك طعامك من أجل دابّه ماتت عليه»(١).و يظهر من هذه أن المراد بالجمود ما يعهد عرفا من هذه الأشياء فى زمن الشتاء،و لا حدّ له سوى العرف.

قوله:«و لو كان المائع دهنا:إلخ».

البحث هنا يقع فى موضعين:

الأول:فى جواز الاستصباح بالدهن النجس بالعرض.و هو موضع وفاق.

و قد تقدّم ما يدلّ عليه.و لكن هل يختصّ بكونه تحت السماء،أم يجوز تحت الظلال؟المشهور بين الأصحاب هو الأول،بل ادّعى عليه ابن إدريس (٢)الإجماع.و لا- نعلم لهم دليلا- على ذلك أصلا،و الموجود من الروايات-مع كثرتها-كلّها مطلق فى جواز الاستصباح،و هو يشمل تحت الظلال و غيره.و قد

ص:٨٢

١- (١) التهذيب ٩:٨٦ ح ٣٦١،الوسائل ١٦:٣٧٥ الباب المتقدّم ح ٤.

٢- (٢) السرائر ١٢١:٣-١٢٢.

تقدّم منها (١) صحيحه زراره و الحلبي. و منها: صحيحه معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام أنه سأل عن زيت مات فيها جرد، فقال: «يستصبح به» (٢).

و منها: صحيحه سعيد الأعرج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الفأره تموت في الزيت، فقال: لا تأكله و لكن أسرج به» (٣). و غيرها من الأخبار الشامله بإطلاقها لما تحت الظلال، بل هو الغالب المتبادر من إطلاق الإذن. و من ثم ذهب الشيخ في المبسوط (٤) إلى جواز الاستصباح به تحت الظلال على كراهه. و كذلك أطلق ابن الجنيد (٥) جواز الاستصباح به.

و في المختلف (٦) قوى الجواز مطلقا أيضا، إلا أن يعلم أو يظن بقاء شيء من عين الدهن فيحرم تحت الظلال.

و في صحّحه الاستثناء نظر، لأنه مع العلم بقاء شيء من عين الدهن لاصقا بالمحلّ فغايتة تنجيسه و ذلك لا يقتضى التحريم، لأن تنجيس الإنسان محلّه من الظلال و غيرها غير محرّم. فالقول بجوازه تحت الظلال مطلقا هو الأصحّ.

الثاني: على تقدير تحريمه تحت الظلال فهل هو لنجاسه دخانه؟ الأظهر بين الأصحاب العدم، و هو الذى اختاره المصنف، لتحقق الاستحالة المقتضيه للطهاره، فإن الدخان حقيقه أخرى مخالفه لحقيقه الدهن و صفاته. و كذا القول

ص: ٨٣

١- ١) فى ص: ٨١-٨٢.

٢- ٢) الكافى ٦: ٢٦١ ح ٢، التهذيب ٩: ٨٥ ح ٣٥٩، الوسائل ١٦: ٣٧٤ ب «٤٣» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ١.

٣- ٣) التهذيب ٩: ٨٦ ح ٣٦٢، الوسائل ١٦: ٣٧٥ الباب المتقدم ح ٥.

٤- ٤) المبسوط ٦: ٢٨٣.

٥- ٥) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٦٨٥.

٦- ٦) المختلف: ٦٨٥-٦٨٦.

و يجوز بيع الأدهان (١) النجسه، و يحلّ ثمنها، لكن يجب إعلام المشتري بنجاستها. و كذا ما يموت فيه حيوان له نفس سائله.

فى كلّ دخان بالنسبه إلى أصله. و على هذا فتحریم الاستصباح به تحت الظلال تعبد شرعى لا نعلم وجهه.

و قيل: إن الدخان نجس، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط [١]، لأنه لا بدّ أن يتصاعد من أجزاء الدهن قبل إحاله النار لها بسبب السخونه المكتسبه من النار، فإذا لقي الظلال تأثّر بنجاسته.

و هو ضعيف، لمنع تصاعد أجزاء الدهن من دون الاستحاله أولاً. و بتقدير تسليمه لا يلزم منه تحریم تنجيس الظلال كما أسلفناه.

و المصنف بعد حكمه بعدم نجاسته تردّد فيه. و وجه التردّد قد ظهر من توجيه القولين. كما ظهر منه قوّه ما اختاره أولاً، و قوّه الجواز تحت الظلال.

و القول بالتعبد على تقدير النجاسه مشروط بوجود دليل يقتضيه و لا يظهر علته، أم مع عدمه بل ظهور الدليل فى خلافه فلا.

قوله: «و يجوز بيع الأدهان. إلخ».

المراد بها الأدهان النجسه بالعرض كما هو المفروض، أما النجسه بالذات كالأليات الميته يقطعها من حى أو من ميت فلا يجوز بيعها و لا الانتفاع بها مطلقاً إجماعاً، لإطلاق (١) النهى عنه. و إنّما جاز بيع الدهن المتنجّس لبقاء منفعتة بالاستصباح، و لكن يجب إعلام المشتري بحاله، حذراً من تصرّفه فيه بانياً على

ص: ٨٤

أما ما لا نفس له - (١) كالذباب و الخنافس - فلا ينجس بموته، و لا ينجس ما يقع فيه.

طهارته، عملاً بظاهر حاله، و بالأصل من طهارته. و كما يجوز الانتفاع به للاستصباح يجوز لدهن الجرب و عمل الصابون.

و مفهوم تخصيص الدهن بذلك عدم جواز بيع غيره من المائعات المنجسه - كالدبس - مع الإعلام بحاله. و المشهور أنه كذلك، لعدم ظهور منفعه مقصوده فيه، و لعموم قوله صلى الله عليه و آله: «إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمناً» (١) خرج من ذلك الدهن النجس فيبقى الباقي.

و لا فرق في بيعه مع الإعلام بحاله بين كون المشتري مّين يستحلّ النجس و عدمه، لبقاء المنفعة المحلّله في الدهن على التقديرين.

و لو لم يعلمه بالحال ففي صحّحه البيع و ثبوت الخيار للمشتري على تقدير العلم أو فساد وجهان، من أن البيع مشروط بالإعلام فلا يصحّ بدونه، و من الشكّ في كونه شرطاً، و غايته أن ينجر بالخيار.

و لو كان المشتري مستحلاً لذلك فالوجه الصحّحه، و لا منافاه بينها و بين وجوب الإعلام و النهي عن بيعه بدونه. و لو سلّم لا يستلزم الفساد في المعاملات.

ثمّ على تقدير الصحّحه فهو كبيع المعيب من دون الإعلام بالعيب في ثبوت الأرش و الردّ على التفصيل.

قوله: «أما ما لا نفس له. إلخ».

قد شرط في نجاسه الميّت أن يكون له نفس سائله و إلا لم ينجس، و يلزم منه أن لا ينجس ما يقع فيه. و يدلّ عليه قول النبيّ صلى الله عليه و آله: «إذا وقع

ص: ٨٥

و الكفار أنجاس، (١) ينجس المائع بمباشرتهم له، سواء كانوا أهل حرب أو أهل ذمه، على أشهر الروايتين. وكذا لا يجوز استعمال أوانيهم التي استعملوها في المائعات.

و روى: إذا أراد مؤاكلة المجوسى أمره بغسل يده. و هى شاذة.

الذباب فى إناء أحدكم فامقلوه، فإن فى أحد جناحيه داء و فى الآخر دواء» [١].

و هو ظاهر فى عدم تنجيسه و إلا- لنبه عليه. و صحيحه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن الذباب يقع فى الدهن و السمن و الطعام، فقال:

لا بأس كل (١).

قوله: «و الكفار أنجاس. إلخ».

قد اختلفت الرواية فى نجاسة الكفار و طهارتهم، مضافا إلى ما تقدم (٢) من الأدلة المتعارضة. فأشهر الروايتين بين الأصحاب و عليها إطباقهم بعد الشيخ و ابن الجندى النجاسة، و أن الطعام ينجس بمباشرتهم.

فمما استدلوا به عليه من الروايات صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: «سألت عن مؤاكلة المجوسى فى قصعه واحده، و أرقده معه على فراش واحد و أضافه، فقال: لا» (٣). و رواه هارون بن خارجه قال: «قلت لأبى

ص: ٨٦

١- (٢) التهذيب ٩: ٨٦ ح ٣٦٣، الوسائل ١٦: ٣٧٨ ب «٤٦» من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

٢- (٣) فى ص: ٦٥-٦٧.

٣- (٤) الكافي ٦: ٢٦٤ ح ٧، التهذيب ٩: ٨٧ ح ٣٦٦، الوسائل ١٦: ٣٨٢ ب «٥٢» من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

عبد الله عليه السلام: إني أخالط المجوس فأكل من طعامهم، قال: لا» (١).

و يدلّ على عدم جواز استعمال أوانيهم التي باشروها صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن آنيه أهل الذمه و المجوس، فقال: لا تأكلوا في آنيهم، و لا من طعامهم الذي يطبخون، و لا في آنيهم التي يشربون فيها الخمر» (٢).

و ممّا ورد بخلاف ذلك صحيحه العيص بن القاسم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مؤاكله اليهود و النصارى، فقال: لا بأس إذا كان من طعامك، و سألته عن مؤاكله المجوسى، فقال: إذا توضأ فلا بأس» (٣). و هذه الروايه التي أشار إليها المصنف و نسبها إلى الشذوذ.

و صحيحه إسماعيل بن جابر قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في طعام أهل الكتاب؟ فقال: لا تأكله، ثمّ سكت هنيهة ثمّ قال: لا- تأكله، ثمّ سكت هنيهة ثمّ قال: لا- تأكله، و لا- تتركه تقول إنه حرام، و لكن تتركه تنزّه عنه، إن في آنيهم الخمر و لحم الخنزير» (٤).

و في هذه الروايه- مع صحّه سندها- تصريح بكون النهى محمولا على الكراهه و التنزيه دون التحريم، و هو يصلح لحمل النهى في غيرها كذلك جمعا.

ص: ٨٧

-
- ١- (١) الكافي ٦: ٢٦٤ ح ٨، التهذيب ٩: ٨٧ ح ٣٦٧، الوسائل ١٦: ٣٨٢ الباب المتقدّم ح ٢.
 - ٢- (٢) الكافي ٦: ٢٦٤ ح ٥، التهذيب ٩: ٨٨ ح ٣٧٢، الوسائل ١٦: ٣٨٥ ب «٥٤» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٣.
 - ٣- (٣) الفقيه ٣: ٢١٩ ح ١٠١٦، التهذيب ٩: ٨٨ ح ٣٧٣، الوسائل ١٦: ٣٨٤ ب «٥٣» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٤.
 - ٤- (٤) الكافي ٦: ٢٦٤ ح ٩، التهذيب ٩: ٨٧ ح ٣٦٨، الوسائل ١٦: ٣٨٥ ب «٥٤» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ٤.

و فيها أيضا تعليل النهى بسبب مباشرتهم للنجاسات من الخمر و لحم الخنزير، فلو كانت أبدانهم نجسه بالذات لم يحسن التعليل بالنجاسه العرضيه التي قد تتفق و قد لا تتفق.

و روايه زكريا بن إبراهيم قال: «دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت:

إنني رجل من أهل الكتاب، وإنني أسلمت و بقي أهلي كلهم على النصرانيه، و أنا معهم في بيت واحد لم أفارقهم بعد، فأكل من طعامهم؟ فقال لي: يأكلون لحم الخنزير؟ قلت: لا و لكنهم يشربون الخمر، فقال لي: كل معهم و اشرب» (١).

و حسنه الكاهلي قال: «سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام و أنا عنده عن قوم مسلمين حضرهم رجل مجوسى أ يدعونه إلى طعامهم؟ فقال: أما أنا فلا أدعوه و لا أؤأكله، و إنني لأكره أن أحرم عليكم شيئا تصنعونه في بلادكم» (٢).

و هذه الروايه أيضا ظاهره في حمل النهى على التنزيه و الكراهه دون التحريم.

و صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن آنيه أهل الكتاب، فقال: لا تأكلوا في آنيتهن إذا كانوا يأكلون فيه الميتة و لحم الخنزير» (٣).

و هذه الروايه كالسابقه في دلالتها ظاهرا على أن المانع هو النجاسه

ص: ٨٨

١- ١) الكافي ٦: ٢٦٤ ح ١٠، التهذيب ٩: ٨٧ ح ٣٦٩، الوسائل ١٦: ٣٨٥ الباب المتقدم ح ٥.

٢- ٢) الكافي ٦: ٢٦٣ ح ٤، التهذيب ٩: ٨٨ ح ٣٧٠، الوسائل ١٦: ٣٨٣ ب «٥٣» من أبواب الأطحه المحرمه ح ٢.

٣- ٣) الفقيه ٣: ٢١٩ ح ١٠١٧، التهذيب ٩: ٨٨ ح ٣٧١، الوسائل ١٦: ٣٨٥ ب «٥٤» من أبواب الأطحه المحرمه ح ٦.

و لو وقعت ميتة (١) لها نفس في قدر نجس ما فيها. و أريق المائع و غسل الجامد و أكل.

العرضيه.

و في معنى هذه الأخبار غيرها (١). و قد تقدّم (٢) في باب ذبائح أهل الكتاب ما يوافقها، مضافا إلى ظاهر الآيه المتقدمه (٣) عن قريب.

و لا يخفى أن دلالتها على الطهاره أوضح من دلالة الروايات (٤) الدالّه على النجاسه، بل هي دالّه على الكراهه، خصوصا صحيحه (٥) عليّ بن جعفر، فإنه نهى عن مصافحته و النوم معه على فراش واحد، و لا خلاف في جوازهما، بل غايتهما الكراهه لذلك. و الكلام في صحيحه محمد بن مسلم في دلالتها على أن المانع النجاسه العرضيه كما سلف في نظائرها. غير أن الأشهر بين الأصحاب القول بالنجاسه. و المصنف - رحمه الله - جعله فيما سبق (٦) أصحّ، و هنا أشهر الروايتين.

قوله: «و لو وقعت ميتة. إلخ».

أما نجاسه المائع فواضح، لأنه ماء قليل أو مضاف لاقي نجاسه فينجس.

و إنما يتعيّن إراقتة على تقدير صيرورته مضافا، لأنه لا يقبل التطهير كما مرّ (٧).

فلو كان باقيا على الماء المطلق تخير بين إراقتة و تطهيره بالماء الكثير، كما

ص: ٨٩

١ - ١) انظر الوسائل ١٦: ٣٨٢ ب «٥٢-٥٤» من أبواب الأطعمه المحرّمه.

٢ - ٢) في ج ٤٥٩: ١١-٤٦١.

٣ - ٣) في ص: ٦٧ و هي الآيه ٥ من سوره المائده.

٤ - ٤) المذكوره في ص: ٨٦.

٥ - ٥) المذكوره في ص: ٨٧.

٦ - ٦) في ص: ٦٥.

٧ - ٧) في ج ٢٢: ١.

و لو عجن بالماء النجس (١) عجين لم يطهر بالنار إذا خبز على الأشهر.

تقدّم (١) في بابه.

و أما غسل الجامد من الحبوب و اللحم فلقبوله التطهير، كما لو عرض له نجاسه غير ذلك. و يشهد له بخصوصه روايه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن قدر طبخت و إذا في القدر فأره، قال: يهراق مرقها و يغسل اللحم و يؤكل» (٢).

قوله: «و لو عجن بالماء النجس. إلخ».

إذا عجن بالماء النجس [عجين] (٣) توقّف تطهيره على ما ثبت شرعا أنه مطهر، و لم يثبت كون النار مطهره لما جففته من دون أن يستحيل، و الخبز لم يحصل منه إلا التجفيف، فلا يطهر. و هذا هو الأشهر، بل المذهب. و إنما خالف في ذلك الشيخ في النهايه في باب الطهارة (٤)، فحكم بطهره بالخبز، مع أنه في الأُطعمه (٥) منها حكم بعدم طهره.

و مستنده على الطهارة روايه (٦) - مع ضعف سندها - لا دلالة فيها على ذلك. فالقول بالطهارة ساقط رأسا.

ص: ٩٠

١- ١) في ج ١٣: ١.

٢- ٢) الكافي ٦: ٢٦١ ح ٣، التهذيب ٩: ٨٦ ح ٣٦٥، الوسائل ١٦: ٣٧٦ ب «٤٤» من أبواب الأُطعمه المحرّمه ح ١.

٣- ٣) من «ذر، ط، خ».

٤- ٤) النهايه: ٨.

٥- ٥) النهايه: ٥٩٠.

٦- ٦) التهذيب ١: ٤١٣ ح ١٣٠٣، الاستبصار ١: ٢٩ ح ٧٤، الوسائل ١: ٢٩ ب «١٤» من أبواب الماء المطلق ح ١٧.

الرابع: الأعيان النجسه، (١) كالبول ممّا لا يؤكل لحمه، نجسا كان الحيوان كالكلب و الخنزير، أو طاهرا كالأسد و النمر.

و هل يحرم ممّا يؤكل؟ قيل: نعم، إلا- أبوال الإبل، فإنه يجوز الاستشفاء بها. و قيل: يحلّ الجميع، لمكان طهارته. و الأشبه التحريم، لمكان استخبائها.

قوله: «الأعيان النجسه. إلخ».

لا خلاف في نجاسه بول ما لا يؤكل لحمه ممّا له نفس، سواء كان نجس العين أم لا، فيحرم بوله للنجاسه.

و أما الحيوان المحلل ففي تحريم بوله قولان:

أحدهما- و به قال المرتضى (١) و ابن الجنيّد (٢) و ابن إدريس (٣) و المصنف في النافع (٤)-: الحلّ، للأصل، و كونه طاهرا، و عدم دليل يدلّ على تحريمه، فيتناوله قوله تعالى قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ . (٥) الآية.

و الثاني- و هو الذى اختاره المصنف هنا و العلامه (٦) و جماعه (٧)-: التحريم عدا بول الإبل، للاستخبات فيتناوله و يُحرّم عليهم الخبائث (٨). و لا يلزم

ص: ٩١

١- (١) الانتصار: ٢٠١.

٢- (٢) حكاه عنه العلامه في المختلف: ٦٨٦.

٣- (٣) السرائر ١٢٥: ٣.

٤- (٤) المختصر النافع: ٢٥٤.

٥- (٥) الأنعام: ١٤٥.

٦- (٦) قواعد الأحكام ١٥٨: ٢.

٧- (٧) الوسيله: ٣٦٤، الدروس الشرعيه ١٧: ٣، المقتصر: ٣٣٨-٣٣٩.

٨- (٨) الأعراف: ١٥٧.

الخامس: ألبان الحيوان المحرّم، (١) كلبن اللبوه و الذئبه و الهرّه.

و يكره: لبن ما كان لحمه مكروها، كلبن الأتن، مائعه و جامده، و ليس بمحرّم.

من طهارته حلّه، لأن المحلّل أخصّ من الطاهر، و لا يلزم من ثبوت الأعمّ ثبوت الأخصّ. و للقائل بالحلّ أن يمنع من الاستخباث. و إنما استثنى بول الإبل لما ثبت من أن النبيّ (١) صلى الله عليه و آله أمر قوما اعتلّوا بالمدينه أن يشربوا أبوال (٢) الإبل فشفوا، فيجوز الاستشفاء بها. و على هذا فيجب الاقتصار بحلّها على موضع الحاجة. و قيل: يحلّ مطلقا. و على الأول يجوز مطلقا.

قوله: «ألبان الحيوان المحرّم إلخ».

اللبن تابع للحيوان في الحلّ و الحرمة و الكراهه. و قد روى العيص بن القاسم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «تغديت معه فقال: هذا شيراز الأتن اتخذناه لمریض لنا، فإن أحببت أن تأكل منه فكل» [١]. و عنه أيضا قال: «سألته عن شرب ألبان الأتن، فقال:

اشربها» (٣).

ص: ٩٢

١- (١) الكافي ٧: ٢٤٥ ح ١، التهذيب ١٠: ١٣٤ ح ٥٣٣، الوسائل ١٨: ٥٣٥ ب «١» من أبواب حدّ المحارب ح ٧.

٢- (٢) في «م»: بول.

٣- (٣) الكافي ٦: ٣٣٩ ح ٣، التهذيب ٩: ١٠١ ح ٤٣٩، الوسائل ١٧: ٨٩ الباب المتقدّم ح ٣.

إشارة

القسم السادس:

في اللواحق

و فيه مسائل

و فيه مسائل:

الاولى: لا يجوز استعمال شعر الخنزير اختيارا

الاولى: لا يجوز استعمال (١) شعر الخنزير اختيارا، فإن اضطر استعمال ما لا دسم فيه، وغسل يده.

قوله: «لا يجوز استعمال. إلخ».

قد تقدّم في باب الطهارة (١) الخلاف في أن شعر الخنزير و غيره من أجزائه التي لا تحلّها الحياه نجسه على أصحّ القولين، فإن (٢) المرتضى (٣) حكم بطهارتها.

فعلى قوله لا- إشكال في جواز استعمال شعره لغير ضروره. وعلى القول بنجاستها فالمشهور عدم جواز استعماله من غير ضروره، لإطلاق تحريم الخنزير الشامل لجميع أجزائه و للأكل منه و غيره من ضروب الانتفاع، لأن التحريم المنسوب إلى الأعيان يراد منه أقرب المجازات إلى الحقيقه، و هو تحريم ضروب الانتفاع.

حتى ادّعى ابن إدريس (٤) تواتر الأخبار بتحريم استعماله. و هو عجيب، لأننا لم نقف منها على شيء.

و ذهب جماعه منهم العلامة في المختلف (٥) إلى جواز استعماله مطلقا، لما فيه من المنفعه العاجله الخاليه من ضرر عاجل أو آجل، فيكون سائغا، للأصل، و نجاسته لا تدلّ على تحريم الانتفاع به كغيره من الآلات المنجّسه. و قد روى برد

ص: ٩٣

١- ١) في ج ١: ١٢١.

٢- ٢) كذا في إحدى الحجرّيتين، و في النسخ الخطيه: و ان.

٣- ٣) المسائل الناصريّات (ضمن سلسله الينايع الفقهيّه) ١: ١٤٧ مسألة (١٩).

٤-٤) السرائر ١١٤:٣.

٥-٥) المختلف: ٦٨٤.

و يجوز الاستقاء (١) بجلود الميتة و إن كان نجسا. و لا يصلّي من مائها.

و ترك الاستقاء أفضل.

الإسكاف عن الصادق عليه السلام قال: «قلت له: إنني رجل خزاز لا يستقيم عملنا إلا بشعر الخنزير نخرز به، قال: خذ منه وبره فاجعلها في فخاره ثم أوقد تحتها حتى يذهب دسمه ثم اعمل به» (١). و بهذا تمسك القائل (٢) بالجواز مع الضرورة إذا زال دسمه بما ذكر. و قرينه الضرورة قوله إنه «لا يستقيم عملنا إلا به».

و يدلّ على عدم تقييده بحال الضرورة روايه برد أيضا قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك إنّا نعمل بشعر الخنزير فربما نسي الرجل فصلّي و في يده شيء منه، قال: لا ينبغي له أن يصلّي و في يده شيء منه، و قال: خذوه فاغسلوه فما كان له دسم فلا تعملوا به، و ما لم يكن له دسم فاعملوا به، و اغسلوا أيديكم منه» (٣). و لم يقيّد الإذن بحال الضرورة. و عن سليمان الإسكاف قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شعر الخنزير نخرز به، قال: لا بأس به، و لكن يغسل يده إذا أراد أن يصلّي» (٤).

قوله: «و يجوز الاستقاء إلخ».

هكذا أطلق الشيخ في النهاية (٥) الجواز، و قبله الصدوق [١]، و تبعه

ص: ٩٤

-
- ١- (١) الفقيه ٣: ٢٢٠ ح ١٠١٨، التهذيب ٩: ٨٤ ح ٣٥٥، الوسائل ١٦: ٤٠٤ ب «٦٥» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ١.
 - ٢- (٢) النهاية: ٥٨٧، المهذب ٢: ٤٤٣، إرشاد الأذهان ٢: ١١٣، الدروس الشرعيه ٣: ١٥.
 - ٣- (٣) الفقيه ٣: ٢٢٠ ح ١٠١٩، التهذيب ٩: ٨٥ ح ٣٥٦، الوسائل ١٦: ٤٠٤ الباب المتقدّم ح ٢.
 - ٤- (٤) التهذيب ٩: ٨٥ ح ٣٥٧، الوسائل ١٦: ٤٠٤ الباب المتقدّم ح ٣.
 - ٥- (٥) النهاية: ٥٨٧.

جماعه (١) على ذلك. و مستندهم أصاله الجواز، مع كون النجاسه غير مانعه من أصل الاستعمال.

و ذهب ابن البراج (٢) و العلامه (٣) و جماعه (٤) إلى التحريم مطلقا، لعموم (٥) تحريم الميته المتناول لاستعمال أجزائها كما قرّناه سابقا، و عموم (٦) الأخبار الدالّه على النهى عن الانتفاع بجلود الميته مطلقا. و هذا أولى.

و فى المختلف (٧) جمع بين القول بجواز استعمال شعر الخنزير اختيارا و إن كان نجسا، و عدم جواز استعمال جلد الميته قطعاً، محتجاً على كلّ واحد منهما بنحو ما ذكرناه.

و لا يخلو ذلك من إشكال. و إن فرّق بين الأمرين بورود الروايه بجواز استعمال الشعر - كما نقلناه - منعنا صحتّها، فإن [١] الاسكافيين الراويين مجهولان، فلا اعتماد إلا على أصاله الجواز - كما صدر (٨) به دليله - و اشماله على المنفعه، و كون النجاسه غير مانعه، و هذه أمور مشتركه بين الأمرين.

ص: ٩٥

-
- ١ - (١) الوسيله: ٣٦٧، كشف الرموز ٢: ٣٧٤، إرشاد الأذهان ٢: ١١٣، قواعد الأحكام ٢: ١٥٩، التنقيح الرائع ٥٦: ٤-٥٧.
 - ٢ - (٢) المهذب ٢: ٤٤٣.
 - ٣ - (٣) المختلف: ٦٨٤.
 - ٤ - (٤) المهذب البارع ٤: ٢٣١.
 - ٥ - (٥) المائده: ٣.
 - ٦ - (٦) انظر الوسائل ١٦: ٣٦٨ ب «٣٤» من أبواب الأطعمه المحرّمه.
 - ٧ - (٧) المختلف: ٦٨٤.
 - ٨ - (٨) أى: العلامه فى المختلف، انظر الهامش (٧) هنا.

الثانية: إذا وجد لحم ولا يدري أ ذكّي هو أم ميّت؟

الثانية: إذا وجد لحم (١) ولا يدري أ ذكّي هو أم ميّت؟ قيل: يطرح في النار، فإن انقبض فهو ذكّي، وإن انبسط فهو ميّت.

نعم، يمكن الفرق بينهما بأن النهي في الآية (١) مورد الميته مطلقا الشامل للانتفاع بجلدها، بخلاف الخنزير، فإن مورد اللحم فلا يتعدّى إلى غيره، للأصل. وهذا حسن.

قوله: «إذا وجد لحم. إلخ».

هذا القول هو المشهور بين الأصحاب، خصوصا المتقدمين. قال الشهيد - رحمه الله - في الشرح: «لم أجد أحدا خالف فيه إلا المحقّق في الشرائع و الفاضل (٢)، فإنهما أورداها بلفظ «قيل» المشعر بالضعف» (٣). مع أن المصنّف وافقهم في النافع (٤). وفي المختلف لم يذكرها في مسائل الخلاف. ولعله لذلك.

و استدللّ بعضهم عليه بالإجماع. قال الشهيد - رحمه الله - : «و هو غير بعيد» (٥).

و يؤيّد موافقه ابن إدريس (٦) عليه، فإنه لا يعتمد على أخبار الآحاد، فلو لا فهمه الإجماع لما ذهب إليه.

و الأصل فيه روايه محمد بن يعقوب بإسناده إلى إسماعيل بن عمر، عن شعيب، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دخل قريه فأصاب فيها لحما لم يدري أ ذكّي هو أم ميّت؟ قال: «فاطرحه على النار، فكلّ ما انقبض فهو ذكّي، وكلّ

ص: ٩٦

١ - ١) المائدة: ٣.

٢ - ٢) إرشاد الأذهان ١١٣: ٢.

٣ - ٣) غايه المراد: ٢٧٦.

٤ - ٤) المختصر النافع: ٢٥٤.

٥ - ٥) غايه المراد: ٢٧٦.

٦ - ٦) السرائر ٩٦: ٣.

الثالثه: لا يجوز أن يأكل الإنسان من مال غيره إلا بإذنه

الثالثه: لا يجوز أن يأكل (١) الإنسان من مال غيره إلا بإذنه. وقد رخص -مع عدم الإذن- في تناول من بيوت من تضمّنته آياه إذا لم يعلم منه الكراهيه، ولا يحمل منه. وكذا ما يمرّ به الإنسان من النخل، وكذا الزرع والشجر، على تردّد.

ما انبسط فهو ميت» (١).

ومع هذا الاشتهار فطريقها لا يخلو من ضعف، لأن إسماعيل بن عمر واقفي، وشعيبا مطلق، وهو مشترك بين الثقة والممدوح والمهمل. فلتوقف المصنف عن موافقتهم في الحكم وجه وجهه.

وظاهر الروايه أنه لا يحكم بحلّ اللحم وعدمه باختبار بعضه، بل لا بدّ من اختبار كلّ قطعه منه على حده، ويلزم كلّ واحد حكمها، بدليل قوله: «فكلّ ما انقبض فهو حلال، وكلّ ما انبسط فهو حرام». ومن هنا مال الشهيد في الدروس (٢) إلى تعديتها إلى اللحم المشتبه منه الذكيّ بغيره، فيتميّز بالنار كذلك.

وقد تقدّم (٣) الكلام فيه.

قوله: «ولا يجوز أن يأكل الخ».

الأصل تحريم التصرف في مال الغير بغير إذنه بالأكل وغيره، ولقوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ (٤). وقوله صلّى الله عليه وآله:

ص: ٩٧

١- ١) الكافي ٦: ٢٦١ ح ١، التهذيب ٩: ٤٨ ح ٢٠٠، الوسائل ١٦: ٣٧٠ ب «٣٧» من أبواب الأطعمه المحرّمه ح ١.

٢- ٢) الدروس الشرعيّه ٣: ١٤.

٣- ٣) في ص: ٢٠.

٤- ٤) البقره: ١٨٨.

«المسلم على المسلم حرام ماله و دمه و عرضه» (١). و قوله صَلَّى الله عليه و آله:

«المسلم أخو المسلم، لا يحلّ له ماله إلا- عن طيب نفس منه» (٢). و لا- يفرّق في ذلك بين فرق المسلمين و إن كانوا أهل بدعه، عملاً بالعموم.

و قد استثنى من هذا العموم أمران:

الأول: الأكل من بيوت من تضمّنته الآيه، و هي قوله تعالى وَ لَا- عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتُمْ مَفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعاً أَوْ أَشْتَاتاً (٣). يعنى: مجتمعين و منفردين.

و المراد بالآباء هنا ما يشمل الأجداد، بقريته الجمع، و لأنّ الجدّ أدخل في القرب من العمّ و الخال. و يحتمل عدم دخول الأجداد، لأنهم ليسوا آباء حقيقة، بدليل صحّه السلب، و الإطلاق منزّل عليها. و الجمع جاء باعتبار جمع المأذونين في الأكل، قضيه للمطابقة. و كذا القول في الأمّهات بالنسبه إلى الجدّات. و لا فرق في الإخوه و الأخوات بين كونهم للأبوين أو لأحدهما. و كذا الأعمام و الأخوال.

و المراد بـ«ما ملكتم مفاتيحه» بيت العبد، لأن ماله ملك السيّد أو من له عليه ولايه. و قيل: الولد، لأنه لم يذكر بالصريح، و ملكه لمفاتيحه مبالغه في أولويّه الأب، كما في قوله صَلَّى الله عليه و آله: «أنت و مالك لأبيك» (٤). و قيل: ما يجده

ص: ٩٨

١- (١) مسند أحمد ٣: ٤٩١، صحيح مسلم ٤: ١٩٨٦ ح ٣٢، مجمع الزوائد ٤: ١٧٢.

٢- (٢) عوالى اللئالى ٣: ٤٧٣ ح ١، سنن الدار قطنى ٣: ٢٥ ح ٨٧.

٣- (٣) النور: ٦١.

٤- (٤) الكافى ٥: ١٣٥ ح ٥، التهذيب ٦: ٣٤٣ ح ٩٦١، الاستبصار ٣: ٤٨ ح ١٥٧، الوسائل ١٢: ١٩٤ ب «٧٨» من أبواب ما يكتسب به ح ١.

الإنسان في داره و لم يعلم به.و في بعض الروايات عن الصادق عليه السلام: «أنه الرجل يكون له وكيل يقوم في ماله و يأكل بغير إذنه» (١).

و المرجع في الصديق إلى العرف.و في صحيحه الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن هذه الآية لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا. الآية، قلت: ما يعنى بقوله أَوْ صَدِيقُكُمْ؟ قال: هو و الله الرجل يدخل بيت صديقه فيأكل بغير إذنه» (٢).

و اشترط بعضهم (٣) تقييد الجواز بما يخشى فساد.و آخرون (٤) بالدخول إلى البيت بإذن المذكورين.و آخرون (٥) بعدم الكراهه.و الأصح عدم اشتراط الأولين. أما الثالث فحسن، بمعنى أنه لو نهاه أو علم أو غلب على ظنه الكراهه حرم عليه الأكل.و لا يتعدى إلى غير البيوت من أموالهم، ووقفا فيما خالف الأصل على مورد الإذن.

الثاني: الأكل مما يمر به الإنسان من ثمر النخل أو غيره من الشجر أو المباطخ و الزرع.و قد اختلف الأصحاب فيه بسبب اختلاف الروايه،و بالجواز قال الأكثر، بل ادعى عليه في الخلاف (٦) الإجماع.و به روايتان مرسلتان (٧) لا تقاوم

ص: ٩٩

١- ١) الكافي ٦: ٢٧٧ ح ٥، التهذيب ٩: ٩٦ ح ٤١٦، الوسائل ١٦: ٤٣٥ ب «٢٤» من أبواب آداب المائدة ح ٥.

٢- ٢) الكافي ٦: ٢٧٧ ح ١، التهذيب ٩: ٩٥ ح ٤١٤، الوسائل ١٦: ٤٣٤ الباب المتقدم ح ١.

٣- ٣) المقنع: ١٢٥.

٤- ٤) السرائر ٣: ١٢٤.

٥- ٥) الدروس الشرعيه ٣: ٢٠.

٦- ٦) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢: ٥٤٦ مسألة (٢٨).

٧- ٧) انظر الوسائل ١٣: ١٤ ب «٨» من أبواب بيع الثمار ح ٣ و ٤.

الرابعة: من تناول خمرًا، (١) أو شيئًا نجسًا، فبصاقه طاهر، ما لم يكن متلوثًا بالنجاسة. وكذا لو اكتحل بدواء نجس، فدمعه طاهر، ما لم يتلوث بالنجاسة. ولو جهل تلوثه، فهو على أصل الطهارة.

ما دلّ عليه الدليل (١) عموماً من تناول [١] مال الغير بغير إذنه، والمنع لا يحتاج إلى روايه تخصّصه، وما ورد (٢) فيه فهو مؤكّد، مع أنه من الصحيح. ومن قال بالجواز قيده بأن لا يقصد ولا يفسد ولا يحمل معه شيئاً، ولا يعلم أو يظن الكراهه. وقد تقدّم (٣) البحث في ذلك وتحقيق الدليل من الجانبين في كتاب التجاره.

و المصنف- رحمه الله- جزم بالجواز من غير نقل خلاف ثمّ، وتردّد هنا.

و تردّده- رحمه الله- يمكن أن يكون في جواز الجميع، وأن يكون مختصاً بالزرع و الشجر دون النخل. والأظهر الأول.

قوله: «من تناول خمرًا.. إلخ».

إنما حكم بطهره لأن البواطن لا- تنجس بدون التغير، وعلى تقدير تغيّرها تطهر بزواله، فإذا ظهر البصاق غير متغيّر كان طاهراً لذلك. وكذا الدمع. ومع الجهل بلوثة (٤) يحكم بطهره، لأن البصاق و الدمع طاهران بالأصل فيستصحب إلى أن يعلم الناقل عنه. ويؤيده روايه أبي الديلم قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل يشرب الخمر فيزق فأصاب ثوبى من بزاقه، فقال: ليس

ص: ١٠٠

١- (١) انظر ص: ٩٧-٩٨.

٢- (٣) انظر الوسائل الباب المتقدم ح ٧.

٣- (٤) فى ج ٣٧١: ٣٧٣.

٤- (٥) كذا فى «ذو، خ» وفى سائر النسخ: بلونه.

الخامسة:الذمى إذا باع خمرا أو خنزيرا،ثمّ أسلم

الخامسة:الذمى إذا باع خمرا(١)أو خنزيرا،ثمّ أسلم و لم يقبض الثمن، فله قبضه.

السادسة:يحلّ الخمر إذا انقلبت خلاّ

السادسة: يحلّ (١)الخمر إذا انقلبت خلاّ(٢)سواء كان انقلابها بعلاج أو من قبل نفسها،و سواء كان ما يعالج به عينا باقيه أو مستهلكه،و إن كان يكره العلاج.و لا كراهيه فيما ينقلب من قبل نفسه.

بشيء» (٢).

قوله:«الذمى إذا باع خمرا.إلخ».

لثبوته فى ذمه المشتري قبل الإسلام فيستصحب.و لا يقدح كون أصله محرّما على المسلم،لأنه قد استقرّ على وجه محلّ فى وقت يقرّ عليه،كما لو كان قد قبضه ثمّ أسلم.

قوله:«تطهر الخمر إذا انقلبت خلاّ..إلخ».

المشهور بين الأصحاب جواز علاج الخمر بما يحمضها و يقلبها إلى الخليه من الأجسام الطاهره،سواء كان ما عولج به عينا قائمه أم لا.و يدلّ عليه روايه أبى بصير قال:«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الخمر يصنع فيها الشىء حتى تحمض،قال:إذا كان الذى صنع فيها هو الغالب على ما صنع فيه فلا بأس» (٣).

و عموم حسنه زراره عن أبى عبد الله عليه السلام قال:«سألته عن الخمر العتيقه

ص:١٠١

١- ١) فى الشرائع (الطبعة الحجرية):تطهر.

٢- ٢) التهذيب ٩:١١٥ ح ٤٩٨،الوسائل ١٧:٣٠٢ ب«٣٥»من أبواب الأشربه المحرّمه ح ١.

٣- ٣) الكافى ٦:٤٢٨ ح ١،التهذيب ٩:١١٩ ح ٥١١،الوسائل ١٧:٢٩٦ ب«٣١»من أبواب الأشربه المحرّمه ح ٢.

و لو ألقى في الخمر (١) خلّ حتى يستهلكه، لم يحلّ و لم يطهر. و كذا لو ألقى في الخلّ خمر فاستهلكه الخلّ. و قيل: يحلّ إذا ترك حتى تصير الخمر خلّا. و لا وجه له.

تجعل خلّا، قال: لا بأس» (١). و إنما كره العلاج لقوله عليه السلام في روايه أبي بصير و قد سأله عن الخمر يجعل خلّا فقال: «لا إلا ما جاء من قبل نفسه» (٢).

و قوله عليه السلام في روايه أخرى: «لا بأس إذا لم يجعل فيها ما يقلبها» (٣).

و ربما قيل باشتراط ذهاب عين المعالج به قبل أن يصير خلّا، لأنه ينجس بوضعه و لا يطهر بانقلابها خلّا، لأن المطهر للخمر هو الانقلاب و هو غير متحقق في ذلك الجسم الموضوع فيها. و لا يرد مثله في الآنيه، لأنها ممّا لا تنفكّ عنها الخمر، فلو لم تطهر معها لما أمكن الحكم بطهرها و إن انقلبت بنفسها. و هو متّجه، إلا أن الأشهر الأول.

و اعلم أنه ليس في الأخبار المعتبره ما يدلّ على جواز علاجها بالأجسام و الحكم بطهرها كذلك، و إنما هو عموم أو مفهوم كما أشرنا إليه، مع قطع النظر عن الإسناد إليه.

قوله: «و لو ألقى في الخمر. إلخ».

القول للشيخ (٤) و ابن الجنيد (٥)، لروايه عبد العزيز بن المهتدي قال: «كتبت

ص: ١٠٢

-
- ١- (١) الكافي ٦: ٤٢٨ ح ٢، التهذيب ٩: ١١٧ ح ٥٠٤، الوسائل ١٧: ٢٩٦ الباب المتقدّم ح ١.
 - ٢- (٢) التهذيب ٩: ١١٨ ح ٥١٠، الاستبصار ٤: ٩٣ ح ٣٦٠، الوسائل ١٧: ٢٩٧ الباب المتقدّم ح ٧.
 - ٣- (٣) الكافي ٦: ٤٢٨ ح ٤، التهذيب ٩: ١١٧ ح ٥٠٦، الاستبصار ٤: ٩٤ ح ٣٦١، الوسائل ١٧: ٢٩٦ الباب المتقدّم ح ٤.
 - ٤- (٤) النّهايه: ٥٩٢-٥٩٣.
 - ٥- (٥) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٦٨٩.

إلى الرضا عليه السلام: جعلت فداك العصير يصير خمرا فيصبّ عليه الخلّ و شيء يغيّره حتى يصير خلّا، قال: لا بأس به» (١).

و تأوّل الشيخ روايه أبى بصير السابقه (٢) من قوله: «لا- بأس إذا لم يجعل فيها ما يقلبها» بأن معناه: «إذا جعل فيه ما يغلب عليه فيظنّ أنه خلّ، ولا يكون كذلك مثل القليل من الخمر يطرح عليه كثير من الخلّ، فإنه يصير بطعم الخلّ، و مع هذا فلا يجوز استعماله حتى يعزل عن تلك الخمر، و يترك مفردا إلى أن يصير خلّا، فإذا صار خلّا حلّ حينئذ ذلك الخلّ» (٣).

و أنكر ذلك ابن إدريس (٤) و المصنف- رحمه الله- حيث قال: «لا- وجه له» للإجماع على أن الخلّ يصير بمخالطه الخمر له نجسا، و لا دلاله على طهارته بعد ذلك، لأنه إنما يطهر الخمر بالانقلاب إلى الخلّ، فأما الخلّ فهو باق على حقيقته، و ليس له حاله ينقلب إليها ليطهر بها.

و قال فى المختلف: «إن كلام الشيخ ليس بعيدا من الصواب، لأن انقلاب الخمر إلى الخلّ يدلّ على تماميّة استعداد انقلاب ذلك الخمر إلى الخلّ، و المزاج واحد، بل استعداد الملقى فى الخلّ بصيرورته خلّا أتمّ، و لكن لا يعلم لامتزاجه بغيره، فإذا انقلب الأصل المأخوذ منه علم انقلابه أيضا، و نجاسه الخلّ تابعه للخمرية و قد زالت، فتزول النجاسة عنه، كما مرّ فى الخمر إذا انقلب».

ص: ١٠٣

١- (١) التهذيب ٩: ١١٨ ح ٥٠٩، الاستبصار ٤: ٩٣ ح ٣٥٩، الوسائل ١٧: ٢٩٧ ب «٣١» من أبواب الأشربة المحرّمه ح ٨.

٢- (٢) فى ص: الصفحة السابقه.

٣- (٣) التهذيب ٩: ١١٨ ذيل ح ٥١٠.

٤- (٤) السرائر ٣: ١٣٣.

السابعة:أواني الخمر(١)من الخشب و القرع و الخزف غير المغصور لا يجوز استعماله،لاستبعاد تخلّصه.و الأقرب الجواز بعد إزاله عين النجاسه و غسلها ثلاثا.

قال:«وقد نبّه شيخنا أبو علي بن الجنيد عليه فقال:فأما إذا أخذ إنسان خمرا ثمّ صبّ عليه خلّا،فإنه يحرم عليه شربه و الاصطباغ به فى الوقت ما لم يمض عليه وقت تنتقل فى مثله العين من التحليل إلى التحريم أو من التحريم إلى التحليل»(١).

و اعلم أن الروايات الواردة فى الباب كلّها ضعيفه.و القول بطهر الخلّ إذا مضى زمان يعلم انقلاب الخمر فيه إلى الخليه متّجه،إذا جوّزنا العلاج و حكمنا بطهارته مع بقاء عين المعالج بها،لأن الخلّ لا يقصر عن تلك الأعيان المعالج بها حيث حكم بطهرها مع طهره.إلا أن إثبات الحكم من النصّ لا يخلو من إشكال، و استفادته من إطلاق جواز علاجه أعمّ من بقاء عين المعالج[بها](٢). قوله:«أواني الخمر. إلخ».

القول بالمنع من استعمال الأواني المذكوره مطلقا للشيخ فى النهايه (٣)، لروايه أبى الربيع الشامى عن أبى عبد الله عليه السلام:«قال:نهى رسول الله صلّى الله عليه و آله عن كلّ مسكر،و كلّ مسكر حرام،قلت:فالظروف التى يصنع فيها؟ قال:نهى رسول الله صلّى الله عليه و آله عن الدبّا و المزفّت و الحنتم و النقىر، قلت:و ما ذلك؟قال:الدبّا:القرع،و المزفّت:الدنان،و الحنتم:الجرار الزرق، و النقىر:خشب كان أهل الجاهليّه ينقرونها حتى يصير لها أجواف ينبذون

ص:١٠٤

١- ١) المختلف:٦٨٩.

٢- ٢) من «ط،م».

٣- ٣) التّهايه:٥٩٢.

فيها» (١).

و صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن الدباء و المزفت و زدتم أنتم الحنتم -يعنى: الغضار- ثم قال: و سألته عن الجرار الخضر و الرصاص، قال: لا بأس بها» (٢).

و لأن في الخمر حدّه و نفوذاً في الأجسام الملاقيه لها، فإذا لم تكن الآنيه مغسوره دخلت أجزاءها بها و استقرّت في باطنها، فلا ينفذ الماء إليها على وجه التطهير.

و جوابه -مع قطع النظر عن سند الأولى- حمل النهى على الكراهه، و إلا -فالماء ينفذ فيما ينفذ فيه الخمر و يخرق الآنيه و إن لم يكن فيها خمر. و لأن ذلك لو منع لمنع في غيره من النجاسات المائعه، فإنها تدخل في باطن الإناء المذكور (٣) بالوجدان، و لا خلاف في طهرها.

نعم، قد ينقدح أن الماء لا يدخل إلى باطنه إلا بالترشح، فلا يكفي في التطهير.

و يندفع بأنه يدخل كذلك في الأواني و الثياب و الحشايا [١] مع الحكم بطهرها في غير الخمر إجماعاً، فليكن فيه كذلك. و إطلاق النصوص بطهاره هذه

ص: ١٠٥

١- ١) الكافي ٦: ٤١٨ ح ٣، التهذيب ٩: ١١٥ ح ٤٩٩، الوسائل ٢: ١٠٧٥ ب «٥٢» من أبواب النجاسات ح ٢.

٢- ٢) الكافي ٦: ٤١٨ ح ١، التهذيب ٩: ١١٥ ح ٥٠٠، الوسائل ١٧: ٢٨٥ ب «٢٥» من أبواب الأشربه المحرّمه ح ١.

٣- ٣) في إحدى الحجرّيتين: الأواني المذكوره.

الأشياء يشمل موضع النزاع، و يوجب الاكتفاء بنفوذ الماء على هذا الوجه. فكان القول بطهاره الإناء المذكور من الخمر إذا غسل و نفذ الماء فيه إلى ما نفذت الخمر فيه أقوى. و يؤيده روايه عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الذى يكون فيه الخمر هل يصلح أن يكون فيه الخلّ أو ماء و كامخ و زيتون؟ قال: إذا غسل فلا بأس» (١).

و إطلاق النصّ و الفتوى يقتضى ثبوت الطهاره بالماء القليل و الكثير.

و تحقّقها بهما فيما لا يتشرب واضح. أما فيه فبالكثير إذا نقع حتى نفذ فى باطنه على حدّ ما نفذت فيه الخمر. و اعتبار المصنف و غيره (٢) فى طهارته ثلاث مرّات أو سبع صريح فى طهره بالقليل أيضا، لأن الكثير لا يعتبر فيه التعدّد.

إذا تقرّر ذلك فما الذى يعتبر من العدد على تقدير تطهيره فى القليل؟ اختلف فيه كلام الشيخ، فاعتبر تاره ثلاثا (٣)، و هو الذى اختاره المصنف هنا، و أخرى سبعا (٤).

و مستند القولين روايه عمار السابقة، و فيها: «وقال فى قدح أو إناء يشرب فيه الخمر قال: تغسله ثلاث مرّات، و سئل يجزيه أن يصبّ فيه الماء؟ قال: لا يجزيه حتى يدلك بيده و يغسله ثلاث مرّات». و هى حجّه الأول. و فى

ص: ١٠٦

١ - ١) الكافى ٦: ٤٢٧ ح ١، التهذيب ٩: ١١٥ ح ٥٠١، الوسائل ١٧: ٢٩٤ ب «٣٠» من أبواب الأشربة المحرّمة ح ١. و الكامخ: إدام يؤتدم به، و خصّه بعضهم بالمخلّلات التى تستعمل لتشهى الطعام. المنجد: ٦٩٨.

٢ - ٢) المبسوط ١: ١٥، قواعد الأحكام ٢: ١٥٩.

٣ - ٣) النهاية: ٥٩٢.

٤ - ٤) المبسوط ١: ١٥، قواعد الأحكام ٢: ١٥٩.

روايه أخرى عن عَمَّار عن أبي عبد الله عليه السلام في الإناء يشرب فيه النبيذ قال: «يغسل سبع مرّات» (١).

و من عمل بالأولى حمل هذه على الاستصحاب جمعا. ولا ريب أنه أولى، إذ يلزم من العمل بالسبع أطراح روايه الثلاث.

و يمكن على هذا حمل الروايتين على الاستصحاب، لإطلاق الروايه (٢) عن عَمَّار بالغسل في أولها الصادق بمسمّاه. وكذا إطلاق غيره من النصوص الصحيحه (٣).

و هذا هو الذى اختاره العلامة (٤) و جماعه. و فيه قوّه. مع أن روايه عَمَّار - مع ضعف سندها، و قصورها عن إفاده الوجوب، و اختلافها في التقدير - يظهر عليها قرائن الاستصحاب، من اعتباره مع الثلاث ذلك الإناء بيده، و عدم اعتباره في غيرها، و الدلك غير واجب، بل المعتبر زوال العين كيف اتفق. و أيضا في روايه السبع قال: «و كذلك الكلب» أى: يغسل منه سبعا، و هم لا يقولون به، فهو قرينه الاستصحاب.

و أما القول بحمل المطلق على المقيّد، فيسقط دلالة الإطلاق، ثمّ المقيّد بالثلاث و السبع يحصل الجمع بينهما بوجوب الثلاث و استحباب السبع، فإنّما يتمّ

ص: ١٠٧

١ - ١) التهذيب ٩: ١١٦ ح ٥٠٢، الوسائل ١٧: ٢٩٤ ب «٣٠» من أبواب الأشربه المحرّمه ح ٢.

٢ - ٢) المذكوره فى الصفحه السابقه.

٣ - ٣) انظر الوسائل ١٧: ٢٩٥ الباب المتقدّم ح ٥، ٦.

٤ - ٤) إرشاد الأذهان ١: ٢٤٠.

الثامنة: لا يحرم شيء من الربوبات (١) والأشربة وإن شتم منه رائحة المسكر، ك: ربّ الرمان والتفاح، لأنه لا يسكر كثيره.

مع اعتبار الرواية، وضعفها يمنع ذلك. فالرجوع إلى إطلاق (١) والأوامر (٢) المعتمده بالغسل من غير تحديد الصادق بالمرّة أقوى، وإن كان اعتبار العدد المذكور أفضل وأحوط.

قوله: «لا يحرم شيء من الربوبات. إلخ».

لما كان الأصل في هذه الأشياء الحلّ، والتحريم يتوقّف على دليل يدلّ عليه، ولم يقدّم دليل على تحريم هذه الربوبات، فلا وجه للعدول عمّا دلّ عليه الأصل من حلّها، وإن أشبهت المسكر في الرائحة وغيرها، ما لم تشاركه في خاصّيّته الإسكار فتصير من أفرادها، لكن ذلك يتخلّف عنها مطلقاً، إذ لم ينقل فيها فعل ذلك مطلقاً.

و يؤيّده روايه جعفر بن أحمد المكفوف قال: «كتب إليه -يعنى: أبا الحسن الأول عليه السلام- أسأله عن السكنجيين والجلاب و ربّ التوت و ربّ التفاح و ربّ الرمان، فكتب عليه السلام: حلال» (٣). وفي روايه أخرى مثل الأولى و زاد [فيها] (٤): ربّ السفرجل، و بعده: «إذا كان الذي يبيعها غير عارف و هي تباع في أسواقنا، فكتب: جائز لا بأس بها» (٥).

ص: ١٠٨

١- ١) انظر الهامش (٣، ٢) في الصفحة السابقة.

٢- ٢) في «د»: الأولى، وفي «ذ، خ»: الأولى.

٣- ٣) الكافي ٤: ٢٢٦ ح ١، التهذيب ١: ١٢٧ ح ٩، الوسائل ١٧: ٢٩٣ ب «٢٩» من أبواب الأشربة المحرّمه ح ١.

٤- ٤) من الحجريّتين.

٥- ٥) الكافي ٤: ٢٢٧ ح ٢، التهذيب ١: ١٢٧ ح ٩، الوسائل ١٧: ٢٩٣ الباب المتقدّم ح ٢.

التاسعة: يكره أكل ما بادره (١)الجنب و الحائض، إذا كانا غير مأمونين. و كذا يكره أكل ما يعالجه من لا يتوقى النجاسات، و أن يسقى الدواب (٢) شيئاً من المسكرات.

قوله: «يكره أكل ما بادره. إلخ».

المراد بكونهما غير مأمونين فى التحفظ من النجاسة. و كذا القول فى كل من لا يتحفظ منها إذا لم تعلم عليه يقيناً. و لا يحكم بنجاسة ما بادره و إن غلب على الظن نجاسته على أصح القولين.

قوله: «و أن يسقى الدواب. إلخ».

لروايه أبى بصير عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن البهيمه-البقره و غيرها-تسقى أو تطعم ما لا يحل للمسلم أكله أو شربه أ يكره ذلك؟ قال:

نعم» (١). و رويته غياث عن أبى عبد الله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام كره أن يسقى الدواب الخمر» (٢).

و لا يحرم، لعدم تكليفها، فلا يتعلق النهى بها، و لا بصاحبها حيث لم يشربها، خلافاً للقاضى (٣).

و لا يلحق بها الأطفال و إن شاركوا فى عدم التكليف، بل يحرم سقيهم المسكر، و قد روى: «أن من سقى مولوداً مسكراً سقاه الله من الحميم» (٤).

ص: ١٠٩

١- (١) التهذيب ٩: ١١٤ ح ٤٩٧، الوسائل ١٧: ٢٤٦ ب «١٠» من أبواب الأشرية المحرمة ح ٥.

٢- (٢) الكافي ٦: ٤٣٠ ح ٧، التهذيب ٩: ١١٤ ح ٤٩٦، الوسائل ١٧: ٤٢٦ الباب المتقدم ح ٤.

٣- (٣) المهذب ٢: ٤٣٣.

٤- (٤) الكافي ٦: ٣٩٧ ح ٦، التهذيب ٩: ١٠٣ ح ٤٤٩، الوسائل ١٧: ٤٢٦ الباب المتقدم ح ٢.

و يكره الإسلاف (١) في العصير.

و أن يستأمن على طبخه (٢) من يستحلّ شربه قبل أن يذهب ثلثاه، إذا كان مسلماً. و قيل: لا يجوز مطلقاً. و الأول أشبه.

قوله: «و يكره الإسلاف إلخ».

هكذا أطلق الشيخ - رحمه الله - في النهاية (١). و علّله: «بأنه لا يؤمن أن يطلبه صاحبه و يكون قد تغيّر إلى حال الخمر، بل ينبغي أن يبيعه يدا بيد، و إن كان لو فعل ذلك لم يكن محظوراً».

و ناقشه ابن إدريس (٢) في ذلك و قال: السلف لا يكون إلا في الذمّة، و لا يكون في العين، و إذا كان في الذمّة لزمه تسليم ما في ذمّته من العصير من أيّ موضع كان، سواء تغيّر ما عنده إلى حال الخمر أم لم يتغيّر، فلا وجه حينئذ للكراهه.

و أجيب (٣) بإمكان أن يريد بالسلف بيع عين مشخّصه يسلمها إليه في وقت معيّن، و أطلق عليه اسم السلف مجازاً، كما ورد السلف في مسوك الغنم مع المشاهده، أو يحمل على الحقيقة و يتعذّر عليه تحصيل العصير عند الأجل، لانقلابه كذلك. و لا يخفى ما في هذا الجواب من التكلّف، و قوّه كلام ابن إدريس.

قوله: «و أن يستأمن على طبخه إلخ».

القول بعدم الجواز للشيخ في النهاية (٤)، و تبعه ابن إدريس (٥) و العلامة (٦)

ص: ١١٠

١- (١) النهاية: ٥٩١.

٢- (٢) السرائر ١٣١: ٣.

٣- (٣) المختلف: ٦٨٨.

٤- (٤) النهاية: ٥٩١.

٥- (٥) السرائر ١٢٩: ٣.

٦- (٦) قواعد الأحكام ١٥٩: ٢.

و يكره: الاستشفاء (١) بمياه الجبال الحارّة.

و ولده الفخر (١)، لروايه معاويه بن عمّار قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل من أهل المعرفة بالحقّ يأتيه بالبخت فيقول: قد طبخ على الثلث، وأنا أعرف أنه يشربه على النصف، فأشربه بقوله و هو يشربه على النصف؟ فقال: خمر لا تشربه، قلت: فرجل من غير أهل المعرفة ممّن لا نعرفه يشربه على الثلث و لا يستحلّه على النصف، يخبرنا أن عنده بختجا على الثلث و قد ذهب ثلثاه و بقي ثلثه، يشرب منه؟ فقال:

نعم» (٢). و المراد بقوله: «على الثلث» أنه قد بقي منه الثلث و ذهب ثلثاه بالغليان.

و المصنف - رحمه الله - اختار الكراهه، لأن ذا اليد قوله مقبول في طهاره ما تحت يده و نجاسته، فليكن هنا كذلك. و يمكن الطعن في الروايه بضعف السند، فإن في طريقها يونس بن يعقوب، و قد قال الصدوق ابن بابويه (٣) و الكشي (٤): إنه فطحى [١] و إن كان الشيخ (٥) قد وثّقه، إذ لا منافاه بين الأمرين، فيصلح حينئذ دليلا للكراهه لا التحريم.

قوله: «و يكره الاستشفاء. إلخ».

المستند روايه مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «نهى

ص: ١١١

١- (١) إيضاح الفوائد ١٥٨: ٤-١٥٩.

٢- (٢) الكافي ٤٢١: ٦ ح ٧، التهذيب ١٢٢: ٩ ح ٥٢٦، الوسائل ٢٣٤: ١٧ ب (٧) من أبواب الأشربة المحرّمة ح ٤.

٣- (٣) حكاه عنه العلامة في خلاصه الرجال: ١٨٥ رقم (٢).

٤- (٤) اختيار معرفة الرجال: ٣٨٥ رقم (٧٢٠).

٥- (٥) رجال الطوسي: ٣٦٣ و ٣٩٤.

و من اللواحق النظر فى حال الاضطرار و كل ما قلنا [هـ] بالمنع (١) من تناوله، فالبحت فيه مع الاختيار. و مع الضروره يسوغ التناول، لقوله تعالى فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ (١)، و قوله فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصِهِ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ (٢)، و قوله:

وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ (٣).

رسول الله صلى الله عليه و آله عن الاستشفاء بالحميات، و هى العيون الحارّه التى تكون فى الجبال التى توجد فيها رائحه الكبريت، فإنها تخرج من فوح جهنم (٤).

قوله: «و كل ما قلنا بالمنع. إلخ».

لا خلاف فى أنّ المضطرّ إذا لم يجد الحلال يباح له أكل المحرّمات من الميتة و الدم و لحم الخنزير و ما فى معناها، على ما قال تعالى فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ و غيرها من الآيات. و المراد بالمخمصه فى قوله تعالى فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصِهِ المجاعه. و قوله تعالى غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ أى: غير منحرف إليه، و هو كقوله تعالى غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ. و سيأتى (٥) تفسيرهما.

ص: ١١٢

١- ١) البقره: ١٧٣.

٢- ٢) المائده: ٣.

٣- ٣) الأنعام: ١١٩.

٤- ٤) الكافى ٣: ٣٨٩ ح ١، التهذيب ١٠١: ٩ ح ٤٤١، الوسائل ١٦٠: ١ ب «١٢» من أبواب الماء المضاف ح ٣.

٥- ٥) فى ص: ١١٤.

فليكن النظر في: المضطرّ، وكيفيه الاستباحه.

أما المضطرّ

أما المضطرّ:

فهو الذي (١) يخاف التلف لو لم يتناول. وكذا لو خاف المرض بالترك.

و كذا لو خشى الضعف المؤدّي إلى التخلّف عن الرفقه، مع ظهور أماره العطب، أو ضعف الركوب المؤدّي إلى خوف التلف. فحينئذ يحلّ له تناول ما يزيل تلك الضروره.

قوله: «أما المضطرّ فهو الذي. إلخ».

ما ذكره من تفسير الاضطرار هو المشهور بين الأصحاب، لتحقق معنى الاضطرار على جميع هذه الأحوال. وقال الشيخ في النهايه: «لا- يجوز أن يأكل الميتة إلا- إذا خاف تلف النفس، فإن خاف ذلك أكل ما يمسك الرمق، ولا يتملأ منه» (١). و وافقه تلميذه القاضي (٢) وابن إدريس (٣) والعلامة في المختلف (٤).

و الأصحّ الأول. و في معنى ما ذكر من يخاف طول المرض أو عسر برئه، لأن ذلك كلّ اضطرار، و منعه على تقديره حرج منفي (٥).

و لا- يشترط تيقّن وقوع ذلك، بل يكفي غلبه الظنّ كظائره. و لا يجب الامتناع إلى أن يشرف على الموت، فإن تناول حينئذ لا ينفع و لا يدفع، بل لو انتهى إلى تلك الحاله لم يحلّ له تناول، لأنه غير مفيد، و الغرض من إباحه المحرّم حفظ النفس.

ص: ١١٣

١- (١) النهايه: ٥٨٦.

٢- (٢) المهذب ٢: ٤٤٢.

٣- (٣) السرائر ١١٣: ٣.

٤- (٤) المختلف: ٦٨٣-٦٨٤.

٥- (٥) الحجّ ٧٨، الفتح: ١٧.

و لا يختص ذلك نوعاً (١) من المحرمات، إلا ما سذكه.

و لا يترخص الباغى، (٢) و هو الخارج على الإمام، و قيل: الذى يبغي الميته، و لا العادى، و هو: قاطع الطريق، و قيل: الذى يعدو شبعه.

قوله: «و لا يختص ذلك نوعاً. إلخ».

إذا بلغ المضطرّ حدّاً يجوز له تناول المحرم لم يختص شيئاً منها دون شيء، لعموم قوله تعالى فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ (١) بعد تفصيل ما حرم عليه، و كذا غيره من الآيات (٢). لكن بعض المحرمات يقدم على بعض بنص خارج. و سيأتى (٣) تحقيقه عن قريب.

قوله: «و لا يترخص الباغى. إلخ».

قد عرفت استثناء الباغى و العادى من الرخصة بالآيه. و قد اختلف فى المراد منهما، فذهب المصنف و جماعه (٤) إلى أن الباغى هو الخارج على الإمام، و العادى قاطع الطريق، لروايه أحمد بن محمد بن أبى نصر عمن ذكره عن أبى عبد الله عليه السلام فى قوله عزّ و جلّ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ (٥) قال:

«الباغى الذى يخرج على الإمام، و العادى الذى يقطع الطريق، لا تحلّ له الميته» (٦).

و الروايه مرسله، و فى طريقها سهل بن زياد، إلا أن تفسيرها للباغى

ص: ١١٤

١- (١) البقره: ١٧٣.

٢- (٢) المائده: ٣، الأنعام: ١١٩.

٣- (٣) فى ص: ١٢٢ و ١٢٦.

٤- (٤) الجامع للشرائع: ٣٩٠، إرشاد الأذهان ١١٤: ٢.

٥- (٥) البقره: ١٧٣.

٦- (٦) الكافى ٢٦٥: ٦ ح ١، معانى الأخبار: ٢١٣ ح ١، الوسائل ٣٨٩: ١٦ ب «٥٦» من أبواب الأطعمة المحرّمه ح ٥.

و أما كيفيه الاستباحه: (١) فالمأذون فيه حفظ الرمق، و التجاوز حرام، لأن القصد حفظ النفس.

و هل يجب التناول للحفظ؟ قيل: نعم، و هو الحقّ. فلو أراد التنزّه و الحال حاله خوف التلف، لم يجز.

مناسب لمعناه المشهور شرعاً، و لعله حقيقه شرعيّه فيه. و إنما الكلام في الآخر، و في روايه حمّاد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «العادي السارق» (١). و مثله روى عبد العظيم الحسني عن الجواد عليه السلام (٢).

و القول بأن الباغي من يبغي الميته و العادي من يعدو شبعه لبعض المفسرين (٣). و هو حسن أيضاً، لأن باغي الميته مع الاختيار عاص كغيره ممّن فسيّر به الباغي، و من تجاوز شبعه غير مرخص أيضاً، لأنه لا ضروره له إليه، بل لا ضروره (٤) إلى إخراجّه من الرخصه. و في الروايتين (٥) السابقتين:

«الباغي الذي يبغي الصيد بطرا و لهوا، لا ليعود به على عياله». و قيل فيهما غير ذلك.

قوله: «و أما كيفيه الاستباحه. إلخ».

لا خلاف في أن المضطرّ يستبيح سدّ الرمق، و هو بقيه الحياه، بمعنى أنه

ص: ١١٥

١- (١) الكافي ٣: ٤٣٨ ح ٧، التهذيب ٣: ٢١٧ ح ٥٣٩، الوسائل ١٦: ٣٨٨ الباب المتقدّم ح ٢.

٢- (٢) الفقيه ٣: ٢١٦ ح ١٠٠٧، التهذيب ٩: ٨٣ ح ٣٥٤، الوسائل ١٦: ٣٨٨ الباب المتقدّم ح ١.

٣- (٣) كنز العرفان للمقداد ٢: ٣٢٢-٣٢٣، و انظر النكت و العيون للماوردي ١: ٢٢٣، تفسير الفخر الرازي ١٣: ١٤-١٥، تفسير القرطبي ٢: ٢٣١، الدرّ المنثور ١: ٤٠٧.

٤- (٤) في «ذ، د، ر، خ»: بل الضروره.

٥- (٥) و هما روايتا حمّاد و عبد العظيم الحسني.

يأكل ما يحفظه من الهلاك، وليس له أن يزيد على الشبع إجماعاً. و هل يجوز له أن يزيد عن سدّ الرمق إلى الشبع؟ ظاهر المصنف و الأكثر العدم، لأن الضرورة اندفعت بسدّ الرمق، وقد يجد بعده من الحلال ما يغنيه عن الحرام.

و هو حسن حيث لا- يحتاج إلى الزائد، بأن كان في باديه و خاف أن لا يتقوى على قطعها لو لم يشبع، أو يحتاج إلى المشى أو العدو، فيجوز ما تندفع به الحاجة. و كذا يجوز له التزوّد منه إذا كان لا يرجو الوصول إلى الحلال. فلو كان يرجوه لم يجز.

إذا تقرّر ذلك، فهل يجب تناول على الوجه المأذون فيه، أو هو باق على أصل الرخصة، فله التّزّه عنه؟ قولان أصحهما الأول، لأن تركه يوجب إعاقته على نفسه، و قد نهى عنه تعالى بقوله **وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ (١)**، كما يجب دفع الهلاك بأكل الطعام الحلال.

و وجه الثانى: أن الصبر عنه **(٢)** لكونه محرّماً ضرب من الورع، فيكون كالصبر على القتل لمن يراى منه إظهار كلمه الكفر.

و هو ضعيف، لأن المأكل على هذا الوجه ليس محرّماً، فلا ورع فى تركه. و الفرق بين الأمرين واضح، فإن فى الاستسلام للقتل ممّن أكره على كلمه الكفر إعزاز الإسلام و إيداناً بشرفه، و إنه ممّا يتنافس فى حفظه بالنفس، بخلاف تناول المحرّم.

ص: ١١٦

١- (١) البقره: ١٩٥.

٢- (٢) فى «د»: عليه.

و لو اضطرَّ إلى طعام (١) الغير و ليس له الثمن و جب على صاحبه بذله، لأن في الامتناع إعانه على قتل المسلم.

و هل له المطالبه بالثمن؟ قيل: لا، لأن بذله واجب، فلا يلزم له العوض.

و إن كان الثمن موجودا، و طلب ثمن مثله، و جب دفع الثمن. و لا- يجب على صاحب الطعام بذله لو امتنع من بذل العوض، لأن الضروره المبيحه لاقتساره مجانا زالت بالتمكّن من البذل.

قوله: «و لو اضطرَّ إلى طعام. إلخ».

إذا وجد المضطرّ طعاما حلالا لغيره، فذاك الغير إما أن يكون حاضرا أو غائبا. فإن كان حاضرا، نظر إن كان مضطرا إليه فهو أولى به، و ليس للأول أخذه منه إذا لم يفضل عن حاجته، إلا أن يكون غير المالك نبيا فيجب على المالك بذله له.

فإن أثر المالك المضطرّ غيره على نفسه في صورته لا- يجب عليه دفعه، ففي جوازه وجهان، أصحهما ذلك مع تساويهما في الإسلام و الاحترام، لعموم قوله تعالى وَ يُؤْثِرُونَ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ (١) و لأن المقصود حفظ النفس المحترمه و هو حاصل بأحدهما، فلا ترجيح.

و يحتمل عدم الجواز، لقدرته على حفظ نفسه بعدم بذل ماله، فلا يجوز له بذله، لما فيه من إلقائها في التهلكه بيده. و يمكن حينئذ منع كون ذلك إلقاء في التهلكه، كنبات المجاهد لمثله مع ظهور أماره العطب، فإن المقتول على هذا

ص: ١١٧

الوجه [المشروع] (١١) ليس بهالك بل فائز. لو كان المضطرّ ذمياً أو بهيمه لم يجز إثارة و إن كان محترماً.

و إن لم يكن المالك مضطراً إليه فعليه إطعام المضطرّ، مسلماً كان أم ذمياً أم مستأمناً. و كذا لو كان يحتاج إليه في ثانی الحال على الأظهر. و للمضطرّ أن يأخذه و يقاتله عليه، فإن قتل المالك المضطرّ عن طعامه فعليه القصاص. و لو منعه من الطعام فمات جوعاً ففي ضمانه له وجهان، من أنه لم يحدث فيه فعلاً مهلكاً، و من أن ضروره أثبت له في ماله حقاً فكأنه منع منه طعامه.

و في مقدار ما يجب على المالك بذله من سدّ الرمق أو القدر المشبع وجهان مبنيان على القدر الذي يحلّ من الميتة.

و هل يجب على المضطرّ الأخذ قهراً و القتال، أو الثابت مجرّد الجواز؟ وجهان مبنيان على الخلاف في أنه هل يجب عليه الأكل من الميتة أم لا؟ و أولى بأن لا- يجب هنا لو قيل به ثمّ، لأن عقل المالك و دينه يبعثانه على الإطعام و هو واجب عليه، فجاز أن يجعل الأمر موكولاً إليه. و الأصحّ الوجوب مع إظهاره الامتناع، لوجود العلّة الموجهة في الميتة.

ثمّ إن كان المضطرّ قادراً على دفع ثمنه لم يجب على المالك بذله مجّاناً قطعاً، لأن ضروره الجائع تندفع ببذله الثمن القادر عليه.

و إن كان عاجزاً عنه، ففي وجوب بذله مجّاناً وجهان:

أحدهما: العدم، لعصمه مال الغير كعصمه نفسه، فيجمع بين الحقيقتين

ص: ١١٨

بالعوض وقت قدره.

و الثاني: عدم جواز أخذ العوض، لوجوب بذله فلا يتعقبه العوض، لأنه لا عوض على فعل الواجب، كما أنه إذا خلص مشرفاً على الهلاك لا يجب له عليه أجره المثل.

و جوابه: منع الكليّة، كما يجب بذل الطعام في الغلاء على المحتكر و يجبر عليه مع جواز أخذه العوض إجماعاً. و المعلوم وجوبه نفس بذل المال أعم من كونه مجّاناً أو بعوض. و فرّقوا بينه و بين تخليص المشرف على الهلاك: بأنه هناك يلزمه التخليص و إن لم يكن للمشرف على الهلاك مال، و لا- يجوز التأخير إلى تقدير الأجره و تقريرها، بخلاف ما هنا. و لا يخلو هذا الفرق من قصور. و ربما سوى بعضهم (1) بين الأمرين حيث يحتمل الحال موافقته على أجره يبذلها أو يقبلها، و لا يلزمه تخليصه حتى يقبل الأجره كالمضطرّ، كما أنه لو لم يحتمل الحال مساومه المضطرّ يجب عليه بذله و لا يلزمه العوض، بخلاف ما إذا احتمل و إن لم يكن هناك مال مقدور عليه.

إذا تقرّر ذلك، فإذا بذل المالك الطعام مجّاناً فعليه قبوله، و يأكل إلى أن يشبع مع سعه المبذول. و إن بذله بالعوض، نظر إن لم يقدر العوض فعلى المضطرّ قيمه ما أكل في ذلك الزمان و المكان أو مثله إن كان مثلياً، و له أن يشبع أيضاً.

و إن قدر العوض، فإن لم يفرد له ما يأكله فكذلك. و إن أفرد، فإن كان المقدّر ثمن المثل فالبيع صحيح، و له أن يأخذ ما فضل عن الأكل. و إن كان أكثر

ص: ١١٩

فسأنتي (١) البحث فيه.

و إن أطعمه المالك و لم يصّرّح بالإباحه، ففيه وجهان أصحّهما أنه لا- عوض عليه، و يحمل على المسامحه المعتاده في الطعام سيّما في حقّ المضطرّ.

و لو اختلفا فقال المطعم: أطعمتك بعوض، و قال المضطرّ: بلا عوض، ففي تصديق المطعم لأنه أعرف بكيفيّته ما بذله، أو المضطرّ لأصالة براءة ذمّته، وجهان.

و لو افتقر المضطرّ إلى وجود الطعام في فمه، فوجره المالك و هو مغمى عليه بتيّه العوض، ففي استحقاقه العوض وجهان. و أولى بالاستحقاق هنا، لأنه خلّصه من الهلاك، فكان كالعفو عن القصاص إلى الديه، و لما فيه من التحريض على تدارك المضطرّين. و وجه العدم: أن المضطرّ لم يطلب و لا تناول (٢)، فكان المالك متبرّعا. و الأقوى الأول.

و كما يجب بذل المال لإبقاء الآدمي، يجب بذله لإبقاء البهيمة المحترمه و إن كانت ملكا للغير، و لا يجب البذل للحربي و الكلب العقور. و لو كان للإنسان كلب غير عقور جائع و شاه فعليه إطعام الشاه.

و لو كان صاحب الطعام غائبا أكل منه وجوبا، و غرم قيمه ما أكل إن كان قيميا و مثله إن كان مثليا، سواء قدر على العوض أم لا، لأن الذمم تقوم مقام الأعيان.

ص: ١٢٠

١- ١) في الصفحة التاليه.

٢- ٢) في «خ»: و لم يتناول.

و إن طلب زياده عن الثمن، (١) قال الشيخ: لا تجب الزيادة. و لو قيل:

تجب، كان حسناً، لا ارتفاع الضروره بالتمكّن. و لو امتنع صاحب الطعام و الحال هذه جاز له قتاله، دفعاً لضروره العطب.

و لو واطأه فاشترى بأزيد من الثمن كراهيه لإراقه الدماء، قال الشيخ: لا يلزمه إلا ثمن المثل، لأن الزيادة لم يبذلها اختياراً.

و فيه إشكال، لأن الضروره المبيحه للإكراه ترتفع بإمكان الاختيار.

قوله: «و إن طلب زياده عن الثمن. إلخ».

قال الشيخ في المبسوط: «إذا امتنع صاحب الطعام من بذله إلا بأزيد من ثمن مثله، فإن كان المضطرّ قادراً على قتاله قاتله، فإن قتل المضطرّ كان مظلوماً مضموناً، و إن قتل المالك كان هدرًا، و إن لم يكن قادراً على قتاله أو قدر فتركه حذراً من إراقه الدماء، فإن قدر على أن يحتال عليه و يشتريه منه بعقد فاسد حتى لا يلزمه إلا ثمن مثل فعله، فإن لم يقدر إلا على العقد الصحيح فاشترى بأكثر من ثمن مثله، قال قوم: يلزمه الثمن، لأنه باختياره بذل، و قال آخرون: لا- تلزمه الزيادة على ثمن المثل، لأنه مضطرّ إلى بذلها، فكان كالمكره عليها، و هو الأقوى عندنا» (١).

و المصنف- رحمه الله- رجّح وجوب الزائد مع قدرته عليه، محتجاً بارتفاع الضروره مع التمكن من بذل العوض الزائد، فلم يجب على المالك بذله، لأن غريمه غير مضطرّ.

و يفهم من تعليله الوجوب بارتفاع الضروره أنه لو لم يكن قادراً على بذلها

ص: ١٢١

و لو وجد ميتة و طعام الغير،(١) فإن بذل له الغير طعامه بغير عوض، أو عوض هو قادر عليه، لم تحل الميتة.

و لو كان صاحب الطعام غائبا، أو حاضرا و لم يبذل، وقوى صاحبه على دفعه عن طعامه، أكل الميتة. و إن كان صاحب الطعام ضعيفا لا يمنع، أكل الطعام و ضمنه، و لم تحل الميتة. و فيه تردد.

لم يجب كما ذكره الشيخ، و إن كان قد أطلق الحكم.

و من الأصحاب [١] من حمل كلام الشيخ على أن: «مراده مع عدم قدره على الثمن فى العاجل و الآجل، و حينئذ فلا يتحقق خلاف معنوى».

و هذا لا يخلو من نظر، لأن الشيخ -رحمه الله- لم يعلل عدم الوجوب بما يقتضى العجز، بل ظاهر قوله: «لأنه مضطر إلى بذلها» أنه دفعها أو ما هو أعم منه، فلا يناسب تقييده بالعجز. و كيف كان فالتفصيل بالقدره و عدمها أقوى.

قوله: «و لو وجد ميتة و طعام الغير. إلخ».

إذا وجد المضطر ميتة و طعام الغير، فلا يخلو: إما أن يكون ذلك الغير حاضرا، أو غائبا. و على تقدير حضوره: إما أن يبذل طعامه تبرعا، أو بعوض مثله فما دون (١)، أو بأزيد، أو يمنع من ذلك كله. و على تقديره: إما أن يمكن المضطر مقاتلته و قهره عليه أم لا.

و إن كان غائبا ففيه أوجه:

أحدها -و هو الذى اختاره المصنف رحمه الله-: أنه يأكل الميتة و يدع طعام الغير، لأن الميتة محرمة لحق الله تعالى، و حقوق الله مبيته على المساهله.

ص: ١٢٢

و لأن إباحه الميته للمضطرّ منصوص عليها، و جواز الأكل من مال الغير بغير إذنه يؤخذ من الاجتهاد. و لأن الميته يتعلّق بها حقّ واحد لله تعالى، و مال الغير يتعلّق به الحقّان و اشتغال ذمّته.

و الثانى: أنه يأكل الطعام، لأنه قادر على طعام حلال العين، فأشبهه ما إذا كان المالك حاضرا و بذله. و التصرّف فى مال الغير ينجرّ بثبوت عوضه فى الذمّه.

و الثالث: أنه يتخيّر، لتعارض المعنيين.

و المصنف-رحمه الله-بعد أن حكم بتقديم الميته على تقدير غيبته- مضافا إلى التفصيل على تقدير الحضور-تردّد فى الحكم. و قد ظهر وجه تردّده.

و إن كان صاحب الطعام حاضرا، نظرا إن بذله بلا- عوض و جب على المضطرّ قبوله. و لو باعه بثمن المثل فما دون و جب عليه الشراء إن كان الثمن معه، أو رضى المالك بكونه فى ذمّته. و كذا لو باع بما يتغابن الناس بمثله.

و إن كان بذله بزيادة كثيره، ففى تقديمه على الميته مع قدره عليه أوجه أحدها أنه لا يلزمه لكن يستحبّ. و إذا لم يلزمه الشراء فهو كما لو لم يبذله المالك أصلا، و إذا لم يبذله لم يقاتله عليه المضطرّ إن كان يخاف من المقاتله على نفسه، أو كان يخاف أن يهلك المالك (1) فى المقاتله، بل يعدل إلى الميته. و إن كان لا يخاف لضعف المالك و سهوله دفعه فهو على الخلاف فيما إذا كان غائبا.

و المصنف-رحمه الله-رّجح أن يشتريه بالثمن الغالى مع قدرته عليه و لا يأكل الميته، لأنه حينئذ غير مضطرّ إليها. ثمّ يجىء فى أن الواجب عليه المسمّى أو ثمن المثل ما تقدّم.

ص: ١٢٣

و إذا لم يجد المضطرّ (١) إلا الآدميّ ميتًا، حلّ له إمساك الرّمق من لحمه.

و لو كان حيًّا، محقون الدم، لم يحلّ. و لو كان مباح الدم، حلّ له منه ما يحلّ من الميتة.

و إن امتنع من بذله أصلاً، فإن كان قويًّا لا يمكن قهره عليه فلا شبهه في إباحه الميتة، إذ لا قدره على غيرها. و إن كان ضعيفاً يمكن قهره قاتله و أخذه منه قهراً. و الفرق بينه و بين الغائب: أن الغائب غير مخاطب بدفعه إلى المضطرّ، و ماله باق على أصل حرمة (١)، بخلاف الحاضر، فإنه مأمور شرعاً بدفعه، فإذا امتنع جاز أخذه قهراً موافقه لأمر الشارع، و لم يكن بسبب ذلك مضطراً إلى الميتة.

قوله: «و إذا لم يجد المضطرّ. إلخ».

المحرّمات التي يضطرّ الإنسان إلى تناولها قسمان، أحدهما: ما سوى المسكر، و يباح جميعه بالضرورة ما لم يكن فيه إهلاك معصوم الدم.

و هنا مسألان:

الأولى: لو لم يجد إلا آدمياً ميتاً جاز له الأكل منه، لأن الميت و إن كان محترماً إلا أن حرمة الحيّ أعظم، و المحافظه عليها أولى. و لهذا لو كان في السفينه ميت و خاف أهلها الغرق كان لهم طرحه في البحر و لا يجوز طرح الحيّ.

و استثنى بعضهم (٢) ما إذا كان الميت نبياً. و آخرون (٣) أنه مع الجواز يقتصر على أكله نياً، لأن الضرورة تندفع به، و في طبخه و شبهه هتك لحرمة، فلا يجوز الإقدام عليه مع اندفاع الضرورة بدونه، بخلاف الميتة، فإنه يجوز للمضطرّ أكلها

ص: ١٢٤

١- ١) في «ط،م»: احترامه.

٢- ٢) روضه الطالبين ٥٥١: ٢.

٣- ٣) الحاوى الكبير ١٧٥: ١٥.

تيه و مطبوخه.

و لو كان المضطرّ ذميًا و الميت مسلمًا (١) فهل له أكله؟ وجهان، من اشتراكهما في الاحترام و عصمه الدم فيقدم الحي كالمسلم، و من رجحان عصمه المسلم حيث إنها ذاتيه و عصمه الذمي عرضيه، لالتزامه أحكام الذمه.

و لو وجد المضطرّ ميتة و لحم آدمي أكل الميتة دون الآدمي، و إليه أشار المصنف -رحمه الله- بقوله: «و لو لم يجد إلا الآدمي ميتًا» سواء في الميتة الخنزير و غيره. و كذا المحرم لو وجد الصيد و لحم الآدمي قدم الصيد، و إن قيل بتقديم الميتة على الصيد في حقّه.

الثانية: أن يجد المضطرّ آدميًا حيًا، فإن كان معصوم الدم لم يجز أكله، و إن كان كافرا كالذمي و المعاهد. و كذا لا يجوز للسيد أكل عبده، و لا للوالد أكل ولده. و إن لم يكن معصوما -كالحربي و المرتد- جاز له قتله و أكله، و إن كان قتله متوقفًا على إذن الامام، لأن ذلك مخصوص بحاله الاختيار. و في معناه الزاني المحصن و المحارب و تارك الصلاة مستحلًا و غيرهم ممن يباح قتله. و لو كان له على غيره قصاص، و وجدته في حاله الاضطرار، فله قتله قصاصًا و أكله.

و أما المرأة الحربيّة و صبيان أهل الحرب ففي جواز قتلهم و أكلهم وجهان أصحهما ذلك، لأنهم ليسوا معصومين، و ليس المنع من قتلهم في غير حاله الضرورة لحرمه روحهم، و لهذا لا يتعلّق به كفّاره و لا دية، بخلاف الذمي و المعاهد. و وجه المنع: تحريم قتلهم في حاله الاختيار. و قد عرفت جوابه.

ص: ١٢٥

و لو لم يجد المضطرّ (١) ما يمسك ريقه سوى نفسه، قيل: يأكل من المواضع اللحمه كالفخذ. و ليس شيئاً، إذ فيه دفع الضرر بالضرر. و لا كذلك جواز قطع الآكله، لأن الجواز هناك إنما هو لقطع السرايه الحاصله، و هنا إحداث سرايه.

و لو اضطرّ إلى خمر (٢) و بول، تناول البول.

قوله: «و لو لم يجد المضطرّ إلخ».

إذا لم يجد المضطرّ سوى نفسه، بأن يقطع فلذه [١] من فخذة و نحوه من المواضع اللحمه، فإن كان الخوف منه كالخوف على النفس ترك الأكل، أو أشدّ حرم القطع قطعاً. و إن كان أرجى للسلامه ففيه وجهان:

أحدهما: الجواز، لأنه إتلاف بعض لاستبقاء الكلّ، فأشبه قطع اليد بسبب الآكله.

و الثاني: المنع، لأنه قطع فلذه من معصوم قد يتولّد منه الهلاك، فلا يدفع الضرر بالضرر. و يفرّق بينه و بين قطع الآكله: بأن الجواز في قطعها لدفع السرايه الحاصله، و هنا إحداث سرايه.

و فيه نظر، لأن حدوث السرايه على هذا التقدير غير معلوم، و الفرض كون المضطرّ خائف الهلاك، فسرايه جوعه على نفسه كسرايه الآكله.

و لا يجوز أن يقطع من غيره لحفظ نفسه حيث يكون معصوماً اتفاقاً، إذ ليس فيه إتلاف البعض لإبقاء الكلّ. و كذا ليس للإنسان أن يقطع جزء منه للمضطرّ، إلا أن يكون المضطرّ نبيّاً.

قوله: «و لو اضطرّ إلى خمر إلخ».

لأن تحريم البول أخفّ، كما لو وجد بولا و ماء نجساً، فإنه يشرب الماء،

و لو لم يجد إلا الخمر،(١) قال الشيخ فى المبسوط: لا يجوز دفع الضروره بها، و فى النهايه: يجوز، و هو الأشبه.

لأن نجاسته عرضيّه طارئه، بخلاف البول. و لا فرق بين بول نفسه و غيره.

و موضع البحث ما إذا كان البول نجسًا، و إلا قدّم مطلقًا و إن قيل بتحريمه لاستخباته، لأن المختلف فيه أخفّ من المتفق عليه.

قوله: «و لو لم يجد إلا الخمر. إلخ».

وجه ما اختاره الشيخ (١) من عدم الجواز عموم (٢) الأدله الداله على تحريم الخمر مع عدم المعارض، فإن الآيات التى دلت على إباحه المضطرّ محصلها تحليل الميتة و الدم و لحم الخنزير، فإنها هى التى ذكر تحريمها فى صدر الآيه (٣) ثمّ سوغها للمضطرّ، فلا يتعدّى إلى الخمر، لتوقّف إباحتها على الدليل.

و الأقوى ما اختاره فى النهايه (٤) من الجواز، و هو مذهب المصنف و الأكثر، لأن حفظ النفس من التلف واجب و تركه محرّم، و هو أغلظ تحريما من الخمر و غيره، فإذا تعارض التحريمان وجب ترجيح الأَخَفّ و ترك الأَقْوَى. و لأنّ تحريم الميتة و لحم الخنزير أفحش و أغلظ من تحريم الخمر، فإباحتهما للمضطرّ توجب إباحه الخمر بطريق أولى.

و يؤيده روايه محمد بن عبد الله عن بعض أصحابه قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: لم حرّم الله الخمر و الميتة و الدم و لحم الخنزير؟ فقال: إن الله تعالى لم

ص: ١٢٧

١- (١) المبسوط ٢٨٨: ٦.

٢- (٢) لاحظ الوسائل ٢٣٧: ١٧ ب «٩» من أبواب الأشربة المحرّمة.

٣- (٣) المائده: ٣.

٤- (٤) النهايه: ٥٩١-٥٩٢.

و لا- يجوز التداوى بها،(١)و لا- بشىء من الأنبيذه،و لا- بشىء من الأدوية معها شىء من المسكر،أكلا و لا شربا.و يجوز عند الضروره أن يتداوى به للعين.

يحرم ذلك على عباده و أحلّ لهم ما سواه من رغبه منه فيما حرم عليهم و لا لزهد فيما أحلّ لهم،و لكنّه خلق الخلق و علم ما تقوم به أبدانهم و ما يصلحهم،فأحلّه لهم و أباحه تفضّلا منه عليهم به لمصلحتهم،و علم ما يضرّهم فنهاهم عنه و حرّمه عليهم،ثمّ أباحه للمضطرّ فأحلّه له فى الوقت الذى لا يقوم بدنه إلا به،فأمره أن ينال منه بقدر البلغه لا غير ذلك»[١].الحديث.و هو نصّ فى المطلوب،لكنّه مرسل،و فى سنده جهاله،فلذا جعلناه شاهدا لا دليلا.

قوله:«و لا يجوز التداوى بها.إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب،بل ادّعى عليه فى الخلاف (١)الإجماع.

و استدّلوا عليه بصحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال:«سألته عن دواء عجن بالخمر،قال:لا و الله ما أحبّ أن أنظر إليه فكيف أتداوى به؟!إنّه بمنزله شحم الخنزير أو لحم الخنزير» (٢).

و حسنه عمر بن أذينة قال:«كتبت إلى الصادق عليه السلام أسأله عن رجل ينعث له الدواء من ريح البواسير فيشربه بقدر سكرّجه من نبيذ صلب،ليس

ص: ١٢٨

١- ٢) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٥٤٥: ٢ مسألة (٢٧).

٢- ٣) الكافي ٤١٤: ٦ ح ٤، التهذيب ١١٣: ٩ ح ٤٩٠، الوسائل ٢٧٥: ١٧ ب «٢٠» من أبواب الأشربه المحرّمه ح ٤.

يريد به اللّٰه إنما يريد به الدواء، فقال: لا و لا جرعه، وقال: إن الله عزّ و جلّ لم يجعل في شيء ممّا حرّم دواء و لا شفاء» (١).

و رواه أبى بصير قال: «دخلت أمّ خالد العبديّ على أبى عبد الله عليه السلام و أنا عنده فقالت: جعلت فداك إنه يعترينى قراقر فى بطنى و قد وصفت لى أطباء العراق النبىذ بالسويق، و قد عرفت كراحتك له فأحببت أن أسألك عن ذلك؟ فقال لها: و ما يمنعك من شربه؟ قالت: قد قلّدتك دينى فألقى الله عزّ و جلّ حين ألقاه فأخبره أن جعفر بن محمد أمرنى و نهانى، فقال: يا أبا محمد ألا تسمع هذه المسائل؟ لا- فلا- تذوقى منه قطره، و إنما تندمين إذا بلغت نفسك ها هنا- و أوما بيده إلى حنجرته- يقولها ثلاثاً أ فهمت؟ قالت: نعم» (٢). و غير ذلك من الأخبار (٣) الكثيره.

و أطلق ابن البرّاج (٤) جواز التداوى به إذا لم يكن له عنه مندوحه، و جعل الأحوط تركه. و كذا أطلق فى الدروس (٥) جوازه للعلاج، كالترىاق.

و الأقوى الجواز مع خوف التلف بدونّه، و تحريره بدون ذلك. أما الأول فلما ذكرناه من جوازه للمضطّر بدون المرض. و أما مع عدمه فلهذه النصوص الكثيره. و هو اختيار العلامة فى المختلف (٦). و تحمل هذه الروايات على تناول

ص: ١٢٩

- ١- (١) الكافى ٦: ٤١٣ ح ٢، التهذيب ٩: ١١٣ ح ٤٨٨، الوسائل ١٧: ٢٧٤ الباب المتقدّم ح ١.
- ٢- (٢) الكافى ٦: ٤١٣ ح ١، التهذيب ٩: ١١٢ ح ٤٨٧، الوسائل ١٧: ٢٧٥ الباب المتقدّم ح ٢.
- ٣- (٣) لاحظ الوسائل ١٧: ٢٧٤ ب «٢٠» من أبواب الأشربه المحرّمه.
- ٤- (٤) المهذب ٢: ٤٣٣.
- ٥- (٥) الدروس الشرعيّه ٣: ٢٥.
- ٦- (٦) المختلف: ٦٨٧.

الدواء لطلب العافيه،جمعاً بين الأدله.

و أما التداوى بها للعين فقد اختلفت الروايه فيه،فروى هارون بن حمزه الغنوى فى الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشتكى عينه فنتت له كحل يعجن بالخمير فقال:«هو خبيث بمنزله الميته،فإن كان مضطراً فليكتحل به» (١).و بهذه أخذ المصنف و الأكثر.

و منع ابن إدريس (٢)منه مطلقاً،لإطلاق النصّ (٣)و الإجماع بتحريمه الشامل لموضع النزاع،و لما روى من «أن الله تعالى ما جعل فى حرام شفاء» (٤).

و روى مروي عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال:«من اكتحل بميل من مسكر كحله الله بميل من نار» (٥).

و الأصحّ الأول،لما ذكر من الروايه الصريحه فيه.و هذه الروايه-مع ضعف سندها بالإرسال-مطلقه فلا تنافى المقيّد من الجواز عند الضروره.

و النصّ و الإجماع على تحريمه مختصّان بتناوله بالشرب و نحوه.

ص:١٣٠

١- (١) التهذيب ٩:١١٤ ح ٤٩٣،الوسائل ١٧:٢٧٩ ب«٢١» من أبواب الأَطعمه المحرّمه ح ٥.

٢- (٢) السرائر ٣:١٢٦.

٣- (٣) المذكور فى ص:١٢٨-١٢٩.

٤- (٤) الكافى ٦:٤١٤ ح ٦،التهذيب ٩:١١٣ ح ٤٩١،الوسائل ١٧:٢٧٨ الباب المتقدّم ح ١.

٥- (٥) الكافى ٦:٤١٤ ح ٧،الفقيه ٣:٣٧٣ ح ١٧٦١،التهذيب ٩:١١٤ ح ٤٩٢،الوسائل ١٧:٢٧٩ الباب المتقدّم ح ٢.

خاتمه فى: الآداب يستحبّ: غسل اليدين (١) قبل الطعام و بعده. و مسح اليد بالمنديل. و التسميه عند الشروع. و الحمد عند الفراغ. و أن يسمّى على كلّ لون على انفراده. و لو قال: بسم الله على أوله و آخره، أجزأ.

و يستحبّ الأكل: باليمين مع الاختيار. و أن يبدأ صاحب الطعام. و أن يكون آخر من يمتنع.. و أن يبدأ فى غسل اليد بمن على يمينه، ثمّ يدور عليهم إلى الأخير.. و أن يجمع غسله الأيدي فى إناء واحد.. و أن يستلقى الأكل بعد الأكل، و يجعل رجله اليمنى على رجله اليسرى.

قوله: «يستحبّ غسل اليدين.. إلخ».

اشتملت هذه الخاتمه على جملة من آداب الأكل مستفاده من الأخبار، و جمعتها اثنا عشر:

الأول: غسل اليدين قبل الأكل. روى أن رسول الله صلّى الله عليه و آله قال: «غسل اليدين قبل الطعام ينفى الفقر» (١). و عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«من سرّه أن يكثر خير بيته فليتوضّأ قبل حضور طعامه» (٢). و المراد بالوضوء هنا غسل اليدين. و إطلاق النصّ و الفتوى يقتضى عدم الفرق بين كون الطعام جامداً و مائعا، و لا بين كونه يباشر باليد أو بآله كالمعلقه، و إن كان الحكم مع المباشرة

ص: ١٣١

١- ١) مستدرک الوسائل ١٦: ٢٦٩ ب «٤٢» من أبواب آداب المائدة ح ١١، نقله من كتاب الأخلاق المخطوط.

٢- ٢) المحاسن: ٤٢٤ ح ٢١٧، الكافي ٦: ٢٩٠ ح ٤، الوسائل ١٦: ٤٧١ ب «٤٩» من أبواب آداب المائدة ح ٣.

أكد، بل هو الأصل في الشرعيه، لأن الأكل من صاحب الشرع و خلفائه كان كذلك.

الثاني: غسلهما بعد الفراغ. روى أن رسول الله صلى الله عليه و آله قال:

«أوله ينفي الفقر، و آخره ينفي الهَمَّ» (١). و قال أمير المؤمنين عليه السلام: «غسل اليدين قبل الطعام و بعده زياده في العمر، و إماطه للغمر عن الثياب، و يجلو البصر» (٢). و الغمر - بفتح الغين المعجمه، و فتح الميم - أثر الطعام في اليد. و روى أبو حمزه عن الباقر عليه السلام أنه قال: «يا أبا حمزه الوضوء قبل الطعام و بعده يذهبان الفقر، قلت: بأبي أنت و أمي يذهبان، قال: يذيان» (٣). قال الصادق عليه السلام: «من غسل يده قبل الطعام و بعده عاش في سعه، و عوفى من بلوى في جسده» (٤).

الثالث: مسح اليدين بالمنديل بعد الغسل الثاني دون الأول. قال الصادق عليه السلام: «إذا غسلت يدك للطعام فلا تمسح يدك بالمنديل، فإنه لا تزال البركه في الطعام ما دامت النداهه في اليد» (٥). و عن مرازم قال: «رأيت أبا الحسن

ص: ١٣٢

-
- ١- (١) الكافي ٦: ٢٩٠ ح ٥، الوسائل ١٦: ٤٧١ الباب المتقدم ح ٤.
 - ٢- (٢) المحاسن: ٤٢٤ ح ٢٢٠، الكافي ٦: ٢٩٠ ح ٣، الوسائل ١٦: ٤٧١ الباب المتقدم ح ٦.
 - ٣- (٣) المحاسن: ٤٢٥ ح ٢٢٤، الكافي ٦: ٢٩٠ ح ٢، التهذيب ٩: ٩٨ ح ٤٢٤، الوسائل ١٦: ٤٧٠ الباب المتقدم ح ١.
 - ٤- (٤) الكافي ٦: ٢٩٠ ح ١، الفقيه ٣: ٢٢٦ ح ١٠٦٢، التهذيب ٩: ٩٧ ح ٤٢٣، الوسائل ١٦: ٤٧١ الباب المتقدم ح ٥.
 - ٥- (٥) المحاسن: ٤٢٤ ح ٢١٦، الكافي ٦: ٢٩١ ح ١، الوسائل ١٦: ٤٧٦ ب «٥٢» من أبواب آداب المائدة ح ٢.

عليه السلام إذا توضأ قبل الطعام لم يمسح بالمنديل، وإذا توضأ بعد الطعام مسح بالمنديل» (١). ولعل إطلاق المصنف المسح عائد إلى الغسل المتصل به في العبارة، وهو الواقع بعده.

وإنما يستحب مسحهما بالمنديل من أثر ماء الغسل، لا من أثر الطعام، فإن ذلك مكروه، وإنما السنّة في لعق الأصابع، روى زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه كره أن يمسح الرجل يده بالمنديل وفيها شيء من الطعام، تعظيماً للطعام، حتى يمضها أو يكون إلى جانبه صبي يمضها» (٢).

ويستحب مسح الوجه باليدين بعد الغسل قبل مسحهما بالمنديل. قال الصادق عليه السلام: «مسح الوجه بعد الوضوء يذهب بالكلف، ويزيد في الرزق» (٣). وعن المفضل قال: «دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فشكوت إليه الرمذ، فقال: إذا غسلت يدك بعد الطعام فامسح حاجبيك وقل ثلاث مرّات:

الحمد لله المحسن المجمل المنعم المفضل، قال: ففعلت فما رمدت عيني بعد ذلك» (٤).

الرابع: التسميه عند الشروع. فعن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا وضعت المائدة حفّتها أربعه آلاف ملك، فإذا

ص: ١٣٣

-
- ١- ١) المحاسن: ٤٢٨ ح ٢٤٤، الكافي ٦: ٢٩١ ح ٢، التهذيب ٩: ٩٨ ح ٤٢٦، الوسائل ١٦: ٤٧٦ الباب المتقدم ح ١.
 - ٢- ٢) المحاسن: ٤٢٩ ح ٢٤٥، الكافي ٦: ٢٩١ ح ٣، الوسائل ١٦: ٤٧٧ ب «٥٣» من أبواب آداب المائدة ح ١.
 - ٣- ٣) الكافي ٦: ٢٩١ ح ٤، الوسائل ١٦: ٤٧٨ ب «٥٤» من أبواب آداب المائدة ح ١.
 - ٤- ٤) الكافي ٦: ٢٩٢ ح ٥، الوسائل ١٦: ٤٧٨ الباب المتقدم ح ٢.

قال العبد: بسم الله، قالت الملائكة: بارك الله عليكم في طعامكم، ثم يقولون للشيطان: اخرج يا فاسق لا سلطان لك عليهم، فإذا فرغوا فقالوا: الحمد لله، قالت الملائكة: قوم أنعم الله عليهم فأدوا شكر ربهم، فإذا لم يسموا قالت الملائكة للشيطان: اذن يا فاسق فكل معهم، فإذا رفعت المائدة و لم يذكروا اسم الله عليها قالت الملائكة: قوم أنعم الله عليهم فنسوا ربهم» (١).

و قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من أكل طعاما فليذكر اسم الله عليه، فإذا نسي ثم ذكر الله بعد تقياً الشيطان ما أكل، واستقبل الرجل الطعام» (٢).

و عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: من ذكر اسم الله عند طعام أو شراب في أوله، و حمد الله في آخره، لم يسأل عن نعيم ذلك الطعام أبدا» (٣).

و عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا وضع الغداء و العشاء فقل: بسم الله، فإن الشيطان يقول لأصحابه: اخرجوا فليس ها هنا عشاء و لا مبيت، و إن نسي أن يسمي قال لأصحابه: تعالوا فإن لكم ها هنا عشاء و مبيتا» (٤).

و عنه عليه السلام قال: «إن الرجل إذا أراد أن يطعم طعاما فأهوى بيده

ص: ١٣٤

-
- ١- ١) الكافي ٦: ٢٩٢ ح ١، الفقيه ٣: ٢٢٤ ح ٣، التهذيب ٩: ٩٨ ح ٤٢٧، الوسائل ١٦: ٤٨٢ ب «٥٧» من أبواب آداب المائدة ح ١.
 - ٢- ٢) الكافي ٦: ٢٩٣ ح ٥، الوسائل ١٦: ٤٨٠ ب «٥٦» من أبواب آداب المائدة ح ٣ وفيه: و استقبل الرجل.
 - ٣- ٣) المحاسن: ٤٣٤ ح ٢٧٠، الكافي ٦: ٢٩٤ ح ١٤، الوسائل ١٦: ٤٨٣ ب «٥٧» من أبواب آداب المائدة ح ٥.
 - ٤- ٤) المحاسن: ٤٣٢ ح ٢٦٠، الكافي ٦: ٢٩٣ ح ٤، الوسائل ١٦: ٤٨٠ ب «٥٦» من أبواب آداب المائدة ح ٢.

و قال: بسم الله و الحمد لله رب العالمين، غفر الله عزّ و جلّ له قبل أن تصير اللقمة إلى فيه» (١).

و لو نسى التسميه فليقل عند الذكر: بسم الله على أوله و آخره. و رخص في تسميه واحد (٢) من المجتمعين على المائدة عن الباين، رواه (٣) عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح عن الصادق عليه السلام.

الخامس: حمد الله تعالى عند الفراغ. و قد تقدّم في الأخبار السابقة ما يدلّ عليه. و عن النبيّ صلّى الله عليه و آله: «ما من رجل يجمع عياله و يضع مائدته، فيسمّون في أول طعامهم، و يحمدون في آخره، فترفع المائدة، حتى يغفر لهم» (٤).

و يستحبّ تكرار الحمد في الأثناء لا الصمت، قال زراره: «أكلت مع أبي عبد الله عليه السلام طعاما فما أحصى كم مرّة قال: الحمد لله الذي جعلني أشتيه» (٥). و قال أمير المؤمنين عليه السلام: «اذكروا الله على الطعام و لا تلغظوا، فإنه نعمه من نعم الله و رزق من رزقه، يجب عليكم فيه شكره و ذكره و حمده» (٦).

ص: ١٣٥

١- (١) المحاسن: ٤٣٥ ح ٢٧٣، الكافي ٦: ٢٩٣ ح ٧، الوسائل ١٦: ٤٨٠ الباب المتقدّم ح ١.

٢- (٢) في «د، ص، ط»: واحد.

٣- (٣) الكافي ٦: ٢٩٣ ح ٩، التهذيب ٩: ٩٩ ح ٤٢٩، الوسائل ١٦: ٤٨٦ ب «٥٨» من أبواب آداب المائدة ح ٢.

٤- (٤) الكافي ٦: ٢٩٦ ح ٢٥، الوسائل ١٦: ٤٨٤ ب «٥٧» من أبواب آداب المائدة ح ٦.

٥- (٥) الكافي ٦: ٢٩٥ ح ١٧، الوسائل ١٦: ٤٨٤ ب «٥٩» من أبواب آداب المائدة ح ٦.

٦- (٦) المحاسن: ٤٣٤ ح ٢٦٦، الكافي ٦: ٢٩٦ ح ٢٣، الوسائل ١٦: ٤٨١ ب «٥٦» من أبواب آداب المائدة ح ٦.

و يستحب أن يقول إذا فرغ: الحمد لله الذى أطعمنا و سقانا و كفانا و أيدنا و آوانا و أنعم علينا و أفضل، الحمد لله الذى يطعم و لا يطعم.

السادس: أن يسمي الله تعالى على كل لون عند الشروع فى الأكل منه، إذا تعددت الألوان على المائدة. قال داود بن فرقد لأبى عبد الله عليه السلام: «كيف أسمى على الطعام؟ فقال: إذا اختلفت الآنيه فسم على كل إناء، قلت: فإن نسيت أن أسمى؟ قال: تقول: بسم الله على أوله و آخره» (١). و عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «ضمنت لمن سمي على طعام أن لا يشتكى منه، فقال ابن الكواء: يا أمير المؤمنين لقد أكلت البارحة طعاما فسميت عليه و آذاني، قال:

لعلك أكلت ألوانا فسميت على بعضها و لم تسم على بعض [قال: نعم، قال: من ها هنا أتيت] [١] يا لكع» (٢).

و كذا يستحب إعادتها لو قطع الأكل بالكلام ثم عاد إليه. و لو قال فى الألوان المتعددة: بسم الله على أوله و آخره، أجزأ، وإن كان تكرارها بحسبها أفضل.

السابع: أن يأكل بيده اليمنى مع الاختيار، لقول الصادق عليه السلام: «لا تأكل باليسرى و أنت تستطيع» (٣). و لو كان له مانع من الأكل باليمنى - كوجع

ص: ١٣٦

١ - ١) الكافي ٦: ٢٩٥ ح ٢٠، التهذيب ٩: ٩٩ ح ٤٣١، الوسائل ١٦: ٤٩٠ ب «٦١» من أبواب آداب المائدة ح ١، و أورد ذيله فى ص ٤٨٥ ب «٥٨» ح ١.

٢ - ٣) المحاسن: ٤٣٧ ح ٢٨٥، الكافي ٦: ٢٩٥ ح ١٨، الفقيه ٣: ٢٢٤ ح ١٠٥٠، الوسائل ١٦: ٤٩٠ ب «٦١» من أبواب آداب المائدة ح ٣.

٣ - ٤) الكافي ٦: ٢٧٢ ح ٢، التهذيب ٩: ٩٣ ح ٤٠٣، الوسائل ١٦: ٤٢٠ ب «١٠» من أبواب آداب المائدة ح ٣.

و نحوه-فلا بأس باليسار.

الثامن: أن يبدأ صاحب الطعام بالأكل إذا كان معه غيره. قال الصادق عليه السلام: «كان رسول الله صلى الله عليه وآله إذا أكل مع القوم كان أول من يضع مع القوم يده، وآخر من يرفعها، ليأكل القوم» (١).

التاسع: أن يكون آخر من يترك الأكل، لما ذكر في الخبر.

العاشر: أن يبدأ صاحب الطعام بغسل يده، ثم يبدأ بعده بمن على يمينه، ثم يدور عليهم إلى الآخر. هذا في الغسل الأول. أما في الثاني فيبدأ بمن على يساره كذلك، ويكون آخر من يغسل يده. وعلل تقديم غسل يده أولاً برفع الاحتشام عن الجماعه، وتأخير آخره بأنه أولى بالصبر على الغمر. هكذا روى عن الصادق عليه السلام (٢). وفي خبر آخر عنه عليه السلام: «إذا فرغ من الطعام بدأ بمن على يمين الباب، حرّاً كان أو عبداً» (٣).

الحادى عشر: أن تجمع غسله الأيدي في إناء واحد. قال الصادق عليه السلام: «اغسلوا أيديكم في إناء واحد تحسن أخلاقكم» (٤).

الثانى عشر: أن يستلقى الآكل بعد الأكل، ويجعل رجله اليمنى على

ص: ١٣٧

١- (١) المحاسن: ٤٤٨ ح ٣٤٩، الكافي ٦: ٢٨٥ ح ٢، الوسائل ١٦: ٤٦٠ ب «٤١» من أبواب آداب المائدة ح ١.

٢- (٢) انظر المحاسن: ٤٢٦ ح ٢٣٠، الكافي ٦: ٢٩٠ ح ١، علل الشرائع: ٢٩٠ ب «٢١٦» ح ١ و ٢، الوسائل ١٦: ٢٧٤ ب «٥٠» من أبواب آداب المائدة ح ١-٣.

٣- (٣) الكافي ٦: ٢٩٠ ح ١، علل الشرائع: ٢٩٠ ب «٢١٦» ح ١، الوسائل ١٦: ٤٧٤ الباب المتقدم ح ١.

٤- (٤) المحاسن: ٤٢٦ ح ٢٢٩، الكافي ٦: ٢٩١ ح ٢، الوسائل ١٦: ٤٧٥ ب «٥١» من أبواب آداب المائدة ح ١.

و يكره:الأكل متكئا،(١)و التملّى من المأكّل،و ربما كان الإفراط حراما،لما يتضمّن من الإضرار.و يكره:الأكل على الشيع.و الأكل باليسار.

اليسرى.روى البزنطى عن الرضا عليه السلام قال:«إذا أكلت فاستلق على قفاك،وضع رجلك اليمنى على اليسرى» (١).

قوله:«و يكره الأكل متكئا..إلخ».

لما ذكر شيئا من سنن الأكل أتبعه بذكر شيء من مكروهاته،وهى أربعة:

الأول:الأكل متكئا على أحد جانبيه.و كذا يكره مستلقيا،بل يجلس متوركا على الأيسر،قال الصادق عليه السلام:«ما أكل رسول الله صلى الله عليه و آله متكئا منذ بعثه الله تعالى حتى قبض،كان يأكل إكله العبد،و يجلس جلسه العبد،تواضعا لله عزّ و جلّ» (٢).و فى خبر آخر عنه عليه السلام:«لا- تأكل متكئا و لا منبطحا» (٣).و فى روايه أخرى عنه عليه السلام قال:«قال أمير المؤمنين عليه السلام:إذا جلس أحدكم على الطعام فليجلس جلسه العبد،و لا يضعنّ أحدكم إحدى رجليه على الأخرى و يترّبّع،فإنها جلسه يبغضها الله و يمقت صاحبها» (٤).

و روى الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام أنه أكل متكئا على

ص:١٣٨

-
- ١- (١) الكافي ٢٩٩:٦ ح ٢١،التهذيب ٩:١٠٠ ح ٤٣٥،الوسائل ١٦:٥٠٠ ب «٧٤» من أبواب آداب المائدة ح ١.
 - ٢- (٢) المحاسن:٤٥٧ ح ٣٩٠،الكافي ٦:٢٧٠ ح ١،الوسائل ١٦:٤١٤ ب «٦» من أبواب آداب المائدة ح ٧.
 - ٣- (٣) المحاسن:٤٥٨ ح ٣٩٣،الكافي ٦:٢٧١ ح ٤،الوسائل ١٦:٤١٣ الباب المتقدّم ح ٤.
 - ٤- (٤) المحاسن:٤٤٢ ح ٣٠٨،الكافي ٦:٢٧٢ ح ١٠،الوسائل ١٦:٤١٩ ب «٩» من أبواب آداب المائدة ح ٢.

يده و أنه قال: «إن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله لم ينه عنه» (١). و هو محمول إما على استثناء الاتكاء على هذا الوجه، أو على بيان جوازه، و أن النبي صَلَّى الله عليه و آله لم ينه عنه نهى تحريم، أو نحو ذلك.

الثاني: التملّي من المأكّل. قال النبي صَلَّى الله عليه و آله: «ما ملأ ابن آدم وعاء شراً من بطنه، فإذا كان و لا بدّ فثلث لطعامك، و ثلث لشرابك، و ثلث لنفسك» (٢). و قال الباقر عليه السلام: «ما من شيء أبغض إلى الله عزّ و جلّ من بطن مملوء» (٣). و قال الصادق عليه السلام: «إن البطن ليطن من أكله، و أقرب ما يكون العبد من الله إذا خفّ بطنه، و أبغض ما يكون العبد إلى الله إذا امتلأ بطنه» (٤).

و ربما كان الإفراط في الأكل حراماً، لما يتضمّن من الضرر الناشئ عن ذلك، قال النبي صَلَّى الله عليه و آله: «المعدة بيت الداء» (٥). و قال الصادق عليه السلام: «كلّ داء من التخمة ما عدا الحمى، فإنها ترد و روداً» (٦). و الوجدان على ذلك أعدل شاهد.

الثالث: الأكل على الشبع، لما تقدّم. و قال الباقر عليه السلام: «إذا شبع

ص: ١٣٩

-
- ١- (١) الكافي ٦: ٢٧١ ح ٥، الوسائل ١٦: ٤١٥ ب (٧) من أبواب آداب المائدة ح ١.
 - ٢- (٢) مشكاة الأنوار للطبرسي: ٣٢٧، مسند أحمد ٤: ١٣٢، سنن ابن ماجه ٢: ١١١١ ح ٣٣٤٩، سنن الترمذي ٤: ٥٠٩ ح ٢٣٨٠.
 - ٣- (٣) المحاسن: ٤٤٧ ح ٣٣٩، الكافي ٦: ٢٧٠ ح ١١، الوسائل ١٦: ٤١١ ب (٤) من أبواب آداب المائدة ح ٢.
 - ٤- (٤) المحاسن: ٤٤٦ ح ٣٣٧، الكافي ٦: ٢٦٩ ح ٤، الوسائل ١٦: ٤٠٥ ب (١) من أبواب آداب المائدة ح ١.
 - ٥- (٥) عوالي اللثالي ٢: ٣٠ ح ٧٢، مجمع البيان ٤: ٢٤٤-٢٤٥.
 - ٦- (٦) المحاسن: ٤٤٧ ح ٣٤١، الكافي ٦: ٢٦٩ ح ٨، الوسائل ١٦: ٤١١ ب (٤) من أبواب آداب المائدة ح ١.

و يحرم الأكل على مائده (١) يشرب عليها شيء من المسكرات أو الفقاع.

البطن طغى» [١]. و عن أبي عليه السلام قال: «الأكل على الشبع يورث البرص» (١).

و الفرق بين الشبع و التملّى: أن الشبع هو البلوغ فى الأكل إلى حدّ لا يشتهيّه، سواء امتلأ بطنه منه أم لا، و التملّى ملء البطن منه و إن بقيت شهوته للطعام، كما يتفق ذلك لبعض الناس، فبينهما عموم و خصوص من وجه.

الرابع: الأكل باليسار، و كذا الشرب و غيرهما من الأعمال، مع الاختيار.

روى جرّاح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السلام: «أنه كره للرجل أن يأكل بشماله، أو يشرب أو يتناول بها» (٢). و روى أبو بصير عنه عليه السلام أنه قال:

«لا تأكل باليسرى و أنت تستطيع» (٣). و إنما ذكر كراهه الأكل باليسار مع سبق ذكره (٤) استحباب الأكل باليمين بناء على أنه لا يلزم من نفى الاستحباب فى الأكل باليسار إثبات الكراهه، لأنه أعمّ، فجاز أن يكون مباحاً، فبّه على كونه مكروهاً، للنهى عنه بخصوصه على وجه لم يبلغ حدّ المنع من النقيض.

قوله: «و يحرم الأكل على مائده.. إلخ».

يدلّ على تحريم الأكل على مائده يشرب عليها الخمر قول الصادق عليه

ص: ١٤٠

١- (٢) المحاسن: ٤٤٧ ح ٣٤٠، الكافي ٦: ٢٦٩ ح ٧، التهذيب ٩: ٩٣ ح ٣٩٩، الوسائل ١٦: ٤٠٨ ب «٢» من أبواب آداب المائدة ح ٣.
٢- (٣) المحاسن: ٤٥٦ ح ٣٨٢، الكافي ٦: ٢٧٢ ح ١، الفقيه ٣: ٢٢٢ ح ١٠٣٥، التهذيب ٩: ٩٣ ح ٤٠٢، الوسائل ١٦: ٤٢٠ ب «١٠» من أبواب آداب المائدة ح ٢.

٣- (٤) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ١٣٦ هامش (٤).

٤- (٥) فى ص: ١٣١.

السلام فى صحيحه هارون بن الجهم: «إن النبى صلى الله عليه وآله قال: ملعون من جلس على مائه يشرب عليها الخمر» (١). و فى روايه أخرى: «ملعون من جلس طائعا على مائه يشرب عليها الخمر» (٢). و روى جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يأكل على مائه يشرب عليها الخمر» (٣).

و الروايه الأولى تضمّنت تحريم الجلوس عليها، سواء أكل أم لا.

و الأخيره دلّت على تحريم الأكل منها، سواء كان جالسا أم لا. و الاعتماد على الأولى، لصحتها.

و عدّاه العلامة (٤) إلى الاجتماع على اللهو و الفساد. و قال ابن إدريس: «لا يجوز الأكل من طعام يعصى الله به أو عليه» (٥). و لم نقف على مأخذه. و القياس باطل، و طريق الحكم مختلف.

و علّل بأن القيام يستلزم النهى عن المنكر من حيث إنه إعراض عن فاعله و إهانته له، فيجب لذلك، و يحرم تركه بالمقام عليها.

و فيه نظر، لأن النهى عن المنكر إنما يجب بشرائط من جملتها تجويز التأثير، و مقتضى الروايات تحريم الجلوس و الأكل حينئذ و إن لم ينفى عنه المنكر

ص: ١٤١

١- (١) المحاسن: ٥٨٥ ح ٧٧، الكافي ٦: ٢٦٨ ح ١، التهذيب ٩: ٩٧ ح ٤٢٢، الوسائل ١٦: ٤٠٠ ب «٦٢» من أبواب الأُطعمه المحرّمه ح ١.

٢- (٢) المحاسن: ٥٨٤ ح ٧٦، الكافي ٦: ٢٦٨ ذيل ح ١، الوسائل ١٦: ٤٠١ الباب المتقدّم ح ٢.

٣- (٣) الكافي ٦: ٢٦٨ ح ٢، التهذيب ٩: ٩٧ ح ٤٢١، الوسائل ١٦: ٤٠١ الباب المتقدّم ح ٣.

٤- (٤) قواعد الأحكام ٢: ١٦٠.

٥- (٥) السرائر ٣: ١٣٦.

و لم يجوّز تأثيره. و أيضا فالنهي عن المنكر لا- يتقيّد بالقيام، بل بحسب مراتبه المعلومه على التدرّيج، و إذا لم يكن المقام من مراتبه لا يجب فعله.

و أما إلحاق الفقّاع بالخمّر فإنه و إن لم يرد عليه نصّ بخصوصه لكن قد ورد [\(١\)](#) أنه بمنزله الخمر، و أنه خمر مجهول، و أنه خمر استصغره الناس، فجاز إلحاقه به في هذا الحكم.

ص: ١٤٢

١- ١) انظر الوسائل ١٧: ٢٨٧ ب «٢٧» و «٢٨» من أبواب الأشربة المحرّمة.

أما النظر الأول: فى السبب

إشاره

أما الأول:

فالفضب

فالفضب: هو الاستقلال (٢) بإثبات اليد على مال الغير عدوانا.

أصل الغضب أخذ الشيء ظلما، و قيل: أخذه ظلما جهارا. و الأصل فى تحريمه قبل الإجماع آيات، منها: قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ (١) أى: لا يأكل بعضكم مال بعض بالباطل. و أخبار منها قوله صلى الله عليه و آله فى خطبه يوم النحر: «إن دماءكم و أموالكم و أعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا و شهركم هذا» (٢). و قوله صلى الله عليه و آله:

«من غضب شبرا من أرض طوّقه الله من سبع أرضين يوم القيامة» [١].

قوله: «فالفضب هو الاستقلال. إلخ».

هذا تعريفه بحسب مفهومه شرعا، و هو قريب من معناه اللغوى. و المراد بالاستقلال الاستبداد به بغير مشارك. و أصله الإقلال، لأن باب الاستفعال يغلب فيه طلب الفعل، و هو غير مراد هنا. و احترز به عما لو أزعج المالك عن ماله و لم

ص: ١٤٥

١- (١) البقره: ١٨٨.

٢- (٢) تفسير القمى ١: ١٧١، الكافى ٧: ٢٧٣ ح ١٢، الفقيه ٤: ٦٦ ح ١٩٥، الوسائل ١٩: ٣ ب ١ «من أبواب القصاص فى النفس ح ٣.

يستول عليه، فإنه لا يضمن، كما سيأتي (١). وكذا لو مدّ بمقود الدابة المركوبه لمالكها مع قوّته على دفعه.

و خرج بالمال إثبات اليد على ما ليس بمال كالحز، فلا يتحقّق فيه الغصب و لا يضمن. و يشمل المال العين و المنفعه المجرّده عنها، كما لو آجر داره ثمّ استولى عليها، فإنه يكون غاصبا للمنفعه. و يخرج منه منفعه البضع، فإنها و إن دخلت في المنفعه لكن لا تدخل في المال الذي ينقسم إليه (٢) العين و المنفعه، فالداخل هنا في المال هي منفعه المال خاصّه لا مطلق المنفعه، كما أن المراد بالعين عين خاصّه و هي عين المال لا مطلق العين.

و أضاف المال إلى الغير ليخرج به مال نفسه، فإنه لو أثبت يده على ماله عدوانا- كالمرهون المشروط كونه في يد المرتهن- فليس بغاصب.

و التقييد بالعدوان يخرج به إثبات المرتهن و الولي و الوكيل و المستأجر و شبههم أيديهم على مال الراهن (٣) و الموكل و المولى عليه و المؤجر.

هذا و ينتقض في عكسه بما لو سكن مع المالك إما قهرا أو بغير إذنه، و إن قدر المالك على دفعه فلم يفعل، فإنه غير مستقلّ بإثبات يده، لمشاركه المالك له في اليد، بل ربما كان المستقلّ بها في الثاني هو المالك. و ما قيل (٤) من أن الساكن على هذا التقدير مستقلّ بالنصف ضعيف، لأنه لم يستبدّ به و إنما هو مشارك.

ص: ١٤٦

١- (١) في ص: ١٤٩.

٢- (٢) في إحدى الحجريّتين: إلى.

٣- (٣) كذا في «ص، ل، و»، و في سائر النسخ: المرتهن.

٤- (٤) الدروس الشرعيّه ١٠٦: ٣.

بل ينتقض على هذا بما لو اشترك اثنان في غصب مال بحيث يعجز كل واحد عن الاستقلال به منفردا، فإنه لا استقلال لكل واحد بالمال، وإنما هو مركب منهما، مع أن كل واحد منهما محكوم بكونه غاصبا، ومن ثم يتخير المالك في تضمين من شاء منهما.

و لو أذن غير المالك لغيره في سكنى داره و الساكن جاهل بالحال فليس بغاصب، لأنه غير متعدّ و الآذن و إن كان متعدّيا بالإذن إلا أنه غير مستقلّ بإثبات اليد، مع أنه الغاصب شرعا، و الضمان راجع إليه، إلا أن يجعل مثل هذا الإذن استقلالا بإثبات اليد حيث لا مدافع له عنها. و هو بعيد.

و ينتقض أيضا بما لو استقلّ بإثبات اليد على حرّ صغير أو مجنون فتلف بسبب، كلدغ حيّه أو وقوع حائط عند الشيخ (١)، كما سيأتي (٢). و يمكن السلامه من هذا بأن المصنف لا يراه، و من ثمّ اقتصر (٣) على مجرد حكايته عن الشيخ.

و قد تضمن منفعة البضع على بعض الوجوه، كما لو تعمّدت الرضاع المحرّم أو رجع الشاهدان بالطلاق عنه، إلا- أن مثل هذا يمكن إخراجه عن الغصب، و الضمان أعمّ منه.

و ينتقض التقييد بمال الغير بما لو استولى المالك على ماله المرهون عدوانا، فإنه يضمّنه مع التلف بالمثل أو قيمه [و] (٤) يكون [هناك] (٥) رهنا، و حقّ المرتهن لا يسمّى مالا و إن نزل منزلته. و بما لو استقلّ باليد على حقّ الغير في

ص: ١٤٧

١- ١) المبسوط ١٨: ٧.

٢- ٢) في ص: ١٥٧.

٣- ٣) في ص: ١٥٨.

٤- ٤) من «ط، د، و، م».

٥- ٥) من الحجرّيتين.

نحو المدرسه و الرباط و المسجد و التحجير، فإنه فى جميع ذلك غاصب، مع أنه لم يستول على ماله. و بما لو غصب الوقف العام، فإنه ليس ملكا للغير، أو الخاص على القول بانتقال ملكه إلى الله تعالى، إلا أن يراد من الغير ما يشمل الله تعالى. و هو بعيد.

و ينتقض أيضا بما سيأتى (١) من الصور التى يضمن فيها المال بالنسيبه من دون أن يستقل يده عليه، كما لو فتح قفص الطائر أو حل قيد الدابة، و نحو ذلك من الصور الكثيره الموجه للضمان. و بقيد العدوان بمن ترتب يده على يد الغاصب جاهلا، فقد سمّوه غاصبا، و جوزوا الرجوع عليه، و إن كان جاز له الرجوع على من غره. و بمن سكن دار غيره غلطا أو لبس ثوبه خطأ، فإنه يضمن، إلا أن يجعل الضمان المذكور فى باب الغصب أعم من ضمان الغصب، و ذكره فيه على وجه الاستطراد. و يؤيده ما تقدّم (٢) من تحريم الغصب بالنصّ و الإجماع، مع عدم ثبوت التحريم فى هذه المواضع و إن أوجبت الضمان.

و اعلم أنه بواسطه ما ذكرناه و أشباهه اختلفت عبارات الفقهاء فى تعريف الغصب، و ما عرّفه به المصنّف اصطلاح الأكثر، و هو المناسب لتحريم الغصب.

و من تعريفاته: أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حقّ. و هو أعمّ من الأول، و سالم من كثير ممّا يرد عليه، و متناول لهذه الأسباب الأخيره الموجه للضمان مع عدم العدوان، فإن عدم الحقّ أعمّ من العدوان، لأن المستولى على مال الغير جهلا أو غلطا غير عاد و إن كان ذلك بغير حقّ، كما لا يخفى. و ما ادّعى من

ص: ١٤٨

١- ١) فى ص: ١٧٠.

٢- ٢) فى ص: ١٤٥.

و لا يكفى رفع يد (١) المالك، ما لم يثبت الغاصب يده. فلو منع غيره من إمساك دابته المرسله فتلفت، لم يضمن. و كذا لو منعه من القعود على بساطه أو منعه من بيع متاعه، فنقصت قيمته السوقية، أو تلفت عينه.

أما لو قعد على بساط غيره، أو ركب دابته، ضمن.

تساوى العبارتين فى المفهوم ظاهر الفساد.

و عذر الأول: أن الثابت فى هذه المواضع حكم الغصب لا- حقيقته التى لا تتم إلا بالتحريم. و تبقى فيه مشاركته له فى الاستيلاء على حق الغير مما ليس بمال.

فكان الأ- جود على هذا عبارته ثالثة له و هى: الاستيلاء على حق الغير بغير حق. ف«الاستيلاء» يتناول مشارك المالك فى الانتفاع بماله و إن لم يكن مستقلاً. و كذا المشارك لغيره فى الغصب من غير أن يكون أحدهما مستقلاً.

و«الحق» يشمل المال من عين و منفعه و غيره، كما ذكر من الأمثلة و غيرها.

و«بغير حق» يشمل باقى الضمان (١) الذين لم يتحقق منهم (٢) العدوان. و الأ- ظهر فى الاستعمال إطلاق الغصب على ما يشمل المقتضى للإثم و غيره، و إن كان الأغلب الأول.

قوله: «و لا يكفى رفع يد.. إلخ».

هذا متفرع على كون الغصب هو الاستقلال بإثبات اليد، فإذا تعدى على الغير من دون أن يستقل بيده على ماله لا يعد غاصبا و إن كان آثما. و منه ما لو منع غيره من إمساك دابته المرسله فاتفق تلفها، أو منعه من القعود على بساطه

ص: ١٤٩

١- ١) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، و لعل الصحيح: الضمنا.

٢- ٢) فى «د،م»: معهم.

و غيره من أمتعته فتلف. و عدم الضمان فيهما هو المشهور. و هو يتم مع عدم كون المنع سببا في التلف، بل اتفق معه، أما لو كان سببا و التلف متوقع معه فالوجه الضمان، لتحقق السببية. و هو اختيار جماعة (١) من المتأخرين. و مثله ما لو منعه من بيع متاعه فتلف بحيث لو لا المنع لما حصل التلف، فإنه حينئذ سبب فيه. أما لو نقصت قيمته السوقية مع بقاء عينه و صفته على حالها فعدم الضمان متجه. و في الدروس (٢) قال: إنه لا يضمن حينئذ قطعاً، مع أنه في بعض فتاواه قوى الضمان في الجميع.

و لا إشكال في تحقق الغصب مع الجلوس على البساط و ركوب الدابة، سواء قصده أم لا، و سواء كان المالك حاضراً و أزعجه أم لا، لتحقق الاستيلاء عليه على وجه العدوان حيث نعتبه، أو مطلقاً حيث نكتفى به في الضمان.

و ربما قيل [١] باشتراط نقل المنقول في ضمانه، فلا- يكفي مجرد ركوب الدابة من غير أن ينتقل به، و الجلوس على البساط كذلك، نظراً إلى أن ذلك هو القبض في المبيع (٣) و غيره كأمثاله من المنقولات.

و جوابه: منع عدم تحقق القبض مطلقاً بذلك، فإن القبض له حكمان، أحدهما: دخوله في ضمانه، و هو حاصل بالركوب و الجلوس من غير نقل،

ص: ١٥٠

١- (١) انظر تذكره الفقهاء ٢: ٣٧٦ فقد استشكل عدم الضمان، حاشية الكركي على الشرائع: ٢٤٨ (مخطوط).

٢- (٢) الدروس الشرعية ١٠٦: ٣.

٣- (٤) في «د،م»: البيع.

و يصحّ غصب العقار،(١)و يضمّنه الغاصب.و يتحقّق غصبه بإثبات اليد عليه مستقلاً،من دون إذن المالك.و كذا لو أسكن غيره.

و الثانى:تمكّنه من التصرّف،و هذا يشترط فى الركوب و نحوه إذن المالك فيه، و لا فرق فى هذا بين أن ينقله و عدمه،فلا وجه لإخراج التصرّف بغير النقل من البين على هذا التقدير.

قوله:«و يصحّ غصب العقار.إلخ».

كما يتحقّق غصب المنقول اتّفاقاً كذا يتحقّق غصب العقار عندنا و عند أكثر العلماء (١)،لأنّ المعتبر منه الاستقلال بإثبات اليد و الاستيلاء و تحقّقهما ممكن فى العقار كغيره،و من ثمّ أمكن قبضه فى البيع و غيره ممّا يعتبر فيه القبض،و هو لا- يتحقّق بدون الاستقلال بإثبات اليد عليه،فليكن هنا كذلك.

و لا فرق على تقديره بين أن يزعج المالك فيخرجه من الدار و يدخلها على هيئته من يقصد السكنى،و بين أن يستولى عليها و يتسلّم مفاتيحها و إن لم يدخلها أصلاً،لأنّ قبضها يحصل بذلك.و مثله ما لو أسكنها غيره جاهلاً،فإن يد الساكن مسبّبه عن يده،فكان فى معنى سكناه بنفسه.

و ما ذكره المصنف من تحقّق غصب العقار بإثبات اليد عليه مستقلاً أولى من قول غيره-كالعلامه (٢)-:إنه يتحقّق بالدخول و إزعاج المالك،فإنهما معا ليسا شرطاً فى تحقّقه،و إن أمكن حصوله بهما على بعض الوجوه،بأن كان المالك فى الدار اتّفاقاً فأخرجه الغاصب و دخلها مستقلاً،إلا أن الوجه فيه

ص:١٥١

١- ١) انظر الباب فى شرح الكتاب ٢:١٨٩،بدايه المجتهد ٢:٣١٦-٣١٧،الوجيز ١:٢٠٦-٢٠٧، روضه الطالبين ٤:٩٨،المغنى لابن قدامه ٥:٣٧٨.

٢- ٢) قواعد الأحكام ١:٢٠١.

فلو سكن الدار (١) مع مالكيها قهراً، لم يضمن الأصل. وقال الشيخ: يضمن النصف. وفيه تردد، منشؤه عدم الاستقلال من دون المالك.

و لو كان الساكن ضعيفاً عن مقاومته المالك لم يضمن. و لو كان المالك غائباً ضمن.

الاستقلال لا من حيث الإزعاج و لا من حيث الدخول كما بيناه، ألا ترى أنه لو كان المالك غائباً يتحقق الغصب و لا إزعاج، و لو استولى مع المالك صار غاصباً في الجملة و لا إزعاج، فالاعتبار باليد و الاستيلاء.

و المراد بقوله: «يصحّ غصب العقار» أنه يقع و يتصور. و تبه به على خلاف بعض العامة (١) حيث ذهب إلى أنه لا يثبت فيه الغصب. لنا: أنه يثبت عليه اليد فيدخله الغصب كالمقول، و قوله صلى الله عليه و آله: «من غصب شبراً من أرض طوّقه الله من سبع أرضين يوم القيامة» (٢).

قوله: «فلو سكن الدار. إلخ».

لما كان الغصب عند المصنّف إنما يتحقق بالاستقلال بإثبات اليد على المال لم يتحقق عنده الغصب بسكنى الدار مع مالكيها قهراً، لعدم استقلاله بشيء معين، بل كلّ محلّ منها فيد المالك باقيه عليه في الجملة.

و قال الشيخ (٣) و تبعه الأكثر: إنه يضمن النصف، لاجتماع يدهما و استيلائهما عليه، و لا يشترط الاستقلال. و هذا أقوى.

و ربما قيل: بأنه على هذا التقدير مستقّل بالنصف أيضاً على وجه

ص: ١٥٢

١- (١) انظر الباب في شرح الكتاب ١٨٩: ٢، المبسوط للسرخسي ١١: ٧٣، بدائع الصنائع ٧: ١٤٦، الحاوي الكبير ٧: ١٣٥، المغني لابن قدامة ٣٧٨: ٥-٣٧٩.

٢- (٢) تقدّم ذكر مصادره في ص: ١٤٥ هامش (٣).

٣- (٣) المبسوط ٣: ٧٣.

الإشاعة. ولا يخلو من بعد.

نعم، لو كان الداخل ضعيفا والمالك قويا لا يعدّ مثله مستوليا عليه لم يكن غاصبا لشيء من الدار، ولا عبره بقصد ما لا يتمكن من تحقيقه. ولكن يضمن أجره ما سكن و لو بالإشاعة، لتصرّفه في مال الغير بغير إذنه و إن لم يجمعه الغصب. و موضع البحث ما إذا لم يسكن بيتا معينا و[لا] (١) يمنع المالك عنه، وإلا فلا إشكال في تحقّق غصبه له دون باقى الدار.

هذا كلّه إذا كان المالك حاضرا فى العقار. أما لو لم يكن فيه و دخل على قصد الاستيلاء فهو غاصب، و إن كان الداخل ضعيفا و صاحب الدار قويا، لأن الاستيلاء حاصل فى الحال، و أثر قوّة المالك سهوله إزالته و الانتزاع من يده و ليس بمتحقّق فى الحال، فكان كما لو غصب قلنسوه ملك، فإنه يكون غاصبا و إن سهل على المالك انتزاعها و تأديبه. و لبعض العامّة (٢) وجه أنه لا يكون غاصبا، لأن مثله فى العرف يعدّ هزلا لا استيلاء.

و لو كان دخوله لا على قصد الاستيلاء، بل لينظر هل تصلح له أو ليتّخذ مثلها، لم يكن غاصبا، و إن كان آثما بدخوله من حيث تصرّفه فى مال الغير بغير إذنه. لكن لو انهدمت فى تلك الحال هل يضمنها؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما لو أخذ منقولا من يد مالكة لينظر هل يصلح له ليشتره أو مثله فتلف فى الحال، فإنه يضمنه.

و أصحّهما: لا، بخلاف المنقول. و فرّق بينهما بأن اليد على المنقول

ص: ١٥٣

١- ١) من الحجرّيتين فقط.

٢- ٢) روضه الطالبين ٩٨: ٤-٩٩.

و كذا لو مدّ بمقود (١) دأبه فقادها، ضمن. و لا يضمن لو كان صاحبها راكبا لها.

و غصب الأمه الحامل (٢) غصب لولدها، لثبوت يده عليهما. و كذا يضمن حمل الأمه المبتاعه بالبيع الفاسد.

حقيقه (١) فلا يحتاج في إثبات حكمها إلى قرينه، و على العقار حكمه فلا بدّ في تحقّقها من قرينه قصد الاستيلاء.

قوله: «و كذا لو مدّ بمقود. إلخ».

إذا مدّ بمقود دأبه و قادها، فإن لم يكن مالكةا راكبا عليها ضمن (٢)، لتحقّق الاستقلال باليد عليها. و كذا لو ساقها قدّامه بغير قود، و إن كان مالكةا حاضرا عندها غير مثبت يده عليها بالركوب و نحوه.

و لو كان المالك راكبا، فإن كان قوياّ يقدر على منع القائد و السائق لم يضمن، لعدم استقلاله بها، و استمرار يد المالك عليها. و إن كان ضعيفا- و لو من حيث جماحها بحيث يبقى عاجزا عن تثبيتها (٣)- ضمن القائد و السائق، لتحقّق الاستقلال. و المصنف- رحمه الله- لم يقيّد في الراكب بكونه قادرا، و كأنّه نظر إلى الغالب، و إلا فلا بدّ من القيد كما صنع غيره (٤). و لو تلفت الدأبه بسبب فعل الغاصب ضمنها مطلقا.

قوله: «و غصب الأمه الحامل. إلخ».

أما ضمان حمل المغصوبه فواضح، لأنّه مستول عليهما معا فيضمن كلّا

ص: ١٥٤

١- ١) في «د»: حقيقته.

٢- ٢) في «د، ر، خ»: ضمنها.

٣- ٣) في «د، خ»: تبقيتها.

٤- ٤) قواعد الأحكام ٢٠٢: ١.

و لو تعاقت الأيدي الغاصبه (١) على المغصوب، تخير المالك في إلزام أيهم شاء، أو إلزام الجميع بدلا واحدا.

منهما. فإن أسقطت الحمل و بقيت الأمه لزمه تفاوت ما بين قيمتها حاملا و حائلا.

و إن تلفت بعد الوضع ألزم بالأكثر من قيمه الولد و قيمتها حاملا إن اعتبرنا الأكثر، و إلا فقيمه يوم التلف.

و أما ضمان حمل الأمه المبتاعه بالبيع الفاسد فإنما يتم مع دخوله معها في البيع، إما تبعا كما يقوله الشيخ (١)، أو مع الشرط. أما لو لم يكن داخلا لم يتجه ضمانه، لأنه مقبوض بإذن المالك، و ليس مبيعا فاسدا حتى يضمن بفاسده كما يضمن بصحيحه. و مثله القول في المقبوض بالسوم بالنسبه إلى الحمل، فإن كان السوم لهما ضمنهما على القول بضمان الأم، و إن كان لها خاصه اختص بها.

و قد اختلف كلام العلامة في المسأله، ففي التحرير (٢) جزم بضمان الأمه و الحمل معا كما ذكره المصنف، و في القواعد (٣) جزم بعدم ضمان الحمل. و هو الأصح. و لا إشكال مع دخوله في البيع.

قوله: «و لو تعاقت الأيدي الغاصبه. إلخ».

قد عرفت أن الغصب يطلق غالبا على الاستقلال بمال الغير عدوانا، و قد يطلق على الاستيلاء عليه بغير حق و إن لم يكن متعديا. فعلى الأول - و هو الذي اختاره المصنف (٤) رحمه الله - يريد هنا بتعاقب الأيدي الغاصبه على المغصوب كل يد ترتبت على يد الغاصب مع العلم، فاليد المترتبة عليه جهلا بالحال لا تعدّ

ص: ١٥٥

١ - ١) المبسوط ١٥٦: ٢.

٢ - ٢) تحرير الأحكام ١٣٧: ٢.

٣ - ٣) قواعد الأحكام ٢٠٢: ١.

٤ - ٤) انظر ص: ١٤٥.

غصباً و إن شاركه فى أصل الضمان. و على الثانى يدخل فيها العالم و الجاهل، لأن الغصب على تقديره يتحقق مع الجهل، إذ لا يشترط فيه ترتب الإثم.

و الحكم فيهما واحد من حيث تخير المالك فى إلزام أيّهم شاء ببدل المغصوب عينا و قيمه، و فى إلزام الجميع بدلا واحدا على التساوى و الاختلاف، و إلزام أكثر من واحد و ترك الباقي، لاشتراك الجميع فى المقتضى للضمان و هو إثبات يده على مال الغير بغير إذنه، و الجهل على تقديره ليس مسقطا للضمان.

و إنما يفترقان فى استقرار الضمان، و ذلك لأن الثانى إن علم بالغصب فهو كالغاصب من الغاصب (١)، يطالب بكلّ ما يطالب به الغاصب. و إذا تلف المغصوب فى يده فاستقرار ضمانه عليه، حتى لو غرم لم يرجع على الأول، و لو غرم الأول رجع عليه. هذا إذا لم يختلف قيمته فى يدهما، أو كانت فى يد الثانى أكثر. أما إذا كانت فى يد الأول أكثر فلا يطالب بالزيادة إلا الأول، و يستقرّ ضمانها (٢) عليه.

هذا إذا كان التفاوت بسبب نقص فى العين، أو قلنا بضمان الغاصب أعلى القيم.

و لو اعتبرنا قيمته يوم التلف فاستقرارها على الثانى مطلقا.

و إن جهل الثانى الغصب، فإن كانت يده يد ضمان - كالعاريه المضمونه، و المقبوض بالبيع الفاسد - استقرّ الضمان على الثانى، و إن كانت يده يد أمانه - كالوديعة و القراض و الرهن و الوكالة - استقرّ على الغاصب. و لو كانت يد الثانى بطريق الشراء فسيأتى (٣) تفصيل حكمه إن شاء الله تعالى.

هذا حكم المغصوب على تقدير التلف. أما على تقدير الإتلاف فالقرار

ص: ١٥٦

١ - ١) فى نسخه بدل «و»: المالك.

٢ - ٢) فى «د، م»: ضمانهما.

٣ - ٣) فى ص: ٢٢٣.

و الحرّ لا يضمن بالغصب (١) و لو كان صغيرا. و لو أصابه حرق أو غرق أو موت في يد الغاصب، من غير تسببه (١)، لم يضمنه.

و قال (٢) في كتاب الجراح: يضمنه الغاصب، إذا كان صغيرا، و تلف بسبب، كلدغ الحية و العقرب، و وقوع الحادث.

و لو استخدم الحرّ، لزمه الأجره.

على المتلف مطلقا، لأن الإتيان أقوى من إثبات اليد العادية، إلا إذا كان مغرورا، كما إذا قدّمه إليه ضيافه فأكله، فإن ضمانه على الغاصب، لأنه غرّه حيث قدّم الطعام إليه و أوهمه أنه لا تبعه فيه. و يحتمل استقراره على الأكل، لأنه المتلف، و إليه عادت منفعتة، و على الأصحّ لو غرم الأكل رجوع على الغاصب، و إن غرم الغاصب لا يرجع على الأكل.

و لو قدّم الغاصب الطعام إلى مالكه و أكله جاهلا- بالحال رجوع به على الغاصب أيضا، للغرور. و على الاحتمال يبرأ الغاصب. و أولى بالاستقرار على المتلف هنا.

نعم، لو أكله المالك بغير أمر الغاصب، بأن دخل داره و أكله على اعتقاد أنه طعام الغاصب فكان طعامه المغصوب، برئ الغاصب، لأنه لم يغره. و يشكل الأمر لو كان أكل المالك له سائغا، بأن كان في بيت من أذن له بالأكل منه شرعا.

و الوجه استواءهما في البراءة منه، لانتفاء الغرور على التقديرين الذي هو مناط الرجوع.

قوله: «و الحرّ لا يضمن بالغصب.. إلخ».

المضمون بالغصب قسمان، أحدهما: ما ليس بمال و هو الحرّ، فيضمن

ص: ١٥٧

١- ١) في الشرائع (الطبعة الحجرية): تسببه.

٢- ٢) أي: الشيخ الطوسي «قدّس سرّه»، انظر الهامش (١) في الصفحة التالية.

بالجنايه على نفسه و طرفه مباشره و تسببها. و القول فى هذا القسم محلّه الجنايات. و كذا يضمن باستيفاء منفعتيه، بأن استخدمه. و لا يضمن بالفوات، لأن الحرّ ليس مالا فلا يدخل تحت اليد، فلا يضمن نفسه بالهلاك إذا لم يكن من قبل الغاصب، سواء مات من قبل الله تعالى أم بسبب من خارج كالحرق و الغرق، لاشتراك الجميع فى المقتضى.

و استثنى الشيخ (١) -رحمه الله- فى أحد قوليّه ما إذا كان المغصوب صغيرا و مات بسبب لا من قبل الغاصب كلدغ الحيّه، فإنه يضمنه، لأنه قربه من سبب الإتلاف بحيث لا يمكنه الاحتراز منه، لأن الفرض كونه صغيرا لا يقدر على الاحتراز [منه] (٢)، فكان كحافر البئر فيقع فيها الغير. و لأنه أحوط و أنسب بمؤاخذة الغاصب. و قوّاه فى المختلف (٣).

و الأشهر عدم الضمان، لأن الحرّ لا يضمن باليد بلا سبب، و ظاهر انتفاء السبب من قبله، و انتفاء المباشره [من قبل الله] (٤)، و الضمان معلّل بهما، و انتفاء العلّه المساويه يوجب انتفاء المعلول، و لأصالة البراءة. و القولان للشيخ فى المبسوط، الأول فى كتاب الجراح (٥)، و الثانى فى الغصب (٦).

و ألحق فى الدروس (٧) المجنون بالصبيّ. و هو حسن. و ينبغى أن يراد به

ص: ١٥٨

١- (١) المبسوط ٧: ١٨.

٢- (٢) من الحجريّتين.

٣- (٣) المختلف: ٤٥٩.

٤- (٤) من الحجريّتين، و الظاهر أنها زائده.

٥- (٥) المبسوط ٧: ١٨.

٦- (٦) المبسوط ٣: ١٠٥.

٧- (٧) الدروس الشرعيّه ٣: ١٠٦.

و لو حبس صانعا لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به، لأن منفعه في قبضته. (١) و لو استأجره لعمل، (٢) فاعتقله و لم يستعمله، فيه تردّد. و الأقرب أن الأجره لا تستقرّ، لمثل ما قلناه. و لا كذلك لو استأجر دابّه، فحسبها بقدر الانتفاع.

من يعجز عن التحرّز عن ذلك السبب عادة، بأن كان غير مميّز أو مميّزا عاجزا عن ذلك.

قوله: «و لو حبس صانعا- إلى قوله- في قبضته».

أى: في قبضه الصانع نفسه، لأنه حرّ، بخلاف العبد، فإن منفعه في قبضه سيّده، فكان غصبه كغصب منفعه.

قوله: «و لو استأجره لعمل.. إلخ».

لا إشكال في ضمان منافع الدابّه إذا غصبها، لأنها مال يدخل تحت اليد، و يضمن منفعه بالفوات و التفويت. فلو كان قد استأجرها لعمل معيّن، فحسبها مدّه يمكنه فيها استيفاء المنفعه، سقط حقّه من المنفعه، و استقرّت عليه الأجره.

و إنما الكلام في الأجير الحرّ إذا استأجره لعمل كذلك، فاعتقله مدّه يمكنه فيها فعله و لم يستعمله، هل يستقرّ عليه الأجره أم لا؟ تردّد المصنف في ذلك.

و منشؤه من أن منافع الحرّ لا تضمن إلا بالتفويت، لعدم دخول الحرّ تحت اليد، إذ ليس مالا، و لم يحصل التفويت، و لأصالة بقاء العمل في ذمّته، و من وجوب الأجره بنفس العقد على المنفعه التي كان مالکها سببا في ضياعها باعتقاله له، فيستقرّ في ذمّته، كما لو قدّرها بزمان و حبسه حتى انقضى ذلك الزمان، فإنه لا إشكال في استقرار الأجره، فليكن هنا كذلك.

و المصنف قرّب عدم الاستقرار، لما تقدّم، و الفرق بين العمل المطلق و بين

و لا تضمن الخمر إذا غصبت (١) من مسلم، و لو غصبها الكافر. و تضمن إذا غصبت من الذمى مستترا، و لو غصبها المسلم. و كذا الخنزير.

و تضمن الخمر، بالقيمة عند المستحل، لا بالمثل، و لو كان المتلف ذميا على ذمى. و فى هذا تردد.

المقدّر بالزمان، فإن (١) المطلق لا يختص بهذه المدّة التى حبسه فيها و إن أمكن استيفاؤه منها، و إنما هو ثابت فى الذمّة، و زمانه أمر كلّى غير مشخص بوقت، و الأصل بقاؤه فى الذمّة إلى أن يستوفى، و منافع تلك المدّة غير داخله تحت يد الغاصب و لا مملوكة له حتى يقال إنه تسلّمها، لعدم دخول منفعة الحرّ تحت اليد، بخلاف الزمان المعين، فإن منفعته تفوت بفواته متسلّما له. و هذا قوى (٢).

و بنى بعضهم (٣) الحكم على أن إجاره الحرّ نفسه هل هى تمليك للمنافع، أو التزام عمل فى الذمّة؟ يحتمل الأول، لأن له أن يتصرّف فيها بالإجاره و غيرها، و لهذا لو استعمله آخر ضمن أجره المثل للمستأجر. و يحتمل الثانى، لأن العمل بالتزامه له فى الذمّة صار كالدين. فعلى الأول تستقرّ الأجره، دون الثانى.

و يضعف بأن المنافع معدومه، و ليست تابعه لعين مملوكة، فلا تدخل تحت يد المستأجر بدون الاستيفاء.

قوله: «و لا تضمن الخمر إذا غصبت.. إلخ».

الأصل فى الخمر عدم المالىة، فلا تضمن إذا غصبت من مسلم أو كافر،

ص: ١٦٠

١- ١) فى «م»: إن.

٢- ٢) فى «ط»: أقوى.

٣- ٣) إيضاح الفوائد ١٦٨: ٢.

مسلمًا كان الغاصب أم كافرًا، إلا إذا كان الكافر ذميًا مستترا بها، أو كان المسلم يتخذها للتخيل، فتكون محترمة في الموضعين، ويضمنها الغاصب لها (١).

فإن كان المغصوب منه مسلمًا وجب ردّها عليه مع بقاء عينها، ولو تخلّلت ردّها خلًّا لأنها مملوكة على هذا الوجه، فلا يزول ملكها بانتقالها إلى الصفه المحلّله، بل يتأكّد. وإن تلفت عينها عند الغاصب، فإن كان بعد التخيل لزمه مثل الخلّ، وإن كان قبله أثم، وسقط عنه الضمان في المشهور، لأن حقّ الإمساك للتخيل لا يوجب الضمان.

وقال ابن الجنيّد (٢): يحكم له بقيمتها خلًّا، لأنّ له حقّ اليد فكان عليه الضمان بإتلاف حقّه، ولا يصلح الضمان بالمثل فيضمن بالقيمه، ويجب الخلّ، لأنه أقرب إلى العين.

ولا يخلو هذا من تدافع، لأن جعلها حينئذ قيمته يقتضى إيجاب القيمه كيف كان، فلا وجه للانتقال إلى الخلّ وإن كان أقرب، ولا يفتقر إلى ردّ قيمتها إلى المستحلّ، لأن خمر التخيل لها قيمه عند المسلمين أيضًا.

وإن كان المغصوب منه ذميًا مستترا بها، وكان الغاصب مسلمًا، لزمه القيمه قولًا واحدًا، لتعذّر إلزامه بالمثل شرعًا.

وإن كان المتلف كافرًا ففي إلزامه بالمثل أو القيمه وجهان، من أنه مال مملوك لهم وهو مثليّ فيضمن بمثله، إذ لا مانع منه هنا، ومن أنه يمتنع في شرع الإسلام الحكم بثبوت الخمر في ذمه أحد، وإن كنّا لا نتعرّضهم إذا لم يتظاهروا

ص: ١٦١

١- ١) في «و»: لهما.

٢- ٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٥٩.

إشاره

و هنا أسباب آخر يجب معها الضمان:

الأول:مباشره الإتلاف

الأول:مباشره الإتلاف،(١)سواء كان المتلف عينا،كقتل الحيوان المملوك،و تحريق الثوب،أو منفعه كسكنى الدار،و ركوب الدابّه،و إن لم يكن هناك غضب.

الثانى:التسبب

الثانى:التسبب.و هو كلّ فعل يحصل التلف بسببه،كحفر البئر فى غير الملك،و كطرح المعائر فى المسالك.

بها،فامتنع الحكم بالمثل لذلك،فوجب الانتقال إلى القيمه،كما لو تعذّر المثل فى المثلى.و القولان لابن البراج (١).

و الأجود ثبوت القيمه إن ترافعوا إلينا،و لا- يلزم منه التظاهر بها،لأن المانع التظاهر بشربها و المعامله عليها،لا مطلق البحث عنها بحيث يعطّل حقّها اللانزم على حسب إقرارهم عليها.و إنما امتنع الحكم عليهم بالمثل لما تقدّم من منافاته لشرع الإسلام،و إن كان ذلك لا يخلو من نظر.

قوله:«مباشره الإتلاف..إلخ».

أشار بذلك إلى أن الغصب و إن كان موجبا للضمان فالموجب له غير منحصر فيه،بل الإتلاف أيضا موجب،بل هو أقوى،فإنه بمجردّه يوجب اشتغال الذمّه بالضمان و الغصب بمجردّه لا يوجبه،بل يوجب دخول المغصوب فى ضمانه حتى إذا تلف اشتغلت الذمّه بالضمان.

ثمّ الإتلاف قد يكون بالمباشره،و قد يكون بالسبب.فصارت الأسباب التى جرت العاده بالبحث عنها فى باب الغصب ثلاثه:التفويت بالمباشره، و التفويت بالسبب،و إثبات اليد العاديه،و هو الغصب.و على هذا اقتصر

ص:١٦٢

جماعه (١). و بقيت أسباب أخر أشار إليها المصنف في آخر (٢) البحث، و لم يحصل الحصر بذلك أيضا، لتخلف أسباب أخر.

و اعلم أن ماله مدخل في هلاك الشيء إما أن يكون بحيث يضاف الهلاك إليه في العاده إضافه حقيقته، أو لا يكون كذلك. و ما لا يكون كذلك إما أن يكون من شأنه أن يقصد به ما يضاف إليه الهلاك، أو لا يكون كذلك. فالذى يضاف إليه الهلاك يسمّى علّه، و الإتيان به مباشره، و ما لا يضاف إليه الهلاك و لكن يكون من شأنه أن يقصد بتحصيله ما يضاف إليه يسمّى سببا، و الإتيان به تسببا.

و المصنف - رحمه الله - فسّر السبب هنا بأنه كلّ فعل يحصل التلف بسببه.

و هذا التعريف لا يخلو من دور، لأخذه السبب في تعريفه، و كأنه أراد بقوله:

«بسببه» أى: بواسطته أو معه أو عنده، كما عبّر عنه غيره (٣). و مع ذلك يشمل المباشره، لأن التلف يحصل بواسطتها أو عندها.

و عرّفها بعضهم (٤) بأنها إيجاد علّمه التلف. و أراد ب«علّه التلف» أنه يضاف إليه التلف في العرف إضافه حقيقته. و إنما قيد بالحقيقته لأن الهلاك قد يضاف إلى السبب، فيقال: هلك مال فلان بسعاهه فلان، لكنّه مجاز بدليل صحّه السلب.

و قد عرّف المصنف السبب في الديات بتعريف أجود ممّا هنا فقال إنه: «ما لولاه لما حصل التلف، لكن علّه التلف غيره، كحفر البئر. فإن التلف عنده

ص: ١٤٣

١ - ١) إرشاد الأذهان ١: ٤٤٤ - ٤٤٥، الدروس الشرعيّه ٣: ١٠٧.

٢ - ٢) في ص: ١٧٤.

٣ - ٣) قواعد الأحكام ١: ٢٠١.

٤ - ٤) الدروس الشرعيّه ٣: ١٠٧.

لكن إذا اجتمع السبب و المباشر،(١)قدّم المباشر فى الضمان على ذى السبب، كمن حفر بئرا فى ملك غيره عدوانا،فدفع غيره فيها إنسانا،فضمان ما يجنيه الدفع على الدافع.

بسبب العثار» (١).

و اعلم أيضا أن تمثيله السبب بحفر البئر فى غير الملك تخصيص للسبب الموجب للضمان،فإن حفره و إن كان فى ملك الحافر يكون سببا فى الهلاك لكنّه غير مضمون،فالسبب المعرّف سبب خاصّ و هو الموجب للضمان،و إن كان التعريف صادقا على ما هو أعمّ.

قوله:«لكن إذا اجتمع السبب و المباشر. إلخ».

قد تقرّر أن كلّ واحد من المباشره و السبب موجب للضمان برأسه من غير اعتبار الآخر.فإن انفرد الموجب فاستناد الضمان إليه واضح.و إن تعدّد،فقد يكون من جنس واحد،وقد يكون من جنسين.

فالأول:بأن يجتمع سببان فصاعدا،بأن يحفر واحد بئرا فى محلّ عدوانا،و يضع آخر حجرا عنده فيعثر به إنسان فيقع فى البئر.فإن اتّفقا فى وقت واحد اشتركا فى الضمان،لعدم الترجيح.و إن تعاقبا فالضمان على المتقدّم فى التأثير،لاشتغاله بالضمان أولا فكان أولى،و هو سبب السبب فيجب وجود المسبّب عنده.

و الثانى:بأن يجتمع المباشر و السبب فيقدّم المباشر،لأنه أقوى،و لأن التلف يستند إليه حقيقه كما بيّناه،بخلاف السبب.

ص:١٦٤

و لا يضمن المكره (١) المال، و إن باشر الإتلاف. و الضمان على من أكرهه، لأن المباشرة ضعفت مع الإكراه، فكان ذو السبب هنا أقوى.

و استثنى من ذلك ما إذا ضعف المباشر، و له صور كثيرة تأتي (١) جملة منها، و قد تقدّم (٢) منها مسأله غرور المالك بتقديم (٣) طعامه إليه جهلاً، فإن الضمان يستقرّ على الأمر، لأن الغاصب و إن كان قد سلّط مالكة عليه و صيّره بيده، إلا أنه باعتقاده أنه ملك الغير و أنه مسلّط على إتلافه بغير عوض ليس تسليمه له تاماً يتصرّف فيه تصرّف الملاك، فلذلك ضعفت مباشرته بالغرور.

و من قبيل اجتماع السبب و المباشر مع تقديم المباشر ما إذا سعى شخص إلى ظالم بآخر فأخذ ماله، فالضمان يختصّ بالظالم، لأنه المباشر للأخذ، و على الساعي الوزر. و كذا لو اجتمع الأمر بالقتل مع مباشرته، لكن هنا يحبس الأمر به حتى يموت، كما سيأتي (٤) إن شاء الله تعالى.

قوله: «و لا يضمن المكره.. إلخ».

هذا أيضاً من المواضع التي يقدّم فيها السبب على المباشر، لضعف المباشر بالإكراه. و يتحقّق الإكراه الراجع للضمان عن المكره بما يتحقّق به الإكراه المفسد للعقد. و قد تقدّم تحقيقه في الطلاق (٥). و ربما قيل هنا باشتراط زياده خوف ضرر لا يمكنه تحمّله. و الأشهر الأول.

ص: ١٦٥

١-١) في ص: ١٦٨ و ١٧٠.

٢-٢) في ص: ١٥٦-١٥٧.

٣-٣) كذا في نسخه بدل «و»، و في متنها و سائر النسخ الخطية: مسأله الغرور بتقديم.

٤-٤) في كتاب القصاص المسأله الثانيه من المرتبه الرابعه من مراتب التسبب، و انظر شرائع الإسلام ٤: ٢٠٤.

٥-٥) في ج ١٧: ٩-١٨.

و لو أرسل فى ملكه (١) ماء، فأغرق مال غيره، أو أخرج نارا فيه فأحرق، لم يضمن ما لم يتجاوز قدر حاجته اختيارا، مع علمه أو غلبه ظنه أن ذلك موجب للتعدى إلى الإضرار.

و احترز بالمال عن الإكراه على النفس، فإن الإكراه على إتلافها لا يوجب سقوط الضمان عن المكروه. و لكن يبقى فيه الإكراه على الجرح، فإنه يتحقق كالمال. و سيأتى (١) البحث فى ذلك إن شاء الله تعالى.

قوله: «و لو أرسل فى ملكه.. إلخ».

إذا أرسل فى ملكه ماء أو أخرج نارا لمصلحته (٢)، فإن لم يتجاوز قدر حاجته، و لا علم و لا ظنّ التعدى إلى غيره، فاتفق التعدى و الإفساد على الجار، فلا ضمان على المباشر اتفاقا، لعدم التفريط، و أن الناس مسلطون على أموالهم.

و سببته فى الإتلاف ضعيفه بالإذن له من قبل الشارع فى فعل ذلك فى ملكه، فلا يتعقبه الضمان.

و إن تجاوز قدر الحاجه، و علم أو ظنّ التعدى فاتفق، فلا شبهه فى الضمان، لتحقق التفريط المقتضى له، مع وجود السبب الموجه للضمان.

و إن اتفق أحد الأمرين خاصه، إما التجاوز عن قدر الحاجه مع عدم ظنّ التعدى، أو عدم التجاوز عنه مع علم التعدى أو ظنه، ففى الضمان قولان:

أحدهما- هو الذى جزم به المصنف رحمه الله هنا، و علامه فى القواعد (٣) و الإرشاد (٤)- عدم الضمان، لأنه فعل مأذون فيه شرعا، فلا يتعقب

ص: ١٤٤

١- ١) فى كتاب القصاص الفرع الثالث من المرتبه الرابعه من مراتب التسبيب، و انظر شرائع الإسلام ٤: ٢٠٥.

٢- ٢) فى «د، ط، خ، م»: لمصلحه.

٣- ٣) قواعد الأحكام ١: ٢٠٢.

٤- ٤) إرشاد الأذهان ١: ٤٤٥.

الضمان.و لا يعدّ مثل ذلك تفريطاً،حيث لم يظنّ التعدّي في الأول،و لا تجاوز حاجته في الثاني.و لأصالة البراءة من الضمان.

و الثاني:الاكتفاء في الضمان بأحد الأمرين:تجاوز الحاجه،أو ظنّ التعدّي،و هو اختيار العلامة في التحرير (١)و الشهيد في الدروس (٢)،لتحقّق السببيّه الموجه له.و يرجّح هذا القول في بعض أفرادها،و هو ما لو علم التعدّي فتركه اختياراً،و إن كان فعله بقدر حاجته،لأن ترك قطعه مع علم التعدّي إلى الغير و قدرته على قطعه تعدّد محض.

نعم،مع عدم العلم و لا الظنّ قد يشكل الضمان على تقدير تجاوز الحاجه، لأن فعله مأذون فيه على التقديرين،و لا تفريط حينئذ.

و في معنى ظنّه ما إذا قضت العاده بسريانه،بأن كان الهواء شديداً يحملها إلى ملك الغير،أو الماء كثيراً،و إن اتّفق عدم شعوره بذلك،لبلاده أو غيرها.

و لو اتّفق جفاف شجر جاره بالنار بسبب المجاوره (٣)فالحكم كما لو سرت إليها،إلا أن يكون أغصان الشجر في هواء أرض موقد النار،فلا ضمان إذا كان عطفها غير ممكن،و إلا اتّجه الضمان،لأنه ليس له إتلافها مطلقاً،كما قرّر (٤)في موضعه.

ص:١٦٧

١-١) تحرير الأحكام ١٣٨:٢.

٢-٢) الدروس الشرعيّه ١٠٧:٣.

٣-٣) في «ط،ر»:المجاوزه.

٤-٤) انظر ج ٢٩٣:٤-٢٩٤.

و يتفرّع على السبب فروع:

الأول: لو ألقى صبيًا في مسبعه، أو حيوانا يضعف عن الفرار

الأول: لو ألقى صبيًا (١) في مسبعه، أو حيوانا يضعف عن الفرار، ضمن لو قتله السبع.

و في التذكرة (١) أطلق عدم ضمانها متى كانت في هواء موقد النار، و ضمانها إن لم يكن كذلك، من غير تقييد بعلم التعدي أو تجاوز الحاجة، محتجًا بأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيره. و لا يخفى ما فيه.

قوله: «لو ألقى صبيًا.. إلخ».

هذا أيضا من قبيل قوّه السبب على المباشر، فإن إلقاء الصبي الذي يضعف عن التحرز من السبع في المسبعه - و الحيوان كالشاه - سبب تام في هلاكه، لأنه فعل ما لولاه لما حصل التلف، مع [عدم] (٢) كونه بعلة أخرى، و السبع لا يحال عليه الضمان، فالمباشره ضعيفه، فلا معارض (٣) للسبب. هذا إذا لم نقل بقول الشيخ (٤) إن موت الصبي المغصوب بسبب يوجب ضمان الغاصب مطلقا، و إلا ضمن هنا بطريق أولى.

و احترز بالصبي عن الكبير الذي يمكنه التحرز عادة، فإنه لا يضمنه بإلقائه لو اتفق إتلاف السبع له، لأن ذلك لا يعدّ سببا في حقه، و إنما وقع بالاتفاق، كما لو وضع الصبي في غير المسبعه فافترسه السبع اتفاقا، فإنه لا يضمنه على المشهور، خلافا للشيخ (٥)، و به احترز بقوله: «مسبعه».

ص: ١٤٨

١ - ١) تذكره الفقهاء ٣٧٦: ٢.

٢ - ٢) من الحجريتين فقط.

٣ - ٣) في «خ»: تعارض السبب.

٤ - ٤) المبسوط ١٨: ٧.

٥ - ٥) المبسوط ١٨: ٧.

الثاني: لو غصب شاه (١) فمات ولدها جوعا، ففي الضمان تردّد. وكذا لو حبس مالك الماشيه عن حراستها فاتفق تلفها. وكذا التردّد لو غصب دابّه، فتبعها الولد.

قوله: «لو غصب شاه.. إلخ».

منشأ التردّد في هذه الثلاثه: من عدم الاستقلال بإثبات اليد على الولد و الماشيه، فلا يتحقّق الغصب، فينتفى الضمان، و من أنه سبب في الإتلاف، إذ لولاه لم يحصل التلف، و الضمان ليس بمنحصر في الغصب كما مرّ (١)، فإن مباشره الإتلاف و سببته من جمله مقتضياته و إن لم يكن غصبا.

و الحقّ أن منشأ التردّد إنما يكون من الشكّ في السبب هنا، إذ لو سلّمت لم يبق إشكال في الضمان. و منشأ الشكّ فيها مبني على تعريف السبب، فعلى ما ذكره (٢) المصنف من تعريفه إذا مات الولد جوعا بحيث لو لا غصب الأم لما مات عادة فالسبب متحقّقه فيه، لكن اتّفاق تلف الماشيه بعد حبس المالك عن حراستها قد يكون بسبب حبسه و قد لا يكون، فإن فرض فهو سبب أيضا. و إن فسّر السبب بإيجاد ما يحصل التلف عنده لعلّه أخرى، إذا كان السبب ممّا يقصد لتوقّع تلك العلّه - كما عرّفه جماعه (٣) - فيتوقّف ثبوت سببته على قصد الغاصب للشاه و الحابس للمالك إلى إتلاف الولد و الماشيه.

و الأصحّ الضمان مع استناد التلف إلى فعل الغاصب، بمعنى أنه لو لا الغصب و الحبس لما تلف عادة، فإن الواقع في العبارة أعمّ منه، لتحقّق السبب

ص: ١٦٩

١- ١) في ص: ١٦٢.

٢- ٢) في ص: ١٦٢.

٣- ٣) قواعد الأحكام ١: ٢٠١، غايه المراد: ١٣٣.

الثالث: لو فكَّ القيد عن الدابة فشردت، أو عن العبد المجنون فأبق

الثالث: لو فكَّ القيد عن الدابة (١) فشردت، أو عن العبد المجنون فأبق، ضمن، لأنه فعل يقصد به الإتلاف. وكذا لو فتح قفصا عن طائر فطار مبادرا أو بعد مكث.

حينئذ، والقصد غير معتبر في تحققها و ترتب أثرها كما اقتضاه التعريف الذي اخترناه.

قوله: «لو فكَّ القيد عن الدابة. إلخ».

هذه المواضع الثلاثة من قبيل ما يترجح فيها السبب على المباشرة، لضعفها. فإذا فكَّ قيد الدابة فشرودها متوقع، والمباشر- وهو الدابة- ضعيف بعدم (١) العقل. ومثله فكَّ القيد عن العبد المجنون و من لا يميز، وفتح القفص عن الطائر فطار، سواء أهاجه أم لا، و سواء طار عقيب الفتح أم بعد حين، لأن طيرانه بالفتح ممّا يتوقع مع ضعف المباشر.

و تبّه بقوله: «فطار مبادرا أو بعد مكث» على خلاف بعض الشافعيّة (٢)، حيث فرق بين الأمرين فحكم بالضمان في الأول دون الثاني، فارقا بأنه إذا طار عقيب الفتح أشعر ذلك بأنه نفّره، وإذا تأخر ثمّ طار كان ذلك أماره ظاهره على أنه طار باختياره.

و لهم قول ثالث (٣) بعد الضمان في الحالتين، لأن للحيوان قصدا و اختيارا، و لهذا يقصد ما ينفعه و يتوقّى المهالك، و غاية الموجود من الفاتح السبب إلى تضييعه، فيقدّم عليه مباشرة الطائر و اختياره.

و في حكم خروج الطائر بعد فتح القفص و ثوب الهرة إليه و قتله، لاشتراك

ص: ١٧٠

١- ١) في «ط، د، و، م»: لعدم.

٢- ٢) الحاوى الكبير ٧: ٢٠٨، الوجيز ١: ٢٠٦، روضه الطالبين ٤: ٩٥.

٣- ٣) الحاوى الكبير ٧: ٢٠٨، الوجيز ١: ٢٠٦، روضه الطالبين ٤: ٩٥.

و لا كذا لو فتح (١) بابا على مال فسرَق، أو أزال قيَدا عن عبد عاقل فأبق، لأن التلف بالمباشرة لا بالسبب. و كذا لو دلَّ السَّرَاق.

الأمرين في السبب، مع ضعف المباشر، لعدم (١) صلاحيته للضمان.

و لو اتَّفَق القفص معلِّقا فاضطرب بخروج الطائر و سقط فانكسر أو عاب ضمنه الفاتح. و كذا لو أفسد الطائر شيئا بخروجه، بأن كسر قاروره و نحوها، لأن فعل الطائر منسوب إليه.

قوله: «و لا كذا لو فتح.. إلخ».

هذه المواضع الثلاثة ممّا اجتمع فيه المباشرة و التسبب، لكن كان المباشر قويّا بحيث يمكن استناد الضمان إليه، فيقدّم على السبب.

أما الأول فلأن السارق آدمى له ذمّة قابله للضمان، فيرجّح على السبب.

و أما الثانى فلأن للعبد العاقل اختيارا صحيحا فذهابه محال عليه، إذ لا يتوقّع منه الفرار، بخلاف المجنون. هذا إذا لم يكن آبقا، و إلا ففي ضمانه وجهان، من أنه بعقله محال (٢) عليه الفعل، و من أن إطلاقه - و قد اعتمد المالك ضبطه - إتلاف عليه، فكان كحلّ المجنون و البهيمة.

و أما دلالة السَّرَاق فقوّه المباشر على السبب ظاهره. و الحكم فيها بتقديم المباشر هو ظاهر الأصحاب ما عدا العلامة في إرشاد الأذهان (٣)، فقد حكم فيه بضمان الدالّ، نظرا إلى تحقّق السبب. و هو نادر، لأن مجرد السبب لا يكفي في إثبات الضمان ما لم يخل عن المعارض. و في غيره من كتبه (٤) وافق الجماعة

ص: ١٧١

١-١ (١) في «ذو»: «بعدم، و في «خ»: «و عدم».

٢-٢ (٢) في «ذ، ط، خ»: «يحال».

٣-٣ (٣) إرشاد الأذهان ١: ٤٤٤.

٤-٤ (٤) قواعد الأحكام ١: ٢٠٢، تذكره الفقهاء ٢: ٣٧٥.

و لو أزال وكاء الظرف (١) فسال ما فيه،ضمن إذا لم يكن يحبسه إلا الوكاء.

و كذا لو سال منه ما ألان الأرض تحته،فاندفع ما فيه،ضمن،لأن فعله سبب مستقلّ بالإتلاف.

أما لو فتح رأس الظرف فقلبته الريح أو ذاب بالشمس،ففى الضمان تردّد.و لعلّ الأشبه أنه لا- يضمن،لأن الريح و الشمس كالمباشر،فيبطل حكم السبب.

على القطع بتقديم المباشر،إلا فى التحرير (١)،فإنه استشكل.و لا إشكال فى ضمانه لو كان مستأمنًا على المال،فإنه يضمن من حيث التفريط فيه،و إن تخيّر المالك فى الرجوع عليه و على المباشر.

قوله:«لو أزال وكاء الظرف.إلخ».

إذا فتح باب ظرف فضاع ما فيه،نظر إن كان مطروحا على الأرض فاندفع ما فيه بالفتح ضمن لا محاله،لمباشرته الإتلاف.و إن كان منتصبا (٢)لا يضيع ما فيه بالفتح لو بقى كذلك لكنّه سقط،فإن كان سقوطه بفعله ضمن أيضا كالأول،لأنه فتح رأسه و أسقطه.و كذا لو سقط بما يستند إلى فعله،كما لو فتح رأسه فأخذ ما فيه فى التقاطر شيئا فشيئا حتى ابتلّ أسفله و سقط،لأن السقوط بالميلان (٣)الناشئ من الابتلال الناشئ من التقاطر الناشئ من الفتح،و هو ممّا شأنه أن يحصل بالفتح.

و إن سقط بأمر عارض من زلزه أو هبوب ريح أو وقوع طائر ففى ضمانه

ص:١٧٢

١- ١) تحرير الأحكام ١٣٨:٢.

٢- ٢) كذا فى «ط،و»و فى سائر النسخ:منصبا.

٣- ٣) فى «د»:بالسيلان.

وجهان:

أحدهما- هو الذى اختاره المصنف:- عدم الضمان، لأن الهلاك لم يحصل بفعله، ولا- فعله ممّا يقصد به تحصيل ذلك العارض، وإنما الريح كالمباشر، فيبطل حكم السبب.

و الثانى: الضمان، لأنه لو لا الفتح لما ضاع ما فيه بالسقوط، والمباشر ضعيف.

و لو فرض مجيء إنسان فأسقطه، فلا شبهه فى كون الضمان عليه لا على الفاتح. و لو أنه لما فتح رأسه أخذ ما فيه فى الخروج ثم جاء آخر فنكسه، ففى كون ضمان الخارج بعد التنكيس عليهما كالجارين، أو على الثانى وحده، وجهان أصحهما الثانى.

هذا كله إذا كان مائعا. أما إذا كان جامدا فأشرق الشمس و أذابته فضاع، أو ذاب بمرور الزمان و تأثير حراره الهواء فيه، ففى ضمان الفاتح الوجهان، من أن الضياع حصل بعارض الشروق، فأشبه هبوب الريح، و من أن الشمس تذيب و لا تخرج، فيكون الخروج بفعله. و أولى بالضمان هنا لو قيل به فى الريح، لأن الشمس ممّا يعلم شروقها، فيكون الفاتح معرّضا ما فيه للشمس، و ذلك تضییع، بخلاف هبوب الريح، فإنه ليس ممّا ينتظر. و الوجه الضمان فى الجميع. و يجرى الوجهان فيما إذا أزال أوراق الكرم و جرد عناقيدها للشمس حتى أفسدتها.

و لو فرض فى الجامد مجيء آخر فقرب منه نارا حتى ذاب و ضاع فوجهان:

أحدهما: أنه لا ضمان على أحدهما. أما الأول فلأن مجرد الفتح لا

و من الأسباب: القبض (١) بالعقد الفاسد، و القبض بالسوم، فإن القابض يضمن. و كذا استيفاء المنفعة بالإجاره الفاسده سبب لضمان أجره المثل.

يقتضى الضمان. و أما الثانى فلأنه لم يتصرّف فى الظرف و لا فى المظروف.

و أظهرهما وجوب الضمان على الثانى، لأن تقرب النار منه تصرّف فيه بالتضييع و الإتلاف.

و الوجهان جاريان فيما إذا كان رأس الرقّ مفتوحا فجاء إنسان فقرب منه النار. و الأصحّ هنا ضمان المقرّب أيضا.

و لو حلّ رباط سفينه فغرقت بالحلّ ضمن، كمسأله الظرف. و إن غرقت بسبب حادث من هبوب الريح أو غيره فالوجهان.

قوله: «و من الأسباب القبض.. إلخ».

هذه الثلاثه من جمله الأسباب الموجهه للضمان بغير الغصب. و الحكم فى الأول منها موضع وفاق، لعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١). و لأن كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده. و المراد بالعقد هنا عقد البيع و نحوه من العقود اللازمه الموجهه لانتقال الضمان إلى القابض، لا مطلق العقد، فإن منه ما لا يضمن بصحيحه - كالقراض و الوكالة و الوديعة - فلا يضمن بفاسده.

و أما المقبوض بالسوم - و هو أن يقبضه ليشتره - فالمشهور أنه مضمون على القابض أيضا، لعموم الخبر السابق. و قيل: لا يضمن، لأنه مقبوض بإذن المالك فيكون أمانه كغيره من الأمانات المقبوضه بإذنه من الوديعة و غيرها،

ص: ١٧٤

١ - (١) عوالى اللثالى ٢: ٣٤٥ ح ١٠، سنن الدارمى ٢: ٢٦٤، مسند أحمد ١٢: ٥، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠، سنن أبى داود ٣: ٢٩٦ ح ٣٥٦١، سنن الترمذى ٣: ٥٦٦ ح ١٢٦٦، سنن البيهقى ٦: ٩٥، مستدرک الحاكم ٢: ٤٧.

النظر الثاني في الحكم يجب ردّ المغصوب (١) ما دام باقيا و لو تعسّر، كالخشبه تستدخل في البناء، أو اللوح في السفينه. و لا يلزم المالك أخذ قيمه.

و لأصاله براه الذمه، و عموم الخبر ممنوع. و هذا متّجه. و هو خيره ابن إدريس [١] و العلامه في المختلف (١).

و أما استيفاء المنفعه بالإجاره الفاسده فضمامنها بأجره مثلها من باب المباشره للإتلاف، لا من باب الأسباب، و إدخالها في السبب تجوّز. و من حكم إتلاف مال الغير مع عدم تسليط المالك عليه أن يلزمه العوض، إما العين (٢) إن كان، أو قيمه المثل أو أجرته، عينا كان أم منفعه.

قوله: «يجب ردّ المغصوب.. إلخ».

إذا غصب خشبه و أدرجها في بنائه أو بنى عليها لم يملكها الغاصب، بل عليه إخراجها من البناء و ردّه إلى المالك، خلافا لأبي حنيفه (٣) حيث حكم بملكه و يغرم قيمته.

لنا: قوله صلى الله عليه و آله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي». و أن

ص: ١٧٥

١- (٢) المختلف: ٣٨٢.

٢- (٣) كذا في «و، خ»، و في سائر النسخ: المعين.

٣- (٤) انظر الباب ١٩٢: ٢، المبسوط للسرخسي ١١: ٩٣، بدائع الصنائع ٧: ١٤٩، شرح فتح القدير ٨: ٢٦٤.

بناء العدوان لا- يزيل ملك المالك، كما لو غصب أرضا و بنى عليها باعتراف الخصم. و أن قدره على المثل تمنع من العدول إلى القيمة، لأن المثل أقرب إلى المغصوب، فأولى أن تمنع قدره على العين العدول إلى القيمة.

ثم إذا أخرجها و ردّها لزمه أرش النقص إن دخلها نقص. و لو بلغت حدّ الفساد على تقدير الإخراج بحيث لا- يبقى لها قيمه فالواجب تمام قيمتها. و هل يجبر على إخراجها حينئذ؟ نظر، من فوات المائيه، و بقاء حقّ المالك في العين.

و ظاهرهم عدم الوجوب، و أنها تنزل منزله المعدومه. و لو قيل بوجوب إعطائها المالك لو طلبها كان حسنا، و إن جمع بين القيمة و العين.

و لو أدرج لوحا مغصوبا في سفينه، نظر إن لم يخف من النزاع هلا-ك نفس محترمه و لا- مال- بأن كانت على وجه الأرض، أو قريبه من الشطّ، أو أدرج في أعلاها و لم يخش من نزعه الغرق، أو لم يكن فيها نفس و لا- مال، و لا- خيف هلا-ك السفينه بنفسها-نزاع و ردّ أيضا. و خلاف أبي حنيفه (1) في السابق آت هنا. و إن كانت في لجه البحر، و خيف من النزاع هلا-ك حيوان محترم-سواء كان آدميّا و غيره، و سواء كان الآدمي هو الغاصب أم غيره، و سواء كان الحيوان للغاصب أم لغيره-لم ينزع حتى يصل إلى الشطّ، لاحترام روح الحيوان.

و إن خيف من النزاع هلا-ك مال غير الحيوان أو نفس السفينه أو غيرهما، فهو إما للغاصب، أو من وضعه فيها و هو يعلم أن فيها لوحا مغصوبا، أو مال غيرهما. فإن كان لغيرهما لم ينزع أيضا. و إن كان لهما فوجهان:

ص: ١٧٦

و كذا لو مزجه (١) مزجا يشقّ تمييزه، كمزج الحنطه بالشعير، أو الدخن بالذره، و كلف تمييزه و إعادته.

أحدهما- و هو الذى يقتضيه إطلاق المصنف، و صرح به الأكثر (١)-: أنه ينزع أيضا، كما يهدم البناء لردّ الخشب و لا يبالى بما صنع (٢)، لأن دفع المغصوب إلى المالك واجب على الفور و لا يتم إلا بهذا. و عدوان الغاصب لا يناسبه التخفيف، و هو الذى أدخل الضرر على نفسه.

و الثانى: أنه لا ينزع، لأن السفينه لا تدوم فى البحر، فيسهل الصبر إلى انتهائها إلى الشطّ، فتؤخذ قيمه للحيلولة، إلى أن يتيسر الفصل فيردّ اللوح مع أرش النقص إن نقص و يستردّ قيمه، جمعا بين الحقيين.

و على الأول لو اختلطت السفينه التى أدرج فيها اللوح بسفن كثيره للغاصب، و لم يوقف على اللوح إلا بفصل الكلّ، ففى جوازه وجهان أجودهما ذلك، لتوقف الواجب عليه.

قوله: «و كذا لو مزجه.. إلخ».

لا فرق مع خلطه على وجه يمكن تمييزه و لو بمشقه بالغه بين خلطه بالجنس كالحنطه البيضاء و الحمراء، أو بغير الجنس كالحنطه و الشعير، و أحدهما بالعس و الدخن و غيرهما.

و لو خلط الزيت بالماء و أمكن تمييزه لزمه أيضا مع أرش النقص إن كان.

و سيأتى (٣) حكمه مع عدم الإمكان.

ص: ١٧٧

١- (١) قواعد الأحكام ١: ٢٠٧، إيضاح الفوائد ١٨٧: ٢- ١٨٨، الدروس الشرعيه ٣: ١٠٩، المهذب البارع ٢٥٠: ٤- ٢٥١.

٢- (٢) فى «و»: ضيغ.

٣- (٣) فى ص: ٢١٥.

و لو خاط ثوبه بخيوط (١) مغصوبه، فإن أمكن نزعها ألزم ذلك، و ضمن ما يحدث من نقص. و لو خشي تلفها بانتزاعها، لضعفها، ضمن القيمة.

و كذا لو خاط بها جرح حيوان له حرمه، لم تنزع إلا مع الأمن عليه، تلفا و شيئا، و ضمنها.

قوله: «و لو خاط ثوبه بخيوط.. إلخ».

الخيوط المغصوب إن خيط به ثوب و نحوه فالحكم كما في البناء على الخشبه، فللمالك طلب نزع و إن أفضى إلى التلف. و يضمن الغاصب النقص إن اتفق. و إن لم يبق (١) له قيمه ضمن جميع القيمه، و لا- يخرج بذلك عن ملك المالك كما سبق (٢)، فيجمع بين العين و القيمه.

و إن خيط به جرح حيوان، فهو إما محترم أو غيره، و المحترم إما آدمي أو غيره. فالآدمي متى خيف من نزع هلاكه أو غيره من المحذور المجوز للعدول إلى القيمه- من المرض و الشين [١]- لم ينزع، و على الغاصب قيمته.

ثم إن خاط جرح نفسه فالضمان مستقر عليه. و إن خاط به جرح غيره بإذنه و هو عالم بالغصب، قيل: كان قرار الضمان عليه. و الأجود قراره على المباشر. و إن كان جاهلا فلا إشكال في قراره- بل وجوبه ابتداء- على المباشر.

و أما غير الآدمي فعلى ضربين:

أحدهما: غير المأكول. و الحكم فيه كالآدمي، لأنه لا ينتفع به مع ذبحه.

ص: ١٧٨

(١- ١) في «ذ»: تنفق، و في «ص، ل، خ»: ينفق.

(٢- ٢) في ص: ١٧٦.

الثاني: المأكول. فإن كان لغير الغاصب لم ينزع، لحرمة روحه. وإن كان للغاصب فوجهان:

أحدهما (١): أنه يذبح ويردّ الخيط، لإمكان الجمع بين الحَقَّين، وهو جائز الذبح.

و أظهرهما - وهو الذي يقتضيه إطلاق المصنف -: المنع كما في غير المأكول، لأن للحيوان حرمة في نفسه، ولهذا يؤمر بالإنفاق عليه، ويمنع من إتلافه. فإذا لم يقصد بالذبح الأكل منع منه، وقد روى أنه صَلَّى الله عليه وآله «نهى عن ذبح الحيوان إلا لمأكله» (٢).

و إذا مات الحيوان الذي خيط به جرحه، فإن كان غير الآدمي نزع منه الخيط. وفي الآدمي وجهان أصحهما العدم، لما فيه من المثل، والآدمي محترم حيًا وميتًا، ولذلك قال صَلَّى الله عليه وآله: «كسر عظم الميت ككسر عظم الحي» (٣). و وجه جواز نزع: أن المنع منه لحرمة الروح وقد زال.

و أما غير المحترم، وهو ما يصحّ إتلافه بغير التذكية كالخنزير والكلب العقور، فلا يبالي بهلاكه وينزع منه الخيط مطلقًا.

ص: ١٧٩

(١ - ١) في الحجرَين: أجودهما.

(٢ - ٢) تلخيص الحبير ٥٥: ٣ ح ١٢٧٢، ونقله الماوردي في الحاوي الكبير ٢٠٢: ٧، وابن قدامة في المغني ٤٢٥: ٥ مع اختلاف يسير.
(٣ - ٣) موطأ مالك ٢٣٨: ١ ح ٤٥، مسند أحمد ١٠٠: ٦، سنن ابن ماجه ٥١٦: ١ ح ١٦١٧، سنن أبي داود ٢١٢: ٣ ح ٣٢٠٧، سنن الدار قطني ١٨٨: ٣ ح ٣١٢-٣١٤، تاريخ بغداد للخطيب ١٢: ١٠٦ رقم (٦٥٤٦)، تلخيص الحبير ٥٤: ٣ ح ١٢٧١.

و لو حدث فى المغصوب (١) عيب، مثل تسويس التمر أو تخريق الثوب، ردّه مع الأرش.

و لو كان العيب غير مستقرّ، كعفن الحنطه، قال الشيخ: يضمن قيمه المغصوب.

و لو قيل: تردّ العين مع أرش العيب الحاصل، ثمّ كلّما ازداد عيبا دفع أرش الزيادة، كان حسنا.

قوله: «و لو حدث فى المغصوب.. إلخ».

النقصان الحاصل فى المغصوب نوعان:

أحدهما: ما لا سرايه له، فعلى الغاصب أرشه و ردّ الباقي من غير أن يملكه الغاصب، سواء فى ذلك ما إذا كان الأرش بقدر القيمة و عدمه، و ما يفوت معظم منافعه و أقلّ، و ما يزيل العيب اسمه الأول و عدمه.

و تبه المصنف بإطلاق الحكم و الأمثله على خلاف بعض العامّه (١)، حيث حكم فيما إذا أزال العيب أكثر منافعه - كما لو خرق الثوب المغصوب خرّقا، أو شقّه طولا، أو كسر بعض قوائم الدابّه - بأنه ليس للمالك أن يغزّمه شيئا إلا أن يدفع إليه المغصوب.

و على المختار لو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب و تغريمه بدله لم يكن له ذلك بدون رضاه، لأنه عين ماله.

و النوع الثانى: ماله سرايه لا يزال يزداد إلى الهلاك، كما لو بلّ الحنطه و تمكّن فيها العفن السارى، أو اتّخذ من الحنطه المغصوبه هريسه، ففى حكمه

ص: ١٨٠

١ - (١) الإشراف على مذاهب أهل العلم ٢: ٥٢٣، الحاوى الكبير ٧: ١٣٨، المبسوط للسرخسى ١١: ٨٦، الكافى فى فقه أهل المدينه ٢: ٨٤٢، حليه العلماء ٥: ٢١٧ - ٢١٨.

و لو كان بحاله ردّه،(١)ولا يضمن تفاوت قيمه السوقيه.

قولان:

أحدهما-و هو الذى اختاره الشيخ (١)-:أنه يجعل كالهالك،و يضمن بدله من مثل أو قيمه،لأنه بإشرافه على التلف كأنه هالك.

و يضعف بأنه ليس بتالف حقيقه،و إن كان قد يؤول إليه.و حينئذ فيجب ردّه إلى مالكه،و ضمان ما نقص بالجنايه إلى يوم دفع الأرش،ثمّ كلّما نقص شيئاً ضمنه،لأنه مستند إلى جنايته.هذا إذا لم يمكن المالك إصلاحه،و إلا-سقط أرش ما زاد عن ذلك،لاستناد الفأث إلى تقصير المالك،كما لو جرحه فترك علاج الجرح مع قدرته عليه،فإنه لا يكون مضمونا.

و فى المسأله وجه آخر،و هو الاقتصار على دفع أرش النقص الموجود إلى حين دفعه،لأنه تمام الحقّ،و لا يجب غيره حينئذ،فلا يجب شىء آخر بعد ذلك.

و يضعف بأن وجوب الحاصل لا يقتضى كونه تمام الحقّ،مع وجود سبب الضمان الموجب للسرايه.

قوله:«و لو كان بحاله ردّه..إلخ».

إذا كانت عين المغصوب باقيه بحالها فلا إشكال فى وجوب ردّها و عدم ضمان شىء.و إن تغيرت،فإنما أن يكون بالزياده أو النقصان فى العين أو فى قيمه.و على الثانى:إنما أن يعود إلى أصله،أو لا-يعود.فنقصان العين و زيادته يأتي (٢)الكلام فيهما.و نقصان القيمه وحدها كما لو غصب ما قيمته عشره و ردّه

ص:١٨١

(١-١) المبسوط ٨٢:٣.

(٢-٢) فى ص:٢٠٦-٢٠٨ و ٢١١.

فإن تلف المغصوب،(١)ضمنه الغاصب بمثله إن كان مثلياً،و هو ما يتساوى قيمه أجزائه.

بحاله و قد عادت قيمته إلى درهم، فإنه غير مضمون عند أكثر أهل العلم، لأن الفائت رغبات الناس لا شيء من المغصوب، فإن عينه موجوده فالواجب ردّها و قد أتى به.و خالف في ذلك شذوذ[١]من العامه.

قوله:«فإن تلف المغصوب.. إلخ».

إذا تلف المغصوب ضمنه الغاصب لا- محاله.ثم لا- يخلو: إما أن يكون مثلياً أو قيمياً.فإن كان مثلياً ضمنه بمثله،لأنه أقرب إلى التالف.و المتقوم يضمن بالقيمة.و قد اختلف عبارات الفقهاء في ضبط المثلي،و المشهور بين الأصحاب ما ذكره المصنف من أن المثلي ما يتساوى قيمه أجزائه،أى:أجزاء النوع الواحد منه،كالحبوب و الأدهان،فإن المقدار من النوع الواحد منه يساوى مثله فى القيمة،و نصفه يساوى نصف قيمته،و هكذا.

و اعترض بأنه إن أريد بالأجزاء كلّ ما تركّب عنه (١)الشيء،فيلزم أن لا- تكون الحبوب مثليه،لأنها تتركّب من القشور و الألباب،و القشر مع اللب مختلفان فى القيمة.و كذا التمر و الزبيب،لما فيهما من النوى و العجم.و إن أريد بالأجزاء التى يقع عليها اسم الجملة،فيلزم أن لا- تكون الدراهم و الدنانير مثليه، لما يقع فى الصحاح من الاختلاف فى الوزن،و فى الاستداره و الاعوجاج،و فى وضوح السكّه و خفائها،و ذلك ممّا يؤثّر فى القيمة.

ص:١٨٢

(١-٢) فى «خ»:منه.

فإن تعدّر المثل، (١) ضمن قيمته يوم الإقباض، لا يوم الإعواز.

و عرّفه في الدروس (١) بأنه المتساوى الأجزاء و المنفعة، المتقارب الصفات. و هو سالم عن أكثر ما ورد على الأول. و نقض التعريفان بالثوب، فإنه قيمى مع صدقهما عليه.

و عرّفه في شرح (٢) الإرشاد بأنه ما يتساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية.

و مرجعه إلى ما يكون اسم الكثير و القليل منه واحدا، كالماء و الدبس و الحنطة.

و ينتقض بالأرض.

و ضبطه بعضهم (٣) بالمقدّر بالكيل أو الوزن. و نقض بالمعجونات. و زاد آخرون (٤) عليه اشتراط جواز السلم فيه، ليسلم من النقض. و زاد ثالث (٥) اشتراط بيع بعضها ببعض، لتشابه الأصلين في قضيه التقابل.

و اعترض على العبارات الثلاث بأن القماقم و المغارف و الملاعق المتّخذة من الصفر موزونه، و يجوز السلم فيها، و بيع بعضها ببعض، و ليست مثليه.

و فيه نظر، لمنع جواز السلم فيها، لاختلافها و عسر ضبطها. و أقرب التعريفات إلى السلامه تعريف الدروس.

قوله: «فإن تعدّر المثل.. إلخ».

إذا غصب مثليا و تلف في يده، و المثل موجود فلم يسلمه حتى فقد، أخذت منه قيمه. و المراد من فقدان أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حوله ممّا ينقل منه إليه عادة، كما بين (٦) في انقطاع المسلم فيه.

ص: ١٨٣

١- (١) الدروس الشرعية ١١٣: ٣.

٢- (٢) غايه المراد: ١٣٥.

٣- (٣) انظر روضه الطالبين ١٠٨: ٤.

٤- (٤) انظر روضه الطالبين ١٠٨: ٤.

٥- (٥) انظر روضه الطالبين ١٠٨: ٤.

٦- (٦) في ج ٤٣٠: ٣-٤٣١.

و فى القيمه المعتبره حينئذ أوجه أظهرها عند الأصحاب اعتبار قيمته يوم الإقباض -و هو تسليم البدل- لا يوم الإعواز، لأن الواجب فى الذمه هو المثل، و إنما ينتقل إلى القيمه عند إرادته التسليم و تعذر المثل. و لو وجبت القيمه وقت الإعواز لكان إذا تمكّن من المثل بعده و لما يسلم القيمه لا يجرى تسليم المثل، لاستقرارها فى الذمه.

و تعبير المصنّف باليوم توسّع، و المراد حين الإقباض، لإمكان اختلاف القيمه فى ذلك اليوم. و وجه اعتبارها بوقت الإعواز: أنه وقت العدول إلى القيمه.

و فيه وجه ثالث باعتبار أقصى القيم من حين الغصب إلى حين دفع العوض، و هو المعبر عنه بيوم الإقباض.

و رابع باعتبار الأقصى من حينه إلى حين الإعواز.

و وجههما يظهر من اعتبار الغائتين مع مراعاة أقصى القيم فى القيمى، لأنه مضمون فى جميع الأوقات، فليكن فى المثلى كذلك.

و خامس باعتبار الأقصى من حين الإعواز إلى حين دفع القيمه.

و وجهه: أن الإعواز وقت الحاجه إلى العدول إلى القيمه، فيعتبر الأقصى من يومئذ.

و اعلم أنه حيث يغرم القيمه ثمّ يقدر على المثل لا يردّ القيمه، بخلاف ما لو قدر على العين بعد أداء القيمه. و الفرق: أن المثل إنما وجب لتعذر البدل، و التعذر باق فلا يثبت الاسترداد، بخلاف ما لو قدر على العين، فإن القيمه كانت للحيلولة فإذا قدر على عين الحقّ وجب، لأن دفع القيمه إنما كان للمحافظه على حقّ المغصوب منه.

و لو أعوز فحكم (١) الحاكم بالقيمة، فزادت أو نقصت، لم يلزم ما حكم به الحاكم، و حكم بالقيمة وقت تسليمها، لأن الثابت في الذمه ليس إلا المثل.

و إن لم يكن مثلياً، (٢) ضمن قيمته يوم غصبه. و هو اختيار الأكثر.

و قال في المبسوط و الخلاف: يضمن أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف. و هو حسن. و لا عبره بزيادة القيمة و لا بنقصانها بعد ذلك، على تردد.

قوله: «و لو أعوز فحكم.. إلخ».

حكم الحاكم بالقيمة على تقدير الإعواز مترتب على طلب المالك، فكان لازم الحكم كون المطلوب من القيمة وقت الحكم، فإن دفعها الغاصب فذاك، و إلا لم يوجب الحكم تخصيصها بذلك الوقت من حيث إن الحكم تعلق به، لأنه وقت يجب فيه الدفع فإذا أخره إلى وقت آخر فالمعتبر وقت الدفع، و لا ينافي ذلك الحكم، لأن الثابت في الذمه المثل فلا يتعين إلا بدفع بدله على كل تقدير.

قوله: «و إن لم يكن مثلياً. إلخ».

إذا كان المغصوب متقوماً و تلف عند الغاصب لزمه قيمته، لكن متى تعتبر؟ فيه أقوال:

أحدها: أن المعتبر قيمته يوم الغصب. ذهب إليه الشيخ في موضع من المبسوط (١)، و نسبته المصنف هنا إلى الأكثر. و وجهه: أنه أول وقت دخول العين في ضمان الغاصب، و الضمان إنما هو لقيمته، فيقضى به حاله ابتداءً.

و يضعف بأن الحكم بضمان العين حينئذ بمعنى أنها لو تلفت وجب بدلها

ص: ١٨٥

١ - ١) لم نجده فيه. و نسبته إليه فخر المحققين في إيضاح الفوائد ١٧٣: ٢.

و هو القيمه، لا- وجوب قيمتها حينئذ، فإن الواجب ما دامت باقيه ردها، ولا- ينتقل إلى القيمه إلا- مع تلفها، فلا يلزم من الحكم بضمانها على هذا الوجه اعتبار ذلك الوقت.

و ثانيها: ضمان القيمه يوم التلف. ذهب إليه ابن البراج (١) والعلامة في المختلف (٢)، ونسبه في الدروس (٣) إلى الأكثر، ولم يذكر القول باعتبار يوم القبض- الذي جعله المصنف مذهب الأكثر- استضعافا له.

و وجه هذا القول: ما أشرنا إليه من أن العين ما دامت موجوده لا حقّ لمالكها في القيمه، زادت أم نقصت، ومن ثمّ لم يحكم عليه بضمان زياده القيمه السوقيه إذا نقصت حين الردّ، وإنما ينتقل حقّه إلى القيمه عند تلفها، فيعتبر قيمتها حينئذ، لأنه أول وقت وجوبها.

و هذا القول قويّ، إلا أن في صحيحه أبي ولّاد (٤) فيمن اكرى البغل و تجاوز به محلّ الشرط ما يدلّ على وجوب أعلى القيم بين الوقتين، ولولاها لما كان عن هذا القول عدول.

و ثالثها: ضمان أعلى القيم من حين القبض إلى التلف، وهو مذهب الشيخ في موضع آخر من المبسوط (٥) وفي الخلاف (٦) والنهايه [١]، واختاره ابن

ص: ١٨٦

١- (١) المهدّب: ٤٣٦-٤٣٧.

٢- (٢) المختلف: ٤٥٥.

٣- (٣) الدروس الشرعيّه ١١٣: ٣.

٤- (٤) الكافي ٥: ٢٩٠ ح ٦، التهذيب ٧: ٢١٥ ح ٩٤٣، الاستبصار ٣: ١٣٤ ح ٤٨٣، الوسائل ١٧: ٣١٣ ب (٧) من أبواب الغصب ح ١.

٥- (٥) المبسوط ٣: ٧٢ و ٧٥.

٦- (٦) الخلاف ٣: ٤٩٣ مسألة (٩).

إدريس (١)، واستحسنه المصنف هنا، لأنه مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حاله أعلى القيم، و لو تلف فيها لزم ضمانه فكذا بعده، و لأنه يناسب التغليظ على الغاصب.

و يضعف بما تقدّم من أن الزيادة للسوق ما دامت العين باقية غير مضمونه. و لا يلزم من ضمانها لو تلف في تلك الحالة ضمانها مع عدم تلفها، لأن ضمان القيمة على تقدير تلفها حينئذ ما جاء من قبل الزيادة، بل من حيث الانتقال من ضمان العين إلى القيمة، لفوات العين، و هو منتف على تقدير عدم تلفها في تلك الحالة العليا. و مؤاخذه الغاصب بالأشق لا يجوز بغير دليل يقتضيه، و قد تبين ضعفه. نعم، ما ذكرناه (٢) من دلالة الرواية عليه يرجح القول به لمجرد الرواية لا لما ذكره من الاعتبار.

و اعلم أن محلّ الخلاف ما إذا كان اختلاف القيمة مستندا إلى قيمة السوق مع بقاء العين بحالها، أما إذا استند نقص القيمة إلى نقص في العين ثمّ تلفت فإن الأعلى مضمون اتفاقا، لأن ذلك الجزء الفائت مضمون بقيمته يوم تلفه كضمان الجملة و إن بقيت الجملة، بخلاف زياده السوق.

إذا تقرّر ذلك، فحيث يحكم بضمان القيمة -على أيّ وجه قيل (٣) من الثلاثة- لا- عبره بزياده القيمة و لا- بنقصانها بعد يوم التلف، لأن الواجب القيمة

ص: ١٨٧

١- ١) انظر السرائر ٢: ٤٨١.

٢- ٢) في الصفحة السابقة.

٣- ٣) في «ذ»: قيل.

و الذهب و الفضّه يضمنان(١) بمثلهما.و قال الشيخ (١)-رحمه الله:-يضمنان بنقد البلد، كما لو أتلّف ما لا مثل له.

و لو تعذّر المثل، فإن كان نقد البلد مخالفا للمضمون في الجنس ضمنه بالنقد.و إن كان من جنسه، و اتّفق المضمون و النقد وزنا، صحّ.

و إن كان أحدهما أكثر قوّم بغير جنسه، ليسلم من الربا.و لا تظنّن أن الربا يختصّ بالبيع، بل هو ثابت في كلّ معاوضه على ربويّين متّفقي الجنس.

فمتى حكم بها استقرّت.نعم، لو قلنا بأن الواجب في القيميّ مثله-كما ذهب إليه ابن الجنيد (٢)مخيّرا بين دفع المثل و القيمة،و مال إليه المصنف في باب القرض (٣)-أتجه وجوب ما زاد من القيمة إلى حين دفعها كما في المثلى.

و المصنف-رحمه الله-تردّد في ذلك، لما ذكرناه من الشكّ في كون الواجب في القيميّ المثل أو القيمة.و الأظهر اعتبار القيمة، فلا يتغيّر بعد الحكم بها.

قوله:«و الذهب و الفضّه يضمنان.. إلخ».

كون الذهب و الفضّه مثليّين هو المشهور بين الأصحاب، بناء على أن أجزاء مميّلا-يختلف فيه القيمة إما مطلقا أو مع تقارب صفاته.و يمكن جريانه على باقي التعريفات، لأنه موزون،و يصحّ السلم فيه،و يجوز بيع بعضه ببعض في الجملة.و لا فرق فيه بين المضروب و غيره، إذا لم يكن فيه صنعه أو كانت محترمه.

ص:١٨٨

١-١) المبسوط ٣:٦١.

٢-٢) حكاه عنه فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد ١٧٤:٢-١٧٥،و الشهيد في غايه المراد:١٣٥.

٣-٣) شرائع الإسلام ٢:٨٤.

و قال الشيخ (١): إنهما قيمتان. و لعلّه نظر إلى ما أشرنا إليه سابقا من اختلاف المضروب منه في الصفات الموجبه لاختلاف القيمة، فلا يجرى عليه تعريف المثليّ بأنه ما تساوت قيمه أجزائه، لأنه اختار في المبسوط (٢) هذا التعريف من غير أن يعتبر تقاربها في الصفات، و لا يدخل فيه بدونه. و لكن لا بدّ من مراعاة ذلك في التعريف، و إلا لم يدخل فيه شيء من المثليات، لاختلاف صفات أصنافها الموجب لاختلاف قيمتها، من الحبوب و الأدهان و غيرها.

إذا تقرّر ذلك، فعلى الأظهر من كونهما مثليّين فغصبهما غاصب ضمنهما بمثلهما وزنا أو عددا، إن لم يكن فيهما صنعه. فإن تعدّر المثل أو قلنا بقول الشيخ (٣) إنهما قيمتان اعتبر قيمتهما بغالب نقد البلد. فإن كان نقد البلد مخالفا له في الجنس ضمنه بالنقد، لعدم المانع. و إن كان من جنس المغصوب و اتّفق الوزن و القيمة أخذ من نقد البلد أيضا. و إن اختلفا فكان الوزن أكثر من قيمتهما (٤) أو بالعكس، قال الشيخ في المبسوط (٥): له قيمتهما (٦)، و لكنّه لا يمكنه أخذ ذلك من غالب نقد البلد، لأنه ربا، فيقوم بغير جنسه و يأخذ قيمته ليسلم من الربا، فيأخذ كمال حقّه.

و ردّه ابن إدريس (٧) بمنع ثبوت الربا هنا، لأنه مختصّ بالبيع، فلا يضرّ اختلافهما في الوزن. و كذا لو عاب فردّه مع أرش النقص.

ص: ١٨٩

١- (١) المبسوط ٣: ٦١.

٢- (٢) المبسوط ٣: ٥٩.

٣- (٣) المبسوط ٣: ٦١.

٤- (٤) في «د، ط، خ، م»: قيمتها.

٥- (٥) المبسوط ٣: ٦١.

٦- (٦) في «ط، خ»: قيمتها.

٧- (٧) السرائر ٢: ٤٨٦.

و لو كان فى المغصوب (١) صنعه لها قيمه غالبا، كان على الغاصب مثل الأصل و قيمه الصنعه، و إن زاد عن الأصل، ربويا كان أو غير ربوي، لأن للصنعه قيمه تظهر لو أزيلت عدوانا و لو من غير غصب. و إن كانت الصنعه محرّمه لم يضمن.

و المصنف-رحمه الله-وافق الشيخ على ثبوت الربا هنا و إن خالفه فى الأصل، لكنّه فرض المسأله فيما لو تعدّر المثل. و أشار إلى الردّ على ابن إدريس بقوله: «و لا- تظنّن أن الربا يختصّ بالبيع، بل هو ثابت فى كلّ معاوضه» لعموم قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبَا (١). و من خصّه بالبيع نظر إلى أن الآيه مسوقه فى البيع حيث قال وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا (٢).

و ما اختاره المصنف أقوى، نظرا إلى العموم أو الإطلاق. و فى المختلف (٣) اختار مذهب ابن إدريس من اختصاصه بالبيع.

قوله: «و لو كان فى المغصوب. إلخ».

إذا كان المغصوب مثليا- كالنقدين- لكنّه اشتمل على صنعه لها قيمه- كالحلّى- لم يخرج عن المثليه بها عند المصنف-رحمه الله- و جماعه (٤)، لبقاء أجزائه متساويه فى قيمه بغير الصنعه، و تكون الصنعه مالا- زائدا على المثل، فيضمن الأصل بمثله و الصنعه بقيمتها، لأنها قيميه.

ثمّ إن حكمنا باختصاص الربا بالبيع فالحكم بضمانه بالمثل (٥) و قيمه الصنعه على إطلاقه. و إن عمّمناه قيل: كان الحكم كذلك، لتغاير المضمون، فإن

ص: ١٩٠

١- (١) البقره: ٢٧٥.

٢- (٢) البقره: ٢٧٥.

٣- (٣) المختلف: ٤٥٦-٤٥٧.

٤- (٤) تحرير الأحكام ١٣٩: ٢.

٥- (٥) فى «ذ،ر،خ»: فى المثل.

الصنعة أمر آخر غير الأصل، ولهذا تضمن لو أزيلت مع بقاء الأصل، ويصح الاستيجار عليها.

و يشكل بأنه لم يخرج بالصنعة عن أصله، وإنما اشتمل على وصف زائد، وقد صرحوا في باب الربا بأنه لا فرق بين المصنوع وغيره في المنع من المعاوضة عليه بزيادته. وهذا أقوى (١). فضمامانها بالقيمة أظهر. مع أننا نمنع من بقائه مثلياً بعد الصنعة، لأن أجزاءه ليست متفقة القيمة، إذ لو انفصلت نقصت قيمتها عنها متّصلة كما لا يخفى.

و في المسألة وجه ثالث بضمّان المصنوع بمثله مصنوعاً إن أمكنت المماثلة. وهو بعيد.

و اختلفت فتوى التذكرة في هذه المسألة، فقال في موضع منها (٢): «إذا أُلّف حلياً وزنه عشرة و قيمته عشرون ضمن الأصل بمثله و قيمة الصنعة، وكذا في غير النقدين، ربوياً كان أو غير ربوياً».

و قال في موضع (٣) آخر منها: «و لو كان فيه صنّاعه كمعمول الحديد و النحاس و الرصاص من الأواني و الآلات و نحوها، و الحلّي من الذهب و الفضة، و المنسوج من الحرير و الكتّان و القطن و الشعر و الصوف، و المغزول من ذلك، فالأقرب أنه يضمن بالقيمة».

و هذا كلّه إذا كانت الصنعة محلّله. أما المحرّمه، كالأواني حيث يمنع من اتّخاذها من النقدين مطلقاً، و كآلات الملاهي و الصليب و الصنم، فإنه يضمن بمثله، و لا تعتبر قيمة الصنعة، لأنه لا قيمة لها شرعاً.

ص: ١٩١

١- ١) في «ذر، خ»: «قوى».

٢- ٢) تذكره الفقهاء ٢: ٣٨٤.

٣- ٣) تذكره الفقهاء ٢: ٣٨٣.

و لو كان المغصوب دابّه،(١)فجنى عليها الغاصب أو غيره،أو عابت من قبل الله سبحانه،ردّها مع أرش النقصان.و يتساوى بهيمه القاضى و غيره فى الأرش.

قوله:«و لو كان المغصوب دابّه..إلخ».

لا ريب فى ضمان نقص الحيوان المغصوب بالعيب فى يد الغاصب،سواء كان من قبله أم من قبل غيره،لأن الجملة مضمونه عليه فكذا أبعاضها.و مع بقاء العين فهى مال المالك يتعيّن ردّه،فيجب أرش النقصان جمعا بين حقّ العين الموجوده و الصفات و الأجزاء المفقوده،فإن حقّ العين الردّ و الذاهب قيمه،و هو هنا الأرش.و هذا أمر لا يتفاوت بتفاوت الملاك.

و تبّه بقوله:«و يتساوى بهيمه القاضى و غيره»على خلاف مالك (١)و أحمد (٢)فى إحدى الروايتين عنه أن فى قطع ذنب بهيمه القاضى تمام قيمه،لأنها لا تصلح له بعد ذلك.

لنا:أن النظر فى الضمان إلى نفس المفوّت لا إلى أغراض الملاك،ألا ترى أن فى وطء جاريه الأب بالشبهه مهر المثل،كما فى وطء جاريه الأجنبيّ بالشبهه،و إن تضمّن وطء جاريه الأب تحريمها عليه.

ص:١٩٢

١-١) لم ينقل هذا القول إلا عن مالك،انظر الحاوى الكبير ٧:١٤٠،حليه العلماء ٥:٢٢٤،المغنى لابن قدامه ٥:٣٨٦.

٢-٢) لم ينقل هذا القول إلا عن مالك،انظر الحاوى الكبير ٧:١٤٠،حليه العلماء ٥:٢٢٤،المغنى لابن قدامه ٥:٣٨٦.

و لا تقدير فى قيمه (١) شىء من أعضاء الدابة، بل يرجع إلى الأرض السوقى. و روى فى عين الدابة ربع قيمتها.

و حكى الشيخ - رحمه الله - فى المبسوط (١) و الخلاف (٢) عن الأصحاب: فى عين الدابة نصف قيمتها، و فى العينين كمال قيمتها، و كذا كل ما فى البدن منه اثنان. و الرجوع إلى الأرض السوقى أشبه.

قوله: «و لا تقدير فى قيمه.. إلخ».

الحيوان المملوك يراعى فيه ماليتته، فيضمن بتلفه قيمته، و بتلف شىء من أجزائه نقصه بسببه (٣). و لا - فرق فى ذلك بين نوع من الحيوان و نوع، لا اشتراكهما فى الماليتة، فيجب فى نقصها الأرض كسائر الأموال. و هذا مذهب الأكثر، و منهم الشيخ فى المبسوط (٤).

و قال فى الخلاف (٥): «كل ما فى البدن منه اثنان ففيهما القيمة، و فى أحدهما نصفها». و احتج عليه بالإجماع و الرواية، و هى: كل ما فى البدن منه اثنان ففي الاثنين جميع القيمة، و فى الواحد نصفها.

و ردّه ابن إدريس (٦) بأن الرواية (٧) لم ترد كذلك إلا فى الإنسان، و حمل البهائم عليه قياس.

و كلام ابن إدريس جيد من حيث هذا العموم، فإنه لم يرد فى الحيوان

ص: ١٩٣

١ - ١) المبسوط ٣: ٦٢.

٢ - ٢) الخلاف ٣: ٣٩٧ مسألة (٤).

٣ - ٣) فى «خ»: بنسبته.

٤ - ٤) المبسوط ٣: ٦٢.

٥ - ٥) الخلاف ٣: ٣٩٧ مسألة (٤).

٦ - ٦) السرائر ٢: ٤٩٨.

٧ - ٧) انظر الوسائل ١٩: ٢١٣ ب «١» من أبواب ديات الأعضاء.

و لو غصب عبداً (١) أو أمه فقتله، أو قتله قاتل، ضمن قيمته، ما لم تتجاوز قيمه ديه الحرّ. و لو تجاوزت لم يضمن الزيادة. و لو قيل: يضمن الزائد بسبب الغصب، كان حسناً.

و لا- يضمن القاتل غير الغاصب سوى قيمته، ما لم تتجاوز عن ديه الحرّ. و لو تجاوزت عن ديه الحرّ ردت إليه. فإن زاد الأرش عن الجنايه طوّل الغاصب بالزيادة دون الجاني. أما لو مات في يده ضمن قيمته و لو تجاوزت قيمه ديه الحرّ.

مطلقاً. نعم، روى الكليني بإسناده إلى عاصم (١) بن حميد عن الباقر عليه السلام، و بإسناده إلى مسمع (٢) عن الصادق عليه السلام أن عليّاً عليه السلام قضى في عين الدابّة ربع ثمنها. و روى أبو العباس (٣) عن الصادق عليه السلام قال: «من فقأ عين دابّة فعليه ربع ثمنها».

و الأصحّ وجوب الأرش مطلقاً، لضعف ما أوجب التقدير أو عدمه، لأن هذه الروايات لا يقول الشيخ بمضمونها، و ما ادّعاه لم نقف فيه على روايه.

و قال في المختلف (٤): «تحمل الروايه و الإجماع الذي ادّعاه الشيخ على غير الغاصب في إحدى العينين، بشرط نقص المقدّر عن الأرش». و هذا الحمل حسن لو صحّت الروايه، و مع ذلك فمدلولها خلاف ما ادّعاه الشيخ.

قوله: «و لو غصب عبداً.. إلخ».

قاتل العبد غير الغاصب يضمن قيمته ما لم يتجاوز ديه الحرّ، فيردّ إليها.

ص: ١٩٤

١- (١) الكافي ٧: ٣٦٧ ح ١، و انظر التهذيب ١٠: ٣٠٩ ح ١١٥١، الوسائل ١٩: ٢٧١ ب «٤٧» من أبواب ديّات الأعضاء ح ٣.

٢- (٢) الكافي ٧: ٣٦٧ ح ٢ و انظر التهذيب ١٠: ٣٠٩ ح ١١٥٢، الوسائل ١٩: ٢٧١ الباب المتقدّم ح ٤.

٣- (٣) الكافي ٧: ٣٦٨ ح ٣، و انظر التهذيب ١٠: ٣٠٩ ح ١١٤٩، الوسائل ١٩: ٢٧٠ الباب المتقدّم ح ١.

٤- (٤) المختلف: ٤٥٧.

و حاصله: أنه يضمن أقلّ الأمرين من قيمته و ديه الحرّ. و هو موضع نصّ (١) و وفاق. و أما الغاصب، فإن مات عنده ضمن قيمته مطلقاً، لأنه مال محض و قد فوّته على مالكه عدواناً، فيلزمه قيمته كغيره من الأموال، و لا معارض هنا لهذا الحكم.

و إن قتله الغاصب و تجاوزت قيمته ديه الحرّ ففي ضمانه للزائد قولان:

أحدهما: العدم، ذهب إليه الشيخ في المبسوط (٢) و الخلاف (٣)، تسوية بين الغاصب و غيره، و لأصالة البراءة، و لأن الأغلب فيه الإنسانيّة لا الماليّة.

و ذهب المصنف - رحمه الله - و ابن إدريس (٤) و أكثر (٥) المتأخّرين إلى أنه يضمن جميع القيمة مطلقاً، لأنه مال فيضمنه بقيمته كما مرّ. و إنما اقتصرنا في غير الغاصب على الدية عملاً بالاتّفاق، فيبقى ما عداه على الأصل. و هذا أقوى، و عليه الفتوى. فلو قتله غيره، فزادت قيمته عن ديه الحرّ، لزم القاتل ديه الحرّ، و الغاصب الزيادة، لأن ماليّته مضمونه عليه.

قال في المختلف: «و الظاهر أن مراد الشيخ بقوله في المبسوط: إنه لا يلزم القاتل الزيادة عن ديه الحرّ، الجاني دون الغاصب، لأنه أشار في المبسوط إلى ما اخترناه من لزوم الزائد، لأنه قال: إذا غصب عبداً ففقطعه آخر يده، فإن رجع السيّد على الغاصب رجع بأكثر الأمرين ممّا نقص و أُرش الجنايه، و إن رجع على القاطع رجع بالأرّش و هو نصف القيمة، و الزائد في مال الغاصب، لاختصاص ذلك بالجاني، فلا يتعدّى إلى الغاصب، لما فيه من مخالفه الأصل، فإن العبد

ص: ١٩٥

١- (١) انظر الوسائل ١٩: ١٥٢ ب «٦» من أبواب ديات النفس.

٢- (٢) المبسوط ٣: ٦٢.

٣- (٣) الخلاف ٣: ٣٩٨ مسألة (٥).

٤- (٤) السرائر ٢: ٤٩٢.

٥- (٥) تحرير الأحكام ٢: ١٣٩، المختلف: ٤٥٧.

و لو جنى الغاصب (١) عليه بما دون النفس، فإن كان تمثيلاً، قال الشيخ (١): عتق و عليه قيمته.

و فيه تردّد، ينشأ من الاختصار بالعتق في التمثيل على مباشره المولى.

مال (٢). و على هذا فيرفع الخلاف.

قوله: «و لو جنى الغاصب.. إلخ».

وجه ما اختاره الشيخ من عتقه بتنكيل الغاصب عموم ما دلّ على عتق المنكّل به في النصوص الشامل لتنكيل المولى و غيره، فقد روى في التهذيب (٣) عن جعفر بن محبوب عمّن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كلّ عبد مثّل به فهو حرّ». و لا يعارضه ما ورد فيه تنكيل المولى بخصوصه، كروايه أبي بصير عن أبي جعفر (٤) عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكّل بمملوكه أنه لا سبيل عليه سائبه» لعدم التنافي بين الحكم بعتقه على المولى المنكّل و عتقه على كلّ من نكّل [به] (٥). و قد حقّقنا في باب العتق (٦) أن الأخبار كلّها ضعيفه.

و قد خالف ابن إدريس (٧) في العتق بتنكيل المولى فضلاً عن غيره.

ص: ١٩٦

١- ١) المبسوط ٣: ٦٢.

٢- ٢) المختلف: ٤٥٧، و انظر المبسوط ٣: ٦٢ و ٩٨.

٣- ٣) التهذيب ٨: ٢٢٣ ح ٨٠١، و انظر الكافي ٦: ١٨٩ ح ١، الوسائل ١٦: ٢٦ ب «٢٢» من أبواب كتاب العتق ح ١.

٤- ٤) التهذيب ٨: ٢٢٣ ح ٨٠٢، و انظر الكافي ٧: ١٧٢ ح ٩، الفقيه ٣: ٨٥ ح ٣٠٦، الوسائل ١٦: ٢٦ الباب المتقدّم ح ٢.

٥- ٥) من «د، ط، م».

٦- ٦) في ج ٣٥٩: ١٠.

٧- ٧) السرائر ٨: ٣-٩.

و كلّ جنايه ديتهـا مقدّره(١) في الحرّ، فهى مقدّره في المملوك بحساب قيمته. و ما ليست مقدّره في الحرّ ففيها الحكومه. و لو قيل: يلزم الغاصب أكثر الأمرين من المقدّر و الأرض، كان حسنا.

و المصنف (١) تردّد أيضا ثمّ في عتقه بالتنكيل مطلقا لذلك، و منه نشأ تردّده هنا، لأنّه إن كان و لا بدّ فينبغى الاقتصار في الحكم على تنكيل المولى، و قوفا فيما خالف الأصل على مورده و هو المولى، لأنّ عتقه مؤاخذه له على سوء فعله، و لعموم قوله صلّى الله عليه و آله: «لا عتق قبل ملك» (٢) و لأصاله بقاء الرقيّه في موضع الشكّ. و هذا هو المعتمد.

و العلامه في بعض فوائده بنى الخلاف في الحكم على الخلاف في الحكمه، فإن كانت في المولى للعقوبه لم يطرد، و إن كانت جبر و هن المنكل به لما فاته من التكبّس بالعتق اطرد.

و لا- يخفى ضعف هذا المبنى، لأنّه ردّ للحكمه إلى غير معلوم. و النصّ على تقدير العمل به غير معلّل. و العلّه المستنبطه ساقطه الاعتبار عند الأصحاب.

و بهذا يظهر فساد ما قيل أيضا من بناء الخلاف على أن التنكيل يخرج العبد عن الملكيه، أو المولى عن أهليه الملك بالنسبه إلى العبد، أو عقوبه محضه.

فعلى الأخيرين لا عتق، و على الأول يعتق. و كلّ ذلك ردّ إلى ما لا يعلم.

قوله: «و كلّ جنايه ديتهـا مقدّره.. إلخ».

الكلام في هذه كما سبق (٣) في الجنايه على نفسه حيث تزيد قيمته عن ديه

ص: ١٩٧

١- (١) شرائع الإسلام ١٠٤: ٣.

٢- (٢) الكافي ١٧٩: ٦ ح ١، الفقيه ٦٩: ٣ ح ٢٣٢، التهذيب ٢١٧: ٨ ح ٧٧٣، الاستبصار ٤: ٥ ح ١٤، الوسائل ٧: ١٦ ب «٥» من أبواب العتق ح ١.

٣- (٣) في ص: ١٩٥.

أما لو استغرقت (١) [ديته] قيمته، قال الشيخ -رحمه الله-: كان المالك مخيراً بين تسليمه و أخذ قيمه، و بين إمساكه و لا شيء له، تسويه بين الغاصب فى الجنايه و غيره. و فيه التردد.

الحرّ. و الأقوى فيها أيضا مراعاة جانب المائيه بالنسبه إلى الغاصب، فيضمن أكثر الأمرين من المقدّر و القيمه.

ثمّ إن كان هو الجانى فهذا حكمه. و إن كان الجانى عليه غير غاصب -بأن (١) قطع يده- ضمن أقلّ الأمرين من نصف قيمته و نصف ديه الحرّ. فإن زاد نصف القيمه عن نصف الديه تخير المالك بين الرجوع على الغاصب بنصف القيمه مطلقا، و يرجع الغاصب على الجانى بأقلّ الأمرين، و بين أن يضمن الجانى أقلّ الأمرين، فلا يرجع به على الغاصب، و يأخذ المالك من الغاصب الزائد إن اتفق.

و بالجملة، فقرار موجب الجنايه على الجانى و الزائد على الغاصب.

قوله: «أما لو استغرقت.. إلخ».

هذا قول الشيخ فى المبسوط (٢). و وجهه: أن المقتضى لدفعه إلى الجانى إذا أخذت منه قيمته التحرّز من الجمع للمالك بين العوض و المعوّض، و هذا المعنى موجود فى الغاصب، فيستويان فى هذا الحكم، لا شراكهما فى المقتضى، و لروايه أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى أنف العبد أو ذكره أو شيء يحيط بقيمته أنه يؤدى إلى مولاه قيمه العبد و يأخذ العبد» (٣). و هى شامله بإطلاقها للغاصب، إلا أن الطريق ضعيف.

ص: ١٩٨

١ - ١) فى «و»: فإن.

٢ - ٢) المبسوط ٣: ٦٢، و انظر الخلاف ٣: ٤٠٠ - ٤٠١ مسألة (٩).

٣ - ٣) التهذيب ١٩٤: ١٠ ح ٧٦٥، الوسائل ١٩: ٢٩٨ ب «١٨» من أبواب ديات الشجاج و الجراح ح ٣.

و لو زادت قيمه المملوك (١) بالجنايه، كالخصاء أو قطع الإصبع الزائده، ردّه مع ديه الجنايه، لأنها مقدّره.

و المصنف تردّد في ذلك، ممّا ذكره، و من أن المدفوع عوض [عن] (١) الفئات فلا جمع. و حمل الغاصب على الجاني قياس. و هذا أقوى. و هو خيره ابن إدريس (٢).

قوله: «و لو زادت قيمه المملوك.. إلخ».

الكلام هنا في الجمع بين العين و القيمه أو تخير المالك بين أحدهما كالسابقه، فقد قيل بأنه لا يجمع بينهما. و الأصحّ خلافه، لأن القيمه عوض الفئات لا- عوض الجميع، فلا- يلزم الجمع، و إن كان المدفوع يصلح لأن يكون قيمه للمجموع، إلا- أنه هنا لم يقع كذلك، بل قيمه لبعضه. و الشيخ (٣) وافق على جمع المالك بين الأمرين هنا، محتجّاً بأنه ضمان مقدّر.

و قيل في قطع الإصبع الزائده إنه لا شيء فيها، لعدم نقص القيمه كما هو الفرض. و الأصحّ ضمان قيمتها، لأن لها مقدّراً و هو ثلث ديه [الإصبع] (٤) الأصليّه.

و احترز بقوله: «لأنها مقدّره» عمّا لو نقص السمن المفرط و لم تنقص القيمه، فلا شيء للمالك بلا (٥) إشكال، لأنه لا مقدّر له شرعاً ليجب بفواته، و لا

ص: ١٩٩

١- ١) من الحجرّيتين.

٢- ٢) السرائر ٢: ٤٩٦-٢: ٤٩٧.

٣- ٣) المبسوط ٣: ٦٤.

٤- ٤) من «ط».

٥- ٥) في «ذو»، و لا، و في «خ»: فلا.

و البحث فى المدبّر (١) و المكاتب المشروط و أم الولد كالبحث فى القنّ.

و إذا تعذّر تسليم المغصوب (٢) دفع الغاصب البديل، و يملكه المغصوب منه، و لا يملك الغاصب العين المغصوبه. و لو عادت كان لكلّ منهما الرجوع.

نقصت فيه (١) القيمه ليجب قدر النقص، فهو من قبيل الجنايه على ما لا قيمه له.

قوله: «و البحث فى المدبّر.. إلخ».

لاشتراك الجميع فى أصل الرقيّه و إن تشبّث الثلاثه بالحريّه. و فى حكم المشروط هنا المطلق الذى لم يؤدّ شيئا، و كان عليه أن يذكره لثلاث يوههم خروجه من حيث إنه مخالف للمشروط فى كثير من الأحكام. و لو أدّى شيئا كان فى جزئه الحرّ فى الواقع بنسبه المؤدّى بحكم الجانى الحرّ.

قوله: «و إذا تعذّر تسليم المغصوب.. إلخ».

إذا تعذّر ردّ العين على الغاصب عند طلب المالك لها -و المراد التعذّر عادة- وجب عليه دفع بدلها إلى المالك مثلا أو قيمه. فإن رضى المالك بالبديل على وجه المعاوضه ملكه ملكا مستقرّا لا يزول بالقدره على العين بعد ذلك. و إن أخذه على وجه البدليه -لتعذّر العين- ملكه أيضا ملكا محضا، فنماؤه المنفصل له، لكن متى عادت العين كان لكلّ منهما الرجوع فى ماله، فيجبر الآخر على ردّ ما بيده، سواء فى ذلك الغاصب و المالك على الأقوى. و أما العين المغصوبه فهى باقيه على ملك مالکها مطلقا، و نماؤها له متّصلا و منفصلا، و إنما ملكك العوض للحيلولة بينه و بين ملكه لا لكونه عوضا، حتى لو اتّفقا على ترك الترادّ فلا بدّ من بيع و نحوه ليملك الغاصب العين.

ص: ٢٠٠

و على الغاصب الأجره،(١)إن كان ممّا له أجره فى العاده،من حين الغصب إلى حين دفع البدل.وقيل:إلى حين إعادته المغصوب.و الأول أشبه.

هكذا أطلقوه.و لا- يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض و المعوّض على ملك المالك من غير دليل واضح.و لو قيل بحصول الملك لكلّ منهما مترزلاً،أو توقّف ملك المالك (١)للبدل على اليأس من العين و إن جاز له التصرّف فيه،كان وجهها فى المسأله.

قوله:«و على الغاصب الأجره..إلخ».

لا إشكال فى وجوب الأجره قبل دفع البدل،لأن يد الغاصب يد عدوان محض.و أما بعده فقليل الحكم كذلك،لأن الغاصب لم يملك العين،و إنما دفع بدلها لمكان الحيلولة لا على وجه المعاوضه،و لهذا كان النماء المنفصل (٢)للمالك،فحكم الغصب باق إلى أن ترجع العين إلى مالكةا.

و المصنف-رحمه الله-رّجح سقوط الأجره بعد دفع البدل،لأن الغاصب قد برئ من العين بدفع بدلها،فببراً من توابعها إلى أن يتمكّن منها.و هذا لا يتم مع الحكم ببقائها على ملك المالك،و عدم وجود مسقط لضمان الغاصب لها،فإنه لا يكون إلا بردها أو بالمعاوضه عليها على وجه تنتقل عن ملك مالكةا،و نحو ذلك،و لم يحصل.

ص:٢٠١

١- ١) كذا فى هامش «د،و» و إحدى الحجرّيتين،و هو الصحيح،و فى متنها و سائر النسخ: الغاصب.

٢- ٢) فى «ط»:المتصل.

و لو غصب شيئين ينقص (١) قيمه كلّ واحد منهما إذا انفرد عن صاحبه كالخفين، فتلف أحدهما، ضمن التالف بقيمته مجتمعاً، و ردّ الباقي و ما نقص من قيمته بالانفراد. و كذا لو شقّ ثوبا نصفين، فنقصت قيمه كلّ واحد منهما بالشقّ، ثمّ تلف أحدهما.

قوله: «و لو غصب شيئين ينقص.. إلخ».

أما ضمان قيمه التالف مجتمعاً فلأن ذلك هو قيمته [من] (١) حين الغصب إلى حين التلف. و أما نقصان قيمه الآخر بالانفراد فلحصوله بسبب التفريق المستند إليه. فلو كانت قيمتهما مجتمعين عشرة، فصارت قيمه الباقي إلى ثلاثه، ضمن سبعة. و مثله القول في شقّ الثوب ثمّ تلف أحد النصفين. و يفرض نقص أحد النصفين - و إن كان غير متوقّف على الآخر، من حيث إمكان الانتفاع به في غيره - بأن يكون جعله ثوبا إنما يحصل بهما، لصغر النصف عن الاستقلال و عدم وجود مماثل له يتمّمه و نحو ذلك.

و اعلم أنه على تقدير تلف أحد النصفين من الثوب المشقوق لا - حازه إلى نقصانهما بالشقّ، بل لو كان النقصان بواسطة تلف أحدهما من غير أن ينقصا بالشقّ فالحكم كذلك، بل هو الموافق للمسألة السابقة، فإن النقصان لو استند إلى الشقّ قبل التلف لكان ضمان النقص حاصلًا و إن ردّهما. و يمكن أن يجعل الباء في الشقّ سبباً، على معنى نقصان كلّ واحد بواسطة التفرقة التي سببها الشقّ، ليكون أدخل في تشبيه حكم المسألة السابقة، و إن كان لا يخلو من تكلف، و الأول مع سلامته عنه يبعد (٢) معه الشبه.

ص: ٢٠٢

١ - ١) من «د، ط، م».

٢ - ٢) في «د، م»: بعيد.

أما لو أخذ فردا من خَفَيْن (١) يساويان عشره، فتلف في يده، وبقى الآخر في يد المالك ناقصا عن قيمته بسبب الانفرد، ردَّ قيمه التالف أن لو كان منضمًّا إلى صاحبه. وفي ضمان ما نقص عن قيمه الآخر تردَّد.

قوله: «أما لو أخذ فردا من خَفَيْن. إلخ».

الفرق بين هذه المسألة و التي قبلها الموجب لاختلافهما في الحكم -مع اشتراكهما في تلف أحد الزوجين و نقصان الآخر-: أن التلف في الأول حصل بعد إثبات الغاصب يده عليهما معا، فكان الذهاب من القيمة بالتلف و النقصان مضمونا عليه، بخلافه هنا، فإنه لم يغصب إلا أحد الشئتين فيضمن قيمته قطعاً، و الآخر حصل نقصه بسبب التفريق المستند إليه من غير أن يكون غاصبا له، فيكون كحبس المالك عن الماشيه فتتلف، فيحتمل ضمان النقص للسببيته، و عدمه، لعدم غصبه. و الأقوى الضمان. و قد تقدّم (١) أنه يتحقّق بالسببيّه و إن لم يكن هناك غصب.

و بقي الكلام في قيمة التالف الذي غصبه، فإنها كانت على تقدير اجتماعه مع الآخر تزيد عن حاله التفريق، و تلفه في يده لم يحصل إلا حاله التفريق، فإذا اعتبرنا قيمته يوم التلف احتمل وجوب قيمته منفردا حينئذ، أو (٢) قيمته مجتمعا، لأنه سبب في ذهاب الزائد كالآخر. و المصنف -رحمه الله- جزم بضمنان قيمته مجتمعا. و هو الأصحّ. و لا منافاه بين الحكم بوجوب القيمة يوم التلف و ضمان الزيادة، لأننا نوجب قيمته يوم التلف بسبب الغصب و الزيادة بالسببيّه كما مرّ (٣).

مثاله: لو كانت قيمتهما عشره، و أحدهما مجتمعا خمسه، و منفردا ثلاثه،

ص: ٢٠٣

١- ١) في الصفحة السابقة.

٢- ٢) في «ر، خ، م»: و قيمته.

٣- ٣) في الصفحة السابقة.

و لا- تملك العين المغصوبه (١) بتغييرها و إخراجها عن الاسم و المنفعه، سواء كان ذلك بفعل الغاصب أو فعل غيره، كالحنطه تطحن، و الكتان يغزل و ينسج.

ضمن الثلاثه إجماعا، و فى تمام الخمسه وجهان أصحهما الضمان، و فى تمام السبعه بسبب الباقي (١) وجهان أيضا. و الأصح ضمان السبعه.

قوله: «و لا تملك العين المغصوبه.. إلخ».

هذا الحكم محلّ وفاق بين الأصحاب، و إنما خالف فيه أبو حنيفه (٢)، فجعل كلّ تغير مغير للاسم موجبا لانتقال المالك إلى الغاصب، و يغرم للمالك مثله أو قيمته. و ضعفه ظاهر، لأصالة بقاء الملك، مع عدم ثبوت كون التغير موجبا لانتقال الملك عن ماله. و كما لا يملك الغاصب العين بهذا العمل لا يملك شيئا من الأجره بسببه، لتعديده.

ثمّ ينظر إن كان ممّا يمكن ردّه إلى حاله الأولى فردّه ضمن أرش النقص إن [كان] (٣) نقصت قيمته. و لو رضى المالك ببقائه على حاله الثانيه لم يكن للغاصب ردّه. و إن ألزمه بالردّ إليها لزمه مع الأرش إن نقص. و لو كان ممّا لا- يمكن ردّه- كطحن الحنطه- فهو للمالك مجّانا، و أرش نقصه إن فرض نقصه فى بعض الأحيان.

ص: ٢٠٤

١- ١) فى إحدى الحجريّتين: الثانى.

٢- ٢) الباب ١٩١: ٢، حليه العلماء ٢٥٧: ٥، شرح فتح القدير ٢٥٩: ٨، المغنى لابن قدامه ٤٠٣: ٥.

٣- ٣) من «د، ط».

و لو غصب مأكولا فأطعمه (١) المالك، أو شاه فاستدعاه ذبحها مع جهل المالك، ضمن الغاصب.

و إن أطعمه غير المالك، قيل: يغرم أيّهما شاء، لكن إن أغرم الغاصب لم يرجع على الآكل، و إن أغرم الآكل رجع الآكل على الغاصب، لغروره.

و قيل: بل يضمّن الغاصب من رأس، و لا ضمان على الآكل، لأن فعل المباشر ضعف عن التضمن بمضامته الاغترار، فكان السبب أقوى.

قوله: «و لو غصب مأكولا فأطعمه.. إلخ».

إنما ضمن الغاصب مع كون المالك مباشرا للإتلاف و متسلّما لماله لضعف المباشره (١) بالغرور و اليد، لأن التسليم ليس تامّا، فإن التامّ هو التسليم على وجه يكون بتسليمه يتصرّف تصرّف الملاك لا التصرّف على وجه دون آخر. و قد تقدّم (٢) البحث في ذلك. و مثله ما لو استدعاه ذبح شاته و نحوها من الحيوان، لضعف المباشره بالغرور، و كونه قد أذن له في الإتلاف مجّانا فلا يستتبع الضمان المقتضى لعدم غرم الغاصب له.

و أما إذا أطعم الطعام غير المالك فقد ترتبت الأيدي على المغصوب، فيتخير المالك في تضمين كلّ واحد من الآكل و الغاصب، و يستقرّ الضمان على الغاصب مع جهل الآكل، لغروره و قدومه على أن الأكل مجّانا لا يتعقّب الضمان، فإذا فرض رجوع المالك عليه رجع على الغار (٣) جمعا بين الحقيين. و هذا هو

ص: ٢٠٥

١ - ١) في «د،م»: المباشر.

٢ - ٢) في ص: ١٥٦-١٥٧.

٣ - ٣) في «ل،و»: الغاصب.

و لو غصب فحلا، فأنزاه (١) على الأنثى، كان الولد لصاحب الأنثى و إن كانت للغاصب.

و لو نقص الفحل بالضراب، ضمن الغاصب النقص، و عليه أجره الضراب. و قال الشيخ في المبسوط: لا يضمن الأجره. و الأول أشبه، لأنها عندنا ليست محرّمة.

أصحّ القولين. و قد تقدّم (١).

و قيل: يختصّ الضمان بالغاصب من غير أن يشاركه الآكل في أصل الغرم، لضعف المباشرة بالغرور، فاختصّ السبب لقوّته.

و الأظهر الأول، لأن ضعف المباشرة لا يبلغ حدّا ينتفى به الرجوع عليه، مع كونه متصرّفا في مال الغير و متلفا له. نعم، ينجبر غروره برجوعه على الغارّ على تقدير رجوع المالك عليه ابتداء.

قوله: «و لو غصب فحلا فأنزاه.. إلخ».

لا- خلافاً في كون الولد في الحيوان غير الإنسان تابعا للأم خاصّه، سواء في ذلك الغاصب و غيره، لأنه نماؤها. و لا في ضمان الغاصب أرش الفحل على تقدير نقصانه، لأن نقص المغصوب مطلقا مضمون على الغاصب، خصوصا الحاصل بسبب الاستعمال. و إنما الخلاف في ثبوت أجره الضراب عليه، فمنعه الشيخ في المبسوط (٢)، محتجّا بنهي النبي صلّى الله عليه و آله عن كسب الفحل.

و الأكثر على ثبوتها، لأنها منفعه محلّله قد استوفّاها الغاصب، فكان عليه عوضها. و حملوا النهى على الكراهه.

ص: ٢٠٦

(١- ١) في ص: ١٥٦-١٥٧.

(٢- ٢) المبسوط ٣: ٩٦.

و لو غصب ماله أجره (١) و بقى فى يده حتى نقص، كالثوب يخلق و الدابّه تهزل، لزمه الأجره و الأرش و لم يتداخلا، سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أو لم يكن.

قوله: «و لو غصب ماله أجره.. إلخ».

إنما لم يتداخلا لأن كلّ واحد من أرش النقصان و أجره العين ثابت على انفراده على الغاصب، فإذا اجتمعا ثبتا أيضا، استصحابا للحكم، و كون التداخل على خلاف الأصل.

و تبّه بقوله: «سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أو لم يكن» على خلاف بعض العامّه، حيث ذهب إلى أن نقصانه بالاستعمال يوجب التداخل و ضمان أكثر الأمرين من الأرش و الأجره، استنادا إلى أن نقص الأجزاء ملحوظ فى الأجره، و لهذا لا يضمن المستأجر الأجزاء الناقصه، و كان ما ينقص بالاستعمال تعتبر أجرته زائده على ما لا ينقص به، فلو لا كونها ملحوظه لم تتحقّق الزياده.

و يضعّف بمنع كونه ملحوظا بها مطلقا. و ما ذكره مستندا (١) لا يدلّ عليه.

و إنما الأجره فى مقابله الاستعمال، و النقصان غير مضمون على المستأجر، لإذن المالك له فى التصرف الشامل لما ينتقص معه العين و عدمه. و زياده الأجره بسبب النقص غير معلوم، و بتقديره لا يدلّ على التداخل [فإنّه غير الأول فلا يجبره] (٢).

ص: ٢٠٧

١ - ١) فى «ذ»: مسندا، و فى «د، و، م»: سندا.

٢ - ٢) من «د، ط، و، م».

و لو أغلى الزيت فنقص،(١)ضمن النقصان.و لو أغلى عصيرا فنقص وزنه،قال الشيخ:لا يلزمه ضمان النقيصه،لأنها نقيصه الرطوبه التي لا قيمه لها،بخلاف الأولى.و فى الفرق تردّد.

قوله:«و لو أغلى الزيت فنقص..إلخ».

إذا غصب زيتا أو دهنا فأغلامه،فإما أن ينتقص عينه أو قيمته أو كلاهما، أو لا ينتقص واحده منهما.فعلى الأول،بأن أغلى رطلين قيمتهما درهم فصارا رطلا قيمته درهمان،ففيه وجهان:

أصحّهما-و هو الذى يقتضيه إطلاق المصنف رحمه الله-:أنه يرده و يغرم مثل الرطل الذاهب،لأن للزيت بدلا مقدّرا و هو المثل،فصار كما لو خصى العبد فلم تنقص قيمته.و الزيادة الحاصله أثر محض لا ينجر به النقصان،كما لا يستحقّ به الغاصب شيئا.

و الثانى:أنه يرده و لا غرم عليه،لأن ما فيه من الزيادة و النقصان يستندان إلى سبب واحد،فينجر النقصان بالزيادة.و قد ظهر جوابه ممّا ذكر فى الأول.

و إن انتقصت قيمته دون عينه رده مع أرش النقصان.و إن انتقصا جميعا فالواجب عليه مع ردّ الباقي مثل ما ذهب بالإغلاء،إلا إذا كان ما نقص من قيمه أكثر ممّا نقص من العين،فيلزمه مع مثل الذاهب أرش نقصان الباقي.و إن لم ينتقص واحده منهما رده و لا شيء عليه.

و لو غصب عصيرا و أغلامه فهل هو كالزيت حتى يضمن مثل الذاهب إذا لم ينقص القيمة؟فيه وجهان،أحدهما-و هو الأظهر- نعم،لأنه مضمون بالمثل كالزيت.و الثانى:لا،و هو الذى اختاره الشيخ (١).

ص:٢٠٨

إشاره

النظر الثالث فى اللواحق و هى نوعان:

النوع الأول:فى لواحق الأحكام

إشاره

النوع الأول:فى لواحق الأحكام و هى مسائل:

الأولى:إذا زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب

الأولى:إذا زادت قيمه المغصوب (١) بفعل الغاصب، فإن كانت أثراً - كتعليم الصنعه، و خياطه الثوب، و نسج الغزل، و طحن الطعام - رده و لا شىء له. و لو نقصت قيمته بشىء من ذلك ضمن الأرض.

و الفرق: أن حلاوه العصير باقيه، و الذاهب منه مائيه و رطوبه لا قيمه لها، بخلاف الذاهب من الزيت، فإنه مائيه و زيت، فتقوم.

و يضعف كون المائيه لا قيمه لها و إن آلت إلى الذهاب فى الاستقبال، فإنه لا يمنع من تقويمها فى الحال.

قوله: «إذا زادت قيمه المغصوب. إلخ».

الزيادة فى المغصوب تنقسم إلى آثار محضه، و إلى أعيان. و الثانى يأتى (١). و جمله القول فى القسم الأول: أن الغاصب لا يستحق بتلك الزيادة شيئاً، لتعدّيه.

ثم ينظر إن لم يمكن رده إلى الحاله الأولى رده إلى مالكة بحاله مع أرش النقص إن اتفق نقصان قيمته. و إن أمكن رده إلى الحاله الأولى، فإن رضى به المالك لم يكن للغاصب رده إلى ما كان عليه، و إن ألزمه

ص: ٢٠٩

الرّد إلى الحالة الأولى لزمه ذلك مع أرش النقص إن نقص عمّا كان قبل تلك الزيادة.

إذا تقرّر ذلك، فمن صور هذا القسم تعليم الصنعه و خياطه الثوب و قصارته و طحن الحنطه و نحو ذلك. و إنما تكون الخياطه من هذا القسم إذا خاطه بخيوط المالك، أما إذا كانت الخيوط للغاصب فهي عين محضه، و سيأتي (١) ما يدلّ على حكمها في نظيرها.

ثمّ في (٢) الطحن و القصاره و شقّ الثوب و كسر الإناء ما (٣) لا- يمكن رده إلى ما كان. و لا يجبر [١] على رفاء الثوب و إصلاح الإناء، لأنّه لا يعود إلى ما كان بالرفاء و الإصلاح.

و لو غزل القطن المغصوب ردّ الغزل و أرش النقص إن نقص. و ليس للمالك إجباره على نقضه إن كان لا- يمكن رده إلى الحالة الأولى. و إن أمكن فله إجباره عليه مع ضمان النقص عن أصله لا- عن الصنعه، لأنّ أمر المالك برده إذن في إذهب الصنعه، و إن صارت حقّه بالتبعيه لملك العين مع كونها ليست عينا.

ص: ٢١٠

١- ١) في الصفحة التاليه.

٢- ٢) سقطت لفظه «في» من «د، ط، م».

٣- ٣) سقطت لفظه «ما» من «ذ، ل، و، خ».

و إن كان عينا،(١) كان له أخذها و إعادته المغصوب و أرشه لو نقص.

و لو صبغ الثوب كان له إزاله الصبغ، بشرط ضمان الأرض إن نقص الثوب. و لصاحب الثوب إزالته أيضا، لأنه فى ملكه بغير حق.

و لو أراد أحدهما ما لصاحبه بقيمته، لم يجب على أحدهما إجابته الآخر. و كذا لو وهب أحدهما صاحبه لم يجب على الموهوب له القبول.

ثمَّ يشتركان، فإن لم ينقص قيمه مالهما فالحاصل لهما، و إن زادا فكذلك. و لو زادت قيمه أحدهما كانت الزيادة لصاحبها. و إن نقصت قيمه الثوب بالصبغ لزم الغاصب الأرض، و لا يلزم المالك ما ينقص من قيمه الصبغ.

و لو بيع مصبوغا بنقصان من قيمه الصبغ لم يستحق الغاصب شيئا، إلا بعد توفيه المغصوب منه قيمه ثوبه على الكمال. و لو بيع مصبوغا بنقصان من قيمه الثوب، لزم الغاصب إتمام قيمته.

قوله: «و إن كان عينا. إلخ».

هذا هو القسم الثانى، و هو ما إذا كانت الزيادة من الغاصب عينا، أما محضه كالغرس، أو من وجه كصبغ الثوب. و سيأتى (١) حكم الأول، و الكلام هنا فى الثانى. و الصبغ إما أن يكون للغاصب، أو للمالك، أو لأجنبى، فهنا أحوال:

الأولى: أن يكون للغاصب، فينظر إن كان الحاصل محض تمويه لا- يحصل منه عين لو نزع فليس للغاصب النزع إن رضى المالك. و هل له إجباره عليه؟ فيه وجهان: نعم، لأنه قد يريد (٢) تغريمه أرش النقص الحاصل بإزالته، و: لا، لأنه

ص: ٢١١

(١ - ١) فى ص: ٢٣٩.

(٢ - ٢) فى «ط، ر، م»: يزيد.

حينئذ كقصاره الثوب. و الأقوى الأول.

و إن حصل بالانصباع عين مال، فإما أن يمكن فصله عنه، أو لا يمكن. ففي الثاني يصير شريكا للمغصوب منه، لأنه عين مال انضم إلى ملكه.

ثم ينظر إن كانت قيمته مغصوبا مثل قيمته و قيمه الصبغ قبل الصبغ - كما إذا كانت قيمة الثوب عشرة، و قيمه الصبغ عشرة، و هو يساوى بعد الصبغ عشرين، و لم يتغير قيمتهما - فهو بينهما بالسوية. و لو كان ذلك لزياده قيمة الثوب و نقصان قيمة الصبغ فهو بينهما بالنسبه، كما لو ارتفعت قيمة الثوب إلى اثني عشر، و انخفضت قيمة الصبغ إلى ثمانية. و لو زادت قيمتهما لزياده قيمة الثوب فالزياده لمالكه خاصه، أو لزياده الصبغ فالزياده للغاصب، أو لزيادتهما معا فهي بينهما على نسبه الزياده في كل منهما. و لو كانت الزياده بسبب العمل خاصه فهي بينهما، لأن كل واحد منهما قد زاد بالصنعه (١)، و الزياده الحاصله بفعل الغاصب إذا استندت إلى الأثر المحض تسلّم للمغصوب منه.

و لو نقصت قيمته عن قيمتهما معا فالنقصان على الغاصب خاصه، لأنه إن كان من الصبغ فظاهر، و إن كان من الثوب فضمانه عليه إذا لم يستند النقصان إلى الثوب وحده باعتبار السوق، حتى لو نقص و الحال هذه عن قيمة الثوب وحده لزم الغاصب أرش النقصان، و لا شيء له لمكان الصبغ.

و في الأول - و هو ما إذا أمكن فصله عن الثوب - فللغاصب إزالته مطلقا مع ضمان أرش الثوب إن نقص.

ص: ٢١٢

(١ - ١) في إحدى الحجرّيتين: بالصبغه.

و قيل [١]: إن أدى فصله إلى استهلاكه لم يجب الغاصب إليه، لاستلزامه التصرف في مال الغير بغير فائده، مع كونه متعدياً في أصل الفعل.

و الأشهر إجابته كما يقتضيه إطلاق المصنف -رحمه الله- لأنه لولاه لزم منه عدوان آخر، و هو التصرف في مال الغير بغير حق، إذ لا سبيل إلى تملكه بعوض، و لا بغيره قهراً، و بقاء الثوب في يد المالك ممنوعاً من التصرف فيه لأجل الصبغ ضرر آخر، فكانت إجابته الغاصب أصلح، و فيها جمع بين الحقين. فعلى هذا يجاب إليه و إن نقص الثوب مع ضمان أرشه.

و لو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول، لأن كل واحد مسلط على ماله، و لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه.

و قال ابن الجنيّد (١): إذا لم يرض المالك بالقلع، و دفع قيمة الصبغ، و جب على الغاصب القبول. و رجّحه في المختلف (٢).

و الأظهر العدم. و كذا لا يجب على أحدهما قبول هبه ما للآخر (٣)، لما فيه من المنه.

و لو طلب أحدهما البيع، فإن كان هو مالك الثوب أجبر الغاصب على الإجابة، دون العكس. و فرّقوا بينهما: بأن المالك يعسر بيعه الثوب منفرداً، لقلة الراغب ببيع الشرکه، و الغاصب متعدّ فليس له الإضرار بالمالك بالمنع (٤) من

ص: ٢١٣

١- ٢) انظر الهامش (١) هنا.

٢- ٣) انظر الهامش (١) هنا.

٣- ٤) في «دل، ط، و»: مال الآخر.

٤- ٥) في «ذ» و الحجریتین: بما يمنع من.

البيع، بخلاف الغاصب، فإنه بتعديده لا يملك إزاله ملك غير المتعدي.

و يحتمل أن لا يجبر أحدهما على موافقه الآخر، لتحقق الشرکه المقتضيه لذلك، و أن يجبر المالك للغاصب كالعكس، تسويه بين الشريكين، ليصل كل واحد منهما إلى ثمن ملكه الذي لا يمكن تحصيله (١) إلا به.

الحاله الثانيه: أن يكون الصبغ مغصوبا من غير مالك الثوب. فإن لم يحدث بفعله نقصان فلا غرم على الغاصب. و هما شريكان في الثوب المصبوغ كما سبق (٢) في الغاصب و المالك. و إن حدث نقصان، فإن بقيت قيمه الثوب فهي لصاحب الثوب، و يغرم الغاصب الصبغ للآخر. و إن زادت بما لا تبلغ قيمه الصبغ فالزائد لمالك الصبغ، و يغرم الغاصب له الباقي. و إن زادت عنهما فهو (٣) بينهما بالنسبه. هذا كله إذا لم تنقص القيمه السوقيه لأحدهما، و إلا - اعتبرت النسبه كما مرّ. و لو أمكن فصله فلهما تكليف الغاصب به. و لصاحب الثوب طلب الفصل أيضا. فإن حصل به نقص فيهما أو في أحدهما عما كان قبل الصبغ غرمه الغاصب.

الحاله الثالثه: أن يكون الصبغ مغصوبا من مالك الثوب أيضا، بأن أخذ ثوبه و صبغه في مصبغته. فإن لم يحدث بفعله نقصان فيهما فهو للمالك، و لا - غرم على الغاصب، و لا - شيء له إن زادت القيمه، لأن الموجود منه أثر محض. و إن حدث بفعله نقصان غرم الأرض. و إذا أمكن الفصل فللمالك إجباره عليه.

و للغاصب الفصل إذا رضى المالك.

ص: ٢١٤

(١ - ١) كذا في «د، ط»، و في سائر النسخ: تخلّصه، و في إحدى الحجرّيتين: تخليصه.

(٢ - ٢) في ص: ٢١١-٢١٢.

(٣ - ٣) في «ل»: فهي.

الثانية: إذا غصب دهنا كالزيت أو السمن فخلطه بمثله

الثانية: إذا غصب دهنا- (١) كالزيت أو السمن- فخلطه بمثله فهما شريكان. وإن خلطه بأدون أو أجود، قيل: يضمن المثل، لتعذر تسليم العين. وقيل: يكون شريكا في فضل الجوده، و يضمن المثل في فضل الرداءه، إلا أن يرضى المالك بأخذ العين.

أما لو خلطه بغير جنسه لكان مستهلكا، و ضمن المثل.

و اعلم أن المذكور في الكتاب هو الحاله الاولى لا غير.

قوله: «إذا غصب دهنا. إلخ».

إذا خلط المغصوب بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما، فلا- يخلو: إما أن يخلطه بجنسه، أو بغيره. و الأول: إما أن يكون بمثله في الجوده و الرداءه، أو بأعلى منه، أو بأدنى.

فإن خلطه بمثله فقد جزم المصنف و الأكثر (١) أنه يكون شريكا للغاصب بنسبه المخلوط، لأن عين مال المالك موجوده في الجملة، غايته أنها ممتزجه بغيرها، و ذلك لا يخرجها عن ملكه. و لأن في إثبات الشركه إيصال المالك إلى بعض حقه بعينه، و إلى بدل بعضه من غير زياده قوت على الغاصب، فكان أولى من إيصاله إلى بدل الكل.

و قال ابن إدريس (٢) ينتقل إلى المثل بالمزج و إن كان بالمساوى، لاستهلاك العين، إذ لا يقدر الغاصب على ردّها لو طلبه.

و ردّ بأن ذلك لا يوجب خروجها عن ملكه، كما اختلط المالا ن بغير

ص: ٢١٥

١ - (١) انظر المبسوط ٣: ٨٠، غنيه النزوع: ٢٨٠، إصباح الشيعة: ٣٤٠-٣٤١، الجامع للشرائع: ٣٥١، المختلف: ٤٥٥، قواعد الأحكام ١: ٢٠٦، جامع المقاصد ٦: ٣٠٢.

٢ - (٢) السرائر ٢: ٤٨٢.

اختيارهما أو برضا المالكين. و بأنه لو غصب رطلا- من هذا و رطلا- من هذا فخلطهما و جعلناهما بذلك هالكين يلزم انتقال الملك فيهما إلى الغاصب، و هو تملك اختيارى بمحض العدوان.

و إن خلطه بأجود فقولان:

أحدهما: أنه كذلك، لوجود عين المغصوب المقتضى لتسلط المالك عليها، و عدم الانتقال إلى مثلها أو قيمتها. و لا يقدر في ذلك الزيادة، لأنها زياده صفه بفعل الغاصب، فكان كما لو علم العبد صنعه أو صاغ النقره حليا.

و قال الشيخ في المبسوط (١) و ابن إدريس (٢): يتخير الغاصب في دفع القدر من العين أو غيرها، لأن العين قد استهلكت، إذ لا يقدر على الردّ لو طالبه، و التخيير في الحقيقة راجع إلى ضمان المثل، لأنه حيثئذ لا ينحصر في العين، و هي أجود ممّا يلزمه، فإذا بذلها وجب قبولها بطريق أولى. و لأن بعضها عين حقّه، و بعضها خير منه. و هذا هو القول الذى حكاه المصنف - رحمه الله - أولا.

و إن خلطه بالأردإ، فإن جعلناه في غيره هالكا فهنا أولى، فيعطيه مثله من غيره، و ليس له أن يعطيه منه، لأنه صار دون حقّه، إلا أن يرضى المالك و إن حكمنا بالشركة، نظرا، إلى بقاء العين. و إن كانت ناقصه تخير المالك بين أن يأخذ حقّه من العين، و بين أن يطلب المثل من غيره. و ظاهر العبارة أنه مع اختيار أخذه من العين يأخذها مجّانا. و الأقوى أخذ الأرض، لأن النقص حصل بفعل الغاصب فيضمن أرشه.

و إن خلط المغصوب بغير جنسه - كما إذا خلط الزيت بالشيرج، أو خلط

ص: ٢١٦

١- ١) المبسوط ٧٩: ٣- ٨٠.

٢- ٢) السرائر ٢: ٤٨٢.

الثالثه:فوائد المغصوب مضمونه(١)بالغصب.و هي مملوكه للمغصوب منه،و إن تجددت في يد الغاصب،أعيانا كانت كاللبن و الشعر و الولد و الثمر،أو منافع كسكنى الدار و ركوب الدابّه.و كذا منفعه كلّ ما له أجره بالعادة.

دقيق حنطه بدقيق شعير-فالمغصوب هالك،لبطلان فائدته و خاصيّته باختلاط غير الجنس به،بخلاف الجيّد مع الردىء المتّفقين فى الجنس.

و فيه وجه بثبوت الشرکه هنا أيضا،كما لو خلط برضاها أو امتزجا بأنفسهما.و قوّاه فى التذکره (١).

و له وجه،لأن إسقاط حقّه من العين مع وجودها بعيد.إلا أنه يشكل بأنه:

على تقدير القسمه الإجباريّه يكون قد حتمنا على المالك أخذ غير المثل إن كان الطالب هو الغاصب،أو (٢)كلّفنا الغاصب بغير المثل فى المثلىّ إن كان الطالب المالك،و كلاهما خارج عن قواعد الغصب،لكنّه وارد على تقدير امتزاجهما بغير الغصب كما مرّ،و فيه جمع بين الحقيّن.

قوله:«فوائد المغصوب مضمونه.إلخ».

لا- إشكال فى كون فوائد المغصوب لمالكه،لأنها نماء ملكه و منافعه،فتكون مضمونه فى يد الغاصب كالأصل.و لا فرق فى ثبوت أجره المنفعه بين أن يستعمل (٣)العين و عدمه.و على (٤)تقدير استعمالها و كون منفعتها مختلفه القيمه- بأن يكون العبد كاتباً خياطاً حائكاً و نحو ذلك-إن استعملها فى الأعلى ضمنها.

ص:٢١٧

١- (١) التذکره ٣٩٥:٢.

٢- (٢) فى «ذ»:و كلّفنا.

٣- (٣) فى «و»:تستعمل.

٤- (٤) فى «و»:لكن على.

و لو سمت الدابّه (١) فى يد الغاصب، أو تعلّم المملوك صنعه أو علما فزادت قيمه، ضمن الغاصب تلك الزيادة. فلو هزلت، أو نسي الصنعه أو ما علّمه فنقصت قيمه لذلك، ضمن الأرض و إن ردّ العين. و لو تلفت ضمن قيمه الأصل و الزيادة.

و إن استعملها فى الوسطى أو الدّنيا، أو لم يستعملها، ففى ضمان أجره متوسّطه أو الأعلى (١) وجهان.

و لو كان دابّه أو مملوكا اعتبرت أجرته فى الوقت المعتاد لعمله كالنهار دون الدليل، إلا أن يكون له صنعه فى النهار و اخرى فى الليل فيجب على الغاصب أجرتهما.

و فى القواعد (٢) اعتبر فى أجره الصانع الأعلى، ثمّ حكم فى مطلق المغصوب بضمان أجره المثل عن عمل مطلق. و لعلّ المطلق شامل الأعلى، لأنّ المراد بأجره المطلق أجرته لعلم يليق به عادة من غير تقييد بعمل مخصوص، كالكتابه مثلا. أو الخياطه أو ركوب الدابّه أو تحميل التراب عليها أو البرّ، فيتناول الأعلى حيث يكون قابلا له. و ربما فسر المطلق بالمتوسّط، فيختلف الحكم. قوله: «و لو سمت الدابّه. إلخ».

قد تقدّم (٣) أن زياده الأثر فى المغصوب يتبع العين، و لا- يستحقّ عليه الغاصب شيئا إذا كان بسببه، لأنّ الزيادة-من السمن و التعلّم-من الله سبحانه و تعالى و إن كان الغاصب سببا. و متى صار [السبب] (٤) بتلك الصفه ملكا للمغصوب منه

ص: ٢١٨

١- ١) فى «د، ط، و، م»: أعلى منه.

٢- ٢) قواعد الأحكام ١: ٢٠٣ و ٢٠٥.

٣- ٣) فى ص: ٢٠٩.

٤- ٤) من الحجرّيتين.

الأول: لو زادت القيمة لزيادة صفة

الأول: لو زادت القيمة (١) لزيادة صفة، ثم زالت الصفة، ثم عادت الصفة و القيمة، لم يضمن قيمه الزيادة التالفه، لأنها انجبرت بالثانيه. و لو نقصت الثانيه عن قيمه الأولى ضمن التفاوت.

أما لو تجددت صفة غيرها، مثل أن سمت فزادت قيمتها، ثم هزلت فنقصت قيمتها، ثم تعلّمت صنعه فزادت قيمتها، ردّها و ما نقص بفوات الاولى.

فهو مع الأصل في ضمان الغاصب. فإذا فرض تلفه، أو ذهاب الوصف خاصّه بأن نسي الصنعه و هزل السمن، كان مضمونا على الغاصب كالأصل، فيضمن ما تلف من الأصل و الزيادة. وهذا ممّا لا إشكال فيه.

قوله: «لو زادت القيمة. إلخ».

إذا تجدد الكمال بعد النقصان، سواء كان الكمال الأول الذى توسّط نقصه موجودا من حين الغصب أم تجدد فى يد الغاصب، فإن كان الكمال الثانى هو الأول بعينه، كما لو كان صانعا أو عالما فنسى العلم و الصنعه ثم تذكّرهما، فلا شبهه فى جبر المتجدد للذاهب، لأنه ذهب ثم عاد فكأنّه لم يزل. و لا يرد أن [ذلك] (١) العلم غير باق، فالعائد غير الزائل. لمنع ذلك أولا. و لو سلّم لزمه ضمانه و إن لم ينس، لأنه يتجدد فى يد الغاصب بعد زوال ما كان حالته.

و إن لم يكن عينه فلا يخلو: إما أن يكون من الوجه الذى حصل فيه الأول، كما لو هزلت الجارية ثم سمت و عادت القيمة كما كانت، ففيه قولان:

أحدهما: أنه ينجبر أيضا، و يسقط الغرم، كما لو أبق العبد فعاد، أو جنى

على عين فايضت ثم زال البياض. وهذا هو الذى يقتضيه إطلاق المصنف حيث خصّ الضمان بصفه غيرها، وإن كان ظاهر قوله: «ثم عادت الصفه» قد يقتضى خلاف ذلك، لأن السمن الأول غير الثانى، إلا أن الصفه - وهى نفس السمن - واحده.

و الثانى: العدم، لأن السمن الثانى غير الأول، والأول وقع مضمونا، و الثانى: تجدد هبه من الله تعالى كالأول لو كان متجددا، فلا يحصل للغاصب بسببه شىء. وهذا أظهر.

ثم على القول بالانجبار إنما يسقط الضمان مطلقا لو عادت القيمه بتمامها بالعائد، فلو لم تبلغ القيمه الأولى ضمن ما بقى من النقصان.

و إن كان الكمال من وجه آخر، بأن نسى صنعه و تعلم أخرى، أو أبطل صنعه (١) الإباق و أحدث صنعه (٢) أخرى، فلا انجبار بحال. و على هذا فلو تكرّر النقصان و كان فى كلّ مرّه مغايرا بالنوع للنقص فى المرّه الأخرى ضمن الكلّ، حتى لو غصب جاريه قيمتها مائه فسمنت و بلغت القيمه ألفا، و تعلّمت صنعه فبلغت ألفين، ثمّ هزلت و نسيت الصنعه فعادت قيمتها إلى مائه، ردّها و غرم ألفا و تسعمائه. و لو علّم العبد المغصوب سوره من القرآن أو حرفه فنسيها، ثمّ علّمه حرفه أو سوره أخرى فنسيها أيضا، ضمنهما.

و إن لم تكن مغايره، كما إذا علّمه سوره واحده أو حرفه واحده مرارا و هو ينساها فى كلّ مرّه، ففيه الوجهان، فإن قلنا لا يحصل الانجبار بالعائد ضمن النقصان فى كلّ مرّه، و إن قلنا يحصل ضمن أكثر المرات نقصانا.

ص: ٢٢٠

١ - ١) فى إحدى الحجريّتين: صفه.

٢ - ٢) فى إحدى الحجريّتين: صفه.

الثاني: لا يضمن من الزيادة (١) المتصلة ما لم تزد به القيمة، كالسمن المفرط إذا زال و القيمة على حالها أو زائده.

فروع الأول: لو مرض العبد المغصوب ثم برئ فزال أثر المرض، ففي جبر الصحه للفائت منها وجهان: نعم، لأن الصحه الثانيه هي الأولى. و به قطع في التذكرة (١). و الثاني: العدم، لمنع كونها الأولى، بل يكفي الشك فيستصحب حكم الضمان. و كذا الحكم فيما لو ردّه مريضاً ثم برئ و زال الأثر.

الثاني: لو غصب شجره فتحات [١] ورقها ثم أورقت، أو شاه فجزّ صوفها ثم نبت، يغرم الأول و لا يجبر الثاني، لأنه غيره، بخلاف ما لو سقط سنّ الجاريه المغصوبه ثم نبت أو تمعّط [٢] شعرها ثم نبت، فإنه يحصل الانجبار.

و الفرق: أن الورق و الصوف متقومان فيغرمهما، و سنّ الجاريه و شعرها غير متقوّمين، و إنما غرم أرش النقص الحاصل بفقدانهما و قد زال.

هكذا قيل. و هذا يتم في الشعر، أما في السنّ فلا، لأن لها مقدّراً من الحرّ فيكون حكمها في الرقّ بنسبته من القيمة.

الثالث: لو زادت قيمه الجاريه بتعلّم صنعه محرّمه كالغناء ثمّ نسبته، قيل:

لم يضمن النقصان، لأنه محرّم، و المضمون الزيادات المحترمه.

و ربما احتمل هنا الغرم، لأن الواجب على الغاصب قيمتها كذلك، و لهذا لو غصب عبداً مغنياً يغرم تمام قيمته.

قوله: «لا يضمن من الزيادة. إلخ».

لأن المعتبر من هذه الصفات القيمة، فما لا أثر له في زياده القيمة لا اعتبار

ص: ٢٢١

الرابعة: لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد، ويضمنه (١) و ما يتجدد من منافعه، و ما يزداد من قيمته لزيادته صفه فيه. فإن تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين قبضه إلى حين تلفه إن لم يكن مثليا.

به. و لا فرق في ذلك بين الموجود حال الغصب و المتجدد في يد الغاصب.

و احترز بقوله: «و القيمه على حالها» عما لو كان بعض السمن لا أثر له في القيمه و بعضه له أثر فزال الجميع، فإنه يضمن قيمه ما له أثر فيها دون ما زاد عليه.

قوله: «لا يملك المشتري ما يقبضه. إلخ».

لا إشكال في عدم ملك المشتري شراء فاسدا (١)، لأن نقل الملك من مالك إلى آخر موقوف على أسباب نصبها الشارع و حدود (٢) حددها، فما لم يحصل فالملك باق على أصله. و تسميته على تقدير فساد الشراء مشتريا مجاز بحسب الصورة، و إلا فالبيع حقيقه لا يطلق إلا على الصحيح.

و أما كونه مضمونا عليه فلا أنه قبضه ليكون مضمونا عليه كذلك. و لعموم:

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى». و للقاعده المشهوره: أن ما كان مضمونا بصحيحه يضمن بفاسده، و البيع لو صح انتقل ضمان المبيع إلى المشتري بمعنى كون تلفه من ماله، فيكون في فاسده كذلك.

و أما حكم المصنف بضمانه أعلى القيم فبتزيله منزله الغاصب، حيث إن المالك لم يأذن في قبضه إلا- على تقدير صحه البيع، فبدونه يكون موضوعا بيده بغير حق.

ص: ٢٢٢

١- ١) في «د،م»: بشراء فاسد.

٢- ٢) في «ط،ل»: و حدّ حدودها.

و لو اشترى من غاصب (١) ضمن العين و المنافع، و لا- يرجع على الغاصب إن كان عالما. و للمالك الرجوع على أيهما شاء. فإن رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري. و إن رجع على المشتري لم يرجع على الغاصب، لاستقرار التلف في يده.

و إن كان المشتري جاهلا- بالغصب رجع على البائع بما دفع من الثمن. و للمالك مطالبته بالدرك إما مثلا- أو قيمه، و لا يرجع [المشتري] بذلك على الغاصب، لأنه قبض ذلك مضمونا. و لو طالب الغاصب بذلك، رجع الغاصب على المشتري. [و لو طالب المشتري لم يرجع على الغاصب].

و هذا يتم على تفسير الغصب بأنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق، أما لو اعتبرنا العدوان لم يتم كونه غاصبا إلا بتقدير علمه بالفساد و جهل البائع، أما مع جهلهما أو جهل المشتري فليست يده يد عدوان. و الوجه حينئذ أنه يضمن القيمة يوم التلف إن لم نقل في الغاصب مطلقا كذلك، و إلا كان الحكم فيه كذلك مطلقا بطريق أولى.

قوله: «و لو اشترى من غاصب. إلخ».

المشتري من الغاصب- سواء كان عالما بالغصب أم جاهلا- من باب تعاقب الأيدي على المغصوب. و قد تقدّم (١) تفصيل حكمها، و لكن يزيد هنا بواسطة الشرى (٢) أحكاما تخصّه أو جب ذكره بخصوصه. و قد تقدّم الكلام فيه في البيع (٣) أيضا.

ص: ٢٢٣

١- ١) في ص: ١٥٥.

٢- ٢) كذا في «و»، و في سائر النسخ: المشتري.

٣- ٣) في ج ١٥٨: ٣-١٥٩.

و جمله أمره: أن المشتري إن كان عالما بالحال فهو غاصب محض يطالب بما يطالب به الغاصب. و يتخير المالك بين مطالبته بالعين أو بدلها و ما استوفاه من منافعها و فات تحت يده منها، و بين مطالبه الغاصب الأول و هو البائع.

فإن طالب البائع رجوع على المشتري بما استقرّ تلفه تحت يده، و بالعين إن كانت باقية و بدلها إن كانت تالفة، لاستقرار التلف في يده. نعم، لو كان قبل بيعه قد استوفى شيئاً من المنافع، أو مضى زمان يمكن استيفاء شيء منها فيه، أو نقصت في يده نقصاناً مضموناً، اختصّ بضمانه من غير أن يرجع به على المشتري ابتداءً أو عوداً.

و إن رجع على المشتري بشيء من ذلك لم يرجع على البائع، لاستقرار التلف أو ما في حكمه في يده. و لا- يرجع على البائع بالثمن إن كان تالفاً، لأنه قد سلّطه عليه و أذن له في إتلافه، و إن كان في مقابله (١) عوض لم يسلم له، لأنه مع علمه بأنه لا يسلم له العوض في حكم المسلّط عليه مجاناً، و للإجماع على ذلك.

و إن كان الثمن باقياً ففي رجوعه عليه به قولان:

أحدهما- هو الأشهر، بل ادّعى عليه في التذكرة (٢) الإجماع-: عدم الرجوع، لأنه (٣) بإعطائه إياه عالماً بعدم عوض حقيقى في مقابلته يكون في معنى هبته إياه، إذ لا معنى لها إلا إعطاء العين من غير عوض، و هو متحقّق هنا.

و للمصنف- رحمه الله- في بعض رسائله (٤) قول بجواز رجوعه به حينئذ.

و هو قوى، لعدم وقوع ما يدلّ على التملك، و أصالة بقاءه على ملك مالكة

ص: ٢٢٤

١- ١) في «ل، م»: مقابله.

٢- ٢) التذكرة ١: ٤٦٣.

٣- ٣) كذا في «و، خ»، و في سائر النسخ: و لأنّه.

٤- ٤) الرسائل السبع للمحقّق: ٣٠٦ المسألة الرابعة من المسائل الطبريّة.

و تسليطه (١) على التصرف فيه، غايته أن (٢) يمنع الرجوع بعوضه بعد تلفه أما مع بقائه فلا.

و إن كان جاهلاً، فإن كانت العين باقية في يده ردّها و أخذ الثمن إن كان باقياً و بدله إن كان تالفاً، لظهور فساد العقد الموجب لترادّ العوضين.

ثمّ إن كان عوض العين بقدر الثمن فذلك. و إن كان أزيد ففي رجوعه على الغاصب بالزيادة عن الثمن وجهان، من أن الشراء عقد ضمان و قد شرع فيه على أن يكون العين من ضمانه و إن كان الشراء صحيحاً، و من دخوله على أن يكون المجموع في مقابلة الثمن، و هو يقتضى كون الزائد عليه في معنى التبرّع به و إعطائه إيّاه بغير عوض، فإذا أخذ منه عوضه رجع به.

و هذا قويّ. و لا يمنع من ذلك كون البيع عقد ضمان، لأنه إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله و استقرّ عليه الثمن فهذا مسلم، و لكن لم يكن شارعاً فيه على أن يضمن القيمة، و معلوم أنه لو لم يكن المبيع مغصوباً لم يلزمه شيء بالتلف، غايته أن يكون ما قابل الثمن من المبيع مأخوذاً بعوضه و الباقي سالم (٣) له بغير عوض، فكان الغاصب مغرّراً موقعاً إيّاه في خطر الضمان فليرجع عليه. و إن كان المراد غيره فلم قلت: إن الشراء عقد ضمان مطلقاً؟ و حينئذ، فإن رجع المالك على المشتري جاهلاً- بعوض المبيع لم يرجع به على الغاصب البائع إن لم تزد قيمته عن الثمن. و إن رجع به على الغاصب رجع به على المشتري. و إن رجع بالزيادة على المشتري رجع بها على الغاصب. و إن

ص: ٢٢٥

١- ١) كذا فيما لدينا من النسخ الخطيّة، و لعلّ الصحيح: تسلّطه.

٢- ٢) في «ل»: أنه.

٣- ٣) في «ل»: سالماً.

و ما يغترمه المشتري،(١)مما لم يحصل له في مقابلته نفع،كالنفقه و العماره،فله الرجوع به على البائع.

و لو أولدها المشتري كان حرًا،و غرم قيمه الولد،و يرجع بها على البائع.

و قيل فى هذه:له مطالبه أيهما شاء.لكن لو طالب المشتري رجوع على البائع،و لو طالب البائع لم يرجع على المشتري.و فيه احتمال آخر.

أما ما حصل للمشتري فى مقابلته نفع،كسكنى الدار و ثمره الشجر و الصوف و اللبن،فقد قيل:يضمنه الغاصب لا غير،لأنه سبب الإلتلاف، و مباشره المشتري مع الغرور ضعيفه،فيكون السبب أقوى،كما لو غصب طعاما و أطعمه المالك.

و قيل:له إلزام أيهما شاء،أما الغاصب فلمكان الحيلولة،و أما المشتري فلمباشره الإلتلاف.فإن رجوع على الغاصب رجوع على المشتري،لاستقرار التلف فى يده.و إن رجوع على المشتري لم يرجع على الغاصب [و الأول أشبه][١].

رجع بها على الغاصب لم يرجع بها على المشتري.و يظهر من إطلاق المصنف عدم رجوع المشتري بالدرك مثلا و قيمه،و من تعليله بكونه قبضه مضمونا،عدم رجوعه بالزائد.و قد عرفت جواب التعليل.

قوله:«و ما يغترمه المشتري.إلخ».

ما تقدّم حكم رجوع المشتري على الغاصب بالثمن و عوض المبيع،

و الكلام هنا فى غيره من منافعه و ما غرمه على المبيع.

و محصّيه: أن غرامه المشتري بواسطة المبيع عليه أو المالك إن لم يكن حصل له فى مقابلته نفع - كالبناء و الغرس إذا نقضه المالك - فله الرجوع به على الغاصب، لأنه دخل على أن يكون ذلك له بغير غرم، و إنما جاء الضرر من تغير الغاصب. و كذا القول فى أرش نقصانه.

و إن حصل له فى مقابلته نفع، كالسكنى و الثمره و اللبن و الركوب إذا غرّمه المالك، ففى رجوعه به على الغاصب قولان:

أحدهما: العدم، ذهب إليه الشيخ فى المبسوط (١) و الخلاف (٢) و ابن إدريس (٣)، لمباشرته الإلتلاف مع حصول منفعه فى مقابلته، و حواله الضمان على مباشر الإلتلاف أولى.

و الثانى: الرجوع، ذهب إليه المصنف فى كتاب التجاره (٤) من هذا الكتاب و فى النافع (٥)، و إن كان هنا [١] لم يبرّح أحد القولين، لأن الغاصب قد غرّه، و لم يشرع على أن يضمن ذلك، فكان الضمان على الغارّ، كما لو قدّم إليه طعام الغير فأكله جاهلاً و رجع المالك على الآكل، أو غصب طعاماً فأطعمه المالك، فإنه لا يرجع على الغارّ.

و على هذا فيختير المالك بين رجوعه ابتداء على الغاصب، فلا يرجع على

ص: ٢٢٧

١- (١) المبسوط ٧١: ٣.

٢- (٢) لم نجده فيه.

٣- (٣) السرائر ٢: ٤٩٣.

٤- (٤) شرائع الإسلام ١٣: ٢.

٥- (٥) انظر المختصر النافع: ٢٥٦-٢٥٧، و لكنّه تردّد فى الحكم و لم يصرّح بالرجوع.

الخامسة: لو غصب مملوكه فوطئها، (١) فإن كانا جاهلين بالتحريم لزمه مهر أمثالها، للشبهة. وقيل: عشر قيمتها إن كانت بكراً، ونصف العشر إن كانت ثيباً. وربما قصّر بعض (١) الأصحاب هذا الحكم على الوطء بعقد الشبهة.

المشتري، وبين أن يرجع على المشتري لترتب يده على ماله، فيرجع على الغاصب. وقيل: بل يتعين الرجوع على الغاصب خاصه. والأصح الأول.

و لو كان المغصوب جاريه بكراً فافتضها المشتري فرجع عليه بالعوض، ففي رجوعه به الوجهان، لحصول نفع في مقابلته. وأولى بعدم الرجوع هنا لو قيل به ثم، لأنه بدل جزء منها أتلّفه، فأشبه ما لو قطع عضواً من أعضائها.

و أما المنافع التي لم يستوفها وفاتت تحت يده فرجع عليه بها، ففي حكم ما لم يحصل له في مقابلته نفع. وأولى بالرجوع، لأنه لم يتلف، ولا شرع في العقد على أن يضمّنها.

و لو أولد الأمه غرم قيمته لمولاها (٢) عند انعقاده حرّاً، ويرجع به على الغاصب، لأنه شرع في العقد على أن يسلم الولد حرّاً من غير غرامه، ولم يوجد منه تفويت. والكلام في تخيير المالك في الرجوع - مع استقراره - على الغاصب أو كونه ابتداءً عليه كما مرّ. ويحتمل إلحاق عوض الولد بما حصل له في مقابلته نفع كالمهر، لأن نفع حرّيه الولد يعود إليه. وهذا هو الاحتمال الذي أشار إليه، فيجرى فيه الوجهان، إلا أن الأشهر الأول.

قوله: «لو غصب مملوكه فوطئها. إلخ».

إذا وطئ الغاصب المملوكه المغصوبه فلا يخلو: إما أن يكونا جاهلين

ص: ٢٢٨

١ - ١) المبسوط ٦٥: ٣ - ٦٦.

٢ - ٢) في «ذ»: لمولاها.

بالتحريم، أو عالمين، أو بالتفريق. و على التقادير الأربعة: إما أن يجلبها، أو لا.

و على التقادير الثمانية: إما أن يطأها مختاره، أو مكرهه. و مع الجهل: إما أن يطأها بعقد، أو بدونه. و قد تقدّم الكلام على نظير المسألة فى النكاح (١) و البيع (٢).

و لنشر إلى أحكام المسألة إجمالاً تبعاً للمصنّف - رحمه الله - فنقول:

إن وطئها جاهلين بالتحريم وجب عليه مهر أمثالها، لأنه عوض منفعة البضع حيث لا - مقدّر له شرعاً. و به قال الشيخ (٣) و ابن إدريس (٤).

و قال بعض الأصحاب (٥): يجب عشر قيمتها إن كانت بكراً و نصفه إن كانت ثيباً، للرواية، و قد تقدّمت فى النكاح (٦) و ردّ بورودها فى غير محلّ النزاع على خلاف الأصل فيقتصر بها على موردها.

و فى المسألة قول (٧) ثالث، و هو أن الحكم بوجود مهر المثل أو العشر و نصفه مقصور على ما لو وطئ الغاصب بعقد الشبهة، بأن توهم حلّها بالعقد من دون إذن سيدها، لبعده عن شرائع الإسلام أو قرب عهده به.

و وجه هذا القول: أن منفعة البضع لا تضمن بدونه كما يظهر فى الزانية.

و حينئذ فلا يجب المسمى فى العقد بفساده، بل مهر المثل أو ما فى معناه، لأنه المقدّر شرعاً للبضع حيث يظهر فساد العقد.

ص: ٢٢٩

١- ١) فى ج ٣: ٣٩٢.

٢- ٢) فى ج ٨: ١٣- ١٦.

٣- ٣) المبسوط ٣: ٦٥- ٦٦.

٤- ٤) السرائر ٢: ٤٨٨- ٤٨٩.

٥- ٥) حكاة فخر المحقّقين فى إيضاح الفوائد ٢: ١٨٨.

٦- ٦) فى ج ٨: ١٨.

٧- ٧) انظر الهامش (١) فى الصفحة السابقة.

و لو افتَضَّها بإصبعه،(١)لزمه ديه البكاره.و لو وطئها مع ذلك،لزمه الأمان.

و الأظهر الأول.و عدم ضمان منفعة البضع بدون العقد ممنوع،كما يظهر ذلك فى وطء الشبهه،و هذا منه.

و اعلم أن الجهل بتحريم وطء المغصوبه قد يكون للجهل بتحريم الزنا مطلقا،وقد يكون لتوهم حلّها خاصّه،لدخولها بالغصب فى ضمانه،و لا يقبل دعواهما إلا من قريب العهد بالإسلام،أو فى من نشأ فى موضع بعيد من المسلمين،وقد يكون لاشتباها عليها و ظنّه أنها جاريتة،و هنا لا يشترط لقبول دعواه ما ذكر.

قوله:«و لو افتَضَّها بإصبعه.إلخ».

وجه وجوب الأمرين من غير أن يدخل أرش البكاره فى المهر أنهما أمران مختلفان،فإزاله البكاره جنايه و الوطء استيفاء منفعة البضع،فلا يدخل أحدهما تحت الآخر.

و ذهب جماعه-منهم العلامة فى التحرير[١]،و الشهيد فى الدروس[٢]-إلى التداخل،لأن البكاره ملحوظه على تقدير وجوب المهر أو العشر،و يزيد باعتبارها الواجب،و لو وجب أرش البكاره منفردا لزم وجوب مهر ثيب لا بكر،كما لو افتَضَّها بإصبعه ثمّ وطئها،فلا وجه للجمع بينهما.

و أجب بأن ملاحظه البكاره فى مهر المثل أو العشر لا يقتضى التداخل،

و عليه أجره مثلها (١) من حين غضبها إلى حين عودها.

و لو أحبلها لحق به الولد، (٢) و عليه قيمته يوم سقط حيًا، و أرش ما ينقص من الأمه بالولادة.

لأن ملاحظتها من حيث إن وطء البكر خلاف وطء الثيب، فملاحظتها باعتبار الوطء لا باعتبار الجنايه، فلا بد للبكاره من شيء زائد، و هو عشر آخر على قول أو أرش نقصان قيمتها عن حاله البكاره إلى الثوبه نظرا إلى نقص المائيه.

قوله: «و عليه أجره مثلها.. إلخ».

المراد أجره مثلها في غير زمان الوطء، لأنه قد ضمن منفعة البضع في وقته، فلا بد من استثنائه من الزمان. و المعتبر أجره المثل لما يصلح لعمله عادة مع اتحاده، و مع تعدده فالمعتبر أجره مثل الأعلى. و يمكن دخوله في مطلق أجره المثل، لأن المراد بها ما يبذل أجره في تلك المدّة لأمثال هذه الأمه على الوصف الذي (١) هي عليه من قبول الصنائع المتعدده التي من جملتها ملك (٢) الأعلى. و قد تقدّم (٣) البحث في ذلك.

قوله: «و لو أحبلها لحق به الولد.. إلخ».

أما لحوق الولد به فللشبهه الموجهه للإلحاق مثله. و أما وجوب قيمته عليه حينئذ فلاّنه وقت الحيلولة بين مولى الأمه و بين ما هو من نمائها و تابع لها، مراعاة للجمع بين الحقين، و لأنه أول وقت إمكان التقويم فيقوم أن لو كان رقيقا، و يسلم قيمته للمولى مع أرش نقصان الولادة لو نقصت.

ص: ٢٣١

١- ١) فيما لدينا من النسخ الخطيه: التي، و الصحيح ما أثبتناه.

٢- ٢) في «و»: تملك.

٣- ٣) في ص: ٢١٧.

و لو سقط ميتا،(١)قال الشيخ-رحمه الله-:لم يضمه،لعدم العلم بحياته.و فيه إشكال ينشأ من تضمين الأجنبي.

و فرق الشيخ-رحمه الله-بين وقوعه بالجنايه و بين وقوعه بغير جنايه.

قوله:«و لو سقط ميتا.إلخ».

إذا سقط الولد ميتا لا بجنايه جان من الغاصب أو أجنبي ففى وجوب شىء على الغاصب وجهان:

أحدهما:العدم.ذهب إليه الشيخ فى المبسوط (١)محتجاً بأنه لا يعلم كونه حياً قبل ذلك،و وجوب شىء فرع ثبوت الحياه،لأنه إنما يقوم بعد سقوطه حياً،و لعدم الحيلولة.

و لو سقط بالجنايه فعليه الضمان،لأن الإلقاء عقيب الضرب يظهر منه أن الموت بسببه،بخلاف الأول،لما تقرّر من أصله عدم الحياه إلى أن يعلم غيره.

و المصنف-رحمه الله-استشكل الحكم بعدم ضمان الحمل من غير جنايه،من حيث اعترف الشيخ بتضمين الأجنبي لو سقط بجنايته ميتا.و الفرق غير واضح،لأن عدم العلم بحياته ثابت على التقديرين،فإن كان مؤثراً فى عدم وجوب شىء فلا أثر للضرب.

و الوجه أن الغاصب يضمن ديه جنين أمه،سواء سقط بجنايه أم لا،لكن على تقدير كونه بجنايته فللمالك ديه جنين أمه،و باقى ديه جنين الحرّ للإمام، لأن القاتل لا يرث،و الأمه رقيقه لا ترث أيضاً.

ص:٢٣٢

و لو ضربها أجنبي (١) فسقط، ضمن الضارب للغاصب ديه جنين حرّ، و ضمن الغاصب للمالك ديه جنين أمه.

و لو كان الغاصب (٢) و الأمه عالمين بالتحريم، فللمولى المهر إن أكرهها الغاصب على الوطء، و عليه الحدّ. و إن طاوعت حدّ الواطئ و لا مهر.

و قيل: يلزمه عوض الوطء، لأنه للمالك. و الأول أشبه، إلا أن تكون بكرا فيلزمه أرش البكاره.

قوله: «و لو ضربها أجنبي. إلخ».

وجه الفرق: أن الولد محكوم بحرّيته، لأن الفرض كون الواطئ جاهلا و الولد لاحق به، فيضمن الجاني عليه لأبيه ديه جنين حرّ. و لما كان الغاصب ضامنا للمالك قيمته على تقدير كونه مملوكا - مراعاة لمنفعه الأمه - كان الواجب عليه للمولى ديه جنين أمه، على ما سيأتى (١). و لا - يتوقّف وجوب حقّ المولى على الغاصب على أخذه الحقّ من الجاني، بل كلّ واحد من الحقيّين متعلّق بدمّه غريمه من غير تقييد بالآخر.

قوله: «و لو كان الغاصب. إلخ».

من الصور التى سبق ذكرها ما إذا كانا عالمين بالتحريم، فإن انضمّ إلى ذلك كون الأمه مكرهه فللمولى مهر مثلها أو ما فى حكمه اتّفاقا، لانتفاء المانع و هو كونها بغيا، و على الغاصب الحدّ لكونه زانيا.

و إن طاوعته حدّ، و لا مهر على المشهور، لنهى (٢) النبىّ صلى الله عليه و آله

ص: ٢٣٣

١ - (١) فى الصفحه التاليه.

٢ - (٢) مسند أحمد ١: ٣٥٦، سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٠ ح ٢١٥٩، سنن أبى داود ٣: ٢٦٧ ح ٣٤٢٨، سنن الترمذى ٣: ٤٣٩ ح ١١٣٣، سنن النسائى ٧: ١٨٩، سنن البيهقى ٦: ٦.

و لو حملت لم يلحق به (١) الولد، و كان رقًا لمولاه، و يضمن الغاصب ما ينقص بالولاده. و لو مات ولدها في يد الغاصب ضمنه.

و لو وضعتة ميتًا، قيل: لا يضمن، لأننا لا نعلم حياته قبل ذلك.

و فيه تردّد.

و لو كان سقوطه بجنايه جان لزمه ديه جنين الأمه، على ما نذكر في الجنايات (١).

عن مهر البغى الشامل لموضع النزاع.

و قيل: لا يسقط هنا، لأنه مال لغيرها و هو المالك، و لا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى. و النهى عن مهر البغى لا يتناول المتنازع، لأن ذلك عوض المنفعة للمالك لا مهر حقيقى، و من ثم لا يطلق على الأمه اسم المهيّره، بل على الحرّه كما مرّ (٢) في بابها. و لأن النهى عن ثبوت المهر للبغى، و لا نقول إنه لها بل لمولاه.

لكن الأشهر بين الأصحاب هو الأول، بل قال الشهيد في شرح الإرشاد:

«إن القائل بثبوته غير معروف» [١] مع أنه مختار العلامة في التذكرة [٢]. و لا- إشكال في وجوب أرش البكاره لو كانت بكرا، لأن إزالة البكاره جنايه عليها فيثبت أرشها، و ليست كالوطء.

قوله: «و لو حملت لم يلحق. إلخ».

إنما لم يلحق الولد لكونه زانيا، فيكون رقًا للمولى، لأنه نماء مملوكته.

ص: ٢٣٤

١- ١) شرائع الإسلام ٢٩١: ٤.

٢- ٢) في ج ١٤٤: ٨.

و لو كان الغاصب (١) عالماً، و هى جاهله، لم يلحق الولد، و وجب الحدّ و المهر.

و كما لا يلحق بأبيه لا يلحق بأمه، لا شتراكهما فى المقتضى. و هو الذى يقتضيه إطلاق قوله: «لم يلحق الولد». و تظهر فائده عدم لحوقه بهما (١) فى عدم ثبوت التوارث بينهما لو فرض حرّيتهما أو أحدهما بعد ذلك.

ثمّ الولد مضمون على الغاصب ما دام فى يده كالأم. و لو وضعته ميّتا فالإشكال فى ضمانه كما سبق (٢). و لكن المصنف [١]- رحمه الله- جزم هنا بضمانه. و الوجه فيه: أنه لما كان محكوما برقيته كان ملحقاً بالمال، فيكون مضمونا عليه على كلّ حال كحمل البهيمة، و الحمل له قيمه شرعا و إن لم يعلم حياته، بخلاف السابق (٣)، فإن ضمانه لقيّمته موقوف على ولادته حيّا، لكونه حرّا، و لم يحصل. و كما يضمن ديه جنين الأمه يضمن نقص أمه بسبب الوضع و أجرتها.

قوله: «و لو كان الغاصب. إلخ».

هذه من الصور السابقة أيضا، و هى ما إذا كان الغاصب عالما بالتحريم و الأمه جاهله به، فهو زان دونها. و يلحق بها الولد دونه، و عليه الحدّ و المهر، لكون الوطء محترما من طرفها.

ص: ٢٣٥

١- ١) كذا فى «ص»، و فى سائر النسخ: بها.

٢- ٢) فى ص: ٢٣٢.

٣- ٤) فى ص: ٢٣٢.

و لو كان بالعكس (١) لحق به الولد، و سقط عنه الحدّ و المهر، و عليها الحدّ.

السادسه: إذا غصب حبّا فزرعه، أو بيضا فاستفرخه

السادسه: إذا غصب حبّا فزرعه، (٢) أو بيضا فاستفرخه، قيل:

الزرع و الفرخ للغاصب، و قيل: للمغصوب منه، و هو أشبه.

قوله: «و لو كان بالعكس. إلخ».

المراد بالعكس أن تكون هي عالمه بالتحريم دونه، و هي تتمم الصور (١) السابقه.

و حكمها: أن الولد لاحق به للشبهه، دونها للزنا، و عليه قيمه يوم ولادته حيا كما سبق (٢)، و عليها الحدّ للزنا. و في ثبوت المهر ما مرّ (٣) من الخلاف من كونها بغيا، و كونه مال الغير.

قوله: «إذا غصب حبّا فزرعه. إلخ».

القول بكونه للغاصب للشيخ في المبسوط (٤) و الخلاف (٥)، محتجّا بأن عين المغصوب قد تلفت فلا يلزم الغاصب سوى قيمتها أو مثلها، و الفرخ و الزرع غير الحبّ و البيض، و من قال إنهما عينهما فهو مكابر. مع أنه قال في الكتابين [١] أيضا بكونه للمالك. و هو الحقّ، لأن الزرع و الفرخ يكونان من عين مال المغصوب

ص: ٢٣٦

١- ١) في «د، خ، م»: الصورة.

٢- ٢) في ص: ٢٣١.

٣- ٣) في ص: ٢٣٣.

٤- ٤) المبسوط ١٠٥: ٣.

٥- ٥) الخلاف ٤٢٠: ٣ مسألة (٣٨).

و لو غصب عصيرا،(١)فصار خمرا،ثم صار خلا،كان للمالك.و لو نقصت قيمه الخل عن قيمه العصير،ضمن الأرض.

منه،و حدث النماء فى ملكه فلا يملكه الغاصب.و البيضة بحضن الدجاجة لها لم تخرج عن ملك المالك.و الاستحالات الحاصلة صفات حصل بسببها استعدادات مختلفة متعاقبه بخلق الله،تعالى،لا أثر للغاصب فيها.و أسباب التملك محصوره شرعا موقوفه على حكم الشارع،و ليس هذا منها.

و قول الشيخ:«إن العين قد تلفت»ممنوع،و لو تلفت لم يحصل لها نماء، و إنما استحالت صورتها النوعية و تغيرت صفاتها و خواصها،و ذلك لا يقتضى الخروج عن الملك.

و قوله:«إن من قال فى الفرخ إنه عين البيض،و الزرع إنه عين الحب، مكابر» فهذا مما لا يقول به أحد،و لا حاجة للحكم (١)ببقاء ملك المالك إلى القول به،بل نقول (٢)إن ملك الأصل له،و إن تبدل صفاته و خواصه لا يخرج عن ملكه. قوله:«و لو غصب عصيرا. إلخ».

إذا غصب عصيرا فصار خمرا ضمن مثله،لتنزيله بذلك منزله التلف، لخروجه عن أهلية الملك.فإن لم يدفع إليه العوض حتى صار خلا فى يد الغاصب عاد إلى ملك مالكة،لأن المانع كان هو الخمرية و قد زالت و إن حدث له صورة أخرى.

ثم ينظر إن نقصت قيمه الخل عن قيمه العصير ضمن الأرض.و يخالف هذا ما إذا غصبه خمرا غير محترمه فتخللت فى يده،فإنه لا يجب عليه ردّ الخل.

ص:٢٣٧

١- ١) فى «د،ط،خ،م»:للحاكم.

٢- ٢) فى «ذ،د،ل،م»:يقول.

و الفرق: أن العصير كان مملوكاً لمن هو في يده، وإنما طرأ عليه مانع الملك فيزول بزواله، بخلاف الخمر، فإنها لم تكن مملوكة له بوجه، وانتزاعها من يده غير مضمون، وتخللها أحدث ملكاً جديداً لمن هي في يده إن نوى بإبقائها في يده التخليل، أو مباحاً يستحقه من يسبق إلى أخذه.

و لو كان المغصوب خمراً متخذاً للتخليل فتخللت في يد الغاصب فالأقوى وجوب ردّها كالعصير، لكونها مستحقّة لمن هي في يده بهذه التيه، مع احتمال العدم، لعدم صلاحيتها للملك. و فائده احترامها جواز إبقائها في يده، و عدم وجوب إراقتها. و قد تقدّم البحث فيه في الرهن (١).

إذا تقرّر ذلك، فعلى تقدير تخمّر العصير في يد الغاصب لو اختار المالك تغريمه قبل انقلابها خلاً فله ذلك، فإذا أخذ العوض فانقلبت خلاً في يد الغاصب وجب ردّه و أخذ البدل، كما لو دفعه حيث لم يمكنه ردّ المغصوب لمانع آخر. مع احتمال استقرار ملك الغاصب عليه حينئذ، لخروجها عن أهليّة الملك حين الخمرية، و براءته منها بدفع البدل، و تخليلها أوجب حدوث ملكه لمن هي في يده.

و لو طلب المالك أخذها خمراً مع أخذ البدل، ففي [وجوب] (٢) إجابته إليه وجهان، من خروجها عن ملكه، و من ثمّ وجب البدل تامّاً، و من بقاء الأولويّة، لإمكان إرادته التخليل، و من ثمّ عاد ملكه إليها قبل دفع البدل. و هذا أقوى، إلا أن يعلم من حاله أنه يتخذها للشرب، لزوال حقّه حينئذ، و كون إعادتها إليه تعاوناً على الإثم و العدوان.

ص: ٢٣٨

١- ١) في ج ٤: ٦٩.

٢- ٢) من الحجريتين.

السابعة: لو غصب أرضاً، فزرعها (١) أو غرسها، فالزراع و نماؤه للزراع، و عليه أجره الأرض، و إزاله غرسه و زرعه، و طمّ الحفر، و أرش الأرض إن نقصت.

و لو بذل صاحب الأرض قيمه الغرس، لم يجب على الغاصب إجابته. و كذا لو بذل الغاصب لم يجب على صاحب الأرض قبوله، و لو هبه.

ثمّ على تقدير إعادتها إليه مع البذل فصارت خلاً في يد المالك، ففى وجوب ردّ المثل إلى الغاصب وجهان، من أنه أخذه للحيلولة بينه و بين مالكة و قد زالت بعود ملكه إليه فيجب الردّ، و من أن هذا ملك متجدّد، لأنّ العصير لمّا صار خمراً صار تالفاً فوجب بدله.

و الأقوى الأول، لأنّ الأصل ماله، و إنما حدث له مانع الخمرية فإذا زال المانع عاد الملك و لم يبطل حقّه منه رأساً، و إنما زال الملك بالفعل و بقى بالقوّه القريبه منه. و لا بدّ من مراعاة الأرض على تقدير نقصه حيث لا يجمع بينه و بين البذل.

قوله: «لو غصب أرضاً فزرعها. إلخ».

إذا زرع الغاصب الأرض المغصوبه أو غرس فيها غراساً فنماؤه له تبعاً للأصل، و لا يملكه المالك على أصحّ القولين.

و قال ابن الجنيّد (١): يتخيّر المغصوب منه بين أن يدفع إلى الغاصب نفقته على العين التي يحدثها و يأخذها، و بين أن يتركها له. و استند فى ذلك إلى روايه رواها عن النبىّ صلى الله عليه و آله: «من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم فله

ص: ٢٣٩

نفقته، وليس له من الزرع شيء» (١).

و الرواية لم تثبت صحتها. و تملك مال الغير بغير اختياره (٢) يتوقف على دليل ناقل عن حكم الأصل، و عموم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» (٣).

نعم، لمالك الأرض إزاله الغرس و الزرع و إن لم يبلغ أوانه و لم ينتفع به، بأن يكلفه القطع أو يقلعه بنفسه مع امتناعه، لقوله صلى الله عليه و آله: «ليس لعرق ظالم حق» (٤). خلافا لبعض العامة [١] حيث منع من قلع الزرع مجانا، لأن له غايه تنتظر، و حكم بتخير المالك بين أن يبقيه بأجره، و بين أن يملكه و يغرم مثل البذر و أجره عمله. و هو قريب من قول ابن الجنييد.

و لو أراد الغاصب القلع لم يكن للمالك منعه، لأنه عين ماله. و إذا قلع فعليه الأجره و تسويه الحفر و أرش الأرض إن نقصت. و لا يدخل الأرش في الأجره.

و لا يجب على أحدهما إجابته الآخر إلى تملك ما يملكه بعوض و لا غيره، للأصل، خلافا لمن أشرنا إليه.

ص: ٢٤٠

١- ١) سنن ابن ماجه ٢: ٨٢٤ ح ٢٤٦٦، سنن أبي داود ٣: ٢٦١ ح ٣٤٠٣، سنن الترمذى ٣: ٦٤٨ ح ١٣٦٦، سنن البيهقي ٦: ١٣٦.

٢- ٢) في الحجرتين: إذنه.

٣- ٣) الكافي ٧: ٢٧٣ ح ١٢، الفقيه ٤: ٦٦ ح ١٩٥، الوسائل ٣: ٤٢٤ ب «٣» من أبواب مكان المصلى ح ١، و انظر مسند أحمد ٥: ٧٢، سنن الدار قطنى ٣: ٢٦ ح ٩١، سنن البيهقي ٦: ١٠٠.

٤- ٤) المجازات النبويه: ٢٥٥ رقم (٢٠١)، عوالى اللئالى ٣: ٤٨٠ ح ٢، مسند أحمد ٥: ٣٢٧، سنن أبي داود ٣: ١٧٨ ح ٣٠٧٣، سنن الترمذى ٣: ٦٦٢ ح ١٣٧٨، سنن البيهقي ٦: ٩٩.

و لو حفر الغاصب (١) فى الأرض بئرا كان عليه طمّها. و هل له طمّها مع كراهيه المالك؟ قيل: نعم، تحفّظا من درك التردّى.

و لو قيل: للمالك منعه، كان حسنا، و الضمان يسقط عنه برضا المالك باستبقائها.

الثامنة: إذا حصلت دابّة فى دار لا تخرج إلا بهدم

الثامنة: إذا حصلت دابّة (٢) فى دار لا تخرج إلا بهدم، فإن كان حصولها بسبب من صاحب الدار، ألزم الهدم و الإخراج، و لا ضمان على صاحب الدابّة. و إن كان من صاحب الدابّة ضمن الهدم. و كذا إن لم يكن من أحدهما تفريط ضمن صاحب الدابّة الهدم، لأنه لمصلحته.

و لو كان الغاصب قد جمع بين غصب الأرض و البذر و لو من مالك واحد، فللمالك أن يكلفه القلع و يغرمه أرش النقصان، لكن هنا ليس للغاصب قلعه إذا رضى المالك. و كذا الغرس.

قوله: «و لو حفر الغاصب.. إلخ».

القول للشيخ (١) -رحمه الله- معلّلا بما ذكره. و الأقوى ما اختاره المصنف من عدم جواز طمّها مع نهى المالك، بل و لا يجوز بدون إذنه، لأنه تصرف فى مال الغير عدوانا. و درك التردّى يزول بنهى المالك له عن طمّها، لسقوط العدوان بذلك. و حينئذ فيستأذن المالك فى الطمّ، فإذا أذن له فعل و زال الدرك، و إن نهى زال المانع. و لو تعدّر استيذان المالك -لغيبه و نحوها- جاز له طمّها تحرّزا من الدرك المذكور.

قوله: «إذا حصلت دابّة. إلخ».

لا إشكال فى ضمان المفترط منهما، أما صاحب الدار بأن (٢) غصب الدابّة

ص: ٢٤١

١ - ١) المبسوط ٧٣: ٣.

٢ - ٢) كذا فى «د، و، ط»، و فى سائر النسخ: فإن.

و لو أدخلت دابته رأسها (١) فى قدر، و افتقر إخراجها إلى كسر القدر، فإن كانت يد مالك الدابته عليها، أو فرط فى حفظها، ضمن.

و إن لم يكن يده عليها، و كان صاحب القدر مفرطاً، مثل أن يجعل قدره فى الطريق، كسرت القدر عنها، و لا ضمان فى الكسر.

و إن لم يكن من أحدهما تفريط، و لم يكن المالك معها، و كانت القدر فى ملك صاحبها، كسرت، و ضمن صاحب الدابته، لأن ذلك لمصلحته.

و أدخلها داره، أو صاحب الدابته بأن أدخلها بغير إذن صاحب الدار، فتهدم مجاناً فى الأول، و يغرم أرش النقص فى الثانى.

و إنما الكلام فيما إذا لم يكن من أحدهما تفريط، بأن أدخلها بإذنه، أو دخلت بنفسها من غير أن يكون مالكها فرط فى إرسالها. و المشهور حينئذ أن الضمان على صاحب الدابته، لأنه لتخليص ماله.

و يشكل بأن التخليص و المصلحه قد تكون مشتركه بينهما، بل هو الأغلب، و قد تكون مختصه بصاحب الدار، بأن لا يكون لصاحب الدابته حاجه إلى إخراجها، لصغرهما أو عدم صلاحيتها للانتفاع بوجه من الوجوه، و صاحب الدار يحتاج إليها فى موضع الدابته عاجلاً، و الفرض انتفاء التفريط.

نعم، لو خيف هلاك الدابته بدون الإخراج اتجه وجوبه، لحرمة الروح.

و مع ذلك ففى اقتضاء ذلك ضمان صاحب الدابته نظر.

قوله: «و لو أدخلت الدابته رأسها. إلخ».

الحكم هنا فى اعتبار التفريط و عدمه و ضمان المفرط كالسابقه. و المراد بضمان صاحب الدابته على تقدير تفريطه ضمان قيمه إن لم يكن لمكسور القدر قيمه، و ضمان الأرش إن كان لمكسوره قيمه.

و الإشكال مع عدم التفريط في ضمان صاحب الدابة كما مرّ، لأن المصلحة قد تكون مشتركة، وقد تكون مختصّة بصاحب القدر، أو غالبه، خصوصاً إذا كان ما يبقى من القدر بعد الكسر له قيمة، فإن حفظه مصلحة لمالكها، وقد تكون قيمة القدر أو أرشه تزيد عن قيمة الدابة على تقدير إتلافها، فالزام (١) صاحب الدابة زياده عن قيمه دابته بعيد. و أيضاً فقد تكون مأكوله اللحم فلا يفوت عليه بذبحها ما يقابل القدر أو ما يفوت منها. و كون المقصود خلاص الحيوان لأنه ذو روح لا يتمّ مطلقاً، لأنه على تقدير صلاحيته للذبح لا يتعيّن تخليصه ببقائه، فيكون حكمه حكم القدر مع اشتراكهما في عدم التفريط.

و احتمال في الدروس (٢) ذبح الدابة مع كون كسر القدر أكثر ضرراً من قيمة الدابة أو أرشها، ترجيحاً لأخفّ الضررين.

و بالجملة فحكم المسألة مع انتفاء التفريط مشكل، و إن كان المشهور ما ذكره المصنف رحمه الله.

و اعلم أن عطف المصنّف قوله: «و لم يكن المالك معها» على ما إذا «لم يكن من أحدهما تفريط» غير جيّد، لأن عدم كون المالك معها قد يكون من موجبات عدم التفريط و قد يجمع التفريط. و كذا قوله: «و كانت القدر في ملك صاحبها» فإنه من أمثله عدم التفريط، فعطفه عليه المقتضى للمغايرة و كونه شرطاً آخر مع عدم التفريط ليس بجيّد. و كان حقهما أن يكونا مثالين لعدم التفريط. و لو جعل الواو للحال قرب من المقصود، و إن كان لا يخلو من قصور في الجملة

ص: ٢٤٣

١- ١) في «ذو، خ»: و إلزام.

٢- ٢) الدروس الشرعيّه ١١٠: ٣.

التاسعة: قال الشيخ رحمه الله في المبسوط: إذا خشي على حائط جاز أن يسند بجذع

التاسعة: قال الشيخ - رحمه الله - في المبسوط: (١) إذا خشي على حائط جاز أن يسند بجذع، بغير إذن مالك الجذع. مدّعيًا الإجماع. و في دعوى الإجماع نظر.

أيضاً.

ثمّ إن ذكر هذين الفرعين في الغصب استطراد. و لو فرض وقوع الفعل من الغاصب لكان الضمان عليه.

قوله: «قال الشيخ في المبسوط. إلخ».

هذا الحكم ذكره الشيخ (١) كذلك مطلقاً. و هو يتم على تقدير الخوف من وقوعه على نفس محترمه بحيث لا - يندفع بدونه، لجواز إتلاف مال الغير لحفظ النفس فإتلاف منفعته أولى. أما بدون ذلك فالمنع أوضح (٢)، للمنع من التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلاً و شرعاً.

و أما دعواه الإجماع على الحكم فلو تمّ كان هو الحجّة، لكن لا يعلم له موافق عليه فضلاً عن كونه إجماعاً، و إن وافقه موافق من المتأخّرين - كما يظهر من الشهيد في الدروس (٣) - فهو شبيه الإجماع المنقول بخبر الواحد، و لا - أثر له في ذلك، لأنّ المعتبر إجماع من في عصره و من قبله، و هو منتف، خصوصاً على وجه يصير حجّة كما أشرنا إليه مراراً.

ص: ٢٤٤

١ - ١) المبسوط ٨٦: ٣.

٢ - ٢) في «د»: واضح.

٣ - ٣) الدروس الشرعيّة ١٠٩: ٣.

العاشره:إذا جنى العبد المغصوب(١)عمدا فقتل ضمن الغاصب قيمته.

و إن طلب ولّى الدم الدية لزم الغاصب أقلّ الأمرين من قيمته و ديه الجنايه.

و إن أوجبت قصاصا فيما دون النفس،فاقتصّ منه،ضمن الغاصب الأرض.و إن عفا على مال،ضمن الغاصب أقلّ الأمرين.

قوله:«إذا جنى العبد المغصوب.إلخ».

لَمَّا كان المغصوب مضمونا على الغاصب بجملته و أبعاضه،سواء فرّط فيه أم لا،فقتله بسبب الجنايه أو قطع شىء من أطرافه و نحو ذلك من جملة النقصان الحادث عليه،فيكون مضمونا على الغاصب بالقيمه يوم التلف أو بأعلى القيم، كما لو تلف بآفه سماويه.

و لو كانت الجنايه توجب مالا-و طلب ولّى الدم المال،وجب على الغاصب فكّه بالفداء،كما يجب عليه تحصيله و دفعه إلى المالك،و ما يتوقّف عليه تسليمه من باب مقدّمه الواجب.

و بم (١)يفديه؟بأرّش الجنايه بالغام بلغ حيث لا يرضى المجنّى عليه عمدا بدونه،أم بأقلّ الأمرين من الأرض و قيمه العبد؟فيه وجهان أشهرهما الثانى،لأن ذلك هو الواجب على المولى،و الجانى لا يجنى على أكثر من نفسه.

و وجه الأول:أن الواجب فى العمد القصاص،فرضا المجنّى عليه أو وليّه بالمال مع قدره الغاصب عليه يكون مقدّمه لوجوب ردّه إلى مالكه،مع توقّف الردّ على مثونه تزيد عن قيمته،فإنها واجبه على الغاصب فى غير الجنايه فكذا فيها،لاشتراكهما فى المقتضى.و إنما يتعيّن ضمان الغاصب أقلّ الأمرين-كما أطلقه

ص:٢٤٥

المصنف-على تقدير عفو الولي على مال مطلق، فإنه يلزم الغاصب حينئذ ما يلزم المالك، وهو أقلّ الأمرين من أرش الجنايه و قيمه العبد. وكذا الحكم لو ارتدّ أو سرق في يد الغاصب ثمّ قتل أو قطع. ولا فرق بين استيفاء حقّ الجنايه منه بعد ردّه وقبله إذا كان السبب حاصلًا وقت الغصب.

و لو انعكس ففي ضمان الغاصب وجهان، من حصول التلف أو النقص في يده، ومن سبق سببه على الغصب، والإتلاف مستند إليه، فلا يكون مضمونًا عليه. والأقوى ضمان الغاصب قيمه عبد مستحقّ القتل أو القطع، لأنه غصبه كذلك.

إذا تفرّر ذلك، فالعبد الجاني في يد الغاصب إما أن يدفعه إلى المالك بعد فكّه من الجنايه، أو قبله، أو لا يدفعه بل يتلف في يده. فإن فكّه من الجنايه ثمّ دفعه إلى مالكة فقد برئ من الحقّين.

و إن دفعه إلى المالك قبل دفع الجنايه، وكانت الجنايه متعلّقه بنفسه، فللمجنيّ عليه استيفاؤها، فيرجع المالك بقيمته إن قتل أو بأرشه إن نقص على الغاصب، لأنه ردّه بعيب مضمون عليه.

و إن تلف في يده قبل إيفاء حقّ الجنايه فللمالك عليه القيمه أو الأقصى على ما مرّ (١). فإذا أخذها فللمجنيّ عليه أن يغرم الغاصب و إن تعلّق بالقيمه التي أخذها المالك، لأنّ حقّه كان متعلّقًا بالرقبه فيتعلّق ببذلها، كالعين المرهونه إذا أتلّفها متلف، فإن الرهن يتوثّق ببذلها.

و يحتمل اختصاص المالك بما أخذ، والمجنيّ عليه يطالب الغاصب، كما

ص: ٢٤٤

الحادي عشره:إذا نقل المغصوب(١)إلى غير بلد الغصب،لزمه إعادته.و لو طلب المالك الأجره عن إعادته،لم يلزم الغاصب،لأن الحقّ هو النقل.و لو رضى المالك به هناك،لم يكن للغاصب قهره على الإعاده.

أن المجنّي عليه لو أخذ أرش الجنايه لم يكن للمالك التعلّق به،فهما كرجلين لكلّ واحد منهما دين على ثالث.

و الأصحّ الأول.فإذا أخذ المجنّي عليه حقّه من تلك القيمه رجع المالك بما أخذه على الغاصب،لأنه لم يسلم له،بل أخذ منه بجنايه مضمونه على الغاصب.

ثمّ الذى يأخذه المجنّي عليه قد يكون كلّ القيمه،بأن كان الأرش بقدرها، و قد يكون بعضها،بأن كانت القيمه ألفا و الأرش خمسمائه.فإذا أخذ المجنّي عليه الأرش رجع المالك به خاصّه،لأن الباقي قد سلم له.و كذا لو كان العبد يساوى ألفا فرجع بانخفاض السوق إلى خمسمائه،ثمّ جنى و مات عند الغاصب، و أوجبنا للمالك أقصى القيم،فليس للمجنّي عليه إلا خمسمائه و إن كان أرش الجنايه ألفا،لأنه ليس عليه إلا قدر قيمته يوم الجنايه.

قوله:«إذا نقل المغصوب.إلخ».

إذا نقل الغاصب المغصوب إلى غير المكان الذى غصبه منه وجب عليه ردّه إليه إن كان مالكة[يطالب] (١)به بغير إشكال،لأن الردّ مقدّمه الواجب.و إن أمكن إيصاله إلى مالكة بغيره تخير المالك بين أن يقبضه حيث يدفعه إليه،و بين أن يأمره بردّه إلى مكانه الأول،لأنه عاد بنقله الأول،فكان عليه الردّ حيث يطلبه المالك.و له أن يأمره بردّه إلى بعض المسافه التى نقله فيها بطريق أولى.و ليس

ص:٢٤٧

النوع الثاني: في مسائل التنازع و هي ست:

الأولى: إذا تلف المغصوب، و اختلفا في قيمه

الأولى: إذا تلف المغصوب، (١) و اختلفا في قيمه، فالقول قول المالك مع يمينه. و هو قول الأكثر. و قيل: القول قول الغاصب. و هو أشبه.

أما لو ادعى ما يعلم كذبه فيه، مثل أن يقول: ثمن الجارية حبه أو درهم، لم يقبل.

للمغاصب حينئذ مجاوزة مطلوب المالك حيث يكون هو الحق أو بعضه. أما الأول فواضح. و أما الثاني فلأنه يكون حينئذ قد رضى ببعض حقه.

و حيث يرضى المالك ببقائه دون المكان الأول ليس للمغاصب الزيادة عليه، لأنه تصرف في المغصوب بغير إذن المالك. فلو تجاوز به المأذون فللمالك إلزامه بإعادته، لتعدييه في النقل كأصله.

و لا يخفى أن حق المالك على تقدير النقل إنما هو في الرد، لا في مئنته خاصه، فلو طلب الأجره على نقله لم يجب على الغاصب القبول، لأنه خلاف حقه. و لا فرق في هذا الحكم بين كون المغصوب مالا - صامتا أو ناطقا. و في معناه ما لو نقل حرا صغيرا أو كبيرا بالقهر من موضع إلى موضع، و احتاج عوده إلى مئونه، فهو على الناقل، لتعدييه. و لو لم يكن للمنقول غرض في الرجوع إلى الموضع الأول فلا شيء عليه.

قوله: «إذا تلف المغصوب. إلخ».

القول بتقديم قول المالك للشيخ في النهاية (١) و المقنعه (٢)، لجنايه الغاصب

ص: ٢٤٨

(١ - ١) النهاية: ٤٠٢.

(٢ - ٢) المقنعه: ٦٠٧.

الثانية: إذا تلف و ادعى المالك (١) صفه يزيد بها الثمن، كمعرفه الصنعه، فالقول قول الغاصب مع يمينه، لأن الأصل يشهد له.

أما لو ادعى الغاصب عيبا، كالعور و شبهه، و أنكر المالك، فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل الصحه، سواء كان المغصوب موجودا أو معدوما.

فيلغو قوله. و الأقوى ما اختاره المصنف - رحمه الله - من تقديم قول الغاصب، و هو اختيار الشيخ في المبسوط (١) و الخلاف (٢) و ابن إدريس (٣) و [أكثر] (٤) المتأخرين، لأنه منكر و غارم، و لأصاله عدم الزيادة.

هذا إذا ادعى ما يحتمل كونه قيمه المغصوب و لو نادرا. أما لو ادعى ما يعلم كذبه عادة لم يقبل، و طوب بجواب آخر محتمل فيقبل منه، و هلم جراً.

و يحتمل إلغاء قوله حين يدعى قيمه الكاذبه، و الرجوع إلى المالك حينئذ.

و الأقوى الأول، و به صرح في التحرير، طردا للقاعده. و لا يلزم من إلغاء قوله المخصوص لعارض كذبه إلغاء قوله مطلقا حيث يوافق الأصل.

قوله: «إذا تلف و ادعى المالك. إلخ».

وجه تقديم قول الغاصب في الأول و المالك في الثانى موافقه قولهما الأصل في ذلك، فإن الأصل عدم تعلم الصنعه التى لم تكن موجوده فى أصل الخلقه، و الأصل سلامته من العيوب الخارجه عن أصل الخلقه.

و الحكم فى الأصل الأول واضح. و أما الثانى، فإن كان العيب حادثا طارئا

ص: ٢٤٩

١- ١) المبسوط ٧٥: ٣.

٢- ٢) نسبه إلى خلافه العلامه فى المختلف: ٤٥٨، و لم نجده فيه.

٣- ٣) السرائر ٢: ٤٩٠.

٤- ٤) من «د، و، م».

على أصل الخلقه-كالعور و قطع اليد-فالأمر فيه كالأول، لأن الأصل عدم عروض العيب بعد ثبوت كون الخلقه فى الأصل تامّه. و لا تعارضه أصاله براءه ذمّه الغاصب من الزائد، لأن هذا الأصل متأخر عن ذلك الأصل و مناف له فلا يلتفت إليه.

و إن كان العيب الذى يدّعيه أصلياً فى الخلقه، بأن ادّعى أنه أكمه أو ولد أعرج أو عديم اليد، لم يتمّ الأصل فيه إلا بمعنى الأمر الغالب، فإن السلامه فى الخلقه غلبه، و تعارضه أصاله العدم، و براءه ذمّه الغاصب ممّا يقابله. و لكن المشهور قبول قول المالك هنا أيضاً.

و كلام المصنف لا يأبى إرادته الأول، لأنه مثل العيب بالعور و شبهه، و هو يقتضى كون النزاع فى الطارئ.

و ثبته بقوله: «سواء كان المغصوب موجوداً أو معدوماً» على خلاف الشيخ (١) حيث فرق بين الأمرين، و قدّم قول الغاصب لو كان المغصوب موجوداً و العيب موجوداً (٢) فيه، فقال: غصبته هكذا، و قال المالك: بل حدث عندك، محتجاً بأن الأصل براءه ذمّته، و عدم وضع يده على تلك الصفه، بخلاف ما إذا كان معدوماً فادّعى كونه [كان] (٣) معيباً، لأن الأصل السلامه، و لم يعلم وجود العيب. و الأصحّ التسويه بين الأمرين، و تقديم قول المالك فيهما، لأصاله السلامه، و عدم تقدّم العيب على تقدير كونه موجوداً.

ص: ٢٥٠

١- (١) المبسوط ١٠٤: ٣.

٢- (٢) فى «د»: موجود.

٣- (٣) من «ذ، د، ل، ط».

الثالثة: إذا باع الغاصب شيئاً، (١) ثم انتقل إليه بسبب صحيح، فقال للمشتري: بعتك ما لا أملك، وأقام بينه، هل تسمع بينته؟ قيل: لا، لأنه مكذب لها بمباشره البيع. وقيل: إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم إليه من الألفاظ ما يتضمن ادعاء الملكيه قبلت، وإلا ردّت.

قوله: «إذا باع الغاصب شيئاً.. إلخ».

إذا باع الغاصب شيئاً ثم انتقل إليه بسبب صحيح كالشراء والإرث، ولم يكن المشتري عالماً بكونه غاصباً، فقال للمشتري: بعتك ما لا أملك (١) حال البيع فالشراء فاسد، وأقام بينه بذلك، وأدعى المشتري صحته تعويلاً على ظاهر الحال من أنه مالك، أو لم يدع شيئاً واكتفى بقبول (٢) دعوى المدعى وعدمه، فهل تسمع الدعوى والبيّنه (٣)؟ قيل: لا، لمنافاتها ما دلّ عليه البيع من كونه مالكا، وهو مكذب لها بمباشرته البيع الدالّ على كونه ملكه.

و يضعف بمنع كون مطلق البيع منافياً لكونه غير مالك، فإن البيع كما يقع على ما يملكه البائع يقع على ما لا يملكه بالإذن وغيره، غايته أنه بدون الإذن يكون فضولياً وبيع الفضولى صحيح فى الجملة.

و على هذا فمطلق البيع لا يقتضى تكذيب البيّنه، لإمكان صدقه فى البيع و صدقها فى عدم ملكيه المبيع حالته. و من ثمّ فصّل آخرون فقالوا: إنه إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم إليه حالته من الألفاظ ما يدلّ على كونه مالكا سمعت دعواه وقبلت بينته، لعدم المنافاه كما قرّناه، فإن البيع بمجرّده لا يقتضى

ص: ٢٥١

١- ١) فى «د، ط، م»: أملكه.

٢- ٢) فى «خ»: بقول.

٣- ٣) فى «ط، ل»: أو البيّنه.

الملكيه (١)، بل هو أعمّ من بيع الفضوليّ و غيره، و العامّ لا يقتضى فردا بخصوصه.

و إن ضمّ إليه ما يدلّ على كونه مالكا، كقوله: هذا ملكي أو بعتك ملكي، أو يقول بعد البيع: قبضت ثمن ملكي أو أقبضته المشتري، أو نحو ذلك، لم تسمع دعواه و لا يثبت، لتكذيبه إياها. و هذا التفصيل حسن، و هو الأقوى.

و لا يرد على القسم الأول كون إطلاق البيع منزّلا على ما يملكه البائع، و من ثمّ لو باع مالك النصف مشاعا النصف انصرف إلى نصيبه، و لم ينزل [ذلك] (٢) على الإشاعه، و لو كان أعمّ لنزل عليها.

لمنع تنزيله عليها على ذلك التقدير، و غايته أن يكون مشتركا بين بيع مال غيره و ماله، و المشترك يحمل على بعض أفراده بالقرينه، و هي هنا موجوده، فإن الظاهر الغالب [هو] (٣) كون الإنسان لا- يبيع مال غيره بل مال نفسه. فإذا أمكن حمل البيع على ملك نفسه لم يحمل على ملك غيره لهذه القرينه الظاهره و العرف المطّرد، بخلاف ما إذا باع الإنسان مال غيره الذي لا يتصوّر ملك البائع له حاله البيع، فإنه لا نفوذ له إلا في ملك الغير، لعدم إمكان غيره، فكان ذلك هو المخصّص لهذا الفرد. و إطلاق البيع على هذا الفرد أمر شائع في ألسنه الفقهاء و غيرهم لا سبيل إلى إنكاره، فيكون حقيقه فيه و إن لم يحمل إطلاقه عليه، لما ذكرناه من الاشتراك المانع منه بدون القرينه. فلا يلزم من عدم حمل إطلاق البيع في صورته الفرض على الإشاعه كون بيع مال الغير ليس بحقيقى.

ص: ٢٥٢

١- ١) في «ط»: المالكه.

٢- ٢) من «ل».

٣- ٣) من «و».

الرابعة: إذا مات العبد (١) فقال الغاصب: رددته قبل موته، وقال المالك: بعد موته، فالقول قول المالك مع يمينه.

و قال في الخلاف (١): لو عملنا في هذه بالقرعة كان جائزا.

قوله: «إذا مات العبد.. إلخ».

إذا ادعى الغاصب ردّ العبد قبل موته و عكس المالك فقد تعارض هنا الأصلان، لأن كلّ واحد من الموت و الردّ حادث و الأصل عدم تقدّمه، لكن ذلك يقتضى ترجيح جانب المالك، لأن التعارض المذكور يكون في قوّه اقترانهما، و ذلك غير كاف في براءة ذمّه الغاصب منه، لأن براءة متوقّفه على تسليمه حيّا سليما و هو منتف هنا، فتقديم المالك ليس من جهة ترجيح أصله بل من الجهة التي أشرنا إليها. و يزيد أيضا أن معه أصاله بقاء الضمان و استحقاق المطالبه.

و الشيخ-رحمه الله- في الخلاف نظر إلى تعارض الأصلين و عدم الترجيح، و ذلك يقتضى الإشكال، و القرعة لكلّ أمر مشكل. و يشكل بأنه لا إشكال على ما حقّقناه.

و في الدروس (٢) مال إلى قول الخلاف، لكن ظاهره أنه مع تعارض البيّنتين. و كلاهما مشكل. أما الأول فلما ذكرناه. و أما الثاني فلأنه مع التعارض إن قدّم بينه الداخل -و هو الذي قدّم قوله- فهو المالك، أو الآخر فهو الغاصب.

و الأقوى تقديم المالك مطلقا.

ص: ٢٥٣

١- (١) الخلاف ٣: ٤١٨ مسألة (٣٤).

٢- (٢) الدروس الشرعيّة ٣: ١١٧.

الخامسة: إذا اختلفا في تلف المغصوب، (١) فالقول قول الغاصب مع يمينه، فإذا حلف طالبه المالك بالقيمة، لتعذر العين.

قوله: «إذا اختلفا في تلف المغصوب.. إلخ».

إنما كان القول قول الغاصب في تلف العين -مع أن الأصل يقتضى بقاءها، فقوله مخالف للأصل- لأنه قد يكون صادقا ولا بينه له، فلو لم يقبل قوله لزم تكليف ما لا يطاق أو تخليده الحبس، لأنه إن كلف بالعين مع كونها تالفه في نفس الأمر لزم الأول، وإذا لم يسلمها يلزم أن يخلد الحبس، وذلك محال و ضرر و حرج منفيان (١).

و لا يرد مثله فيما لو أقام المالك البينة بقاء العين، فإنه حينئذ يكلف بردها، و يحبس بالتأخير، مع إمكان صدقه، إذ البينة بقاءها لا يقتضى المطابقة في نفس الأمر.

لأنه يمكن الفرق هنا بأن بقاءها ثابت شرعا، و ظاهر الحال يقتضى صدق البينة فيه فيجوز [فيه] (٢) البناء على هذا الظاهر، و إهانتها بالضرب (٣) و الحبس إلى أن يظهر للحاكم كون تركه ليس عنادا، فإذا تعذر الوصول إلى العين انتقل إلى بدلها كما هنا، بخلاف البناء على الأصل، فإنه حجة ضعيفة مختلف فيها بين الفقهاء و الأصوليين، فلا يناسبها التضييق بالعقوبة و نحوها.

و في قول المصنف: «طالبه المالك بالقيمة، لتعذر العين» جواب عن قول

ص: ٢٥٤

-
- ١- (١) الحج: ٧٨، و انظر الكافي ٥: ٢٩٢ ح ٢، الفقيه ٣: ١٤٧ ح ٦٤٨، التهذيب ٧: ١٤٦ ح ٦٥١، الوسائل ١٧: ٣٤١ ب «١٢» من أبواب إحياء الموات ح ٣.
- ٢- (٢) من الحجرتين.
- ٣- (٣) في «ط، خ، م»: بالضرر.

السادسه:إذا اختلفا فيما على العبد،(١)من ثوب أو خاتم،فالقول قول الغاصب مع يمينه،لأن يده على الجميع.

بعض (١)العامه بأن المالك ليس له أن يطالب بالقيمه،لأنه يزعم بقاء العين فلا يستحق بدلها.

و محصل الجواب:أن الانتقال إلى البدل قد يكون لتلف العين،وقد يكون لتعذر ردّها وإن كانت باقيه كما مرّ (٢)،و الأمر هنا من هذا القبيل،فيستحقّ المالك البدل للحيلولة بتعذر العين،و إن قطع ببقائها فضلاً عن دعوى البقاء ظاهراً،فإذا ثبت باليمين تلفها فالعجز أظهر،و استحقاق البدل متعين.

قوله:«إذا اختلفا فيما على العبد..إلخ».

المراد يده حاله الغصب،فيكون قوله مقدّماً.و لا- يعارضه سبق يد المالك، لأن يد الغاصب طارئة ناسخه للسابق.و يدلّ على ترجيحها على يد المالك الحكم بضمانه لعينه و منفعتة،و ذلك فرع إثبات اليد.

ص:٢٥٥

١- (١) انظر الحاوى الكبير ٧:١٧٨، حليه العلماء ٥:٢٥٥، المغنى لابن قدامه ٥:٤٣٨-٤٣٩.

٢- (٢) فى ص:٢٠٠.

كتاب الشفعه و هي: استحقاق (١) أحد الشريكين حصّه شريكه، بسبب انتقالها بالبيع.

كتاب الشفعه قوله: «كتاب الشفعه و هي استحقاق.. إلخ».

الشفعه مأخوذه من قولك: شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفعا به، كأنّ الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب صاحبه. و يقال: أصل الكلمه التقويه و الإعانه، و منه الشفاعه و الشفيع، لأن كلّ واحد من الوترين يتقوّى بالآخر، و منه شاه شافع للّتى ولدها معها، لتقوّيها به.

و قد عرّفها المصنف بأنها: استحقاق أحد الشريكين حصّه شريكه بسبب انتقالها بالبيع. فالاستحقاق بمنزله الجنس يدخل فيه استحقاق الشخص مال آخر بالإرث، و الاستحقاق بالحيازه و الإحياء و غيرها. و بقيد المستحقّ بكونه أحد الشريكين خرج منه استحقاق من ليس بشريك و لو بحصّه آخر ببيع و غيره. و خرج بقيد انتقالها بالبيع ما إذا استحقّ أحد الشريكين حصّه الآخر بهبه و غيرها.

و ينتقض في طرده بما لو باع أحد الشريكين حصّته للآخر، فإنه يصدق عليه أن المشتري قد استحقّ حصّه شريكه الآخر بسبب انتقالها بالبيع. و لا عذر في أن الشريك بعد بيع حصّته ليس بشريك، لمنع زوال اسم الشريك عنه، بناء على أنه لا يشترط في صدق المشتقّ حقيقه بقاء المعنى المشتقّ منه. و لا مخلص

من ذلك إلا بالتزام كونه حينئذ مجازاً كما يقوله بعض الأصوليين (١)، لكن الأصحاب لا يقولون به. و على هذا، فتصدق الشركه بعد المقاسمه، و يلزم ثبوت الشفعه لأحد الشريكين المتقاسمين حصّه الآخر إذا باعها لغيره، و هم لا يقولون به.

و تصدق مع تكثّر (٢) الشركاء إذا كانوا ثلاثه فباع أحدهم لأحد الآخرين، فإنه حينئذ يصدق بقاء شريكين قد انتقلت الحصّه المستحقّه بالبيع إلى أحدهما من شريكه. إلا أن يقال هنا: إن الشريك لم يستحقّ حصّه شريكه، بل بعض حصّه و هي المنتقله بالبيع، دون باقى حصّه و هي حصّه الشريك الآخر، حيث إن شريكه يشمل الشريكين، بناء على أن المفرد المضاف يفيد العموم، فلم يتحقّق استحقاقه حصّه شريكه. و يؤيد هذا أن الحصّه و إن كانت صادقه ببعض ما يستحقّه الشريك - كما يقال باع حصّه من نصيبه و إن قلّت - إلا أنه بإضافتها إلى الشريك تناولت جميع حصّه بناء على القاعده المذكوره، و قد أشرنا إليها فيما سبق [١].

و لا مخلص من هذه المضايقات إلا بدعوى كون الشريك بعد انتقال حصّته لم يبق شريكاً عرفاً. و الاستحقاق بسبب بيع (٣) أحد الشريكين الآخر لا يتحقّق إلا بعد تمام البيع، و معه تزول الشركه عرفاً و إن صدقت لغه.

ص: ٢٦٠

١ - (١) البحر المحيط ٢: ٩١.

٢ - (٢) فى «د، م»: كثره.

٣ - (٣) فى «ذ، ل، خ»: يمنع.

اشاره

و النظر فى ذلك يعتمد خمسة مقاصد:

الأول: ما تثبت فيه الشفعه

الأول: ما تثبت فيه الشفعه.

و تثبت فى الأرضين: (١) كالمساكن، و العراض، و البساتين، إجماعاً.

و هل تثبت فيما ينقل، كالثياب و الآلات و السفن و الحيوان؟ قيل: نعم، دفعا لكلفه القسمه، و استنادا إلى روايه يونس، عن بعض رجاله عن أبى عبد الله عليه السلام.

و قيل: لا، اقتصارا فى التسلط على مال المسلم بموضع الإجماع، و استضعافا للروايه المشار إليها. و هو أشبه.

قوله: «و تثبت فى الأرضين.. إلخ».

اختلف الأصحاب فى محلّ الشفعه من الأموال -بعد اتفاقهم على ثبوتها فى العقار الثابت القابل للقسمه، كالأرض و البساتين- على أقوال كثيره، و منشؤها اختلاف الروايات.

فذهب أكثر المتقدمين و جماعه من المتأخرين -منهم الشيخان [١] و المرتضى (١) و ابن الجنيد (٢) و أبو الصلاح (٣) و ابن إدريس (٤)- إلى ثبوتها فى كلّ مبيع، منقولا كان أم لا، قابلا للقسمه أم لا. و مال إليه الشهيد فى الدروس (٥)،

ص: ٢٤١

١- (٢) الانتصار: ٢١٥.

٢- (٣) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٤٠٢.

٣- (٤) الكافى فى الفقه: ٣٦٢.

٤- (٥) السرائر ٣٨٩: ٢.

٥- (٦) الدروس الشرعيه ٣٥٦: ٣.

و نفى عنه البعد. و قيده آخرون (١) بالقابل للقسمه. و تجاوز آخرون بثبوتها فى المقسوم أيضا، اختاره ابن أبى عقيل (٢).

و اقتصر أكثر المتأخرين (٣) على ما اختاره المصنف - رحمه الله - من اختصاصها بغير المنقول عادة مما يقبل القسمه، مستندين:

إلى أصاله عدم تسلط المسلم على مال المسلم إلا بطيب نفس منه، إلا ما وقع الاتفاق عليه.

و رواه جابر أن النبى صلى الله عليه و آله قال: «لا شفعه إلا فى ربع أو حائط» (٤).

و قوله صلى الله عليه و آله: «الشفعه فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود و ضربت الطرق فلا شفعه» (٥). و ظاهره أنه لا شفعه إلا فيما يقع فيه الحدود و تضرب له الطرق.

و رواه سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام أنه قال: «ليس فى

ص: ٢٦٢

١ - ١) انظر النهاية: ٤٢٣-٤٢٤.

٢ - ٢) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٤٠٣.

٣ - ٣) إرشاد الأذهان ١: ٣٨٤، إيضاح الفوائد ١٩٧: ٢-١٩٨ و ١٩٩، جامع المقاصد ٦: ٣٤٤ و ٣٥٣.

٤ - ٤) عوالى اللئالى ٣: ٤٧٦ ح ٤، نصب الرايه ٤: ١٧٨، تلخيص الحبير ٣: ٥٥ ح ١٢٧٤، و ورد بلفظ آخر فى سنن الدارمى ٢: ٢٧٤، سنن أبى داود ٣: ٢٨٥ ح ٣٥١٣، سنن الدارقطنى ٤: ٢٢٤ ح ٧٦، سنن البيهقى ٦: ١٠٩.

٥ - ٥) عوالى اللئالى ٣: ٤٧٥ ح ٣، مسند أحمد ٣: ٢٩٦، صحيح البخارى ٣: ١١٤، سنن ابن ماجه ٢: ٨٣٤ ح ٢٤٩٩، سنن أبى داود ٣: ٢٨٥ ح ٣٥١٤، سنن الترمذى ٣: ٦٥٢ ح ١٣٧٠، سنن النسائى ٧: ٣٢١، تلخيص الحبير ٣: ٥٥ ح ١٢٧٥، سنن البيهقى ٦: ١٠٢. و فى المصادر: و صرفت الطرق.

الحيوان شفعه» (١).

و روايه السكونى عنه عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا شفعه في سفينه، ولا في نهر، ولا في طريق» (٢).

و روايه طلحه بن زيد عنه عليه السلام أن علياً عليه السلام قال: «لا شفعه إلا لشريك مقاسم» (٣).

و الخبر الأول نص، و الباقي يقتضى المنع من بعض ما ادّعه المعتمّم. و في الجميع الاشتراك في عدم صحّحه السند، فإن الأولين عاميان، و لا يخفى ضعف سند الباقي.

و استند المعتمّمون إلى ثبوت الشفعه للشريك إذا باع شريكه ما هو بينهما، مع عموم بعض الأخبار كقوله صلى الله عليه وآله: «الشفعه فيما لم يقسم» فالمخصّص لها بشيء دون شيء عليه الدليل.

و يدلّ عليه خصوص روايه يونس عن بعض رجاله عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن الشفعه لمن هي، و في أي شيء هي، و لمن تصلح، و هل تكون في الحيوان شفعه؟ فقال: الشفعه جائزه في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع» (٤) الحديث.

ص: ٢٦٣

-
- ١- (١) التهذيب ٧: ١٦٥ ح ٧٣٣، الوسائل ١٧: ٣٢٢ ب «٧» من أبواب الشفعه ح ٦.
 - ٢- (٢) الكافي ٥: ٢٨٢ ح ١١، الفقيه ٣: ٤٦ ح ١٥٩، التهذيب ٧: ١٦٦ ح ٧٣٨، الاستبصار ٣: ١١٨ ح ٤٢٠، الوسائل ١٧: ٣٢٢ ب «٨» من أبواب الشفعه ح ١.
 - ٣- (٣) الفقيه ٣: ٤٥ ح ١٥٧، التهذيب ٧: ١٦٧ ح ٧٤١، الوسائل ١٧: ٣١٧ ب «٣» من أبواب الشفعه ح ٧. و في المصادر: غير مقاسم.
 - ٤- (٤) الكافي ٥: ٢٨١ ح ٨، الفقيه ٣: ٤٦ ح ١٦٢، التهذيب ٧: ١٦٤ ح ٧٣٠، الاستبصار ٣: ١١٦ ح ٤١٣، الوسائل ١٧: ٣٢١ ب «٧» من أبواب الشفعه ح ٢.

أما الشجر و النخل و الأبنيه،(١)فتثبت فيه الشفعه تبعاً للأرض.و لو أفرد بالبيع نَزَل على القولين.

و من الأصحاب من أوجب الشفعه فى العبد،دون غيره من الحيوان.

و هذه الروايه ضعيفه أيضاً بالإرسال.و الإجماع على ثبوتها فى الجملة لا حجّه فيه،و على العموم محلّ النزاع.

قوله:«أما الشجر و النخل و الأبنيه.إلخ».

الشجر و الأبنيه إن بيعت مع الأرض التى هى فيها فلا- إشكال فى ثبوت الشفعه فيها تبعاً للأرض،لدخولها فى عموم النصّ (١)الوارد بثبوتها فى الربع و المساكن و الدور و نحو ذلك.

و إن بيعت منفرده،أو منضمّه إلى أرض أخرى غير ما هى فيها،بنى ثبوت الشفعه فيها و عدمه على القولين السابقين (٢)،فمن عمّم أثبتها فيها بطريق أولى، و من خصّص موردّها بالأرضين و المساكن و البساتين لم يوجبها،لأنّها لا- تدخل منفرده فى أحدها،فإن المساكن اسم للمجموع المركّب من الأرض و البناء،و كذا البساتين بالنسبه إلى الشجره.و لا ينفعها ضميتها إلى غير أرضها،لعدم التبعية، و كونها جزءاً من مسماها.

و مستند القول بثبوتها فى العبد دون غيره من الحيوان صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال:«فى المملوك بين شركاء فيبيع أحدهم نصيبه و يقول صاحبه:أنا أحقّ به،إله ذلك؟قال:نعم،إذا كان واحداً،فقل له:فى الحيوان

ص:٢٦٤

١- (١) راجع الوسائل ١٧:٣١٩ ب«٥» من أبواب الشفعه.

٢- (٢) انظر ص:٢٦١-٢٦٢.

و في ثبوتها في النهر (١) و الطريق و الحِمَام و ما يضرّ قسمته تردّد، أشبهه أنها لا- تثبت. و نعى بالضرر: أن لا- ينتفع به بعد قسمته، فالمتضرّر لا يجبر على القسمه.

شفعه؟ فقال: لا» (١). و هو خير العلامة في المختلف (٢).

قوله: «و في ثبوتها في النهر. إلخ».

اشتراط كونه ممّا يقبل القسمه الإجماريّ هو المشهور خصوصاً بين المتأخّرين (٣). و احتجّوا عليه بروايه طلحه بن زيد المتقدّمه (٤)، و بروايه السكوني (٥) أنه لا شفعه في السفينه و النهر و الطريق. و ليس المراد الواسعين اتفاقاً، فيكون المراد الضيّقين.

و لا يخفى عليك ضعف هذه الأدلّة، و من ثمّ ذهب المرتضى (٦) و ابن إدريس (٧) و جماعه (٨) إلى عدم اشتراطه، لعدم عموم الأدلّة الدالّة (٩) على ثبوتها من غير تخصيص. و لأنّ مقتضى لثبوت الشفعه- و هو إزاله الضرر عن الشريك-

ص: ٢٤٥

١- (١) الكافي ٥: ٢١٠ ح ٥، التهذيب ٧: ١٦٦ ح ٧٣٥، الاستبصار ٣: ١١٦ ح ٤١٥، الوسائل ١٧: ٣٢١ ب «٧» من أبواب الشفعه ح ٣.

٢- (٢) المختلف: ٤٠٢.

٣- (٣) الجامع للشرائع: ٢٧٧، قواعد الأحكام ١: ٢٠٩-٢١٠، إيضاح الفوائد ٢: ١٩٩، التنقيح الرائع ٤: ٨٢، جامع المقاصد ٦: ٣٥٣.

٤- (٤) تقدّم ذكر مصادرهما في ص: ٢٦٣ هامش (٢).

٥- (٥) تقدّم ذكر مصادرهما في ص: ٢٦٣ هامش (٣).

٦- (٦) الانتصار: ٢١٥.

٧- (٧) السرائر ٢: ٣٨٩.

٨- (٨) الكافي في الفقه: ٣٦٢، المقنعه: ٦١٨، غنيه النزوع: ٢٣٦، إصباح الشيعه: ٢٥٥، و ابن الجنيّد حكاه عنه العلامة في

المختلف: ٤٠٢.

٩- (٩) كروايه يونس المذكوره في ص: ٢٦٣.

قائم فى غير المقسوم، بل هو أقوى، لأن [فى] (١) المقسوم يمكن التخلص من ضرر الشريك بالقسمه، بخلاف غيره.

و أجيب (٢) بأنه ليس المراد من إزاله الضرر بالشفعه ما ذكره، بل إزاله ضرر طلب القسمه و مئونها، و هو منتف فى محلّ النزاع.

و لا يخفى عليك ضعف هذا، و أى مئونه للقسمه و ضرر بذلك يقابل ضرر الشريك الذى لا وسيله إلى التخلص منه؟ إذا تقرّر ذلك، فالمراد من الضرر الرافع للإجبار على القسمه عند المصتف -رحمه الله- هو المبطل لمنفعه المال أصلا على تقدير القسمه، بأن يخرج عن حدّ الانتفاع لضيقة (٣)، أو لقله النصيب، أو لأنّ أجزاءه غير منتفع بها، كالأمثله المذكوره إذا كانت بالغه فى الصغر هذا الحدّ، فلو بقى للسهم بعد القسمه نفع ما ثبتت الشفعه.

و للضرر تفسير آخر، و هو: أن تنقص القسمه قيمه المقسوم نقصا فاحشا.

و ثالث، و هو: أن تبطل منفعتة المقصوده منه قبل القسمه، و إن بقيت فيه منفع غيرها، كالحمّام و الرحى إذا خرجا بالقسمه عن صلاحيته الانتفاع بهما فى الغسل و الطحن على الوجه الذى كان أولا.

و فى الوسط قوّه. و محلّ تحقيقه باب القسمه (٤)، و ذكره هنا بالعرض.

ص: ٢٦٦

١- ١) من هامش «و» بعنوان: ظاهرا.

٢- ٢) انظر جامع المقاصد ٣٥٤: ٦.

٣- ٣) فى «د، م»: لتضيقة.

٤- ٤) فى كتاب القضاء، الفصل الثانى من خاتمه النظر الثالث.

و لو كان الحَمَّام أو الطريق (١) أو النهر ممَّا لا تبطل منفعته بعد القسمة أجبر الممتنع، و تثبت الشفعة. و كذا لو كان مع البئر بياض أرض، بحيث تسلم البئر لأحدهما.

قوله: «و لو كان الحَمَّام أو الطريق. إلخ».

هذا متفرّع على أن المراد بالضرر المانع من ثبوت الشفعة و الإجبار على القسمة هو خروج المقسوم عن حدّ الانتفاع، و يتحقّق ذلك بأن يكون أحد المذكورات ضيقاً بحيث لا يمكن الانتفاع بالسهم انتفاعاً معتدّاً به. فلو كان الحَمَّام واسعاً يمكن إفراد حصّه كلّ من الشريكين عن صاحبه، بحيث يسلم له من كلّ واحد من المسلخ و موضع الماء و بيت النار على وجه لا تنقص منفعته، تثبت الشفعة.

و كذا لو كانت البئر واسعة يمكن أن يبنى فيها فتجعل بئرين، و لكلّ واحد منهما بياض يقف فيها و يرتفق بها. و كذا القول في الطريق و النهر، لانتفاء المانع حينئذ. و كذا إذا كان مع البئر أرض بحيث تسلم البئر لأحدهما بعد التعديل في مقابله الأرض، و الأرض صالحة للزراع و السكنى.

و يلزم مثله فيما لو كان بيت الحَمَّام أو الرحى واسعاً بحيث يمكن جعله موازياً لما فيه المرافق مع سلامتها أو لما فيه الرحى، أو كان موضع الحجر في الرحى واحداً لكن لها بيت يصلح لغرض آخر، و أمكنت القسمة، بأن يجعل موضع الحجر لواحد و ذلك البيت لآخر، لتحقّق الانتفاع بكلّ منهما بعد القسمة على الوجه الذي اعتبره المصنف رحمه الله. و على تفسيره بأن لا يمكن الانتفاع بكلّ قسم منه على هذا الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة، لا يتمّ إلا بتقدير عدم احتياج الأرض المجمعولة قسمة للبئر إليه في الزراعه، بأن يكون ممَّا يسقى بالمطر أو بماء آخر غيره. و كذا الباقي.

و فى دخول الدولاب و الناعوره (١) فى الشفعه إذا بيع مع الأرض تردّد، إذ ليس من عادته أن ينقل.

و لا تدخل الحبال التى تركب عليها الدلاء فى الشفعه، إلا على القول بعموم الشفعه فى المبيعات.

و لا تثبت الشفعه فى الثمره، (٢) و إن بيعت على رؤوس النخل أو الشجر، منضمّه إلى الأصل و الأرض.

قوله: «و فى دخول الدولاب و الناعوره. إلخ».

منشأ التردّد من أنهما منقولان فى أنفسهما، و من عدم جريان العاده بنقلهما. و الأقوى دخولهما تبعاً، لتناول اسم الدار و الحمام و البستان لهما إذا كانا من جمله المرافق، كتناولهما للأبواب المثبتة عاده مع قبولها للنقل فى نفسها.

و احترز بقوله: «إذا بيع مع الأرض» عمّا لو بيع منفرداً، فإنه لا إشكال فى عدم ثبوت الشفعه حينئذ، بناء على عدم ثبوتها فيما ينقل.

قوله: «و لا تثبت الشفعه فى الثمره. إلخ».

بناء على ما اختاره من اشتراط كون المشفوع غير منقول، لأن الثمره قد صارت فى حكم المنقول، إذ لا يراد دوامها، و إنما لها أمد معيّن ينتظر، و لأنها لا تدخل فى مفهوم البستان و نحوه، و من ثمّ لا تدخل فى بيع الأصل بعد ظهورها، كما فصلّ فى محلّه (١). و فى معناها الزرع النابت.

و قال الشيخ [١]: تثبت الشفعه فى الثمار و الزروع تبعاً للأصول التى هى

ص: ٢٤٨

و تثبت فى الأرض المقسومه (١) بالاشتراك فى الطريق أو الشرب، إذا بيع معها. و لو أفردت الأرض المقسومه بالبيع، لم تثبت الشفعه فى الأرض، و تثبت فى الطريق أو الشرب إن كان واسعا يمكن قسمته.

فيها. و الأشهر الأول.

قوله: «و تثبت فى الأرض المقسومه. إلخ».

مذهب الأصحاب إلا ابن أبى عقيل (١) اشتراط الشرکه بالفعل فى ثبوت الشفعه، فلا تثبت بالجوار و لا فيما قسّم، لما تقدّم (٢) من الأخبار و غيرها. و استثنوا منه صورته واحده، و هى ما إذا اشترك فى الطريق أو الشرب، و باع الشريك نصيبه من الأرض و نحوها ذات الطريق أو الشرب، و ضمّهما أو أحدهما إليها، فإن الشفعه تثبت حينئذ فى مجموع المبيع و إن كان بعضه غير مشترك. و لو أفرد الأرض أو الدار ذات الطريق و الشرب بالبيع من دون أن يضمّهما أو أحدهما إليها فلا شفعه. و لو عكس فباع نصيبه من الطريق أو الشرب خاصّه ثبتت الشفعه فيه إذا كان واسعا يمكن قسمته منفردا، لأنه حينئذ مستقلّ بنفسه فيعتبر فيه ما يعتبر فى الشقص المشفوع، بخلاف ما إذا كان منضمّا إلى غيره.

و الأصل فى هذا الحكم حسنه منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام، و قد سأله عن دار فيها دور و طريقهم واحد فى عرصه الدار، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه فى الطريق أن يأخذوا بالشفعه؟ فقال: «إن كان باب الدار و ما حول بابها إلى الطريق غير ذلك فلا شفعه لهم، فإن باع الطريق مع الدار

ص: ٢٦٩

١- ١) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٤٠٣.

٢- ٢) فى ص: ٢٦٢.

فلهم الشفعة» [١].

و المراد بقوله: «إن كان باب الدار و ما حول بابها إلى الطريق غير ذلك» أى: غير [ذلك] (١) الطريق المشترك الذى فى العرصه، بأن لم يكن البائع قد باع حقه من الطريق المشترك مع داره، بل باع الدار فقط و فتح لها بابا إلى الطريق السالك، فلا شفعه حينئذ، لأن المبيع غير مشترك و لا- فى حكمه كالاشتراك فى الطريق. و إن كان باع الدار مع الطريق المشتركه ثبتت الشفعه.

و فى صحيحه أخرى لمنصور بن حازم عن الصادق عليه السلام فى دار بين قوم اقتسموها، و أخذ كل واحد منهم قطعه فبناها، و تركوا بينهم ساحه فيها ممرهم، فجاء رجل فاشتري نصيب بعضهم إله ذلك؟ قال: «نعم»، و لكن يسد بابها. و إن أراد صاحب الطريق بيعه فإنهم أحق به، و إلا فهو طريقه يجىء يجلس على ذلك الباب» (٢).

و ظاهر هذه أن بائع الدار لم يبيع نصيبه من الساحه المشتركه، فلذلك أمر أن يسد بابها و يفتح له بابا إلى الطريق أو ينزل من فوق البيت، و لم يذكر الشفعه حينئذ، لعدم مقتضاها. و لو فرض بيعه لحصته فى العرصه التى هى الممر جاز للشركاء أخذها بالشفعه، لتحقق الشركه فيها دون الدار، لأنه لم يبيعها معها.

ص: ٢٧٠

١- (٢) من «د، و، ط، م».

٢- (٣) الكافى ٥: ٢٨١ ح ٩، التهذيب ٧: ١٦٥ ح ٧٣٢، الاستبصار ٣: ١١٧ ح ٤١٨، الوسائل ١٧: ٣١٨ الباب المتقدم ح ٢.

و ليس فى الروايتين تعرّض لكون الطريق ممّا يقبل القسمة، لكن المصنف اشترط ذلك على تقدير بيعها منفردة، نظرا إلى ما أسلفه (١) من اشتراط ذلك فى كلّ مشفوع. و أما على تقدير ضمّ الطريق إلى الدار فيكفى قبول أصل الدار القسمة، لأنها المبيع حقيقة و الطريق تابعه، فلا يعتبر قبولها القسمة منفردة.

و ربما قيل باشتراط قبول الطريق القسمة فى الموضوعين، نظرا إلى أنها السبب الموجب للشفعة، و الدار تابعه لها فى ذلك. و ليس بجيد.

و إطلاق الروايات يقتضى عدم الفرق فى ثبوت الشفعة بين كون الدور (٢) و ما فى معناها مقسومه بعد أن كانت مشتركة و منفردة من أصلها، بل فى الثانيه تصريح بعد الاشتراط حيث قال: «فأخذ كلّ واحد منهم قطعه فبناها». و بهذا صرح فى التذكرة (٣) أيضا. و هو الظاهر، لأن هذا مستثنى من اعتبار الشرکه، فيكتفى فيه بالشرکه فى الطريق، و لأن زوال الشرکه (٤) بالقسمة قبل البيع يلحقها بالجوار (٥) فلا وجه لاعتبارها.

و يظهر من عبارته المصنف و جماعه (٦) حيث فرضوا الحكم فى الأرض المقسومه مع الاشتراك فى الطريق اعتبار حصول الشرکه فى الأصل. و احتجّ له بأن ضمّ غير المشفوع إلى المشفوع لا يوجب ثبوت الشفعة فى غير المشفوع

ص: ٢٧١

١- ١) فى ص: ٢٦٥.

٢- ٢) فى «و،خ»: الدار.

٣- ٣) التذكرة ٥٩٠: ١.

٤- ٤) فى «ذل،خ»: القسمة بالقسمة.

٥- ٥) كذا فى «ذ،و»، و فى سائر النسخ: بالجواز.

٦- ٦) تحرير الأحكام ٢: ١٤٥، اللمعة الدمشقية: ٩٩.

اتَّفقا.و المبيع الذى لا شرکه فيه فى الحال و لا فى الأصل ليس من متعلّقات الشفعه، إذ لو بيع وحده لم يثبت فيه شفعه بحال،و إثباتها لا يكون إلا بمحض (١)الجوار (٢)،فإذا ضمّ إلى المشترك وجب أن يكون الحكم كذلك.و لعموم قوله عليه السلام:«لا شفعه إلا لشريك مقاسم» (٣)و لا- شرکه هنا لا- فى الحال و لا فى الأصل.و لروايه أبى العباس:«الشفعه لا تكون إلا لشريك» (٤).و غير ذلك ممّا فى معناه (٥).

و لا- يخفى عليك ضعف هذا الاحتجاج،لأن هذه الصورة مستثناه من اشتراط الشرکه بالنصّ و الإجماع،فلا يقدح فيها ما دلّ بإطلاقه على اشتراط الشرکه،و لا- على نفى الشفعه بضميمه غير المشفوع إليه،مع أن المقسوم خرج عن تعلّق الشفعه عندهم،فضميمته كضميمه غيره لو لا- الطريق المشترك.و لأن مدلول هذه الروايات اعتبار الشرکه بالفعل،و هو منتف مع القسمه [بها] (٦).و لو أريد منها ما يعمّ السابقه لزم ثبوتها فى المقسوم و إن لم يكن له شرکه فى الطريق.

و أما معارضه روايه (٧)منصور الصحيحه و الحسنه بتلك الأخبار الدالّله على اعتبار الشرکه،و ترجيح تلك بالكثرة و موافقتها للأصل،فعجيب،لأن مدلولها-على تقدير قطع النظر عن سندها-اعتبار الشرکه بالفعل كما ذكرناه،و روايه (٨)

ص:٢٧٢

١- ١) فى «ذ،د،خ،م»:لمحض.

٢- ٢) كذا فى «ذ،و»،و فى سائر النسخ:الجواز.

٣- ٣) تقدّم ذكر مصادر الحديث فى ص: ٢٦٣ هامش (٣).و فى المصادر:..غير مقاسم.

٤- ٤) التهذيب ٧:١٦٤ ح ٧٢٥،الوسائل ١٧:٣١٥ ب «١» من أبواب الشفعه ح ١.

٥- ٥) انظر الوسائل ١٧:٣١٥ ب «١،٣» من أبواب الشفعه.

٦- ٦) من الحجرّيتين.

٧- ٧) المذكوره فى ص: ٢٦٩-٢٧٠.

٨- ٨) كذا فى «خ»:و فى سائر النسخ:و روايات.

و لو باع عرصه مقسومه (١) و شقصا من أخرى صفقه، فالشفعه فى الشقص خاصه بحصته من الثمن.

و يشترط انتقال الشقص بالبيع، (٢) فلو جعله صداقا أو صدقه أو هبه أو صلحا، فلا شفعه.

منصور دلت على الاكتفاء (١) بالشركه فى الطريق، فهى خاصه و تلك عامه، فيجمع بينهما بتخصيص العام بما عدا ذلك.

قوله: «و لو باع عرصه مقسومه. إلخ».

و ذلك لوجود المقتضى للشفعه فى الشقص دون المقسوم، فيعطى كل واحد حكمه. و لا يقدح فى ذلك كونه يباع واحدا، لصدقه على كل واحد بانفراده أيضا.

و لا فرق بين كون غير المشفوع من مصالح المشفوع كبقير الضيعه و عدمه، خلافا لبعض العامة (٢)، و من ثمّ مثل المصنف - رحمه الله - بما لا تعلق لأحدهما بالآخر.

و من هذا الباب ما لو باع البستان بثمره أو الأرض بزروعها، فتثبت الشفعه فى غير الثمر و الزرع بحصته من الثمن، بأن ينسب قيمه المشفوع منفردا إلى قيمه المجموع، فحصته من الثمن بتلك النسبه. فإذا قيل: قيمه المجموع مائه، و قيمه ما عدا الثمره و الزرع ثمانون، أخذ الشفيع المشفوع بأربعة أخماس الثمن كائنا ما كان، و هكذا.

قوله: «و يشترط انتقال الشقص بالبيع. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعا. و ليس عليه دليل صريح، و إنما تضمنت الروايات ذكر البيع، و هو لا ينافى ثبوتها بغيره، و من ثمّ

ص: ٢٧٣

١ - ١) فى «ط»: على اعتبار الشركه.

٢ - ٢) انظر الحاوى الكبير ٢٨١: ٧.

و لو كانت الدار وقفا،(١)و بعضها طلق (١)،فبيع الطلق،لم يكن للموقوف عليه شفعه و لو كان واحدا،لأنه ليس مالكا للرقبه على الخصوص.و قال المرتضى-رحمه الله-:ثبت الشفعه.

خالف ابن الجنيـد (٢)،فأثبتها بمطلق النقل حتى بالهبه بعوض و غيره،لما أشرنا إليه من عدم دليل يقتضى التخصيص،و لاشتراك الجميع فى الحكمه الباعثه على إثبات الشفعه،و هو دفع الضرر عن الشريك.و لو خصّـيها بعقود المعاوضات-كما يقوله العامّه (٣)-كان أقعد،لأن أخذ الشفيع للموهوب بغير عوض بعيد،و به خارج عن مقتضى الأخذ.

و تدلّ على عدم ثبوت الشفعه فى غير عقود المعاوضات المحضه صحيحه أبى بصير عن الباقر عليه السلام قال:«سألته عن رجل تزوّج امرأه على بيت فى دار له،و له فى تلك الدار شركاء،قال:جائز له و لها،و لا شفعه لأحد من الشركاء عليها» (٤).

قوله:«و لو كانت الدار وقفا.إلخ».

إذا كان متعلّق الشفعه-كالدار و الأرض-بعضه طلقا و بعضه وقفا،فإن بيع الوقف على وجه يصحّ فلا إشكال فى ثبوت الشفعه لصاحب الطلق،لوجود المقتضى،و انتفاء المانع.

ص:٢٧٤

١- ١) فى الشرائع (الطبعه الحجريّه):طلقا.

٢- ٢) حكاه عنه علامه فى المختلف:٤٠٤.

٣- ٣) الحاوى الكبير ٧:٢٣٢،التنبيه للشيرازى:١١٧،الوجيز ١:٢١٥،بدائع الصنائع ٥: ١٠-١١،الكافى فى فقه أهل المدينه ٢:٨٥٦-٨٥٧،المغنى لابن قدامه ٥:٤٦٧،روضه الطالبين ٤:١٦٣.

٤- ٤) الفقيه ٣:٤٧ ح ١٦٥،التهذيب ٧:١٦٧ ح ٧٤٢،الوسائل ١٧:٣٢٥ ب «١١» من أبواب الشفعه ح ٢.

و إن بيع الطلق، ففي ثبوت الشفعه للموقوف عليه، أو ولي الوقف من ناظر أو حاكم، أقوال منشؤها: أن ملك الموقوف هل ينتقل إلى الموقوف عليه مطلقاً، أو مع اتحاده، أو لا ينتقل إليه مطلقاً؟ وقد تقدّم تحقيقه في بابه (١).

فإن قلنا بعدم انتقاله إليه فلا شفعه له، لأنها مشروطه بكون الشفيع شريكاً، ولا يتحقق الشرکه إلا بالملك.

و إن قلنا بأنه يملك ففي ثبوت الشفعه له وجهان أحدهما: العدم، لأنه ملك ناقص، و لهذا لا ينفذ تصرفه فيه، ولا يتسلط على الأخذ [بالشفعه] (٢). و بهذا أخذ الشيخ في المبسوط (٣) مدّعياً عدم الخلاف. و تبعه المصنف - رحمه الله - و الشهيد في الدروس (٤)، مع أنه اختار في الوقف (٥) انتقاله إلى الموقوف عليه مطلقاً، فعدم حكمه بالشفعه هنا معلل بنقص الملك لا بعدمه.

و يضعف بأن المعتبر في ثبوتها الشرکه المتحققه بالملك في الجملة. و نقصه بالحجر على المالك في التصرف لا ينافي كونه مالكا، و من ثمّ يثبت لغيره ممن يحجر عليه في التصرف.

و قد يعلل أيضا بعدم انحصار الملك في الموقوف عليه.

و يضعف بأن البحث على تقدير الانحصار، و إن انتشر بعد ذلك كانتشار

ص: ٢٧٥

١ - ١) في ج ٣٧٦: ٥.

٢ - ٢) من «خ» و الحجريتين.

٣ - ٣) المبسوط ١٤٥: ٣.

٤ - ٤) الدروس الشرعيه ٣٥٨: ٣، و ج ٢٧٧: ٢.

٥ - ٥) الدروس الشرعيه ٣٥٨: ٣، و ج ٢٧٧: ٢.

المملوك بالبيع و الموت و نحو ذلك. و على القول بعدم اشتراط اتحاد الشريك يرتفع هذا المانع. و من ثم ذهب المرتضى (١)- رضى الله عنه- إلى ثبوتها للموقوف عليه مطلقا، حتى جَوَز للإمام و خلفائه المطالبة بشفعه الوقوف التى ينظرون فيها على المساكين أو على المساجد و مصالح المسلمين، و كذلك كل ناظر بحق في وقف من وصى و ولئى له أن يطالب بشفعته.

و فضل ابن إدريس (٢) حسنا فقال: إن كان الموقوف عليه واحدا صحّت الشفعه له كالطلق. و وافقه عليه المتأخرون (٣).

و على هذا فالمعتبر باتّحاده حال بيع الشريك و إن كان متعدّدا قبل ذلك، لأن المانع هو كثره الشركاء لا الوقف (٤). هذا إذا قلنا بانتقال الملك إلى الموقوف عليه مطلقا. و لو شرطنا فيه انحصاره اشترط كونه منحصرًا، و لا- يكفى اتّحاده فى تلك الحالة عنه، لجواز كونه غير منحصر فى الأصل، كما لو وقف على فقهاء البلد الفلانى و لم يوجد منهم حال البيع إلا واحدًا، أو على بنى فلان غير المنحصرين فاتّفق انحصارهم ذلك الوقت، فإنه لا شفعه، لما تقدّم (٥) من أن الأصحّ عدم انتقال الملك إلى الموقوف عليه غير المنحصر ابتداء.

ص: ٢٧٦

١- (١) الانتصار: ٢٢٠-٢٢١.

٢- (٢) السرائر ٣٩٧: ٢.

٣- (٣) المختلف: ٤٠٧، التنقيح الرائع ٤: ٨٥، جامع المقاصد ٦: ٣٥٨.

٤- (٤) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، و لعلّ الصحيح: الموقوف عليه.

٥- (٥) فى ج ٣٧٧: ٥.

الثاني: في الشفيع.

و هو كلّ شريك (١) بحصّه مشاعه، قادر على الثمن.

قوله: «في الشفيع و هو كلّ شريك. إلخ».

هذا تعريف للشفيع باعتبار قيوده المتفق عليها، و من ثَمّ لم يقيد بالمتّحد كما فعل غيره (١)، و لو أراد الشفيع المختار عنده لزاد قيد المتّحد.

و يدخل فيه الموقوف عليه مطلقاً، أو مع كونه خاصاً، فإنه شريك، لانتقال الملك إليه. و كأنّه لم يخرج له ذكرناه من العذر في عدم إخراج المتعدّد.

و ينبغي أن يراد بالقادر على الثمن ما يشمل قدره بالفعل و القوّه، ليدخل فيه الفقير القادر على دفعه و لو بالاقتراض.

و يراد بالثمن ما يشمل مثله و قيمته. و على هذا فلو كان غنياً (٢) بعروض خارجة عن مثله و قيمته، و لم يوجد له من يشتريها منه، فهو بمنزلة الفقير.

و أما إخراج المماطل و الهارب (٣) منه بقيد قدره فلا يخلو من تكلف، لصدق القدره عليهما بالفعل فضلاً عن القوّه. و إرادته لازم القدره منها و هو دفع الثمن - نظراً إلى أن الغايه المقصوده منها ذلك، فأطلق اسم السبب على المسبّب - مجاز لا يحسن استعماله في التعريف، و إن كان أصله مشهوراً لكن المراد منه هنا غير مشهور.

و ينبغي أن يكون قوله: «و يشترط فيه الإسلام. إلخ» من تتمّة التعريف، ليسلم من الانتقاض بالكافر على بعض الوجوه، لدخوله في الكلّيّه، و بقرينه

ص: ٢٧٧

١- (١) قواعد الأحكام ٢١٠: ١.

٢- (٢) في «و»: عينا.

٣- (٣) في «خ»: و المتهاون.

و يشترط فيه الإسلام،(١)إذا كان المشتري مسلماً.

تأخير التفريع بقوله:«فلا تثبت. إلخ»عنه،و لا يفيد اتّصاله بالتعريف مع خروجه عنه.

قوله:«و يشترط فيه الإسلام. إلخ».

إنما اشترط إسلام الشفيع مع كون المشتري مسلماً لأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري و دركه عليه كما سيأتي (١)،و أخذه منه على وجه القهر سبيل على المسلم،و هو منفى بقوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (٢).و يؤيده روايه السكوني:«ليس لليهودي و النصراني شفيعه» (٣).و أراد به على المسلم،للإجماع على ثبوتها لهما على غيره.و كأنه موضع وفاق،و إنما خالف فيه جماعه من العامه [١]،فأثبتوها له عليه قياساً على الردّ بالعيب.و الفرق واضح،مع بطلان القياس.

و لا فرق بين كون البائع مسلماً أو كافراً.و لو لم يكن المشتري مسلماً لم يشترط إسلام الشفيع و إن كان البائع مسلماً.

ص: ٢٧٨

١- ١) في ص: ٣٢٣.

٢- ٢) النساء: ١٤١.

٣- ٣) الكافي ٥: ٢٨١ ح ٦، التهذيب ٧: ١٦٦ ح ٧٣٧، الوسائل ١٧: ٣٢٠ ب «٦» من أبواب الشفيعه ح ٢.

فلا تثبت الشفعه [للجار] بالجوار، (١) ولا فيما قسّم و مّيز، إلا مع الشركه فى طريقه أو نهريه. و تثبت بين شريكين.

و هل تثبت لما زاد (٢) عن شفع واحد؟ فيه أقوال:

أحدها: نعم، تثبت مطلقا على عدد الرؤوس.

و الثانى: تثبت فى الأرض مع الكثره، و لا تثبت فى العبد إلا للواحد.

و الثالث: لا تثبت فى شىء مع زياده عن الواحد. و هو أظهر.

قوله: «و لا تثبت الشفعه بالجوار. إلخ».

هذا الاستثناء من المعطوف و هو ما قسّم إن اعتبرنا فى ثبوت الشفعه مع الاشتراك فى الطريق و النهر كون المشفوع ممّا قسّم، و استثناء من الأمرين معا إن لم نشترط ذلك، و اكتفينا بالشركه فى أحد الأمرين و إن كان الأصل غير مشترك مطلقا، كما تقدّم (١) تحقيقه. و ظاهر المصنف هو الأول، بقريته القرب و ما سلف (٢).

و نبه بهذا على خلاف ابن أبى عقيل (٣) حيث أثبتها فى المقسوم مطلقا، و على خلاف بعض العامه (٤) حيث أثبتها بالجوار مطلقا.

قوله: «و هل تثبت لما زاد. إلخ».

اختلف علماؤنا فى أن الشفعه هل تثبت مع زياده الشركاء على اثنين؟

ص: ٢٧٩

١- ١) فى ص: ٢٧١.

٢- ٢) فى ص: ٢٧١.

٣- ٣) حكاه عنه علامه فى المختلف: ٤٠٣.

٤- ٤) اللباب فى شرح الكتاب ١٠٦: ٢، المبسوط للسرخسى ٩٠: ١٤- ٩١، الحاوى الكبير ٢٢٧: ٧- ٢٢٨، بدائع الصنائع ٤: ٥- ٥، الإشراف على مذاهب أهل العلم ٣٨: ١، المغنى لابن قدامه ٤٦١: ٥، حليه العلماء ٢٦٦: ٥، روضه الطالبين ١٥٩: ٤.

فمنعه الأ-كثر و منهم الشيخان (١) و المرتضى (٢) و الأتباع (٣)، حتى ادعى عليه ابن إدريس (٤) الإجماع. و ذهب ابن الجنيد (٥) إلى ثبوتها مع الكثرة مطلقاً. و قوّاه في المختلف (٦) بعد ذهابه إلى المشهور، و خطأ ابن إدريس في دعوى الإجماع.

و ذهب الصدوق في الفقيه (٧) إلى ثبوتها معها في غير الحيوان، و وافق في المقنع [١] المشهور، و نسب ثبوتها مع الكثرة إلى الرواية.

حجّه المشهور الأخبار، كصحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: «قال: لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما، فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة» (٨). و رواه يونس المرسل عنه عليه السلام قال: «إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحقّ به من غيره، فإن زاد على اثنين فلا شفعة لأحد منهم» (٩). و لأصالة عدم الشفعة، و ثبوت

ص: ٢٨٠

١- (١) المقنعة: ٦١٨، النهاية: ٤٢٤.

٢- (٢) الانتصار: ٢١٦.

٣- (٣) الكافي في الفقه: ٣٦١، المراسم: ١٨٣، المهذب ١: ٤٥٣-٤٥٤، الوسيلة: ٢٥٨، فقه القرآن ٢: ٦٩، غنية النزوع: ٢٣٢ و ٢٣٤، إصباح الشيعة: ٢٥٤.

٤- (٤) السرائر ٢: ٣٨٧.

٥- (٥) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٤٠٣.

٦- (٦) المختلف: ٤٠٤.

٧- (٧) الفقيه ٣: ٤٦ ذيل ح ١٦٢.

٨- (٨) الكافي ٥: ٢٨١ ح ٧، التهذيب ٧: ١٦٤ ح ٧٢٩، الاستبصار ٣: ١١٦ ح ٤١٢، الوسائل ١٧: ٣٢٠ ب «٧» من أبواب الشفعة ح ١.

٩- (٩) الكافي ٥: ٢٨١ ح ٨، الفقيه ٣: ٤٦ ح ١٦٢، التهذيب ٧: ١٦٤ ح ٧٣٠، الاستبصار ٣: ١١٦ ح ٤١٣، الوسائل ١٧: ٣٢١ الباب المتقدم ح ٢.

الملك في غير موضع الوفاق.

و احتج ابن الجنيـد بصحيحه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام:

«في الدار بين قوم اقتسموها و أخذ كل واحد منها قطعه فبناها..» الحديث، و قد تقدّم (١). و حسنه منصور أيضا، و قد تقدّمت (٢). و روايه عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قضى رسول الله صلى الله عليه و آله بالشفعه بين الشركاء» (٣) و أقلّ الجمع ثلاثه. و غيرها من الأخبار (٤).

و أجيب (٥) بأن الروايتين دلّتا من حيث المفهوم، و أنه يجوز أن يراد الاثنان من لفظ الجمع، أو أنه أراد تعميم الحكم بالنسبه إلى المكلفين، لا بالنسبه إلى قضيه واحده يشترك فيها جماعه. و كذا الروايه الأخيره.

و فيه نظر، لظهور صراحه دلالتهم. و إرادته الاثنان من لفظ الجمع مجاز على أصحّ القولين للأصوليين. و كذا حمل اللفظ على إرادته المكلفين في غير القضيه المعينه.

و أجاب في الدروس (٦) بحملها على التقية، لموافقتها لمذهب العامه (٧).

ص: ٢٨١

١- ١) تقدّم ذكر مصادرهما في ص: ٢٧٠ هامش (١).

٢- ٢) تقدّم ذكر مصادرهما في ص: ٢٧٠ هامش (٣).

٣- ٣) الكافي ٥: ٢٨٠ ح ٤، الفقيه ٣: ٤٥ ح ١٥٤، التهذيب ٧: ١٦٤ ح ٧٢٧، الوسائل ١٧: ٣١٩ ب «٥» من أبواب الشفعه ح ١.

٤- ٤) انظر الوسائل ١٧: ٣٢٢ ب «٧» من أبواب الشفعه ح ٥.

٥- ٥) راجع المختلف: ٤٠٤.

٦- ٦) الدروس الشرعيه ٣: ٣٥٧.

٧- ٧) مختصر المزنّي: ١٢٠، الباب في شرح الكتاب ٢: ١١٦، التنبيه للشيرازي: ١١٨، الوجيز للغزالي ١: ٢١٩، حليه العلماء

٥: ٢٩١، الكافي في فقه أهل المدينه ٢: ٨٥٩، بدايه المجتهد ٢: ٢٦٠، الحاوي الكبير ٧: ٢٦٠، بدائع الصنائع ٥: ٥-٦، المغني لابن قدامه

٥: ٥٢٣، روضه الطالبين ٤: ١٨٢.

و يمكن أن يقال: إنه مع تعارض الروايات الصحيحة تتساقط و يرجع إلى حكم الأصل.

و فيه نظر، لمنع التعارض، لأن هذه الروايات أكثر و أوضح دلالة، لأن روايه ابن سنان (١) التي هي عمده الباب لا صراحه فيها، حيث إنه أثبت الشفعه للشريكين باللام المفيده للاستحقاق أو ما فى معناه، و المطلوب لا يتم إلا إذا أريد ثبوتها بين الشريكين لا لهما، و لا- ينافيه قوله: و لا تثبت لثلاثه، إذ لا قائل بالفرق بين الاثنين و الثلاثه، و لجواز إرادته عدم استحقاق كل واحد من الثلاثه بخصوصه دون الآخر. و هذا و إن كان خلاف الظاهر إلا أن فيه طريقا للجمع، مع أن روايه منصور (٢) أصح طريقا، و مؤيده بروايه ابن سنان الآتية.

و احتج الصدوق على ثبوتها مع الكثره فى غير الحيوان بروايه عبد الله بن سنان قال: «سألته عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه، قال: يبيعه، قال: قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم على البيع قال لشريكه: أعطني، قال: هو أحق به، ثم قال عليه السلام: لا شفعه فى الحيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحدا» (٣). و مفهوم هذه الروايه ثبوتها فى غيره إذا كان أكثر.

و لا يخفى ضعف دلالة المفهوم، مع تضمّنها ثبوت الشفعه فى الحيوان و قد تقدّم (٤) ما ينافيه. و مع ذلك فهى مقطوعه. و صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام: «فى المملوك بين الشركاء يبيع أحدهم فيقول أحدهم: أنا أحق به،

ص: ٢٨٢

١- (١) تقدّمنا فى ص: ٢٨٠.

٢- (٢) تقدّمنا فى ص: ٢٨١.

٣- (٣) الفقيه ٣: ٤٦ ح ١٦٣، الوسائل ١٧: ٣٢٢ ب «٧» من أبواب الشفعه ح ٧.

٤- (٤) فى ص: ٢٦٢-٢٦٣.

أله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحداً (١) أو ضح دلاله و سندا، إلا أنها لا تدلّ على ثبوتها مع الكثرة فى غيره.

و اعلم أن المصنف-رحمه الله-نقل القول المذكور و خصّه بالعبد، و الذى صرح به الصدوق كون الحكم مختصاً بالحيوان مطلقاً كما نقلناه عنه، لأنه قال فى الفقيه-بعد أن روى عن الصادق عليه السلام ثبوت الشفعه فى كلّ شىء إذا كان الشىء بين الشريكين لا غيرهما، فإن زاد على اثنين فلا شفعه لأحد منهم:-

«قال مصنف هذا الكتاب-و أراد نفسه-:يعنى بذلك الشفعه فى الحيوان وحده، فأما فى غير الحيوان فالشفعه واجبه للشركاء و إن كانوا أكثر من اثنين»قال:

«و تصديق ذلك روايه أحمد بن محمد بن أبى نصر عن عبد الله بن سنان» (٢). ثم ذكر الروايه السابقه و فيها تصريح بالحيوان، و لا قائل غيره باختصاص الحكم بالعبد، و إن كان فى الروايتين ذكر المملوك إلا أنه لا دلاله لهما على اختصاص الحكم به، و فى آخر الروايه التى استدللّ بها تصريح بثبوت الحكم فى الحيوان مطلقاً.

إذا تقرّر ذلك فقد اختلف القائلون بثبوتها مع الكثرة هل هو على عدد الرؤوس، أو على قدر السهام؟ فصرّح الصدوق [١] بالأول، و نقله الشيخ (٣) عنهم مطلقاً. و قال ابن الجنيد (٤):الشفعه على قدر السهام من الشركه، و لو حكم بها

ص: ٢٨٣

١- (١) الكافى ٥: ٢١٠ ح ٥، التهذيب ٧: ١٦٦ ح ٧٣٥، الاستبصار ٣: ١١٦ ح ٤١٥، الوسائل ١٧: ٣٢١ الباب المتقدم ح ٣.

٢- (٢) الفقيه ٣: ٤٦ ذيل ح ١٦٢.

٣- (٣) الخلاف ٣: ٤٣٥ مسأله (١١).

٤- (٤) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٤٠٤.

و تبطل الشفعة: بعجز (١) الشفيع عن الثمن، و بالمماطلة. و كذا لو هرب.

على عدد الشفعاء جاز ذلك. و يدلّ على الأول روايه طلحه بن زيد أن عليّاً عليه السلام قال: «الشفعة تثبت على عدد الرجال» (١). و لأن من حصّته قليله لو كان منفرداً لأخذ المال جميعه كصاحب الأكثر، فيتساويان في الاستحقاق، إذ المقتضى هو مطلق الشرکه. و يدلّ على الثانى أن المقتضى للشفعة الشرکه، و المعلول يتزايد بتزايد علته و ينتقص بنقصها إذا كانت قابله للقوّه و الضعف.

قوله: «و تبطل الشفعة بعجز. إلخ».

يتحقّق العجز باعترافه. و فى تحقّقه بإعساره وجهان أجودهما (٢) العدم، لإمكان تحصيله بقرض و نحوه، فينظر به ثلاثه أيّام كمدّعى غيبته.

و المراد بالمماطل القادر على الأداء و لا يؤدّى. و لا يشترط فيه مضيّ الثلاثه، لأنها محدوده للعاجز و لا عجز هنا. و يحتمل إلحاقه به، لظاهر روايه ابن مهزيار عن الجواد (٣) عليه السلام بانتظاره ثلاثه أيّام حيث لم ينضّ الثمن.

أما الهارب فإن كان قبل الأخذ فلا شفعة له، لمنافاته الفوريّه على القول بها. و إن كان بعده فللمشتري الفسخ، و لا يتوقّف على الحاكم، لعموم: «لا ضرر و لا إضرار» (٤).

ص: ٢٨٤

١- ١) الفقيه ٣: ٤٥ ح ١٥٦، التهذيب ٧: ١٦٦ ح ٧٣٦ و فيه: عن السكوني، الوسائل ١٧: ٣٢٢ ب «٧» من أبواب الشفعة ح ٥.

٢- ٢) فى «خ»: أحدهما.

٣- ٣) التهذيب ٧: ١٦٧ ح ٧٣٩، الوسائل ١٧: ٣٢٤ ب «١٠» من أبواب الشفعة.

٤- ٤) الكافي ٥: ٢٨٠ ح ٤، الفقيه ٣: ٤٥ ح ١٥٤، التهذيب ٧: ١٦٤ ح ٧٢٧، الوسائل ١٧: ٣١٩ ب «٥» من أبواب الشفعة ح ١.

و لو ادّعى غيبه الثمن (١) أجل ثلاثة أيّام، فإن لم يحضره بطلت شفيعته.

فإن ذكر أن المال في بلد آخر، أجل بمقدار وصوله إليه و زياده ثلاثة أيّام، ما لم يتضرّر المشتري.

قوله: «و لو ادّعى غيبه الثمن. إلخ».

إذا ادّعى غيبه الثمن، فإن ذكر أنه ببلده أجل ثلاثة أيّام من وقت حضوره للأخذ. و إن ذكر أنه ببلد آخر أجل مقدار ذهابه إليه و أخذه و عوده و ثلاثة أيّام كما تقتضيه الرواية (١)، و العبارة قاصره عن تأديه ذلك كغيرها (٢). هذا إذا لم يتضرّر المشتري بالتأخير - بأن كان البلد الذى نسب الثمن إليه بعيدا جدّا، كالعراق من الشام و نحو ذلك - و إلا بطلت.

و المراد بطلانها على تقدير عدم إحضاره فى المدّة المضروبه سقوطها إن لم يكن أخذ، و تسلّط المشتري على الفسخ إن كان قد أخذ.

و يعتبر الثلاثة و لو ملقّقه لو وقع الإمهال فى خلال اليوم. و الليالى تابعه للأيّام، فإن وقع نهارا اعتبر إكمال الثالث من اليوم الرابع، و دخلت الليالى تبعاً. و إن وقع ليلا أجل ثلاثة أيّام تامّة، و تمام الليله من الرابعه كذلك.

و يعتبر فى الذهاب إلى بلد المال حصول ما يحتاج إليه عادة من الرفيق و غيره. و لا - يجب تحصيله بأجره، عملا بالعرف. و لا يستثنى له فى نفس البلد زياده عن تحصيل المال بالمعتاد.

ص: ٢٨٥

١ - ١) عن الجواد عليه السلام، و تقدّمت فى الصفحة السابقه.

٢ - ٢) انظر قواعد الأحكام ١: ٢١٠.

و تثبت للغائب و السفیه. (١) و كذا للمجنون و الصبى. و يتولّى الأخذ وليّهما مع الغبطه. و لو ترك الولّى المطالبه، فبلغ الصبى، أو أفاق المجنون، فله الأخذ، لأن التأخير لعذر. و إن لم يكن فى الأخذ غبطه، فأخذ الولّى، لم يصحّ.

قوله: «و تثبت للغائب و السفیه. إلخ».

لا شبهه فى ثبوتها لمن ذكر، لعموم (١) الأدلّه المتناوله للمولّى عليه و غيره.

أما الغائب فيتولّى هو الأخذ بعد حضوره و إن طال زمان الغيبه. و لو تمكّن من المطالبه فى الغيبه بنفسه أو وكيله فكالحاضر. و لا عبره بتمكّنه من الإشهاد على المطالبه، فلا يبطل حقّه لو (٢) لم يشهد بها. و المريض الذى لا يتمكّن من المطالبه كالغائب. و كذا المحبوس ظلماً أو بحقّ يعجز عنه. و لو قدر عليه و لم يطالب بطلت.

و أما الصبى و المجنون و السفیه فيطالب لهم الولّى مع الغبطه. و كان على المصنّف جمع الضمير المضاف إلى الولّى ليتناول السفیه، لثلاً يوهّم (٣) أنه يتولّى الأخذ دون الولّى بقرينه تخصيص الطفل و المجنون بأخذ الولّى.

و لو ترك الولّى الأخذ مع الغبطه لم يسقط حقّهم منها، بل لهم الأخذ بعد زوال المانع، لأن التأخير وقع لعذر. و الأقوى جواز أخذ الولّى لهم أيضاً بعد ذلك، لبطلان الترك، و تقصيره بالتراخى لا يسقط حقّ المولّى عليه، و ليس الحقّ متجدّداً عند الكمال بل مستمرّ، و إنما المتجدّد أهليّه الأخذ، فأخذ الولّى فى ذلك

ص: ٢٨٦

١- ١) لاحظ الوسائل ١٧: ٣١٥ ب «١» و ص: ٣٢٠ ب «٦» من أبواب الشفعه.

٢- ٢) فى «خ»: و لو.

٣- ٣) فى «ذ، د، م»: يتوهّم.

و تثبت الشفعه للكافر (١) على مثله، و لا تثبت له على المسلم، و لو اشتراه من ذمى. و تثبت للمسلم على المسلم و الكافر.

و إذا باع الأب أو الجد (٢) عن اليتيم شقصه المشترك معه، جاز أن يشفعه، و ترتفع التهمه، لأنه لا يزيد عن بيع ماله من نفسه.

و هل ذلك للوصى؟ قال الشيخ: لا، لمكان التهمه. و لو قيل:

بالجواز، كان أشبه، كالوكيل.

الوقت كله صحيح.

و لو لم يكن فى أخذ الولي للموئى عليه غبطه - بأن باعه بأكثر من ثمن المثل، أو به و لم يكن للموئى عليه مال، و احتاج إلى بيع عقار هو أجود من المأخوذ، و نحو ذلك - لم يصح الأخذ، لأن فعله مقيد بالمصلحه.

قوله: «و تثبت الشفعه للكافر. إلخ».

قد تقدّم (١) البحث فى ذلك و أن الاعتبار بالمأخوذ منه لا بالبائع، فإخذ الكافر من مثله و إن كان البائع مسلماً، لا من المسلم و إن كان البائع كافراً، لأن السبيل المنفى (٢) متحقق فى المشتري، لأنه هو الذى يؤخذ منه.

قوله: «و إذا باع الأب أو الجد. إلخ».

لا - كلام فى جواز بيع ولى اليتيم حصّه من ماله لمصلحه الإنفاق عليه و نحوه، سواء كان الولي أباً أم جدّاً أم وصياً. و إنما الكلام فى ثبوت الشفعه للولي لو كان شريكاً له فى الشقص، فقيل: لا يصح الأخذ مطلقاً، لرضا الولي بالبيع،

ص: ٢٨٧

١ - ١) فى ص: ٢٧٨.

٢ - ٢) النساء: ١٤١.

و للمكاتب الأخذ(١)بالشفعة،و لا اعتراض لمولاه.

فإنه يسقط الشفعه و إن كان قبل العقد.و هو خيره العلامه فى المختلف (١).

و الشيخ-رحمه الله-فى المبسوط (٢)فصل،فأثبت الشفعه للولّى إن كان أبا أو جدّا لا إن كان وصيّاً،فارقاً بأن الوصىّ متّهم فى تقليل الثمن ليأخذ به، فلو مكنّ منه لم يؤمن أن يترك النظر و الاستقصاء لليتيم،و يسمح فى البيع ليأخذ بالشفعه بالثمن البخس،و هذا كما أنه لا يمكن من بيع ماله من نفسه،بخلاف الأب و الجدّ،فإنهما غير متّهمين،و لهما أن يشتريا لأنفسهما.و على هذا فلو اشترى شقفا للطفل و هو شريك فى العقار جاز له الأخذ،لأنه لا تهمه هنا،إذ لا يزيد فى الثمن ليأخذ به.

و المصنف-رحمه الله-أجاز الشفعه فى الموضعين.و هو الأصحّ،لأن الفرض (٣)وقوع البيع على الوجه المعتبر،فلا- يرد ما ذكره الشيخ.و لا نسلم أن الرضا بالبيع قبله يسقط الشفعه،لأن ذلك تمهيد للأخذ بالشفعه و تحقيق لسببه، فلا يكون الرضا به مسقطاً لها،إذ الرضا بالسبب من حيث هو سبب يقتضى الرضا بالمسبّب فكيف يسقطه؟و لو رفع أمره إلى الحاكم و أوقع البيع بنظره زال الاشكال من حيث التهمه.و قد بيّنا فساد الاشكال الآخر.

قوله:«و للمكاتب الأخذ.إلخ».

لا- فرق فى جواز أخذ المكاتب بالشفعه بين كون الأخذ من سيّده و غيره، لانقطاع سلطنته عنه،و نفوذ تصرفه فيما فيه غبطه للاكتساب،و قد يتفق ذلك فى

ص:٢٨٨

١- ١) المختلف:٤٠٩.

٢- ٢) المبسوط ١٥٨:٣.

٣- ٣) فى «ل،ط،و،خ»:الغرض.

و لو ابتاع العامل فى القراض (١) شقصا، و صاحب المال شفيعه، فقد ملكه بالشراء لا بالشفعه. و لا اعتراض للعامل، إن لم يكن ظهر [فيه] ربح. و له المطالبة بأجره عمله.

الشقص المشفوع. و لا فرق بين المكاتب بنوعيه.

قوله: «و لو ابتاع العامل فى القراض. إلخ».

إذا اشترى العامل بمال المضاربة شقصا لصاحب المال فيه شركه، ملك صاحب المال الشقص بالشراء لا بالشفعه، لأنه اشترى بعين ماله فيقع الشراء له، و إن استحقَّ العامل التصرف فيه بالبيع و غيره بمقتضى الإذن السابق. و لا يعقل أن يستحقَّ الإنسان أن يملك ملكه بسبب آخر.

هذا إذا لم يكن هناك ربح، أو كان و قلنا إن العامل إنما يملك نصيبه منه بالانضاض لا بالظهور. و لو قلنا إنه يملكه بالظهور صار شريكا فى الشقص لصاحب المال، سواء فسخ المضاربة أم لا.

و ليس لصاحب المال أن يأخذ نصيب العامل من الربح بالشفعه أيضا، لأن العامل لم يملكه بالشراء الذى هو شرط ثبوت الشفعه، و إنما ملكه بظهوره، سواء قارن الشراء أم تأخر، و ذلك ليس من أسباب استحقاق الشفعه عند الأصحاب، حيث خصّوا موردها بالبيع.

و ليس لصاحب المال قطع تسلط العامل على الحصه بالفسخ و رضا (١) ردّه إلى الأجره، كما قاله بعضهم، بل يستقرّ ملكه عليها إن لم يتجدّد ما يبطله كخساره المال، لأصالة بقاء ملكه عليه إلا بوجه ناقل شرعا، و هو منتف هنا.

ص: ٢٨٩

١ - ١) فى «ط، و»: بالفسخ و ردّه.

إذا تقرّر ذلك، فحيث لا يظهر ربح إن لم يفسخ صاحب المال المضاربه بقيت بحالها، ولا أجره للعامل، بل له ما شرط من الربح. ولا يلزم من ملك صاحب المال له الفسخ، لأن جميع مال القراض مملوك له وإن لم يكن في شركته.

وإن فسخ القراض في ذلك الشقص للعامل حينئذ الأجره عن عمله فيه، كما لو فسخ جميع القراض.

و حينئذ إطلاق المصنف مطالبه العامل بالأجره مع عدم ظهور الربح، وجعله مترتباً على ملك صاحب المال، غير جيّد، بل هو محمول على ما لو فسخ في القراض. ولعلّه يظهر من قرينه المقام والكلام حيث حكم بكونه شفيعه، ومعناه إرادته أخذه، فجعل وجهه أصل الملك لا الشفعه. وقد أحسن في الدروس في تأديهِ الحكم بقوله: «و ليس للمالك أخذ ما اشتراه العامل بالشفعه، بل له فسخ المضاربه فيه، فإن كان فيه ربح ملك العامل نصيبه، وإلا فله الأجره» (1). ومنها يظهر خلاف ما قيل من أن للمالك الفسخ وإن ظهر ربح، وأعطاه المالك الأجره.

و اعلم أنه لا- خصوصيّة في ذلك لكون الشقص مشفوعاً، بل الحكم ثابت في جميع أقسام المضاربه حيث يريد المالك الاختصاص بشيء من أعيان مالها، وإنما فرضه في الشقص المشفوع لدفع توهم أن له أخذه بالشفعه. نعم، لو اشترى العامل شقصاً في شركه نفسه جاز له أخذه بالشفعه حيث جوّزنا للوكيل أن يأخذ بها.

ص: ٢٩٠

فروع على القول (١) بثبوت الشفعه مع كثره الشفعاء و هى عشره:

الأول: لو كان الشفعاء أربعة، فباع أحدهم و عفا آخر

الأول: لو كان الشفعاء أربعة، (٢) فباع أحدهم و عفا آخر، فلآخرين أخذ المبيع.

و لو اقتصرنا فى الأخذ على حقّهما لم يكن لهما، لأن الشفعه لإزاله الضرر، و بأخذ البعض يتأكّد.

قوله: «فروع على القول.. إلخ».

قد جرت عادته الأصحاب أن يفرّعوا على القول بثبوتها مع الكثره و إن لم يقولوا به، لما يترتب على فروعه من الفوائد (١) المهمه و تشجيد الأذهان بها، لأنها من الفروع الدقيقه و المباحث الشريفة، و قد ينفع على القول باشتراط وحدته على تقدير موت الشفع قبل الأخذ و توريثها جماعه. و هى كثيره لا تتناهى، و قد اختار المصنف منها عشره.

قوله: «لو كان الشفعاء أربعة.. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، و كثير منهم لم يذكر غيره. و وجهه: ما أشار إليه من أن تبعض الصفقه يوجب الضرر على المشتري، و الشفعه إنما شرعت لإزاله الضرر، فلا تكون سببا فيه.

و فى المسأله وجه آخر بأن العفو يسقط حقّ العافى، و ليس لصاحبه إلا أن يأخذ قسطه، لأنه حقّ مالى قابل للانقسام. و لأن العفو يقتضى استقرار المعفو عنه على ملك المشتري كما لو عفوا جميعا، و ليس للمشتري أن يلزم الآخر أخذ

ص: ٢٩١

و لو كان الشفعاء غيباً (١) فالشفعه لهم. فإذا حضر واحد و طالب، فإما أن يأخذ الجميع أو يترك، لأنه لا شفع الآن غيره. و لو حضر آخر أخذ من الآخر النصف أو ترك. فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك. و إن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك. الجميع.

و وجه ثالث بأنه لا يسقط حق واحد منهما، لأن الشفعه لا تتبع، فيغلب جانب الثبوت.

و هذا البحث يأتي مع اتحاد الشريك إذا مات و ترك جماعه. و يزيد هنا احتمال رابع ببطلان حقهم مع عفو البعض، بناء على أنهم يأخذون الشفعه للمورث ثم يتلقون منه، فيكون عفو بعضهم بمثابة عفو المورث عن بعض حقه.

و لو قلنا بأنهم يأخذون لأنفسهم فهم كالشركاء المتعديدين. و سيأتي (١) الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

قوله: «و لو كان الشفعاء غيباً. إلخ».

إنما لم يكن لمن يحضر لمن يحضر الاقتصار على حصته لأنه ربما لا يأخذ الغائبان فتتفرق الصفقه على المشتري. و هو المراد بقوله: «لأنه لا شفع الآن غيره» و إن كان لا يخلو من حازه، لأن الغائب أيضاً شفع كما فرضه في أول المسأله.

و ما ذكر من التعليل يتم بالنسبه إلى الأول، أما من بعده فافتصاره على نصيبه لا يضر بالمشتري، لأن الشقص قد أخذ منه تاماً على التقديرين، بخلاف اقتصار الأول على حصته، فإنها تفرق الصفقه على المشتري.

فيحتمل على هذا تخير الثاني بين أن يأخذ النصف أو الثلث. فإذا قدم

ص: ٢٩٢

الثالث و وجدهما قد تساويا فى الأخذ أخذ الثلث منهما على السويّه.و إن وجد الثانى قد اقتصر على الثلث تخيّر بين أن يأخذ من الأول نصف ما فى يده و هو تمام حقّه،و لا يتعرّض للثانى،و بين أن يأخذ من الثانى ثلث ما فى يده،لأنه يقول:ما من جزء إلا و لى منه ثلثه،فإن ترك الثانى حقّه حيث لم يشاطر (١)الأول فلا يلزمنى أن أترك حقّى.

ثمّ له أن يقول للأول:ضمّم ما معك إلى ما أخذته لتقسّمه نصفين،لأنّا متساويان فى الحقّ.

و على هذا:فتصحّ قسمه الشقص من ثمانية عشر،لأنّا نحتاج إلى عدد له ثلث و لثلثه ثلث،و أقلّه تسعه،يحصل منها ثلاثه فى يد الثانى،و ستّه فى يد الأول.ثمّ ينزع الثالث من يد الثانى واحدا،و يضمّمه إلى الستّه التى فى يد الأول يكون سبعة،فيقتسمانها بينهما.و هى لا- تنقسم على اثنين فتضرب اثنين فى تسعه تبلغ ثمانية عشر،للثانى منها أربعة مضروب الاثنين اللّذين بقيا له فى اثنين،يبقى أربعة عشر لكلّ واحد من الأول و الثالث منها سبعة.و إذا كان ربع الدار ثمانية عشر كانت جملتها اثنين و سبعين.

و يحتمل هنا أن لا يأخذ الثالث من الثانى شيئا،بل يأخذ نصف ما فى يد الأول،فيقسّم المشفوع أثلاثا،بناء على أن فعل الثانى لا يعدّ عفوا عن السدس، بل اقتصارا على حقّه،و إلا- لاّتجه بطلان حقّه،لأن العفو عن البعض عفو عن الكلّ على قول،و إنما أخذ كمال حقّه،مع أنه قد قال بعضهم (٢)بسقوط حقّه،

ص:٢٩٣

١- ١) كذا فى «ذو،خ»،و فى سائر النسخ و الحجرّيتين:يشارط.

٢- ٢) الحاوى الكبير ٧:٢٦٠،الوجيز ١:٢١٩،روضه الطالبين ٤:١٨٤ و ١٨٧.

الثاني: لو امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعة

الثاني: لو امتنع الحاضر أو عفا (١) لم تبطل الشفعة، و كان للغيب أخذ الجميع. وكذا لو امتنع ثلاثة أو عفوا، كانت الشفعة بأجمعها للرابع إن شاء.

الثالث: إذا حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعة وقاسم

الثالث: إذا حضر أحد الشركاء (٢) فأخذ بالشفعة وقاسم، ثم حضر الآخر فطالب، فسخ القسمة و شارك الأول. وكذا لو رده الشفع الأول بعيب، ثم حضر الآخر كان له الأخذ، لأن الرد كالعفو.

لكونه قد عفا عن بعضه.

قوله: «لو امتنع الحاضر أو عفا. إلخ».

قد تقدّم (١) أن فيه وجها بسقوط حق العافي من نصيبه، و يأخذ الآخر حصته خاصه (٢). و ما ذكره المصنف هو الأشهر.

قوله: «إذا حضر أحد الشركاء. إلخ».

إذا حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعة فله مقاسمه وكلاء الغائبين، لأن الحق الآن مختص به. فإذا قدم الغائب، فإن عفا استقرت (٣) القسمة. وإن أخذ فله فسخ القسمة والمشاركة، لأن حقه شائع في المأخوذ وفي باقي السهام.

و لو أخذ الأول الجميع ثم رد الشقص بعيب ثم حضر الآخر فالوجه أن له أخذ الجميع، لأن الرد بالعيب أبطل الأخذ من أصله، فكان كما لو عفا عن حقه.

و يحتمل اختصاص أخذ الثاني بحصته، بناء على أن أخذ الأول أسقط حق الثاني مما زاد على حصته، و رده بالعيب أحدث ملكا جديدا للمشتري بعد

ص: ٢٩٤

١- ١) في ص: ٢٩١.

٢- ٢) في «ل، خ»: حصته صاحبه.

٣- ٣) في «م»: استمرت.

الرابع: لو استغلّها الأول، ثمّ حضر الثاني

الرابع: لو استغلّها الأول، (١) ثمّ حضر الثاني، شاركه فى الشقص دون الغلّه.

الخامس: لو قال الحاضر: لا آخذ حتى يحضر الغائب

الخامس: لو قال الحاضر: (٢) لا آخذ حتى يحضر الغائب، لم تبطل شفيعته، لأن التأخير لغرض لا يتضمّن الترك. وفيه تردّد.

أن خرج عنه، فلا يكون كالعفو بل كعوده إلى المشتري ببيع و هبه.

و هو ضعيف، لأن الردّ أوجب فسخ الأخذ، و لم ينشئ سببا جديدا للملك، فلا يساوى عوده بالعقد.

قوله: «لو استغلّها الأول. إلخ».

المراد باستغلاله لها ظهور الثمره بعد أخذه و قبل أخذ الثاني على وجه لا (١) تصير تابعه للأصل شرعا، سواء أخذ غلّتها (٢) أم لا. و إنما لم يشاركه الثانى فى الغلّه لأن ملكه لم يتحقّق إلا بأخذه، فقبله كان الملك منحصرًا فى الأول، كما أن الأول لم يملك ما حصل من غلّه الشقص بعد الشراء و قبل أخذه. و كذا القول فى الثالث بالنسبة إلى الأولين. و لأن السابق ليس آخذًا بالنيابة عمّن بعده، إذ لا و كاله له منه، و لا حكم له عليه. نعم، لو كان و كيلا فأخذ بحقّ الوكاله له فلا إشكال فى تحقّق المشاركة.

و للشافعيّه (٣) وجه بمشاركه الثانى للسابق فى الغلّه. و ضعفه ظاهر.

قوله: «لو قال الحاضر. إلخ».

إذا قال أحد الغائبين بعد حضوره أو الحاضر ابتداء: لا آخذ حتى يحضر

ص: ٢٩٥

١- ١) سقطت من «و».

٢- ٢) كذا فى «خ»، و فى سائر النسخ: عليها.

٣- ٣) لم نعثر عليه.

السادس: لو أخذ الحاضر و دفع الثمن، (١) ثم حضر الغائب فشاركه و دفع إليه النصف ممّا دفع إلى البائع، ثم خرج الشقص مستحقاً، كان دركه على المشتري دون الشفيع الأول، لأنه كالنائب عنه في الأخذ.

الشريك الغائب لأسلم من إعطاء جميع الثمن على تقدير المشاركة، فإن قلنا إن الشفعه ليست على الفور فلا إشكال في الجواز. و إن قلنا إنها على الفور ففيه وجهان:

أحدهما: لا، لتمكّنه من الأخذ، فكان مقصراً في الأخذ.

و الثاني: أنه يجاب إلى ذلك، لظهور عذره بتزلزل ملكه، و بذل كلّ الثمن في مقابله ما لا يبقى ببقائه.

و المصنف - رحمه الله - تردّد في ذلك. و منشأ تردّده ممّا ذكر، و من الشكّ في كون مثل ذلك عذراً، فإن ضرره لا يدفع بضرر المشتري، و الشفعه مبنيّة على القهر، فينبغي أن يقتصر فيها على موضع اليقين. و الأقوى الجواز. و هو خيره الدروس (١).

قوله: «لو أخذ الحاضر و دفع الثمن. إلخ».

إذا خرج الشقص مستحقاً بعد أخذ الشفعاء مترتبين فالمشهور أن عهده الجميع على المشتري، لاستحقاقهم الشفعه عليه، فأخذ بعضهم قبل بعض لا يغيّر هذا الحكم، لبقاء الاستحقاق، فكان الأخذ أولاً كالنائب عن المتأخّر، لاستواء (٢) الجميع في الاستحقاق.

و يشكل بأن أخذ الثاني ليس مبنيّاً على أخذ الأول، بل يفتقر إلى أخذ

ص: ٢٩٦

١ - ١) الدروس الشرعيّه ٣: ٣٧٨.

٢ - ٢) في «د، ط، م»: «لاشتراك».

السابع: لو كانت الدار بين ثلاثة، (١) فباع أحدهم من شريكه، استحقَّ الشفعه الثالث دون المشتري، لأنه لا يستحقُّ شيئاً على نفسه.

و قيل: يكون بينهما. و لعله أقرب.

جديد و صيغه خاصه كالأول. و ملك الأول للجميع لا يرتفع من أصله بأخذ من بعده، بل من حين الأخذ، و من ثمَّ كان مجموع النماء المنفصل له. فكونه كالثاني في محلّ المنع، و خصوصاً عهده الثمن، فإن المشتري لم يتسلَّم من غير الأول شيئاً، و إنما الأول أخذ من الثاني نصفه، و الثالث دفعه إلى الأولين أو إلى الأول خاصه على الاحتمال السابق (١)، فرجوعه به على المشتري غير جيد.

و بعضهم (٢) خصَّ الحكم بغير الثمن - كالأجره - و بالنقص، أما الثمن فكلَّ منهم يسترّد ما سلَّمه ممَّن سلَّمه إليه بغير إشكال. و هذا حسن.

قوله: «لو كانت الدار بين ثلاثة. إلخ».

القولان (٣) للشيخ في الخلاف (٤)، و الثاني قوله في المبسوط (٥). و وجه الأول واضح، لأن الشفعه للإنسان على نفسه غير معقوله، لا متناع أن يستحقَّ الإنسان تملك ملكه بها.

و وجه الثاني: اشتراكهما في العله الموجهه للاستحقاق. و لا يمنع أن يستحقَّ تملك الشقص بسببين: البيع و الشفعه، لأن علل الشرع و أسبابه معرّفات،

ص: ٢٩٧

(١ - ١) انظر ص: ٢٩٢ - ٢٩٣.

(٢ - ٢) راجع روضه الطالبين ١٨٥: ٤ - ١٨٦.

(٣ - ٣) كذا فيما عدا «و»، و في «و»: القول الأول للشيخ في.. و في الحجرّيتين: القولان للشيخ الأول في..، و انظر الهامش (٤) هنا، فللشيخ قولان في الخلاف.

(٤ - ٤) الخلاف ٣: ٤٤٧ مسألة (٢٦)، و ص: ٤٥٢ مسألة (٣٥).

(٥ - ٥) المبسوط ١٣٨: ٣.

فلا يمتنع أن يجتمع اثنان منها على معلول واحد.و لأن للشفعة أثرا آخر غير استحقاق الملك،و هو منع الشريك الآخر من تملك مقدار مشفوعه بالشفعة، و هذا الأثر لا مانع منه،و من ثمَّ قَرَّب المصنف هذا،و كذا العلامة في المختلف (1)تفريعا على القول بثبوتها مع الكثرة.

و فيه قوّه،و إن كان لا يخلو من نظر،لأن سبب الاستحقاق بالشفعة مترتب على سببه بالشراء و متفرّع عليه،فليسا معلولى علّه واحده حتى يقال:إنه لا يمتنع تملك الشقص بسببين،و إن علل الشرع لا يمتنع اجتماعها،بل إنما ملكه أولا بسبب الشراء،و بعد الشراء استحقّه بالشفعة،فيعود المحذور من كونه يستحقّ تملك ملكه.ثمَّ على تقدير اجتماع العلّتين بعد الشراء فأثرهما مختلف،لأن الشراء علّه في نقل الملك إليه من غيره،و الاستحقاق بالشفعة أثره قرار ملكه عليه،فأحدهما غير الآخر وجودا و أثرا.

و قوله:«إن للشفعة أثرا آخر غير استحقاق الملك،و هو منع الشريك»فيه:

أن استحقاق الملك و منع الشريك من تملكه معلولا علّه واحده و هو استحقاق الشفعة،فيمتنع تخلف أحدهما عن الآخر،و قد امتنع أحدهما من جهة استلزامه المحال،فينبغي أن يمتنع الآخر.

و يتفرّع على القولين أن الثالث بالخيار بين أن يترك جميع المبيع أو يأخذ الجميع على الأول،و على الثانى هو بالخيار بين أن يأخذ نصف المبيع أو يترك.

فإن قال المشتري:خذ الكلّ أو اترك الكلّ و قد تركت أنا حقّي،لم يلزمه الإجابة،و لم يصحّ إسقاط المشتري الشفعة،لأن ملكه مستقرّ على النصف

ص:٢٩٨

الثامن: لو باع اثنان من ثلاثة (١) صفقة، فللشفيع أخذ الجميع، و أن يأخذ من اثنين، و من واحد، لأن هذه الصفقة بمنزله عقود متعدّده.

و لو كان البائع واحدا من اثنين، كان له أن يأخذ منهما، و من أحدهما.

و لو باع اثنان من اثنين كان ذلك بمنزله عقود أربعة، فللشفيع أن يأخذ الكلّ، و أن يعفو، و أن يأخذ الربع، أو النصف، أو ثلاثة الأرباع.

بالشراء، فأشبه ما إذا كان للشقص شفيعان حاضر و غائب، فأخذ الحاضر الجميع ثمّ عاد الغائب، فإن له أن يأخذ نصفه، و ليس للحاضر أن يقول: اترك الكلّ أو خذ الكلّ و أنا تركت حقّي. و لا نظر إلى تبعض الصفقة عليه، فإنه لزم من دخوله في هذا العقد.

قوله: «لو باع اثنان من ثلاثة. إلخ».

الأصل في هذه المسألة أنه ليس للشفيع تفريق الصفقة على المشتري على ما مرّ في أثناء تلك الفروع. و أشار بما ذكر إلى أن تعدّد كلّ من البائع و المشتري يوجب تعدّد الصفقة، فللشفيع أن يأخذ نصيب واحد دون الآخر. فإذا كان الشركاء ثلاثة مثلاً، فباع اثنان منهم نصيبهما من ثلاثة في عقد واحد، فالصفقة و إن كانت بحسب الصورة متّحدة إلا أنها بحسب الحقيقة متعدّده، لتعدّد كلّ من البائع و المشتري. فللشفيع -و هو الثالث- أن يأخذ من كلّ واحد من الثلاثة، و أن يأخذ من اثنين خاصّه و يعفو عن الآخر، و أن يأخذ نصيب واحد خاصّه، لأنه لا يفرّق على واحد ملكه.

و لو باع أحد الشركاء من اثنين أو أكثر، فالصفقة [١] متعدّده أيضا بتعدّد

و ليس لبعضهم مع الشفع (١) شفعه، لانتقال الملك إليهم دفعه، فيتساوى الآخذ و المأخوذ منه.

المشترى و إن اتحد البائع، فللشريك الآخذ من الجميع و البعض. و كذا لو انعكس، بأن باع اثنان من شركاء الدار شقصا من واحد، فللثالث أن يأخذ من المشتري الجميع و حصّيه أحد البائعين خاصّه، لأن تعدّد البائع يوجب تعدّد العقد كتعدّد المشتري، فصار كما لو ملكه بعقدين. و المصنف - رحمه الله - لم يصرّح بهذا القسم، و لكن أشار إليه بقوله في المثال الأخير: «كان ذلك بمنزله عقود أربعة».

و لو باع اثنان من شركاء الدار نصيبهما بعقد واحد من رجلين، فالصفقه نازله منزله أربعة عقود، بناء على أن تعدّد البائع كتعدّد المشتري. فللشفيع الخيار بين أن يأخذ الجميع، و بين أن يأخذ ثلاثة أرباع المبيع، و هو نصيب أحد المشتريين و نصف نصيب الآخر، و بين أن يأخذ نصفه، إما بأخذ نصيب أحدهما و ترك الآخر، أو بأخذ نصف نصيب كلّ واحد منهما، و بين أن يأخذ ربعه بأخذ نصف نصيب أحدهما لا غير. و من هذا يظهر أن المصنف يرى تعدّد الصفقه بتعدّد البائع أيضا و إن اتحد المشتري.

قوله: «و ليس لبعضهم مع الشفع. إلخ».

لأن شرط ثبوت الشفعه لأحد الشريكين على الآخر تقدّم ملك المستحقّ

و لو باع الشريك حصّته (١) من ثلاثه في عقود متعاقبه، فله أن يأخذ الكلّ، و أن يعفو، و أن يأخذ من البعض. فإن أخذ من الأول، لم يشاركه الثاني و الثالث. و كذا لو أخذ من الأول و الثاني لم يشاركه الثالث.

و لو عفا عن الأول و أخذ من الثاني شاركه الأول. و كذا لو أخذ من الثالث شاركه الأول و الثاني، لاستقرار ملكهما بالعفو.

على ملك المستحقّ عليه، و هو منتف هنا في المشتريين بعقد واحد.

قوله: «و لو باع الشريك حصّته.. إلخ».

وجه استحقاقه الأخذ من الجميع و من البعض تعدّد الصفقه، و كونه شريكا عند كلّ بيع. فإن أخذ من الأول خاصّه لم يشاركه الثاني و الثالث، لأنهما لم يكونا شريكين في وقت شراء الأول، فلا شفعه لهما. و إن أخذ من الأول و الثاني لم يشاركه الثالث، لأنه لم يكن شريكا عند شرائهما. و إن أخذ من الثاني و عفا عن الأول شاركه، لاستقرار ملكه بالعفو، و كونه شريكا عند شراء الثاني، فيستحقّ الشفعه. و إن عفا عن الأول و أخذ من الثالث شاركاه، لكونهما شريكين حال شرائه، و قد استقرّ ملكهما قبل الأخذ.

و المسأله على تقدير الأخذ من الثاني خاصّه من أربعة و عشرين، لانكسار السدس في مخرج الربع إن قسّمنا الشفعه على السهام، لأن نصيب الثاني يقسّم بين الشفيح و الأول أرباعا، للأول ربعه، لأن سهمه سدس، و للشفيح ثلاثه أرباعه، لأن بيده نصف هو ثلاثه أسداس. فتضرب أربعة مخرج الكسر في أصل الفريضة و هو ستّه. و على القول بقسمتها على الرؤوس من اثني عشر، لانكسار السدس في مخرج النصف.

و على تقدير أخذه من الثالث فالفريضة من ثلاثين، لأن سدس الثالث

ينقسم أخصاسا، للشفيع ثلاثة أخصاسه، وكل واحد من الأولين خمسة، إن قسّمناها على السهام. وإن قسّمناها على الرؤوس فمن ثمانية عشر، لأنه يقسم أثلاثا. فتضرب خمسة في أصل الفريضة في الأول، وثلاثة فيها في الثاني.

وإن أخذ من الجميع لم يشاركه أحد منهم، سواء أخذ الجميع دفعه أم على الترتيب حيث لا. ينافي الفوريه أو لم نعتبرها، لخروجهم عن كونهم شركاء قبل أن يستحقوا الأخذ. هذا هو الذي اختاره المصنف - رحمه الله - في حكم المسألة.

وفيها وجهان آخران:

أحدهما: عدم مشاركته السابق في شفعه اللاحق وإن عفا عنه، لأن ملكه حال شراء الثاني وإن كان حاصلًا قبل شراء اللاحق و مستقرًا عند الأخذ، إلا أن ملكه حال شراء اللاحق كان مستحقًا لأن يؤخذ بالشفعه، فلا يكون سببا في استحقاقه إياها.

ويضعف بأن ذلك لا يخرج عن كونه مالكا وشريكا، ومدار ثبوت الشفعه على الشركه حال الشراء لا. على استقرار الملك، كما لو كان ملك الشريك مشتملا على خياره لغيره، فإنه لا يمنع من استحقاقه الشفعه على غيره قبل أن يفسخ ذو الخيار.

والثاني: أنه على تقدير الأخذ من الجميع يشارك الأول الشفيع في شفعه الثاني، ويشارك الأول والثاني في شفعه الثالث، وإن زال ملكهما قبل أخذهما، لأنه كان ملكا صحيحا للأول حال شراء الثاني، ولهما حال شراء الثالث، فيستحق به وإن زال، ولهذا يستحق لو عفا عنه وكذا إذا لم يعف، لأنه استحق

الشفعة بالملك لا بالعفو، و مثله ما لو باع الشفيع حصّته قبل علمه بالشفعة.

و هذا الاحتمال يتّجه على القول بأن زوال ملك الشفيع لا يبطل حقّه من الشفعة كما يقوله الشيخ (١)، و أما على القول به (٢) - كما يختاره المصنف (٣) - فلا، لأن الملك أحد جزئي السبب، و تمامه بقاء الملك إلى حين الأخذ، فإذا زال بطل حكم السبب.

و أما ما قيل في جوابه: بأن الاستحقاق و إن كان بالملك إلا أن العفو عنه و عدم أخذ الشقص من يده بالشفعة قرّره و أكّد سببه، و عدم العفو و الأخذ أزال سببه، فلا يستويان.

فمرجهه إلى أن بقاء الملك شرط في تمام السببيّه في الشفعة، و هو أحد القولين في المسأله، و القائل بذلك الاحتمال لم يبينه (٤) عليه، و إنما بناه على القول المقابل له، و من ثمّ شبّهه بما لو باع الشفيع حصّته قبل علمه بالشفعة، فانتقض عليه بالقول الآخر في أول المسأله، و إنما ينبغي النزاع في الأصل المبنيّ عليه و تحقيق أمره. و سيأتي (٥) إن شاء الله تعالى.

إذا قرّر ذلك، فعلى هذا الاحتمال لو كان للشفيع نصف العقار المشفوع، و لشريكه الآخر الذي باع من الثلاثه نصفه، فباع من كلّ واحد منهم سدسا، و قلنا بأن الشفعة منقسمه على حسب السهام، فللشفيع تمام نصيب الأول و هو

ص: ٣٠٣

١ - ١) المبسوط ١٤٢: ٣.

٢ - ٢) في «ط»: «... القول بأنه يبطله كما..»

٣ - ٣) راجع ص: ٣٤٣.

٤ - ٤) في «ذ، د، ط»: «يتّبه».

٥ - ٥) راجع ص: ٣٤٣.

السدس، و ثلاثة أرباع نصيب الثانى، و للأول ربه، لأن بيد الشفيع نصف بالأصل و هو ثلاثة أسداس، و شريكه فى نصيب الثانى هو الأول و بيده سدس، فترجع سهامها إلى أربعة بيد الأول منها ثلاثة و الثانى واحد، فإذا وزّع الشقص المشفوع على السهام كان قسط الشفيع ثلاثة أرباعه و الأول ربه. و كذا للشفيع ثلاثة أخماس سهم الثالث، لأن له فيه شريكين الأول و الثانى، و بيد كل واحد منهما سهم و بيده ثلاثة، فالقسمه أخماسا، فنصيبه بالتوزيع ثلاثة أخماس، و للأول ربع سهم الثانى و خمس سهم الثالث، و للثانى خمس سهم الثالث.

فتصح المسألة من مائه و عشرين، لأن أصل الفريضة ستّه، و قد انكسر السدس تاره فى مخرج الربع و اخرى فى مخرج الخمس، و هما متباينان، فتضرب أحد المخرجين فى الآخر ثمّ المرتفع - و هو عشرون - فى أصل الفريضة تبلغ مائه و عشرين، للشفيع منها ستون بالشركه، و عشرون سدس الأول، و خمسه عشر ثلاثة أرباع سدس الثانى، و اثنا عشر ثلاثة أخماس سدس الثالث، و ذلك مائه و سبعة. و للأول خمسه من الثانى، و أربعة من الثالث. و للثانى أربعة من الثالث. و ذلك تمام الفريضة.

و على القول بأن الشفعه على عدد الرؤوس تصحّ من ستّه و ثلاثين، لأن للشفيع سدس الأول و نصف سدس الثانى و ثلث سدس الثالث، و للأول نصف سدس الثانى و ثلث سدس الثالث، و للثانى ثلث سدس الثالث، فينكسر السدس تاره فى مخرج النصف و اخرى فى [مخرج] (1) الثلث، و هما متباينان، فتضرب اثنين فى ثلاثة ثمّ المرتفع و هو ستة فى أصل الفريضة تبلغ ستّه و ثلاثين، للشفيع

ص: ٣٠٤

منها ثمانية عشر بالشركة، و ستة نصيب الأول، و ثلاثة من نصيب الثانى، و اثنان من نصيب الثالث. و للأول ثلاثة و اثنان. و للثانى اثنان. فللشفيع تسعة و عشرون، و الباقي كما ذكر.

و اعلم أنا (١) متى قلنا بمشاركه الأول و الثانى أو أحدهما للشفيع فى فرض من الفروض فبناء الحكم على القول بثبوتها مع كثره الشفعاء واضح. و إن قلنا بعدم مشاركتها له، كما لو أخذ من الجميع أو من الأول خاصه أو منه و من الثانى، قيل: صحّ أخذه و إن قلنا باشتراط اتحاد الشريك، لأن الشريك المستحق للشفعه متحد. و قيل: يختص ذلك بما لو أخذ من الجميع.

و يشكل القولان بأن النصوص مطلقه فى أن الشركاء متى كانوا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعه، الشامل لما إذا كان كل واحد من الشركاء مستحقاً للشفعه و عدمه، و هو متحقق هنا قبل الأخذ بالشفعه، إذ لا شبهه فى كون كل من المشتريين من الشريك شريكا و إن لم يكن ملكه مستقراً، فإن ذلك ليس بشرط على ما حققناه سابقا (٢).

و البحث آت أيضا فيما لو باع الشريك من اثنين أو أزيد دفعه، فإن اعتبرنا فى الشريك المانع كونه مستحقاً للشفعه فالشفيع واحد و هو الشريك القديم، سواء أخذ من الجميع أم من البعض، إذ لا يستحق بعضهم على بعض شفعه، لاستوائهم فى الملك. و إن اكتفينا فى المنع بمطلق الشريك فلا شفعه هنا لأحد أيضا، أما للحادثين فللاقتران، و أما للتقديم فلتكثر الشركاء قبل الأخذ.

ص: ٣٠٥

١- (١) فى «ط»: أنه متى.

٢- (٢) انظر ص: ٣٠٢.

التاسع: لو باع أحد الحاضرين، ولهما شريكان غائبان

التاسع: لو باع أحد الحاضرين (١) [شيئا]، ولهما شريكان غائبان، فالحاضر هو الشفيع في الحال، إذ ليس غيره. فإذا أخذ و قدم أحد الغائبين، شارك فيما أخذ الحاضر بالسوية. و لو قدم الآخر، شاركهما فيما أخذ [هـ]، فيكون له ثلث ما حصل لكل واحد منهما.

العاشر: لو كانت الدار بين أخوين، فمات أحدهما و ورثه ابنان

العاشر: لو كانت الدار بين أخوين، (٢) فمات أحدهما و ورثه ابنان، فباع أحد الوارثين، كانت الشفعة بين العمّ و ابن الأخ، لتساويهما في الاستحقاق. و كذا لو كان وارث الميت جماعه.

قوله: «لو باع أحد الحاضرين. إلخ».

البحث في هذه المسألة كما ذكر في المسألة الأولى على تقدير غيبه الجميع ثمّ حضور أحدهم، إذ لا يفترق الحال بين حضوره ابتداء أو بعد البيع، فما ذكرناه ثمّ كله آت هنا.

قوله: «لو كانت الدار بين أخوين.. إلخ».

وجه اشتراك العمّ و ابن أخيه ظاهر، لكونهما شريكين و إن اختلف سبب الملك، إذ لا مدخل له في استحقاق الشفعة.

و تبه بذلك على خلاف بعض العامّة (١) حيث ذهب إلى اختصاص ابن الأخ بالشفعة، استنادا إلى أن ملكه أقرب إلى ملك الأخ، لأنهما ملكا بسبب واحد، و لهذا لو ظهر دين على أبيهما يباع فيه ملكهما دون العمّ، و إذا كان أقرب ملكا كان أحقّ بالشفعة كالشريك مع الجار.

ص: ٣٠٤

١ - (١) الحاوي الكبير ٧: ٢٥٥، حليه العلماء ٥: ٢٩٩ - ٣٠٠، المغنى لابن قدامة ٥: ٥٢٤، الكافي للقرطبي ٢: ٨٥٨، روضه الطالبين ٤: ١٨٣.

المقصد الثالث فى كيفيه الأخذ و يستحقّ الشفيع الأخذ(١) بالعقد و انقضاء الخيار، لأنه وقت اللزوم.

و قيل: بنفس العقد و إن لم ينقض الخيار، بناء على أن الانتقال يحصل بالعقد. و هو أشبه.

أما لو كان الخيار للمشتري خاصه، فإنه يستحقّ بنفس العقد، لتحقق الانتقال.

و ردّ بأن النظر إلى ملك المشتري لا إلى سببه، لأن الضرر المحوج إلى إثبات الشفعه لا يختلف. و كذا الحكم لو ورث الميت جماعه، إذ لا فرق على التقديرين بين الواحد و الجماعه.

قوله: «و يستحقّ الشفيع الأخذ.. إلخ».

إذا اشتمل بيع المشفوع على خيار، فإن كان للمشتري فلا خلاف (١) فى استحقاق الشفيع الشفعه بنفس العقد، لأن انتقال الملك عن البائع يحصل به، و لا يتوقف على انقضاء الخيار، و الشفعه مترتبّه على صحّه البيع و انتقال الملك إلى المشتري ليؤخذ منه و يكون الدرك عليه.

و إن كان الخيار للبائع أو لهما أو للبائع مع أجنبى، فإن لم نقل بانتقال المبيع إلى المشتري فلا شفعه إلى أن ينقضى الخيار، ليتحقق الانتقال. و إن قلنا بانتقال الملك بالبائع - كما هو أشهر القولين و أصحهما - ثبتت الشفعه، لحصول المقتضى، و هو البيع الناقل للملك مع وجود الشريك، و انتفاء المانع،

ص: ٣٠٧

إذ ليس إلا الخيار و هو غير صالح للمانع، لأن التزلزل لم يثبت كونه مؤثراً.

لكن هل يسقط خيار البائع بالأخذ؟ قيل: نعم، لانتقال الملك عن المشتري المانع من فسخ البائع، لأنه إنما يأخذه على تقدير الفسخ من المشتري.

و الأصحّ العدم، لأصاله البقاء. فإن فسخ البائع أو ذو الخيار بطلت الشفعه، وإن لم يفسخ حتى خرجت المدّة ثبتت.

و أما على تقدير كون الخيار للمشتري فظاهرهم سقوط خياره، لانتفاء الفائدة من فسخه، بخلاف فسخ البائع، لأن غرضه على تقدير الفسخ حصول الثمن و قد حصل من الشفع.

لكن قال فى الدروس (١): و يلزم على قول الفاضل (٢)- و عنى به كون أخذ الشفع على تقدير خيار البائع مراعى- أن تكون المطالبة على تقدير كون الخيار للمشتري مراعاة أيضاً.

و اللزوم غير واضح، للفرق بين الأمرين بما ذكرناه، [و] (٣) من حصول الفائدة للبائع لا للمشتري، إلا أن يقال بأن المشتري يتعلّق غرضه فى الخيار بغير الثمن، كما إذا أراد أن يدفع دركه عنه. و يمكن على هذا أن يراعى سقوط خياره باشتراط سقوط الدرك عنه، مع أنهم حكموا بأنه ليس للمشتري الردّ بالعيب لو رضى الشفع بالمعيب، مع أن فيه الدرك فليكن

ص: ٣٠٨

١- (١) الدروس الشرعيّه ٣: ٣٦٢.

٢- (٢) المختلف: ٤٠٥.

٣- (٣) من «و».

هنا كذلك.

و اعلم أن التفصيل الذى نقلناه عن الشيخ [١] بالفرق بين ما لو كان الخيار للبائع أو للمشتري ذكره الشيخ فى الخلاف (١) و المبسوط (٢) فى باب الشفعة، و فرّق بما ذكره من انتقال المبيع إلى ملك المشتري على تقدير كون الخيار له، دون ما إذا كان للبائع أو لهما، و سيأتى (٣) نقله عنه كذلك فى الكتاب. مع أنه قال فى الخلاف فى باب (٤) الخيار من البيع إنه إذا كان: «للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، لكنّه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضى الخيار، فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأول».

و على هذا فينبغى التسويه فى عدم ثبوت الشفعة عنده مع الخيار مطلقاً، لعدم انتقال الملك إلى المشتري حينئذ مطلقاً، و ثبوت الشفعة متوقّف على ملكه ليؤخذ منه، كما اعترف به هو و غيره (٥) هنا. لكنّه لما (٦) حكم بثبوت الشفعة هنا لو كان الخيار للمشتري، و رجع عن ذلك القول، و لم يقل غيره بذلك القول، لم (٧) يتحقّق الخلاف فى المسأله زياده على التفصيل المذكور.

ص: ٣٠٩

١- ٢) الخلاف ٣: ٤٤٥ مسألة (٢١).

٢- ٣) المبسوط ٣: ١٢٣.

٣- ٤) فى ص: ٣٤٥.

٤- ٥) الخلاف ٣: ٢٢ مسألة (٢٩).

٥- ٦) المهذب ١: ٤٥٥.

٦- ٧) كذا فى الحجرّيتين، و لعلّه الصحيح، و فيما لدينا من النسخ الخطّيه: كما.

٧- ٨) كذا فى «ذخ»، و فى سائر النسخ: و لم.

و ليس للشفيع تبويض حقه،(١) بل يأخذ الجميع أو يدع.

و يأخذ بالثمن الذى وقع (٢) عليه العقد، و إن كانت قيمه الشقص أكثر أو أقل. و لا يلزمه ما يغرم المشتري من دلاله، أو وكاله، أو غير ذلك من المؤن.

قوله: «و ليس للشفيع تبويض حقه إلخ».

لأن حقه هو المجموع من حيث هو مجموع، و لما فى تبويض الصفقه من الإضرار بالمشتري، و لا يناسب بناء الأخذ الذى شرع لدفع الإضرار على الإضرار.

فعلى هذا لو قال: أخذت نصف الشقص -مثلا- بطلت شفيعته بناء على اعتبار الفوريه، لأن المأخوذ لا يستحقه كما تقرّر، و أما الباقي فلأنه إن ظهر منه إسقاط حقه منه فظاهر، و إلا فقد حصل التراخي بأخذه، فتبطل الشفعه فى الجميع.

و فيه وجه ضعيف بالصحه فى الجميع، بناء على أن أخذ البعض يستلزم أخذ الجميع، لعدم صحه أخذه وحده. و ضعفه ظاهر، لمنع الاستلزام، و جواز تعلق الغرض بالبعض خاصه.

قوله: «و يأخذ بالثمن الذى وقع.. إلخ».

المراد بأخذه بالثمن أخذه بمثله، لعدم إمكان الأخذ به نفسه غالبا، فإن كان مثليا لزمه مثله و إلا فقيمته، كما سيأتى (١). و لا فرق بين كونه مساويا لقيمته الشقص و مخالفا بالزياده و النقصان، لإطلاق النص. و لا يلزمه غيره ممّا يغرمه المشتري بسببه، من دلاله و أجره ناقد و وزان و غيرها، إذ ليست من الثمن و إن

ص: ٣١٠

و لو زاد المشتري في الثمن (١) بعد العقد و انقضاء الخيار، لم تلحق الزيادة، بل كانت هبة لا يجب على الشفيع دفعها.

و لو كانت الزيادة في زمان الخيار، قال الشيخ: تلحق بالعقد، لأنها بمنزلة ما يفعل في العقد. و هو يشكل على القول بانتقال الملك بالعقد.

و كذا لو حطّ البائع من الثمن، لم يلحق بالعقد.

كانت من توابعه.

قوله: «و لو زاد المشتري في الثمن.. إلخ».

إذا قلنا بانتقال المبيع إلى ملك المشتري بمجرد العقد فلا إشكال في كون الثمن هو الواقع فيه، و لا عبره بما يزداد و ينقص بعده.

و أما الشيخ (١) - رحمه الله - فقد حكم بإلحاق الزيادة و النقيصة بالثمن في مدّة الخيار، محتجاً بأن الشفيع يأخذ بالثمن الذي يستقرّ العقد عليه، و هذا هو الذي استقرّ عليه [العقد] (٢).

و الجماعة (٣) بنوا مذهبه في ذلك على مذهبه السابق من عدم انتقال الملك إلى المشتري إلا بانقضاء الخيار.

و لا يخلو من نظر، لأنه لو كان كذلك لخص الحكم بما إذا كان الخيار للبائع، لا عتراه بأنه إذا كان للمشتري وحده ينتقل إليه الملك، كما حكيناه عنه في هذا الباب (٤)، و إن كان قد عمّم الحكم في البيع (٥)، و تعليقه بإلحاق الزيادة و النقصان بما حكيناه عنه من أنه الذي استقرّ عليه العقد لا يدلّ على حكم

ص: ٣١١

١ - ١) المبسوط ١٠٨: ٣.

٢ - ٢) من «د، ط، م».

٣ - ٣) انظر الدروس الشرعيّة ٣٦٣: ٣.

٤ - ٤) انظر ص: ٣٠٩ هامش (٢، ٣، ٥).

٥ - ٥) انظر ص: ٣٠٩ هامش (٢، ٣، ٥).

و لا يلزم المشتري دفع الشقص،(١) ما لم يبذل الشفع الثمن الذى وقع عليه العقد.

الانتقال، بل هو أعمّ منه. و لو فرض بناءه هذا على حكم مذهبه فى البيع دون ما هنا ل زاد الاضطراب، إلا أنه لا ضروره إليه إلا على التقدير الذى فهموه عنه.

و فى قول المصنف: «و هو يشكل على القول بالانتقال» تنبيه على ما ذكرناه من أن بناءه ليس على عدم الانتقال، و إلا لما كان كلامه مشكلا على تقدير الانتقال بل مردودا. و إنما محصل كلام المصنف - رحمه الله - أن إطلاق الشيخ - رحمه الله - إلحاق الزيادة و النقيصه بالثمن فى زمن الخيار لا يتم على تفصيله مطلقا، لأنه يتمشى على تقدير كون الخيار للبائع، لعدم الانتقال، أما على تقدير كون الخيار للمشتري فيشكل على مذهبه من انتقال الملك إلى المشتري، فينبغى أن لا يلحق. و على القول بانتقال الملك فى الحالتين لا يتم فيهما.

قوله: «و لا يلزم المشتري دفع الشقص. إلخ».

إنما اعتبر هنا دفع الثمن أولا و لم يعتبر ذلك فى غيره من المعاولات كالبيع بل اعتبر التسليم معا، لأن هذه معاوضه قهرية أخذ العوض فيها بغير رضا المشتري، فيجبر و هن قهره بتسليم الثمن إليه أولا، بخلاف البيع، فإن مبناه على الاختيار فلم يكن أحد من المتبايعين أولى بالبداء من الآخر. و هذه فى الحقيقة عله مناسبة، لكن لا دلالة فى النصوص عليها، و إثباتها بمجرد ذلك لا يخلو من إشكال. نعم، اعتبرها العامة فى كتبهم (١)، و هى مناسبة على قواعدهم. و لو قيل هنا بأن المعتبر التقابض معا كالبيع كان وجهها.

ص: ٣١٢

و لو اشترى شقصا و عرضا(١) فى صفقه، أخذ الشقص بحصّته من الثمن. و لا يثبت بذلك للمشتري خيار، لأن استحقاق الشفعه تجدد فى ملك المشتري.

و اعلم أن الملك للشفيع يحصل بالأخذ قبل دفع الثمن، كما أن الملك يحصل فى البيع بالعقد، و وجوب التسليم حكم آخر بعده. و هل الحكم هنا كذلك، بمعنى عدم توقّف الملك على التقابض، أم لا يتمّ ملك الشفيع هنا بدون تسليم الثمن؟ ليس فى عباره المصنف ما يدلّ على زياده على الأول. و ذهب بعضهم [١] إلى الثانى. و ليس بذلك البعيد.

ثمّ على تقديره هل يكون دفع الثمن جزءا من السبب المملّك، أم كاشفا عن حصول الملك بالأخذ القولى؟ وجهان أجودهما الثانى. و تظهر الفائده فى النماء المتخلّل بينهما.

قوله: «و لو اشترى شقصا و عرضا. إلخ».

المراد أنه اشترى ما فيه الشفعه و ما ليس فيه صفقه، بأن اشترى سيفاً أو ثوبا مع شقص من عقار مشفوع، فإنه تثبت الشفعه فى المشفوع دون الآخر و إن تبعضت الصفقه على المشتري، لوجود المقتضى للشفعه فى الشقص دون الآخر، و انتفاء المانع، إذ ليس إلا ضميمه غيره و هو غير صالح للمانع، للأصل. و لا يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقه، لأن شرطه وجود سببه حاله العقد و هو منتف هنا، لأن تبعض الصفقه تجدد بسبب الأخذ بالشفعه المتجدد فى ملك

و يدفع الشفيع مثل الثمن (١) إن كان مثلياً، كالذهب و الفضة.

و إن لم يكن له مثل كالحيوان و الثوب و الجواهر، قيل: تسقط، لتعذر المثليته، و لروايه علي بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام.

و قيل: يأخذها بقيمه العرض وقت العقد. و هو أشبه.

المشتري أو لدخول المشتري فيها عالماً بالحال. و حينئذ يوزع الثمن عليهما باعتبار قيمتهما، و يأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن، و يعتبر قيمتهما يوم البيع.

قوله: «و يدفع الشفيع مثل الثمن. إلخ».

لا خلاف في ثبوت الشفعه على تقدير كون الثمن مثلياً، و لأن الشفيع يأخذ الشقص بالثمن و خصوصيات الشخص غير مراده غالباً، و إنما المطلوب المثل، لمساواته لما دفعه المشتري في غالب الأوصاف و الخواص.

و اختلفوا فيما إذا كان الثمن قيمياً، فذهب جماعه (١) -منهم الشيخ في الخلاف (٢) مدّعي الإجماع، و العلامه في المختلف (٣) - إلى عدم ثبوت الشفعه حينئذ، اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع اليقين، و لروايه علي بن رثاب عن الصادق عليه السلام: «في رجل اشترى داراً برقيق و متاع و برّ (٤) و جواهر، قال: ليس لأحد فيها شفعه» (٥). و حسنه هارون بن حمزه الغنوي إلى أن قال:

ص: ٣١٤

١ - (١) الوسيطه: ٢٥٨، المؤلف من المختلف ١: ٦٣١ مسألة (٧)، جامع المقاصد ٦: ٤٠٥.

٢ - (٢) الخلاف ٣: ٤٣٢ مسألة (٧).

٣ - (٣) المختلف: ٤٠٤.

٤ - (٤) البرّ: الثياب من الكتّان أو القطن. المنجد: ٣٦.

٥ - (٥) الفقيه ٣: ٤٧ ح ١٦٤، التهذيب ٧: ١٦٧ ح ٧٤٠، الوسائل ١٧: ٣٢٤ ب «١١» من أبواب الشفعه ح ١.

«فهو أحقُّ بها من غيره بالثمن» (١). وإنما يتحقَّق ذلك في المثلِّي، لأنَّ الحقيقة غير مراده إجماعاً، فيحمل على أقرب المجازات إلى الحقيقة وهو المثل.

و ذهب الأكثر - ومنهم الشيخ في غير الخلاف (٢) - والعلامة في غير المختلف (٣) - إلى ثبوتها فيه، لعموم الأدلَّة الدالَّة على ثبوت الشفعة. ولأنَّ القيمة بمنزلة العوض المدفوع. ولضعف مستند المنع سنداً و دلالة.

أما الأول ففي طريقه الحسن بن سماعه وهو واقفي، والعجب من دعوى العلامة في التحرير (٤) صحَّته مع ذلك. ودلالته على موضع النزاع ممنوعه، فإن نفى الشفعة أعم من كونه بسبب كون الثمن قيمياً أو غيره، إذ لم يذكر أن في الدار شريكا، فجاز نفى الشفعة لذلك عن الجار وغيره، أو لكونها غير قابلة للقسمة، أو لغير ذلك. وبالجملة، فإن المانع من الشفعة غير مذكور، وأسباب المنع كثيرة، فلا وجه لحمله على المتنازع أصلاً. والعجب مع ذلك من دعوى أنها نصٌّ في الباب، مع أنها ليست من الظاهر فضلاً عن النص.

و أما الثاني، فإنه وإن كان من الحسن إلا - أن الحقيقة [فيه] (٥) غير مراده كما ذكر، وأقرب المجازات إلى الحقيقة بحسب الحقيقة، فإن كان مثلياً فالأقرب إليه مثله، وإن كان قيمياً فالأقرب إليه قيمته، وهذا واضح، أما اختصاصه بالمثلِّي

ص: ٣١٥

١ - (١) الكافي ٥: ٢٨١ ح ٥، التهذيب ٧: ١٦٤ ح ٧٢٨، الوسائل ١٧: ٣١٦ ب «٢» من أبواب الشفعة.

٢ - (٢) المبسوط ٣: ١٠٨.

٣ - (٣) تذكره الفقهاء ١: ٥٩٦، قواعد الأحكام ١: ٢١٣، إرشاد الأذهان ١: ٣٨٦.

٤ - (٤) تحرير الأحكام ٢: ١٤٨.

٥ - (٥) من «د، و، م».

و إذا علم بالشفعة،(١)فله المطالبة فى الحال،فإن أخر لعذر عن مباشرة الطلب و عن التوكيل فيه لم تبطل شفעתه.

و كذا لو ترك لتوهمه كثره الثمن فبان قليلا،أو لتوهم الثمن ذهباً فبان فضّه،أو حيواناً فبان قماشاً.

و كذا لو كان محبوباً بحقّ هو عاجز عنه،و عاجز عن الوكالة.

فلا- إذ لو كان الثمن قيمياً فلا- بدّ من اعتبار مجازة حيث لا- يراد الحقيقة،و إلا- لزم اختصاص الحكم بالحقيقة،فرد مثله فى المثلّى،لأن المثل ليس بحقيقته.

إذا تقرّر ذلك،فعلى القول الأصحّ من ثبوتها مع كون الثمن قيمياً فالمعتبر قيمته وقت العقد،لأنه وقت استحقاق الثمن و العين متعذّره فوجب الانتقال إلى القيمة.

و قيل:المعتبر وقت الأخذ،لوجوبه حينئذ على الشفيع،فيعتبر قيمته وقت الوجوب حيث يتعذّر العين.

و قيل:يعتبر الأعلى من وقت العقد إلى دون (١)الأخذ،كالغاصب.و هو أضعفها.

قوله:«و إذا علم بالشفعة. إلخ».

لا- كلام فى أن الشفيع إذا علم بالشراء له المطالبة بالشفعة فى الحال.[و] (٢)إنما الكلام فى أن المبادره مع الإمكان[هل هى] (٣)شرط فى الاستحقاق فيبطل مع الإخلال بها أم لا؟و المصنف لم يصرح هنا بذلك،بل اقتصر على أن له

ص:٣١٦

١- ١) فى «و»:وقت.

٢- ٢) من الحجرّيتين.

٣- ٣) من «م».

المطالبه في الحال، و على أن التأخير لعذر غير مبطل للشفعه، و كلاهما لا- إشكال فيه، و لكنّه سيصرّح (١) فيما يأتي باختيار الفوريّه، و لو صرّح به هنا لكان أجود، و لذلك تعيّن تأخير البحث عنه إلى ذلك الموضوع.

و حيث تعتبر الفوريّه فلا يقدر فيها تأخيرها لعذر يمنع المبادره إليها مباشره أو توكيلا. و قد ذكر من الأعذار ما لو ترك لتوهمه كثره الثمن لأماره أو جبتّه، كإخبار مخبر ثمّ ظهر كذبه و نحو ذلك، لا بمجرّد الاحتمال، فإن الشفعه باقيه إلى حين العلم بحقيقه الحال، فتصير فوريّه (٢) حينئذ على القول بها. و إنما كان ذلك عذرا لأن قلّه الثمن مقصوده في المعاوضه، فربما كان الترك مستندا إلى الكثره.

و مثله ما لو اعتقده ذهابا فبان فضّه، أو حيوانا فبان قماشاً، و نحو ذلك، لأن الغرض قد يتعلّق بجنس دون آخر، لسهولة تحصيله عليه أو غيرها.

و كذا لو كان محبوسا بحقّ هو عاجز عن أدائه، بخلاف ما لو كان قادرا، لأن التأخير من قبله حينئذ، إذ يجب عليه دفع الحقّ ليخلص من الحبس المانع من تعجيل المطالبه.

و احترز بالحقّ عمّا لو كان محبوسا بباطل، فإنه عذر و إن قدر على أدائه، قليلا كان أم كثيرا، إذ لا يجب عليه دفع ما ليس مستحقّا عليه.

لكن يشترط في هذين عجزه عن الوكاله ليكون الحبس عذرا، فإن قصّر في الوكاله بطلت شفعتّه، كما أنه لو وكلّ مع حبسه بحقّ هو قادر عليه فالشفعه بحالها، لقيام الوكيل مقامه، فلا تقصير.

ص: ٣١٧

١- ١) في ص: ٣٥٨.

٢- ٢) في «و»: فوريّته.

و تجب المبادره إلى المطالبه(١) عند العلم، لكن على ما جرت العاده به غير متجاوز عادته في مشيه.

و لو كان متشاغلا- بعباده واجبه أو مندوبه لم يجب عليه قطعها، و جاز الصبر حتى يتمها. و كذا لو دخل عليه وقت الصلاه، صبر حتى يتطهر و يصلّى متّدا.

و هل المعتبر في الحقّ كونه في الظاهر، أو بحسب اعترافه؟ وجهان، كما لو قامت عليه البينه بحقّ و هو منكر له، من ظهور الحقّ عليه شرعا، و من دعواه الظلم. و في إلحاقه بالحقّ قوّه.

و من العذر ما لو سمع أن المشتري شخص (١) فبان غيره، أو أن المشتري قدر (٢) فبان أزيد منه أو أنقص، و نحو ذلك، لاختلاف الأغراض في ذلك اختلافاً بينا.

قوله: «و تجب المبادره إلى المطالبه. إلخ».

المراد بالطلب في هذا و نظائره الأخذ بالشفعه قولاً- أو فعلاً- و الطلب كناية عنه، فإن حقيقه الطلب هنا منافية للفور المعتبر في الأخذ، و لا مدخل له فيه.

و المراد بالوجوب معناه اللغوي و هو الثبوت، بمعنى أن المبادره إلى الطلب أمر ثابت. و فيه دلالة على اعتبار الفوريّ أزيد من السابقه، و مع ذلك ليست صريحه في المطلوب، إذ لا يلزم من ثبوت المبادره منافاه عدمها لها بحيث تبطل الشفعه بدونها، و إنما الحواله بهذا الحكم على ما سيأتي (٣).

ص: ٣١٨

١- ١) كذا في «و»، و في سائر النسخ: شخصا.

٢- ٢) فيما لدينا من النسخ الخطيه: قدرا، و الصحيح ما أثبتناه.

٣- ٣) في ص: ٣٥٨.

و المراد بالمبادره الاشتغال بالأخذ و مقدّماته حيث يتوقّف عليها على الوجه المعتاد، لا المبادره بكلّ وجه ممكن. فيكفى مشيه إلى المشتري بالمعتاد و إن قدر على الزياده، و انتظار الصبح لو علم ليلا، و الصلاه إذا حضر وقتها، و مقدّماتها و متعلقاتها الواجبه و المندوبه التي يعتادها، و انتظار الجماعه، و تحرّى الرفقه حيث يكون الطريق مخوفا ليصحبهم هو أو وكيله، و زوال الحرّ و البرد المفرطين، و لبس الخفّ و نحوه، و غلق الباب، و الخروج من الحِمّام بعد قضاء و طره فيه لو سمع بعد دخوله [فيه] (١)، و السلام على المشتري بعد وصوله إليه، و تحيته بالمعتاد، و نحو ذلك.

هذا كلّه إذا كان غائبا. أما مع حضور المشتري فلا يعدّ شيء من هذه عذرا، لأن قوله: «أخذت بالشفعه» لا ينافي شيئا من ذلك.

و بالجمله، فالمرجع في ذلك كلّه إلى العرف، فما يعدّ فيه تقصيرا و توانيا في الطلب تسقط به الشفعه، و ما لا يعدّ تقصيرا لا يسقطها.

و المراد بقوله: «و جاز الصبر حتى يتمّها» معناه الأعمّ الشامل للوجوب، لأن قطع الواجبه لذلك غير جائز، و قطع النافله مكروه، و [أن] (٢) جواز الإتمام بالمعنى الأعمّ يشمل القسمين من حيث إنه قدر مشترك بينهما، لا من حيث استعمال المشترك في معنييه. و لو أريد بالمعنى الثاني جاز أيضا بطريق المجاز.

و المراد بالمتّدد: المتّدد من غير عجله. قال ابن الأثير في النهايه: «يقال:

ص: ٣١٩

١- ١) من «د، و، خ، م».

٢- ٢) من «د، ط، ل، م».

و لو علم بالشفعه مسافرا،(١)فإن قدر على السعى أو التوكيل فأهمل بطلت شفעתه.و لو عجز عنهما لم تسقط،و إن لم يشهد بالمطالبه.

توَأد إذا تَأَنَّى و تَبَّت و لم يعجل،و اَتَّئِد فى أمر ك أى:تَبَّت» (١).و على هذا فيجب كتابه قوله:«مَتَّئِدًا»بالتاء المثناة المشددة ثمَّ الهمزة،و تكتب بالياء لكونها مكسورة.و فى كثير من النسخ مكتوب بألف بين التاء و الياء.و هو غلط.

قوله:«و لو علم بالشفعه مسافرا.إلخ».

العدر الذى لا تسقط الشفعه معه بسبب عدم الفورىة قسما:

أحدهما:ما ينتظر زواله عن قرب،كالاشتغال بالصلاه و الطعام و قضاء الحاجه و نحوها.و هذا لا يجب عليه التوكيل،بل ينتظر زوال العذر.و قد تقدّم.

و الثانى:ما لا ينتظر زواله عن قرب،كالسفر و المرض و الحبس على الوجه السابق.و هذا يجب عليه المبادره أو التوكيل مع القدره عليهما، و يتعيّن أحدهما مع القدره عليه خاصه،و إلا بطلت شفעתه،لما فيه من طول المدّه و عدم المسامحه فى مثله.و لو عجز عن الأمرين معا لم تسقط شفעתه، لعدم التقصير.

و لا يجب الإشهاد على المطالبه عندنا و إن تمكّن منه،خلافًا لبعض العامّه (٢)،لأصل،و عدم دليل على اعتباره.و تجب المبادره إلى أحدهما بعد زوال العذر فى أول أوقات إمكانه كما سبق.و لو قصّر الوكيل فى الأخذ لم يعدّ تقصيرا من الموكل حيث لا يعلم بحاله.

ص:٣٢٠

١-١) النهاية لابن الأثير ١:١٧٨.

٢-٢) الباب فى شرح الكتاب ١٠٧:٢،بدائع الصنائع ١٧:٥،الحاوى الكبير ٢٤٢:٧،حليه العلماء ٥:٢٨٨،روضه الطالبين ١٦٩:٤.

و لا تسقط الشفعه بتقايل (١) المتبايعين، لأن الاستحقاق حصل بالعقد، فليس للمتبايعين إسقاطه، و الدرك باق على المشتري.

نعم، لو رضى بالبيع ثمّ تقايلا لم يكن له شفعه، لأنها فسخ و ليست بيعا.

و لو باع المشتري كان (٢) للشفيع فسخ البيع و الأخذ من المشتري الأول، و له أن يأخذ من الثانى.

و كذا لو وقفه المشتري، أو جعله مسجدا، فللشفيع إزاله ذلك كله و أخذه بالشفعه.

قوله: «و لا تسقط الشفعه بتقابل.. إلخ».

إذا تقايل المتبايعان بعد ثبوت الشفعه، فإن عفا الشريك عنها سقط من جهة الشراء، و لم تتجدد بالإقاله عندنا كما لا يتجدد بالردّ بعيب. و عند من جعلها بيعا مطلقا أو فى حقّ الشفيع تجددت بالإقاله و أخذ الشقص من البائع. و إن حصل التقايل قبل علم الشفيع بالشفعه لم تسقط بالإقاله، لسبق حقّ الشفيع على حقّ البائع، من حيث إن الشفعه استحققت بالشراء، فله فسخ الإقاله و الأخذ من المشتري على قاعده الشفعه، و يعود الدرك على المشتري.

ثمّ فسخ الإقاله يرفعها من حين الفسخ و لا يبطلها من أصلها، كما هى قاعده الفسوخ كنظائرها. فنماء المبيع المنفصل المتخلل بين الإقاله و فسخها للبائع، و نماء الثمن للمشتري. و ما قيل هنا خلاف ذلك لا يوافق القواعد الشرعيّه. و من جعلها بيعا خير الشفيع بين الأخذ بالإقاله و جعل الدرك على البائع، و بين فسخها حتى يعود الشقص إلى المشتري فيأخذ منه.

قوله: «و لو باع المشتري كان.. إلخ».

تصرفات المشتري فى الشقص بالبيع و الوقف و غيرهما صحيحه، لوقوعها

فى ملكه، لكن لا يبطل بذلك حق الشفيع، لسبقه، فإذا أخذ الشفيع أبطل التصرف المنافى له.

ثم ينظر إن كان التصرف ممّا يثبت فيه الشفعه كالبيع تخير بين أخذه من المشتري الأول و الثانى، وكذا من غيره على تقدير تعدّده زياده على ذلك، لأن كلّ واحد من البيوع الواقعه سبب تامّ فى ثبوت الشفعه، فالتعيين إلى اختيار الشفيع، خلافا لبعض العامّه (١) حيث صحّح التصرف و أبطل الشفعه، نظرا إلى وقوعه من مالك، فتبطل، لمنافاه صحّته لبقائها. ثمّ لا تتجدّد، لأنه تصرف يبطل الشفعه فلا يثبتها. و هما ضعيفان عندهم أيضا، لسبق الحقّ و وجود المقتضى.

ثمّ إن أخذ الشفيع بالشراء الأول دفع الثمن الأول، و بطل المتأخّر مطلقا.

و إن أخذ بالأخير أخذ بثمانه. و صحّ السابق مطلقا، لأن الرضا به يستلزم الرضا بما سبق عليه. و إن أخذ من المتوسط أخذ بثمانه، و صحّ ما تقدّمه و بطل ما تأخّر عنه.

و إن كان التصرف ممّا لا تثبت فيه الشفعه، كالوقف و الهبه و الإجاره، فللشفيع نقضه و أخذ الشقص بالشفعه، لسبق حقّه و الثمن للواهب، سواء كانت لازمه أم جائزه، لبطلانها بالأخذ بالشفعه، لسبق حقّ الشفيع.

و تبه المصنّف بقوله: «و كذا لو وقفه أو جعله مسجدا. إلخ» على خلاف بعض العامّه (٢) حيث حكم بعدم نقض الوقف، و آخرين حيث حكموا ببطلان تصرف المشتري. و ضعف الكلّ ظاهر.

ص: ٣٢٢

١- ١) راجع روضه الطالبين ١٧٨: ٤- ١٧٩.

٢- ٢) بدائع الصنائع ٥: ٢٢، المغنى لابن قدامه ٥: ٤٩٠، روضه الطالبين ١٧٨: ٤.

و الشفيع يأخذ من المشتري(١)و دركه عليه،و لا يأخذ من البائع، لكن لو طالب و الشقص في يد البائع، قيل له:خذه من البائع أو دع.

و لا يكلف المشتري القبض من البائع مع امتناعه،و إن التمس ذلك الشفيع.و يقوم قبض الشفيع مقام قبضه،و يكون الدرك مع ذلك على المشتري.

قوله:«و الشفيع يأخذ من المشتري. إلخ».

إنما كان أخذه من المشتري لأنه يأخذ بالثمن،و يشترط في استحقاقه صحه البيع،فتنقطع ملكيه البائع له.و متى كان كذلك فدركه على المشتري لو (١)ظهر استحقاق الشقص،فيرجع عليه بالثمن و غيره ممّا يغرمه على ما فصل.

و لكن لو كان المشتري لم يقبضه من البائع لم يكلف أخذه منه ثمّ إقباضه للشفيع،لأن الغرض قبضه و هو حاصل بدون ذلك،و لأن الشقص حقّ للشفيع فحيثما وجده أخذه،و قبض الشفيع كقبض المشتري،لانتقال الحقّ إليه،فلا وجه لتكليف المشتري أمرا لا يفوت بعدمه حقّ الشفيع.و على كلّ حال فيبقى الدرك على المشتري،لما تقرّر من أخذه منه.

و تبيّه بذلك على خلاف بعض العامّه (٢)حيث أوجب على المشتري قبضه من البائع و إقباضه،نظرا إلى أن الشفيع بمنزله المشتري من المشتري.و هو ممنوع.و إنما [له] (٣)أخذ حقه ممّن وجده بيده،و ثبوت دركه على المشتري،لانتقال الملك عنه كما ذكر.

ص:٣٢٣

١- ١) في «د»:و لو.

٢- ٢) راجع المغنى لابن قدامه ٤٧٦:٥-٤٧٦،روضة الطالبين ١٩٢:٤.

٣- ٣) من الحجرّيتين.

و ليس للشفيع فسخ البيع.(١)و لو نوى الفسخ و الأخذ من البائع لم يصح.

و لو انهدم المبيع أو عاب،(٢)فإن كان بغير فعل المشتري،أو بفعله قبل مطالبه الشفيع،فهو بالخيار بين الأخذ بكل الثمن أو الترك.

و الأنقاض للشفيع،باقيه كانت فى المبيع أو من قوله عنه،لأن لها نصيبا من الثمن.

و إن كان العيب بفعل المشتري بعد المطالبه ضمنها المشتري.و قيل:

لا يضمنها،لأنه لا يملك بنفس المطالبه بل بالأخذ.و الأول أشبه.

قوله:«و ليس للشفيع فسخ البيع.إلخ».

لأن العقد لم يقع معه،فلا وجه لتسلطه على فسخه بغير سبب شرعى يوجهه،و حقه منحصر فى الأخذ من المشتري.و على هذا فلو اشتغل بالفسخ بعد علمه بالحال بطلت شفيعته،لاشتغاله بما ينافى الفوريه.و لو نوى بأخذه بالشفعه الفسخ و أخذه من البائع لم يصح الأخذ،لأنه محال شرعا،فلا تؤثر نيته،كما لو نوى أخذه من الأجنبى،و تبطل الشفعه،لمنافاته الفوريه أيضا حيث لا يكون معذورا فى ذلك.و كما لا يصح فسخه من نفسه لا يصح بالاتفاق بينه و بين البائع بالإقاله و غيرها،لاشتراكهما فى المقتضى.

قوله:«و لو انهدم المبيع أو عاب.إلخ».

إذا اشترى شقصا من دار فاستهدهم أو تعيب فله أحوال:

أحدها:أن يكون ذلك بفعل المشتري قبل مطالبه الشفيع بالشفعه،و لا يحصل معه تلف شىء من العين،بأن ينشق الجدار أو ينكسر الجذع أو نحو ذلك،فالشفيع بالخيار بين الأخذ بكل الثمن و بين الترك،لأن المشتري إنما تصرف فى

ملكه تصرفاً سائغاً فلا يكون مضموناً عليه، والفائت لا يقابل بشيء من الثمن فلا يستحقّ الشفيع في مقابلته شيئاً، كما لو تعيب في يد البائع، فإن المشتري يتخير بين الفسخ و بين الأخذ بجميع الثمن. هذا هو المشهور.

و ربما قيل بضمانه على المشتري، لتعلق حقّ الشفيع به بالبيع، فيضمنه المشتري و إن كان ملكه، كما يضمن الراهن المرتهن (١) إذا جنى عليه.

و ثانيها: أن يكون ذلك بغير فعله، سواء كان قد طالب الشفيع أم لا، فإنه لا شيء على المشتري، بل يتخير الشفيع بين الأخذ بمجموع الثمن و الترك، لأنه لا تقصير من المشتري و لا تصرف حال استحقاق الغير (٢). و وجه الضمان عليه في السابق آت هنا، من حيث تعلق حقّ الشفيع، و هو هنا أبعد.

و في صورتين لو كانت أجزاءه قد انفصلت بالانهدام فالأنقاض (٣) - و هي آلات البناء من الخشب و الحجارة - للشفيع عندنا و إن كانت الآن منقولة، لأنها جزء من المبيع و قد كانت مثبتة حال البيع و الشفعة متعلقة بها تبعا فيستصحب.

و خالف في ذلك بعض الشافعيّ (٤) فجعلها للمشتري، لخروجها عن متعلق الشفعة. و في أخذ الباقي بحصّته من الثمن أو بجميعة لهم وجهان (٥).

و ثالثها: أن يكون ذلك بفعل المشتري بعد مطالبه الشفيع بالشفعة. و في

ص: ٣٢٥

١ - ١) في «خ»: الرهين، و في إحدى الحجريّتين: الرهن.

٢ - ٢) في «د، م»: العين.

٣ - ٣) في «ذ، خ، م»: فالأبعاض.

٤ - ٤) انظر روضه الطالبين ٤: ١٧٢، الوجيز ١: ٢١٧.

٥ - ٥) انظر روضه الطالبين ٤: ١٧٣، الوجيز ١: ٢١٧.

ضمان المشتري للنقص (١)- بمعنى سقوط ما قابله من الثمن- قولان أشهرهما الضمان، لأن الشفيع استحق بالمطالبة أخذ المبيع كاملاً و تعلق حقه به، فإذا نقص بفعل المشتري ضمنه له. وبهذا التعليل استدل من حكم بضمانه في السابقين، من حيث إن حق الشفعه حصل بالشراء و إن لم يطالب، غايته أن يكون قد تأكد بالمطالبة.

و القول الذي حكاه المصنف بعد الضمان ظاهر كلام الشيخ- رحمه الله- في المبسوط [١]، بناء على أن الشفيع لا يملك بالمطالبة بل بالأخذ، فيكون المشتري قد تصرف في ملكه تصرفاً سائغاً فلا يتعقبه الضمان.

و جوابه قد ظهر مما سبق، فإن التصرف في الملك لا ينافي ضمانه، كتصرف الراهن، و هذا منه، لا اشتراكهما في تعلق حق الغير.

هذا كله إذا لم يتلف من الشقص شيء يقابل شيء من الثمن، و إلا ضمنه بحصته مطلقاً على الأقوى، فيأخذ الشفيع الباقي بحصته من الثمن، لأن إيجاب دفع الثمن في مقابله بعض المبيع ظلم.

و قال الشيخ- رحمه الله- في المبسوط (٢): إن نقص بفعل المشتري أخذ الباقي بالقيمه. و هو يحتمل إرادته أخذه بجميع قيمه، و بحصته من الثمن.

و المختار الثاني، و ينبغي أن يكون مراده.

ص: ٣٢٦

١- ١) في «ذ، د، ل، و»: للبعض.

٢- ٣) المبسوط ١١٦: ٣.

و لو غرس المشتري أو بنى،(١)فطالب الشفيع بحقه،فإن رضى المشتري بقلع غراسه أو بنائه فله ذلك،و لا يجب إصلاح الأرض.

و للشفيع أن يأخذ بكل الثمن أو يدع.

و إن امتنع المشتري من الإزالة كان الشفيع مخيراً بين إزالته و دفع الأرض،و بين بذل قيمه الغراس و البناء و يكون له مع رضا المشتري، و بين النزول عن الشفعه.

قوله:«و لو غرس المشتري أو بنى.إلخ».

إذا غرس المشتري أو بنى فى الشقص المشفوع،و يتصور ذلك على وجه لا يكون ظالماً به،بأن قسمه من حق الشريك الذى هو الشفيع مع بقاء الشفعه، إما بأن لم يعلمه بالشراء،و إنما أظهر كونه و كيلاً عن البائع فى القسمه،أو يكون المتولّى هو البائع بالوكالة عن المشتري من غير أن يعلم[المشتري] (١)الشفيع بالبيع،أو لإخباره أن البيع بثمن فعفا ثم ظهر أنه أنقص،أو بأن الملك انتقل بغير البيع ثم ظهر به،أو بمقاسمه و كيل الشفيع فيما يدخل فيه ذلك من غير أن يعلم، أو مع العلم و ظن أن الحظ فى ترك الأخذ فظهر أن الحظ فى الأخذ،أو بأن يكون الشفيع غائباً و طلب المشتري من الحاكم القسمه أو نحو ذلك فيبنى و يغرس ثم يعلم الشفيع أو يحضر فيأخذ بالشفعه،فللمشتري حينئذ قلع غرسه و بنائه،لأنه ملكه.و ليس عليه إصلاح الأرض بطم (٢)الحفر و تسويتها،لأنه فعل ذلك بحق، لكونه حينئذ مالكا جائز التصرف،و فى القلع مصلحه للشفيع،لأن فيه تفرغ الشقص لأجله.

ص: ٣٢٧

١- ١) من «د،ط،م».

٢- ٢) فى «د،م»: و طم.

و فيه وجه بالوجوب من حيث إنه نقص دخل على ملك الشفيع لمصلحة المشتري، لأن ذلك يتضمّن تخلص ملك المشتري أيضا من ملك الشفيع.

و آخر بالتفصيل، و هو إن القلع إن كان بطلب الشفيع لم يجب التسويه، لأن طلبه القلع يتضمّن الإذن في الحفر، و ليس هو كالغاصب، لأنه غير عاد بفعله.

و إن كان القلع من المشتري ابتداء وجب، لأن النقص قد حدث في ملك غيره بفعله لمصلحته من غير إذن المالك، فيجب عليه إصلاحه. و هذا قوى (١). و هو خير من المختلف (٢).

ثم إن لم تنقص الأرض فلا بحث، و إلا ففي أخذ الشفيع لها بكلّ الثمن أو بما بعد الأرض وجهان، أشهرهما -و هو الذي يقتضيه إطلاق المصنف- الأول، لأن هذا الناقص ليس له قسط من الثمن، فلا يضمّنه المشتري كالنقص بالاستهدام، و لأنه تصرّف في ملك نفسه فلا يتعقّب الضمان. و قيل: يجب الأرض، خصوصا إذا كان بعد المطالبة، لما ذكر سابقا.

هذا إذا كان النقص بالغرس. أما لو كان بالقلع فظاهر إطلاق العبارة يقتضى أنه كذلك، لحكمه بأنه يأخذ بكلّ الثمن الشامل لحاله النقص بالغرس و القلع و عدمه. و هو الذي صرح به الشيخ (٣) -رحمه الله- و الأكثر، معلّين بأنه تصرّف في ملك نفسه.

و اختار في المختلف (٤) وجوب الأرض إن كان ذلك باختيار المشتري، لأن

ص: ٣٢٨

١- ١) في «و،خ»: أقوى.

٢- ٢) المختلف: ٤٠٨.

٣- ٣) المبسوط ١١٧: ٣- ١١٨.

٤- ٤) المختلف: ٤٠٨.

النقص حدث على ملك الغير بفعله لتخليص ملكه فيضمنه. و يمنع من كونه تصرفاً في ملكه أو صادف ملكه، وإنما صادف ملك الشفيع، إذ الفرض أنه بعد الأخذ بالشفعه.

فلو امتنع المشتري من الإزالة تخير الشفيع بين ثلاثه أشياء:

أحدها: القلع، لأن له تخليص ملكه عن ملك غيره. و هل يلزمه أرش نقص البناء و الغرس بالقلع؟ قولان أشهرهما اللزوم، لأن النقص على ملك المشتري بفعله لمصلحته، فيجب أن يكون مضمونا عليه، فإن عرق المشتري غير ظالم.

و وجه العدم: أن التفريط حصل بفعل المشتري، لأنه غرس في أرض مستحقه للغير.

و فيه: أنه و إن كان مستحقاً للآخذ إلا أنه لم يخرج عن ملك المتصرف بذلك، و ليس هو بأبعد من غرس المستعير، و هو في كل آن يجوز رجوع المعير.

و ثانيها: بذل قيمه البناء و الغرس، سواء رضى المشتري بذلك أم لا، لأن فيه جمعا بين الحقيين، و دفعا للضرر اللازم لكل منهما بالقلع.

و قيل: لا يجوز ذلك إلا برضا المشتري، لأنها معاوضه فيتوقف على رضا المتعاضين، و إلا كان أكل مال بالباطل منهى عنه بالآيه (١) و الروايه (٢). و هذا أقوى.

و ثالثها: نزول الشفيع عن الشفعه. و هو واضح.

ص: ٣٢٩

١- (١) البقره: ١٨٨.

٢- (٢) تحف العقول: ٣٤، الوسائل ٣: ٤٢٥ ب «٣» من أبواب مكان المصلّى ح ٣.

و إذا زاد ما يدخل فى الشفعه (١) تبعا، كالودى المبتاع مع الأرض فيصير نخله، أو الغرس من الشجر يعظم، فالزياده للشفيع. أما النماء المنفصل، كسكنى الدار و ثمره النخل، فهو للمشتري.

إذا تقرر ذلك، فحيث يختار بذل قيمه إما باتفاقهما أو مطلقا لم يقوم مستحقا للبقاء فى الأرض مجانا و لا مقلوعا مطلقا، لأنه إنما ملك قلعه مع الأرض فيقوم كذلك، بأن يقوم قائما غير مستحق للقلع إلا بعد بذل الأرض أو باقيا فى الأرض بأجره إن رضى المالك، فيدفع قيمته كذلك إلى المشتري. و إن اختار القلع فالأرض هو ما نقص من قيمته كذلك بعد قلعه.

و قيل فى طريق القيمة: أن تقوم الأرض و فيها الغرس ثم تقوم خاليه، فالتفاوت قيمه الغرس، فيدفعه الشفيع أو يدفع ما نقص منه إن اختار القلع.

و يشكل بأنه قد يكون لضميمه كل من الغرس و الأرض إلى الآخر باعتبار الهيئه الاجتماعيه دخل فى زياده قيمه، و ذلك بتمامه لا يستحقه المشتري، فكيف يكون ما عدا قيمه الأرض خاليه من مجموع القيمتين حقا للمشتري؟! فالوجه هو الأول. و فى تحقيق هذا الأرض بحث تقدم (١) فى مواضع من هذا الكتاب.

قوله: «و إذا زاد ما يدخل فى الشفعه. إلخ».

أما كون النماء المنفصل للمشتري فواضح، لأنه نماء ملكه، لكونه حينئذ مالكا مستقلا، و تزلزل ملكه لا ينافى ملك النماء. و أما المتصل فهو كالجزم من الشجره، فيتبعها فى الحكم.

و الودى - بكسر الدال المهمله بعد الواو المفتوحه، و الياء المشدده أخيرا -

ص: ٣٣٠

و لو حمل النخل بعد الابتياح،(١) فأخذ الشفيع قبل التأبير، قال الشيخ -رحمه الله-: الطلع للشفيع، لأنه بحكم السعف. و الأشبه اختصاص هذا الحكم بالبيع.

بوزن غنّ: فسيل النخل. و زاد بعضهم: قبل أن يغرس. و لكن المراد هنا المغروس ليكون تابعا للأرض، أما غير المغروس فلا شبهه في عدم تبعيته للأرض في الشفيعه.

قوله: «و لو حمل النخل بعد الابتياح.. إلخ».

لا- خلاف في أن الثمره إذا ظهرت في ملك المشتري قبل الأخذ بالشفيعه تكون للمشتري و إن بقيت على الشجره، لأنها بحكم المنفصل، و منه ثمره النخل بعد التأبير. أما قبله فقد تقدّم في البيع (١) أنها تتبع الشجره فتكون للمشتري، فألحق الشيخ (٢) -رحمه الله- هذا الحكم بالشفيعه، فحكم بكون الثمره إذا ظهرت بعد الابتياح فأخذ الشفيع بالشفيعه قبل تأبيرها. للشفيع، لأنها تابعه للأصل شرعا كالسعف و غيره من الأجزاء.

و المصنف و الأكثر خصّوا هذا الحكم بالبيع على خلاف الأصل، للنص (٣) عليه، فالحاق غيره به قياس. و هذا أقوى.

و على هذا فلو كان الطلع غير مؤبّر وقت الشراء فهو للمشتري. فإن أخذه الشفيع و هو بتلك الحال بقى للمشتري، كما لو أخذه بعد التأبير، و يكون المبيع بمنزله ما إذا ضمّ غير المشفوع إليه، فيأخذ الشفيع غير الثمره بحصّته من الثمن.

ص: ٣٣١

١- (١) في ج ٢٣٢: ٣.

٢- (٢) المبسوط ١١٩: ٣.

٣- (٣) راجع الوسائل ١٢: ٤٠٧ ب «٣٢» من أحكام العقود.

و لو باع شقصين من دارين،(١) فإن كان الشفيع واحدا فأخذ منهما أو ترك جاز. وكذا إن أخذ من إحداهما، وعفا عن شفيعته من الأخرى.

و ليس كذلك لو عفا عن بعض شفيعته من الدار الواحد.

و لو بان الثمن مستحقاً،(٢) فإن كان الشراء بالعين فلا شفيعه، لتحقق البطلان. وإن كان في الذمه ثبتت الشفيعه، لثبوت الابتاع.

و لو دفع الشفيع الثمن(٣) فبان مستحقاً، لم تبطل شفيعته على التقديرين.

و طريقه أن يقوم المجموع ثم تقوم الثمره، و تنسب قيمتها إلى المجموع، و يسقط من الثمن بتلك النسبه.

قوله: «و لو باع شقصين من دارين.. إلخ».

الفرق بينهما- مع اشتراكهما في كونهما ملكا لواحد، و المشتري واحد، الموجب لاتحاد الصفقه-: أن الشرکه في أحد الشقصين سبب غير الشرکه في الآخر، فلا يكون الشفيعه فيهما واحده و إن اتحدت الصفقه، بخلاف الدار الواحد، فإن سبب الشرکه فيها واحد، و حقه فيها شائع، و حقه في إحدى الدارين غير حقه في الأخرى، فلا ملازمه بينهما في الشفيعه.

قوله: «و لو بان الثمن مستحقاً. إلخ».

الفرق: أن استحقاق أحد العوضين المعيّنين يوجب بطلان البيع، لبقاء الآخر بغير عوض في مقابله، بخلاف ما في الذمه، فإن المدفوع عنه لا يتعين ثمنه على تقدير ظهوره مستحقاً، بل الثمن أمر كلي في الذمه، فلا يبطل البيع، كما لو لم يكن دفعه بعد.

قوله: «و لو دفع الشفيع الثمن. إلخ».

أى: على تقدير كون الثمن الذى اشترى به المشتري معينا و مطلقا، لأن

البيع صحيح على التقديرين، إذ المستحق هو الذى دفعه الشفيع لا المشتري.

و يمكن أن يريد به على تقدير كون ما جعله الشفيع عوضا معيناً كقوله:

أخذت الشقص بهذه الدراهم، و مطلقاً كقوله: تملكته بعشره دراهم، و هى مقدار الثمن.

و إنما لم تبطل الشفعة على التقديرين لأن استحقاقه لها ثابت بالبيع، و هو صحيح على التقديرين. و هذا يتم على تقدير جهل الشفيع بكون المدفوع مستحقاً، لئلا ينافى الفوريه.

و لو كان عالماً ففى بطلانها وجهان مبنيان (١) على أن الملك يحصل بقوله:

أخذت، أو به و بدفع الثمن. فعلى الأول لا- يضر، لحصول الملك. و على الثانى يحتمل البطلان، لمنافاته الفوريه، و الصحه، لأن المعبر فوريه الصيغه، و الأصل عدم اعتبار غيرها.

و ربما فرق مع العلم بين كون الثمن معيناً و مطلقاً، لأنه مع التعيين يلغو الأخذ فينافى الفوريه، بخلاف المطلق، فإن الأخذ صحيح ثم ينفذ (٢) الواجب بعد ذلك.

و الوجهان آتيان فى بطلان الأخذ [بالشفعه] (٣) و يفتقر إلى تملك جديد، أم يصح و الثمن دين عليه، و الأظهر الثانى مع الإطلاق.

ص: ٣٣٣

١- ١) كذا فى «و»، و فى سائر النسخ: مرتبان.

٢- ٢) فى «و»: يتقيد.

٣- ٣) من «ط، د، م».

و لو ظهر فى المبيع عيب،(١) فأخذ المشتري أرشه،أخذه الشفيع بما بعد الأرض.و إن أمسكه المشتري معيبا،و لم يطالب بالأرش،أخذه الشفيع بالثمن أو ترك.

مسائل ست

مسائل ست:

الأولى: لو قال: اشتريت النصف بمائه فترك

الأولى: لو قال: اشتريت النصف (٢) بمائه فترك، ثم بان أنه اشترى الربع بخمسين، لم تبطل الشفعه.و كذا لو قال: اشتريت الربع بخمسين فتركه، ثم بان أنه اشترى النصف بمائه، لم تبطل شفيعته، لأنه قد لا يكون معه الثمن الزائد، وقد لا يرغب فى المبيع الناقص.

قوله: «و لو ظهر فى المبيع عيب. إلخ».

إذا ظهر فى الشقص المشفوع عيب حال البيع و قبل أخذ الشفيع، فإن اختار المشتري أخذ الأرض، أو كان الحقّ منحصرا فيه، بأن حدث فى المبيع ما يمنع من الردّ، سقط مقدار الأرض من الثمن عن الشفيع، لأنه جزء منه، فالثمن هو الباقي بعد الأرض، فيأخذ به الشفيع.و لو لم يأخذه المشتري، بأن عفا عنه، أخذه الشفيع بمجموع الثمن إن شاء، لأن الثمن هو ما جرى عليه العقد،و لم يتجدد ما يوجب نقصه.و سيأتى (١) بقيته تحقيق المسألة.

قوله: «لو قال: اشتريت النصف. إلخ».

من جمله الأعذار المسوّغه لتأخير الأخذ-و إن (٢) جعلناها فوريّه-ما لو أخبر بمقدار المبيع فظهر زائدا عمّا أخبر أو ناقصا، سواء كان مع زياده الثمن أم نقصانه أم مساواته للواقع حسب ما يقتضيه التقسيط، لاختلاف الأغراض للعقلاء

ص: ٣٣٤

١-١) فى ص: ٣٥٠.

٢-٢) فى «خ»: إن.

الثانية: إذا بلغه البيع فقال: (١) أخذت بالشفعة، فإن كان عالما بالثمن صحّ، وإن كان جاهلا لم يصحّ. وكذا لو قال: أخذت بالثمن بالغا ما بلغ، لم يصحّ مع الجهالة، تفصيلا من الغرر.

فى ذلك، فقد يرغب فى شراء الزائد دون الناقص، وقد ينعكس. فلو أخبره المشتري أنه اشترى النصف بمائه، أو أخبره مخبر بذلك، فترك الأخذ ثمّ ظهر أنه اشتراه بدون ذلك، لم تبطل شفّعته، لظهور الغرر، فإنه قد يرغب فى الشقص بالثمن الرخيص دون ما زاد عليه، سواء كان معه الثمن أم لا.

و كذا لو قال المشتري: اشتريت الربع بخمسين، فترك الشفيع ثمّ بان أن المشتري إنما اشترى النصف بمائه، فإن شفّعته لا تبطل أيضا، لأنه قد لا يرغب فى شراء الربع و يرغب فى النصف، وبالعكس، فلا يعدّ تركه تقصيرا.

قوله: «إذا بلغه البيع فقال: إلخ».

لما كان الأخذ بالشفعة فى معنى المعاوضة المحضه، لأنه يأخذ الشقص بالثمن الذى بيع به، اشترط علمه به حين الأخذ حذرا من الغرر اللّازم على تقدير الجهل، لأن الثمن يزيد و ينقص، والأغراض تختلف فيه قلّه و كثره، وربما زيد حيله على زهد الشفيع فى الأخذ مع اتّفاقيهما على إسقاط بعضه، كما سيأتى (١)، فلا يكفى أخذه بالشفعة مع عدم العلم به جنسا و قدرا و وصفا، وإن رضى بأخذه ب«مهما كان الثمن»، لأن دخوله على تحيّل الغرر لا- يدفع (٢) حكمه المترتب عليه شرعا من بطلان المعاوضة مع وجوده، كما لو أقدم المشتري على الشراء بالثمن المجهول و رضى به كيف كان. و حيث لا يصحّ الأخذ لا تبطل

ص: ٣٣٥

١- ١) فى ص: ٣٦٧.

٢- ٢) فى «ذو»: يرفع.

الثالثة: يجب تسليم الثمن أولا

الثالثة: يجب تسليم الثمن أولا، (١) فإن امتنع الشفيع، لم يجب على المشتري التسليم حتى يقبض.

الرابعة: لو بلغه أن المشتري اثنان

الرابعة: لو بلغه أن المشتري اثنان، (٢) فترك فبان واحد، أو واحد فبان اثنين، أو بلغه أنه اشترى لنفسه فبان لغيره، أو بالعكس، لم تبطل الشفعة، لاختلاف الغرض في ذلك.

الخامسة: إذا كانت الأرض مشغولة بزرع يجب تبقيته

الخامسة: إذا كانت الأرض مشغولة (٣) بزرع يجب تبقيته، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بالشفعة في الحال و بين الصبر حتى يحصد، لأن له في ذلك غرضا، وهو الانتفاع بالمال، و تعذر الانتفاع بالأرض المشغولة. و في جواز التأخير مع بقاء الشفعة تردّد. شفעתه، بل يجده إذا علم به.

قوله: «يجب تسليم الثمن أولا. إلخ».

قد تقدّم (١) الكلام في هذه المسألة، و أن وجه تقديم حق المشتري هنا بتسليمه الثمن أولا جبر و هنة بالأخذ منه قهرا، بخلاف البيع المبني على التراضي من الجانين، فلم يكن أحد المتعاضين أولى من الآخر بالبداءة، فيتقاضيان معا، مع أنه قد قيل فيه أيضا بوجوب تقديم تسليم البائع أولا، فيكون هنا أولى.

قوله: «لو بلغه أن المشتري اثنان. إلخ».

المرجع في جميع هذه الفروض و نظائرها إلى كون التأخير لغرض صحيح أو عذر مقبول لا يخلّ بالفوريّة المعتبرة، و ممّا تختلف الأغراض باختلافه زياده الشركاء و نقصانهم و خصوصيات الشريك. و ذلك أمر واضح.

قوله: «إذا كانت الأرض مشغولة. إلخ».

المراد بالزرع الذي يجب تبقيته ما وقع بإذن الشفيع، لأنه شريك حيث لا

ص: ٣٣٦

ينافى الأخذ على الفور، أو بعد القسمة على أحد الوجوه التي صوّرتها سابقا (١).

و حينئذ فالزراع لا يمنع الأخذ عاجلا وإن لم ينتفع بالأرض، فإن ذلك لا يمنع المعاوضة، كما لو اشتراها مشغوله بزرع البائع. و عليه تبقّيته مجّانا إلى أوان حصاده، لأنه تصرّف بحق، و له أمد ينتظر، بخلاف الغرس و البناء حيث لا يزالان إلا بالأرض.

و هل له تأخير الأخذ إلى أن يحصد الزرع؟ فيه وجهان:

أحدهما- و هو اختيار الشيخ (٢) رحمه الله، و قوّاه في الدروس (٣):-

الجواز، لأنه لا ينتفع الآن بالشقص لو أخذه، فلا يجب عليه [حينئذ] (٤) بذل الثمن الموجب للانتفاع به بغير مقابل. و يلزم من عدم وجوب بذله جواز تأخير الأخذ، لأن تعجيله ملزوم لتعجيل الثمن، و لأن تأخير بذل العوض الذى لم يحصل فائده عوضه غرض مطلوب للعقلاء، فيكون ذلك عذرا مسوّغا للتأخير.

و الثانى: العدم، لأن الشفعه على الفور، و مثل ذلك لا يثبت عذار، كما لو بيعت الأرض فى غير وقت الانتفاع، فإنه لا يجوز تأخير الأخذ إلى وقته إجماعا.

و المصنف- رحمه الله- تردّد فى الحكم لما ذكرناه من التوجيهين (٥)، و الثانى منهما لا يخلو من قوّه.

ص: ٣٣٧

١- ١) انظر ص: ٣٢٧.

٢- ٢) المبسوط ١٥٩: ٣.

٣- ٣) الدروس الشرعيّه ٣٦٤: ٣.

٤- ٤) من «د، ط، م».

٥- ٥) فى «م»: الوجهين.

السادسه:إذا سأل البائع (١)[من]الشفيع الإقاله فأقاله،لم يصحّ، لأنها إنما تصحّ بين المتعاقدين.

المقصد الرابع فى:لواحق الأخذ بالشفعه

اشاره

المقصد الرابع فى:لواحق الأخذ بالشفعه

و فيه مسائل

و فيه مسائل:

الأولى:إذا اشترى بثمرن مؤجل

الأولى:إذا اشترى بثمرن مؤجل،(٢)قال فى المبسوط:للشفيع أخذه بالثمرن عاجلا،و له التأخير و أخذه بالثمرن فى محله.و فى النهايه:يأخذه عاجلا،و يكون الثمن عليه مؤجلا،و يلزم كفيلا بالمال إن لم يكن ملثا.

و هو أشبه.

و مثله ما لو كان فى الشقص شجر عليه ثمر لا يستحقّ بالشفعه،و أولى بالعدم هنا،لأن الثمر (١)لا يمنع الانتفاع بالمأخوذ.

قوله:«إذا سأل البائع.إلخ».

سبيل الإقاله أن تقع بين المتبايعين،لأنها فسخ للبيع،و لا يفسخه بالأصالة (٢)إلا من ملك العوض،و الشفيع قبل الأخذ بالشفعه ليس بمالك،و إنما ملك[به] (٣)أن يملك،و بعده ليس بمشتر،فلا- تصحّ الإقاله بينه و بين البائع،و لا بينه و بين المشتري.و هو ظاهر.

قوله:«إذا اشترى بثمرن مؤجل.إلخ».

إذا اشترى بثمرن مؤجل فالأشهر-و هو الذى اختاره المصنف رحمه الله-

١-١) كذا في «و»، وفي سائر النسخ: الثمن.

٢-٢) في «د، ط، م»: بالإقالة.

٣-٣) من «د، ط، م».

أن الشفيع يأخذ عاجلاً بالثمن المؤجل، لأنه إنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد، والعقد إنما وقع على المؤجل.

وقال الشيخ في المبسوط (١) والخلاف (٢): يتخير بين أخذه بالثمن حالاً، وبين التأخير إلى الحلول و أخذه بثمان حالاً [١]، محتجاً بأن الذمم غير متساويه، فيجب إما تعجيل الثمن أو الصبر إلى الحلول و دفعه عند الأخذ.

و أجيب بأن عدم تساوى الذمم لا- يوجب ذلك، لإمكان التخلص بالكفيل إما مطلقاً كما يظهر من المختلف (٣)، أو مع عدم الملاءه كما صرح به الشيخ (٤) و غيره (٥). و بأنه يستلزم أحد محذورين: إما إسقاط الشفعه على تقدير ثبوتها، أو إلزام الشفيع بزياده لا- موجب لها، و كلاهما باطل. و وجه الملازمه: أن تجويز التأخير يناهى الفوريه المستلزم لبطلانها، و تعجيل الأخذ بالحال يوجب زياده صفه فى الثمن -و هى كونه معجلاً- من غير موجب، و لأن التأجيل له قسط من الثمن، فيلزم زياده الثمن المأخوذ به على الأصل.

و يتفرع على ذلك أنه لو مات المشتري حلّ عليه الثمن، و لم يتعجل الأخذ على الشفيع، بل هو على خيرته الاولى إن شاء عجل و إن شاء أخر إلى انقضاء الأجل، لأنه لزم (٦) بالأخذ كذلك فيستصحب، و حلّ على المشتري بعارض موته

ص: ٣٣٩

١- (١) المبسوط ١١٢: ٣.

٢- (٢) الخلاف ٣: ٤٣٣ مسألة (٩).

٣- (٣) المختلف: ٤٠٦.

٤- (٤) النهايه: ٤٢٥.

٥- (٥) المقنعه: ٦٢٠، المهذب ١: ٤٥٨، السرائر ٢: ٣٨٨، الدروس الشرعيه ٣: ٣٦٤.

٦- (٦) فى «و،خ»: لزمه.

الثانيه:قال المفيد رحمه الله و المرتضى قدس الله روحه :الشفعه تورث

الثانيه:قال المفيد-رحمه الله-و المرتضى(١)-قدس الله روحه:-

الشفعه تورث.و قال الشيخ-رحمه الله-:لا تورث،تعويلا على روايه طلحه بن زيد،و هو بترى.و الأول أشبه،تمسكا بعموم الآيه.
فلا يلزم ذلك غيره.

و ربما احتمل حله على الشفيح أيضا،لأنه مسبب (١)عن تأجيل ما على المشتري.

و هو ضعيف،لأنه و إن تسبب ابتداء لكن ثبت له حكم لم يثبت موجب زواله،بخلاف المشتري.و لو مات الشفيح فالحكم بحاله.
قوله:«قال المفيد و المرتضى.إلخ».

اختلف الأصحاب في أن الشفعه هل تورث أم لا؟فالأكثر-و منهم الشيخ رحمه الله في الخلاف (٢)،و المفيد (٣)،و المرتضى (٤)،و ابن الجنيدي (٥)،و جملة من المتأخرين (٦)-على الأول.

و ذهب الشيخ-رحمه الله-في النهايه (٧)و موضع آخر من الخلاف (٨)و ابن

ص:٣٤٠

١- (١) في «ذ،د،ل،م»:سبب.

٢- (٢) الخلاف ٣:٢٧ مسأله(٣٦).

٣- (٣) المقنعه:٦١٩.

٤- (٤) الانتصار:٢١٧.

٥- (٥) حكاه عنه علامه في المختلف:٤٠٦.

٦- (٦) الجامع للشرائع:٢٧٨،كشف الرموز ٢:٣٩٨،المختلف:٤٠٦،اللمعه دمشقيه: ٩٩،التنقيح الرائع ٤:٩٥،المقتصر:٣٤٨،تلخيص
الخلاف للصيمري ٢:١٧٧ مسأله (١١)،جامع المقاصد ٦:٤٤٧.

٧- (٧) النهايه:٤٢٥-٤٢٦.

٨- (٨) الخلاف ٣:٤٣٦ مسأله(١٢).

الثالثة: و هي تورث كالمال. (١) فلو ترك زوجته و ولدا، فللزوجة الثمن، و للولد الباقي.

البَراج (١) و الطبرسي (٢) إلى الثاني.

و المختار هو الأول، لعموم آيات الإِراث (٣) الدالّة على إِراث ما ترك، و حقّ الشفّعه ممّا ترك، كما دخل فيه الخيار الثابت للمورث بالاتّفاق، و كذلك حدّ القذف، و هي في معنى الخيار تثبت لدفع الضرر، بل أقوى. و قوله صلّى الله عليه و آله: «ما ترك الميّت من حقّ فلوارثه» [١] و هو أوضح دلالة من الآية.

و احتجّ الشيخ بروايه طلحه بن زيد، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام قال: «لا- تورث الشفّعه» (٤). و بأن ملك الوارث متجدد على الشراء، فلا يستحقّ به شفّعه.

و أجيب بضعف سند الرواية، فإن طلحه بترى. و الوارث يأخذ ما استحقّقه مورثه و حقّه سابق، فلا يقدح تجدد ملكه.

قوله: «و هي تورث كالمال. إلخ».

أى: تورث على حدّ (٥) ما يورث المال، لأنها حقّ مالى، فيرث الولد

ص: ٣٤١

١- (١) المهدّب ٤٥٩: ١.

٢- (٢) المؤتلف من المختلف ٦٣٢: ١ مسألة (١٢).

٣- (٣) النساء: ٧ و ١١-١٢.

٤- (٤) الفقيه ٣: ٤٥ ح ١٥٨، التهذيب ٧: ١٦٧ ح ٧٤١، الوسائل ١٧: ٣٢٥ ب «١٢» من أبواب الشفّعه ح ١.

٥- (٥) فى «و»: قدر.

و لو عفا أحد الوراث (١) عن نصيبه لم تسقط، و كان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع. و فيه تردد ضعيف.

الذكر ضعف الأنثى، و هكذا. و خصّ المثل بالزوجه لدفع توهم أنها لا ترث من الشفعه، من حيث إنها تحرم فى الجمله من بعض المتروكات.

و نبه بذلك على خلاف بعضهم (١)، حيث ذهب إلى أنها تقسم على رؤوس الورثه لا على سهامهم، كالشركاء المتكثرين فيها.

و يظهر من [الشيخ-رحمه الله-فى] (٢) المبسوط (٣) أن القائل بقسمتها مع الكثره على الرؤوس يقول بها هنا، و يجعلها بين الزوجه و الولد نصفين، فتكون المسأله خلافه هنا أيضا.

و الوجه أنها هنا على قدر الأنصاء و إن لم نقل به فى الشركاء. و الفرق بين الأمرين واضح، فإن آيه الإرث تقتضى اعتبار السهام كغيرها من الحقوق، بخلاف الشركاء فى أصل الملك، فإن كل واحد يستحقها باعتبار نفسه، و الوارث يستحقها باعتبار مورثه، و مورثه لا يستحق الجميع، و قد انتقل عنه إلى ورثته على حد الإرث لا باعتبار الشركه، و لهذا أثبتها هنا من لم يقل بالشفعه مع الكثره.

قوله: «و لو عفا أحد الوراث. إلخ».

إنما لم يسقط بعفو البعض لأن الحق للجميع، فلا يسقط حق واحد بترك غيره. و لمّا لم يجز تبعض الصفقه على المشتري فالمستحق يأخذ الجميع أو

ص: ٣٤٢

١- ١) الحاوى الكبير ٢٥٧: ٧-٢٥٩، روضه الطالبين ١٨٣: ٤.

٢- ٢) من «د، ط، م».

٣- ٣) المبسوط ١١٣: ٣.

الرابعة: إذا باع الشفيع نصيبه (١) بعد العلم بالشفعه، قال الشيخ:

سقطت شفעתه، لأن الاستحقاق بسبب النصيب.

أما لو باع قبل العلم لم تسقط، لأن الاستحقاق سابق على البيع.

و لو قيل: ليس له الأخذ في الصورتين، كان حسنا.

يترك.

و يحتمل هنا سقوط حق الآخر بعفو صاحبه و إن لم نقل بذلك في الشريكين، لأن الوارث يقوم مقام المورث، فعفوه عن نصيبه كعفو المورث عن البعض، فيسقط الباقي. و هذا هو الوجه الضعيف، بل لم يذكره كثير.

و وجه ضعفه: أن الشركاء في الإرث يصيرون بمنزلة الشركاء في أصل الشفعه، لأنها شفعه واحده بين الشركاء، سواء كان بالإرث أم بالشركه، فلا يسقط عن البعض بعفو البعض، بخلاف عفو المورث عن بعض نصيبه، فإن حقه في المجموع من حيث هو مجموع لا في الأبعاض، فعفوه عن بعض حقه كعفوه عن جميعه.

قوله: «إذا باع الشفيع نصيبه. إلخ».

إذا باع الشفيع نصيبه قبل أن يأخذ بالشفعه، فإن كان يبيعه بعد العلم بها و حصول شرائط فوريتها-على القول بها- فلا إشكال في بطلان شفעתه، لأن اشتغاله عن الأخذ بالبيع محلّ بالفوريّه المعتبره فيها.

و إن كان قبل ثبوت الفور فيها حينئذ، كما لو لم يكن عالما بمقدار الثمن، أو جاهلا بالفوريّه و نحو ذلك، فباع أو باع غير عالم بالشفعه، ففي بقائها مطلقا، أو زوالها، أو التفصيل، أقوال:

أحدها-و هو الذى اختاره[١]المصنف:-عدم البطلان مطلقا،لأن الاستحقاق ثبت بالشراء سابقا على بيعه فيستصحب،لأصاله عدم السقوط.

و لقيام السبب المقتضى له،و هو الشراء،فيجب أن يحصل المسبب.

و ثانيها:سقوطه فى الموضعين،و هو اختيار العلامة (١)و جماعه (٢)،لأن السبب فى جواز الأخذ ليس هو الشراء وحده،بل هو مع الشرکه،و قد زال أحد جزئى السبب فيزول.و لا يكفى وجودها حال الشراء،لظاهر قوله عليه السلام:

«لا شفعه إلا لشريك مقاسم» (٣)،فلو أثبتنا له الشفعه بعد البيع لأثبتناها لغير شريك مقاسم.و الجهل مع انتفاء السبب لا أثر له.

و ثالثها:التفصيل بالجهل بالشفعه حال البيع و العلم،فيثبت فى الأول دون الثانى،و هو قول الشيخ (٤)،لأن البيع بعد العلم يؤذن بالإعراض عنها،كما إذا بارك أو ضمن الدرك،بخلاف ما إذا لم يعلم،فإنه معذور.

و أجب بأن الجهل لا أثر له إذا انتفى السبب،لأن خطاب الوضع لا يتفاوت الأمر فيه بالعلم و الجهل.و القول الوسط لا يخلو من قوّه.

ص:٣٤٤

١-٢) المختلف:٤٠٩.

٢-٣) الدروس الشرعيّه ٣:٣٦٨،جامع المقاصد ٤:٤٤٦-٤٤٧.

٣-٤) تقدّم ذكر مصادره فى ص:٢٦٣ هامش (٣)،و فى المصادر:غير مقاسم.

٤-٥) المبسوط ٣:١٤٢.

تفريع على قوله رحمه الله:

لو باع الشريك، و شرط الخيار (١) للمشتري، ثم باع الشفيع نصيبه، قال الشيخ: الشفيع للمشتري الأول، لأن الانتقال تحقق بالعقد.

و لو كان الخيار للبائع أو لهما فالشفيع للبائع الأول، بناء على أن الانتقال لا يحصل إلا بانقضاء الخيار.

قوله: «لو باع الشريك و شرط الخيار. إلخ».

هذا التفريع مبنى على أن انتقال المبيع مع اشتغال البيع على خيار هل يحصل للمشتري مطلقاً، أم ينتفى عنه مطلقاً، أم فيه تفصيل؟ و قد تقدم (١) النقل عن الشيخ أن الخيار إن كان للمشتري وحده انتقل إليه الملك زمن الخيار، و إن كان للبائع أو لهما لم ينتقل إليه إلا - بانقضاء الخيار. فيتفرع عليه أن الخيار متى كان للمشتري وحده، فباع الشفيع نصيبه بعد العلم، سقطت و ثبتت للمشتري الأول، لانتقال الملك إليه. و إن كان الخيار للبائع أو لهما فالشفيع للبائع، لأن الملك لم ينتقل عنه، فهو الشريك حقيقه.

و على قوله الذى حكيناه عنه فى الخلاف (٢) من أن الخيار إن كان للمشتري وحده ينتقل الملك عن البائع و لا يثبت للمشتري فلا شفيع لأحدهما، لانتفاء (٣) الملك عنهما.

لكن هذا قول ضعيف جداً، لاستحالة بقاء ملك بغير مالك، و انتفاء مالك آخر غيرهما. و الأصح أن الشفيع للمشتري مطلقاً، بناء على انتقال الملك إليه مطلقاً.

ص: ٣٤٥

١ - (١) فى ص: ٣٠٩.

٢ - (٢) الخلاف ٣: ٢٢ مسألة (٢٩).

٣ - (٣) فى «د، ط، خ»: لانتقال.

الخامسة: لو باع شقصا في مرض (١) الموت من وارث و حابى فيه، فإن خرج من الثلث صحّ، و كان للشريك أخذه بالشفعة. و إن لم يخرج صحّ منه ما قابل الثمن، و ما احتمله الثلث من المحاباه إن لم تجز الورثه.

و قيل: يمضى فى الجميع من الأصل، و يأخذه الشفيع، بناء على أن منجزات المريض ماضيه من الأصل.

قوله: «لو باع شقصا في مرض. إلخ».

إذا باع فى مرض موته شقصا و حابى فيه، بأن باعه بدون ثمن المثل، فإن خرجت المحاباه من الثلث، أو أجازها الوارث، أو قلنا إن منجزات المريض من الأصل، فالبيع صحيح، و يأخذ الشفيع بالمسمى. و إن انتفى جميع ذلك، بأن باع شقصا يساوى ألفين بألف و لا مال له غيره فردّه الوارث، ثبتت الشفعه فيما خرج منه بالنسبه. و فى مقدار ما يصحّ فيه البيع قولان تقدّما فى الوصايا (١):

أحدهما- و هو قول الشيخ (٢)، و مختار المصنف رحمه الله -: أنه يصحّ فى القدر الذى يوازى الثمن، ثمّ فى قدر الثلث من الباقي، و يبطل فيما زاد. ففى المثال المذكور يصحّ البيع فى خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن.

و الثانى- و هو الأصحّ -: أن لا يبطل من المبيع شىء إلا و يبطل من الثمن ما يقابله، فتكون المسأله دوريّه، حيث إنه لا يعرف قدر ما يصحّ البيع إلا بعد أن يعرف مقدار التركه لتخرج المحاباه من ثلثها، و لا يعرف مقدار

ص: ٣٤٦

١- (١) فى ج ٣٢٤: ٦.

٢- (٢) المبسوط ٦٤: ٤.

التركة إلا إذا عرف قدر الثمن، لأنه محسوب منها، لا تنتقاله إلى ملك المريض بالبيع.

و طريقه في المثال المذكور أن يقال: صحَّ البيع في شيء من الشقص بنصف شيء، يبقى مع الورثة ألفان إلا نصف شيء، وذلك يعدل مثلي المحاباه، و هي نصف شيء، فمثلاها شيء. فإذا جبرت و قابلت يكون ألفان معادلين لشيء و نصف، و الشيء من شيء و نصف ثلثاه، فعلمنا أن البيع صحَّ في ثلثي الشقص، و قيمته ألف و ثلاثمائة و ثلاثه و ثلاثون و ثلث، تبلغ الثمن، و هو نصف هذا المبلغ، فتكون المحاباه ستمائة و سته و ستين و ثلثين، يبقى للورثة ثلث الشقص و ثلثا الثمن، و هما ألف و ثلاثمائة و ثلاثه و ثلاثون و ثلث، و ذلك ضعف المحاباه.

و لا- فرق عندنا بين كون المشتري وارثا و أجنبيًا. و تبه المصنف بتخصيصه بالوارث على خلاف العامه (١) حيث اختلفوا في المحاباه مع الوارث، فمنهم من حكم بصحة البيع و منع الشفعه، و منهم من منعهما، و منهم من أثبتهما، إلى غير ذلك من اختلافهم. و لو قال المصنف: من وارث و غيره، لكان أجود من التخصيص بالوارث، لئلا يوهم أن غير الوارث حكمه ليس كذلك.

و حيث يتبعض المبيع ينبغي أن يثبت للمشتري الخيار، لأن جميع المبيع لم يسلم له إذا كان جاهلا بالحال، و إن لم يأخذ الشفع بالشفعه، كما سيأتي (٢) في نظيره.

ص: ٣٤٧

١- ١) انظر بدائع الصنائع ١٣: ٥-١٤، المغنى لابن قدامة ٤٧٢: ٥-٤٧٤.

٢- ٢) في الصفحة التاليه.

السادسه:إذا صالح الشفيع (١) على ترك الشفعه صحّ، وبطلت الشفعه، لأنه حقّ مالى، فينفذ فيه الصلح.

السابعه:إذا تبايعا شقّصا، فضمن الشفيع الدرك عن البائع أو عن المشتري

السابعه:إذا تبايعا شقّصا، (٢) فضمن الشفيع الدرك عن البائع أو عن المشتري، أو شرط المتبايعان الخيار للشفيع، لم تسقط بذلك الشفعه.

و كذا لو كان وكيلا لأحدهما. وفيه تردّد، لما فيه من أماره الرضا بالبيع.

قوله: «إذا صالح الشفيع. إلخ».

و يعتبر فى صحّحه الصلح حينئذ أن لا ينافى الفورىّه، إما بأن يقصر زمانه و يكون إيقاع صيغته مستثنى كما يستثنى ما جرت به العاده من السلام و نحوه، و إما بأن يصلح المشتري قبل أن يعلم بثمن المبيع مع علمه بأصله، أو بأن يصلح عنها وكيله، فإن تراخيه لا يبطل حقّ الموكل، و نحو ذلك.

و لو كان عوض الصلح بعض الشقص ففى صحّته وجهان أصحّهما ذلك، للعموم (١).

و وجه البطلان: كونه فى معنى أخذ البعض.

و يضعّف بأن الصلح ليس أخذا بالشفعه، بل هو معامله أخرى على حقّ الشفعه، فلا يقدح فيه تبعض الشقص.

قوله: «إذا تبايعا شقّصا. إلخ».

هنا مواضع ثلاثه اختلف فى كونها مسقطه للشفعه:

الأول: أن يضمن الشفيع الدرك - و هو عهده المبيع - عن البائع، أو الثمن عن المشتري، أو للبائع على تقدير ظهوره مستحقّا. قيل: تبطل الشفعه، لدلالته

ص: ٣٤٨

على الرضا بالبيع. و رجّحه في المختلف (١) محتجاً بذلك. و قيل (٢): لا- تبطل، لأن مطلق الرضا بالبيع لا يدلّ على إسقاط الشفعه، فإنها مترتبة على صحته، فكيف يكون الرضا به إسقاطاً لها؟ و الحقّ أنه إن نافي الفوريّه حيث نعتبرها، بأن علم بمقدار الثمن فاشتغل بذلك، بطلت للتراخي، لا من حيث الرضا بالبيع. و إن لم يناف، كما لو ضمن الثمن قبل علمه بمقداره- فإن العلم به غير معتبر في صحّه الضمان- لم تبطل الشفعه، لعدم المقتضى للبطلان.

الثاني: أن يشترط المتبايعان الخيار للشفيع في عقد البيع. و الأصحّ أنه لا تبطل الشفعه، لعدم المقتضى له. و قيل: تبطل، لدلالته على الرضا بالبيع. و قد عرفت ضعفه. و لو اختار الإمضاء قيل: له أن يأخذ بالشفعه، فإن جعلناها متوقّفه على لزوم البيع لم تبطل أيضاً، لأن الرضا يمهد طريق السبب و يحقّقه، و إن جوّزناها في زمن الخيار بطلت، للتراخي إن اعتبرنا الفوريّه. و قيل: تبطل هنا مطلقاً، لتضمّنه الرضا كما مرّ. و ضعفه واضح.

الثالث: أن يكون الشفيع وكيلاً للبائع في الإيجاب، أو للمشتري في القبول. و في سقوطها بذلك قولان أيضاً، من دلالته على الرضا بالبيع و هو مسقط، و اختاره في المختلف (٣)، و من منع كون الرضا بالبيع مطلقاً مسقطاً، فإن البيع هو السبب في ثبوت الشفعه، و كلّ من يطلبها راض بوقوع البيع و يريد له، بل يبعد عدم الرضا به مع إرادته الأخذ. و الأصحّ عدم السقوط.

ص: ٣٤٩

١- (١) المختلف: ٤٠٧.

٢- (٢) انظر المبسوط ١٢٥: ٣.

٣- (٣) المختلف: ٤٠٧.

الثامنة: إذا أخذ بالشفعة فوجد فيه عيبا سابقا على البيع

الثامنة: إذا أخذ بالشفعة فوجد (١) فيه عيبا سابقا على البيع، فإن كان الشفيع و المشتري عالَمين فلا خيار لأحدهما. وإن كانا جاهلين، فإن رَدَّه الشفيع كان المشتري بالخيار فى الرَدِّ و الأَرش. وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ، لخروج الشقص عن يده.

قال الشيخ -رحمه الله-: و ليس للمشتري المطالبة بالأَرش. و لو قيل: له الأَرش، كان حسنا.

و كذا لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري. و لو علم المشتري دون الشفيع كان للشفيع الرَدِّ.

قوله: «إذا أخذ بالشفعة فوجد. إلخ».

إذا ظهر عيب فى الشقص بعد الأخذ بالشفعة فلا يخلو: إما أن يكون المشتري و الشفيع عالَمين به وقت البيع، أو جاهلين، أو بالتفريق. فالأقسام أربعة:

الأول: أن يكونا عالَمين. فلا خيار لأحدهما و لا أَرش. و هو ظاهر.

الثانى: أن يكونا جاهلين. فإن اتَّفقا على رَدِّه فلا بحث. و إن اتَّفقا على أخذه مع الأَرش أو بدونه صحَّ، و كان الثمن اللازم للشفيع ما بعد الأَرش.

و إن اختلفت إرادتهما، فأراد الشفيع رَدِّه دون المشتري فلا منافاه أيضا، فيرجع إلى المشتري، و يتخير بين أخذ أَرشه و عدمه.

و إن انعكس، فأراد الشفيع أخذه و المشتري رَدِّه، قدِّمت إرادته الشفيع، لثبوت حقِّه و سبقه، فإنه ثبت بالبيع. و سيأتى ما فى هذا التعليل. و لأنَّ غرض المشتري استدراك الظلامه و تحصيل الثمن، و هو حاصل بأخذ الشفيع. و لأنَّنا لو قدَّمنا المشتري بطل حقَّ الشفيع رأسا، و إن قدَّمنا الشفيع حصل للمشتري مثل

الثلث أو قيمته، فيكون جامعا بين الحقيقتين.

و يحتمل تقديم المشتري، لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقرّ العقد، كما تقدّم (١) في البيع المشتمل على الخيار. و قد تقدّم (٢) ضعف المبنى عليه.

فعلى المختار لو أراد المشتري طلب الأرض ففى إجابته إليه قولان:

أحدهما - و هو قول الشيخ [١] -: لا، لأنه قد استدرك ظلامته برجوع جميع الثمن إليه من الشفيع، فلم يفت منه شيء يطالب به.

و الثانى - و هو الذى اختاره المصنف -: أن له ذلك، لأن حقه عند البائع حيث إن الأرض جزء من الثمن عوض جزء فائت من المبيع، فلا يجب عليه أن يقبل عوضه من الشفيع، لأن الواقع بين البائع و المشتري معاوضه مستقلة مغايره لما وقع بينه و بين الشفيع، فلا يجب قبول أحد عوضيهما عن الآخر. و بهذا يظهر أنه ما استدرك ظلامته. و هذا أقوى. و حينئذ فله الرجوع على البائع بالأرض، فيسقط عن الشفيع من الثمن بقدره، لأن الثمن ما يبقى بعد أخذ الأرض.

الثالث: أن يعلم الشفيع بالعيب دون المشتري. و الحكم فيه كالثانى، فإنه لا ردّ للشفيع لعلمه، و لا للمشتري مراعاة لحق الشفيع. و فى ثبوت الأرض للمشتري الوجهان. و الأصح أن له ذلك، فيسقط عن الشفيع بقدره. و لا يقدر فيه

ص: ٣٥١

١ - ١) فى ص: ٣٠٧.

٢ - ٢) فى ص: ٣٠٨.

التاسعة: إذا باع الشقص بعوض (١) معين لا مثل له كالعبد، فإن قلنا لا شفعه فلا بحث. وإن أوجبنا الشفعه بالقيمة، فأخذه الشفيع و ظهر في الثمن عيب، كان للبائع ردّه و المطالبة بقيمة الشقص، إذا لم يحدث عنده ما يمنع الردّ. ولا يرتجع الشقص، لأن الفسخ المتعقب للبيع الصحيح لا يبطل الشفعه.

علمه بالحال، لما بيناه من أنه يأخذ بالثمن و هو ما بعد الأرش.

الرابع: أن يعلم المشتري خاصّه. فللشفيع ردّه بالعيب مع كونه جاهلا به.

و ليس له الأرش، لأنه إنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد، و المشتري لا أرش له لعلمه بالعيب، و استحقاق الشفيع الأرش فرع أخذ المشتري إيّاه.

قوله: «إذا باع الشقص بعوض.. إلخ».

إذا اشترى الشقص بعوض قيمى كالعبد، و قلنا بثبوت الشفعه بالقيمة و تقابضا، ثم وجد البائع بالعبد عيبا و أراد ردّه و استرداد الشقص، و قد أخذ الشفيع الشقص أو طلبه، ففي المقدم منهما خلاف أظهره تقديم حقّ الشفيع، لأن استحقاق الفسخ فرع [ثبوت] (١) دخول المبيع (٢) في ملك المشتري، المقتضى لصحة العقد، المقتضى لثبوت الشفعه بمجرد العقد. و لعموم (٣) أدله الشفعه للشريك، و استصحاب الحال. و لأن فيه جمعا بين الحقيين، لأن رجوع البائع في العين يقتضى سقوط حقّ الشفيع، بخلاف ما إذا أخذ القيمة. و هذا هو الذي قطع به المصنف رحمه الله.

ص: ٣٥٢

١- ١) من «د، ص، ل، ط، م».

٢- ٢) كذا في «ل»، و لعله الصحيح، و في سائر النسخ: المعيب.

٣- ٣) انظر الوسائل ١٧: ٣١٥ ب «١» من أبواب الشفعه.

و لو عاد الشقص إلى المشتري (١) بملك مستأنف، كالهبة أو الميراث، لم يملك رده على البائع. و لو طلبه البائع لم يجب على المشتري إجابته.

و لو كانت قيمه الشقص و الحال هذه أقل من قيمه العبد هل يرجع الشفيع بالتفاوت؟ فيه تردد، و الأشبه: لا، لأنه الثمن الذي اقتضاه العقد.

و قيل (١): يقدم حق البائع، لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد، و الشفعه تثبت بعده، فيكون العيب أسبق. و لأن الشفيع منزل منزله المشتري، فرد البائع يتضمن نقض (٢) ملكه، كما يتضمن نقض (٣) ملك المشتري لو كان في ملكه.

و يضعف بأن مجرد وجود العيب حاله العقد غير كاف في سببه الفسخ، بل هو مع العقد الناقل للملك، كما أن الشريك أيضا غير كافيه في سببه الشفعه، بل هي مع العقد، فهما متساويان من هذا الوجه، و يبقى مع الشفعه المرجح بما ذكرناه.

و ربما فرق بعضهم (٤) بين رد البائع المعيب قبل أخذ الشفيع و بعده، فقدم البائع في الأول و الشفيع في الثاني، لتساويهما في ثبوت الحق بالبيع، فيقدم السابق في الأخذ. و الوجه ترجيح جانب الشفيع مطلقا.

قوله: «و لو عاد الشقص إلى المشتري.. إلخ».

إنما لم يملك كل واحد من البائع و المشتري رد العين على تقدير عودها

ص: ٣٥٣

١- ١) انظر قواعد الأحكام ١: ٢١٥.

٢- ٢) فيما لدينا من النسخ الخطية: نقص، و الصحيح ما أثبتناه، و كذا نقله عنه في الجواهر ٣٧: ٤١٢.

٣- ٣) فيما لدينا من النسخ الخطية: نقص، و الصحيح ما أثبتناه، و كذا نقله عنه في الجواهر ٣٧: ٤١٣.

٤- ٤) راجع الدروس الشرعية ٣: ٣٦٨، الحاوي الكبير ٧: ٢٩٢-٢٩٣، روضه الطالبين ٤: ١٧٣-١٧٤.

إلى ملك المشتري-مع أن الواجب بالأصالة بعد الفسخ إنما هو العين، وإنما انتقل إلى قيمتها للتعذر، فكانت بدلا اضطرارياً، فينبغي أن يلغوا اعتبارها مع وجود العوض الاختياري-لسبق حكم الشارع بوجوب القيمة حين تعذر العين، فإذا دفعها المشتري ملكها البائع عوضاً شرعياً عن العين، فبرئت ذمّة المشتري منها، ولم يكن لأحدهما إبطال ذلك.

إذا تقرر ذلك، فحيث يكون المعتبر القيمة لا فرق فيها بين كونها بقدر قيمة الشقص أو أزيد أو أنقص، كما لو حدث في الشقص عيب نقص قيمته عن قيمه الثمن. ولا يرجع الشفيع بالتفاوت بين قيمة الشقص و الثمن إذا كان قد دفعه، لأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالثمن الذي جرى عليه مثلاً أو قيمه، فلا يتغير هذا الحكم بالردّ بالعيب.

و قال الشيخ [١]: يرجع، لأن العقد قد بطل، فلم يعتبر ما وقع عليه، بل ما استقرّ وجوبه على المشتري.

و يضعف بأن الفسخ لم يبطل العقد من أصله، بل كان صحيحاً إلى حين الفسخ، فلا يزول مقتضاه بالفسخ الطارئ.

و لا فرق بين أن يكون الشفيع قد دفع الثمن و عدمه، وإن كان المصنف فرض المسألة فيما لو كان قد دفعه، و حكم بعدم رجوعه بالتفاوت. و يمكن أن يريد رجوعه به استثناء التفاوت ممّا وجب عليه بالعقد، و سمّاه رجوعاً على تقدير عدم دفعه نظراً إلى ثبوته عليه أولاً، فيشمل القسمين.

و لو كان الشقص فى يد (١)المشتري، فردّ البائع الثمن بالعيب، لم يملك منع الشفيع، لأنّ حقّه أسبق، و يأخذه بقيمه الثمن، لأنّه الذى اقتضاه العقد، و للبائع قيمه الشقص و إن زادت عن قيمه الثمن.

و لو حدث عند البائع (٢) ما يمنع ردّ الثمن، رجع بالأرش على المشتري. و لا- يرجع على الشفيع بالأرش إن كان أخذه بقيمه العوض الصحيح.

قوله: «و لو كان الشقص فى يد.. إلخ».

أشار بهذا إلى عدم الفرق فى تقديم حقّ الشفيع بين أن يكون قد أخذ بالشفعه و عدمه، و لا- بين أن يكون الشقص فى يد المشتري و عدمه، لاشتراك الجميع فى المقتضى لترجيح حقّ الشفيع. و قد تقدّم البحث فيه. و حينئذ يأخذه بقيمه الثمن سليماً. ثمّ يأخذ البائع من المشتري قيمه الشقص و إن زادت عن قيمه الثمن، لأنّ الواجب هو الثمن المعين، فإذا فات بالردّ بقيمه الشقص حيث تعذر أخذه بحقّ الشفيع. و لا يرجع المشتري على الشفيع بزياده قيمه الشقص على الثمن، لأنّه إنما يستحقّ عليه الثمن الذى وقع عليه العقد.

قوله: «و لو حدث عند البائع.. إلخ».

ما تقدّم من الحكم برّد البائع الثمن المعين و أخذ قيمه الشقص مختصّ بما إذا لم يمنع من الردّ مانع، بأن (١)حدث عنده عيب آخر أو تصرف فيه، [و إلا] (٢)تعيّن أخذ الأرش، لامتناع الردّ.

ثمّ ينظر إن كان الشفيع قد أخذ الشقص بقيمه العبد سليماً فلا رجوع عليه.

ص: ٣٥٥

١- ١) فى «و»: فإن.

٢- ٢) من إحدى الحجريتين فقط.

العاشره:لو كانت دار لحاضر و غائب،(١)و حصّه الغائب فى يد آخر، فباع الحصّه و ادّعى أن ذلك بإذن الغائب،قال فى الخلاف (١):ثبت الشفعه.

و لعلّ المنع أشبه،لأن الشفعه تابعه لثبوت البيع.

فلو قضى بها و حضر الغائب،فإن صدّقه فلا بحث،و إن أنكر فالقول قوله مع يمينه،و ينتزع الشقص.

و إن أخذه بقيمته معييا رجع عليه بباقي قيمه الصحيح،لأن الشقص استقرّ عليه بالعقد و الأرض (٢)،و وجوب الأرض من مقتضى العقد،لاقتضائه السلامه.و كذا القول فيما لو رضى به البائع و لم يرده مع عدم المانع من رده،و اختار الأرض.

قوله:«لو كانت دار لحاضر و غائب..إلخ».

وجه ثبوت الشفعه بمجرّد دعوى ذى اليد الإيذن:أنه إقرار من ذى اليد بالوكاله فيصدّق فيه،و من ثمّ جاز الشراء منه و التصرّف [فيه] (٣)تعويلا على قوله،و صحّه الشراء ملزوم لثبوت الشفعه،و ثبوت الملزوم يستدعى ثبوت اللازم.

و المصنف-رحمه الله-منع من ذلك،نظرا إلى عدم ثبوت البيع.و جواز الشراء منه لا يقتضى ثبوته شرعا،و من ثمّ كان الغائب على حجّته.و إقرار ذى اليد إنما يسمع حيث لا يكون إقرارا على الغير.

ثمّ على تقدير القضاء بها ظاهرا تبعا لقبول دعواه لو حضر الغائب و أنكر

ص:٣٥٦

١- ١) لم نجده فيه.

٢- ٢) سقطت من «د».

٣- ٣) من «خ».

و له أجرته من حين قبضه (١) إلى حين ردّه. و يرجع بالأجره على البائع إن شاء، لأنه سبب الإلتلاف، أو على الشفيع، لأنه المباشر للإلتلاف. فإن رجع على مدّعى الوكّال لم يرجع الوكيل على الشفيع، وإن رجع على الشفيع رجع الشفيع على الوكيل، لأنه غرّه. و فيه قول آخر، هذا أشبه.

الوكّال فالقول قوله، و انتزع الشقص من يد الشفيع، كما ينتزعه من يد المشتري لو لم يؤخذ بالشفعه، لأصاله عدم الإذن.

قوله: «و له أجرته من حين قبضه.. إلخ».

لا شبهه في جواز رجوع المالك بما فات من منافع الشقص من حين قبض المشتري و بعد قبض الشفيع إلى حين رجوعه إليه، و لا في تخيره في الرجوع على من شاء ممّن فاتت في يده و من يدّعى الوكّال، لاشتراكهما في ترتّب اليد على ماله، كما تقدّم في نظائره من الغصب (١) و غيره. لكن إنما يرجع على الشفيع بأجره زمان قبضه، و على المشتري بما قبل ذلك، و على مدّعى الوكّال بالجميع إن شاء.

ثمّ إن رجع على مدّعى الوكّال لم يرجع على أحدهما، لاعترافه بأن المنافع حقّه، و أنه ظالم له في الرجوع عليه، و المظلوم لا يرجع على غير ظالمه. و إن رجع على القابض رجع على الوكيل، لأنه غرّه بدعواه الوكّال.

و هذا إنما يتمّ إذا لم يصدر من القابض ما يقتضى تصديق مدّعى الوكّال فيها، و إلا لم يرجع عليه أيضا، لاعترافه بظلم المالك له.

ص: ٣٥٧

و لو اشترى شقصا بمائه،(١)و دفع إليه عرضا يساوى عشره،لزم الشفيع تسليم مائه أو يدع،لأنه يأخذ بما تضمّنه العقد.

و من اللواحق البحث فيما تبطل به الشفعه

و من اللواحق البحث فيما تبطل به الشفعه و تبطل بترك المطالبه(٢)مع العلم و عدم العذر.و قيل:لا- تبطل إلا أن يصرح بالإسقاط،و لو تناولت المدّه.و الأول أظهر.

و القول الآخر للشيخ فى المبسوط (١)أن مدّعى الوكاله يرجع على الشفيع لو رجع عليه،لاستقرار التلف فى يده.

و هذا أيضا إنما يتمّ مع اعتراف القابض بكذب المدّعى فى دعواه الوكاله، ليكون كالغاصب الذى يستقرّ عليه الضمان مع التلف فى يده.فالقولان للشيخ (٢)على إطلاقهما لا يتّمان.و التفصيل أجود.

قوله:«و لو اشترى شقصا بمائه..إلخ».

قد عرفت أن الشفيع يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد إن شاء،و دفع المشتري العوض عن المائه معاوضه جديده فى حكم الإبراء من البعض،فليس للشفيع الاقتصار عليه.و هذا من جملة الحيل على عدم الأخذ بالشفعه.

و سيأتى (٣).و قد كان يكتفى (٤)بأحدهما عن الآخر.

قوله:«و تبطل الشفعه بترك المطالبه..إلخ».

اختلف الأصحاب فى حقّ الشفعه هل هو على الفور أو التراخى؟فذهب

ص:٣٥٨

١- ١) المبسوط ١٤٥:٣-١٤٦.

٢- ٢) لم ترد فى «ط»،و لعلّه الصحيح،إذ لم ينقل الشارح«قدّس سرّه»عن الشيخ قولين.

٣- ٣) فى ص:٣٦٧.

٤- ٤) فى «خ»:يكتفى أحدهما.

جماعه من المتقدمين (١) - ومنهم الشيخ (٢)، و أتباعه (٣)، و أكثر المتأخرين (٤) - إلى الأول. و ذهب المرتضى (٥) و ابن الجنيـد (٦) و علي بن بابويه (٧) و أبو الصلاح (٨) و ابن إدريس (٩) إلى الثاني.

و استند الأولون إلى قوله صلى الله عليه و آله: «الشفعه كحلّ العقل» (١٠).

و فى خبر آخر: «إن الشفعه لمن واثبها» (١١). و حسنه علي بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام (١٢) المتضمنه بطلان الشفعه بعدم إحضار الثمن فى الثلاثه، إذ لو كانت على التراخى لم تبطل بعد الثلاثه. و لأن ثبوتها على خلاف الأصل، من حيث استلزامها التسلط على مال الغير بغير اختياره، فيقتصر فيها على موضع الوفاق. و لاستلزام التراخى الإضرار بالمشتري على تقدير أن يغرس و يبنى فى

ص: ٣٥٩

-
- ١ - (١) المقنعه: ٦١٨-٦١٩، المؤلف من المختلف ١: ٦٣٠ مسأله (٤).
 - ٢ - (٢) المبسوط ٣: ١٠٨، الخلاف ٣: ٤٣٠ مسأله (٤)، النهايه: ٤٢٤.
 - ٣ - (٣) المهذب ١: ٤٥٨-٤٥٩، الوسيله: ٢٥٨.
 - ٤ - (٤) الجامع للشرائع: ٢٧٨، كشف الرموز ٢: ٣٩٥، المختلف: ٤٠٥، إيضاح الفوائد ٢: ٢٠٩، الدروس الشرعيه ٣: ٣٦٣-٣٦٤، التنقيح الرائع ٤: ٩٠، المقتصر: ٣٤٧، جامع المقاصد ١: ٤٠١.
 - ٥ - (٥) الانتصار: ٢١٩.
 - ٦ - (٦) حكاها عنهما علامه فى المختلف: ٤٠٥.
 - ٧ - (٧) حكاها عنهما علامه فى المختلف: ٤٠٥.
 - ٨ - (٨) الكافي فى الفقه: ٣٦١.
 - ٩ - (٩) السرائر ٢: ٣٨٨.
 - ١٠ - (١٠) سنن ابن ماجه ٢: ٨٣٥ ح ٢٥٠٠، سنن البيهقى ٦: ١٠٨، تلخيص الحبير ٣: ٥٦ ح ١٢٧٨.
 - ١١ - (١١) تلخيص الحبير ٣: ٥٦ ح ١٢٧٨.
 - ١٢ - (١٢) التهذيب ٧: ١٦٧ ح ٧٣٩، الوسائل ١٧: ٣٢٤ ب «١٠» من أبواب الشفعه.

الزمان المتطاوّل ثمّ يجيء الشفيع و ينقض ذلك كلّهُ. واحتجّ الشيخ (١) مع ذلك كلّهُ بالإجماع.

و احتجّ الآخرون بأصالة عدم الفوريّة. و بأنّ البيع سبب في استحقاق الشفعه، و الأصل ثبوت الشىء على ما كان إلى أن يثبت المزيل. و بأنه حقّ من الحقوق المائيه، و الأصل فيها أن لا تبطل بالإمساك عن طلبها. و ادّعى المرتضى (٢) الإجماع على التراخي، كدعوى الشيخ الإجماع على ضده.

و في الاستدلال من الجانبين نظر، لأنّ الخبرين الأولين عاميان، و الثالث كما لا يدلّ على التراخي لا يدلّ على الفوريّة كما لا يخفى. و ثبوتها على خلاف الأصل يوجب المصير إليها حيث يدلّ عليه الدليل، سواء حصل الاتفاق عليه أم لا. و الضرر يزول بضمان الشفيع الأرض على تقدير القلع كما سبق (٣). و دعوى الإجماع من الجانبين تحكّم ظاهر، و هذا ممّا يرشد (٤) بفساد هذه الدعاوى (٥) و عدم الوثوق بها في مواضع (٦) الاشتباه، لكثرة المجازفه الواقعه فيها.

و المراد بالمطالبه في قول المصنف: إن الشفعه تبطل بتركها، نفس الأخذ بالشفعه مع اجتماع شرائط. و لا يجب أمر آخر ممّا يدلّ على الطلب الاصطلاحي، لأنه إن كان مع اجتماع شرائط الأخذ من العلم بمقدار الثمن و غيره

ص: ٣٦٠

١- (١) الخلاف ٣: ٤٣٠-٤٣١ ذيل مسأله (٤).

٢- (٢) الانتصار: ٢٢٠.

٣- (٣) في ص: ٣٢٧.

٤- (٤) كذا في إحدى الحجرّيتين، و في «خ» يؤذن، و في سائر النسخ: يوشك.

٥- (٥) في «د، ط، ل، م»: الدعوى.

٦- (٦) في «ط، ل، و، م»: موضع.

و لو نزل عن الشفعه قبل البيع (١) لم تبطل مع البيع، لأنه إسقاط ما لم يثبت. وفيه تردد.

و كذا لو شهد على البيع، أو بارك للمشتري، أو للبائع، أو أذن للمشتري في الاتباع، فيه التردد، لأن ذلك ليس بأبلغ من الإسقاط قبل البيع.

نافي الفوريه، وإن كان قبله لم يجب.

قوله: «و لو نزل عن الشفعه قبل البيع.. إلخ».

هنا مواضع اختلف في كونها مسقطه للشفعه، سواء قلنا إنها على الفور أم على التراخي:

الأول: أن ينزل الشفع عن الشفعه قبل البيع، بمعنى تركها و العفو عنها.

و في سقوطها بذلك بعد البيع قولان:

أحدهما: السقوط، لأن الحق له فإذا أسقطه سقط، كما لو أسقطه بعد البيع. و لدلالته على الرضا بالبيع، بل أبلغ منه، و هو مبطل لها.

و الثاني: عدمه، لعموم الأدله. و منع كونه حينئذ حقه، فلا تسقط بإسقاطه، كما لو أسقطه غير المستحق. و منع بطلانها بما دلّ على الرضا بالبيع. و قد تقدّم (١).

و هذا أقوى.

الثاني: أن يشهد على البيع. و قد اختلف فيه أيضا، فذهب الشيخ في النهايه (٢) و جماعه (٣) إلى بطلانها، لدلالته على الرضا بالبيع. و ذهب في

ص: ٣٦١

١- (١) في ص: ٣٤٩.

٢- (٢) النهايه: ٤٢٤.

٣- (٣) الوسيله: ٢٥٨، الجامع للشرائع: ٢٧٨.

و لو بلغه البيع بما يمكن (١) إثباته به، كالتواتر أو شهادة شاهدي عدل، فلم يطالب و قال: لم أصدق، بطلت شفيعته، و لم يقبل عذره.

و لو أخبره صبي أو فاسق لم تبطل، و صدق. و كذا لو أخبره واحد عدل، لم تبطل شفيعته، و قبل عذره، لأن الواحد ليس حجة.

المبسوط [١] إلى عدمه، للأصل، و منع الدلالة و تأثيرها على تقديرها في الإبطال.

و هذا أصح.

الثالث: أن يبارك للمشتري أو للبائع في العقد. و في بطلانها به قولان أيضا، إما لتضمنه الرضا بالبيع، أو لمنافاته الفوريّة. و الأصحّ عدم البطلان، لمنع الأمرين. أما الأول فواضح. و أما الثاني فلأن المعتبر فيها العرف، و نحو السلام و الدعاء عند الاجتماع بذلك و أشباهه لا ينافيها عرفا، بل ربما كانت المبادره إلى الأخذ بدون الكلام مستهجنّا عادة.

الرابع: أن يأذن للمشتري في الابتياح. و فيه أيضا قولان، من حيث دلالة على الرضا المبطل لها، و منع الأمرين، مع كونه ليس بأبلغ من إسقاط حقه منها قبل البيع، و هو غير مبطل فهنا أولى. و هذا أصحّ.

و الحقّ في جميع هذه المواضع و نظائرها أن الشفعه لا تبطل، إلا مع التصريح بإسقاطها بعد ثبوتها، أو منافاه الفوريّة على القول باعتبارها.

قوله: «و لو بلغه البيع بما يمكن إلخ».

لما كان ثبوت الشفعه متوقفا على بيع الشقص اعتبر علمه به بالمعانيه، أو

باعتراف المتبايعين، أو بإخبار عدد (1) يبلغ عددهم التواتر بحيث يفيد العلم، أو بإخبار عدلين. فإن أئخر المطالبه مع وجود أحد هذه بطلت شفعتة حيث اعتبر فوريتها.

و لو قال: لم أصدق المخبر من العدلين و عدد التواتر، لم يقبل منه، لأن ذلك مكابره حيث كان إثباتها شرعا ممكنا بذلك.

و لو أخبره عدد لا- يبلغ التواتر لكن حصل به الاستفاضه و أفاد الظنّ الغالب المتأخم للعلم، فإن صدقه بطلت شفعتة، و إلا ففى بطلانها وجهان مبتيان على أن مثل هذا الحق هل يثبت بالاستفاضه أم لا؟ و الأقوى كونه عذرا و إن قلنا بثبوتها بها، للخلاف فى ذلك فكان عذرا. هذا إذا اعترف بحصول العدد الموجب لها و لم يكن مذهبه ثبوتها بذلك بالاجتهاد أو التقليد، و إلا لم يعذر كالشاهدين.

و لو قال: لم يحصل لى بأخبارهم الظنّ الغالب، فهو عذر و إن حصل لغيره، لأن ذلك أمر نفسانى لا يمكن معرفته إلا من قبله.

و لو كان المخبر عدلا واحدا، فإن صدقه فلم يطالب بطلت أيضا، لأن العلم قد يحصل بخبره مع احتفائه بالقرائن. و إن لم يصدق أو سكت لم تبطل، لعدم ثبوت البيع بخبره.

و لو كان واحدا غير عدل، أو امرأه واحده، أو صبيئا، أو جماعه غير عدول لا يبلغ عددهم حدّ الاستفاضه، لم تبطل بتأخيرها، لأن خبر هؤلاء لا يفيد العلم و لا الثبوت شرعا. و لو صدق الخبر ففى عذره بالتأخير بعده وجهان، من أن التصديق لا يستند إلى علم و لا سند شرعى فلا عبره به، و من إمكان استناده

ص: ٣٤٣

و لو جهلا قدر الثمن (١) بطلت الشفعه، لتعذر تسليم الثمن.

و لو كان المبيع فى بلد ناء، (٢) فأخّر المطالبه توقعا للوصول، بطلت الشفعه.

إلى القرائن، فإن الخبر المحفوف بالقرائن المفيده للعلم لا ينحصر فى العدل.

و لعلّ هذا أوجه.

قوله: «و لو جهلا قدر الثمن. إلخ».

لما كان الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد، و لا يملك أو (١) لا- يتم ملكه إلا بتسليمه، اشترط العلم بكميته و إلا لم يصح الأخذ، لفقد الشرط، و هو تسليم الثمن المعين. و مقتضى ذلك أنه لا فرق بين أن يدفع قدرا يعلم اشتغال الثمن عليه و يتبرع بالزائد إن اتفق و عدمه. و يحتمل الاجتزاء بذلك، لصدق تسليم الثمن و زياده.

و ضمير «جهلا قدره» يرجع إلى المشتري و الشفيع، لأن المعاوضه الثانيه واقعہ بينهما. و يتحقق ذلك مع تصادقهما على الجهاله، أما لو ادّعاها المشتري و أنكر الشفيع و ادّعى عليه العلم فسيأتى (٢) البحث فيه.

قوله: «و لو كان المبيع فى بلد ناء. إلخ».

المراد أن تأخير الأخذ لقبض الشقص أو يصل إليه ليس عذرا، بل عليه أن يأخذ و يدفع الثمن ثم يسعى فى تحصيل الشقص، لما تقدّم (٣) من أن الشفيع يسلم الثمن أولا. و لو اعتبرنا التقابض معا- كما فى غيره من المعاوضات- احتمل

ص: ٣٦٤

١- ١) فى «د، و»: و لا يتم.

٢- ٢) فى ص: ٣٦٨-٣٦٩.

٣- ٣) فى ص: ٣١٢.

و لو بان الثمن مستحقاً (١) بطلت الشفعه، لبطلان العقد. و كذا لو تصادق الشفع و المشتري على غصبيّه الثمن، أو أقرّ الشفع بغصبيّته، منع من المطالبه. و كذا لو تلف الثمن المعين قبل قبضه، لتحقق البطلان، على تردّد في هذا.

عذره في التأخير ليحصل (١) التقابض معاً. و الوجه العدم، لأن الفور المعتبر حينئذ الأخذ بالقولي، و يبقى تسليم الثمن حكماً آخر لو سلّم اعتبار التقابض معاً.

قوله: «و لو بان الثمن مستحقاً. إلخ».

هنا مواضع أربع من مبطلات الشفعه:

الأول: أن يظهر الثمن المعين مستحقاً، فإن الشفعه تبطل، لتبين بطلان البيع. و لم يقيّد المصنف الثمن بكونه معيناً مع أنه مراد، بناء على أنه لا يتحقّق كذلك بدون التعين (٢)، إذ لو كان في الذمّه لكان أمراً كلياً، و المدفوع المشخص ليس هو ذلك الكلّي و إن تأدّى به، فإذا ظهر كونه مستحقاً وجب على المشتري إبداله، لأن المستحقّ ليس هو الثمن، و لا تبطل الشفعه.

الثاني: أن يتصادق المشتري و الشفع على غصبيّه الثمن المعين، فإن الشفعه تبطل أيضاً، لبطلان الشراء، لأن ذلك بمنزله ظهور الثمن مستحقاً. و هي الصورة الاولى. و الكلام مع (٣) اعتبار كون الثمن معيناً كما سبق.

و الفرق بين الصورتين: أن الاستحقاق في الأولى تحقّق في نفس الأمر فتبعه البطلان، بخلاف الثانيه، فإنه إنما جاء من قبل المتصادقين، و حكم عليهما

ص: ٣٦٥

١ - ١) في «د، و»: لتحصيل.

٢ - ٢) في «ط، خ»: التعيين.

٣ - ٣) في إحدى الحجريّتين: في.

بمقتضاه مع جواز كذبهما، لأن الحقّ منحصر فيهما.

الثالث: أن يقرّ الشفيع بغصبيّة الثمن المعيّن و إن لم يصادقه المشتري، و لم يثبت البطلان، لأنه يستلزم الاعتراف بعدم استحقاق الشفعه فيؤاخذ به، لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١) فلا يتعدّى البطلان في حقّ المتبايعين.

الرابع: أن يتلف الثمن المعيّن قبل قبضه، فإنه يحكم ببطلان البيع، و يتبعه بطلان الشفعه.

و المصنف-رحمه الله-تردّد في هذه الصورة من حيث إنه و إن حكم ببطلان البيع إلا أن البطلان يحصل من حين التلف لا من أصله، و الشفعه تثبت بنفس البيع قبل الحكم ببطلانه، فيكون حقّها أسبق. و هذا أقوى.

و فصّل ثالث (٢) فقال: إن أخذ الشفيع قبل تلف الثمن لم تبطل الشفعه، و إن تلف قبل أخذه بطلت، لأنها تابعة للبيع، فإذا بطل بطلت.

و يضعّف بأن البطلان طار على استحقاقها فتكون مقدّمه، كما لو تقايل المتبايعان أو باعه المشتري من ثالث.

ص: ٣٦٦

١- (١) راجع الوسائل ١٦: ١١١ ب «٣» من كتاب الإقرار ح ٢، المستدرک ١٦: ٣١ ب «٢» من كتاب الإقرار ح ١، عوالي اللثالي ٣: ٤٤٢ ح ٥. و انظر أيضا المختلف: ٤٤٣، التذکره ٢: ٧٩، إيضاح الفوائد ٢: ٤٢٨، جامع المقاصد ٥: ٢٣٣، فهناك بحث في كون هذه الجملة روايه.

٢- (٢) انظر قواعد الأحكام ١: ٢١٥.

و من حيل الإسقاط: أن يبيع (١) بزيادة عن الثمن و يدفع بالثمن عوضا قليلا، فإن أخذ الشفيع لزمه الثمن الذى تضمّنه العقد. و كذا لو باع بثمان زائد، فقبض بعضا و أبرأه من الباقي. و كذا لو نقل الشقص بغير البيع، كالهبة أو الصلح.

قوله: «و من حيل الإسقاط أن يبيع. إلخ».

تجوز الحيلة على إسقاط الشفعه من غير كراهيه، للأصل، و لأنه ليس فيها دفع حقّ عن الغير، فإنه إنما يثبت بعد البيع. و ربما احتمل الكراهه، لما فيها من إبقاء الضرر.

ثمّ للحيله صور ذكر المصنف منها ثلاثه:

منها: أن يبيع الشقص المشفوع بزياده عن الثمن أضعافا كثيره، و يأخذ عرضا (١) قيمته مثل الثمن الذى تراضيا عليه عوضا عن القدر المجهول (٢) ثمنا، فإن أخذ الشفيع بالشفعه لزمه الثمن الذى تضمّنه العقد لا قيمه العرض (٣)، لأن ذلك معاوضه أخرى بين المشتري و البائع. و حينئذ فقد لا يرغب الشفيع فى دفع الزائد.

و منها: أن يبيعه بثمان زائد و يقبض بعضه و يبرئه من الباقي بعد انقضاء الخيار إجماعا، أو فيه على أصحّ القولين، فيلزم الشفيع على تقدير الأخذ دفع جميع الثمن.

و جعل الحيله فى هذين مسقطه تجوّز، لأن الشفعه لا تسقط بذلك، لكنّه

ص: ٣٦٧

١ - ١) فى «خ»: عوضا.

٢ - ٢) فى «د، ل، ط»: المجهول.

٣ - ٣) فى «خ»: العوض.

و لو ادّعى عليه الابتاع (١) فصدّقه و قال: نسيت الثمن، فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلفه بطلت الشفعة.

أما لو قال: لم أعلم كمّيه الثمن، لم يكن جوابا صحيحا، و كلّف جوابا غيره. و قال الشيخ: تردّ اليمين على الشفيع.

أقام إعراض الشفيع عنها غالبا مقام سقوطها.

و منها: أن ينقل الشقص بغير البيع، كالهبة و إن شرط العوض، أو الصلح، على الأشهر من اختصاصها بالبيع. و سقوط الشفعة هنا حقيقه (١)، لفقد الشرط المقتضى لثبوتها، و هو انتقال الشقص بالبيع.

و منها: أن يبيع جزءا من الشقص بثلث، و يهب له الباقي.

و منها: أن يوكل البائع شريكه بالبيع، فباع على أحد الوجهين.

و منها: أن يبيع عشر الشقص -مثلا- بتسعة أعشار الثمن، ثمّ يبيع تسعة أعشاره بعشر الثمن، فلا- يتمكّن الشريك الأول من الشفعة، لزيادته القيمة في الأول، و كثره الشركاء في الثاني، لأن المشتري صار شريكا حاله الشراء (٢) الثاني.

و منها: أن يبيعه بثلث قيمى كثوب و يقبضه البائع، و يبادر إلى إتلافه قبل العلم بقيمته، أو يخلطه بغيره بحيث لا- يتميز، فتندفع الشفعة. للجهل بالثمن. إلى غير ذلك من الصور.

قوله: «و لو ادّعى عليه الابتاع. إلخ».

إذا ادّعى الشفيع على المشتري الابتاع فصدّقه فيه و لكن أنكر العلم بمقدار

ص: ٣٦٨

١- ١) فى «ذل»: حقيقته.

٢- ٢) كذا فى «ذو»، و فى سائر النسخ: شراء.

الثلث، فإن كان جوابه: أنه كان عرضاً قيمياً وأخذ البائع و تلف في يده و لا نعلم قيمته، فالقول قوله مع يمينه، لأصالة عدم العلم، و كون ذلك أمراً ممكناً (١) فلو لم يصدق فيه لزم الإشطاط [١] به، و حينئذ فتبطل الشفعة.

و إن قال: كنت أعلم قدره و لكن نسيت، فقد أطلق المصنف و جماعه (٢) قبول قوله أيضاً، لأن ذلك أمر لا يعلم إلا من قبله، فلو لم يقبل قوله فيه لزم تخليده الحبس على تقدير صدقه.

ثم إن حلف على ذلك اندفعت عنه الدعوى و سقطت الشفعة. و إن لم يحلف و قضينا بالنكول، فإن كان الشفيع يدعى العلم بقدر معين ثبت و أخذ بالشفعة به (٣)، و إن لم نقص بالنكول ردّت اليمين على الشفيع و حلف على ما يدّعيه و ثبت البيع به. و إن كان لا يدعى العلم به و إنما يدعى علم المشتري احتمل عدم سماع الدعوى بعد ذلك، لعدم إمكان الحكم بشيء، و إحلاف الشفيع على أن المشتري يعلم، و حبس المشتري حتى يبين قدره.

و إن كان جواب المشتري ابتداء: لا- أعلم كمّيه الثمن، لم يكن جواباً صحيحاً، و كلّف جواباً غيره، لأنه مشترك بين أن يكون لا يعلمه ابتداء من حين الشراء، و هو غير مسموع، لاقتضائه بطلان البيع، و أن يكون على أحد الوجهين السابقين، فلا بدّ من تفصيله. و حينئذ فيلزم بجواب مسموع، فإن أصرّ حبس حتى يجيب.

ص: ٣٦٩

١- ١) كذا في «و»، و في سائر النسخ: كليا.

٢- ٣) قواعد الأحكام ١: ٢١٨، الدروس الشرعية ٣: ٣٦٧، جامع المقاصد ٦: ٤٦٥.

٣- ٤) سقطت من «ط، خ»، و في «د»: له.

المقصد الخامس في التنازع و فيه مسائل:

الأولى: إذا اختلفا في الثمن و لا يبينه

الأولى: إذا اختلفا في الثمن (١) و لا يبينه، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأنه الذي ينتزع الشيء من يده. وإن أقام أحدهما بينه قضى له.

و قال الشيخ [١]: تردّ حينئذ اليمين على الشفيع، و يقضى على المشتري بما يحلف عليه. و هذا يتمّ مع دعوى الشفيع العلم بالقدر، أما بدونه فلا، لعدم إمكان حلفه.

و لو فرض دعوى الشفيع هنا عدم علمه لكن ادّعى علم المشتري حلف على ذلك، و ألزم المشتري البيان كما مرّ. ثمّ إن بين قدرًا و طابقه (١) عليه الشفيع حكم بمقتضاه، و إلا فإشكال.

قوله: «إذا اختلفا في الثمن. إلخ».

إذا اتفق الشفيع و المشتري على وقوع الشراء و لكن اختلفا في مقدار الثمن، بأن قال المشتري: اشتريت بألف، فقال الشفيع: بل بخمس مائه، فالمشهور أن القول قول المشتري [مع يمينه] (٢).

و علّوه: بأنه أعلم بعقده.

ص: ٣٧٠

١- ٢) في نسخه بدل «و»: وافقه.

٢- ٣) من «د، م».

و بأنه ينتزع الشيء (١) من يده، فلا يرفع يده عنه إلا بما يدّعيه.

و بأن المشتري لا دعوى له على الشفيع، إذ لا يدّعى شيئاً في ذمته و لا تحت يده، و إنما الشفيع يدّعى استحقاق ملكه بالشفعه بالقدر الذى يعترف به الشفيع و المشتري ينكره. و لا يلزم من قوله: «اشتريته بالأكثر» أن يكون مدّعياً عليه و إن كان خلاف الأصل، لأنه لا يدّعى استحقاقه إياه عليه، و لا يطلب تغريمه إياه. و لأن الذى لو ترك الخصومه لترك هو الشفيع، إذ لا يطلبه المشتري للأخذ بالشفعه بما يدّعيه.

و فى الكلّ نظر:

أما الأول: فلأن النزاع ليس فى العقد، لا اتفاقهما معا على وقوعه صحيحاً و استحقاق الشفعه به، و إنما نزاعهما فى القدر الواجب على الشفيع دفعه إلى المشتري من الثمن، فالمشتري يدّعى زيادته عمّا يدّعيه الشفيع، و الشفيع ينكره، فيكون المشتري هو المدّعى، و الشفيع هو المنكر، فيدخل فى عموم: «اليمين على من أنكر» (٢).

و لا يقال: العقد لما لم يتشخص بدون الثمن المعين فيكون الاختلاف فيه فى قوّه الاختلاف فى العقد، لأن المتشخص منه بالألف غير المتشخص بخمسائه، فيرجع الأمر إلى الاختلاف فى العقد، و المشتري أعلم به، لأنه من فعله، دون الشفيع.

لأننا نقول: القدر من العقد الواقع على الشقص مع كون الخمسمائه لازمه

ص: ٣٧١

١- ١) فى «خ»: الشقص.

٢- ٢) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب «٢٥» من أبواب كيفيّة الحكم ح ٣.

أمر متفق عليه بينهما، وإنما النزاع فيما زاد على ذلك، وهو يرجع إلى دعوى المشتري وإنكار الشفيع. على أن هذا لو تمّ لزم تقديم قول من يدعى زياده العوض في كلّ معاوضه، كالبيع والإجاره والصلح، سواء كانت العين قائمه أم لا، وأنتم لا تقولون به.

لا يقال: عقد البيع وغيره إنما يقوم بالمتبايعين، فليس أحدهما أولى به من الآخر، فلذا لم يقدم قول مدعى الزيادة مطلقاً، بخلاف الشفيع بالنسبة إلى المشتري، لأن عقد البيع لم يتم بالشفيع، وإنما هو خارج يريد انتزاع العين بما يدّعيه، فلذا قدّم قول المشتري، لأنه أعرف بعقده.

لأننا نقول: قد يفرض وقوع العقد مع غير البائع والمشتري، كوكيلهما ووكيل أحدهما، ثمّ ينازعهما من دون حضور الوكيل، فيلزم تقديم قول من وقع العقد معه، وأنتم لا تقولون به.

و بالجملة، فمرجع تقديم قول أحد المتنازعين إلى كونه منكراً وكون الآخر مدّعياً، نظراً إلى الخبر (١)، أما غيره من الاعتبارات فلا التفات إليها من الشارع، وإنما هي مناسبات لا تفيد العلية.

و أما الثاني، فيمنع (٢) كون المالك لا تزال يده عن ملكه إلا بما يدّعيه، فقد يقدم قول المنكر في كثير في البيع وغيره، خصوصاً مع تلف العين. و تخصيص هذا بما إذا كانت العين باقية، ليكون كتقديم قول البائع في الثمن مع بقاء العين، فيه - مع كونه تخصيصاً لمدعى القائل بغير رضاه -: أن تقديم قول البائع حينئذ

ص: ٣٧٢

١- (١) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب «٢٥» من أبواب كيفيّة الحكم ح ٣.

٢- (٢) في «خ، م»: فيمنع.

ليس لهذه العلّة، بل لروايه (١) وردت في ذلك كما تقرّر في بابه (٢)، و من ثمّ خالف فيه جماعه (٣) اطّرحوا الروايه إما لضعف سندها أو لمخالفتها للأصول، و قدّموا قول المشتري مطلقاً، أو حكموا بالتحالف، إلى غير ذلك من الاختلاف.

و تعديه الروايه إلى موضع النزاع-مع تسليمها في موردها-قياس لا يقولون به.

و أما الثالث ففيه-مع منافاته لظاهر الخبر (٤)-: أنه لا يتمّ بعد أخذ الشفيع بالشفعه، إما برضا المشتري بتأخير الثمن في ذمّته، أو مطلقاً بناء على أن أخذه المعتبر في التملّك بذله للثمن المتفق على لزومه لذمّته لا ما يدّعيه المشتري، فإذا أخذ الشفيع بما يعترف به ملك الشقص، و بقي النزاع بينه و بين المشتري في القدر الزائد. و لو كان ملكه متوقفاً على إعطاء المشتري ما يدّعيه لزم إمكان دفعه عن التملّك بسهولة، كدعوى قدر كثير لا يسمح به الشفيع من غير أن يثبت (٥) المشتري. و عموم الأدلّة تنفيه، و من ثمّ ذهب ابن الجنيّد (٦)-رحمه الله-إلى تقديم قول الشفيع في قدر الثمن مطلقاً، لعموم الخبر (٧). و هو في غايه الوضوح، لكنّه خلاف المشهور.

إذا تقرّر ذلك فنقول: ما ذكرنا من تقديم قول أيّهما إنما هو مع عدم البينه، أما معها فإن كانت من الشفيع على ما يدّعيه قبلت، بناء على أنه خارج، و قد

ص: ٣٧٣

١-١) راجع الوسائل ١٢: ٣٨٣ ب «١١» من أبواب أحكام العقود ح ١.

٢-٢) راجع ج ٣: ٢٥٨.

٣-٣) راجع ج ٣: ٢٦٠.

٤-٤) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب «٢٥» من أبواب كيفيّة الحكم ح ٣.

٥-٥) كذا في «و»، و في سائر النسخ: يبيّنه.

٦-٦) حكاه عنه الشهيد الأول في الدروس الشرعيّه ٣: ٣٧٠.

٧-٧) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب «٢٥» من أبواب كيفيّة الحكم ح ٣.

و لا تقبل شهادته (١)البائع لأحدهما.

يقدم قول المشتري فتكون البيّنة بينه الآخر.و إن كانت من المشتري قيل أفادت اندفاع اليمين عنه،و إن كان في دفع اليمين عن المنكر بالبيّنة في غير هذه الصورة تردّد.و الفرق أنه يدعى دعوى محضه،و قد أقام بها بيّنة،فتكون مسموعه.

و يشكل بأن جعله مدّعيًا دعوى محضه يوجب عدم قبول قوله،و إنما توجه قبوله بتكليف كونه منكرًا،فلا يخرج عن حكم المنكر. و لو أقامها بيّنة بنى على تقديم بيّنة الداخل أو الخارج عند التعارض،فعلى الأول تقدّم بيّنة المشتري،و على الثانى بيّنة الشفيع على ما يلزم من الحكم بتقديم قول المشتري.

و قوى في المختلف ترجيح بيّنة المشتري،لا من حيث إنه داخل،بل لأن تقديم قوله قوى جانبها،فكان مرجحًا.قال:«و هذا بخلاف الداخل و الخارج، لأن بيّنة الداخل يمكن أن تستند إلى اليد،فلهذا قدّمنا بيّنة الخارج،و فى صورته النزاع على نفس العقد،كشهادته بيّنة الشفيع» (١).

و يشكل بأن تقديم بيّنة الخارج عند القائل به ليس لذلك (٢)،بل لقوله عليه السلام:«البيّنة على المدّعى،و اليمين على من أنكر» (٣)،و الخارج مدّع فيكون بيّنته مرجّحه.

قوله:«و لا تقبل شهادته.إلخ».

لأن شهادته لكلّ منهما قد تجرّ نفعًا لنفسه،لأن شهادته بكثرة الثمن تتضمن استحقاقه إيّاه،و كون الزائد لو خرج مستحقًا استحقّ بدله و إن كان قد

ص:٣٧٤

١- ١) المختلف:٤٠٦.

٢- ٢) فى «د،خ،م»: كذلك.

٣- ٣) الوسائل ١٨:٢١٥ ب«٢٥» من أبواب كيفيّة الحكم ح ٣.

و لو أقام كل واحد منهما (١) بينه، حكم بينه المشتري. و فيه احتمال للقضاء بينه الشفيع، لأنه الخارج.

قبضه، و بنقصانه يتضمن دفع درك الزائد لو خرج مستحقاً.

و فى المسألة وجه (١) بقبول شهادته على الشفيع مع القبض و له بدونه، لأنها مع القبض لا تجز لنفسه نفعاً، و إنما تفيد تحمّل درك الزائد، و بدون القبض شهادة على نفسه بنقصان [حقّه] (٢)، و محذور الدرك مستحقر (٣) فى ضمن الاعتراف بعدم استحقاق الزيادة.

و الأظهر عدم القبول مطلقاً، لأنه ربما حاول بالنقيصه (٤) إسقاط خيار الغبن و قلّه الأرش إذا ظهر المبيع معيباً، و ربما كان عالماً بالعيب و يتوقع المطالبة بأرشه، و ربما كان له غرض بعود المبيع إليه بفسخ المشتري إذا علم بالعيب أو الغبن و يخشى بأخذ الشفيع فوات ذلك فيزيد فى الثمن ليدفعه عن الأخذ، و ربما خاف ردّ المشتري له بالعيب دون الشفيع فقلّل الثمن لذلك، فالاحتمال قائم على التقديرين، و جهه التهمة غير منضبطه.

قوله: «و لو أقام كل منهما إلخ».

ما اختاره من تقديم بينه المشتري عند التعارض قول الشيخ فى الخلاف (٥) و المبسوط (٦)، معللاً بأنه داخل، و بأن بينته تثبت زياده الثمن و الشفيع ينكره.

ص: ٣٧٥

١- ١) انظر قواعد الأحكام ٢١٧: ١.

٢- ٢) من «و، ط».

٣- ٣) فى «د، ل»: مستقر.

٤- ٤) كذا فى هامش «و»، و لعله الصحيح، و فى سائر النسخ: بالزيادة.

٥- ٥) الخلاف ٣: ٤٣١ مسألة (٦).

٦- ٦) المبسوط ٣: ١١٠.

و لو كان الاختلاف بين المتبايعين،(١)و لأحدهما بينه،حكم بها.

و لو كان لكلّ منهما بينه،قال الشيخ:الحكم فيها بالقرعه.

و فيه إشكال،لاختصاص القرعه بموضع اشتباه الحكم،و لا اشتباه مع الفتوى بأن القول قول البائع مع يمينه مع بقاء السلعه،فتكون البينه بينه المشتري.

و إذا قضى بالثمن تخير الشفيع فى الأخذ بذلك و فى الترك.

و القول بتقديم بينه الشفيع لابن إدريس (١)و جماعه (٢)منهم العلامه (٣)،بناء على تقديم بينه الخارج،عملا- بظاهر الخبر الصحيح (٤).و قد تقدّم (٥)البحث فى ذلك،و إنما قدّمناه لمناسبه ذكر باقى الأقسام.

قوله:«و لو كان الاختلاف بين المتبايعين.إلخ».

قد تقدّم فى البيع (٦)أن المتبايعين إذا اختلفا فى قدر الثمن يقدم قول البائع مع بقاء السلعه و المشتري مع تلفها،إذا لم يكن بينه،و المفروض هنا قيامها [١] ليأخذها الشفيع،فيكون قول البائع مقدّما على ذلك القول المشهور.فإن لم يكن هناك بينه أخذ الشفيع بما حلف عليه البائع،لأنه الثمن الثابت شرعا للمبيع.

و قيل:بل يأخذ بما يدّعيه المشتري،لأن الشفيع إنما يأخذ منه و يدفع إليه

ص:٣٧٦

١- (١) السرائر ٣٩١:٢-٣٩٢.

٢- (٢) جامع المقاصد ٤٦١:٦.

٣- (٣) قواعد الأحكام ٢١٧:١، تحرير الأحكام ١٥١:٢، تذكره الفقهاء ٦٠١:١.

٤- (٤) الوسائل ٢١٥:١٨ ب «٢٥» من أبواب كيفيّة الحكم ح ٣.

٥- (٥) فى ص: ٣٧٣-٣٧٤.

٦- (٦) فى ج ٢٥٨:٣.

الثانيه:قال فى الخلاف:إذا ادّعى أنه باع نصيبه من أجنبى،فأنكر الأجنبى

الثانيه:قال فى الخلاف:إذا ادّعى (١) أنه باع نصيبه من أجنبى،فأنكر الأجنبى،قضى بالشفعه للشريك بظاهر الإقرار.

و فيه تردّد من حيث وقوف الشفعه على ثبوت الابتاع.و لعلّ الأول أشبه.

الضمن،و هو يزعم أن البائع ظالم بأخذ الزائد،فلا يظلم هو الشفيع فيه.و هذا أقوى.

و إن أقاما بينه،قال الشيخ فى المبسوط (١):يقرع بينهما،فمن أخرجته القرعه قدّمت بينته،لأنها لكلّ أمر مشكل.

و المصنف-رحمه الله-استشكل ذلك بأنه لا إشكال مع اعتراف الشيخ (٢)بتقديم قول البائع مع بقاء السلعه و عدم البينه،فمع قيامها تكون البينه بينه الآخر، عملا بالخبر (٣).و هذا حسن.

ثمّ فرع المصنف عليه بأنه إذا قضى بالضمن لمن قدّمت بينته فالشفيع يأخذ بذلك الضمن،لأنه الثابت شرعا،و لأن الزائد بزعمه غير مستحقّ،و بينه البائع كاذبه فيه،فلا يظلم هو الشفيع فيه.و لو قدّمتا بينه البائع بالقرعه أو لكونه الداخلى جاء فى أخذ الشفيع بالضمن الثابت شرعا ما تقدّم من الإشكال.و الأقوى أنه يأخذ بما يدّعيه المشتري لا غير،لما ذكر من التعليل.

قوله:«قال فى الخلاف:إذا ادّعى.إلخ».

وجه ما اختاره الشيخ (٤)من ثبوت الشفعه إقرار ذى اليد بها فيحكم عليه،

ص:٣٧٧

١- (١) المبسوط ١١٠:٣.

٢- (٢) الخلاف ١٤٧:٣ مسألة (٢٣٦).

٣- (٣) انظر الوسائل ٣٨٣:١٢ ب «١١» من أبواب أحكام العقود ح ١.

٤- (٤) الخلاف ٤٥١:٣ مسألة (٣٤).

لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١). و محصل إقراره أن ما بيده مستحق الأخذ بالشفعة للمقر له، فلا مانع من نفوذه.

و نفاها ابن إدريس (٢)، لما ذكره في منشأ التردد من توقفها على ثبوت البيع و لم يحصل.

و يضعف بمنع توقف ثبوتها على ثبوت البيع على هذا الوجه، لاعتراض المالك باستحقاق الشفع مع عدم المعارض، حتى لو كان الشقص بيد شخص و ادعى شراءه حكم عليه بالشفعة و إن لم يصادق البائع على ذلك، عملاً بنفوذ إقرار ذي اليد، و يبقى النزاع بينه و بين من ادعى الشراء منه و هو أمر آخر.

و على هذا إن أقر البائع بقبض الثمن دفعه الشفع إلى الحاكم، لأنه مستحق عليه و لا يدعيه أحد، و إلا كان للبائع أخذه قصاصاً. و لا يثبت الدرك على المشتري، لعدم ثبوت البيع بالنسبة إليه، بل يبقى على البائع. و للشفيع إحلاف المشتري، لأن له عليه حق الدرك على تقدير كونه مشترياً. و كذا للبائع إحلافه على الأقوى، سواء كان قد قبض الثمن أم لا. أما على تقدير عدم قبضه فظاهر، لأنه يدعى عليه الثمن و ينفي دركه عنه. و أما على تقدير قبضه فلأن الذي يأخذه من الشفع ليس هو عين حقه، و إنما يأخذه قصاصاً عن حقه كما ذكرناه، فله الإحلاف لأجله و لدفع الدرك.

ص: ٣٧٨

١- ١) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٣٦٦ هامش (١).

٢- ٢) السرائر ٣٩٤: ٢.

الثالثة: إذا ادعى أن شريكه (١) ابتاع بعده، فأنكر، فالقول قول المنكر مع يمينه. فإن حلف أنه لا يستحقّ عليه شفعه جاز، ولا يكلف اليمين أنه لم يشتر بعده.

قوله: «إذا ادعى أن شريكه. إلخ».

إنما قدّم قوله لأصاله عدم استحقاقه عليه الشفعه، وعدم تقدّم شرائه وإن كان موافقا للأصل إلا- أنه لا يستلزم استحقاق الشفعه، لأن الأصل أيضا عدم تقدّم شراء الشريك الآخر، فإذا تعارض الأصلان فلا شفعه، لاحتمال الاقتران.

و أما الاكتفاء بحلف المنكر على الأعم- وهو عدم استحقاق شريكه عليه الشفعه- وإن ادعى عليه بالأخص- وهو تأخر شرائه- فهو مع جوازه غير مختصّ بهذه المسألة، بل يأتي في جميع الدعاوى، لحصول الغرض من الجواب، فإن غايه هذه الدعاوى استحقاق الشفعه، فحلفه على نفيه يفيد المطلوب، وربما كان الشراء متأخرا مع عدم استحقاقه الشفعه بسبب من الأسباب المسقطه.

و في المسألة وجهان آخران:

أحدهما: تحتم الحلف على الأخصّ على طبق الدعوى.

و الثاني: أنه إن أجاب بنفى الأخصّ لزمه الحلف عليه، لأنه لم يجب به إلا- ويمكنه الحلف عليه، وإن أجاب بالأعم ابتداء لم يكلف غيره. و سيأتي (١) البحث فيه في القضاء.

ص: ٣٧٩

و لو قال كلّ منهما: أنا أسبق (١) فعلى الشفّعه، فكلّ منهما مدّع، و مع عدم اليّنه يحلف كلّ واحد [منهما] لصاحبه و تثبت الدار بينهما.

و لو كان لأحدهما يّنه بالشراء مطلقا لم يحكم بها، إذ لا فائده فيها.

و لو شهدت لأحدهما بالتقدّم على صاحبه قضى بها.

و لو كان لهما يّنتان بالابتّاع مطلقا، أو فى تاريخ واحد، فلا ترجيح.

و لو شهدت يّنه كلّ واحد منهما بالتقدّم، قيل: تستعمل القرعة، و قيل: سقطتا و بقى الملك على الشرّكه.

قوله: «و لو قال كلّ منهما: أنا أسبق. إلخ».

إذا ادّعى كلّ منهما السبق على الآخر فى الشراء ليأخذ منه بالشفّعه، فإن لم يكن لأحدهما يّنه حلف كلّ منهما للآخر و انتفت الشفّعه من الجانبين، لأصالة عدم تقدّم كلّ منهما على الآخر، و عدم ثبوت الشفّعه للآخر عليه.

و إن كان لأحدهما يّنه، فإن كانت مطلقه فلا عبره بها، لأن المطلقه إنما تثبت مطلق الشراء، و هو لا يوجب الشفّعه. و إن كانت مؤرّخه بتاريخ يقتضى تقدّم من شهدت له به حكم بمقتضاها، و تثبت له الشفّعه، لعدم المعارض. و كذا لو أقاما يّنتين: إحداهما مطلقه، و الأخرى مؤرّخه كذلك. و لو كانتا مطلقتين فهما بمنزله عدم اليّنه.

و إن كانتا مؤرّختين على وجه يحصل بهما التعارض، بأن تشهد يّنه كلّ واحد له بالسبق، ففيه أوجه:

أحدها: استعمال القرعة، لاتّفاقهما فى الشهادة على استحقاق أحدهما على الآخر الشفّعه، مع أن إحداهما كاذبه قطعاً، فيكون السابق مشتبهاً،

الرابعة: إذا ادعى الابتياح، (١) وزعم الشريك أنه ورث، وأقاما البيّنه، قال الشيخ: يقرع بينهما، لتحقق التعارض.

فيستخرج بالقرعه، لأنها لكل أمر مشتبّه.

و الثاني: تساقطهما، لتكافئتهما، ويبقى الملك على أصل الشرکه من غير يمين. ولا- نسلم أن الثابت سبق أحدهما في نفس الأمر، لأنه كما يجوز كذب أحدهما خاصّه يجوز كذبهما، فلا يكون أحدهما سابقا في نفس الأمر.

و تكافؤهما أوجب أطراح قولهما معا، لاستحالة الترجيح من غير مرجّح.

و الثالث: التساقط و التحالف. أما الأول فلاستحالة الترجيح. و أما الثاني فلبقاء المدعويين بعد أطراح البيّنتين بمنزله ما لو لم يكن هناك بيّنه.

و ليس الحكم باليمين مع سقوط البيّنه ببعيد، كما هو مع إقامتها (١). و هذا لا يخلو من قوّه.

قوله: «إذا ادعى الابتياح.. إلخ».

إذا ادعى أحد الشريكين على شريكه الذي تأخر ملكه عن ملك المدّعى أنه انتقل إليه الملك بالابتياح ليثبت عليه الشفعه، و ادّعى الشريك أنه انتقل إليه بالإرث فلا شفّعه، و أقام كلّ منهما بيّنه بما ادّعاه، قال الشيخ (٢): يقرع بينهما، فمن أخرجته القرعه حكم بيّنته، لتحقق التعارض بين البيّتين فلا ترجيح، فيشتبه الحال في صدق أيّهما فيسترجع بالقرعه، لأنها لكل أمر مشتبّه.

و يضعف بأنه لا اشتباه هنا في الحكم و لا تعارض، لأن الشفيع خارج، و هو مدّع حقيقه، لأنه يطلب انتزاع ملك الشريك الذي الأصل بقاؤه، و يخلّى

ص: ٣٨١

١- (١) في «و»: إقامتهما.

٢- (٢) المبسوط ١٢٩: ٣.

و لو ادّعى الشريك الإيداع، (١) قدّمت بينه الشفيع، لأن الإيداع لا ينافي الابتاع.

و سكوته، و يترك لو ترك، فتكون بينته أرجح، لعموم: «البينة على المدّعى» (١).

و لأنّه ربما لم يكن بين البينتين تعارض، إذ ربما عوّلت بينه الإرث على أصاله بقاء الملك إلى حين الموت فانتقل بالإرث، لعدم علمها بصدور البيع، و بينه الشراء أطلعت على أمر زائد. و هذا هو الأقوى.

قوله: «و لو ادّعى الشريك الإيداع.. إلخ».

أى: لو ادّعى الشريك فى شقص على من هو فى يده أنه ابتاعه ليأخذه بالشفعة، و ادّعى من هو فى يده أنه عنده وديعه من مالكه. و سمى مدّعى الإيداع شريكا مجازا، من حيث دعوى الشريك الآخر عليه الشرکه و إن لم تثبت، أو من حيث اليد الدالّة ظاهرا على الملك، و لو كان شريكا حقيقه لكانت دعواه الاستيداع غير مقبولة. و حينئذ فإن لم يكن لهما بينه فالقول قول مدّعى الوديعة، لأصاله عدم الشفعة، و اعترافه بعدم الملك. و إن أقام الشريك بينه فلا إشكال فى قبولها، لأنه خارج.

و إن أقاما معا بينه، بأن أقام المدّعى بينه بالشراء، و المدّعى عليه بينه بالإيداع، فلا يخلو: إما أن تكونا مطلقتين، أو مؤرختين، أو إحداهما مطلقة و الأخرى مؤرخه، إما بينه الإيداع أو بينه الابتاع. فالصور أربع. و على تقدير تاريخهما: إما أن يتّحدا فى وقت واحد، أو يتقدّم تاريخ الابتاع، أو تاريخ الإيداع. فصارت الصور ستّا. ثمّ على جميع التقادير: إما أن يتعرّض كلّ واحد من البينتين إلى الملك للبائع و المودع، بأن تقول بينه الشفيع: إن البائع باع ما هو

ص: ٣٨٢

ملكه، و بينه الإيداع: إنه أودع ما هو ملكه، أو لا يذكر ذلك، أو تذكر إحداها دون الأخرى. فالصور أربع أيضا، مضروبه في الست السابقة، والمرتفع -و هو أربع وعشرون صور- هي أقسام المسألة.

وقد أشار المصنف إلى حكمها إجمالا، ونحن نشير إليها تفصيلا. فقول المصنف: «قدّمت بينه الشفيع، لأن الإيداع لا ينافي الابتاع» يقتضى بإطلاقه تقديم بينه الابتاع في جميع الصور، لتعريضه للقيود (١) وعدم استثنائه منها إلا صورته واحدة ذكرها (٢) بلفظ «قل» مؤذنا بعد ترجيحه.

و وجه تقديم بينه الشفيع مع الإطلاق واضح، لأنه ربما أودعه ثمّ باعه، فيقتضى بالشفيع. وكذا مع تقدّم تاريخ بينه الإيداع. وإن سبق تاريخ البيع فلا منافاه أيضا، لاحتمال أن البائع قبضه بعد البيع ثمّ ردّه إليه بلفظ الإيداع، فاعتمده الشهود. وهذا وإن كان خلاف الظاهر والمعروف من معنى الإيداع، إلا أن بناء ملك (٣) الإيداع على ظاهر الأمر وعقده على التساهل، ومن ثمّ اكتفى فيه بالفعل، فسهل الخطب فيه.

و لو اتّحد التاريخان، فإن أمكن الجمع بين البيع والوديعة، كما لو شهدت إحداها بالبيع يوم الجمعة والأخرى بالوديعة فيه، فلا منافاه أيضا. وإن انحصر أول الوقت بحيث لا يمكن فيه وقوع الفعلين، كما لو قال: إنه بعد الزوال بغير فصل أودعه، وقال الآخر: إنه ذلك الوقت باعه، فمقتضى إطلاق المصنف

ص: ٣٨٣

١- ١) في إحدى الحجريتين: للقبول.

٢- ٢) في الصفحة التالية، ولكن ذكرها بلفظ: قال.

٣- ٣) في «م»: ذلك.

و لو شهدت بالابتیاع مطلقا،(١)و شهدت الأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه فى تاریخ متأخر،قال الشيخ:قدّمت بیّنه الإیداع،لأنها انفردت بالملك.و یكاتب المودع،فإن صدّق قضی بیّنته،و سقطت الشفعه،و إن أنكر قضی بیّنه الشفع.

و الجماعه (١)تقديم بیّنه الابتیاع أيضا.و لا یخلو من إشكال.و التعلیل بعدم التنافی لا یتّم.

و لا فرق فى هذه الصوره بین أن یطلق كلّ واحد من البینتین،فلا یقید یكون المودع أو المبیع ملكا للدافع،أو یدكر كلّ منهما ذلك،أو یدكر إحداهما دون الأخرى،مع تأخر تاریخ المتعرّضه للملك و تقدّمه.و فى بعض هذه خلاف نبّه علیه المصنف بخصوصه و إن لم یترجّح عنده.

و المراد بقوله:«قدّمت بیّنه الشفع»أنه یعمل بمقتضاها و تثبت الشفعه، و إلا فحیث لا تنافی یعمل بالبینتین معا،لعدم التعارض.

قوله:«و لو شهدت بالابتیاع مطلقا.إلخ».

هذه هی الصوره التى أخرجها المصنف-رحمه الله-من الحكم بتقديم بیّنه الشفع على وجه الاتفاق (٢)،لمخالفه الشيخ فى حکمها.و حاصلها:أن بیّنه الابتیاع إذا لم تتعرّض لكون البائع قد باع ما هو ملكه،بل شهدت بالبیع فقط، و شهدت بیّنه الإیداع بكونه قد أودع ما هو ملكه فى تاریخ متأخر عن تاریخ البیع،فقد قال الشيخ فى المبسوط (٣):تقدّم بیّنه الإیداع هنا،لانفرادها بذكر

ص:٣٨٤

١- ١) قواعد الأحكام ٢١٨:١.

٢- ٢) فى «د،ص»:الإیقاء،و فى «م»:الابتیاع.

٣- ٣) المبسوط ١٢٩:٣.

و لو شهدت بيّنه الشفيّع (١) أن البائع باع و هو ملكه، و شهدت بيّنه الإيداع مطلقاً، قضى بيّنه الشفيّع، و لم يرسل المودع، لأنه لا معنى للمراسله هنا.

الملك، فكانت أقوى، إذ لا- يحتمل كون المودع غير مملوك، بخلاف المبيع، فجاز أن يكون غير مملوك، فلذلك كان إطلاقه أضعف.

و خصّه بما إذا تأخّر تاريخ الإيداع ليستصحب حكم الوديعة، إذ لو تقدّم على البيع لم ينافه، لجواز أن يودعه ملكه ثمّ يبيعه إياه.

و نسبه المصنف [له] (١) إلى القيل يؤذن بضعفه. و وجه الضعف: أن البيّنه بإيداع الملك لا تنفى البيع، لأن الشهاده بالملك يكفى فيها الاستناد إلى العلم بالملك فى زمان متقدّم مع عدم العلم بالمزيل الطارئ، و عدم العلم به لا يدلّ على عدمه. فحيث بيّنه الابتياح تشهد بأمر زائد لا تعارضها (٢) الأخرى فيه، و إن لم تصرّح بالملك.

قوله: «و لو شهدت بيّنه الشفيّع. إلخ».

هذه عكس الاولى، و حكمها داخل فى العموم السابق (٣) بتقديم بيّنه الشفيّع، و إنّما خصّها للمقابله بينها و بين السابقة (٤) فى الحكم بالتقديم، و فى مراسله المدعى كونه مودعا و عدمه.

و إنما لم يعتبر المراسله هنا لانتفاء فائدتها، فإنه لو صدّق بيّنته لم يلتفت إلى قوله، لترجيح بيّنه الابتياح من حيث عدم المنافاه بين الإيداع مطلقاً و بيع (٥).

ص: ٣٨٥

١- ١) من «ذ، ط، خ».

٢- ٢) فى «ط، ل»: تعارضه.

٣- ٣) راجع ص: ٣٨٢.

٤- ٤) انظر ص: ٣٨٤.

٥- ٥) كذا فى «ذ، و، خ»، و فى سائر النسخ: و بين العين.

الخامسة: إذا تصادق البائع و المشتري (١) أن الثمن غصب، و أنكر الشفيع، فالقول قوله، و لا يمين عليه إلا أن يدعى عليه العلم.

العين المودعه من مالها كما مرّ.

و قوله هنا: «قضى بينه الشفيع» أجود من قوله سابقاً: «قدّمت بينه الشفيع»، لعدم التعارض، إلا أن غرض مدعى الوداعه لما كان نفى الشفعه و غرض بينه الاتباع إثباتها و حكم بها كان فى معنى التقديم.

قوله: «إذا تصادق البائع و المشتري. إلخ».

إنما قدّم قوله لاتّفاق الجميع على وقوع البيع، ثمّ المتبايعان يزعمان فساد، فلا يقبل فى حقّ الشفيع، استصحاباً لما ثبت له من الحقّ بالبيع، و لأن إقرارهما إنما يسمع فى حقّهما لا فى حقّ غيرهما، كما فى نظائره من الأقاير.

و حينئذ فيترتب على نفوذه فى حقّ أنفسهما: وجوب ردّ الثمن على المقرّ له، و عدم ملك المشتري لنماء الشقص المتخلل بين الشراء و الأخذ بالشفعه. و على عدم نفوذه فى حقّ الشفيع: جواز أخذه بالشفعه، و كون الدرك على المشتري.

و لا يمين لهما على الشفيع، إلا أن يدعى عليه العلم، فيحلف على نفيه، لأنه حلف على نفى فعل الغير.

و يبقى حكم الثمن الذى يعترف به الشفيع، فإن المشتري يزعم أنه لا يستحقّه، لفساد الشراء، و كذلك البائع، فطريق التخلّص منه أن يأخذه المشتري و يدفعه إلى البائع ليأخذه مقاصّه عن قيمه الشقص، لزعمهما أنه غير مستحقّ لأخذه. فإن بقى من الثمن بقيّه عن القيمه فهى مال لا يدّعيه أحد (١)، و محلّها الحاكم.

ص: ٣٨٦

كتاب إحياء الموات (١) الأصل في إحياء الموات قول النبي صَلَّى الله عليه وآله: «من أحيا أرضا ميتة فهي له» (١). وقوله صَلَّى الله عليه وآله: «من أحاط حائطا على أرض فهي له» (٢). وروى أنه صَلَّى الله عليه وآله قال: «عادي الأرض لله و لرسوله، ثم هي لكم مني» (٣). وروى: «موتان الأرض لله و لرسوله، ثم هي لكم مني أيها المسلمون» (٤).

و الموتان بفتح الميم و الواو. وفيه لغة أخرى بفتح الميم و سكون الواو.

فأما موتان بضم الميم و سكون الواو فهو الموت الذريع.

و قد دلت هذه الأخبار و غيرها (٥) على حصول الملك بالإحياء و على جوازه. و يدل على استحبابه روايه جابر أنه صَلَّى الله عليه و آله قال: «من أحيا أرضا ميتة فله فيه أجر، و ما أكله العوافي منها فهي صدقه» (٦). مضافا إلى تضمّنه السعي في تحصيل الرزق المأمور به، و من إخراج العاقل من حيز العطله المشتمله على تضييع المال إلى حيز العماره. و لأن الله تعالى خلق الأرض

ص: ٣٨٩

١ - (١) الكافي ٥: ٢٨٠ ح ٦، الفقيه ٣: ١٥١ ح ٦٦٥، التهذيب ٧: ١٥١ ح ٦٧٠، الاستبصار ٣: ١٠٧ ح ٣٧٩، الوسائل ١٧: ٣٢٨ ب «٢» من أبواب إحياء الموات، مسند أحمد ٣: ٣٥٦، سنن أبي داود ٣: ١٧٨ ح ٣٠٧٤، سنن البيهقي ٦: ١٤٣.

٢ - (٢) عوالي اللئالي ٣: ٤٨٠ ح ٣، مسند أحمد ٥: ١٢ ح ٥، سنن أبي داود ٣: ١٧٩ ح ٣٠٧٧، سنن البيهقي ٦: ١٤٨، تلخيص الحبير ٣: ٦٢ ح ١٢٩٢.

٣ - (٣) عوالي اللئالي ٣: ٤٨١ ح ٥، سنن البيهقي ٦: ١٤٣، تلخيص الحبير ٣: ٦٢ ح ١٢٩٣.

٤ - (٤) تلخيص الحبير ٣: ٦٢ ح ١٢٩٣.

٥ - (٥) راجع الوسائل ١٧: ٣٢٦ ب «١» من أبواب إحياء الموات.

٦ - (٦) مسند أحمد ٣: ٣٠٤، سنن الدارمي ٢: ٢٦٧، سنن البيهقي ٦: ١٤٨، تلخيص الحبير ٣: ٦٢ ح ١٢٩٤.

و النظر فى أطراف أربعه:

الأول فى الأرضين

إشاره

الأول فى الأرضين (١) و هى: إما عامره، (٢) و إما موات.

فالعامر

فالعامر: ملك لملكه، لا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه. و كذا ما به صلاح العامر، كالطريق و الشرب و القناه.

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 بلاد الشرك يملك بالغلبه عليه.

للانتفاع بها و بما يشتمل عليه من المعادن و غيرها، فترك إحيائها صرف لها فى غير ما خلقت له غالباً.

قوله: «فى الأرضين».

هو -بفتح الراء- جمع تكسير الأرض على غير قياس. و ربما جمعها بعضهم (١) على أراضى. و غلط فى ذلك.

قوله: «و هى: إما عامره. إلخ».

لا إشكال فى كون المعمور من الأرض ملكاً لملكه، مسلماً كان أم كافراً، مباح المال كالحربى أم لا كالذمى، لأن أصل الملك لا- ينافى جواز أخذه منه قهراً، بل يجمعه. و إثبات أصل هذا الحكم لا ينافى ما يذكر فى تقسيم الأرض إلى أرض الإسلام و أرض الكفر، و تقسيم أرض الكفر إلى المفتوحه عنه و غيرها، و الحكم على المفتوحه عنه بأنها للمسلمين، لأن هذا حكم طار على

ص: ٣٩٠

و أما الموات: (١) فهو الذى لا- ينتفع به لعطلته، إما لانقطاع الماء عنه، أو لاستيلاء الماء عليه، أو لاستيجامه، أو غير ذلك من موانع الانتفاع.

فهو للإمام عليه السلام، لا يملكه أحد و إن أحياء، ما لم يأذن له الامام.

كونها ملكا للكفار، بل مترتب عليه.

لكن قول المصنف- رحمه الله-: «لا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه» لا يتم على إطلاقه مع قوله بعد ذلك: «و يستوى فى ذلك ما كان من بلاد الإسلام، و ما كان من بلاد الشرك.. إلى آخره» لأن ما كان منها من بلاد الشرك يجوز التصرف فيه بغير إذن مالكة فى الجملة. و كان الأولى ترك ذلك، أو تقييده بكونه ملكا لمسلم أو مسالم.

قوله: «و أما الموات. إلخ».

المراد بعدم الانتفاع بها على الوجه المذكور تعذره إلا بعمل و مؤنه غالبا بحيث يعدّ مواتا عرفا. فلا يكفى مطلق استيلاء الماء عليها المانع من الانتفاع، و لا انقطاعه عنها كذلك، لأن ذلك يتفق فى الأرض العامره بالفعل كثيرا كما لا يخفى.

و كون الأرض الموات مطلقا للإمام عندنا موضع وفاق، لقوله صلى الله عليه و آله: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه» [١]. و قول الباقر عليه السلام فى صحيحه أبى خالد الكابلى: «وجدنا فى كتاب على عليه السلام: أن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده و العاقبة للمتقين، أنا و أهل بيتى الذين أورثنا الأرض و نحن المتّقون، و الأرض كلّها لنا» (١) الحديث.

ص: ٣٩١

١- (٢) الكافى ٥: ٢٧٩ ح ٥، التهذيب ٧: ١٥٢ ح ٦٧٤، الاستبصار ٣: ١٠٨ ح ٣٨٣، الوسائل ١٧: ٣٢٩ ب «٣» من أبواب إحياء الموات ح

و إذنه شرط،(١)فمتى أذن ملكه المحيى له إذا كان مسلما.و لا- يملكه الكافر.و لو قيل:يملكه مع إذن الإمام عليه السلام، كان حسنا.

و إنما يتوقف إحياؤها على إذن الامام مع حضوره،أما حال غيبته فيملكه من أحياء مطلقا،لعموم:«من أحيأ أرضا ميتة فهي له»(١).و قول الباقر عليه السلام فى صحيحه محمد بن مسلم:«أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها،و هى لهم»(٢).و لا يمنع من ذلك كونها للإمام على تقدير ظهوره،لأن ذلك لا يزيد عن حقّه من غيرها،كالخمس و المغنوم بغير إذنه، فإنه محكوم بملكه لمن هو بيده من المسلم و الكافر فى حال الغيبة،و إن كان له عليه السلام مع ظهوره حكم آخر.

و قيل:يختصّ جواز الإحياء بالمسلم،لخصوص قوله عليه السلام:

«موتان الأرض لله و لرسوله،ثمّ هى لكم متى أيّها المسلمون»(٣).و فى كتاب علىّ عليه السلام السابق:«فمن أحيأ أرضا من المسلمين فليعمرها و ليؤدّ خراجها إلى الامام»(٤)الحديث.لكن هذا ظاهر فى حال ظهوره،و لا نزاع فيه.

قوله:«و إذنه شرط.إلخ».

إذا كان الامام حاضرا فلا شبهه فى اشتراط إذنه فى إحياء الموات،فلا يملك بدونه اتّفاقا.و من أذن له فى الإحياء ملك،لكن هل إذنه مختصّ

ص:٣٩٢

١- ١) تقدّم ذكر مصادره فى ص:٣٨٩ هامش (١).

٢- ٢) الفقيه ٣:١٥١ ح ٦٦٤،التهذيب ٧:١٤٨ ح ٦٥٥،الاستبصار ٣:١١٠ ح ٣٩٠،الوسائل ١٧:٣٢٦ ب «١» من أبواب إحياء الموات ح ١.

٣- ٣) تقدّم ذكر مصادره فى ص:٣٨٩ هامش (٤).

٤- ٤) الكافي ٥:٢٧٩ ح ٥،التهذيب ٧:١٥٢ ح ٦٧٤،الاستبصار ٣:١٠٨ ح ٣٨٣،الوسائل ١٧:٣٢٩ ب «٣» من أبواب إحياء الموات ح ٢.

و الأرض المفتوحة عنوه (١) للمسلمين قاطبه، لا يملك أحد رقبته.

بالمسلم، أم يجوز له الاذن للمسلم والكافر؟ قولان، من أن الحق له فله الإذن فيه لمن شاء، كما يجوز له هبه أرضه و بيعها ممن شاء من المسلم والكافر، و من دلاله ظاهر الأخبار السابقه على أن الكافر ليس أهلاً لتملك هذه الأرض بالإحياء.

و بالجمله، فإن أذن له الامام على وجه التملك فلا إشكال عندنا في ملكه، لعصمته، وإلا لم يصح. فالخلاف عندنا قليل الفائدة، بخلافه عند الجمهور، فإن النزاع عندهم يبقى و إن أذن، لجواز الخطأ عليه عندهم.

قوله: «و الأرض المفتوحة عنوه. إلخ».

العنوه -بفتح العين و سكون النون-: الخضوع و الذلة، يقال: عنى إذا خضع، و منه قوله تعالى وَ عَنَتِ الْوُجُوهُ لِلْحَيِّ الْقَيُّومِ (١).

و المراد بالأرض المفتوحة عنوه ما ملكت بالقهر و الغلبة، كمكة و الشام و أكثر بلاد الإسلام. و المراد العامر منها دون الموات، كما يتبّه عليه قوله بعد (٢) ذلك: «و ما كان منها مواتاً فهو للإمام». و المعتبر في ذلك العامر منها وقت الفتح، و يعلم ذلك بنقل من يوثق به، و دلاله القرائن الكثيرة المفيدة للعلم أو الظن المتأخّر له بذلك.

و المراد بكونها للمسلمين أن الامام يأخذ ارتفاعها و يصرفه على مصالحهم، لا أن من شاء من المسلمين التسلط عليها أو على بعضها له ذلك.

و في صحيحه أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: «و ما

ص: ٣٩٣

١- (١) طه: ١١١.

٢- (٢) في ص: ٣٩٦.

و لا يصح بيعها،(١)و لا رهنها.

أخذ بالسيف فذاك للإمام يقبله بالذى يرى، كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله بخير» (١).

هذا مع حضوره. أما مع غيبته، فإن أمكن أخذه من نوابه-و لو على العموم-و صرف ما يخرج منها على المصالح صح، و إلا فإن أخذه حاكم الجور المعتقد لاستحقاقه برئت الذمة منه، لورود الروايات (٢) بحل المقاسمه و الخراج و أصلهما من هذه الأرض. و بغير هذين الوجهين لا يصح التصرف فيه من المتصرف فى الأرض و لا من غيره.

قوله: «و لا يصح بيعها. إلخ».

أى: لا يصح بيع رقبه الأرض المذكوره و لا رهنها و لا غيرها من التصرفات الناقله للملك عينا و منفعه، لتوقف ذلك على ملك المتصرف، و قد قلنا إنها لا تملك بالخصوص و إنها لجميع المسلمين. و فى صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن السواد ما منزلته؟ فقال: «هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم، و لمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد، فقلنا:

الشراء من الدهاقين؟ قال: لا يصلح إلا أن يشتري منهم على أن يصيرها للمسلمين، فإن شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها، قلنا: فإذا أخذها منه؟ قال:

يؤدى إليهم رأس ماله، و له ما أكل من غلتها بما عمل» (٣).

نعم، لو كان للمتصرف فيها بناء أو شجر أو زرع جاز بيعه، لأنه مملوك،

ص: ٣٩٤

١- (١) التهذيب ١١٩: ٤ ح ٣٤٢، الوسائل ١١: ١٢٠ ب «٧٢» من أبواب جهاد العدو ح ٢.

٢- (٢) راجع الوسائل ١١: ١١٨ ب «٧١» من أبواب جهاد العدو، و ج ١٢: ١٦١ ب «٥٢» من أبواب ما يكتسب به.

٣- (٣) التهذيب ١٤٧: ٧ ح ٦٥٢، الوسائل ١٧: ٣٤٦ ب «١٨» من أبواب إحياء الموات.

و لو ماتت لم يصحّ (١) إحيائها، لأن المالك لها معروف، و هو المسلمون قاطبه.

و كونه في أرض الغير لا يمنع من التصرف في ملكه. و قد روى أبو بردة بن رجاء عن الصادق عليه السلام و سأله كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال:

«و من يبيع ذلك و هي أرض المسلمين؟ قال: قلت: يبيعها الذي هي في يده، قال: و يصنع بخراج المسلمين ما ذا؟ ثم قال: لا بأس بشرائه، و يحول حق المسلمين عليه، و لعله يكون أقوى عليها، و أملى بخراجهم منه» (١).

و جواز جماعه (٢) من المتأخرين بيعها تبعاً للآثار المذكورة لا منفردة. و لا يخلو من إشكال. و في قوله في هذه الرواية: «اشتر حقه منها» ما يؤذن بالاعتصار على أثره منها، لأنه حقه منها، أما نفسها فلا حق له فيها بخصوصه، بل و لا تصرف كما تقرّر.

قوله: «و لو ماتت لم يصحّ إلخ».

المراد بعدم صحّ إحيائها عدم ترتّب أثره عليه و هو ملكها به. و وجهه: ما أشار إليه المصنف من أن مالكة معروف و هم المسلمون، و ما كان مالكة معروفاً من الموات لا يخرج عن ملك مالكة كما سيأتي (٣)، استصحاباً للملك (٤) السابق، و عموم النهي عن التصرف في ملك الغير بغير إذن مالكة (٥).

ص: ٣٩٥

١- ١) التهذيب ٤: ١٤٦ ح ٤٠٦، الاستبصار ٣: ١٠٩ ح ٣٨٧، الوسائل ١١: ١١٨ ب «٧١» من أبواب جهاد العدو ح ١.

٢- ٢) راجع قواعد الأحكام ١: ١٢٦، حاشية الكركي على الشرائع: ٣٠١ (مخطوط).

٣- ٣) في ص: الصفحة التالية.

٤- ٤) كذا في «و»، و في سائر النسخ: لملك.

٥- ٥) تحف العقول: ٣٤، كمال الدين: ٥٢٠-٥٢١ ح ٤٩، الاحتجاج: ٤٨٠، الوسائل ٦: ٣٧٦-٣٧٧ ب «٣» من أبواب الأنفال ح ٦.

و ما كان منها مواتا وقت الفتح فهو للإمام عليه السلام.(١) وكذا كل أرض (٢) لم يجر عليها ملك لمسلم.

و كل أرض جرى عليها (٣) ملك لمسلم فهي له أو لورثته بعده.

قوله: «و ما كان منها مواتا- إلى- للإمام عليه السلام».

يعلم كونها مواتا حينئذ بالنقل و القرائن، و بوجودها ميتة الآن مع الشك في كونها عامره وقت الفتح، لأصاله عدم العماره أصلا، بخلاف ما لو علم كونه قبل الفتح معمورا ثم خرب و شك في وقت خرابه، فإنه يحكم بعمارته وقته، استصحابا لحكم الموجود و عدم تقدم الحادث.

قوله: «و كذا كل أرض. إلخ».

يعنى أنها تكون للإمام عليه السلام، لعموم الخبر الصحيح السابق (١). و لا فرق في هذه الأرض بين الموات و القابله للانتفاع بغير إحياء، و إن كان مثل هذه لا يعدّ مواتا اصطلاحا، كما علم من تفسيره.

قوله: «و كل أرض جرى عليها. إلخ».

إذا جرى على الأرض ملك مسلم معروف و من في حكمه، فما دامت عامره فهي له أو لورثته بعده، و إن ترك الانتفاع بها أصلا إجماعا.

و إن خربت، فإن كان انتقالها إليه بالقهر- كالمفتوحه عنوه بالنسبه إلى المسلمين- أو بالشراء و العطيّة و نحوهما لم يزل ملكه عنها أيضا إجماعا، على ما نقله في التذكرة [١] عن جميع أهل العلم.

ص: ٣٩٦

و إن ملكها بالإحياء ثم تركها حتى عادت مواتا فعند المصنف و قبله الشيخ (١) و جماعه (٢) أن الحكم كذلك، لعموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «من أحيأ أرضا ميتة فهي له» (٣).

و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «ليس لعرق ظالم حق» (٤). و قد قيل (٥) في تفسير العرق الظالم أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها.

و لروايه سليمان بن خالد أنه سأل الصادق عليه السلام: «عن الرجل يأتي الأرض الخربه فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها فما ذا عليه؟ قال: الصدقه، قلت: فإن كان يعرف صاحبها، قال: فليؤد إليه حقه» (٦).

و لأصالة بقاء الملك على ما كان عليه.

و لأنها أرض يعرف مالكة فلا تملك بالإحياء، كالتى ملكت بشراء أو بعطيه.

و لأن أسباب الملك مضبوطة و ليس منها الخراب، فيبقى الملك بحاله إلى أن يثبت المزيل.

و فى كل واحد من هذه الأدله نظر:

ص: ٣٩٧

١- (١) المبسوط ٣: ٢٦٩.

٢- (٢) المهدب ٢: ٢٨، الجامع للشرائع: ٣٧٤، تحرير الأحكام ٢: ١٣٠، جامع المقاصد ١٧: ٧-١٨.

٣- (٣) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٣٨٩ هامش (١).

٤- (٤) المجازات النبويه: ٢٥٥ رقم (٢٠١)، سنن البيهقي ١٤٢: ٦، عوالى اللئالى ٣: ٤٨٠ ح ٢.

٥- (٥) غريب الحديث للهروى ١: ١٧٨، المجازات النبويه: ٢٥٥ رقم (٢٠١).

٦- (٦) التهذيب ٧: ١٤٨ ح ٦٥٨، الوسائل ١٧: ٣٢٩ ب «٣» من أبواب إحياء الموات ح ٣.

أما الأول، فنقول بموجبه لكنّه كما دلّ على ملك الأول لها بالإحياء دلّ على ملك الثاني أيضاً، بل دلالته أقوى، لأنّه سبب طار مملّك بمقتضى الحديث، وإذا طرأ سبب مملّك على سبب سابق كان التأثير للثاني، مع أنّه مصرّح بما ذكرناه من رجحانه في أخبار صحيحة سيأتي (١) ذكرها.

و أما الثاني، فكون هذا المحيى ظالماً عين المتنازع، فلا يجعل دليلاً.

و تفسيره بما ذكر منقول عن هشام بن عروه (٢)، وقوله ليس بحجّه. و من الواضح أن العرق الظالم أعمّ ممّا فسّره به. و لو سلّمناه لم يضرّنا، لأنّه فسّره بأن يأتي الأرض الميتة لغيره، و الخصم لا يسلمّ أنها بعد الموت تبقى للغير. و ظاهر هذا أنّه محمول على موات لا- يخرج عن الملك به، كالأقسام الأول السابقة، أو على موات لم يبلغ حدّاً يفتقر إلى الإحياء، و لذلك لم يخرج عن الملك، و صدق عليها أنها للغير، و أن المتصرّف فيها ظالم.

و أما الثالث، ففيه- مع ضعف السند- عدم الدلالة، فإن أمره بأداء حقّ صاحبها أعمّ من كونه الأرض أو أجرتها أو غيرهما من الحقوق الخارجة عنها.

و لا دلالة أيضاً في لفظ «صاحبها»، لأنّ صاحب يصدق بنسبتها إلى سابقا و إن زال ملكه.

و أما أصالة بقاء الملك فمنقطعه بما سنذكره (٣) من الأخبار الصحيحة الدالّة على أن إحياءها بعد خرابها من أسباب الملك للثاني. و بها يحصل الجواب عن الأخير أيضاً. و يحصل الفرق بين ما ملكت بالشراء و شبهه

ص: ٣٩٨

١- ١) في ص: ٣٩٩-٤٠٠.

٢- ٢) راجع غريب الحديث للهروي ١: ١٧٨.

٣- ٣) في ص: ٣٩٩-٤٠٠.

و بالإحياء، لأن خروج ذلك بالإجماع على تقدير تسليمه ينفي دلالتها على موضع النزاع.

و ذهب جماعه من أصحابنا-منهم العلامة فى بعض فتاواه، و مال إليه فى التذكرة (١)- إلى صحّحه إحيائها، و كون الثانى أحقّ بها من الأول، لعموم قوله صلّى الله عليه و آله: «من أحيا أرضا ميتة فهى له» (٢).

و قريب منه صحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها، و هى لهم» (٣).

و حسنه زرارته و محمد بن مسلم و أبى بصير و جماعه من الفضلاء عن الباقر و الصادق عليهما السلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: من أحيا مواتا فهو له» (٤).

و قد تقدّم (٥) وجه الدلالة.

و خصوص صحيحه أبى خالد الكابلى عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«وجدنا فى كتاب علىّ عليه السلام: أن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده و العاقبة للمتقين، أنا و أهل بيتى الذين أورثنا الأرض و نحن المتّقون، و الأرض كلّها لنا، فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها و ليؤدّ خراجها إلى الامام من أهل بيتى، و له ما أكل منها، فإن تركها أو أخربها فأخذها رجل من المسلمين من

ص: ٣٩٩

١- (١) التذكرة ٢: ٤٠١.

٢- (٢) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٣٨٩ هامش (١).

٣- (٣) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٣٩٢ هامش (٢).

٤- (٤) الكافى ٥: ٢٧٩ ح ٤، التهذيب ٧: ١٥٢ ح ٦٧٣، الاستبصار ٣: ١٠٨ ح ٣٨٢، الوسائل ١٧: ٣٢٧ ب «١» من أبواب إحياء الموات ح ٥.

٥- (٥) فى الصفحة السابقة.

بعده فعمرها و أحيائها فهو أحقّ بها من الذى تركها، فليؤدّ خراجها إلى الامام من أهل بيتي، و له ما أكل حتى يظهر القائم من أهل بيتي بالسيف، فيحويها و يمنعها و يخرجهم منها كما حواها رسول الله صلى الله عليه و آله و منعها، إلا- ما كان فى أيدي شيعةنا، فيقاطعونهم على ما فى أيديهم، و يترك الأرض فى أيديهم» (١).

و صحيحه معاوية بن وهب قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:

أيما رجل أتى خربه بآثره فاستخرجها و كرى أنهارها و عمرها فإن عليه فيها الصدقة، فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها و تركها و أخربها، ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله و لمن عمرها» (٢).

و لأن هذه الأرض أصلها مباح، فإذا تركها حتى عادت إلى ما كانت عليه صارت مباحه، كما لو أخذ ماء من دجله ثم رده إليها.

و لأن العلة فى تملك هذه الأرض الإحياء و العماره، فإذا زالت العلة زال المعلول و هو الملك. فإذا أحيائها الثانى فقد أوجد سبب الملك، فثبت الملك له، كما لو التقط شيئا ثم سقط من يده و ضاع عنه فالتقطه غيره، فإن الثانى يكون أحقّ به.

و هذا القول قوى، لدلاله الروايات الصحيحه عليه.

و تفصيل المصنف الآتى (٣) قريب منه.

و اعلم أن القائلين بعدم خروجها عن ملك الأول اختلفوا، فذهب

ص: ٤٠٠

١- ١) تقدّم ذكر مصادرها فى ص: ٣٩١ هامش (٢).

٢- ٢) الكافى ٥: ٢٧٩ ح ٢، التهذيب ٧: ١٥٢ ح ٦٧٢، الوسائل ١٧: ٣٢٨ ب «٣» من أبواب إحياء الموات ح ١.

٣- ٣) فى ص: ٤٠٢.

بعضهم (١) إلى عدم جواز إحيائها و لا التصرف فيها مطلقا إلا بإذن الأول كغيرها من الأملاك.

و ذهب الشيخ-رحمه الله-في المبسوط [١]و المصنف في كتاب الجهاد (٢)و الأ-كثر إلى جواز إحيائها،و صيروره الثاني أحقّ بها،لكن لا- يملكها بذلك،بل عليه أن يؤدّي طسقتها إلى الأول أو وارثه.و لم يفرّقوا في ذلك بين المنتقلة بالإحياء و غيره من الأسباب المملّكة حيث يعرض لها الخراب و تصير مواتا.

و ذهب الشهيد في الدروس (٣)إلى وجوب استيذان المحيى للمالك أولا، فإن امتنع فالحاكم،و له الإذن فيه،فإن تعذّر الأمران جاز الإحياء،و على المحيى طسقتها للمالك.

و حاولوا في هذين القولين الجمع بين الأخبار،بحمل أحقيّه الثاني في الأخبار الصحيحه على أحقيّه الانتفاع بها بسبب الإحياء و إن لم يكن مالكا، و وجوب الطسق من خبر سليمان (٤)بن خالد في قوله:«إذا كان يعرف صاحبها فليؤدّ إليه حقّه»فإن الحقّ و إن كان أعمّ من أجره الرقبه إلا- أن الجميع بين الأخبار يقتضى حمله على أجره خاصّه.و في قيود الشهيد-رحمه الله-مراعاة لحقّ الملك (٥)و حقّ الإحياء (٦).و أما القول الأول ففيه أطراح الأخبار الصحيحه جملة،

ص:٤٠١

١- (١) تحرير الأحكام ٢:١٣٠.

٢- (٣) شرائع الإسلام ١:٣٦٨.

٣- (٤) الدروس الشرعيّه ٣:٥٦-٥٧.

٤- (٥) راجع ص:٣٩٧.

٥- (٦) في الحجريّتين:المالك.

٦- (٧) في «ذ،دل»:الآخبار.

و إن لم يكن لها مالك معروف (١) فهي للإمام. و لا يجوز إحيائها إلا بإذنه. فلو بادر مبادر فأحيائها من دون إذنه لم يملك.

و إن كان الامام عليه السلام غائبا كان المحيي أحقّ بها ما دام قائما بعمارتها. فلو تركها فبادت آثارها فأحيائها غيره ملكها. و مع ظهور الامام عليه السلام يكون له رفع يده عنها.

فكان ساقطا. و لو كان خبر سليمان بن خالد في قوّه تلك الأخبار المعتبره لكان الجمع حسنا، لكن قد عرفت ما فيه.

قوله: «و إن لم يكن لها مالك معروف. إلخ».

ما تقدّم حكم الأرض التي لها مالك معروف، سواء كانت حيّه أم ميته، و هذا حكم ما إذا لم يكن لها مالك معروف، بأن جهل مالکها لموت و غيره، لكن الحكم هنا مقيّد بما لو كانت ميته، إذ لو كانت حيّه فهي مال مجهول المالك، و حكمه خارج عن ملكيه الإمام له بالخصوص. فأما إذا كانت ميته و الحال أنها كانت في الأصل مملوكة ثمّ جهل مالکها فهي للإمام عليه السلام.

ثمّ إن كان حاضرا لم يصحّ إحيائها إلا بإذنه، كغيرها من الموات المتقدّم.

فإن أذن له في إحيائها فأحيائها ملكها، و صار حكمها بعد موتها كالسابقه، لأن مالکها حينئذ معروف. و إن كان غائبا لم يملكها المحيي ملكا تامّا، لأن للإمام بعد ظهوره رفع يده عنها، و لو ملكها ملكا تامّا لم يكن له ذلك، لكنّه يكون في حال الغيبه أحقّ بها من غيره ما دام قائما بعمارتها، فإن تركها فماتت فأحيائها غيره ملكها ملكا غير تامّ كما تقدّم، فإذا ظهر كان له رفع يده عنها، سواء وجدها في يد المحيي الأول أم الثاني.

هكذا أطلق المصنف.و مستنده على هذا التفصيل الأخبار السابقه (١)، مع أنها قاصره عن إفادته، لأن الروايه الصحيحه التى رويت عن كتاب على عليه السلام دلت على أن الثانى أحقّ كما ذكر، لكنّها ظاهره فى حال وجود الامام عليه السلام، لأنه أمره أن يؤدّى خراجها إلى الامام.و كان ما وقع من على عليه السلام إذنا [١] للمحى فى ذلك، و إلا- فليس فيها توقّف على إذن خاصّه فى الاحياء.

و يظهر منها أن القائم عليه السلام يتركها فى أيدي الشيعة إذا قاموا له بالمقاطعه.و المصنف-رحمه الله-لم يشرط ذلك، و لكن فى التحرير (٢) شرطه، فقال: إن للإمام رفع يده عنها إذا لم يتقبلها بما يتقبلها غيره.و يمكن أن يقال على الأول: إن الحكم بملك الثانى لها حال حضور الامام يستلزم ملكه لها حال الغيبه بطريق أولى.

و ظاهر النصّ و الفتوى أن حكم الامام مع المحى فى إخراجها و إقرار يده، و ليس فيها تعرّض لغيره ممّن ترتبت يده على يده، كالمشتري منه و نحوه، بل الوارث، فيمكن إلحاقه به فى الحكم، لاشتراكهما فى المقتضى، و هو التصرف فى ملك الغير و هو الامام، فالمشيئه (٣) إليه.

و يمكن الفرق و اختصاص الحكم بالمحى، و الرجوع فى غيره إلى

ص: ٤٠٣

١- (١) انظر ص: ٣٩٩-٤٠٠.

٢- (٣) تحرير الأحكام ٢: ١٣٠.

٣- (٤) فى «و»: بالنسبه.

و ما هو بقرب العامر من الموات (١) يصحّ إحياءه، إذا لم يكن مرفقا للعامر، و لا حريما له.

عموم ما دلّ على ملكه من الأخبار (١). و لا ينافيه كونه ملك الامام عليه السلام.

و كذا يقع الاشكال فيما لو باعها المحيي ثمّ أخربها (٢) المشتري. و ظاهرهم هنا عدم خروجها عن ملك المشتري.

و يشكل الفرق بين الأمرين، إلا أن تجعل رقبه الأرض في مقابله بذل الثمن، فينتقض بما لو وهبها أو خرجت عنه بالإرث.

و بالجملة، فحكم هذه المسائل كلّها لا يخلو من إشكال. و صحيحه (٣) معاويه بن وهب تدلّ على خروج الأرض بالموت عن ملك من هي في يده مطلقا، و كونها ملكا للمحيي الثاني، فينبغي العمل بها في كلّ ما لا إجماع على خلافه.

قوله: «و ما هو بقرب العامر من الموات. إلخ».

قد استفيد من الأدلّة السابقة عدم الفرق في إحياء الموات بين القريب من العامر و البعيد عنه إذا كان صالحا للإحياء.

و خالف في ذلك بعض العامّة (٤)، ففرّق بين القريب من العامر و البعيد، فجوّز إحياء الثاني مطلقا دون الأول، لاحتمال تعلّق مصلحه العامر به. و ضعفه ظاهر.

ص: ٤٠٤

١- ١) انظر ص: ٣٩٩.

٢- ٢) في «د، ل، م»: أخبر بها.

٣- ٣) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٤٠٠ هامش (٢).

٤- ٤) الباب في شرح الكتاب ٢: ٢١٩، الحاوي الكبير ٧: ٤٨٠، بدائع الصنائع ٦: ١٩٤.

و يشترط في التملك (١) بالإحياء شروط خمسة:

قوله: «و يشترط في التملك إلخ».

قد اختلف الفقهاء في عدد (١) شرائط الإحياء، فالمصنف - رحمه الله - جعلها خمسة أحدها انتفاء اليد، و لم يذكر الحمى، مع أن عدمه (٢) من الشرائط قطعاً كالمقطع، لكنه أشار إلى اشتراطه أخيراً (٣) و إن لم يذكره في العدد.

و منهم (٤) من جعلها ستة بإضافه الحمى. و هو واضح. و منهم من لم يذكر انتفاء اليد، لأن اليد إن لم ترجع إلى أحد هذه الأمور فلا معنى لها. و لهذا وجه.

لكن تظهر فائدته مع اشتباه الحال.

و في الدروس (٥) جعل الشرائط تسعة، فأضاف إلى الستة المشهورة: إذن الامام عليه السلام، و قصد التملك، و وجود ما يخرجها عن الموات.

و المصنف قد أشار إلى الثلاثه أيضاً. فالأول ذكره في أول (٦) الكتاب.

و الثاني يستفاد من اشتراطه الأمور المذكوره في التملك، فإنه يستلزم القصد، لأن التملك إرادته الملك، و لم يجعلها شرطاً في الملك لعدم استلزامه القصد.

و أما الثالث فيستفاد من كيفية الإحياء المملك، و سيأتي (٧).

ص: ٤٠٥

١- (١) في «خ»: عدد.

٢- (٢) كذا في «ذ، و، خ، م»، و في «د، ط»: مع أن عدّه من الشرائط، و في «ل»: مع أن ينبغي عدّه من.

٣- (٣) في ص: ٤٢٠.

٤- (٤) تحرير الأحكام ٢: ١٣٠.

٥- (٥) الدروس الشرعيّه ٣: ٥٥.

٦- (٦) في ص: ٣٩١.

٧- (٧) في ص: ٤٢٣.

الأول: أن لا يكون عليها يد لمسلم

الأول: أن لا يكون عليها يد لمسلم، (١) فإن ذلك يمنع من مباشره الإحياء لغير المتصرف.

الثاني: أن لا يكون حريما لعامر

الثاني: أن لا يكون حريما لعامر، (٢) كالطريق، و الشرب، و حريم البئر، و العين، و الحائط.

قوله: «أن لا يكون عليها يد لمسلم. إلخ».

و في حكم يد المسلم يد المسالم. و الضابط: اليد المحترمة. و لا يشترط في الحكم لليد العلم بالسبب الموجب لها، بل يكفي عدم العلم بكونها ليست عن سبب مملّك (١). و لو اشترط العلم بالسبب لاستغنى عن هذا الشرط، لأن أسباب الاختصاص ترجع إلى باقى الشرائط.

و لو علم إثبات اليد بغير سبب مملّك و لا موجب أولويّه فلا عبره بها، كما لو استندت إلى مجرد تغلب على الأرض، أو بسبب اصطلاح أهل القرية على قسمه بعض المباحات الأصليّة، كما يتفق ذلك كثيرا، أو لكونه محييا لها فى الأصل و قد زالت آثاره إذا قلنا بزوال ملكه، و نحو ذلك.

قوله: «أن لا يكون حريما لعامر. إلخ».

فإن حريم المعمور كنفسه، من حيث إنه استحقّق باستحقاقه المواضع التى هى من مرافقه، كالطريق، فلا يجوز لأحد أخذ طريق يسلك فيه المالك إلى عمارته، لما فيه من التضرّر (٢) المنفّى بالإجماع. و كذا الشرب، و حريم العين، و ما شابه ذلك من مسيل ماء العامر، و مطرح قمامته، و ملقى ترابه و آلاته، و كلّ ما يتعلّق بمصالحه. و هذا ممّا لا خلاف فيه.

ص: ٤٠٦

١- ١) فى «ذل، خ»: ممكن.

٢- ٢) فى «ط، م»: الضرر.

و حدّ الطريق لمن ابتكر (١) ما يحتاج إليه في الأرض المباحه: خمس أذرع، وقيل: سبع أذرع، فالثاني يتباعد هذا المقدار.

و إنما الخلاف في أن مالك العامر هل يملك الحريم المذكور تبعاً للعامر، أم يكون أولى و أحقّ به من غيره و ليس بملك (١) حقيقة؟ فالأشهر أنه يملك كما يملك العامر، لأنه مكان استحقّقه بالإحياء فملك (٢) كالمحيى. ولأن معنى الملك موجود فيه، لأنه يدخل مع المعمور في بيعه، و ليس لغيره إحياءه و لا التصرف فيه بغير إذن المحيى. ولأن الشفعه تثبت بالشركه في الطريق المشترك، و هو يدلّ على الملك.

و قال بعضهم (٣): إنه غير مملوك، و إنما هو حقّ من حقوقه، لأن الملك يحصل بالإحياء و لم يوجد فيها إحياء.

و أجيب بمنع المقدمتين، بأنه لا يشترط في تحقّق الإحياء مباشرة كلّ جزء من المحكوم بإحيائه. ألا ترى أن عرصه الدار تملك ببناء الدار و إن لم يوجد في نفس العرصه إحياء، و إنما الإحياء تاره يكون بجعله معموراً، و تاره بجعله تبعاً للمعمور.

و تظهر فائده القولين في بيع الحريم منفرداً، فعلى الأول يجوز دون الثاني.

قوله: «و حدّ الطريق لمن ابتكر إلخ».

يظهر من قوله: «حدّ الطريق لمن ابتكر ما يحتاج إليه» أن هذا حدّ

ص: ٤٠٧

١- ١) في «و» ل: يملك.

٢- ٢) في «م»: فملكه.

٣- ٣) المغنى لابن قدامه ١٦٨: ٦، روضه الطالبين ٣٤٨: ٤.

طريق خاص، و هي طريق الأملاك. و تقدير العبارة: أن حدّ الطريق الثابتة (١) لمن ابتكر شيئاً يحتاج إلى طريق في أرض مباحه مقدار خمس أذرع أو سبع، بمعنى أنه على المحيى بعده أن يتباعد هذا المقدار. و بعضهم (٢) جعله حدّ الطريق مطلقاً. و هو أولى. و في الإرشاد [١]: «حدّ الطريق المبتكر خمس أذرع» فجعل الابتكار صفه للطريق لا لشيء يحتاج إلى الطريق. و ليس بجيد أيضاً، إذ لا يشترط في الطريق أن يكون مبتكراً، بل لو كان هناك طريق في أرض متّسعه فعلى من يريد إحياء ما حوله من الأول و الثانى استثناء ذلك المقدار.

و مستند الخمس روايه أبى العباس البقباق [الموثّقه] (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا تشاح قوم في طريق، فقال بعضهم: سبع أذرع، وقال بعضهم: أربع أذرع، فقال أبو عبد الله عليه السلام: لا بل خمس أذرع» (٤). و لأصالة البراءه من الزائد.

و القول بالسبع للشيخ -رحمه الله- فى النهايه (٥) و أتباعه [٢]، لروايه مسمع

ص: ٤٠٨

١- ١) كذا فى «و، ط»، و فى سائر النسخ: الثانيه.

٢- ٢) جامع المقاصد ٧: ٢٢.

٣- ٤) من «و».

٤- ٥) التهذيب ٧: ١٣٠ ح ٥٧٠، الوسائل ١٣: ١٧٣ ب «١٥» من أبواب الصلح ح ١.

٥- ٦) النهايه: ٤١٨.

بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الطريق إذا تشاح عليه أهله فحدّه سبع أذرع» (١). و مثله رواه السكوني (٢). و رواه العامّة عن النبيّ صلّى الله عليه وآله أنه قال: «إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبع أذرع» (٣). و اختاره العلامة في المختلف (٤) و الشهيد في الدروس (٥)، و استضعف الأول. و هذا أولى.

و يمكن حمل اختلاف الروايات على اختلاف الطرق، فإن منها ما يكفي فيه الخمس، كطريق الأملاك و التي لا تمرّ عليها القوافل و نحوها غالباً، و منها ما يحتاج إلى السبع، و قد يفرض (٦) احتياج بعضها إلى أزيد من السبع، كالطريق التي يمرّ عليها الحاجّ بالكنايس [١] و نحوها، فيجب مراعاة قدر الحاجة بالنسبة إلى الزائد على المقدّر (٧) أما النقصان عنه فلا. و حيث يقتصر به عن المقدار ألزم المحيي ثانياً (٨) به. فإن كان هناك حاكم فهو وظيفته، و إلا وجب

ص: ٤٠٩

-
- ١- (١) الكافي ٥: ٢٩٥ ح ٢، التهذيب ٧: ١٤٤-١٤٥ ح ٦٤٢، الوسائل ١٧: ٣٣٩ ب «١١» من أبواب إحياء الموات ح ٦.
 - ٢- (٢) الكافي ٥: ٢٩٦ ح ٨، التهذيب ٧: ١٤٥ ح ٦٤٣، الوسائل ١٧: ٣٣٩ الباب المتقدّم ح ٥.
 - ٣- (٣) مسند أحمد ١: ٣١٧، صحيح البخاري ٣: ١٧٧، صحيح مسلم ٣: ١٢٣٢ ح ١٤٣، سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٤ ح ٢٣٣٩، سنن الترمذي ٣: ٦٣٧ ح ١٣٥٦، سنن البيهقي ٦: ٦٩.
 - ٤- (٤) المختلف: ٤٧٥.
 - ٥- (٥) الدروس الشرعيّة ٣: ٦٠.
 - ٦- (٦) في «ص»: يعرض.
 - ٧- (٧) في «ط،خ»: المقدار.
 - ٨- (٨) في «خ»: المحيي بإثباته.

و حریم الشرب بمقدار مطرح ترابه، و المجاز علی حاقّیه. (١) و لو كان النهر فی ملك الغير (٢) فادّعی الحریم قضی به له مع یمینه، لأنه یّدعی ما یشهد به الظاهر. و فیہ تردّد.

علی المکلّفين کفایه (١) من باب الحسبه. و لو تساوى المحيون من الجانبين ألزموا به.

و لو زادوها علی السبع و استطرت صار الجميع طريقا، فلا- يجوز إحداث ما يمنع المارّه فی الزائد. و لا- تزول حرمة الطريق باستیجامها و انقطاع المرور علیها، لأنه ممّا يتوقّع عوده.

و لو استطرق الناس غيرها و أدّى ذلك إلى الإعراض عن الأولى رأسا- لكون الثانيه أسهل و أخصر- فالظاهر لحقوق حکم الموات للأولى، مع شهادة القرائن علی استمرار الاولى علی الهجران.

قوله: «و حریم الشرب- إلى- حاقّیه».

المراد بالشرب هنا النهر و القناه و نحوهما ممّا یجرى فیہ الماء، فإن حریمه مقدار ما يطرح فیہ ترابه إذا احتیج إلى إخراجہ منه، و مشى مالکة علی حاقّیه للانتفاع به و لإصلاحه، إما فوق التراب المرفوع أو بدونه علی قدر ما یحتاج إليه الحال (٢) عاده.

قوله: «و لو كان النهر فی ملك الغير. إلخ».

منشأ التردّد ممّا ذکر من شهادة الظاهر لصاحب النهر بالحریم، و من أن ید الغير علی ملكه الذی من جملته موضع الحریم، و هو مانع من إثباته، و من ثمّ

ص: ٤١٠

١- ١) فی «د، ل، م»: کافه.

٢- ٢) فی «د، م»: المجاز.

و حريم بئر المعطن: (١) أربعون ذراعاً، و بئر الناضح ستون.

لم يثبت الحريم للأُملاك المتجاورة - كما سيأتي (١) - لتعارض الحقيين. و على هذا فيحتمل تقديم صاحب النهر، لشهادته الظاهر، فيحلف على إثباته، و صاحب الملك يمينه، لأنه الداخل، و تساويهما في الدعوى، فيتخالفان و يشرك (٢) بينهما في مقداره. و تقديم صاحب الأرض لا يخلو من قوّه.

قوله: «و حريم بئر المعطن: إلخ».

المعطن - بكسر الطاء - واحد المعاطن، و هي مبارك الإبل عند الماء لتشرب، قاله الجوهرى (٣). و المراد التى يستقى منها لشرب الإبل، يكون حريمها أربعين ذراعاً من كلّ جانب، بمعنى عدم جواز إحيائه بحفر بئر أخرى و لا غيرها. و الناضح هو البعير الذى يستقى عليه للزرع و غيره.

و مستند التقدير فى هذين روايه عبد الله بن مغفل أن النبىّ صلّى الله عليه و آله قال: «من احتفر بئراً فله أربعون ذراعاً حولها لمعطن ماشيته» (٤). و روايه مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعاً، و ما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون ذراعاً» (٥). و مثله روايه السكونى فى الموثّق عن الصادق عليه السلام عن رسول الله صلّى الله عليه و آله (٦).

ص: ٤١١

١ - ١) فى ص: ٤١٥.

٢ - ٢) كذا فى «ذم»، و فى سائر النسخ: و يشترك، و فى هامش «و»: و يشتركان فى.

٣ - ٣) الصحاح ٢١٦٥: ٦.

٤ - ٤) سنن ابن ماجه ٢: ٨٣١ ح ٢٤٨٦، تلخيص الحبير ٣: ٦٣ ذيل ح ١٢٩٥.

٥ - ٥) الكافى ٥: ٢٩٥ ح ٢، التهذيب ٧: ١٤٤ ح ٦٤٢، الوسائل ١٧: ٣٣٩ ب «١١» من أبواب إحياء الموات ح ٦.

٦ - ٦) الكافى ٥: ٢٩٦ ح ٨، التهذيب ٧: ١٤٥ ح ٦٤٣، الوسائل ١٧: ٣٣٩ الباب المتقدّم ح ٥.

و ليس فى الباب خبر صحيح، لكن العمل بما ذكره مشهور بين الأصحاب. و المروى فى صحيحه حماد بن عثمان قال: «سمعت الصادق عليه السلام يقول: حريم البئر العادية أربعون ذراعا حولها» (١). و فى روايه: «خمسون ذراعا، إلا أن يكون إلى عطن أو إلى الطريق، فيكون أقل من خمسة و عشرين ذراعا» (٢).

و نسبه البئر إلى العادية إشارة إلى إحداث الموت، لأن ما كان من زمن عاد و ما شابهه فهو موات غالبا. و خصّ عاد بالذكر لأنها فى الزمن الأول كان لها آثار (٣) فى الأرض، و نسب إليها كل قديم.

و بسبب اختلاف الروايات و عدم صحتها جعل بعضهم (٤) حريم البئر ما يحتاج إليه فى السقى منها، و موضع وقوف النازح و الدولاب، و متردد البهائم، و مصب الماء، و الموضع الذى يجتمع فيه لسقى الماشيه و الزرع من حوض و غيره، و الموضع الذى يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العاده.

و قال ابن الجنيد (٥): «حريم الناضح قدر عمقها ممرا للناضح». و حمل الروايه بالسّتين على أن عمق البئر ذلك.

ص: ٤١٢

-
- ١- ١) الكافى ٥: ٢٩٥ ح ٥، التهذيب ٧: ١٤٥ ح ٦٤٥، الوسائل ١٧: ٣٣٨ الباب المتقدم ح ١.
 - ٢- ٢) الكافى ٥: ٢٩٥ ذيل ح ٥، التهذيب ٧: ١٤٦ ح ٦٤٦، الوسائل ١٧: ٣٣٨ الباب المتقدم ح ٢.
 - ٣- ٣) كذا فى «د، و، م»، و فى سائر النسخ: آبار.
 - ٤- ٤) روضه الطالبين ٤: ٣٤٩-٣٥٠.
 - ٥- ٥) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٤٧٤.

و العين: أُلِف ذراع (١) في الأرض الرخوة، وفي الصلبة خمسمائه ذراع.

و قيل: حدّ ذلك أن لا يضرّ الثاني بالأول. و الأول أشهر.

قوله: «و العين أُلِف ذراع. إلخ».

فائده هذا الحريم منع الغير من إحداث عين أخرى في ذلك المقدار لئلاّ ينتقل ماء العين الاولى إلى الثانية، و من ثمّ اختلف باختلاف الأرض بالرخاوة و الصلابة، بخلاف حريم البئر المتقدّم، فإن فائدته منع الغير من إحياء ذلك المقدار مطلقاً حتى الزرع و الشجر، لأن الغرض منه الانتفاع بالبئر فيما أعدت له و ما يحتاج إليه عادة كما مرّ. و يبقى الكلام في إحياء ما استثنى للعين بغير حفر عين أخرى، فإنه لا منع منه، لكن يستثنى لها قدر ما يحتاج إليه للانتفاع بها فيما أعدت له عرفاً من غير تحديد.

و مستند التحديد المذكور في العين روايه مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: ما بين العين إلى العين خمسمائه ذراع» (١). و روايه السكوني عنه عليه السلام أن رسول الله صلّى الله عليه و آله قال: «ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعاً، و ما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون ذراعاً، و ما بين العين إلى العين -يعنى القناه- خمسمائه ذراع» (٢).

و دلّ على التفصيل روايه عقبه بن خالد عن الصادق عليه السلام قال:

«يكون بين البئرين إذا كانت أرضاً صلبة خمسمائه ذراع، و إن كانت أرضاً رخوة فألف ذراع» (٣).

ص: ٤١٣

١- ١) تقدّم ذكر مصادرهما في ص: ٤١١ هامش (٥).

٢- ٢) تقدّم ذكر مصادرهما في ص: ٤١١ هامش (٦).

٣- ٣) الكافي ٥: ٢٩٦ ح ٦، الفقيه ٣: ٥٨ ح ٢٠٧، التهذيب ٧: ١٤٥ ح ٦٤٤، الوسائل ١٧: ٣٣٨ الباب المتقدّم ح ٣.

و حريم الحائط في المباح: (١) مقدار مطرح ترابه، نظرا إلى إمساس الحاجة إليه لو استهدم.

و قيل: للدار مقدار مطرح (٢) ترابها، و مضبّ مياهاها، و مسلّك الدخول و الخروج.

و هذه الأخبار - مع ضعف سندها - مختلفة التقدير، و مقتضيه لعدم الفرق بين البئر و العين، و أن البئر يمنع فيها من إحداث أخرى في ذلك المقدار كالعين، لا - كما أطلقه الفقهاء - و لضعف المستند حدّه ابن الجنيّد (١) بما ينتفى معه الضرر. و مال إليه في المختلف (٢)، جمعا بين ما دلّ على نفى الإضرار و على جواز الإحياء من غير تحديد. و هذا أظهر، و إن كان الأول أشهر.

قوله: «و حريم الحائط في المباح. إلخ».

خصّ التراب بالذكر نظرا إلى كون الحائط يكون منه غالبا، و إلا فالمعتبر مطرح آلاته من حجر و تراب و غيرهما.

و قيد الحريم بكونه في المباح للاحتراز من الحيطان الكائنه في الأملاك المتجاوره، فلا حريم لها. و سيأتي (٣) الحكم به كلّيا، فلا وجه لتخصيصه بالحائط.

قوله: «و قيل: للدار مقدار مطرح. إلخ».

هذا القول هو المشهور بين الأصحاب، بل كثير منهم لم يذكر فيه خلافا، لأن ذلك ممّا تحتاج إليه الدار عادة.

ص: ٤١٤

١ - ١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٧٤.

٢ - ٢) المختلف: ٤٧٤.

٣ - ٣) في ص: الصفحة التاليه.

و كل ذلك إنما يثبت له (١) حریم إذا ابتكر فى الموات، أما ما يعمل فى الأملاك المعموره فلا.

و نسبه المصنف إلى القيل لعدم دليل خاص به، و من ثمّ منع بعضهم (١) من إثبات حریم للدار، لعدم الدليل، بل لو أراد محي أن يبنى بجنبها لم يلزمه أن يبعد عن بنائها. نعم، له منع ما يضرّ بالحيطان، كحفر بئر بقربها. و فعل الناس فى سائر البلدان يدلّ على ذلك، إذ يبعد اتّفاقهم على الإحياء دفعه. و الأشهر هو الأول.

و فى معنى التراب و الماء مطرح القمامه و الرماد و الثلج و نحو ذلك.

و المراد بمسلك الدخول و الخروج الطريق فى الصوب الذى يفتح فيه الباب، لا بمعنى امتداد الممرّ فى قبالة الباب على امتداد الموات، بل إيصاله (٢) إلى الطريق السالك و لو بازورار و انعطاف، لأن الحاجه تمسّ إلى ذلك.

قوله: «و كل ذلك إنما يثبت له. إلخ».

أشار بذلك إلى جميع ما ذكر من الحریم فى البئر و العين و الحائط و الدار و غيرها، فإن الحكم فيه مخصوص بما إذا كان الإحياء فى الموات أو مجاورا له من بعض الجوانب، فيختصّ الحریم بالموات عامّا أو خاصّا.

أما إذا كانت الأرض محفوفه بالأملاك فلا حریم لها، لأن الأملاك متعارضه، و ليس جعل موضع حریم لدار أو غيرها أولى من جعله حریم لأخرى. و كلّ واحد من الملاك له التصرّف فى ملكه كيف شاء، فله أن يحفر بئرا فى ملكه و إن كان لجاره بئر قريبه منها، و إن نقص ماء الأولى.

ص: ٤١٥

١- ١) روضه الطالبين ٤: ٣٤٩.

٢- ٢) فى «خ»: اتّصاله.

فرع:

لو أحيا أرضا و غرس (١) في جانبها غرسا تبرز أغصانه إلى المباح، أو تسرى عروقه إليه، لم يكن لغيره إحياءه. و لو حاول الإحياء كان للغارس منعه.

و الفرق أن الحفر في الموات ابتداء تملك فلا- يمكن منه إذا تضرّر الغير، بل يقدم السابق بالملك. و في الأملاك كلّ واحد يتصرّف في ملكه فلا- يمنع منه، حتى لو حفر في ملكه بئر بالوعة و فسد بها بئر الجار لم يمنع منه، و لا ضمان عليه بسببه، و لكنّه يكون قد فعل مكروها. و مثله ما لو أعدّ داره المحفوفة بالمساكن حماما أو خانا أو طاحونه، أو حانوته في صفّ (١) العطارين حانوت حدّاد أو قصّار على خلاف العادة، لأنّه مالك له التصرّف في ملكه كيف شاء. نعم، له منع ما يضرّ بحائطه من البئر و الشجر و لو ببروز أصلها إليه، و الضرب (٢) المؤدّي إلى ضرر الحائط، و نحو ذلك.

قوله: «لو أحيا أرضا و غرس. إلخ».

هذا أيضا من جملة الحريم التابع للأملاك، فإذا أحيا أرضا و غرس في جانبها غرسا تبعه من الموات المجاور له كلّ ما تبرز إليه أغصانه أو تسرى إليه عروقه و لو بعد حين. و المرجع فيه إلى العادة على تقدير بقاء الغرس. و يقدر كذلك باقيا، لأصالته فيه. فيمنع من أراد إحياء ذلك المباح من مقدار حريم الغرس المذكور. و مثله ما لو باع البستان و استثنى شجره منه، فإنها تستتبع مدى أغصانها في الهواء و عروقها في الأرض.

ص: ٤١٦

١- ١) في الحجريّتين: جنب.

٢- ٢) في «ل، خ»: و الضرر.

الثالث: أن لا يسمّيه الشرع مشعرا (١) للعبادة، كعرفه و منى و المشعر، فإن الشرع دلّ على اختصاصها موطنًا للعبادة، فالتعرّض لتملّكها تفويت لتلك المصلحة.

أما لو عمر فيها ما لا يضرّ، ولا يؤدّى إلى ضيقها عمّا يحتاج إليه المتعبّدون - كاليسير - لم أَمْنَع منه.

قوله: «أن لا يسمّيه الشرع مشعرا. إلخ».

من موانع الإحياء كون الأرض الميتة قد جعلها الشارع مشعرا للعبادة، كعرفه و منى و المشعر، لما فى تسويغ إحيائها من تفويت هذا الغرض، و منافاه هذه البغية فى ذلك المكان.

و المشهور بين الأصحاب أنه لا- فرق فى المنع من إحياء ذلك بين القليل منه و الكثير، و لا- بين ما يحتاج إليه الناسك و غيره، لا شراك جميع أجزاء المواقف المذكورة فى استحقاق الخلق الوقوف بها، فكانت فى ذلك كالمساجد المانعة من الإحياء و إن اتّسعت عن المتعبّدين.

و استثنى المصنف - رحمه الله - من ذلك اليسير الذى لا يؤدّى إلى الضيق على الناسكين، و لا يحتاج إليه غالبا، لعدم الإضرار، و لا تفوت معه المصلحة المطلوبة منها، و لا- هو ملك لأحد، و لا- موقوف. و بهذا يحصل الفرق بينها و بين المساجد و غيرها من الأرض الموقوفة على مصالح خاصّة. و ليس ببعيد، و إن كان الأشهر المنع مطلقا.

و على ما اختاره المصنف ففى بقاء حقّ الوقوف فيما يملكه المحيى أوجه، يفرّق فى ثالثها بين أن يضيق الموقف فيمنع أو لا يضيق فلا. و الحكم بالملك يأبى القول بالجواز، إلا أن يجعله مراعى بعدم الإضرار، فيتّجه التفصيل.

الرابع: أن لا يكون ممّا أقطعه (١) إمام الأصل، ولو كان مواتا خاليا من تحجير، كما أقطع النبيّ صلّى الله عليه وآله الدور و أرضا بحضرموت و حضر فرس الزبير، فإنه يفيد اختصاصا مانعا من المزاحمة، فلا يصحّ دفع هذا الاختصاص بالإحياء.

قوله: «أن لا يكون ممّا أقطعه. إلخ».

لإقطاع الامام مدخل فى الموات يمنع غير المقطع من إحيائه، و يصير المقطع أولى به و أحقّ كالتحجير، و يمنع الغير من المزاحمة له، سواء شرع فى إحيائه أم تركه.

و قد أقطع (١) النبيّ صلّى الله عليه وآله عبد الله بن مسعود الدور، و هى اسم موضع بالمدينه بين ظهرانى عماره الأنصار. و يقال: المعنى أنه أقطعه تلك البقعه ليأخذها دورا. و أقطع (٢) وائل بن حجر أرضا بحضرموت.

و أقطع (٣) الزبير حضر فرسه، و هو- بضمّ الحاء المهملة و سكون الضاد المعجمه- مقدار عدوه ما جرى إلى أن يقف، فأجرى الزبير فرسه فلمّا قام الفرس رمى بسوطه طلبا للزياده، فقال النبيّ صلّى الله عليه وآله: أعطوه من حيث بلغ السوط. و الإقطاع المذكور لا يفيد الملك، بل الاختصاص المانع لغيره من الإحياء.

ص: ٤١٨

١- (١) تلخيص الحبير ٣: ٦٣ ح ١٢٩٩.

٢- (٢) سنن أبى داود ٣: ١٧٣ ح ٣٠٥٨، سنن الترمذى ٣: ٦٦٥ ح ١٣٨١، سنن البيهقى ٦: ١٤٤، تلخيص الحبير ٣: ٦٤ ح ١٣٠٠.

٣- (٣) مسند أحمد ٢: ١٥٦، سنن أبى داود ٣: ١٧٧-١٧٨ ح ٣٠٧٢، سنن البيهقى ٦: ١٤٤، تلخيص الحبير ٣: ٦٤ ح ١٣٠١.

الخامس: أن لا يسبق إليه سابق بالتحجير، (١) فإن التحجير يفيد أولويته لا ملكا للرقبه، وإن ملك به التصرف، حتى لو تهجم عليه من يروم الإحياء كان له منعه. ولو قاهره فأحيائها لم يملك.

و التحجير: هو أن ينصب عليها المروز، أو يحوطها بحائط.

و لو اقتصر على التحجير (٢) وأهمل العماره أجبره الامام على أحد الأمرين: إما الإحياء، وإما التخليه بينها وبين غيره. و لو امتنع أخرجه السلطان من يده لئلا يعطلها.

و لو بادر إليها من أحيائها لم يصح ما لم يرفع السلطان يده أو يأذن في الإحياء.

قوله: «أن لا يسبق إليه سابق بالتحجير. إلخ».

التحجير: هو الشروع في الإحياء قبل إتمامه. و كذا لو علم عليه علامه للعماره، من نصب أحجار، أو غرز خشبات أو قصبات، أو جمع تراب، أو خطّ خطوط. و ذلك كله لا- يفيد الملك، و لكن يجعله أحقّ به من غيره. أما إنه لا- يفيد الملك فلأن سببيه الإحياء بشروطه و لم توجد. و أما إنه يفيد الأحقّيه فلأن الإحياء إذا أفاد الملك وجب أن يفيد الشروع فيه الأحقّيه، كالاستيلاء مع الشراء، و ليأمن من يقصد الإحياء بالشروع في العماره.

و حيث أفاد التحجير منع الغير من الإحياء فلو بادر غيره و قاهره و أحيائها لم يملكها، لتعلق حقّ غيره بها. و في بعض ألفاظ الحديث النبوي: «من أحيأ أرضا ميتة في غير حقّ مسلم فهو أحقّ بها» (١).

قوله: «و لو اقتصر على التحجير. إلخ».

ينبغي في التحجير الاقتصار على قدر كفايته لئلا يضيق على الناس

ص: ٤١٩

و للنبي صَلَّى الله عليه و آله أن يحمي لنفسه (١) و لغيره من المصالح، كالحمي لنعم الصدقه. و كذا عندنا لإمام الأصل. و ليس لغيرهما من المسلمين أن يحمي [لنفسه]. فلو أحياء محي لم يملكه ما دام الحمي مستمرًا.

بتحجير ما لا- يمكنه القيام بعمارتها. و أن يشتغل بالعمارة عقيب التحجير. فإن طالت المدّة و لم يعمر أمره الإمام أو القائم مقامه بأحد الأمرين: إما العمارة، أو رفع يده ليتصرّف غيره فيها، فإن عمارتها منفعه للإسلام. فإن ذكر عذرا في التأخير، كإصلاح آله أو غيبه العَمال أو إباق العبد و نحوه، أمهله بمقدار ما يزول معه العذر. و إن لم يذكر عذرا ألزمه بأحد الأمرين. و له إمهاله مدّة قريبه يستعدّ فيها للعمارة بحسب ما يراه، و لا يتقدّر عندنا بقدر. فإذا مضت مدّة الإمهال و لم يشتغل بالعمارة رفع الامام يده، أو أذن للناس في عمارتها.

و ليس لأحد أن يشتغل (١) بإحيائها قبل أحد الأمرين، استصحابا لحرمة اليد السابقة. فلو أحيائها محي قبل ذلك لم يملك، لأنه أحياء ما هو باق في حقّ غيره، كما لو أحياء قبل طلب الامام منه أحد الأمرين. و لبعض العامّة (٢) هنا قول بالملك، لبطلان حقّ المحجّر بالامتناع من أحد الأمرين، و إن كان غيره ممنوعا، كما إذا دخل في سوم غيره و اشترى.

قوله: «و للنبي صَلَّى الله عليه و آله أن يحمي لنفسه. إلخ».

المراد بالحمي أن يحمي بقعه من الموات لمواش بعينها، و يمنع سائر

ص: ٤٢٠

١- ١) في «خ»: يستقلّ.

٢- ٢) روضه الطالبين ٤: ٣٥٣.

الناس من الرعى فيها.و كان يجوز ذلك لرسول الله صَلَّى الله عليه و آله لخاصه نفسه،لأنه أُولَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ،و لكنّه لم يفعل،و إنما حمى النقيع - بالنون-لإبل الصدقه و نعم الجزيه و خيل المجاهدين فى سبيل الله.و كذا يجوز الحمى عندنا لإمام عليه السلام.

و نُبّه بقوله:«عندنا»على خلاف بعض العامّة (١)حيث منع من الحمى لغير النّبى صَلَّى الله عليه و آله مطلقا،لما روى أنه صَلَّى الله عليه و آله و سلّم قال:«لا حمى إلا لله و لرسوله» (٢).و لا يجوز الحمى لغيرهما من المسلمين إجماعا.

و أجابوا (٣)عن الخبر بأنه صَلَّى الله عليه و آله إنما قصد منع العامّة من الحمى،و ذلك لأنّ العزيز من العرب كان إذا انتجع بلدا مخصبا وافى بكلب على جبل إن كان به أو على نشز،و استعوى الكلب و وقف له من كلّ ناحيه من يسمع صوته بالعوى،فحيث انتهى صوته حماه من كلّ ناحيه لنفسه،فنهى رسول الله صَلَّى الله عليه و آله عن ذلك،لما فيه من التضيق على الناس.

إذا تقرّر ذلك،فلو بادر أحد إلى الحمى و أحياء بدون إذن الامام لم يملكه،لتعلّق حقّ المسلمين به،و لما فيه من الاعتراض على تصرف النّبى صَلَّى الله عليه و آله أو الإمام عليه السلام و حكمه ما دام الحمى مستمرا.

ص:٤٢١

١- (١) الحاوى الكبير ٧:٤٨٣،المغنى لابن قدامه ١٨٥:٦-١٨٦،روضه الطالبين ٤:٣٥٧.

٢- (٢) مسند أحمد ٤:٣٨،صحيح البخارى ٣:١٤٨،سنن أبى داود ٣:١٨٠ ح ٣٠٨٣،سنن البيهقى ٦:١٤٦.

٣- (٣) انظر الحاوى الكبير ٧:٤٨٤.

و ما حماه النبي صَلَّى الله عليه و آله أو الإمام (١) عليه السلام لمصلحه فزالت جاز نقضه.

و قيل: ما يحمي النبي صَلَّى الله عليه و آله خاصه لا يجوز نقضه، لأن حماه كالنص.

قوله: «و ما حماه النبي صَلَّى الله عليه و آله أو الإمام. إلخ».

حيث كان الحمى منوطا بالمصلحه الخاصه فزالت، بأن فُزق الماشيه على المستحقين، و أخذ خيل المجاهدين أهلها و عزموا على الجهاد بها أو ربطوها للعلف، جاز نقض الحمى و رده إلى ما كان عليه من الإباحه، لأنه كان نظرا للمسلمين برعايه مصلحه حالته، و قد يقتضى النظر رده إلى ما كان، فيرجع إلى نظره انتهاء كما رجع إليه ابتداء.

و هو فى حمى الامام موضع وفاق. و فى حمى النبي صَلَّى الله عليه و آله وجهان:

أحدهما: أنه كذلك، للاشتراك فى المقتضى.

و الآخر: المنع مطلقا، لأن حماه إنما كان لمصلحه مقطوعه، فكان كالنص لا يجوز تغييره. و هذا عند أصحابنا لا يوجب الفرق، لأن الإمام عندهم لا يحى بالاجتهاد، فكلاهما يكون نصا.

و على الأظهر من جواز نقضه، هل ينتقض بزوال المصلحه التى جعل لأجلها، أم يتوقف على حكم الحاكم؟ فيه وجهان، من تعيينه (١) لتلك الجبهه - كالمسجد و المقبره - فلا يتغير، و من شروعه لمصلحه و علّه خاصه، فإذا زالت العلّه زال المعلول، و الملك قد زال فى المسجد و نحوه، بخلاف الحمى.

ص: ٤٢٢

الطرف الثاني:

في كيفية الإحياء (١) و المرجع فيه إلى العرف، لعدم التنصيص شرعا و لغه. و قد عرّف أنه إذا قصد سكنى أرض، فأحاط و لو بخشب أو قصب و سقف ممّا يمكن سكناه، سمّي إحياء. و كذا لو قصد الحظيره فاقصر على الحائط من دون السقف. و ليس تعليق الباب شرطاً.

و لو قصد الزراعه كفى في تملكها التحجير بمرز أو مسنّاه، و سوق الماء إليها بساقيه أو ما شابهها. و لا- يشترط حراستها و لا زراعتها، لأن ذلك انتفاع كالسكنى.

و لو غرس أرضاً فنبت فيها الغرس، و ساق إليها الماء، تحقّق الإحياء. و كذا لو كانت مستأجمه فعصد شجرها و أصلحها. و كذا لو قطع عنها المياه الغالبه و هيئها للعماره، فإن العاده قاضيه بتسميه ذلك كلّ إحياء، لأنه أخرجها بذلك إلى حدّ الانتفاع الذي هو ضدّ الموات.

قوله: «في كيفية الإحياء. إلخ».

أصل الباب أن الإحياء ورد في الشرع مطلقاً فينزل على ما يعدّ إحياء في العرف، كالقبض و الحرز. و يختلف ذلك باختلاف ما يقصده من عماره الموات. و تفصيله بصور:

إحداها: إذا أراد السكنى اعتبر في الملك أمران:

أحدهما: تحويطه إما بالآجر أو اللبن أو الطين أو الخشب أو القصب بحسب العاده.

و الثاني: تسقيفه و لو (١) بعضه، ليتهيأ للسكنى، و ليقع عليه اسم المسكن عرفاً.

و لا يشترط نصب الباب عندنا، لأن نصب الباب للحفظ و السكنى لا يتوقف عليه اسم المسكن عرفاً. و اعتبره بعض العامة (٢)، لأن العادة فى المنازل أن تكون لها أبواب، و ما لا باب له لا يتخذ مسكناً.

و بعضهم (٣) لم يعتبر السقف، لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «من أحاط حائطاً على أرض فهي له» (٤). و لأن الحائط حاجز منيع فكان إحياء، كما لو جعلها حظيره للغنم، لأن القصد لا اعتبار به، فإنه لو أرادها حظيره فبناها بجص و آجر و قسّمها بيوتاً فإنه يملكها، و إن كان هذا العمل لا يعمل للغنم مثله. و لأنه لو بناها للغنم ملكها بمجرد الحائط، فإذا ملكها جاز له أن يبنّيها داراً من غير اشتراط تسقيف. و فى التذكرة (٥) نفى عن هذا القول البأس. و وجهه واضح.

الثانية: إذا أراد زريبه [١] للدواب، أو حظيره تجفف فيها الثمار أو يجمع فيها الحطب أو الحشيش، اعتبر التحويط. و لا يكفى نصب سعف (٦) و أحجار من غير بناء، لأن الممتلك لذلك لا يقتصر عليه فى العادة، و إنما يفعله المجتاز المرتفق. و لا يشترط التسقيف هنا إجماعاً، قضاء للعرف. و فى تعليق الباب هنا

ص: ٢٢٤

١- ١) فى «خ»: أو.

٢- ٢) المغنى لابن قدامة ١٩٩: ٦- ٢٠٠، روضه الطالبين ٣٥٤: ٤.

٣- ٣) المغنى لابن قدامة ١٩٧: ٦.

٤- ٤) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٣٨٩ هامش (٢).

٥- ٥) التذكرة ٤١٢: ٢.

٦- ٧) كذا فى «ذ، د، و»، و فى سائر النسخ: سقف.

كما سلف.

الثالثه: أن يتخذ الموات مزرعه، فيعتبر في إحيائه جمع التراب حواليه لينفصل المحيا عن غيره، ويسمى بالمرز بكسر الميم، أو تميزه بمسناه بضم الميم، وهو مثل المرز وربما كان أزيد منه ترابا. ومثله نصب القصب و الشوك حولها. وقد يجعل أحد هذين (١) المسنات، ويخص التراب بالمرز. وجعل الحجر حولها كجعل التراب.

و اكتفى المصنف-رحمه الله- في الإحياء للزرع بذلك أو [١] سوق الماء إليها بساقيه أو ما شابهها، إن احتاجت إلى السقى و لم يكتف بماء السماء، وإلا فلا حاجه إليه. وبعضهم (٢) اعتبر فيه الأمرين. وهو حسن. وهذا إذا لم تكن مستأجمه بنحو الشجر، وإلا اعتبر عضد شجرها كما يعتبر ذلك للغرس.

و بقى في العبارة أنه اعتبر سوق الماء إليها حيث يفتقر إليه. والحق الاكتفاء بترتيب الماء لها، بأن يحفر له المجرى و يهيئه للوصول و إن لم يسقه إليها بالفعل، كما لا يشترط سقيها و زرعها بالفعل، لأن الإحياء يتحقق بالتهيئه لا بالانتفاع بالفعل.

و لا- يشترط حراثتها و لا- زرعها، لأن الزراعة استيفاء منفعة الأرض و استيفاء المنفعة خارج عن حد الإحياء، كما أنه لا يعتبر في إحياء الدار أن

ص: ٢٢٥

(١ - ١) في «ذخ»: هذه.

(٢ - ٣) قواعد الأحكام ١: ٢٢٤، و انظر الحاوى الكبير ٧: ٤٨٦.

يسكنها. واعتبره بعض العامه (١) لأن الدار و الزريبه لا تصير محياه إلا إذا حصل فيها عين المال، فكذا المزرعه. و الأصل ممنوع.

الرابعه: أن يتخذ للغرس. و قد اختلف عبارات الفقهاء فيما يتحقق به الإحياء لهذه المنفعه، فالمصنف - رحمه الله - اعتبر فيها أحد أمور: إما غرسها بالفعل مع نبات الغرس و سوق الماء إليها، و إما عضد شجرها و إصلاحها بإزاله الأصول و تسويه الأرض إن كانت مستأجمه، أو بقطع المياه الغالبه عليها و تهيئتها للعماره. و ظاهره أن كل واحد من هذه الثلاثه كاف في الإحياء، محتجاً 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 بستاناً. ولا يلزم من توقف اسم البستان على الشجر توقف غيره.

و الأقوى عدم اشتراط الغرس مطلقاً، و عدم الاكتفاء بكل واحد من الثلاثه على انفراده على تقدير الحاجه إليها أجمع، بأن كانت الأرض مستأجمه و الماء غالباً عليها، بل لا بد حينئذ من الجمع بين قطع الشجر و دفع الماء. و إن وجد أحدهما خاصه اكتفى بزواله. و إن خلت عنهما و احتاجت إلى الماء فلا بد من تهيئته للسقى، كما ذكرناه في الزرع. و لو خلت عن الجميع، بأن كانت غير

ص: ٤٢٤

و من فقهاءنا الآن (١) من يسمّى التحجير إحياء. و هو بعيد.

محتاجه إلى السقى و لا مستأجمه و لا مشغوله بالماء، اعتبر فى إحيائها التحجير عليها بحائط و نحوه. و فى الاكتفاء حينئذ بغرسها مع نبات الغرس وجه. و فى كلام الفقهاء اختلاف كثير فى اعتبار ما يعتبر من ذلك، و المحصل ما ذكرناه.

قوله: «و من فقهاءنا الآن. إلخ».

أشار بذلك إلى شيخه الفقيه نجيب الدين ابن نما (١) رحمه الله، فجعل مطلق التحجير إحياء مفيدا للملك، و هو قول لبعض الشافعيّ (٢)، لخروجه بالشروع فى إحيائه عن حدّ الموات، و من ثمّ أفاد به حقّا فى الجمله إجماعا.

و الإحياء كما تقدّم غير منضبط شرعا و لا عرفا. و قد وافق الجماعة 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 تحقّق الإحياء، و هذا من أضعف أفراد التحجير.

و المصنف - رحمه الله - استبعد هذا القول من حيث إن الملك فى النصوص معلق (٣) على الإحياء، و ظاهر أنه لا يتحقّق بمطلق التحجير و إن كان بعض أفراده قريبا منه.

و فى الدروس (٤) حمل كلام ابن نما على أرض ليس فيها استيجام و لا ماء غالب و تسقيها الغيوث غالبا، فإن فعل ذلك يعدّ إحياء و خصوصا عند من لا يشترط الحرث و لا الزرع، لأنهما انتفاع، و هو معلول الملك، فلا يكون علّه له.

ص: ٤٢٧

١ - ١) حكاه عنه الشهيد فى الدروس الشرعيّه ٣: ٥٦.

٢ - ٢) راجع روضه الطالبين ٤: ٣٥٢.

٣ - ٣) كذا فى «ط، و، م»، و فى سائر للنسخ: مطلق.

٤ - ٤) الدروس الشرعيّه ٣: ٥٦.

أشاره

الطرف الثالث:

في المنافع المشتركة (١) و هي: الطرق، والمساجد، والوقوف المطلقه، كالمدارس و المساكن.

أما الطرق

أما الطرق:

ففائدتها: الاستطراق. و الناس فيها شرع. فلا يجوز الانتفاع فيها بغيره إلا ما لا يفوت به منفعة الاستطراق، كالجلوس غير المضرّ بالمازّه.

و إذا قام بطل حقه. و لو عاد بعد أن سبق إلى مقعده لم يكن له الدفع.

أما لو قام قبل استيفاء غرضه لحاجه ينوى معها العود قيل: كان أحقّ بمكانه.

و حيث كان المحكم (١) في الإحياء العرف فإن وافق التحجير في بعض الموارد كفى و إلا فلا.

قوله: «في المنافع المشتركة. إلخ».

بقاع الأرض إما مملوكة، أو محبوسه على الحقوق العامّة، كالشوارع و المساجد و المقابر و الرباطات، أو منفكّه عن الحقوق الخاصّه و العامّة، و هي الموات. أما المملوكة فمنافعها تتبع رقابها. و قد تقدّم (٢) الكلام على الموات بالنسبه إلى إحيائه. و المقصود هنا الكلام في الانتفاع بالبقاع المحبوسه على.

الحقوق العامّة. و يقرب منه الانتفاع بالموات من غير إحياء.

أما الشوارع فمنفعتها الأصلية التطرّق (٣)، و يجوز الوقوف فيها و الجلوس

ص: ٤٢٨

١- ١) كذا في «خ»، و في سائر النسخ: الحكم.

٢- ٢) في ص: ٤٠٥.

٣- ٣) كذا في «ص»، و في سائر النسخ: الطروق.

لغرض الاستراحة و المعامله و نحوهما، بشرط عدم التضييق على المارّه، لاتّفاق الناس عليه فى الأعصار. و له أن يظلّ عليه موضع جلوسه بما لا يضرّ بالمارّه، من ثوب و بارّيّه [١] و نحوهما، لا ببناء دكّه، إلا مع سعه الطريق بحيث لا يتضرّر المارّه به أصلاً، فيتّجه الجواز. و لو سبق اثنان إلى موضع أقرع بينهما. و فى ثبوت هذا الارتفاق لأهل الذمّه وجهان أصحّهما ذلك، لثبوت حقّ الاستطراق لهم فيتبعه غيره.

إذا تقرّر ذلك، فلو أنه جلس فى موضع ثمّ قام عنه، نظر إن كان جلوسه للاستراحة و ما أشبهها بطل حقّه، لأنه كان متعلّقاً بكونه فيه و قد زال. و إن كان قعوده لغرض فقام قبل استيفائه لا بتيه العود فالحكم كذلك. و إن كان بتيه قيل:

لا- يبطل حقّه، لأنه بتيه العود و عدم استيفاء الغرض بمنزله من لم يفارق، من حيث بقاء الحاجه إلى المكان. و فى نسبته إلى القيل ساكتا عليه إشعار بضعفه، لثبوت الاشتراك فى الجملة، و زوال ما يقتضى بقاء الأولويّه و هو الكون، مع الشكّ فى كون غيره موجبا للاستحقاق. و لا فرق على التقديرين بين طول الزمان و قصره.

و لو بقى رحله فوجهان، من عدم النصّ عليه بخصوصه، و من قول أمير المؤمنين عليه السلام: «سوق المسلمين كمسجدهم» (١) و الطريق على هذا الوجه بمنزله السوق، و قد ثبت حكم الرحل فى المسجد فيكون هنا كذلك. و به

ص: ٤٢٩

١- (٢) الكافى ١٥٥: ٥ ح ١، الفقيه ١٢٤: ٣ ح ٥٤٠، التهذيب ٧: ٩ ح ٣١، الوسائل ١٢: ٣٠٠ ب «١٧» من أبواب آداب التجاره ح ١.

و لو جلس للبيع أو الشراء (١) فالوجه المنع، إلا في المواضع المتّسعه كالرحاب، نظرا إلى العاده. و لو كان كذلك فقام و رحله باق فهو أحقّ به.

و لو رفعه ناويا للعود فعاد، قيل: كان أحقّ به لئلا يتفرّق معاملوه فيستضرّ. و قيل: يبطل حقّه، إذ لا سبب للاختصاص. و هو أولى.

قطع جماعه (١) منهم الشهيد في الدروس (٢).

و لا يخفى ما في دليله. و لو طال زمان المفارقة فلا إشكال في زوال حقّه، لاستناد الضرر إليه.

قوله: «و لو جلس للبيع أو الشراء. إلخ».

الأصل في وضع الطريق أن يكون للاستطراق، و لكن جوّزوا الجلوس فيه للراحه و نحوها ممّا لا يضرّ بالمارّه، لما أشرنا إليه من العلّه.

و اختلفوا في جواز الجلوس فيه لعمل الحرفه و البيع و الشراء، فمنعه بعضهم [١] مطلقا، لأنه انتفاع بالبقعه في غير ما أعدّت له، فكان كالانتفاع بالمسجد و نحوه من الموقوفات الخاصّه في غير ما عيّن له من الجهه.

و الأشهر التفصيل، و هو المنع من ذلك في الطريق المسلوك الذي لا يؤمن تأذى المارّه به غالبا، و جوازه في الرحاب المتّسعه في خلاله بحيث يؤمن تأذى المارّه به، نظرا إلى أطراد العاده بذلك في الأعصار، و ذلك هو المسوّغ لغيره (٣) من وجوه الانتفاع كما سلف.

ص: ٤٣٠

١- (١) المبسوط ٣: ٢٧٦، قواعد الأحكام ١: ٢٢١.

٢- (٢) الدروس الشرعيّه ٣: ٧٠.

٣- (٣) في «د، ل، م»: كغيره.

و حيث قلنا بالجواز فقام من ذلك الموضع، فإن كان رحله باقيا فهو أحقّ به من غيره مطلقا، وإلا- فإن كان قيامه على وجه الإعراض عنه بطل حقه. وإن كان بتيه العود ففي بطلان حقه وجهان، من أن سبب الاختصاص كان سبقه إليه و المقام فيه و قد زال فيزول الاستحقاق، لزوال المعنى المقتضى له، و من أن الغرض من تعيين الموضع للمعامله أن يعرف فيعامل، فأبطل حقه بذلك يؤدى إلى ضرره بتفرّقهم عنه. و على هذا فتتقدّر الغيبه بما لا يبلغ من الزمان ما ينقطع فيه (١) الذين ألفوا معاملته، لتحصل الفائده المطلوبه فيه (٢).

و لا- يبطل حقه لو كان رجوعه إلى بيته ليلا- للمبيت. و ليس (٣) لغيره مزاحمته فى اليوم الثانى، و هكذا. و كذلك الأسواق التى تقام فى كلّ أسبوع أو فى كلّ شهر مرّه، إذا اتخذ فيها مقعدا كان أحقّ به فى النوبه الثانيه و إن تخلّلت بينهما أيّام.

و فى التذكّره (٤) رَجَحَ بقاء حقه إلى الليل خاصّه، عملا- بما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «سوق المسلمين كمسجدهم، فمن سبق إلى مكان فهو أحقّ به إلى الليل» (٥) و هذا فى معنى السوق. و فيه- مع قطع النظر عن إسناد الخبر- نظر.

ص: ٤٣١

١- ١) فى «خ»: عنه.

٢- ٢) فى «ذ، و»: منه.

٣- ٣) فى «ل، د، م»: إذ ليس.

٤- ٤) التذكّره ٢: ٤٠٥.

٥- ٥) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٤٢٩ هامش (٢).

و ليس للسلطان أن يقطع (١) ذلك، كما لا يجوز إحياءه و لا تحجيره.

ثمَّ على تقدير اختصاصه بموضع الجلوس على وجه يختصَّ ممَّا حوله بقدر ما يحتاج إليه لوضع متاعه و وقوف المعاملين فيه. و ليس لغيره أن يقعد حيث يمنع من رؤيه متاعه أو وصول المعاملين إليه، أو يضيق عليه الكيل أو الوزن و الأخذ و الإعطاء.

و هذا كلّه في المستوطن. أما الجوّال الذي يقعد كلّ يوم في موضع من السوق فلا إشكال في بطلان حقّه إذا فارق المكان، بل هذا خارج بتيّه المفارقة، فلا يدخل في قسم ناوى العود، و لا يفتقر إلى استثناء.

قوله: «و ليس للسلطان أن يقطع. إلخ».

المشهور بين الأصحاب أن هذه المرافق في الطرق و الأسواق و المساجد لا يجوز للإمام إقطاعها لأحد بخصوصه، بأن يعطيه موضعا يجلس فيه من الطريق الواسعه و رحاب الجوامع و مقاعد الأسواق. و لأن (١) ذلك معدّ لمرافق المسلمين على العموم، و لا مدخل للملك (٢) فيه، فلا معنى لإقطاعه كالمعادن الظاهره، بخلاف الموات.

و جوّزه بعض العامّه (٣)، لأن للإمام يدا و تصرفا، فله الإقطاع إذا رآه صلاحا، كما له إزعاج الجالس فيها إذا رأى جلوسه مضرا.

ص: ٤٣٢

١- ١) في «د،م»: لأن.

٢- ٢) كذا في «و،ط»، و في سائر النسخ: لذلك.

٣- ٣) المغنى لابن قدامه ١٨١: ٦-١٨٢، روضه الطالبين ٣: ٣٥٩.

و أما المسجد:

فمن سبق (١) إلى مكان منه فهو أحقّ به ما دام جالسا. فلو قام مفارقا بطل حقّه و لو عاد. و إن قام ناويا للعود، فإن كان رحله باقيا فيه فهو أحقّ به، و إلا كان مع غيره سواء.

و قيل: إن قام لتجديد طهاره أو إزاله نجاسه و ما أشبهه لم يبطل حقّه.

و لو استبق اثنان فتوافيا، فإن أمكن الاجتماع جاز، و إن تعاسرا أقرع بينهما.

قوله: «و أما المسجد فمن سبق. إلخ».

لا- إشكال في استحقاق السابق إلى مكان من المسجد و أولويّته من غيره، سواء كان جلوسه لأجل الصلاه، أم لمطلق العباده، أم لتدريس العلم و الإفتاء و نحو ذلك. و لا في زوال ولايته مع انتقاله عنه بتيّه المفارقة له.

أما مع خروجه عنه بتيّه العود إليه، فإن كان رحله- و هو شيء من أمتعته و إن قلّ- باقيا فهو أحقّ به، للنصّ [١] على ذلك هنا. و قيده في الذكرى (١) بأن لا- يطول زمان المفارقة و إلا- بطل حقّه أيضا. و لا- بأس به، خصوصا مع حضور الجماعه و استلزام تجنّب موضعه وجود فرجه في الصفّ، للنهي (٢) عن ذلك.

ص: ٤٣٣

١- (٢) لم نجده فيه.

٢- (٣) انظر الوسائل ٤٧١: ٥ ب «٧٠» من أبواب صلاه الجماعه.

بل استثنى بعضهم ذلك مطلقاً، و حكم بسقوط حقّه حينئذ. ولا بأس به.

ثمّ على تقدير سقوط حقّه يجوز رفع رحله إن استلزم شغل موضعه التصرف فيه، و توقّف تسويه الصفّ عليه. و يضمنه الرافع له إلى أن يوصله إلى صاحبه، جمعا بين الحقيين. مع احتمال عدم الضمان، للإذن فيه شرعا.

و إن لم يكن رحله باقيا، فإن كان قيامه لغير ضروره سقط حقّه مطلقا في المشهور. و فرّقوا بينه و بين مقاعد الأسواق: بأن غرض المعامله يختلف باختلاف المقاعد، و الصلاه في بقاع المسجد لا- يختلف. و فيه نظر، لمنع عدم اختلاف بقاع المسجد في الفضيله، لأن ثواب الصلاه في الصفّ الأول أكثر، و قد يألّف الإنسان بقعه من المسجد، و يتضرّر بفواتها كتضرّره بفوات المعاملين.

و ظاهر الأصحاب عدم الفرق هنا بين من يألّف بقعه ليقرا عليه القرآن و يتعلّم منه الفقه و نحو ذلك و غيره، لعموم قوله تعالى سَوَاءٌ الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ (١). و فرق بعضهم (٢)، فأوجب أولويّه المذكورين كمقاعد الأسواق، خصوصا في الجوامع الكبيره، لأن له غرضا في ذلك الموضع ليألّفه الناس.

و إن كان قيامه لضروره، كتجديد طهاره و إزاله نجاسه و قضاء حاجه، ففي بطلان حقّه وجهان:

ص: ٤٣٤

١- (١) الحجّ: ٢٥.

٢- (٢) الحاوي الكبير ٧: ٤٩٦، الوجيز ١: ٢٤٣، روضه الطالبين ٤: ٣٦١.

أحدهما-و هو الذى قطع به المصنف رحمه الله-:عدم البطلان،لمكان الضروره.و احتجّ له فى التذكرة (١)بقول النبىّ صلى الله عليه وآله:«إذا قام أحدكم من مجلسه فى المسجد فهو أحقّ به إذا عاد إليه» (٢).و قول أمير المؤمنين عليه السلام:«سوق المسلمين كمسجدهم،فمن سبق إلى مكان فهو أحقّ به إلى الليل» (٣).

و يشكل مع قطع النظر عن السند،فإنه (٤)أعمّ من المدعى و أنتم لا تقولون به على العموم،و المخصّص لهما مع عدم الضروره مخصّص معها.

و الوجه الثانى:بطلان اختصاصه،لحصول المفارقة.

و لا- فرق على التقديرين بين أن يطرأ العذر قبل الشروع فى الصلاه و بعده.و فرّق فى الدروس (٥)بين المفارق فى أثائها اضطرارا و غيره،فحكم ببقاء أولويّه الأول إلا- أن يجد مكانا مساويا للأول أو أولى منه،محتجّا بأنها صلاه واحده فلا يمنع من إتمامها.و فيه نظر.

و لو استبق اثنان إلى محلّ مخصوص،فإن أمكن الجمع بينهما بأن كان متّسعا لهما جاز،و إن لم يمكن أقرع بينهما،و صار من أخرجته القرعه بمنزله السابق.

ص: ٤٣٥

١- ١) التذكرة ٢: ٤٠٥.

٢- ٢) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٤٣٣ هامش (١)،و لم ترد فى المصادر:فى المسجد.

٣- ٣) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٤٢٩ هامش (٢).

٤- ٤) فى «ط،و»:بأنّه.

٥- ٥) الدروس الشرعيّه ٣: ٦٩.

أما المدارس و الربط: (١) فمن سكن بيتا مَمَّنْ له السكنى فهو أحقَّ به و إن تطاولت المدَّة، ما لم يشترط الواقف أمداً، فيلزمه الخروج عند انقضائه.

و لو اشترط مع السكنى التشاغل بالعلم فأهمل ألزم الخروج. و إن استمرَّ على الشرط لم يجز إزعاجه. و له أن يمنع من يساكنه ما دام متّصفاً بما به يستحقّ السكنى.

و لو فارق لعذر قيل: هو أولى عند العود. و فيه تردد. و لعلّ الأقرب سقوط الأولويّة.

قوله: «و أما المدارس و الربط. إلخ».

المدارس بالنسبة إلى مستحقّ السكنى بها- بأن يكون طالبا للعلم، جامعاً لشرط (١) الواقف، إن كان مخصّصاً لها بعلم خاصّ أو مذهب خاصّ- بمنزله المساجد، من سبق إلى سكنى بيت منها أو إلى الإقامة ببقعه منها فهو أحقّ به.

و كذلك الرباطات الموقوفة على النّزال و الغرباء و أشباههم. و يزيد هنا أنه لا- يبطل حقّه بالخروج لحاجه- كشراء مأكول و مشروب و ثوب و قضاء حاجه- قطعاً. و لا- يلزمه تخليف أحد مكانه، و لا أن يترك رحله فيه. و لا يفرّق هنا بين طول المدّة و قصرها، ما لم يشترط الواقف أمداً كثلاثه أيّام، فيلزمه الخروج بعده بلا- فصل و إن لم يؤمر به. و كذا لو شرط الواقف اتّصافه بوصف كطلب العلم فأهمله.

و يرجع في الاختصاص ببيت و بقرع خاصّه إلى شرط الواقف. فلو كان

ص: ٤٣٦

البيت الواحد معدًا لجماعه لم يجز لأحد منع غيره إلا أن يبلغ العدد النصاب، فلهم منع الزائد. ولو كانت العاده أو الشرط يقتضى انفراد الواحد فله منع الزائد مطلقا.

و لو فارق المكان لغير عذر بطل حقه، سواء بقى رحله أم لا، و سواء طالّت مدّه المفارقة أم قصرت، لصدق المفارقة المسقطه للأولويه.

و إن كانت لعذر ففى سقوط حقه أوجه استقرب المصنف منها سقوط أولويته مطلقا، لزوال ما يقتضى الاختصاص.

و فيه وجه آخر بالبقاء مطلقا، لأنه باستيلائه جرى مجرى المالك، بخلاف المسجد، فإنه لم يوضع للإقامه الطويله.

و ثالث بالفرق بين الطويله و القصيره، فيبطل فى الأول دون الثانى.

و اختاره فى التذكرة (١). و هو حسن مع بقاء رحله أو عدم خروجه عن الإقامة عرفا.

و استقرب فى الدروس (٢) تفويض الأمر إلى ما يراه الناظر صلاحا.

و يشكل بأن الناظر ليس له إخراج المستحق اقتراحا، فرأيه فرع الاستحقاق و عدمه.

ص: ٤٣٧

١- (١) التذكرة ٢: ٤٠٦.

٢- (٢) الدروس الشرعيه ٣: ٧٠.

الطرف الرابع:

في المعادن الظاهرة (١) و هي التي لا- تفتقر إلى إظهار، كالمح والنفط والقار. لا تملك بالإحياء، ولا يختص بها المحجر. و في جواز إقطاع السلطان المعادن و المياه تردّد. و كذا في اختصاص المقطع بها. و من سبق إليها فله أخذ حاجته.

قوله: «في المعادن الظاهرة. إلخ».

المعادن هي البقاع التي أودعها الله تعالى شيئاً من الجواهر المطلوبه.

و هي تنقسم إلى ظاهره و باطنه. [فالباطنه تأتي] (١). و الظاهره هي التي يبدو جوهرها من غير عمل، و إنما السعي و العمل لتحصيله.

ثمّ تحصيله قد يسهل، و قد يلحقه تعب، و ذلك كالنفط و أحجار الرحي و البرمه و الكبريت و القار و أشباهها. و هذه لا تملك بالإحياء و العماره و إن ازداد بها النيل. و لا يختص بها بالتحجير، لأن التحجير شروع في الإحياء، و هو منتف هنا.

و هل للإمام إقطاعها؟ فيه قولان أظهرهما العدم، لأن الناس فيها شرع.

و وجه الجواز: عموم ولايته و تصرّفه و إناطه المصلحه برأيه. و قد روى أن حيان المازني قال: «استقطعت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم معدنا من الملح بمازن فأقطعنيه، فقلت: يا رسول الله إنه بمنزله الماء العدّ [١]، بمعنى أنها لا- تنقطع و لا تحتاج إلى عمل، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: فلا

ص: ٤٣٨

و لو تسابق اثنان (١) فالسابق أولى. و لو توافيا و أمكن أن يأخذ كلّ منهما بغيته فلا- بحث، و إلا- أقرع بينهما مع التعاسر. و قيل: يقسّم. و هو حسن.

إذن» [١].

و هذه الروايه على تقدير صحتها محتمله للقولين، لكنّها قد تشكّل على أصول أصحابنا، لتغيّر رأيه عليه السلام فى الحكم بسبب اختلاف النظر فى حال المعدن. و هى نظير ما روى عنه صلّى الله عليه و آله: «لو بلغنى هذه الأبيات قبل قتله لما قتلته» (١)، يعنى: النضر بن الحارث، لما بلغه صلّى الله عليه و آله أبيات أخته تراثه بها. و الجواب [٢] عنهما واحد.

قوله: «و لو تسابق اثنان. إلخ».

قد تقرّر أن الناس فى هذه المعادن شرع، فمن سبق إليها فله أخذ حاجته منها. و لو ازدحم اثنان فصاعدا فالسابق إليها (٢) أولى. و بأيّ قدر يستحقّ التقدّم؟ الأظهر أنه يأخذ قدر بغيته كما لو انفرد. و قيل: يأخذ ما تقتضيه العاده لأمثاله.

و على الثانى، فلو أراد الزيادة على ما يقتضيه حقّ السبق ففى إجابته وجهان، من تحقّق الأولويّه بالسبق، و من أن عكوف غيره يفيد أولويّه (٣) فى الجملة.

ص: ٤٣٩

١- ٢) سيره ابن هشام ٣: ٤٥.

٢- ٤) فى «خ»: منهما.

٣- ٥) فى «و، خ»: أولويّته.

و من فقهاءنا من يختصّ المعادن (١) بالإمام عليه السلام. فهي عنده من الأنفال. و على هذا لا يملك ما ظهر منها و لا ما بطن. و لو صحّ تملكها بالإحياء لزم من قوله اشتراط إذن الامام. و كلّ ذلك لم يثبت.

و الأصحّ الأول.

و لو جاء معا، فإن أمكن اجتماعهما و أن (١) يأخذ كلّ منهما مطلوبه جمع بينهما. و إن لم يمكن الجمع أقرع بينهما، لاستوائيهما في الأولويّة، و عدم إمكان الاشتراك، و استحالة الترجيح، فأشكل المستحقّ فعين بالقرعة، لأنها لكلّ أمر مشكل، فمن أخرجته قدّم بأخذ حاجته.

و قيل: ينصب الحاكم من يقسمه بينهما، لاستوائيهما في الاستحقاق، و انتفاء المرجح بالتقديم. و استحسنة المصنف. و هو جيّد مع قبوله للقسمه، أما مع عدمه فالقرعة أحسن.

و لو كان يؤدّي حاجتهما و زياده لكن ضاق المكان عن أخذهما منه دفعه فالقرعة أيضا، و إن أمكن القسمه. و فائدتها تقديم من أخرجته في أخذ بغيته.

و مثله ما لو ازدحم اثنان على نهر و نحوه و لم يمكن الجمع. لكن لو تغلب أحدهما هنا أثم و ملك، بخلاف تغلبه على أولويّه التحجير. و الفرق: أن الملك هنا لا يتحقّق، للزياده عن مطلوبيهما، بخلاف المحجّر.

قوله: «و من فقهاءنا من يختصّ المعادن. إلخ».

القائل باختصاص المعادن ظاهره و باطنه بالإمام المفيد (٢) و سلّار (٣)

ص: ٤٤٠

١- (١) في إحدى الحجرّتين: بأن.

٢- (٢) المقنعه: ٢٧٨.

٣- (٣) المراسم: ١٤٠.

و لو كان إلى جانب المملحة (١) أرض موات، إذا حفر فيها بئر و سيق إليها الماء صار ملحا، صحّ تملكها بالإحياء، و اختصّ بها المحجّر. و لو أقطعها الإمام صحّ.

رحمهما الله، فتتوقف الإصابه منها (١) على إذنه مع حضوره لا مع غيبته. و قيل:

يختصّ بما كان في أرضه كالموات لا ما كان في المحيا، لأنه يلزم من ملكه لها ملك ما فيها.

و أكثر الأصحاب على أن المعادن مطلقا للناس شرع (٢)، عملا بالأصل مع ضعف المخرج عنه. و هذا قويّ.

و على القول الأول ما كان منها ظاهرا لا يتوقف على الإحياء يجوز في حال الغيبه أخذه، كالأنفال. و ما يتوقف على الإحياء، فإن كان الامام ظاهرا فلا إشكال في عدم ملكه بدون إذنه. و مع غيبته يحتمل كونه كذلك عملا بالأصل، و إن جاز الأخذ منه كغيره من الأنفال، لأن ملك مال الغير متوقف على إذنه و هو مفقود، و إنما الموجود الإذن في أخذه. و هذا هو الذي أشار إليه المصنف بقوله:

«لزم من قوله اشتراط إذن الامام». و يحتمل ملكه حال الغيبه بالإحياء كإحياء الأرض، و إن كان للإمام رفع يده بعد ظهوره، لأنه من توابع الأرض فيلزمه حكمها، من ثمّ ملكه محيي الأرض لو ظهر فيها، كما سيأتى (٣).

قوله: «و لو كان إلى جانب المملحة. إلخ».

إذا كان بقرب المملحة أرض موات لو حفرت و سيق إليها الماء صار

ص: ٤٤١

١- ١) كذا في «خ» و نسخه بدل «و»، و في متن «و، ط»: منهما، و في سائر النسخ: هنا.

٢- ٢) في «ص، د، ل، م»: شرعا.

٣- ٣) في ص: ٤٤٣.

و المعادن الباطنه هي التي (١) لا تظهر إلا بالعمل، كمعادن الذهب و الفضّه و النحاس، فهي تملك بالإحياء. و يجوز للإمام إقطاعها قبل أن تملك. و حقيقه إحيائها أن يبلغ نيلها.

و لو حَجَرها-و هو أن يعمل فيها عملا لا يبلغ به نيلها- كان أحقّ بها، و لم يملكها. و لو أهمل أجبر على إتمام العمل أو رفع يده عنها. و لو ذكر عذرا أنظره السلطان بقدر زواله، ثمّ ألزمه أحد الأمرين.

ملحا فليست من المعادن الظاهره، لأن المقصود منها لا يظهر إلا بالعمل، فلها (١) حكم الأرض الموات، فمن أحيائها و حفرها و ساق إليها الماء فظهر الملح ملكها، كما لو أحيأ مواتا. و للإمام إقطاعها ميتة كما له أن يقطع الأرض الموات.

و هذا ممّا لا خلاف فيه.

قوله: «و المعادن الباطنه هي التي. إلخ».

القسم الثاني من المعادن الباطنه، و هي التي لا يظهر جوهرها إلا بالعمل و المعالجه، كالذهب و الفضّه و الفيروزج و الياقوت و الرصاص و النحاس و الحديد و سائر الجواهر المبتوئه في طبقات الأرض، سواء كانت موجوده في ظاهر الأرض بحيث لا يتوقّف الشروع فيها على حفر شيء من الأرض خارج عنها، أم في باطنها، لكن القسم الأول منها في حكم المعادن الظاهره بقول مطلق، و تملك بالحيازه. و كذا لو ظهر بعض الجواهر الباطنه-كقطعه ذهب أو حجر فيروزج-بالسيل و نحوه، فإنه يلحق بالظاهره. و الأول منها يملك بالإحياء، و هو الحفر و العمل فيه بقصد التملك إلى أن يبلغ نيله. و قبل ظهوره يكون العمل تحجيرا يفيد أولويّه لا ملكا، كما لو حفر بئرا في الموات على

ص: ٤٤٢

(١ - ١) في الحجرّيتين: فإنها في حكم.

فرع:

لو أحيا أرضا و ظهر فيها (١) معدن ملكه تبعها لها، لأنه من أجزائها.

قصد التملك، فإنه إذا وصل إلى الماء ملكه و إلا فلا.

و إذا اتسع الحفر و لم يوجد المطلوب إلا في بعض جهاته لم يقتصر الملك على محله، بل كما يملكه يملك ما حواله مما يليق بحريمه، و هو قدر ما يقف فيه الأعوان و الدواب. و من جاوز ذلك و حفر لم يمنع و إن وصل إلى العرق.

و يجوز للإمام إقطاع هذا النوع من المعدن كالموات، لأنه في معناه، و لعموم ولايته. و لو قلنا إنه يملكه فأولى بالجواز، لما (١) تقدم (٢) من أن النبي صلى الله عليه و آله أراد إقطاع ملح مازن أو أقطعه فلما قيل له إنه كالماء العد امتنع منه، فدل (٣) على أن الباطن يجوز إقطاعه.

و حيث لا يبلغ العامل في هذا المعدن حد الإحياء فقد قلنا إنه يفيد التحجير و منع الغير من العمل. فإن استمر عليه فذاك، و إن أهمل لم يسقط حقه [منه] (٤)، لكن يخيّره الامام بين الإكمال و رفع يده عنه. فإن طلب منه الإمهال أجله (٥) بحسب ما يقتضيه رأيه، ثم ألزمه أحد الأمرين حتما.

قوله: «لو أحيا أرضا و ظهر فيها. إلخ».

المراد بالمعدن الظاهر هنا هو الباطن بمعنييه، كما يرشد إليه التعليل

ص: ٤٤٣

١- ١) في هامش «و» بعنوان ظاهرا: و ما، و هي تناسب النسخة الثانية المذكورة في هامش (٣).

٢- ٢) في ص: ٤٣٨.

٣- ٣) كذا في «ط»، و في سائر النسخ: يدل.

٤- ٤) من «و».

٥- ٥) في «و»: أمهله.

و أما الماء، فمن حفر بئرا (١) في ملكه أو مباح ليملكها فقد اختص بها كالمحجر، فإذا بلغ الماء فقد ملك البئر و الماء، و لم يجر لغيره التخطي إليه.

و لو أخذ منه أعاده. و يجوز بيعه كيلا و وزنا. و لا يجوز بيعه أجمع، لتعذر تسليمه، لاختلاطه بما يستخلف.

و لو حفرها لا للملك، بل للانتفاع، فهو أحق بها مدّه مقامه عليها. و قيل: يجب عليه بذل الفاضل من مائها عن حاجته. و كذا قيل في ماء العين و النهر. و لو قيل: لا يجب، كان حسنا. و إذا فارق فمن سبق إليها فهو أحق بالانتفاع بها.

و أما مياه العيون و الآبار و الغيوث فالناس فيها سواء. و من اغترف منها شيئا بإناء، أو حازه في حوضه أو مصنعه، فقد ملكه.

بكونه من أجزائها، فيملك بإحيائها كما يملك جميع أجزائها به، و لتوقفه على الإحياء كالأرض. و لا فرق بين أن يعلم به حين إحيائها و عدمه.

و هذا بخلاف ما لو أحيا أرضا فوجد فيها كنزا، فإنه لا يملكه بإحياء الأرض كالمعدن الظاهر، لأنه مودع فيها لا يتوقف على الإحياء، لكن إن كان ركازا لا أثر للإسلام عليه جاز تملكه كما يملك المعادن الظاهره بالحيازه بعد إخراج خمسّه، و إلا كان لقطه.

قوله: «و أما الماء فمن حفر بئرا. إلخ».

الماء أصله الإباحه، لكن يعرض له الملك. و يتحقق بأمرين: متفق عليه على وجه العموم، و مختلف فيه كذلك.

فالأول: ما أحرز من المباح في آنيه أو مصنع و نحوهما. و هذا مختص بمحرزه إجماعا، و ليس لأحد التصرف فيه إلا بإذنه. و يجوز له التصرف بأنواع

التصرفات من حبس و بيع و غيرهما، كغيره من الأملاك.

و الثاني قسمان:

أحدهما: ما يخرج من نهر مباح. و في ملكه خلاف يأتي (١).

و الثاني: ما يستنبطه و يخرج من الأرض من بئر و عين بئيه التملك.

و مذهب الأصحاب أنه يملك بذلك، كما يملك السابق على العموم. لكن الشيخ - رحمه الله - في المبسوط (٢) أوجب على مالكة بذل الفاضل عن حاجته لشربه و شرب ماشيته و زرعه إلى غيره بغير عوض، إذا احتاج إليه لشربه و شرب ماشيته من السابله و غيرهم، لا لسقي الزرع و الشجر، مستندا إلى ما رواه ابن عباس أن النبي صلى الله عليه و آله قال: «الناس شركاء في ثلاث: الماء، و النار، و الكلاء» (٣). و رواه جابر عنه صلى الله عليه و آله أنه نهى عن بيع فضل الماء (٤).

و قوله صلى الله عليه و آله: «من منع فضل الماء ليمنع به الكلاء - منعه الله فضل رحمته يوم القيامة» (٥). و المراد: أن الماشيه إنما ترعى بقرب الماء، فإذا منع من الماء فقد منع من الكلاء و حازه لنفسه. و الفرق بين سقي الحيوان و الزرع - حيث منع من منعه الأول دون الثاني - أن الحيوان محترم لروحه، بخلاف

ص: ٤٤٥

١ - (١) في ص: ٤٤٧.

٢ - (٢) المبسوط ٢٨٠: ٣ - ٢٨١.

٣ - (٣) مسند أحمد ٣٦٤: ٥، سنن أبي داود ٢٧٨: ٣ ح ٣٤٧٧، سنن ابن ماجه ٨٢٦: ٢ ح ٢٤٧٢، سنن البيهقي ١٥٠: ٦.

٤ - (٤) مسند أحمد ٣٥٦: ٣، سنن ابن ماجه ٨٢٨: ٢ ح ٢٤٧٧، سنن أبي داود ٢٧٨: ٣ ح ٣٤٧٨، سنن الترمذي ٥٧١: ٣ ح ١٢٧١، سنن البيهقي ١٥: ٦، تلخيص الحبير ٦٧: ٣ ح ١٣٠٩.

٥ - (٥) مسند الشافعي: ٣٨٢، مسند أحمد ١٨٣: ٢، مجمع الزوائد ١٢٤: ٤، تلخيص الحبير ٦٦: ٣ ح ١٣٠٨.

الزراع.

و هذه الأخبار كلها عامية. و هي مع ذلك أعم من المدعى. و مدلولها من النهى عن منع فضله مطلقا لا يقول به، بل و لا غيره ممن يعتمد هذه الأحاديث.

و هي ظاهره فى إرادته الماء المباح الذى لم يعرض له وجه مملوك، كمياه الأنهار العامة، و العيون (١) الخارجة فى الموات، و السابقة على إحياء الأرض الموات، و مياه العيون (٢) و الآبار المباحة، فإن الناس فى هذه شرع، حتى لو دخل منه شئ فى أملاك الناس لم يملكوه إلا- بتيه الحيازة، كما لو نزل مطر و اجتمع فى ملكهم. لكن ليس لأحد أن يدخل الملك لأخذه، من حيث التصرف فى الملك لا من حيث الماء. و لو فرض دخوله أساء (٣) و ملك ما أخذه من الماء.

و لو وجد المياه فى الملك و اشتبه تقدمه لإحيائه و تأخره عنه فالأصل التأخر، فيحكم بملكه، و عملا بظاهر اليد. و يمكن حمل النهى فى هذه الأخبار فيما يتناول الماء المملوك على الكراهه، بل هو أولى [١] بدلالته.

و احتراز المصنف فى البئر المحفورة بقوله: «ليملكها» عما لو حفرها فى بعض المنازل لينتفع بها، أو لعموم الانتفاع بها للمارء، أو مع الخلو عن القصد مطلقا، فإنه لا- يملكها بذلك. لكن فى الأول يصير الحافر أولى بها إلى أن يرتحل. و ليس له منع ما فضل عنه ممن يحتاج إليه عند الشيخ (٤)- رحمه الله- لعموم الأخبار.

ص: ٤٤٦

١- ١) فى «ذ، د، ل، خ، م»: و الغيوث.

٢- ٢) فى «ذ، و»: الغيوث.

٣- ٣) فى «د»: أثم، و فى «م»: أثم و أساء.

٤- ٥) المبسوط ٢٨١: ٣.

و هنا مسائل:

الأولى: ما يقبضه النهر المملوك من الماء المباح

الأولى: ما يقبضه (١) النهر المملوك (١) من الماء المباح، قال الشيخ: لا يملكه الحافر، كما إذا جرى السيل إلى أرض مملوكة، بل الحافر أولى بمائه من غيره، لأن يده عليه.

فإذا كان فيه جماعه، فإن وسعهم أو تراضوا فيه فلا بحث، وإن تعاسروا قسّم بينهم على سعة الضياع. ولو قيل: يقسّم على قدر أنصبائهم من النهر، كان حسنا.

و يفهم من قيد التملك الاحتياج إليه في ملكه و في المباح، لجعله علّه لهما. و هو يتم في المباح. و أما المملوك فالأظهر أن ما يخرج منه من الماء مملوك تبعا له، كما تملك الثمرة الخارجة منه. و ربما قيل بعدم ملكه و إن كان أولى به. و مثله القول في الكلاّ النابت فيه بغير قصد.

إذا تقرّر ذلك، فما حكم بملكه من الماء يجوز بيعه كيلا و وزنا، لانضباطهما. و كذا يجوز مشاهدته إذا كان محصورا. و أما بيع ماء البئر و العين أجمع فالأشهر منعه، لكونه مجهولا، و كونه يزيد شيئا فشيئا، و يختلط المبيع بغير المبيع، فيتعدّر التسليم. و في الدروس (٢) جَوَزَ بيعه على الدوام، سواء كان منفردا أم تابعا للأرض. و ينبغي جواز الصلح عليه كذلك، لأن دائره الصلح أوسع من دائره البيع.

قوله: «ما يقبضه النهر المملوك. إلخ».

هذا هو القسم [الأول] (٣) من الماء الذي اختلف في تملكه، و هو ما إذا

ص: ٤٤٧

١- ١) في متن نسخه «ط، و»: يفيضه.

٢- ٢) الدروس الشرعيّه ٦٧: ٣.

٣- ٣) من «د» و هامش «و». و قد مرّ التقسيم في ص: ٤٤٥.

حفر نهرا و أوصله بالنهر المباح فدخل فيه الماء.

و لا- خلاف فى أولويّه الحافر بالماء المذكور، و أنه ليس لأحد مزاحمته فيه للسقى و لا- غيره، و لا- فى ملكيّة نفس النهر أعنى: الأرض المحفورة، بمعنى: جواز بيعه، و المعاوضه عليه، و ترتّب أولويّه الماء الداخل فيه.

و إنما الخلاف فى ملكيّة (١) الماء الذى يدخل فيه. فالمشهور بين الأصحاب -خصوصا المتأخرين- أنه يملك أيضا، كما يملك الماء الخارج بحفر البئر و العين، لاشتراكهما فى المقتضى، و هو الإخراج و الكلفه عليه كإخراج المعدن.

و ذهب الشيخ فى المبسوط (٢) إلى عدم ملك الماء بذلك، لأنه مباح دخل فى ملكه فيبقى على أصل الإباحه، و للأخبار السابقه (٣). و إنما يكون الحافر أولى به لأن يده عليه، كما إذا جرى الفيض إلى ملك رجل و اجتمع فيه، فإنه لا يملكه.

و فزع عليه ما إذا كان الحافر للنهر جماعه و لم يسع سقيهم دفعه و لا- تراضوا على المهاياه فيه، فإنه يقسم عليهم على قدر أرضهم، لا على قدر عملهم و لا نفقاتهم على النهر، محتجا بأن الانتفاع به و الأولويّه لأجل الملك فيكون الحقّ تابعا لمقداره. فلو كان لبعضهم مائه جريب من الأرض، و لآخرين ألف جريب، جعل للأول جزء من أحد عشر [جزءا] (٤)، و للباقيين عشره أجزاء.

و فى كلّ واحد من المبنى و المبنى عليه منع ظاهر. و الأظهر أن الماء

ص: ٤٤٨

١- ١) فى «ل»: ملكه.

٢- ٢) المبسوط ٢٨٤: ٣- ٢٨٥.

٣- ٣) انظر ص: ٤٤٥.

٤- ٤) من «ط، خ».

الثانية: إذا استجدّ جماعه نهرا (١) فبالحفر يصيرون أولى به، فإذا وصلوا منتزع الماء ملكوه، و كان بينهم على قدر النفقه على عمله.

يملك على نسبة العمل، لأن الإحياء تابع له لا للأرض.

و فى المسأله قول ثالث لابن الجنيّد (١)، و هو أن حافر النهر إنما يملك ماءه إذا عمل له ما يصلح لسدّه و فتحه من المباح. و كأنّه جعل الحيازه سبب الملك، و هى من فعل المكلّف، فلا بدّ أن يكون مقدورا عليها كما يقدر على تركها، و إنما يتحقّق بذلك. و الأشهر أنه يملك [بذلك] (٢) الماء، لأنّه صار آله لتحصيل الماء المباح (٣) كالشبكة للصيد.

قوله: «إذا استجدّ جماعه نهرا. إلخ».

لا- خلاف فى ملكيه النهر بالحفر كما ذكرناه سابقا (٤) إذا بلغ الحافر حدّ الإحياء. و يتحقّق بوصوله إلى مشرع (٥) الماء حيث يمكن جريانه فيه بسهولة، سواء جرى الماء أم لا- لأن حصول المنفعه بالفعل غير شرط فى الإحياء، و إنما المعتبر منه التهيئه للانتفاع.

ثمّ إن كان الحافر واحدا اختصّ به. و إن كان (٦) أكثر اشتركوا فيه على قدر عملهم و نفقتهم، لأنّه إنما يملك بالعماره و العماره بالنفقه. هذا إذا كان العمل على نسبة النفقه، و إلا فالمعتبر العمل.

ص: ٤٤٩

١- ١) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٤٧٤.

٢- ٢) من «و، ط».

٣- ٣) فى «ذ، خ»: لتحصيل مباح.

٤- ٤) فى الصفحه السابقه.

٥- ٥) فى «خ»: منبع، و فى إحدى الحجرّيتين: منتزع.

٦- ٦) فى «ذ، و، خ»: كانوا.

الثالثه:إذا لم يف النهر المباح أو سيل الوادى بسقى ما عليه دفعه بدئ بالأول

الثالثه:إذا لم يف النهر المباح(١)أو سيل الوادى بسقى ما عليه دفعه بدئ بالأول،و هو الذى يلى فوهته،فأطلق إليه 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.

و المراد بوصولهم إلى مشرع(١)الماء وصولهم إلى مجراه بحيث يسيل منه فى النهر الجديد،أو يبقى متوقفا على عمل يسير لا يعتد به عادة،و يتحقق معه الإحياء عرفا.و لو لم يبلغوا ذلك كان الفعل تحجيرا يفيد الأولويه،كغيره من ضروب التحجير.

قوله:«إذا لم يف النهر المباح.إلخ».

إذا اجتمعت أملاك متعدده على ماء واحد،فإن كان الماء ملكا لهم فقد عرفت أنه يقسم بينهم على قدر أنصبتهم فيه،إما بقسمه نفس الماء أو بالمهاياه عليه.و إن كان مباحا،و لم يف بالجميع فى وقت واحد،و وقع فى التقدم و التأخر تشاح،بدئ بالأول من الملاك(٢)،و هو الذى يلى فوهه النهر-بضم الفاء و تشديد الواو-و هو أصله،فيسقى أرضه،فإذا فرغ من قضاء حاجته أرسله إلى الثانى،و هو الذى يلى ملكه،و هكذا،سواء استتصر الثانى بحبس الأول أم لا، حتى لو لم يفضل عن الأول شىء أو عن الثانى أو عمن يليه فلا شىء للباقيين، لأنه ليس لهم إلا ما فضل منهم.

و الأصل فى هذه المسأله قبل الإجماع ما روى أن النبى (٣)صلّى الله عليه

ص:٤٥٠

١-١) فى «ذ،دل»:منتزع.

٢-٢) فى «خ،و»:الأملاك.

٣-٣) سنن ابن ماجه ٢:٨٢٩ ح ٢٤٨١،سنن البيهقى ٦:١٥٤،تلخيص الحبير ٣:٦٥-٦٦ ح ١٣٠٥.

و آله قضى فى شرب نهر فى سيل: أن للأعلى أن يسقى قبل الأسفل ثم يرسله إلى الأسفل.

و من طريق الأصحاب روى غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام قال: «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله فى سيل وادى مهزور: الزرع إلى الشراك، والنخل إلى الكعب، ثم يرسل الماء إلى أسفل من ذلك، قال ابن أبى عمير: و المهزور موضع الوادى» (١).

و المشهور فى الروايه أنه بتقديم الزاى المعجمه على الواو ثم الراء المهمله أخيراً. و نقل (٢) ابن بابويه عن شيخه ابن الوليد بالعكس، و ذكر أنها كلمه فارسيه من هرز الماء إذا زاد على المقدار الذى يحتاج إليه.

و المشهور فى مقدار السقى ما ذكره المصنف من حبس الماء على الملك إلى أن يبلغ الماء الشراك لسقى الزرع، و إلى القدم لسقى الشجر، و إلى أن يبلغ الساق لسقى النخل. و المستند ما تقدم. و لا يخفى ضعف السند، و عدم تعرّضه للشجر غير النخل، لكن العمل به مشهور.

و أطبق (٣) العامه على جعل الحقّ إلى الكعبين مطلقاً، لما روى (٤) أنه صلى الله عليه وآله قضى فى السيل أن يمسك حتى يبلغ إلى الكعبين ثم يرسل الأعلى

ص: ٤٥١

١- (١) الكافى ٥: ٢٧٨ ح ٣، الفقيه ٣: ٥٦ ح ٣، التهذيب ٧: ١٤٠ ح ٦١٩، الوسائل ١٧: ٣٣٤ ب «٨» من أبواب إحياء الموات ح ١.

٢- (٢) الفقيه ٣: ٥٦ ذيل ح ١٩٥.

٣- (٣) انظر الحاوى الكبير ٧: ٥١٠، روضه القضاء ٢: ٥٥٦ رقم (٣٢٩٢)، المغنى لابن قدامه ٦: ١٨٨، روضه الطالبين ٤: ٣٦٩، مختصر خليل: ٢٨٤.

٤- (٤) سنن أبى داود ٣: ٣١٦ ح ٣٦٣٩، سنن البيهقى ٦: ١٥٤، تلخيص الحبير ٣: ٦٦ ح ١٣٠٦.

إلى الأسفل.

و روى أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير في شراج الحرّه التي يسقون بها، فقال النبي صلى الله عليه وآله: «اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك، فغضب الأنصارى وقال: أن كان ابن عمّتك؟ فتلقّ وجه رسول الله صلى الله عليه وآله ثم قال: يا زبير اسق و احبس الماء حتى يصل إلى الجدر ثم أرسله» (١).

و الشراج جمع شرج، وهو النهر الصغير. و الحرّه: الأرض التي ألبست الحجارة السود. و الجدر: الجدار.

و اختلف في تنزيل الخبر، ف قيل: إن النبي صلى الله عليه وآله أمره باستيفاء [حقّه] (٢) زياده على القدر المستحقّ، تغليظا على الأنصارى حيث اتّهم رسول الله صلى الله عليه وآله، و لعلّه سقط حقّه بذلك، لكون ذلك ارتدادا.

و قيل -و هو الأصحّ-: إنه صلى الله عليه وآله كان قد استنزل الزبير عن بعض حقّه، فلمّا أساء الأنصارى الأدب قال له: استوف حقّك، لأنّه إذا بلغ الماء الكعب بلغ أصل الجدار، فلا مخالفه بين التقديرين.

إذا تقرّر ذلك، فتمام البحث يتمّ بأمور:

الأول: إنّما يقدّم الذى يلى فوهه النهر إذا كان سابقا فى الإحياء أو اشتبه المتقدم فيه، أما لو علم المتقدم فى الإحياء بدئ به أولا و إن كان أبعد الجميع عن الفوهه، ثمّ الذى يليه فى الإحياء، و هكذا، لأنّ حقّ السابق بالإحياء سابق فى الماء أيضا، و إطلاق النصوص بتقديم الأقرب منزّل على ذلك، بل الأظهر

ص: ٤٥٢

١- ١) مسند أحمد ٤: ٥-٤، صحيح البخارى ٣: ١٤٥-١٤٦، سنن أبى داود ٣: ٣١٥ ح ٣٦٣٧، سنن ابن ماجه ٢: ٨٢٩ ح ٢٤٨٠، سنن البيهقى ٦: ١٥٣.

٢- ٢) من «خ».

تنزيله على حاله الاشتباه.

الثانى: إطلاق النصوص و الفتاوى سقى الزرع و الشجر ذلك المقدار محمول على الغالب فى أرض الحجاز من استوائها و إمكان سقيها جمع كذلك.

فلو كانت مختلفه فى الارتفاع و الانخفاض، بحيث لو سقيت أجمع كذلك زاد الماء فى المنخفضه عن الحدّ المشروع، أفرد كلّ واحد بالسقى بما هو طريقه، توصّلاً إلى متابعه النصّ بحسب الإمكان. و لو كانت كلّها منحدره لا يقف الماء فيها كذلك سقيت بما تقتضيه العاده، و سقط اعتبار التقدير الشرعى، لتعدّره.

الثالث: إذا تنازع اثنان أرضهما متحاذيتان عن يمين النهر و شماله فالوجه القرعه، لاستوائهما فى الاستحقاق. هذا إذا لم يمكن قسمته بينهما بحيث يمكن سقى كلّ منهما بحصّته، و إلا قدّم طالب القسمة. و الفرق بينهما و بين الأول و الثانى: استوائهما فى الاستحقاق دفعه فكانا كالشريكين فى النهر، بخلاف المتقدم و المتأخّر، فإنه لا حقّ للمتأخّر مع حاجه المتقدم.

ثمّ إن اتّفقت أرضهما فى القدر، و إلا قسّم الماء على حسب الأرض كالشريكين. و لو تهايا كانت النوبه على النسبه كذلك، و يعتبر فى قرب الأرض من الماء جزء منها و إن قلّ، حتى لو اتّسعت إحداها على جانب النهر و ضاقت الأخرى و امتدّت إلى خارج فهما مستويان، لصدق القرب بذلك.

الرابع: لو أراد أحد بناء رحى على هذا النهر، فإن عارض الأملاك أو بعضها بحيث لا يرجع الماء إليه إلا بكلفه أو نقصان عمّا كانت فى الابتداء لم يصحّ إلا برضا المعارض، سواء بناها فى ملكه أم فى الموات. و إن لم يعارض أحدا جاز و إن كانت أعلى من الجميع، لأن لهم حقّ الانتفاع لا حقّ الملك، فلا

الرابعة: لو أحيا إنسان أرضا ميتة (١) على مثل هذا الوادى لم يشارك السابقين، وقسم له مما يفضل عن كفايتهم. وفيه تردد.

يتوقف على إذنه ما لا ينافي الانتفاع. ولو كان على النهر أرحيه متعارضة قدم السابق منها في الإحياء، فإن اشبه قدم ما (١) يلي الفؤوه كالأملاك.

قوله: «لو أحيا إنسان أرضا ميتة. إلخ».

إذا أراد إنسان إحياء موات و سقيه من هذا النهر بعد اجتماع الأملاك عليه، فإن لم يكن فيه تضيق (٢) فلا منع، وإن كان فيه تضيق (٣) منع من السقى منه، لأن الأولين بإحياء أرضهم استحقوا مرافقها، وهذا الماء من أعظم مرافقها، فلا يستحق إلا بعد استغناء الأولين.

و على هذا، فلو لم يفضل عن كفايتهم شيء بأن احتاج الأول إلى السقى عند فراغ المتأخر رجع الحق إليه، وهكذا، ولا شيء لهذا المحيى أخيرا.

ولا فرق بين كون الأرض التي أحيها أبعد من فوهه النهر أم أقرب إليه، لما عرفت من أن المعتبر بالسابق في الإحياء. بل من هذا يعلم تقدم السابق في الإحياء، وأن الحكم بتقديم الأقرب إلى الفؤوه مخصوص بحاله الاشتباه.

و المصنف - رحمه الله - تردد في الحكم المذكور. و تردده يحتمل أمرين:

أحدهما: أن يكون الاحتمال الآخر مشاركته هذا المحيى للسابقين، بمعنى استحقاقه نوبه بعد نوبتهم كالذى قبله، وإن احتاج السابق قبل أخذه بالنوبه، لأن النهر مباح بالأصل، وإنما استحقه من سبق بسبب الإحياء، وقد

ص: ٤٥٤

١ - ١) في «ذو، خ»: من يلي.

٢ - ٢) في «ط»: تضيق.

٣ - ٣) في «ط»: تضيق.

شاركهم المتأخر في ذلك، كما يشارك من قبله السابق عليه.

و هذا الاحتمال يتوجه إذا قلنا بأن الأعلى يجب عليه الإرسال لمن بعده بعد سقيه و إن احتاج إليه مرّة أخرى. و هو وجه في المسألة. أما إذا قلنا بأنه أولى من اللاحق مطلقاً، و لا حقّ للآحق إلا مع استغنائه، فلا يظهر للاحتمال المذكور وجه، لأن مع غناء السابقين لا إشكال في استحقاقه، و مع حاجتهم يقدمون عليه.

و في التذكرة (١) نقل الخلاف فيما لو احتاج الأعلى بعد استيفاء حقّه إلى السقي مرّة أخرى هل يمكن أم لا؟ ثمّ قوى عدم التمكين، و أنه يجب عليه الإرسال لمن بعده، محتجاً بقول النبي صلى الله عليه و آله في خبر عباده بن الصامت: «و يرسل الماء إلى الأسفل حتى تنتهي الأراضى» (٢). و قوله صلى الله عليه و آله في روايه الصادق عليه السلام: «ثمّ يرسل الماء إلى الأسفل» (٣). و غيرهما من الأحاديث.

و الاحتمال الثاني: أنه لا يصحّ لهذا المتأخر مع ضيق الماء الإحياء إلا بإذن السابقين، لئلا يصير ذريعه إلى منع حقّهم من النهر على طول الأزمنة و اشتباه الحال، خصوصاً إذا كان أقرب إلى فوهته من غيره. و نظير هذا منع المجاور للدرب المرفوع من إحداث باب فيها، حذراً من تطرّق الاستحقاق على طول الزمان.

ص: ٤٥٥

١- ١) التذكرة ٢: ٤٠٧.

٢- ٢) سنن ابن ماجه ٢: ٨٣٠ ح ٢٤٨٣، سنن البيهقي ٦: ١٥٤، تلخيص الحبير ٣: ٦٥ ح ١٣٠٥. و في المصادر: حتى تنقضي الحوائط.

٣- ٣) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٤٥١ هامش (١).

و هذا وجه فى المسأله نقله فى التذكره (١) عن بعض العامه، و استوجه عدم المنع، لأن حقهم فى النهر لا فى الموات.

و هذا الاحتمال و إن كان ممكنا فى نفسه إلا أنه بعيد عن تأديه العبارة، و الأول أنسب. و لم يشر إلى هذا التردد غيره، حتى الشيخ فى المبسوط (٢) نقل الحكم المذكور فى الكتاب من غير احتمال آخر، مع كثره ما ينقل من الوجوه عن المخالفين فى مثل ذلك.

ص: ٤٥٦

١ - ١) التذكره ٢: ٤٠٧.

٢ - ٢) المبسوط ٣: ٢٨٤.

كتاب اللقطة اللقطة-بفتح القاف و سكونها-اسم للمال الملقوط،على ما ذكره جماعه من أهل اللغة،منهم الأصمعي (١)و ابن الأعرابي (٢)و الفراء (٣)و أبو عبيد (٤).و قال الخليل (٥):هى بالتسكين لا غير،و أما بفتح القاف فهى اسم للملتقط،لأن ما جاء على «فعله»فهو اسم للفاعل،كهمزه و لمزه و هزأه.

و كيف كان فهى مختصه لغه بالمال،لكن الفقهاء تجوزوا فى إطلاقها على ما يشمل آدمى،فعنونوا أنواع الملتقطات الثلاثه باسم اللقطة.

و بعضهم (٦)جرى على المعنى اللغوى،و أفرد الإنسان الضائع بكتاب آخر، و عنوانه باللقيط.

و الأصل فيها-بعد الإجماع على مشروعيّتها فى الجمله-ما رواه زيد بن خالد الجهنى قال:«جاء رجل إلى النبىّ صلّى الله عليه و آله يسأله عن اللقطة، فقال:اعرف عفاصها و وكاءها،ثمّ عرّفها سنه،فإن جاء صاحبها و إلا فشأنك بها،قال:فضالّه الغنم؟قال:هى لك أو لأخيك أو للذئب،قال:فضالّه الإبل؟ قال:ما لك و لها؟معها سقاؤها و حذاؤها،ترد الماء،و تأكل الشجر،حتى يلقاها ربّها» (٧).

ص:٤٥٩

١- (١) انظر تهذيب اللغة ١٦:٢٥٠ و ٢٥١،لسان العرب ٧:٣٩٢.

٢- (٢) انظر تهذيب اللغة ١٦:٢٥٠ و ٢٥١،لسان العرب ٧:٣٩٢.

٣- (٣) انظر تهذيب اللغة ١٦:٢٥٠ و ٢٥١،لسان العرب ٧:٣٩٢.

٤- (٤) انظر تهذيب اللغة ١٦:٢٥٠ و ٢٥١،لسان العرب ٧:٣٩٢.

٥- (٥) كتاب العين ١٠٠:٥.

٦- (٦) انظر الباب فى شرح الكتاب ٢:٢٠٥ و ٢٠٧،المغنى لابن قدامه ٦:٣٤٦ و ٤٠٣، روضه الطالبين ٤:٤٥٢ و ٤٨٣.

٧- (٧) الموطأ ٧:٧٥٧ ح ٤٦،مسند أحمد ٤:١١٦ و ١١٧،صحيح البخارى ١:٣٤،صحيح مسلم ٣:١٣٤٦ ح ١ و ٢،سنن ابن ماجه ٢:٨٣٦ ح ٢٥٠٤،سنن أبى داود ٢:١٣٥ ح ١٧٠٤،سنن الترمذى ٣:٦٥٥ ح ١٣٧٢.

الملقوط: إما إنسان (١)، أو حيوان، أو غيرهما.

فالقسم الأول يسمّى: لقيطا، و ملقوطا، و منبوذا

إشارة

فالقسم الأول يسمّى: لقيطا، و ملقوطا، و منبوذا.

و روى الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله إنني وجدت شاه، فقال: هي لك أو لأخيك أو للذئب، فقال: إنني وجدت بعيرا، فقال صلى الله عليه وآله: خففه حذاؤه، و كرشه سقاؤه، فلا تهجه» (١).

و العفاس: الوعاء الذي يكون فيه النفقه من جلد أو خرقة و غير ذلك.

و الأصل فيه الجلد الذي يلبسه رأس القاروره. و الوكاء: الخيط الذي يشدّ به المال. و حذاؤها يعني: خففها، أطلق عليه الحذاء لقوته و صلابته، فأجراه مجراه.

و سقاؤها بطنها، لأنها تأخذ فيه ماء كثيرا، فيبقى معها ما يمنعها [من] (٢) العطش، كما يجتمع الماء في السقاء، و هو ظرف الماء من الجلد.

قوله: «الملقوط: إما إنسان. إلخ».

جعل الأقسام ثلاثة باعتبار اختلاف أحكامها، فإن لكل واحد من هذه الأقسام الثلاثه حكما يخصّه كما سيأتي (٣). و اللقيط فعيل بمعنى مفعول، كطريح و جريح، فهما بمعنى. و المنبوذ: المطروح. فمرجع الأسماء الثلاثه إلى أمرين باعتبار حالتيه، فإنه ينبذ أولا ثم يلقط.

ص: ٤٦٠

١- ١) الكافي ٥: ١٤٠ ح ١٢ و فيه: عن هشام بن سالم، التهذيب ٦: ٣٩٤ ح ١١٨٤، الوسائل ١٧: ٣٦٣ ب «١٣» من أبواب اللقطه ح ١.

٢- ٢) من «ص».

٣- ٣) في الصفحة التاليه، و كذا في ص: ٤٩٠ و ٥١٠.

و ينحصر النظر فيه في ثلاثه مقاصد:

الأول: في اللقيط

الأول: في اللقيط و هو: كلّ صبى ضائع، (١) لا- كافل له. و لا- ريب في تعلّق الحكم بالتقاط الطفل غير المميّز، و سقوطه في طرف البالغ العاقل.

قوله: «اللقيط: و هو كلّ صبى ضائع إلخ».

احترز بالصبي عن البالغ، فإنه مستغن عن الحضانه و التعهد، فلا معنى لالتقاطه. نعم، لو وقع في معرض هلاك و جب تخليصه كفايه.

و بالضائع عن غير (١) المنبوذ و إن لم يكن له كافل، فإنه لا يصدق عليه اسم اللقيط و إن كانت كفالته واجبه كفايه كالضائع، إلا أنه لا يسمّى لقيطاً.

و بقوله: «لا- كافل له» عن الضائع المعروف النسب، فإن أباه و جدّه و من يجب عليه حضانته مختصّون بحكمه، و لا يلحقه حكم الالتقاط و إن كان ضائعاً.

نعم، يجب على من وجدّه أخذه و تسليمه إلى من تجب عليه حضانته كفايه من باب الحسبه.

و يجوز الاحتراز بقوله: «لا كافل له» عن الصبي الملقوط، فإنه في يد الملتقط يصدق أن له كافلاً، و مع ذلك لا يخرج به عن اسم الضائع بالنسبه إلى أهله.

و اعلم أنه لا وجه للتقييد بالصبي، فإن غيره من الصبيّه و الخثى غير البالغ كذلك. و كذا المجنون. و الضابط: الإنسان الضائع، غير المستقلّ بنفسه، الذي لا كافل له.

ص: ٤٦١

و فى الطفل المميّز تردّد أشبهه جواز التقاطه، لصغره، وعجزه عن دفع ضرورته. (١) و لو كان له أب أو جدّ أو أمّ أجبر الموجود منهم على أخذه. (٢) وكذا لو سبق إليه ملتقط ثمّ نبذه فأخذه آخر، ألزم الأول أخذه.

و لو التقط مملوكا- (٣) ذكرا أو أنثى- لزمه حفظه و إيصاله إلى صاحبه.

قوله: «و فى الطفل المميّز- إلى قوله- دفع ضرورته».

منشأ التردّد: من أنه مستقلّ ممتنع، خصوصا إذا كان مراهقا، فلا يتولّى أمره إلا الحاكم، و من حاجته إلى التعيّد و التربيّه و إن كان محفوظا فى نفسه.

و هذا أقوى، لكن يستثنى منه المراهق، فإنه مستغن عن الأمرين معا غالبا.

قوله: «و لو كان له أب- إلى قوله- ألزم الأول أخذه».

قد عرفت أن من يعرف أبوه أو جدّه أو غيرهما ممّن تجب عليه الحضانه خارج عن حكم اللقيط من حيث وجود الكافل. و كذا الملقوط ممّن يتعلّق به حكم اللقيط، فإن الحكم يتعلّق به فلا- يجوز له نبذه بعد ذلك، حتى لو فعل لم يسقط عنه الحكم، لتعلّق الوجوب به فيستصحب.

قوله: «و لو التقط مملوكا. إلخ».

مقتضى إطلاقه عدم الفرق فى المملوك بين الصغير و الكبير، و هو أحد القولين فى المسأله، لأنه مطلقا مال ضائع يخشى تلفه، خصوصا إن كان مخوف التلف كما لو كان آبقا. و بهذا يحصل الفرق بين الحرّ و المملوك حيث اشترط الصغر فى الحرّ دونه، لأنه لا يخرج بالبلوغ عن المائيه، و الحرّ إنما يحفظ عن التلف و القصد من لقطته حضانتة و حفظه، فيختصّ بالصغير.

و لو أبق منه أو ضاع(١) من غير تفريط لم يضمن. و لو كان بتفريط ضمن. و لو اختلفا فى التفريط و لا يبينه فالقول قول الملتقط مع يمينه.

و قيل: يختص حكم المملوك بالصغير الذى لا- يتحفظ بنفسه، لأن المميز المراهق كالأصل الممتنع بنفسها. و هو حسن إن لم يخف تلفه، وإلا فالجواز أحسن.

و نبه بقوله: «و إيصاله إلى صاحبه» على أنه لا يجوز تملكه، و هو أحد القولين فى المسألة، لأصاله بقاءه على ملك مالكه، و خروج التملك لغيره من الأموال عن حكم الأصل بنص (١) خاص فيبقى غيره على الأصل.

و اختلف كلام العلامة، فى القواعد (٢) قطع بجواز تملك الصغير بعد التعريف حولا، و هو قول الشيخ (٣)، لأنه مال ضائع يخشى تلفه.

و فى التحرير (٤) أطلق المنع من تملكه، محتجا بأن العبد يتحفظ بنفسه كالإبل. و هذا التعليل لا يتم فى الصغير. فالتفصيل لا يخلو من قوه.

و يعلم كون اللقيط مملوكا مع الجهل بمالكه برؤيته قبل أن يضيع يباع مره بعد اخرى و لا- يعلم مالكه. و لا تكفى القرائن و اللون، لأصاله الحرّيه.

قوله: «و لو أبق منه أو ضاع. إلخ».

يد الملتقط على اللقيط مطلقا حيث تكون جائزه يد أمانه شرعيه، للإذن له فيه من قبل الشارع، فلا يكون مضمونا عليه لو تلف أو عاب فى يده إلا مع تعد أو تفريط. و عليه أيضا يتفرع تقديم قول الملتقط لو اختلفا فيه و لا يبينه، لأن

ص: ٤٦٣

١- ١) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب «٢» من أبواب اللقطة.

٢- ٢) قواعد الأحكام ١: ١٩٥.

٣- ٣) المبسوط ٣: ٣٢٨.

٤- ٤) تحرير الأحكام ٢: ١٢٣.

و لو أنفق عليه باعه (١) في النفقه إذا تعدّر استيفاؤها.

الثاني: في الملتقط

الثاني: في الملتقط و يراعى فيه: (٢) البلوغ، والعقل، والحريّة.

فلا حكم لالتقاط: الصبي، و لا المجنون، و لا العبد، لأنه مشغول باستيلاء المولى على منافعه. و لو أذن له المولى صحّ، كما لو أخذه المولى و دفعه إليه.

الأمين قوله مقبول في عدم التفريط.

قوله: «و لو أنفق عليه باعه. إلخ».

إذا التقط العبد و لم يوجد له من ينفق عليه تبرّعا رفع أمره إلى الحاكم، لينفق عليه، أو يبيع شيئا منه فيها، أو يأمره بها ليرجع. فإن تعدّر أنفق عليه الملتقط بتيه الرجوع إلى أن يستغرق قيمته ثمّ باعه فيها. و لو أمكن أن يبيعه تدريجا وجب مقدّما على بيعه جملة. و حينئذ فيتعدّر بيعه أجمع في النفقه، لأن الجزء الأخير لا يمكن إنفاق ثمنه عليه، لصيرورته حينئذ ملكا للغير، فلا ينفق عليه الثمن الذي هو ملك الأول، بل يحفظ ثمنه لصاحبه كالأصل.

قوله: «في الملتقط و يراعى فيه. إلخ».

لا- إشكال في اشتراط بلوغ الملتقط و عقله، لاستلزام اللقطة الولايه و الحضانه و هما ليسا من أهلهما. فإذا فرض التقاط الصبي و المجنون- بمعنى أخذهما اللقيط- فحكمه باق على ما كان عليه قبل اليد.

و يفهم من الاقتصار على الأمرين عدم اشتراط رشده، فيصحّ من السفیه، و هو أحد القولين في المسأله، لأن حضانه اللقيط ليست مالا، وإنما يحجر على

السفيه للمال (١)، و كونه مولى عليه فى الجملة غير مانع.

وقيل: يشترط رشده، لأن الشارع لم يأتمن السفيه على ماله، فعلى الطفل و ماله أولى. و لأن الالتقاط ائتمان، و الشرع لم يأتمنه.

و فيه نظر، لأن الشارع إنما لم يأتمنه على المال لا على غيره، بل جَوَزَ تصرّفه فى غيره مطلقاً. و على تقدير أن يوجد معه مال يمكن الجمع بين الحكمين الشرعيين - و هما عدم استئمان السفيه على المال، و استئمانه على غيره - بأن يؤخذ المال منه.

اللّهمّ إلا أن يقال: إن صحّ التقاطه يستلزم وجوب إنفاقه عليه، و هو ممتنع من السفيه، لأنه تصرّف مالى، و جعل التصرف فيه لغيره يؤدّى إلى الإضرار بالطفل بتوزيع أموره. و هذا حسن إن تحقّق الضرر بذلك، و إلا فالقول بالجواز أحسن (٢).

و أما اشتراط حرّيته فلا - لأن الحضانه تبرّع، و ليس للعبد أهليّه التبرّع، لأن منافعه لغيره، و حقّ المولى مضيق فلا يتفرّغ لها. و لو أذن المولى له فيه ابتداء و أقرّه عليه جاز، و كان المولى فى الحقيقة هو الملتقط و العبد نائبه، فيلحقه أحكامه (٣) دون العبد، ثمّ لا يجوز للمولى الرجوع به.

و لا فرق فى ذلك بين القنّ و المكاتب، و المدبّر و من تحرّر بعضه و أمّ الولد، لعدم جواز تبرّع واحد منهم بماله و لا منافعه إلا بإذن المولى. و لا يدفع ذلك مهايه المبعّض و لو فى زمانه المختصّ بالحضانه، لعدم لزوم المهايه، فجاز تطرّق المانع

ص: ٤٤٥

١ - ١) فى «خ»: فى المال.

٢ - ٢) كذا فى «ط، و»، و فى سائر النسخ: حسن.

٣ - ٣) فى «ذ، و، خ»: أحكامها.

و هل يراعى الإسلام؟(١) قيل: نعم لأنه لا سبيل للكافر على الملقوط المحكوم بإسلامه ظاهراً، ولأنه لا يؤمن مخادعته عن الدين.
كل وقت.

نعم، لو لم يوجد للقيط كافل غير العبد، وخيف عليه التلف بالإبقاء، فقد قال في التذكرة (١) إنه يجوز للعبد التقاطه، لأنه تلخيص له من الهلاك فجاز، كما لو أراد التخليص من الغرق. وفي الدروس (٢) يجب عليه التقاطه حينئذ.

و جواز الأخذ أو وجوبه لا إشكال فيه حينئذ، وإنما الكلام في لحوق أحكام الالتقاط له، والدليل المذكور لا يفضى إليه. فإذا وجد له [٣] من أهليته الالتقاط ينبغي أن يجب عليه انتزاعه منه، وسيده (٤) من الجملة، لانتفاء أهليته العبد له، وإن كان له أهليته الاستنقاذ من الهلاك.

قوله: «و هل يراعى الإسلام؟. إلخ».

القول للشيخ في المبسوط (٥)، محتجاً بما أشار إليه من استلزامه إثبات السبيل للكافر على المسلم، وهو منفى بقوله تعالى وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (٦). وبأنه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه و يعلمه الكفر، بل الظاهر أنه يربيه على دينه و ينشأ (٧) على ذلك كولد، فلا يقر عليه، بل ينزع من يده إن

ص: ٤٦٦

١- ١) تذكرة الفقهاء ٢: ٢٧٠.

٢- ٢) الدروس الشرعية ٣: ٧٥.

٣- ٣) من «ذل، خ».

٤- ٤) كذا في «ل، و»، وفي «ص، د، ط، م»: «و من يده من الجملة، وفي «ذ»: «و تنفيذه من».

٥- ٥) المبسوط ٣: ٣٤٠.

٦- ٦) النساء: ١٤١.

٧- ٧) في «ط» و ينشق، وفي «م»: «و ينشئه».

و لو كان الملتقط فاسقا،(١) قيل: ينتزعه الحاكم من يده و يدفعه إلى عدل، لأن حضائته استئمان و لا أمانه للفاسق. و الأشبه أنه لا ينتزع.

فرض التقاطه له.

و اقتصار المصنف-رحمه الله-على نقل القول يشعر بتردده فيه. و وجهه:

مما ذكر، و من أصاله الجواز، و منع إثبات السبيل له عليه، إذ لا سلطنه له عليه.

و الأول أقوى.

و محلّ الخلاف ما إذا كان اللقيط محكوما بإسلامه، بأن التقط في دار الإسلام أو دار الكفر و فيها مسلم يمكن تولّده منه. أما لو كان محكوما بكفره فلا إشكال في جواز التقاط الكافر له، للأصل، و انتفاء المانع، و عموم و الذين كفروا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ (١).

قوله: «و لو كان الملتقط فاسقا. إلخ».

القول باشتراط العدالة للشيخ في المبسوط (٢) أيضا، و تبعه عليه العلامة (٣) في غير التحرير، لما تقرّر من أن الحضانه استئمان و لا أمانه للفاسق، و لأنه ربما استرقّه و أخذ ماله.

و المصنف-رحمه الله-و الأ-كثر لم يشترطوا ذلك، للأصل، و لأن المسلم محلّ الأمانه، مع أنه ليس استئمانا حقيقيا، و لا انتقاضه بالتقاط الكافر مثله، لجوازه بغير خلاف. و هذا أقوى.

ص: ٤٦٧

١- (١) الأنفال: ٧٣.

٢- (٢) المبسوط ٣: ٣٤٠.

٣- (٣) تذكره الفقهاء ٢: ٢٧٠، إرشاد الأذهان ١: ٤٤٠، قواعد الأحكام ١: ١٩٥.

و لو التقطه بدوى لا استقرار له (١) فى موضع التقاطه، أو حضرى يريد السفر به، قيل: ينتزع من يده، لما لا يؤمن من ضياع نسبه، فإنه إنما يطلب فى موضع التقاطه. و الوجه الجواز.

نعم، لو كان له مال اتجه اشتراطها، لأن الخيانة فى المال أمر راجح الوقوع. و يشكل بإمكان الجمع بانتزاع الحاكم له منه كالمبذر. و أولى بالجواز التقاط المستور، لعدم الحكم عليه بالفسق.

و من اشترط عدالته فرق بينه و بين ملتقط المال- حيث أقر فى يده و إن كان فاسقا-: بأن فى اللقطه معنى التكبس و الفاسق من أهله، و ها هنا لا كسب، بل هو مجرد الولاية. و بأن المال يتملكه الملتقط بعد التعريف فلا وجه لانتزاعه منه، بخلاف اللقيط. و بأن المقصود فى اللقطه حفظ المال، و يمكن الاحتياط عليه بالاستظهار عليه و إن لم ينزعه، و المقصود هنا حفظ الحرّيه و النسب، و لا سبيل إلى الاستظهار عليه، لأنه قد يدعى رقه فى بعض البلدان و بعض الأحوال.

و فى هذه الفروق نظر لا يخفى.

قوله: «و لو التقطه بدوى لا استقرار له. إلخ».

القول بنزعه من يد البدوى و يريد السفر للشيخ فى المبسوط [١] أيضا، محتجا عليه بما ذكره المصنف من أنه يؤدى إلى ضياع نسبه فى بلد الغربه، حيث إنه إنما يطلب غالبا فى محل الالتقاط.

و ما استوجه المصنف من جواز التقاطهما وجيه، عملا بالأصل، و عدم صلاحية ما ذكر للمانع، لعدم انضباط الحال فى ذلك، فقد يؤدى السفر به إلى

ولا ولاء للملتقط عليه،(١) بل هو سائبه يتولّى من شاء.

ظهور نسبه، بأن كان أصله من مكان بعيد عن محلّ الالتقاط و يوافقه المسافر اتفاقاً، و نحو ذلك.

قوله: «ولا ولاء للملتقط عليه. إلخ».

هذا مذهب الأصحاب و أكثر أهل العلم، لقوله (١) صَلَّى الله عليه و آله: «إنما الولاء لمن أعتق»، و «إنما» للحصر إلا ما أثبتته دليل من خارج. و قول الصادق عليه السلام: «المنبوذ إن شاء جعل ولاءه للمّذين ربّوه، و إن شاء لغيرهم» (٢). و لأنه حرّ الأصل لم يثبت عليه رقّ ولا على آبائه، فلم يثبت عليه ولاء كمعروف النسب.

و خالف في ذلك بعض (٣) العامّة، فأثبتوا ولاءه للملتقط استناداً إلى خبر [١] لم يثبت.

ص: ٤٤٩

١- (١) الكافي ١٩٧: ٦ ح ١ و ٣ و ٤، التهذيب ٢٤٩: ٨ ح ٩٠٥-٩٠٧، عوالي اللئالي ٣٠٦: ٢ ح ٣٢، الوسائل ٣٨: ١٦ ب «٣٥» من أبواب العتق ح ١ و ٢. و انظر الموطأ ٧٨٠: ٢، سنن الدارمي ٣٩٨: ٢، مسند أحمد ٣٣: ٦، صحيح البخاري ٢٤٨: ٣، صحيح مسلم ١١٤١: ٢ ح ٥، سنن ابن ماجه ٦٧١: ١ ح ٢٠٧٦، سنن أبي داود ٢١: ٤ ح ٣٩٢٩، سنن الترمذي ٣٧٩: ٤ ح ٢١٢٤، سنن النسائي ٣٠٦: ٧. و في بعض هذه المصادر: إن الولاء.

٢- (٢) الفقيه ٨٦: ٣ ح ٣١٨، التهذيب ٢٢٧: ٨ ح ٨٢٠، الوسائل ٦٢: ١٦ ب «٦٢» من أبواب العتق ح ٣.

٣- (٣) المغني لابن قدامه ٤١١: ٦.

و إذا وجد الملتقط سلطانا (١) ينفق عليه استعان به، وإلا- استعان بالمسلمين. و بذل النفقه عليهم واجب على الكفايه، لأنه دفع ضروره مع التمكن. و فيه تردد.

فإن تعذر الأمران أنفق عليه الملتقط، و رجع بما أنفق إذا أيسر، إذا نوى الرجوع. و لو أنفق مع إمكان الاستعانه بغيره أو تبرّع لم يرجع.

قوله: «و إذا وجد الملتقط سلطانا. إلخ».

الواجب على الملتقط حضانته بالمعروف، و هو تعهده و القيام بضروره تربيته بنفسه أو بغيره. و لا- يجب الإنفاق عليه من ماله ابتداء، بل من مال اللقيط إن اتفق، كالموجود معه و الموقوف على أمثاله، بإذن الحاكم مع إمكانه، و إلا أنفق بنفسه. و مع عدمه يرفع أمره إلى السلطان لينفق عليه من بيت المال، لأنه للمصالح و هذا منها، أو من الزكاه مطلقا (١)، أو من سهم الفقراء و المساكين، أو [من] (٢) سهم سبيل الله.

فإن تعذر ذلك كله و وجد من ينفق عليه من الزكاه جاز أيضا، و إلا استعان بالمسلمين، و يجب عليهم بذل النفقه كفايه، و الملتقط منهم. و إنما جاز الاستعانه بهم مع كونه كأحدهم لرجاء أن يوجد فيهم متبرّع، إذ لا يجب عليه التبرّع. فإن اتفق المتبرّع و إلا كان الملتقط و غيره سواء في الوجوب، لأنه من باب إعانه المضطرّ الواجبه كفايه في جميع الأبواب.

و المصنف- رحمه الله- تردد في ذلك مع كون الحكم به هو المشهور و عليه الفتوى. و وجه التردد: ممّا ذكر، و أصله عدم الوجوب، لإمكان تأديّه بالاقتراض

ص: ٤٧٠

١- ١) في «ط، ل»: «أو مطلقا».

٢- ٢) من «ط».

إشاره

الثالث: في أحكامه

وهي مسائل

وهي مسائل:

الأولى: قال الشيخ رحمه الله: أخذ اللقيط واجب على الكفايه

الأولى: قال الشيخ (١) رحمه الله: أخذ اللقيط واجب (١) على الكفايه، لأنه تعاون على البر، و لأنه دفع لضروره المضطر. و الوجه الاستحباب.

عليه و الرجوع به بعد قدرته. و في المبسوط (٢) نقل القولين و لم يرجح أحدهما.

و الأشهر وجوبها (٣) على المسلمين كفايه كما ذكر.

فإن تعدّر جميع ذلك أنفق الملتقط عليه، و رجع عليه به إذا نواه بعد يساره.

و لو لم ينو كان متبرّعا، كما لا رجوع له لو وجد المعين المتبرّع فلم يستعن به.

و لو أنفق غير الملتقط عليه حينئذ بتيه الرجوع فكذلك على الأقوى، لا شراك الجميع في المقتضى.

و الأقوى عدم اشتراط الإشهاد في جواز الرجوع، و إن توقّف ثبوته عليه بدون اليمين. و اعتبره في التذكرة (٤)، محتجاً بأنه مع عدم الحاكم قائم مقام إذنه.

و هو ممنوع.

قوله: «قال الشيخ: أخذ اللقيط واجب. إلخ».

أكثر الأصحاب على أن أخذ اللقيط واجب على الكفايه، لما فيه من إعانه المضطرّ، بل إحياء النفس و صيانتها عن الهلاك في كثير من أفرادها، و قد قال تعالى وَ تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى (٥)

١-١) المبسوط ٣:٣٣٦.

٢-٢) المبسوط ٣:٣٣٩.

٣-٣) في «ط،ل»: وجوبهما.

٤-٤) التذكرة ٢:٢٧٣.

٥-٥) المائدة: ٢.

الثانية: اللقيط يملك كالكبير، (١) و يده دالّه على الملك كيد البالغ، لأن له أهليه التملك. فإذا وجد عليه ثوب قضى به له. و كذا ما يوجد تحته أو فوقه. و كذا ما يكون مشدودا في ثيابه.

و لو كان على دابّه أو جمل، أو وجد في خيمه أو فسطاط، قضى له بذلك و بما في الخيمه و الفسطاط. و كذا لو وجد في دار لا مالك لها.

وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً (١).

و المصنف - رحمه الله - ذهب إلى استحبابه عملاً - بالأصل. و هو إنما يتصور مع عدم الخوف عليه من الضرر، و إلا - لم يكن له وجه، مع أن الأصل في مشروعيته و الأمر به إنما هو إزاله الضرر، و من ثمّ اختصّ بمن لا يستقلّ بحفظ نفسه. فالقول بالوجوب - كما عليه معظم الأصحاب - قوي. و التفصيل بالوجوب مع الخوف عليه و الاستحباب مع عدمه - كما اختاره الشهيد في اللمعه (٢) - متّجه.

قوله: «اللقيط يملك كالكبير. إلخ».

لَمَّا كَانَ الْأَصْلُ فِي اللَّقِيطِ الْحَرِّهِ مَا لَمْ يَعْرِفْ غَيْرَهَا فَهُوَ قَابِلٌ لِلْمَلِكِ، لِأَنَّهُ لَهَا يَدَا وَ اخْتِصَاصًا كَالْبَالِغِ، فَيَحْكُمُ لَهُ بِمِلْكِيَّتِهِ مَا تَحْتَ يَدِهِ وَ اخْتِصَاصِهِ، وَ ذَلِكَ كَثِيَابُهُ الْمَلْبُوسَةُ وَ الْمَلْفُوفَةُ عَلَيْهِ وَ الْمَفْرُوشَةُ تَحْتَهُ، وَ مَا غَطَّى بِهِ مِنْ لِحَافٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَ مَا يَشُدُّ عَلَيْهِ وَ عَلَى ثَوْبِهِ، أَوْ جَعَلَ فِي جَيْبِهِ مِنْ حَلْيٍ أَوْ دِرَاهِمٍ وَ غَيْرِهِمَا. وَ كَذَا الدَّابَّةُ الَّتِي تَوْجَدُ مَشْدُودَةً عَلَيْهِ، وَ الَّتِي عَنَّانُهَا بِيَدِهِ، أَوْ مَشْدُودَةً فِي وَسْطِهِ أَوْ ثِيَابِهِ، وَ الْمَهْدُ الَّذِي هُوَ فِيهِ. وَ كَذَا الدَّنَانِيرُ الْمَنْبُودَةُ (٣) فَوْقَهُ، وَ الْمَصْبُوبَةُ (٤) تَحْتَهُ

ص: ٤٧٢

١ - ١) المائدة: ٣٢.

٢ - ٢) اللمعه الدمشقيه: ١٤٣.

٣ - ٣) في نسخه بدل «و»: المنثور.

٤ - ٤) في «د، ص، م»: «و المضمومه، و في «ط»: «و المبتوئه، و في «خ»: «و المصيونه».

و فيما يوجد بين يديه (١) أو إلى جانبه تردّد أشبهه أنه لا يقضى له.

و كذا البحث لو كان على دكّه و عليها متاع. و عدم القضاء له هنا أوضح، خصوصا إذا كان هناك يد متصرّفه.

الثالثه: لا يجب الإشهاد عند أخذ اللقيط

الثالثه: لا يجب الإشهاد (٢) عند أخذ اللقيط، لأنه أمانه، فهو كالاستيداع.

و تحت فراشه. و كذا لو كان في خيمه أو دار ليس فيها غيره فهما له، لثبوت يده على ذلك كلّ.

قوله: «و فيما يوجد بين يديه. إلخ».

وجه التردّد: من خروجه عن يده لبعده عنه، و من منع الخروج بذلك، لأن مثل هذا يثبت اليد و الاختصاص في حقّ البالغ، ألا ترى أن الأمتعه الموضوعه في السوق بقرب الشخص تجعل له، خصوصا مع انضمام قرينه إليه، كما لو وجدت معه أو في ثيابه رقعته فيها أن ذلك له.

و استقرب في التذكرة (١) أنه له مع الرقعته، لأنه في الأماره و الدلاله على تخصيص اللقيط به أقوى من الموضوع تحته. و كذا لو أرشدت الرقعته إلى دفين تحته. و في المبسوط (٢) حكم له به مطلقا.

و الأقوى عدم الحكم له بذلك إلا مع القرينه القويّه الموجهه للظنّ الغالب، بأن كانت الرقعته بخطّ مسكون إليه و نحو ذلك.

قوله: «لا يجب الإشهاد. إلخ».

هذا عندنا موضع وفاق، لأصالة البراءه، و لأنه أمانه كالاستيداع، فلا يجب

ص: ٤٧٣

١ - (١) التذكرة ٢: ٢٧٢.

٢ - (٢) المبسوط ٣: ٣٣٧.

الرابعة: إذا كان للمنبوذ مال افتقر الملتقط في الإنفاق عليه إلى إذن الحاكم

الرابعة: إذا كان للمنبوذ مال (١) افتقر الملتقط في الإنفاق عليه إلى إذن الحاكم، لأنه لا ولاية له في ماله. فإن بادر فأنفق عليه منه ضمن، لأنه تصرف في مال الغير لا لضروره. ولو تعذر الحاكم جاز الإنفاق ولا ضمان، لتحقيق الضروره.

الإشهاد عليها.

و تبينه بالتعليل على خلاف بعض (١) العامة حيث أوجبه، محتجاً بأنه يحتاج إلى حفظ الحرّيه و النسب، فوجب كالنكاح. فردّه المصنف بأنه أمانه كالاستيداع، فلا يجب الاشهاد عليها. نعم، يستحبّ، لأنه أصون و أحفظ لنسبه و حرّيته، فإن اللقطه يشيع خبرها بالتعريف و لا تعريف في اللقيط. ويتأكد الاستحباب في جانب الفاسق و المعسر. وإذا أشهد به فليشهد على اللقيط و ما معه.

قوله: «إذا كان للمنبوذ مال. إلخ».

ولا يه الملتقط على اللقيط إنما هي في حضانتها و تربيتها، لأن ذلك هو المقصود من شرعيته بل وجوبه، و أما ماله فلا ولاية له عليه، للأصل، و لأن إثبات اليد على المال تفتقر إلى ولاية عامّه أو خاصّه و لا ولاية للملتقط. فإذا التقطه و بيده مال رفع أمره إلى الحاكم ليأخذه منه و يسلمه إلى أمين - و لو أنّه الملتقط - لينفق عليه منه. فإن بادر الملتقط إلى الإنفاق عليه منه بدون إذن الحاكم مع إمكانه كان ضامناً، كمن في يده وديعه ليتيم فأنفقها عليه.

فإن تعذر الحاكم جاز للملتقط حينئذ الإنفاق من باب الحسبه، كما يجوز الإنفاق على اليتيم للأحاد عند تعذر الولي المنفق. و لأن تركها حينئذ يؤدّي إلى الإضرار بالطفل، و وجوبها من مال الملتقط مع وجود مال اللقيط إضرار به، و هما

ص: ٤٧٤

الخامسة:الملقوط في دار الإسلام(١)يحكم بإسلامه-و لو ملكها أهل الكفر-إذا كان فيها مسلم،نظرا إلى الاحتمال و إن بعد،تغليبا لحكم الإسلام.و إن لم يكن فيها مسلم فهو رقّ.و كذا إن وجد في دار الحرب و لا مستوطن هناك من المسلمين.

منفّيان (١).و لا يجب الإشهاد على الإنفاق حينئذ،للأصل،لكن يستحبّ،دفعاً للتخاصم،و رفعاً للتهمة.

قوله:«الملقوط في دار الإسلام.إلخ».

الغرض هنا بيان حكم اللقيط من حيث الإسلام و الكفر.و اعلم أن الإسلام لشخص قد يثبت استقلالا،و قد يثبت لغيره (٢)تبعاً.فالأول في حقّ البالغ العاقل، فيصحّ منه مباشرة الإسلام بالعباره إن كان ناطقا،و الإشارة إن كان أخرس.أما الصبيّ فلا يصحّ إسلامه مطلقا،لأنه غير مكلف،و عبارته مسلو به بالأصل.

و للشيخ (٣)-رحمه الله-قول بصحّه إسلام المراهق.و هو ضعيف.و قد تقدّم (٤)الكلام فيه.

و أما الإسلام بالتبعيّة،فيكون تاره بإسلام أحد الأبوين،و تاره بتبعيّة السابى،و لا غرض في البحث عن هذين هنا،و تاره بتبعيّة الدار،و هو الغرض في باب اللقيط،فإنه إنما يحكم بإسلامه بهذه الجهة،فمن ثمّ اقتصر عليها المصنف.

ثمّ اللقيط إما أن يوجد في دار الإسلام،أو في دار الكفر.

ص:٤٧٥

١- (١) الحجّ:٧٨،و انظر الوسائل ١٧:٣٣٣ ب«٧» من أبواب إحياء الموات ح ٢.

٢- (٢) في«ص،ط،و،ل»:بغيره.

٣- (٣) الخلاف ٣:٥٩١ مسألة(٢٠).

٤- (٤) في ج ٤٣:١٠.

أما دار الإسلام-و المراد بها هنا على ما ذكره في الدروس (١): ما ينفذ فيها حكم الإسلام، فلا يكون بها كافر إلا معاهدا-فلقيطها حرّ مسلم. و حكم دار الكفر التي تنفذ فيها أحكام الإسلام كذلك، إذا كان فيها مسلم صالح للاستيلاء و لو واحدا أسيرا. و في معناهما دار كانت للمسلمين فاستولى عليها الكفار، إذا علم بقاء مسلم فيها صالح للاستيلاء.

و أما دار الكفر، فهي ما تنفذ فيها أحكام الكفار، فلا يسكن فيها مسلم إلا مسالما. و لقيطها محكوم بكفره و رقه، إلا أن يكون فيها مسلم و لو تاجرا أو أسيرا أو محبوسا. و لا يكفي المارّه من المسلمين.

و في التذكرة: «أن دار الإسلام قسمان: دار خطها المسلمون، كبغداد و البصرة و الكوفة، فلقيط هذه محكوم بإسلامه و إن كان فيها أهل الذمّه. و دار فتحها المسلمون، كمداثن و الشام، فهذه إن كان فيها مسلم واحد حكم بإسلام لقيطها، و إلا فهو كافر. و دار الكفر قسمان: بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كالساحل، فهذا إن كان فيه و لو مسلم واحد حكم بإسلام لقيطه، و إن لم يكن فيها مسلم فهو كافر. و يحتمل أن يكون مسلما، لاحتمال أن يكون فيه مؤمن يكتّم إيمانه. و بلد لا يكون للمسلمين أصلا، كبلاد الهند و الروم، فإن لم يكن فيها مسلم فلقيطها كافر، لأن الدار لهم و أهلها منهم، و إن كان فيها مسلمون-كالتجار.

و غيرهم-ساكنون فهو مسلم، لقيام الاحتمال، تغليباً للإسلام» (٢) انتهى.

و ظاهر هذه التعريفات أن المراد من دار الإسلام هنا غير المراد بها في

ص: ٤٧٦

١- ١) الدروس الشرعيّة ٣: ٧٨.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٢٧٥-٢٧٦.

السادسه:عاقله اللقيط الإمام،(١)إذا لم يظهر له نسب،و لم يتوال أحدا،سواء جنى عمدا أو خطأ،ما دام صغيرا.فإذا بلغ[و جنى بعده] ففي عمده القصاص،و فى خطائه الديه على الامام،و فى شبيه العمد الديه فى ماله.

حكمهم بأن سوق الإسلام يحكم على لحومه و جلوده بالطهاره كما سبق (١)فى أبوابه (٢)،لأن المسلم الواحد لا يكفى فى ذلك إذا كان أصل البلد للمسلمين،و لا يصدق عليه سوق المسلمين.

قوله:«عاقله اللقيط الإمام.إلخ».

عاقله اللقيط عندنا الإمام،لأن ميراثه له،فإنه وارث من لا- وارث له.و عند العامه (٣)جنايته فى بيت المال،لأنه ليس له عاقله خاصه،و ماله إذا مات مصروف عندهم إلى بيت المال إرثا،فلما كان بيت المال وارثا له عقل عنه، و جنايته على النفس مترتبة على ذلك.فإذا جنى و هو صغير فعلى عاقلته،سواء جنى عمدا أم خطأ،لأن عمد الصغير خطأ.و بعد بلوغه ففي عمده القصاص كغيره،و فى خطائه الديه على عاقلته كما مرّ.

و لو كانت جنايته على مال فالضمان عليه لا غير مطلقا،سواء أتلفه عمدا أم خطأ،و ينتظر به يساره إذا لم يكن بيده مال.

ص:٤٧٧

١- (١) فى ج ٤٩٢: ١١.

٢- (٢) فى «م»:بابه.

٣- (٣) المدونه الكبرى ٣:٣٦٨،الحاوى الكبير ٨:٤٧،المبسوط للسرخسى ١٠:٢١٠،الوجيز ١:٢٥٨،المغنى لابن قدامه ٦:٤٠٦،روضه الطالبين ٤:٥٠٢.

و لو جنى عليه و هو صغير،(١) فإن كانت على النفس فالدیه إن كانت خطأ، و القصاص إن كانت عمدا. و إن كانت على الطرف قال الشيخ: لا يقتص له، و لا تؤخذ الدیه، لأنه لا یدرى مراده عند بلوغه، فهو كالصبی لا يقتص له أبوه و لا الحاکم، و يؤخر حقه إلى بلوغه.

و لو قیل بجواز استيفاء الولی الدیه مع الغبطه إن كانت خطأ و القصاص إن كانت عمدا، كان حسنا، إذ لا معنى للتأخير مع وجود السبب. و لا يتولّى ذلك الملتقط، إذ لا ولاية له فى غير الحضانه.

قوله: «و لو جنى عليه و هو صغير. إلخ».

إذا جنى على اللقيط و هو صغير، فإن كانت على النفس فالدیه للإمام عندنا إن كانت الجنایه خطأ، و القصاص إليه إن كانت عمدا.

و إن كانت على ما دون النفس ففى تعجيل الحاکم استيفاء الحق من الدیه أو القصاص قولان:

أحدهما- و به قال الشيخ فى المبسوط (١)-: أنه ليس للإمام استيفاؤه، لأنه قد يريد العفو و قد يريد التشفی، و إذا لم يعلم مراده لا يجوز تعجيل الاستيفاء، و لأن فائت الدم لا يستدرك. و طرد المنع فى حق الأب و الجد أيضا.

و الثانى- و هو الذى اختاره المصنف و الأ-كثر-: الجواز هنا و فى الأب و الجد، لثبوت الولاية، فجاز له الاستيفاء كغيره من الحقوق. و لأن شرعيه القصاص لحفظ الأنفس، كما بينه سبحانه و تعالى بقوله:

ص: ٤٧٨

السابعة: إذا بلغ فقدفه قاذف (١) و قال: أنت رقّ، فقال: بل حرّ، للشيخ فيه قولان:

أحدهما: لا حدّ [عليه]، لأن الحكم بالحرّيه غير متيقّن، بل على الظاهر، و هو محتمل، فيتحقّق الاشتباه الموجب لسقوط الحدّ.

و الثانى: عليه الحدّ، تعويلا على الحكم بحرّيته ظاهرا، و الأمور الشرعيّه منوطه بالظاهر، فيثبت الحدّ كثبوت القصاص. و الأخير أشبه.

و لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ (١)، و تأخيرّه مع بذله ترك للغايه، و قد يفوت استدراكها بفوات المحلّ. و لا عبره بإرادته المولّى عليه وقت البلوغ، لأن المعتر بحال الجنايه و أهليّته حينئذ مفقوده. و هذا هو الأقوى.

و موضع الخلاف الصغير، و لذا (٢) عبّر به المصنف رحمه الله. أما المجنون فإن الوليّ يعتمد فى أمره المصلحه. و الفرق أن للصبيّ غايه ينتظر، بخلاف المجنون، فإنه لا - وقت معيّن ينتظر لإفاقة، و التأخير لا إلى غايه قريب من التفويت. و هذه الولايات راجعه إلى الحاكم كما قرّرناه، دون الملتقط، لأنه لا ولاية له على اللقيط فى غير الحضانه.

و فرع الشيخ على انتظار البلوغ حبس الجانى إلى أن يبلغ اللقيط ليستوفى العقوبه. و ضعفه كالأصل، لأن الواجب بالجنايه القود أو الديه، أما الحبس فلا، بل هو تعجيل عقوبه بغير سبب واضح.

قوله: «إذا بلغ فقدفه قاذف. إلخ».

إذا قذف اللقيط قاذف بعد بلوغه، فإن لم يدّع رقيّته فلا إشكال فى حدّه،

ص: ٤٧٩

١ - (١) البقره: ١٧٩.

٢ - (٢) فى «خ»: و كذا.

لأنه محكوم بحريته ظاهراً ولا معارض لها. وإن ادعى القاذف رقيته و أنكر المقذوف، فقد تعارض أصلاً الحريه الموجب للحدّ و القصاص و براءة الذمه من وجوب الحدّ و قيام الشبهه الدارئه للحدّ.

و لذلك (١) اختلف كلام الشيخ في المبسوط، ففي موضع (٢) منه أوجب الحدّ للأول، و في موضع (٣) آخر حكم بعدمه للثاني.

و كذلك اختلف فتوى المصنف رحمه الله، فهنا أوجب الحدّ عملاً- بالظاهر، فإن الأحكام الشرعيه منوطه به، و من ثمّ وجب القصاص بغير خلاف. و في كتاب الحدود (٤) اختار فيما إذا تفاذف اثنان و ادعى المقذوف الحريه و أنكر القاذف سقوط الحدّ.

و الأقوى ثبوته فيهما، لوجود المقتضى، و هو قذف من حكم بحريته شرعاً، و جرت عليه أحكام الأحرار، و هو مخرج عن حكم الأصل الآخر، فتعارض الأصلين ممنوع.

إذا تقرّر ذلك، فإن لم نقل بوجوب الحدّ فلا إشكال في وجوب التعزير، لأن قدره متيقّن على كلّ من تقديرى الرقيه و الحريه، و هى مانعه الخلوّ.

و ما قيل: من أن التعزير على تقدير الحريه غير واجب، بل الواجب قدره في ضمن [وجوب] (٥) الحدّ، و التعزير هو ذلك القدر المخصوص دون ما زاد، فأحدهما غير الآخر.

ص: ٤٨٠

١- ١) في «د، ط، م»: «و كذلك.

٢- ٢) المبسوط ٣: ٣٤٧، و ج ١٧: ٨.

٣- ٣) المبسوط ٣: ٣٤٧، و ج ١٧: ٨.

٤- ٤) شرائع الإسلام ١٦٨: ٤-١٦٩.

٥- ٥) من «د، و، م».

الثامنه: يقبل إقرار اللقيط على نفسه (١) بالرق، إذا كان بالغاً رشيداً، و لم تعرف حرّيته، و لا كان مدّعياً لها.

يندفع: بأن الحدّ و التعزير ليسا من الأمور التي يختلف الحال فيها بكون أحدهما جزءاً من الآخر أو أصلاً، و إنما المطلوب فيهما مجرّد الضرب، و قدر التعزير يصلح جزءاً للحدّ. و إنما يتّجه الفرق لو تميّزا بالتّيه أو نحوها، و إلا- فالقدر الواقع في التعزير من الضرب قدر مشترك بين الأمرين، فيثبت على التقديرين.

قوله: «يقبل إقرار اللقيط على نفسه. إلخ».

إذا أقرّ اللقيط على نفسه بالرق بعد بلوغه و عقله، فإما أن يكون معروف الحرّيه بغير جهة الالتقاط، أولاً. ثمّ إما أن يصدّقه المقرّ له، أو يكذّبه. و على التقديرين: إما أن يكون قد ادّعى قبل ذلك الحرّيه أو لا.

فإن كان قبل إقراره قد عرفت حرّيته لا- من حيث هذا الظاهر لم يلتفت إلى إقراره مطلقاً. و إن كان باقياً على الحرّيه الظاهره المستنده إلى الدار حكم عليه بمقتضى إقراره، لعموم قوله صلى الله عليه و آله: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١). لكن إن كذّبه المقرّ له ففي بطلان إقراره حينئذ من حيث إن إقراره منحصر في رقيه مخصوصه و قد انتفت بإنكار المالك، أم يبقى على الرقيه المجهوله، قولان أوّلهما للشيخ في المبسوط (٢). و الثاني لا يخلو من قوّه.

و يتفرّع عليهما ما إذا عاد المقرّ له فصدّقه، فعلى قول الشيخ لا يلتفت إليه،

ص: ٤٨١

١- (١) راجع الوسائل ١٦: ١١١ ب «٢» من كتاب الإقرار ح ٢، المستدرک ١٦: ٣١ ب «٢» من كتاب الإقرار ح ١، عوالى اللثالى ٣: ٤٤٢ ح ٥، و راجع أيضاً المختلف: ٤٤٣، التذکره ٢: ٧٩، إيضاح الفوائد ٢: ٤٢٨، جامع المقاصد ٥: ٢٣٣، فهناك بحث في كون هذه الجملة روايه.

٢- (٢) المبسوط ٣: ٣٥٢-٣٥٣.

لأنه لمّا كذّبه ثبتت حرّيته بالأصل فلا- يعود رقيقا.و على الثاني يثبت، لأن الرقيّه المطلقه تصير كالمال المجهول المالك يقبل إقرار مدّعيه ثانيا و إن تقدّم إنكاره.

و فى المسأله قول ثالث،و هو أنه لا يقبل إقراره بالرقّ مطلقا و إن صدّقه المقرّ له،لأنه محكوم بحرّيته تبعا للدار فلا ينتقض، كما أن المحكوم بإسلامه تبعا للدار إذا أعرب بالكفر لا ينتقض ما حكم به،بل يجعل مرتدّا.

و ردّ بأن الحكم بحرّيته [إنما هو] (١)ظاهر،و إقراره أقوى من ظاهريّه الدار،لأنه كالبيّنه بل [هو] (٢)أقوى.و إنما يحكم (٣)بالكفر إذا أعرب به احتفاظا بالدين.و فى الفرق نظر.

و إن كان قد سبق منه ما ينافى إقراره-بأن كان قد ادّعى الحرّيه-ففى قبول إقراره أيضا قولان:

أحدهما-و هو الأشهر-:القبول،لعموم إقرار العقلاء.و الحرّيه قد كان محكوما بها ظاهرا من دون الدعوى،و كلّ من الحكم بها ظاهرا و دعواها لا يقتضى كونه حرّا فى نفس الأمر،و ربما كان الحال غير معلوم عنده فبنى على الظاهر ثمّ تجدد العلم به.

و الثانى-و به قال الشيخ فى المبسوط (٤)-:لا يقبل،لأنّا حكمنا بحرّيته و ألزمناه أحكامها من الحجّ و الجهاد و غيرهما،فلا ينتقض ذلك برجوعه.

ص: ٤٨٢

١- ١) من «ذ،و،خ».

٢- ٢) من «د،و،م».

٣- ٣) كذا فيما لدينا من النسخ الخطّيه،و لعلّ الصحيح:لم يحكم.

٤- ٤) المبسوط ٣:٣٥٢.

التاسعة: إذا ادّعى أجنبيّ بنوّته (١) قبل إذا كان المدّعى أبا، وإن لم يتم بينه، لأنه مجهول النسب فكان أحقّ به، حرّا كان المدّعى أو عبدا، مسلما كان أو كافرا. وكذا لو كان أمّا. ولو قيل: لا يثبت نسبه إلا مع التصديق، كان حسنا.

ولا - يحكم برّقه ولا - بكفره إذا وجد في دار الإسلام. وقيل: يحكم بكفره إن أقام الكفار بينه بنوّته، وإلا حكم بإسلامه لمكان الدار، وإن لحق نسبه بالكافر. والأول أولى.

و ردّ بأن ذلك لو أثر لاقتضى (١) عدم قبول إقرار من ظاهره الحرّيه من دون الدعوى، لوجوب ذلك عليه.

و حيث حكم برّقه على أحد الوجوه في بطلان تصرّفاتة السابقة على الإقرار أوجه، من ظهور وقوعها حال الرّقيه، ومن وقوعها حال الحكم بالحرّيه، و 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 ممّا في يده، و إلا تبع به بعد العتق.

و لو كانت المقرّه الزوجه اللقيطه لم يحكم بفساد النكاح، لتعلّقه بالغير.

و يثبت للسيد أقلّ الأمرين من المسمّى و عقر الأمه.

قوله: «إذا ادّعى أجنبيّ بنوّته. إلخ».

القول في نسب اللقيط كهو في سائر المجاهيل، فإذا استلحقه من يمكن ولادته منه لحق به، لأنه أقرّ بنسب مجهول يمكن أن يكون منه، و ليس في إقراره إضرار بغيره، فيثبت إقراره. و لأن إقامه البينه على النسب ممّا يعسر، و لو لم يثبت

ص: ٤٨٣

الاستلحاق لضاع كثير من الأنساب. وقد سبق في باب (١) النسب ما يشترط في الاستلحاق. ولا فرق بين الملتقط وغيره، لكن يستحب أن يقال للملتقط: من أين لك هذا؟ فربما توهم أن الالتقاط يفيد النسب.

و عن مالك (٢) أنه إن استلحقه الملتقط لم يلحق به، لأن الإنسان لا ينزله ولده ثم يلتقطه، إلا أن يكون ممن لا يعيش له ولد فيلحق به، لأنه قد يفعل مثل ذلك تفاؤلاً ليعيش الولد.

و إذا لحق بغير الملتقط سلم إليه، لأن الأب أحق بالتربية والكفالة من الأجنبي.

و استلحاق العبد والكافر كاستلحاق الحر المسلم، لاشتراك الجميع في المقتضى، وهو الإقرار بنسب مجهول يمكن أن يكون منه، وليس في إقراره إضرار بغيره.

و قال بعض (٣) العامة: لا يلحق بالكافر والعبد، لأنه محكوم بإسلامه وحرّيته، فلا يقبل ممن يقتضى إقراره خلاف ذلك.

و ردّ بأن التحاقه بهما في النسب خاصّه، أما في الدين والرقية فلا، بل يحكم بحرّيته وإسلامه، ولا يثبت لهما عليه حضانه، لعدم أهليتهما لها.

هذا إذا وجد في دار يحكم فيها عليه بالإسلام، وإلا فلا مانع من تبعيته في الكفر، للحكم حينئذ بكفره وإن لم يدعه الكافر.

ص: ٤٨٤

١-١) راجع ج ٣٧٣، ٨: ج ١١: ١٢٥.

٢-٢) انظر مختصر خليل: ٢٩٢، الخرشي ١٣٢-٧: ١٣٣.

٣-٣) راجع المبسوط للسرخسي ١٠: ٢١٦، المغني لابن قدامة ٦: ٤٢١، روضه الطالبين ٤: ٥٠٤-٥٠٥.

و فى المسأله وجهان آخران:

أحدهما: تبعيته للكافر فى الكفر تبعاً للنسب، لتلازمهما.

و الثانى -و هو اختيار الشيخ فى المبسوط (١)-: الفرق بين لحوقه به بالإقرار و بالبینه، فیتبعه فى الكفر فى الثانى دون الأول، لأن البینه أقوى من تبعیه الدار، و مجرد الدعوى مكافئه للدار، فيستمر كل منهما على حاله، و لا (٢) يكون دعوى الكافر مغیره (٣) لحكم الشرع بإسلامه.

و لو ادعى المسلم بنوّه من حكم بكفره تبعاً للدار تبعه فى الإسلام و الحرّیه، بخلاف الكافر.

هذا كلّّه إذا كان المدعى الأب. أما الأم فقليل إنها كالأب، لأنها أحد الأبوين، فصارت كالأب بل أولى، لأن جهة اللحق بالأب النكاح و الوطء بالشبهه، و المرأه تشارك الرجل فيه و تختصّ بجهه أخرى و هى الزنا على قول بعضهم.

و الأظهر الفرق، و أنه لا- يلحق بها إلا- بالبینه أو التصديق، لأنه يمكنها إقامه البینه على الولاده، بخلاف الأب، فلا يقبل قولها فيه، و لهذا لو علّق حكماً- كالظهار و الطلاق عند من أوقعه معلّقاً- على ولادتها فقالت: ولدت، لم يقع حتى تقيم البینه. و لأنها إذا أقرت بالنسب فكأنّها تقرّ بحقّ عليها و على غيرها، لأنها فراش الزوج، فلا ينفذ إقرارها فى حقّ الزوج، فيبطل فى الجميع، لأنه إقرار واحد لا يتبعّض. و الفرق بينها و بين الأب بلحوقه بها فى الزنا ممنوع.

ص: ٤٨٥

١- ١) المبسوط ٣: ٣٤٤.

٢- ٢) فى «د، ط، م»: فلا.

٣- ٣) فى «و، م»: معتبره.

و يلحق بذلك أحكام النزاع

و يلحق بذلك أحكام النزاع و مسائله خمس:

الأولى: لو اختلفا في الإنفاق

الأولى: لو اختلفا في الإنفاق، (١) فالقول قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف، فإن ادعى زياده فالقول قول الملقوط في الزياده. و لو أنكر أصل الإنفاق فالقول قول الملتقط.

و في هذا الأخير منع، لأن الإقرار الواحد يقبل تبعض الأحكام كثيرا اتفاقا، كمن أقر على نفسه و غيره بمال، فإنه يلزمه في حق نفسه و لا يقبل في حق غيره، و من أقر بسرقة مال مّره واحده ثبت عليه المال دون القطع، و لو كان سفيها و أقر مرتين انعكس الحكم، و نظائر ذلك كثيره. و الاعتماد من الفرق على الأول.

قوله: «لو اختلفا في الإنفاق. إلخ».

إنما قدّم قول الملتقط في قدر المعروف بشهادته الظاهر له، و لأنه أمين و مأمور بالإنفاق لدفع ضروره الطفل، فلو لم يقبل قوله في قدره كذلك أدى إلى الإضرار به إن أنفق و بالملقوط إن تقاعد عنه حذرا من ذلك، و لهذا لم يلتفت إلى الأصل و إن كان موافقا لدعوى الملقوط.

و لو كان دعواه زائده على المعروف، فإن لم يدّع مع ذلك حاجه الملقوط إليها فهو مقرّ بالتفريط في الزائد، فيضمنه، و لا وجه للتحليف. و إن ادعى حاجته إلى الزياده و أنكرها الملقوط فالقول قوله، عملا بالأصل، مع عدم معارضه الظاهر هنا.

نعم، لو وقع النزاع في عين مال فزعم الملتقط أنه أنفقها صدّق مع اليمين، لتقطع المطالبه بالعين، ثمّ يضمن كالغاصب إذا ادعى تلف العين، و إن كان الأصل بقاءها.

و لو كان له مال فأنكر (١) اللقيط إنفاقه عليه، فالقول قول الملتقط مع يمينه، لأنه أمينه.

الثانيه: لو تشاح ملتقطان مع تساويهما في الشرائط أقرع بينهما

الثانيه: لو تشاح ملتقطان (٢) مع تساويهما في الشرائط أقرع بينهما، إذا لا رجحان. و ربما انقذح الاشتراك.

و لو نزل أحدهما للآخر صحّ. و لم يفتقر النزول إلى إذن الحاكم، لأن ملك الحضانه لا يعدو هما.

قوله: «و لو كان له مال فأنكر. إلخ».

المراد أنه لا- فرق في قبول قول الملتقط في الإنفاق بالمعروف بين أن يكون إنفاقه من مال الملقوط و من مال نفسه ليرجع به على الملقوط إذا أيسر، لاشتراك الأمرين في المعنى المقتضى للقبول، و هو كونه أميناً محسناً.

هذا إذا كان الحاكم قد أذن للملتقط في الإنفاق كما ذكرناه سابقاً (١)، و إلا- فمال الملقوط مضمون عليه و إن أنفقه عليه بالمعروف.

قوله: «لو تشاح ملتقطان. إلخ».

إذا اجتمع ملتقطان متساويان في الشرائط المعتبره في الالتقاط فلكلّ منهما حقّ فيه و حقّ للطفل عليهما، إلا أن حقّ الطفل يحصل بأحدهما، فلذا جاز ترك أحدهما للآخر حقّه.

فإن تشاحا، ففي القرعه أو التشريك بينهما في الحضانه وجهان، من ثبوت الحقّ لهما المقتضى للتشريك، و من أن اجتماعهما على الحضانه يوجب الإضرار بهما و بالطفل، بتوزيع أموره، و بتردّده في مألّفه (٢) و مصالحه، فيقرع بينهما. و هذا

ص: ٤٨٧

١- (١) انظر ص: ٤٧٤.

٢- (٢) في «خ»: ماله.

الثالثه: إذا التقطه اثنان، وكل واحد منهما لو انفرد أقّر في يده، وتشاحا فيه، أقرع بينهما

الثالثه: إذا التقطه اثنان، (١) وكل واحد منهما لو انفرد أقّر في يده، وتشاحا فيه، أقرع بينهما، سواء كانا موسرين أو أحدهما، حاضرين أو أحدهما. وكذا إن كان أحد الملتقطين كافرا إذا كان الملقوط كافرا. ولو وصف أحدهما فيه علامه لم يحكم له.

أقوى. وقد تقدّم (١) مثله في الحضانه المطلقه حيث يجتمع عليها ولّيان فصاعدا.

قوله: «إذا التقطه اثنان. إلخ».

هذه المسأله في الحكم كالسابقه في أنه مع التشاح يقرع على الأظهر، ويشترك الجميع في وجهه. وإنما أعادها ليبيّن على أنه لا فرق في الحكم بين كون الملتقطين متساويين في اليسار والإعسار، وفي الحضر والغيبه، وفي الإسلام والكفر، أم مختلفين فيها، بمعنى أنه لا ترجيح لليسر ولا للحضور ولا للإسلام إذا كان اللقيط محكوما بكفره، لا اشتراك الجميع في صلاحية الحضانه وأهليه الالتقاط، وإن كان في بعضهم مزيه زائده إلا أنها لا توجب الترجيح، لما ثبت شرعا من الحق.

و ربما قيل بترجيح الموسر على المعسر والحاضر على المسافر والمسلم على الكافر وإن كان اللقيط كافرا، لما في ذلك من الغبطه للقيط. والأظهر الأول.

واعلم أنه لا عبره في الترجيح بوصف أحدهما علامه في اللقيط كإلخال في يده ونحو ذلك، لأنه لا أثر لذلك في إثبات الولايه ونفيها، كما لا أثر له في إثبات النسب ونفيه لو تنازع اثنان في بنوته و وصف أحدهما العلانم، خلافا لأبي حنيفه (٢) في النسب.

ص: ٤٨٨

١- ١) في ج ٤٣٠: ٨.

٢- ٢) راجع الباب في شرح الكتاب ٢: ٢٠٥، الحاوي الكبير ٨: ٥٤، بدائع الصنائع ٦: ١٩٩.

الرابعة: إذا ادعى بنوّته اثنان

الرابعة: إذا ادعى بنوّته اثنان، فإن كان لأحدهما بينه حكم بها.

و إن أقام كلّ واحد منهما بينه أقرع بينهما. وكذا 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.

الخامسة: إذا اختلف كافر و مسلم أو حرّ و عبد في دعوى بنوّته

الخامسة: إذا اختلف كافر و مسلم (١) أو حرّ و عبد في دعوى بنوّته، قال الشيخ: يرجح المسلم على الكافر و الحرّ على العبد. وفيه تردد.

قوله: «إذا ادعى بنوّته اثنان. إلخ».

إذا ادعى بنوّته اثنان و استويا في الدعوى، فإن أقام أحدهما بينه حكم بها، سواء كان هو الملتقط أم غيره، لتساويهما في الدعوى و رجحان البينة.

و إن أقاما معا بينه تعارضتا و رجع إلى القرعة، كما لو لم يكن لهما معا بينه، سواء قدّما مع التعارض في المال بينه الداخل أم الخارج، لأن اليد لا - أثر لها في النسب، لأنها لا تثبت على الإنسان الحرّ، بخلاف المال، و لهذا يحصل الملك باليد كالاغتنام و الاصطياد، و النسب لا يحصل باليد. و إنما يتساوى الملتقط و غيره في الدعوى إذا لم يكن قد حكم بنسبه له قبل دعوى الآخر، و إلا لم يلتفت إلى الآخر، لثبوت نسبه قبل معارضة المدّعى.

قوله: «إذا اختلف كافر و مسلم. إلخ».

قد اختلف كلام الشيخ في ترجيح دعوى المسلم على الكافر و الحرّ على العبد في بنوّه اللقيط، ففي المبسوط (١) رجّح الأولين، لتأييدهما بما سبق من

ص: ٤٨٩

أشاره

القسم الثاني:

في الملتقط من الحيوان و النظر في: المأخوذ، و الآخذ، و الحكم

أما الأول: في المأخوذ

أما الأول:

فهو كل حيوان مملوك (١) ضائع أخذ و لا يد عليه، و يسمى ضالّه.

و أخذه في صورته الجواز مكروه، إلا بحيث يتحقق التلف، فإنه طلق.

الحكم بالإسلام و الحرّيه. و هذا هو القول الذي اقتصر المصنف على نقله عن الشيخ.

و في الخلاف (١) قال: لا ترجيح، لعموم الأخبار فيمن تداعوا نسباً. و لأننا لا نحكم بكفره و رقه و إن ألحقناه بالكافر و العبد كما سبق.

و المصنف - رحمه الله - تردّد في الحكم، لتكافئهما في الدعوى. و لو كان اللقيط محكوماً بكفره و رقه أشكل الترجيح الذي أطلقه في المبسوط. و لعلّ التعليل يرشد إلى خروج هذا الفرد منه. و الأظهر عدم الترجيح مطلقاً، إلا أن يحكم بكفره و رقه على تقدير إلحاقه بالناقصين فيكون ترجيح الأولين أقوى، لظهور المرجح.

قوله: «فهو كل حيوان مملوك، إلخ».

يدخل في الكليه البعير الصحيح و الذي في كلاً - و ماء و غيره ممّا لا يجوز أخذه، و كأنّه عزّف الحيوان الملتقط أعّم من جواز لقطته و عدمه. و ليس بجيد.

و لو قال: إلا ما يستثنى، كان أجود.

و المراد بالضائع الضالّ عن صاحبه، سواء كان بيد ملتقط أم لا، و من ثمّ

ص: ٤٩٠

و الإِشهاد مستحبّ (١)، لما لا يؤمن تجدّده على الملتقط، و لنفى التهمة.

جمع بينه و بين قوله: «و لا- يد عليه» ليخرج الحيوان الضائع عن مالكه بيد الملتقط. و يسمّى الحيوان الملقوط ضالّه فى كثير من الأخبار (١).

و أخذه حيث يجوز مكروه كراهه شديده، لقوله صلّى الله عليه و آله: «لا- يؤوى الضالّ إلا- ضالّ» (٢). و قول الباقر عليه السلام: «الضوالّ لا يأكلها إلا الضالّون» (٣). و مثله عن الصادق (٤) عليه السلام و زاد: «إذا لم يعرفوها».

و استثنى من ذلك ما إذا تحقّق تلفها، فإنه يزول الكراهه و يبقى طلقاً، لا تنفء الفائده للمالك على تقدير تركها.

قوله: «و الإِشهاد مستحبّ. إلخ».

يستحبّ لو وجد اللقطه الإِشهاد عليها استحباباً مؤكداً، لما روى عنه صلّى الله عليه و آله قال: «من التقط لقطه فليشهد عليها ذا عدل، أو ذوى عدل، و لا يكتّم و لا يغيّب» (٥). و لما فى الإِشهاد من فائده صيانته نفسه عن الطمع فيها، و نفى التهمة عنه، و حفظها عن ورثته لو مات و من غرمائه لو فُلس.

ص: ٤٩١

١- ١) كالمذكوره هنا فى السطر التالى، و انظر الوسائل ١٧: ٣٦٤ ب «١٣» من أبواب اللقطه ح ٥.

٢- ٢) الفقيه ٤: ٢٧٢ ح ٨٢٨، عوالى اللئالى ٣: ٤٨٤ ح ٣، الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب «١» من أبواب اللقطه ح ١٠، و انظر سنن ابن ماجه ٢: ٨٣٦ ح ٢٥٠٣، سنن أبى داود ٢: ١٣٩ ح ١٧٢٠، المعجم الكبير للطبرانى ٢: ٣٧٦ ح ٢٣٧٦ و ٢٣٧٧، شرح معانى الآثار ٤: ١٣٣.

٣- ٣) الفقيه ٣: ١٨٦ ح ٨٣٨، التهذيب ٦: ٣٩٦ ح ١١٩٣، الوسائل ١٧: ٣٤٨ ب «١» من أبواب اللقطه ح ٥ و ٧.

٤- ٤) التهذيب ٦: ٣٩٤ ح ١١٨٢، الوسائل ١٧: ٣٥٠ ب «٢» من أبواب اللقطه ح ٤.

٥- ٥) سنن أبى داود ٢: ١٣٦ ح ١٧٠٩، سنن ابن ماجه ٢: ٨٣٧ ح ٢٥٠٥، مسند أحمد ٤: ١٦٢، سنن البيهقى ٦: ١٩٣.

فالبعير لا يؤخذ (١) إذا وجد في كلاً و ماء أو كان صحيحاً، لقوله (١) صَلَّى الله عليه و آله: «خَفَّه حذاؤه، و كرشه سقاؤه، فلا تهجه».

فلو أخذه ضمنه. و لا يبرأ لو أرسله. و يبرأ لو سلّمه إلى صاحبه. و لو فقد سلّمه إلى الحاكم، لأنه منصوب للمصالح. فإن كان له حمى أرسله فيه، و إلا باعه و حفظ ثمنه لصاحبه.

و أوجه بعض العامّة (٢)، عملاً بظاهر الأمر. و المذهب الاستحباب، للأصل، و حمل (٣) على الاستحباب لوروده (٤) فيه أيضاً، و قصوره عن إفاده الوجوب.

قوله: «فالبعير لا يؤخذ. إلخ».

حكم لقطه الحيوان - مع اشتراكها في الأحكام الماضية - مختلف بسبب اختلافها في الامتناع من السباع و عدمه، فالبعير الصحيح أو الموجود في كلاً - و هو العشب - و ماء يكفيه للشرب لا يجوز التقاطه، لما تقدّم (٥) في صدر الكتاب من الأخبار الدالة على النهي عنه، و منها ما أشار المصنف إليه هنا، و هو صحيح (٦) الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «جاء رجل إلى النبي صَلَّى الله عليه و آله فقال: يا رسول الله إنني وجدت بعيراً، فقال صَلَّى الله عليه و آله: خَفَّه حذاؤه، و كرشه سقاؤه، فلا تهجه». و لأنه مصون عن السباع بامتناعه، مستغن بالرعى،

ص: ٤٩٢

١ - ١) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٤٦٠ هامش (١).

٢ - ٢) التنبية للشيرازي: ١٣٢، روضه القضاء ١٣٨٧: ٣ رقم (٨٣٠٧)، المغنى لابن قدامة ٦: ٣٦٢.

٣ - ٣) في «ص، د، ل، م»: و حملة. لضروره فيه.

٤ - ٤) في «ص، د، ل، م»: و حملة. لضروره فيه.

٥ - ٥) انظر ص: ٤٥٩ - ٤٦٠.

٦ - ٦) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٤٦٠ هامش (١).

فمصلحه المالك ترك التعرض له حتى يجده.و الغالب أن من أضلّ شيئاً طلبه حيث ضيّعه، فإذا أخذه غيره ضاع عنه.

و حيث يأخذه في صورته المنع يكون مضمونا عليه، لأنه متعدّ بالأخذ حيث أخذ مال غيره بغير إذنه و لا- إذن الشارع، فكان كالغاصب. و لا- يبرأ لو تركه في مكانه أو ردّه إليه، بل إنما يبرأ برده إلى صاحبه مع قدره، فإن فقدته سلّمه إلى الحاكم، لأنه منصوب للمصالح و هذا منها.

ثمّ إن كان للحاكم حمى أرسله فيه إلى أن يأتي صاحبه، و إلا- باعه و حفظ ثمنه لصاحبه. و لو قيل بجواز فعله من الأمرين أصلهما للمالك ابتداء كان حسنا.

و لو تعذّر الحاكم بقى في يد قابضه مضمونا إلى أن يجد المالك أو الحاكم.

و يجب عليه الإنفاق عليه. و في رجوعه به مع نيّته وجهان، من دخوله على التعديّ الموجب لعدم الرجوع، و من أمره بالإنفاق شرعا حين يتعذّر عليه أحد الأمرين، فلا يتعقّب الضمان.

و خالف في هذه الأحكام جماعه من العامّة، فمنهم (١) من أجاز أخذه كغيره، و منهم (٢) من حكم ببراءته بإرساله في مكانه.

ص: ٤٩٣

١ - (١) الباب في شرح الكتاب ٢: ٢٠٩، المبسوط للسرخسي ١١: ١١-١١، روضه القضاء ٣: ١٣٩١ رقم (٨٣٣٣)، حليه العلماء ٥: ٥٣٣، بدائع الصنائع ٦: ٢٠٠، المغنى لابن قدامة ٦: ٣٩٦.

٢ - (٢) الكافي في فقه أهل المدينة ٢: ٨٣٨، بدائع الصنائع ٦: ٢٠١-٢٠٢، مختصر خليل: ٢٩١.

و كذا حكم الدابة. (١) و فى البقره و الحمار تردّد أظهره المساواه، لأن ذلك فهم من فحوى المنع من أخذ البعير.

قوله: «و كذا حكم الدابة. إلخ».

خصّ البعير أولاً بالحكم لورود النصوص الكثيره فى حكمه من الطرفين.

و ألحق به الدابة، وهى أيضا فى روايه مسمع عن الصادق عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل ترك دابته، فقال: إن كان تركها فى كلاً و ماء و أمن فهى له يأخذها متى شاء، و إن تركها فى غير كلاً و ماء فهى للذى أحياها» (١). و فيها أيضا: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول فى الدابة: إذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها و نفقتها فهى للذى أحياها» (٢). و فى معناها البغل، و لا شتر اكهما (٣) فى الامتناع من صغار السباع غالباً.

و أما البقره و الحمار فقد تردّد المصنف فى إلحاقهما به، ثمّ اختار المساواه.

و وجه التردّد: من مشاركتهما للدابة فى العدو و الامتناع من صغير (٤) السباع، و كون المفهوم من فحوى المنع من أخذ البعير - و هو قدرته على الامتناع ممّا يهلكه (٥) - المساواه، و هو خيره الشيخ فى الخلاف (٦)، و من الوقوف فى النهى على موضع النصّ، و منع مساواتهما فى القوّه خصوصاً الحمار، فإن أكل الذئب له

ص: ٤٩٤

١- (١) الكافى ٥: ١٤١ ح ١٦، التهذيب ٦: ٣٩٣ ح ١١٨١، الوسائل ١٧: ٣٦٤ باب «١٣» من أبواب اللقطه ح ٣.

٢- (٢) الكافى ٥: ١٤١ ح ١٦، التهذيب ٦: ٣٩٣ ح ١١٨١، الوسائل ١٧: ٣٦٤ باب «١٣» من أبواب اللقطه ح ٣.

٣- (٣) فى «خ»: لا شتر اكهما.

٤- (٤) فى «م»: صغار.

٥- (٥) فى «د، خ»: يملكه.

٦- (٦) الخلاف ٣: ٥٧٩ مسألة (٢).

أما لو ترك البعير (١) من جهد في غير كلاً و ماء جاز أخذه، لأنه كالتالف، و يملكه الآخذ، و لا ضمان، لأنه كالمباح. و كذا حكم الدابة و البقره و الحمار إذا ترك من جهد في غير كلاً و ماء.

غالب. و الأجود إلحاق البقره دونه، لظهور الفرق.

قوله: «أما لو ترك البعير. إلخ».

ما تقدّم من (١) حكم البعير و ما ألحق به إذا ضلّ من صاحبه أو تركه من غير جهد صحيحاً أو في كلاً و ماء، أما لو تركه من جهد أو مرض في غير كلاً و ماء فهو لواجده، لأنه حينئذ كالتالف، و يملكه الآخذ، و لا ضمان عليه لصاحبه، لأنه يكون حينئذ كالمبيح (٢) له.

و لو وجده في كلاً بغير ماء أو بالعكس فكفاقدهما، لأنه لا يستغنى بأحدهما عن الآخر مع وقوفه. و قد دلّ على ذلك صحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: «من أصاب مالا أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلّت و قامت، و سيّبها صاحبها لمّا لم تتبعه، فأخذها غيره فأقام عليها، و أنفق نفقه حتى أحيّاها من الكلال و من الموت، فهي له و لا- سبيل له عليها، و إنما هي مثل الشيء المباح». (٣)

ص: ٤٩٥

١- ١) وردت لفظه «من» في جميع النسخ، و الظاهر أنها زائدة كما لا يخفى على المتأمل.

٢- ٢) في «د، ط، م»: كالمباح.

٣- ٣) الكافي ٥: ١٤٠ ح ١٣، التهذيب ٦: ٣٩٢ ح ١١٧٧، الوسائل ١٧: ٣٦٤ ب «١٣» من أبواب اللقطة ح ٢.

و الشاه إن وجدت في الفلاه (١) أخذها الواجد، لأنها لا تمتنع من صغير السباع، فهي معرّضة للتلف.

و الآخذ بالخيار إن شاء ملكها، و يضمن على تردّد، و إن شاء احتسبها أمانه في يده لصاحبها و لا ضمان، و إن شاء دفعها إلى الحاكم ليحفظها أو يبيعها و يوصل ثمنها إلى المالك.

قوله: «و الشاه إن وجدت في الفلاه إلخ».

إذا وجدت الشاه في الفلاه - و هي ما يخاف عليها فيه من السباع - فلا خلاف في جواز أخذها، لأنها حينئذ في حكم التالف، و للأخبار (١) الكثير، و فيها: «أنها لك، أو لأخيك، أو للذئب».

ثمّ يتخير أخذها بين أن يحفظها لملكها، أو يدفعها إلى الحاكم. و لا ضمان فيها إجماعاً، لأنه في الأول أمين، و في الثاني الحاكم وليّ الغائب، فالدفع إليه مع تعذّر المالك كالدفع إلى المالك. و بين أن يتملّكها، و في ضمانه حينئذ قولان:

أحدهما - و هو الأشهر - :الضمان إما مطلقاً أو مع ظهور المالك، لأنها مال الغير، و لم يوجد دليل ناقل عن حكم ضمانه، و إنما المتفق عليه جواز تصرفه فيها، و لعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (٢). و عموم: «إذا جاء طالبه ردّه إليه» (٣).

و الثاني: عدم الضمان، لظاهر اللام في قوله عليه السلام: «هي لك» فإنه

ص: ٤٩٦

١ - ١) راجع الوسائل ١٧: ٣٦٣ ب «١٣» من أبواب اللقطة، و انظر هنا ص: ٤٥٩ - ٤٦٠.

٢ - ٢) عوالي اللئالي ٣: ٢٥١ ح ٣، سنن الدارمي ٢: ٢٦٤، مسند أحمد ٨: ٥، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠، سنن أبي داود ٣: ٢٩٦ ح ٣٥٦١، سنن البيهقي ٦: ٩٠.

٣ - ٣) الكافي ٥: ١٣٩ ح ١٠، التهذيب ٦: ٣٩٢ ح ١١٧٥، الوسائل ١٧: ٣٥٤ ب «٤» من أبواب اللقطة ح ٢.

و فى حكمها: كل ما لا يمتنع (١) من صغير السباع، كأطفال الإبل و البقر و الخيل و الحمير، على تردّد.

و لا تؤخذ الغزلان و اليحامير (٢) إذا ملكا ثمّ ضلّا، التفاتا إلى عصمه مال المسلم، و لأنهما يمتنعان عن السباع بسرعه العدو.

يدلّ على التمليك، و لإطلاق روايه عبد الله بن سنان السالفه (١).

و فيهما نظر، لأن اللام يحتمل الاختصاص الذى لا ينافى الضمان. و روايه ابن سنان دأله على حيوان سيّبه صاحبه لما لم يتبعه، و هذا غير شرط فى أخذ الشاه إذا كانت فى الفلاه اتّفاقا. و حينئذ فالقول بالضمان خصوصا مع ظهور المالك أظهر.

قوله: «و فى حكمها كل ما لا يمتنع. إلخ».

المشهور بين الأصحاب أن ما لا يمتنع من صغير السباع و إن كان أصله الامتناع- كأطفال الإبل و البقر و الخيل و الحمير و الإوزّ مطلقا و الدجاج- حكمه حكم الشاه فى جواز تملكه فى الفلاه، لمشاركته له فى العلّه المجوّزه، و هى كونه فى حكم التالف، و لمفهوم قوله صلى الله عليه و آله: «هى لك، أو لأخيك، أو للذئب» (٢).

و المصنف- رحمه الله- تردّد فى ذلك، ممّا ذكر، و من عدم النصّ عليه، و إلحاقه بالشاه قياس، فيبقى على أصاله بقاء الملك على مالكة. و حينئذ فيلحقه حكم لقطه الأموال، فيعرّف سنه ثمّ يملكها إن شاء، و يضمن أو يتصدّق به.

قوله: «و لا تؤخذ الغزلان و اليحامير. إلخ».

فى تعليل المنع من أخذ البعير و تجويز أخذ الشاه ما يشعر بأن المانع هو

ص: ٤٩٧

١- ١) فى ص: ٤٩٥.

٢- ٢) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٤٥٩ هامش (٧).

و لو وجد الضوال في العمران (١) لم يحل أخذها، ممتنع كانت - كالإبل - أو لم تكن كالصغير من الإبل و البقر.

و لو أخذها كان بالخيار بين إمساكها لصاحبها أمانه، و عليه نفقتها من غير رجوع بها، و بين دفعها إلى الحاكم. و لو لم يجد حاكما أنفق و رجع بالنفقة.

و إن كان شاه حبسها ثلاثه أيام، فإن لم يأت صاحبها باعها الواجد و تصدق بثمانها.

كون الحيوان متحفظا في نفسه، و المبيح خوف الهلاك. و المعنى الأول موجود في الغزلان و نحوها إذا ملكت ثم ضاعت، لأنها ممتنع بعدوها من صغير السباع، و هي مملوكة للغير فلا - تخرج عن ملكه بالامتناع، كما لو توخش الأهلي، و الأصل بقاء ملك مالكةا عليها.

و استثنى في التذكرة (١) و الدروس (٢) ما لو خاف الواجد لها ضياعها عن مالكةا أو عجز مالكةا عن استرجاعها، فيجوز التقاطها حينئذ، لأن تركها أضيع لها من سائر الأموال، و المقصود حفظها لصاحبها لا حفظها في نفسها، و لو كان الغرض حفظها في نفسها خاصه لما جاز التقاط الأثمان، فإنها محفوظة حيث كانت. و هذا حسن.

قوله: «و لو وجد الضوال في العمران. إلخ».

ما تقدم من حكم لقطه الحيوان مختص بما إذا وجدت في الفلاة، أما إذا وجدت في العمران، و هي المساكن المأهولة و ما هو قريب منها بحيث لا يخاف

ص: ٤٩٨

١ - ١) التذكرة ٢٦٨: ٢.

٢ - ٢) الدروس الشرعية ٨٣: ٣ - ٨٤.

عليه من السباع غالباً، فإن كان ممتنعاً -كالإبل- فلا -شبهه في المنع من أخذه، لأن النهي عنه في الفلاة يقتضى النهي عنه في العمران بطريق أولى.

و إن كان غير ممتنع -كالشاه و صغير الحيوان- لم يصح أخذه، لأنها محفوظة على مالکها، ولأن المفهوم من قوله صلى الله عليه و آله: «هى لك، أو لأخيك، أو للذئب» (١) أنها فى غير العمران، و عموم قوله صلى الله عليه و آله:

«الضوال لا يأخذها إلا الضالون» (٢) و قوله صلى الله عليه و آله: «لا يمسها و لا تعرض لها» [١].

و حيث يأخذها فى موضع النهي يجب إيصالها إلى المالك إن أمكن، و إلا -فإلى الحاكم، لأنه وليه. و يجب عليه الإنفاق عليها حفظاً لروحها المحترمة عن التلف. و لا يرجع بالنفقة، لأنه عاد فى الأخذ، فيكون متبرعاً.

فإن لم يجد المالك و لا الحاكم فقد حكم المصنف بأنه ينفق حينئذ و يرجع بها. و وجهه: أنه بتعذر التوصل إلى المالك صار مأموراً من الشارع بالإنفاق، فزال التبرع مع نية الرجوع، للإذن فيه شرعاً، و لأنه حينئذ محسن. و يرد مثله فى النفقة قبل الوصول إلى الحاكم و المالك، فإنه مأمور بها أيضاً شرعاً، و جانب العدوان مشترك. و يظهر من الدروس (٣) اشتراك الموضعين فى الحكم و التوقف فى عدم

ص: ٤٩٩

١- ١) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٤٥٩ هامش (٧).

٢- ٢) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٤٩١ هامش (٣).

٣- ٤) الدروس الشرعيّة ٨٢: ٣-٨٣.

و يجوز التقاط كلب الصيد،(١)و يلزم تعريفه سنه،ثمّ ينتفع به إذا شاء،و يضمن قيمته.

الرجوع فيهما،لأنه نسبه إلى الشيخ.

و لو كان المأخوذ شاه احتبسها عنده ثلاثه أيام من حين الوجدان،و يسأل عن مالکها فإن وجده دفعها إليه و إلا باعها و تصدّق بثمانها عنه،لروايه ابن أبى يعفور عن الصادق عليه السلام أنه قال:«جاءنى رجل من أهل المدینه فسألنى عن رجل أصاب شاه قال:فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثه أيام و يسأل عن صاحبها،فإن جاء صاحبها و إلا باعها و تصدّق بثمانها»(١).و هى و إن كانت أعّم من الموجود فى العمران لکنّها محموله عليه جمعا.

و لو ظهر المالك و لم يرض بالصدقه فالأقوى الضمان له.و له إبقاؤها بغير بيع،أو إبقاء ثمنها إلى أن يظهر المالك أو يئأس منه. و غير الشاه يجب مع أخذه كذلك تعريفه سنه كغيره من الأموال،عملا بالعموم (٢)،أو يحفظه لمالكه،أو يدفعه إلى الحاكم من غير تعريف.

قوله:«و يجوز التقاط كلب الصيد.إلخ».

بناء على أنه مال مملوك،و من ثمّ جاز بيعه،و لزم قاتله قيمته أو ديتة، فيلحقه حكم سائر الأموال.

و يحتمل عدم جواز التقاطه و إن كان مالا،لأنه ممتنع بنفسه،إلا أن يخاف ضياعه على مالکة.

و فى حكمه باقى الكلاب الأربعة على الأصحّ،و إنما خصّه بالذكر لأن

ص:٥٠٠

١- (١) التهذيب ٣٩٧:٦ ح ١١٩٦،الوسائل ٣٦٥:١٧ ب«١٣» من أبواب اللقطة ح ٦.

٢- (٢) انظر الوسائل ٣٤٩:١٧ ب«٢» من أبواب اللقطة.

الثاني: في الواجد و يصحّ أخذ الضالّه (١) لكلّ بالغ عاقل. أما الصبيّ و المجنون فقطع الشيخ (١) - رحمه الله - فيهما بالجواز، لأنه اكتساب. و ينتزع ذلك الوليّ، و يتولّى التعريف عنهما سنه. فإن لم يأت مالك، فإن كان الغبطه في تمليكه و تضمينه إياها فعل، و إلا أبقاها أمانه.

الأصحاب اتّفقوا على جواز بيعه الدالّ على كونه مالا، بخلاف غيره فقد اختلفوا فيه، كما سبق في بابه (٢).

قوله: «و يصحّ أخذ الضالّه. إلخ».

مبنى الخلاف في هذه المسأله و ما بعدها على أصل و هو أن اللقطه فيها معنى الأمانه و الولايه و الاكتساب، أما الأمانه و الولايه ففي الابتداء، فإن سبيل الملتقط سبيل الأمناء في مدّه التعريف، لا يضمن المال إلا بتفريط، و الشرع فوّض إليه حفظه، كالوليّ يحفظ مال الصبيّ، و أما الاكتساب ففي الانتهاء، حيث إن له التملّك بعد التعريف.

و ما (٣) المغلّب فيها؟ فيه وجهان:

أحدهما: معنى الأمانه و الولايه، لأنهما ناجزان و التملّك منتظر، فيناط الحكم بالحاضر، و يبنى الآخر على الأول.

و الثاني: معنى الاكتساب، لأنه مثال الأمر و مقصوده، فالنظر إليه أولى.

و لأن الملتقط مستقلّ بالالتقاط، و آحاد الناس لا يستقلّون بالأمانات إلا بائتمان

ص: ٥٠١

١ - ١) المبسوط ٣: ٣٢٤.

٢ - ٢) في ج ١٣٥: ٣.

٣ - ٣) كذا في «ذ»، و في سائر النسخ: و أما.

المالك و يستقلّون بالاكتساب.

فإذا اجتمع فى الشخص أربع صفات: الإسلام و الحرّيه و التكليف و العدالة فله أن يلتقط و يتملّك إجماعاً، لأنه أهل الأمانه و الولايه و الاكتساب، و إن تخلف بعضها بنى على اعتبار ما ذا؟ و جاء فيه الوجهان.

إذا تقرّر ذلك، فالصبي و المجنون من أهل الاكتساب، و ليسا من أهل الولايه. و قد حكم الشيخ فيهما بالجواز، معللاً- بأنه اكتساب. و فيه اختيار ترجيح هذا الوجه. و هو الوجه، عملاً بالعموم (١)، كما يصحّ منهما الاحتطاب و الاحتشاش و الاصطياد. لكن يتولّى الوليّ التعريف حيث يتوقّف الأمر عليه، لأن التعريف أمانه و ولايه و ليسا من أهلها. و كذا يلزمه أخذها من يدهما، لأن اليد من توابع الأمانه. فإن تركها فى يدهما ضمن الوليّ، لأنه يجب عليه حفظ ما يتعلّق بهما من المال و حقوقه و هذا من حقوقه.

فإذا عرّفها اعتمد المصلحه لهما، فإن رآها فى التملك ملكهما و ضمّنهما إياها، كما يجوز أن يقتضى عليهما، لأنها فى معنى الاقتراض.

و إن رأى إبقاءها أمانه فعل. و حيث يختار التملك لا- يعتبر فيهما الاحتياج إلى الاقتراض، بل هو منزل منزله، فيجوز و إن كانا غنيين، بناء على أنها اكتساب.

و اقتصار المصنف- رحمه الله- على نقل الحكم بالجواز عن الشيخ مؤذناً بالتوقّف فيه. و وجهه: الشكّ فى كونها اكتساباً كما قرّناه. و الأكثر على ما اختاره

ص: ٥٠٢

و في العبد تردّد (١) أشبهه الجواز، لأن له أهليته الحفظ.

الشيخ، بل لم ينقل فيه خلاف. (١)

قوله: «و في العبد تردّد. إلخ».

هذا الخلاف مبني على الأصل السابق، فإن العبد له أهليته الأمانة دون الولاية. و في أهليته للاكتساب خلاف مبني على قبوله للتملك و عدمه.

و قد اختلف في جواز التقاطه لذلك، فذهب جماعه (٢) -منهم المصنف رحمه الله- إلى الجواز، معللاً بأن له أهليته الحفظ كالوديعه. و زاد بعضهم أن له أهليته الاكتساب بالاحتطاب و الاحتشاش، و اللقطه في معناه، و إن كان الملك للمولى. و هذا يتم مع إذنه له لا بدونه.

و ذهب آخرون (٣) -منهم ابن الجنيّد (٤)- إلى المنع، لأن الأغلب فيها الاكتساب و هو مسلوب عنه بالنسبه إلى نفسه، و لروايه أبي خديجه عن الصادق عليه السلام: «ما للمملوك و اللقطه، و المملوك لا يملك من نفسه شيئاً، فلا يعرض لها المملوك» (٥). و الأشهر الجواز، سواء أذن المولى أم لا. و سيأتي (٦) تمام البحث فيه.

ص: ٥٠٣

١- ١) في «ذو، خ»: خلافاً.

٢- ٢) الخلاف ٣: ٥٨٣ مسألة (٨)، كشف الرموز ٢: ٤١٤، التذكرة ٢: ٢٦٩، قواعد الأحكام ١: ١٩٨، اللمعة الدمشقية: ١٤٥.

٣- ٣) الجامع للشرائع: ٣٥٥.

٤- ٤) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٤٥٣.

٥- ٥) الكافي ٥: ٣٠٩ ح ٢٣، الفقيه ٣: ١٨٨ ح ٨٤٥، التهذيب ٦: ٣٩٧ ح ١١٩٧، الوسائل ١٧: ٣٧٠ ب «٢٠» من أبواب اللقطه ح ١.

٦- ٦) في ص: ٥٣٧.

و هل يشترط الإسلام؟(١)الأشبه لا،و أولى منه بعدم الاشتراط العدالة.

الثالث:فى الأحكام

إشاره

الثالث:فى الأحكام و هى مسائل:

الأولى:إذا لم يجد الآخذ سلطانا ينفق على الضالّه

الأولى:إذا لم يجد الآخذ سلطانا(٢)ينفق على الضالّه أنفق من نفسه و رجع به.وقيل:لا- يرجع،لأن عليه الحفظ،و هو لا يتم إلا بالإنفاق.

و الوجه الرجوع،دفعاً لتوجّه الضرر بالالتقاط.

قوله:«و هل يشترط الإسلام؟.إلخ».

هذا أيضا ممّا يتخرّج على الأصل المذكور،فإن الكافر و الفاسق ليس لهما أهليّته الأمانه و الولايه،و لهما أهليّته الاكتساب.و الأظهر (١)الجواز فيهما، للعموم (٢)،بل لم ينقل الأصحاب فيه خلافا.

قوله:«إذا لم يجد الآخذ سلطانا.إلخ».

إذا وجب إبقاء الضالّه فى يد الملتقط و تعريفها و احتاجت إلى النفقه،فإن وجد الحاكم رفع أمره إليه ليعطيه النفقه من بيت المال أو يأمره بالإنفاق مع الرجوع.و لا إشكال حينئذ.و إن فقد الأمران وجب عليه الإنفاق عليها حفظا لنفسها المحترمه.

و فى جواز رجوعه بالنفقه على مالكها على تقدير ظهوره و نيه الرجوع قولان أشهرهما ذلك،للإذن فيها شرعا و هو يقتضى الرجوع.و لأداء عدمه إلى الإضرار بالالتقاط،لأنه إن أنفق و لم يرجع كان الإضرار بالملتقط،و هو يؤدى إلى

ص:٥٠٤

(١-١) فى الحجرّيتين:و الأشهر.

(٢-٢) انظر الوسائل ١٧:٣٤٩ ب«٢» من أبواب اللقطه.

الثانية: إذا كان للقطه نفع (١) كالظهر و اللبن و الخدمة، قال فى النهاية (١): كان ذلك بإزاء ما أنفق. و قيل: ينظر فى النفقه و قيمه المنفعه و يتقاصان. و هو أشبه.

التقاعد عن أخذ اللقطه و إذهابها على مالكها، و هو إضرار باللقطه أو بمالكها.

و ذهب ابن إدريس (٢) إلى عدم الرجوع، محتجاً بوجوب الحفظ عليه المستلزم لوجوب الإنفاق، و ما كان واجبا لا يجوز أخذ العوض عليه، و بآئه إنفاق على مال الغير بغير إذنه.

و يضعف بمنع استلزام الوجوب مطلقا عدم العوض، و قد تقدّم (٣) له نظائر.

و إذن الشارع قائم مقام إذن المالك.

قوله: «إذا كان للقطه نفع. إلخ».

ظاهر كلام الشيخ و غيره جواز الانتفاع بالظهر و اللبن، سواء قلنا بكونه بإزاء النفقه أم قلنا بالتقاص. و ما اختاره المصنف من اعتبار الأمرين جمعا بين الحقيين، فيرجع ذو الفضل بفضل ماله، إذ لا دليل على سقوطه.

نعم، ورد فى الرهن روايه (٤) ضعيفه بأن الظهر يركب، و الدرّ يشرب، و على الذى يركب و يشرب النفقه. و كلّ واحد من الأصل و الفرع و الدلاله ممنوع.

ص: ٥٥٥

١- (١) النهاية: ٣٢٤.

٢- (٢) السرائر ١١٠: ٢.

٣- (٣) راجع ج ٨٧: ٥-٨٨.

٤- (٤) الفقيه ١٩٥: ٣ ح ٨٨٦، التهذيب ١٧٥: ٧ ح ٧٧٥، الوسائل ١٣٤: ١٣ ب «١٢» من أبواب الرهن ح ٢.

الثالثة: لا تضمن الضالّة بعد الحول إلا مع قصد التملّك

الثالثة: لا تضمن الضالّة بعد الحول (١) إلا - مع قصد التملّك. و لو قصد حفظها لم يضمن إلا مع التفريط أو التعدي. و لو قصد التملّك ثمّ نوى الاحتفاظ لم يزل الضمان. و لو قصد الحفظ ثمّ نوى التملّك لزم الضمان.

الرابعة: قال الشيخ: إذا وجد مملوكا بالغاً أو مراهقاً لم يؤخذ

الرابعة: قال الشيخ (١): إذا وجد مملوكاً (٢) بالغاً أو مراهقاً لم يؤخذ، و كان كالضالّة الممتنعه، و لو كان صغيراً جاز أخذه.

و هذا حسن، لأنه مال معرّض للتلف.

قوله: «لا تضمن الضالّة بعد الحول. إلخ».

حيث جاز الالتقاط فالعين في يد الملتقط أمانه مع قصد التعريف، فلو قصد التملّك بدونه ضمن، للعدوان، كما لو نواه بالوديعة. و كذا لو نوى التملّك بعد التعريف المعتبر، لانتقالها إلى ملكه حينئذ على وجه الضمان بناء عليه. و لا يزول الضمان مع التملّك بتيه عدمه، سواء كان قبل تمام التعريف أم بعده. أما الأول فلأن تيه العدوان [إذا] (٢) أوجب الضمان و لا (٣) يزول إلا - برده إلى مالكة، كما لو تعدّى بالوديعة ثمّ نوى الحفظ. و أما الثاني فلأن ملكه لا يزول عن العين بذلك، فيستمرّ ضمان العوض.

قوله: «قال الشيخ: إذا وجد مملوكاً. إلخ».

تفصيل الشيخ بالفرق بين الكبير و الصغير إنما يحسن إذا لم يخف على الكبير الذهاب على مالكة بالإباق، و إلا اتّجه جواز أخذه إن (٤) لم نوجهه، لأنه

ص: ٥٠٦

١ - ١) المبسوط ٣: ٣٢٨.

٢ - ٢) من «و، ط».

٣ - ٣) كذا في «خ»، و في «ذ»: فلا، و في سائر النسخ: لا.

٤ - ٤) في «ل، م»: و إن.

الخامسة: من وجد عبده فى غير مصره، (١) فأحضر من شهد على شهوده بصفته، لم يدفع إليه، لاحتمال التساوى فى الأوصاف، و يكلف إحضار الشهود ليشهدوا بالعين.

و لو تعذر إحضارهم لم يجب حمل العبد إلى بلدهم، و لا بيعه على من يحمله. و لو رأى الحاكم ذلك صلاحا جاز.

و لو تلف قبل الوصول أو بعده، و لم تثبت دعواه، ضمن المدعى قيمه العبد و أجرته.

و إن كان متحفظا (١) فى نفسه و لكنه غير متحفظ (٢) على مالكه، فكان كالمال الضائع الذى لا يخاف تلفه فى نفسه.

و أما الصغير، فإن كان غير مستقل بدفع المؤديات عن نفسه فلا إشكال فى جواز التقاطه، بل [فى] (٣) وجوبه. و إن كان مميزا يقدر على الدفع عن نفسه فالأظهر إلحاقه بالكبير. و قد أطلق المصنف -رحمه الله- كالشيخ جواز أخذه من غير أن يتعرض لجواز تملكه و عدمه، و فيما سبق (٤) صرح بعدم تملكه. و قد تقدم (٥) البحث فى ذلك.

قوله: «من وجد عبده فى غير مصره. إلخ».

ذكر هذه المسألة بباب القضاء -كما فعله غير واحد (٦) من الفقهاء- أولى به من ذكرها هنا.

ص: ٥٠٧

١ - ١) فى «ذو»: منحفظا. منحفظ.

٢ - ٢) فى «ذو»: منحفظا. منحفظ.

٣ - ٣) من «ط».

٤ - ٤) فى ص: ٤٦٢.

٥ - ٥) فى ص: ٤٦٣.

٦ - ٦) تحرير الأحكام ١٨٧: ٢.

و محصّٰلها: أن المدّعى [به] (١) إذا كان ممّا يتعذّر ضبطه بالصفات - كالعبد و غيره من الحيوان - لم يجر الحكم به غائبا بالوصف، لكثرة الاشتباه فيه و فى صفاته و حليته، بل يكلف إحضار الشهود على عينه ليشهدوا بها إن أمكن. فإن تعذّر إحضارهم إلى بلد الحاكم وقف الحكم إلى أن يمكن كذلك (٢).

و لا يجب حمل العبد إلى بلد الشهود على وصفه ليشهدوا على عينه، لأن الحقّ لم يثبت بعد على المتشكّك، فلا يكلف نقل ماله بغير إذنه، ولا - على بيعه على المدّعى أو غيره ليحمله إلى الشهود، لتوقّف البيع على رضا البائع إلا ما استثنى، إلا أن يرى الحاكم صلاحا فى أحد الأمرين، و يرى جوازه كذلك، فله حينئذ أن يأمر به.

و خالف فى ذلك بعض (٣) الشافعيّيه فجوّز للحاكم بيعه من المدّعى، و يقبض الثمن و يضعه عند ثقّه أو يكفله، فإن حكم للمدّعى به بطل البيع و ردّ إليه الثمن، و إلا فالبيع صحيح.

و حيث يرى الحاكم صلاحا فى حمله فهو مضمون على المدّعى، فإن تلف قبل الوصول أو بين يدى الحاكم و لم تثبت دعواه لزمه القيمه و الأجره. و حينئذ فللمتشكّك الامتناع إلا بكفيل على العين أو (٤) القيمه و الأجره.

هذا هو المختار من حكم المسأله. و فيها أوجه أخرى:

ص: ٥٠٨

١- ١) سقطت من «ذل، خ».

٢- ٢) فى الحجريّتين: ذلك.

٣- ٣) الوجيز ٢: ٢٤٥، روضه الطالبين ١٧١: ٨- ١٧٢.

٤- ٤) كذا فى «ط، و»، و فى سائر النسخ: و القيمه.

أحدها:جواز الحكم عليه بالصفات التي يعسر (١)اجتماعها في غيره كالمحكوم عليه،لدعاء الضروره إلى إثباته في الغيبه و الحكم به.

و ردّ بما مرّ من كثره الاشتباه،و الحكم مع الجهاله و خطر الاشتباه غير مفيد.

و قال بعضهم (٢):يصفه بصفات السلم،لأن الشارع نفى معها الغرر.

و ردّ بأن المقصود هنا التشخيص دون التعيين النوعى و الصنفى، و فى السلم يمتنع التشخيص،لمنافاته السلم،و إنما يعتبر فيه التعيين بأحد الأمرين.

و ثانيها:أن يذكر القيمه دون الصفات كما فى الأمتعه و الثياب،فإن بالقيمه ترتبط الدعوى و البينه و الحكم بالعين،دون الصفات لاشتراكها.

و ردّ باشتراك القيمى فى القيمه أيضا،فلاشتباه باق.و الاقتصار على القيمه من دون العين خروج عن الفرض،و لا يصحّ الحكم به مع بقاء العين.

و ثالثها:أن تسمع البينه و لا يحكم عاجلا،بل ينتظر اتفاق اجتماع شهود الوصف به فيشهدوا على عينه أو يرى الحاكم حمله كما مرّ.و فائده هذا نفوذ الحكم معجلا موقوفا تماما على شهاده الشهود بالعين،بخلاف الأول،فإن الحكم فيه متوقّف على الشهاده بالعين.و تظهر الفائده فيما لو تعدّر الحاكم (٣)بموت و غيره قبل وقوف الشاهدين عليه،فلا يقدر فى الحكم على الأخير،كما لا أثر له على الأول.

ص:٥٠٩

١- (١) فى «خ» و الحجرّيتين:يعتبر.

٢- (٢) روضه الطالبين ١٧١:٨.

٣- (٣) فى الحجرّيتين:الحكم.

اشاره

القسم الثالث:

في اللقطه و هو يعتمد على بيان أمور ثلاثه:

الأول: اللقطه كل مال ضائع أخذ و لا يد عليه

اشاره

الأول: اللقطه كل مال (١) ضائع أخذ و لا يد عليه.

فما كان دون الدرهم (٢) جاز أخذه و الانتفاع به بغير تعريف. و ما كان أزيد من ذلك، فإن وجد في الحرم قيل: يحرم أخذه، و قيل: يكره، و هو أشبه. و لا يحل إلا مع نيته الإنشاء.

قوله: «اللقطه كل مال. إلخ».

هذا تعريف اللقطه بالمعنى الأخص، و هو المعروف منها لغيره. و أراد بقوله: «القسم الثالث: في اللقطه» معناها الأعم، و هو المصطلح عليه في استعمال الفقهاء. و حينئذ فلا يلزم انقسام الشيء إلى نفسه و غيره، لتغايرهما بالاعتبار.

و كان عليه أن يقيد المال بالصامت، لئلا ينتقض في طرده بالحيوان الضائع حتى العبد، فإنه داخل في المال المطلق.

و الكلام في الجمع بين قيد الضائع و عدم اليد عليه كما مر (١) في نظيره من خروج الضائع الملقوط به، إذ لو لا القيد الأخير لدخل، لبقائه ضائعا ما لم يصل إلى مالكه.

قوله: «فما كان دون الدرهم. إلخ».

اختلف الأصحاب في لقطه الحرم على أقوال منتشرة حتى من الرجل

ص: ٥١٠

[الواحد] (١) في كتاب واحد، فالمصنف -رحمه الله- اختار جواز لقطه ما دون الدرهم منها و تملكه كغيره، و كراهه لقطه ما زاد منها عن الدرهم إذا أخذه بتيه التعريف. و في كتاب الحج (٢) من هذا الكتاب حرّم لقطته قليلها و كثيرها، و أوجب تعريفها سنه ثمّ يتخيّر بين الصدقه بها و إبقائها أمانه.

و كذلك اختلف فيها كلام العلامة، ففي القواعد (٣) و الإرشاد (٤) حرّم قليلها و كثيرها، و لم يجوز تملك القليل. و في التحرير (٥) جوّز تملك القليل، و تردّد في تحريم لقطه الكثير، و اقتصر على نقل الخلاف. و في التذكرة [١] قرّب تحريم تملك القليل، و حكم بكراهتها مطلقا أيضا.

و كذلك اختلف كلام الشيخ رحمه الله، ففي النهايه (٦) حرّمها مطلقا، و لم يجوز تملك القليل. و في الخلاف [٢] كرهها مطلقا كالمصنف.

و كذلك اختلف كلام الشهيد -رحمه الله- في الدروس (٧)، ففي كتاب الحجّ حرّمها مطلقا، و أوجب تعريفها سنه، ثمّ أوجب الصدقه بها مع الضمان. و في

ص: ٥١١

١- (١) من «و».

٢- (٢) شرائع الإسلام ١: ٣١٨ المسأله الرابعه.

٣- (٣) قواعد الأحكام ١: ١٩٧.

٤- (٤) إرشاد الأذهان ١: ٣٣٩.

٥- (٥) تحرير الأحكام ٢: ١٢٦.

٦- (٦) النهايه: ٢٨٤ و ٣٢٠.

٧- (٧) الدروس الشرعيه ١: ٤٧٢.

كتاب اللقطه (١) جَوَزَ تَمَلُّكَ ما دون الدرهم كغيرها، وكره ما زاد، كمذهب المصنف هنا. وفي اللمعه (٢) أطلق تحريم أخذها بتيه التملك مطلقاً، وجوزه بتيه الإنشاء مطلقاً، وأوجب التعريف حولاً ثم الصدقه به أو حفظه. ولهم فيها أقوال آخر غير ما ذكرناه. ومنشأ الاختلاف اختلاف الروايات ظاهراً، فمن ذهب إلى التحريم استند فيه إلى قوله تعالى أَوْ لَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا (٣)، ومقتضاه أن يكون الإنسان آمناً فيه على نفسه و ماله، وهو ينافي جواز أخذه.

و رواه إبراهيم بن أبي البلاد، عن بعض أصحابه، عن الماضي عليه السلام قال: «لقطه الحرم لا تمس بيد ولا رجل، ولو أن الناس تركوها لجاء صاحبها فأخذها» (٤).

و رواه علي بن أبي حمزه أنه سأل الكاظم عليه السلام عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه، قال: «بئس ما صنع، ما كان ينبغي له أن يأخذه، قلت: ابتلي بذلك، قال: يعرفه، قلت: فإنه قد عرفه فلم يجد له باغياً، قال: يرجع به إلى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين، فإن جاء طالبه فهو له ضامن» (٥).

ص: ٥١٢

١- (١) الدروس الشرعية ٣: ٨٦.

٢- (٢) اللمعه الدمشقية: ١٤٤.

٣- (٣) العنكبوت: ٦٧.

٤- (٤) التهذيب ٦: ٣٩٠ ح ١١٦٧، الوسائل ١٧: ٣٤٨ ب «١» من أبواب اللقطه ح ٣.

٥- (٥) التهذيب ٥: ٤٢١ ح ١٤٦٢ وفيه: عن ابن جبلة، و ج ٦: ٣٩٥ ح ١١٩٠، الوسائل ١٧: ٣٦٨ ب «١٧» من أبواب اللقطه ح ٢.

و روايه الفضيل بن يسار قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن لقطه الحرم، قال: لا- تمسّ أبدا حتى يجيء صاحبها فيأخذها، قلت: فإن كان مالا كثيرا، قال: فإن لم يأخذها إلا مثلك فليعرّفها» (١).

و في كلّ واحد من هذه الأدلّة نظر:

أما الأول فلأن الوصف بالأمن لا ينافي جواز الالتقاط منه، سواء جعلنا الأمن به في الدنيا أم في الآخرة.

و الروايه الأولى مرسله. و الثانيه ضعيفه السند بأبي جميله [١] و عليّ بن أبي حمزه، و الثالثه بأبان بن عثمان. مع أنها ظاهره في الكراهه لا التحريم، خصوصا من قوله: «ما كان ينبغي» فإنه صريح فيها. و كذا قوله في الثالثه: «إن لم يأخذها إلا مثلك فليعرّفها» و لو كان محرّما لساوى غيره، بل الظاهر منه أن أخذ الثقة لها غير مكروه أو أقلّ كراهه.

و حال مطلق اللقطه كذلك، بل قد ورد فيها بمثل هذه العبارة ما هو أصحّ سندا، ففي صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام إلى أن قال: «و كان عليّ بن الحسين عليهما السلام يقول لأهله: لا تمسّوها» (٢). و في صحيحه الحسين بن أبي العلاء قال: «ذكرنا للصادق عليه السلام اللقطه، فقال: لا تعرض لها، فلو أن

ص: ٥١٣

١- (١) التهذيب ٥: ٤٢١ ح ١٤٦١، الوسائل ٩: ٣٦١ ب «٢٨» من أبواب مقدّمات الطواف ح ٢.

٢- (٣) التهذيب ٦: ٣٨٩ ح ١١٦٣، الاستبصار ٣: ٦٨ ح ٢٢٧، الوسائل ١٧: ٣٤٧ ب «١» من أبواب اللقطه ح ١.

الناس تركوها لجاء صاحبها فأخذها» (١).

و يؤيد الكراهه روايه يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام وقد سأله عن اللقطه بمنى، فقال: «أما بأرضنا هذه فلا يصلح» (٢). و من حكم بالكراهه استند إلى ظاهر هذه الأخبار، و دليل الكراهه يتسامح في سنده. و ليس فيها فرق بين القليل و الكثير.

نعم، في روايه (٣) ابن أبي حمزه الحكم في الدينار بالصدقه به مع الضمان، و ليس فيها أنه يتملكه إن شاء، مع أنها غير منافيه لما دلّ (٤) على جواز التملك في غيرها مما أطلق.

نعم، في روايه إبراهيم بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«اللقطه لقطتان: لقطه الحرم، و تعرف سنه، فإن وجدت لها طالبا و إلا تصدقت بها، و لقطه غيرها تعرف سنه، فإن لم تجد صاحبها فهي كسبيل مالك» (٥).

و مفهومها أنها لا- تملك مطلقا. و روى العامه عن النبي صلى الله عليه و آله أنه قال عن لقطه الحرم: «لا- تحلّ إلا- لمنشد» (٦) أي: لمعرف، و المعنى: على الدوام،

ص: ٥١٤

١- (١) التهذيب ٦: ٣٩٠ ح ١١٦٦، الوسائل ١٧: ٣٤٨ الباب المتقدم ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ٥: ٤٢١ ح ١٤٦٣، الوسائل ٩: ٣٦١ ب «١» من أبواب مقدمات الطواف ح ١.

٣- (٣) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٥١٢ هامش (٥).

٤- (٤) انظر الوسائل ١٧: ٣٦٨ ب «١٧» من أبواب اللقطه ح ١، و ص: ٣٤٩ ب «٢» من أبواب اللقطه.

٥- (٥) الكافي ٤: ٢٣٨ ح ١، الفقيه ٢: ١٦٦ ح ٧٢٤، التهذيب ٥: ٤٢١ ح ١٤٦٤، الوسائل ٩: ٣٦١ ب «٢٨» من أبواب مقدمات الطواف ح ٤.

٦- (٦) عوالي اللئالي ٣: ٤٨٧ ح ١٢، و انظر مسند أحمد ١: ٣٤٨، صحيح البخاري ٣: ١٦٤، سنن أبي داود ٢: ٢١٢ ح ٢٠١٧، سنن البيهقي ٦: ١٩٩.

و إلا فسائر البلاد كذلك، فلا تظهر فائده التخصيص، و ظاهره عدم التملك أيضا مطلقا.

لكن فى الجميع قصور السند، و من ثم ذهب أبو الصلاح [١] إلى جواز تملكها بعد التعريف كغيرها.

و أما المصنف و غيره (١) ممن فرق بين القليل منها و الكثير فى التملك فاستند فى الكثير إلى ما ذكرناه، و فى القليل إلى الأدلة العامة. و هو أنسب.

و قد ظهر بذلك ضعف القول بالتحريم مطلقا و إن كان مشهورا، و قوّه جوازها للمنشد مطلقا. و يبقى الكلام فى التملك للقليل أو مطلقا، و مرجعه إلى الأدلة العامة، مع عدم ظهور المنافى فى الخاصه. و فى التذكرة (٢) ادعى إجماع علمائنا على عدم جواز تملك لقطه الحرم و أطلق. و لا يخفى فساد دعوى الإجماع، فقد عرفت أنه (٣) و المصنف و جماعه (٤) جؤزوا تملك القليل، و أبو الصلاح [٢] جؤز تملك الكثير. و النظر إلى عدم قدحه فى الإجماع قد تكرر القول فيما فيه.

ص: ٥١٥

١- ٢) تحرير الأحكام ٢: ١٢٦. الدروس الشرعية ٣: ٨٦.

٢- ٣) التذكرة ٢: ٢٥٦.

٣- ٤) أى: علامه، انظر الهامش (٥) فى ص: ٥١١.

٤- ٥) تحرير الأحكام ٢: ١٢٦. الدروس الشرعية ٣: ٨٦.

و يجب تعريفها حولاً، (١) فإن جاء صاحبها و إلا تصدّق بها أو استبقاها أمانة، و ليس له تملكها.

و لو تصدّق [بها] بعد الحول، فكره المالك، فيه قولان أرجحهما أنه لا يضمن، لأنها أمانة، و قد دفعها دفعا مشروعاً.

قوله: «و يجب تعريفها حولاً إلخ».

المشهور بين الأصحاب أن ما زاد عن القليل من لقطه الحرم لا يجوز تملكها مطلقاً، سواء قلنا بتحريم لقطته أم بكراهتها، بل يجب تعريفها سنه ثم يتخير بين إبقائها في يده أمانة، و إن شاء تصدّق بها عن مالها. و في ضمانه حينئذ على تقدير ظهور المالك قولان:

أحدهما - و هو المشهور - الضمان، لدلاله خبر ابن أبي حمزه (١) عليه، و لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، فيضمنه مع عدم رضاه، و خصوصاً على القول بتحريم الالتقاط.

و الثاني - و هو الذي اختاره المصنف و جماعه - عدمه، للإذن في الصدقة شرعاً فلا يتعقّب الضمان. و ينبغي على القول بالتحريم أن تكون مضمونه عليه و إن أبقاها في يده، للعدوان بأخذها، لكن أطلق القول بكونها أمانة من حرّم الالتقاط و من جوزه.

ص: ٥١٦

و إن وجدها فى غير الحرم (١) عرّفها حولاً- إن كان ممّياً يبقّى، كالثياب و الأمتعه و الأثمان، ثمّ هو مخير بين تملكها و عليه ضمانها، و بين الصدقه بها عن مالکها، و لو حضر المالك و كره الصدقه لزم الملتقط ضمانها إما مثلاً و إما قيمه، و بين إبقائها فى يد الملتقط أمانه لمالكها من غير ضمان.

قوله: «و إن وجدها فى غير الحرم. إلخ».

إذا وجدت اللقطه البالغه قدر الدرهم عينا أو قيمه، أو زائده عنه، المأمونه البقاء، و جب تعريفها سنه إما مطلقاً أو مع نيه التملك، كما سيأتى (١) الخلاف فيه.

فإذا عرّفه سنه تخير بين ثلاثه أشياء: تملكها، أو الصدقه عن مالکها، و يضمن للمالك فيهما.

و لا- خلاف فى الضمان مع الصدقه و كراهه المالك هنا و إن اختلف فى لقطه الحرم، و من ثمّ اختار المصنف عدم الضمان هناك (٢) و جزم به هنا.

و الفارق النصوص (٣) الكثيره الدالّه على الضمان هنا من غير معارض، و إن كان الدليل الذى ذكره (٤) من امتثال مراد الشارع آتياً هنا، إلا أنه لا يقابل الدليل النقلي (٥) الصريح، كقوله صلى الله عليه و آله و قد سئل عن اللقطه: «عرّفها حولاً، فإن جاء صاحبها و إلا- تصدّق بها، فإذا جاء ربّها و رضى بالأجر و إلا غرمها» [١] و روايه الحسين بن كثير، عن أبيه، قال: «سأل رجل أمير المؤمنين عليه السلام عن اللقطه، فقال: يعرّفها حولاً، فإن جاء صاحبها دفعها إليه، و إلا حبسها

ص: ٥١٧

١- ١) فى ص: ٥٤٤.

٢- ٢) راجع الصفحه السابقه.

٣- ٣) انظر الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب «٢» من أبواب اللقطه ح ٢ و ١٤، و ص: ٣٦٨ ب «١٨».

٤- ٤) راجع الصفحه السابقه.

٥- ٥) فى «ذ، د، خ»: العقلی.

و لو كانت ممّا لا يبقى-(١)كالطعام-قوّمه على نفسه و انتفع به،و إن شاء دفعه إلى الحاكم و لا ضمان.

و لو كان بقاؤها يفتقر إلى العلاج،كالرطب المفتقر إلى التجفيف، يرفع خبرها إلى الحاكم،ليبيع بعضها و ينفقه في إصلاح الباقي.و إن رأى الحاكم الحظّ في بيعه و تعريف ثمنه جاز.

حولاً،فإن لم يجيء صاحبها أو من يطلبها تصدّق بها،فإن جاء صاحبها بعد ما تصدّق بها إن شاء أغرمها الذي كانت عنده،و كان الأجر له،و إن كره ذلك احتسبها و الأجر له» (١).

و صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال:«سألته عن اللقطة،قال:لا ترفعوها،فإن ابتليت فعرفها سنه،فإن جاء طالبها و إلا فاجعلها في عرض مالك يجرى عليها ما يجرى على مالك،إلى أن يجيء طالب» (٢).

و غيرها من الأخبار (٣).

و الثالث:أن يبقياها في يده أمانه في حرز أمثالها كالوديعة،فلا يضمنها إلا مع التعدّي أو التفريط،لأنه حينئذ محسن إلى المالك بحفظ ماله و حراسته،فلا يتعلّق به ضمان،لا نتفاء (٤)السييل عن المحسن.

قوله:«و لو كانت ممّا لا يبقى.إلخ».

إذا التقط ما يفسد بتركه على حاله قبل الحول فهو على ضربين:

ص:٥١٨

١- (١) التهذيب ٦:٣٨٩ ح ١١٦٤،الاستبصار ٣:٦٨ ح ٢٢٨،الوسائل ١٧:٣٤٩ ب «٢» من كتاب اللقطة ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ٦:٣٩٠ ح ١١٦٥،الاستبصار ٣:٦٨ ح ٢٢٩،الوسائل ١٧:٣٥٠ الباب المتقدم ح ٣.

٣- (٣) انظر الهامش (٣) في الصفحة السابقة.

٤- (٤) التوبة:٩١.

أحدهما: أن لا يمكن إبقاؤه، كالطعام و الرطب الذى لا يتمر و البقول، فيتخير بين أن يتملكه بالقيمه و يأكله، أو يبيعه و يأخذ ثمنه ثم يعرّفه، و بين أن يدفعه إلى الحاكم ليعمل فيه ما هو الحظّ للمالك، و قد روى [١] أنه صلى الله عليه و آله قال: «من التقط طعاما فليأكله».

و حيث يعرّفه حولا، فإن ظهر مالكة و إلا عمل بالقيمه ما يعمل بالعين لو كانت باقيه، فيتملكها إن شاء، أو يتصدق بها عنه.

و لو اختلفت القيمه يوم الأخذ و الأكل فالمعتبر قيمته يوم الأكل، لا يوم الأخذ و لا الأعلى منهما.

و لا- يجب إفراز القيمه زمن التعريف، للأصل، و لأن ما فى الذمه لا يخشى هلاكه. و لو أفرزها كان المفرز أمانه فى يده كالثمن الذى باعها به لغيره (١). و مثله ما لو باعها من نفسه بعين ابتداء.

و الثانى: ما يمكن بقاءه بالمعالجه و التجفيف. فإن تبرّع الواجد بإصلاحه فذاك، و إلا بيع بعضه و أنفق على تجفيف الباقي. و يخالف الحيوان حيث يباع جميعه، لأن النفقه تتكرر فيؤدى إلى أن يأكل نفسه.

و هل يتوقف ذلك على إذن الحاكم، أم يجوز للملتقط توليه ابتداء؟ أطلق المصنف و جماعه (٢) الرجوع فيه إلى الحاكم، لأنه مال غائب و هو وليه فى حفظ ماله و عمل ما هو الحظّ له فيه. و قيل: يتخير الملتقط بين توليه بنفسه و الرجوع إلى الحاكم. و هو حسن. و لا إشكال فى تولي الملتقط ذلك مع تعذر الحاكم. و لو

ص: ٥١٩

١- ٢) فى «ذ، دل، خ»: كغيره.

٢- ٣) المبسوط ٣: ٣٢٠، قواعد الأحكام ١: ١٩٨-١٩٩، اللمعه الدمشقيّه: ١٤٤.

و فى جواز التقاط النعلين (١) و الإداهه و السوط خلاف أظهره الجواز مع كراهيه.

كان الحظ لصاحبه فى بيعه أجمع بيع أيضا.

و من هذا القسم الثوب الذى لا يبقى إلى آخر الحول إلا مع مراعاته بالهواء و نحوه كالصوف، فيجب مراعاته، إلا أن ما لا يبذل فى مقابلته أجره فى العاده من العمل يجب على الملتقط فعله تبرعا (١) إن لم يدفعه إلى الحاكم.

قوله: «و فى جواز التقاط النعلين. إلخ».

القول بالمنع من التقاط هذه الثلاثه لأبى الصلاح (٢) و ظاهر الصدوقين [١]، للنهى عنه فى (٣) روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن الصادق عليه السلام، وقد سأل عن النعلين و الإداهه و السوط يجده الرجل فى الطريق أ ينتفع به؟ قال: «لا يمسّه» (٤). و الأظهر الكراهه، و النهى محمول عليها جمعا.

و لا يخفى أن الأغلب على النعل أن يكون من الجلد. و الإداهه بالكسر هى المطهره، و هى تكون من الجلد أيضا. و كذا السوط.

و إطلاق الحكم بجواز التقاطها إما محمول على ما لا يكون منها من الجلد، لأن المطروح منه مجهولا. ميتة، لأصاله عدم التذكيه، أو محمول على ظهور أمارات تدلّ على ذكاته، فقد ذهب بعض الأصحاب إلى جواز التعويل عليها.

ص: ٥٢٠

١ - ١) فى «ذ»: شرعا.

٢ - ٢) الكافى فى الفقه: ٣٥٠.

٣ - ٤) فى «د، ل، م»: و فى.

٤ - ٥) التهذيب ٦: ٣٩٤ ح ١١٨٣، الوسائل ١٧: ٣٦٣ ب «١٢» من أبواب اللقطه ح ٢.

و كذا العصا و الشظاظ (١) و الحبل و الودت و العقال، و أشباهه من الآلات التي يعظم نفعها و تصغر قيمتها.

و يكره أخذ اللقطه مطلقا، (٢) خصوصا للفسق، و يتأكد فيه مع العسر.

و إطلاق النهي عن مسّها يجوز أن يستند إلى ذلك، إلا أن الأصحاب فهموا منه خلافه.

قوله: «و كذا العصا و الشظاظ. إلخ».

الشظاظ - بالكسر - خشبه محدّده الطرف تدخل في عروه الجوالقين لتجمع بينهما عند حملهما على البعير، و الجمع: أشظّه. و الودت بكسر وسطه. و العقال - بكسر أوله - جبل يشدّ به قائمه البعير.

و وجه الكراهه في هذه و أشباهها النهي [١] عنه المحمول على الكراهه جمعا، فقد روى (١) لا بأس بلبقظتها.

قوله: «و يكره أخذ اللقطه مطلقا. إلخ».

المروى (٢) كراهه اللقطه مطلقا، فتكون في الفاسق متأكّده. فعن عليّ عليه السلام: «إيّاكم و اللقطه، فإنها ضالّه المؤمن، و هي من حريق النار» (٣). و عن الصادق عليه السلام: «لا يأخذ الضالّه إلا الضالّون» (٤).

ص: ٥٢١

١- (٢) الكافي ٥: ١٤٠ ح ١٥، الفقيه ٣: ١٨٨ ح ٨٤٧، الوسائل ١٧: ٣٦٢ ب «١٢» من أبواب اللقطه ح ١ و ٣.

٢- (٣) الوسائل ١٧: ٣٤٧ ب «١» من أبواب اللقطه.

٣- (٤) الفقيه ٣: ١٨٦ ح ٨٣٩، الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب «١» من أبواب اللقطه ح ٨.

٤- (٥) التهذيب ٦: ٣٩٦ ح ١١٩٣، الوسائل ١٧: ٣٤٨ الباب المتقدّم ح ٥.

و يستحبّ الإشهاد عليها. (١) و تتأكد الكراهه في الفاسق، لأنه لا يؤمن أن يأخذها بغير حقّها. و أكد منه إذا كان معسرا، لأنه على تقدير أخذها بحق أو بغيره و ظهور المالك قد لا يتيسر له قيمتها لإعساره.

و كذا تتأكد الكراهه في حقّ المعسر و إن لم يكن فاسقا، لوجود العله فيه، و إن كان اجتماعهما يؤكّد الكراهه.

قوله: «و يستحبّ الإشهاد عليها».

لقوله صلى الله عليه و آله: «من التقط لقطه فليشهد عليها ذا عدل أو ذوى عدل، و لا يكتم و لا يغيب» (١). و لما في الإشهاد عليها من صيانته نفسه عن الطمع فيها، و حفظها من ورثته لو مات و من غرمائه إذا أفلس.

و أوجه بعض العامّة (٢)، عملا بظاهر الأمر في الخبر. و أجيب بأن حملة على الاستحباب أظهر، لأنه صلى الله عليه و آله لم يأمر به في أخبار كثيرة ذكر فيها حكم اللقطه. و لأنه لو كان واجبا لما خیر بين الواحد و الاثنين. و الحقّ أنه يصلح دليلا للاستحباب لا للوجوب من حيث السند.

ثمّ في كيفيّة الإشهاد وجهان:

أحدهما- هو الأشهر- أن يشهد على أصلها دون صفاتها، أو يذكر بعضها من غير استقصاء، لئلا يذيع خبرها فيدّعيها من لا يستحقّها فيأخذها إذا ذكر صفاتها أو يذكر بعضها، إن اكتفينا بالصفه أو بمواطاه الشهود إن أوجبنا إلى البيّنه.

ص: ٥٢٢

١- ١) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٤٩١ هامش (٥).

٢- ٢) المغنى لابن قدامة ٦: ٣٦٢.

مسائل خمس:

الأولى: ما يوجد في المفاوز أو في خربه قد هلك أهلها

الأولى: ما يوجد في المفاوز (١) أو في خربه قد هلك أهلها فهو لواجده، ينتفع به بلا تعريف. وكذا ما يجده مدفونا في أرض لا مالك لها.

و الثاني: أنه يشهد على صفاتها أيضا، حتى لو مات لم يملكها الوارث، و يشهد الشهود للمالك على وجه يثبت به.

و على التقديرين لا ينبغي الاقتصار على الإطلاق كقوله: عندى لقطه، لعدم الفائدة بذلك.

قوله: «ما يوجد في المفاوز. إلخ».

إطلاق الحكم بكون ذلك للواجد يشمل ما إذا كان عليه أثر الإسلام و ما لم يكن. و وجه الإطلاق عموم صحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال:

«سألته عن الدار يوجد فيها الورق، فقال: إن كانت معموره فيها أهلها فهو لهم، و إن كانت خربه قد خلا عنها أهلها فالذى وجد المال أحقّ به» (١). و صحيحه محمد بن مسلم أيضا عن أحدهما عليهما السلام قال: «و سألته عن الورق يوجد في دار، فقال: إن كانت الدار معموره فيها أهلها فهي لأهلها، و إن كانت خربه فأنت أحقّ بما وجدت» (٢).

و قيده جماعة (٣) من المتأخرين بما إذا لم يكن عليه أثر الإسلام و إلا كانت لقطه، جمعا بين ما ذكر و بين روايه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال:

ص: ٥٢٣

١- (١) الكافي ٥: ١٣٨ ح ٥، التهذيب ٦: ٣٩٠ ح ١١٦٩، الوسائل ١٧: ٣٥٤ ب «٥» من أبواب اللقطه ح ١.

٢- (٢) التهذيب ٦: ٣٩٠ ح ١١٦٥، الوسائل ١٧: ٣٥٤ الباب المتقدم ح ٢.

٣- (٣) قواعد الأحكام ١: ١٩٩، إيضاح الفوائد ٢: ١٥٩، اللمعه دمشقيّه: ١٤٥، التنقيح الرائع ٤: ١٢٠.

«قضى على عليه السلام في رجل وجد ورقا في خربه أن يعرفها، فإن وجد من يعرفها و إلا تمتع بها» (١) بحمل هذه على ما إذا كان عليه أثر الإسلام أو كانت لمالك معروف و ما سبق على ما لا أثر عليه. ولأن أثر الإسلام يدل على سبق يد مسلم، والأصل بقاء ملكه.

و فيه نظر، لأن محمد بن قيس مشترك بين الثقة و غيره، فلا يقاوم الصحيح بحيث يتقيد إطلاقه به. و مجرد وجود الأثر لا يدل على كونه من مسلم، لجواز صدوره من غيره. و ضميمه الدار و إن رجحت كونه للمسلمين إلا أن الظاهر لا يعارض الأصل غالبا.

و المراد بأثر الإسلام أن يكون مكتوبا عليه اسم سلطان من سلاطين الإسلام، أو الشهاده بالرساله للنبي صلى الله عليه و آله، و نحو ذلك.

و المفاوز جمع مفاز، و هي البريه القفر، قاله ابن الأثير في النهاية (٢).

و نقل الجوهرى (٣) عن ابن الأعرابي أنها سُميت بذلك تفاؤلا بالسلامه و الفوز.

و يستفاد من تقييد الموجود في الأرض التي لا-مالك لها بالمدفون عدم اشتراطه في الأولين، بل يملك ما يوجد فيهما مطلقا، عملا بإطلاق النص. أما غير المدفون في الأرض المذكوره فهو لقطه. هذا كله إذا كان في دار الإسلام، أما في دار الحرب فلو أجده مطلقا.

ص: ٥٢٤

١- (١) التهذيب ٣٩٨: ٦ ح ١١٩٩ الوسائل ١٧: ٣٥٥ ب «٥» من أبواب اللقطه ح ٥.

٢- (٢) النهاية ٤٧٨: ٣.

٣- (٣) انظر الصحاح ٨٩٠: ٣، و لكن نقله عن الأصمعي.

و لو كان لها مالك (١) أو بائع عَرَفَه، فإن عَرَفَه فهو أَحَقُّ به، وإلا فهو لواجده.

و كذا لو وجده فى جوف (٢) دابَّه و لم يعرفه البائع. أما لو وجده فى جوف سمكه فهو لواجده.

قوله: «و لو كان لها مالك. إلخ».

ينبغى أن يراد بالبائع الجنس ليشمل القريب و البعيد، لاشتراك الجميع فى المقتضى، و هو ثبوت اليد حيث زالت اليد القريبه بنفى ملكه.

و حيث يعترف به المالك أو البائع يدفع إليه من غير بينه و لا- وصف. و لو تعدّد المالك فى الطبقة الواحده و اعترفوا به دفع إليهم. و إن اعترف به بعضهم خاصّه، فإن ذكر سببا يقتضى التشريك دفع إليه حصّته خاصّه، و إلا فالجميع.

و فى معنى البائع من انتقلت عنه بغيره من أسباب الملك، من هبه و صلح و إصداق و غيرها.

و إطلاق الحكم بكونه لواجده مع عدم اعتراف المالك و البائع به- الشامل لما عليه أثر الإسلام و عدمه- تبعا (١) لإطلاق النصّ كما سبق (٢). و من قيّد تلك (٣) بانتفاء أثر الإسلام قيّد (٤) هنا أيضا، لاشتراكهما فى المقتضى. فمعه يكون لقطه يجب تعريفه مع كثرته و إلا تملكه. و لا فرق فى وجوب تعريف المالك و البائع ابتداء بين القليل و الكثير.

قوله: «و كذا لو وجده فى جوف. إلخ».

بمعنى أن ما يوجد فى جوف الدابّه يجب تعريفه المالك أو البائع لها و من

ص: ٥٢٥

١- ١) فى «ذ، و»: تبع.

٢- ٢) فى ص: ٥٢٣.

٣- ٣) فى «د، و، م»: ذلك.

٤- ٤) فى «و»: قيده.

فى معناه، فإن عرفه فهو له و إلا فهو للواجد.

و مستند الحكم صحيحه على بن جعفر قال: «كتبت إلى الرجل أسأله عن رجل اشترى جزورا أو بقره للأضاحي، فلما ذبحها وجد في جوفها صرّه فيها دراهم أو دنانير أو جوهره، لمن يكون؟ قال: فوقّع عليه السلام: عزّفها البائع، فإن لم يعرفها فالشيء لك رزقك الله إياه» (١).

و من الروايه يظهر أن المراد من الدابّة المملوكه بالأصل، ليكون ما فى بطنها تابعا لها فى الملك. و به يظهر الفرق بينها و بين السمكه، حيث إن الأصل فيها أن تكون مباحه بالأصل مملوكه بالاصطياد، و لما كان ملك المباحات متوقفا على الحيازه و التيه المتوقف على العلم بالتملك لم يتوجه ملك الصياد لما فى بطنها من المال، لعدم شعوره به، فكان لواجدّه إذا نوى تملكه.

هذا إذا كانت السمكه مباحه الأصل كما ذكرنا. فلو كانت مملوكه - كالموجوده فى ماء محصور مملوك - فحكمها حكم الدابّة، كما أن الدابّة لو كانت مباحه بالأصل - كالغزال - فحكمها حكم السمكه. و إطلاق الحكم فيهما مبنى على الغالب، و بقرينه (٢) مستند الحكم.

و إطلاق الحكم الشامل لما عليه أثر الإسلام و عدمه تبعا (٣) لإطلاق النصّ كالسابق، و من اعتبره ثم اعتبره هنا أيضا، لاشتراكهما فى المقتضى.

ص: ٥٢٦

١ - ١) الكافي ٥: ١٣٩ ح ٩، التهذيب ٦: ٣٩٢ ح ١١٧٤، الوسائل ١٧: ٣٥٨ ب «٩» من أبواب اللقطه ح ١. و فى المصادر: عبد الله بن جعفر.

٢ - ٢) فى «د»: بقرينه.

٣ - ٣) فى «ذ، و»: تبع.

الثانية: من أودعه لصّ مالا (١) و هو يعلم أنه ليس للمودع لم يرده عليه، مسلماً كان أو كافراً. فإن عرف مالكة دفعه إليه، و إلا كان حكمه حكم اللقطة.

قوله: «من أودعه لصّ مالا. إلخ».

لا شبهة في عدم جواز رده على اللصّ و نحوه من الغاصبين مع الإمكان، بل يرده على مالكة أو وارثه إن علمه، و إلا فالمشهور أن يكون حكمه حكم اللقطة في وجوب التعريف سنه ثمّ التصدّق به عن مالكة.

و المستند روايه حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً و اللصّ مسلم هل يرده عليه؟ قال: لا يرده، فإن أمكنه أن يرده على صاحبه فعل، و إلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردها عليه و إلا تصدّق بها، فإن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم، فإن اختار الأجر فله، و إن اختار الغرم غرم له و كان الأجر له» (١).

و الرواية و إن كانت ضعيفه السند إلا أن مضمونها موافق للأصول الشرعيّة، فإنها بعد التعريف تصير مالا مجهول المالك، و قد تقدّم (٢) أنه يجوز الصدقة به عن مالكة. و لا يقدح زياده التعريف هنا، لأنه زياده في الاستظهار و التفحص عن (٣) المالك.

ص: ٥٢٧

١ - (١) الكافي ٥: ٣٠٨ ح ٢١ و فيه: عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام، الفقيه ٣: ١٩٠ ح ٨٥٦، التهذيب ٦: ٣٩٦ ح ١١٩١، الاستبصار ٣: ١٢٤ ح ٤٤٠، الوسائل ١٧: ٣٦٨ ب «١٨» من أبواب اللقطة ح ١.

٢ - (٢) في ج ٥: ٩٩.

٣ - (٣) في «ص، ذل، ط»: على.

و مقتضى إطلاق المصنف أنها كاللقطه جواز تملكها بعد التعريف. و مستنده ظاهر قوله فى الروايه: «كانت فى يده بمنزله اللقطه».

و الأقوى (١) عدم جواز التملك هنا، لقصور الروايه عن إفاده الجواز سنداً و دلالة. أما الأول فظاهر. و أما الثانى فلأنه عقب كونها بمنزله اللقطه بالحكم (٢) بتعريفها حولاً ثم الصدقه بها، و هذا كاف فى تنزيلها منزلتها. و يؤيده أنها ليست لقطه حقيقه، و إنما هو مال مجهول المالك.

و تبه بقوله: «مسلم كان أو كافراً» على أن الحكم لا ينحصر فيما ذكره فى الروايه من كون اللص مسلماً، لأن ذلك وقع على وجه المثال لا الحصر، فحكم الكافر كذلك، سواء كان محترم المال أم لا، لأن الغرض كون المال ليس له.

و لا يخفى أن عدم جواز ردّه عليه مشروط بإمكانه، فلو كان عاجزاً عن دفعه كان كالمكره على أخذ مال الغير من يده، و قد تقدّم (٣) حكمه فى الوديعه.

و هذه المسأله ببابها أليق، و قد ذكرها المصنف ثم (٤) و اقتصر من حكمها على الصدقه، و لم يذكر أنها كاللقطه مطلقاً. و هو أجود.

و فى المسأله قولان آخران:

أحدهما: للمفيد (٥) و سائر (٦) أنه يتصدق بخمسها على مستحق الخمس و الباقي على فقراء المؤمنين. و لا وجه للتفصيل.

ص: ٥٢٨

١- ١) فى «د» و الأقرب.

٢- ٢) فى الحجرتين: فى الحكم.

٣- ٣) فى ج ٩٩: ٥.

٤- ٤) فى ج ١٠٠: ٥.

٥- ٥) المقنعه: ٦٢٦-٦٢٧.

٦- ٦) المراسم: ١٩٣-١٩٤.

الثالثه:من وجد فى داره (١) أو فى صندوقه مالا و لا يعرفه، فإن كان يدخل الدار غيره أو يتصرف فى الصندوق سواء فهو لقطه، و إلا فهو له.

و الثانى:لابن إدريس (١) بأنه يدفعها إلى إمام المسلمين، و لا يجوز له التصديق بها، لأنه تصرف فى مال الغير بغير إذنه، و هو منهى (٢) عنه، و ليست كاللقطه، و الروايه لا تفيد عنده. و له وجه.

قوله: «من وجد فى داره. إلخ».

الأصل فى هذه المسأله صحيحه جميل بن صالح عن الصادق عليه السلام قال: «قلت له: رجل وجد فى بيته دينارا، قال: يدخل منزله غيره؟ قلت: نعم كثير، قال: هذه لقطه، قلت: فرجل قد وجد فى صندوقه دينارا، قال: فيدخل أحد يده فى صندوقه غيره أو يضع فيه شيئا؟ قلت: لا، قال: فهو له» (٣). و لشهاده الظاهر بأنه مع عدم مشاركته غيره له فيه يكون له، و قد يعرض له النسيان. هذا إذا لم يقطع بانتفائه عنه، و إلا كان لقطه.

و إطلاق الحكم بكونه لقطه مع المشاركه يقتضى عدم الفرق بين المشارك فى التصرف و غيره، فيجب تعريفه حولا. و هو يتم مع عدم انحصاره، أما معه فيحتمل جواز الاقتصار عليه، لانحصار اليد، و وجوب البدأ بتعريفه للمشارك، فإن عرفه دفعه إليه، و إلا وجب تعريفه حينئذ تمام الحول كاللقطه.

ص: ٥٢٩

١- (١) السرائر ٢: ٤٣٥-٤٣٦.

٢- (٢) انظر كمال الدين: ٥٢١، الاحتجاج: ٤٨٠، الوسائل ٦: ٣٧٦ ب «٣» من أبواب الأنفال ح ٦.

٣- (٣) الكافي ٥: ١٣٧ ح ٣، الفقيه ٣: ١٨٧ ح ٨٤١، التهذيب ٦: ٣٩٠ ح ١١٦٨ الوسائل ١٧: ٣٥٣ ب «٣» من أبواب اللقطه ح ١.

الرابعة: لا تملك اللقطة قبل الحول و لو نوى ذلك، و لا بعد الحول ما لم يقصد التملك

الرابعة: لا تملك اللقطة قبل الحول (١) و لو نوى ذلك، و لا بعد الحول ما لم يقصد التملك. و قيل: يملكها بعد التعريف حولاً و إن لم يقصد. و هو بعيد.

قوله: «لا تملك اللقطة قبل الحول. إلخ».

لا- خلاف في عدم ملك الملتقط قبل تمام الحول و إن نوى التملك، لأن التعريف حولاً شرط فيه، فلا يحصل المشروط قبل الشرط.

و إنما الخلاف في ملكها بعد الحول، فقيل: يحصل الملك قهراً بمجرد مضيئه، لأن مضيئه هو السبب في التملك، فإذا حصل حصل الملك، كالأحياء (١) و الاحتطاب. و لما روى أن رجلاً قال: «يا رسول الله ما يجد في السيل العامر من اللقطة؟ قال: عرّفها حولاً، فإن جاء صاحبها و إلا فهي لك» (٢). و قول الصادق عليه السلام في اللقطة: «عرّفها سنه ثم هي كسائر ماله» (٣).

و قيل: لا يملكها إلا أن يختار التملك. و هذا هو الأظهر، لقوله صلى الله عليه و آله في حديث آخر: «فشأنك بها» (٤) فوّض الأمر إلى خيرته. و صحيحه علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يصيب درهماً أو ثوباً أو دابة كيف يصنع؟ قال: عرّفها سنه، فإن لم يعرف حفظها في عرض ماله حتى يجيء صاحبها فيعطيه إياه، و إن مات أوصى بها و هو لها ضامن» (٥). و لو

ص: ٥٣٠

١- ١) في «خ»: كالاكتشاف.

٢- ٢) مسند أحمد ٢: ٢٠٧، تلخيص الحبير ٣: ٧٦ ح ١٣٣٨.

٣- ٣) الكافي ٥: ١٣٧ ح ٢، التهذيب ٦: ٣٨٩ ح ١١٦١، الوسائل ١٧: ٣٥٢ ب «٢» من أبواب اللقطة ح ١١.

٤- ٤) الموطأ ٢: ٧٥٧ ح ٤٦، صحيح البخاري ٣: ١٦٣، صحيح مسلم ٣: ١٣٤٦ ح ١، سنن أبي داود ٢: ١٣٥ ح ١٧٠٥، سنن البيهقي ٦: ١٨٥، تلخيص الحبير ٣: ٧٣ ح ١٣٣١.

٥- ٥) الفقيه ٣: ١٨٦ ح ٨٤٠، الوسائل ١٧: ٣٥٢ ب «٢» من أبواب اللقطة ح ١٣.

كان مالكا لها بغير اختياره كان له التصرف فيها كيف شاء، و لم يأمره بحفظها.

و أجيب عن الأول بمنع كون التعريف حولا سببا تاما للملك مطلقا أو للملك القهرى، و إنما هو سبب للملك الاختيارى، و بعد الحول يملك أن يملك.

و كونها كسائر أمواله لا ينافى الملك الاختيارى.

و على هذا فيما (١) يحصل الملك بعد الحول فيه أقوال:

أحدها: أنه يحصل بقصد التملك، و لا حاجه إلى اللفظ و لا إلى التصرف.

أما الأول فالحكم الشارع بتفويض ملكه إليه كما عرفت فى الأخبار، و ذلك يحصل بقصده، و الأصل عدم اعتبار أمر آخر، و لأنه تملك لا- يفتقر إلى الإيجاب فلا يفتقر إلى القبول. و أما الثانى فلأن التصرف يتوقف على الملك، لقبح التصرف فى مال الغير بغير إذنه، فلو توقف الملك عليه دار. و هذا هو الأشهر.

و ثانيها: أنه يتوقف على اللفظ، بأن يقول: اخترت تملكها و نحوه، لأن الملك إنما حصل بالعوض و هو المثل أو قيمه، فافتقر إلى اختياره و اللفظ الدال عليه، كالبيع و أخذ الشفع.

و هذه الأقوال الثلاثه للشيخ، أولها فى النهايه (٢)، و وافقه ابن إدريس (٣) مدعى الإجماع، و الثانى قوله فى المبسوط (٤)، و الثالث فى الخلاف (٥). و يظهر من

ص: ٥٣١

١- (١) فى «و»: فبما.

٢- (٢) النهايه: ٣٢٠.

٣- (٣) السرائر ١٠٢: ٢-١٠٣.

٤- (٤) المبسوط ٣: ٣٢٣.

٥- (٥) الخلاف ٣: ٥٨٤ مسألة (١٠).

التذكرة (١) اختياره.

و ثالثها: أنه لا يملك إلا بالتصرّف، بمعنى كونه تمام السبب المملّك، و جزؤه الأول التعريف، و الثانى نيه التملّك أو لفظه الدالّ عليه، لأن مالكة لو ظهر و العين باقيه كان أحقّ بها، و لو ملك الملتقط قبله لكان يرجع إلى المثل أو القيمة لا إلى العين، و هذا كالقرض عند الشيخ.

و الأصل فى الخلاف أن تملكها هل هو على سبيل المعاوضة أم لا؟ و على الأول، هل هو على سبيل الاقتراض أم لا؟ و على الأول، هل يتوقّف تملك المقرض على التصرّف أم لا؟ و الحقّ أن المعلوم شرعا ملك الملتقط لها مع قصده بعوض يثبت فى ذمته إما مطلقا أو مع ظهور المالك، أما كونه على وجه المعاوضة و كونه على جهة القرض فلا دليل عليه.

و أما ما ألزمه للقائل بتوقّف الملك على التصرّف بلزوم الدور- من حيث توقّف جواز التصرّف على الملك المتوقّف على التصرّف- فغير لازم، لمنع توقّف جواز التصرّف على الملك، بل على الإذن فيه من المالك أو الشارع، و هو هنا متحقّق. و مثله ملك المشتري معاطاه بالتصرّف المترتب جوازه على إذن المالك.

و ما يقال من أن من التصرّف ما يكون ناقلا للملك فكيف يحصّله؟ يندفع بتقدير الملك الضمنى، كعتق العبد عن الأمر به.

ص: ٥٣٢

الخامسة: قال الشيخ (١) رحمه الله: اللقطة تضمن بمطالبه المالك لا بنيه التملك. و هو بعيد، لأن المطالبة تترتب على الاستحقاق.

قوله: «قال الشيخ. إلخ».

لا- شك في ثبوت الضمان على الملتقط بالتملك في الجملة، ولكن الشك في وقته و تمام سببه، فالأكثر -و منهم المصنف- على أنه يحصل بنيه التملك و إن لم يظهر المالك، فيكون دينا في ذمته، لعموم قوله صلى الله عليه و آله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١). و لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، و هو يوجب الضمان. أما الأول فلثبوت الملك للمالك قبل التملك قطعا، و الأصل البقاء، فيكون التملك كالمعاوضه. و أما الثاني فلقوله عليه السلام: «إذا جاء طالبه ردّه إليه» (٢) و هو يدل على الضمان، و الأصل في أسباب ضمان المال إثبات اليد عليه أو التصرف فيه و نحوه.

و ذهب الشيخ (٣) و جماعه (٤) -منهم العلامة في التحرير [١]- إلى أنه يحصل بمطالبه المالك لا قبله، لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «فإن جاء صاحبها فليردّها، و إلا فهو مال الله يؤتية من يشاء» (٥). و قول الباقر عليه السلام:

«من وجد شيئا فهو له، فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإن جاء طالبه فليردّه

ص: ٥٣٣

١- ١) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٤٩٦ هامش (٢).

٢- ٢) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٤٩٦ هامش (٣).

٣- ٣) المبسوط ٣: ٣٣٠-٣٣١.

٤- ٤) جامع المقاصد ٦: ١٦٨.

٥- ٥) مسند أحمد ٤: ١٦٢، سنن ابن ماجه ٢: ٨٣٧ ح ٢٥٠٥، سنن أبي داود ٢: ١٣٦ ح ١٧٠٩.

إليه» (١). و قول الصادق عليه السلام: «تعرفها سنه، فإن وجدت صاحبها و إلا فأنت أحقّ بها، و هي كسبيل مالك» (٢). و قال: «خير» إذا جاءك بعد سنين بين أجرها و بين أن تغرمها له إذا كنت أكلتها» (٣). و لو كانت مضمونه عليه بالتملك لما كانت كذلك، و لما كان للتخير وجه. و في صحيحه الحلبي: «يعرفها سنه، فإن جاء طالبها و إلا فهي كسبيل ماله» (٤). و الأصل في ماله أن يكون غير مضمون عليه بعوض في ذمته لغيره، و إنما جاء العوض بعد ذلك بدليل من خارج. و مثلها صحيحه (٥) محمد بن مسلم، و غيرها من الأخبار (٦).

و بهذا يظهر الجواب عن قوله في الأول: إن التصرف في مال الغير يوجب الضمان، لمنع كليته، خصوصاً مع وجود ما يقوم مقام إذن المالك و هو إذن الشارع. و كذلك يمنع عموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى».

و أما ما يقال: من أن جواز المطالبة يقتضى سبق الاستحقاق، فلو توقّف الاستحقاق على المطالبة دار، و أنه لو لم يجب العوض قبل ذلك لم يكن له المطالبة، لأن العين قد تلفت على وجه غير مضمون.

ص: ٥٣٤

-
- ١- (١) الكافي ٥: ١٣٩ ح ١٠، التهذيب ٦: ٣٩٢ ح ١١٧٥، الوسائل ١٧: ٣٥٤ ب «٤» من أبواب اللقطة ح ٢.
 - ٢- (٢) التهذيب ٦: ٣٩٦ ح ١١٩٤، الوسائل ١٧: ٣٥٠ ب «٢» من أبواب اللقطة ح ٥. و في المصادر: جاءك بعد سنه.
 - ٣- (٣) التهذيب ٦: ٣٩٦ ح ١١٩٤، الوسائل ١٧: ٣٥٠ ب «٢» من أبواب اللقطة ح ٥. و في المصادر: جاءك بعد سنه.
 - ٤- (٤) التهذيب ٦: ٣٨٩ ح ١١٦٣، الاستبصار ٣: ٦٨ ح ٢٢٧، الوسائل ١٧: ٣٤٩ الباب المتقدم ح ١.
 - ٥- (٥) التهذيب ٦: ٣٩٠ ح ١١٦٥، الاستبصار ٣: ٦٨ ح ٢٢٩، الوسائل ١٧: ٣٥٠ الباب المتقدم ح ٣.
 - ٦- (٦) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٥٠ ب «٢» من أبواب اللقطة ح ١٣، ١٠، ٢.

الثاني: [في] الملتقط و هو من له (١) أهليه الاكتساب أو الحفظ. فلو التقط الصبي جاز، و يتولّى الولي التعريف عنه. و كذا المجنون. و كذا يصح الالتقاط من الكافر، لأن له أهليه الاكتساب.

فجوابه: بمنع توقّفها على الاستحقاق، بل على إمكانه و هو حاصل.

سَلَمْنَا، لكن الاستحقاق حاصل و إن لم يكن الضمان حاصلًا، لأن المراد حينئذ أنه إذا جاء المالك استحقّق أن يطالب، و إذا طالب وجب الضمان. و يمنع كون الإتلاف غير موجب للضمان مطلقًا، بل هي مضمونه بالتلف على هذا الوجه، بمعنى أنه مراعى بظهور المالك أو مطالبته. و هذا حسن.

و الظاهر من الأخبار أن الضمان يحصل بظهور المالك و إن لم يطالب، لكن اعتبر الشيخ (١) المطالبة. و تظهر فائده الخلاف في ثبوته دينًا في ذمته على الأول، فيجب عزله عند الموت و الإيضاء به، و يعدّ مديونا بسببه، فيستثنى في الخمس، و يحتسب في الغرم، و في توزيع مال المفلس على دينه، إلى غير ذلك من أحكام الدين، و ينتفى ذلك كله على الثاني قبل ظهور (٢) المالك.

قوله: «الملتقط و هو من له. إلخ».

قد تقدّم (٣) أن في اللقطه معنى الأمانه و الولايه في الابتداء بالنسبه إلى حفظها و تعريفها، و معنى الاكتساب في الانتهاء بالنسبه إلى تملكها، و أن منهم من غلب فيها معنى الاكتساب فمنع من التقاط من لا يقبل الاكتساب و إن صلح

ص: ٥٣٥

١- ١) المبسوط ٣: ٣٣٠-٣٣١.

٢- ٢) كذا فيما لدينا من النسخ الخطيه، و لعلّ الصحيح: قبل مطالبه.

٣- ٣) في ص: ٥٠١.

و فى أخذ لقطه الحرم (١) لهؤلاء تردّد، ينشأ من كونهم ليسوا أهلا للاستئمان.

للأمانه، و منهم من عكس.

و المصنف-رحمه الله-هنا اعتبر فيه أحد الأمرين: أهليته الاكتساب أو الحفظ، فيجوز التقاط الصبي و المجنون، لأن لهما أهليته الاكتساب، و لكن ليس لهما أهليته الحفظ و التعريف، فيتولاه الولي، فإذا مضى حول التعريف اختار لهما ما فيه الغبطه من التملك و غيره.

و كذا يصحّ من الكافر إذا لم يكن كفره بالارتداد المانع من قبول التملك، لأن له أهليته الاكتساب دون الأمانه أيضا. و كذا القول فى الفاسق.

و هل تقرّ يدهما عليها إلى أن يتمّ الحول، أم ينزعها الحاكم من يدهما إلى أن يستحقّا تملكها فيدفعها إليهما حينئذ؟ وجهان، من عدم كونهما من أهل الأمانه على مال الغير، و من عموم الإذن فى الالتقاط، و لأنه يخلّى بينهما و بين الوديعة فكذا يخلّى بينهما و بين اللقطه كالعدل.

و فيه نظر، لأن الإذن فى الوديعة جاء من قبل المالك، بخلاف اللقطه، فإن إذنها من الشارع و ليس له استئمان غير العدل على مال الغير.

و فى التذكرة (١) أو جب مع علم الحاكم خيانتة ضمّ مشرف إليه، و إلا- استحبّ. و فى التحرير: «لم أقف لعلمائنا على [نصّ فى] [١] انتزاع اللقطتين من يد الفاسق، أو ضمّ حافظ إليه مدّة التعريف» (٢).

قوله: «و فى أخذ لقطه الحرم.. إلخ».

لما كان المقصود من لقطه الحرم مجرّد الحفظ و التعريف و الصدقه دون

ص: ٥٣٦

١- (١) التذكرة ٢: ٢٥٢.

٢- (٣) تحرير الأحكام ١٢٧: ٢.

و للعبد أخذ كل واحد (١) من اللقطتين. و في روايه (١) أبى خديجه عن أبى عبد الله عليه السلام: لا يعرض لها المملوك. و اختار الشيخ (٢) -رحمه الله- الجواز. و هو أشبه، لأن له أهليه الاستئمان و الاكتساب.

التملك لم يكن لصلاحيه الاكتساب في متوليها مدخل، بل يعتبر فيه أهليه الاستئمان، فلا يصح التقاطها لمن ذكر.

و المصنف -رحمه الله- تردّد في ذلك، ممّا ذكرناه، و من عموم (٣) الأدله [الداله] (٤) على جواز الالتقاط، و من ثمّ اكتفى في غيرها بأهليه الاكتساب و جواز استئمانه و إن لم يتملك (٥). و الأقوى الأول حيث لا يجوز تملكها. و كذا القول في لقطتها للفاسق.

هذا إذا قلنا بجواز التقاطها و إن كره، أما على القول بالتحريم فلا فرق بين العدل و غيره، لوجوب انتزاع الحاكم إيّاها من الملتقط مطلقاً، بل لو أصرّ العدل على إبقائها في يده خرج عن العدالة لو جعلنا معصيه التقاطها صغيره.

قوله: «و للعبد أخذ كل واحد. إلخ».

المراد باللقطتين لقطه الحرم و لقطه الحلّ. و وجه الجواز فيهما ما أشار إليه المصنف من وجود المقتضى له، و هو أهليه الاستئمان و الاكتساب. أما الأول فواضح، لأنه أهل للوديعة و غيرها من الأمانات. و أما الثاني فلجواز اكتسابه

ص: ٥٣٧

١ - ١) الكافي ٥: ٣٠٩ ح ٢٣، الفقيه ٣: ١٨٨ ح ٨٤٥، التهذيب ٦: ٣٩٧ ح ١١٩٧، الوسائل ١٧: ٣٧٠ ب «٢٠» من أبواب اللقطه ح ١.

٢ - ٢) المبسوط ٣: ٣٢٥.

٣ - ٣) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب «٢» من أبواب اللقطه.

٤ - ٤) من «د، و، ط، م».

٥ - ٥) في «د، ط، م»: يملك.

بالاحتطاب و الاحتشاش و الاصطياد،و إن كان المملّك هو المولى،لأن كسبه له.

و وجه المنع:إطلاق الروايه،و اشتمالها على الولايه و الحضانه و هو غير متفرّغ لهما بحقوق سيّده.

و الروايه ليست صريحه فى المنع،و يمكن حملها على الكراهه.مع أن أبا خديجه مشترك بين الثقه و الضعيف،فلا يصلح حجّه على المنع لو سلّمت دلالتها عليه.و موضع الخلاف ما إذا وقع بغير إذن المولى،أما مع إذنه فلا إشكال فى الجواز،و كان كما لو أذن له فى قبول الوديعة و التكبّب.

إذا تقرّر ذلك و قلنا بصحّهِ التقاطه فعليه أن يعرفها كالحزّ،فإذا كمل حول التعريف لم يكن للعبد أن يملّكها لنفسه،بناءً على أنه لا- يملك شيئاً أو على أنه محجور فى التملّك،و له أن يملّكها للمولى بإذنه،و إلا- بقيت فى يده لأحد الأمرين:الصدقه أو الأمانه،و يتعلّق الضمان حينئذ برقبته.و للسيّد أن يأخذها منه قبل التعريف،كما له انتزاع ما يكتسبه،و يلزمه حينئذ تعريفها،و يلحقه بقيه أحكامها،و أن يأخذها بعد التعريف و يتخير فى الثلاثه،و حينئذ فيتعلّق الضمان بدمّته كما لو كان هو الملتقط.و لو أخذها المولى بعد شروع العبد فى التعريف بنى عليه.

و لو لم يكن العبد أهلاً للأمانه،بأن كان خائناً و كان الالتقاط بإذن المولى،وجب عليه المبادره إلى انتزاعها منه،فإن أخر ضمن.و لو قلنا بعدم جواز التقاط العبد ضمنها فى رقبته،سواء أتلّفها أم تلفت عنده بتفريط و بغيره،لأنه أخذ مال غيره عدواناً،و سواء كان قبل الحول أم بعده،لأن تعريفه لا يصحّ.

ثمّ إن علم به سيّده كان له انتزاعها من يده،و صار بمنزله الملتقط ابتداءً،

و كذا المدبّر و أم الولد.(١) و الجواز أظهر فى طرف(٢)المكاتب،لأن له أهليّه التملّك.

و سقط الضمان عن العبد حينئذ.و كذا لو بادر غير المولى فانتزعها منه إذا كان من أهل الالتقاط،لأن يد العبد حينئذ بمنزله العدم.و إنما سقط الضمان عن العبد فى الصورتين بخلاف ما لو غصب شيئاً فأخذه منه غيره-فإن الضمان لا يسقط عن العبد،و إن تخير المالك فى تضمين من شاء منهما-لأن القابض هنا ينوب [فيه] (١)عن المالك كالملتقط،بخلاف أخذ المغصوب،فإنه لا ينوب فيه عن المالك،فلا يزول الضمان بأخذه.

قوله:«و كذا المدبّر و أم الولد».

لأنهما رقيقان ما دام المولى حيّاً،فتلحقهما أحكام الرقيق كغير اللقطة.

و هذا موضع وفاق.

قوله:«و الجواز أظهر فى طرف.إلخ».

المكاتب بقسميه متردّد بين جانب الحرّيه و الرقيّه،لخروجه عن أصل الرقيّه بالعقد الموجب للتشبّث بالحرّيه و قبول الاكتساب،و لم يحكم معه بالحرّيه،لجواز العجز خصوصاً المشروط،و من ثمّ وقع التردّد فى جواز التقاطه إن قلنا بعدم جواز التقاط العبد،و إن قلنا بجوازه جاز من المكاتب بطريق أولى.

و الأقوى الجواز مطلقاً،لأن له أهليّه التكبّب و الأمانه معاً،فلا مانع من صلاحيّته لها.و حينئذ فليس للمولى انتزاعها من يده،لأنها كسبه إذا لم يكن لقطه الحرم.نعم،لو عجز فاسترقّ كان للمولى انتزاعها كالقنّ،و يبنى على تعريفه إن لم يتمّه.

ص:٥٣٩

الثالث: في الأحكام و هي مسائل:

الأولى: ليس التوالى شرطاً في التعريف

الأولى: ليس التوالى شرطاً (١) في التعريف، فلو فرق جاز.

و لو اشتغل المكاتب بالتعريف فأعتق أتمه و تملكه. و لو مات قبل التعريف أو إتمامه فكالقن. و لو عتق بعضه قام الوارث في نصيب الحرّيه مقامه.

قوله: «ليس التوالى شرطاً. إلخ».

للتوالى المحكوم بكونه غير شرط تفسيران:

أحدهما - هو الأظهر - أن المراد به استيعاب وقت الحول بالتعريف، فإن ذلك غير شرط اتفاقاً، بل و لا كلّ يوم، لإطلاق الأمر بالتعريف سنه في النصوص (١)، فيرجع إلى ما يعدّ تعريفاً كذلك عرفاً، و هو يتحقّق بما دون ذلك.

و قد اعتبر العلماء فيه أن يقع على وجه لا ينسى أن الثاني (٢) تكرر لما مضى، و يتحقّق ذلك بالتعريف في الابتداء في كلّ يوم مرّه أو مرّتين، ثمّ في كلّ أسبوع، ثمّ في كلّ شهر كذلك. و في القواعد (٣) صرّح بأن المراد بالتوالى المنفّى هو هذا المعنى.

و الثاني: أن المراد به توالى التعريف في الحول الواحد بحيث يقع التعريف المعتبر في اثني عشر شهراً متواليه، فإن ذلك غير لازم، بل يجوز تعريفه بأن يعرّف شهرين و يترك شهرين، و هكذا، بحيث يجتمع من الأشهر المعرّف فيها تمام الحول.

ص: ٥٤٠

١ - ١) لاحظ الوسائل ٣٤٩: ١٧ ب «٢» من أبواب اللقطه.

٢ - ٢) في «ذو، ط، م»: التالى.

٣ - ٣) قواعد الأحكام ١٩٨: ١.

و إيقاعه عند اجتماع الناس (١) و بروزهم، كالغدوات و العشيات.

و كَيْفِيَّتُهُ أن يقول: من ضاع له ذهب أو فضّه أو ثوب أو ما شاكل ذلك من الألفاظ. و لو أوغل في الإبهام كان أحوط، كأن يقول: من ضاع له مال أو شيء، فإنه أبعد أن يدخل عليه بالتخمين.

و زمانه: أيام المواسم و المجتمعات، كالأعياد و أيام الجمع:

و مواضعه: مواطن الاجتماع، كالمشاهد و أبواب المساجد و الجوامع و الأسواق. و يكره داخل المساجد.

و بهذا المعنى صرّح في التذكرة (١) مفسّراً به معنى التوالى الذى ليس بواجب، و شَبَّهه بما لو نذر صوم سنه، فإنه يجوز أن يوالى و أن يفرّق بحيث يجتمع له صيام اثني عشر. و نقل عن بعض الشافعيّ (٢) عدم جواز التعريف بهذا المعنى، و أنه لو قطعه كذلك وجب الاستئناف. و التفسيران صحيحان، إلا أن الأول أشبه بالمراد هنا.

قوله: «و إيقاعه عند اجتماع الناس. إلخ».

لَمَّا كان الغرض من التعريف رجاء الظفر بالمالك لم يصلح إيقاعه في كلّ وقت و لا- كلّ مكان و لا حال، لأن في الأزمنة و الأماكن اختلافاً في ذلك كثيراً، و في بعضها إخلال بالمقصود. فليكن مكانه مجتمع الناس، كالأسواق و أبواب المساجد في وقت مجتمعهم فيها للصلوات. و لا ينشد في داخل المسجد، للنهي عنه، و لأن المسجد لم يوضع لذلك، و قد روى أن النبي صَلَّى الله عليه و آله قال:

«من سمع رجلاً ينشد ضالّه في المسجد فليقل: لا أذاها الله إليك، فإن المساجد

ص: ٥٤١

١- (١) التذكرة ٢: ٢٥٨.

٢- (٢) انظر روضه الطالبين: ٤: ٤٧١.

و يجوز أن يعرّف (١) بنفسه، و بمن يستنييه، أو من يستأجره.

لم تبّن لهذا» (١). و زمانه أيام الاجتماع فى المجمع.

و كقيّته: أن يذكرها مطلقه أو موصوفه بأوصاف قليلة لتبقى مشتركة، حذرا من أن يدخل فيها مدّع بالتخمين و الدعوى الكاذبه. فيقول: من ضاع له شيء أو مال. و يجوز ذكر الجنس، كذهب أو فضّه أو ثوب، و لا يزيد على ذلك.

و لو تعرّض لبعض صفاتها فى موضع الأمن من التلبّس لينبه لها (٢) المالك فلا بأس، بشرط أن لا يستقصى فى الوصف.

و يجب إيقاعه عقيب الالتقاط مع الإمكان، و فى مكانه إن كان بلدا أو مجتمعا. و لو عرّف فيه و أكمله فى غيره جاز. و لو كان فى برّيه عرّف من يجده فيها و أتمّه فى غيرها من البلاد. و ينبغى تعريفها فى أقرب البلدان إليها فالأقرب.

قوله: «و يجوز أن يعرّف. إلخ».

لما كان الغرض من التعريف إظهار اللقطه و إشاعه خبرها ليظهر مالکها لم يتعلّق غرض الشارع فيه بمباشر معيّن، فيجوز أن يتولّاه الملتقط، و من ينوب عنه من غلام و ولد، و من يستعين به، و من يستأجره عليه. و هو موضع وفاق.

ثمّ إن تبرّع الملتقط بالتعريف أو بذل مئونه فذاك، و إلاّ ففى وجوب الأجره فى ماله لأنّه مكلف به، أو مال المالك لأنّه لمصلحته، أو الفرق بين التقاطها بتيه التملك فيكون من ماله أو بتيه الحفظ للمالك فيكون من ماله، أو جه أجودها الأول.

و يشترط فى النائب العداله ليقبل إخباره، أو اطلاع الملتقط على تعريفه

ص: ٥٤٢

١- (١) مسند أحمد ٢: ٣٤٩، صحيح مسلم ١: ٣٩٧ ح ٧٩، سنن أبى داود ١: ١٢٨ ح ٤٧٣، سنن ابن ماجه ١: ٢٥٢ ح ٧٦٧.

٢- (٢) كذا فى «ذخ»، و فى سائر النسخ: بها.

الثانية: إذا دفع اللقطة إلى الحاكم (١) فباعها، فإن وجد مالکها دفع الثمن إليه، وإلا- ردها إلى الملتقط، لأن له ولاية الصدقة أو التملك.

و لو ياخبار من يقبل خبره. و فى اشتراط شاهدين إجراء له مجرى الشهاده، أو الاكتفاء بواحد جعلاً- له من باب الخبر، وجهان أحوطهما الأول.

قوله: «إذا دفع اللقطة إلى الحاكم. إلخ».

يجوز للملتقط دفع اللقطة ابتداء إلى الحاكم، لأنه ولي الغائب. و يجب على الحاكم القبول، لأنه معد لمصالح المسلمين، و من أهمها حفظ أموالهم. و هذا بخلاف الوديعة، فإنه لا- يجب عليه قبولها من الودعي، بل لا- يجوز له دفعها إليه مع التمكن من المالك، لعموم (١) الأمر برّد الأمانات إلى أهلها.

فإذا دفع إليه اللقطة فباعها لكون بيعها أعود من إبقائها، فإن وجد مالکها دفعها إليه، و لا بحث حينئذ. و إن عرّفها هو أو الملتقط و مضى الحال فاختار الملتقط التملك و جب ردّ الثمن إليه ليملكه، لأن ذلك حقّه.

و إن اختار الملتقط الحفظ فمقتضى عباره المصنف و غيره (٢) أنه لا- يدفع إليه، لأن ولاية حفظ مال الغائب إلى الحاكم، و إنما كان للملتقط ولاية-يته لئلا كان يبيده، فلمّا رده إلى الحاكم سقط حقّه من ذلك، لأنه حقّ عارض بسبب الالتقاط، بخلاف ولاية الحاكم، فإنها ثابتة له بالأصل.

و إن اختار الصدقة فقد قال المصنف- رحمه الله-: إن الحاكم يدفعه إليه ليتصدق به، لأن له ولاية الصدقة كما له ولاية التملك.

و الفرق بينه و بين الحفظ- مع أن ولاية الصدقة أيضا منوطه بالحاكم بعد

ص: ٥٤٣

١- (١) النساء: ٥٨.

٢- (٢) انظر قواعد الأحكام ١: ١٩٩.

الثالثة: قيل: لا يجب التعريف (١) إلا مع نية التملك. وفيه إشكال ينشأ من خفاء حالها عن المالك.

وضع يده:- أن الصدقة من الملتقط يترتب عليها الحكم بضمانه، فيكون توليها لها أعود على المالك من تولي الحاكم، فمن ثم لم يكن للحاكم منعه منه، بخلاف الاحتفاظ، فإنه أمانه بيده كما هو عند الحاكم كذلك. ويحتمل وجوب دفعه إليه مع إرادته الحفظ، لأنه أحد الأمور الثلاثة التي يتخير فيها الملتقط، وهي حقه.

قوله: «قيل: لا يجب التعريف. إلخ».

القول المذكور للشيخ في المبسوط (١)، محتجاً بأن التعريف إنما وجب لتحقيق شرط التملك، فإذا لم يقصد التملك لا يجب، وإنما يكون مالا مجهول المالك، فيحفظ له أمانه أو يدفع إلى الحاكم.

و الأظهر ما اختاره المصنف -رحمه الله- من وجوب التعريف مطلقاً، للأمر به في الأخبار (٢). ولأنه مال للغير حصل في يده فيجب عليه دفعه إلى مالكه، و التعريف وسيله إلى علم المالك به، فيجب من باب المقدمه. ولأن تركه كتمان مفوت للحق على مستحقه. ولا- يرد مثله في المال المجهول بيده بغير الالتقاط، لأن هذا قد نصب الشارع له طريقاً إلى التوصل إلى مالكه. وهو التعريف حولاً، بخلاف المجهول، فإنه لم يقدر له طريقاً فوجب التفحص فيه عن المالك بحسب الإمكان.

ولا- منافاه بين وجوب التعريف و كونه شرطاً في التملك. ولأن التملك غير واجب فلا- تجب الوسيله إليه، وإنما الوجوب لتحصيل المالك، وهو موجود في

ص: ٥٤٤

١- ١) المبسوط ٣: ٣٢٢.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب «٢» من أبواب اللقطة.

و لا يجوز تملكها (١) إلا بعد التعريف و لو بقيت في يده أحوالا.

محلّ النزاع لا لأجل التملك و إن كان شرطاً فيه.

قوله: «و لا يجوز تملكها. إلخ».

لأن التملك وقع في النصوص (١) مشروطاً بالتعريف حولاً، فلا يصحّ بدونه.

و يفهم من قوله: «و لو بقيت في يده أحوالا» أن التملك يصحّ بعد التعريف إذا بقيت في يده أحوالا (٢) قبله، و لا يقدر تأخير التعريف على الفور في جواز تملكها بعده، و هو أصحّ القولين في المسألة، لتعليق الحكم بالتملك في النصوص (٣) على التعريف حولاً الصادق بالواقع بعد الالتقاط على الفور و بعده.

و قيل: لا يصحّ تملكها إلا مع المبادره إلى التعريف في الحول الأول، لقوله عليه السلام في صحيحه محمد بن مسلم: «إن ابتليت بها فعرفها سنه، فإن جاء طالبها و إلا فاجعلها في عرض مالك» (٤) و الفاء تدلّ على التعقيب بغير مهله، فيكون جعلها في جملة ماله موقوفاً على التعريف الواقع بعد ابتلائه بها بغير فصل.

و يضعّف بأن غايته إفاده وجوب الفور أما شرطيته فلا، و إنما الظاهر منه اشتراط التملك بالتعريف و لا نزاع فيه. و في كثير من الأخبار (٥): «يعرفها سنه» من غير فاء، و في بعضها [١]: «ثمّ يعرفها سنه» و هي مفيدة للتراخي، و قد تقدّم (٦).

ص: ٥٤٥

١- ١) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب «٢» من أبواب اللقطة.

٢- ٢) في «م»: أحوالا لا قبله.

٣- ٣) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب «٢» من أبواب اللقطة.

٤- ٤) التهذيب ٦: ٣٩٠ ح ١١٦٥، الاستبصار ٣: ٦٨ ح ٢٢٩، الوسائل ١٧: ٣٥٠ ب «٢» من أبواب اللقطة ح ٣.

٥- ٥) الكافي ٥: ١٣٧ ح ٢، الفقيه ٣: ١٨٦ ح ٨٤٠، التهذيب ٦: ٣٨٩ ح ١١٦١، الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب «٢» من أبواب اللقطة ح ١١ و ١٢ و ١٣.

٦- ٧) في ص: ٤٥٩.

و هي أمانه في يد الملتقط (١) في مدّه الحول، لا- يضمنها إلا بالتفريط أو التعدي. فتلفها من المالك، و زيادتها له، متّصله كانت الزيادة أو منفصله.

و بعد التعريف يضمن إن نوى التملك، و لا يضمن إن نوى الأمانه.

منه قوله صلى الله عليه و آله لمن سأله عن اللقطه: «اعرف عفاصها و وكاءها ثمّ عرّفها سنه، فإن جاء صاحبها و إلا فشأنك بها»، و قول الصادق عليه السلام في صحيحه الحلبي: «يعرّفها سنه، فإن جاء طالبها و إلا فهي كسبيل ماله» (١).

قوله: «و هي أمانه في يد الملتقط. إلخ».

من أحكام اللقطه كونها أمانه في يد الملتقط مدّه الحول ما لم يفترط فيها أو يتعدّى. و من التعدي أن ينوى التملك لها قبل التعريف، لأنه حينئذ غاصب، لوضعه يده على مال الغير بغير إذن المالك و لا الشارع. و لأن كونها أمانه إنما هو لكونه محسنا إلى المالك بحفظ ماله و حراسته، و لا سبيل على المحسن، و هذا غير آت في ناوى الخيانه بالتملك على غير وجهه الشرعى.

و قد ظهر بذلك أن حكمها مختلف في الأمانه و الضمان بحسب قصود الآخذ، و أن له أحوالا:

أحدها: أن يأخذها ليحفظها أبدا. و لا- شبهه في كونها أمانه في يده كذلك، و لكن يجب عليه تعريفها حولا على الخلاف السابق. و لو دفعها إلى الحاكم لزمه القبول كما مرّ (٢). و كذا من أخذ للتملك ثمّ بدا له و دفعها إلى الحاكم. و حيث يجب التعريف يضمن بتركه، لأنه عدوان و إن نوى الحفظ. و يستمرّ الضمان حينئذ و إن ابتدأ بالتعريف فتلفت في سنته، لتحقق العدوان، فلا يزول إلا بقبض المالك أو من

ص: ٥٤٤

١- ١) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٥٣٤ هامش (٤).

٢- ٢) في ص: ٥٤٣.

يقوم مقامه كالوديعة.

و ثانيها: أن يأخذها على قصد الخيانة و التملك في الحال، فيكون ضامنا غاصبا. و في براءته بالدفع إلى الحاكم وجهان أصحهما ذلك. و لو عاد إلى قصد التعريف لم يزل الضمان كما سبق، و إن جاز له التملك بعد الحول.

و ثالثها: أن يأخذها ليعرفها سنه و يتملكها بعد السنه. فهي أمانه في السنه.

و أما بعدها ففي كونها مضمونه مطلقا، أو مع تجديد نية التملك، وجهان أظهرهما الأول إذا كان عزم التملك مطردا، و إن لم يجز (١) حقيقه، لأنه صار ممسكا لنفسه، فأشبهه المستام و إن لم يملك بالفعل. هذا إذا قلنا إن اللقطه لا تملك بمضي السنه بغير تملك. و لو قلنا بملكها بعدها قهرا فلا إشكال في الضمان.

و رابعها: أن يأخذها بنية الأمانه و التعريف ثم يقصد الخيانة. فيضمن من حين تجدد القصد، لأن سبب أمانته مجرد نيته و قد زالت، و إلا فأخذ مال الغير بغير رضاه يقتضي الضمان، و لا تعود الأمانه بتجدد نيتها كالسابق.

إذا تقرر ذلك، فلا تخرج العين عن ملك مالكيها قبل مضي الحول، سواء كانت أمانه أم مضمونه. فزوائدها للمالك، متصلا كانت كالسمن أو منفصلا كالولد. و مع ذلك يتبع العين مطلقا على الأقوى، لأن الملتقط إذا استحق ملك العين فبمقتضى (٢) التبعية يستحق تملك النماء، لأن الفرع لا يزيد على أصله.

و استحقاق التملك يحصل بمجرد الالتقاط و إن كان التعريف شرطا، فقد وجد النماء بعد الاستحقاق فيتبع العين، و لا يشترط لتملكه حول بانفراده إذا كمل حول

ص: ٥٤٧

١- ١) في «ذم»: يحز.

٢- ٢) كذا في نسخه بدل «و»، و في «ذ»: و بمقتضى، و في سائر النسخ: بمقتضى.

و لو نوى التملك (١) فجاء المالك لم يكن له الانتزاع، و طالب بالمثل أو قيمه إن لم تكن مثليه. و لو ردّ الملتقط العين جاز، و له النماء المنفصل.

و لو عابت بعد التملك فأراد ردّها مع الأرض جاز. و فيه إشكال، لأن الحقّ تعلّق بغير العين، فلم يلزمه أخذها معيها. الأصل.

و وجه العدم: انفراد العين بالالتقاط، و تملك العين على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين. و لو ظهر المالك قبل تمام الحول أو بعده قبل التملك فلا إشكال في استحقاقه النماء مطلقا كالعين.

قوله: «و لو نوى التملك. إلخ».

إذا ظهر المالك بعد تملك اللقطه فلها حالتان:

إحدهما: أن تكون قائمه بعينها. و في وجوب ردّها على الملتقط، أو تخيره بين ردّها و دفع عوضها، قولان أشهرهما—و هو الذى قطع به المصنف—الثانى، لأن الملتقط ملكها بالتملك، و وجب فى ذمته عوضها مثلا أو قيمه، فلم يتعيّن عليه دفع العين، لأنها ملكه.

نعم، لو اختار دفعها وجب على المالك القبول. أما إذا كانت مثليه فواضح، لأنها عين حقّه. و أما إذا كانت قيميه فلاّن القيمه إنما وجبت لتعدّر المماثلة، فكانت أقرب إلى حقيقه الواجب و أعدل، و لا شكّ أن العين أقرب إلى الحقّ من القيمه فيكون أولى.

و وجه الأول دلالة [ظواهر] (١) النصوص عليه، بل فى بعضها تصريح به، كقوله صلى الله عليه و آله فى حديث الجهنى: «اعرف وكاءها و عفاصها ثمّ عزّفها

ص: ٥٤٨

سنه، فإن جاء صاحبها وإلا- فشأنك بها» (١). و في روايه أخرى: «ثم عرّفها سنه، فإن لم تعرف فاستنفع بها، و ليكن وديعه عندك، فإن جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها إليه» (٢). و في صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام: «عرّفها سنه فإن جاء طالبها، وإلا- فهي كسيل ماله» (٣). و قريب منها صحيحه محمد بن مسلم حيث قال: «فإن جاء طالبها، وإلا فاجعلها في عرض مالك» (٤). و ظاهر هذه الأخبار أنه متى ظهر المالك تدفع إليه، مع احتمالها- غير الخبر الثاني- أنه إن جاء قبل التملك. و لا ينافي وجوب ردّ العين الحكم بالملك، لجواز كونه ملكا متزلزلا يزول بظهور المالك و يستقرّ بعده. و هذا لا يخلو من قرب و إن كان المشهور خلافه.

الحاله الثانيه: أن يجدها معييه. و في تعيين ردّها على الملتقط مع الأرض الوجهان. فإن قلنا بعدم رجوع المالك بالعين لم يرجع هنا بطريق أولى. و إن قلنا بالرجوع ثم ففى وجوب قبول المالك هنا وجهان، من كون العين قائمه، و ما فات منها بالعيب يجبر بالأرّش، فيكون أقرب إلى نفسها من قيمه، و لصدق وجود الطالب مع بقائها، و من وجودها متغيره، فليست عين ماله محضا، و حينئذ فيتخير بين البدل و أخذها مع الأرض. و الأول أقوى.

ص: ٥٤٩

١- ١) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٤٥٩ هامش (٧).

٢- ٢) صحيح البخارى ١٦٣: ٣، صحيح مسلم ١٣٤٩: ٣ ح ٥، سنن البيهقي ١٨٦: ٦، و في المصادر: فاستنفع بها و ليكن.

٣- ٣) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٥٣٤ هامش (٤).

٤- ٤) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٥٤٥ هامش (٤).

الرابعة: إذا التقط العبد (١) و لم يعلم المولى، فعرف حولا ثم ألتفها، تعلق الضمان برقبته يتبع بذلك إذا عتق، كالقرض الفاسد.

و لو علم المولى (٢) قبل التعريف و لم ينتزعها منه ضمن، لتفريطه بالإهمال إذا لم يكن أمينا. و فيه تردد.

قوله: «إذا التقط العبد. إلخ».

المفروض كون الالتقاط بغير إذن المولى، سواء جؤزنا لقطته أم لا فإنه إذا عرفها حولا لم يجر له التملك و إن جؤزنا لقطته، بناء على أنه لا يملك شيئا. فإذا ألتفها على هذا التقدير -أو مطلقا حيث منعنا من لقطته- تعلق الضمان برقبته (١) يتبع به إذا أعتق و أيسر، كما لو ألتف مال غيره بغير إذنه أو اقترض قرضا فاسدا.

و فى تعليق الضمان برقبته ثم ترتيب الحكم بأنه يتبع به إذا أعتق تناف، لأن التعلق بالرقبة شأنه أن يؤخذ منها معجلا، كالجنايه و غيرها مما سبقت نظائره كثيرا، و إنما ملزوم الاتباع إذا أعتق التعلق بدمته.

قوله: «و لو علم المولى. إلخ».

المفروض أيضا كون الالتقاط بغير إذن المولى. و حينئذ فإن كان العبد أمينا جاز للمولى إبقاؤها فى يده إلى أن يعرفها ثم يفعل بها أحد الأمور الثلاثة كما تقدم (٢)، و أن ينزعها و يتولى هو التعريف.

و إن لم يكن أمينا ففى وجوب انتزاعها منه وجهان: نعم، لأن يده كيده، فتركها مع عدم أمانته يكون تفريطا فى مال الغير الذى صار بمنزله ما هو فى يده، و لا، لأن للعبد ذمه و الحال أنه لم يأذن له فى الالتقاط، و لا أثر لعلمه كما لو

ص: ٥٥٠

١ - ١) فى «ذ، د، ط»: بدمته.

٢ - ٢) فى ص: ٥١٧.

و لو عَرَّفَهَا العبد ملكها(١) المولى إن شاء و ضمن. و لو نزعها المولى لزمه التعريف. و له التملك بعد الحول، أو الصدقه مع الضمان، أو إبقاؤها أمانه.

رأى عبده يتلف مالا فلم يمنعه منه، فإنه لا يضمه.

و إن لم نوجب عليه انتزاعه فلا شبهه في عدم ضمانه. و إن أوجبناه احتمل الضمان و عدمه لما ذكر. و الأظهر عدم الضمان مطلقا، إلا أن يأذن له في الالتقاط ثم لا يكون أمينا، فإنه يضمن حينئذ بالتقصير في الانتزاع.

قال في الدروس: «نعم، لو كان غير مميز اتجه ضمان السيد» (١).

و كأنه نزل غير المميز منزله دابته حيث يجب منعها من إتلاف مال الغير، و إلا لكان الدليل المذكور واردا هنا، فإنه لا يجب على المولى انتزاع مال الغير من يد عبده.

قوله: «و لو عَرَّفَهَا العبد ملكها. إلخ».

إذا التقط العبد بإذن المولى أو بغير إذنه إن جَوَّزناه، تخير المولى بين أن يتركها في يده ليعرفها إذا لم يكن خائنا ثم يملكها إن شاء، و بين أن ينزعها منه و يعرفها. فإن اختار الأول تملكها المولى بعد الحول، و قبل قول العبد في التعريف إن كان ثقة، و إلا اعتبر اطلاع المولى على تعريفه، أو اطلاع من يعتمد على خبره، لأنه كالنائب. مع احتمال قبول قوله فيه مطلقا، لأنه ملتقط حقيقه، إذ هو الفرض.

و إن انتزعها منه وجب عليه تعريفها، و صارت بيده بمنزله ما لو التقطها، و يتخير بعد التعريف ما شاء من الأمور الثلاثة.

ص: ٥٥١

الخامسة: لا تدفع اللقطة (١) إلا- بالبيّنه، ولا- يكفى الوصف. ولو وصف صفات لا- يطلع عليها إلا- المالك غالبا، مثل أن يصف وكاءها و عفاصها و وزنها و نقدها، فإن تبرّع الملتقط بالتسليم لم يمنع، وإن امتنع لم يجبر.

قوله: «لا تدفع اللقطة. إلخ».

من أحكام اللقطة ردّ عينها أو بدلها عند ظهور مالكها، فإذا جاء من يدّعيها نظر إن لم يقم البيّنه على أنها له ولا وصفها لم تدفع إليه، إلا أن يعلم الملتقط أنها له، فيلزمه الدفع إليه. وإن أقام البيّنه دفعت إليه.

و إن وصفها نظر إن لم يغلب على ظنّ الملتقط صدقه لم يدفع إليه. وإن غلب لتوغّله فى الوصف بما لا يطلع عليه غير المالك غالبا- كوصف وكائها، وهو الخيط الذى يربط به، و عفاصها، وهو وعاؤها- فالأشهر جواز دفعها إليه وإن لم يجب، لأن إقامة البيّنه على اللقطة قد يعسر، وقد روى عن النبىّ صلى الله عليه وآله أنه قال: «فإن جاء باغيها فعرف عفاصها و عددها فادفعها إليه» (١). وإنما لم يجب لأنه مدّع فيحتاج الوجوب إلى البيّنه، والأمر محمول على مجرّد الإذن والإباحه.

و قال ابن إدريس (٢): لا- يجوز دفعها إليه بالوصف مطلقا، لوجوب حفظها حتى تصل إلى مالكها، والواصف ليس مالكا شرعا. والظاهر أن شهادته العدل كالوصف إن لم تكن أقوى.

ص: ٥٥٢

١- ١) صحيح مسلم ٣: ١٣٤٩ ح ٦، سنن أبى داود ٢: ١٣٤ ح ١٧٠٣، سنن البيهقى ٦: ١٩٦، تلخيص الحبير ٣: ٧٦ ح ١٣٣٩.

٢- ٢) السرائر ٢: ١١١.

الأول: لو ردّها بالوصف ثمّ أقام آخر البينة بها انتزعتها

الأول: لو ردّها بالوصف (١) ثمّ أقام آخر البينة بها انتزعتها. فإن كانت تالفه كان له مطالبه الآخذ بالعوض، لفساد القبض. و له مطالبه الملتقط، لمكان الحيلولة. لكن لو طالب الملتقط رجوع على الآخذ ما لم يكن اعترف له بالملك. و لو طالب الآخذ لم يرجع على الملتقط.

قوله: «لو ردّها بالوصف. إلخ».

إذا دفع اللقطة إلى الواصف ثمّ جاء آخر و أقام البينة على أنها له، فإن كانت باقية انتزعت منه و دفعت إلى الثاني، لأن البينة حجّه شرعيّه تفيد وجوب الدفع، و الوصف غايته إفاده الجواز.

و إن تلفت عنده تخيّر بين تضمين الملتقط أو الواصف. أما الأول فلأنه فوّتها على مالكها، و حال بينه و بينها بدفعه. و أما الثاني فلأنه أخذ مال غيره. فإن ضمّن الواصف لم يرجع على الملتقط، لأن التلف وقع في يده، و لأن الثاني ظالم بزعمه فلا يرجع على غير ظالمه. و إن ضمّن الملتقط رجوع على الواصف إن لم يقرّ له بالملك. و إن أقرّ لم يرجع، مؤاخذه له بقوله.

هذا إذا دفع بنفسه، أما لو ألزمه الحاكم بالدفع إلى الواصف لكونه مذهبه، قال في التذكرة: «لم يكن لمقيم البينة تضمينه، لأنها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمّنها، كما إذا غضبها غاصب» (١).

و يشكل بأن الإلزام بالدفع مع الوصف ليس مذهبا لنا، فلا يتصوّر إلزام حاكمنا به. نعم، هو مذهب جماعة [١] من العامة، و عليه فرّعوا ما ذكره في

ص: ٥٥٣

الثانى: لو أقام واحد بينه بها فدفعت إليه، ثم أقام آخر بينه بها أيضا

الثانى: لو أقام واحد بينه (١) بها فدفعت إليه، ثم أقام آخر بينه بها أيضا، فإن لم يكن ترجيح أقرع بينهما، فإن خرجت للثانى انتزعت من الأول و سلمت إليه. و لو تلفت لم يضمن الملتقط إن كان دفعها بحكم الحاكم. و لو كان دفعها باجتهاده ضمن.

التذكرة، فنقله كذلك، و هو لا يتم عندنا.

قوله: «لو أقام واحد بينه. إلخ».

إذا أقام المدعى عليها بينه و دفعت إليه بعينها، ثم أقام آخر بينه بها، فكلاهما خارج، فقد تعارضت البيئتان، فإن كانت إحداهما أعدل قدّمت. و إن تساويا عداله و كانت إحداهما أزيد قدّمت أيضا. فإن تساويا فى العداله و العدد أقرع بينهما، لانتفاء الأولويّه، و حلف الخارج بها، فإن امتنع من اليمين حلف الآخر، فإن امتنعا قسّمت نصفين. هذه قاعده تعارض الخارجين.

و حينئذ فإن كان الترجيح لبيّنه الأول، أو خرجت بالقرعه و حلف، فلا بحث. و إن كان الترجيح للثانى انتزعت من الأول و سلمت إليه، عملا بمقتضى التقديم. فإن وجدها باقيه أخذها. و إن وجدها تالفه، فإن كان الملتقط قد دفعها إلى الأول بحكم الحاكم تعيّن رجوع الثانى على الأول دون الملتقط، لبراءته منها بحكم الحاكم عليه بدفعها إلى الأول. و إن كان قد دفعها باجتهاده تخير الثانى فى تضمين من شاء من الملتقط و الأول. أما الأول فلا استقرار تلفها فى يده، و ثبوت كونها مال الثانى. و أما الملتقط فلتفريطه حيث دفعها بنظره، لأن الحكم بالبينه من

أما لو قامت البينة (١) بعد الحول و تملك الملتقط و دفع العوض إلى الأول، ضمن الملتقط للثاني على كل حال، لأن الحق ثابت في ذمته، لم يتعين بالدفع إلى الأول. و رجع الملتقط على الأول، لتحقيق بطلان الحكم.

وظائف الحاكم.

قوله: «أما لو قامت البينة. إلخ».

ما تقدم حكم ما إذا كان قد دفع العين إلى الأول، سواء كان قبل تملكها أم بعده، مع اختياره دفع العين أو مع وجوبه مطلقا.

أما لو كان الملتقط قد تملك و أتلف العين، أو هي باقية و لم نوجب بذلها، فدفع العوض إلى الأول، ثم أقام الآخر بينه و ترجحت بينته على بينه الأول، أو كان دفعها إلى الأول بالوصف، فإنه يرجع إلى الملتقط على كل حال، سواء كان ما دفعه الملتقط إلى الأول من العوض باقيا أم لا، و سواء كان دفعها إلى الأول بالوصف أم بالبينة، لأن المدفوع ليس عين حق المالك، وإنما هو ثابت في ذمته لا يتعين إلا بالدفع إلى المالك، و قد ظهر أنه الثاني، فكان ما دفعه إلى الأول مال الملتقط فيرجع به عليه و إن اعترف له بالملك لأجل البينة، لتبين فساد الحكم. أما لو اعترف له بالملك لا باعتبار البينة لم يرجع عليه، لاعترافه بالظلم من الثاني.

تمّ المجلد الثاني عشر و لله الحمد، و يليه المجلد الثالث عشر بإذنه تعالى

ص: ٥٥٥

بسم الله الرحمن الرحيم
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 مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة 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 والكتاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات الكترونية

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 ...

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؛

١. JAVA

٢. ANDROID

٣. EPUB

٤. CHM

٥. PDF

٦. HTML

٧. CHM

٨. GHB

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١. ANDROID

٢. IOS

٣. WINDOWS PHONE

٤. WINDOWS

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 المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصحان
الغمامي



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايضاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٠٩

