

مسالك الألفهام

الجزء: ١٢

الشهيد الثاني

الكتاب: مسالك الأفهام

المؤلف: الشهيد الثاني

الجزء: ١٢

الوفاء: ٩٦٦

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق: مؤسسة المعارف الإسلامية

الطبعة: الأولى

سنة الطبع: ١٤١٧

المطبعة:

الناشر:

ردمك:

المصدر:

ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٥	كتاب الأطعمة والأشربة
(٧)ش	القاعدة الكلية في معرفة ما يحل أكله وما يحرم
١٠	" القسم الأول: في حيوان البحر " لا يؤكل من حيوان البحر إلا ما كان سمكا له فلس
١٥	يؤكل الربيثا والأريبان
١٦	لا تؤكل السلحفاة ولا الضفادع
٢٢	" القسم الثاني: في البهائم " حلية الأنعام الثلاثة
٢٥	الحيوان الجلال محرم
٢٧	استبراء الحيوان الجلال
٣٠	الحيوان المحلل يشرب لبن خنزيرة
٣٠	إذا وطئ الانسان حيوانا مأكولا
٣٢	الحيوان المحلل يشرب الخمر
٣٣	يحرم الكلب والسنور
٣٤	يحرم من الوحشية ما كان سبعا
٣٥	يحرم الأرنب والضب
٣٧	" القسم الثالث: في الطير " يحرم من الطير ما كان ذا مخلاب
٣٨	في الغراب روايتان
٤٠	يحرم من الطير ما كان صفيفه أكثر من دفيفه
٤١	يحرم من الطير ما ليس له قانصة ولا حوصلة ولا صيصية
٤٢	يحرم الخشاف والطاووس
٤٣	في الخطاف روايتان
٤٦	يكره الفاخنة والقبرة والحبارة
٤٨	لا بأس بالحمام كله
٤٩	يعتبر في طير الماء ما يعتبر في الطير المجهول
٥٠	الطير الجلال
٥١	بيض ما يؤكل حلال
٥٢	المجثمة حرام
٥٣	" القسم الرابع: في الجامدات " لا حصر للمحلل منها
٥٤	الميتات محرمة
٥٤	يحل من الميتة عشرة أشياء
٥٦	في لبن الميتة روايتان
٥٧	إذا اختلط الذكي بالميتة
٥٩	ما أبين من الحي
٦٠	المحرمات من الذبيحة خمس

- ٦٣ لو شوي الطحال مع اللحم
- ٦٤ الأعيان النجسة محرمة
- ٦٥ نجاسة أسار الكفار
- ٦٨ أكل الطين حرام
- (٧٠)ش) السموم القاتلة محرمة
- ٧١ " القسم الخامس: في المائعات " الخمر وكل مسكر حرام
- ٧٢ الفقاع محرم
- ٧٣ يحرم العصير إذا غلى
- ٧٧ يحرم الممزوج بالخمر
- ٧٨ الدم المسفوح من الحيوان
- ٧٩ لو وقع قليل من الدم في قدر وهي تغلي
- ٨١ المائع المتنجس بإحدى النجاسات
- ٨٢ يجوز الاستصباح بالدهن المتنجس تحت السماء
- ٨٤ يجوز بيع الادهان النجسة
- ٨٥ ما لا نفس له سائلة لا ينجس بموته
- ٨٦ الكفار أنجاس
- ٨٩ لو وقعت ميتة لها نفس في قدر
- ٩٠ لو عجن بالماء النجس عجين
- ٩١ هل يحرم بول ما يؤكل لحمة؟
- ٩٢ ألبان الحيوان المحرم حرام
- ٩٣ " القسم السادس: في اللواحق " وفيه مسائل: الأولى: لا يجوز استعمال شعر الخنزير اختياراً
- ٩٤ يجوز الاستقاء بجلود الميتة وإن كان نجسا
- ٩٦ الثانية: إذا وجد لحم ولا يدري أذكي هو أم ميت؟
- ٩٧ الثالثة: لا يجوز أن يأكل الانسان من مال غيره إلا بإذنه
- (٩٨)ش) يجوز الاكل من بيوت من تضمنته الآية
- (٩٩)ش) يجوز الاكل مما يمر به الانسان من ثمر النخل وغيره
- ١٠٠ الرابعة: من تناول خمرا أو شيئا نجسا فبصاقه طاهر
- ١٠١ الخامسة: الذمي إذا باع خمرا أو خنزيرا ثم أسلم
- ١٠١ السادسة: تحل الخمر إذا انقلبت خلا
- ١٠٢ لو ألقى في الخمر خل حتى يستهلكه
- ١٠٤ السابعة: لا يجوز استعمال أواني الخمر من الخشب
- ١٠٨ الثامنة: لا يحرم شئ من الربوبات والأشربة
- ١٠٩ التاسعة: يكره أكل ما باشره الجنب والحائض
- ١١٠ يكره الإسلاف في العصير
- ١١٠ يكره أن يستأمن على طبخ العصير من يستحل شربه
- ١١١ يكره الاستشفاء بمياه الجبال الحارة

- ١١٢ " النظر في حال الاضطرار " يجوز للمضطر أكل المحرمات
- ١١٣ تفسير المضطر
- ١١٤ لا يترخص الباغي ولا العادي
- ١١٥ مقدار ما يباح تناوله للمضطر
- ١١٧ لو اضطر إلى طعام الغير وليس له الثمن
- ١٢١ لو طلب صاحب الطعام زيادة عن الثمن
- ١٢٢ لو وجد ميتة وطعام الغير
- ١٢٤ إذا لم يجد المضطر إلا الآدمي ميتا
- ١٢٦ لو لم يجد المضطر ما يمسك رمقه سوى نفسه
- ١٢٦ لو اضطر إلى خمر وبول
- ١٢٧ لو لم يجد إلا الخمر
- ١٢٨ لا يجوز التداوي بالخمر وسائر المسكرات
- ١٣١ " خاتمة: في الآداب " وحملتها اثنا عشر: الأول: غسل اليدين قبل الأكل
- الثاني: غسلهما بعد الفراغ
- ١٣٢(ش) الثالث: مسح اليدين بالمنديل
- ١٣٢(ش) الرابع: التسمية عند الشروع
- ١٣٣(ش) الخامس: حمد الله تعالى عند الفراغ
- ١٣٥(ش) السادس: أن يسمي الله تعالى على كل لون
- ١٣٦(ش) السابع: أن يأكل بيده اليمنى مع الاختيار
- ١٣٦(ش) الثامن: أن يبدأ صاحب الطعام بالاكل
- ١٣٧(ش) التاسع: أن يكون آخر من يترك الاكل
- ١٣٧(ش) العاشر: أن يبدأ صاحب الطعام بغسل يده
- ١٣٧(ش) الحادي عشر: أن تجمع غسالة الأيدي في إناء واحد
- ١٣٧(ش) الثاني عشر: أن يستلقي الأكل بعد الاكل
- ١٣٨ أربعة من مكروهات الأكل: الأول: الاكل متكئا
- الثاني: التمللي من المأكول
- ١٣٩(ش) الثالث: الأكل على الشبع
- ١٣٩(ش) الرابع: الأكل باليسار
- ١٤٠(ش) يحرم الأكل على مائدة يشرب عليها شئ من المسكرات
- ١٤٣ كتاب الغصب
- ١٤٥ " النظر الأول: في سبب الغصب " تعريف الغصب
- ١٤٨(ش) تعريف آخر للغصب
- ١٤٩ لا يكفي رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده
- ١٥١ يتحقق غصب العقار ويضمنه الغاصب
- ١٥٢ لو سكن الدار مع مالكها قهرا
- ١٥٤ غصب الأمة الحامل
- ١٥٥ تعاقب الأيدي الغاصبة على المغصوب

- ١٥٧ الحر لا يضمن بالغصب ولو كان صغيرا
- ١٥٩ لو حبس صانعا لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به
- ١٦٠ لا تضمن الخمر إذا غصبت من مسلم
- ١٦٢ أسباب آخر يجب معها الضمان: الأول: مباشرة الإلتلاف
- ١٦٢ الثاني: التسبب
- ١٦٤ إذا اجتمع السبب والمباشر
- ١٦٥ لا يضمن المكره المال وإن باشر الإلتلاف
- ١٦٦ لو أرسل في ملكه ماء فأغرق مال غيره
- ١٦٨ ويتفرع على السبب فروع: الأول: لو ألقى صبيا في مسبعة
- ١٦٩ الثاني: لو غصب شاة فمات ولدها جوعا
- ١٧٠ الثالث: لو فك القيد عن الدابة فشردت
- ١٧١ لو فتح بابا على مال فسرق
- ١٧٢ لو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه
- ١٧٤ من أسباب الضمان القبض بالعقد الفاسد والقبض بالسوم
- ١٧٥ " النظر الثاني: في الحكم " يجب رد المغصوب ما دام باقيا
- ١٧٧ لو مزج المغصوب بغيره مزجا يشق تمييزه
- ١٧٨ لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة،
- ١٨٠ لو حدث المغصوب عيب
- ١٨١ لا يضمن تفاوت قيمة المغصوب السوقية
- ١٨٢ المغصوب التالف يضمن بمثله إن كان مثليا
- ١٨٣ لو تعذر المثل ضمن قيمته يوم الاقباض
- ١٨٥ إن لم يكن المنصوب مثليا ضمن قيمته يوم غصبه
- ١٨٨ الذهب والفضة يضمنان بمثلهما
- ١٩٠ لو كان في المغصوب صنعة لها قيمة
- ١٩٢ لو كان المغصوب دابة فجنى عليها
- ١٩٤ لو غصب عبدا أو أمة فقتله
- ١٩٦ لو جنى الغاصب عليه بما دون النفس
- ١٩٧ كل جناية ديتهما مقدرة في الحر فهي مقدرة في المملوك
- ١٩٨ لو استغرقت دية المملوك قيمته
- ١٩٩ لو زادت قيمة المملوك بالجناية
- ٢٠٠ إذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل
- ٢٠١ على الغاصب أجرة المغصوب إن كان مما له أجرة
- ٢٠٢ لو غصب شيئين ينقص قيمة كل واحد منهما إذا انفرد عن صاحبه
- ٢٠٣ لو أخذ فردا من خفين فتلف في يده
- ٢٠٤ لا تملك العين المغصوبة بتغييرها
- ٢٠٥ لو غصب مأكولا فأطعمه المالك
- ٢٠٦ لو غصب فحلا فأنزاه على الأنثى

- ٢٠٧ لو غضب ماله أجرة وبقي في يده حتى نقص
- ٢٠٩ " النظر الثالث: في اللواحق " مسائل من لواحق أحكام الغضب " الأولى: إذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب وكانت أثرا
- ٢١١ إذا كانت الزيادة من الغاصب عينا
- ٢١٥ الثانية: إذا غضب دهنا فخلطه بمثله
- ٢١٧ الثالثة: فوائد المغصوب مضمونة بالغضب
- ٢١٨ لو سمنت الدابة في يد الغاصب
- ٢١٩ فرعان: الأول: لو زادت القيمة لزيادة صفة ثم زالت الصفة
- ٢٢١ الثاني: لا يضمن من الزيادة المتصلة ما لم تزد به القيمة
- ٢٢٢ الرابعة: لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد
- ٢٢٣ لو اشترى من غاصب ضمن العين والمنافع
- ٢٢٦ للمشتري الرجوع على البائع بما اغترمه مما لم يحصل له في مقابلته نفع
- ٢٢٨ الخامسة: لو غضب مملوكة فوطئها وكانا جاهلين بالتحريم
- ٢٣٠ لو افتضاها بإصبعه
- ٢٣١ لو أحبلها لحق به الولد
- ٢٣٢ لو سقط ميتا
- ٢٣٣ لو كان الغاصب والأمة عالمين بالتحريم
- ٢٣٤ لو حملت لم يلحق به الولد
- ٢٣٥ لو كان الغاصب عالما والأمة جاهلة
- ٢٣٦ السادسة: إذا غضب حبا فزرعه أو بيضا فاستفرخه
- ٢٣٧ لو غضب عصيرا فصار خمرا ثم صار خلا
- ٢٣٩ السابعة: لو غضب أرضا فزرعها أو غرسها
- ٢٤١ الثامنة: إذا حصلت دابة في دار لا تخرج إلا بهدم
- ٢٤٢ لو أدخلت دابة رأسها في قدر وافتقر إخراجها إلى كسر القدر
- ٢٤٤ التاسعة: قال الشيخ: إذا خشى على حائط جاز أن يسند بجذع
- ٢٤٥ العاشرة: إذا جنى العبد المغصوب عمدا فقتل
- ٢٤٧ الحادية عشرة: إذا نقل المغصوب إلى غير بلد الغضب
- ٢٤٨ " مسائل التنازع في الغضب " الأولى: إذا تلف المغصوب واختلفا في القيمة
- ٢٤٩ الثانية: إذا تلف وادعى المالك صفة يزيد بها الثمن
- ٢٥١ الثالثة: إذا باع الغاصب شيئا ثم انتقل إليه بسبب صحيح
- ٢٥٣ الرابعة: إذا مات العبد فقال الغاصب: رددته قبل موته
- ٢٥٤ الخامسة: إذا اختلفا في تلف المغصوب
- ٢٥٥ السادسة: إذا اختلفا فيما على العبد من ثوب أو خاتم
- ٢٥٧ كتاب الشفعة
- ٢٥٩ تعريف الشفعة
- ٢٦١ " المقصد الأول: ما تثبت فيه الشفعة " هل تثبت الشفعة فيما ينقل؟
- ٢٦٤ تثبت الشفعة في الشجر والنخل والأبنية تبعا للأرض

- ٢٦٥ الشفعة في النهر والطريق والحمام وما يضر قسمته
- ٢٦٧ لو كان الحمام أو الطريق أو النهر مما لا تبطل منفعته بعد القسمة
- ٢٦٨ لا تثبت الشفعة في الثمرة
- ٢٦٩ تثبت الشفعة في الأرض المقسومة بالاشترار في الطريق أو الشرب
- ٢٧٣ لو باع عرصه مقسومة وشقصا من أخرى صفقة
- ٢٧٣ يشترط في ثبوت الشفعة انتقال الشقص بالبيع
- ٢٧٤ لو كانت الدار وقفا وبعضها طلق فبيع الطلق
- ٢٧٧ " المقصد الثاني: في الشفيع " تعريف الشفيع
- ٢٧٨ يشترط في الشفيع الاسلام إذا كان المشتري مسلما
- ٢٧٩ لا تثبت الشفعة بالحوار ولا فيما قسم وميز
- ٢٧٩ هل تثبت الشفعة لما زاد عن شفيع واحد؟
- ٢٨٤ تبطل الشفعة بعجز الشفيع عن الثمن
- ٢٨٥ لو ادعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام
- ٢٨٦ تثبت الشفعة للغائب والسفيه
- ٢٨٧ تثبت الشفعة للكافر على مثله
- ٢٨٨ للمكاتب الاخذ بالشفعة
- ٢٨٩ لو ابتاع العامل في القراض شقصا وصاحب المال شفيعه
- ٢٩١ " فروع على القول بثبوت الشفعة مع كثرة الشفعاء " الأول: لو كان الشفعاء أربعة فباع أحدهم وعفا آخر
- ٢٩٢ لو كان الشفعاء غيبا
- ٢٩٤ الثاني: لو امتنع الحاضر أو عفا
- ٢٩٤ الثالث: إذا حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعة وقاسم
- ٢٩٥ الرابع: لو استغلها الأول ثم حضر الثاني
- ٢٩٥ الخامس: لو قال الحاضر: لا أخذ حتى يحضر الغائب
- ٢٩٦ السادس: لو أخذ الحاضر ثم حضر الغائب فشاركه ثم خرج الشقص مستحقا
- ٢٩٧ السابع: لو كانت الدار بين ثلاثة فباع أحدهم من شريكه
- ٢٩٩ الثامن: لو باع اثنان من ثلاثة صفقة
- ٣٠١ لو باع الشريك حصته من ثلاثة في عقود متعاقبة
- ٣٠٦ التاسع: لو باع أحد الحاضرين ولهما شريكان غائبان
- ٣٠٦ العاشر: لو كانت الدار بين أخوين فمات أحدهما وورثه ابنان فباع أحد الوارثين
- ٣٠٧ " المقصد الثالث: في كيفية الاخذ " يستحق الشفيع الاخذ بالعقد وانقضاء الخيار
- ٣١٠ ليس للشفيع تبعض حقه
- ٣١٠ يأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع عليه العقد
- ٣١١ لو زاد المشتري في الثمن بعد العقد وانقضاء الخيار
- ٣١٢ لا يلزم المشتري دفع الشقص ما لم يبذل الشفيع الثمن
- ٣١٣ لو اشترى شقصا وعرضا في صفقة
- ٣١٤ يدفع الشفيع مثل الثمن إن كان مثليا

- ٣١٦ إذا علم بالشفعة فله المطالبة في الحال
- ٣١٨ تجب المبادرة إلى المطالبة عند العلم
- ٣٢٠ لو علم بالشفعة مسافرا
- ٣٢١ لا تسقط الشفعة بتقاييل المتبايعين
- ٣٢١ لو باع المشتري كان للشفيع فسخ البيع
- ٣٢٣ الشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه
- ٣٢٤ ليس للشفيع فسخ البيع
- ٣٢٤ لو انهدم المبيع أو عاب
- ٣٢٧ لو غرس المشتري أو بنى فطالب الشفيع بحقه
- ٣٣٠ إذا زاد ما يدخل في الشفعة تبعا
- ٣٣١ لو حمل النخل بعد الاتباع فأخذ الشفيع قبل التأبير
- ٣٣٢ لو باع شقصين من دارين
- ٣٣٢ لو بان الثمن مستحقا
- ٣٣٤ لو ظهر في المبيع عيب
- ٣٣٤ مسائل ست: الأولى: لو قال: اشتريت النصف بمائة فترك ثم بان أنه اشترى الربع بخمسين
- ٣٣٥ الثانية: إذا بلغه البيع فقال: أخذت بالشفعة
- ٣٣٦ الثالثة: يجب تسليم الثمن أولا
- ٣٣٦ الرابعة: لو بلغه أن المشتري اثنان فترك فبان واحدا
- ٣٣٦ الخامسة: إذا كانت الأرض مشغولة بزرع يجب تبقيته
- ٣٣٨ السادسة: إذا سأل البائع من الشفيع الإقالة
- ٣٣٨ " المقصد الرابع: في لواحق الاخذ بالشفعة " وفيه مسائل: الأولى: إذا اشترى بثمن مؤجل
- ٣٤٠ الثانية: الشفعة هل تورث أم لا؟
- ٣٤١ الثالثة: وهي تورث كالمال
- ٣٤٣ الرابعة: إذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة
- ٣٤٦ الخامسة: لو باع شقصا في مرض الموت من وارث وحابى فيه
- ٣٤٨ السادسة: إذا صالح الشفيع على ترك الشفعة
- ٣٤٨ السابعة: إذا تبايعا شقصا فضمن الشفيع الدرك عن البائع أو المشتري
- ٣٥٠ الثامنة: إذا أخذ بالشفعة فوجد فيه عيبا سابقا على البيع
- ٣٥٢ التاسعة: إذا باع الشقص بعوض معين لا مثل له
- ٣٥٦ العاشرة: لو باع حصة الغائب من الدار وادعى أن ذلك بإذنه
- ٣٥٨ " البحث فما تبطل به الشفعة " تبطل الشفعة بترك المطالبة مع العلم وعدم العذر
- ٣٥٨ لو اشترى شقصا بمائة ودفع عرضا يساوي عشرة
- ٣٦١ لو نزل عن الشفعة قبل البيع
- ٣٦١ لو شهد على البيع أو بارك للمشتري أو البائع أو أذن للمشتري في الاتباع
- ٣٦٢ لو بلغه البيع بما يمكن إثباته به فلم يطالب
- ٣٦٤ لو جهل الشفيع والمشتري قدر الثمن
- ٣٦٤ لو كان المبيع في بلد ناء

- لو بان الثمن مستحقا ٣٦٥
- من حيل إسقاط الشفعة أن يبيع بزيادة عن الثمن ويدفع عوضا قليلا ٣٦٧
- لو ادعى عليه الابتياح فصدقه وقال: نسيت الثمن ٣٦٨
- " المقصد الخامس: في النزاع " وفيه مسائل: الأولى: إذا اختلفا في الثمن ولا بينة ٣٧٠
- لا تقبل شهادة البائع لأحدهما ٣٧٤
- لو أقام الشفيع والمشتري بينة ٣٧٥
- لو كان الاختلاف في الثمن بين المتبايعين ٣٧٦
- الثانية: إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي فأنكر الأجنبي ٣٧٧
- الثالثة: إذا ادعى أن شريكه ابتاع بعده فأنكر ٣٧٩
- الرابعة: إذا ادعى الابتياح وزعم الشريك أنه ورث وأقاما البينة ٣٨١
- لو ادعى الشريك الإيداع ٣٨٢
- الخامسة: إذا تصادق البائع والمشتري أن الثمن غصب ٣٨٦
- كتاب إحياء الموات ٣٨٧
- مشروعية إحياء الموات وفضيلته (٣٨٩ش)
- " الطرف الأول: في الأرضين " حكم الأرض العامرة ٣٩٠
- حكم الأرض الموات ٣٩١
- إذن الإمام عليه السلام شرط في إحياء الموات ٣٩٢
- حكم الأرض المفتوحة عنوة ٣٩٣
- لا يصح بيع الأرض المفتوحة عنوة ولا رهنها ٣٩٤
- لو ماتت لم يصح إحيائها ٣٩٥
- ما كان منها مواتا وقت الفتح فهو للإمام عليه السلام ٣٩٦
- حكم الأرض التي جرى عليها ملك مسلم ٣٩٦
- إذا لم يكن للأرض مالك معروف ٤٠٢
- يصح إحياء ما هو بقرب العامر من الموات ٤٠٤
- شرائط التملك بالاحياء خمسة ٤٠٥
- الأول: أن لا يكون عليها يد لمسلم ٤٠٦
- الثاني: أن لا يكون حرما لعامر ٤٠٦
- حد الطريق ٤٠٧
- حرим الشرب ٤١٠
- حریم البئر ٤١١
- حریم العين ٤١٣
- حریم الحائط ٤١٤
- لا حریم للاملاك ٤١٥
- لو أحيا أرضا وغرس في جانبها غرسا تبرز أغصانه إلى المباح ٤١٦
- الثالث: أن لا يسميه الشرع مشعرا للعبادة ٤١٧
- الرابع: أن لا يكون مما أقطعه إمام الأصل ٤١٨
- الخامس: أن لا يسبق إليه سابق بالتحجير ٤١٩

- ٤٢٠ للنبي صلى الله عليه وآله ان يحمي لنفسه ولغيره من المصالح
- ٤٢٢ يجوز نقض ما حماه النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام لمصلحة فزالت
- ٤٢٣ " الطرف الثاني: في كيفية الاحياء " إذا أراد السكنى اعتبر في الملك أمران
- (٤٢٤)ش) إذا أراد زريبة للدواب
- (٤٢٥)ش) إذا اتخذ الموات فزرعة
- (٤٢٦)ش) إذا اتخذ الموات للغرس
- ٤٢٧ من الفقهاء من يسمي التحجير إحياء
- ٤٢٨ " الطرف الثالث: في المنافع المشتركة " فائدة الطرق وأحكامها
- ٤٣٠ لو جلس في الطريق للبيع والشراء
- ٤٣٢ لا يجوز للإمام إقطاع مقاعد الأسواق
- ٤٣٣ أحكام السابق إلى مكان من المسجد
- ٤٣٦ أحكام ساكني المدارس والنزال في الربط
- ٤٣٨ " الطرف الرابع: في المعادن الظاهرة " المعادن الظاهرة لا تملك بالاحياء
- ٤٣٩ لو تسابق اثنان فالسابق أولى
- ٤٤٠ من الفقهاء من يخص المعادن بالامام عليه السلام
- ٤٤١ لو كان إلى جانب المملحة أرض موات
- ٤٤٢ المعادن الباطنة تملك بالاحياء
- ٤٤٣ لو أحيا أرضا وظهر فيها معدن
- ٤٤٤ من حفر بئرا في ملكه أو مباح
- ٤٤٧ وهنا مسائل: الأولى: ما يقبضه النهر المملوك من الماء المباح
- ٤٤٩ الثانية: إذا استجد جماعة في نهرا
- ٤٥٠ الثالثة: إذا لم يف النهر المباح أو سيل الوادي بسقي جميع الأملاك
- ٤٥٤ الرابعة: لو أحيا إنسان أرضا ميتة على مثل هذا الوادي
- ٤٥٧ كتاب اللقطة
- (٤٥٩)ش) تعريف اللقطة
- ٤٦٠ " القسم الأول: اللقيط "
- ٤٦١ " المقصد الأول: في اللقيط " تعريف اللقيط
- ٤٦٢ التقاط الطفل والمملوك
- ٤٦٣ لو أبق المملوك الملتقط أوضاع
- ٤٦٤ " المقصد الثاني: في الملتقط " شروط الملتقط
- ٤٦٦ هل يراعى إسلام الملتقط؟
- ٤٦٧ لو كان الملتقط فاسقا
- ٤٦٨ لو التقطه بدوي لا استقرار له أو حضري يريد السفر به
- ٤٦٩ لا ولاء للملتقط على اللقيط
- ٤٧٠ حكم النفقة على اللقيط
- ٤٧١ " المقصد الثالث: في أحكام اللقيط " وهي مسائل: الأولى: أخذ اللقيط هل هو واجب على الكفاية أم مستحب؟

- ٤٧٢ الثانية: اللقيط يملك كالكبير
- ٤٧٣ الثالثة: لا يجب الاشهاد عند أخذ اللقيط
- ٤٧٤ الرابعة: الانفاق من مال المنبوذ عليه يفتقر إلى إذن الحاكم
- ٤٧٥ الخامسة: الملقوط في دار الاسلام يحكم بإسلامه
- ٤٧٧ السادسة: عاقلة اللقيط الامام
- ٤٧٨ لو جنني على اللقيط وهو صغير
- ٤٧٩ السابعة: إذا بلغ فقذفه قاذف وقال: أنت رق
- ٤٨١ الثامنة: يقبل إقرار اللقيط على نفسه بالرق
- ٤٨٣ التاسعة: إذا ادعى أجنبي بنوته
- ٤٨٦ مسائل من أحكام النزاع في اللقيط الأولى: لو اختلفا في الانفاق
- ٤٨٧ الثانية: لو تشاح ملتقطان مع تساويهما في الشرائط
- ٤٨٨ الثالثة: إذا التقطه اثنان
- ٤٨٩ الرابعة: إذا ادعى بنوته اثنان
- ٤٨٩ الخامسة: إذا اختلف كافر ومسلم أو حر وعبد في دعوى بنوته
- ٤٩٠ " القسم الثاني: الملتقط من الحيوان " " النظر الأول: في المأخوذ " تعريف الحيوان الملتقط
- ٤٩١ الإشهاد مستحب
- ٤٩٢ لا يؤخذ البعير إذا كان في كلاً وماء أو كان صحيحاً
- ٤٩٤ حكم أخذ الدابة والبقرة والحمار
- ٤٩٥ يجوز أخذ البعير المتروك من جهد في غير كلاً وماء
- ٤٩٦ الشاة إن وجدت في الفلاة أخذها الواحد
- ٤٩٧ لا تؤخذ الغزلان واليحمير
- ٤٩٨ لا يحل أخذ الضوال لو وجدت في العمران
- ٥٠٠ يجوز التقاط كلب الصيد
- ٥٠١ " النظر الثاني: في الواحد " شروط ملتقط الحيوان؟
- ٥٠٣ هل يجوز للبعد التقاط الحيوان؟
- ٥٠٤ هل يشترط الاسلام في ملتقط الحيوان؟
- ٥٠٤ " النظر الثالث: في الاحكام " وهي مسائل: الأولى: إذا لم يجد الآخذ سلطاناً ينفق على الضالة أنفق من نفسه
- ٥٠٥ الثانية: إذا كان للقطه نفع
- ٥٠٦ الثالثة: لا تضمن الضالة بعد الحول إلا مع قصد التملك
- ٥٠٦ الرابعة: إذا وجد مملوكاً بالغاً أو مراهقاً
- ٥٠٧ الخامسة: من وجد عبده في غير مصره
- ٥١٠ " القسم الثالث: في اللقطة " " الامر الأول: في تفسير اللقطة " تعريف اللقطة
- ٥١٦ يجب تعريف اللقطة حولا
- ٥١٧ لقطة غير الحرم إن كانت مما يبقى
- ٥١٨ ولو كانت مما لا يبقى

- التقاط النعلين والإداوة
 ٥٢٠ يكره أخذ اللقطة مطلقا
 ٥٢١ يستحب الأشهاد على اللقطة
 ٥٢٢ مسائل خمس: الأولى: ما يوجد في المفاوز أو في خربة هلك أهلها
 ٥٢٣ لو وجده في جوف دابة
 ٥٢٥ الثانية: من أودعه لص مالا
 ٥٢٧ الثالثة: من وجد في داره أو صندوقه مالا
 ٥٢٩ الرابعة: لا تملك اللقطة قبل الحول
 ٥٣٠ الخامسة: هل تضمن اللقطة بمطالبة المالك أو بنية التملك؟
 ٥٣٣ " الامر الثاني: في الملتقط " شروط ملتقط المال
 ٥٣٥ للبعد أخذ لقطة الحل والحرم
 ٥٣٧ للمكاتب أخذ اللقطة
 ٥٣٩ " الامر الثالث: في الاحكام " وهي مسائل: الأولى: ليس التوالي شرطا في التعريف
 ٥٤٠ كيفية التعريف
 ٥٤١ الثانية: إذا دفع اللقطة إلى الحاكم فباعها
 ٥٤٣ الثالثة: هل يحب التعريف مطلقا أو مع نية التملك
 ٥٤٤ لا يجوز تملك اللقطة إلا بعد التعريف
 ٥٤٥ اللقطة أمانة في يد الملتقط مدة الحول
 ٥٤٦ لو نوى التملك فجاء المالك
 ٥٤٨ الرابعة: إذا التقط العبد ولم يعلم المولى
 ٥٥٠ لو عرفها العبد ملكها المولى
 ٥٥١ الخامسة: لا تدفع اللقطة إلا بالبينة
 ٥٥٢ لو ردها بالوصف ثم أقام آخر البينة بها
 ٥٥٣ لو أقام واحد بينة بها فدفعت إليه ثم أقام آخر بينة بها
 ٥٥٤ لو قامت البينة الثانية بعد الحول وتملك الملتقط
 ٥٥٥

مسالك الأفهام

إلى تنقيح

شرائع الاسلام

تأليف

زين الدين بن علي العاملي (قدس سره)

" الشهيد الثاني " (٩١١ - ٩٦٥ هـ)

الجزء الثاني عشر

تحقيق ونشر

مؤسسة المعارف الاسلامية

(١)

هوية الكتاب:

اسم الكتاب: مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الاسلام ج ١٢ .

تأليف: زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني).

تحقيق ونشر مؤسسة المعارف الاسلامية.

صف الحروف: مؤسسة المعارف الاسلامية.

الطبعة: الأولى ١٤١٦ هـ . ق.

المطبعة: پاسدار اسلام.

العدد: ٢٠٠٠ نسخة.

السعر: ١٢٠٠ تومان.

(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم

(٣)

جميع حقوق الطبع والنشر محفوظة
لمؤسسة - المعارف الاسلامية
إيران - قم المقدسة
ص.ب - ٧٦٨ / ٣٧١٨٥
تلفون ٧٣٢٠٠٩

(٤)

كتاب الأئمة والأشربة

(٥)

كتاب الأطعمة والأشربة

-
- (١) الأنبياء: ٨.
(٢) انظر مستدرك الحاكم ٤: ١٢٧. تلخيص الحبير ٤: ١٤٩، مجمع الزوائد للهيثمى ١٠: ٢٩١، مع اختلاف يسير.
(٣) في " د، ر، ل " : العرف.
(٤) الأعراف: ١٥٧.
(٥) المائدة: ٤.

(٧)

فإن لم يكن له في الشرع ولا في عرفهم ذكر، فإن علم اشتماله على مضرة في الجسد كان حراما، وإلا كان مباحا على أصح القولين للأصوليين والفقهاء، لأن الأعيان مخلوقة لمنافع العباد، ولقوله تعالى: (قل لا أجد في ما أوحى إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة... (١)، الآية، وقول الصادق عليه السلام: " كل شيء مطلق حتى يرد فيه نهى " (٢)، وقوله عليه السلام في صحيحة عبد الله بن سنان: " كل شيء يكون فيه حلال وحرام فهو لك حلال أبدا حتى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه " (٣). ومن قال من الأصوليين بأن الأصل في الأشياء الحظر أو التوقف لزمه التحريم فيما اشتبه من أمره.

ثم الطيب يطلق:

على الحلال، قال تعالى: (كلوا من طيبات ما رزقناكم) (٤)، أي: من الحلال.

وعلى الطاهر، قال تعالى: (فتيمموا صعيدا طيبا) (٥)، أي طاهرا. وعلى ما لا أذى فيه، كالزمان الذي لا حر فيه ولا برد، يقال: هذا زمان طيب.

وما تستطيبه النفس ولا تنفر منه، كقوله تعالى: (يسألونك ماذا أحل

(١) الأنعام: ١٤٥.

(٢) الفقيه ١: ٢٠٨ ح ٩٣٧، الوسائل ٤: ٩١٧ ب " ١٩ " من أبواب القنوت ح 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) طه: ٨١.

(٥) النساء: ٤٣.

لهم قل أحل لكم الطيبات) (١) إذ ليس المراد منها هنا الحلال، لعدم الفائدة في الجواب على تقديره، لأنهم سألوه 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 ردهم إلى ما يستطيعونه ولا يستحبثونه، فردهم إلى عاداتهم وما هو مقرر في طباعهم. ولأن ذلك هو المتبادر من معنى الطيب عرفا. وسيأتي في الأخبار ما ينبه عليه.

والمراد بالعرف الذي يرجع إليه في الاستطابة عرف الأوساط من أهل اليسار في حالة الاختيار، دون أهل البوادي وذوي الاضطراب من جفاة العرب، فإنهم يستطيعون ما دب ودرج، كما سئل (٢) بعضهم عما يأكلون فقال: كل ما دب ودرج إلا أم حيين (٣)، فقال بعضهم: لتهنأ أم حيين العافية، لكونها أمنت أن تؤكل. هذا خلاصة ما قرره الشيخ في المبسوط (٤) وغيره (٥)، إلا أنه فصل أولا المحلل إلى الحيوان وغيره، وقسم الحيوان إلى حي وغيره، وجعل ما كان من الحيوان حيا (٦) فهو حرام حيث لا يرد به شرع، محتجا بأن ذبح الحيوان محظور، وما كان من الحيوان غير حي أو من غيره فهو على أصل الإباحة. وفي استثناء الحيوان الحي من ذلك نظر، لعموم الأدلة. والاستناد إلى تحريم ذبحه بدون

(١) المائدة: ٤.

(٢) انظر المبسوط ٦: ٢٧٩، الحاوي الكبير ١٥: ١٣٥.

(٣) أم حيين: دوية على خلفة الحرباء عريضة الصدر عظيمة البطن. لسان العرب ١٣: ١٠٥.

(٤) راجع المبسوط ٦: ٢٧٨ - ٢٧٩، والتفصيل الذي نقله عنه هنا يختلف في بعض النقاط عما في المبسوط.

(٥) السرائر ٣: ١١٨.

(٦) كذا في "ص، و"، وفي سائر النسخ: حي.

والنظر فيه يستدعي بيان أقسام ستة:
الأول:

في حيوان البحر
ولا يؤكل منه إلا ما كان سمكا له فلس، سواء بقي عليه كالشبوط
والبياح، أو لم يبق كالكنعت.
أما ما ليس له فلس في الأصل، كالجري، ففيه روايتان أشهرهما
التحريم. وكذا الزمار والمارماهي والزهو، لكن أشهر الروايتين هنا
الكراهية.

الشرع في حيز المنع.
فهذا هو الأصل الذي يرجع إليه في باب الأطعمة [والأشربة] (١). وبقي
الكلام فيما نص الشارع على تحريمه، فلنشرع في الكلام عليه.
قوله: "الأول: في حيوان البحر.... الخ".
حيوان البحر إما أن يكون له فلس، كالأنواع الخاصة من السمك، ولا
خلاف بين المسلمين في كونه حلالا، وما ليس على صورة السمك من أنواع
الحيوان، ولا (٢) خلاف بين أصحابنا (٣) في تحريمه.

-
- (١) من الحجريتين.
(٢) في "م": فلا.
(٣) في هامش "د، و": "وافقنا أبو حنيفة على تحريم غير السمك من حيوان البحر، وقال مالك وأحمد
بحل الجميع، وهو أصح وجهي الشافعية، لعموم قوله صلى الله عليه وآله: الحل ميتته، والوجه
الثاني للشافعية: أن ما يؤكل نظيره في البر - كالنعم - يؤكل نظيره في البحر، وما لا يؤكل نظيره -
كالكلب والخنزير - لا يؤكل، وما ليس له نظير يحل أيضا، للعموم. منه رحمه الله". انظر اللباب في
شرح الكتاب ٣: ٢٣١، المبسوط للسرخسي ١: ٢٤٨، بداية المجتهد ١: ٤٧٠، الكافي في فقه

وبقي من حيوان البحر ما كان من السمك وليس له فلس، كالجري والمارماهي والزمار. وقد اختلف الأصحاب في حله بسبب اختلاف الروايات فيه، فذهب الأكثر - ومنهم الشيخ (١) في أكثر كتبه - إلى تحريمه مطلقاً، لصحيفة محمد بن مسلم قال: " أقرأني أبو جعفر عليه السلام شيئاً في كتاب علي عليه السلام، فإذا فيه: أنها كم عن الجريث والمارماهي والطاقفي والطحال، قال: قلت: رحمك الله إنا نؤتى بالسمك ليس له قشر، فقال: كل ما له قشر من السمك، وما كان ليس له قشر فلا تأكله " (٢).

وصحيفة حماد بن عثمان قال: " قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك الحيتان ما يؤكل منها؟ فقال: ما كان له قشر، فقلت: جعلت فداك ما تقول في الكنعت؟ قال: لا بأس بأكله، قال: قلت: فإنه ليس لها قشر، قال: بلى ولكنها حوت سيئة الخلق تحت بكل شيء، فإذا نظرت في أصل أذننها وجدت لها قشراً " (٣).

وعن أبي عبد الله عليه السلام: " أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يركب بغلة رسول الله صلى الله عليه وآله بالكوفة ثم يمر بسوق الحيتان فيقول: لا

أهل المدينة ١: ٤٣٧، المغني لابن قدامة ١١: ٨٥، الكافي في فقه أحمد ١: ٥٣٣، الحاوي الكبير ١٥: ٥٨ - ٦١، روضة الطالبين ٢: ٥٤٢.

(١) المبسوط ٦: ٢٧٦، الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢: ٥٢٤ مسألة (٣١).
(٢) الكافي ٦: ٢١٩ ح ١، التهذيب ٩: ٢ ح ١، الوسائل ١٦: ٣٣١ ب " ٩ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١، وأورد ذيله في ص: ٣٢٩ ب " ٨ " ح ١.
(٣) الكافي ٦: ٢١٩ ح ٢، الفقيه ٣: ٢١٥ ح ١٠٠١، التهذيب ٩: ٣ ح ٤، الوسائل ١٦: ٣٣٦ ب " ١٠ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

تأكلوا ولا تبيعوا ما لم يكن له قشر " (١). وغير ذلك من الأخبار (٢).
 وذهب الشيخ في كتابي الأخبار (٣) إلى إباحة ما عدا الجري، لصحيفة
 الحلبي قال: " قال أبو عبد الله عليه السلام: لا يكره شيء من الحيتان إلا
 الجري " (٤). وفي معناها غيرها (٥).
 قال الشيخ في الكتابين: " والوجه في هذه الأخبار أنه لا يكره كراهة
 الحظر إلا هذا الجري، وإن كان يكره كراهة الندب والاستحباب " (٦). وهذا صريح
 في اختيار كراهة ما عدا الجري من السمك مطلقا.
 ويؤيده أيضا صحيفة زرارة قال: " سألت أبا جعفر عليه السلام عن
 الجري، فقال: وما الجري؟ فنعت له، فقال: (لا أجد فيما أوحي إلي محرما على
 طاعم يطعمه....) إلى آخر الآية، ثم قال: لم يحرم الله شيئا من الحيوان في
 القرآن إلا الخنزير بعينه، ويكره كل شيء من البحر ليس له قشر مثل قشر الورق،
 وليس بحرام إنما هو مكروه " (٧).
 وصحيفة محمد بن مسلم قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجري
 والمارماهي والزمير وما ليس له قشر من السمك حرام هو؟ فقال لي: يا محمد

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

اقرأ هذه الآية التي في الأنعام: (قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً) قال: فقرأتها حتى فرغت منها، فقال: إنما الحرام ما حرم الله ورسوله في كتابه، ولكنهم قد كانوا يعافون أشياء فنحن نعافها " (١).

ومما ذكرناه يظهر ما ذكره المصنف من أن في الجري روايتين. والمراد الجنس بالتحريم والتحليل، وأن أشهرهما بين الأصحاب التحريم. وإنما نسب القول بالتحريم إلى الشهرة خاصة لما قد عرفت من أن روايات الحل صحيحات الأسناد كثيرة، وقد كان يمكن الجمع بينها وبين ما دل على التحريم بالحمل على الكراهة، لكن الأشهر بينهم التحريم.

وكذلك ظهر اختلاف الرواية في المارماهي والزمارة. وأما الزهو فقد دخل في عموم الروايات (٢) الدالة على الحل. ومما ورد فيه بخلاف ذلك رواية محمد بن سليمان بن جعفر قال: "حدثني إسحاق صاحب الحيتان قال: خرجنا بسمك نتلقى به أبا الحسن الرضا عليه السلام وقد خرجنا من المدينة وقدم هو من سبالة، فقال: ويحك يا فلان لعل معك سمكاً، قلت: نعم جعلت فداك، فقال: أنزلوا، فقال: ويحك لعله زهو، قلت: نعم، قال: اركبوا لا حاجة لنا فيه، قال: والزهو سمك ليس له قشر " (٣). وهذه الرواية مع قطع النظر عن سندها لا تدل على التحريم، بل غايتها الكراهة. لكن قوله فيها إنه "سمك ليس له قشر" إن كان من كلام الإمام أو ثبت فيتناوله النهي في

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

(٢) المذكورة في الصفحة السابقة.

(٣) الكافي ٦: ٢٢١ ح ١٠، التهذيب ٩: ٣ ح ٦، الوسائل ١٦: ٣٣٧ ب " ١١ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١. وفي المصادر:.... عن عمه محمد عن سليمان بن جعفر...

الأخبار السابقة (١).

والمصنف - رحمه الله - اختار في هذه الثلاثة الكراهة. وهو مذهب الشيخ في النهاية (٢) وتلميذه القاضي (٣). وهو حسن، لأنه طريق الجمع بين الأخبار. والمانعون (٤) حملوا أخبار الحل على التقية. وليس بجيد. وقد أغرب الشيخ في النهاية في حكم المارماهي، ففي باب المكاسب (٥) جعله من المكاسب المحظورة، كالجري وغيره من السمك الذي لا يحل أكله. وفي باب الأطعمة (٦) جعله مكروها كما نقلنا. هنا عنه. وفي باب الحدود قال: " ويعزر أكل الجري والمارماهي... وغير ذلك من المحرمات، فإن عاد أدب ثانية فإن استحل شيئا من ذلك وجب عليه القتل (٧). وأعجب ما فيه - مع اختلاف الفتوى - حكمه بقتل مستحل المارماهي، فإن كل من خالفنا من العلماء مجمعون على حله، وأصحابنا مختلفون فيه كما عرفت، حتى هو من جملة القائلين بحله في النهاية (٨) والتهذيب (٩) والاستبصار (١٠). ومستحل المحرم إنما يقتل إذا استحل ما أجمع المسلمون على تحريمه، بل لا يكفي ذلك حتى يكون قد علم تحريمه من دين الإسلام ضرورة كالخمر والميتة، وأين هذا مما أكثر المسلمين على حله حتى الشيخ رحمه الله!؟

(١) في ص: ١١.

(٢) النهاية: ٥٧٦.

(٣) المذهب ٢: ٤٣٨ - ٤٣٩.

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

(٥) النهاية: ٣٦٤ - ٣٦٥ و ٧١٣.

(٦) النهاية: ٥٧٦.

(٧) النهاية: ٣٦٤ - ٣٦٥ و ٧١٣.

(٨) النهاية: ٥٧٦.

(٩) التهذيب ٩: ٥، ذيل ح ١٤.

(١٠) الاستبصار ٤: ٥٩، ذيل ح ٢٠٦.

ويؤكل الربيثا، والأريبان، والظمر، والطبراني، والابلامي.

واعلم أن الجري بكسر الجيم، والراء المهملة المشددة المكسورة. ويقال الجريث، بزيادة الثاء المثناة. والزمار بكسر الزاي المعجمة، والميم المشددة والراء المهملة أخيرا. ويقال: الزمير، كما وقع في الرواية. والمارماهي بفتح الراء المهملة، كلمة أعجمية معناها: حية السمك. والزهو بالزاي المعجمة المفتوحة. والشبوط بفتح الشين، وتشديد الباء مضمومة. والبياح بكسر الباء الموحدة مخففا، وربما فتحت الباء وشددت (الياء) (١). والكنعت، ويقال: الكنعد بالبدال المهملة.

قوله: (ويؤكل الربيثا.... الخ).

الربيثا بالراء المهملة المفتوحة، والباء الموحدة المكسورة، والياء المثناة من تحت الساكنة، والثاء المثناة المفتوحة، والألف المقصورة. والظمر بكسر الطاء المهملة، والميم الساكنة، والراء المهملة. والطبراني بالطاء المهملة المفتوحة، والباء الموحدة المفتوحة، والراء المهملة، والنون بعد الألف. والابلامي بكسر الهمزة، والباء الموحدة الساكنة.

ويدل على حل هذه بخصوصها صحيحة محمد بن إسماعيل قال:

" كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: اختلف الناس علي في الربيثا فما تأمرني به؟ فكتب: لا بأس بها " (٢). وعن محمد الطبري قال: " كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن سمك يقال له الإبلامي. وسمك يقال له الطبراني، وسمك يقال له الظمر، وأصحابي ينهون عن أكله، فكتب: كله

(١) من " م " .

(٢) الفقيه ٣: ٢١٥ ح ٩٩٨، التهذيب ٩: ٨١ ح ٣٤٧، الاستبصار ٤: ٩١ ح ٣٤٦، الوسائل ١٦: ٣٣٨ ب " ١٢ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٣.

ولا تؤكل السلحفاة، ولا الضفادع، ولا السرطان، ولا شئ من حيوان البحر، ككلبه وخنزيره.

لا بأس به " (١).

قوله: " ولا تؤكل السلحفاة... الخ "

قد تقدم (٢) ما يدل على تحريم هذه الأشياء، لأنها من جملة حيوان البحر، والمحلل منه منحصر في السمك على ما تقرر.

ولا فرق في حيوان البحر بين خنزيره وشتاه، فلو أدرجها كان أولى، لأنها الفرد الأخرى، فإن من العامة (٣) من حكم بتحريم كلبه وخنزيره دون شاته ونحوها مما هو على صفة المحلل، ومنهم (٤) من حكم بحل الجميع.

ويدل على تحريم الثلاثة الأول - مع كونها مستخبثة - صحيحة علي بن جعفر، عن أخيه موسى عليه السلام قال: (لا يحل أكل الجري ولا السلحفاة ولا السرطان، قال: وسألته عن اللحم الذي يكون في أصداف البحر والفرات أيؤكل؟ قال: ذلك لحم الضفادع لا يحل أكله " (٥).

والسلحفاة بضم السين، وفتح اللام، وسكون الحاء المهملة. والضفادع جمع ضفدع بكسر أوله وفتحه وضمه، مع كسر ثالثه وفتحه في الأول، وكسره في الثاني، وفتحه في الثالث. والسرطان بفتح أوله وثانيه، ويسمى عقرب الماء.

(١) التهذيب ٩: ١٣ ح ٤٧، الوسائل ١٦: ٣٣١ ب " ٨ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٩.

(٢) في ص: ١٠ - ١١.

(٣) راجع الحاوي الكبير ١٥: ٦٠ - ٦١، المغني لابن قدامة ١١: ٨٥ - ٨٦، روضة الطالبين ٢: ٥٤٢.

(٤) راجع الحاوي الكبير ١٥: ٦٠ - ٦١، المغني لابن قدامة ١١: ٨٥ - ٨٦، روضة الطالبين ٢: ٥٤٢.

(٥) الكافي ٦: ٢٢١ ح ١١، التهذيب ٩: ١٢ ح ٤٦، الوسائل ١٦: ٣٤٢ ب " ١٦ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

ولو وجد في جوف سمكة أخرى حلت إن كانت من جنس ما يحل،
وإلا فهي حرام. وبهذا روايتان، طريق إحداهما السكوني، والأخرى
مرسلة.

ومن المتأخرين من منع، استنادا إلى عدم اليقين بخروجها من الماء
حية. وربما كانت الرواية أرجح، استصحابا لحال الحياة.

قوله: " ولو وجد في جوف... الخ "

القول بالحل للشيخ في النهاية (١) والمفيد (٢) وآخرين (٣)، استنادا إلى رواية
السكوني عن الصادق عليه السلام: " أن عليا عليه السلام سئل عن سمكة شق
بطنها فوجد فيها سمكة، قال: كلهما جميعا " (٤). ومرسلة أبان عن بعض أصحابه
عن الصادق عليه السلام قال: " قلت: رجل أصاب سمكة في جوفها سمكة،
قال: يؤكلان جميعا " (٥).

والمانع من حلها ابن إدريس (٦)، ما لم تخرج من بطنها حية، لأن
شرط حل السمك أخذه من الماء حيا، والجهل بالشرط يقتضي الجهل
بالمشروط. ووافقه العلامة في المختلف (٧) والتحرير (٨) وولده فخر الدين (٩).

(١) النهاية: ٥٧٦.

(٢) المقنعة: ٥٧٦ - ٥٧٧.

(٣) الجامع للشرائع: ٣٨٠، الدروس الشرعية ٣: ٨.

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

(٥) الكافي ٦: ٢١٨ ح ١٤، التهذيب ٩: ٨ ح ٢٦، الوسائل ١٦: ٣٠٤ الباب المتقدم ح ١.

(٦) السرائر ٣: ١٠٠.

(٧) المختلف: ٦٧٨.

(٨) تحرير الأحكام ٢: ١٦٠.

(٩) إيضاح الفوائد ٤: ١٤٤.

ولو وجدت في جوف حية سمكة، أكلت إن لم تكن تسلخت، ولو تسلخت لم تحل.
والوجه أنها لا تحل إلا أن تقذفها والسمكة تضطرب. ولو اعتبر مع ذلك أخذها حية ليتحقق الزكاة كان حسنا.

وفي القواعد (١) رجح مذهب الشيخ. وكذلك المصنف في النافع (٢). ومال إليه هنا بعض الميل. وأشار إلى جواب دليل ابن إدريس بأن الأصل بقاء الحياة إلى بعد إخراجها، إذ لا شك في حلول الحياة في السمكة وقتنا ما فيستصحب إلى أن يعلم المزيل، وتكون الروايتان شاهدا وإن لم تصلحا لاثبات الحكم. وهو حسن حيث لا تدل القرائن على تقدم موتها، بأن يخرجها من بطنها عاجلا فيجدها قد تغيرت بالسلخ ونحوه.

قوله: " ولو وجدت في جوف... الخ "

القول بحلها ما لم تنسلخ مطلقا للشيخ في النهاية (٣)، استنادا إلى رواية أيوب بن أعين عن الصادق عليه السلام قال: " قلت له: جعلت فداك ما تقول في حية ابتلعت سمكة ثم طرحتها وهي حية تضطرب أكلها؟ قال: إن كان فلوسها قد تسلخت فلا تأكلها، وإن لم تكن تسلخت فكلها " (٤).

والشيخ - رحمه الله - لم يعتبر إدراكها حية تضطرب. والرواية لا تدل على

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٥٦.

(٢) المختصر النافع: ٢٥١.

(٣) النهاية: ٥٧٦.

(٤) الكافي ٦: ٢١٨ ح ١٦، الفقيه ٣: ٢٠٧ ح ٩٥٣، التهذيب ٩: ٨ ح ٢٧ وفيه: عن الوشاء، الوسائل ١٦: ٣٤٢ ب " ١٥ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

ولا يؤكل الطافي، وهو ما يموت في الماء، سواء مات بسبب كضرب العلق (١) أو حرارة الماء، أو بغير سبب. وكذا ما يموت في شبكة الصائد في الماء أو في حظيرته.

مذهبه. وفي المختلف (٢) عمل بموجب الرواية، وهو يقتضي الاجتزاء بإدراكها حية، مع أنه لا يقول بذلك في ذكاة السمك.

والوجه ما اختاره المصنف - رحمه الله - وابن إدريس (٣) وجملة المتأخرين (٤)، وهو اشتراط أخذه لها حية، لأن ذلك هو ذكاة السمك على ما تقدم (٥).

قوله: " ولا يؤكل الطافي.... الخ "

نبه بقوله: " سواء مات.... إلى آخره " على خلاف بعض العامة (٦) حيث فرق بين الأمرين، فوافقنا على تحريمه مع موته لسبب خارج، وحكم بحله إذا مات من قبل نفسه. وأكثر الجمهور على حله مطلقاً. وقد تقدم (٧) ما يدل على تحريمه، والخلاف فيما يموت في الشبكة والحظيرة.

(١) العلق: دويبة حمراء تكون في الماء تعلق بالبدن وتمص الدم. النهاية لابن الأثير ٣: ٢٩٠.

(٢) المختلف: ٦٧٨.

(٣) السرائر ٣: ١٠٠.

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

(٥) في ج ١١: ٥٠٢ و ٥٠٦.

(٦) الخلاف المذكور للحنفية، ولكنهم حرموا أكل الطافي إذا مات حتف أنفه، وأباحوه إذا مات لسبب،

انظر شرح فتح القدير ٨: ٤٢٣، بدائع الصنائع ٥: ٣٦، الحاوي الكبير ١٥: ٦٤ - ٦٥، روضة القضاة

٤: ١٣٤٢، رؤوس المسائل: ٥١٢ مسألة (٣٧٢).

(٧) في ج ١١: ٥٠٢ و ٥٠٦.

ولو اختلط الميت بالحي بحيث لا يتميز، قيل: حل الجميع.
واجتنابه أشبه.
ولا يؤكل الجلال من السمك حتى يستبرأ بأن يجعل في الماء يوماً
وليلة، ويطعم علفاً طاهراً.

قوله: " ولو اختلط الميت... الخ ".
القول بحله مع الاشتباه للشيخ في النهاية (١)، واستحسنه المصنف - رحمه
الله - فيما سبق (٢)، لدلالة الأخبار (٣) الصحيحة عليه. والأشهر تحريم الجميع إذا
كان محصوراً، لوجوب اجتناب الميت، ولا يتم إلا باجتناب الجميع كغيره من
الأطعمة المشتبهة بالمحرم. وقد تقدم (٤) البحث في ذلك.
قوله: " ولا يؤكل الجلال... الخ ".
جلال السمك ما يغتذي بعذرة الانسان كغيره من الحيوان. وسيأتي (٥)
الكلام فيه.
واعتبار استبرائها يوماً وليلة مذهب الشيخ (٦) والأكثر، استناداً إلى رواية
يونس عن الرضا عليه السلام (٧). واكتفى الصدوق (٨) بيوم إلى الليل، لرواية القاسم

-
- (١) النهاية: ٥٧٨.
(٢) في ج ١١: ٥٠٦.
(٣) لاحظ الوسائل ١٦: ٣٠٣ ب " ٣٥ " من أبواب الذبائح.
(٤) في ج ١١: ٥٠٦.
(٥) في ص: ٢٥.
(٦) انظر النهاية: ٥٧٦، ولكنه اكتفى بيوم إلى الليلة.
(٧) الكافي ٦: ٢٥٢ ح ٩، التهذيب ٩: ١٣ ح ٤٨، الوسائل ١٦: ٣٥٧ ب " ٢٨ " من أبواب الأطعمة
المحرمة ح ٥.
(٨) حكاة. العلامة عن مقنع الصدوق في المختلف: ٦٧٦، ولم نجده فيه انظر المقنع: ١٤١ والهامش
(٦) هناك. ورواه في الفقيه ٣: ٢١٤ ح ٩٩٣.

وبيض السمك المحلل حلال، و (كذا) بيض المحرم حرام. ومع
الاشتباه يؤكل ما كان خشنا، لا ما كان أملس.

بن محمد الجوهرى (١). والأول طريق اليقين.
ويعتبر في العلف كونه طاهرا بالفعل. وربما اكتفى بالطاهر بالأصالة
خاصة. وهو ضعيف، لأن إطلاق الطاهر يقتضي ما ذكرناه.
قوله: " وبيض السمك المحلل.... الخ ".
هذا الحكم مشهور بين الأصحاب، غير أن كثيرا منهم لم يقيّدوا التفصيل
بحالة الاشتباه، بل أطلقوا القول بأن بيض السمك مطلقا يؤكل منه الخشن دون
الأملس والمنماع (٢).
وأنكره ابن إدريس رأسا، وقال: " لا دليل عليه من كتاب ولا سنة ولا
إجماع، ولا خلاف في أن جميع ما في بطن السمك طاهر، ولو كان ذلك صحيحا
لما حلت الصحناء " (٣).
ووافقه في المختلف مستدلا بعموم قوله تعالى: (أحل لكم صيد
البحر وطعامه) (٤). وقال: " ولم يبلغنا في الأحاديث المعول عليها ما ينافي
العموم " (٥).

-
- (١) الفقيه ٣: ٢١٤ ح ٩٣، الوسائل ١٦: ٣٥٧ ب " ٢٨ "، من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٧.
(٢) كذا في " د، و، ط، م " وفي " ص، ل " والمماع، وفي " ذ، خ " : والهماع.
وفي الصحاح (٣: ١٣٠٨): " الهموع بالضم: السيلان، والهماع: السائل " . ولعل المنماع بهذا
المعنى أيضا من الميعان.
(٣) السرائر ٣: ١١٣، والصحناء: إدام يتخذ من السمك الصغار، مشة مصلح للمعدة. القاموس
المحيط ٤: ٢٤١.
(٤) المائدة: ٩٦.
(٥) المختلف: ٦٨٤.

القسم الثاني:

في البهائم

ويؤكل من الإنسية: الإبل والبقر والغنم. وتكره: الخيل والبغال والحمير الأهلية، على تفاوت بينها في الكراهية.

قوله: " ويؤكل من الإنسية... الخ "

لا خلاف بين المسلمين في تحليل الأنعام الثلاثة، والكتاب (١) والسنة (٢) ناطقان به. والمشهور بين أصحابنا تحليل الحمولة (٣) الثلاثة: الخيل والبغال والحمير، للأصل، وقوله تعالى: (قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه... (٤) الآية، وخصوص حسنة زرارة ومحمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام أنهما سألاه عن أكل لحوم الحمير الأهلية فقال: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن أكلها يوم خيبر، وإنما نهى عن أكلها لأنها كانت حمولة الناس، وإنما الحرام ما حرم الله عز وجل في القرآن " (٥). وفي رواية أخرى لمحمد بن مسلم عنه عليه السلام قال: " سألته عن لحوم الخيل والبغال، فقال: حلال ولكن

(١) النحل: ٥، المؤمنون: ٢١، غافر: ٧٩.

(٢) علل الشرايع: ٥٦١ ب (" ٣٥٥ "، تحف العقول: ٣٣٧.

(٣) في هامش " ذ، د ": " وافقنا مالك على حل الثلاثة، وذهب أبو حنيفة إلى تحريمها. والشافعي

وأحمد إلى حل الخيل خاصة. حاشية بخطه ". انظر الباب في شرح الكتاب ٣: ٢٣٠، المبسوط

للسرخسي ١١: ٢٣٢ - ٢٣٤، رؤوس المسائل للزمخشري: ٥١٧ مسألة (٣٧٦)، بداية المجتهد ١:

٤٦٩، الحاوي الكبير ١٥: ١٤١ - ١٤٣، روضة الطالبين ٢: ٥٣٧، المغني لابن قدامة ١١: ٦٦ - ٦٧

و ٧٠، الكافي في فقه أحمد ١: ٥٣٠. حلية العلماء ٣: ٤٠٥.

(٤) الأنعام: ١٤٥.

(٥) الكافي ٦: ٢٤٥ ح ١٠، التهذيب ٩: ٤١ ح ١٧١، الاستبصار ٤: ٧٣ ح ٢٦٨، الوسائل ١٦: ٣٢٣

ب " ٤ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

الناس يعافونها " (١).

ووجه كراهتها ورود روايات كثيرة بالنهي عنها، وحمل على الكراهة جمعا، فمنها صحيحة ابن مسكان قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن لحوم الحمير، فقال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن أكلها يوم خيبر، قال: وسألته عن أكل الخيل والبغال، فقال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عنها، فلا تأكلها إلا أن تضطر إليها " (٢).

وفي معناها غيرها (٣)، إلا أن هذه أوضح الجميع سندا، وهي أصح سندا من روايات الحل، إلا أنها ظاهرة في الكراهة من جهة قوله: " إلا أن تضطر إليها " فإنه علق الحل على مطلق الضرورة، ومطلقها أعم من أن يبلغ حدا يحلل المحرم.

وأیضا فقوله: (نهى عن أكلها يوم خيبر) غير مناف لما ذكر في رواية الحل، لأنه اعترف فيها بنهيها عنها ذلك اليوم، ولكنه نهى كراهة إبقاء لظهورها. ويؤيده صحيحة محمد بن مسلم أيضا عن الباقر عليه السلام أنه سئل عن سباع الطير والوحش حتى ذكر له القنفاذ والوطواط والحمير والبغال والخيل، فقال: " ليس الحرام إلا ما حرم الله في كتابه، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن أكل لحوم الحمير، وإنما نهاهم من أجل ظهورهم أن يفنوه، وليست

(١) الفقيه: ٣: ٢١٣ ح ٩٨٨، التهذيب ٩: ٤١ ح ١٧٤، الاستبصار ٤: ٧٤ ح ٢٧١، الوسائل ١٦: ٣٢٦ ب " ٥! من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٣.

(٢) الكافي ٦: ٢٤٦ ح ١٣، التهذيب ٩: ٤٠ ح ١٦٨، الاستبصار ٤: ٧٤ ح ٢٧٢، الوسائل ١٦: ٣٢٣ ب " ٤ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٤، وذيلها في ص: ٣٢٥ ب " ٥ " ح ١.

(٣) لاحظ الوسائل ١٦: ٣٢٢ ب " ٤، ٥ " من أبواب الأطعمة المحرمة.

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

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

إذا تقرر ذلك، فقد اشتركت الثلاثة في الكراهة كما (٤) ذكروا، واتفقوا على أنها متفاوتة فيها، ثم اختلفوا في أيها أشد. والمصنف - رحمه الله - اقتصر على إثبات التفاوت بينها في الكراهة، ولم يبين أيها أقوى من الآخر. والمشهور أن أكدها البغل ثم الحمار، وأضعفها الخيل. وعلل بأن البغل متولد من مكروهين مختلفين، وبأنه قد قيل بتحريمه فكان أقوى مما اتفق على كراهته.

وقيل: إن الحمار (٥) أكد كراهة من البغال، لأنه متولد من مكروهين قويي الكراهة، بخلاف البغل، فإنه متولد من ضعيف وقوي. ولأن النهي عنه في الأخبار

(١) التهذيب ٩: ٤٢ ح ١٧٦، الاستبصار ٤: ٧٤ ح ٢٧٥، الوسائل ١٦: ٣٢٧ ب، (٥) من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٦، والآية في سورة الأنعام: ١٤٥.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٧٦ - ٢٧٧.

(٣) في "ط، خ": الحمير.

(٤) في (و، خ): لما ذكر.

(٥) في هامش "ذ. د، و": (القائل بتأكد كراهة الحمار ابن البراج. ومال إليه ابن إدريس. منه رحمه

الله). القول بتأكد كراهة الحمار حكاه الشهيد (قدس سره) عن ابن البراج في الدروس الشرعية ٣:

٥، ولكن في المهذب (٢: ٤٢٩) حكم بكراهة الحمولة الثلاثة ولم يذكر الأكذ، وانظر السرائر ٣: ٩٨.

وقد يعرض التحريم للمحلل من وجوه:
أحدها: الجلل. وهو أن يغتذي عذرة الانسان لا غير، فيحرم حتى
يستبرأ. وقيل: يكره. والتحريم أظهر.

أكثر. وللاتفاق على أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عنه في الجملة، ومن ثم
ذهب جماعة (١) من الجمهور إلى تحريمه، بخلاف البغل، فإن من حرمه منهم لم
يستند (٢) فيه إلى نهى عنه خاص، بل إلى أنه متولد من محلل ومحرم فغلب جانب
التحريم. وهذا أقوى.

قوله: " وقد يعرض التحريم... الخ "

البحث في الجلل يقع في موضعين:

الأول: فيما به يحصل الجلل. فالمشهور أنه يحصل بأن يغتذي الحيوان
عذرة الانسان لا غير. والنصوص (٣) والفتاوى المعتبرة خالية من تقدير المدة التي
فيها يتحقق ذلك. وربما قدره بعضهم (٤) بأن ينمو ذلك في بدنه ويصير جزء
منه. وبعض (٥) بيوم وليلة كالرضاع. وآخرون (٦) بأن يظهر النتن في لحمه وجلده.
وهذا قريب. والمعتبر على هذا رائحة النجاسة التي اغتذاه، لا مطلق الرائحة
الكريهة.

(١) لم نجد من استند منهم إلى الدليل المذكور فقط، بل أكثرهم استند - إضافة إلى ذلك - إلى النهي
عنه في الحديث، انظر الحاوي الكبير ١٥ : ١٤١ - ١٤٣، بدائع الصنائع ٥ : ٣٧ - ٣٨، المبسوط
للسرخسي ١١ : ٢٣٢ - ٢٣٤، المغني لابن قدامة ١١ : ٦٦ - ٦٧.

(٢) تقدم أنفا تحت رقم ١.

(٣) لاحظ الوسائل ١٦ : ٣٥٤ ب " ٢٧، ٢٨ " من أبواب الأطعمة المحرمة.

(٤) لم نجد التقدير الأول والثاني في كلام العامة، والمذكور هو التقدير الثالث، انظر المبسوط
للسرخسي ١١ : ٢٥٥، بدائع الصنائع ٥ : ٤٠، الحاوي الكبير ١٥ : ١٤٧، المغني لابن قدامة ١١ :

٧٢ - ٧٣، روضة الطالبين ٢ : ٥٤٤ - ٥٤٥.

(٥) تقدم أنفا تحت رقم ٤.

(٦) تقدم أنفا تحت رقم ٤.

وقال الشيخ في الخلاف (١) والمبسوط (٢): إن الجلالة هي التي تكون أكثر علفها العذرة. فلم يعتبر تمحض العذرة. قال المصنف (٣) - رحمه الله - : وهذا التفسير صواب إن قلنا بكرهية الجلال، وليس بصواب إن قلنا بالتحريم. وألحق أبو الصلاح (٤) بالعذرة غيرها من النجاسات، لمشاركتها لها في المعنى المحرم. والأشهر هو الأول.

الثاني: في حكم الجلال، وأكثر الأصحاب على أنه محرم (٥)، لما روي (٦) أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن أكل الجلالة وعن شرب ألبانها حتى تحبس. ورواية هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " قال أمير المؤمنين عليه السلام: الناقة الجلالة لا يؤكل لحمها، ولا يشرب لبنها " (٧) الحديث. وغيرها من الأخبار (٨) الدالة على النهي عنه. والأصل فيه التحريم.

(١) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢: ٥٤١ مسألة (١٦).

(٢) المبسوط ٦: ٢٨٢.

(٣) النهاية ونكتها ٣: ٧٥.

(٤) الكافي في الفقه: ٢٧٨.

(٥) في هامش " د ": " مذهب الشافعي التحريم، ومذهب مالك وأبو حنيفة الكراهة، وعن أحمد روايتان. منه ". انظر المبسوط للسرخسي ١١: ٢٥٥، بداية المجتهد ١: ٤٦٦، الوجيز للغزالي ٢: ٢١٦، روضة الطالبين ٢: ٥٤٤، المغني لابن قدامة ١١: ٧٢ - ٧٣، الكافي في فقه أحمد ١: ٥٣٣، حلية العلماء ٣: ٤٠٧.

(٦) سنن ابن ماجه ٢: ١٠٦٤ ح ٣١٨٩، سنن أبي داود ٣: ٣٥١ ح ٣٧٨٥، سنن الترمذي ٤: ٢٣٨ ح ١٨٢٤، سنن النسائي ٧: ٢٣٩ - ٢٤٠، المستدرک للحاكم ٢: ٣٤، سنن البيهقي ٩: ٣٣٢، شرح السنة للبعوي ١١: ٢٥٢ ح ٢٨٠٩.

(٧) الكافي ٦: ٢٥٣ ح ١٢، التهذيب ٩: ٤٥ ح ١٨٩، الاستبصار ٤: ٧٧ ح ٢٨٢، الوسائل ١٦: ٣٥٦ ب " ٢٨ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٢، وفيها: عن مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام.

(٨) انظر الوسائل ١٦: ٣٥٦ ب " ٢٨ " من أبواب الأطعمة المحرمة.

وفي الاستبراء اختلاف. والمشهور استبراء الناقة بأربعين يوما،
والبقرة بعشرين. وقيل: تستوي البقرة والناقة في الأربعين. والأول
أظهر. والشاة بعشرة. وقيل: بسبعة. والأول أظهر.
وكيفيته أن يربط ويعلف علفا طاهرا هذه المدة.

وذهب الشيخ في المبسوط (١) وابن الحنيد (٢) إلى الكراهة، بل قال في
المبسوط: إنه مذهبنا، مشعرا بالاتفاق عليه.

ووجهه؟ إما حمل النهي على الكراهة والتنزيه، لأنه بعض معانيه، وإما
لاستضعاف طريقه، فإن الأول عامي، والثاني غايته أن يكون من الحسن، والباقي
ضعيف السند.

والأشهر هو الأول. ولو قيل بالتفصيل - كما قال المصنف (٣) رحمه الله -
بأنه إن كان الغذاء بها محضا فالتحريم، وإن كان غالبا فالكراهة، كان وجهها.
ثم على تقدير التحريم فليس بنجس العين كالكلب والخنزير، بل هو كغيره
من المحرمات بالأصل كالسباع. وفي وقوع الذكاة عليه كالمحرم بالأصل أم لا
وجهان من إطلاق الحكم بتحريمه، وتوقف التذكية على توقيف شرعي، ومن أنه
لا يقصر عن المحرم بالأصل. وتظهر الفائدة في طهارته بالتذكية، وجواز استعمال
جلده في غير الصلاة.

قوله: " وفي الاستبراء اختلاف... الخ "

لما كان تحريم الجلال عارضا بسبب عروض العلف النجس لم يكن
تحريمه مستقرا، بل إلى غاية، وهي أن يقطع عنه ذلك العلف ويطعم علفا طاهرا

(١) المبسوط ٦: ٢٨٢.

(٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٦٧٦.

(٣) النهاية ونكتها ٣: ٧٥.

إلى مدة يزول معها حكم السابق. فما لا تقدير لمدته شرعا يعتبر في حله زوال اسم الجلل عنه عرفا، وذلك بأن يطيب لحمه ويزول ننته على ذلك الوجه. وما ورد على تقديره حكم معتبر من نص أو إجماع اعتمد عليه. وقد اختلف الأصحاب في مقادير من المدة التي يزول بها الجلل في بعض الحيوانات بسبب اختلاف الرواية، واتفقوا على بعضها. فمما اتفقوا عليه استبراء الناقة بأربعين يوما. وهو موجود في روايات (١) لا تخلو من ضعف.

ومما اختلفوا فيه البقرة:

فقليل: تستبرأ بأربعين كالناقة. وهو قول الشيخ في المبسوط (٢). وهو في رواية مسمع عن الصادق عليه السلام (٣).

وقيل: بعشرين يوما. وهو مذهب الشيخ في النهاية (٤) والخلاف (٥)، واختاره المصنف والأكثر (٦). وهو في رواية السكوني (٧) عن الصادق عليه السلام

(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 ٤:

٧٧ ح ٢ و ٣ ر ٥، الوسائل ١٦: ٣٥٦ - ٣٥٧ ب " ٢٨ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥.

(٢) المبسوط ٦: ٢٨٢.

(٣) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٢٦ هامش (٧)، ولكن في الكافي: ثلاثين، وفي التهذيب: عشرين، وفي الاستبصار: أربعين.

(٤) النهاية: ٥٧٤.

(٥) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢: ٥٤١ مسألة (١٦).

(٦) المهذب ٢: ٤٢٧، الوسيلة: ٣٥٩، غنية النزوع: ٣٩٨، السرائر ٣: ٩٧، الجامع للشرائع: ٣٨١،

إرشاد الأذهان ٢: ١١٢، اللعة الدمشقية: ١٥٢، التنقيح الرائع ٤: ٣٨.

(٧) الكافي ٦: ٢٥١ ح ٣، التهذيب ٩: ٤٦ ح ١٩٢، الاستبصار ٤: ٧٧ ح ٢٨٥، الوسائل ١٦: ٣٥٦ ب " ٢٨ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

أن أمير المؤمنين عليه السلام حكم بذلك.
وقيل: بثلاثين يوماً. وهو مذهب الصدوق في المقنع (١) والفقيه (٢).
ومنه الشاة، فالمشهور أن استبراءها بعشرة. ذهب إليه الشيخ في النهاية (٣)
واختاره المصنف والأكثر (٤). وهو في رواية السكوني.
وقيل: بسبعة. ذهب إليه الشيخ في المبسوط (٥) وجماعة (٦)، وادعوا (٧) أن
به رواية.

وقيل: بخمسة. وهو في رواية مسمع (٨).
وحيث كانت الطريق ضعيفة فينبغي الوقوف من ذلك على محل الوفاق،
وهو مراعاة أكثر التقديرات حيث لا قائل بما زاد عليها.
وقول المصنف - رحمه الله - في كيفية الاستبراء أنها " تربط وتعلف " المراد
منه مراعاتها على وجه يوثق بعدم أكلها للنجس، سواء ربطت أم لا، وقيد الربط
موجود في بعض الأخبار (٩)، وتبعه عليه المصنف.
واعلم أن الموجود في هذه الروايات أنها تغذى هذه المدة من غير تقييد

(١) لم نجده في المقنع، وحكاه عنه العلامة في المختلف: ٦٧٦.

(٢) الفقيه ٣: ٢١٤ ح ٩٩١.

(٣) النهاية: ٥٧٤.

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

(٥) المبسوط ٦: ٢٨٢.

(٦) الكافي في الفقه: ٢٧٧.

(٧) غنية النزوع: ٣٩٨.

(٨) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٢٦ هامش (٧)، ولكن في الكافي: عشرة، وفي التهذيب
والاستبصار: خمسة.

(٩) انظر الوسائل ١٦: ٣٥٧ ب " ٢٨ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٦ و ٧.

الثاني: أن يشرب لبن خنزيرة. فإن لم يشتمد كره، ويستحب استيرائه بسبعة أيام. وإن اشتد حرم لحمه ولحم نسله.
الثالث: إذا وطئ الانسان حيوانا مأكولا، حرم لحمه ولحم نسله. ولو اشتبه بغيره قسم فريقين، وأقرع عليه مرة بعد أخرى حتى تبقى واحدة.

بالعلف الطاهر. وإنما تظهر فائدته لو اعتبرنا الجلل بأكل مطلق النجاسة ليكون الاستبراء بضده، أما إذا اعتبرناه بالعدرة لا غير فينبغي - حيث لا نص على التعيين - أن يعتبر فيه علفها بغيرها مما لا يحصل به الجلل، ليزول به معناه. وفي القواعد (١) استشكل في اعتبار العلف الطاهر بالأصالة أو بالفعل. وفي الكل رجوع إلى غير المرجع، إلا أنه لا معدل عن المشهور.
قوله: " أن يشرب لبن خنزيرة... الخ ".
مستند هذا الحكم أخبار كثيرة (٢) لا تخلو من ضعف في السند، إلا أنه لا راد لها.

والمراد باشتداده: أن ينبت عليه لحمه، ويشتمد عظمه وقوته. والمراد باستيرائه: أن يعلف بغيره في المدة المذكورة. ولو كان في محل الرضاع أرضع من حيوان محلل كذلك. وهكذا ورد مفصلا في رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (٣).
قوله: " إذا وطئ الانسان... الخ)،.
إطلاق الانسان يشمل الكبير والصغير، والمنزل وغيره. وكذلك الحيوان

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٥٦.
(٢) راجع الوسائل ١٦: ٣٥٢ ب (٢٥) من أبواب الأطعمة المحرمة.
(٣) الكافي ٦: ٢٥٠ ح ٥، التهذيب ٩: ٤٤ ح ١٨٦، الاستبصار ٤: ٧٦ ح ٢٨٠، الوسائل ١٦: ٣٥٣ ب " ٢٥ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٤.

يشمل الذكر والأنثى، ذا الأربع وغيره. لكن الرواية (١) وردت بنكاح البهيمة، وهي لغة اسم لذات الأربع من حيوان البحر والبر، فينبغي أن يكون العمل عليه، تمسكا 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.

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

ثم إن علم الموطوء بعينه اجتنب وسرى إلى نسله. وإن اشتبه فالمروي (٤) أنه يقسم ما وقع فيه الاشتباه نصفين، ثم يقرع بينهما، فمن أخرجته القرعة بأنها فيه قسم نصفين وأقرع بينهما كذلك، إلى أن تبقى واحدة فتذبح وتحرق، وحل الباقي.

وبمضمون الرواية عمل الأصحاب، مع أنها لا تخلو من ضعف وإرسال، لأن راويها محمد بن عيسى عن الرجل، ومحمد بن عيسى مشترك بين الأشعري الثقة واليقطيني وهو ضعيف، فإن كان المراد بالرجل الكاظم عليه السلام - كما هو الغالب - فهي - مع ضعفها باشتراك الراوي بين الثقة وغيره - مرسلة، لأن كلا الرجلين لم يدرك الكاظم عليه السلام، وإن أريد به غيره أو كان مبهما - كما هو

(١) الكافي ٦: ٢٥٩ ح ١، التهذيب ٩: ٤٧ ح ١٩٦، الوسائل ١٦: ٣٥٩ ب " ٣٠ " من أبواب الأطعمة المحرمة.

(٢) السرائر ٣: ٩٨.

(٣) في الباب الثاني من القسم الثاني من كتاب الحدود، وانظر شرائع الاسلام ٤: ١٩٢.

(٤) التهذيب ٩: ٤٣ ح ١٨٢، الوسائل ١٦: ٣٥٨ ب " ٣٠ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١ و ٤.

ولو شرب شئ من هذه الحيوانات خمرا لم يحرم لحمه، بل يغسل
ويؤكل، ولا يؤكل ما في جوفه.
ولو شرب بولا لم يحرم، ويغسل ما في بطنه ويؤكل.

مقتضى لفظه - فهي مع ذلك مقطوعة.

ولو لم يعمل بها فمقتضى القواعد الشرعية أن المشتبه فيه إن كان محصورا
حرم الجميع، وإن كان غير محصور جاز أكله إلى أن تبقى واحدة، كما مر في
نظائره.

وعلى تقدير العمل بالرواية المذكورة - كما هو المشهور - فيعتبر في القسم
كونه نصفين كما ذكر فيها، وإن كان كلام المصنف: " فريقيين " أعم منه. ثم إن كان
العدد زوجا فالتنصيف حقيقة ممكن، وإن كان فردا اغتفر زيادة الواحدة في أحد
النصفين، وكذا بعد الانتهاء إلى عدد فرد كثلاثة.

قوله: " ولو شرب شئ... الخ " .

مستند الأول: رواية أبي جميلة عن زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه
السلام أنه قال في شاة شربت خمرا حتى سكرت ثم ذبحت على تلك الحال،
قال: " لا يؤكل ما في بطنها " (١).

ومستند الثاني: رواية موسى بن أكيل عن بعض أصحابه عن أبي جعفر
عليه السلام في شاة شربت بولا ثم ذبحت، فقال: " يغسل ما في جوفها ثم لا
بأس به " (٢).

والروايتان ضعيفتان، والثانية مرسلة. وليس في الأولى غسل اللحم،

(١) الكافي ٦: ٢٥١ ح ٤، التهذيب ٩: ٤٣ ح ١٨١، الوسائل ١٦: ٣٥٢ ب " ٢٤ " من أبواب الأطعمة
المحرمة ح ١.

(٢) الكافي ٦: ٢٥١ ح ٥، التهذيب ٩: ٤٧ ح ١٩٤، الاستبصار ٤: ٧٨ ح ٢٨٧، الوسائل ١٦: ٣٥٢
الباب المتقدم ح ٢.

ويحرم الكلب والسنور، أهليا كان أو وحشيا.

لكنهما متأديتان (١) بالنظر، من حيث إن الخمر لطيف صالح للغذاء والنفوذ في البدن، فإذا ذبحت بعد شربه قبل أن يستحيل نجس اللحم، لنفوذه فيه، بخلاف البول، فإنه لما لم يصلح للتغذية لم ينفذ في اللحم، فلا يقدر في طهارته. نعم بوصوله إلى الأمعاء ينجسها فيغسل.
وفي الحكمين معا نظر، ومن ثم حكم ابن إدريس (٢) بكراهة اللحم في الأولى خاصة.

وهذا كله إذا كان ذبحها عقيب الشرب بغير فصل أو قريبا منه، أما لو تراخى بحيث يستحيل المشروب لم يحرم، ونجاسة البواطن حيث لا يتميز فيها عين النجاسة منتفية.

قوله: " ويحرم الكلب والسنور.... إلخ "

أكثر أهل الإسلام على تحريم أكل الكلب. والأصل فيه ما روي (٣) أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير. ولأنه نجس العين، لوجوب الغسل من ولوغه، فلا يحل أكله كما لا يحل أكل غيره من النجاسات. وخالف مالك في الأمرين معا (٤).

والرواية دلت على تحريم الهر أيضا، إنسيا كان أم وحشيا، لأنه ذو ناب يتقوى به. وفي بعض الأخبار (٥) أنه سبع.

(١) في إحدى الحجريتين: متقاربتان.

(٢) السرائر ٣: ٩٧.

(٣) الكافي ٦: ٢٤٥ ح ٣، وص: ٢٤٧ ح ١، الفقيه ٣: ٢٠٥ ح ٩٣٨، التهذيب ٩: ١٦ ح ٦٥، وص: ٣٨ ح ١٦٢، الوسائل ١٦: ٣٢٠ ب " ٣ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٢ و ٣.

(٤) بداية المجتهد ١: ٤٦٨، الحاوي الكبير ١٥: ١٣٥، روضة القضاة ٣: ١٣٤٢ مسألة (٨١٣٤)، حلية العلماء ٣: ٤٠٧ - ٤٠٨.

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

ويكره أن يذبح بيده ما رباه من النعم.
ويؤكل من الوحشية: البقر، والكباش الجبلية، والحمير، والغزلان،
واليحامير.
ويحرم منها: ما كان سبعا. وهو ما كان له ظفر أو ناب يفرس به،
قويا كان كالأسد والنمر والفهد والذئب، أو ضعيفا كالثعلب والضبع
وابن آوى.

وخالف فيه مالك أيضا وبعض الشافعية (١). وآخرون منهم فرقوا بين
الإنسية والوحشية، فأحلوا الوحشية دون الإنسية، قياسا على حل الحمار
الوحشي دون الإنسي. وهما ممنوعان.
قوله: " ويكره أن يذبح... إلخ ".
مستند الكراهة النهي عنه في رواية محمد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه
السلام، قال في جملة حديث: " لا تربين شيئا ثم تذبحه " (٢).
وهذه المسألة كانت بباب الذبحة أولى، فإن المكروه من ذلك هو الفعل لا
الحيوان، فلا مدخل له بالأطعمة.
قوله: " ويؤكل من الوحشية... إلخ ".
لا خلاف بين المسلمين في حل الخمسة المذكورة وإنما الكلام في
غيرها.

(١) الحاوي الكبير ١٥ : ١٤٠، بداية المجتهد ١ : ٤٦٨، المغني لابن قدامة ١١ : ٦٨، روضة الطالبين
٥٣٩ : ٢.
(٢) الكافي ٤ : ٥٤٤ ح ٢٠، التهذيب ٩ : ٨٣ ح ٣٥٢، الوسائل ١٦ : ٣٠٨ ب " ٤٠ " من أبواب الذبائح
ح ١.

ويحرم: الأرنب، والضب، والحشار كلها، كالحية والفأرة والعقرب والجرذان والخنافس والصراصر وبنات وردان والبراغيث والقمل. وكذا يحرم: اليربوع، والقنفذ، والوبر، والنخز، والفنك، والسمور، والسنجاب، والعضاء، واللحكة، وهي دويبة تغوص في الرمل تشبه بها أصابع العذارى.

ومستند تحريم السباع مطلقا ما تقدم (١) من النهي عن النبي صلى الله عليه وآله عن أكل كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير. والمراد من ذي الناب الذي يعدو به على الحيوان ويقوى به. وهو شامل للضعيف منه والقوي. فيدخل فيه الكلب والأسد والنمر والفهد والدب والقرد والفيل والذئب والثعلب والضبع وابن آوى، لأنها عادية بأنبيائها.

وخالف في الجميع مالك (٢)، وكره السباع كلها من غير تحريم. ووافقنا أبو حنيفة (٣) على تحريم جميع ذلك. وفرق الشافعية (٤) بين ضعيف الناب منها - كالثعلب والضبع (٥) وابن آوى - وقويها، فحرم الثاني دون الأول. قوله: " ويحرم الأرنب والضب... إلخ ". تحريم هذه الأشياء كلها عندنا موضع وفاق، ولأن الحشار (٦) بأجمعها

(١) في ص: ٣٣.

(٢) انظر الهامش (٤) في ص: ٣٣.

(٣) اللباب في شرح الكتاب ٣: ٢٢٩، بدائع الصنائع ٥: ٣٩، شرح فتح القدير ٨: ٤١٧، حلية العلماء ٣: ٤٠٧ روضة القضاة ٣: ١٣٤٢ مسألة (٨١٣٤).

(٤) الحاوي الكبير ١٥: ١٣٧ - ١٣٩، روضة الطالبين ٢: ٥٣٨، الوجيز ٢: ٢١٥

(٥) في هامش " و " : " الضبع بضم الباء أكثر من إسكانها. منه رحمه الله " .

(٦) في هامش " و " : " الحشار صغار دواب الأرض، والخنافس جمع خنفساء بضم أوله مع فتح ثالثه أشهر من ضمه وبالمد " وحكي ضم ثالثه مع القصر. منه رحمه الله " .

مستحبة، ومنها ما نص على تحريمه بخصوصه، ومنها ما هي ذات سموم وإبر، فتحرم لما فيها من الضرر.

ووافقنا على تحريمها أجمع أبو حنيفة (١). وأباح الشافعية (٢) الضب (٣) والأرنب بالنص، واليربوع باستطابة العرب له على القاعدة السابقة (٤) في أول الكتاب. ولهم في السمور والسنجاب والفنك وجهان أظهرهما عندهم (٥) الحل، إلحاقا لها بالثعلب في الاستطابة.

مع أنه روي عندنا في الصحيح عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: " ما حرم الله في القرآن من دابة إلا الخنزير، ولكنه النكرة " (٦). وبنحو هذا أخذ مالك (٧). وروى حماد بن عثمان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " كان رسول الله صلى الله عليه وآله عزوف (٨) النفس، وكان يكره الشيء ولا يحرمه، فأتي بالأرنب فكرهها ولم يحرمها " (٩). وروى أبو بصير عن أبي عبد الله

- (١) بدائع الصنائع ٥: ٣٩، روضة القضاة ٣: ١٣٤٤ مسألة (٨١٤١)، والمذكور فيهما بعض هذه الحيوانات.
- (٢) الحاوي الكبير ١٥: ١٣٨ - ١٣٩، روضة الطالبين ٢: ٥٣٨ - ٥٣٩، التنبيه للشيرازي ٨٣، الوجيز ٢: ٢١٥
- (٣) في هامش " و " الضب حيوان للذكر ذكران وللأنثى فرجان، واليربوع حيوان قصير اليدين جدا طويل الرجلين، لونه كلون الغزال، والسمور - بفتح السين رضم الميم المشددة - حيوان يشبه السنور. منه رحمه الله "
- (٤) في ص: ٧.
- (٥) الوجز ٢: ٢١٥، روضة الطالبين ٢: ٥٣٩.
- (٦) التهذيب ٩: ٤٣ ح ١٧٩، الوسائل ١٦: ٣١١ ب " ١ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٢.
- (٧) انظر الهامش (٤) في ص: ٣٣.
- (٨) في هامش " و ": " عزفت نفسي عن الشيء أي: زهدت فيه وانصرفت عنه. منه رحمه لله "
- (٩) التهذيب ٩: ٤٣ ح ١٨٠، الوسائل ١٦: ٣١٩ ب " ٢ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٢١.

القسم الثالث:

في الطير

والحرام منه أصناف:

الأول: ما كان ذا مخلاب قوي يعدو به على الطير، كالبازي والصقر والعقاب والشاهين والباشق، أو ضعيف كالنسر والرخمة والبغاث.

عليه السلام قال: " كان يكره أن يؤكل من الدواب لحم الأرنب والضب والخيل والبغال، وليس بحرام كتحريم الميتة والدم ولحم الخنزير " (١). وقد قدمنا (٢) في معنى هذه أخبارا أخر صحيحة، ولكن عمل الأصحاب على التحريم. والشيخ (٣) - رحمه الله - حمل التحريم المنفي في هذه الأخبار على التحريم المخصوص، وهو ما اقتضاه ظاهر القرآن، دون مطلق التحريم. ولا يخفى بعد هذا التنزيل.

قوله: " الطير والحرام منه.... إلخ ".

قد تقدم (٤) ما يدل على تحريم ما كان له مخلاب - بكسر الميم، وهو الظفر - من الطير، كتحريم ذي الناب. وهو عندنا موضع وفاق. ومالك (٥) على أصله في حله.

والبغاث - بتثليث الموحدة وبالمعجمة والمثلثة - طائر أبيض، ويقال: أغبر، دوين الرخمة، بطئ الطيران. وقيل: هو ما عظم من الطير، وليس له

(١) التهذيب ٩: ٤٢ ح ١٧٧، الوسائل ١٦: ٣١٩ الباب المتقدم ح ٢٠.

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

(٣) التهذيب ٩: ٤٢ ذيل ح ١٧٦.

(٤) في ص: ٣٣.

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

وفي الغراب روايتان. وقيل: يحرم الأبقع والكبير الذي يسكن الجبال. ويحل الزاغ، وهو غراب الزرع، والغداف وهو أصغر منه يميل إلى الغبرة ما هو.

مخلاف معقف. وقال الفراء: " بغاث الطير: شرارها وما لا يصيد " (١). قوله: " وفي الغراب روايتان.... الخ ".
اختلف الأصحاب في حل الغراب بأنواعه بسبب اختلاف الروايات فيه، فذهب الشيخ في الخلاف (٢) إلى تحريم الجميع، محتجا بالأخبار وإجماع الفرقة وتبعه عليه جماعة (٣) منهم العلامة في المختلف (٤) وولده فخر الدين في الشرح (٥). وكرهه مطلقا الشيخ في النهاية (٦) وكتابي الحديث (٧) والقاضي (٨) والمصنف في النافع (٩). وفصل آخرون - منهم الشيخ في المبسوط (١٠) على الظاهر منه، وابن إدريس (١١)، والعلامة (١٢) في أحد قوليهِ - فحرموا الأسود الكبير والأبقع، وأحلوا

- (١) انظر الصحاح ١: ٢٧٤.
- (٢) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢: ٥٤١ مسألة (١٥).
- (٣) إصباح الشيعة: ٣٨٧، الجامع للشرائع: ٣٧٩، التنقيح الرائع ٤: ٤٠.
- (٤) المختلف: ٦٧٨.
- (٥) إيضاح الفوائد: ١٤٦ - ١٤٧.
- (٦) النهاية: ٥٧٧.
- (٧) التهذيب ٩: ١٨ - ١٩ ذيل ح ٧٢ و ٧٣، الاستبصار ٤: ٦٦ ذيل ح ٢٣٨.
- (٨) المهذب ٢: ٤٢٩.
- (٩) المختصر النافع: ٢٥٢.
- (١٠) المبسوط ٦: ٢٨١.
- (١١) السرائر ٣: ١٠٣، ولكنه حرم الغداف.
- (١٢) إرشاد الأذهان ٢: ١١٠، تحرير الأحكام ٢: ١٦٠.

الزاع والغداف وهو الأغبر الرمادي.

حجة المحللين: رواية زرارة عن أحدهما عليهما السلام أنه قال: " إن أكل الغراب ليس بحرام، إنما الحرام ما حرم الله في كتابه، ولكن الأنفس تنتزه عن كثير من ذلك تقززا (١)."

وفي طريق الرواية أبان، وهو مشترك بين جماعة منهم أبان بن عثمان، والأظهر أنه هو، وكان ناووسيا إلا أن العصابة أجمعت على تصحيح ما يصح عنه، وهذا مما مح سنده عنه.

حجة المحرمين مطلقا: صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: " سألته عن الغراب الأبقع والأسود أيحل أكله؟ فقال: لا يحل شيء من الغربان زاع ولا غيره " (٢). وهو نص في الباب، وصحته متفق عليها. وأجاب عنه الشيخ في كتابي الحديث (٣) بأن المراد: " أنه لا يحل حاللا طلقا، وإنما يحل مع ضرب من الكراهية ". وحاوّل بذلك الجمع بين الخبرين. واعترض (٤) باستلزامه الاضمار المخالف للأصل. ولا ضرورة إلى الجمع، لأن هذا أصح سندا فيكون مرجحا. مع أنا نمنع صحة الأول والاجماع المذكور، أو (٥) نحمل الخبر الأول على نفي التحريم المستند إلى كتاب الله كما يظهر، فلا

-
- (١) التهذيب ٩: ١٨ ح ٧٢، الاستبصار ٤: ٦٦ ح ٢٣٧، الوسائل ١٦: ٣٢٨ ب " ٧ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١. وتقزز من الدنس وكل ما يستقذر ويستخبث: عافه وتجنبه. المنجد: ٦٢٦.
- (٢) الكافي ٦: ٢٤٥ ح ٨، التهذيب ٩: ١٨ ح ٧٣، الاستبصار ٤: ٦٥ ح ٢٣٦، الوسائل ١٦: ٣٢٩ ب " ٧ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٣.
- (٣) التهذيب ٩: ١٨ - ١٩ ذيل ح ٧٣، الاستبصار ٤: ٦٦ ذيل ح ٢٣٨.
- (٤) انظر غاية المراد: ٢٧٥.
- (٥) في " و " : ونحمل.

الثاني: ما كان صفيفه أكثر من دفيفه، فإنه يحرم. ولو تساويا، أو كان الدفيف أكثر، لا يحرم.

ينافي تحريمه بالسنة.

وأما المفصلون فليس لهم عليه رواية بخصوصها، وإن كان في المبسوط (١) قد ادعى ذلك. ولا يتجه أن يكون فيه جمعا بين الأخبار، لأن كلا من الخبرين مصرح بالتعميم على وجه يدفع الآخر.

نعم، يمكن الاحتجاج له بأن الغرابين الأولين من الخبائث، لأنهما يأكلان الجيف، والأخيرين من الطيبات، لأنهما يأكلان الحب. وبهذا احتج من فصل من العامة (٢).

وابن إدريس (٣) استدل على تحريم الأولين بأنهما من سباع الطير، بخلاف الأخيرين، لعدم الدليل على تحريمهما، فإن الأخبار ليست على هذا الوجه حجة عنده.

قوله: " ما كان صفيفه.... الخ "

المستند قوله صلى الله عليه وآله: " كل ما دف، ودع ما صف " (٤). يقال: دف الطائر في طيرانه: إذا حرك جناحيه، كأنه يضرب بهما دفه، وصف: إذا لم يتحرك كما تفعل الجوارح. وفي صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام وقد

(١) المبسوط ٦: ٢٨١.

(٢) الحاوي الكبير ١٥: ١٤٥ - ١٤٦.

(٣) انظر السرائر ٣: ١٠٣، ولكنه صرح بتحريم ثلاثة من الغرابين وحل الزاغ فقط.

(٤) غريب الحديث للخطابي ٣: ٢١٢ - ٢١٣، غريب الحديث لابن الجوزي ١: ٣٤٢، وانظر تلخيص الحبير ٤: ١٥٤.

الثالث: ما ليس له قانصة ولا حوصلة ولا صيصية فهو حرام.
وماله أحدها فهو حلال، ما لم ينص على تحريمه.

سأله ما يؤكل من الطير؟ قال: (" كل ما دف، ولا تأكل ما صف " (١). وفي معناه (٢) كثير.

ولما كان كل واحد من الصفيف والديف مما لا يستدام غالبا اعتبر منه الأغلب. وإطلاق النص والفتوى باعتبار الطير بالأمرين يقتضي كونهما ضابطا في الحل مستقلا يعمل به من غير نظر إلى كونه مجهولا، بخلاف ما سيأتي من العلامات الثلاثة، فإنه اعتبرها في المجهول.
قوله: " ما ليس له قانصة.... الخ "

نبه بقوله: " ما لم ينص على تحريمه " على أن هذه العلامات إنما تعتبر في الطائر المجهول، أما ما نص على تحريمه فلا عبرة فيه بوجود هذه. والظاهر أن الأمر لا يتخلف (٣)، ولا يعرف طير محرم له أحد هذه، ولا محلل خال عنها. لكن المصنف تبع في ذلك مورد النص، ففي رواية ابن أبي يعفور قال: " قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني أكون في الآجام فيختلف علي الطير فما آكل منه؟ قال: كل ما دف، ولا تأكل ما صف، قلت: إني أوتى به مذبوحا، قال: كل ما كانت له قانصة " (٤). وروى سماعة عن الرضا عليه السلام: " كل من طير البر ما كان له

-
- (١) الكافي ٦: ٢٤٧ ح ٣، الفقيه ٣: ٢٠٥ ح ٩٣٦، التهذيب ٩: ١٦ ح ٦٣، الوسائل ١٦: ٣٤٦ ب " ١٩ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.
(٢) لاحظ الوسائل ١٦: ٣٤٦ ب " ١٩ " من أبواب الأطعمة المحرمة.
(٣) كذا في " خ "، وفي سائر النسخ: يختلف.
(٤) الكافي ٦: ٢٤٨ ح ٦، التهذيب ٩: ١٦ ح ٦٤، الوسائل ١٦: ٣٤٧ ب " ١٩ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٣.

الرابع: ما يتناوله التحريم عينا، كالخشاف والطاوس.

حوصلة، ومن طير الماء ما كانت له قانصة كقانصة الحمام لا معدة كمعدة الانسان، وكل ما صف وهو ذو مخلب فهو حرام، والصفيف كما يطير البازي والصقر والحدأة وما أشبه ذلك، وكل ما دف فهو حلال، والقانصة والحوصلة يمتحن بهما من الطير ما لا يعرف طيرانه وكل طير مجهول " (١).
وقد ظهر من هذه الأخبار أنه لا يعتبر في الحل اجتماع هذه العلامات، بل يكفي أحدها، وقد وقع مصرحا في رواية ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " كل من الطير ما كانت له قانصة أو صيصية أو حوصلة " (٢).
والحوصلة - بتشديد اللام وتخفيفا - : ما يجتمع فيها الحب مكان المعدة لغيره. والصيصية - بكسر أوله بغير همز - : الإصبع الزائدة في باطن رجل الطائر بمنزلة الابهام من بني آدم، لأنها شوكته، ويقال للشوكة صيصية أيضا قوله: " ما يتناوله التحريم..... الخ "
الخشاف - ويقال: الخفاش - : هو الطائر الذي يطير ليلا، ولا يبصر (٣) نهارا. وهو الوطواط أيضا، وقد تقدم (٤) أنه مسخ. وكذلك روي عن الرضا عليه السلام: " أن الطاوس مسخ كان رجلا جميلا فكابر امرأة رجل مؤمن فوقع بها ثم راسلته بعد ذلك، فمسخهما الله طاووسين أنثى وذكر، فلا تأكل لحمه ولا

- (١) الكافي ٦: ٢٤٧ ح ١، التهذيب ٩: ١٦ ح ٦٥، الوسائل ١٦: ٣٤٥ ب " ١٨ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٣ وذيله في ص ٣٤٦ ب " ١٩ " ح ٢، وفي المصادر: عن أبي عبد الله عليه السلام.
(٢) الكافي ٦: ٢٤٨ ح ٥، التهذيب ٩: ١٧ ح ٦٧، الوسائل ١٦: ٣٤٦ ب " ١٨ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٥.
(٣) في " م ": ولا يطير.
(٤) في ج ١١: ٥١٧.

ويكره الهدهد.
وفي الخطاف روايتان، والكراهية أشبه.

بيضه " (١).

قوله: " ويكره الهدهد "

للنهي عنه في الأخبار المحمول على الكراهة، ففي صحيحة علي بن جعفر قال: " سألت أخي موسى عليه السلام عن الهدهد وقتله وذبحه، فقال: لا يؤذى ولا يذبح، فنعم الطير هو " (٢). وروى الجعفري عن الرضا عليه السلام قال: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن قتل الهدهد والصرد والصوام والنحلة " (٣). وروى عنه عليه السلام أيضا: " أن في كل جناح هدهد مكتوبا بالسريانية: آل محمد خير البرية " (٤).

قوله: " وفي الخطاف.... الخ "

قد اختلفت الرواية في حل الخطاف (٥) وحرمة، وبواسطته اختلف فتوى الأصحاب، فذهب الشيخ في النهاية (٦) إلى تحريمه، وتلميذه القاضي (٧)، وابن إدريس (٨)، حتى ادعى عليه الاجماع.

(١) الكافي ٦: ٢٤٧ ح ١٦، التهذيب ٩: ١٨ ح ٧٠، الوسائل ١٦: ٣١٤ ب " ٢ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٦.

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

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

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

(٥) في هامش " ذ، و " الخطاف بضم الخاء وتشديد الطاء المعروف بالصنونو وبعضهم الجنة. منه "

(٦) النهاية: ٥٧٧.

(٧) المهذب ٢: ٤٢٨ - ٤٢٩.

(٨) السرائر ٣: ١٠٤.

ومستند الشيخ رواية الحسن بن داود الرقي قال: " بينا نحن قعود عند أبي عبد الله عليه السلام إذ مر رجل بيده خطاف مذبوح، فوثب إليه أبو عبد الله عليه السلام حتى أخذه من يده ثم دحى به، ثم قال: أعالمكم أمركم بهذا أم فقيهكم؟ لقد أخبرني أبي عن جدي أن رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن قتل الستة: النحلة، والنملة، والضفدع، والصرد، والهدهد، والخطاف " (١). والنهي عن قتله يدل على تحريمه، لأنه لو كان حلالاً لجاز قتله لأجل أكله.

ويضعف بمنع سند الرواية أولاً، فإن الحسن بن داود مجهول، وفي طريقها جهالة بغيره أيضاً. وفي الكافي (٢) رفعها إلى داود الرقي أو غيره، وهو يدل على اضطراب وتردد في حالها.

ومنع دلالتها ثانياً، فإن النهي أعم من تحريم الأكل، بل الظاهر منه الكراهة بقريئة ما ذكره معه، فإن منه ما هو مكروه غير محرم اتفاقاً، واستعمال المشترك في معنياه أو اللفظ في حقيقته ومجازه على خلاف الأصل، ومن ثم ذهب المصنف والمتأخرون (٣) إلى الكراهة دون التحريم، لأصالة عدمه، وعدم دليل صالح عليه.

ويؤيده موثقة عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يصيب خطافاً في الصحراء أو يصيده أياً أكله؟ فقال: " هو مما يؤكل، وعن الوبر

(١) الكافي ٦: ٢٢٣ ح ١، التهذيب ٩: ٢٠ ح ٧٨، الاستبصار ٤: ٦٦ ح ٢٣٩، الوسائل ١٦: ٣٤٣ ب " ١٧ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

(٢) الكافي ٦: ٢٢٣ ح ١.

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

يؤكل؟ قال: لا، هو حرام " (١).

وحسنة جميل بن دراج عنه عليه السلام قال: " سألته عن قتل الخطاف وإيذائهن في الحرم، فقال: لا تقتلن إني كنت مع علي بن الحسين عليه السلام فرآني أؤذيهن فقال: يا بني لا تقتلن ولا تؤذهن، فإنهن لا يؤذين شيئا " (٢).
فحكّمه عليه السلام بأنهن لا يؤذين شيئا وعدم الانفكاك عن ذرقهن وإلا لحصل الأذى منهن، لعموم البلوى بهن، وعدم الانفكاك عن ذرقهن، خصوصا في المساجد، وطهارة ذرقهن تدل على إباحة أكلهن.

وفي رواية أخرى لعمار عن الصادق عليه السلام قال: " خرف الخطاف لا بأس به، هو مما يحل أكله، ولكن كره أكله، لأنه استجار بك وأوى في منزلك، وكل طير يستجير بك فأجره " (٣).

والحق أن الأخبار من الجانبين قاصرة عن إفادة الحكم، إما في السند أو في الدلالة، ولكن يدل على الحل أن الخطاف يدف في طيرانه، وقد تقدم (٤) في صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام: " كل ما دف، ولا تأكل ما صف " ويبقى باقي الروايات شاهدا، مضافا إلى الأصل، فالقول بحله على كراهية أقوى. والشيخ (٥) - رحمه الله - أول خبر عمار الدال على حله بقوله: " هو مما

-
- (١) التهذيب ٩: ٢١ ح ٨٤، الاستبصار ٤: ٦٦ ح ٢٤٠، الوسائل ١٦: ٣٤٣ ب " ١٧ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٢.
(٢) الكافي ٦: ٢٢٤ ح ٣ الوسائل ١٦: ٢٤٧ ب " ٣٩ " من أبواب الصيد ح ١.
(٣) التهذيب ٩: ٨٠ ح ٣٤٥ وليس فيه: خرف. الوسائل ١٦: ٢٤٨ الباب المتقدم ح ٥.
(٤) في ص: ٤٠ - ٤١.
(٥) التهذيب ٩: ٢١ ذيل ح ٨٤، الاستبصار ٤: ٦٧ ذيل ح ٢٤٠.

ويكره: الفاخطة، والقبرة، والحبارى. وأغلظ منه كراهية:
الصرد، والصوام، والشقراق، وإن لا يحرم.

يؤكل " بإرادة التعجب من ذلك، دون أن يكون أراد الخبر عن إباحته. وجعله
جاريا مجرى قول أحدنا لغيره إذا رآه (١) يأكل شيئا تعافه الأنفس: هذا شيء
يؤكل!

وهذا تأويل بعيد لا حاجة إليه، لأن خبره ليس أولى بالعمل من هذا سنداً
ودلالة كما قررناه.

قوله: " ويكره الفاخطة..... الخ "

أما كراهة الفاخطة فقد روي عن أبي عبد الله عليه السلام: " أنها طائر
مشؤوم يقول: فقدتكم فقدتكم " (٢).

وأما القبرة - بتشديد الباء بغير نون، وإثباتها لحن - فقد روى سليمان
الجعفري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: " لا تأكلوا القبرة، ولا تسبوها،
ولا تعطوها الصبيان يلعبون بها، فإنها كثيرة التسييح لله تعالى، وتسبيحها: لعن الله
مبغضي آل محمد " (٣). وفي معناها غيرها (٤).

وأما الحبارى - بضم الحاء المهملة وفتح الراء - فما وقفت على ما يقتضي
كراهتها، وفي التحرير (٥) أن به رواية شاذة. وفي صحيحة عبد الله بن سنان قال:
" سأل أبي أبا عبد الله عليه السلام وأنا أسمع، ما تقول في الحبارى؟ قال: إن

(١) في (ط، ل، و " : أراد.

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

(٣) الكافي ٦: ٢٢٥ ح ١ " التهذيب ٩: ١٩ ح ٧٧، الوسائل ١٦: ٢٤٩ ب " ٤١ " من أبواب الصيد ح ١.

(٤) لاحظ الوسائل ١٦: ٢٤٩ ب " ٤١ " من أبواب الصيد.

(٥) تحرير الأحكام ٢: ١٦٠.

كانت لها قانصة فكل " (١). وهو يشعر بتوقف في أمرها. وفي صحيحة كردين المسمعي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحباري، قال: لوددت أن عندي منه فأكل منه حتى امتلئ " (٢). وعن نشيط بن صالح قال: " سمعت أبا الحسن الأول عليه السلام يقول: لا أرى بأكل الحباري بأسا، وإنه جيد للباسير ووجع الظهر، وهو مما يعين على كثرة الجماع " (٣). وكأن نفي البأس يشعر بالكراهة.

فأما الصرد والصوام - كلاهما بضم الصاد - فقد روى سليمان الجعفري عن الرضا عليه السلام قال: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن قتل الهدهد والصرد والصوام والنحلة " (٤). ولذلك كانت كراهتها أشد من كراهة الفاختة والحباري، إذ ليس في الأولين نهى صريح كالأخرين، والنهي وإن كان ظاهره التحريم إلا أن المراد به هنا الكراهة بدليل خارج.

وأما الشقراق - بكسر الشين والقاف وتشديد الراء، وبكسر الشين مع سكون القاف كقرطاس، وبفتح الشين أيضا - فروى عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الشقراق فقال: (كره قتله لحال الحيات قال: وكان النبي صلى الله عليه وآله وسلم يوما يمشي فإذا شقراق قد انقض فاستخرج من خفه حية " (٥).

-
- (١) التهذيب ٩: ١٥ ح ٥٩، الوسائل ١٦: ٣٥٠ - ٣٥١ ب " ٢١ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٣.
(٢) الفقيه ٣: ٢٠٦ ح ٩٤٠، التهذيب ٩: ١٧ ح ٦٩، الوسائل ١٦: ٣٥٠ الباب المتقدم ح ٢.
(٣) الكافي ٦: ٣١٣ ح ٦، الوسائل ١٦: ٣٥٠ الباب المتقدم ح ١.
(٤) تقدم ذكر مصادره في ص: ٤٣ هامش (٣).
(٥) التهذيب ٩: ٢١ ح ٨٥، الوسائل ١٦: ٢٥١ ب " ٤٣ " من أبواب الصيد.

ولا بأس بالحمام كله، كالقماري والدباسي والورشان.
وكذا لا بأس بالحجل، والدراج، والقبج، والقطا، والطيهوج،
والدجاج، والكروان، والكركي، والصعو.

قوله: " ولا بأس بالحمام..... الخ "

قد تقدم في الحج (١) أن الحمام جنس يقع على كل ذات طوق من الطيور،
أو ما عب أي: شرب الماء بلا مص، فيدخل فيه القمري وهو الأزرق، والدبسي
وهو الأحمر، والورشان وهو الأبيض، والسمام والفواخت وغيرها. ولا خلاف
في حلها بين أهل الاسلام.

قوله: " وكذا لا بأس بالحجل.... الخ "

هذه المعدودات مع اشتمالها على الصفات الموجبة للحل فيما تقدم (٢) - من
الديف وغيره - ورد بحلها نصوص (٣)، فلهذا خصها بالذكر.
والدراج بضم الدال. والقبج بسكون الباء، قال في الصحاح: " هو
الحجل، فارسي معرب " (٤). فكأنه نوع منه. والطيهوج من طيور الماء،
له ساق طويل. والدجاج بفتح أوله أفصح من كسره وضمه. والكروان
بالتحريك المفتوح. والكركي بضم الكاف. والصعو بفتح الصاد وسكون العين
المهملتين.

(١) في ج ٢: ٤٢٩.

(٢) في ص: ٤٠.

(٣) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٣ ب " ١٨ " من أبواب الأطعمة المباحة.

(٤) الصحاح ١: ٣٣٧.

ويعتبر في طير الماء ما يعتبر في الطير المجهول، من غلبة الدفيف أو مساواته للصفيف، أو حصول أحد الأمور الثلاثة: القانصة أو الحوصلة أو الصيصية. فيؤكل مع هذه العلامات وإن كان يأكل السمك.

قوله: (ويعتبر في طير.... الخ " .

قد تقدم (١) في إطلاق النصوص باعتبار الطير بما ذكر ما يشمل طير الماء وغيره. ويدل عليه بخصوص رواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " كل من طير الماء ما كانت له قانصة ولا مخلب له، قال: وسألته عن طير الماء فقال مثل ذلك " (٢). وفي موثقة سماعة عن الرضا عليه السلام: " كل من طير البر ما كان له حوصلة، ومن طير الماء ما كانت له قانصة كقانصة الحمام لا معدة كمعدة الانسان " (٣). وفي صحيحة نجية بن الحارث قال: " سألت أبا الحسن عليه السلام عن طير الماء ما يأكل السمك منه يحل؟ قال: لا بأس به كله " (٤).

والمراد بطير الماء نحو البط والإوز والكركي والقلق والطيهوج وغيرها. قال بعض (٥) العلماء: هو أكثر من مائتي نوع، ولا نجد لأكثرها اسما

(١) في ص: ٤٠ - ٤٢.

(٢) الكافي ٦: ٢٤٨ ح ٤، التهذيب ٩: ١٧ ح ٦٦، الوسائل ١٦: ٣٤٥ - ٣٤٦ ب " ١٨ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٤.

(٣) تقدم ذكر مصادره. في ص: ٤٢ هامش (١).

(٤) الفقيه ٣: ٢٠٦ ح ٩٣٩ وفيه: عن محمد بن الحارث، التهذيب ٩: ١٧ ح ٦٨، الوسائل ١٦: ٣٥١

ب (٢٢) من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

(٥) حياة الحيوان ١: ٦٦٨ - ٦٦٩.

ولو اعتلّف أحد هذه عذرة الانسان محضاً، لحقه حكم الجلل، ولم يحل حتى يستبرأ. فتستبرأ البطة وما أشبهها بخمسة أيام، والدجاجة وما أشبهها بثلاثة أيام، وما خرج عن ذلك يستبرأ بما يزول عنه حكم الجلل، إذ ليس فيه شيء موظف.

عند العرب، لأنها لا تكون ببلادهم. ونبه المصنف بتخصيصه على خلاف بعض العامة (١)، حيث ذهب إلى حله كله كحيوانه. قوله: " ولو اعتلّف أحد هذه... الخ "

قد تقدم (٢) الكلام في الجلل وما به يتحقق، وأن المعتبر من استبرائه ما يزول به اسمه ويذهب نتنه، من العلف الطاهر في غير المنصوص على مقداره. ومما نص عليه في الروايات السابقة البطة والدجاجة، ففي رواية مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام: " البطة الجلالة لا تؤكل لحمها حتى تربط خمسة أيام، والدجاجة ثلاثة أيام " (٣). وفي رواية السكوني عنه عليه السلام قال: " قال أمير المؤمنين عليه السلام: الدجاجة الجلالة لا يؤكل لحمها حتى تغتذي ثلاثة أيام، والبطة الجلالة خمسة أيام " (٤). وليس فيهما ذكر الشبه لهما، مع ما قد عرفت من حال الروايات.

(١) روضة الطالبين ٢: ٥٤١.

(٢) في ص: ٢٥.

(٣) الكافي ٦: ٢٥٣ ح ١٢ " التهذيب ٩: ٤٥ ح ١٨٩، الاستبصار ٤: ٧٧ ح ٢٨٢، الوسائل ١٦: ٣٥٦ ب " ٢٨ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٢.

(٤) الكافي ٦: ٢٥١ ح ٣، التهذيب ٩: ٤٦ ح ١٩٢، الاستبصار ٤: ٧٧ ح ٢٨٥، الوسائل ١٦: ٣٥٦ ب " ٢٨ "، من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

وتحرم: الزنابير، والذباب، والبق.
وبيض ما يؤكل حلال. وكذا بيض ما يحرم حرام. ومع الاشتباه
يؤكل ما اختلف طرفاه، لا ما اتفق.

واكتفى الصدوق في المقنع (١) للبطة بثلاثة أيام، ورواه عن القاسم بن محمد
الجوهري (٢). واعتبر أبو الصلاح (٣) وابن زهرة (٤) في الدجاجة خمسة أيام، وجعلوا
الثلاثة رواية. وحكى في المبسوط (٥) فيها سبعة أيام ويوما إلى الليل. وحكاه
الصدوق في المقنع (٦) رواية.

والمستند في الجميع واه، وينبغي اعتبار أكثر الأمرين من هذه المقدرات
وما به يزول الجلل والتنن، ليخرج من حق الأدلة. ولولا اشتهاار العمل
بالتقدير في الجملة بين الأصحاب لما أمكن الرجوع إليه في شئ منها لما
ذكرنا.

قوله: " وتحرم الزنابير والذباب والبق "

لأنها من الخبائث المحرمة عموما بنص (٧) القرآن.

قوله: " وبيض ما يؤكل حلال.... الخ "

هكذا ورد اعتبار البيض في عدة أخبار، منها صحيحة محمد بن مسلم
عن أحدهما عليهما السلام قال: " إذا دخلت أجمعة فوجدت بيضا فلا تأكل

(١) لم نجد. فيه، انظر المقنع: ١٤١ والهامش (٦) هناك، وحكاه عنه العلامة في المختلف: ٦٧٦.

(٢) الفقيه ٣: ٢١٤ ح ٩٩٢، الوسائل ١٦: ٣٥٧ ب " ٢٨ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٦.

(٣) الكافي في الفقه: ٢٧٧.

(٤) غنية النزوع: ٣٩٨.

(٥) انظر المبسوط ٦: ٢٨٢، ولكن حكى فيه القول الأول - وهو: سبعة أيام - فقط دون الثاني. وهو:
يوم إلى الليل.

(٦) لم نجد. فيه، انظر المقنع: ١٤١ والهامش (٦) هناك، وحكاه عنه العلامة في المختلف: ٦٧٦.

(٧) الأعراف: ١٥٧.

والمجثمة حرام، وهي التي تجعل غرضاً وترمى بالنشاب حتى تموت. والمصبورة، وهي التي تجرح وتحبس حتى تموت.

منه إلا ما اختلف طرفاه " (١). وحسنة زرارة قال: " قلت لأبي جعفر عليه السلام: البيض في الآجام، فقال: ما استوى طرفاه فلا تأكل، وما اختلف طرفاه فكل " (٢).

قوله: " والمجثمة حرام..... الخ ".

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

وأصل الصبر في هذا الباب أن لا يعجل قتل الحيوان، بل يحبس مجروحاً أو غير مجروح حتى يموت. وخصت المصبورة بزيادة الجرح ليكون سبباً للموت كالذبح، ثم يصبر بتركها كذلك إلى أن تموت. ومنه الحديث: " نهى عن قتل شيء من الدواب صبياً " (٣). قال أبو عبيد (٤): هو أن يحبس من ذوات الأرواح شيء حياً ثم يرمى حتى يقتل، ومنه يقال للرجل يقدم ويضرب عنقه: قتل صبياً، أي: محبوساً ممسكاً على القتل، وكل من حبسته ليقتل فهو قتل صبر.

(١) الكافي ٦: ٢٤٨ ح ١ التهذيب ٩: ١٥ ح ٥٧، الوسائل ١٦: ٣٤٧ ب " ٢٠ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

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

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

(٤) غريب الحديث للهروي ١: ١٥٥.

القسم الرابع:

في الجامدات

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

قوله: " في الجامدات..... الخ).

نبه بعدم حصرها على الفرق بين المحلل من الحيوان ومن الجامدات، فإنه من الجامدات غير محصور، ولا ضابط له يرجع إليه، بخلاف المحرم منها، فإنه منحصر في الأنواع الخمسة وما عداها محلل مطلقا. وأما الحيوان فالمحلل منه منضبط في الجملة ولو بضوابط كلية، كقوله في الطير: كل ما دف وكان له أحد الثلاثة، وفي حيوان الماء: كل ما له فلس من السمك، ومن حيوان البر: ما ليس له ناب، ولا من [جنس] (٢) الحشار، ولا منصوص على تحريمه بخصوصه. وهو يؤول إلى كونه ما عدد من المحلل سابقا، إذ لا يعلم من الحيوان غالبا غيره. والتحقيق أن هذا كذ لا يفيد الحصر، بل هو الغالب، ولهذا أسلفنا في أول الباب أن ما يوجد من الأشياء التي لا نص للشارع فيها - سواء كانت حيوانا أم غيره - يحكم فيها بالحل حيث تكون مستطابة، لآية: (أحل لكم الطيبات) (٣) إلا أن الحيوان مضبوط في الجملة زيادة على غيره. والمراد بالجامدات ما عدا الحيوان الحي وإن كان أصله الحيوان، كالميتة ومحرمات الذبيحة، أو ناميا كالنبات، أو مائعا كالخمر، كما يستفاد من الأنواع.

(١) انظر شرائع الاسلام ٢: ٦، مسالك الأفهام (طبعنا هذه) ٣: ٧١٨ - ١٢٢.

(٢) من " ر " فقط.

(٣) المائدة: ٤.

ونذكر هنا خمسة أنواع:
الأول: الميتات، وهي محرمة إجماعاً.
نعم، قد يحل منها ما لا تحله الحياة، فلا يصدق عليه الموت.
وهو:

الصوف، والشعر، والوبر، والريش. وهل يعتبر فيها الجزء؟ الوجه
أنها إن جزت فهي طاهرة، وإن استلت غسل منها موضع الاتصال.
وقيل: لا يحل منها ما يقلع. والأول أشبه.
والقرن، والظلف، والسن، والبيض إذا اكتسى القشر الأعلى،
والإنفحة.

قوله: " الميتات وهي محرمة... الخ "

لا خلاف في تحريم الميتة، وهي المصدر بتحريمها في الآية الكريمة (١).
والمراد منها: الحيوان بعد خروج روحه بغير التذكية المعتبرة شرعاً، وأجزاءه
التي تحلها الحياة. وعلى هذا لا يفتقر إلى استثناء الجراد والسّمك، لأن ميتته بغير
التذكية [المعتبرة] (٢) محرمة. وإطلاق (٣) النبي صلى الله عليه وآله عليهما الميتة
باعتبار التذكية المشهورة، وهي الذبح. ومن لا يعتبر فيهما تذكية من العامة (٤) نظر
إلى هذا الإطلاق.

وأما أجزاء الميتة التي لا تحلها الحياة فهي طاهرة يحل استعمالها. وهي

(١) المائدة: ٣.

(٢) من " م " فقط.

(٣) في قوله صلى الله عليه وآله في الحديث: (أحلت لنا ميتتان ودمان: فأما الميتتان فالحوت
والجراد، وأما الدمان فالكبد والطحال) راجع مسند أحمد ٢: ٩٧. سنن ابن ماجه ٢: ١١٠١ ح
٣٣١٤، سنن البيهقي ١: ٢٥٤، شرح السنة ١١: ٢٤٤.

(٤) الحاوي الكبير ١٥: ٥٩، المغني لابن قدامة ١١: ٤٢، روضة الطالبين ٢: ٥٠٨.

عشرة متفق عليها، وحادي عشر مختلف فيه. وهي: الصوف، والشعر، والوبر،
والريش، بشرط الجز وغسل موضع الاتصال، والعظم، والظلف، والسن،
والقرن، والبيض إذا اكتسى القشر الأعلى الصلب، والإنفحة - بكسر الهمزة وفتح
الفاء - وهي كرش الجدي قبل أن يأكل، أو اللبن المنعقد (١) في كرشه، على
اختلاف تفسير أهل اللغة (٢) له. فعلى الثاني هو مما لا تحله الحياة، فيناسب ذكره
مع الباقي. وعلى الأول هو مستثنى من الميتة. وعلى التقديرين فاللبن المذكور
طاهر وإن جاور الميتة، للنص عليه في أخبار كثيرة، منها صحيحة زرارة عن أبي
عبد الله عليه السلام قال: " سألته عن الإنفحة تخرج من الجدي الميت، قال: لا
بأس به ". وفيها: " قلت: والصوف والشعر وعظام الفيل والبيض تخرج من
الدجاجة؟ فقال: كل هذا لا بأس به " (٣). والبيض فيها وإن كان مطلقا إلا أنه مقيد
في غيرها (٤) بما إذا اكتسى القشر الغليظ.
والقول بأنه يعتبر في الحكم بطهارة الشعر وأخويه الجز للشيخ في
النهاية (٥). والأصح ما اختاره المصنف والأكثر من عدم اشتراطه مع طهارة موضع
الاتصال، لكونه مما لا تحله الحياة وإن كان له نمو ومثابته للحي، وعملا (٦)
بعموم النص (٧).

- (١) في " د، ص ": المنفعل.
(٢) انظر الصحاح ١: ٤١٣، لسان العرب ٢: ٦٢٤، القاموس ١: ٢٥٣.
(٣) الفقيه ٣: ٢١٦ ح ١٠٠٦، التهذيب ٩: ٧٦ ح ٣٢٤، الاستبصار ٤: ٨٩ ح ٣٣٩ الوسائل ١٦: ٣٦٦
ب " ٣٣ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١٠.
(٤) انظر الوسائل ١٦: ٣٦٥ ب " ٣٣ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٦.
(٥) النهاية: ٥٨٥.
(٦) في " و ": عملا.
(٧) انظر الوسائل ١٦: ٣٦٥ ب " ٣٣ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٣، ٥، ٨، ٩، ١٠، ١٢.

وفي اللبن روايتان إحداهما: الحل، وهي أصحهما طريقا. والأشبه
التحريم، لنجاسته بملاقاة الميت.

قوله: " وفي اللبن روايتان..... الخ ".
هذا هو الحادي عشر مما لا تحله الحياة من الميتة المختلف في طهارته،
فذهب الشيخ (١) وأكثر المتقدمين (٢) وجماعة من المتأخرين (٣) - منهم الشهيد (٤)

إلى أنه طاهر، للنص على طهارته في الروايات الصحيحة، فيكون مستثنى من
ملاقاة المائع للنجس كما استثني الإنفحة، منها صحيحة زرارة السابقة عن أبي
عبد الله عليه السلام وفيها: " قلت: اللبن يكون في ضرع الشاة وقد ماتت، قال:
لا بأس به ". -

وذهب ابن إدريس (٥) والمصنف والعلامة (٦) وأكثر المتأخرين (٧) إلى
نجاسته، لملاقاته الميت، ولرواية وهب بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام:
" أن عليا عليه السلام سئل عن شاة ماتت فحلب منها لبن، فقال علي عليه
السلام: ذلك الحرام محضا " (١٨).
والدليل الأول لا يخلو من مصادرة. والرواية ضعيفة السند جدا، فإن

-
- (١) النهاية: ٥٨٥.
 - (٢) الهداية: ٧٩ ب " ١٣٤ "، المقنعة: ٥٨٣، الوسيلة: ٣٦١ - ٣٦٢.
 - (٣) الجامع للشرائع: ٣٩٠.
 - (٤) الدروس الشرعية ٣: ١٥.
 - (٥) السرائر ٣: ١١٢.
 - (٦) المختلف: ٦٨٣.
 - (٧) إيضاح الفوائد ٤: ١٥١، التنقيح الرائع ٤: ٤٤ - ٤٥، المقتصر: ٣٣٦.
 - (٨) التهذيب ٩: ٧٦ ح ٣٢٥ الاستبصار ٤: ٨٩ ح ٣٤٠، الوسائل ١٦: ٣٦٧ ب " ٣ " من أبواب
الأطعمة المحرمة ح ١١.

وإذا اختلط الذكي بالميتة، وجب الامتناع منه حتى يعلم الذكي بعينه. وهل يباع ممن يستحل الميتة؟ قيل: نعم. وربما كان حسنا إن قصد بيع الذكي حسب.

وهب الراوي ضعيف، قال النجاشي (١) إنه: "كذاب له أحاديث مع الرشيد في الكذب" فذلك قال المصنف: إن رواية الحل أصحهما طريقا. ولا يخلو مع ذلك من تجوز، لأن رواية النجاسة لا تشارك رواية الحل في أصل الصحة حتى تفضل عليها فيها.

قوله: (وإذا اختلط الذكي... الخ).

لا إشكال في وجوب الامتناع منه، لوجوب اجتناب الميت ولا يتم إلا باجتناب الجميع، لأن الفرض كونه محصورا، ولعموم قوله صلى الله عليه وآله: "ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال" (٢).

والقول ببيعه على مستحل الميتة للشيخ في النهاية (٣)، وتبعه ابن حمزة (٤) والعلامة في المختلف (٥)، ومال إليه المصنف - رحمه الله - مع قصده لبيع الذكي. والمستند صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: "سمعتة يقول: إذا اختلط الذكي بالميتة باعه ممن يستحل الميتة" (٦). وحسنة الحلبي أيضا عنه عليه السلام: "أنه سئل عن رجل كانت له غنم وبقرة، فكان يدرك المذكي منها

(١) رجال النجاشي: ٤٣٠ رقم (١١٥٥).

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

(٣) النهاية: ٥٨٦.

(٤) الوسيلة: ٣٦٢.

(٥) المختلف: ٦٨٣.

(٦) الكافي ٦: ٢٦٠ ح ٢، التهذيب ٩: ٤٨ ح ١٩٩، الوسائل ١٦: ٣٧٠ ب "٣٦" من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

فيعزله ويعزل الميتة، ثم إن الميت والذكي اختلطا كيف يصنع به؟ قال: يبيعه ممن يستحل الميتة ويأكل ثمنه، فإنه لا بأس به " (١).

ومنع ابن إدريس (٢) من بيعه والانتفاع به مطلقا، لمخالفة الرواية لأصول المذهب في جواز بيع الميتة، ولقوله صلى الله عليه وآله: " إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه " (٣).

والمصنف - رحمه الله - وجه الرواية بما إذا قصد به بيع المذكي حسب، فلا يكون منافيا لأصول المذهب.

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

وأجاب في المختلف (٤) بأنه: ليس بيعا حقيقيا، بل هو استنقاذ مال الكافر من يده برضاه، فكان سائغا، وإنما أطلق عليه اسم البيع لمشابهته له في الصورة من حيث إنه بذل مال في مقابلة عوض.

ويشكل بأن مستحل الميتة أعم ممن يباح ماله، إذ لو كان ذميا كان ماله محترما، فلا يصح إطلاق القول ببيعه كذلك على مستحل الميتة. والأولى إما العمل بمضمون الرواية لصحتها، أو اطراحها لمخالفتها للأصل.

- (١) الكافي ٦: ٢٦٠ ح ١، التهذيب ٩: ٤٧ ح ١٩٨، الوسائل ١٦: ٣٧٠ الباب المتقدم ح ٢.
- (٢) السرائر ٣: ١١٣.
- (٣) عوالي اللآلي ١: ١٨١ ح ٢٤٠، مسند أحمد ١: ٢٩٣، سنن أبي داود ٣: ٢٨٠ ح ٣٤٨٨، سنن البيهقي ٦: ١٣.
- (٤) المختلف: ٦٨٣.

وكل ما أبين من حي فهو ميتة مجرم أكله واستعماله. وكذا ما يقطع من أليات الغنم، فإنه لا يؤكل، ولا يجوز الاستصباح به، بخلاف الدهن النجس بوقوع النجاسة.

ومال الشهيد في الدروس (١) إلى عرضه على النار واختباره بالانبساط والانقباض، كما سيأتي (٢) في اللحم المطروح المشتبه. ويضعف - مع تسليم الأصل - ببطان القياس مع وجود الفارق، وهو أن اللحم المطروح يحتمل كونه بأجمعه مذكى وكونه 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: (" وكل ما أبين.... الخ ").

كما يحرم أكل لحم الميتة يحرم الانتفاع بها واستعمالها بوجوه الانتفاع، لعموم قوله تعالى: (حرمت عليكم الميتة) (٣) فإن التحريم المضاف إلى الأعيان غير مراد قطعاً، لأن متعلقه أفعال المكلفين، فيكون المراد تحريم جميع وجوه الانتفاع، لأنه أقرب المجازات إلى الحقيقة حيث لا تكون مرادة، بخلاف ما لو جعل المراد تحريم أكلها خاصة أو بيعها أو غير ذلك من الأمور الجزئية. وقيل: إن متعلق التحريم في ذلك هو الأكل، لأنه المتبادر، ولأنه أعظم المقاصد منها، كما أن المراد بقوله تعالى: (حرمت عليكم أمهاتكم) (٤) تحريم وطئهن. وقيل: إن الآية مجملة في الدلالة لذلك، فلا تكون دليلاً في العموم.

(١) الدروس الشرعية ٣: ١٤.

(٢) في ص: ٩٦.

(٣) المائدة: ٣.

(٤) النساء: ٢٣.

الثاني: المحرمات من الذبيحة خمس: الطحال، والقضيب، والفرت،
والدم، والأنثيان.

وفي المثانة والمرارة والمشيمة تردد أشبهه التحريم، لما فيها من
الاستحباب.

أما الفرج، والنخاع، والعلباء، والغدد، وذات الأشاجع، وخرزة
الدماغ، والحدق، فمن الأصحاب من حرمها، والوجه الكراهية.

وما بيان من الحي في حكم الميتة، ومنه أليات الغنم. وقد دل عليها
بخصوصها رواية أحمد بن أبي نصر عن الكاهلي قال: "سأل رجل أبا عبد الله
عليه السلام وأنا عنده عن قطع أليات الغنم، فقال: لا بأس بقطعها إذا كنت تصلح
بها مالك، ثم قال: إن في كتاب علي عليه السلام أن ما قطع منها ميت لا ينتفع
به" (١). وفي معناها غيرها (٢). والاستصباح به من أنواع الاستعمال فيحرم.
وخروج الدهن النجس بنجاسة عرضية عن ذلك بنص خاص (٣) دل على جواز
الاستصباح به لا يوجب تعديته إلى الميتة "لوجود الفارق، والاقتصار فيما خالف
الأصل على مورده.

قوله: "المحرمات من الذبيحة..... الخ".

لا خلاف في تحريم الدم من هذه المذكورات. وفي معناها الطحال، لأنه
مجمع الدم الفاسد. وإنما الكلام في غيره من هذه المعدودات، فالشيخ في

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

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

النهاية (١) حكم بتحريم جميع ما ذكر إلا المثانة، فإنه لم يتعرض لها. ووافق ابن إدريس (٢)، وزاد المثانة. وتبع الشيخ على ذلك جماعة (٣).
 ومستند التحريم رواية ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " لا تؤكل من الشاة عشرة أشياء: الفرث، والدم، والطحال، والنخاع، والعلباء، والغدد، والقضيب، والأنثيان، والحياء، والمرارة " (٤). ورواية إسماعيل بن مرار عنهم عليهم السلام قال: " لا يؤكل مما يكون في الإبل والبقر والغنم وغير ذلك مما لحمه حلال: الفرج بما فيه ظاهره وباطنه، والقضيب، والبيضتان، والمشيمة وهو موضع الولد، والطحال لأنه دم، والغدد مع العروق، والنخاع الذي يكون في الصلب، والمرارة، والحدقة، والخرزة التي تكون في الدماغ، والدم " (٥).
 وفي معناه روايات (٦) آخر، وكلها ضعيفة السند. وتحريم ما ذكر مجتمع من جملتها، فلذلك لم يحكم المصنف بمضمونها، لقصورها عن إفادة التحريم، فيرجع إلى الأدلة العامة. وقد علمنا منها تحريم (٧) الدم والخبث

(١) النهاية: ٥٨٥.

(٢) السرائر ٣: ١١١.

(٣) المهذب ٢: ٤٤١ ولم يذكر الدم والمثانة، الجامع للشرائع: ٣٨٩ ولم يذكر ذات الأشجاع، قواعد الأحكام ٢: ١٥٧، الدروس الشرعية ٣: ١٤.

(٤) الكافي ٦: ٢٥٤ ح ٣، التهذيب ٩: ٧٤ ح ٣١٦، الوسائل ١٦: ٣٦٠ ب " ٣١ "، من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٤.

(٥) الكافي ٦: ٢٥٤ ح ٤، التهذيب ٩: ٧٤ ح ٣١٧، الوسائل ١٦: ٣٦٠ الباب المتقدم ح ٣.

(٦) لاحظ الرسائل ١٦: ٣٥٩ ب " ٣١ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١، ٨، ٩، ١١، ١٥، ١٩.

(٧) المائدة: ٣، الأعراف: ١٥٧.

وتحليل (١) الطيبات، فما كان من هذه خبيثا يحرم لذلك، وهو الخمسة التي صدر بها المصنف جازما بها. وفي معناها الثلاثة التي نقل فيها الخلاف واختار تحريمها، وهي المثانة والمرارة والمشيمة، وعلل تحريمها بالاستخبات إشارة إلى ما ذكرناه من عدم دليل صالح على تحريمها بالخصوص، بل ما دل على تحريم الخبائث. والباقية لا يظهر كونها من الخبائث، فتحريمها ليس بجيد. نعم، ينبغي الحكم بالكراهة، لما ذكر من الروايات، فإنها كافية في إثبات الكراهة، للتسامح في دليلها.

ووافق العلامة في المختلف (٢) والتحرير (٣)، وزاد في المحرم الفرج. وفي القواعد (٤) وافق الشيخ على تحريم الجميع من غير نقل خلاف فيها. والأقوى ما اختاره المصنف من الاقتصار على تحريم المستخبت منها. والمراد بذات الأشجاع أصول الأصابع التي تتصل بعصب ظاهر الكف. والمراد منها في الحيوان ما جاوز (٥) الظلف من الأعصاب ونحوها. وبخرزة الدماغ المخ الكائن في وسط الدماغ، يخالف لونها لونه، وهي بقدر الحمصة، تميل إلى الغبرة. والنخاع - مثلث النون - الخيط الأبيض في وسط فقار الظهر ينظم حرزه، وهو الوتين. ومفهوم الباقي ظاهر.

(١) المائدة: ٤.

(٢) المختلف: ٦٨٢ - ٦٨٣.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ١٦١.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ١٥٧.

(٥) في "خ": جاور.

وتكره: الكلى، وأذنا القلب، والعروق.
ولو شوي الطحال مع اللحم، ولم يكن مثقوبا، لم يحرم اللحم.
وكذا لو كان اللحم فوقه، أما لو كان مثقوبا، وكان اللحم تحته، حرم.

قوله: " وتكره الكلى..... الخ ".
علل في بعض الأخبار (١) كراهة الكلى بأنها مجمع البول. وفي مرفوعة
أبي يحيى الواسطي أن عليا عليه السلام نهى القصابين عن بيع سبعة أشياء، وعد
منها آذان الفؤاد (٢). وقد تقدم (٣) النهي عن أكل العروق في جملة ما ذكر في خبر
إسماعيل بن مرار.

ولا وجه لافراد هذين من المذكورات سابقا، لأنها مذكورة معها في
الأخبار، فحمل النهي فيها على الكراهة دون غيرها لا وجه له. وضعف السند
يمنع تحريم الجميع عدا ما استثني.

قوله: " ولو شوي الطحال..... الخ ".
هذا التفصيل مشهور بين الأصحاب، ذكره الشيخ (٤) وغيره (٥). ومستنده
رواية عمار بن موسى عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن الطحال يحل أكله؟
قال: لا تأكله فهو دم " قلت: فإن كان الطحال في سفود مع لحم وتحته خبز وهو
الجوزاب يؤكل ما تحته؟ قال: نعم، يؤكل اللحم والجوزاب ويرمى بالطحال،

-
- (١) انظر الكافي ٦: ٢٥٤ ح ٦، التهذيب ٩: ٧٥ ح ٣١٨، الوسائل ١٦: ٣٦٠ ب " ٣١ " من أبواب
الأطعمة المحرمة ح ٥.
(٢) الكافي ٦: ٢٥٣ ح ٢، التهذيب ٩: ٧٤ ح ٣١٥، الوسائل ١٦: ٣٥٩ الباب المتقدم ح ٢.
(٣) في ص: ٦١.
(٤) النهاية: ٥٨٥.
(٥) السرائر ٣: ١١٢، الدروس الشرعية ٣: ١٥.

الثالث: الأعيان النجسة، كالعذرات النجسة. وكذا كل طعام مزج: بالخمير أو النبيذ المسكر، أو الفقاع وإن قل، أو وقعت فيه نجاسة وهو مائع كالبول.

لأن الطحال في حجاب لا يسيل منه، فإن كان الطحال مشقوقا أو مثقوبا فلا تأكل مما يسيل عليه الطحال " (١).

وهذه الرواية وإن كانت ضعيفة السند إلا أنه لا بأس بالعمل بمضمونها، لموافقته الظاهر من أن الطحال يسيل دمه من الحرارة ويشرب منه ما تحته. قوله: " الأعيان النجسة... الخ "

لا خلاف في تحريم أكل النجس، سواء كانت نجاسته أصلية كالعذرة النجسة، أم بالعرض كالطعام - الممتزج بشيء من النجاسات كالخمير وغيره من المسكرات، والفقاع في حكمها عندنا وإن لم يسكر. ولا فرق في تحريمه بذلك بين القليل منه والكثير، لاشتراك الجميع في المقتضي وهو النجاسة. والضمير في قوله: " وهو مائع " يعود إلى الطعام. والمراد: أن الطعام المائع إذا وقعت فيه نجاسة - من أي النجاسات كان - حرام أكله، لتنجسه أجمع بها وإن كثر، بخلاف ما إذا كان الطعام جامدا، فإنه لا ينجس منه إلا ما خالطته النجاسة فتكشط ويرمى ما حولها ولا ينجس الباقي.

وقوله: " كالبول " مثال للنجاسة الواقعة. ولا فرق فيها بين المائع كالبول

(١) الكافي ٦: ٢٦٢ ح ١، التهذيب ٩: ٨٠ - ٨١ ح ٣٤٥ الوسائل ١٦: ٣٧٩ ب " ٤٩ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١. ولم يرد صدر الحديث فيما عدا التهذيب. والسفود، بالتشديد: الحديد التي يشوى بها اللحم. الصحاح ٢: ٤٨٩. والجوداب. بالضم: طعام من سكر وأرز ولحم، مجمع البحرين ٢: ٢٢.

أو باشره الكفار، وإن كانوا أهل ذمة، على الأصح.

وغيره، وإن كانت العبارة قد توهم خلاف ذلك.
قوله: " أو باشره الكفار..... الخ "

نجاسة الكافر مطلقا - حربيا كان أم - أهل ذمة - هو المشهور بين الأصحاب، بل ادعى عليه جماعة - منهم المرتضى (١) وابن إدريس (٢) - الاجماع. وحجتهم مع ذلك قوله تعالى: (إنما المشركون نجس) (٣). واليهود والنصارى والمجوس مشركون أيضا. أما المجوس، فظاهر، لقولهم بإلهين اثنين: النور والظلمة. وأما اليهود والنصارى فلقولهم إن العزيز والمسيح ابن الله، وقد قال تعالى عقيب حكايته عنهم: (سبحانه عما يشركون) (٤). وحمل الآية على أنهم ذوو نجس - من حيث اعتقادهم الفاسد، أو من حيث إنهم لا يجتنبون النجاسات من البول والغائط والخمر والخنزير - خلاف الظاهر، لأن الأصل عدم الاضمار، وورود الروايات بنجاستهم عن أهل البيت عليهم السلام. وسيأتي (٥) ذكر بعضها.

وفيه نظر، لأن النجس كما يطلق على النجاسة المعروفة شرعا، يطلق على المستقذر، قال الهروي في تفسير الآية: " يقال لكل مستقذر نجس، فإذا ذكرت الرجس قلت: رجس نجس بكسر النون وسكون الجيم " (٦). والمستقذر أعم من النجس بهذا المعنى، ففي الحديث: " اتقوا هذه القاذورة التي نهى الله

(١) الإنتصار: ١٠.

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

(٣) التوبة: ٢٨، ٣٠ - ٣١.

(٤) في ص: ٨٦ - ٨٧.

(٦) الغريبين للهروي: ٩٤٢ (مخطوط).

عنها " (١) وأراد بها فعل القبيح مطلقا. وتطلق على الدنيا مطلقا، وعلى اللفظ السئ. والقاذورة من الرجال الذي لا يبالي ما قال وما صنع، والقاذورة الذي يتقذر الشيء فلا يأكله. ولما رجم معز بن مالك قال صلى الله عليه وآله: " اجتنبوا هذ القاذورة " (٢) يعني: الزنا. ذكر خلاصة ذلك في الغريبين. والمقصود أن النجس يطلق في القرآن وغيره على المتنازع وغيره، كما أن الرجس يطلق على غير النجس، كما قال تعالى: (إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان) (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 صريحة في النجاسة، بل محتملة لها، وحملها على إضمار " ذو " من هذا القبيل، لأن به يحصل الجمع بين الأدلة. وأما الأخبار فسيأتي (٥) أنها مختلفة، ومن ثم ذهب ابن الجنيد (٦) وابن أبي عقيل (٧) إلى عدم نجاسة أسآرهم. فقال ابن الجنيد في كتابه الأحمدى (٨): ولو تجنب من أكل ما صنعه من ذبائحهم وفي آنيتهم، وكذا ما صنع في أواني مستحلي الميتة، ومؤاكلتهم، ما لم يتيقن طهارة أوانيهم وأيديهم، كان أحوط.

- (١) انظر المصنف للصنعاني ٧: ٣٢٣ ح ٢ ١٣٣٤، مشكل الآثار للطحاوي ١: ٢٠، مستدرک الحاكم ٤: ٢٤٤ و ٣٨٣، سنن البيهقي ٨: ٣٣٠، النهاية لابن الأثير ٤: ٢٨، لسان العرب ٥: ٨١، ٨٢.
- (٢) تقدم أنفا تحت رقم ١.
- (٣) المائة: ٩٠.
- (٤) في ص: ٨٧ - ٨٨.
- (٥) في ص: ٨٦.
- (٦) لم نعثر عليه.
- (٧) لم نعثر عليه.
- (٨) لم نعثر عليه.

وهو ظاهر كلام الشيخ في النهاية حيث قال: " يكره أن يدعو الانسان أحدا من الكفار على طعامه فيأكل معه، فإذا دعاه فليأمره بغسل يديه ثم يأكل معه إن شاء " (١). والمتأخرون عنه فهموا منه ذلك، ومن ثم أنكروه عليه. وقال ابن إدريس: " قول شيخنا في نهايته رواية شاذة أوردها شيخنا في نهايته إيرادا لا اعتقادا " (٢). ثم استدل ابن إدريس بأنهم أنجاس فينفع ما يباشرونه برطوبة من الأطعمة.

وحجة القائلين بالطهارة عموم قوله تعالى: (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) (٣)، وقد تقدم (٤) وجه عمومه، وظاهر أن الطعام مما يباشر بالأيدي غالبا، مع أصالة الطهارة، وعدم دلالة الآية (٥) السابقة على النجاسة الموجبة للتعدي صريحا، لاحتمالها غيرها. وما (٦) اشتهر من أكل النبي صلى عليه وآله وأصحابه طعام المشركين، خصوصا في غزواتهم واستيلائهم على بلادهم كخيبر وتبوك والشام وغيرها، واشتراطه عليهم ضيافة (٧) من مر بهم من المسلمين، وغير ذلك مما هو متواتر لا يسع إنكاره. والاجماع الذي ادعوه ممنوع. وكيف يتحقق في موضع النزاع وقد نبه المصنف على تحقق الخلاف بقوله: " على الأصح "؟! وكون المخالف معلوم النسب فلا يقدر فيه قد بينا ما فيه مرارا نعم،

(١) النهاية: ٥٨٩ - ٥٩٠.

(٢) السرائر ٣: ١٢٣.

(٣) المائدة: ٥.

(٤) في ج ١١: ٤٥٩.

(٥) التوبة: ٢٨.

(٦) كذا في " ص "، وفي سائر النسخ: وأما ما اشتهر....

(٧) انظر سنن البيهقي ٩: ٥٩ - ٦١ و ١٩٦، المغني لابن قدامة ١٠: ٥٧٠.

الرابع: الطين، فلا يحل شئ منه، عدا تربة الحسين عليه السلام، فإنه يجوز للاستشفاء، ولا يتجاوز قدر الحمصة. وفي الأرمني رواية بالجواز. وهي حسنة، لما فيها من المنفعة المضطر إليها.

القول بالنجاسة للأكثر. وأما الروايات الواردة في ذلك من الجانبين بطريق الأصحاب فسيأتي (١) ذكرها حيث يعيد المصنف هذه المسألة مرة أخرى. قوله: "الطين، فلا يحل شئ... الخ".

أكل الطين - والمراد به ما يشمل التراب والمدر - حرام، لما فيه من الاضرار الظاهر بالبدن. وفي بعض الأخبار أن النبي صلى عليه وآله قال: "من أكل الطين فقد أعان على نفسه" (٢). وفي الصحيح عن إبراهيم بن مهزم عن أبي عبد الله عليه السلام أن عليا عليه السلام قال: "من انهمك في الطين فقد شرك في دم نفسه" (٣). وروى هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: "إن الله عز وجل خلق آدم من الطين، فحرم أكل الطين على ذريته" (٤).

وقد استثنى الأصحاب من ذلك تربة الحسين عليه السلام، وهي تراب ما جاور قبره الشريف عرفا، أو ما حوله إلى سبعين ذراعا، وروي إلى أربعة فراسخ (٥). وطريق الجمع ترتبها في الفضل. وأفضلها ما أخذ بالدعاء المرسوم

(١) في ص: ٨٦.

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

(٣) الكافي ٦: ٢٦٥ ح ٣، التهذيب ٩: ٩٠ ح ٣٨٢، الوسائل ١٦: ٣٩٢ ب " ٥٨ "، من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٤.

(٤) الكافي ٦: ٢٦٥ ح ٤، التهذيب ٩: ٨٩ ح ٣٨٠، الوسائل ١٦: ٣٩٦ الباب المتقدم ح ٥.

(٥) كامل الزيارات: ٢٨٠، الوسائل ١٦: ٣٩٦ ب " ٥٩ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٣. وفيهما: أربعة أميال.

وختمها تحت القبة المقدسة بقراءة سورة القدر. وروي أنها " شفاء من كل داء، وأمن من كل خوف " (١).

واحترز المصنف - رحمه الله - بقوله: " للاستشفاء بها " عن أكلها لمجرد التبرك، فإنه غير جائز على الأصح. وإنما يجوز تناولها للاستشفاء [بها] (٢) من المرض الحاصل. وليكن قدر الحمصة المعهودة فما دون. وينبغي الدعاء عند تناولها بالمرسوم.

وموضع التحريم في تناول الطين ما إذا لم تدع إليه حاجة، فإن في بعض الطين خواص ومنافع لا تحصل في غيره، فإذا اضطر إليه لتلك المنفعة بإخبار طبيب عارف يحصل الظن بصدقه جاز تناول ما تدعو إليه الحاجة، لعموم قوله تعالى: (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) (٣). وقد ورد الرواية (٤) بجواز تناول الأرمني، وهو طين مخصوص يجلب من إرمينية يترتب عليه منافع، خصوصاً في زمن الوباء والاسهال وغيره مما هو مذكور في كتب الطب. ومثله الطين المختوم.

وربنا قيل بالمنع، لعموم (٥) ما دل على تحريم الطين، وقوله صلى الله عليه وآله: " ما جعل شفاءكم فيما حرم عليكم " (٦) وقوله صلى الله عليه وآله: " لا شفاء

(١) الكافي ٦: ٢٦٦ ح ٩، التهذيب ٩: ٨٩ ح ٣٧٧، الوسائل ١٦: ٣٩٦ ب " ٥٩ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٢.

(٢) من الحجريتين.

(٣) البقرة: ١٧٣.

(٤) لاحظ الرسائل ١٦: ٣١٩ ب " ٦٠ " من أبواب الأطعمة المحرمة.

(٥) انظر الوسائل ١٦: ٣٩١ ب ١ " ٥٨ " من أبواب الأطعمة المحرمة.

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

الخامس: السموم القاتلة، قليلها وكثيرها.
أما ما لا يقتل القليل منها، كالأفيون أو السقمونيا، في تناول
القيراط والقيراطيين إلى ربع الدينار، في جملة حوائج المسهل، فهذا لا
بأس به، لغلبة الظن بالسلامة.
ولا يجوز التخطي إلى موضع المخاطرة منه، كالمثقال من السقمونيا،
والكثير من شحم الحنظل أو الشوكران، فإنه لا يجوز، لما يتضمن من
ثقل المزاج وإفساده.

في محرم " (١).

وجوابه: أن النهي عام مخصوص بما ذكر، وقوله صلى الله عليه وآله: " لا
ضرر ولا ضرار " (٢). والخبران نقول بموجبهما، لأننا نمنع من تحريمه حال
الضرورة، والمراد ما دام محرما. وموضع الخلاف ما إذا لم يخف الهلاك، وإلا
جاز بغير إشكال.

قوله: " السموم القاتلة.... الخ ".

مناطق تحريم هذه الأشياء الاضرار بالبدن أو المزاج، فما كان من السموم
مضرا فتناول قليله وكثيره محرم مطلقا، سواء بلغ الضرر حد التلف أم لا، بل
يكفي فيه سوء المزاج [و] (٣) على وجه يظهر ضرره. وإن كان مما يضر كثيره دون
قليله يقيد تحريمه بالقدر الذي يحصل به الضرر، وذلك كالأفيون والسقمونيا
والحنظل ونحوها. والمرجع في القدر المضر إلى ما يعلم بالتجربة أو يخبر به

(١) عوالي اللئالي ٢: ١٤٩ ح ٤١٧.

(٢) 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.

(٣) من " ذ، د ".

القسم الخامس:
في المائعات
والمحرم منها خمسة:
الأول: الخمر، وكل مسكر، كالنبيذ، والبتع، والفضيخ، والنقيع،
والمزر.

عارف يفيد قوله الظن.
وبالجملة، فمرجه إلى الظن به. ولا يتقدر بما ذكره المصنف من القيراط
والقيراطين، لأن الطبيب قد يصلحه على وجه لا يضر منه ما هو أزيد من ذلك،
حتى لو فرض شخص لا يضره السم لم يحرم عليه تناوله مطلقا.
قوله: " الخمر وكل مسكر..... الخ ".
تحريم الخمر موضع وفاق بين المسلمين، حتى [إنه] (١) يقتل مستحله،
لثبوت تحريمه في دين الاسلام ضرورة.
ويلحق به في التحريم كل ما أسكر، لقوله صلى الله عليه وآله: " كل
شراب أسكر فهو حرام " (٢) وقوله صلى الله عليه وآله: " كل مسكر خمر، وكل
خمر حرام " (٣). وروى علي بن يقطين في الصحيح عن أبي الحسن الماضي عليه
السلام قال: " إن الله تبارك وتعالى لم يحرم الخمر لاسمها، ولكن حرمها لعاقبتها،

-
- (١) من الحجريتين.
(٢) مسند أحمد ٦: ٣٦، صحيح البخاري ١: ٧٠، صحيح مسلم ٣: ١٥٨٥ ح ٦٧، سنن أبي داود ٣:
٣٢٨ ح ٣٦٨٢، سنن ابن ماجه ٢: ١١٢٣ ح ٣٣٨٦. سنن النسائي ٨: ٢٩٨، وورد مضمونه في
أحاديث أهل البيت عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله، انظر الوسائل ١٧: ٢٥٩ ب " ١٥ "
من أبواب الأشربة المحرمة.
(٣) مسند أحمد ٢: ٢٩. سنن ابن ماجه ٢: ١١٢٤ ح ٣٣٩٠، المعجم الصغير ١: ٥٤.

والفقاع، قليله وكثيره.

فما كان عاقبته عاقبة الخمر فهو خمر " (١). وروى عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الخمر من خمسة: العصير من الكرم، والنقيع من الزبيب، والبتع من العسل، والمزر من الشعير، والنبيد من التمر " (٢). فأطلق على هذه الأشياء اسم الخمر، إما مجازا لمشاركتها (٣) له في الفعل، أو حقيقة من حيث إنه إنما سمي خمرًا لمخامرته العقل بالسكر، والمعنى موجود في هذه الأشياء. والمعتبر في التحريم إسكار كثيره، فيحرم قليله حسما لمادة الفساد، كما حرم الخلوة بالأجنبية لافضائها إليه. قوله: " والفقاع قليله وكثيره ".

معطوف على الخمر أو على كل مسكر. والمراد أنه محرم وإن لم يكن مسكرا، لورود النصوص بتحريمه من غير تقييد، وفيها: أنه خمر مجهول (٤)، وأنه الخمر بعينها (٥)، وأن حده حد شارب الخمر (٦).

-
- (١) الكافي ٦: ٤١٢ ح ٢، التهذيب ٩: ١١٢ ح ٤٨٦، الوسائل ١٧: ٢٧٣ ب " ١٩ " من أبواب الأشربة المحرمة ح ١.
- (٢) الكافي ٦: ٣٩٢ ح ١، التهذيب ٩: ١٠١ ح ٤٤٢، والوسائل ١٧: ٢٢١ ب " ١ " من أبواب الأشربة المحرمة ح ١.
- (٣) في " و " : لمشاكلتها.
- (٤) الكافي ٦: ٤٢٣ ح ٧، التهذيب ٩: ١٢٥ ح ٥٤٤، الاستبصار ٤: ٩٦ ح ٣٧٣، الوسائل ١٧: ٢٨٨ ب " ٢٧ " من أبواب الأشربة المحرمة ح ٨.
- (٥) الكافي ٦: ٤٢٣ ح ٤، التهذيب ٩: ١٢٥ ح ٥٤٢، الاستبصار ٤: ٩٦ ح ٣٧١، الوسائل ١٧: ٢٨٨ الباب المتقدم ح ٧.
- (٦) الكافي ٦: ٤٢٤ ح ١٥، التهذيب ٩: ١٢٤ ح ٥٣٤، الاستبصار ٤: ٩٥ ح ٣٦٩، الوسائل ١٧: ٢٨٧ الباب المتقدم ح ٢.

ويحرم العصير إذا غلى، سواء غلى من قبل نفسه أو بالنار. ولا يحل حتى يذهب ثلثاه أو ينقلب خلا.

وتحريمه عند الأصحاب موضع وفاق. وأخبارهم به مستفيضة. والحكم معلق على ما يطلق عليه اسم الفقاع عرفا مع الجهل بأصله أو وجود خاصيته، وهي وجود النشيش، وهو المعبر عنه في بعض الأخبار (١) بالغليان. ولو أطلق الفقاع على شراب يعلم حله قطعاً، كالأقساماء الذي طال مكثه ولم يبلغ هذا الحد، لم يحرم قطعاً.

وفي صحيحة علي بن يقطين عن الكاظم عليه السلام قال: " (سألته عن شراب الفقاع الذي يعمل في السوق وبيعاً، ولا أدري كيف عمل ولا متى عمل، أيحل أن أشربه؟ قال: لا أحبه " (٢). وهذه الرواية تشعر بكراهة المجهول. وروى ابن أبي عمير في الصحيح عن مرزم قال: " كان يعمل لأبي الحسن عليه السلام الفقاع في منزله، قال محمد بن يحيى: قال ابن أبي عمير: ولم يعمل فقاع يغلي " (٣). والمراد بغليانه ما ذكرناه من النشيش الموجب للانقلاب، كما هو المراد من غليان العصير. وسيأتي.

قوله: " ويحرم العصير إذا غلى.... الخ ".

لا خلاف بين الأصحاب في تحريم عصير العنب إذا غلى، بأن صار أسفله أعلاه. وأخبارهم ناطقة به، ففي صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " كل عصير أصابته النار فهو حرام حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه " (٤).

-
- (١) انظر الوسائل ١٧: ٢٢٩ ب " ٣ " من أبواب الأشربة المحرمة
(٢) التهذيب ٩: ١٢٦ ح ٥٤٧، الوسائل ١٧: ٣٠٦ ب " ٣٩ " من أبواب الأشربة المحرمة ح ٣.
(٣) التهذيب ٩: ١٢٦ ح ٥٤٥، الوسائل ١٧: ٣٠٥ الباب المتقدم ح ١.
(٤) الكافي ٦: ٤١٩ ح ١، التهذيب ٩: ١٢٠ ح ٥١٦، الوسائل ١٧: ٢٢٣ ب " ٢ " من أبواب الأشربة المحرمة ح ١.

وحسنة حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " لا يحرم العصير حتى يغلي " (١). وروى حماد بن عثمان عنه عليه السلام قال: " سألته عن شرب العصير، فقال: تشرب ما لم يغل، فإذا غلي فلا تشربه، قلت: جعلت فداك أي شيء الغليان؟ قال: القلب " (٢). وفي موثقة ذريح قال: " سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا نش العصير أو غلي حرم " (٣). ومن هذه يستفاد عدم الفرق بين الغليان بالنار وغيرها، وأن المراد منه أن يصير أسفله أعلاه. وأكثر المتأخرين (٤) على نجاسته أيضا، لكن قيدها بالاشتداد من الغليان. والمراد به أن يصير له قواما وإن قل، بأن يذهب شيء من مائه. والنصوص (٥) خالية عن الدلالة على النجاسة وعن القيد. وأغرب الشهيد في الذكرى (٦)، فجعل الاشتداد - الذي هو سبب النجاسة - مسببا عن مجرد الغليان، فجعل التحريم والنجاسة متلازمين. وفيه - مع عدم الدليل عليه، حتى باعترافه فيها وفي البيان (٧) - أنه خلاف المفهوم من الاشتداد. ولعل ذلك يقرب مع الغليان بالنار، لاستلزامه ارتفاع شيء

-
- (١) الكافي ٦: ٤١٩ ح ١، التهذيب ٩: ١١٩ ح ٥١٣، الوسائل ١٧: ٢٢٩ ب " ٣ " من أبواب الأشرية المحرمة ح ١.
- (٢) الكافي ٦: ٤١٩ ح ٣، التهذيب ٩: ١٢٠ ح ٥١٤، الوسائل ١٧: ٢٢٩ الباب المتقدم ح ٣.
- (٣) الكافي ٦: ٤١٩ ح ٤، التهذيب ٩ ح ١٢٠ ح ٥١٥، الوسائل ١٧: ٢٢٩ الباب المتقدم ح ٤.
- (٤) قواعد الأحكام ١: ٧ و ج ٢: ١٥٨، اللعة دمشقية: ١٥٢ - ١٥٣، رسائل المحقق الكركي ٢: ٦٧.
- (٥) كذا في " و "، وفي سائر النسخ والحجريتين: ولأن النصوص.
- (٦) الذكرى: ١٢.
- (٧) البيان: ٣٩.

من بخاره الموجب لنقصان مائته، أما مع انقلابه بنفسه أو بالشمس فلا يتحقق ذلك أصلاً، خصوصاً في الأول وإن طال الزمان.

وفصل ابن حمزة (١) فحكم بنجاسته مع غليانه بنفسه وبتحريمه خاصة إن غلى بالنار. وهو تحكم، وإن كان أقرب إلى الأصل من المشهور.

وبالجملة فهذا الحكم - وهو نجاسته - من المشاهير بغير أمل. وإلحاقه بالمسكرات أو بالفقاع من حيث التحريم لا يوجب إلحاقه بها مطلقاً.

ولا فرق مع عدم ذهاب ثلثيه في تحريمه بين أن يصير دبسا وعدمه، لاطلاق النصوص باشتراط ذهاب الثلثين. وفي صحيحة ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قاله: "إذا زاد الطلاء على الثلث فهو حرام" (٢). مع أن هذا فرض بعيد، لأنه لا يصير دبسا حتى يذهب أربعة أخماسه غالباً بالوجدان، فضلاً عن الثلثين. ويحتمل الاكتفاء بصيرورته دبسا على تقدير إمكانه، لانتقاله عن اسم العصير، كما يطهر بصيرورته خلا كذلك (٣).

ولا فرق في ذهاب ثلثيه بين وقوعه بالغليان والشمس والهواء. فلو وضع المعمول به قبل ذهاب ثلثيه - كالملين (٤) - في الشمس فتحفف بها أو بالهواء وذهب ثلثاه حل. وكذا يطهر بذلك لو قيل بنجاسته. ولا يقدر فيه نجاسة الأجسام الموضوعة فيه قبل ذهاب الثلثين، كما يطهر ما فيه من الأجسام بعد

(١) الوسيلة: ٣٦٥.

(٢) الكافي ٦: ٤٢٠ ح ٣، التهذيب ٩: ١٢٠ ح ٥١٩، الوسائل ١٧: ٢٢٧ ب " ٢ " من أبواب الأشرية المحرمة ح ٨.

(٣) في " خ " : لذلك.

(٤) في " خ " : كالملين.

انقلابه من الخمرية إلى الخلية عندنا.

والحكم مختص بعصير العنب، فلا يتعدى إلى غيره - كعصير التمر - ما لم يسكر، للأصل، ولا إلى عصير الزبيب على الأصح، لخروجه عن اسمه، وذهاب ثلثيه وزيادة بالشمس.

وحرمه بعض علمائنا (١)، استنادا إلى مفهوم رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام حيث: " سألته عن الزبيب هل يصلح أن يطبخ حتى يخرج طعمه، ثم يؤخذ ذلك الماء فيطبخ حتى يذهب ثلثاه ويبقى الثلث، ثم يوضع فيشرب منه السنة؟ قال: لا بأس به " (٢).

وهذه الرواية - مع أن في طريقها سهل بن زياد - لا تدل على تحريمه قبل ذهاب ثلثيه بوجه، وإنما نفى عليه السلام البأس عن هذا العمل الموصوف وإبقاء الشراب عنده ليشرب منه. وتخصيص السؤال بالثلثين لا يدل على تحريمه بدونه، ولا بالمفهوم الذي ادعوه. وإنما تظهر فائدة التقييد به ليذهب مائتته، فيصلح للمكث عنده المدة المذكورة كما يبقى الدبس. ولو سلم دلالتها بالمفهوم فهو ضعيف لا يصلح لإثبات مثل هذا الحكم المخالف للأصل. وروى أبو بصير في الصحيح قال: " كان أبو عبد الله عليه السلام تعجبه الزبيبة " (٣). وهذا ظاهر في الحل، لأن طعام الزبيبة لا يذهب منه ثلثا ماء الزبيب كما لا يخفى.

(١) حكاة الشهيد " قدس سره " عن بعض مشائخه المعاصرين وبعض الفضلاء المتقدمين، انظر الدروس الشرعية ٣: ١٦.

(٢) الكافي ٦: ٤٢١ ح ١٠، التهذيب ٩: ١٢١ ح ٥٢٢، الوسائل ١٧: ٢٣٦ ب " ٨ " من أبواب الأشرطة المحرمة ح ٢.

(٣) في هامش " ذ، و، خ " : " هذه الرواية رواها الكليني في كتابه بطريق صحيح. منه رحمه الله ". انظر الكافي ٦: ٣١٦ ح ٧، المحاسن: ٤٠١ ح ٩٢، الوسائل ١٧: ٤٣ ب " ٢٧ " من أبواب الأطعمة المباحة ح ١.

وما مزج بها، أو بأحدها، وما وقعت فيه من المائعات.

قوله: " وما مزج بها أو بأحدها.... الخ ".
الضمير يرجع إلى جميع ما ذكر من الأمور المحكوم بنجاستها. فالحكم فيه بعد ثبوت نجاستها واضح، لأن ما يمتزج بالنجاسة المائعة أو يقع فيه من المائعات يتنجس كغير المذكورات من النجاسات.

والموجب لتخصيصها بالذكر ورود الحكم بذلك بخصوصه في رواية زكريا بن آدم عن الكاظم عليه السلام، وفيها: " قلت: فخمّر أو نبذ قطر في عجين أو دم، قال: فقال: فسد، قلت: أبيع من اليهود والنصارى وأبين لهم فإنهم يستحلون شربه؟ قال: نعم، قلت: والفقاع هو بتلك المنزلة إذا قطر في شيء، من ذلك؟ قال: أكره أن آكله إذا قطر في شيء من طعامي " (١).

وهذه الرواية تشعر بكراهة الفقاع دون أن يكون محرماً أو نجساً، لكنها محمولة على غيرها مما سبق، لأن الكراهة بعض أسماء الحرام. ومثلها في الدلالة على كراهته صحيحة محمد بن إسماعيل قال: " سألت أبا الحسن عليه السلام عن شرب الفقاع، فكرهه كراهة شديدة " (٢). والكلام في تنزيلها كالسابقة، فإن المحرم مما يكره.

(١) الكافي ٦: ٤٢٢ ح ١، التهذيب ٩: ١١٩ ح ٥١٢، الوسائل ١٧: ٢٨٦ ب " ٢٦ " من أبواب الأشربة المحرمة ح ١. وفي المصادر: عن أبي الحسن عليه السلام.
(٢) الكافي ٦: ٤٢٤ ح ١١، التهذيب ٩: ١٢٤ ح ٥٣٨، الاستبصار ٤: ٩٥ ح ٣٦٧، الوسائل ١٧: ٢٨٩ ب " ٢٧ " من أبواب الأشربة المحرمة ح ١٢.

الثاني: الدم المسفوح نجس، فلا يحل تناوله. وما ليس بمسفوح، كدم الضفادع والقراد، وإن لم يكن نجسا فهو حرام، لاستخبائه. وما لا يدفعه الحيوان المذبوح، ويستخلف في اللحم، طاهر ليس بنجس ولا حرام.

قوله: " الدم المسفوح.... الخ).

الدم المسفوح هو الذي يخرج بقوة عند قطع عرق الحيوان أو ذبحه، من سفحت الماء: إذا صببته، أي: المصبوب. واحترز به عما يخرج من الحيوان بتناقل كدم السمك، فلا يكون نجسا، ولكنه يحرم، لعموم قوله تعالى: (حرمت عليكم الميتة والدم، (١)، ولأنه من الخبائث المحرمة بالآية (٢). والأولى الاستدلال على تحريمه بالخبائث خاصة، لأن مطلق الدم مقيد بالآية الأخرى وهي قوله: (إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا) (٣) فقيد الدم المحرم بكونه مسفوحا، فيجب حمل المطلق على المقيد، لاتحاد السبب.

وقد استثنى من ذلك ما يتخلف في الحيوان المذبوح في تضاعيف اللحم، فإنه يكون طاهرا أيضا، لأنه ليس بمسفوح. وظاهرهم الاتفاق على حله. وفي إلحاق ما يتخلف في القلب والكبد به وجهان، من مساواته له في المعنى، وعدم كونه مسفوحا، ومن الاقتصار بالرخصة المخالفة للأصل على موردها. ولو قيل بتحريمه في كل ما لا نص فيه ولا اتفاق - وإن كان طاهرا - كان وجهها، لعموم تحريم الدم، وكونه من الخبائث.

(١) المائدة: ٣.

(٢) الأعراف: ١٥٧.

(٣) الأنعام: ١٤٥.

ولو وقع قليل من دم - كالأوقية فما دون - في قدر وهي تغلي على النار، قيل: حل مرقها إذا ذهب الدم بالغليان. ومن الأصحاب من منع الرواية. وهو حسن.
أما ما هو جامد كاللحم والتوابل، فلا بأس به إذا غسل.

وخرج بما [لا] (١) يدفعه الحيوان ما يتخلف في بطنه من الدم الذي يجري من المذبح مع النفس إلى الباطن، فإنه نجس حرام قطعاً، لأنه من جملة الدم المسفوح، ومما يدفعه الحيوان، وإنما تخلف في الباطن لعارض.
قوله: " ولو وقع قليل من دم... الخ ".
القول بحل المرق المذكور للشيخ في النهاية (٢)، وقبله المفيد (٣)، إلا أنه لم يقيّد الدم بالقليل.

ومستند الشيخ صحيحة سعيد الأعرج عن الصادق عليه السلام قال:
" سألته عن قدر فيها جزور وقع فيها قدر أوقية من دم أيؤكل؟ قال: نعم، فإن النار تأكل الدم " (٤).

ورواية زكريا بن آدم قال: " سألت الرضا عليه السلام عن قطرة خمر أو نبيذ مسكر قطرت في قدر فيه لحم ومرق كثير، قال: يهراق المرق أو يطعمه أهل الذمة أو الكلاب، واللحم اغسله واكله، قلت: فإن قطر فيه الدم، قال: الدم تأكله

(١) من إحدى الحجريتين.

(٢) النهاية: ٥٨٨.

(٣) المقنعة: ٥٨٢.

(٤) الكافي ٦: ٢٣٥ ح ١، الفقيه ٣: ٢١٦ ح ١٠٠٥، الوسائل ١٦: ٣٧٦ ب " ٤٤ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٢.

النار إن شاء الله " (١).

وذهب ابن إدريس (٢) والمتأخرون (٣) إلى بقاء المرق على نجاسته، لأنه مائع قليل لاقته نجاسة، والغليان ليس من المطهرات. وأجابوا عن الرواية الأولى بجهالة سندها، فإن سعيد الأعرج مجهول الحال. وفي طريق الثانية محمد بن موسى، وهو ضعيف.

وما ذكروه على الثانية حق، أما الأولى فلا، لأن سعيد الأعرج قد نص النجاشي (٤) على توثيقه، ونقله أيضا عن ابن نوح وابن عقدة. والعلامة مع قوله في المختلف (٥) إنه لا يعرف حاله ذكره في الخلاصة (٦)، ووثقه كما ذكره النجاشي حرفا بحرف. نعم، الأولى أن يقال: إن هذه الرواية مخالفة للأصل،. شاذة في حكمها، فتطرح لذلك وإن كانت صحيحة.

وفي المختلف (٧) حمل الدم على ما ليس بنجس، كدم السمك وشبهه. وهو خلاف ظاهرها، حيث فرق بين المسكر والدم، وعلل بأن الدم تأكله النار، ولو كان طاهرا لعل بطهارته. ولو قيل بأن الدم الطاهر يحرم أكله، فتعليه بأكل النار ليذهب التحريم وإن لم يكن نجسا. ففيه: أن استهلاكه في المرق إن كفى في حله لم يتوقف على النار، وإلا لم تؤثر النار في حله.

(١) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٧٧ هامش (١). وفي المصادر: سألت أبا الحسن عليه السلام.

(٢) السرائر ٣: ١٢٠.

(٣) المختلف: ٦٨٥، إيضاح الفوائد ٤: ١٥٥، الدروس الشرعية ٣: ١٩، التنقيح الرائع ٤:

٥٢، المقتصر: ٣٣٨.

(٤) رجال النجاشي: ١٨١ رقم (٤٧٧).

(٥) المختلف: ٦٨٥.

(٦) خلاصة الرجال: ٨٠.

المختلف: ٦٨٥.

الثالث: كل ما حصل فيه شئ من النجاسات، كالدّم أو البول أو العذرة، فإن كان مائعا حرم وإن كثر، ولا طريق إلى تطهيره. وإن كان له حالة جمود، فوَقعت النجاسة فيه جامدا، كالدبس الجامد والسمن والعسل، أَلقيت النجاسة وكشط ما يكتنفها والباقي حل.

قوله: " كل ما حصل فيه شئ... الخ ".
لا إشكال في نجاسة المائعات - كالدبس والنخل والزيت وغيرها - إذا حصل فيها شئ 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.

وللعامة (١) قول بطهرها مع تختل أجزائها، حتى الدهن. وهو بعيد، إلا بتقدير زوال الإضافة بأن يصير ماء مطلقا، ومعه تنتفي فائدة تطهيرها غالبا. ولو كانت جامدة ولو في بعض الأحوال - كالدبس والسمن والعسل - لم ينجس بوقوع النجاسة فيها سوى ما اتصل بها، فيكشط ما يكتنفها ويحل الباقي. وبه روايات كثيرة، منها صحيحة زرارة 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

(١) تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ١: ٨٧ - ٨٨.

(٢) الكافي ٦: ٢٦١ ح ١، التهذيب ٩: ٨٥ ح ٣٦٠، الوسائل ١٦: ٣٧٤ ب " ٤٣ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٣.

ولو كان المائع دهنا، جاز الاستصباح به تحت السماء، ولا يجوز تحت الأظلة. وهل ذلك لنجاسة دخانه؟ الأقرب: لا، بل هو تعبد.

ودواخن الأعيان النجسة عندنا طاهرة. وكذا كل ما أحالته النار فصيرته رمادا أو دخانا، على تردد.

طهره بالماء وإلا لما أطلق النهي عن أكله. وفي صحيحة الحلبي قال: " سألت أبا عبد الله عن الفأرة والداية تقع في الطعام والشراب فتموت فيه، فقال: إن كان سمنا أو عسلا أو زيتا، فإنه ربما يكون بعض هذا، فإن كان الشتاء فانزع ما حوله واكله، وإن كان الصيف فارفعه حتى تسرج به، وإن كان ثردا فاطرح الذي كان عليه، ولا تترك طعامك من أجل دأبة ماتت عليه " (١). ويظهر من هذه أن المراد بالجمود ما يعهد عرفا من هذه الأشياء في زمن الشتاء، ولا حد له سوى العرف. قوله: " ولو كان المائع دهنا... الخ ".

البحث هنا يقع في موضعين:
الأول: في جواز الاستصباح بالدهن النجس بالعرض. وهو موضع وفاق. وقد تقدم ما يدل عليه. ولكن هل يختص بكونه تحت السماء، أم يجوز تحت الظلال؟ المشهور بين الأصحاب هو الأول، بل ادعى عليه ابن إدريس (٢) الاجماع. ولا نعلم لهم دليلا على ذلك أصلا، والموجود من الروايات - مع كثرتها - كلها مطلق في جواز الاستصباح، وهو يشمل تحت الظلال وغيره. وقد

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

(٢) السرائر ٣: ١٢١ - ١٢٢.

تقدم منها (١) صحيحة زرارة والحلي. ومنها: صحيحة معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام أنه سأل عن زيت مات فيها جرد، فقال: " يستصبح به " (٢) ومنها: صحيحة سعيد الأعرج قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الفأرة تموت في الزيت، فقال: لا تأكله ولكن أسرج به " (٣). وغيرها من الأخبار الشاملة بإطلاقها لما تحت الظلال، بل هو الغالب المتبادر من إطلاق الإذن. ومن ثم ذهب الشيخ في المبسوط (٤) إلى جواز الاستصباح به تحت الظلال على كراهة. وكذلك أطلق ابن الجنيد (٥) جواز الاستصباح به. وفي المختلف (٦) قوى الجواز مطلقا أيضا، إلا أن يعلم أو يظن بقاء شيء من عين الدهن فيحرم تحت الظلال.

وفي صحة الاستثناء نظر، لأنه مع العلم ببقاء شيء من عين الدهن لاصقا بالمحل فغايته تنجيسه وذلك لا يقتضي التحريم، لأن تنجيس الإنسان محله من الظلال وغيرها غير محرم. فالقول بجوازه تحت الظلال مطلقا هو الأصح. الثاني: على تقدير تحريمه تحت الظلال فهل هو لنجاسة دخانه؟ الأظهر بين الأصحاب العدم، وهو الذي اختاره المصنف، لتحقق الاستحالة المقتضية للطهارة، فإن الدخان حقيقة أخرى مخالفة لحقيقة الدهن وصفاته. وكذا القول

-
- (١) في ص: ٨١ - ٨٢.
(٢) الكافي ٦: ٢٦١ ح ٢، التهذيب ٩: ٨٥ ح ٣٥٩، الوسائل ١٦: ٣٧٤ ب " ٤٣ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.
(٣) التهذيب ٩: ٨٦ ح ٣٦٢، الوسائل ١٦: ٣٧٥ الباب المتقدم ح ٥.
(٤) المبسوط ٦: ٢٨٣.
(٥) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٦٨٥.
(٦) المختلف: ٦٨٥ - ٦٨٦.

ويجوز بيع الأدهان النجسة، ومجل ثمنها، لكن يجب إعلام المشتري بنجاستها. وكذا ما يموت فيه حيوان له نفس سائلة.

في كل دخان بالنسبة إلى أصله. وعلى هذا فتحريم الاستصباح به تحت الظلال تعبد شرعي لا نعلم وجهه.

وقيل: إن الدخان نجس، وهو اختيار الشيخ في المبسوط (١)، لأنه لا بد أن يتصاعد من أجزاء الدهن قبل إحالة النار لها بسبب السخونة المكتسبة من النار، فإذا لقي الظلال تأثر بنجاسته.

وهو ضعيف، لمنع تصاعد أجزاء الدهن من دون الاستحالة أولاً. وبتقدير تسليمه لا يلزم منه تحريم تنجيس الظلال كما أسلفناه.

والمصنف بعد حكمه بعدم نجاسته تردد فيه. ووجه التردد قد ظهر من توجيه القولين، كما ظهر منه قوة ما اختاره أولاً، وقوة الجواز تحت الظلال. والقول بالتعبد على تقدير عدم النجاسة مشروط بوجود دليل يقتضيه ولا يظهر علة، أما مع عدمه بل ظهور الدليل في خلافه فلا. قوله: " ويجوز بيع الأدهان.... الخ ".

المراد بها الأدهان النجسة بالعرض كما هو المفروض، أما النجسة بالذات كالأليات الميتة يقطعها من حي أو من ميت فلا يجوز بيعها ولا الانتفاع بها مطلقاً إجماعاً، لإطلاق (٢) النهي عنه. وإنما جاز بيع الدهن المتنجس لبقاء منفعته بالاستصباح، ولكن يجب إعلام المشتري بحاله، حذراً من تصرفه فيه بانياً على

(١) صرح في المبسوط (٦: ٢٨٣) بعدم النجاسة، ويستظهر من صدر كلامه الميل إلى القول بالنجاسة، ونسب إليه القول بها العلامة في المختلف (٦٨٥ - ٦٨٦) وولده في إيضاح الفوائد ٤: ١٥٧.

(٢) انظر الوسائل ١٦: ٢٩٥ ب " ٣٠ " من أبواب الذبائح.

أما ما لا نفس له - كالذباب والخنفس - فلا ينجس بموته، ولا ينجس ما يقع فيه.

طهارته، عملاً بظاهر حاله، وبالأصل من طهارته. وكما يجوز الانتفاع به للاستصباح يجوز لدهن الجرب وعمل الصابون.

ومفهوم تخصيص الدهن بذلك عدم جواز بيع غيره من المائعات المنجسة - كالدبس - مع الاعلام بحاله. والمشهور أنه كذلك، لعدم ظهور منفعة مقصودة فيه ولعموم قوله صلى الله عليه وآله: " إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه " (١) خرج من ذلك الدهن النجس فيبقى الباقي.

ولا فرق في بيعه مع الاعلام بحاله بين كون المشتري ممن يستحل النجس وعدمه، لبقاء المنفعة المحللة في الدهن على التقديرين.

ولو لم يعلمه بالحال ففي صحة البيع وثبوت الخيار للمشتري على تقدير العلم أو فساد وجهان، من أن البيع مشروط بالأعلام فلا يصح بدونه، ومن الشك في كونه شرطاً، وغايته أن ينجبر بالخيار.

ولو كان المشتري مستحلاً لذلك فالوجه الصحة، ولا منافاة بينها وبين وجوب الاعلام والنهي عن بيعه بدونه. ولو سلم لا يستلزم الفساد في المعاملات. ثم على تقدير الصحة فهو كبيع المعيب من دون الاعلام بالعيب في ثبوت الأرش والرد على التفصيل.

قوله: " أما ما لا نفس له... الخ "

قد شرط في نجاسة الميت أن يكون له نفس سائلة وإلا لم ينجس، ويلزم منه أن لا ينجس ما يقع فيه. ويدل عليه قول النبي صلى الله عليه وآله: " إذا وقع

(١) تقدم ذكر مصادره في ص: ٥٨ هامش (٣). الماء.

والكفار أنجاس، ينجس المائع بمباشرتهم له، سواء كانوا أهل حرب أو أهل ذمة، على أشهر الروايتين. وكذا لا يجوز استعمال أوانيهم التي استعملوها في المائعات. وروي: إذا أراد مؤاكلة المجوسي أمره بغسل يده. وهي شاذة.

الذباب في إناء أحدكم فامقلوه، فإن في أحد جناحيه داء وفي الآخر دواء " (١) وهو ظاهر في عدم تنجيسه وإلا لنبه عليه. وصحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " سألته عن الذباب يقع في الدهن والسمن والطعام، فقال: لا بأس كل " (٢). قوله: " والكفار أنجاس... الخ ".

قد اختلفت الرواية في نجاسة الكفار وطهارتهم، مضافا إلى ما تقدم (٣) من الأدلة المتعارضة. فأشهر الروايتين بين الأصحاب وعليها إطباقهم بعد الشيخ وابن الجنيد النجاسة، وأن الطعام ينجس بمباشرتهم. فمما استدلوا به عليه من الروايات صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: " سألته عن مؤاكلة المجوسي في قصعة واحدة، وأرقد معه علي فراش واحد وأصافحه، فقال: لا " (٤). ورواية هارون بن خارجة قال: " قلت لأبي

-
- (١) سنن الدارمي ٢: ٩٨ - ٩٩، مسند أحمد ٢: ٢٢٩، صحيح البخاري ٧: ١٨١، سنن أبي داود ٣: ٣٦٥ ح ٣٨٤٤، سنن ابن ماجه ٢: ١١٥٩ ح ٣٥٠٥، سنن البيهقي ١: ٢٥٢. ومقله: غمسه في الماء. المنجد: ٧٧٠.
- (٢) التهذيب ٩: ٨٦ ح ٣٦٣، الوسائل ١٦: ٣٧٨ ب " ٤٦ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١. (٣) في ص: ٦٥ - ٦٧.
- (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).
ويدل على عدم جواز استعمال أوانيتهم التي باشروها صحيحة محمد بن
مسلم قال: " سألت أبا جعفر عليه السلام عن آنية أهل الذمة والمجوس، فقال: لا
تأكلوا في آنيتهم، ولا من طعامهم الذي يطبخون، ولا في آنيتهم التي يشربون فيها
الخمير " (٢).

ومما ورد بخلاف ذلك صحيحة العيص بن القاسم قال: " سألت أبا عبد الله
عليه السلام عن مؤاكلة اليهود والنصارى، فقال: لا بأس إذا كان من طعامك،
وسألت عن مؤاكلة المجوسي، فقال: إذا توضع فلا بأس " (٣). وهذه هي الرواية
التي أشار إليها المصنف ونسبها إلى الشذوذ.

وصحيحة إسماعيل بن جابر قال: " قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول
في طعام أهل الكتاب؟ فقال: لا تأكله، ثم سكت هنيئة ثم قال: لا تأكله، ثم
سكت هنيئة ثم قال: لا تأكله، ولا تتركه تقول إنه حرام، ولكن تتركه تنزه عنه
إن في آنيتهم الخمير ولحم الخنزير " (٤).

وفي هذه الرواية - مع صحة سندها - تصريح بكون النهي محمولا على
الكراهة والتنزيه دون التحريم، وهو يصلح لحمل النهي في غيرها كذلك جمعا.

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

وفيها أيضا تعليل النهي بسبب مباشرتهم للنجاسات من الخمر ولحم الخنزير، فلو كانت أبدانهم نجسة بالذات لم يحسن التعليل بالنجاسة العرضية التي قد تتفق وقد لا تتفق.

ورواية زكريا بن إبراهيم قال: " دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت: إني رجل من أهل الكتاب، وإني أسلمت وبقي أهلي كلهم على النصرانية، وأنا معهم في بيت واحد لم أفارقهم بعد، فأكل من طعامهم؟ فقال لي: يأكلون لحم الخنزير؟ قلت: لا ولكنهم يشربون الخمر، فقال لي: كل معهم واشرب " (١). وحسنة الكاهلي قال: " سألت رجلا أبا عبد الله عليه السلام وأنا عنده عن قوم مسلمين حضرهم رجل مجوسي أيدعونه إلى طعامهم؟ فقال: أما أنا فلا أدعوه ولا أواكله، وإني لأكره أن أحرم عليكم شيئا تصنعونه في بلادكم " (٢). وهذه الرواية أيضا ظاهرة في حمل النهي على التنزيه والكراهة دون التحريم.

وصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: " سألته عن آنية أهل الكتاب، فقال: لا تأكلوا في آنيتهم إذا كانوا يأكلون فيه الميتة ولحم الخنزير " (٣).

وهذه الرواية كالسابقة في دلالتها ظاهرا على أن المانع هو النجاسة

-
- (١) الكافي ٦: ٢٦٤ ح ١٠، التهذيب ٩: ٨٧ ح ٣٦٩، الوسائل ١٦: ٣٨٥ الباب المتقدم ح ٥.
(٢) الكافي ٦: ٢٦٣ ح ٤، التهذيب ٩: ٨٨ ح ٣٧٠، الوسائل ١٦: ٣٨٣ ب " ٥٣ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٢.
(٣) الفقيه ٣: ٢١٩ ح ١٠١٧، التهذيب ٩: ٨٨ ح ٣٧١، الوسائل ١٦: ٣٨٥ ب " ٥٤ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٦.

ولو وقعت ميتة لها نفس في قدر نجس ما فيها. وأريق المائع وغسل
الجامد وأكل.

العرضية.

وفي معنى هذه الأخبار غيرها (١). وقد تقدم (٢) في باب ذبائح أهل الكتاب
ما يوافقها، مضافا إلى ظاهر الآية المتقدمة (٣) عن قريب.
ولا يخفى أن دلالتها على الطهارة أوضح من دلالة الروايات (٤) الدالة على
النجاسة، بل هي دالة على الكراهة، خصوصا صحيحة (٥) علي بن جعفر، فإنه
نهى عن مصافحته والنوم معه على فراش واحد، ولا خلاف في جوازهما، بل
غايتهما الكراهة لذلك. والكلام في صحيحة محمد بن مسلم في دلالتها على أن
المانع النجاسة العرضية كما سلف في نظائرها. غير أن الأشهر بين الأصحاب
القول بالنجاسة. والمصنف - رحمه الله - جعله فيما سبق (٦) أصح، وهنا أشهر
الروايتين.

قوله: " ولو وقعت ميتة... الخ "

أما نجاسة المائع فواضح، لأنه ماء قليل أو مضاف لاقى نجاسة فينجس.
وإنما يتعين إراقته على تقدير صيرورته مضافا، لأنه لا يقبل التطهير كما مر (٧).
فلو كان باقيا على الماء المطلق تخير بين إراقته وتطهيره بالماء الكثير، كما

(١) انظر الوسائل ١٦ : ٣٨٢ ب " ٥٢ - ٥٤ " من أبواب الأطعمة المحرمة.

(٢) في ج ١١ : ٤٥٩ - ٤٦١ .

(٣) في ص : ٦٧ وهي الآية ٥ من سورة المائدة.

(٤) المذكورة في ص : ٨٦ - ٨٧ .

(٥) المذكورة في ص : ٨٦ - ٨٧ .

(٦) في ص : ٦٥ .

(٧) في ج ١ : ٢٢ .

ولو عجن بالماء النجس عجين لم يطهر بالنار إذا خبز على الأشهر.

تقدم (١) في بابه.

وأما غسل الجامد من الحبوب واللحم فلقبوله التطهير، كما لو عرض له نجاسة غير ذلك. ويشهد له بخصوصه رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: " أن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن قدر طبخت وإذا في القدر فأرة، قال: يهراق مرقها ويغسل اللحم ويؤكل " (٢). قوله: " ولو عجن بالماء النجس... الخ ".

إذا عجن بالماء النجس [عجين] (٣) توقف تطهيره على ما ثبت شرعا أنه مطهر، ولم يثبت كون النار مطهرة لما جففته من دون أن يستحيل، والخبز لم يحصل منه إلا التجفيف، فلا يطهر. وهذا هو الأشهر، بل المذهب. وإنما خالف في ذلك الشيخ في النهاية في باب الطهارة (٤)، فحكم بطهره بالخبز، مع أنه في الأطعمة (٥) منها حكم بعدم طهره.

ومستنده على الطهارة رواية (٦) - مع ضعف سندها - لا دلالة فيها على ذلك. فالقول بالطهارة ساقط رأسا.

(١) في ج ١: ١٣.

(٢) الكافي ٦: ٢٦١ ح ٣، التهذيب ٩: ٨٦ ح ٣٦٥، الوسائل ١٦: ٣٧٦ ب " ٤٤ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

(٣) من " ذ، ر، ط، خ ".

(٤) النهاية: ٨ و ٥٩٠.

(٥) النهاية: ٨ و ٥٩٠.

(٦) التهذيب ١: ٤١٣ ح ١٣٠٣، الاستبصار ١: ٢٩ ح ٧٤، الوسائل ١: ١٢٩ ب " ١٤ " من

أبواب الماء المطلق ح ١٧.

الرابع: الأعيان النجسة، كالبول مما لا يؤكل لحمه، نجسا كان الحيوان كالكلب والخنزير، أو طاهرا كالأسد والنمر. وهل يحرم مما يؤكل؟ قيل: نعم، إلا أبوال الإبل، فإنه يجوز الاستشفاء بها. وقيل: يحل الجميع، لمكان طهارته. والأشبه التحريم، لمكان استخبائها.

قوله: " الأعيان النجسة... الخ ".
لا خلاف في نجاسة بول ما لا يؤكل لحمه مما له نفس، سواء كان نجس العين أم لا، فيحرم بوله للنجاسة.
وأما الحيوان المحلل ففي تحريم بوله قولان:
أحدهما - وبه قال المرتضى (١) وابن الجنيد (٢) وابن إدريس (٣) والمصنف في النافع (٤) - : الحل، للأصل، وكونه طاهرا، وعدم دليل يدل على تحريمه، فيتناوله قوله تعالى: (قل لا أجد فيما أوحى إلي محرما على طاعم يطعمه....) (٥) الآية.
والثاني - وهو الذي اختاره المصنف هنا والعلامة (٦) وجماعة (٧) - : التحريم عدا بول الإبل، للاستخبات فيتناوله: (ويحرم عليهم الخبائث) (٨). ولا يلزم

-
- (١) الإنتصار: ٢٠١.
 - (٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٦٨٦.
 - (٣) السرائر ٣: ١٢٥.
 - (٤) المختصر النافع: ٢٥٤.
 - (٥) الأنعام: ١٤٥.
 - (٦) قواعد الأحكام ٢: ١٥٨.
 - (٧) الوسيلة: ٣٦٤، الدروس الشرعية ٣: ١٧، المقتصر: ٣٣٨ - ٣٣٩.
 - (٨) الأعراف: ١٥٧.

الخامس: ألبان الحيوان المحرم، كلبن اللبوة والذئبة والهررة. ويكره: لبن ما كان لحمه مكروها، كلبن الأتن، مائعه وجامده، وليس بمحرم.

من طهارته حله، لأن المحلل أخص من الطاهر، ولا يلزم من ثبوت الأعم ثبوت الأخص. وللقائل بالحل أن يمنع من الاستخبات. وإنما استثنى بول الإبل لما ثبت من أن النبي (١) صلى الله عليه وآله أمر قوما اعتلوا بالمدينة أن يشربوا أبوال (٢) الإبل فشفوا، فيجوز الاستشفاء بها. وعلى هذا فيجب الاقتصار بحلها على موضع الحاجة. وقيل: يحل مطلقا. وعلى الأول يجوز مطلقا.

قوله: " ألبان الحيوان المحرم..... الخ ".
اللبن تابع للحيوان في الحل والحرم والكراهة. وقد روى العيص بن القاسم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " تغديت معه فقال: هذا شيراز الأتن اتخذناه لمريض لنا، فإن أحببت أن تأكل منه فكل " (٣). وعنه أيضا قال: " سألته عن شرب ألبان الأتن، فقال: اشربها " (٤).

- (١) الكافي ٧: ٢٤٥ ح ١، التهذيب ١٠: ١٣٤ ح ٥٣٣، الوسائل ١٨: ٥٣٥ ب " ١ " من أبواب حد المحارب ح ٧.
(٢) في " م " بول.
(٣) الكافي ٦: ٣٣٨ ح ١، التهذيب ٩: ١٠١ ح ٤٣٨، الوسائل ١٧: ٨٩ ب " ٦٠ " من أبواب الأطعمة المباحة ح ١. والشيراز: اللبن الرائب المستخرج مأؤه. المنجد: ٣٨١.
(٤) الكافي ٦: ٣٣٩ ح ٣، التهذيب ٩: ١٠١ ح ٤٣٩، الوسائل ١٧: ٨٩ الباب المتقدم ح ٣.

القسم السادس:

في اللواحق

وفيه مسائل:

الأولى: لا يجوز استعمال شعر الخنزير اختياراً، فإن اضطر استعمال ما لا دسم فيه، وغسل يده.

قوله: (لا يجوز استعمال.... الخ ..)

قد تقدم في باب الطهارة (١) الخلاف في أن شعر الخنزير وغيره من أجزائه التي لا تحلها الحياة نجسة على أصح القولين، فإن (٢) المرتضى (٣) حكم بطهارتها: فعلى قوله لا إشكال في جواز استعمال شعره لغير ضرورة. وعلى القول بنجاستها فالمشهور عدم جواز استعماله من غير ضرورة، لاطلاق تحريم الخنزير الشامل لجميع أجزائه وللأكل منه وغيره من ضروب الانتفاع، لأن التحريم المنسوب إلى الأعيان يراد منه أقرب المجازات إلى الحقيقة، وهو تحريم ضروب الانتفاع. حتى ادعى ابن إدريس (٤)، تواتر الأخبار بتحريم استعماله. وهو عجيب، لأننا لم نقف منها على شيء.

وذهب جمامة منهم العلامة في المختلف (٥) إلى جواز استعماله مطلقاً، لما فيه من المنفعة العاجلة الخالية من ضرر عاجل أو آجل، فيكون سائغاً، للأصل، ونجاسته لا تدل على تحريم الانتفاع به كغيره من الآلات المنجسة. وقد روى برد

(١) في ج ١: ١٢١.

(٢) كذا في إحدى الحجرتين، وفي النسخ الخطية: وإن.

(٣) المسائل الناصريات (ضمن سلسلة الينايع الفقهية) ١: ١٤٧ مسألة (١٩)

(٤) السرائر ٣: ١١٤.

(٥) المختلف: ٦٨٤.

ويجوز الاستقاء بجلود الميتة وإن كان نجسا. ولا يصلى من مائها.
وترك الاستقاء أفضل.

الإسكاف عن الصادق عليه السلام قال: " قلت له: إني رجل خزاز لا يستقيم عملنا إلا بشعر الخنزير نخرز به، قال: خذ منه وبرة فاجعلها في فخارة ثم أوقد تحتها حتى يذهب دسمه ثم أعمل به " (١). وبهذا تمسك القائل (٢) بالجواز مع الضرورة إذا زال دسمه بما ذكر. وقرينة الضرورة قوله إنه " لا يستقيم عملنا إلا به "

ويدل على عدم تقييده بحال الضرورة رواية برد أيضا قال: " قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك إنا نعمل بشعر الخنزير فربما نسي الرجل فصلى وفي يده شيء منه، قال: لا ينبغي له أن يصلي وفي يده شيء منه، وقال: خذوه فاغسلوه فما كان له دسم فلا تعملوا به، وما لم يكن له دسم فاعملوا به، واغسلوا أيديكم منه " (٣). ولم يقيد الإذن بحال الضرورة. وعن سليمان الإسكاف قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شعر الخنزير نخرز به، قال: لا بأس به، ولكن يغسل يده إذا أراد أن يصلي " (٤).
قوله: " ويجوز الاستقاء... الخ " .
هكذا أطلق الشيخ في النهاية (٥) الجواز، وقبله الصدوق (٦)، وتبعه

(١) الفقيه ٣: ٢٢٠ ح ١٠١٨، التهذيب ٩: ٨٤ ح ٣٥٥، الوسائل ١٦: ٤٠٤ ب " ٦٥ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

(٢) النهاية: ٥٨٧، المهذب ٢: ٤٤٣. إرشاد الأذهان ٢: ١١٣، الدروس الشرعية ٣: ١٥.

(٣) الفقيه ٣: ٢٢٠ ح ١٠١٩، التهذيب ٩: ٨٥ ح ٣٥٦، الوسائل ١٦: ٤٠٤ الباب المتقدم ح ٢.

(٤) التهذيب ٩: ٨٥ ح ٣٥٧، الوسائل ١٦: ٤٠٤ الباب المتقدم ح ٣.

(٥) النهاية: ٥٨٧.

(٦) حكاه عن مقنعه العلامة في المختلف: ٦٨٤، ولكن في المقنع: ١٤١ حذر من استعماله مطلقا، ولم نجده في سائر كتبه.

جماعة (١) على ذلك. ومستندهم أصالة الجواز، مع كون النجاسة غير مانعة من أصل الاستعمال.

وذهب ابن البراج (٢) والعلامة (٣) وجماعة (٤) إلى التحريم مطلقا، لعموم (٥) تحريم الميتة المتناول لاستعمال أجزائها كما قررناه سابقا، وعموم (٦) الأخبار الدالة على النهي عن الانتفاع بجلود الميتة مطلقا. وهذا أولى.

وفي المختلف (٧) جمع بين القول بجواز استعمال شعر الخنزير اختيارا وإن كان نجسا، وعدم جواز استعمال جلد الميتة قطعاً، محتجا على كل واحد منهما بنحو ما ذكرناه.

ولا يخلو ذلك من إشكال. وإن فرق بين الأمرين بورود الرواية بجواز استعمال الشعر - كما نقلناه - منعنا صحتها، فإن (٨) الإسكافيين الراويين مجهولان، فلا اعتماد إلا على أصالة الجواز - كما صدر (٩) به دليله - واشتماله على المنفعة، وكون النجاسة غير مانعة، وهذه أمور مشتركة بين الأمرين.

(١) الوسيلة: ٣٦٧، كشف الرموز ٢: ٣٧٤، إرشاد الأذهان ٢: ١١٣ قواعد الأحكام ٢:

١٥٩، التنقيح الرائع ٤: ٥٦ - ٥٧.

(٢) المهذب ٢: ٤٤٣.

(٣) المختلف: ٦٨٤.

(٤) المهذب البارع ٤: ٢٣١.

(٥) المائدة: ٣.

(٦) انظر الوسائل ١٦: ٣٦٨ ب " ٣٤ " من أبواب الأطعمة المحرمة.

(٧) المختلف: ٦٨٤.

(٨) في " ذ " وإحدى الحجريتين: فإن الاشكال في أن الروايتين مجهولتان.

(٩) أي: العلامة في المختلف، انظر الهامش (٧) هنا.

الثانية: إذا وجد لحم ولا يدرى أذكي هو أم ميت؟ قيل: يطرح في النار، فإن انقبض فهو ذكي، وإن انبسط فهو ميت.

نعم، يمكن الفرق بينهما بأن النهي في الآية (١) مورده الميتة مطلقا الشامل للانتفاع بجلودها، بخلاف الخنزير، فإن مورده اللحم فلا يتعدى إلى غيره، للأصل. وهذا حسن.

قوله: " إذا وجد لحم.... الخ "

هذا القول هو المشهور بين الأصحاب، خصوصا المتقدمين. قال الشهيد - رحمه الله - في الشرح: " لم أجد أحدا خالف فيه إلا المحقق في الشرائع والفاضل (٢)، فإنهما أورداها بلفظ " قيل " المشعر بالضعف " (٣). مع أن المصنف وافقهم في النافع (٤). وفي المختلف لم يذكرها في مسائل الخلاف. ولعله لذلك. واستدل بعضهم عليه بالاجماع. قال الشهيد - رحمه الله -: " وهو غير بعيد " (٥). ويؤيده موافقة ابن إدريس (٦) عليه، فإنه لا يعتمد على أخبار الآحاد، فلولا فهمه الاجماع لما ذهب إليه.

والأصل فيه رواية محمد بن يعقوب بإسناده إلى إسماعيل بن عمر، عن شعيب، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دخل قرية فأصاب فيها لحما لم يدر أذكي هو أم ميت؟ قال: " فاطرحه على النار، فكل ما انقبض فهو ذكي، وكل

(١) المائة: ٣.

(٢) إرشاد الأذهان ٢: ١١٣.

(٣) غاية المراد: ٢٧٦.

(٥) غاية المراد: ٢٧٦.

(٤) المختصر النافع: ٢٥٤.

(٦) السرائر ٣: ٩٦.

الثالثة: لا يجوز أن يأكل الانسان من مال غيره إلا بإذنه. وقد رخص - مع عدم الإذن - في تناول من بيوت من تضمنته الآية إذا لم يعلم منه الكراهية، ولا يحمل منه. وكذا ما يمر به الانسان من النخل، وكذا الزرع والشجر، على تردد.

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 وجهيه.

وظاهر الرواية أنه لا يحكم بحل اللحم وعدمه باختبار بعضه، بل لا بد من اختبار كل قطعة منه على حدة، ويلزم كل واحدة حكمها، بدليل قوله: " فكل ما انقبض فهو حلال، ركل ما انبسط فهو حرام ". ومن هنا مال الشهيد في الدروس (٢) إلى تعديتها إلى اللحم المشتبه منه الذكي بغيره، فيتميز بالنار كذلك. وقد تقدم (٣) الكلام فيه.

قوله: " ولا يجوز أن يأكل... الخ ".

الأصل تحريم التصرف في مال الغير بغير إذنه بالأكل وغيره، ولقوله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " (٤). وقوله صلى الله عليه وآله:

-
- (١) الكافي ٦: ٢٦١ ح ١، التهذيب ٩: ٤٨ ح ٢٠٠، الوسائل ١٦: ٣٧٠ ب " ٣٧ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.
- (٢) الدروس الشرعية ٣: ١٤.
- (٣) في ص: ٢٠.
- (٤) البقرة: ١٨٨.

" المسلم على المسلم حرام ماله ودمه وعرضه " (١). وقوله صلى الله عليه وآله:
" المسلم أخو المسلم، لا يحل له ماله إلا عن طيب نفس منه " (٢). ولا يفرق في
ذلك بين فرق المسلمين وإن كانوا أهل بدعة، عملاً بالعموم.
وقد استثنى من هذا العموم أمران:

الأول: الأكل من بيوت من تضمنته الآية " وهي قوله تعالى: (ولا على
أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت
إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت
أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم ليس عليكم جناح
أن تأكلوا جميعاً أو أشتاتاً) (٣). يعني: مجتمعين ومنفردين.
والمراد بالآباء هنا ما يشمل الأجداد، بقرينة الجمع، ولأن الجد أدخل في
القرب من العم والنخال. ويحتمل عدم دخولي الأجداد، لأنهم ليسوا آباء حقيقة،
بدليل صحة السلب، والاطلاق منزل عليها. والجمع جاء باعتبار جمع المأذونين
في الأكل، قضية للمطابقة. وكذا القول في الأمهات بالنسبة إلى الجدات. ولا فرق
في الإخوة والأخوات بين كونهم للأبوين أو لأحدهما. وكذا الأعمام والأخوال.
والمراد بـ " ما ملكتم مفاتحه " بيت العبد، لأن ماله ملك السيد أو من له عليه
ولاية. وقيل: الولد، لأنه لم يذكر بالصریح، وملكه لمفاتحه مبالغة في أولوية
الأب، كما في قوله صلى الله عليه وآله: (أنت ومالك لأبيك " (٤). وقيل: ما يجده

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

(٢) عوالي اللآلي ٣: ٤٧٣ ح ١، سنن الدارقطني ٣: ٢٥ ح ٨٧.

(٣) النور: ٦١.

(٤) الكافي ٣٥: ١٣٥ ح ٥، التهذيب ٦: ٣٤٣ ح ٩٦١، الاستبصار ٣: ٤٨ ح ١٥٧، الرسائل

١٢: ١٩٤ ب " ٧٨ " من أبواب ما يكتسب به ح ١.

الانسان في داره ولم يعلم به. وفي بعض الروايات عن الصادق عليه السلام: " أنه الرجل يكون له وكيل يقوم في ماله ويأكل بغير إذنه " (١).
والمرجع في الصديق إلى العرف. وفي صحيحة الحلبي قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن هذه الآية: (ليس عليكم جناح أن تأكلوا...) الآية، قلت: ما يعني بقوله: أو صديقكم؟ قال: هو والله الرجل يدخل بيت صديقه فيأكل بغير إذنه " (٢).

واشترط بعضهم (٣) تقييد الجواز بما يخشى فسادَه. وآخرون (٤) بالدخول إلى البيت بإذن المذكورين. وآخرون (٥) بعدم الكراهة. والأصح عدم اشتراط الأولين. أما الثالث فحسن، بمعنى أنه لو نهاه أو علم أو غلب على ظنه الكراهة حرم عليه الأكل. ولا يتعدى إلى غير البيوت من أموالهم، وقوفا فيما خالف الأصل على مورد الإذن.
الثاني: الأكل مما يمر به الانسان من ثمر النخل أو غيره من الشجر أو المباطخ والزرع. وقد اختلف الأصحاب فيه بسبب اختلاف الرواية، وبالجواز قال الأكثر، بل ادعى عليه في الخلاف (٦) الاجماع. وبه روايتان مرسلتان (٧) لا تقاوم

-
- (١) الكافي ٦: ٢٧٧ ح ٥، التهذيب ٩: ٩٦ ح ٤١٦، الوسائل ١٦: ٤٣٥ ب " ٢٤ " من أبواب آداب المائدة ح ٥.
(٢) الكافي ٦: ٢٧٧ ح ١، التهذيب ٩: ٩٥ ح ٤١٤، الوسائل ١٦: ٤٣٤ الباب المتقدم ح ١.
(٣) المقنع: ١٢٥.
(٤) السرائر ٣: ١٢٤.
(٥) الدروس الشرعية ٣: ٢٠.
(٦) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢: ٥٤٦ مسألة (٢٨).
(٧) انظر الوسائل ١٣: ١٤ ب " ٨ " من أبواب بيع الثمار ح ٣ و ٤.

الرابعة: من تناول خمرا، أو شيئا نجسا، فبصاقه طاهر، ما لم يكن متلوثا بالنجاسة. وكذا لو اكتحل بدواء نجس، فدمعه طاهر، ما لم يتلون بالنجاسة. ولو جهل تلونه، فهو على أصل الطهارة.

ما دل عليه الدليل (١) عموما من تناول (٢) مال الغير بغير إذنه، والمنع لا يحتاج إلى رواية تخصه، وما ورد (١) فيه فهو مؤكد، مع أنه من الصحيح. ومن قال بالجواز قيده بأن لا يقصد ولا يفسد ولا يحمل معه شيئا، ولا يعلم أو يظن الكراهة. وقد تقدم (٤) البحث في ذلك وتحقيق الدليل من الجانبين في كتاب التجارة.

والمصنف - رحمه الله - جزم بالجواز من غير نقل خلاف ثم، وتردد هنا. وتردده - رحمه الله - يمكن أن يكون في جواز الجميع، وأن يكون مختصا بالزرع والشجر دون النخل. والأظهر الأول. قوله: " من تناول خمرا..... الخ "

إنما حكم بطهره لأن البواطن لا تنجس بدون التغيير، وعلى تقدير تغييرها تطهر بزواله، فإذا ظهر البصاق غير متغير كان طاهرا لذلك. وكذا الدمع. ومع الجهل بلوثة (٥) يحكم بطهره، لأن البصاق والدمع طهران بالأصل فيستصحب إلى أن يعلم الناقل عنه. ويؤيده رواية أبي الديلم قال: " قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل يشرب الخمر فبزق فأصاب ثوبي من بزاقه، فقال: ليس

(١) انظر ص ٩٧ - ٩٨.

(٢) كذا فيما لدينا من النسخ، ولعل الصحيح: من حرمة تناول.....

(٣) انظر الوسائل الباب المتقدم ح ٧.

(٤) في ج ٣: ٣٧١ - ٣٧٣.

(٥) كذا في " ذ، و، خ " وفي سائر النسخ: بلونه.

الخامسة: الذمي إذا باع خمرا أو خنزيرا، ثم أسلم ولم يقبض الثمن،
فله قبضه.

السادسة: يحل (١) الخمر إذا انقلبت خلا، سواء كان انقلابها بعلاج أو
من قبل نفسها، وسواء كان ما يعالج به عينا باقية أو مستهلكة، وإن كان
يكره العلاج. ولا كراهية فيما ينقلب من قبل نفسه.

بشيء (٢).

قوله: " الذمي إذا باع خمرا... الخ "

لثبوتها في ذمة المشتري قبل الاسلام فيستصحب. ولا يقدر كون أصله
محرمًا على المسلم، لأنه قد استقر على وجه محلل في وقت يقر عليه، كما لو
كان قد قبضه ثم أسلم.

قوله: " تطهر الخمر إذا انقلبت خلا... الخ "

المشهور بين الأصحاب جواز علاج الخمر بما يحمضها ويقلبها إلى الخلية
من الأجسام الطاهرة، سواء كان ما عولج به عينا قائمة أم لا. ويدل عليه رواية
أبي بصير قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الخمر يصنع فيها الشيء حتى
تحمض، قال: إذا كان الذي صنع فيها هو الغالب على ما صنع فيه فلا بأس " (٣).
وعموم حسنة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " سألته عن الخمر العتيقة

(١) في الشرائع (الطبعة الحجرية): تطهر.

(٢) التهذيب ٩: ١١٥ ح ٤٩٨، الوسائل ١٧: ٣٠٢ ب " ٣٥ " من أبواب الأشربة المحرمة

ح ١

(٣) الكافي ٦: ٤٢٨ ح ١، التهذيب ٩: ١١٩ ح ٥١١، الوسائل ١٧: ٢٩٦ ب " ٣١ " من أبواب
الأشربة المحرمة ح ٢.

ولو ألقى في الخمر خل حتى يستهلكه، لم يحل ولم يطهر. وكذا لو ألقى في الخل خمر فاستهلكه الخل. وقيل: يحل إذا ترك حتى تصير الخمر خلا. ولا وجه له.

تجعل خلا، قال: لا بأس " (١). وإنما كره العلاج لقوله عليه السلام في رواية أبي بصير وقد سأله عن الخمر يجعل خلا فقال: " لا إلا ما جاء من قبل نفسه (٢) ". وقوله عليه السلام في رواية أخرى: " لا بأس إذا لم يجعل فيها ما يقلبها (٣) ". وربما قيل باشتراط ذهاب عين المعالج به قبل أن يصير خلا، لأنه ينجس بوضعه ولا يطهر بانقلابها خلا، لأن المطهر للخمر هو الانقلاب وهو غير متحقق في ذلك الجسم الموضوع فيها. ولا يرد مثله في الآنية، لأنها مما لا تنفك عنها الخمر، فلو لم تطهر معها لما أمكن الحكم بطهرها وإن انقلبت بنفسها. وهو متجه، إلا أن الأشهر الأول.

واعلم أنه ليس في الأخبار المعتبرة ما يدل على جواز علاجها بالأجسام والحكم بطهرها كذلك، وإنما هو عموم أو مفهوم كما أشرنا إليه، مع قطع النظر عن الإسناد إليه.

قوله: " ولو ألقى في الخمر.... الخ " .

القول للشيخ (٤) وابن الجنيد (٥)، لرواية عبد العزيز بن المهدي قال: " كتبت

(١) الكافي ٦: ٤٢٨ ح ٢، التهذيب ٩: ١١٧ ح ٥٠٤، الوسائل ١٧: ٢٩٦ الباب المتقدم ح ١.

(٢) التهذيب ٩: ١١٨ ح ٥١٠، الاستبصار ٤: ٩٣ ح ٣٦٠، الوسائل ١٧: ٢٩٧ الباب المتقدم

ح ٧.

(٣) الكافي ٦: ٤٢٨ ح ٤، التهذيب ٩: ١١٧ ح ٥٠٦، الاستبصار ٤: ٩٤ ح ٣٦١، الوسائل

١٧: ٢٩٦ الباب المتقدم ح ٤.

(٤) النهاية: ٥٩٢ - ٥٩٣.

(٥) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٦٨٩.

إلى الرضا عليه السلام: جعلت فداك العصير يصير خمرا فيصب عليه الخل وشيء
يغيره حتى يصير خلا، قال: لا بأس به " (١).
وتأول الشيخ رواية أبي بصير السابقة (٢) من قوله: " لا بأس إذا لم يجعل
فيها ما يقلبها " بأن معناه: " إذا جعل فيه ما يغلب عليه فيظن أنه خل، ولا يكون
كذلك مثل القليل من الخمر يطرح عليه كثير من الخل، فإنه يصير بطعم الخل،
ومع هذا فلا يجوز استعماله حتى يعزل عن تلك الخمر، ويترك مفردا إلى أن يصير
خلا، فإذا صار خلا حل حينئذ ذلك الخل " (٣).
وأنكر ذلك ابن إدريس (٤) والمصنف - رحمه الله - حيث قال: " لا وجه له "
للاجتماع على أن الخل يصير بمخالطة الخمر له نجسا، ولا دلالة على طهارته بعد
ذلك، لأنه إنما يطهر الخمر بالانقلاب إلى الخل، فأما الخل فهو باق على حقيقته،
وليس له حالة ينقلب إليها ليظهر بها.
وقال في المختلف: " إن كلام الشيخ ليس بعيدا من الصواب، لأن انقلاب
الخمر إلى الخل يدل على تمامية استعداد انقلاب ذلك الخمر إلى الخل، والمزاج
واحد، بل استعداد الملقى في الخل بصيرورته خلا أتم، ولكن لا يعلم لامتزاجه
بغيره، فإذا انقلب الأصل المأخوذ منه علم انقلابه أيضا، ونجاسة الخل تابعة
للخمرية وقد زالت، فتزول النجاسة عنه، كما مر في الخمر إذا انقلب " .

-
- (١) التهذيب ٩: ١١٨ ح ٥٠٩، الاستبصار ٤: ٩٣ ح ٣٥٩، الوسائل ١٧: ٢٩٧ ب " ٣١ "
من أبواب الأشرطة المحرمة ح ٨.
(٢) في ص: الصفحة السابقة.
(٣) التهذيب ٩: ١١٨ ذيل ح ٥١٠.
(٤) السرائر ٣: ١٣٣.

السابعة: أواني الخمر من الخشب والقرع والخزف غير المغضور لا يجوز استعماله، لاستبعاد تخلصه. والأقرب الجواز بعد إزالة عين النجاسة وغسلها ثلاثاً.

قال: " وقد نبه شيخنا أبو علي بن الجنيد عليه فقال: فأما إذا أخذ إنسان خمراً ثم صب عليه خلا، فإنه يحرم عليه شربه والاصطباغ به في الوقت ما لم يمض عليه وقت تنتقل في مثله العين من التحليل إلى التحريم أو من التحريم إلى التحليل " (١).

واعلم أن الروايات الواردة في الباب كلها ضعيفة. والقول بطهر الخل إذا مضى زمان يعلم انقلاب الخمر فيه إلى الخلية متجه، إذا جوزنا العلاج وحكمنا بطهارته مع بقاء عين المعالج بها، لأن الخل لا يقصر عن تلك الأعيان المعالج بها حيث حكم بطهرها مع طهره. إلا أن إثبات الحكم من النص لا يخلو من إشكال، واستفادته من إطلاق جواز علاجه أعم من بقاء عين المعالج [بها] (٢). قوله: " أواني الخمر... الخ ".

القول بالمنع من استعمال الأواني المذكورة مطلقاً للشيخ في النهاية (٣)، لرواية أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام: " قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كل مسكر، وكل مسكر حرام، قلت: فالظروف التي يصنع فيها؟ قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن الدباء والمزفت والحنتم والنقير، قلت: وما ذلك؟ قال: الدباء: القرع، والمزفت: الدنان، والحنتم: الجرار الزرق، والنقير: خشب كان أهل الجاهلية ينقرونها حتى يصير لها أجواف ينبذون

(١) المختلف: ٦٨٩.

(٢) من " ط، م " .

(٣) النهاية: ٥٩٢.

فيها " (١).

وصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: " نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن الدباء والمزفت وزدتم أنتم الحنتم - يعني: الغضار - ثم قال: وسألته عن الجرار الخضر والرصاص، قال: لا بأس بها " (٢).
ولأن في الخمر حدة ونفوذا في الأجسام الملاقية لها، فإذا لم تكن الآنية مغضورة دخلت أجزاءها بها واستقرت في باطنها، فلا ينفذ الماء إليها على وجه التطهير.

وجوابه - مع قطع النظر عن سند الأولى - حمل النهي على الكراهة، وإلا فالماء ينفذ فيما ينفذ فيه الخمر ويحرق الآنية وإن لم يكن فيها خمر. ولأن ذلك لو منع لمنع في غيره من النجاسات المائية، فإنها تدخل في باطن الإناء المذكور (٣) بالوجدان، ولا خلاف في طهرها.
نعم، قد ينقدح أن الماء لا يدخل إلى باطنه إلا بالترشح، فلا يكفي في التطهير.

ويندفع بأنه يدخل كذلك في الأواني والثياب والحشايا (٤) مع الحكم بطهرها في غير الخمر إجماعاً، فليكن فيه كذلك. وإطلاق النصوص بطهارة هذه

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

(٢) الكافي ٦: ٤١٨ ح ١، التهذيب ٩: ١١٥ ح ٥٠٠، الوسائل ١٧: ٢٨٥ ب " ٢٥ " من أبواب الأشربة المحرمة ح ١.

(٣) في إحدى الحجريتين: الأواني المذكورة.

(٤) الحشايا جمع الحشية بالتشديد،: الفراش. انظر نهاية ابن الأثير ١: ٣٩٣.

الأشياء يشمل موضع النزاع، ويوجب الاكتفاء بنفوذ الماء على هذا الوجه. فكان القول بطهارة الإناء المذكور من الخمر إذا غسل ونفذ الماء فيه إلى ما نفذت الخمر فيه أقوى. ويؤيده رواية عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " سألته عن الذي يكون فيه الخمر هل يصلح أن يكون فيه الخل أو ماء و كامخ أو زيتون؟ قال: إذا غسل فلا بأس " (١).

وإطلاق النص والفتوى يقتضي ثبوت الطهارة بالماء القليل والكثير. وتحققها بهما فيما لا يتشرب واضح. أما فيه فبالكثير إذا نقع حتى نفذ في باطنه على حد ما نفذت فيه الخمر. واعتبار المصنف وغيره (٢) في طهارته ثلاث مرات أو سبع صريح في طهره بالقليل أيضا، لأن الكثير لا يعتبر فيه التعدد.

إذا تقرر ذلك فما الذي يعتبر من العدد على تقدير تطهيره في القليل؟ اختلف فيه كلام الشيخ، فاعتبر تارة ثلاثا (٣)، وهو الذي اختاره المصنف هنا، وأخرى سبعا (٤).

ومستند القولين رواية عمار السابقة، وفيها: " وقال في قدح أو إناء يشرب فيه الخمر قال: تغسله ثلاث مرات، وسئل يجزيه أن يصب فيه الماء؟ قال: لا يجزيه حتى يدلك بيده ويغسله ثلاث مرات ". وهي حجة الأول. وفي

-
- (١) الكافي ٦: ٤٢٧ ح ١، التهذيب ٩: ١١٥ ح ٥٠١، الوسائل ١٧: ٢٩٤ ب " ٣٠ " من أبواب الأشربة المحرمة ح ١. والكامخ: إدام يؤتدم به، رخصه بعضهم بالمخللات التي تستعمل لتشهية الطعام. المنجد: ٦٩٨.
(٢) المبسوط ١: ١٥، قواعد الأحكام ٢: ١٥٩.
(٣) النهاية: ٥٩٢.
(٤) المبسوط ١: ١٥، قواعد الأحكام ٢: ١٥٩.

رواية أخرى عن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في الإناء يشرب فيه النبيذ قال: " يغسل سبع مرات " (١).

ومن عمل بالأولى حمل هذه على الاستحباب جمعا. ولا ريب أنه أولى، إذ يلزم من العمل بالسبع اطراح رواية الثلاث.

ويمكن على هذا حمل الروايتين على الاستحباب، لاطلاق الرواية (٢) عن عمار بالغسل في أولها الصادق بمسماه. وكذا إطلاق غيره من النصوص الصحيحة (٣).

وهذا هو الذي اختاره العلامة (٤) وجماعة. وفيه قوة. مع أن رواية عمار - مع ضعف سندها، وقصورها عن إفادة الوجوب، واختلافها في التقدير - يظهر عليها قرائن الاستحباب، من اعتباره مع الثلاث ذلك الإناء بيده، وعدم اعتباره في غيرها، والدلك غير واجب، بل المعتبر زوال العين كيف اتفق. وأيضا في رواية السبع قال: " وكذلك الكلب " أي: يغسل منه سبعا، وهم لا يقولون به، فهو قرينة الاستحباب.

وأما القول بحمل المطلق على المقيد، فيسقط دلالة الاطلاق، ثم المقيد بالثلاث والسبع يحصل الجمع بينهما بوجوب الثلاث واستحباب السبع، فإنما يتم

(١) التهذيب ٩: ١١٦ ح ٥٠٢، الوسائل ١٧: ٢٩٤ ب " ٣٠ " من أبواب الأشربة المحرمة ح ٢.

(٢) المذكورة في الصفحة السابقة.

(٣) انظر الوسائل ١٧: ٢٩٥ الباب المتقدم ح ٥، ٦.

(٤) إرشاد الأذهان ١: ٢٤٠.

الثامنة: لا يحرم شئ من الربوبات والأشربة وإن شم منه رائحة المسكر، ك: رب الرمان والتفاح، لأنه لا يسكر كثيره.

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

قوله: " لا يحرم شئ من الربوبات... الخ " .

لما كان الأصل في هذه الأشياء الحل، والتحرير يتوقف على دليل يدل عليه، ولم يقد دليل على تحريم هذه الربوبات، فلا وجه للعدول عما دل عليه الأصل من حلها، وإن أشبهت المسكر في الرائحة وغيرها، ما لم تشاركه في خاصية الاسكار فتصير من أفرادها، لكن ذلك يتخلف عنها مطلقا، إذ لم ينقل فيها فعل ذلك مطلقا.

ويؤيده رواية جعفر بن أحمد المكفوف قال: " كتبت إليه - يعني: أبا الحسن الأول عليه السلام - أسأله عن السكنجين والجلاب ورب التوت ورب التفاح ورب الرمان، فكتب عليه السلام: حلال " (٣). وفي رواية أخرى مثل الأولى وزاد [فيها] (٤): رب السفرجل، وبعده: " إذا كان الذي يبيعها غير عارف وهي تباع في أسواقنا، فكتب: جائز لا بأس بها " (٥).

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

(٢) في " د ": الأولى. وفي " ذ، خ ": الأول.

(٣) الكافي ٦: ٤٢٦ ح ١، التهذيب ٩: ١٢٧ ح ٥٥١، الوسائل ١٧: ٢٩٣ ب " ٢٩ " من أبواب الأشربة المحرمة ح ١.

(٤) من الحجريتين.

(٥) الكافي ٦: ٤٢٧ ح ٢، التهذيب ٩: ١٢٧ ح ٥٥٢، الوسائل ١٧: ٢٩٣ الباب المتقدم ح ٢.

التاسعة: يكره أكل ما باشره الجنب والحائض، إذا كانا غير مأمونين. وكذا يكره أكل ما يعالجه من لا يتوقى النجاسات، وأن يسقي الدواب شيئاً من المسكرات.

قوله: " يكره أكل ما باشره... الخ "

المراد بكونهما غير مأمونين في التحفظ من النجاسة. وكذا القول في كل من لا يتحفظ منها إذا لم تعلم عليه يقينا. ولا يحكم بنجاسة ما باشره وإن غلب على الظن نجاسته على أصح القولين.

قوله: " وأن يسقي الدواب... الخ "

لرواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: " سألته عن البهيمة - البقرة وغيرها - تسقى أو تطعم ما لا يحل للمسلم أكله أو شربه أيكره ذلك؟ قال: نعم " (١). ورواية غياث عن أبي عبد الله عليه السلام: " أن أمير المؤمنين عليه السلام كره أن يسقى الدواب الخمر " (٢).

ولا يحرم، لعدم تكليفها، فلا يتعلق النهي بها، ولا بصاحبها حيث لم يشربها، خلافا للقاضي (٣).

ولا يلحق بها الأطفال وإن شاركوا في عدم التكليف، بل يحرم سقيهم المسكر، وقد روي: " أن من سقى مولودا مسكرا سقاه الله من الحميم " (٤).

(١) التهذيب ٩: ١١٤ ح ٤٩٧، الوسائل ١٧: ٢٤٦ ب " ١٠ " من أبواب الأشربة المحرمة ح ٥.

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

(٣) المهذب ٢: ٤٣٣.

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

ويكره الإسلاف في العصير.
وأن يستأمن على طبخه من يستحل شربه قبل أن يذهب ثلثاه، إذا
كان مسلماً. وقيل: لا يجوز مطلقاً. والأول أشبه.

قوله: " ويكره الإسلاف... الخ ".
هكذا أطلق الشيخ - رحمه الله - في النهاية (١). وعلله: " بأنه لا يؤمن أن
يطلبه صاحبه ويكون قد تغير إلى حال الخمر، بل ينبغي أن يبيعه يدا بيد، وإن
كان لو فعل ذلك لم يكن محظوراً ".
وناقشه ابن إدريس (٢) في ذلك وقال: السلف لا يكون إلا في الذمة، ولا
يكون في العين، وإذا كان في الذمة لزمه تسليم ما في ذمته من العصير من أي
موضع كان، سواء تغير ما عنده إلى حال الخمر أم لم يتغير، فلا وجه حينئذ
للكراهة.
وأجيب (٣) بإمكان أن يرد بالسلف بيع عين مشخصة يسلمها إليه في
وقت معين، وأطلق عليه اسم السلف مجازاً، كما ورد السلف في مسوك
الغنم مع المشاهدة، أو يحمل على الحقيقة ويتعذر عليه تحصيل العصير عند
الأجل، لانقلابه كذلك. ولا يخفى ما في هذا الجواب من التكلف، وقوة كلام
ابن إدريس.
قوله: " وأن يستأمن على طبخه... الخ ".
القول بعدم الجواز للشيخ في النهاية (٤)، وتبعه ابن إدريس (٥) والعلامة (٦)

-
- (١) النهاية: ٥٩١.
 - (٢) السرائر ٣: ١٣١.
 - (٣) المختلف: ٦٨٨.
 - (٤) النهاية: ٥٩١.
 - (٥) السرائر ٣: ١٢٩.
 - (٦) قواعد الأحكام ٢: ١٥٩.

ويكره: الاستشفاء بمياه الجبال الحارة.

وولده الفخر (١)، لرواية معاوية بن عمار قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل من أهل المعرفة بالحق يأتيني بالبختج فيقول: قد طبخ على الثلث، وأنا أعرف أنه يشربه على النصف، أفأشربه بقوله وهو يشربه على النصف؟ فقال: خمر لا تشربه، قلت: فرجل من غير أهل المعرفة ممن لا نعرفه يشربه على الثلث ولا يستحله على النصف، يخبرنا أن عنده بختجا على الثلث وقد ذهب ثلثاه وبقي ثلثه، يشرب منه؟ فقال: نعم " (٢). والمراد بقوله: " على الثلث " أنه قد لقي منه الثلث وذهب ثلثاه بالغلين.

والمصنف - رحمه الله - اختار الكراهة، لأن ذا اليد قوله مقبول في طهارة ما تحت يده ونجاسته، فليكن هنا كذلك. ويمكن الطعن في الرواية بضعف السند، فإن في طريقها يونس بن يعقوب، وقد قال الصدوق ابن بابويه (٣) والكشي (٤): إنه فطحي (٥)، وإن كان الشيخ (٦) قد وثقه، إذ لا منافاة بين الأمرين، فيصلح حينئذ دليلاً للكراهة لا التحريم.
قوله: " ويكره الاستشفاء.... الخ " .
المستند رواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " نهى

(١) إيضاح الفوائد ٤: ١٥٨ - ١٥٩.

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

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

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

(٥) في هامش " ذ، ر " : " قال النجاشي: إنه رجع من الفطحية، وقول النجاشي مقبول. منه

رحمه الله " . انظر رجال النجاشي: ٤٤٦ رقم (١٢٠٧).

(٦) رجال الطوسي: ٣٦٣ و ٣٩٤.

ومن اللواحق
النظر في حال الاضطرار
وكل ما قلنا [٥] بالمنع من تناوله، فالبحت فيه مع الاختيار. ومع
الضرورة يسوغ التناول، لقوله تعالى: (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم
عليه) (١)، وقوله: (فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم) (٢)، وقوله:
(وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه) (٣).

رسول الله صلى الله عليه وآله عن الاستشفاء بالحميات، وهي العيون الحارة
التي تكون في الجبال التي توجد فيها رائحة الكبريت، فإنها تخرج من فوح
جهنم " (٤).

قوله: " وكل ما قلنا بالمنع... الخ "

لا خلاف في أن المضطر إذا لم يجد الحلال يباح له أكل المحرمات
من الميتة والدم ولحم الخنزير وما في معناها، على ما قال تعالى: (فمن اضطر
غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) وغيرها من الآيات. والمراد بالمخمصة في قوله
تعالى: (فمن اضطر في مخمصة): المجاعة. وقوله تعالى: (غير متجانف لإثم)
أي: غير منحرف إليه، وهو كقوله تعالى: (غير باغ ولا عاد). وسيأتي (٥)
تفسيرهما.

(١) البقرة: ١٧٣.

(٢) المائدة: ٣.

(٣) الأنعام: ١١٩.

(٤) الكافي ٦: ٣٨٩ ح ١، التهذيب ٩: ١٠١ ح ٤٤١، الوسائل ١: ١٦٠ ب " ١٢ " من أبواب

الماء المضاف ح ٣.

(٥) في ص: ١١٤.

فليكن النظر في: المضطر، وكيفية الاستباحة.
أما المضطر:

فهو الذي يخاف التلف لو لم يتناول. وكذا لو خاف المرض بالترك.
وكذا لو خشي الضعف المؤدي إلى التخلف عن الرفقة، مع ظهور أمارة
العطب، أو ضعف الركوب المؤدي إلى خوف التلف. فحينئذ يحل له تناول
ما يزيل تلك الضرورة.

قوله: "أما المضطر فهو الذي... الخ".

ما ذكره من تفسير الاضطرار هو المشهور بين الأصحاب، لتحقق معنى
الاضطرار على جميع هذه الأحوال. وقال الشيخ في النهاية: "لا يجوز أن يأكل
الميتة إلا إذا خاف تلف النفس، فإن خاف ذلك أكل ما يمسك الرمق، ولا يتملاً
منه" (١). ووافقه تلميذه القاضي (٢) وابن إدريس (٣) والعلامة في المختلف (٤).
والأصح الأول. وفي معنى ما ذكر من يخاف طول المرض أو عسر برئه، لأن ذلك
كله اضطرار، ومنعه على تقديره حرج منفي (٥).
ولا يشترط تيقن وقوع ذلك، بل يكفي غلبة الظن كنظائره. ولا يجب
الامتناع إلى أن يشرف على الموت، فإن تناول حينئذ لا ينفع ولا يدفع، بل لو
انتهى إلى تلك الحالة لم يحل له تناول، لأنه غير مفيد، والغرض من إباحة
المحرم حفظ النفس.

(١) النهاية: ٥٨٦.

(٢) المهذب ٢: ٤٤٢.

(٣) السرائر ٣: ١١٣.

(٤) المختلف: ٦٨٣ - ٦٨٤.

(٥) الحج: ٧٨، الفتح: ١٧.

ولا يختص ذلك نوعاً من المحرمات، إلا ما سنذكره.
ولا يترخص: الباغي، وهو الخارج على الإمام، وقيل: الذي يبغى
الميتة، ولا العادي، وهو: قاطع الطريق، وقيل: الذي يعدو شبعه.

قوله: " ولا يختص ذلك نوعاً... الخ "

إذا بلغ المضطر حداً يجوز له تناول المحرم لم يختص شيئاً منها دون
شيء، لعموم قوله تعالى: (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) (١) بعد
تفصيل ما حرم عليه، وكذا غيره من الآيات (٢). لكن بعض المحرمات يقدم على
بعض بنص خارج. وسيأتي (٣) تحقيقه عن قريب.

قوله: " ولا يترخص الباغي... الخ "

قد عرفت استثناء الباغي والعادي من الرخصة بالآية. وقد اختلف في
المراد منهما، فذهب المصنف وجماعة (٤) إلى أن الباغي هو الخارج على الإمام
والعادي قاطع الطريق، لرواية أحمد بن محمد بن أبي نصر عن ذكره عن أبي
عبد الله عليه السلام في قوله عز وجل: (فمن اضطر غير باغ ولا عاد) (٥) قال:
" الباغي الذي يخرج على الإمام، والعادي الذي يقطع الطريق، لا تحل له
الميتة " (٦).

والرواية مرسلة، وفي طريقها سهل بن زياد، إلا أن تفسيرها للباغي

(١) البقرة: ١٧٣.

(٢) المائدة: ٣، الأنعام: ١١٩.

(٣) في ص: ١٢٢ و ١٢٦.

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

(٥) البقرة: ١٧٣.

(٦) الكافي ٦: ٢٦٥ ح ١، معاني الأخبار: ٢١٣ ح ١، الوسائل ١٦: ٣٨٩ ب " ٥٦ " من
أبواب الأطعمة المحرمة ح ٥.

وأما كيفية الاستباحة:
فالمأذون فيه حفظ الرمق، والتجاوز حرام، لأن القصد حفظ
النفس.

وهل يجب تناول للحفظ؟ قيل: نعم، وهو الحق. فلو أراد التنزه
والحال حالة خوف التلف، لم يجز.

مناسب لمعناه المشهور شرعا، ولعله حقيقة شرعية فيه. وإنما الكلام في الآخر،
وفي رواية حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " العادي
السارق " (١). ومثله روى عبد العظيم الحسيني عن الجواد عليه السلام (٢).
والقول بأن الباغي من يبغى الميتة والعادي من يعدو شبعه لبعض
المفسرين (٣). وهو حسن أيضا، لأن باغي الميتة مع الاختيار عاص كغيره
ممن فسر به الباغي، ومن تجاوز شبعه غير مرخص أيضا، لأنه لا ضرورة له
إليه، بل لا ضرورة (٤) إلى إخراجه من الرخصة. وفي الروايتين (٥) السابقتين:
" الباغي الذي يبغى الصيد بطرا ولهوا، لا ليعود به على عياله ". وقيل فيهما
غير ذلك.

قوله: " وأما كيفية الاستباحة... الخ ".
لا خلاف في أن المضطر يستبيح سد الرمق، وهو بقية الحياة، بمعنى أنه

-
- (١) الكافي ٣: ٤٣٨ ح ٧، التهذيب ٣: ٢١٧ ح ٥٣٩، الوسائل ١٦: ٣٨٨ الباب المتقدم ح ٢.
(٢) الفقيه ٣: ٢١٦ ح ١٠٠٧، التهذيب ٩: ٨٣ ح ٣٥٤، الوسائل ١٦: ٣٨٨ الباب المتقدم
ح ١.
(٣) كنز العرفان للمقداد ٢: ٣٢٢ - ٣٢٣، وانظر النكت والعيون للماوردي ١: ٢٢٣، تفسير
الفخر الرازي ٥: ١٣ - ١٤، تفسير القرطبي ٢: ٢٣١، الدر المنثور ١: ٤٠٧.
(٤) في " ذ، د، ر، خ ": بل الضرورة.
(٥) وهما روايتا حماد وعبد العظيم الحسيني.

يأكل ما يحفظه من الهلاك، وليس له أن يزيد على الشيع إجماعا. وهل يجوز له أن يزيد عن سد الرمق إلى الشيع؟ ظاهر المصنف والأكثر العدم، لأن الضرورة اندفعت بسد الرمق، وقد يجد بعده من الحلال ما يغنيه عن الحرام. وهو حسن حيث لا يحتاج إلى الزائد، بأن كان في بادية وخاف أن لا يتقوى على قطعها لو لم يشيع، أو يحتاج إلى المشي أو العدو، فيجوز ما تندفع به الحاجة. وكذا يجوز له التزود منه إذا كان لا يرجو الوصول إلى الحلال. فلو كان يرجوه لم يجز.

إذا تقرر ذلك، فهل يجب تناول على الوجه المأذون فيه، أو هو باق على أصل الرخصة، فله التنزه عنه؟ قولان أصحهما الأول، لأن تركه يوجب إعاقته على نفسه، وقد نهى عنه تعالى بقوله: (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) (١)، كما يجب دفع الهلاك بأكل الطعام الحلال.

ووجه الثاني: أن الصبر عنه (٢) لكونه محرما ضرب من الورع، فيكون كالصبر على القتل لمن يراد منه إظهار كلمة الكفر.

وهو ضعيف، لأن المأكول على هذا الوجه ليس محرما، فلا ورع في تركه. والفرق بين الأمرين واضح، فإن في الاستسلام للقتل ممن أكره على كلمة الكفر إعزاز الاسلام وإيدانا بشرفه، وإنه مما يتنافس في حفظه بالنفس، بخلاف تناول المحرم.

(١) البقرة: ١٩٥.

(٢) في "د": عليه.

ولو اضطر إلى طعام الغير وليس له الثمن وجب على صاحبه بذله، لأن في الامتناع إعانة على قتل المسلم. وهل له المطالبة بالثمن؟ قيل: لا، لأن بذله واجب، فلا يلزم له العوض.

وإن كان الثمن موجودا، وطلب ثمن مثله، وجب دفع الثمن. ولا يجب على صاحب الطعام بذله لو امتنع من بذل العوض، لأن الضرورة المبيحة لاقتساره مجانا زالت بالتمكن من البذل.

قوله: " ولو اضطر إلى طعام... الخ "

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

فإن أثر المالك المضطر غيره على نفسه في صورة لا يجب عليه دفعه، ففي جوازه وجهان، أحدهما ذلك مع تساويهما في الإسلام والاحترام، لعموم قوله تعالى: (ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة) (١) ولأن المقصود حفظ النفس المحترمة وهو حاصل بأحدهما، فلا ترجيح.

ويحتمل عدم الجواز، لقدرته على حفظ نفسه بعدم بذل ماله، فلا يجوز له بذله، لما فيه من إلقاءها في التهلكة بيده. ويمكن حينئذ منع كون ذلك إلقاء في التهلكة، كثبات المجاهد لمثله مع ظهور أمارة العطب، فإن المقتول على هذا

(١) الحشر: ٩.

الوجه [المشروع] (١) ليس بهالك بل فائز. ولو كان المضطر ذميا أو بهيمة لم يجز إيثاره وإن كان محترما.

وإن لم يكن المالك مضطرا إليه فعليه إطعام المضطر، مسلما كان أم ذميا أم مستأمنا. وكذا لو كان يحتاج إليه في ثاني الحال على الأظهر. وللمضطر أن يأخذه ويقاتله عليه، فإن قتل المالك المضطر عن طعامه فعليه القصاص. ولو منعه من الطعام فمات جوعا ففي ضمانه له وجهان، من أنه لم يحدث فيه فعلا مهلكا، ومن أن الضرورة أثبتت له في ماله حقا فكأنه منع منه طعامه.

وفي مقدار ما يجب على المالك بذله من سد الرمق أو القدر المشبع وجهان مبنيان على القدر الذي يحل من الميتة.

وهل يجب على المضطر الأخذ قهرا والقتال، أو الثابت مجرد الجواز؟ وجهان مبنيان على الخلاف في أنه هل يجب عليه الأكل من الميتة أم لا؟ وأولى بأن لا يجب هنا لو قيل به ثم، لأن عقل المالك ودينه يبعثانه على الإطعام وهو واجب عليه، فجاز أن يجعل الأمر موكولا إليه. والأصح الوجوب مع إظهاره الامتناع، لوجود العلة الموجبة في الميتة.

ثم إن كان المضطر قادرا على دفع ثمنه لم يجب على المالك بذله مجانا قطعا، لأن ضرورة الجائع تندفع ببذله الثمن القادر عليه. وإن كان عاجزا عنه، ففي وجوب بذله مجانا وجهان: أحدهما: العدم، لعصمة مال الغير كعصمة نفسه، فيجمع بين الحقين

(١) من الحجريتين فقط.

بالعوض وقت القدرة.

والثاني: عدم جواز أخذ العوض، لوجوب بذله فلا يتعقبه العوض، لأنه لا عوض على فعل الواجب، كما أنه إذا خلص مشرفا على الهلاك لا يجب له عليه أجره المثل.

وجوابه: منع الكلية، كما يجب بذل الطعام في الغلاء على المحتكر ويجبر عليه مع جواز أخذه العوض إجماعا. والمعلوم وجوبه نفس بذل المال أعم من كونه مجانا أو بعوض. وفرقوا بينه وبين تخليص المشرف على الهلاك: بأنه هناك يلزمه التخليص وإن لم يكن للمشرف على الهلاك مال، ولا يجوز التأخير إلى تقدير الأجرة وتقريرها، بخلاف ما هنا. ولا يخلو هذا الفرق من قصور. وربما سوى بعضهم (١) بين الأمرين حيث يحتمل الحال موافقته على أجرة يبذلها أو يقبلها، ولا يلزمه تخليصه حتى يقبل الأجرة كالمضطر، كما أنه لو لم يحتمل الحال مساومة المضطر يجب عليه بذله ولا يلزمه العوض، بخلاف ما إذا احتمل وإن لم يكن هناك مال مقدور عليه.

إذا تقرر ذلك، فإذا بذل المالك الطعام مجانا فعليه قبوله، ويأكل إلى أن يشبع مع سعة المبدول. وإن بذله بالعوض، نظر إن لم يقدر العوض فعلى المضطر قيمة ما أكل في ذلك الزمان والمكان أو مثله إن كان مثليا. وله أن يشبع أيضا. وإن قدر العوض، فإن لم يفرد له ما يأكله فكذلك. وإن أفرده، فإن كان المقدر ثمن المثل فالبيع صحيح، وله أن يأخذ ما فضل عن الأكل. وإن كان أكثر

(١) انظر روضة الطالبين ٢: ٥٥٣.

فسيأتي (١) البحث فيه.

وإن أطعمه المالك ولم يصرح بالإباحة، ففيه وجهان أصحهما أنه لا عوض عليه، ويحمل على المسامحة المعتادة في الطعام سيما في حق المضطر.

ولو اختلفا فقال المطعم: أطعمتك بعوض، وقال المضطر: بلا عوض، ففي تصديق المطعم لأنه أعرف بكيفية ما بذله، أو المضطر لأصالة براءة ذمته، وجهان.

ولو افتقر المضطر إلى وجور الطعام في فمه، فوجره المالك وهو مغمى عليه بنية العوض، ففي استحقاقه العوض وجهان. وأولى بالاستحقاق هنا، لأنه خلصه من الهلاك، فكان كالعفو عن القصاص إلى الدية، ولما فيه من التحريض على تدارك المضطرين. ووجه العدم: أن المضطر لم يطلب ولا تناول (٢)، فكان المالك متبرعا. والأقوى الأول.

وكما يجب بذل المال لابقاء الآدمي، يجب بذله لابقاء البهيمة المحترمة وإن كانت ملكا للغير، ولا يجب البذل للحربي والكلب العقور. ولو كان للانسان كلب غير عقور جائع وشاة فعليه إطعام الشاة.

ولو كان صاحب الطعام غائبا أكل منه وجوبا، وغرم قيمة ما أكل إن كان قيميا ومثله إن كان مثليا، سواء قدر على العوض أم لا، لأن الذمم تقوم مقام الأعيان.

(١) في الصفحة التالية.

(٢) في "خ": ولم يتناول.

وإن طلب زيادة عن الثمن، قال الشيخ: لا تجب الزيادة. ولو قيل: تجب، كان حسنا، لارتفاع الضرورة بالتمكن. ولو امتنع صاحب الطعام والحال هذه جاز له قتاله، دفعا لضرورة العطب. ولو واطأه فاشتراه بأزيد من الثمن كراهية لإراقة الدماء، قال الشيخ: لا يلزمه إلا ثمن المثل، لأن الزيادة لم يبذلها اختيارا. وفيه إشكال، لأن الضرورة المبيحة للاكراه ترتفع بإمكان الاختيار.

قوله: " وإن طلب زيادة عن الثمن... الخ ".
قال الشيخ في المبسوط: " إذا امتنع صاحب الطعام من بذله إلا بأزيد من ثمن مثله، فإن كان المضطر قادرا على قتاله قاتله، فإن قتل المضطر كان مظلوما مضمونا، وإن قتل المالك كان هدرًا، وإن لم يكن قادرا على قتاله أو قدر فتركه حذرا من إراقة الدماء، فإن قدر على أن يحتال عليه ويشتريه منه بعقد فاسد حتى لا يلزمه إلا ثمن مثل فعله، فإن لم يقدر إلا على العقد الصحيح فاشتراه بأكثر من ثمن مثله، قال قوم: يلزمه الثمن، لأنه باختياره بذل، وقال آخرون: لا تلزمه الزيادة على ثمن المثل، لأنه مضطر إلى بذلها، فكان كالمكره عليها، وهو الأقوى عندنا " (١).

والمصنف - رحمه الله - رجح وجوب الزائد مع قدرته عليه، محتجا بارتفاع الضرورة مع التمكن من بذل العوض الزائد، فلم يجب على المالك بذله، لأن غريمه غير مضطر.

ويفهم من تعليقه الوجوب بارتفاع الضرورة أنه لو لم يكن قادرا على بذلها

(١) المبسوط ٦: ٢٨٦.

ولو وجد ميتة وطعام الغير، فإن بذل له الغير طعامه بغير عوض، أو عوض هو قادر عليه، لم تحل الميتة. ولو كان صاحب الطعام غائبا، أو حاضرا ولم يبذل، وقوي صاحبه على دفعه عن طعامه، أكل الميتة. وإن كان صاحب الطعام ضعيفا لا يمنع، أكل الطعام وضمنه، ولم تحل الميتة. وفيه تردد.

لم يجب كما ذكره الشيخ، وإن كان قد أطلق الحكم. ومن الأصحاب (١) من حمل كلام الشيخ على أن: "مراده مع عدم القدرة على الثمن في العاجل والآجل، وحينئذ فلا يتحقق خلاف معنوي". وهذا لا يخلو من نظر، لأن الشيخ - رحمه الله - لم يعلل عدم الوجوب بما يقتضي العجز، بل ظاهر قوله: "لأنه مضطر إلى بذلها" أنه دفعها أو ما هو أعم منه، فلا يناسب تقييده بالعجز. وكيف كان فالتفصيل بالقدرة وعدمها أقوى. قوله: "ولو وجد ميتة وطعام الغير... الخ". إذا وجد المضطر ميتة وطعام الغير، فلا يخلو: إما أن يكون ذلك الغير حاضرا، أو غائبا. وعلى تقدير حضوره: إما أن يبذل طعامه تبرعا، أو بعوض مثله فما دون (٢)، أو بأزيد، أو يمنع من ذلك كله. وعلى تقديره: إما أن يمكن المضطر مقاتلته وقهره عليه أم لا. وإن كان غائبا ففيه أوجه:

أحدها - وهو الذي اختاره المصنف رحمه الله - : أنه يأكل الميتة ويدع طعام الغير، لأن الميتة محرمة لحق الله تعالى، وحقوق الله مبنية على المساهلة

(١) في هامش "و": "هو الشهيد في شرح الارشاد. منه رحمه الله". انظر غاية المراد: ٢٧٧.
(٢) في الحجريتين: مثله أو بأدون.

ولأن إباحة الميتة للمضطر منصوص عليها، وجواز الأكل من مال الغير بغير إذنه يؤخذ من الاجتهاد. ولأن الميتة يتعلق بها حق واحد لله تعالى، ومال الغير يتعلق به الحقان واشتغال ذمته.

والثاني: أنه يأكل الطعام، لأنه قادر على طعام حلال العين، فأشبهه ما إذا كان المالك حاضرا وبذله. والتصرف في مال الغير ينجبر بثبوت عوضه في الذمة. والثالث: أنه يتخير، لتعارض المعنيين.

والمصنف - رحمه الله - بعد أن حكم بتقديم الميتة على تقدير غيبته - مضافا إلى التفصيل على تقدير الحضور - تردد في الحكم. وقد ظهر وجه ترده. وإن كان صاحب الطعام حاضرا، نظر إن بذله بلا عوض وجب على المضطر قبوله. ولو باعه بثمان المثل فما دون وجب عليه الشراء إن كان الثمن معه، أو رضي المالك بكونه في ذمته. وكذا لو باع بما يتغابن الناس بمثله. وإن كان بذله بزيادة كثيرة، ففي تقديمه على الميتة مع القدرة عليه أوجه أحدها أنه لا يلزمه لكن يستحب. وإذا لم يلزمه الشراء فهو كما لو لم يبذله المالك أصلا، وإذا لم يبذله لم يقاتله عليه المضطر إن كان يخاف من المقاتلة على نفسه أو كان يخاف أن يهلك المالك (١) في المقاتلة، بل يعدل إلى الميتة. وإن كان لا يخاف لضعف المالك وسهولة دفعه فهو على الخلاف فيما إذا كان غائبا. والمصنف - رحمه الله - رجح أن يشتريه بالثمن الغالي مع قدرته عليه ولا يأكل الميتة، لأنه حينئذ غير مضطر إليها. ثم يجئ في أن الواجب عليه المسمى أو ثمن المثل ما تقدم.

(١) في الحجريتين: المال.

وإذا لم يجد المضطر إلا الآدمي ميتا، حل له إمساك الرمق من لحمه. ولو كان حيا، محقون الدم، لم يحل. ولو كان مباح الدم، حل له منه ما يحل من الميتة.

وإن امتنع من بذله أصلا، فإن كان قويا لا يمكن قهره عليه فلا شبهة في إباحة الميتة، إذ لا قدرة على غيرها. وإن كان ضعيفا يمكن قهره قاتله وأخذه منه قهرا. والفرق بينه وبين الغائب: أن الغائب غير مخاطب بدفعه إلى المضطر، وماله باق على أصل حرمة (١)، بخلاف الحاضر، فإنه مأمور شرعا بدفعه، فإذا امتنع جاز أخذه قهرا موافقة لأمر الشارع، ولم يكن بسبب ذلك مضطرا إلى الميتة. قوله: " وإذا لا يجد المضطر.... الخ "

المحرمات التي يضطر الانسان إلى تناولها قسما، أحدهما: ما سوى المسكر، ويباح جميعه بالضرورة ما لم يكن فيه إهلاك معصوم الدم. وهنا مسألتان:

الأولى: لو لم يجد إلا آدميا ميتا جاز له الأكل منه، لأن الميت وإن كان محترما إلا أن حرمة الحي أعظم، والمحافظة عليها أولى. ولهذا لو كان في السفينة ميت وخاف أهلها الغرق كان لهم طرحه في البحر ولا يجوز طرح الحي. واستثنى بعضهم (٢) ما إذا كان الميت نبيا. وآخرون (٣) أنه مع الجواز يقتصر على أكله نيا، لأن الضرورة تندفع به، وفي طبقه وشبهه هتك لحرمة، فلا يجوز الاقدام عليه مع اندفاع الضرورة بدونه، بخلاف الميتة، فإنه يجوز للمضطر أكلها

(١) في " ط، م ": احترامه.

(٢) روضة الطالبين ٢: ٥٥١.

(٣) الحاوي الكبير ١٥: ١٧٥.

نية ومطبوخة.

ولو كان المضطر ذميا والميت مسلما (١) فهل له أكله؟ وجهان، من اشتراكهما في الاحترام وعصمة الدم فيقدم الحي كالمسلم، ومن رجحان عصمة المسلم حيث إنها ذاتية وعصمة الذمي عرضية، لالتزامه أحكام الذمة. ولو وجد المضطر ميتة ولحم آدمي أكل الميتة دون الآدمي، وإليه أشار المصنف - رحمه الله - بقوله: " ولو لم يجد إلا الآدمي ميتا " سواء في الميتة الخنزير وغيره. وكذا المحرم لو وجد الصيد ولحم الآدمي قدم الصيد، وإن قيل بتقديم الميتة على الصيد في حقه.

الثانية: أن يجد المضطر آدميا حيا، فإن كان معصوم الدم لم يجز أكله، وإن كان كافرا كالذمي والمعاهد. وكذا لا يجوز للصيد أكل عبده، ولا للوالد أكل ولده. وإن لم يكن معصوما - كالحربي والمرتد - جاز له قتله وأكله، وإن كان قتله متوقفا على إذن الإمام، لأن ذلك مخصوص بحالة الاختيار. وفي معناه الزاني المحصن والمحارب وتارك الصلاة مستحلا وغيرهم ممن يباح قتله. ولو كان له على غيره قصاص، ووجده في حالة الاضطرار، فله قتله قصاصا وأكله. وأما المرأة الحربية وصبيان أهل الحرب ففي جواز قتلهم وأكلهم وجهان أصحهما ذلك، لأنهم ليسوا معصومين، وليس المنع من قتلهم في غير حالة الضرورة لحرمة روحهم، ولهذا لا يتعلق به كفارة ولادية، بخلاف الذمي والمعاهد. ووجه المنع: تحريم قتلهم في حالة الاختيار. وقد عرفت جوابه.

(١) في " ذ، د، و " : مسلم.

ولو لم يجد المضطر ما يمسك رمقه سوى نفسه، قيل: يأكل من المواضع اللحمية كالفخذ. وليس شيئاً، إذ فيه دفع الضرر بالضرر. ولا كذلك جواز قطع الآكلة، لأن الجواز هناك إنما هو لقطع السراية الحاصلة، وهنا إحداهما سراية. ولو اضطر إلى خمر وبول، تناول البول.

قوله: " ولو لم يجد المضطر... الخ "

إذا لم يجد المضطر سوى نفسه، بأن يقطع فلذة (١) من فخذة ونحوه من المواضع اللحمية، فإن كان الخوف منه كالخوف على النفس ترك الأكل، أو أشد حرم القطع قطعاً. وإن كان أرجى للسلامة ففيه وجهان: أحدهما: الجواز، لأنه إتلاف بعض لاستبقاء الكل، فأشبهه قطع اليد بسبب الآكلة.

والثاني: المنع، لأنه قطع فلذة من معصوم قد يتولد منه الهلاك، فلا يدفع الضرر بالضرر. ويفرق بينه وبين قطع الآكلة: بأن الجواز في قطعها لدفع السراية الحاصلة، وهنا إحداهما سراية.

وفيه نظر، لأن حدوث السراية على هذا التقدير غير معلوم، والفرض كون المضطر خائف الهلاك، فسراية جوعه على نفسه كسراية الآكلة.

ولا يجوز أن يقطع من غيره لحفظ نفسه حيث يكون معصوماً اتفاقاً، إذ ليس فيه إتلاف البعض لبقاء الكل. وكذا ليس للإنسان أن يقطع جزءاً منه للمضطر، إلا أن يكون المضطر نبياً.

قوله: (ولو اضطر إلى خمر... الخ)

لأن تحريم البول أخف، كما لو وجد بولاً وماء نجساً، فإنه يشرب الماء،

(١) الفلذة: القطعة من الكبد واللحم والمال... لسان العرب ٣: ٥٠٢.

ولو لم يجد إلا الخمر، قال الشيخ في المبسوط: لا يجوز دفع
الضرورة بها، وفي النهاية: يجوز، وهو الأشبه.

لأن نجاسته عرضية بخلاف البول ولا فرق بين بول نفسه وغيره.
وموضع البحث ما إذا كان البول نجسا، وإلا قدم مطلقا وإن قيل بتحريمه
لاستخبائه، لأن المختلف فيه أخف من المتفق عليه.
قوله: " ولولا يجد إلا الخمر.... الخ "

وجه ما اختاره الشيخ (١) من عدم الجواز عموم (٢) الأدلة الدالة على تحريم
الخمر مع عدم المعارض، فإن الآيات التي دلت على إباحة المضطر محلها
تحليل الميتة والدم ولحم الخنزير، فإنها هي التي ذكر تحريمها في صدر الآية (٣)
ثم سوغها للمضطر، فلا يتعدى إلى الخمر، لتوقف إباحتها على الدليل.
والأقوى ما اختاره في النهاية (٤) من الجواز، وهو مذهب المصنف والأكثر،
لأن حفظ النفس من التلف واجب وتركه محرم، وهو أغلظ تحريما من الخمر
وغيره، فإذا تعارض التحريمان وجب ترجيح الأخف وترك الأقوى. ولأن تحريم
الميتة ولحم الخنزير أفحش وأغلظ من تحريم الخمر، فإباحتهما للمضطر توجب
إباحة الخمر بطريق أولى.

ويؤيده رواية محمد بن عبد الله عن بعض أصحابه قال: " قلت لأبي عبد الله
عليه السلام: لم حرم الله الخمر والميتة والدم ولحم الخنزير؟ فقال: إن الله تعالى لم

(١) المبسوط ٦: ٢٨٨.

(٢) لاحظ الوسائل ١٧: ٢٣٧ ب " ٩ " من أبواب الأشرية المحرمة.

(٣) المائدة: ٣.

(٤) النهاية: ٥٩١ - ٥٩٢.

ولا يجوز التداوي بها، ولا بشيء من الأنبذة، ولا بشيء من الأدوية معها شيء من المسكر، أكلا ولا شربا. ويجوز عند الضرورة أن يتداوى به للعين.

يحرم ذلك على عباده وأحل لهم ما سواه من رغبة منه فيما حرم عليهم ولا لزهد فيما أحل لهم، ولكنه خلق الخلق وعلم ما تقوم به أبدانهم وما يصلحهم، فأحله لهم وأباحه تفضلا منه عليهم به لمصلحتهم، وعلم ما يضرهم فنهاهم عنه وحرمه عليهم، ثم أباحه للمضطر فأحله له في الوقت الذي لا يقوم بدنه إلا به، فأمره أن ينال منه بقدر البلغة لا غير ذلك " (١). الحديث. وهو نص في المطلوب، لكنه مرسل، وفي سنده جهالة، فلذا جعلنا. شاهدا لا دليلا.
قوله: " ولا يجوز التداوي بها... الخ "

هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل ادعى عليه في الخلاف (٢) الاجماع. واستدلوا عليه بصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: " سألته عن دواء عجن بالخمير، قال: لا والله ما أحب أن أنظر إليه فكيف أتداوى به؟! إنه بمنزلة شحم الخنزير أو لحم الخنزير " (٣).
وحسنة عمر بن أذينة قال: " كتبت إلى الصادق عليه السلام أسأله عن رجل ينعث له الدواء من ريح البواسير فيشربه بقدر سكرجة من نبيذ صلب، ليس

(١) الكافي ٦: ٢٤٢ ح ١، الفقيه ٣: ٢١٨ ح ١٠٠٩ وفيه: روى محمد بن عذافر عن أبيه عن أبي جعفر عليه السلام، التهذيب ٩: ١٢٨ ح ٥٥٣، الوسائل ١٦: ٣٠٩ ب " ١ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

(٢) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢: ٥٤٥ مسألة (٢٧).

(٣) الكافي ٦: ٤١٤ ح ٤، التهذيب ٩: ١١٣ ح ٤٩٠، الوسائل ١٧: ٢٧٥ ب " ٢٠ " من أبواب الأشربة المحرمة ح ٤.

يريد به اللذة إنما يريد به الدواء، فقال: لا ولا جرعة، وقال: إن الله عز وجل لم يجعل في شيء مما حرم دواء ولا شفاء" (١).
ورواية أبي بصير قال: "دخلت أم خالد العبدية على أبي عبد الله عليه السلام وأنا عنده فقالت: جعلت فداك إنه يعتريني قراقر في بطني وقد وصفت لي أطباء العراق النبيذ بالسويق، وقد عرفت كراحتك له فأحببت أن أسألك عن ذلك؟ فقال لها: وما يمنعك من شربه؟ قالت: قد قلدتك ديني فألقى الله عز وجل حين ألقاه فأخبره أن جعفر بن محمد أمرني ونهاني، فقال: يا أبا محمد ألا تسمع هذه المسائل؟ لا فلا تذوق منه قطرة، وإنما تندمين إذا بلغت نفسك ها هنا - وأوماً بيده إلى حنجرتة - يقولها ثلاثاً أفهمت؟ قالت: نعم" (٢). وغير ذلك من الأخبار (٣) الكثيرة.

وأطلق ابن البراج (٤) جواز التداوي به إذا لم يكن له عنه مندوحة، وجعل الأحوط تركه. وكذا أطلق في الدروس (٥) جوازه للعلاج، كالتريق. والأقوى الجواز مع خوف التلف بدونه، وتحريمه بدون ذلك. أما الأول فلما ذكرناه من جوازه للمضطر بدون المرض. وأما مع عدمه فهذه النصوص الكثيرة. وهو اختيار العلامة في المختلف (٦). وتحمل هذه الروايات على تناول

-
- (١) الكافي ٦: ٤١٣ ح ٢، التهذيب ٩: ١١٣ ح ٤٨٨، الوسائل ١٧: ٢٧٤ الباب المتقدم ح ١.
(٢) الكافي ٦: ٤١٣ ح ١، التهذيب ٩: ١١٢ ح ٤٨٧، الوسائل ١٧: ٢٧٥ الباب المتقدم ح ٢.
(٣) لاحظ الوسائل ١٧: ٢٧٤ ب " ٢٠ " من أبواب الأشربة المحرمة.
(٤) المهذب ٢: ٤٣٣.
(٥) الدروس الشرعية ٣: ٢٥.
(٦) المختلف: ٦٨٧.

الدواء لطلب العافية، جمعا بين الأدلة.

وأما التداوي بها للعين فقد اختلفت الرواية فيه، فروى هارون بن حمزة الغنوي في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشتكى عينه فنعت له كحل يعجن بالخمير فقال: " هو خبيث بمنزلة الميتة، فإن كان مضطرا فليكتحل به " (١). وبهذه أخذ المصنف والأكثر.

ومنع ابن إدريس (٢) منه مطلقا، لاطلاق النص (٣) والاجماع بتحريمه الشامل لموضع النزاع، ولما روي من " أن الله تعالى ما جعل في حرام شفاء " (٤). وروى مروك عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: " من اكتحل بميل من مسكر كحله الله بميل من نار " (٥).

والأصح الأول، لما ذكر من الرواية الصريحة فيه. وهذه الرواية - مع ضعف سندها بالارسال - مطلقة فلا تنافي المقيد من الجواز عند الضرورة. والنص والاجماع على تحريمه مختصان بتناوله بالشرب ونحوه.

-
- (١) التهذيب ٩: ١١٤ ح ٤٩٣، الوسائل ١٧: ٢٧٩ ب " ٢١ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ٥.
(٢) السرائر ٣: ١٢٦.
(٣) المذكور في ص: ١٢٨ - ١٢٩.
(٤) الكافي ٦: ٤١٤ ح ٦، التهذيب ٩: ١١٣ ح ٤٩١، الوسائل ١٧: ٢٧٨ الباب المتقدم ح ١.
(٥) الكافي ٦: ٤١٤ ح ٧، الفقيه ٣: ٣٧٣ ح ١٧٦١، التهذيب ٩: ١١٤ ح ٤٩٢، الوسائل ١٧: ٢٧٩ الباب المتقدم ح ٢.

خاتمة

في: الآداب

يستحب: غسل اليدين قبل الطعام وبعده..... ومسح اليد بالمنديل..... والتسمية عند الشروع..... والحمد عند الفراغ..... وأن يسمي على كل لون على انفراده..... ولو قال: بسم الله على أوله وآخره، أجزأ. ويستحب الأكل: باليمين مع الاختيار..... وأن يبدأ صاحب الطعام..... وأن يكون آخر من يمتنع..... وأن يبدأ في غسل اليد بمن على يمينه، ثم يدور عليهم إلى الأخير..... وأن يجمع غسله الأيدي في إناء واحد..... وأن يستلقي الأكل بعد الأكل، ويجعل رجله اليمنى على رجله اليسرى.

قوله: " يستحب غسل اليدين..... الخ "

اشتملت هذه الخاتمة على جملة من آداب الأكل مستفادة من الأخبار، وجملتها اثنا عشر:

الأول: غسل اليدين قبل الأكل. روي أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: " غسل اليدين قبل الطعام ينفي الفقر " (١). وعن أبي عبد الله عليه السلام قال: " من سره أن يكثر خير بيته فليتوضأ قبل حضور طعامه " (٢). والمراد بالوضوء هنا غسل اليدين. وإطلاق النص والفتوى يقتضي عدم الفرق بين كون الطعام جامدا ومائعا، ولا بين كونه مباشر باليد أو بآلة كالمعلقة، وإن كان الحكم مع المباشرة

(١) مستدرک الوسائل ١٦: ٢٦٩ ب " ٤٢ " من أبواب آداب المائدة ح ١١، نقله من كتاب الأخلاق المخطوط.

(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 الشرعية، لأن الأكل من صاحب الشرع وخلفائه كان كذلك.

الثاني: غسلهما بعد الفراغ. روي أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: "أوله ينفي الفقر، وآخره ينفي الهم" (١). وقال أمير المؤمنين عليه السلام: "غسل اليدين قبل الطعام وبعده زيادة في العمر، وإمالة للغمر عن الثياب، ويجلو البصر" (٢). والغمر - بفتح الغين المعجمة، وفتح الميم - أثر الطعام في اليد. وروي أبو حمزة عن الباقر عليه السلام أنه قال: "يا أبا حمزة الوضوء قبل الطعام وبعده يذهب الفقر، قلت: بأبي أنت وأمي يذهب، قال: يذيان" (٣). قال الصادق عليه السلام: "من غسل يده قبل الطعام وبعده عاش في سعة، وعوفي 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 البركة في الطعام ما دامت الندوة في اليد" (٥). وعن مرزم قال: "رأيت أبا الحسن

(١) الكافي ٦: ٢٩٠ ح ٥، الوسائل ١٦: ٤٧١ الباب المتقدم ح ٤.

(٢) المحاسن: ٤٢٤ ح ٢٢٠، الكافي ٦: ٢٩٠ ح ٣، الوسائل ١٦: ٤٧١ الباب المتقدم ح ٦.

(٣) المحاسن: ٤٢٥ ح ٢٢٤، الكافي ٦ ج ٢٩٠ ح ٢، التهذيب ٩: ٩٨ ح ٤٢٤، الوسائل ١٦: ٤٧٠ الباب المتقدم ح ١.

(٤) الكافي ٦: ٢٩٠ ح ١، الفقيه ٣: ٢٢٦ ح ١٠٦٢، التهذيب ٩: ٩٧ ح ٤٢٣، الوسائل ١٦: ٤٧١ الباب المتقدم ح 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 السنة 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 يمصها أو يكون إلى جانبه صبي يمصها " (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 الرمد، فقال: إذا غسلت يدك بعد الطعام فامسح حاجبيك وقل ثلاث مرات: الحمد لله المحسن المجمل المنعم المفضل، قال: ففعلت فما رمدت عيني بعد ذلك " (٤).

الرابع: التسمية عند الشروع. فعن أبي عبد الله عليه السلام قاله: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا وضعت المائدة حفتها أربعة آلاف ملك، فإذا

(١) المحاسن: ٤٢٨ ح ٢٤٤، الكافي ٦: ٢٩١ ح ٢، التهذيب ٩: ٩٨ ح ٤٢٦، الوسائل ١٦: ٤٧٦ الباب المتقدم ح ١.

(٢) المحاسن: ٤٢٩ ح ٢٤٥، الكافي ٦: ٢٩١ ح ٣، الوسائل ١٦: ٤٧٧ ب " ٥٣ " من أبواب آداب المائدة ح ١.

(٣) الكافي ٦: ٢٩١ ح ٤، الوسائل ١٦: ٤٧٨ ب " ٥٤ " من أبواب آداب المائدة ح ١.

(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: ادن يا فاسق فكل معهم، فإذا رفعت المائدة ولم يذكروا اسم الله عليها قالت الملائكة: قوم أنعم الله عليهم فنسوا ربهم " (١).
وقال أمير المؤمنين عليه السلام: " من أكل طعاماً فليذكر اسم الله عليه، فإذا نسي ثم ذكر الله بعد تقياً الشيطان ما أكل، واستقل الرجل الطعام " (٢).
وعن أبي عبد الله عليه السلام قال: " قال أمير المؤمنين عليه السلام: من ذكر اسم الله عند طعام أو شراب في أوله، وحمد الله في آخره، لم يسأل عن نعيم ذلك الطعام أبداً " (٣).
وعن أبي عبد الله عليه السلام قال: " إذا وضع الغداء والعشاء فقل: بسم الله، فإن الشيطان يقول لأصحابه: اخرجوا فليس هاهنا عشاء ولا مبيت، وإن نسي أن يسمي قال لأصحابه: تعالوا فإن لكم هاهنا عشاء ومبيتاً " (٤).
وعنه عليه السلام قال: " إن الرجل إذا أراد أن يطعم طعاماً فأهوى بيده

- (١) الكافي ٦: ٢٩٢ ح ١، الفقيه ٣: ٢٢٤ ح ١٠٤٧، التهذيب ٩: ٩٨ ح ٤٢٧، الوسائل ١٦: ٤٨٢ ب " ٥٧ " من أبواب آداب المائدة ح ١.
(٢) الكافي ٦: ٢٩٣ ح ٥، الوسائل ١٦: ٤٨٠ ب " ٥٦ " من أبواب آداب المائدة ح ٣ وفيه: واستقبل الرجل.
(٣) المحاسن: ٤٣٤ ح ٢٧٠، الكافي ٦: ٢٩٤ ح ١٤، الوسائل ١٦: ٤٨٣ ب " ٥٧ " من أبواب آداب المائدة ح ٥.
(٤) المحاسن: ٤٣٢ ح ٢٦٠، الكافي ٦: ٢٩٣ ح ٤، الوسائل ١٦: ٤٨٠ ب " ٥٦ " من أبواب آداب المائدة ح ٢.

وقال: بسم الله والحمد لله رب العالمين، غفر الله عز وجل له قبل أن تصير اللقمة إلى فيه " (١).

ولو نسي التسمية فليقل عند الذكر: بسم الله على أوله وآخره. ورخص في تسمية واحد (٢) من المجتمعين على المائدة عن الباقيين، رواه (٣) عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح عن الصادق عليه السلام.

الخامس: حمد الله تعالى عند الفراغ. وقد تقدم في الأخبار السابقة ما يدل عليه. وعن النبي صلى الله عليه وآله: " ما من رجل يجمع عياله ويضع مائدته، فيسمون في أول طعامهم، ويحمدون في آخره، فترفع المائدة، حتى يغفر لهم " (٤).

ويستحب تكرار الحمد في الأثناء لا الصمت، قال زرارة: " أكلت مع أبي عبد الله عليه السلام طعاما فما أحصي كم مرة قال: الحمد لله الذي جعلني أشتهيهِ " (٥). وقال أمير المؤمنين عليه السلام: " اذكروا الله على الطعام ولا تلغظوا، فإنه نعمة من نعم الله ورزق من رزقه، يجب عليكم فيه شكره وذكره وحمده " (٦).

(١) المحاسن: ٤٣٥ ح ٢٧٣، الكافي ٦: ٢٩٣ ح ٧، الوسائل ١٦: ٤٨٠ الباب المتقدم ح ١.

(٢) في " د، ص، ط ": واحدة.

(٣) الكافي ٦: ٢٩٣ ح ٩، التهذيب ٩: ٩٩ ح ٤٢٩، الوسائل ١٦: ٤٨٦ ب " ٥٨ " من أبواب آداب المائدة ح ٢.

(٤) الكافي ٦: ٢٩٦ ح ٢٥، الوسائل ١٦: ٤٨٤ ب " ٥٧ " من أبواب آداب المائدة ح ٦.

(٥) الكافي ٦: ٢٩٥ ح ١٧، الوسائل ١٦: ٤٨٧ ب " ٥٩ " من أبواب آداب المائدة ح ٦.

(٦) المحاسن: ٤٣٤ ح ٢٦٦، الكافي ٦: ٢٩٦ ح ٢٣، الوسائل ١٦: ٤٨١ ب " ٥٦ " من أبواب آداب المائدة ح ٦.

ويستحب أن يقول إذا فرغ: الحمد لله الذي أطعمنا وسقانا وكفانا وأيدنا وآوانا وأنعم علينا وأفضل، الحمد لله الذي يطعم ولا يطعم.

السادس: أن يسمي الله تعالى على كل لون عند الشروع في الأكل منه، إذا تعددت الألوان على المائدة. قال داود بن فرقد لأبي عبد الله عليه السلام: " كيف أسمى على الطعام؟ فقال: إذا اختلفت الآنية فسم على كل إناء، قلت: فإن نسيت أن أسمى؟ قال: تقول: بسم الله على أوله وآخره " (١). وعن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: " ضمنت لمن سمى على طعام أن لا يشتكي منه، فقال ابن الكواء: يا أمير المؤمنين لقد أكلت البارحة طعاما فسميت عليه وآذاني، قال: لعلك أكلت ألوانا فسميت على بعضها ولم تسم على بعض [قال: نعم، قال: من هاهنا أتيت] (٢) يا لكع " (٣).

وكذا يستحب إعادتها لو قطع الأكل بالكلام ثم عاد إليه. ولو قال في الألوان المتعددة: بسم الله على أوله وآخره، أجزاء، وإن كان تكرارها بحسبها أفضل.

السابع: أن يأكل بيده اليمنى مع الاختيار، لقول الصادق عليه السلام: " لا تأكل باليسرى وأنت تستطيع " (٤). ولو كان له مانع من الأكل باليمنى - كوجع

- (١) الكافي ٦: ٢٩٥ ح ٢٠، التهذيب ٩: ٩٩ ح ٤٣١، الوسائل ١٦: ٤٩٠ ب " ٦١ " من أبواب آداب المائدة ح ١، وأورد ذيله في ص ٤٨٥ ب " ٥٨ " ح ١.
- (٢) لم يرد ما بين المعقوفتين في مصادر الحديث، وورد في نسخ المسالك الخطية.
- (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.
- (٤) الكافي ٦: ٢٧٢ ح ٢، التهذيب ٩: ٩٣ ح ٤٠٣، الوسائل ١٦: ٤٢٠ ب " ١٠ " من أبواب آداب المائدة ح ٣.

ونحوه - 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 الجماعة، وتأخيره آخراً بأنه أولى بالصبر على الغمر. هكذا روي عن الصادق عليه السلام (٢). وفي خبر آخر عنه عليه السلام: " فإذا فرغ من الطعام بدأ بمن على يمين الباب، حراً كان أو عبداً " (٣).
الحادي عشر: أن تجمع غسالة الأيدي في إناء واحد. قال الصادق عليه السلام: " اغسلوا أيديكم في إناء واحد تحسن أخلاقكم " (٤).
الثاني عشر: أن يستلقي الآكل بعد الأكل، ويجعل رجله اليمنى على

-
- (١) المحاسن: ٤٤٨ ح ٣٤٩، الكافي ٦: ٢٨٥ ح ٢، الوسائل ١٦: ٤٦٠ ب " ٤١ " من أبواب آداب المائدة ح ١.
(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) الكافي ٦: ٢٩٠ ح ١، علل الشرائع: ٢٩٠ ب ١ " ٢١٦ " ح ١، الوسائل ١٦: ٤٧٤ الباب المتقدم ح ١.
(٤) المحاسن: ٤٢٦ ح ٢٢٩، الكافي ٦: ٢٩١ ح، الوسائل ١٦: ٤٧٥ ب " ٥١ " من أبواب آداب المائدة ح ١.

ويكره: الأكل متكئا، والتلمي من المأكل، وربما كان الافراط حراما، لما يتضمن من الاضرار. ويكره: الأكل على الشيع. والأكل باليسار.

اليسرى. روى البزنطي عن الرضا عليه السلام قال: " إذا أكملت فاستلق على قفاك، وضع رجله اليمنى على اليسرى " (١). قوله: " ويكره الأكل متكئا.... الخ ".

لما ذكر شيئا من سنن الأكل أتبعه بذكر شيء من مكروهاته، وهي أربعة: الأول: الأكل متكئا على أحد جانبيه. وكذا يكره مستلقيا، بل يجلس متوركا على الأيسر، قال الصادق عليه السلام: " ما أكل رسول الله صلى الله عليه وآله متكئا منذ بعثه الله تعالى حتى قبض، كان يأكل أكلة العبد، ويجلس جلسة العبد، تواضعا لله عز وجل " (٢). وفي خبر آخر عنه عليه السلام: " لا تأكل متكئا ولا منبطحا " (٣). وفي رواية أخرى عنه عليه السلام قال: " قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا جلس أحدكم على الطعام فليجلس جلسة العبد، ولا يضعن أحدكم إحدى رجله على الأخرى ويتربع، فإنها جلسة يبغضها الله ويمقت صاحبها " (٤). وروى الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام أنه أكل متكئا على

- (١) الكافي ٦: ٢٩٩ ح ٢١، التهذيب ٩: ١٠٠ ح ٤٣٥، الوسائل ١٦: ٥٠٠ ب " ٧٤ " من أبواب آداب المائدة ح ١.
(٢) المحاسن: ٤٥٧ ح ٣٩٠، الكافي ٦: ٢٧٠ ح ١، الوسائل ١٦: ٤١٤ ب " ٦ " من أبواب آداب المائدة ح ٧.
(٣) المحاسن: ٤٥٨ ح ٣٩٣، الكافي ٦: ٢٧١ ح ٤، الوسائل ١٦: ٤١٣ الباب المتقدم ح ٤.
(٤) المحاسن: ٤٤٢ ح ٣٠٨، الكافي ٦: ٢٧٢ ح ١٠، الوسائل ١٦: ٤١٩ ب " ٩ " من أبواب آداب المائدة ح ٢.

يده وأنه قال: " إن رسول الله صلى الله عليه وآله لم ينه عنه " (١). وهو محمول إما على استثناء الاتكاء على هذا الوجه، أو على بيان جوازه، وأن النبي صلى الله عليه وآله لم ينه عنه نهى تحريم، أو نحو ذلك.

الثاني: التملّي من المأكّل. قال النبي صلى الله عليه وآله: " ما ملأ ابن آدم وعاء أشر من بطنه، فإذا كان ولا بد فثلث لطعامك، وثلث لشرابك، وثلث لنفسك " (٢). وقال الباقر عليه السلام: " ما من شيء أبغض إلى الله عز وجل من بطن مملوء " (٣). وقال الصادق عليه السلام: " إن البطن ليطنغي من أكله، وأقرب ما يكون العبد من الله إذا خف بطنه، وأبغض ما يكون العبد إلى الله إذا امتلأ بطنه " (٤). وربما كان الإفراط في الأكل حراماً، لما يتضمن من الضرر الناشئ عن ذلك، قال النبي صلى الله عليه وآله: " المعدة بيت الداء " (٥) وقال الصادق عليه السلام: " كل داء من التخمة ما عدا الحمى، فإنها ترد ورودا " (٦). والوجدان على ذلك أعدل شاهد.

الثالث: الأكل على الشبع، لما تقدم. وقال الباقر عليه السلام: " إذا شبع

- (١) الكافي ٦: ٢٧١ ح ٥، الوسائل ١٦: ٤١٥ ب " ٧ " من أبواب آداب المائدة ح ١.
(٢) مشكاة الأنوار للطبرسي: ٣٢٧. مسند أحمد ٤: ١٣٢، سنن ابن ماجه ٢: ١١١١ ح ٣٣٤٩، سنن الترمذي ٤: ٥٠٩ ح ٢٣٨٠.
(٣) المحاسن: ٤٤٧ ح ٣٣٩، الكافي ٦: ٢٧٠ ح ١١، الوسائل ١٦: ٤١١ ب " ٤ " من أبواب آداب المائدة ح ٢.
(٤) المحاسن: ٤٤٦ ح ٣٣٧، الكافي ٦: ٢٦٩ ح ٤، الوسائل ١٦: ٤٠٥ ب " ١ " من أبواب آداب المائدة ح ١.
(٥) عوالي اللآلي ٢: ٣٠ ح ٧٢، مجمع البيان ٤: ٢٤٤ - ٢٤٥.
(٦) المحاسن: ٤٤٧ ح ٣٤١، الكافي ٦: ٢٦٩ ح ٨، الوسائل ١٦: ٤١١ ب " ٤ " من أبواب آداب المائدة ح ١.

ويحرم الأكل على مائدة يشرب عليها شئ من المسكرات أو الفقاع.

البطن طغى " (١). وعن أبي عليه السلام قال: " الأكل على الشبع يورث البرص " (٢). والفرق بين الشبع والتملي: أن الشبع هو البلوغ في الأكل إلى حد لا يشتهي، سواء امتلأ بطنه منه أم لا، والتملي ملء البطن منه وإن بقيت شهوته للطعام، كما يتفق ذلك لبعض الناس، فبينهما عموم وخصوص من وجه.

الرابع: الأكل باليسار، وكذا الشرب وغيرهما من الأعمال، مع الاختيار. روى جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام: " أنه كره للرجل أن يأكل بشماله، أو يشرب أو يتناول بها " (٣). وروى أبو بصير عنه عليه السلام أنه قال: " لا تأكل باليسرى وأنت تستطيع " (٤). وإنما ذكر كراهة الأكل باليسار مع سبق ذكره (٥) استحباب الأكل باليمين بناء على أنه لا يلزم من نفي الاستحباب في الأكل باليسار إثبات الكراهة، لأنه أعم، فجاز أن يكون مباحا، فنبه على كونه مكروها، للنهي عنه بخصوصه على وجه لم يبلغ حد المنع من النقيض. قوله: " ويحرم الأكل على مائدة..... الخ " يدل على تحريم الأكل على مائدة يشرب عليها الخمر قول الصادق عليه

- (١) المحاسن: ٤٤٦ ح ٣٣٥، الوسائل ١٦: ٤٠٧ ب " ١ " من أبواب آداب المائدة ح ١١، وفيهما: عن أبي عبد الله عليه السلام.
- (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.
- (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.
- (٤) تقدم ذكر مصادره في ص: ١٣٦ هامش (٤).
- (٥) في ص: ١٣١.

السلام في صحيحة هارون بن الجهم: " إن النبي صلى الله عليه وآله قال: ملعون من جلس على مائدة يشرب عليها الخمر " (١). وفي رواية أخرى: " ملعون من جلس طائعا على مائدة يشرب عليها الخمر " (٢). وروى جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يأكل على مائدة يشرب عليها الخمر " (٣).
والرواية الأولى تضمنت تحريم الجلوس عليها، سواء أكل أم لا.
والأخيرة دلت على تحريم الأكل منها، سواء كان جالسا أم لا. والاعتماد على الأولى، لصحتها.

وعداه العلامة (٤) إلى الاجتماع على اللهو والفساد. وقال ابن إدريس: " لا يجوز الأكل من طعام يعصى الله به أو عليه " (٥). ولم نقف على مأخذه. والقياس باطل، وطريق الحكم مختلف.
وعلى أن القيام يستلزم النهي عن المنكر من حيث إنه إعراض عن فاعله وإهانة له، فيجب لذلك، ويحرم تركه بالمقام عليها.
وفيه نظر، لأن النهي عن المنكر إنما يجب بشرائط من جملتها تجويز التأثير، ومقتضى الروايات تحريم الجلوس والأكل حينئذ وإن لم ينف عن المنكر

(١) المحاسن: ٥٨٥ ح ٧٧، الكافي ٦: ٢٦٨ ح ١، التهذيب ٩: ٩٧ ح ٤٢٢، الوسائل ١٦: ٤٠٠ ب " ٦٢ " من أبواب الأطعمة المحرمة ح ١.

(٢) المحاسن: ٥٨٤ ح ٧٦، الكافي ٦: ٢٦٨ ذيل ح ١، الوسائل ١٦: ٤٠١ الباب المتقدم ح ٢.

(٣) الكافي ٦: ٢٦٨ ح ٢، التهذيب ٩: ٩٧ ح ٤٢١، الوسائل ١٦: ٤٠١ الباب المتقدم ح ٣.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ١٦٠.

(٥) السرائر ٣: ١٣٦.

ولم يجوز تأثيره. وأيضا فالنهي عن المنكر لا يتقيد بالقيام، بل بحسب مراتبه
المعلومة على التدريج، وإذا لم يكن المقام من مراتبه لا يجب فعله.
وأما إلحاق الفقاع بالخمير فإنه وإن لم يرد عليه نص بخصوصه لكن قد
ورد (١) أنه بمنزلة الخمر، وأنه خمير مجهول، وأنه خمير استصغره الناس، فجاز
إلحاقه به في هذا الحكم.

(١) انظر الوسائل ١٧ ت ٢٨٧ ب " ٢٧ " و " ٢٨ " من أبواب الأشرية المحرمة.

(١٤٢)

كتاب الغضب
والنظر في: السب، والحكم، واللواحق
أما الأول:

فالغضب: هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا.

أصل الغضب أخذ الشيء ظلما، وقيل: أخذه ظلما جهارا. والأصل في
تحريمه قبل الاجماع آيات، منها: قوله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم
بالباطل) (١) أي: لا يأكل بعضكم مال بعض بالباطل. وأخبار منها قوله صلى الله
عليه وآله في خطبة يوم النحر: " إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم
كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا وشهركم هذا " (٢). وقوله صلى الله عليه وآله:
" من غصب شبرا من أرض طوقه الله من سبع أرضين يوم القيامة " (٣).
قوله: " فالغضب هو الاستقلال... الخ ".

هذا تعريفه بحسب مفهومه شرعا، وهو قريب من معناه اللغوي. والمراد
بالاستقلال الاستبداد به بغير مشارك. وأصله الاقلال، لأن باب الاستفعال يغلب
فيه طلب الفعل، وهو غير مراد هنا. واحترز به عما لو أزعج المالك عن ماله ولم

(١) البقرة: ١٨٨.

(٢) تفسير القمي ١: ١٧١، الكافي ٧: ٢٧٣ ح ١٢، الفقيه ٤: ٦٦ ح ١٩٥، الوسائل ١٩: ٣
ب " ١ " من أبواب القصاص في النفس ح ٣.

(٣) انظر مسند أحمد ١: ١٨٨ و ٦: ٢٥٩، صحيح البخاري ٣: ١٧٠ - ١٧١، صحيح مسلم

٣: ١٣٠ ح ١٣٧ - ١٤٢، سنن الترمذي ٤: ٢٠ ح ١٤١٨، سنن البيهقي ٦: ٩٨،

تلخيص الحبير ٣: ٥٣ ح ١٢٦٩، وأخرجه بلفظ آخر في الفقيه ٤: ٦، الوسائل ١٧: ٣٠٩

ب " ١ " من أبواب الغضب ح ٢، وفي المصادر: من ظلم، أو: من أخذ، أو: من سرق.

يستول عليه، فإنه لا يضمن، كما سيأتي (١). وكذا لو مد بمقود الدابة المركوبة لمالكها مع قوته على دفعه.

وخرج بالمال إثبات اليد على ما ليس بمال كالحر، فلا يتحقق فيه الغصب ولا يضمن. ويشمل المال العين والمنفعة المجردة عنها، كما لو أجر داره ثم استولى عليها، فإنه يكون غاصبا للمنفعة. ويخرج منه منفعة البضع، فإنها وإن دخلت في المنفعة لكن لا تدخل في المال الذي ينقسم إليه (٢) العين والمنفعة، فالداخل هنا في المال هي منفعة المال خاصة لا مطلق المنفعة، كما أن المراد بالعين عين خاصة وهي عين المال لا مطلق العين. وأضاف المال إلى الغير ليخرج به مال نفسه، فإنه لو أثبت يده على ماله عدوانا - كالمرهون المشروط كونه في يد المرتهن - فليس بغاصب. والتقييد بالعدوان يخرج به إثبات المرتهن والولي والوكيل والمستأجر وشبههم أيديهم على مال الراهن (٣) والموكل والمولى عليه والمؤجر. هذا وينتقض في عكسه بما لو سكن مع المالك إما قهرا أو بغير إذنه، وإن قدر المالك على دفعه فلم يفعل، فإنه غير مستقل بإثبات يده، لمشاركة المالك له في اليد، بل ربما كان المستقل بها في الثاني هو المالك. وما قيل (٤) من أن الساكن على هذا التقدير مستقل بالنصف ضعيف، لأنه لم يستبد به وإنما هو مشارك.

(١) في ص: ١٤٩.

(٢) في إحدى الحجريتين: إلى.

(٣) كذا في "ص، ل، و". وفي سائر النسخ: المرتهن.

(٤) الدروس الشرعية ٣: ١٠٦.

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.

ولو أذن غير المالك لغيره في سكنى داره والساكن جاهل بالحال فليس بغاصب، لأنه غير متعد. والأذن وإن كان متعديا بالإذن إلا أنه غير مستقل بإثبات اليد، مع أنه الغاصب شرعا، والضمان راجع إليه، إلا أن يجعل مثل هذا الإذن استقلالا بإثبات اليد حيث لا مدافع له عنها. وهو بعيد. وينتقض أيضا بما لو استقل بإثبات اليد على حر صغير أو مجنون فتلف بسبب، كلدغ حية أو وقوع حائط عند الشيخ (١)، كما سيأتي (٢). ويمكن السلامة من هذا بأن المصنف لا يراه، ومن ثم اقتصر (٣) على مجرد حكايته عن الشيخ. وقد تضمن منفعة البضع على بعض الوجوه، كما لو تعدت الرضاع المحرم أو رجع الشاهدان بالطلاق عنه، إلا أن مثل هذا يمكن إخراجه عن الغصب، والضمان أعم منه.

وينتقض التقييد بمال الغير بما لو استولى المالك على ماله المرهون عدوانا، فإنه يضمه مع التلف بالمثل أو القيمة [و] (٤) يكون [هناك] (٥) رهنا، وحق المرتهن لا يسمى مالا وإن نزل منزلته. وبما لو استقل باليد على حق الغير في

(١) المبسوط ٧: ١٨.

(٢) في ص: ١٥٧ - ١٥٨.

(٣) في ص: ١٥٧ - ١٥٨.

(٤) من " ط، د، و، م".

(٥) من الحجريتين.

نحو المدرسة والرباط والمسجد والتحجير، فإنه في جميع ذلك غاصب، مع أنه لم يستول على ماله. وبما 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. وهو بعيد.

وينتقض أيضا بما سيأتي (١) من الصور التي يضمن فيها المال بالسببية من دون أن يستقل يده عليه، كما لو فتح قفص الطائر أو حل قيد الدابة، ونحو ذلك من الصور الكثيرة الموجبة للضمان. وبقيد العدوان بمن ترتبت يده على يد الغاصب جاهلا، فقد سموه غاصبا، وجوزوا الرجوع عليه، وإن كان جاز له الرجوع على من غره. وبمن سكن دار غيره غلطا أو لبس ثوبه خطأ، فإنه يضمن، إلا أن يجعل الضمان المذكور في باب الغصب أعم من ضمان الغصب، وذكره فيه على وجه الاستطراد. ويؤيده ما تقدم (٢) من تحريم الغصب بالنص والاجماع، مع عدم ثبوت التحريم في هذه المواضع وإن أوجبت الضمان. واعلم أنه بواسطة ما ذكرناه وأشباهه اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الغصب، وما عرفه به المصنف اصطلاح الأكثر، وهو المناسب لتحريم الغصب. ومن تعريفاته: أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق. وهو أعم من الأول، وسالم من كثير مما يرد عليه، ومتناول لهذه الأسباب الأخيرة الموجبة للضمان مع عدم العدوان، فإن عدم الحق أعم من العدوان، لأن المستولي على مال الغير جهلا أو غلطا غير عاد وإن كان ذلك بغير حق، كما لا يخفى. وما ادعي من

(١) في ص: ١٧٠.

(٢) في ص: ١٤٥.

ولا يكفي رفع يد المالك، ما لم يثبت الغاصب يده. فلو منع غيره من إمساك دابته المرسله فتلفت، لم يضمن. وكذا 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.

تساوي العبارتين في المفهوم ظاهر الفساد.

وعذر الأول: أن الثابت في هذه المواضع حكم الغصب لا حقيقته التي لا تتم إلا بالتحريم. وتبقى فيه مشاركته له في الاستيلاء على حق الغير مما ليس بمال.

فكان الأجود على هذا عبارة ثالثة له وهي: الاستيلاء على حق الغير بغير حق. ف " الاستيلاء " يتناول مشارك المالك في الانتفاع بماله وإن لم يكن مستقلا. وكذا المشارك لغيره في الغصب من غير أن يكون أحدهما مستقلا. و " الحق " يشمل المال من عين ومنفعة وغيره، كما ذكر من الأمثلة وغيرها. و " بغير حق " يشمل باقي الضمان (١) الذين لم يتحقق منهم (٢) العدوان. والأظهر في الاستعمال إطلاق الغصب على ما يشمل المقتضي للإثم وغيره، وإن كان الأغلب الأول.

قوله: " ولا يكفي رفع يد.... الخ ".

هذا متفرع على كون الغصب هو الاستقلال بإثبات اليد، فإذا تعدى على الغير من دون أن يستقل بيده على ماله لا يعد غاصبا وإن كان آثما. ومنه ما لو منع غيره من إمساك دابته المرسله فاتفق تلفها، أو منعه من القعود على بساطه

(١) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، ولعل الصحيح: الضمنا.

(٢) في " د، م ": معهم.

وغيره من أمتعته فتلف. وعدم الضمان فيهما هو المشهور. وهو يتم مع عدم كون المنع سببا في التلف، بل اتفق معه، أما لو كان سببا والتلف متوقع معه فالوجه الضمان، لتحقق السببية. وهو اختيار جماعة (١) من المتأخرين. ومثله ما لو منعه من بيع متاعه فتلف بحيث لولا المنع لما حصل التلف، فإنه حينئذ سبب فيه. أما لو نقصت قيمته السوقية مع بقاء عينه وصفته على حالها فعدم الضمان متجه. وفي الدروس (٢) قال: إنه لا يضمن حينئذ قطعاً، مع أنه في بعض فتاواه قوى الضمان في الجميع.

ولا إشكال في تحقق الغصب مع الجلوس على البساط وركوب الدابة، سواء قصده أم لا، وسواء كان المالك حاضراً وأزعجه أم لا، لتحقق الاستيلاء عليه على وجه العدوان حيث نعتبره، أو مطلقاً حيث نكتفي به في الضمان. وربما قيل (٣) باشتراط نقل المنقول في ضمانه، فلا يكفي مجرد ركوب الدابة من غير أن ينتقل به، والجلوس على البساط كذلك، نظراً إلى أن ذلك هو القبض في المبيع (٤) وغيره كأمثاله من المنقولات. وجوابه: منع عدم تحقق القبض مطلقاً بذلك، فإن القبض له حكمان، أحدهما: دخوله في ضمانه، وهو حاصل بالركوب والجلوس من غير نقل،

(١) انظر تذكرة الفقهاء ٢: ٣٧٦ فقد استشكل عدم الضمان، حاشية الكركي على الشرائع: ٢٤٨ (مخطوط).

(٢) الدروس الشرعية ٣: ١٠٦.

(٣) في هامش " و " : " هذا القول منسوب إلى الشيخ يحيى بن سعيد، وهو قول جماعة من العامة. منه رحمه الله " . الجامع للشرائع: ٣٥٠، وانظر بدائع الصنائع ٧: ١٤٨، روضة الطالبين ٤: ٩٨.

(٤) في " د، م " : البيع.

ويصح غصب العقار، ويضمنه الغاصب. ويتحقق غصبه بإثبات اليد عليه مستقلا، من دون إذن المالك. وكذا لو أسكن غيره.

والثاني: تمكنه من التصرف، وهذا يشترط في الركوب ونحوه إذن المالك فيه، ولا فرق في هذا بين أن ينقله وعدمه، فلا وجه لاجراء التصرف بغير النقل من البين على هذا التقدير.

قوله: " ويصح غصب العقار... الخ "

كما يتحقق غصب المنقول اتفاقا كذا يتحقق غصب العقار عندنا وعند أكثر العلماء (١)، لأن المعتبر منه الاستقلال بإثبات اليد والاستيلاء وتحققهما ممكن في العقار كغيره، ومن ثم أمكن قبضه في البيع وغيره مما يعتبر فيه القبض، وهو لا يتحقق بدون الاستقلال بإثبات اليد عليه، فليكن هنا كذلك.

ولا فرق على تقديره بين أن يزعم المالك فيخرجه من الدار ويدخلها على هيئة من يقصد السكنى، وبين أن يستولي عليها ويتسلم مفاتيحها وإن لم يدخلها أصلا، لأن قبضها يحصل بذلك. ومثله ما لو أسكنها غيره جاهلا، فإن يد الساكن مسببة عن يده، فكان في معنى سكناه بنفسه.

وما ذكره المصنف من تحقق غصب العقار بإثبات اليد عليه مستقلا أولى من قول غيره - كالعلامة (٢) - : إنه يتحقق بالدخول وإزعاج المالك، فإنهما معا ليسا شرطا في تحققه، وإن أمكن حصوله بهما على بعض الوجوه، بأن كان المالك في الدار اتفاقا فأخرجه الغاصب ودخلها مستقلا، إلا أن الوجه فيه

(١) انظر اللباب في شرح الكتاب ٢: ١٨٩، بداية المجتهد ٢: ٣١٦ - ٣١٧، الوجيز ١: ٢٠٦ - ٢٠٧، روضة الطالبين ٤: ٩٨، المغني لابن قدامة ٥: ٣٧٨.
(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٠١.

فلو سكن الدار مع مالکها قهرا، لم یضمن الأصل. وقال الشیخ: یضمن النصف. وفيه تردد، منشؤه عدم الاستقلال من دون المالك. ولو كان الساکن ضعيفا عن مقاومة المالك لم یضمن. ولو كان المالك غائبا ضمن.

الاستقلال لا من حیث الازعاج ولا من حیث الدخول كما بیناه، ألا ترى أنه لو كان المالك غائبا یتحقق الغصب ولا إزعاج، ولو استولى مع المالك صار غاصبا في الجملة ولا إزعاج، فالاعتبار بالید والاستیلاء. والمراد بقوله: " یصح غصب العقار " أنه یقع ویصور. ونبه به علی خلاف بعض العامة (١) حیث ذهب إلى أنه لا یثبت فيه الغصب. لنا: أنه یثبت علیه الید فیدخله الغصب كالمقول، وقوله صلی الله علیه وآله: " من غصب شبرا من أرض طوقه الله من سبع أرضین يوم القيامة " (٢). قوله: " فلو سكن الدار... الخ ". لما كان الغصب عند المصنف إنما یتحقق بالاستقلال بإثبات الید علی المال لم یتحقق عنده الغصب بسكنی الدار مع مالکها قهرا، لعدم استقلاله بشئ معین، بل كل محل منها فید المالك باقية علیه في الجملة. وقال الشیخ (٣) وتبعه الأكثر: إنه یضمن النصف، لاجتماع یدهما واستیلائهما علیه، ولا یشرط الاستقلال. وهذا أقوى. وربما قیل: بأنه علی هذا التقدير مستقل بالنصف أيضا علی وجه

(١) انظر اللباب في شرح الكتاب ٢: ١٨٩، المبسوط للسرخسي ١١: ٧٣. بدائع الصنائع ٧: ١٤٦، الحاوي الكبير ٧: ١٣٥، المغني لابن قدامة ٥: ٣٧٨ - ٣٧٩.
(٢) تقدم ذكر مصادره في ص: ١٤٥ هامش (٣).
(٣) المبسوط ٣: ٧٣.

الإشاعة. ولا يخلو من بعد.

نعم، لو كان الداخل ضعيفا والمالك قويا لا يعد مثله مستوليا عليه لم يكن غاصبا لشيء من الدار، ولا عبرة بقصد ما لا يتمكن من تحقيقه. ولكن يضمن أجره ما سكن ولو بالإشاعة، لتصرفه في مال الغير بغير إذنه وإن لم يجامعه الغصب. وموضع البحث ما إذا لم يسكن بيتا معيناً و (لا) (١) يمنع المالك عنه، وإلا فلا إشكال في تحقق غصبه له دون باقي الدار.

هذا كله إذا كان المالك حاضراً في العقار. أما لو لم يكن فيه ودخل على قصد الاستيلاء فهو غاصب، وإن كان الداخل ضعيفاً وصاحب الدار قوياً، لأن الاستيلاء حاصل في الحال، وأثر قوة المالك سهولة إزالته والانتزاع من يده وليس بمتحقق في الحال، فكان كما لو غصب قلنسوة ملك، فإنه يكون غاصباً وإن سهل على المالك انتزاعها وتأديبه. ولبعض العامة (٢) وجه أنه لا يكون غاصباً، لأن مثله في العرف يعد هزلاً لا استيلاءً.

ولو كان دخوله لا على قصد الاستيلاء، بل لينظر هل تصلح له أو ليتخذ مثلها، لم يكن غاصباً، وإن كان آتما بدخوله من حيث تصرفه في مال الغير بغير إذنه. لكن لو انهدمت في تلك الحال هل يضمنها؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم، كما لو أخذ منقولا من يد مالكه لينظر هل يصلح له ليشتريه أو مثله فتلف في الحال، فإنه يضمنه. وأصحهما: لا، بخلاف المنقول. وفرق بينهما بأن اليد على المنقول

(١) من الحجرتين فقط.

(٢) روضة الطالبين ٤: ٩٨ - ٩٩.

وكذا لو مد بمقود دابة فقادها، ضمن. ولا يضمن لو كان صاحبها راكبا لها.

وغضب الأمة الحامل غضب لولدها، لثبوت يده عليهما. وكذا يضمن حمل الأمة المبتاعة بالبيع الفاسد.

حقيقة (١) فلا يحتاج في إثبات حكمها إلى قرينة، وعلى العقار حكمية فلا بد في تحققها من قرينة قصد الاستيلاء.

قوله: " وكذا لو مد بمقود..... الخ "

إذا مد بمقود دابة وقادها، فإن لم يكن مالكةا راكبا عليها ضمن (٢)، لتحقيق الاستقلال باليد عليها. وكذا لو ساقها قدامه بغير قود، وإن كان مالكةا حاضرا عندها غير مثبت يده عليها بالركوب ونحوه.

ولو كان المالك راكبا، فإن كان قويا يقدر على منع القائد والسائق لم يضمن، لعدم استقلاله بها، واستمرار يد المالك عليها. وإن كان ضعيفا - ولو من حيث جماحها بحيث يبقى عاجزا عن تثبيتها (٣) - ضمن القائد والسائق، لتحقيق الاستقلال. والمصنف - رحمه الله - لم يقيد في الراكب بكونه قادرا، وكأنه نظر إلى الغالب، وإلا فلا بد من القيد كما صنع غيره (٤). ولو تلفت الدابة بسبب فعل الغاصب ضمنها مطلقا.

قوله: " وغضب الأمة الحامل..... الخ "

أما ضمان حمل المغصوبة فواضح، لأنه مستول عليهما معا فيضمن كلا

(١) في " د ": حقيقة.

(٢) في " ذ، ر، خ ": ضمنها.

(٣) في " د، خ ": تبقيتها.

(٤) قواعد الأحكام ١: ٢٠٢.

ولو تعاقبت الأيدي الغاصبة على المغصوب، تخير المالك في إلزام أيهم شاء، أو إلزام الجميع بدلا واحدا.

منهما. فإن أسقطت الحمل وبقيت الأمة لزمه تفاوت ما بين قيمتها حاملا وحائلا. وإن تلفت بعد الوضع ألزم بالأكثر من قيمة الولد وقيمتها حاملا إن اعتبرنا الأكثر، وإلا فقيمة يوم التلف.

وأما ضمان حمل الأمة المبتاعة 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، وليس مبيعا فاسدا حتى يضمن بفاسده كما يضمن بصحيحه. ومثله القول في المقبوض بالسوم بالنسبة إلى الحمل، فإن كان السوم لهما ضمنهما على القول بضمان الأم، وإن كان لها خاصة اختص بها. وقد اختلف كلام العلامة في المسألة، ففي التحرير (٢) جزم بضمان الأمة والحمل معا كما ذكره المصنف، وفي القواعد (٣) جزم بعدم ضمان الحمل. وهو الأصح. ولا إشكال مع دخوله في البيع. قوله: (ولو تعاقبت الأيدي الغاصبة..... الخ " .

قد عرفت أن الغصب يطلق غالبا على الاستقلال بمال الغير عدوانا، وقد يطلق على الاستيلاء عليه بغير حق وإن لم يكن متعديا. فعلى الأول - وهو الذي اختاره المصنف (٤) رحمه الله - يريد هنا بتعاقب الأيدي الغاصبة على المغصوب كل يد ترتبت على يد الغاصب مع العلم، فاليد المترتبة عليه جهلا بالحال لا تعد

(١) المبسوط ٢: ١٥٦.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ١٣٧.

(٣) قواعد الأحكام ١: ٢٠٢.

(٤) انظر ص: ١٤٥.

غصبا وإن شاركه في أصل الضمان. وعلى الثاني يدخل فيها العالم والجاهل، لأن الغصب على تقديره يتحقق مع الجهل، إذ لا يشترط فيه ترتب الإثم. والحكم فيهما واحد من حيث تخير المالك في إلزام أيهم شاء ببدل المغصوب عينا وقيمة، وفي إلزام الجميع بدلا واحدا على التساوي والاختلاف، وإلزام أكثر من واحد وترك الباقي، لاشتراك الجميع في المقتضي للضمان وهو إثبات يده على مال الغير بغير إذنه، والجهل على تقديره ليس مسقطا للضمان. وإنما يفترقان في استقرار الضمان، وذلك لأن الثاني إن علم بالغصب فهو كالغاصب من الغاصب (١)، يطالب بكل ما يطالب به الغاصب. وإذا تلف المغصوب في يده فاستقرار ضمانه عليه، حتى لو غرم لم يرجع على الأول، ولو غرم الأول رجع عليه. هذا إذا لم يختلف قيمته في يدهما، أو كانت في يد الثاني أكثر. أما إذا كانت في يد الأول أكثر فلا يطالب بالزيادة إلا الأول، ويستقر ضمانها (٢) عليه. هذا إذا كان التفاوت بسبب نقص في العين، أو قلنا بضمان الغاصب أعلى القيم. ولو اعتبرنا قيمته يوم التلف فاستقرارها على الثاني مطلقا. وإن جهل الثاني الغصب، فإن كانت يده يد ضمان - كالعارية المضمونة، والمقبوض بالبيع الفاسد - استقر الضمان على الثاني، وإن كانت يده يد أمانة - كالوديعة والقراض والرهن والوكالة - استقر على الغاصب. ولو كانت يد الثاني بطريق الشراء فسيأتي (٣) تفصيل حكمه إن شاء الله تعالى. هذا حكم المغصوب على تقدير التلف. أما على تقدير الاتلاف فالقرار

(١) في نسخة بدل " و " : المالك.

(٢) في " د، م " : ضمانهما.

(٣) في ص: ٢٢٣.

والحر لا يضمن بالغصب ولو كان صغيرا. ولو أصابه حرق أو غرق أو موت في يد الغاصب، من غير تسببه (١)، لم يضمنه. وقال (٢) في كتاب الجراح: يضمنه الغاصب، إذا كان صغيرا، وتلف بسبب، كلدغ الحية والعقرب، ووقوع الحائط. ولو استخدم الحر، لزمه الأجرة.

على المتلف مطلقا، لأن الاتلاف أقوى من إثبات اليد العادية " إلا إذا كان مغرورا، كما إذا قدمه إليه ضيافة فأكله، فإن ضمانه على الغاصب، لأنه غره حيث قدم الطعام إليه وأوهمه أنه لا تبعة فيه. ويحتمل استقراره على الأكل، لأنه المتلف، وإليه عادت منفعتة، وعلى الأصح لو غرم الأكل رجوع على الغاصب، وإن غرم الغاصب لا يرجع على الأكل. ولو قدم الغاصب الطعام إلى مالكه وأكله جاهلا بالحال رجوع به على الغاصب أيضا، للغرور. وعلى الاحتمال يبرأ الغاصب. وأولى بالاستقرار على المتلف هنا.

نعم، لو أكله المالك بغير أمر الغاصب، بأن دخل داره وأكله على اعتقاد أنه طعام الغاصب فكان طعامه المغصوب، برئ الغاصب، لأنه لم يغره. ويشكل الأمر لو كان أكل المالك له سائغا، بأن كان في بيت من أذن له بالأكل منه شرعا. والوجه استواءهما في البراءة منه، لانتفاء الغرور على التقديرين الذي هو مناط الرجوع. قوله: " والحر لا يضمن بالغصب..... الخ ". المضمون بالغصب قسمان، أحدهما: ما ليس بمال وهو الحر، فيضمن

(١) في الشرائع (الطبعة الحجرية): تسببه.
(٢) أي: الشيخ الطوسي " قدس سره "، انظر الهامش (١) في الصفحة التالية.

بالجناية على نفسه وطرفه مباشرة وتسيبياً. والقول في هذا القسم محله الجنايات. وكذا يضمن باستيفاء منفعتيه، بأن استخدمه. ولا يضمن بالفوات، لأن الحر 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 والغرق، لاشتراك الجميع في المقتضي.

واستثنى الشيخ (١) - رحمه الله - في أحد قولييه ما إذا كان المغصوب صغيراً ومات بسبب لا من قبل الغاصب كلدغ الحية، فإنه يضمنه، لأنه قربه من سبب الاتلاف بحيث لا يمكنه الاحتراز منه، لأن الفرض كونه صغيراً لا يقدر على الاحتراز [منه] (٢)، فكان كحافر البئر فيقع فيها الغير. ولأنه أحوط وأنسب بمؤاخذه الناصب. وقواه في المختلف (٣).

والأشهر عدم الضمان، لأن الحر لا يضمن باليد بلا سبب، وظاهر انتفاء السبب من قبله، وانتفاء المباشرة [من قبل الله] (٤)، والضمان معلل بهما، وانتفاء العلة المساوية يوجب انتفاء المعلول، ولأصالة البراءة. والقولان للشيخ في المبسوط، الأول في كتاب الجراح (٥)، والثاني في الغصب (٦).
وألحق في الدروس (٧) المجنون بالصبي. وهو حسن. وينبغي أن يراد به

-
- (١) المبسوط ٧: ١٨.
 - (٢) من الحجريتين.
 - (٣) المختلف: ٤٥٩.
 - (٤) من الحجريتين، والظاهر أنها زائدة.
 - (٥) المبسوط ٧: ١٨.
 - (٦) المبسوط ٣: ١٠٥.
 - (٧) الدروس الشرعية ٣: ١٠٦.

ولو حبس صانعا لم يضمن أجرته ما لا ينتفع به، لأن منفعه في قبضته.
ولو استأجره لعمل، فاعتقله ولا يستعمله، فيه تردد. والأقرب أن
الأجرة لا تستقر، لمثل ما قلناه. ولا كذلك لو استأجر دابة، فحبسها
بقدر الانتفاع.

من يعجز عن التحرز عن ذلك السبب عادة، بأن كان غير مميز أو مميزا عاجزا
عن ذلك.

قوله: " ولو حبس صانعا - إلى قوله - في قبضته "

أي: في قبضة الصانع نفسه، لأنه حر، بخلاف العبد، فإن منفعه في قبضة
سيده، فكان غصبه كغصب منفعه.

قوله: " ولو استأجره لعمل.... الخ "

لا إشكال في ضمان منافع الدابة إذا غصبها، لأنها مال يدخل تحت اليد،
ويضمن منفعه بالفوات والتفويت. فلو كان قد استأجرها لعمل معين، فحبسها
مدة يمكنه فيها استيفاء المنفعة، سقط حقه من المنفعة، واستقرت عليه الأجرة.
وإنما الكلام في الأجير الحر إذا استأجره لعمل كذلك، فاعتقله مدة يمكنه
فيها فعله ولم يستعمله، هل يستقر عليه الأجرة أم لا؟ تردد المصنف في ذلك.
ومنشؤه من أن منافع الحر لا تضمن إلا بالتفويت، لعدم دخول الحر تحت اليد، إذ
ليس مالا، ولم يحصل التفويت، ولأصالة بقاء العمل في ذمته، ومن وجوب
الأجرة بنفس العقد على المنفعة التي كان مالكا سببا في ضياعها باعتقاله له،
فيستقر في ذمته، كما لو قدرها بزمان وحبسه حتى انقضى ذلك الزمان، فإنه لا
إشكال في استقرار الأجرة، فليكن هنا كذلك.
والمصنف قرب عدم الاستقرار، لما تقدم، والفرق بين العمل المطلق وبين

ولا تضمن الخمر إذا غصبت من مسلم، ولو غصبها الكافر. وتضمن إذا غصبت من الذمي مستترا، ولو غصبها المسلم. وكذا الخنزير. وتضمن الخمر، بالقيمة عند المستحل، لا بالمثل، ولو كان المتلف ذميا على ذمي. وفي هذا تردد.

المقدر بالزمان، فإن (١) المطلق لا يختص بهذه المدة التي حبسه فيها وإن أمكن استيفاءه منها، وإنما هو ثابت في الذمة، وزمانه أمر كلي غير مشخص بوقت، والأصل بقاؤه في الذمة إلى أن يستوفى، ومنافع تلك المدة غير داخلة تحت يد الغاصب ولا مملوكة له حتى يقال إنه تسلمها، لعدم دخول منفعة الحر تحت اليد، بخلاف الزمان المعين، فإن منفعته تفوت بفواته متسلما له. وهذا قوي (٢). وبني بعضهم (٣) الحكم على أن إجارة الحر نفسه هل هي تملك للمنافع، أو التزام عمل في الذمة؟ يحتمل الأول، لأن له أن يتصرف فيها بالإجارة وغيرها، ولهذا لو استعمله آخر ضمن أجره المثل للمستأجر. ويحتمل الثاني، لأن العمل بالتزامه له في الذمة صار كالذين. فعلى الأول تستقر الأجرة، دون الثاني.

ويضعف بأن المنافع معدومة، وليست تابعة لعين مملوكة، فلا تدخل تحت يد المستأجر بدون الاستيفاء.

قوله: " ولا تضمن الخمر إذا غصبت..... الخ " .
الأصل في الخمر عدم المالية، فلا تضمن إذا غصبت من مسلم أو كافر،

(١) في " م " : إن.
(٢) في " ط " : أقوى.
(٣) إيضاح الفوائد ٢ : ١٦٨.

مسلمًا كان الغاصب أم كافرًا، إلا إذا كان الكافر ذميا مستترا بها، أو كان المسلم يتخذها للتخليل، فتكون محترمة في الموضوعين، ويضمنها الغاصب لها (١).
فإن كان المغصوب منه مسلمًا وجب ردها عليه مع بقاء عينها، ولو تخللت ردها خلا لأنها مملوكة على هذا الوجه، فلا يزول ملكها بانتقالها إلى الصفة المحللة، بل يتأكد. وإن تلفت عينها عند الغاصب، فإن كان بعد التخليل لزمه مثل الخل، وإن كان قبله أثم، وسقط عنه الضمان في المشهور، لأن حق الامساك للتخليل لا يوجب الضمان.

وقال ابن الجنيدي (٢): يحكم له بقيمتها خلا، لأن له حق اليد فكان عليه الضمان بإتلاف حقه، ولا يصلح الضمان بالمثل فيضمن بالقيمة، ويجب الخل، لأنه أقرب إلى العين.

ولا يخلو هذا من تدافع، لأن جعلها حينئذ قيمة يقتضي إيجاب القيمة كيف كان، فلا وجه للانتقال إلى الخل وإن كان أقرب، ولا يفتقر إلى رد قيمتها إلى المستحل، لأن خمر التخليل لها قيمة عند المسلمين أيضا.
وإن كان المغصوب منه ذميا مستترا بها، وكان الغاصب مسلما؟ لزمه القيمة قولًا واحداً، لتعذر إلزامه بالمثل شرعاً.

إن كان المتلف كافراً ففي إلزامه بالمثل أو القيمة وجهان، من أنه مال مملوك لهم وهو مثلي فيضمن بمثله، إذ لا مانع منه هنا، ومن أنه يمتنع في شرع الإسلام الحكم بثبوت الخمر في ذمة أحد، وإن كنا لا نتعرضهم إذا لم يتظاهروا

(١) في " و " : لهما.

(٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٥٩.

وهنا أسباب آخر يجب معها الضمان:
الأول: مباشرة الاتلاف، سواء كان المتلف عينا، كقتل الحيوان المملوك، وتحريق الثوب، أو منفعة كسكنى الدار، وركوب الدابة، وإن لم يكن هناك غضب.
الثاني: التسبيب. وهو كل فعل يحصل التلف بسببه، كحفر البئر في غير الملك، وكطرح المعثر في المسالك.

بها، فامتنع الحكم بالمثل لذلك، فوجب الانتقال إلى القيمة، كما لو تعذر المثل في المثلي. والقولان لابن البراج (١).
والأجود ثبوت القيمة إن ترافعوا إلينا، ولا يلزم منه التظاهر بها، لأن المانع التظاهر بشربها والمعاملة عليها، لا مطلق البحث عنها بحيث يعطل حقها اللازم على حسب إقرارهم عليها. وإنما امتنع الحكم عليهم بالمثل لما تقدم من منافاته لشرع الاسلام، وإن كان ذلك لا يخلو من نظر.
قوله: " مباشرة الاتلاف.... الخ ".
أشار بذلك إلى أن الغضب وإن كان موجبا للضمان فالموجب له غير منحصر فيه، بل الاتلاف أيضا موجب، بل هو أقوى، فإنه بمجرد يوجب اشتغال الذمة بالضمان والغضب بمجرد لا يوجبه، بل يوجب دخول المغصوب في ضمانه حتى إذا تلف اشتغلت الذمة بالضمان.
ثم الاتلاف قد يكون بالمباشرة، وقد يكون بالسبب. فصارت الأسباب التي جرت العادة بالبحث عنها في باب الغضب ثلاثة: التفويت بالمباشرة، والتفويت بالسبب، وإثبات اليد العادية، وهو الغضب. وعلى هذا اقتصر

(١) المهذب ١: ٤٤٤ و ٤٥٠.

جماعة (١). وبقيت أسباب آخر أشار إليها المصنف في آخر (٢) البحث، ولم يحصل الحصر بذلك أيضا، لتخلف أسباب آخر.

واعلم أن ماله مدخل في هلاك الشيء إما أن يكون بحيث يضاف الهلاك إليه في العادة إضافة حقيقية، أو لا يكون كذلك. وما لا يكون كذلك إما أن يكون من شأنه أن يقصد به ما يضاف إليه الهلاك، أو لا يكون كذلك. فالذي يضاف إليه الهلاك يسمى علة، والآتيان به مباشرة، وما لا يضاف إليه الهلاك ولكن يكون من شأنه أن يقصد بتحصيله ما يضاف إليه يسمى سببا، والآتيان به تسببيا.

والمصنف - رحمه الله - فسر السبب هنا بأنه كل فعل يحصل التلف بسببه. وهذا التعريف لا يخلو من دور، لأخذه السبب في تعريفه، وكأنه أراد بقوله: " بسببه " أي: بواسطته أو معه أو عنده، كما عبر عنه غيره (٣). ومع ذلك يشمل المباشرة، لأن التلف يحصل بواسطتها أو عندها.

وعرفها بعضهم (٤) بأنها إيجاد علة التلف. وأراد ب " علة التلف " أنه يضاف إليه التلف في العرف إضافة حقيقية. وإنما قيد بالحقيقية لأن الهلاك قد يضاف إلى السبب، فيقال: هلك مال فلان بسعاية فلان، لكنه مجاز بدليل صحة السلب. وقد عرف المصنف السبب في الديات بتعريف أجود مما هنا فقال إنه: " ما لولاه لما حصل التلف، لكن علة التلف غيره، كحفر البئر.... فإن التلف عنده

(١) إرشاد الأذهان ١: ٤٤٤ - ٤٤٥، الدروس الشرعية ٣: ١٠٧.

(٢) في ص: ١٧٤.

(٣) قواعد الأحكام ١: ٢٠١.

(٤) الدروس الشرعية ٣: ١٠٧.

لكن إذا اجتمع السبب والمباشر، قدم المباشر في الضمان على ذي السبب،
كمن حفر بئرا في ملك غيره عدوانا، فدفع غيره فيها إنسانا، فضمن ما
يجنيه الدفع على الدافع.

بسبب العثار " (١).

واعلم أيضا أن تمثيله السبب بحفر البئر في غير الملك تخصيص للسبب
الموجب للضمان، فإن حفره وإن كان في ملك الحافر يكون سببا في الهلاك لكنه
غير مضمون، فالسبب المعرف سبب خاص وهو الموجب للضمان، وإن كان
التعريف صادقا على ما هو أعم.

قوله: " لكن إذا اجتمع السبب والمباشر..... الخ "

قد تقرر أن كل واحد من المباشرة والسبب موجب للضمان برأسه من غير
اعتبار الآخر. فإن انفرد الموجب فاستناد الضمان إليه واضح. وإن تعدد، فقد
يكون من جنس واحد، وقد يكون من جنسين.

فالأول: بأن يجتمع سببان فصاعدا، بأن يحفر واحد بئرا في محل
عدوانا، ويضع آخر حجرا عنده فيعثر به إنسان فيقع في البئر. فإن اتفقا في وقت
واحد اشتركا في الضمان، لعدم الترجيح. وإن تعاقبا فالضمان على المتقدم في
التأثير، لاشتغاله بالضمان أو لا فكان أولى، وهو سبب السبب فيجب وجود
المسبب عنده.

والثاني: بأن يجتمع المباشر والسبب فيقدم المباشر، لأنه أقوى، ولأن
التلف يستند إليه حقيقة كما بيناه، بخلاف السبب.

(١) شرائع الاسلام ٤ : ٢٦١.

ولا يضمن المكره المال، وإن باشر الاتلاف. والضمان على من أكرهه، لأن المباشرة ضعفت مع الاكراه، فكان ذو السبب هنا أقوى.

واستثني من ذلك ما إذا ضعف المباشر، وله صور كثيرة تأتي (١) جملة منها، وقد تقدم (٢) منها مسألة غرور المالك بتقديم (٣) طعامه إليه جهلا، فإن الضمان يستقر على الأمر، لأن الغاصب وإن كان قد سلط مالكه عليه وصيره بيده، إلا أنه باعتقاده أنه ملك الغير وأنه مسلط على إتلافه بغير عوض ليس تسليمه له تاما يتصرف فيه تصرف الملاك، فلذلك ضعفت مباشرته بالغرور.

ومن قبيل اجتماع السبب والمباشر مع تقديم المباشر ما إذا سعى شخص إلى ظالم بآخر فأخذ ماله، فالضمان يختص بالظالم، لأنه المباشر للأخذ، وعلى الساعي الوزر. وكذا لو اجتمع الأمر بالقتل مع مباشرته، لكن هنا يحبس الأمر به حتى يموت، كما سيأتي (٤) إن شاء الله تعالى.

قوله: " ولا يضمن المكره..... الخ "

هذا أيضا من المواضع التي يقدم فيها السبب على المباشر، لضعف المباشر بالاكراه. ويتحقق الاكراه الراجع للضمان عن المكره بما يتحقق به الاكراه المفسد للعقد. وقد تقدم تحقيقه في الطلاق (٥). وربما قيل هنا باشتراط زيادة خوف ضرر لا يمكنه تحمله. والأشهر الأول.

(١) في ص: ١٦٨ و ١٧٠.

(٢) في ص: ١٥٦ - ١٥٧.

(٣) كذا في نسخة بدل " و "، وفي متنها وسائر النسخ الخطية: مسألة الغرور بتقديم....

(٤) في كتاب القصص المسألة الثانية من المرتبة الرابعة من مراتب التسيب وانظر شرائع الاسلام ٤: ٢٠٤.

(٥) في ج ٩: ١٧ - ١٨.

ولو أرسل في ملكه ماء، فأغرق مال غيره، أو أوجع ناراً فيه فأحرق، لم يضمن ما لم يتجاوز قدر حاجته اختياراً، مع علمه أو غلبة ظنه أن ذلك موجب للتعدي إلى الأضرار.

واحترز بالمال عن الإكراه على النفس، فإن الإكراه على إتلافها لا يوجب سقوط الضمان عن المكره. ولكن يبقى فيه الإكراه على الجرح، فإنه يتحقق كالمال. وسيأتي (١) البحث في ذلك إن شاء الله تعالى. قوله: " ولو أرسل في ملكه.... الخ "

إذا أرسل في ملكه ماء أو أوجع ناراً لمصلحته (٢)، فإن لم يتجاوز قدر حاجته، ولا علم ولا ظن التعدي إلى غيره، فاتفق التعدي والافساد على الجار، فلا ضمان على المباشر اتفاقاً، لعدم التفريط، وأن الناس مسلطون على أموالهم. وسببته في الاتلاف ضعيفة بالإذن له من قبل الشارع في فعل ذلك في ملكه، فلا يتعقبه الضمان.

وإن تجاوز قدر الحاجة، وعلم أو ظن التعدي فاتفق، فلا شبهة في الضمان، لتحقق التفريط المقتضي له، مع وجود السببية الموجبة للضمان. وإن اتفق أحد الأمرين خاصة، إما التجاوز عن قدر الحاجة مع عدم ظن التعدي، أو عدم التجاوز عنه مع علم التعدي أو ظنه، ففي الضمان قولان: أحدهما - وهو الذي جزم به المصنف رحمه الله هنا، والعلامة في القواعد (٣) والإرشاد (٤) - : عدم الضمان، لأنه فعل مأذون فيه شرعاً، فلا يتعقب

(١) في كتاب القصاص الفرع الثالث من المرتبة الرابعة من مراتب التسبيب، وانظر شرائع الإسلام ٤ : ٢٠٥.

(٢) في " د، ط، خ، م " : لمصلحة.

(٣) قواعد الأحكام ١ : ٢٠٢.

(٤) إرشاد الأذهان ١ : ٤٤٥.

الضمان. ولا يعد مثل ذلك تفريطا، حيث لم يظن التعدي في الأول، ولا تجاوز حاجته في الثاني. ولأصالة البراءة من الضمان.

والثاني: الاكتفاء في الضمان بأحد الأمرين: تجاوز الحاجة، أو ظن التعدي، وهو اختيار العلامة في التحرير (١) والشهيد في الدروس (٢)، لتحقيق السببية الموجبة له. ويرجح هذا القول في بعض أفرادها، وهو ما لو علم التعدي فتركه اختيارا، وإن كان فعله بقدر حاجته، لأن ترك قطعه مع علم التعدي إلى الغير وقدرته على قطعه تعد محض.

نعم، مع عدم العلم ولا الظن قد يشكل الضمان على تقدير تجاوز الحاجة، لأن فعله مأذون فيه على التقديرين، ولا تفريط حينئذ.

وفي معنى ظنه ما إذا قضت العادة بسريانه، بأن كان الهواء شديدا يحملها إلى ملك الغير، أو الماء كثيرا، وإن اتفق عدم شعوره بذلك، لبلادة أو غيرها.

ولو اتفق جفاف شجر جاره بالنار بسبب المجاورة (٣) فالحكم كما لو سرت إليها، إلا أن يكون أغصان الشجر في هواء أرض موقد النار، فلا ضمان إذا كان عطفها غير ممكن، وإلا اتجه الضمان، لأنه ليس له إتلافها مطلقا، كما قرر (٤) في موضعه.

(١) تحرير الأحكام ٢: ١٣٨.

(٢) الدروس الشرعية ٣: ١٠٧.

(٣) في " ط، ر ": المجاوزة.

(٤) انظر ج ٤: ٢٩٣ - ٢٩٤.

ويتفرع على السبب فروع:
الأول: لو ألقى صبيا في مسبعة، أو حيوانا يضعف عن الفرار،
ضمن لو قتله السبع.

وفي التذكرة (١) أطلق عدم ضمانها متى كانت في هواء موقد النار، وضمنها إن لم يكن كذلك، من غير تقييد بعلم التعدي أو تجاوز الحاجة، محتجا بأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيرة. ولا يخفى ما فيه.
قوله: " لو ألقى صبيا..... الخ "

هذا أيضا من قبيل قوة السبب على المباشر، فإن إلقاء الصبي الذي يضعف عن التحرز من السبع في المسبعة - والحيوان كالشاة - سبب تام في هلاكه، لأنه فعل ما لولاه لما حصل التلف، مع [عدم] (٢) كونه بعلة أخرى، والسبع لا يحال عليه الضمان، فالمباشرة ضعيفة، فلا معارض (٣) للسبب. هذا إذا لم نقل بقول الشيخ (٤) إن موت الصبي المغضوب بسبب يوجب ضمان الغاصب مطلقا، وإلا ضمن هنا بطريق أولى.

واحترز بالصبي عن الكبير الذي يمكنه التحرز عادة، فإنه لا يضمنه بإلقائه لو اتفق إتلاف السبع له، لأن ذلك لا يعد سببا في حقه، وإنما وقع بالاتفاق كما لو وضع الصبي في غير المسبعة فافترسه السبع اتفاقا، فإنه لا يضمنه على المشهور، خلافا للشيخ (٥)، وبه احترز بقوله: " مسبعة "

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٣٧٦.

(٢) من الحجرتين فقط.

(٣) في " خ ": تعارض السبب.

(٤) المبسوط ٧: ١٨.

(٥) المبسوط ٧: ١٨.

الثاني: لو غصب شاة فمات ولدها جوعاً، ففي الضمان تردد. وكذا لو حبس مالك الماشية عن حراستها فاتفق تلفها. وكذا التردد لو غصب دابة، فتبعها الولد.

قوله: " لو غصب شاة..... الخ "

منشأ التردد في هذه الثلاثة: من عدم الاستقلال بإثبات اليد على الولد والماشية، فلا يتحقق الغصب، فينتفي الضمان، ومن أنه سبب في الاتلاف، إذ لولاه لم يحصل التلف، والضمان ليس بمنحصر في الغصب كما مر (١)، فإن مباشرة الاتلاف وسببيه من جملة مقتضياته وإن لم يكن غصباً.

والحق أن منشأ التردد إنما يكون من الشك في السببية هنا، إذ لو سلمت لم يبق إشكال في الضمان. ومنشأ الشك فيها مبني على تعريف السبب، فعلى ما ذكره (٢) المصنف من تعريفه إذا مات الولد جوعاً بحيث لولا غصب الأم لما مات عادة فالسببية متحققة فيه، لكن اتفاق تلف الماشية بعد حبس المالك عن حراستها قد يكون بسبب حبسه وقد لا يكون، فإن فرض فهو سبب أيضاً. وإن فسر السبب بإيجاد ما يحصل التلف عنده لعلة أخرى، إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة - كما عرفه جماعة (٣) - فيتوقف ثبوت سببته على قصد الغاصب للشاة والحابس للمالك إلى إتلاف الولد والماشية.

والأصح الضمان مع استناد التلف إلى فعل الغاصب، بمعنى أنه لولا الغصب والحبس لما تلف عادة، فإن الواقع في العبارة أعم منه، لتحقق السببية

(١) في ص: ١٦٢.

(٢) في ص: ١٦٢.

(٣) قواعد الأحكام ١: ٢٠١، غاية المراد: ١٣٣.

الثالث: لو فك القيد عن الدابة فشردت، أو عن العبد المجنون فأبق، ضمن، لأنه فعل يقصد به الاتلاف. وكذا لو فتح قفصا عن طائر فطار مبادرا أو بعد مكث.

حينئذ، والقصد غير معتبر في تحققها وترتب أثرها كما اقتضاه التعريف الذي اخترناه.

قوله: " لو فك القيد عن الدابة..... الخ "

هذه المواضع الثلاثة من قبيل ما يترجح فيها السبب على المباشرة، لضعفها. فإذا فك قيد الدابة فشرودها متوقع، والمباشر - وهو الدابة - ضعيف بعدم (١) العقل. ومثله فك القيد عن العبد المجنون ومن لا يميز، وفتح القفص عن الطائر فطار، سواء أهاجه أم لا، وسواء طار عقيب الفتح أم بعد حين، لأن طيرانه بالفتح مما يتوقع مع ضعف المباشرة.

ونبه بقوله: " فطار مبادرا أو بعد مكث " على خلاف بعض الشافعية (٢)، حيث فرق بين الأمرين فحكم بالضمان في الأول دون الثاني، فارقا بأنه إذا طار عقيب الفتح أشعر ذلك بأنه نفره، وإذا تأخر ثم طار كان ذلك أمانة ظاهرة على أنه طار باختياره.

ولهم قول ثالث (٣) بعدم الضمان في الحالتين، لأن للحيوان قصدا واختيارا، ولهذا يقصد ما ينفعه ويتوقى المهالك، وغاية الوجود من الفاتح السبب إلى تضييعه، فيقدم عليه مباشرة الطائر واختياره. وفي حكم خروج الطائر بعد فتح القفص وثوب الهرة إليه وقتله، لاشتراك

(١) في " ط، د، و، م " لعدم.

(٢) الحاوي الكبير ٧: ٢٠٨، الوجيز ١: ٢٠٦، روضة الطالبين ٤: ٩٥.

(٣) الحاوي الكبير ٧: ٢٠٨، الوجيز ١: ٢٠٦، روضة الطالبين ٤: ٩٥.

ولا كذا لو فتح بابا على مال فسرق، أو أزال قيذا عن عبد عاقل فأبق، لأن التلف بالمباشرة لا بالسبب. وكذا لو دل السراق.

الأمرين في السببية، مع ضعف المباشر، لعدم (١) صلاحيته للضمان. ولو اتفق القفص معلقا فاضطرب بخروج الطائر وسقط فانكسر أو عاب ضمنه الفاتح. وكذا لو أفسد الطائر شيئا بخروجه، بأن كسر قارورة ونحوها، لأن فعل الطائر منسوب إليه.

قوله: " ولا كذا لو فتح..... الخ "

هذه المواضع الثلاثة مما اجتمع فيه المباشرة والتسبيب، لكن كان المباشر قويا بحيث يمكن استناد الضمان إليه، فيقدم على السبب.

أما الأول فلأن السارق آدمي له ذمة قابلة للضمان، فيرجح على السبب.

وأما الثاني فلأن للعبد العاقل اختيارا صحيحا فذهابه محال عليه، إذ لا

يتوقع منه الفرار، بخلاف المجنون. هذا إذا لم يكن آبقا، وإلا ففي ضمانه

وجهان، من أنه بعقله محال (٢) عليه الفعل، ومن أن إطلاقه - وقد اعتمد المالك ضبطه - إتلاف عليه، فكان كحل المجنون والبهيمة.

وأما دلالة السراق فقوة المباشر على السبب ظاهرة. والحكم فيها بتقديم

المباشر هو ظاهر الأصحاب ما عدا العلامة في إرشاد الأذهان (٣)، فقد حكم فيه

بضمان الدال، نظرا إلى تحقق السببية. وهو نادر، لأن مجرد السبب لا يكفي في

إثبات الضمان ما لم ينحل عن المعارض. وفي غيره من كتبه (٤) وافق الجماعة

(١) في " ذ، و " : بعدم، وفي " خ " : وعدم.

(٢) في " ذ، ط، خ " : يحال.

(٣) إرشاد الأذهان ١ : ٤٤٤.

(٤) قواعد الأحكام ١ : ٢٠٢، تذكرة الفقهاء ٢ : ٣٧٥.

ولو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه، ضمن إذا لم يكن يحبسه إلا الوكاء.
وكذا لو سال منه ما ألان الأرض تحته، فاندفع ما فيه، ضمن، لأن فعله
سبب مستقل بالاتلاف.
أما لو فتح رأس الظرف فقلبته الريح أو ذاب بالشمس، ففي الضمان
تردد. ولعل الأشبه أنه لا يضمن، لأن الريح والشمس كالمباشر، فيبطل
حكم السبب.

على القطع بتقديم المباشر، إلا في التحرير (١)، فإنه استشكل. ولا إشكال في
ضمانه لو كان مستأمنًا على المال، فإنه يضمن من حيث التفريط فيه، وإن تخير
المالك في الرجوع عليه وعلى المباشر.
قوله: " لو أزال وكاء الظرف... الخ "

إذا فتح باب ظرف فضاع ما فيه، نظر إن كان مطروحا على الأرض فاندفع
ما فيه بالفتح ضمن لا محالة، لمباشرته الاتلاف. وإن كان منتصبا (٢) لا يضيع ما
فيه بالفتح لو بقي كذلك لكنه سقط، فإن كان سقوطه بفعله ضمن أيضا كالأول،
لأنه فتح رأسه وأسقطه. وكذا لو سقط بما يستند إلى فعله، كما لو فتح رأسه
فأخذ ما فيه في التقاطر شيئا فشيئا حتى ابتل أسفله وسقط، لأن السقوط
بالميلان (٣) الناشئ من الابتلال الناشئ من التقاطر الناشئ من الفتح، وهو مما
شأنه أن يحصل بالفتح.
وإن سقط بأمر عارض من زلزلة أو هبوب ريح أو وقوع طائر ففي ضمانه

(١) تحرير الأحكام ٢: ١٣٨.

(٢) كذا في " ط، و "، وفي سائر النسخ: منصبا.

(٣) في " د " : بالميلان.

ومن الأسباب: القبض بالعقد الفاسد، والقبض بالسوم، فإن القابض يضمن. وكذا استيفاء المنفعة بالإجارة الفاسدة سبب لضمان أجره المثل.

يقتضي الضمان. وأما الثاني فلأنه لم يتصرف في الظرف ولا في المظروف. وأظهرهما وجوب الضمان على الثاني، لأن تقريب النار منه تصرف فيه بالتضييع والاتلاف.

والوجهان جاريان فيما إذا كان رأس الزرق مفتوحا فجاء إنسان فقرب منه النار. والأصح هنا ضمان المقرب أيضا.

ولو حل رباط سفينة فغرقت بالحل ضمن، كمسألة الظرف. وإن غرقت بسبب حادث من هبوب الريح أو غيره فالوجهان.

قوله: " ومن الأسباب القبض..... الخ "

هذه الثلاثة من جملة الأسباب الموجبة للضمان بغير الغصب. والحكم في الأول منها موضع وفاق، لعموم: " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (١). ولأن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده. والمراد بالعقد هنا عقد البيع ونحوه من العقود اللازمة الموجبة لانتقال الضمان إلى القابض، لا مطلق العقد، فإن منه ما لا يضمن بصحيحه - كالقراض والوكالة والوديعة - فلا يضمن بفاسده.

وأما المقبوض بالسوم - وهو أن يقبضه ليشتريه - فالمشهور أنه مضمون على القابض أيضا، لعموم الخبر السابق. وقيل: لا يضمن، لأنه مقبوض بإذن المالك فيكون أمانة كغيره من الأمانات المقبوضة بإذنه من الوديعة وغيرها،

(١) عوالي اللآلي ٢: ٣٤٥ ح ١٠، سنن الدارمي ٢: ٢٦٤، مسند أحمد ٥: ١٢، سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠، سنن أبي داود ٣: ٢٩٦ ح ٣٥٦١. سنن الترمذي ٣: ٥٦٦ ح ١٢٦٦، سنن البيهقي ٦: ٩٥، مستدرک الحاكم ٢: ٤٧.

النظر الثاني في الحكم

يجب رد المغصوب ما دام باقيا ولو تعسر، كالأخشبة تستدخل في البناء، أو اللوح في السفينة. ولا يلزم المالك أخذ القيمة.

ولأصالة براءة الذمة، وعموم الخبر ممنوع. وهذا متجه. وهو خيرة ابن إدريس (١) والعلامة في المختلف (٢).

وأما استيفاء المنفعة بالإجارة الفاسدة فضمامها بأجرة مثلها من باب المباشرة للاتلاف، لا من باب الأسباب، وإدخالها في السبب تجوز. ومن حكم إتلاف مال الغير مع عدم تسليط المالك عليه أن يلزمه العوض، إما العين (٣) إن كان، أو قيمة المثل أو أجرته، عينا كان أم منفعة.

قوله: " يجب رد المغصوب.... الخ "

إذا غصب خشبة وأدرجها في بنائه أو بنى عليها لم يملكها الغاصب، بل عليه إخراجها من البناء ورده إلى المالك، خلافا لأبي حنيفة (٤) حيث حكم بملكه ويغرم قيمته.

لنا: قوله صلى الله عليه وآله: " على اليد ما أخذت حتى تؤدي ". وأن

(١) لم نجد تصريحاً له بذلك. نعم، يستظهر ذلك من رده حكم الشيخ " قده " بتضمين المشتري - في مسألة دفع البائع عيدين لمشتري الواحد ليختار أحدهما وإباق أحدهما - نصف الثمن، انظر السرائر ٢: ٣٥٠، مع أنه في كتاب الغصب (٢: ٤٩١) صرح بضمام المقبوض بالسوم.

(٢) المختلف: ٣٨٢.

(٣) كذا في " و، خ "، وفي سائر النسخ: المعين.

(٤) انظر اللباب ٢: ١٩٢، المبسوط للسرخسي ١١: ٩٣، بدائع الصنائع ٧: ١٤٩، شرح فتح القدير ٨:

بناء العدوان لا يزيل ملك المالك، كما لو غضب أرضا وبنى عليها باعتراف الخصم. وأن القدرة على المثل تمنع من العدول إلى القيمة، لأن المثل أقرب إلى المغصوب، فأولى أن تمنع القدرة على العين العدول إلى القيمة. ثم إذا أخرجها وردّها لزمه أرش النقص إن دخلها نقص. ولو بلغت حد الفساد على تقدير الإخراج بحيث لا يبقى لها قيمة فالواجب تمام قيمتها. وهل يجبر على إخراجها حينئذ؟ نظر، من فوات المالية، وبقاء حق المالك في العين وظاهرهم عدم الوجوب، وأنها تنزل منزلة المعدومة. ولو قيل بوجوب إعطائها المالك لو طلبها كان حسنا، وإن جمع بين القيمة والعين.

ولو أدرج لوحا مغصوبا في سفينة، نظر إن لم يخف من النزاع هلاك نفس محترمة ولا مال - بأن كانت على وجه الأرض، أو قريبة من الشط، أو أدرج في أعلاها ولم يخش من نزعه الغرق، أو لم يكن فيها نفس ولا مال، ولا خيف هلاك السفينة بنفسها - نزاع ورد أيضا. وخلاف أبي حنيفة (١) في السابق آت هنا. وإن كانت في لجة البحر، وخيف من النزاع هلاك حيوان محترم - سواء كان آدميا وغيره، وسواء كان الآدمي هو الغاصب أم غيره، وسواء كان الحيوان للغاصب أم لغيره - لم ينزع حتى يصل إلى الشط، لاحترام روح الحيوان.

وإن خيف من النزاع هلاك مال غير الحيوان أو نفس السفينة أو غيرهما، فهو إما للغاصب، أو من وضعه فيها وهو يعلم أن فيها لوحا مغصوبا، أو مال غيرهما. فإن كان لغيرهما لم ينزع أيضا. وإن كان لهما فوجهان:

(١) المبسوط للسرخسي ١١: ٩٣، شرح فتح القدير ٨: ٢٦٥.

وكذا لو مزجه مزجا يشق تمييزه، كمزج الحنطة بالشعير، أو الدخن بالذرة، وكلف تمييزه وإعادته.

أحدهما - وهو الذي يقتضيه إطلاق المصنف، وصرح به الأكثر (١) - : أنه ينزع أيضا، كما يهدم البناء لرد الخشبة ولا يبالي بما صنع (٢)، لأن دفع المغصوب إلى المالك واجب على الفور ولا يتم إلا بهذا. وعدوان الغاصب لا يناسبه التخفيف، وهو الذي أدخل الضرر على نفسه.

والثاني: أنه لا ينزع، لأن السفينة لا تدوم في البحر، فيسهل الصبر إلى انتهائها إلى الشط، فتؤخذ القيمة للحيلولة، إلى أن يتيسر الفصل فيرد اللوح مع أرش النقص إن نقص ويسترد القيمة، جمعا بين الحقين.

وعلى الأول لو اختلطت السفينة التي أدرج فيها اللوح بسفن كثيرة للغاصب، ولم يوقف على اللوح إلا بفصل الكل، ففي جوازه وجهان أجودهما ذلك، لتوقف الواجب عليه.

قوله: " وكذا لو مزجه..... الخ "

لا فرق مع خلطه على وجه يمكن تمييزه ولو بمشقة بالغة بين خلطه بالجنس كالحنطة البيضاء والحمراء، أو بغير الجنس كالحنطة والشعير، وأحدهما بالعدس والدخن وغيرهما.

ولو خلط الزيت بالماء وأمكن تمييزه لزمه أيضا مع أرش النقص إن كان. وسيأتي (٣) حكمه مع عدم الامكان

(١) قواعد الأحكام ١: ٢٠٧، إيضاح الفوائد ٢: ١٨٧ - ١٨٨، الدروس الشرعية ٣: ١٠٩، المهذب البارع ٤: ٢٥٠ - ٢٥١.
(٢) في " و " : ضيع.
(٣) في ص: ٢١٥.

ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة، فإن أمكن نزعها ألزم ذلك،
وضمن ما يحدث من نقص. ولو خشي تلفها بانتزاعها، لضعفها، ضمن
القيمة.

وكذا لو خاط بها جرح حيوان له حرمة، لم تنزع إلا مع الأمن
عليه، تلفا وشينا، وضمنها.

قوله: " ولو خاط ثوبه بخيوط..... الخ "

الخيط المغصوب إن خيط به ثوب ونحوه فالحكم كما في البناء على
الخشبة، فللمالك طلب نزع وإن أفضى إلى التلف. ويضمن الغاصب النقص إن
اتفق. وإن لم يبق (١) له قيمة ضمن جميع القيمة، ولا يخرج بذلك عن ملك المالك
كما سبق (٢) فيجمع بين العين والقيمة.

وإن خيط به جرح حيوان، فهو إما محترم أو غيره، والمحترم إما آدمي أو
غيره. فالآدمي متى خيف من نزع هلاكه أو غيره من المحذور المجوز للعدول
إلى القيمة - من المرض والشين (٣) - لم ينزع، وعلى الغاصب قيمته.
ثم إن خاط جرح نفسه فالضمان مستقر عليه. وإن خاط به جرح غيره
بإذنه وهو عالم بالغصب، قيل: كان قرار الضمان عليه. والأجود قراره على
المباشر. وإن كان جاهلا فلا إشكال في قراره - بل وجوبه ابتداء - على المباشر.
وأما غير الآدمي فعلى ضربين:
أحدهما: غير المأكول. والحكم فيه كالأدمي، لأنه لا ينتفع به مع ذبحه.

(١) في " ذ ": تنفق، وفي " ص، ل، خ ": ينفق.

(٢) في ص: ١٧٦.

(٣) الشين: خلاف الزين، والمشائين: المعاييب والمقاييب. الصحاح ٥: ٢١٤٧.

الثاني: المأكول. فإن كان لغير الغاصب لم ينزع، لحرمة روحه. وإن كان للغاصب فوجهان:
أحدهما (١): أنه يذبح ويرد الخيط، لامكان الجمع بين الحقين، وهو جائز الذبح.
وأظهرهما - وهو الذي يقتضيه إطلاق المصنف -: المنع كما في غير المأكول، لأن للحيوان حرمة في نفسه، ولهذا يؤمر بالانفاق عليه، ويمنع من إتلافه. فإذا لم يقصد بالذبح الأكل منع منه، وقد روي أنه صلى الله عليه وآله " نهى عن ذبح الحيوان إلا لمأكله " (٢).
وإذا مات الحيوان الذي خيط به جرحه، فإن كان غير الآدمي نزع منه الخيط. وفي الآدمي وجهان أصحهما العدم، لما فيه من المثلة، والآدمي محترم حيا وميتا، ولذلك قال صلى الله عليه وآله: " كسر عظم الميت ككسر عظم الحي " (٣). ووجه جواز نزع: أن المنع منه لحرمة الروح وقد زال.
وأما غير المحترم، وهو ما يصح إتلافه بغير التذكية كالخنزير والكلب العقور، فلا يبالي بهلاكه وينزع منه الخيط مطلقا.

-
- (١) في الحجريتين: أجودهما.
(٢) تلخيص الحبير ٣: ٥٥ ح ١٢٧٢، ونقله الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٢٠٢، وابن قدامة في المغني ٥: ٤٢٥ مع اختلاف يسير.
(٣) موطأ مالك ١: ٢٣٨ ح ٤٥، مسند أحمد ٦: ١٠٠، سنن ابن ماجه ١: ٥١٦ ح ١٦١٧. سنن أبي داود ٣: ٢١٢ ح ٣٢٠٧، سنن الدارقطني ٣: ١٨٨ ح ٣١٢ - ٣١٤، تاريخ بغداد للخطيب ١٢: ١٠٦ رقم (٦٥٤٦)، تلخيص الحبير ٣: ٥٤ ح ١٢٧١.

ولو حدث في المغصوب عيب، مثل تسويس أشر أو تخريق الثوب، رده مع الأرش.

ولو كان العيب غير مستقر، كعفن الحنطة، قال الشيخ: يضمن قيمة المغصوب.

ولو قيل: ترد العين مع أرش العيب الحاصل، ثم كلما ازداد عيبا دفع أرش الزيادة، كان حسنا.

قوله: " ولو حدث في المغصوب..... الخ " .

النقصان الحاصل في المغصوب نوعان:

أحدهما: ما لا سراية له، فعلى الغاصب أرشه ورد الباقي من غير أن يملكه الغاصب، سواء في ذلك ما إذا كان الأرش بقدر القيمة وعدمه، وما يفوت معظم منافعه وأقل، وما يزيل العيب اسمه الأول وعدمه.

ونبه المصنف بإطلاق الحكم والأمثلة على خلاف بعض العامة (١)، حيث حكم فيما إذا أزال العيب أكثر منافعه - كما لو خرق الثوب المغصوب خرقا، أو شقه طولا، أو كسر بعض قوائم الدابة - بأنه ليس للمالك أن يغرمه شيئا إلا أن يدفع إليه المغصوب.

وعلى المختار لو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب وتغريمه بدله لم يكن له ذلك بدون رضاه، لأنه عين ماله.

والنوع الثاني: ماله سراية لا يزال يزداد إلى الهلاك، كما لو بل الحنطة وتمكن فيها العفن الساري، أو اتخذ من الحنطة المغصوبة هريسة، ففي حكمه

(١) الاشراف على مذاهب أهل العلم ٢: ٥٢٣، الحاوي الكبير ٧: ١٣٨، المبسوط للسرخسي ١١: ٨٦، الكافي في فقه أهل المدينة ٢: ٨٤٢، حلية العلماء ٥: ٢١٧ - ٢١٨.

ولو كان بحاله رده، ولا يضمن تفاوت القيمة السوقية.

قولان:

أحدهما - وهو الذي اختاره الشيخ (١) - : أنه يجعل كالهالك، ويضمن بدله من مثل أو قيمة، لأنه بإشرافه على التلف كأنه هالك. ويضعف بأنه ليس بتالف حقيقة، وإن كان قد يؤول إليه. وحينئذ فيجب رده إلى مالكة، وضمن ما نقص بالجناية إلى يوم دفع الأرش، ثم كلما نقص شيئاً ضمنه، لأنه مستند إلى جنايته. هذا إذا لم يمكن المالك إصلاحه، وإلا سقط أرش ما زاد عن ذلك، لاستناد الفأث إلى تقصير المالك، كما لو جرحه فترك علاج الجرح مع قدرته عليه، فإنه لا يكون مضموناً. وفي المسألة وجه آخر، وهو الاقتصار على دفع أرش النقص الموجود إلى حين دفعه، لأنه تمام الحق، ولا يجب غيره حينئذ، فلا يجب شيء آخر بعد ذلك.

ويضعف بأن وجوب الحاصل لا يقتضي كونه تمام الحق، مع وجود سبب الضمان الموجب للسراية.

قوله: " ولو كان بحاله رده.... الخ "

إذا كانت عين المغصوب باقية بحالها فلا إشكال في وجوب ردها وعدم ضمان شيء. وإن تغيرت، فإما أن يكون بالزيادة أو النقصان في العين أو في القيمة. وعلى الثاني: إما أن يعود إلى أصله، أو لا يعود. فنقصان العين وزيادته يأتي (٢) الكلام فيهما. ونقصان القيمة وحدها كما لو غصب ما قيمته عشرة ورده

(١) المبسوط ٣: ٨٢.

(٢) في ص: ٢٠٦ - ٢٠٨ و ٢١١.

فإن تلف المغصوب، ضمنه الغاصب بمثله إن كان مثليا، وهو ما يتساوى قيمة أجزائه.

بحاله وقد عادت قيمته إلى درهم، فإنه غير مضمون عند أكثر أهل العلم، لأن الفئات رغبات الناس لا شيء من المغصوب، فإن عينه موجودة فالواجب ردها وقد أتى به. وخالف في ذلك شذوذ (١) من العامة. قوله: " فإن تلف المغصوب..... الخ "

إذا تلف المغصوب ضمنه الغاصب لا محالة. ثم لا يخلو: إما أن يكون مثليا أو قيميا. فإن كان مثليا ضمنه بمثله، لأنه أقرب إلى التالف. والمتقوم يضمن بالقيمة. وقد اختلفت عبارات الفقهاء في ضبط المثلي، والمشهور بين الأصحاب ما ذكره المصنف من أن المثلي ما يتساوى قيمة أجزائه، أي: أجزاء النوع الواحد منه، كالحبوب والأدهان، فإن المقدار من النوع الواحد منه يساوي مثله في القيمة، ونصفه يساوي نصف قيمته، وهكذا.

واعترض بأنه إن أريد بالأجزاء كل ما تركب عنه (٢) الشيء، فيلزم أن لا تكون الحبوب مثلية، لأنها تتركب من القشور والألباب، والقشر مع اللب مختلفان في القيمة. وكذا التمر والزبيب، لما فيهما من النوى والعجم. وإن أريد بالأجزاء التي يقع عليها اسم الجملة، فيلزم أن لا تكون الدراهم والدنانير مثلية لما يقع في الصحاح من الاختلاف في الوزن، وفي الاستدارة والاعوجاج، وفي وضوح السكة وخفائها، وذلك مما يؤثر في القيمة.

(١) في هامش " ذ، و " : " هو أبو ثور، ووافق بعض الشافعية. منه رحمه الله ". انظر الحاوي الكبير ٧: ١٥٨ - ١٥٩، حلية العلماء ٥: ٢١١، المغني ٥: ٤٠٠، روضة الطالبين ٤: ١٢١.
(٢) في " خ " : منه.

فإن تعذر المثل، ضمن قيمته يوم الاقباض، لا يوم الاعواز.

وعرفه في الدروس (١) بأنه المتساوي الأجزاء والمنفعة، المتقارب الصفات. وهو سالم عن أكثر ما ورد على الأول. ونقض التعريفان بالثوب، فإنه قيمي مع صدقهما عليه.

وعرفه في شرح (٢) الارشاد بأنه ما يتساوى أجزاءه في الحقيقة النوعية. ومرجعه إلى ما يكون اسم الكثير والقليل منه واحدا، كالماء والدبس والحنطة. وينتقض بالأرض.

وضبطه بعضهم (٣) بالمقدر بالكيل أو الوزن. ونقض بالمعجونات. وزاد آخرون (٤) عليه اشتراط جواز السلم فيه، ليسلم من النقض. وزاد ثالث (٥) اشتراط بيع بعضها ببعض، لتشابه الأصلين في قضية التقابل.

واعترض على العبارات الثلاث بأن القماقم والمغارف والملاعق المتخذة من الصفر موزونة، ويجوز السلم فيها، وبيع بعضها ببعض، وليست مثلية. وفيه نظر، لمنع جواز السلم فيها، لاختلافها وعسر ضبطها. وأقرب التعريفات إلى السلامة تعريف الدروس.

قوله: " فإن تعذر المثل..... الخ "

إذا غصب مثليا وتلف في يده، والمثل موجود فلم يسلمه حتى فقد، أخذت منه القيمة. والمراد من فقدان أن لا يوجد في ذلك البلد وما حوله مما ينقل منه إليه عادة، كما بين (٦) في انقطاع المسلم فيه.

(١) الدروس الشرعية ٣: ١١٣.

(٢) غاية المراد: ١٣٥.

(٣) انظر روضة الطالبين ٤: ١٠٨.

(٤) انظر روضة الطالبين ٤: ١٠٨.

(٥) انظر روضة الطالبين ٤: ١٠٨.

(٦) في ج ٣: ٤٣٠ - ٤٣١.

ولو أعوز فحكم الحاكم بالقيمة، فزادت أو نقصت، لم يلزم ما حكم به الحاكم، وحكم بالقيمة وقت تسليمها، لأن الثابت في الذمة ليس إلا المثل.

وإن لم يكن مثليا، ضمن قيمته يوم غضبه. وهو اختيار الأكثر. وقال في المبسوط والخلاف: يضمن أعلى القيم من حين الغضب إلى حين التلف. وهو حسن. ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك، على تردد.

قوله: " ولو أعوز فحكم..... الخ "

حكم الحاكم بالقيمة على تقدير الاعواز مترتب على طلب المالك، فكان لازم الحكم كون المطلوب من القيمة وقت الحكم، فإن دفعها الغاصب فذاك، وإلا 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، ولا ينافي ذلك الحكم، لأن الثابت في الذمة المثل فلا يتعين إلا بدفع بدله على كل تقدير.

قوله: " وإن لم يكن مثليا..... الخ " .
إذا كان المغصوب متقوما وتلف عند - الغاصب لزمه قيمته، لكن متى تعتبر؟
فيه أقوال:

أحدها: أن المعتبر قيمته يوم الغضب. ذهب إليه الشيخ قي موضع من المبسوط (١)، ونسبه المصنف هنا إلى الأكثر. ووجهه: أنه أول وقت دخول العين في ضمان الغاصب، والضمان إنما هو لقيمته، فيقضى به حالة ابتدائه. ويضعف بأن الحكم بضمان العين حينئذ بمعنى أنها لو تلفت وجب بدلها

(١) لم نجده فيه. ونسبه إليه فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢: ١٧٣.

وهو القيمة، لا وجوب قيمتها حينئذ، فإن الواجب ما دامت باقية ردها، ولا ينتقل إلى القيمة إلا مع تلفها، فلا يلزم من الحكم بضمانها على هذا الوجه اعتبار ذلك الوقت.

وثانيها: ضمان القيمة 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. ووجه هذا القول: ما أشرنا إليه من أن العين ما دامت موجودة لا حق لمالكها في القيمة، زادت أم نقصت، ومن ثم لم يحكم عليه بضمان زيادة القيمة السوقية إذا نقصت حين الرد، وإنما ينتقل حقه إلى القيمة عند تلفها، فيعتبر قيمتها حينئذ، لأنه أول وقت وجوبها.

وهذا القول قوي، إلا أن في صحيحة أبي ولاد (٤) فيمن اكرى البغل وتجاوز به محل الشرط ما يدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين، ولولاها لما كان عن هذا القول عدول.

وثالثها: ضمان أعلى القيم من حين القبض إلى التلف، وهو مذهب الشيخ في موضع آخر من المبسوط (٥) وفي الخلاف (٦) والنهاية (٧)، واختاره ابن

-
- (١) المهذب: ٤٣٦ - ٤٣٧.
 - (٢) المختلف: ٤٥٥.
 - (٣) الدروس الشرعية ٣: ١١٣.
 - (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) المبسوط ٣: ٧٢ و ٧٥.
 - (٦) الخلاف ٣: ٤٩٣ مسألة (٩).
 - (٧) لم نجده في النهاية، وفي ص (٤٠٢ و ٤٤٦) صرح بكونه ضمان يوم الغصب. نعم، نسب إلى نهايته ضمان أعلى القيم ابن فهد في المهذب البارع ٤: ٢٥٢.

إدريس (١)، واستحسنه المصنف هنا، لأنه مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حالة أعلى القيم، ولو تلف فيها لزم ضمانه فكذا بعده، ولأنه يناسب التخليط على الغاصب.

ويضعف بما تقدم من أن الزيادة للسوق ما دامت العين باقية غير مضمونة. ولا 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، وهو منتف على تقدير عدم تلفها في تلك الحالة العليا. ومؤاخذه الغاصب بالأشق لا يجوز بغير دليل يقتضيه، وقد تبين ضعفه. نعم، ما ذكرناه (٢) من دلالة الرواية عليه يرجح القول به لمجرد الرواية لا لما ذكره من الاعتبار.

واعلم أن محل الخلاف ما إذا كان اختلاف القيمة مستندا إلى قيمة السوق مع بقاء العين بحالها، أما إذا استند نقص القيمة إلى نقص في العين ثم تلفت فإن الأعلى مضمون اتفاقا، لأن ذلك الجزء الفات مضمون بقيمته يوم تلفه كضمان الجملة وإن بقيت الجملة، بخلاف زيادة السوق.

إذا تقرر ذلك، فحيث يحكم بضمنان القيمة - على أي وجه قيل (٣) من الثلاثة - لا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد يوم التلف، لأن الواجب القيمة

(١) انظر السرائر ٢: ٤٨١.

(٢) في الصفحة السابقة.

(٣) في "ذ": قبل.

والذهب والفضة يضمنان بمثلهما. وقال الشيخ (١) - رحمه الله - : يضمنان بنقد البلد، كما لو أتلّف ما لا مثل له.

ولو تعذر المثل، فإن كان نقد البلد مخالفاً للمضمون في الجنس ضمنه بالنقد. وإن كان من جنسه، واتفق المضمون والنقد وزناً، صح. وإن كان أحد ما أكثر قوم بغير جنسه، ليسلم من الربا. ولا تظن أن الربا يختص بالبيع، بل هو ثابت في كل معاوضة على ربويين متفقي الجنس.

فمتى حكم بها استقرت. نعم، لو قلنا بأن الواجب في القيمي مثله - كما ذهب إليه ابن الجنيد (٢) مخيراً بين دفع المثل والقيمة، ومال إليه المصنف في باب القرض (٣) - اتجه وجوب ما زاد من القيمة إلى حين دفعها كما في المثلي. والمصنف - رحمه الله - تردد في ذلك، لما ذكرناه من الشك في كون الواجب في القيمي المثل أو القيمة. والأظهر اعتبار القيمة، فلا يتغير بعد الحكم بها. قوله: "والذهب والفضة يضمنان..... الخ".

كون الذهب والفضة مثليين هو المشهور بين الأصحاب بناءً على أن أجزاءه مما لا يختلف فيه القيمة إما مطلقاً أو مع تقارب صفاته. ويمكن جريانه على باقي التعريفات، لأنه موزون، ويصح السلم فيه، ويجوز بيع بعضه ببعض في الجملة. ولا فرق فيه بين المضروب وغيره، إذا لم يكن فيه صنعة أو كانت محترمة.

(١) المبسوط ٣: ٦١.

(٢) حكاه عنه فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢: ١٧٤ - ١٧٥، والشهيد في غاية المراد: ١٣٥.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٨٤.

وقال الشيخ (١): إنهما قيميان. ولعله نظر إلى ما أشرنا إليه سابقا من اختلاف المضروب منه في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة، فلا يجري عليه تعريف المثلي بأنه ما تساوت قيمة أجزائه، لأنه اختار في المبسوط (٢) هذا التعريف من غير أن يعتبر تقاربها في الصفات، ولا يدخل فيه بدونه. ولكن لا بد من مراعاة ذلك في التعريف، وإلا لم يدخل فيه شيء من المثليات، لاختلاف صفات أصنافها الموجب لاختلاف قيمتها، من الحبوب والأدهان وغيرها. إذا تقرر ذلك، فعلى الأظهر من كونهما مثليين فغصبهما غاصب ضمنهما بمثلها وزنا أو عددا، إن لم يكن فيهما صنعة. فإن تعذر المثل أو قلنا بقول الشيخ (٣) إنهما قيميان اعتبرت قيمتهما بغالب نقد البلد. فإن كان نقد البلد مخالفا له في الجنس ضمنه بالنقد، لعدم المانع. وإن كان من جنس المغصوب واتفق الوزن والقيمة أخذ من نقد البلد أيضا. وإن اختلفا فكان الوزن أكثر من قيمتهما (٤) أو بالعكس، قال الشيخ في المبسوط (٥): له قيمتهما (٦)، ولكنه لا يمكنه أخذ ذلك من غالب نقد البلد، لأنه ربا، فيقوم بغير جنسه ويأخذ قيمته ليسلم من الربا، فيأخذ كمال حقه.

ورده ابن إدريس (٧) بمنع ثبوت الربا هنا، لأنه مختص بالبيع، فلا يضر اختلافهما في الوزن. وكذا لو عاب فرده مع أرش النقص.

-
- (١) المبسوط ٣: ٦١.
 - (٢) المبسوط ٣: ٥٩.
 - (٣) المبسوط ٣: ٦١.
 - (٤) المبسوط ٣: ٦١.
 - (٥) المبسوط ٣: ٦١.
 - (٦) في "د، ط، خ، م": قيمتها.
 - (٦) في "ط، خ": قيمتها.
 - (٧) السرائر ٢: ٤٨٦.

ولو كان في المغصوب صنعة لها قيمة غالبا، كان على الغاصب مثل الأصل وقيمة الصنعة، وإن زاد عن الأصل، ربويا كان أو غير ربوي، لأن للصنعة قيمة تظهر لو أزيلت عدوانا ولو من غير غصب. وإن كانت الصنعة محرمة لم يضمن.

والمصنف - رحمه الله - وافق الشيخ على ثبوت الربا هنا وإن خالفه في الأصل، لكنه فرض المسألة فيما لو تعذر المثل. وأشار إلى الرد على ابن إدريس بقوله: " ولا تظن أن الربا يختص بالبيع، بل هو ثابت في كل معاوضة) لعموم قوله تعالى: (وحرم الربا) (١). ومن خصه بالبيع نظر إلى أن الآية مسوقة في البيع حيث قال: (وأحل الله البيع وحرم الربا) (٢). وما اختاره المصنف أقوى، نظرا إلى العموم أو الاطلاق. وفي المختلف (٣) اختار مذهب ابن إدريس من اختصاصه بالبيع. قوله: " ولو كان في المغصوب..... الخ ". إذا كان المغصوب مثليا - كالنقدين - لكنه اشتمل على صنعة لها قيمة - كالحلي - لم يخرج عن المثلية بها عند المصنف - رحمه الله - وجماعة (٤)، لبقاء أجزائه متساوية في القيمة بغير الصنعة، وتكون الصنعة مالا زائدا على المثل، فيضمن الأصل بمثله والصنعة بقيمتها، لأنها قيمية. ثم إن حكما باختصاص الربا بالبيع فالحكم بضمانه بالمثل (٥) وقيمة الصنعة على إطلاقه. وإن عممناه قيل: كان الحكم كذلك، لتغاير المضمون، فإن

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) المختلف: ٤٥٦ - ٤٥٧.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ١٣٩.

(٥) في " ذ، ر خ ": في المثل.

الصنعة أمر آخر غير الأصل، ولهذا تضمن لو أزيلت مع بقاء الأصل، ويمح الاستيجار عليها.

ويشكل 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 بزيادة. وهذا أقوى (١). فضمامها بالقيمة أظهر. مع أنا نمنع من بقائه مثليا بعد الصنعة، لأن أجزاءه ليست متفقة القيمة، إذ لو انفصلت نقصت قيمتها عنها متصلة كما لا يخفى.

وفي المسألة وجه ثالث بضمان المصنوع بمثله مصنوعا إن أمكنت المماثلة. وهو بعيد.

واختلفت فتوى التذكرة في هذه المسألة، فقال في موضع منها (٢): " إذا أتلف حليا وزنه عشرة وقيمه عشرون ضمن الأصل بمثله وقيمة الصنعة، وكذا في غير النقدين، ربويا كان أو غير ربوي "

وقال في موضع (٣) آخر منها: " ولو كان فيه صناعة كمعمول الحديد والنحاس والرصاص من الأواني والآلات ونحوها، والحلي من الذهب والفضة والمنسوج من الحرير والكتان والقطن والشعر والصوف، والمغزول من ذلك، فالأقرب أنه يضمن بالقيمة،،.

وهذا كله إذا كانت الصنعة محللة. أما المحرمة، كالأواني حيث يمنع من اتخاذها من النقدين مطلقا، وكآلات الملاهي والصليب والصنم، فإنه يضمن بمثله، ولا تعتبر قيمة الصنعة، لأنه لا قيمة لها شرعا.

(١) في " ذ، ر، خ ": قوي.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٣٨٤ و ٣٨٣.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٣٨٤ و ٣٨٣.

ولو كان المغصوب دابة، فجنى عليها الغاصب أو غيره، أو عابت من قبل الله سبحانه، ردها مع أرش النقصان. ويتساوى بهيمة القاضي وغيره في الأرش.

قوله: " ولو كان المغصوب دابة..... الخ "

لا ريب في ضمان نقص الحيوان المغصوب بالعيب في يد الغاصب، سواء كان من قبله أم من قبل غيره، لأن الجملة مضمونة عليه فكذا أبعاضها. ومع بقاء العين فهي مال المالك يتعين رده، فيجب أرش النقصان جمعا بين حق العين الموجودة والصفات والأجزاء المفقودة، فإن حق العين الرد والذاهب القيمة وهو هنا الأرش. وهذا أمر لا يتفاوت بتفاوت الملاك.

ونبه بقوله: " ويتساوى بهيمة القاضي وغيره " على خلاف مالك (١) وأحمد (٢) في إحدى الروايتين عنه أن في قطع ذنب بهيمة القاضي تمام القيمة، لأنها لا تصلح له بعد ذلك.

لنا: أن النظر في الضمان إلى نفس المفوت لا إلى أغراض الملاك، ألا ترى أن في وطئ جارية الأب بالشبهة مهر المثل، كما في وطئ جارية الأجنبية بالشبهة، وإن تضمن وطئ جارية الأب تحريمها عليه.

(١) لم ينقل هذا القول إلا عن مالك، انظر الحاوي الكبير ٧: ١٤٠، حلية العلماء ٥: ٢٢٤، المغني لابن قدامة ٥: ٣٨٦.

(٢) تقدم أنفا تحت رقم ١.

ولا تقدير في قيمة شئ من أعضاء الدابة، بل يرجع إلى الأرش
السوقي. وروي في عين الدابة ربع قيمتها.
وحكى الشيخ - رحمه الله - في المبسوط (١) والخلاف (٢)
عن الأصحاب: في عين الدابة نصف قيمتها، وفي العينين كمال
قيمتها، وكذا كل ما في البدن منه اثنان. والرجوع إلى الأرش
السوقي أشبه.

قوله: " ولا تقدير في قيمة..... الخ "

الحيوان المملوك يراعى فيه ماليتة، فيضمن بتلفه قيمته، وبتلف شئ من
أجزائه نقصه بسببه (٣). ولا فرق في ذلك بين نوع من الحيوان ونوع، لاشتراكهما
في المالية، فيجب في نقصها الأرش كسائر الأموال. وهذا مذهب الأكثر، ومنهم
الشيخ في المبسوط (٤).

وقال في الخلاف (٥): " كل ما في البدن منه اثنان ففيهما القيمة، وفي
أحدهما نصفها ". واحتج عليه بالاجماع والرواية، وهي: كل ما في البدن منه
اثنان ففي الاثنين جميع القيمة، وفي الواحد نصفها.
ورده ابن إدريس (٦) بأن الرواية (٧) لم ترد كذلك إلا في الانسان، وحمل
البهائم عليه قياس.

وكلام ابن إدريس جيد من حيث هذا العموم، فإنه لم يرد في الحيوان

(١) المبسوط ٣: ٦٢.

(٢) الخلاف ٣: ٣٩٧ مسألة (٤).

(٣) في " خ ": بنسبته.

(٤) المبسوط ٣: ٦٢.

(٥) الخلاف ٣: ٣٩٧ مسألة (٤).

(٦) السرائر ٢: ٤٩٨.

(٧) انظر الوسائل ١٩: ٢١٣ ب " ١ " من أبواب ديات الأعضاء.

ولو غضب عبداً أو أمة فقتله، أو قتله قاتل، ضمن قيمته، ما لم تتجاوز قيمة دية الحر. ولو تجاوزت لم يضمن الزيادة. ولو قيل: يضمن الزائد بسبب الغضب، كان حسناً.

ولا يضمن القاتل غير الغاصب سوى قيمته، ما لم تتجاوز عن دية الحر. ولو تجاوزت عن دية الحر ردت إليه. فإن زاد الأرش عن الجناية طوب الغاصب بالزيادة دون الجاني. أما لو مات في يده ضمن قيمته ولو تجاوزت قيمة دية الحر.

مطلقاً. نعم، روى الكليني بإسناده إلى عاصم (١) بن حميد عن الباقر عليه السلام، وبإسناده إلى مسمع (٢) عن الصادق عليه السلام أن علياً عليه السلام قضى في عين الدابة ربع ثمنها. وروى أبو العباس (٣) عن الصادق عليه السلام قال: " من فقأ عين دابة فعليه ربع ثمنها " .

والأصح وجوب الأرش مطلقاً، لضعف ما أوجب التقدير أو عدمه، لأن هذه الروايات لا يقول الشيخ بمضمونها، وما ادعاه لم نقف فيه على رواية. وقال في المختلف (٤): " تحمل الرواية والاجماع الذي ادعاه الشيخ على غير الغاصب في إحدى العينين، بشرط نقص المقدر عن الأرش " . وهذا الحمل حسن لو صحت الرواية، ومع ذلك فمدلولها خلاف ما ادعاه الشيخ. قوله: " ولو غضب عبداً.... الخ " .

قاتل العبد غير الغاصب يضمن قيمته ما لم يتجاوز دية الحر، فيرد إليها.

-
- (١) الكافي ٧: ٣٦٧ ح ١، وانظر التهذيب ١٠: ٣٠٩ ح ١١٥١، الوسائل ١٩: ٢٧١ ب " ٤٧ " من أبواب ديات الأعضاء ح ٣.
(٢) الكافي ٧: ٣٦٧ ح ٢ وانظر التهذيب ١٠: ٣٠٩ ح ١١٥٢، الوسائل ١٩: ٢٧١ الباب المتقدم ح ٤.
(٣) الكافي ٧: ٣٦٨ ح ٣، وانظر التهذيب ١٠: ٣٠٩ ح ١١٤٩، الوسائل ١٩: ٢٧٠ الباب المتقدم ح ١.
(٤) المختلف: ٤٥٧.

وحاصله: أنه يضمن أقل الأمرين من قيمته ودية الحر. وهو موضع نص (١) ووافق. وأما الغاصب، فإن مات عنده ضمن قيمته طلقاً، لأنه مال محض وقد فوته على مالكة عدواناً، فيلزمه قيمته كغيره من الأموال، ولا معارض هنا لهذا الحكم.

وإن قتله الناصب وتجاوزت قيمته دية الحر ففي ضمانه للزائد قولان: أحدهما: العدم، ذهب إليه الشيخ في المبسوط (٢) والخلاف (٣)، تسوية بين الغاصب وغيره ولأصالة البراءة ولأن الأغلب فيه الانسانية لا المالية وذهب المصنف - رحمه الله - وابن إدريس (٤) وأكثر (٥) المتأخرين إلى أنه يضمن جميع القيمة مطلقاً، لأنه مال فيضمنه بقيمته كما مر. وإنما اقتصرنا في غير الغاصب على الدية عملاً بالاتفاق، فيبقى ما عداه على الأصل. وهذا أقوى، وعليه الفتوى. فلو قتله غيره، فزادت قيمته عن دية الحر، لزم القاتل دية الحر، والغاصب الزيادة، لأن ماليته مضمونة عليه.

قال في المختلف: " والظاهر أن مراد الشيخ بقوله في المبسوط: إنه لا يلزم القاتل الزيادة عن دية الحر، الجاني دون الغاصب، لأنه أشار في المبسوط إلى ما اخترناه من لزوم الزائد، لأنه قال: إذا غصب عبداً فقطع آخر يده، فإن رجع السيد على الغاصب رجع بأكثر الأمرين مما نقص وأرش الجنائية، وإن رجع على القاطع رجع بالأرث وهو نصف القيمة، والزائد في مال الغاصب، لاختصاص ذلك بالجاني، فلا يتعدى إلى الغاصب، لما فيه من مخالفة الأصل، فإن العبد

(١) انظر الوسائل ١٩: ١٥٢ ب " ٦ " من أبواب ديات النفس.

(٢) المبسوط ٣: ٦٢.

(٣) الخلاف ٣: ٣٩٨ مسألة (٥).

(٤) السرائر ٢: ٤٩٢.

(٥) تحرير الأحكام ٢: ١٣٩، المختلف: ٤٥٧.

ولو جنى الغاصب عليه بما دون النفس، فإن كان تمثيلاً، قال الشيخ (١): عتق وعليه قيمته. وفيه تردد، ينشأ من الاقتصار بالعتق في التمثيل على مباشرة المولى.

مال " (٢). وعلى هذا فيرتفع الخلاف. قوله: " ولو جنى الغاصب..... الخ ". وجه ما اختاره الشيخ من عتقه بتنكيل الغاصب عموم ما دل على عتق المنكل به في النصوص الشاملة لتنكيل المولى وغيره، فقد روى في التهذيب (٣) عن جعفر بن محبوب عن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال:، (كل عبد مثل به فهو حر ". ولا يعارضه ما ورد فيه تنكيل المولى بخصوصه، كرواية أبي بصير عن أبي جعفر (٤) عليه السلام قال: " قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكل بمملوكه أنه لا سبيل عليه سائبة " لعدم التنافي بين الحكم بعتقه على المولى المنكل وعتقه على كل من نكل [به] (٥). وقد حققنا في باب العتق (٦) أن الأخبار كلها ضعيفة. وقد خالف ابن إدريس (٧) في العتق بتنكيل المولى فضلاً عن غيره.

-
- (١) المبسوط ٣: ٦٢.
(٢) المختلف: ٤٥٧، وانظر المبسوط ٣: ٦٢ و ٩٨.
(٣) التهذيب ٨: ٢٢٣ ح ٨٠١، وانظر الكافي ٦: ١٨٩ ح ١، الوسائل ١٦: ٢٦ ب " ٢٢ " من أبواب كتاب العتق ح ١.
(٤) التهذيب ٨: ٢٢٣ ح ٨٠٢، وانظر الكافي ٧: ١٧٢ ح ٩، الفقيه ٣: ٨٥ ح ٣٠٦، الوسائل ١٦: ٢٦ الباب المتقدم ح ٢.
(٥) من " د، ط، م ".
(٦) في ج ١٠: ٣٥٩.
(٧) السرائر ٣: ٨ - ٩.

وكل جناية ديتهما مقدرة في الحر، فهي مقدرة في المملوك بحساب قيمته. وما ليست مقدرة في الحر ففيها الحكومة. ولو قيل: يلزم الغاصب أكثر الأمرين من المقدر والأرث، كان حسنا.

والمصنف (١) تردد أيضا ثم في عتقه بالتنكيل مطلقا لذلك، ومنه نشأ ترده هنا، لأنه إن كان ولا بد فينبغي الاقتصار في الحكم على تنكيل المولى، وقوفا فيما خالف الأصل على مورده وهو المولى، لأن عتقه مؤاخذاة له على سوء فعله، ولعموم قوله صلى الله عليه وآله: " لا عتق قبل ملك " (٢) ولأصالة بقاء الرقية في موضع الشك. وهذا هو المعتمد.

والعلامة في بعض فوائده بنى الخلاف في الحكم على الخلاف في الحكمة، فإن كانت في المولى للعقوبة لم يطرد، وإن كانت جبر وهن المنكل به لما فاتته من التكسب بالعتق اطرده.

ولا يخفى ضعف هذا المبنى، لأنه رد للحكمة إلى غير معلوم. والنص على تقدير العمل به غير معلل. والعلة المستنبطة ساقطة الاعتبار عند الأصحاب. وبهذا يظهر فساد ما قيل أيضا من بناء الخلاف على أن التنكيل يخرج العبد عن الملكية، أو المولى عن أهلية الملك بالنسبة إلى العبد، أو عقوبة محضنة. فعلى الأخيرين لا عتق، وعلى الأول يعتق. وكل ذلك رد إلى ما لا يعلم. قوله: " وكل جناية ديتهما مقدرة..... الخ ".

الكلام في هذه كما سبق (٣) في الجناية على نفسه حيث تزيد قيمته عن دية

(١) شرائع الاسلام ٣: ١٠٤.

(٢) الكافي ٦: ١٧٩ ح ١، الفقيه ٣: ٦٩ ح ٢٣٢، التهذيب ٨: ٢١٧ ح ٧٧٣، الاستبصار ٤: ٥ ح ١٤، الوسائل ١٦: ٧ ب " ٥ " من أبواب العتق ح ١.

(٣) في ص: ١٩٥.

أما لو استغرقت [ديته] قيمته، قال الشيخ - رحمه الله -: كان المالك مخيراً بين تسليمه وأخذ القيمة، وبين إمساكه ولا شيء له، تسوية بين الغاصب في الجناية وغيره. وفيه التردد.

الحر. والأقوى فيها أيضاً مراعاة جانب المالية بالنسبة إلى الغاصب، فيضمن أكثر الأمرين من المقدر والقيمة.

ثم إن كان هو الجاني فهذا حكمه. وإن كان الجاني عليه غير غاصب - بأن (١) قطع يده - ضمن أقل الأمرين من نصف قيمته ونصف دية الحر. فإن زاد نصف القيمة عن نصف الدية تخير المالك بين الرجوع على الغاصب بنصف القيمة مطلقاً، فيرجع الغاصب على الجاني بأقل الأمرين، وبين أن يضمن الجاني أقل الأمرين، فلا يرجع به على الغاصب، ويأخذ المالك من الغاصب الزائد إن اتفق. وبالجملة، فقرار موجب الجناية على الجاني والزائد على الغاصب. قوله: "أما لو استغرقت.... الخ".

هذا قول الشيخ في المبسوط (٢). ووجهه: أن المقتضي لدفعه إلى الجاني إذا أخذت منه قيمته التحرز من الجمع للمالك بين العوض والمعوض، وهذا المعنى موجود في الغاصب، فيستويان في هذا الحكم، لاشتراكهما في المقتضي، ولرواية أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام قال: "قضى أمير المؤمنين عليه السلام في أنف العبد أو ذكره أو شيء يحيط بقيمته أنه يؤدي إلى مولاه قيمة العبد ويأخذ العبد" (٣). وهي شاملة بإطلاقها للغاصب، إلا أن الطريق ضعيف.

(١) في "و": فإن.

(٢) المبسوط ٣: ٦٢. وانظر الخلاف ٣: ٤٠٠ - ٤٠١ مسألة (٩).

(٣) التهذيب ١٠: ١٩٤ ح ٧٦٥، الوسائل ١٩: ٢٩٨ ب "١٨" من أبواب ديات الشجاج والجراح ح ٣.

ولو زادت قيمة المملوك بالجناية، كالخصاء أو قطع الإصبع الزائدة، رده مع دية الجناية، لأنها مقدرة.

والمصنف تردد في ذلك، مما ذكر، ومن أن المدفوع عوض [عن] (١) الفئات فلا جمع. وحمل الغاصب على الجاني قياس. وهذا أقوى. وهو خيرة ابن إدريس (٢).

قوله: " ولو زادت قيمة المملوك..... الخ "

الكلام هنا في الجمع بين العين والقيمة أو تخيير المالك بين أحدهما كالسابقة، فقد قيل بأنه لا يجمع بينهما. والأصح خلافه، لأن القيمة عوض الفئات لا عوض الجميع، فلا يلزم الجمع، وإن كان المدفوع يصلح لأن يكون قيمة للمجموع، إلا أنه هنا لم يقع كذلك، بل قيمة لبعضه. والشيخ (٣) وافق على جمع المالك بين الأمرين هنا، محتجا بأنه ضمان مقدر.

وقيل في قطع الإصبع الزائدة إنه لا شئ فيها، لعدم نقص القيمة كما هو الفرض. والأصح ضمان قيمتها، لأن لها مقدرًا وهو ثلث دية [الإصبع] (٤) الأصلية.

واحترز بقوله: " لأنها مقدرة " عما لو نقص السمن المفرط ولم تنقص القيمة، فلا شئ للمالك بلا (٥) إشكال، لأنه لا مقدر له شرعا ليجب بفواته، ولا

(١) من الحجريتين.

(٢) السرائر ٢: ٤٩٦ - ٤٩٧.

(٣) المبسوط ٣: ٦٤.

(٤) من " ط " .

(٥) في " ذ، و " : ولا، وفي " خ " : فلا.

والبحث في المدبر والمكاتب المشروط وأم الولد كالبحت في القن.
وإذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل، ويملكه المغصوب
منه، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة. ولو عادت كان لكل منهما
الرجوع.

نقصت فيه (١) القيمة ليجب قدر النقص، فهو من قبيل الجناية على ما لا قيمة له.
قوله: " والبحث في المدبر..... الخ "

لاشتراك الجميع في أصل الرقية وإن تشبث الثلاثة بالحرية. وفي حكم
المشروط هنا المطلق الذي لم يؤد شيئا، وكان عليه أن يذكره لئلا يوهم خروجه
من حيث إنه مخالف للمشروط في كثير من الأحكام. ولو أدى شيئا كان في
جزئه الحر في الواقع بنسبة المؤدى بحكم الجاني الحر.
قوله: " وإذا تعذر تسليم المغصوب..... الخ "

إذا تعذر رد العين على الغاصب عند طلب المالك لها - والمراد التعذر
عادة - وجب عليه دفع بدلها إلى المالك مثلا أو قيمة. فإن رضي المالك بالبدل
على وجه المعاوضة ملكه ملكا مستقرا لا يزول بالقدرة على العين بعد ذلك. وإن
أخذه على وجه البدلية - لتعذر العين - ملكه أيضا ملكا محضا، فنماؤه المنفصل
له، لكن متى عادت العين كان لكل منهما الرجوع في ماله، فيجبر الآخر على رد
ما بيده، سواء، في ذلك الغاصب والمالك على الأقوى. وأما العين المغصوبة فهي
باقية على ملك مالكها مطلقا، ونماؤها له متصلا ومنفصلا، وإنما ملك العوض
للحيلولة بينه وبين ملكه لا لكونه عوضا، حتى لو اتفقا على ترك التراد فلا بد من
بيع ونحوه ليملك الغاصب العين.

(١) في " و، خ ": به.

وعلى الغاصب الأجرة، إن كان مما له أجرة في العادة، من حين الغصب إلى حين دفع البدل. وقيل: إلى حين إعادة المغصوب. والأول أشبه.

هكذا أطلقوه. ولا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض والمعوض على ملك المالك من غير دليل واضح. ولو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلاً، أو توقف ملك المالك (١) للبدل على اليأس من العين وإن جاز له التصرف فيه، كان وجهها في المسألة.

قوله: " وعلى الغاصب الأجرة..... الخ "

لا إشكال في وجوب الأجرة قبل دفع البدل، لأن يد الغاصب يد عدوان محض. وأما بعده فقليل الحكم كذلك، لأن الغاصب لم يملك العين، وإنما دفع بدلها لمكان الحيلولة لا على وجه المعاوضة، ولهذا كان النماء المنفصل (٢) للمالك، فحكم الغصب باق إلى أن ترجع العين إلى مالكها. والمصنف - رحمه الله - رجع سقوط الأجرة بعد دفع البدل، لأن الغاصب قد برئ من العين بدفع بدلها، فببراً من توابعها إلى أن يتمكن منها. وهذا لا يتم مع الحكم ببقائها على ملك المالك، وعدم وجود مسقط لضمان الغاصب لها، فإنه لا يكون إلا بردها أو بالمعاوضة عليها على وجه تنتقل عن ملك مالكها، ونحو ذلك، ولم يحصل.

(١) كذا في هامش " د، و "، وإحدى الحجريتين، وهو الصحيح، وفي متنهما وسائر النسخ: الغاصب.

(٢) في " ط " المتصل.

ولو غصب شيئين ينقص قيمة كل واحد منهما إذا انفرد عن صاحبه كالخفين، فتلف أحدهما، ضمن التالف بقيمته مجتمعا، ورد الباقي وما نقص من قيمته بالانفراد. وكذا لو شق ثوبا نصفين، فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق، ثم تلف أحدهما.

قوله: " ولو غصب شيئين ينقص..... الخ ".
أما ضمان قيمة التالف مجتمعا فلان ذلك هو قيمته [من] (١) حين الغصب إلى حين التلف. وأما نقصان قيمة الآخر بالانفراد فلحصوله بسبب التفريق المستند إليه. فلو كانت قيمتهما مجتمعين عشرة، فصارت قيمة الباقي إلى ثلاثة، ضمن سبعة. ومثله القول في شق الثوب ثم تلف أحد النصفين. ويفرض نقص أحد النصفين - وإن كان غير متوقف على الآخر، من حيث إمكان الانتفاع به في غيره - بأن يكون جعله ثوبا إنما يحصل بهما، لصغر النصف عن الاستقلال وعدم وجود مماثل له يتممه ونحو ذلك.

واعلم أنه على تقدير تلف أحد النصفين من الثوب المشقوق لا حاجة إلى نقصانهما بالشق، بل لو كان النقصان بواسطة تلف أحدهما من غير أن ينقصا بالشق فالحكم كذلك، بل هو الموافق للمسألة السابقة، فإن النقصان لو استند إلى الشق قبل التلف لكان ضمان النقص حاصلًا وإن ردهما. ويمكن أن يجعل الباء في الشق سببية، على معنى نقصان كل واحد بواسطة التفرقة التي سببها الشق، ليكون أدخل في تشبيه حكم المسألة السابقة، وإن كان لا يخلو من تكلف، والأول مع سلامته عنه يبعد (٢) معه الشبه.

(١) من " د، ط، م " .

(٢) في " د، م " : بعيد.

أما لو أخذ فردا من خفين يساويان عشرة، فتلف في يده، وبقي الآخر في يد المالك ناقصا عن قيمته بسبب الانفراد، رد قيمة التالف أن لو كان منضمًا إلى صاحبه. وفي ضمان ما نقص عن قيمة الآخر تردد.

قوله: " أما لو أخذ فردا من خفين.... الخ "

الفرق بين هذه المسألة والتي قبلها الموجب لاختلافهما في الحكم - مع اشتراكهما في تلف أحد الزوجين ونقصان الآخر - : أن التلف في الأول حصل بعد إثبات الغاصب يده عليهما معا، فكان الذهاب من القيمة بالتلف والنقصان مضمونا عليه، بخلافه هنا، فإنه لم يغصب إلا أحد الشئيين فيضمن قيمته قطعاً، والآخر حصل نقصه بسبب التفريق المستند إليه من غير أن يكون غاصبا له، فيكون كحبس المالك عن الماشية فتتلف، فيحتمل ضمان النقص للسببية، وعدمه، لعدم غصبه. والأقوى الضمان. وقد تقدم (١) أنه يتحقق بالسببية وإن لم يكن هناك غصب.

وبقي الكلام في قيمة التالف الذي غصبه، فإنها كانت على تقدير اجتماعه مع الآخر تزيد عن حالة التفريق، وتلفه في يده لم يحصل إلا حالة التفريق، فإذا اعتبرنا قيمته يوم التلف احتمال وجوب قيمته منفردا حينئذ، أو (٢) قيمته مجتمعاً، لأنه سبب في ذهاب الزائد كالأخر. والمصنف - رحمه الله - جزم بضمن قيمته مجتمعاً. وهو الأصح. ولا منافاة بين الحكم بوجوب القيمة يوم التلف وضمن الزيادة، لأننا نوجب قيمته يوم التلف بسبب الغصب والزيادة بالسببية كما مر (٣). مثاله: لو كانت قيمتهما عشرة، وأحدهما مجتمعاً خمسة، ومنفرداً ثلاثة،

(١) في الصفحة السابقة.

(٢) في " ر، خ، م ": وقيمه.

(٣) في الصفحة السابقة.

ولا تملك العين المغصوبة بتغييرها وإخراجها عن الاسم والمنفعة، سواء كان ذلك بفعل الغاصب أو فعل غيره، كالحنطة تطحن، والكتان يغزل وينسج.

ضمن الثلاثة إجماعاً، وفي تمام الخمسة وجهان أصحهما الضمان، وفي تمام السبعة بسبب الباقي (١) وجهان أيضاً. والأصح ضمان السبعة. قوله: " ولا تملك العين المغصوبة..... الخ ". هذا الحكم محل وفاق بين الأصحاب، وإنما خالف فيه أبو حنيفة (٢)، فجعل كل تغير مغير للاسم موجبا لانتقال الملك إلى الغاصب، ويغرم للمالك مثله أو قيمته. وضعفه ظاهر، لأصالة بقاء الملك، مع عدم ثبوت كون التغير موجبا لانتقال الملك عن مالكة. وكما لا يملك الغاصب العين بهذا العمل لا يملك شيئاً من الأجرة بسببه، لتعديده. ثم ينظر إن كان مما يمكن رده إلى الحالة الأولى فرده ضمن أرش النقص إن [كان] (٣) نقصت قيمته. ولو رضي المالك ببقائه على الحالة الثانية لم يكن للغاصب رده. وإن ألزمه بالرد إليها لزمه مع الأرش إن نقص. ولو كان مما لا يمكن رده - كطحن الحنطة - فهو للمالك مجاناً، وأرش نقصه إن فرض نقصه في بعض الأحيان.

(١) في إحدى الحجريتين: الثاني.

(٢) الباب ٢: ١٩١، حلية العلماء ٥: ٢٥٧، شرح فتح القدير ٨: ٢٥٩، المغني لابن قدامة ٤٠٣: ٥.

(٣) من " د، ط " .

ولو غصب مأكولا فأطعمه المالك، أو شاة فاستدعاه ذبحها مع جهل المالك، ضمن الغاصب.
وإن أطعمه غير المالك، قيل: يغرم أيهما شاء، لكن إن أغرم الغاصب لم يرجع على الآكل، وإن أغرم الآكل رجع الآكل على الغاصب، لغروره.
وقيل: بل يضمن الغاصب من رأس، ولا ضمان على الآكل، لأن فعل المباشر ضعف عن التضمين بمضامة الاغترار، فكان السبب أقوى.

قوله: " ولو غصب مأكولا فأطعمه.... الخ ".
إنما ضمن الغاصب مع كون المالك مباشرا للاتلاف ومتسلما لماله لضعف المباشرة (١) بالغرور واليد، لأن التسليم ليس تاما، فإن التام هو التسليم على وجه يكون بتسليمه يتصرف تصرف الملاك لا التصرف على وجه دون آخر. وقد تقدم (٢) البحث في ذلك. ومثله ما لو استدعاه ذبح شاته ونحوها من الحيوان، لضعف المباشرة بالغرور، وكونه قد أذن له في الاتلاف مجانا فلا يستتبع الضمان المقتضي لعدم غرم الغاصب له.
وأما إذا أطعم الطعام غير المالك فقد ترتبت الأيدي على المغصوب، فيتخير المالك في تضمين كل واحد من الآكل والغاصب، ويستقر الضمان على الغاصب مع جهل الآكل، لغروره وقدمه على أن الآكل مجانا لا يتعقب الضمان، فإذا فرض رجوع المالك عليه رجع على الغار (٣) جمعا بين الحقين. وهذا هو

(١) في " د، م ": المباشر.

(٢) في ص: ١٥٦ - ١٥٧.

(٣) في " ل، و ": الغاصب.

ولو غصب فحلا، فأنزاه على الأنتى، كان الولد لصاحب الأنتى وإن كانت للغاصب.
ولو نقص الفحل بالضراب، ضمن الغاصب النقص، وعليه أجره الضراب. وقال الشيخ في المبسوط: لا يضمن الأجرة. والأول أشبه، لأنها عندنا ليست محرمة.

أصح القولين. وقد تقدم (١).
وقيل: يختص الضمان بالغاصب من غير أن يشاركه الآكل في أصل الغرم، لضعف المباشرة بالغرور، فاختص السبب لقوته.
والأظهر الأول، لأن ضعف المباشرة لا يبلغ حدا ينتفي به الرجوع عليه، مع كونه متصرفا في مال الغير ومتلفا له. نعم، ينجبر غروره برجوعه على الغار على تقدير رجوع المالك عليه ابتداء.
قوله: " ولو غصب فحلا فأنزاه..... الخ ".
لا خلاف في كون الولد في الحيوان غير الانسان تابعا للأم خاصة، سواء في ذلك الغاصب وغيره، لأنه نماؤها. ولا في ضمان الغاصب أرش الفحل على تقدير نقصانه، لأن نقص المغصوب مطلقا مضمون على الغاصب، خصوصا الحاصل بسبب الاستعمال. وإنما الخلاف في ثبوت أجره الضراب عليه، فمنعه الشيخ في المبسوط (٢)، محتجا بنهي النبي صلى الله عليه وآله عن كسب الفحل. والأكثر على ثبوتها، لأنها منفعة محللة قد استوفاهها الغاصب، فكان عليه عوضها. وحملوا النهي على الكراهة.

(١) في ص. ١٥٦ - ١٥٧.

(٢) المبسوط ٣: ٩٦.

ولو غصب ماله أجرة وبقي في يده حتى نقص، كالثوب يخلق والدابة تهزل، لزمه الأجرة والأرش ولم يتداخلا، سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أو لم يكن.

قوله: " ولو غصب ماله أجرة.... الخ ".
إنما لم يتداخلا لأن كل واحد من أرش النقصان وأجرة العين ثابت على انفراده على الغاصب، فإذا اجتمعا ثبتا أيضا، استصحابا للحكم، وكون التداخل على خلاف الأصل.

ونبه بقوله: " سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أو لم يكن " على خلاف بعض العامة، حيث ذهب إلى أن نقصانه بالاستعمال يوجب التداخل وضمن أكثر الأمرين من الأرش والأجرة، استنادا إلى أن نقص الأجزاء ملحوظ في الأجرة، ولهذا لا يضمن المستأجر الأجزاء الناقصة، وكان ما ينقص بالاستعمال تعتبر أجرته زائدة على ما لا ينقص به، فلولا كونها ملحوظة لم تتحقق الزيادة.

ويضعف بمنع كونه ملحوظا بها مطلقا. وما ذكره مستندا (١) لا يدل عليه. وإنما الأجرة في مقابلة الاستعمال، والنقصان غير مضمون على المستأجر، لإذن المالك له في التصرف الشامل لما ينتقص معه العين وعدمه. وزيادة الأجرة بسبب النقص غير معلوم، وبتقديره لا يدل على التداخل [فإنه غير الأول فلا يجبره] (٢).

(١) في " ذ " : مسندا، وفي " د، و، م " : سندا.

(٢) من " د، ط. و، م " .

ولو أغلى الزيت فنقص، ضمن النقصان. ولو أغلى عصيرا فنقص وزنه، قال الشيخ: لا يلزمه ضمان النقيصة، لأنها نقيصة الرطوبة التي لا قيمة لها، بخلاف الأولى. وفي الفرق تردد.

قوله: " ولو أغلى الزيت فنقص..... الخ ".
إذا غصب زيتا أو دهنا فأغلاه، فإما أن ينتقص عينه أو قيمته أو كلاهما، أو لا ينتقص واحدة منهما. فعلى الأول، بأن أغلى رطلين قيمتهما درهم فصارا رطلا قيمته درهمان، ففيه وجهان:
أصحهما - وهو الذي يقتضيه إطلاق المصنف رحمه الله - أنه يردده ويغرم مثل الرطل الذهب، لأن للزيت بدلا مقدرا وهو المثل، فصار كما لو خصى العبد فلم تنقص قيمته. والزيادة الحاصلة أثر محض لا ينجر به النقصان، كما لا يستحق به الغاصب شيئا.
والثاني: أنه يردده ولا غرم عليه، لأن ما فيه من الزيادة والنقصان يستندان إلى سبب واحد، فينجر النقصان بالزيادة. وقد ظهر جوابه مما ذكر في الأول. وإن انتقصت قيمته دون عينه رده مع أرش النقصان. وإن انتقصا جميعا فالواجب عليه مع رد الباقي مثل ما ذهب بالاغلاء، إلا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر مما نقص من العين، فيلزمه مع مثل الذهب أرش نقصان الباقي. وإن لم ينتقص واحدة منهما رده ولا شيء عليه.
ولو غصب عصيرا وأغلاه فهل هو كالزيت حتى يضمن مثل الذهب إذا لم ينقص القيمة؟ فيه وجهان، أحدهما - وهو الأظهر - نعم، لأنه مضمون بالمثل كالزيت. والثاني: لا، وهو الذي اختاره الشيخ (١).

(١) المبسوط ٣: ٨٢.

النظر الثالث

في اللواحق

وهي نوعان:

النوع الأول: في لواحق الأحكام

وهي مسائل:

الأولى: إذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب، فإن كانت أثرا -
كتعليم الصنعة، وخياطة الثوب، ونسج الغزل، وطحن الطعام - رده ولا
شئ له. ولو نقصت قيمته بشئ من ذلك ضمن الأرش.

والفرق: أن حلاوة العصير باقية، والذاهب منه مائة ورطوبة لا قيمة لها،
بخلاف الذاهب من الزيت، فإنه مالية وزيت، فتقوم.
ويضعف كون المائية لا قيمة لها وإن آلت إلى الذاهب في الاستقبال، فإنه
لا يمنع من تقويمها في الحال.

قوله: " إذا زادت قيمة المغصوب.... الخ "

الزيادة في المغصوب تنقسم إلى آثار محضة، وإلى أعيان. والثاني
يأتي (١). وجملة القول في القسم الأول: أن الغاصب لا يستحق بتلك الزيادة
شيئا، لتعديده.

ثم ينظر إن لم يمكن رده إلى الحالة الأولى رده إلى مالكة بحاله
مع أرش النقص إن اتفق نقصان قيمته. وإن أمكن رده إلى الحالة الأولى،
فإن رضي به المالك لم يكن للغاصب رده إلى ما كان عليه، وإن ألزمه

(١) في ص: ٢١١.

الرد إلى الحالة الأولى لزمه ذلك مع أرش النقص إن نقص عما كان قبل تلك الزيادة.

إذا تقرر ذلك، فمن صور هذا القسم تعليم الصنعة وخیاطة الثوب وقصارتة وطحن الحنطة ونحو ذلك. وإنما تكون الخیاطة من هذا القسم إذا خاطه بخيوط المالك، أما إذا كانت الخيوط للغاصب فهي عين محضة، وسيأتي (١) ما يدل على حكمها في نظيرها.

ثم في (٢) الطحن والقصارة وشق الثوب وكسر الإناء ما (٣) لا يمكن رده إلى ما كان. ولا يجبر (٤) على رفاء الثوب واصلاح الإناء، لأنه لا يعود إلى ما كان بالرفاء والاصلاح.

ولو غزل القطن المغصوب رد الغزل وأرش النقص إن نقص. وليس للمالك إجباره على نقضه إن كان لا يمكن رده إلى الحالة الأولى. وإن أمكن فله إجباره عليه مع ضمان النقص عن أصله لا عن الصنعة، لأن أمر المالك برده إذن في إذهاب الصنعة، وإن صارت حقه بالتبعية لملك العين مع كونها ليست عيناً.

(١) في الصفحة التالية.

(٢) سقطت لفظة " في " من " د، ط، م " .

(٣) سقطت لفظة " ما " من " ، ذ، ل، و، خ " .

(٤) في هامش " و " : " وعن مالك أنه يجبر عليهما، كما في تسوية الحفر. منه رحمه الله " . انظر المدونة الكبرى ٥ : ٣٤١ و فرق فيه بين الافساد اليسير والكثير، مختصر خليل: ٢٥٧ .

وإن كان عينا، كان له أخذها وإعادة المغصوب وأرشه لو نقص.
ولو صبغ الثوب كان له إزالة الصبغ، بشرط ضمان الأرش إن نقص
الثوب. ولصاحب الثوب إزالته أيضا، لأنه في ملكه بغير حق.
ولو أراد أحدهما ما لصاحبه بقيمته، لم يجب على أحدهما إجابة
الآخر. وكذا لو وهب أحدهما صاحبه لم يجب على الموهوب له القبول.
ثم يشتركان، فإن لم ينقص قيمة مالهما فالحاصل لهما، وإن زادا
فكذلك. ولو زادت قيمة أحد ما كانت الزيادة لصاحبها. وإن نقصت
قيمة الثوب بالصبغ لزم الغاصب الأرش، ولا يلزم المالك ما ينقص من
قيمة الصبغ.

ولو بيع مصبوغا بنقصان من قيمة الصبغ لم يستحق الغاصب شيئا،
إلا بعد توفية المغصوب منه قيمة ثوبه على الكمال. ولو بيع مصبوغا
بنقصان من قيمة الثوب، لزم الغاصب إتمام قيمته.

قوله: " وإن كان عينا... الخ "

هذا هو القسم الثاني، وهو ما إذا كانت الزيادة من الغاصب عينا، إما
محضة كالغرس، أو من وجه كصبغ الثوب. وسيأتي (١) حكم الأول، والكلام هنا
في الثاني. والصبغ إما أن يكون للغاصب، أو للمالك، أو لأجنبي، فهنا أحوال:
الأولى: أن يكون للغاصب، فينظر إن كان الحاصل محض تمويه لا يحصل
منه عين لو نزع فليس للغاصب النزع إن رضي المالك. وهل له إجباره عليه؟ فيه
وجهان: نعم لأنه قد يريد (٢) تغريمه أرش النقص الحاصل بإزالته و: لا لأنه

(١) في ص: ٢٣٩.

(٢) في " ط، ر، م ": يزيد.

حينئذ كقصارة الثوب. والأقوى الأول. وإن 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 وقيمة الصبغ قبل الصبغ - كما إذا كانت قيمة الثوب عشرة، وقيمة الصبغ عشرة، وهو يساوي بعد الصبغ عشرين، ولم يتغير قيمتهما - فهو بينهما بالسوية. ولو كان ذلك لزيادة قيمة الثوب ونقصان قيمة الصبغ فهو بينهما بالنسبة، كما لو ارتفعت قيمة الثوب إلى اثني عشر، وانخفضت قيمة الصبغ إلى ثمانية. ولو زادت قيمتهما لزيادة قيمة الثوب فالزيادة لمالكة خاصة، أو لزيادة الصبغ فالزيادة للغاصب، أو لزيادتهما معا فهي بينهما على نسبة الزيادة في كل منهما. ولو كانت الزيادة بسبب العمل خاصة فهي بينهما، لأن كل واحد منهما قد زاد بالصنعة (١)، والزيادة الحاصلة بفعل الغاصب إذا استندت إلى الأثر المحض تسلم للمغصوب منه.

ولو نقصت قيمته عن قيمتهما معا فالنقصان على الغاصب خاصة، لأنه إن كان من الصبغ فظاهر، وإن كان من الثوب فضمانه عليه إذا لم يستند النقصان إلى الثوب وحده باعتبار السوق، حتى لو نقص والحال هذه عن قيمة الثوب وحده لزم الغاصب أرش النقصان، ولا شيء له لمكان الصبغ. وفي الأول - وهو ما إذا أمكن فصله عن الثوب - فللغاصب إزالته مطلقا مع ضمان أرش الثوب إن نقص.

(١) في إحدى الحجريتين: بالصبغة.

وقيل (١): إن أدى فصله إلى استهلاكه لم يجب الغاصب إليه، لاستلزامه التصرف في مال الغير بغير فائدة، مع كونه متعديا في أصل الفعل. والأشهر إجابته كما يقتضيه إطلاق المصنف - رحمه الله - لأنه لولاه لزم منه عدوان آخر، وهو التصرف في مال الغير بغير حق، إذ لا سبيل إلى تملكه بعوض، ولا بغيره قهرا، وبقاء الثوب في يد المالك ممنوعا من التصرف فيه لأجل الصبغ ضرر آخر، فكانت إجابة الغاصب أصلح، وفيها جمع بين الحقين. فعلى هذا يجاب إليه وإن نقص الثوب مع ضمان أرشه.

ولو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول، لأن كل واحد مسلط على ماله، ولا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه.

وقال ابن الجنيدي (٢): إذا لم يرض المالك بالقلع، ودفع قيمة الصبغ، وجب على الغاصب القبول. ورجحه في المختلف (٣).

والأظهر العدم. وكذا لا يجب على أحدهما قبول هبة ما للآخر (٤)، لما فيه من المنة.

ولو طلب أحدهما البيع، فإن كان هو مالك الثوب أجبر الغاصب على الإجابة، دون العكس. وفرقوا بينهما: بأن المالك يعسر بيعه الثوب منفردا، لقلة الراغب بعيب الشركة، والغاصب متعدد فليس له الاضرار بالمالك بالمنع (٥) من

(١) في هامش " و " : " القول لابن الجنيدي والعلامة في المختلف. منه رحمه الله. انظر المختلف: ٤٥٥.

(٢) انظر الهامش (١) هنا.

(٣) انظر الهامش (١) هنا.

(٤) في " د، ل، ط، و " : مال الآخر.

(٥) في " ذ " والحجريتين: بما يمنع من.....

البيع، بخلاف الغاصب، فإنه بتعديده لا يملك إزالة ملك غير المتعدي. ويحتمل أن لا يجبر أحدهما على موافقة الآخر، لتحقق الشركة المقتضية لذلك، وأن يجبر المالك للغاصب كالعكس، تسوية بين الشريكين، ليصل كل واحد منهما إلى ثمن ملكه الذي لا يمكن تحصيله (١) إلا به. الحالة الثانية: أن يكون الصبغ مغصوبا من غير مالك الثوب. فإن لم يحدث بفعله نقصان فلا غرم على الغاصب. وهما شريكان في الثوب المصبوغ كما سبق (٢) في الغاصب والمالك. وإن حدث نقصان، فإن لقيت قيمة الثوب فهي لصاحب الثوب، ويغرم الغاصب للصبغ للآخر. وإن زادت بما لا تبلغ قيمة الصبغ فالزائد لمالك الصبغ، ويغرم الغاصب له الباقي. وإن زادت عنهما فهو (٣) بينهما بالنسبة. هذا كله إذا لم تنقص القيمة السوقية لأحدهما، وإلا اعتبرت النسبة كما مر. ولو أمكن فصله فلهما تكليف الغاصب به. ولصاحب الثوب طلب الفصل أيضا. فإن حصل به نقص فيهما أو في أحدهما عما كان قبل الصبغ غرمه الغاصب.

الحالة الثالثة: أن يكون الصبغ مغصوبا من مالك الثوب أيضا، بأن أخذ ثوبه وصبغه في مصبغته. فإن لم يحدث بفعله نقصان فيهما فهو للمالك، ولا غرم على الغاصب، ولا شيء له إن زادت القيمة، لأن الموجود منه أثر محض. وإن حدث بفعله نقصان غرم الأرش. وإذا أمكن الفصل فللمالك إجباره عليه. وللغاصب الفصل إذا رضي المالك.

(١) كذا في "د، ط"، وفي سائر النسخ تخلصه، وفي إحدى الحجريتين: تخلصه.

(٢) في ص: ٢١١ - ٢١٢.

(٣) في "ل": فهي.

الثانية: إذا غصب دهنا - كالزيت أو السمن - فخلطه بمثله فهما شريكان. وإن خلطه بأدون أو أجود، قيل: يضمن المثل، لتعذر تسليم العين. وقيل: يكون شريكا في فضل الجودة، ويضمن المثل في فضل الرداءة، إلا أن يرضى المالك بأخذ العين. أما لو خلطه بغير جنسه لكان مستهلكا، وضمن المثل.

واعلم أن المذكور في الكتاب هو الحالة الأولى لا غير. قوله: " إذا غصب دهنا.... الخ "

إذا خلط المغصوب بغيره علي وجه يتعذر التمييز بينهما، فلا يخلو: إما أن يخلطه بجنسه، أو بغيره. والأول: إما أن يكون بمثله في الجودة والرداءة، أو بأعلى منه، أو بأدنى.

فإن خلطه بمثله فقد جزم المصنف والأكثر (١) أنه يكون شريكا للغاصب بنسبة المخلوط، لأن عين مال المالك موجودة في الجملة، غايته أنها ممتزجة بغيرها، وذلك لا يخرجها عن ملكه. ولأن في إثبات الشركة إيصال المالك إلى بعض حقه بعينه، وإلى بدل بعضه من غير زيادة فوتت على الغاصب، فكان أولى من إيصاله إلى بدل الكل.

وقال ابن إدريس (٢) ينتقل إلى المثل بالمزج وإن كان بالمساوي، لاستهلاك العين، إذ لا يقدر الغاصب على ردها لو طلبه.

ورد بأن ذلك لا يوجب خروجها عن ملكه، كما اختلط المالان بغير

(١) انظر الميسوط ٣: ٨٠، غنية النزوع: ٢٨٠، إصباح الشيعة: ٣٤٠ - ٣٤١، الجامع للشرائع: ٣٥١، المختلف: ٤٥٥، قواعد الأحكام ١: ٢٠٦، جامع المقاصد ٦: ٣٠٢.
(٢) السرائر ٢: ٤٨٢.

اختيارهما أو برضا المالكين. وبأنه لو غصب رطلا من هذا ورطلا من هذا فخلطهما وجعلناهما بذلك هالكين يلزم انتقال الملك فيهما إلى الغاصب، وهو تملك اختياري بمحض العدوان.

وإن خلطه بأجود فقولان:

أحدهما: أنه كذلك، لوجود عين المنصوب المقتضي لتسلط المالك عليها، وعدم الانتقال إلى مثلها أو قيمتها. ولا يقدر في ذلك الزيادة، لأنها زيادة صفة بفعل الغاصب، فكان كما لو علم العبد صنعة أو صاغ النقرة حليا.

وقال الشيخ في المبسوط (١) وابن إدريس (٢): يتخير الغاصب في دفع القدر من العين أو غيرها، لأن العين قد استهلكت، إذ لا يقدر على الرد لو طالبه، والتخيير في الحقيقة راجع إلى ضمان المثل، لأنه حينئذ لا ينحصر في العين، وهي أجود مما يلزمه، فإذا بذلها وجب قبولها بطريق أولى. ولأن بعضها عين حقه، وبعضها خير منه. وهذا هو القول الذي حكاه المصنف - رحمه الله - أولا. وإن خلطه بالأردأ، فإن جعلناه في غيره هالكا فهنا أولى، فيعطيه مثله من غيره، وليس له أن يعطيه منه، لأنه صار دون حقه، إلا أن يرضى المالك وإن حكما بالشركة، نظرا إلى بقاء العين. وإن كانت ناقصة تخير المالك بين أن يأخذ حقه من العين، وبين أن يطلب المثل من غيره. وظاهر العبارة أنه مع اختيار أخذه من العين يأخذها مجانا. والأقوى أخذ الأرش، لأن النقص حصل بفعل الغاصب فيضمن أرشه.

وإن خلط المغصوب بغير جنسه - كما إذا خلط الزيت بالشيرج، أو خلط

(١) المبسوط ٣: ٧٩ - ٨٠.

(٢) السرائر ٢: ٤٨٢.

الثالثة: فوائد المغصوب مضمونة بالغصب. وهي مملوكة للمغصوب منه، وإن تجددت في يد الغاصب، أعيانا كانت كاللبن والشعر والولد والثمر، أو منافع كسكنى الدار وركوب الدابة. وكذا منفعة كل ما له أجرة بالعادة.

دقيق حنطة بدقيق شعير - فالمغصوب هالك، لبطلان فائدته وخاصيته باختلاط غير الجنس به، بخلاف الجيد مع الرديء المتفقين في الجنس. وفيه وجه بثبوت الشركة هنا أيضا، كما لو خلط برضاهما أو امتزجا بأنفسهما. وقواه في التذكرة (١)..

وله وجه، لأن إسقاط حقه من العين مع وجودها بعيد. إلا أنه يشكل بأنه: على تقدير القسمة الاجبارية يكون قد حتمنا على المالك أخذ غير المثل إن كان الطالب هو الغاصب، أو (٢) كلفنا الغاصب بغير المثل في المثلي إن كان الطالب المالك، وكلاهما خارج عن قواعد الغصب، لكنه وارد على تقدير امتزاجهما بغير الغصب كما مر، وفيه جمع بين الحقين.

قوله: " فوائد المغصوب مضمونة..... الخ "

لا إشكال في كون فوائد المغصوب لمالكه، لأنها نماء ملكه ومنافعه،

فتكون مضمونة في يد الغاصب كالأصل. ولا فرق في ثبوت أجرة المنفعة بين أن يستعمل (٣) العين وعدمه. وعلى (٤) تقدير استعمالها وكون منفعتها مختلفة القيمة - بأن يكون العبد كاتباً خياطاً حائكاً ونحو ذلك - إن استعملها في الأعلى ضمنها.

(١) التذكرة ٢: ٣٩٥.

(٢) في " ذ " : وكلفنا.

(٣) في " و " : تستعمل.

(٤) في " و " : لكن على.....

ولو سمنت الدابة في يد الغاصب، أو تعلم المملوك صنعة أو علما فزادت قيمته، ضمن الغاصب تلك الزيادة. فلو هزلت، أو نسي الصنعة أو ما علمه فنقصت القيمة لذلك، ضمن الأرش وإن رد العين. ولو تلفت ضمن قيمة الأصل والزيادة.

وإن استعملها في الوسطى أو الدنيا، أو لم يستعملها، ففي ضمان أجرة متوسطة أو الأعلى (١) وجهان.

ولو كان دابة أو مملوكا اعتبرت أجرته في الوقت المعتاد لعمله كالنهار دون الليل، إلا أن يكون له صنعة في النهار وأخرى في الليل فيجب على الغاصب أجرتهما.

في القواعد (٢) اعتبر في أجرة الصانع الأعلى، ثم حكم في مطلق المنصوب بضمان أجرة المثل عن عمل مطلق. ولعل المطلق شامل للأعلى، لأن المراد بأجرة المثل أجرته لعمل يليق به عادة من غير تقييد بعمل مخصوص، كالكتابة مثلا أو الخياطة أو ركوب الدابة أو تحميل التراب عليها أو البر، فيتناول الأعلى حيث يكون قابلا له. وربما فسر المطلق بالمتوسط، فيختلف الحكم. قوله: " ولو سمنت الدابة..... الخ "

قد تقدم (٣) أن زيادة الأثر في المغصوب يتبع العين، ولا يستحق عليه الغاصب شيئا إذا كان بسببه، لأن الزيادة - من السمن والتعلم - من الله سبحانه وتعالى وإن كان الغاصب سببا. ومتى صار [السبب] (٤) بتلك الصفة ملكا للمغصوب منه

(١) في "، د، ط، و، م"، أعلى منه.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٠٣ و ٢٠٥.

(٣) في ص: ٢٠٩.

(٤) من الحجريتين.

فرعان

الأول: لو زادت القيمة لزيادة صفة، ثم زالت الصفة، ثم عادت الصفة والقيمة، لم يضمن قيمة الزيادة التالفة، لأنها انجبرت بالثانية. ولو نقصت الثانية عن قيمة الأولى ضمن التفاوت. أما لو تجددت صفة غيرها، مثل أن سمتت فزادت قيمتها، ثم هزلت فنقصت قيمتها، ثم تعلمت صنعة فزادت قيمتها، ردها وما نقص بفوات الأولى.

فهو مع الأصل في ضمان الغاصب. فإذا فرض تلفه، أو ذهاب الوصف خاصة بأن نسي الصنعة وهزل السمن، كان مضمونا على الغاصب كالأصل، فيضمن ما تلف من الأصل والزيادة. وهذا مما لا إشكال فيه. قوله: " لو زادت القيمة..... الخ "

إذا تجدد الكمال بعد النقصان، سواء كان الكمال الأول الذي توسط نقصه موجودا من حين الغصب أم تجدد في يد الغاصب، فإن كان الكمال الثاني هو الأول بعينه، كما لو كان صانعا أو عالما فنسي العلم والصنعة ثم تذكرهما، فلا شبهة في جبر المتجدد للذاهب، لأنه ذهب ثم عاد فكأنه لم يزل. ولا يرد أن [ذلك] (١) العلم غير باق، فالعائد غير الزائل. لمنع ذلك أولا. ولو سلم لزمه ضمانه وإن لم ينس، لأنه يتجدد في يد الغاصب بعد زوال ما كان حالته. وإن لم يكن عينه فلا يخلو: إما أن يكون من الوجه الذي حصل فيه الأول، كما لو هزلت الجارية ثم سمتت وعادت القيمة كما كانت، ففيه قولان: أحدهما: أنه ينجبر أيضا، ويسقط الغرم، كما لو أبق العبد فعاد، أو جنى

(١) من " د، و، ط، م "

على عين فايضت ثم زال البياض. وهذا هو الذي يقتضيه إطلاق المصنف حيث خص الضمان بصفة غيرها، وإن كان ظاهر قوله: " ثم عادت الصفة " قد يقتضي خلاف ذلك، لأن السمن الأول غير الثاني، إلا أن الصفة - وهي نفس السمن - واحدة.

والثاني: العدم، لأن السمن الثاني غير الأول، والأول وقع مضمونا، والثاني تجدد هبة من الله تعالى كالأول لو كان متجددا، فلا يحصل للغاصب بسببه شيء. وهذا أظهر.

ثم على القول بالانجبار إنما يسقط الضمان مطلقا لو عادت القيمة بتمامها بالعائد، فلو لم تبلغ القيمة الأولى ضمن ما بقي من النقصان. وإن كان الكمال من وجه آخر، بأن نسي صنعة وتعلم أخرى، أو أبطل صنعة (١) الإباق وأحدث صنعة (٢) أخرى، فلا انجبار بحال. وعلى هذا فلو تكرر النقصان وكان في كل مرة مغايرا بالنوع للنقص في المرة الأخرى ضمن الكل، حتى لو غصب جارية قيمتها مائة فسمنت وبلغت القيمة ألفا، وتعلمت صنعة فبلغت ألفين، ثم هزلت ونسيت الصنعة فعادت قيمتها إلى مائة، ردها وغرم ألفا وتسعمائة. ولو علم العبد المغصوب سورة من القرآن أو حرفة فنسيها، ثم علمه حرفة أو سورة أخرى فنسيها أيضا، ضمنهما. وإن لم تكن مغايرة، كما إذا علمه سورة واحدة أو حرفة واحدة مرارا وهو ينساها في كل مرة، ففيه الوجهان، فإن قلنا لا يحصل الانجبار بالعائد ضمن النقصان في كل مرة، وإن قلنا يحصل ضمن أكثر المرات نقصانا.

(١) في إحدى الحجريتين: صفة.

(٢) في إحدى الحجريتين: صفة.

الثاني: لا يضمن من الزيادة المتصلة ما لم تزد به القيمة، كالسمن المفطر إذا زال والقيمة على حالها أو زائدة.

فروع

الأول: لو مرض العبد المغصوب ثم برئ فزال أثر المرض، ففي جبر الصحة للفئات منها وجهان: نعم، لأن الصحة الثانية هي الأولى. وبه قطع في التذكرة (١). والثاني: العدم، لمنع كونها الأولى، بل يكفي الشك فيستصحب حكم الضمان. وكذا الحكم فيما لو رده مريضا ثم برئ وزال الأثر.

الثاني: لو غصب شجرة فتحات (٢) ورقها ثم أورقت، أو شاة فجز صوفها ثم نبت، يغرم الأول ولا يجبر بالثاني، لأنه غيره، بخلاف ما لو سقط سن الجارية المغصوبة ثم نبت أو تمعط (٣) شعرها ثم نبت، فإنه يحصل الانجبار. والفرق: أن الورق والصوف متقومان فيغرمهما، وسن الجارية وشعرها غير متقومين، وإنما غرم أرش النقص الحاصل بفقدانهما وقد زال. هكذا قيل. وهذا يتم في الشعر، أما في السن فلا، لأن لها مقدرًا من الحر فيكون حكمها في الرق بنسبته من القيمة.

الثالث: لو زادت قيمة الجارية بتعلم صنعة محرمة كالغناء ثم نسيته، قيل: لم يضمن النقصان، لأنه محرم، والمضمون الزيادات المحترمة. وربما احتتمل هنا الغرم، لأن الواجب على الغاصب قيمتها كذلك، ولهذا لو غصب عبدا مغنيا يغرم تمام قيمته.

قوله: " لا يضمن من الزيادة..... الخ "

لأن المعبر من هذه الصفات القيمة، فما لا أثر له في زيادة القيمة لا اعتبار

(١) التذكرة ٢: ٣٨٨.

(٢) تحات الورق من الشجر: تناثر. المنجد: ١١٥.

(٣) امتعط شعره وتمعط " أي: تساقط من داء ونحوه. الصحاح ٣: ١١٦١.

الرابعة: لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد، ويضمنه وما يتجدد من منافعه، وما يزداد من قيمته لزيادة صفة فيه. فإن تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين قبضه إلى حين تلفه إن لم يكن مثليا.

به. ولا فرق في ذلك بين الموجود حال الغصب والمتجدد في يد الغاصب. واحترز بقوله: " والقيمة على حالها " عما لو كان بعض السمن لا أثر له في القيمة وبعضه له أثر فزال الجميع، فإنه يضمن قيمة ما له أثر فيها دون ما زاد عليه.

قوله: " لا يملك المشتري ما يقبضه..... الخ ".

لا إشكال في عدم ملك المشتري شراء فاسدا (١)، لأن نقل الملك من مالك إلى آخر موقوف على أسباب نصبها الشارع وحدود (٢) حددها، فما لم يحصل فالملك باق على أصله. وتسميته على تقدير فساد الشراء مشتريا مجاز بحسب الصورة، وإلا فالبيع حقيقة لا يطلق إلا على الصحيح.

وأما كونه مضمونا عليه فلأنه قبضه ليكون مضمونا عليه كذلك. ولعموم: " على اليد ما أخذت حتى تؤدي ". وللقاعدة المشهورة: أن ما كان مضمونا بصحيحه يضمن بفاسده، والبيع لو صح انتقل ضمان المبيع إلى المشتري بمعنى كون تلفه من ماله، فيكون في فاسد. كذلك.

وأما حكم المصنف بضمانه أعلى القيم فبتنزيله منزلة الغاصب، حيث إن المالك لم يأذن في قبضه إلا على تقدير صحة البيع، فبدونه يكون موضوعا بيده بغير حق.

(١) في " د، م ": بشراء فاسد.

(٢) في " ط، ل ": وحد حدودها.

ولو اشترى من غاصب ضمن العين والمنافع، ولا يرجع على الغاصب إن كان عالما. وللمالك الرجوع على أيهما شاء. فإن رجع على الغاصب رجع الغاصب على - المشتري. وإن رجع على المشتري لم يرجع على الغاصب، لاستقرار التلف في يده.

وإن كان المشتري جاهلا بالغصب رجع على البائع بما دفع من الثمن. وللمالك مطالبته بالدرك إما مثلا أو قيمة، ولا يرجع [المشتري] بذلك على الغاصب، لأنه قبض ذلك مضمونا. ولو طالب الغاصب بذلك، رجع الغاصب على المشتري. [ولو طالب المشتري لم يرجع على الغاصب].

وهذا يتم على تفسير الغصب بأنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق، أما لو اعتبرنا العدوان لم يتم كونه غاصبا إلا بتقدير علمه بالفساد وجهل البائع، أما مع جهلهما أو جهل المشتري فليست يده يد عدوان. والوجه حينئذ أنه يضمن القيمة يوم التلف إن لم نقل في الغاصب مطلقا كذلك، وإلا كان الحكم فيه كذلك مطلقا بطريق أولى.

قوله: " ولو اشترى من غاصب..... الخ "

المشتري من الغاصب - سواء كان عالما بالغصب أم جاهلا - من باب تعاقب الأيدي على المغصوب. وقد تقدم (١) تفصيل حكمها، ولكن يزيد هنا بواسطة الشرى (٢) أحكاما تخصه أوجب ذكره بخصوصه. وقد تقدم الكلام فيه في البيع (٣) أيضا.

(١) في ص: ١٥٥.

(٢) كذا في " و "، وفي سائر النسخ: المشتري.

(٣) في ج ٣: ١٥٨ - ١٥٩.

وجملة أمره: أن المشتري إن كان عالماً بالحال فهو غاصب محض يطالب بما يطالب به الغاصب. ويتخير المالك بين مطالبته بالعين أو بدلها وما استوفاه من منافعها وفات تحت يده منها، وبين مطالبة الغاصب الأول وهو البائع. فإن طالب البائع رجوع على المشتري بما استقر تلفه تحت يده، وبالعين إن كانت باقية وبدلها 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، اختص بضمانه من غير أن يرجع به على المشتري ابتداءً أو عوداً.

وإن رجع على المشتري بشيء من ذلك لم يرجع على البائع، لاستقرار التلف أو ما في حكمه في يده. ولا يرجع على البائع بالثمن إن كان تالفاً، لأنه قد سلطه عليه وأذن له في إتلافه، وإن كان في مقابله (١) عوض لم يسلم له، لأنه مع علمه بأنه لا يسلم له العوض في حكم المسلط عليه مجاناً، وللاجماع على ذلك. وإن كان الثمن باقياً ففي رجوعه عليه به قولان:

أحدهما - وهو الأشهر، بل ادعى عليه في التذكرة (٢) الاجماع - عدم الرجوع، لأنه (٣) بإعطائه إياه عالماً بعدم عوض حقيقي في. مقابله يكون في معنى هبته إياه، إذ لا معنى لها إلا إعطاء العين من غير عوض، وهو متحقق هنا. وللمصنف - رحمه الله - في بعض رسائله (٤) قول بجواز رجوعه به حينئذ. وهو قوي، لعدم وقوع ما يدل على التملك، وأصالة بقاءه على ملك مالكه

(١) في "ل، م": مقابلة.

(٢) التذكرة ١: ٤٦٣.

(٣) كذا في "و، خ"، وفي سائر النسخ: ولأنه.

(٤) الرسائل السبع للمحقق: ٣٠٦ المسألة الرابعة من المسائل الطبرية.

وتسليطه (١) على التصرف فيه، غايته أن (٢) يمنع الرجوع بعوضه بعد تلفه أما مع بقائه فلا.

وإن كان جاهلا، فإن كانت العين باقية في يده وأخذ الثمن إن كان باقيا وبدله إن كان تالفا، لظهور فساد العقد الموجب لتراد العوضين. ثم إن كان عوض العين بقدر الثمن فذلك. وإن كان أزيد ففي رجوعه على الغاصب بالزيادة عن الثمن وجهان، من أن الشراء عقد ضمان وقد شرع فيه على أن يكون العين من ضمانه وإن كان الشراء صحيحا، ومن دخوله على أن يكون المجموع في مقابلة الثمن، وهو يقتضي كون الزائد عليه في معنى التبرع به وإعطائه إياه بغير عوض، فإذا أخذ منه عوضه رجع به. وهذا قوي. ولا يمنع من ذلك كون البيع عقد ضمان، لأنه إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله واستقر عليه الثمن فهذا مسلم، ولكن لم يكن شارعا فيه على أن يضمن القيمة، ومعلوم أنه لو لم يكن المبيع مغصوبا لم يلزمه شيء بالتلف، غايته أن يكون ما قابل الثمن من المبيع مأخوذا بعوضه والباقي سالم (٣) له بغير عوض، فكان الغاصب مغررا موقعا إياه في خطر الضمان فليرجع عليه. وإن كان المراد غيره فلم قلت: إن الشراء عقد ضمان مطلقا؟

وحيث، فإن رجع المالك على المشتري جاهلا بعوض المبيع لم يرجع به على الغاصب البائع إن لم تزد قيمته عن الثمن. وإن رجع به على الغاصب رجع به على المشتري. وإن رجع بالزيادة على المشتري رجع بها على الغاصب. وإن

(١) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، ولعل الصحيح: تسلطه.

(٢) في " ل " : أنه.

(٣) في " ل " : سالما.

وما يغترمه المشتري، مما لم يحصل له في مقابلته نفع، كالنفقة والعمارة، فله الرجوع به على البائع. ولو أولدها المشتري كان حراً، وغرم قيمة الولد، ويرجع بها على البائع.

وقيل في هذه: له مطالبة أيهما شاء. لكن لو طالب المشتري رجوع على البائع، ولو طالب البائع لم يرجع على المشتري. وفيه احتمال آخر. أما ما حصل للمشتري في مقابلته نفع، كسكنى الدار وثمره الشجر والصوف واللبن، فقد قيل: يضمنه الغاصب لا غير، لأنه سبب الاتلاف، ومباشرة المشتري مع الغرور ضعيفة، فيكون السبب أقوى، كما لو غصب طعاماً وأطعمه المالك.

وقيل: له إلزام أيهما شاء، أما الغاصب فلمكان الحيلولة، وأما المشتري فلمباشرة الاتلاف. فإن رجع على الغاصب رجوع على المشتري، لاستقرار التلف في يده. وإن رجع على المشتري لم يرجع على الغاصب [والأول أشبه] (١).

رجع بها على الغاصب لم يرجع بها على المشتري. ويظهر من إطلاق المصنف عدم رجوع المشتري بالدرك مثلاً وقيمة، ومن تعليقه بكونه قبضه مضموناً، عدم رجوعه بالزائد. وقد عرفت جواب التعليق. قوله: " وما يغترمه المشتري..... الخ ". ما تقدم حكم رجوع المشتري على الغاصب بالثمن وعود المبيع،

(١) لم يرد ما بين المعقوفتين في متن نسخة الشرائع الخطية المعتمدة، وورد في هامشها بعنوان: خ، أي: نسخة، وورد في الشرائع الطبعة الحجرية: ٢٧٧، ومتن الجواهر: ٣٧: ١٨٢.

والكلام هنا في غيره من منفعه وما غرمه على المبيع.
ومحصله: أن غرامة المشتري بواسطة المبيع عليه أو المالك إن لم يكن
حصل له في مقابلته نفع - كالبناء والغرس إذا نقضه المالك - فله الرجوع به على
الغاصب، لأنه دخل على أن يكون ذلك له بغير غرم، وإنما جاء الضرر من تغيير
الغاصب. وكذا القول في أرش نقصانه.
وإن حصل له في مقابلته نفع، كالسكنى والثمرة واللبن والركوب إذا غرمه
المالك، ففي رجوعه به على الغاصب قولان:
أحدهما: العدم، ذهب إليه الشيخ في المبسوط (١) والخلاف (٢) وابن
إدريس (٣)، لمباشرته الاتلاف مع حصول منفعة في مقابلته، وحوالة الضمان على
مباشر الاتلاف أولى.
والثاني: الرجوع، ذهب إليه المصنف في كتاب التجارة (٤) من هذا الكتاب
وفي النافع (٥)، وإن كان هنا (٦) لم يرجح أحد القولين، لأن الغاصب قد غره، ولم
يشرع على أن يضمن ذلك، فكان الضمان على الغار، كما لو قدم إليه طعام الغير
فأكله جاهلاً ورجع المالك على الآكل، أو غصب طعاماً فأطعمه المالك، فإنه لا
يرجع على الغار.
وعلى هذا فيتخير المالك بين رجوعه ابتداءً على الغاصب، فلا يرجع على

(١) المبسوط ٣: ٧١.

(٢) لم نجده فيه.

(٣) السرائر ٢: ٤٩٣.

(٤) شرائع الاسلام ٢: ١٣.

(٥) انظر المختصر النافع: ٢٥٦ - ٢٥٧، ولكنه تردد في الحكم ولم يصرح بالرجوع.

(٦) كلام الشارح " قدس سره " بيتني على نسخته من الشرائع حيث لم ترد فيها جملة:
" والأول أشبه "، وانظر الهامش (١) في الصفحة السابقة.

الخامسة: لو غصب مملوكة فوطئها، فإن كانا جاهلين بالتحريم لزمه مهر أمثالها، للشبهة. وقيل: عشر قيمتها إن كانت بكرا، ونصف العشر إن كانت ثيبا. وربما قصر بعض (١) الأصحاب هذا الحكم على الوطاء بعقد الشبهة.

المشتري، وبين أن يرجع على المشتري لترتب يده على ماله، فيرجع على الغاصب. وقيل: بل يتعين الرجوع على الغاصب خاصة. والأصح الأول. ولو كان المغصوب جارية بكرا فافتضاها المشتري فرجع عليه بالعوض، ففي رجوعه به الوجهان، لحصول نفع في مقابلته. وأولى بعدم الرجوع هنا لو قيل به ثم، لأنه بدل جزء منها أتلفه، فأشبهه ما لو قطع عضوا من أعضائها. وأما 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 يضمنها.

ولو أولد الأمة غرم قيمته لمولاها (٢) عند انعقاده حرا، ويرجع به على الغاصب، لأنه شرع في العقد على أن يسلم الولد حرا من غير غرامة، ولم يوجد منه تفويت. والكلام في تخيير المالك في الرجوع - مع استقراره - على الغاصب أو كونه ابتداء عليه كما مر. ويحتمل إلحاق عوض الولد بما حصل له في مقابلته نفع كالمهر، لأن نفع حرية الولد يعود إليه. وهذا هو الاحتمال الذي أشار إليه، فيجري فيه الوجهان، إلا أن الأشهر الأول. قوله: " لو غصب مملوكة فوطئها.... الخ "

إذا وطئ الغاصب المملوكة المغصوبة فلا يخلو: إما أن يكونا جاهلين

(١) المبسوط ٣: ٦٥ - ٦٦.

(٢) في " ذ ": لولاها.

بالتحريم، أو عالمين، أو بالتفريق. وعلى التقادير الأربعة: إما أن يحبلها أو لا.
وعلى التقادير الثمانية: إما أن يطأها مختارة، أو مكرهة. ومع الجهل: إما أن
يطأها بعقد، أو بدونه. وقد تقدم الكلام على نظير المسألة في النكاح (١) والبيع (٢).
ولنشر إلى أحكام المسألة إجمالاً تبعاً للمصنف - رحمه الله - فنقول:
إن وطئها جاهلين بالتحريم وجب عليه مهر أمثالها، لأنه عوض منفعة
البضع حيث لا مقدر له شرعاً. وبه قال الشيخ (٣) وابن إدريس (٤).
وقال بعض الأصحاب (٥): يجب عشر قيمتها إن كانت بكراً ونصفه إن كانت
ثيباً، للرواية، وقد تقدمت في النكاح (٦). ورد بورودها في غير محل النزاع على
خلاف الأصل فيقتصر بها على موردتها.
وفي المسألة قول (٧) ثالث، وهو أن الحكم بوجود مهر المثل أو العشر
ونصفه مقصور على ما لو وطئ الغاصب بعقد الشبهة، بأن توهم حلها بالعقد من
دون إذن سيدها، لبعده عن شرائع الإسلام أو قرب عهده به.
ووجه هذا القول: أن منفعة البضع لا تضمن بدونه كما يظهر في الزانية.
وحينئذ فلا يجب المسمى في العقد بفساده، بل مهر المثل أو ما في معناه، لأنه
المقدر شرعاً للبضع حيث يظهر فساد العقد.

-
- (١) في ج ٣: ٣٩٢.
(٢) في ج ٨: ١٣ - ١٦.
(٣) المبسوط ٣: ٦٥ - ٦٦.
(٤) السرائر ٢: ٤٨٨ - ٤٨٩.
(٥) حكاة فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢: ١٨٨.
(٦) في ج ٨: ١٨.
(٧) انظر الهامش (١) في الصفحة السابقة.

ولو افتضها بإصبعه، لزمه دية البكارة. ولو وطئها مع ذلك، لزمه الأمران.

والأظهر الأول. وعدم ضمان منفعة البضع بدون العقد ممنوع، كما يظهر ذلك في وطئ الشبهة، وهذا منه.

واعلم أن الجهل بتحريم وطئ المغصوبة قد يكون للجهل بتحريم الزنا مطلقاً، وقد يكون لتوهم حلها خاصة، لدخولها بالغصب في ضمانه، ولا يقبل دعواهما إلا من قريب العهد بالاسلام، أو في من نشأ في موضع بعيد من المسلمين، وقد يكون لاشتباهاها عليه وظنه أنها جاريتها، وهنا لا يشترط لقبول دعواه ما ذكر.

قوله: " ولو افتضها بإصبعه..... الخ "

وجه وجوب الأمرين من غير أن يدخل أرش البكارة في المهر أنهما أمران مختلفان، في إزالة البكارة جنائية والوطئ استيفاء منفعة البضع، فلا يدخل أحدهما تحت الآخر.

وذهب جماعة - منهم العلامة في التحرير (١)، والشهيد في الدروس (٢) - إلى التداخل، لأن البكارة ملحوظة على تقدير وجوب المهر أو العشر، ويزيد باعتبارها الواجب، ولو وجب أرش البكارة منفرداً لزم وجوب مهر ثيب لا بكر، كما لو افتضها بإصبعه ثم وطئها، فلا وجه للجمع بينهما. وأجيب بأن ملاحظة البكارة في مهر المثل أو العشر لا يقتضي التداخل،

(١) هذا سهو من قلمه الشريف " قدس سره " فإن العلامة والشهيد " قدس سرهما " إنما حكما بالتداخل في صورة زوال البكارة بالوطئ، مع تفصيل للثاني بين مهر المثل والعشر، والأول صرح بلزوم الأمرين في صورة الافتضاض والوطئ، انظر تحرير الأحكام ٢: ١٤٢، الدروس الشرعية ٣: ١١٥، جواهر الكلام ٣٧: ١٨٨ - ١٨٩.

(٢) تقدم أنفاً تحت رقم ١.

وعليه أجرة مثلها من حين غضبها إلى حين عودها.
ولو أحبلها لحق به الولد، وعليه قيمته يوم سقط حيا، وأرش ما
ينقص من الأمة بالولادة.

لأن ملاحظتها من حيث إن وطئ البكر خلاف وطئ الثيب، فملاحظتها باعتبار
الوطئ لا باعتبار الجنائية، فلا بد للبكارة من شيء زائد، وهو عشر آخر على
قول أو أرش نقصان قيمتها عن حالة البكارة إلى الثبوتة نظرا إلى نقص المالية.
قوله: " وعليه أجرة مثلها... الخ "

المراد أجرة مثلها في غير زمان الوطئ، لأنه قد ضمن منفعة البضع في
وقته، فلا بد من استثنائه من الزمان. والمعتبر أجرة المثل لما يصلح لعمله عادة
مع اتحاده، ومع تعدده فالمعتبر أجرة مثل الأعلى. ويمكن دخوله في مطلق
أجرة المثل، لأن المراد بها ما يبذل أجرة في تلك المدة لأمثال هذه الأمة على
الوصف الذي (١) هي عليه من قبول الصنائع المتعددة التي من جملتها ملك (٢)
الأعلى. وقد تقدم (٣) البحث في ذلك.
قوله: " ولو أحبلها لحق به الولد... الخ "

أما لحق الولد به فللشبهة الموجبة للاحاق مثله. وأما وجوب قيمته عليه
حينئذ فلأنه وقت الحيلولة بين مولى الأمة وبين ما هو من نمائها وتابع لها،
مراعاة للجمع بين الحقين، ولأنه أول وقت إمكان التقويم فيقوم أن لو كان رقيقا،
ويسلم قيمته للمولى مع أرش نقصان الولادة لو نقصت.

(١) فيما لدينا من النسخ الخطية: التي والصحيح ما أثبتناه.

(٢) في " و ": تملك.

(٣) في ص: ٢١٧.

ولو سقط ميتا، قال الشيخ - رحمه الله - : لم يضمنه، لعدم العلم بحياته. وفيه إشكال ينشأ من تضمين الأجنبي.
وفرق الشيخ - رحمه الله - بين وقوعه بالجناية وبين وقوعه بغير جناية.

قوله: " ولو سقط ميتا... الخ "

إذا سقط الولد ميتا لا بجناية جان من الغاصب أو أجنبي ففي وجوب شيء على الغاصب وجهان:

أحدهما: العدم. ذهب إليه الشيخ في المبسوط (١) محتجا بأنه لا يعلم كونه حيا قبل ذلك، ووجوب شيء فرع ثبوت الحياة، لأنه إنما يقوم بعد سقوطه حيا، ولعدم الحيلولة.

ولو سقط بالجناية فعليه الضمان، لأن الالتقاء عقيب الضرب يظهر منه أن الموت بسببه، بخلاف الأول، لما تقرر من أصالة عدم الحياة إلى أن يعلم غيره. والمصنف - رحمه الله - استشكل الحكم بعدم ضمان الحمل من غير جناية، من حيث اعتراف الشيخ بتضمين الأجنبي لو سقط بجنايته ميتا. والفرق غير واضح. لأن عدم العلم بحياته ثابت على التقديرين، فإن كان مؤثرا في عدم وجوب شيء فلا أثر للضرب.

والوجه أن الغاصب يضمن دية جنين أمة، سواء سقط بجناية أم لا، لكن على تقدير كونه بجنايته فللمالك دية جنين أمة، وباقي دية جنين الحرة للإمام، لأن القاتل لا يرث، والأمة رقيقة لا ترث أيضا.

(١) المبسوط ٣: ٦٦.

ولو ضربها أجنبي فسقط، ضمن الضارب للغاصب دية جنين حر،
وضمن الغاصب للمالك دية جنين أمة.
ولو كان الغاصب والأمة عالمين بالتحريم، فللمولى المهر إن أكرهها
الغاصب على الوطئ، وعليه الحد. وإن طاوعت حد الواطئ ولا مهر.
وقيل: يلزمه عوض الوطئ، لأنه للمالك. والأول أشبه، إلا أن تكون
بكرا فيلزمه أرش البكارة.

قوله: " ولو ضربها أجنبي.... الخ ".
وجه الفرق: أن الولد محكوم بحريته، لأن الفرض كون الواطئ جاهلا
والولد لاحق به، فيضمن الجاني عليه لأبيه دية جنين حر. ولما كان الغاصب
ضامنا للمالك قيمته على تقدير كونه مملوكا - مراعاة لمنفعة الأمة - كان الواجب
عليه للمولى دية جنين أمة، على ما سيأتي (١). ولا يتوقف وجوب حق المولى
على الغاصب على أخذه الحق من الجاني، بل كل واحد من الحقين متعلق بذمة
غريمه من غير تقييد بالآخر.
قوله: " ولو كان الغاصب..... الخ ".
من الصور التي سبق ذكرها ما إذا كانا عالمين بالتحريم، فإن انضم إلى ذلك
كون الأمة مكرهة فللمولى مهر مثلها أو ما في حكمه اتفاقا، لانتفاء المانع وهو
كونها بغيا، وعلى الغاصب الحد لكونه زانيا.
وإن طاوعته حد، ولا مهر على المشهور، لنهي (٢) النبي صلى الله عليه وآله

(١) في الصفحة التالية.

(٢) مسند أحمد ١: ٣٥٦، سنن ابن ماجة ٢: ٧٣٠ ح ٢١٥٩. سنن أبي داود ٣: ٢٦٧ ح
٣٤٢٨، سنن الترمذي ٣: ٤٣٩ ح ١١٣٣، سنن النسائي ٧: ١٨٩. سنن البيهقي ٦: ٦.

ولو حملت لم يلحق به الولد، وكان رقا لمولاها، ويضمن الغاصب ما ينقص بالولادة. ولو مات ولدها في يد الغاصب ضمنه. ولو وضعته ميتا، قيل: لا يضمن، لأننا لا نعلم حياته قبل ذلك. وفيه تردد. ولو كان سقوطه بجناية جان لزمه دية جنين الأمة، على ما نذكر في الجنايات (١).

عن مهر البغي الشامل لموضع النزاع. وقيل: لا يسقط هنا، لأنه مال لغيرها وهو المالك، ولا تزر وازرة وزر أخرى. والنهي عن مهر البغي لا يتناول المتنازع، لأن ذلك عوض المنفعة للمالك لا مهر حقيقي، ومن ثم لا يطلق على الأمة اسم المهيرة، بل على الحرة كما مر (٢) في بابه. ولأن النهي عن ثبوت المهر للبغي، ولا نقول إنه لها بل لمولاها. لكن الأشهر بين الأصحاب هو الأول، بل قال الشهيد في شرح الارشاد: "إن القائل بثبوته غير معروف" (٣) مع أنه مختار العلامة في التذكرة (٤). ولا إشكال في وجوب أرش البكارة لو كانت بكرا، لأن إزالة البكارة جناية عليها فيثبت أرشها، وليست كالوطئ. قوله: "ولو حملت لم يلحق... الخ". إنما لم يلحق الولد لكونه زانيا، فيكون رقا للمولى، لأنه نماء مملوكته.

(١) شرائع الاسلام ٤: ٢٩١.

(٢) في ج ٨: ١٤٤.

(٣) راجع غاية المراد: ١٣٧. وليس فيه هذه العبارة. نعم، نفى ثبوت العوض باستيفاء البضع في غير النكاح الصحيح وشبهه.

(٤) في هامش "ذ": "في كتاب البيع منها. منه قدس سره". راجع تذكرة الفقهاء ١: ٤٩٥ - ٤٩٦، وكذا ج ٢: ٣٩٦.

ولو كان الغاصب عالما، وهي جاهلة، لم يلحق الولد، ووجب الحد والمهر.

وكما لا يلحق بأبيه لا يلحق بأمه، لاشتراكهما في المقتضي. وهو الذي يقتضيه إطلاق قوله: " لم يلحق الولد ". وتظهر فائدة عدم لحوقه بهما (١) في عدم ثبوت التوارث بينهما لو فرض حرتهما أو أحدهما بعد ذلك. ثم الولد مضمون على الغاصب ما دام في يده كالأم. ولو وضعته ميتا فالاشكال في ضمانه كما سبق (٢). ولكن المصنف (٣) - رحمه الله - جزم هنا بضمانه. والوجه فيه: أنه لما كان محكوما برقيته كان ملحقا بالمال، فيكون مضمونا عليه على كل حال كحمل البهيمة، والحمل له قيمة شرعا وإن لم يعلم حياته، بخلاف السابق (٤)، فإن ضمانه لقيمته موقوف على ولادته حيا، لكونه حرا، ولم يحصل. وكما يضمن دية جنين الأمة يضمن نقص أمه بسبب الوضع وأجرتها.

قوله: " ولو كان الغاصب..... الخ ". هذه من الصور السابقة أيضا، وهي ما إذا كان الغاصب عالما بالتحريم والأمة جاهلة به، فهو زان دونها. ويلحق بها الولد دونه، وعليه الحد والمهر، لكون الوطئ محترما من طرفها.

(١) كذا في " ص "، وفي سائر النسخ: بها.

(٢) في ص: ٢٣٢.

(٣) هذا سهو من قلمه الشريف " قدس سره " فإن المصنف " رحمه الله " لم يجزم بذلك. بل تردد فيه. واحتمل في جواهر الكلام (٣٧: ١٩٧) عثور الشارح على نسخة أخرى من الشرائع، والعبارة كما هي عليه في النسخة الخطية المعتمدة للشرائع.

(٤) في ص: ٢٣٢.

ولو كان بالعكس لحق به الولد، وسقط عنه الحد والمهر، وعليها الحد.

السادسة: إذا غصب حبا فزرعه، أو بيضا فاستفرخه، قيل: الزرع والفرخ للغاصب، وقيل: للمغصوب منه، وهو أشبه.

قوله: " ولو كان بالعكس..... الخ "

المراد بالعكس أن تكون هي عالمة بالتحريم دونه، وهي تنمة الصور (١) السابقة.

وحكمها: أن الولد لاحق به للشبهة، دونها للزنا، وعليه قيمة يوم ولادته حيا كما سبق (٢)، وعليها الحد للزنا. وفي ثبوت المهر ما مر (٣) من الخلاف من كونها بغيا، وكونه مال الغير.

قوله: " إذا غصب حبا فزرعه..... الخ "

القول بكونه للغاصب للشيخ في المبسوط (٤) والخلاف (٥)، محتجا بأن عين المغصوب قد تلفت فلا يلزم الغاصب سوى قيمتها أو مثلها، والفرخ والزرع غير الحب والبيض، ومن قال إنهما عينهما فهو مكابر. مع أنه قال في الكتابين (٦) أيضا بكونه للمالك. وهو الحق، لأن الزرع والفرخ يكونان من عين مال المغصوب

(١) في " د، خ، م ": الصورة.

(٢) في ص: ٢٣١.

(٣) في ص: ٢٣٣.

(٤) المبسوط ٣: ١٠٥.

(٥) الخلاف ٣: ٤٢٠ مسألة (٣٨).

(٦) في هامش " د، و ": " القول الثاني الموافق للأصحاب قاله الشيخ في المبسوط في كتاب العارية، وفي الخلاف في كتاب دعاوي والبيئات. منه قدس سره ". راجع المبسوط ٣: ٥٦، الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢: ٦٤١ مسألة (١٧).

ولو غصب عصيرا، فصار خمرا، ثم صار خلا، كان للمالك. ولو
نقصت قيمة الخل عن قيمة العصير، ضمن الأرش.

منه، وحدث النماء في ملكه فلا يملكه الغاصب. والبيضة بحضن الدجاجة لها لم
تخرج عن ملك المالك. والاستحالات الحاصلة صفات حصل بسببها استعدادات
مختلفة متعاقبة بخلق الله تعالى، لا أثر للغاصب فيها. وأسباب التمليك محصورة
شرعا موقوفة على حكم الشارع، وليس هذا منها.

وقول الشيخ: "إن العين قد تلفت" ممنوع، ولو تلفت لم يحصل لها نماء،
وإنما استحالت صورتها النوعية وتغيرت صفاتها وخواصها، وذلك لا يقتضي
الخروج عن الملك.

وقوله: "إن من قال في الفرخ إنه عين البيض، والزرع إنه عين الحب،
مكابير" فهذا مما لا يقول به أحد، ولا حاجة للحكم (١) ببقاء ملك المالك إلى
القول به، بل نقول (٢) إن ملك الأصل له، وإن تبدل صفاته وخواصه لا يخرج عن
ملكه.

قوله: "ولو غصب عصيرا.... الخ".

إذا غصب عصيرا فصار خمرا ضمن مثله، لتزيله بذلك منزلة التلف،
لخروجه عن أهلية الملك. فإن لم يدفع إليه العوض حتى صار خلا في يد
الغاصب عاد إلى ملك مالكة، لأن المانع كان هو الخمرية وقد زالت وإن حدث له
صورة أخرى.

ثم ينظر إن نقصت قيمة الخل عن قيمة العصير ضمن الأرش. ويخالف هذا
ما إذا غصبه خمرا غير محترمة فتخللت في يده، فإنه لا يجب عليه رد الخل.

(١) في "د، ط. خ، م": للحاكم.

(٢) في "ذ، د، ل، م": يقول.

والفرق: أن العصير كان مملوكا 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 ملكا جديدا لمن هي في يده إن نوى بإبقائها في يده التخليل، أو مباحا يستحقه من يسبق إلى أخذه.

ولو كان المغصوب خمرا متخذة للتخليل فتخللت في يد الغاصب فالأقوى وجوب ردها كالعصير، لكونها مستحقة لمن هي في يده بهذه النية، مع احتمال العدم، لعدم صلاحيتها للملك. وفائدة احترامها جواز إبقائها في يده، وعدم وجوب إراققتها. وقد تقدم البحث فيه في الرهن (١).

إذا تقرر ذلك، فعلى تقدير تخمر العصير في يد الغاصب لو اختار المالك تغريمه قبل انقلابها خلا فله ذلك، فإذا أخذ العوض فانقلبت خلا في يد الغاصب وجب رده وأخذ البدل، كما لو دفعه حيث لم يمكنه رد المغصوب لمانع آخر. مع احتمال استقرار ملك الغاصب عليه حينئذ، لخروجها عن أهلية الملك حين الخمرية، وبراءته منها بدفع البدل، وتخليلها أو جب حدوث ملكه لمن هي في يده.

ولو طلب المالك أخذها خمرا مع أخذ البدل، ففي [وجوب] (٢) إجابته إليه وجهان، من خروجها عن ملكه، ومن ثم وجب البدل تاما، ومن بقاء الأولوية، لا يمكن إرادته التخليل، ومن ثم عاد ملكه إليها قبل دفع البدل. وهذا أقوى، إلا أن يعلم من حاله أنه يتخذها للشرب، لزوال حقه حينئذ، وكون إعادتها إليه تعاونا على الإثم والعدوان.

(١) في ج ٤ : ٦٩ .

(٢) من الحجريتين .

السابعة: لو غصب أرضاً، فزرعها أو غرسها، فالزرع ونماؤه للزرع، وعليه أجرة الأرض، وإزالة غرسه وزرعه، وطم الحفر، وأرث الأرض إن نقصت.

ولو بذل صاحب الأرض قيمة الغرس، لم يجب على الغاصب إجابته. وكذا لو بذل الغاصب لم يجب على صاحب الأرض قبوله، ولو هبة.

ثم على تقدير إعادتها إليه مع البذل فصارت خلا في يد المالك، ففي وجوب رد المثل إلى الغاصب وجهان، من أنه أخذه للحيلولة بينه وبين مالكة وقد زالت بعود ملكه إليه فيجب الرد، ومن أن هذا ملك متجدد، لأن العصير لما صار خمرا صار تالفا فوجب بدله.

والأقوى الأول، لأن الأصل ماله، وإنما حدث له مانع الخمرية فإذا زال المانع عاد الملك ولم يبطل حقه منه رأساً، وإنما زال الملك بالفعل وبقي بالقوة القريبة منه. ولا بد من مراعاة الأرش على تقدير نقصه حيث لا يجمع بينه وبين البذل.

قوله: " لو غصب أرضاً فزرعها..... الخ "

إذا زرع الغاصب الأرض المغصوبة أو غرس فيها غراساً فنماؤه له تبعاً للأصل، ولا يملكه المالك على أصح القولين.

وقال ابن الجنيدي (١): يتخير المغصوب منه بين أن يدفع إلى الغاصب نفقته على العين التي يحدثها ويأخذها، وبين أن يتركها له. واستند في ذلك إلى رواية رواها عن النبي صلى الله عليه وآله: " من زرع في أرض قوم بغير إذنه فله

(١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٥٨ - ٤٥٩.

نفقته، وليس له من الزرع شيء " (١).

والرواية لم تثبت صحتها. وتملك مال الغير بغير اختياره (٢) يتوقف على دليل ناقل عن حكم الأصل، وعموم: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه " (٣).

نعم، لمالك الأرض إزالة الغرس والزرع وإن لم يبلغ أوانه ولم ينتفع به، بأن يكلفه القلع أو يقلعه بنفسه مع امتناعه، لقوله صلى الله عليه وآله: " ليس لعرق ظالم حق " (٤). خلافا لبعض العامة (٥) حيث منع من قلع الزرع مجانا، لأن له غاية تنتظر، وحكم بتخير المالك بين أن يقيه بأجرة، وبين أن يتملكه ويغرم مثل البذر وأجرة عمله. وهو قريب من قول ابن الجنييد. ولو أراد الغاصب القلع لم يكن للمالك منعه، لأنه عين ماله. وإذا قلع فعليه الأجرة وتسوية الحفر وأرث الأرض إن نقصت. ولا يدخل الأرث في الأجرة. ولا يجب على أحدهما إجابة الآخر إلى تملك ما يملكه بعوض ولا غيره، للأصل، خلافا لمن أشرنا إليه.

- (١) سنن ابن ماجه ٢: ٨٢٤ ح ٢٤٦٦، سنن أبي داود ٣: ٢٦١ ح ٣٤٠٣ سنن الترمذي ٣: ٦٤٨ ح ١٣٦٦، سنن البيهقي ٦: ١٣٦.
- (٢) في الحجريتين: إذنه.
- (٣) الكافي ٧: ٢٧٣ ح ١٢، الفقيه ٤: ٦٦ ح ١٩٥، الوسائل ٣: ٤٢٤ ب " ٣ " من أبواب مكان المصلي ح ١، وانظر مسند أحمد ٥: ٧٢، سنن الدارقطني ٣: ٢٦ ح ٩١، سنن البيهقي ٦: ١٠٠.
- (٤) المجازات النبوية: ٢٥٥ رقم (٢٠١)، عوالي اللئالي ٣: ٤٨٠ ح ٢، مسند أحمد ٥: ٣٢٧، سنن أبي داود ٣: ١٧٨ ح ٣٠٧٣. سنن الترمذي ٣: ٦٦٢ ح ١٣٧٨، سنن البيهقي (٥) انظر الكافي في فقه أهل المدينة ٢: ٨٤٧، بداية المجتهد ٢: ٣٢٢، فقد ذكر فيهما ما يشبه التفصيل المذكور في المتن.

ولو حفر الغاصب في الأرض بئرا كان عليه طمها. وهل له طمها مع كراهية المالك؟ قيل: نعم، تحفظا من درك التردي. ولو قيل: للمالك منعه، كان حسنا، والضمان يسقط عنه برضا المالك باستبقائها.

الثامنة: إذا حصلت دابة في دار لا تخرج إلا بهدم، فإن كان حصولها بسبب من صاحب الدار، الهدم والاخراج، ولا ضمان على صاحب الدابة. وإن كان من صاحب الدابة ضمن الهدم. وكذا إن لم يكن من أحدهما تفريط ضمن صاحب الدابة الهدم، لأنه لمصلحته.

ولو كان الغاصب قد جمع بين غصب الأرض والبذر ولو من مالك واحد، فللمالك أن يكلفه القلع ويغرمه أرش النقصان، لكن هنا ليس للغاصب قلعه إذا رضي المالك. وكذا الغرس.

قوله: " ولو حفر الغاصب.... الخ "

القول للشيخ (١) - رحمه الله - معللا بما ذكره. والأقوى ما اختاره المصنف من عدم جواز طمها مع نهي المالك، بل ولا يجوز بدون إذنه، لأنه تصرف في مال الغير عدوانا. ودرك التردي يزول بنهي المالك له عن طمها، لسقوط العدوان بذلك. وحينئذ فيستأذن المالك في الطم، فإذا أذن له فعل وزال الدرك، وإن نهاه زال المانع. ولو تعذر استيذان المالك - لغيبة ونحوها - جاز له طمها تحرزا من الدرك المذكور.

قوله: " إذا حصلت دابة.... الخ "

لا إشكال في ضمان المفريط منهما، أما صاحب الدار بأن (٢) غصب الدابة

(١) المبسوط ٣: ٧٣.

(٢) كذا في " د، و، ط"، وفي سائر النسخ: فأن.

ولو أدخلت دابة رأسها في قدر، وافتقر إخراجها إلى كسر القدر، فإن كانت يد مالك الدابة عليها، أو فرط في حفظها، ضمن. وإن لم يكن يده عليها، وكان صاحب القدر مفرطاً، مثل أن يجعل قدره في الطريق، كسرت القدر عنها، ولا ضمان في الكسر. وإن لم يكن من أحدهما تفريط، ولم يكن المالك معها، وكانت القدر في ملك صاحبها، كسرت، وضمن صاحب الدابة، لأن ذلك لمصلحته.

وأدخلها داره، أو صاحب الدابة بأن أدخلها بغير إذن صاحب الدار، فتهدم مجاناً في الأول، ويغرم أرش النقص في الثاني.

وإنما الكلام فيما إذا لم يكن من أحدهما تفريط، بأن أدخلها بإذنه، أو دخلت بنفسها من غير أن يكون مالكها فرط في إرسالها. والمشهور حينئذ أن الضمان على صاحب الدابة، لأنه لتخليص ماله.

ويشكل بأن التخليص والمصلحة قد تكون مشتركة بينهما، بل هو الأغلب، وقد تكون مختصة بصاحب الدار، بأن لا يكون لصاحب الدابة حاجة إلى إخراجها، لصغرها أو عدم صلاحيتها للانتفاع بوجه من الوجوه، وصاحب الدار يحتاج إليها في موضع الدابة عاجلاً، والفرض انتفاء التفريط.

نعم، لو خيف هلاك الدابة بدون الإخراج اتجه وجوبه، لحرمة الروح. ومع ذلك ففي اقتضاء ذلك ضمان صاحب الدابة نظر.

قوله: " ولو أدخلت الدابة رأسها..... أخ "

الحكم هنا في اعتبار التفريط وعدمه وضمن المفراط كالسابقة. والمراد بضمن صاحب الدابة على تقدير تفريطه ضمان القيمة إن لم يكن لمكسور القدر قيمة، وضمن الأرش إن كان لمكسوره قيمة.

والاشكال مع عدم التفريط في ضمان صاحب الدابة كما مر، لأن المصلحة قد تكون مشتركة، وقد تكون مختصة بصاحب القدر، أو غالبية، خصوصا 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 زيادة عن قيمة دابته بعيد. وأيضا فقد تكون مأكولة اللحم فلا يفوت عليه بذبحها ما يقابل القدر أو ما يفوت منها. وكون المقصود خلاص الحيوان لأنه ذو روح لا يتم مطلقا، لأنه على تقدير صلاحيته للذبح لا يتعين تخليصه ببقائه، فيكون حكمه حكم القدر مع اشتراكهما في عدم التفريط. واحتمل في الدروس (٢) ذبح الدابة مع كون كسر القدر أكثر ضررا من قيمة الدابة أو أرشها، ترجيحاً لأخف الضررين. وبالجملة فحكم المسألة مع انتفاء التفريط مشكل، وإن كان المشهور ما ذكره المصنف رحمه الله.

واعلم أن عطف المصنف قوله: " ولم يكن المالك معها " على ما إذا " لم يكن من أحدهما تفريط " غير جيد، لأن عدم كون المالك معها قد يكون من موجبات عدم التفريط وقد يجمع التفريط. وكذا قوله: " وكانت القدر في ملك صاحبها " فإنه من أمثلة عدم التفريط، فعطفه عليه المقتضي للمغايرة وكونه شرطا آخر مع عدم التفريط ليس بجيد. وكان حقهما أن يكونا مثالين لعدم التفريط. ولو جعل الواو للحال قرب من المقصود، وإن كان لا يخلو من قصور في الجملة

(١) في " ذ، و، خ ": وإلزام.

(٢) الدروس الشرعية ٣: ١١٠.

التاسعة: قال الشيخ - رحمه الله - في المبسوط: إذا خشى على حائط جاز أن يسند بجذع، بغير إذن مالك الجذع. مدعيا الاجماع. وفي دعوى الاجماع نظر.

أيضا

ثم إن ذكر هذين الفرعين في الغصب استطراد. ولو فرض وقوع الفعل من الغاصب لكان الضمان عليه.

قوله: " قال الشيخ في المبسوط..... الخ "

هذا الحكم ذكره الشيخ (١) كذلك مطلقا. وهو يتم على تقدير الخوف من وقوعه على نفس محترمة بحيث لا يندفع بدونه، لجواز إتلاف مال الغير لحفظ النفس في إتلاف منفعته أولى. أما بدون ذلك فالمنع أوضح (٢)، للمنع من التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلا وشرعا.

وأما دعواه الاجماع على الحكم فلو تم كان هو الحجة، لكن لا يعلم له موافق عليه فضلا عن كونه إجماعا، وإن وافقه موافق من المتأخرين - كما يظهر من الشهيد في الدروس (٣) - فهو شبيه الاجماع المنقول بخبر الواحد، ولا أثر له في ذلك، لأن المعتمد إجماع من في عصره ومن قبله، وهو منتف، خصوصا على وجه يصير حجة كما أشرنا إليه مرارا.

(١) المبسوط ٣: ٨٦.

(٢) في " د " : واضح.

(٣) الدروس الشرعية ٣: ١٠٩.

العاشرة: إذا جنى العبد المغصوب عمدا فقتل ضمن الغاصب قيمته. وإن طلب ولي الدم الدية لزم الغاصب أقل الأمرين من قيمته ودية الجناية.

وإن أوجبت قصاصا فيما دون النفس، فاقصص منه، ضمن الغاصب الأرش. وإن عفا على مال، ضمن الغاصب أقل الأمرين.

قوله: " إذا جنى العبد المغصوب..... الخ "

لما كان المغصوب مضمونا على الغاصب بجملته وأبعاضه، سواء فرط فيه أم لا، فقتله بسبب الجناية أو قطع شئ من أطرافه ونحو ذلك من جملة النقصان الحادث عليه، فيكون مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم التلف أو بأعلى القيم، كما لو تلف بأفة سماوية.

ولو كانت الجناية توجب مالا، وطلب ولي الدم المال، وجب على الغاصب فكه بالفداء، كما يجب عليه تحصيله ودفعه إلى المالك، وما يتوقف عليه تسليمه من باب مقدمة الواجب.

وبم (١) يفديه؟ بأرش الجناية بالغا ما بلع حيث لا يرضى المجني عليه عمدا بدونه، أم بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد؟ فيه وجهان أشهرهما الثاني، لأن ذلك هو الواجب على المولى، والجاني لا يجني على أكثر من نفسه. ووجه الأول: أن الواجب في العمد القصاص، فرضا المجني عليه أو وليه بالمال مع قدرة الغاصب عليه يكون مقدمة لوجوب رده إلى مالكه، مع توقف الرد على مؤونة تزيد عن قيمته، فإنها واجبة على الغاصب في غير الجناية فكذا فيها، لاشتراكهما في المقتضي. وإنما يتعين ضمان الغاصب أقل الأمرين - كما أطلقه

(١) في " م ": وهل.

المصنف - على تقدير عفو الولي على مال مطلق، فإنه يلزم الغاصب حينئذ ما يلزم المالك، وهو أقل الأمرين من أرش الجناية وقيمة العبد. وكذا الحكم لو ارتد أو سرق في يد الغاصب ثم قتل أو قطع. ولا فرق بين استيفاء حق الجناية منه بعد رده وقبله إذا كان السبب حاصلًا وقت الغصب.

ولو انعكس ففي ضمان الغاصب وجهان، من حصول التلف أو النقص في يده، ومن سبق سببه على الغصب، والاتلاف مستند إليه، فلا يكون مضمونا عليه. والأقوى ضمان الغاصب قيمة عبد مستحق القتل أو القطع، لأنه غصبه كذلك.

إذا تقرر ذلك، فالعبد الجاني في يد الغاصب إما أن يدفعه إلى المالك بعد فكه من الجناية، أو قبله، أو لا يدفعه بل يتلف في يده.

فإن فكه من الجناية ثم دفعه إلى مالكة فقد برئ من الحقين.

وإن دفعه إلى المالك قبل دفع الجناية، وكانت الجناية متعلقة بنفسه، فللمجني عليه استيفاؤها، فيرجع المالك بقيمته إن قتل أو بأرشه إن نقص على الغاصب، لأنه رده بعيب مضمون عليه.

وإن تلف في يده قبل إيفاء حق الجناية فللمالك عليه القيمة أو الأقصى على ما مر (١). فإذا أخذها فللمجني عليه أن يغرّم الغاصب وإن تعلق بالقيمة التي أخذها المالك، لأن حقه كان متعلقًا بالرقبة فيتعلق ببذلها، كالعين المرهونة إذا أتلّفها متلف، فإن الرهن يتوثق ببذلها.

ويحتمل اختصاص المالك بما أخذ، والمجني عليه يطالب الغاصب، كما

(١) في الصفحة السابقة.

الحادية عشرة: إذا نقل المغصوب إلى غير بلد الغصب، لزمه إعادته. ولو طلب المالك الأجرة عن إعادته، لم يلزم الغاصب، لأن الحق هو النقل. ولو رضي المالك به هناك، لم يكن للغاصب قهره على الإعادة.

أن المجني عليه لو أخذ أرش الجناية لم يكن للمالك التعلق به، فهما كرجلين لكل واحد منهما دين على ثالث.

والأصح الأول. فإذا أخذ المجني عليه حقه من تلك القيمة رجع المالك بما أخذه على الغاصب، لأنه لم يسلم له، بل أخذ منه بجناية مضمونة على الغاصب. ثم الذي يأخذه المجني عليه قد يكون كل القيمة، بأن كان الأرش بقدرها، وقد يكون بعضها، بأن كانت القيمة ألفا والأرش خمسمائة. فإذا أخذ المجني عليه الأرش رجع المالك به خاصة، لأن الباقي قد سلم له. وكذا لو كان العبد يساوي ألفا فرجع بانخفاض السوق إلى خمسمائة، ثم جنى ومات عند الغاصب، وأوجبنا للمالك أقصى القيم، فليس للمجني عليه إلا خمسمائة وإن كان أرش الجناية ألفا، لأنه ليس عليه إلا قدر قيمته يوم الجناية. قوله: " إذا نقل المغصوب..... الخ "

إذا نقل الغاصب المغصوب إلى غير المكان الذي غصبه منه وجب عليه رده إليه إن كان مالكة [يطالب] (١) به بغير إشكال، لأن الرد مقدمة الواجب. وإن أمكن إيصاله إلى مالكة بغيره تخير المالك بين أن يقبضه حيث يدفعه إليه، وبين أن يأمره برده إلى مكانه الأول، لأنه عاد بنقله الأول، فكان عليه الرد حيث يطلبه المالك. وله أن يأمره برده إلى بعض المسافة التي نقله فيها بطريق أولى. وليس

(١) من الحجريتين.

النوع الثاني: في مسائل التنازع وهي ست:

الأولى: إذا تلف المغصوب، واختلفا في القيمة، فالقول قول المالك مع يمينه. وهو قول الأكثر. وقيل: القول قول الغاصب. وهو أشبه. أما لو ادعى ما يعلم كذبه فيه، مثل أن يقول: ثمن الجارية حبة أو درهم، لم يقبل.

للغاصب حينئذ مجاوزة مطلوب المالك حيث يكون هو الحق أو بعضه. أما الأول فواضح. وأما الثاني فلأنه يكون حينئذ قد رضي ببعض حقه. وحيث يرضى المالك ببقائه دون المكان الأول ليس للغاصب الزيادة عليه، لأنه تصرف في المغصوب بغير إذن المالك. فلو تجاوز به المأذون فللمالك إلزامه بإعادته، لتعديده في النقل كأصله. ولا يخفى أن حق المالك على تقدير النقل إنما هو في الرد، لا في مؤونته خاصة، فلو طلب الأجرة على نقله لم يجب على الغاصب القبول، لأنه خلاف حقه. ولا فرق في هذا الحكم بين كون المغصوب مالا صامتا أو ناطقا. وفي معناه ما لو نقل حرا صغيرا أو كبيرا بالقهر من موضع إلى موضع، واحتاج عوده إلى مؤونة. فهو على الناقل، لتعديده. ولو لم يكن للمنقول غرض في الرجوع إلى الموضع الأول فلا شيء عليه. قوله: " إذا تلف المغصوب..... الخ ". القول بتقديم قول المالك للشيخ في النهاية (١) والمقنعة (٢)، لجناية الغاصب

(١) النهاية: ٤٠٢.

(٢) المقنعة: ٦٠٧.

الثانية: إذا تلف وادعى المالك صفة يزيد بها الثمن، كعرفة الصنعة، فالقول قول الغاصب مع يمينه، لأن الأصل يشهد له. أما لو ادعى الغاصب عيباً، كالعور وشبهه، وأنكر المالك، فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل الصحة، سواء كان المغصوب موجوداً أو معدوماً.

فيلغو قوله. والأقوى ما اختاره المصنف - رحمه الله - من تقديم قول الغاصب، وهو اختيار الشيخ في المبسوط (١) والخلاف (٢) وابن إدريس (٣) و [أكثر] (٤) المتأخرين، لأنه منكر وغارم، ولأصالة عدم الزيادة. هذا إذا ادعى ما يحتمل كونه قيمة المغصوب ولو نادراً. أما لو ادعى ما يعلم كذبه عادة لم يقبل، وطولب بجواب آخر محتمل فيقبل منه، وهلم جرا. ويحتمل إلغاء قوله حين يدعي القيمة الكاذبة، والرجوع إلى المالك حينئذ. والأقوى الأول، وبه صرح في التحرير، طرداً للقاعدة. ولا يلزم من إلغاء قوله المخصوص لعارض كذبه إلغاء قوله مطلقاً حيث يوافق الأصل. قوله: " إذا تلف وادعى المالك..... الخ "

وجه تقديم قول الغاصب في الأول والمالك في الثاني موافقة قولهما الأصل في ذلك، فإن الأصل عدم تعلم الصنعة التي لم تكن موجودة في أصل الخلق، والأصل سلامته من العيوب الخارجة عن أصل الخلق. والحكم في الأصل الأول واضح. وأما الثاني، فإن كان العيب حادثاً طارئاً

(١) المبسوط ٣: ٧٥.

(٢) نسبه إلى خلافه العلامة في المختلف: ٤٥٨، ولم نجده فيه.

(٣) السرائر ٢: ٤٩٠.

(٤) من " د، و، م "

على أصل الخلقة - كالعور وقطع اليد - فالأمر فيه كالأول، لأن الأصل عدم عروض العيب بعد ثبوت كون الخلقة في الأصل تامة. ولا تعارضه أصالة براءة ذمة الغاصب من الزائد، لأن هذا الأصل متأخر عن ذلك الأصل ومناف له فلا يلتفت إليه.

وإن كان العيب الذي يدعيه أصليا في الخلقة، بأن ادعى أنه أكمه أو ولد أعرج أو عديم اليد، لم يتم الأصل فيه إلا بمعنى الأمر الغالب، فإن السلامة في الخلقة غالبية، وتعارضه أصالة العدم، وبرائة ذمة الغاصب مما يقابله. ولكن المشهور قبول قول المالك هنا أيضا.

وكلام المصنف لا يأبى إرادة الأول، لأنه مثل العيب بالعور وشبهه، وهو يقتضي كون النزاع في الطارئ.

ونبه بقوله: " سواء كان المغصوب موجودا أو معدوما " على خلاف الشيخ (١) حيث فرق بين الأمرين، وقدم قول الغاصب لو كان المغصوب موجودا والعيب موجودا (٢) فيه، فقال: غصبته هكذا، وقال المالك: بل حدث عندك محتجا بأن الأصل براءة ذمته، وعدم وضع يده على تلك الصفة، بخلاف ما إذا كان معدوما فادعى كونه [كان] (٣) معيبا، لأن الأصل السلامة، ولم يعلم وجود العيب. والأصح التسوية بين الأمرين، وتقديم قول المالك فيهما، لأصالة السلامة، وعدم تقدم العيب على تقدير كونه موجودا.

(١) المبسوط ٣: ١٠٤.

(٢) في " د " : موجود.

(٣) من " ذ، د، ل، ط " .

الثالثة: إذا باع الغاصب شيئاً، ثم انتقل إليه بسبب صحيح، فقال للمشتري: يمتلك ما لا أملك، وأقام بينة، هل تسمع بينته؟ قيل: لا، لأنه مكذب لها بمباشرة البيع. وقيل: إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم إليه من الألفاظ ما يتضمن ادعاء الملكية قبل، وإلا ردت.

قوله: " إذا باع الغاصب شيئاً.... الخ "

إذا باع الغاصب شيئاً ثم انتقل إليه بسبب صحيح كالشراء والإرث، ولم يكن المشتري عالماً بكونه غاصباً، فقال للمشتري: بعثك ما لا أملك (١) حال البيع فالشراء فاسد، وأقام بينة بذلك، وادعى المشتري صحته تعويلاً على ظاهر الحال من أنه مالك، أو لم يدع شيئاً واكتفى بقبول (٢) دعوى المدعي وعدمه، فهل تسمع الدعوى والبينه (٣)؟ قيل: لا، لمنافاتها ما دل عليه البيع من كونه مالكا، وهو مكذب لها بمباشرة البيع الدال على كونه ملكه.

ويضعف 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 الفضولي صحيح في الجملة.

وعلى هذا فمطلق البيع لا يقتضي تكذيب البينة، لا مكان صدقه في البيع وصدقها في عدم ملكية المبيع حالته. ومن ثم فصل آخرون فقالوا: إنه إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم إليه حالته من الألفاظ ما يدل على كونه مالكا سمعت دعواه وقبلت بينته، لعدم المنافاة كما قررناه، فإن البيع بمجرد لا يقتضي

(١) في " د، ط، م ": أملكه.

(٢) في " خ ": بقول.

(٣) في " ط، ل ": أو البينة.

الملكية (١)، بل هو أعم من بيع الفضولي وغيره، والعام لا يقتضي فردا بخصوصه. وإن ضم إليه ما يدل 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 ولا بينته، لتكذيبه إياها. وهذا التفصيل حسن، وهو الأقوى. ولا يرد على القسم الأول كون إطلاق البيع منزلا على ما يملكه البائع، ومن ثم لو باع مالك النصف مشاعا النصف انصرف إلى نصيبه، ولم ينزل [ذلك] (٢) على الإشاعة، ولو كان أعم لنزل عليها. لمنع تنزيهه عليها على ذلك التقدير، وغايته أن يكون مشتركا بين بيع مال غيره وماله، والمشترك يحمل على بعض أفراده بالقرينة، وهي هنا موجودة، فإن الظاهر الغالب [هو] (٣) كون الانسان لا يبيع مال غيره بل مال نفسه. فإذا أمكن حمل البيع على ملك نفسه لم يحمل على ملك غيره لهذه القرينة الظاهرة والعرف المطرد، بخلاف ما إذا باع الانسان مال غيره الذي لا يتصور ملك البائع له حالة البيع، فإنه لا نفوذ له إلا في ملك الغير، لعدم إمكان غيره، فكان ذلك هو المخصص لهذا الفرد. وإطلاق البيع على هذا الفرد أمر شائع في السنة الفقهاء وغيرهم لا سبيل إلى إنكاره، فيكون حقيقة فيه وإن لم يحمل إطلاقه عليه، لما ذكرناه من الاشتراك المانع منه بدون القرينة. فلا يلزم من عدم حمل إطلاق البيع في صورة الفرض على الإشاعة كون بيع مال الغير ليس بحقيقي.

(١) في " ط " : الملكية.

(٢) من " ل " .

(٣) من " و " .

الرابعة: إذا مات العبد فقال الغاصب: رددته قبل موته، وقال المالك: بعد موته، فالقول قول المالك مع يمينه. وقال في الخلاف (١): ولو عملنا في هذه بالقرعة كان جائزا.

قوله: " إذا مات العبد..... الخ "

إذا ادعى الغاصب رد العبد قبل موته وعكس المالك فقد تعارض هنا الأصلان، لأن كل واحد من الموت والرد حادث والأصل عدم تقدمه، لكن ذلك يقتضي ترجيح جانب المالك، لأن التعارض المذكور يكون في قوة اقترانهما، وذلك غير كاف في براءة ذمة الغاصب منه، لأن براءته متوقفة على تسليمه حيا سليما وهو منتف هنا، فتقديم المالك ليس من جهة ترجيح أصله بل من الجهة التي أشرنا إليها. ويزيد أيضا أن معه أصالة بقاء الضمان واستحقاق المطالبة.

والشيخ - رحمه الله - في الخلاف نظر إلى تعارض الأصلين وعدم الترجيح، وذلك يقتضي الاشكال، والقرعة لكل أمر مشكل. ويشكل بأنه لا إشكال على ما حققناه.

وفي الدروس (٢) مال إلى قول الخلاف، لكن ظاهره أنه مع تعارض البينتين. وكلاهما مشكل. أما الأول فلما ذكرناه. وأما الثاني فلأنه مع التعارض إن قدم بينة الداخل - وهو الذي قدم قوله - فهو المالك، أو الآخر فهو الغاصب. والأقوى تقديم المالك مطلقا.

(١) الخلاف ٣: ٤١٨ مسألة (٣٤).

(٢) الدروس الشرعية ٣: ١١٧.

الخامسة: إذا اختلفا في تلف المغصوب، فالقول قول الغاصب مع يمينه، فإذا حلف طالبه المالك بالقيمة، لتعذر العين.

قوله: " إذا اختلفا في تلف المغصوب..... الخ ".
إنما كان القول قول الغاصب في تلف العين - مع أن الأصل يقتضي بقاءها،
فقوله مخالف للأصل - لأنه قد يكون صادقا ولا بينة له، فلو لم يقبل قوله لزم
تكليف ما لا يطاق أو تخليده الحبس، لأنه إن كلف بالعين مع كونها تالفة في
نفس الأمر لزم الأول، وإذا لم يسلمها يلزم أن يخلد الحبس، وذلك محال وضرر
وخرج منفيان (١).

ولا يرد مثله فيما لو أقام المالك البينة ببقاء العين، فإنه حينئذ يكلف
بردها، ويحبس بالتأخير، مع إمكان صدقه، إذ البينة ببقائها لا يقتضي المطابقة
في نفس الأمر.

لأنه يمكن الفرق هنا بأن بقاءها ثابت شرعا، وظاهر الحال يقتضي صدق
البينة فيه فيجوز [فيه] (٢) البناء على هذا الظاهر، وإهانتته بالضرب (٣) والحبس 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 والأصوليين، فلا يناسبها التضييق بالعقوبة ونحوها.
وفي قول المصنف: " طالبه المالك بالقيمة، لتعذر العين " جواب عن قول

(١) الحج: ٧٨، وانظر 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) من الحجريتين.

(٣) في " ط، خ. م " بالضرر.

السادسة: إذا اختلفا فيما على العبد، من ثوب أو خاتم، فالقول قول الغاصب مع يمينه، لأن يده على الجميع.

بعض (١) العامة بأن المالك ليس له أن يطالب بالقيمة، لأنه يزعم بقاء العين فلا يستحق بدلها.

ومحصل الجواب: أن الانتقال إلى البدل قد يكون لتلف العين، وقد يكون لتعذر ردها وإن كانت باقية كما مر (٢)، والأمر هنا من هذا القبيل، فيستحق المالك البدل للحيلولة بتعذر العين، وإن قطع ببقائها فضلا عن دعوى البقاء ظاهرا، فإذا ثبت باليمين تلفها فالعجز أظهر، واستحقاق البدل متعين. قوله: " إذا اختلفا فيما على العبد..... الخ "

المراد يده حالة الغصب، فيكون قوله مقديما. ولا يعارضه سبق يد المالك، لأن يد الغاصب طارئة ناسخة للسابق. ويدل على ترجيحها على يد المالك الحكم بضمانه لعينه ومنفعته، وذلك فرع إثبات اليد.

(١) انظر الحاوي الكبير ٧: ١٧٨، حلية العلماء ٥: ٢٥٥، المغني لابن قدامة ٥: ٤٣٨ - ٤٣٩.
(٢) في ص: ٢٠٠.

كتاب الشفعة
وهي: استحقاق أحد الشريكين حصة شريكه، بسبب انتقالها
بالبيع.
كتاب الشفعة

قوله: " كتاب الشفعة وهي استحقاق..... الخ ".
الشفعة مأخوذة من قولك: شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفعا به، كأن الشفيع
يجعل نصيبه شفعا بنصيب صاحبه. ويقال: أصل الكلمة التقوية والإعانة، ومنه
الشفاعة والشفيع، لأن كل واحد من الوترين يتقوى بالآخر، ومنه شاة شافع للتي
ولدها معها، لتقويها به.
وقد عرفها المصنف بأنها: استحقاق أحد الشريكين حصة شريكه
بسبب انتقالها بالبيع. فالاستحقاق بمنزلة الجنس يدخل فيه استحقاق الشخص
مال آخر بالإرث، والاستحقاق بالحيازة والاحياء وغيرها. وبقيد المستحق
بكونه أحد الشريكين خرج منه استحقاق من ليس بشريك ولو بحصة آخر ببيع
وغيره. وخرج بقيد انتقالها بالبيع ما إذا استحق أحد الشريكين حصة الآخر
بهبة وغيرها.

وينتقض في طرده بما لو باع أحد الشريكين حصته للآخر، فإنه يصدق
عليه أن المشتري قد استحق حصة شريكه الآخر بسبب انتقالها بالبيع. ولا عذر
في أن الشريك بعد بيع حصته ليس بشريك، لمنع زوال اسم الشريك عنه، بناء
على أنه لا يشترط في صدق المشتق حقيقة بقاء المعنى المشتق منه. ولا مخلص

من ذلك إلا بالتزام كونه حينئذ مجازاً كما يقوله بعض الأصوليين (١)، لكن الأصحاب لا يقولون به. وعلى هذا، فتصدق الشركة بعد المقاسمة، ويلزم ثبوت الشفعة لأحد الشريكين المتقاسمين حصة الآخر إذا باعها لغيره، وهم لا يقولون به.

وتصدق مع تكثر (٢) الشركاء إذا كانوا ثلاثة فباع أحدهم لأحد الآخرين، فإنه حينئذ يصدق بقاء شريكين قد انتقلت الحصة المستحقة بالبيع إلى أحدهما من شريكه. إلا أن يقال هنا: إن الشريك لم يستحق حصة شريكه، بل بعض حصته وهي المنتقلة بالبيع، دون باقي حصته وهي حصة الشريك الآخر، حيث إن شريكه يشمل الشريكين، بناء على أن المفرد المضاف يفيد العموم، فلم يتحقق استحقاقه حصة شريكه. ويؤيد هذا أن الحصة وإن كانت صادقة ببعض ما يستحقه الشريك - كما يقال باع حصة من نصيبه وإن قلت - إلا أنه بإضافتها إلى الشريك تناولت جميع حصته بناء على القاعدة المذكورة، وقد أشرنا إليها فيما سبق (٣).

ولا مخلص من هذه المضايقات إلا بدعوى كون الشريك بعد انتقال حصته لم يبق شريكاً عرفياً. والاستحقاق بسبب بيع (٤) أحد الشريكين الآخر لا يتحقق إلا بعد تمام البيع، ومعه تزول الشركة عرفياً وإن صدقت لغة.

(١) البحر المحيط ٢: ٩١.

(٢) في "د، م": كثرة.

(٣) في هامش "ذ، و": "في كتاب الأطعمة في البحث عن طعام الذين أوتوا الكتاب. منه قدس سره". لم نجده في كتاب الأطعمة. نعم، ذكره في كتاب الذبابة، انظر ج ١١: ٤٥٩ و ٤٦٢.

(٤) في "ذ، ل، خ": يمنع.

والنظر في ذلك يعتمد خمسة مقاصد:

الأول: ما تثبت فيه الشفعة.

وتثبت في الأرضين: كالمساكن، والعراض، والبساتين، إجماعاً.

وهل تثبت فيما ينقل، كالثياب والآلات والسفن والحيوان؟

قيل: نعم، دفعا لكلفة القسمة، واستناداً إلى رواية يونس، عن

بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام.

وقيل: لا، اقتصاراً في التسلط على مال المسلم بموضع الاجتماع،

واستضعافاً للرواية المشار إليها. وهو أشبه.

قوله: " وتثبت في الأرضين..... الخ "

اختلف الأصحاب في محل الشفعة من الأموال - بعد اتفاقهم على ثبوتها

في العقار الثابت القابل للقسمة، كالأرض والبساتين - على أقوال كثيرة،

ومنشؤها اختلاف الروايات.

فذهب أكثر المتقدمين وجماعة من المتأخرين - منهم الشيخان (١)

والمرتضى (٢) وابن الجنيد (٣) وأبو الصلاح (٤) وابن إدريس (٥) - إلى ثبوتها في كل

مبيع، منقولاً كان أم لا، قابلاً للقسمة أم لا. ومال إليه الشهيد في الدروس (٦)

(١) المقنعة ٦١٨ و ٦١٩، النهاية: ٤٢٣ - ٤٢٤ " ولكنه نفى الشفعة فيما لا يصح قسمته.

(٢) الإنتصار: ٢١٥.

(٣) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٤٠٢.

(٤) الكافي في الفقه: ٣٦٢.

(٥) السرائر ٢: ٣٨٩.

(٦) الدروس الشرعية ٣: ٣٥٦.

ونفى عنه البعد. وقيده آخرون (١) بالقابل للقسمة. وتجاوز آخرون بثبوتها في المقسوم أيضا، اختاره ابن أبي عقيل (٢).
واقتصر أكثر المتأخرين (٣) على ما اختاره المصنف - رحمه الله - من اختصاصها بغير المنقول عادة مما يقبل القسمة، مستندين:
إلى أصالة عدم تسلط المسلم على مال المسلم إلا بطيب نفس منه، إلا ما وقع الاتفاق عليه.
ورواية جابر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " لا شفعة إلا في ربع أو حائط " (٤).
وقوله صلى الله عليه وآله: " الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وضربت الطرق فلا شفعة " (٥). وظاهره أنه لا شفعة إلا فيما يقع فيه الحدود وتضرب له الطرق.
ورواية سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام أنه قال: " ليس في

(١) انظر النهاية: ٤٢٣ - ٤٢٤.

(٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٠٣.

(٣) إرشاد الأذهان ١: ٣٨٤، إيضاح الفوائد ٢: ١٩٧ - ١٩٨ و ١٩٩، جامع المقاصد ٦: ٣٤٤ و ٣٥٣.

(٤) عوالي اللآلي ٣: ٤٧٦ ح ٤، نصب الراية ٤: ١٧٨، تلخيص الحبير ٣: ٥٥ ح ١٢٧٤، وورد بلفظ آخر في سنن الدارمي ٢: ٢٧٤، سنن أبي داود ٣: ٢٨٥ ح ٣٥١٣. سنن الدارقطني ٤: ٢٢٤ ح ٧٦، سنن البيهقي ٦: ١٠٩.

(٥) عوالي اللآلي ٣: ٤٧٥ ح ٣، مسند أحمد ٣: ٢٩٦، صحيح البخاري ٣: ١١٤، سنن ابن ماجه ٢: ٨٣٤ ح ٢٤٩٩، سنن أبي داود ٣: ٢٨٥ ح ٣٥١٤، سنن الترمذي ٣: ٦٥٢ ح ١٣٧٠، سنن النسائي ٧: ٣٢١، تلخيص الحبير ٣: ٥٥ ح ١٢٧٥، سنن البيهقي ٦: ١٠٢. وفي المصادر: وصرفت الطرق.

الحيوان شفعة " (١).

ورواية السكوني عنه عليه السلام قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا شفعة في سفينة، ولا في نهر، ولا في طريق " (٢).

ورواية طلحة بن زيد عنه عليه السلام أن عليا عليه السلام قال: " لا شفعة إلا لشريك مقاسم " (٣).

والخبر الأول نص، والباقي يقتضي المنع من بعض ما ادعاه المعمم. وفي الجميع الاشتراك في عدم صحة السند، فإن الأولين عاميان، ولا يخفى ضعف سند الباقي.

واستند المعممون إلى ثبوت الشفعة للشريك إذا باع شريكه ما هو بينهما، مع عموم بعض الأخبار كقوله صلى الله عليه وآله: " الشفعة فيما لم يقسم " فالمنخصص لها بشئ دون شئ عليه الدليل.

ويدل عليه خصوص رواية يونس عن بعض رجاله عن الصادق عليه السلام قال: " سألته عن الشفعة لمن هي، وفي أي شئ هي، ولمن تصلح، وهل تكون في الحيوان شفعة؟ فقال: الشفعة جائزة في كل شئ من حيوان أو أرض أو متاع " (٤) الحديث.

(١) التهذيب ٧: ١٦٥ ح ٧٣٣، الوسائل ١٧: ٣٢٢ ب " ٧ " من أبواب الشفعة ح ٦.

(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 الشفعة ح ١.

(٣) الفقيه ٣: ٤٥ ح ١٥٧، التهذيب ٧: ١٦٧ ح ٧٤١، الوسائل ١٧: ٣١٧ ب " ٣ " من أبواب الشفعة ح ٧. وفي المصادر:.... غير مقاسم.

(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 الشفعة ح ٢.

أما الشجر والنخل والأبنية، فتثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض. ولو
أفرد بالبيع نزل على القولين.
ومن الأصحاب من أوجب الشفعة في العبد، دون غيره من
الحيوان.

وهذه الرواية ضعيفة أيضاً بالارسال. والاجماع على ثبوتها في الجملة لا
حجة فيه، وعلى العموم محل النزاع.
قوله: "أما الشجر والنخل والأبنية... الخ".

الشجر والأبنية إن بيعت مع الأرض التي هي فيها فلا إشكال في ثبوت
الشفعة فيها تبعاً للأرض، لدخولها في عموم النص (١) الوارد بثبوتها في الربع
والمساكن والدور ونحو ذلك.

وإن بيعت منفردة، أو منضمة إلى أرض أخرى غير ما هي فيها، بني ثبوت
الشفعة فيها وعدمه على القولين السابقين (٢)، فمن عمم أثبتها فيها بطريق أولى،
ومن خصص موردها بالأرضين والمساكن والبساتين لم يوجبها، لأنها لا تدخل
منفردة في أحدها، فإن المساكن اسم للمجموع المركب من الأرض والبناء، وكذا
البساتين بالنسبة إلى الشجرة. ولا ينفعها ضميتها إلى غير أرضها، لعدم التبعية،
وكونها جزءاً من مسماها.

ومستند القول بثبوتها في العبد دون غيره من الحيوان صحيحة الحلبي عن
الصادق عليه السلام قال: "في المملوك بين شركاء فبيع أحدهم نصيبه ويقول
صاحبه: أنا أحق به، أله ذلك؟ قال: نعم، إذا كان واحداً، فقليل له: في الحيوان

(١) راجع الوسائل ١٧: ٣١٩ ب " ٥ " من أبواب الشفعة.
(٢) انظر ص: ٢٦١ - ٢٦٢.

وفي ثبوتها في النهر والطريق والحمام وما يضر قسمته تردد، أشبهه أنها لا تثبت. ونعني بالضرر: أن لا ينتفع به بعد قسمته، فالمتضرر لا يجبر على القسمة.

شفعة؟ فقال: لا " (١). وهو خيرة العلامة في المختلف (٢). قوله: " وفي ثبوتها في النهر.... الخ ". اشتراط كونه مما يقبل القسمة الاجبارية هو المشهور خصوصا بين المتأخرين (٣). واحتجوا عليه برواية طلحة بن زيد المتقدمة (٤)، وبرواية السكوني (٥) أنه لا شفعة في السفينة والنهر والطريق. وليس المراد الواسعين اتفاقا، فيكون المراد الضيقين. ولا يخفى عليك ضعف هذه الأدلة، ومن ثم ذهب المرتضى (٦) وابن إدريس (٧) وجماعة (٨) إلى عدم اشتراطه، لعموم الأدلة الدالة (٩) على ثبوتها من غير تخصيص. ولأن المقتضي لثبوت الشفعة - وهو إزالة الضرر عن الشريك -

- (١) الكافي ٥: ٢١٠ ح ٥، التهذيب ٧: ١٦٦ ح ٧٣٥، الاستبصار ٣: ١١٦ ح ٤١٥، الوسائل ١٧: ٣٢١ ب " ٧ " من أبواب الشفعة ح ٣.
- (٢) المختلف: ٤٠٢.
- (٣) الجامع للشرائع: ٢٧٧، قواعد الأحكام ١: ٢٠٩ - ٢١٠، إيضاح الفوائد ٢: ١٩٩. التنقيح الرائع ٤: ٨٢، جامع المقاصد ٦: ٣٥٣.
- (٤) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٢٦٣ هامش (٢، ٣).
- (٥) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٢٦٣ هامش (٢، ٣).
- (٦) الإنتصار: ٢١٥.
- (٧) السرائر ٢: ٣٨٩.
- (٨) الكافي في الفقه: ٣٦٢، المقنعة: ٦١٨، غنية النزوع: ٢٣٦، إصباح الشيعة: ٢٥٥، وابن الجنيد حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٠٢.
- (٩) كرواية يونس المذكورة في ص: ٢٦٣.

قائم في غير المقسوم، بل هو أقوى، لأن [في] (١) المقسوم يمكن التخلص من ضرر الشريك بالقسمة، بخلاف غيره.

وأجيب (٢) بأنه ليس المراد من إزالة الضرر بالشفعة ما ذكره، بل إزالة ضرر طلب القسمة ومؤونها، وهو منتف في محل النزاع. ولا يخفى عليك ضعف هذا، وأي مؤونة للقسمة وضرر بذلك يقابل ضرر الشريك الذي لا وسيلة إلى التخلص منه؟

إذا تقرر ذلك، فالمراد من الضرر الرافع للاجبار على القسمة عند المصنف - رحمه الله - هو المبطل لمنفعة المال أصلاً على تقدير القسمة، بأن يخرج عن حد الانتفاع لضيقة (٣)، أو لقلّة النصيب، أو لأن أجزاءه غير منتفع بها، كالأمثلة المذكورة إذا كانت بالغة في الصغر هذا الحد، فلو بقي للسهم بعد القسمة نفع ما ثبتت الشفعة.

وللضرر تفسير آخر، وهو: أن تنقص القسمة قيمة المقسوم نقصاً فاحشاً. وثالث، وهو: أن تبطل منفعتة المقصودة منه قبل القسمة، وإن بقيت فيه منافع غيرها، كالحمام والرحى إذا خرجا بالقسمة عن صلاحية الانتفاع بهما في الغسل والطحن على الوجه الذي كان أولاً. وفي الوسط قوة. ومحل تحقيقه باب القسمة (٤)، وذكره هنا بالعرض.

(١) من هامش " و " بعنوان: ظاهراً.

(٢) انظر جامع المقاصد ٦: ٣٥٤.

(٣) في " د، م " لتضيقة.

(٤) في كتاب القضاء، الفصل الثاني من خاتمة النظر الثالث.

ولو كان الحمام أو الطريق أو النهر مما لا تبطل منفعته بعد القسمة
أجبر الممتنع، وثبت الشفعة. وكذا لو كان مع البئر بياض أرض، بحيث
تسلم البئر لأحدهما.

قوله: " ولو كان الحمام أو الطريق... الخ "

هذا متفرع على أن المراد بالضرر المانع من ثبوت الشفعة والاجبار على
القسمة هو خروج المقسوم عن حد الانتفاع، ويتحقق ذلك بأن يكون أحد
المذكورات ضيقاً بحيث لا يمكن الانتفاع بالسهم انتفاعاً معتداً به. فلو كان
الحمام واسعاً يمكن إفراد حصة كل من الشريكين عن صاحبه، بحيث يسلم له
من كل واحد من المسلخ وموضع الماء وبيت النار على وجه لا تنقص منفعته،
ثبتت الشفعة.

وكذا لو كانت البئر واسعة يمكن أن يبنى فيها فتجعل بئرين، ولكل واحد
منهما بياض يقف فمها ويرتفق بها. وكذا القول في الطريق والنهر، لانتفاء المانع
حينئذ. وكذا إذا كان مع البئر أرض بحيث تسلم البئر لأحدهما بعد التعديل في
مقابلة الأرض، والأرض صالحة للزرع والسكنى.

ويلزم مثله فيما لو كان بيت الحمام 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، وأمكنت القسمة، بأن يجعل
موضع الحجر لواحد وذلك البيت لآخر، لتحقق الانتفاع بكل منهما بعد القسمة
على الوجه الذي اعتبره المصنف رحمه الله. وعلى تفسيره بأن لا يمكن الانتفاع
بكل قسم منه على هذا الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة، لا يتم إلا بتقدير
عدم احتياج الأرض المجعلولة قسمة للبئر إليه في الزراعة، بأن يكون مما يسقى
بالمطر أو بماء آخر غيره. وكذا الباقي.

وفي دخول الدولاب والناعورة في الشفعة إذا بيع مع الأرض تردد،
إذ ليس من عادته أن ينقل.
ولا تدخل الحبال التي تركب عليها الدلاء في الشفعة، إلا على
القول بعموم الشفعة في المبيعات.
ولا تثبت الشفعة في الثمرة، وإن بيعت على رؤوس النخل أو
الشجر، منضمة إلى الأصل والأرض.

قوله: " وفي دخول الدولاب والناعورة... الخ ".
منشأ التردد من أنهما منقولان في أنفسهما، ومن عدم جريان العادة
بنقلهما. والأقوى دخولهما تبعاً، لتناول اسم الدار والحمام والبستان لهما إذا كانا
من جملة المرافق، كتناولهما للأبواب المثبتة عادة مع قبولها للنقل في نفسها.
واحترز بقوله: " إذا بيع مع الأرض " عما لو بيع منفرداً، فإنه لا إشكال في
عدم ثبوت الشفعة حينئذ، بناء على عدم ثبوتها فيما ينقل.
قوله: " ولا تثبت الشفعة في الثمرة... الخ ".
بناء على ما اختاره من اشتراط كون المشفوع غير منقول، لأن الثمرة قد
صارت في حكم المنقول، إذ لا يراد دوامها، وإنما لها أمد معين ينتظر، ولأنها لا
تدخل في مفهوم البستان ونحوه، ومن ثم لا تدخل في بيع الأصل بعد ظهورها،
كما فصل في محله (١). وفي معناها الزرع النابت.
وقال الشيخ (٢): تثبت الشفعة في الثمار والزرع تبعاً للأصول التي هي

(١) في ج ٣٥٩: ٣.
(٢) ولكنه نفى الشفعة في الزرع والثمار في المبسوط (٣: ١٠٧). نعم، في ص (١١٨) -
١١٩) أثبت الشفعة في ثمرة النخل المبيع فقط ولم يذكر الزرع. وفي الخلاف (٣: ٤٢٦ -
مسألة ٢) أيضاً نفاها في الزرع والثمرة. ونسب المحقق الكركي إليه ثبوتها فيهما في جامع
المقاصد ٦: ٣٤٥ - ٣٤٦.

وتثبت في الأرض المقسومة بالاشتراك في الطريق أو الشرب، إذا بيع معها. ولو أفردت الأرض المقسومة بالبيع، لم تثبت الشفعة في الأرض، وتثبت في الطريق أو الشرب إن كان واسعا يمكن قسمته.

فيها. والأشهر الأول.

قوله: " وتثبت في الأرض المقسومة... الخ "

مذهب الأصحاب إلا ابن أبي عقيل (١) اشتراط الشركة بالفعل في ثبوت الشفعة، فلا تثبت بالجوار ولا فيما قسم، لما تقدم (٢) من الأخبار وغيرها. واستثنوا منه صورة واحدة، وهي ما إذا اشترك في الطريق أو الشرب، وباع الشريك نصيبه من الأرض ونحوها ذاتا الطريق أو الشرب، وضمهما أو أحدهما إليها، فإن الشفعة تثبت حينئذ في مجموع المبيع وإن كان بعضه غير مشترك. ولو أفرد الأرض أو الدار ذات الطريق والشرب بالبيع من دون أن يضمهما أو أحدهما إليها فلا شفعة. ولو عكس فباع نصيبه من الطريق أو الشرب خاصة ثبتت الشفعة فيه إذا كان واسعا يمكن قسمته منفردا، لأنه حينئذ مستقل بنفسه فيعتبر فيه ما يعتبر في الشقص المشفوع، بخلاف ما إذا كان منضما إلى غيره.

والأصل في هذا الحكم حسنة منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام، وقد سأله عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال: " إن كان باب الدار وما حول بابها إلى الطريق غير ذلك فلا شفعة لهم، فإن باع الطريق مع الدار

(١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٠٣.

(٢) في ص: ٢٦٢.

فلهم الشفعة " (١).

والمراد بقوله: " إن كان باب الدار وما حول بابها إلى الطريق غير ذلك " أي: غير [ذلك] (٢) الطريق المشترك الذي في العرصة، بأن لم يكن البائع قد باع حقه من الطريق المشترك مع داره، بل باع الدار فقط وفتح لها بابا إلى الطريق السالك، فلا شفعة حينئذ، لأن المبيع غير مشترك ولا في حكمه كالاشتراك في الطريق. وإن كان باع الدار مع الطريق المشتركة ثبتت الشفعة.

وفي صحيحة أخرى لمنصور بن حازم عن الصادق عليه السلام في دار بين قوم اقتسموها، وأخذ كل واحد منهم قطعة فبناها، وتركوا بينهم ساحة فيها ممرهم، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم أله ذلك؟ قال: " نعم، ولكن يسد بابه..... وإن أراد صاحب الطريق بيعه فإنهم أحق به، وإلا فهو طريقه يجيء يجلس على ذلك الباب " (٣).

وظاهر هذه أن بائع الدار لم يبيع نصيبه من الساحة المشتركة، فلذلك أمر أن يسد بابه ويفتح له بابا إلى الطريق أو ينزل من فوق البيت ولم يذكر الشفعة حينئذ، لعدم مقتضاها. ولو فرض بيعه لحصته في العرصة التي هي الممر جاز للشركاء أخذها بالشفعة، لتحقق الشركة فيها دون الدار، لأنه لم يبيعها معها.

(١) الكافي ٥: ٢٨٠ ح ٢، التهذيب ٧: ١٦٥ ح ٧٣١، الاستبصار ٣: ١١٧ ح ٤١٧. الوسائل ١٧: ٣١٨ ب " ٤ " من أبواب الشفعة ح ١. وفيما عدا التهذيب: إن كان باع الدار وحول بابها إلى طريق غير.....

(٢) من " د، و، ط، م ".

(٣) الكافي ٥: ٢٨١ ح ٩، التهذيب ٧: ١٦٥ ح ٧٣٢، الاستبصار ٣: ١١٧ ح ٤١٨. الوسائل ١٧: ٣١٨ الباب المتقدم ح ٢.

وليس في الروايتين تعرض لكون الطريق مما يقبل القسمة، لكن المصنف اشترط ذلك على تقدير بيعها منفردة، نظرا إلى ما أسلفه (١) من اشتراط ذلك في كل مشفوع. وأما على تقدير ضم الطريق إلى الدار فيكفي قبول أصل الدار القسمة، لأنها المبيع حقيقة والطريق تابعة، فلا يعتبر قبولها القسمة منفردة. وربما قيل باشتراط قبول الطريق القسمة في الموضوعين، نظرا إلى أنها السبب الموجب للشفعة، والدار تابعة لها في ذلك. وليس بجيد.

وإطلاق الروايات يقتضي عدم الفرق في ثبوت الشفعة بين كون الدور (٢) وما في معناها مقسومة بعد أن كانت مشتركة ومنفردة من أصلها، بل في الثانية تصريح بعدم الاشتراط حيث قال: " فأخذ كل واحد منهم قطعة فبناها ". وبهذا صرح في التذكرة (٣) أيضا. وهو الظاهر، لأن هذا مستثنى من اعتبار الشركة، فيكتفى فيه بالشركة في الطريق، ولأن زوال الشركة (٤) بالقسمة قبل البيع يلحقها بالجوار (٥) فلا وجه لاعتبارها.

ويظهر من عبارة المصنف وجماعة (٦) حيث فرضوا الحكم في الأرض المقسومة مع الاشتراك في الطريق اعتبار حصول الشركة في الأصل. واحتج له بأن ضم غير المشفوع إلى المشفوع لا يوجب ثبوت الشفعة في غير المشفوع

-
- (١) في ص: ٢٦٥.
(٢) في " و، خ ": الدار.
(٣) التذكرة ١: ٥٩٠.
(٤) في " ذ، ل، خ ": القسمة بالقسمة.
(٥) كذا في " ذ، و، " وفي سائر النسخ: بالجواز.
(٦) تحرير الأحكام ٢: ١٤٥، اللعة الدمشقية: ٩٩.

اتفاقا. والمبيع الذي لا شركة فيه في الحال ولا في الأصل ليس من متعلقات الشفعة، إذ لو بيع وحده لم يثبت فيه شفعة بحال، وإثباتها لا يكون إلا بمحض (١) الجوار (٢)، فإذا ضم إلى المشترك وجب أن يكون الحكم كذلك. ولعموم قوله عليه السلام: " لا شفعة إلا لشريك مقاسم " (٣) ولا شركة هنا لا في الحال ولا في الأصل. ولرواية أبي العباس: " الشفعة لا تكون إلا لشريك " (٤). وغير ذلك مما في معناه (٥).

ولا يخفى عليك ضعف هذا الاحتجاج، لأن هذه الصورة مستثناة من اشتراط الشركة بالنص والاجماع، فلا يقدر فيها ما دل بإطلاقه على اشتراط الشركة، ولا على نفي الشفعة بضميمة غير المشفوع إليه، مع أن المقسوم خرج عن تعلق الشفعة عندهم، فضميمته كضميمة غيره لولا الطريق المشتركة. ولأن مدلول هذه الروايات اعتبار الشركة بالفعل، وهو منتف مع القسمة [بها] (٦). ولو أريد منها ما يعم السابقة لزم ثبوتها في المقسوم وإن لم يكن له شركة في الطريق. وأما معارضة رواية (٧) منصور الصحيحة والحسنة بتلك الأخبار الدالة على اعتبار الشركة. وترجيح تلك بالكثرة وموافقتها للأصل، فعجيب، لأن مدلولها - على تقدير قطع النظر عن سندها - اعتبار الشركة بالفعل كما ذكرناه، ورواية (٨)

(١) في " ذ، د، خ، م ": لمحض.

(٢) كذا في " ذ. و "، وفي سائر النسخ: الجواز.

(٣) تقدم ذكر مصادر الحديث في ص: ٢٦٣ هامش (٣). وفي المصادر:.... غير مقاسم.

(٤) التهذيب ٧: ١٦٤ ح ٧٢٥، الوسائل ١٧: ٣١٥ ب " ١ " من أبواب الشفعة ح ١.

(٥) انظر الوسائل ١٧: ٣١٥ ب " ١، ٣ " من أبواب الشفعة.

(٦) من الحجريتين.

(٧) المذكورة في ص: ٢٦٩ - ٢٧٠.

(٨) كذا في " خ ": وفي سائر النسخ: وروايات.

ولو باع عرصة مقسومة وشقصا من أخرى صفقة، فالشفعة في الشقص خاصة بحصته من الثمن. ويشترط انتقال الشقص بالبيع، فلو جعله صداقا أو صدقة أو هبة أو صلحا، فلا شفعة.

منصور دلت على الاكتفاء (١) بالشركة في الطريق، فهي خاصة وتلك عامة، فيجمع بينهما بتخصيص العام بما عدا ذلك. قوله: " ولو باع عرصة مقسومة.... الخ "

وذلك لوجود المقتضي للشفعة في الشقص دون المقسوم، فيعطي كل واحد حكمه. ولا يقدر في ذلك كونه بيعا واحدا، لصدقه على كل واحد بانفراده أيضا. لا فرق بين كون غير المشفوع من مصالح المشفوع كقبر الضيعة وعدمه، خلافا لبعض العامة (٢)، ومن ثم مثل المصنف - رحمه الله - بما لا تعلق لأحدهما بالآخر. ومن هذا الباب ما لو باع البستان بثمره أو الأرض بزرعها، فتثبت الشفعة في غير الثمر والزرع بحصته من الثمن، بأن ينسب قيمة المشفوع منفردا إلى قيمة المجموع، فحصته من الثمن بتلك النسبة. فإذا قيل: قيمة المجموع مائة، وقيمة ما عدا الثمرة والزرع ثمانون، أخذ الشفيع المشفوع بأربعة أخماس الثمن كائنا ما كان، وهكذا.

قوله: " ويشترط انتقال الشقص بالبيع.... الخ ". هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعا. وليس عليه دليل صريح، وإنما تضمنت الروايات ذكر البيع، وهو لا ينافي ثبوتها بغيره، ومن ثم

(١) في " ط " على اعتبار الشركة.

(٢) انظر الحاوي الكبير ٧: ٢٨١.

ولو كانت الدار وقفا، وبعضها طلق (١)، فبيع الطلق، لم يكن للموقوف عليه شفعة ولو كان واحدا، لأنه ليس مالكا للرقبة على الخصوص. وقال المرتضى - رحمه الله - : تثبت الشفعة.

خالف ابن الجنيدي (٢)، فأثبتها بمطلق النقل حتى بالهبة بعوض وغيره، لما أشرنا إليه من عدم دليل يقتضي التخصيص، ولاشتراك الجميع في الحكمة الباعثة على إثبات الشفعة، وهو دفع الضرر عن الشريك. ولو خصها بعقود المعاوضات - كما يقوله العامة (٣) - كان أقعد، لأن أخذ الشفيع للموهوب بغير عوض بعيد، وبه خارج عن مقتضى الأخذ.

وتدل على عدم ثبوت الشفعة في غير عقود المعاوضات المحضة صحيحة أبي بصير عن الباقر عليه السلام قال: " سألته عن رجل تزوج امرأة على بيت في دار له، وله في تلك الدار شركاء، قال: جائز له ولها، ولا شفعة لأحد من الشركاء عليها " (٤).

قوله: " ولو كانت الدار وقفا.... الخ "

إذا كان متعلق الشفعة - كالدائر والأرض - بعضه طلقا وبعضه وقفا، فإن بيع الوقف على وجه يصح فلا إشكال في ثبوت الشفعة لصاحب الطلق، لوجود المقتضي، وانتفاء المانع.

(١) في الشرائع (الطبعة الحجرية): طلقا.

(٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٠٤.

(٣) الحاوي الكبير ٧: ٢٣٢، التنبيه للشيرازي: ١١٧، الوجيز ١: ٢١٥، بدائع الصنائع ٥:

١٠ - ١١، الكافي في فقه أهل المدينة ٢: ٨٥٦ - ٨٥٧، المغني لابن قدامة ٥: ٤٦٧،

روضة الطالبين ٤: ١٦٣.

(٤) الفقيه ٣: ٤٧ ح ١٦٥، التهذيب ٧: ١٦٧ ح ٧٤٢، الوسائل ١٧: ٣٢٥ ب " ١١ " من

أبواب الشفعة ح ٢.

وإن بيع الطلق، ففي ثبوت الشفعة 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 تقدم تحقيقه في بابه (١).

فإن قلنا بعدم انتقاله إليه فلا شفعة له، لأنها مشروطة بكون الشفيع شريكاً، ولا يتحقق الشركة إلا بالملك.

وإن قلنا بأنه يملك ففي ثبوت الشفعة له وجهان أحدهما: العدم، لأنه ملك ناقص، ولهذا لا ينفذ تصرفه فيه، ولا يتسلط على الأخذ [بالشفعة] (٢). وبهذا أخذ الشيخ في المبسوط (٣) مدعياً عدم الخلاف. وتبعه المصنف - رحمه الله - والشهيد في الدروس (٤)، مع أنه اختار في الوقف (٥) انتقاله إلى الموقوف عليه مطلقاً، فعدم حكمه بالشفعة هنا معلل بنقص الملك لا بعدمه. ويضعف بأن المعتبر في ثبوتها الشركة المتحققة بالملك في الجملة. ونقصه بالحجر على المالك في التصرف لا ينافي كونه مالكا، ومن ثم يثبت لغيره ممن يحجر عليه في التصرف.

وقد يعلل أيضاً بعدم انحصار الملد في الموقوف عليه. ويضعف بأن البحث على تقدير الانحصار، وإن انتشر بعد ذلك كانتشار

(١) في ج ٥ : ٣٧٦.

(٢) من "خ" والحجريتين.

(٣) المبسوط ٣ : ١٤٥.

(٤) الدروس الشرعية ٣ : ٣٥٨، و ج ٢ : ٢٧٧.

(٥) الدروس الشرعية ٣ : ٣٥٨، و ج ٢ : ٢٧٧.

المملوك بالبيع والموت ونحو ذلك. وعلى القول بعدم اشتراط اتحاد الشريك يرتفع هذا المانع. ومن ثم ذهب المرتضى (١) - رضي الله عنه - إلى ثبوتها للموقوف عليه مطلقا، حتى جوز للإمام وخلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التي ينظرون فيها على المساكين أو على المساجد ومصالح المسلمين، وكذلك كل ناظر بحق في وقف من وصي وولي له أن يطالب بشفيعته.

وفصل ابن إدريس (٢) حسنا فقال: إن كان الموقوف عليه واحدا صحت الشفعة له كالطلق. ووافقه عليه المتأخرون (٣).

وعلى هذا فالمعتبر باتحاده حال بيع الشريك وإن كان متعددا قبل ذلك، لأن المانع هو كثرة الشركاء لا الوقف (٤). هذا إذا قلنا بانتقال الملك إلى الموقوف عليه مطلقا. ولو شرطنا فيه انحصاره اشترط كونه منحصرا، ولا يكفي اتحاده في تلك الحالة عنه، لجواز كونه غير منحصر في الأصل، كما لو وقف على فقهاء البلد الفلاني ولم يوجد منهم حال البيع إلا واحد، أو على بني فلان غير المنحصرين فاتفق انحصارهم ذلك الوقت، فإنه لا شفعة، لما تقدم (٥) من أن الأصح عدم انتقال الملك إلى الموقوف عليه غير المنحصر ابتداء.

(١) الإنتصار: ٢٢٠ - ٢٢١.

(٢) السرائر ٢: ٣٩٧.

(٣) المختلف: ٤٠٧، التنقيح الرائع ٤: ٨٥. جامع المقاصد ٦: ٣٥٨.

(٤) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، ولعل الصحيح: الموقوف عليه.

(٥) في ج ٥: ٣٧٧.

الثاني: في الشفيع.
وهو كل شريك بحصة مشاعة، قادر على الثمن.

قوله: " في الشفيع وهو كل شريك... الخ ".
هذا تعريف للشفيع باعتبار قيوده المتفق عليها، ومن ثم لم يقيده بالمتحد كما فعل غيره (١)، ولو أراد الشفيع المختار عنده لزيد قيد المتحد. ويدخل فيه الموقوف عليه مطلقا، أو مع كونه خاصا، فإنه شريك، لانتقال الملك إليه. وكأنه لم يخرج له لما ذكرناه من العذر في عدم إخراج المتعدد. وينبغي أن يراد بالقادر على الثمن ما يشمل القدرة بالفعل والقوة، ليدخل فيه الفقير القادر على دفعه ولو بالاقتراض. ويراد بالثمن ما يشمل مثله وقيمه. وعلى هذا فلو كان غنيا (٢) بعروض خارجة عن مثله وقيمه، ولم يوجد له من يشتريها منه، فهو بمنزلة الفقير. وأما إخراج المماطل والهارب (٣) منه بقيد القدرة فلا يخلو من تكلف، لصدق القدرة عليهما بالفعل فضلا عن القوة. وإرادة لازم القدرة منها وهو دفع الثمن - نظرا إلى أن الغاية المقصودة منها ذلك، فأطلق اسم السبب على المسبب - مجاز لا يحسن استعماله في التعريف، وإن كان أصله مشهورا لكن المراد منه هنا غير مشهور.

وينبغي أن يكون قوله: " ويشترط فيه الاسلام... الخ " من تنمة التعريف، ليسلم من الانتقاض بالكافر على بعض الوجوه، لدخوله في الكلية، وبقرينة

(١) قواعد الأحكام ١: ٢١٠.

(٢) في " و " : عينا.

(٣) في " خ " : والمتهاون.

ويشترط فيه الاسلام، إذا كان المشتري مسلماً.

تأخير التفريع بقوله: " فلا تثبت.... الخ " عنه، ولا يفيد اتصاله بالتعريف مع خروجه عنه.

قوله: " ويشترط فيه الاسلام.... الخ ".

إنما اشترط إسلام الشفيع مع كون المشتري مسلماً لأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري ودركه عليه كما سيأتي (١)، وأخذه منه على وجه القهر سبيل على المسلم، وهو منفي بقوله تعالى: (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً) (٢). ويؤيده رواية السكوني: " ليس لليهودي والنصراني شفعة " (٣). وأراد به على المسلم، للاجماع على ثبوتها لهما على غيره. وكأنه موضع وفاق، وإنما خالف فيه جماعة من العامة (٤)، فأثبتوها له عليه قياساً على الرد بالعيب. والفرق واضح، مع بطلان القياس.

ولا فرق بين كون البائع مسلماً أو كافراً. ولو لم يكن المشتري مسلماً لم يشترط إسلام الشفيع وإن كان البائع مسلماً.

(١) في ص: ٣٢٣.

(٢) النساء: ١٤١.

(٣) الكافي ٥: ٢٨١ ح ٦، التهذيب ٧: ١٦٦ ح ٧٣٧، الوسائل ١٧: ٣٢٠ ب " ٦ " من أبواب الشفعة ج ٢.

(٤) في هامش " ذ ": " وافقنا أحمد على ذلك، وخالفنا غيره. منه قدس سره ". انظر المغني لابن قدامة ٥: ٥٥١، اللباب في شرح الكتاب ٢: ١١٠، الاشراف على مذاهب أهل العلم ١: ٤٨ - ٤٩، الكافي في فقه أهل المدينة ٢: ٨٥٦، المبسوط للسرخسي ١٤: ٩٣، الحاوي الكبير ٧: ٣٠٢، حلية العلماء ٥: ٢٧١، بدائع الصنائع ٥: ١٦، روضة الطالبين ٤: ١٥٩.

فلا تثبت الشفعة [للجار] بالجوار، ولا فيما قسم وميز، إلا مع الشركة في طريقه أو نهره. وتثبت بين شريكين. وهل تثبت لما زاد عن شفيح واحد؟ فيه أقوال: أحدها: نعم، تثبت مطلقا على عدد الرؤوس. والثاني: تثبت في. الأرض مع الكثرة، ولا تثبت في العبد إلا للواحد. والثالث: لا تثبت في شئ مع الزيادة عن الواحد. وهو أظهر.

قوله: " ولا تثبت الشفعة بالجوار.... الخ ".
هذا الاستثناء من المعطوف وهو ما قسم إن اعتبرنا في ثبوت الشفعة مع الاشتراك في الطريق والنهر كون المشفوع مما قسم، واستثناء من الأمرين معا إن لم نشترط ذلك، واكتفينا بالشركة في أحد الأمرين وإن كان الأصل غير مشترك مطلقا، كما تقدم (١) تحقيقه. وظاهر المصنف هو الأول، بقريضة القرب وما سلف (٢).
ونبه بهذا على خلاف ابن أبي عقيل (٣) حيث أثبتها في المقسوم مطلقا، وعلى خلاف بعض العامة (٤) حيث أثبتها بالجوار مطلقا.
قوله: " وهل تثبت لما زاد..... الخ ".
اختلف علماؤنا في أن الشفعة هل تثبت مع زيادة الشركاء على اثنين؟

(١) في ص: ٢٧١.

(٢) في ص: ٢٧١.

(٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٠٣.

(٤) اللباب في شرح الكتاب ٢: ١٠٦، المبسوط للسرخسي ١٤: ٩٠ - ٩١، الحاوي الكبير ٧: ٢٢٧ - ٢٢٨، بدائع الصنائع ٥: ٤ - ٥، الاشراف على مذاهب أهل العلم ١: ٣٨، المغني لابن قدامة ٥: ٤٦١، حلية العلماء ٥: ٢٦٦، روضة الطالبين ٤: ١٥٩.

فمنعه الأكثر ومنهم الشيخان (١) والمرضى (٢) والأتباع (٣)، حتى ادعى عليه ابن إدريس (٤) الاجماع. وذهب ابن الجنيد (٥) إلى ثبوتها مع الكثرة مطلقاً. وقواه في المختلف (٦) بعد ذهابه إلى المشهور، وخطأ ابن إدريس في دعوى الاجماع. وذهب الصدوق في الفقيه (٧) إلى ثبوتها معها في غير الحيوان، ووافق في المقنع (٨) المشهور، ونسب ثبوتها مع الكثرة إلى الرواية.

حجة المشهور الأخبار، كصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: " قال: لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما، فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة " (٩). ورواية يونس المرسله عنه عليه السلام قال: " إذا كان الشئ بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، فإن زاد على اثنين فلا شفعة لأحد منهم " (١٠). ولأصالة عدم الشفعة، وثبوت

(١) المقنعة: ٦١٨، النهاية: ٤٢٤.

(٢) الإنتصار: ٢١٦.

(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) السرائر ٢: ٣٨٧.

(٥) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٤٠٣.

(٦) المختلف: ٤٠٤.

(٧) الفقيه ٣: ٤٦ ذيل ح ١٦٢.

(٨) المقنع: ١٣٥، ولم يذكر فيه الرواية بثبوتها مع الكثرة. نعم، نسب ذلك إلى مقنعه العلامة في المختلف: ٤٠٣.

(٩) 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.

(١٠) 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.

واحتج ابن الجنيد بصحيفة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام:
" في الدار بين قوم اقتسموها وأخذ كل واحد منها قطعة فبناها... " الحديث، وقد
تقدم (١). وحسنة منصور أيضا، وقد تقدمت (٢). ورواية عقبة بن خالد عن أبي
عبد الله عليه السلام قال: " قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين
الشركاء " (٣) وأقل الجمع ثلاثة. وغيرها من الأخبار (٤).
وأجيب (٥) بأن دلنا من حيث المفهوم، وأنه يحوز أن يراد الاثنان
من لفظ الجمع، أو أنه أراد تعميم الحكم بالنسبة إلى المكلفين، لا بالنسبة إلى
قضية واحدة يشترك فيها جماعة. وكذا الرواية الأخيرة.
وفيه نظر، لظهور صراحة دلالتها. وإرادة الاثنان من لفظ الجمع مجاز
على أصح القولين للأصوليين. وكذا حمل اللفظ على إرادة المكلفين في غير
القضية المعينة.
وأجاب في الدروس (٦) بحملها على النقية، لموافقها لمذهب العامة (٧).

(١) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٢٧٠ هامش (١، ٣).

(٢) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٢٧٠ هامش (١، ٣).

(٣) 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.

(٤) انظر الوسائل ١٧: ٣٢٢ ب " ٧ " من أبواب الشفعة ح ٥.

(٥) راجع المختلف: ٤٠٤.

(٦) الدروس الشرعية ٣: ٣٥٧.

(٧) مختصر المنزني: ١٢٠، اللباب في شرح الكتاب ٢: ١١٦، التنبيه للشيرازي: ١١٨،

الوجيز للغزالي ١: ٢١٩، حلية العلماء ٥: ٢٩١، الكافي في فقه أهل المدينة ٢: ٨٥٩.

بداية المجتهد ٢: ٢٦٠، الحاوي الكبير ٧: ٢٦٠، بدائع الصنائع ٥: ٥ - ٦، المغني لابن

قدامة ٥: ٥٢٣، روضة الطالبين ٤: ١٨٢.

ويمكن أن يقال: إنه مع تعارض الروايات الصحيحة تتساقط ويرجع إلى حكم الأصل.

وفيه نظر، لمنع التعارض، لأن هذه الروايات أكثر وأوضح دلالة، لأن رواية ابن سنان (١) التي هي عمدة الباب لا صراحة فيها، حيث إنه أثبت الشفعة للشريكين باللام المفيدة للاستحقاق أو ما في معناه، والمطلوب لا يتم إلا إذا أريد ثبوتها بين الشريكين لا لهما، ولا ينافيه قوله: ولا تثبت لثلاثة، إذ لا قائل بالفرق بين الاثنين والثلاثة، ولجواز إرادة عدم استحقاق كل واحد من الثلاثة بخصوصه دون الآخر. وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلا أن فيه طريقا للجمع، مع أن رواية منصور (٢) أصح طريقا، ومؤيدة برواية ابن سنان الآتية.

واحتج الصدوق على ثبوتها مع الكثرة في غير الحيوان برواية 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 شفعة في الحيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحدا " (٣). ومفهوم هذه الرواية ثبوتها في غيره إذا كان أكثر.

ولا يخفى ضعف دلالة المفهوم، مع تضمنها ثبوت الشفعة في الحيوان وقد تقدم (٤) ما ينافيه. ومع ذلك فهي مقطوعة. وصحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام: " في المملوك بين الشركاء يبيع أحدهم فيقول أحدهم: أنا أحق به،

(١) تقدمتا في ص: ٢٨٠ - ٢٨١.

(٢) تقدمتا في ص: ٢٨٠ - ٢٨١.

(٣) الفقيه ٣: ٤٦ ح ١٦٣، الوسائل ١٧: ٣٢٢ ب " ٧ " من أبواب الشفعة ح ٧.

(٤) في ص: ٢٦٢ - ٢٦٣.

أله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحداً (١) أوضح دلالة وسندا، إلا أنها لا تدل على ثبوتها مع الكثرة في غيره.

واعلم أن المصنف - رحمه الله - نقل القول المذكور وخصه بالعبد، والذي صرح به الصدوق كون الحكم مختصا بالحيوان مطلقا كما نقلناه عنه، لأنه قال في الفقيه - بعد أن روى عن الصادق عليه السلام ثبوت الشفعة في كل شيء إذا كان الشيء بين الشريكين لا غيرهما، فإن زاد على اثنين فلا شفعة لأحد منهم - :
" قال مصنف هذا الكتاب - وأراد نفسه - : يعني بذلك الشفعة في الحيوان وحده، فأما في غير الحيوان فالشفعة واجبة للشركاء وإن كانوا أكثر من اثنين " قال:
" وتصديق ذلك رواية أحمد بن محمد بن أبي نصر عن عبد الله بن سنان (٢). ثم ذكر الرواية السابقة وفيها تصريح. بالحيوان، ولا قائل غيره باختصاص الحكم بالعبد، وإن كان في الروايتين ذكر المملوك إلا أنه لا دلالة لهما على اختصاص الحكم به، وفي آخر الرواية التي استدل بها تصريح بثبوت الحكم في الحيوان مطلقا.

إذا تقرر ذلك فقد اختلف القائلون بثبوتها مع الكثرة هل هو على عدد الرؤوس، أو على قدر السهام؟ فصرح الصدوق (٣) بالأول، ونقله الشيخ (٤) عنهم مطلقا. وقال ابن الجنيد (٥): الشفعة على قدر السهام من الشركة، ولو حكم بها

-
- (١) الكافي ٥: ٢١٠ ح ٥، التهذيب ٧: ١٦٦ ح ٧٧٥، الاستبصار ٣: ١١٦ ح ٤١٥، الوسائل ١٧: ٣٢١ الباب المتقدم ح ٣.
(٢) الفقيه ٣: ٤٦ ذيل ح ١٦٢.
(٣) لم نجده في مقنعه، وحكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٠٤.
(٤) الخلاف ٣: ٤٣٥ مسألة (١١).
(٥) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٠٤.

وتبطل الشفعة: بعجز الشفيع عن الثمن، وبالمماطلة. وكذا لو هرب.

على عدد الشفعاء جاز ذلك. ويدل على الأول رواية طلحة بن زيد أن عليا عليه السلام قال: " الشفعة تثبت على عدد الرجال " (١). ولأن من حصته قليلة لو كان منفردا لأخذ المال جميعه كصاحب الأكثر، فيتساويان في الاستحقاق، إذ المقتضي هو مطلق الشركة. ويدل على الثاني أن المقتضي للشفعة الشركة، والمعلول يتزايد بتزايد علقته وينتقص بنقصها إذا كانت قابلة للقوة والضعف.

قوله: " وتبطل الشفعة بعجز.... الخ ".

يتحقق العجز باعترافه. وفي تحققه بإعساره وجهان أجودهما (٢) العدم، لامكان تحصيله بقرض ونحوه، فينظر به ثلاثة أيام كمدعي غيبته. والمراد بالمماطل القادر على الأداء ولا يؤذي. ولا يشترط فيه مضي الثلاثة، لأنها محدودة للعاجز ولا عجز هنا. ويحتمل إلحاقه به، لظاهر رواية ابن مهزيار عن الجواد (٣) عليه السلام بانتظاره ثلاثة أيام حيث لم ينض الثمن. أما الهارب فإن كان قبل الأخذ فلا شفعة له، لمنافاته الفورية على القول بها. وإن كان بعده فللمشتري الفسخ، ولا يتوقف على الحاكم، لعموم: " لا ضرر ولا إضرار " (٤).

(١) الفقيه ٣: ٤٥ ح ١٥٦، التهذيب ٧: ١٦٦ ح ٧٣٦ وفيه: عن السكوني، الوسائل ١٧:

٣٢٢ ب " ٧ " من أبواب الشفعة ح ٥.

(٢) في " خ " : أحدهما.

(٣) التهذيب ٧: ١٦٧ ح ٧٣٩، الوسائل ١٧: ٣٢٤ ب " ١٠ " من أبواب الشفعة.

(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.

ولو ادعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام، فإن لم يحفره بطلت شفيعته.
فإن ذكر أن المال في بلد آخر، أجل بمقدار وصوله إليه وزيادة ثلاثة أيام،
ما لم يتضرر المشتري.

قوله: " ولو ادعى غيبة الثمن.... الخ ".
إذا ادعى غيبة الثمن، فإن ذكر أنه ببلده أجل ثلاثة أيام من وقت حضوره
للأخذ. وإن ذكر أنه ببلد آخر أجل مقدار ذهابه إليه وأخذه وعوده وثلاثة أيام
كما تقتضيه الرواية (١)، والعبارة قاصرة عن تأدية ذلك كغيرها (٢). هذا إذا لم يتضرر
المشتري بالتأخير - بأن كان البلد الذي نسب الثمن إليه بعيدا جدا، كالعراق من
الشام ونحو ذلك - وإلا بطلت.
والمراد ببطلانها على تقدير عدم إحضاره في المدة المضروبة سقوطها إن
لم يكن أخذ، وتسقط المشتري على الفسخ إن كان قد أخذ.
ويعتبر الثلاثة ولو ملفقة لو وقع الامهال في خلال اليوم. والليالي
تابعة للأيام، فإن وقع نهارا اعتبر إكمال الثالث من اليوم الرابع، ودخلت
الليالي تبعا. وإن وقع ليلا أجل ثلاثة أيام تامة، وتام الليل من الرابعة
كذلك.
ويعتبر في الذهاب إلى بلد المال حصول ما يحتاج إليه عادة من الرفيق
وغيره. ولا يجب تحصيله بأجرة، عملا بالعرف. ولا يستثنى له في نفس البلد
زيادة عن تحصيل المال بالمعتاد.

(١) عن الجواد عليه السلام، وتقدمت في الصفحة السابقة.

(٢) انظر قواعد الأحكام ١: ٢١٠.

وتثبت للغائب والسفيه. وكذا للمجنون والصبي. ويتولى الأخذ وليهما مع الغبطة. ولو ترك الولي المطالبة، فبلغ الصبي، أو أفاق المجنون، فله الأخذ، لأن التأخير لعذر. وإن لم يكن في الأخذ غبطة، فأخذ الولي، لم يصح.

قوله: " وتثبت للغائب والسفيه..... الخ ".
لا شبهة في ثبوتها لمن ذكر، لعموم (١) الأدلة المتناولة للمولى عليه وغيره. أما الغائب فيتولى هو الأخذ بعد حضوره وإن طال زمان الغيبة. ولو تمكن من المطالبة في الغيبة بنفسه أو وكيله فكال حاضر. ولا عبرة بتمكنه من الاشهاد على المطالبة، فلا يبطل حقه لو (٢) لم يشهد بها. والمريض الذي لا يتمكن من المطالبة كالغائب. وكذا المحبوس ظلماً أو بحق يعجز عنه. ولو قدر عليه ولم يطالب بطلت.

وأما الصبي والمجنون والسفيه فيطالب لهم الولي مع الغبطة. وكان على المصنف جمع الضمير المضاف إلى الولي ليتناول السفيه، لئلا يوهم (٣) أنه يتولى الأخذ دون الولي بقرينة تخصيص الطفل والمجنون بأخذ الولي. ولو ترك الولي الأخذ مع الغبطة لم يسقط حقهم منها، بل لهم الأخذ بعد زوال المانع، لأن التأخير وقع لعذر. والأقوى جواز أخذ الولي لهم أيضاً بعد ذلك، لبطلان الترك، وتقصيره بالتراخي لا يسقط حق المولى عليه، وليس الحق متجدداً عند الكمال بل مستمر، وإنما المتجدد أهلية الأخذ، فأخذ الولي في ذلك

(١) لاحظ الوسائل ١٧: ٣١٥ ب " ١ " وص: ٣٢٠ ب " ٦ " من أبواب الشفعة.

(٢) في " خ " ولو.

(٣) في " ذ، د، م " يتوهم.

وتثبت الشفعة للكافر على مثله، ولا تثبت له على المسلم، ولو اشتراه من ذمي. وتثبت للمسلم على المسلم والكافر. وإذا باع الأب أو الجد عن اليتيم شقصه المشترك معه، جاز أن يشفعه، وترفع التهمة، لأنه لا يزيد عن بيع ماله من نفسه. وهل ذلك للوصي؟ قال الشيخ: لا، لمكان التهمة. ولو قيل: بالجواز، كان أشبه، كالوكيل.

الوقت كله صحيح.

ولو لم يكن في أخذ الولي للمولى عليه غبطة - بأن باعه بأكثر من ثمن المثل، أو به ولم يكن للمولى عليه مال، واحتاج إلى بيع عقار هو أجود من المأخوذ، ونحو ذلك - لم يصح الأخذ، لأن فعله مقيد بالمصلحة. قوله: " وتثبت الشفعة للكافر..... الخ "

قد تقدم (١) البحث في ذلك وأن الاعتبار بالمأخوذ منه لا بالبائع، فيأخذ الكافر من مثله وإن كان البائع مسلماً، لا من المسلم وإن كان البائع كافراً، لأن السبيل المنفي (٢) متحقق في المشتري، لأنه هو الذي يؤخذ منه. قوله: " وإذا باع الأب أو الجد..... الخ "

لا كلام في جواز بيع ولي اليتيم حصة من ماله لمصلحة الانفاق عليه ونحوه، سواء كان الولي أباً أم جداً أم وصياً. وإنما الكلام في ثبوت الشفعة للولي لو كان شريكاً له في الشقص، فقيل: لا يصح الأخذ مطلقاً، لرضا الولي بالبيع،

(١) في ص: ٢٧٨.

(٢) النساء: ١٤١.

وللمكاتب الأخذ بالشفعة، ولا اعتراض لمولاه.

فإنه يسقط الشفعة وإن كان قبل العقد. وهو خيرة العلامة في المختلف (١).
والشيخ - رحمه الله - في المبسوط (٢) فصل، فأثبت الشفعة للولي إن كان
أبا أو جدا لا إن كان وصيا، فارقا بأن الوصي متهم في تقليل الثمن ليأخذ به،
فلو مكن منه لم يؤمن أن يترك النظر والاستقصاء لليتيم، ويسامح في البيع ليأخذ
بالشفعة بالثمن البخس، وهذا كما أنه لا يمكن من بيع ماله من نفسه، بخلاف
الأب والجد، فإنهما غير متهمين، ولهما أن يشتريا لأنفسهما. وعلى هذا فلو
اشترى شقصا للطفل وهو شريك في العقار جاز له الأخذ، لأنه لا تهمة هنا، إذ لا
يزيد في الثمن ليأخذ به.

والمصنف - رحمه الله - أجاز الشفعة في الموضعين. وهو الأصح، لأن
الفرض (٣) وقوع البيع على الوجه المعتبر، فلا يرد ما ذكره الشيخ. ولا نسلم أن
الرضا بالبيع قبله يسقط الشفعة، لأن ذلك تمهيد للأخذ بالشفعة وتحقيق لسببه،
فلا يكون الرضا به مسقطا لها، إذ الرضا بالسبب من حيث هو سبب يقتضي
الرضا بالمسبب فكيف يسقطه؟ ولو رفع أمره إلى الحاكم وأوقع البيع بنظره زال
الاشكال من حيث التهمة. وقد بينا فساد الاشكال الآخر.
قوله: " وللمكاتب الأخذ.... الخ "

لا فرق في جواز أخذ المكاتب بالشفعة بين كون الأخذ من سيده وغيره،
لانقطاع سلطنته عنه، ونفوذ تصرفه فيما فيه غبطة للاكتساب، وقد يتفق ذلك في

(١) المختلف: ٤٠٩.

(٢) المبسوط ٣: ١٥٨.

(٣) في " ل، ط، و، خ ": الغرض.

ولو ابتاع العامل في القراض شقصا، وصاحب المال شفيعه، فقد ملكه بالشراء لا بالشفعة. ولا اعتراض للعامل، إن لم يكن ظهر [فيه] ربح. وله المطالبة بأجرة عمله.

الشقص المشفوع. ولا فرق بين المكاتب بنوعيه. قوله: " ولو ابتاع العامل في القراض..... الخ "

إذا اشترى العامل بمال المضاربة شقصا لصاحب المال فيه شركة، ملك صاحب المال الشقص بالشراء لا بالشفعة، لأنه اشترى بعين ماله فيقع الشراء له، وإن استحق العامل التصرف فيه بالبيع وغيره بمقتضى الإذن السابق. ولا يعقل أن يستحق الانسان أن يملك ملكه بسبب آخر.

هذا إذا لم يكن هناك ربح، أو كان وقلنا إن العامل إنما يملك نصيبه منه بالانضاض لا بالظهور. ولو قلنا إنه يملكه بالظهور صار شريكا في الشقص لصاحب المال، سواء فسخ المضاربة أم لا.

وليس لصاحب المال أن يأخذ نصيب العامل من الربح بالشفعة أيضا، لأن العامل لم يملكه بالشراء الذي هو شرط ثبوت الشفعة، وإنما ملكه بظهوره، سواء قارن الشراء أم تأخر، وذلك ليس من أسباب استحقاق الشفعة عند الأصحاب، حيث خصوا موردها بالبيع.

وليس لصاحب المال قطع تسلط العامل على الحصة بالفسخ ورضا (١) رده إلى الأجرة، كما قاله بعضهم، بل يستقر ملكه عليها إن لم يتجدد ما يبطله كخسارة المال، لأصالة بقاء ملكه عليه إلا بوجه ناقل شرعا، وهو منتف هنا.

(١) في " ط، و " : بالفسخ ورده.....

إذا تقرر ذلك، فحيث لا يظهر ربح إن لم يفسخ صاحب المال المضاربة بقيت بحالها، ولا أجرة 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 الأجرة عن عمله فيه، كما لو فسخ جميع القراض.

وحينئذ فإطلاق المصنف مطالبة العامل بالأجرة مع عدم ظهور الربح، وجعله مترتباً على ملك صاحب المال، غير جيد، بل هو محمول على ما لو فسخ في القراض. ولعله يظهر من قرينة المقام والكلام حيث حكم بكونه شفيعه، ومعناه إرادته أخذه، فجعل وجهه أصل الملك لا الشفعة. وقد أحسن في الدروس في تأدية الحكم بقوله: " وليس للمالك أخذ ما اشتراه العامل بالشفعة، بل له فسخ المضاربة فيه، فإن كان فيه ربح ملك العامل نصيبه، وإلا فله الأجرة " (١). ومنها يظهر خلاف ما قيل من أن للمالك الفسخ وإن ظهر ربح، وأعطاه المالك الأجرة.

واعلم أنه لا خصوصية في ذلك لكون الشقص مشفوعاً، بل الحكم ثابت في جميع أقسام المضاربة حيث يريد المالك الاختصاص بشيء من أعيان مالها، وإنما فرضه في الشقص المشفوع لدفع توهم أن له أخذه بالشفعة. نعم، لو اشترى العامل شقصاً في شركة نفسه جاز له أخذه بالشفعة حيث جوزنا للوكيل أن يأخذ بها.

(١) الدروس الشرعية ٣: ٣٦٠.

فروع
على القول بثبوت الشفعة مع كثرة الشفعاء
وهي عشرة:
الأول: لو كان الشفعاء أربعة، فباع أحدهم وعفا آخر، فلآخرين
أخذ المبيع.
ولو اقتصر في الأخذ على أحدهما لم يكن لهما، لأن الشفعة لإزالة
الضرر، وبأخذ البعض يتأكد.

قوله: " فروع على القول.... الخ ".
قد جرت عادة الأصحاب أن يفرعوا على القول بثبوتها مع الكثرة وإن لم
يقولوا به، لما يترتب على فروعه من الفوائد (١) المهمة وتشحيد الأذهان بها، لأنها
من الفروع الدقيقة والمباحث الشريفة، وقد ينفع على القول باشتراط وحدته على
تقدير موت الشفيع قبل الأخذ وتوريثها جماعة. وهي كثيرة لا تتناهى، وقد
اختار المصنف منها عشرة.
قوله: " لو كان الشفعاء أربعة.... الخ ".
هذا هو المشهور بين الأصحاب، وكثير منهم لم يذكر غيره. ووجهه: ما
أشار إليه من أن تبعض الصفقة يوجب الضرر على المشتري، والشفعة إنما
شرعت لإزالة الضرر، فلا تكون سببا فيه.
وفي المسألة وجه آخر بأن العفو يسقط حق العافي، وليس لصاحبه إلا أن
يأخذ قسطه، لأنه حق مالي قابل للانقسام. ولأن العفو يقتضي استقرار المعفو
عنه على ملك المشتري كما لو عفوا جميعا، وليس للمشتري أن يلزم الآخر أخذ

(١) في " ط " : القواعد.

ولو كان الشفعاء غيبا فالشفعة لهم. فإذا حضر واحد وطالب، فإما أن يأخذ الجميع أو يترك، لأنه لا شفيع الآن غيره. ولو حضر آخر أخذ من الآخر النصف أو ترك. فإن حفر الثالث أخذ الثلث أو ترك. وإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك.

الجميع.

ووجه ثالث بأنه لا يسقط حق واحد منهما، لأن الشفعة لا تتبعض، فيغلب جانب الثبوت.

وهذا البحث يأتي مع اتحاد الشريك إذا مات وترك جماعة. ويزيد هنا احتمال رابع ببطلان حقهم مع عفو البعض، بناء على أنهم يأخذون الشفعة للمورث ثم يتلقون منه، فيكون عفو بعضهم بمثابة عفو المورث عن بعض حقه. ولو قلنا بأنهم يأخذون لأنفسهم فهم كالشركاء المتعددين. وسيأتي (١) الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

قوله: " ولو كان الشفعاء غيبا.... الخ "

إنما لم يكن لمن يحضر الاقتصار على حصته لأنه ربما لا يأخذ الغائبان فتتفرق الصفقة على المشتري. وهو المراد بقوله: " لأنه لا شفيع الآن غيره " وإن كان لا يخلو من حزازة، لأن الغائب أيضا شفيع كما فرضه في أول المسألة. وما ذكر من التعليل يتم بالنسبة إلى الأول، أما من بعده فاقصاره على نصيبه لا يضر بالمشتري، لأن الشقص قد أخذ منه تاما على التقديرين، بخلاف اقتصار الأول على حصته، فإنها تفرق الصفقة على المشتري. فيحتمل على هذا تخير الثاني بين أن يأخذ النصف أو الثلث. فإذا قدم

(١) في ص: ٣٤١ - ٢٤٢.

الثالث ووجدهما قد تساويا في الأخذ أخذ الثلث منهما على السوية. وإن وجد الثاني قد اقتصر على الثلث تخير بين أن يأخذ من الأول نصف ما في يده وهو تمام حقه، ولا يتعرض للثاني، وبين أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده، لأنه يقول: ما من جزء إلا ولي منه ثلثه، فإن ترك الثاني حقه حيث لم يشاطر (١) الأول فلا يلزمني أن أترك حقي. ثم له أن يقول للأول: ضم ما معك إلى ما أخذته لنقسمه نصفين، لأننا متساويان في الحق.

وعلى هذا: فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر، لأننا نحتاج إلى عدد له ثلث وثلثه ثلث، وأقله تسعة، يحصل منها ثلاثة في يد الثاني، وستة في يد الأول. ثم ينزع الثالث من يد الثاني واحدا، ويضمه إلى الستة التي في يد الأول يكون سبعة، فيقتسمانها بينهما. وهي لا تنقسم على اثنين فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر، للثاني منها أربعة مضروب الاثنين اللذين بقيا له في اثنين، يبقى أربعة عشر لكل واحد من الأول والثالث منها سبعة. وإذا كان ربع الدار ثمانية عشر كانت جملتها اثنين وسبعين.

ويحتمل هنا أن لا يأخذ الثالث من الثاني شيئا، بل يأخذ نصف ما في يد الأول، فيقسم المشفوع أثلاثا، بناء على أن فعل الثاني لا يعد عفوا عن السدس، بل اقتصارا على حقه، وإلا لاتجه بطلان حقه، لأن العفو عن البعض عفو عن الكل على قول، وإنما أخذ كمال حقه، مع أنه قد قال بعضهم (٢) بسقوط حقه،

(١) كذا في "ذ، و، خ"، وفي سائر النسخ والحجريتين: يشارط.

(٢) الحاوي الكبير ٧: ٢٦٠، الوجيز ١: ٢١٩، روضة الطالبين ٤: ١٨٤ و ١٨٧.

الثاني: لو امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعة، وكان للغيب أخذ الجميع. وكذا لو امتنع ثلاثة أو عفوا، كانت الشفعة بأجمعها للرابع إن شاء.

الثالث: إذا حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعة وقاسم، ثم حضر الآخر فطالب، فسخ القسمة وشارك الأول. وكذا لو رده الشفيع الأول بعيب، ثم حفر الآخر كان له الأخذ، لأن الرد كالعفو.

لكونه قد عفا عن بعضه.

قوله: " لو امتنع الحاضر أو عفا.... الخ " .

قد تقدم (١) أن فيه وجها بسقوط حق العافي من نصيبه، ويأخذ الآخر حصته خاصة (٢). وما ذكره المصنف هو الأشهر.

قوله: " إذا حضر أحد الشركاء.... الخ " .

إذا حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعة فله مقاسمة 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. ولو أخذ الأول الجميع ثم رد الشقص بعيب ثم حضر الآخر فالوجه أن له أخذ الجميع، لأن الرد بالعيب أبطل الأخذ من أصله، فكان لو عفا عن حقه. ويحتمل اختصاص أخذ الثاني بحصته، بناء على أن أخذ الأول أسقط حق الثاني مما زاد على حصته، وردده بالعيب أحدث ملكا جديدا للمشتري بعد

(١) في ص: ٢٩١.

(٢) في " ل، خ ": حصة صاحبه.

(٣) في " م ": استمرت.

الرابع: لو استغلها الأول، ثم حفر الثاني، شاركه في الشقص دون الغلة.

الخامس: لو قال الحاضر: لا آخذ حتى يحفر الغائب، لا تبطل شفيعته، لأن التأخير لغرض لا يتضمن الترك. وفيه تردد.

أن خرج عنه، فلا يكون كالعفو بل كعوده إلى المشتري ببيع وهبة. وهو ضعيف، لأن الرد أوجب فسخ الأخذ، ولم ينشئ سببا جديدا للملك، فلا يساوي عوده بالعقد. قوله: " لو استغلها الأول..... الخ "

المراد باستغلاله لها ظهور الثمرة بعد أخذه وقبل أخذ الثاني على وجه لا (١) تصير تابعة للأصل شرعا، سواء أخذ غلتها (٢) أم لا. وإنما لم يشاركه الثاني في الغلة لأن ملكه لم يتحقق إلا بأخذه، فقبله كان الملك منحصرًا في الأول، كما أن الأول لم يملك ما حصل من غلة الشقص بعد الشراء وقبل أخذه. وكذا القول في الثالث بالنسبة إلى الأولين. ولأن السابق ليس آخذًا بالنيابة عمّن بعده، إذ لا وكالة له منه، ولا حكم له عليه. نعم، لو كان وكيلا فأخذ بحق الوكالة له فلا إشكال في تحقق المشاركة.

وللشافعية (٣) وجه بمشاركة الثاني للسابق في الغلة. وضعفه ظاهر. قوله: " لو قال الحاضر..... الخ ". إذا قال أحد الغائبين بعد حضوره أو الحاضر ابتداء: لا آخذ حتى يحضر

(١) سقطت من " و ".
(٢) كذا في " خ "، وفي سائر النسخ: عليها.
(٣) لم نعثر عليه.

السادس: لو أخذ الحاضر ودفع الثمن، ثم حضر الغائب فشاركه ودفع إليه النصف مما 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 الشفعة ليست على الفور فلا إشكال في الجواز. وإن قلنا إنها على الفور ففيه وجهان:

أحدهما: لا، لتمكنه من الأخذ، فكان مقصراً في الأخذ.
والثاني: أنه يجاب إلى ذلك، لظهور عذره بتزلزل ملكه، وبذل كل الثمن في مقابلة ما لا يبقى ببقائه.

والمصنف - رحمه الله - تردد في ذلك. ومنشأ تردده مما ذكر، ومن الشك في كون مثل ذلك عذراً، فإن ضرره لا يدفع بضرر المشتري، والشفعة مبنية على القهر، فينبغي أن يقتصر فيها على موضع اليقين. والأقوى الجواز. وهو خيرة الدروس (١).

قوله: " لو أخذ الحاضر ودفع الثمن.... الخ "

إذا خرج الشقص مستحقاً بعد أخذ الشفعاء مترتبين فالمشهور أن عهدة الجميع على المشتري، لاستحقاقهم الشفعة عليه، فأخذ بعضهم قبل بعض لا يغير هذا الحكم، لبقاء الاستحقاق، فكان الأخذ أولاً كالنائب عن المتأخر، لاستواء (٢) الجميع في الاستحقاق.
ويشكل بأن أخذ الثاني ليس مبنياً على أخذ الأول، بل يفتقر إلى الأخذ

(١) الدروس الشرعية ٣: ٣٧٨.

(٢) في " د، ل، ط، م ": لاشارك.

السابع: لو كانت الدار بين ثلاثة، فباع أحدهم من شريكه، استحق الشفعة الثالث دون المشتري، لأنه لا يستحق شيئاً على نفسه. وقيل: يكون بينهما. ولعله أقرب.

جديد وصيغة خاصة كالأول. وملك الأول للجميع لا يرتفع من أصله بأخذ من بعده، بل من حين الأخذ، ومن ثم كان مجموع النماء المنفصل له. فكونه كالنائب في محل المنع، وخصوصاً عهدة الثمن، فإن المشتري لم يتسلم من غير الأول شيئاً، وإنما الأول أخذ من الثاني نصفه، والثالث دفعه إلى الأولين أو إلى الأول خاصة على الاحتمال السابق (١)، فرجوعه به على المشتري غير جيد. وبعضهم (٢) خص الحكم بغير الثمن - كالأجرة - وبالنقص، أما الثمن فكل منهم يسترد ما سلمه ممن سلمه إليه بغير إشكال. وهذا حسن. قوله: " لو كانت الدار بين ثلاثة... الخ ". القولان (٣) للشيخ في الخلاف (٤)، والثاني قوله في المبسوط (٥). ووجه الأول واضح، لأن الشفعة للانسان على نفسه غير معقولة، لامتناع أن يستحق الانسان تملك ملكه بها.

ووجه الثاني: اشتراكهما في العلة الموجبة للاستحقاق. ولا يمنع أن يستحق تملك الشقص بسببين: البيع والشفعة، لأن علل الشرع وأسبابه معرفات،

(١) انظر ص: ٢٩٢ - ٢٩٣.

(٢) راجع روضة الطالبين ٤ ج ١٨٥ - ١٨٦.

(٣) كذا فيما عدا " و "، وفي " و ": القول الأول للشيخ في.....، وفي الحجريتين: القولان للشيخ الأول في.....، وانظر الهامش (٤) هنا، فللشيخ قولان في الخلاف.

(٤) الخلاف ٣: ٤٤٧ مسألة (٢٦)، وص: ٤٥٢ مسألة (٣٥).

(٥) المبسوط ٣: ١٣٨.

فلا يمتنع أن يجتمع اثنان منها على معلول واحد. ولأن للشفعة أثرا آخر غير استحقاق الملك، وهو منع الشريك الآخر من تملك مقدار مشفوعه بالشفعة، وهذا الأثر لا مانع منه، ومن ثم قرب المصنف هذا، وكذا العلامة في المختلف (١) تفريعا على القول بثبوتها مع الكثرة.

وفيه قوة، وإن كان لا يخلو من نظر، لأن سبب الاستحقاق بالشفعة مترتب على سببه بالشراء ومتفرع عليه، فليسا معلولي علة واحدة حتى يقال: إنه لا يمتنع تملك الشقص بسببين، وإن علل الشرع لا يمتنع اجتماعها، بل إنما ملكه أولا بسبب الشراء، وبعد الشراء استحققه بالشفعة، فيعود المحذور من كونه يستحق تملك ملكه. ثم على تقدير اجتماع العلتين بعد الشراء فأثرهما مختلف، لأن الشراء علة في نقل الملك إليه من غيره، والاستحقاق بالشفعة أثره قرار ملكه عليه، فأحدهما غير الآخر وجودا وأثرا.

وقوله: " إن للشفعة أثرا آخر غير استحقاق الملك، وهو منع الشريك " فيه: أن استحقاق الملك ومنع الشريك من تملكه معلولا علة واحدة وهو استحقاق الشفعة، فيمتنع تخلف أحدهما عن الآخر، وقد امتنع أحدهما من جهة استلزامه المحال، فينبغي أن يمتنع الآخر.

ويتفرع على القولين أن الثالث بالخيار بين أن يترك جميع المبيع أو يأخذ الجميع على الأول، وعلى الثاني هو بالخيار بين أن يأخذ نصف المبيع أو يترك. فإن قال المشتري: خذ الكل أو اترك الكل وقد تركت أنا حقي، لم يلزمه الإجابة، ولم يصح إسقاط المشتري الشفعة، لأن ملكه مستقر على النصف

(١) المختلف: ٤٠٨.

الثامن: لو باع اثنان من ثلاثة صفقة، فللشفيع أخذ الجميع، وأن يأخذ من اثنين، ومن واحد، لأن هذه الصفقة بمنزلة عقود متعددة. ولو كان البائع واحدا من اثنين، كان له أن يأخذ منهما، ومن أحدهما.

ولو باع اثنان من اثنين كان ذلك بمنزلة عقود أربعة، فللشفيع أن يأخذ الكل، وأن يعفو، وأن يأخذ الربع، أو النصف، أو ثلاثة الأرباع.

بالشراء، فأشبهه ما إذا كان للشقص شفيعان حاضر وغائب، فأخذ الحاضر الجميع ثم عاد الغائب، فإن له أن يأخذ نصفه، وليس للحاضر أن يقول: اترك الكل أو خذ الكل وأنا تركت حقي. ولا نظر إلى تبعض الصفقة عليه، فإنه لزم من دخوله في هذا العقد.

قوله: " لو باع اثنان من ثلاثة... الخ "

الأصل في هذه المسألة أنه ليس للشفيع تفريق الصفقة على المشتري على ما مر في أثناء تلك الفروع. وأشار بما ذكر إلى أن تعدد كل من البائع والمشتري يوجب تعدد الصفقة، فللشفيع أن يأخذ نصيب واحد دون الآخر. فإذا كان الشركاء ثلاثة مثلا، فباع اثنان منهم نصيبهما من ثلاثة في عقد واحد، فالصفقة وإن كانت بحسب الصورة متحدة إلا أنها بحسب الحقيقة متعددة، لتعدد كل من البائع والمشتري. فللشفيع - وهو الثالث - أن يأخذ من كل واحد من الثلاثة، وأن يأخذ من اثنين خاصة ويعفو عن الآخر، وأن يأخذ نصيب واحد خاصة، لأنه لا يفرق على واحد ملكه.

ولو باع أحد الشركاء من اثنين أو أكثر، فالصفقة (١) متعددة أيضا بتعدد

(١) في هامش " ذ، د، و " : " لبعض العامة هنا وجه باتحاد الصفقة. من حيث إن المشتري ملك الكل بصفقة واحدة. وهو محتمل، ولكن لم يذكره الأصحاب هنا، وفي البيع ذكروا ما يناسبه، فينبغي تأمله. منه قدس سره " . انظر المبسوط للسرخسي ١٤ : ١٠٤، شرح فتح القدير ٨ : ٣٤٥، ولكن نقلا فيهما عن أبي حنيفة قولا بالتفصيل - فيما إذا باع أحد الشركاء من اثنين أو أكثر - بين الأخذ قبل قبض أحدهم نصيبه وبعده، فالصفقة متحدة في الأول ومتعددة في الثاني. وانظر مسالك الأفهام ٣ : ٢٨٦.

وليس لبعضهم مع الشفيع شفعة، لانتقال الملك إليهم دفعة،
فيتساوى الآخذ والمأخوذ منه.

المشتري وإن اتحد البائع، فللشريك الآخذ من الجميع والبعض. وكذا لو
انعكس، بأن باع اثنان من شركاء الدار شقفا من واحد، فللثالث أن يأخذ من
المشتري الجميع وحصّة أحد البائعين خاصة، لأن تعدد البائع يوجب تعدد العقد
كتعدد المشتري، فصار كما لو ملكه بعقدين. والمصنف - رحمه الله - لم يصرح
بهذا القسم، ولكن أشار إليه بقوله في المثال الأخير: " كان ذلك بمنزلة عقود
أربعة "

ولو باع اثنان من شركاء الدار نصيبهما بعقد واحد من رجلين، فالصفقة
نازلة منزلة أربعة عقود، بناء على أن تعدد البائع كتعدد المشتري. فللشفيع الخيار
بين أن يأخذ الجميع، وبين أن يأخذ ثلاثة أرباع المبيع، وهو نصيب أحد
المشتريين ونصف نصيب الآخر، وبين أن يأخذ نصفه، إما بأخذ نصيب أحدهما
وترك الآخر، أو بأخذ نصف نصيب كل واحد منهما، وبين أن يأخذ ربه بأخذ
نصف نصيب أحدهما لا غير. ومن هذا يظهر أن المصنف يرى تعدد الصفقة بتعدد
البائع أيضا وإن اتحد المشتري.

قوله: " وليس لبعضهم مع الشفيع..... الخ ".
لأن شرط ثبوت الشفعة لأحد الشريكين على الآخر تقدم ملك المستحق

ولو باع الشريك حصته من ثلاثة في عقود متعاقبة، فله أن يأخذ الكل، وأن يعفو، وأن يأخذ من البعض. فإن أخذ من الأول، لم يشاركه الثاني والثالث. وكذا لو أخذ من الأول والثاني لم يشاركه الثالث. ولو عفا عن الأول وأخذ من الثاني شاركه الأول. وكذا لو أخذ من الثالث شاركه الأول والثاني، لاستقرار ملكهما بالعفو.

على ملك المستحق عليه، وهو منتف هنا في المشترين بعقد واحد. قوله: " ولو باع الشريك حصته.... الخ "

وجه استحقاقه الأخذ من الجميع ومن البعض تعدد الصفقة، وكونه شريكا عند كل بيع. فإن أخذ من الأول خاصة لم يشاركه الثاني والثالث، لأنهما لم يكونا شريكين في وقت شراء الأول، فلا شفعة لهما. وإن أخذ من الأول والثاني لم يشاركه الثالث، لأنه لم يكن شريكا عند شرائهما. وإن أخذ من الثاني وعفا عن الأول شاركه، لاستقرار ملكه بالعفو، وكونه شريكا عند شراء الثاني، فيستحق الشفعة. وإن عفا عن الأول وأخذ من الثالث شاركه، لكونهما شريكين حال شرائه، وقد استقر ملكهما قبل الأخذ.

والمسألة على تقدير الأخذ من الثاني خاصة من أربعة وعشرين، لانكسار السدس في مخرج الربع إن قسمنا الشفعة على السهام، لأن نصيب الثاني يقسم بين الشفيع والأول أرباعا، للأول ربعه، لأن سهمه سدس، وللشفيع ثلاثة أرباعه، لأن بيده نصف هو ثلاثة أسداس. فتضرب أربعة مخرج الكسر في أصل الفريضة وهو ستة. وعلى القول بقسمتها على الرؤوس من اثني عشر، لانكسار السدس في مخرج النصف.

وعلى تقدير أخذه من الثالث فالفريضة من ثلاثين، لأن سدس الثالث

الشفعة بالملك لا بالعفو. ومثله ما لو باع الشفيح حصته قبل علمه بالشفعة. وهذا الاحتمال يتجه على القول بأن زوال ملك الشفيح لا يبطل حقه من الشفعة كما يقوله الشيخ (١)، وأما على القول به (٢) - كما يختاره المصنف (٣) - فلا، لأن الملك أحد جزئي السبب، وتمامه بقاء الملك إلى حين الأخذ، فإذا زال بطل حكم السبب.

وأما ما قيل في جوابه: بأن الاستحقاق وإن كان بالملك إلا أن العفو عنه وعدم أخذ الشقص من يده بالشفعة قرره وأكد سببه، وعدم العفو والأخذ أزال سببه، فلا يستويان.

فمرجهه إلى أن بقاء الملك شرط في تمام السببية في الشفعة، وهو أحد القولين في المسألة، والقائل بذلك الاحتمال لم يبينه (٤) عليه، وإنما بناه على القول المقابل له، ومن ثم شبهه بما لو باع الشفيح حصته قبل علمه بالشفعة، فانتقض عليه بالقول الآخر في أول المسألة، وإنما ينبغي النزاع في الأصل المبني عليه وتحقيق أمره. وسيأتي (٥) إن شاء الله تعالى.

إذا تقرر ذلك، فعلى هذا الاحتمال لو كان للشفيح نصف العقار المشفوع، ولشريكه الآخر الذي باع من الثلاثة نصفه، فباع من كل واحد منهم سدسا، وقلنا بأن الشفعة منقسمة على حسب السهام، فللشفيح تمام نصيب الأول وهو

-
- (١) المبسوط ٣: ١٤٢.
(٢) في "ط" القول بأنه يبطله كما.....
(٣) راجع ص: ٣٤٣.
(٤) في "ذ، د. ط" : ينبه.
(٥) راجع ص: ٣٤٣.

السدس، وثلاثة أرباع نصيب الثاني، وللأول رבעه، لأن بيد الشفيح نصف بالأصل وهو ثلاثة أسداس، وشريكه في نصيب الثاني هو الأول وبيده سدس، فترجع سهامهما إلى أربعة بيد الأول منها ثلاثة والثاني واحد، فإذا وزع الشقص المشفوع على السهام كان سقط الشفيح ثلاثة أرباعه والأول ربعه. وكذا للشفيح ثلاثة أخماس سهم الثالث، لأن له فيه شريكين الأول والثاني، وبيد كل واحد منهما سهم وبيده ثلاثة، فالقسمة أخماساً، فنصيبه بالتوزيع ثلاثة أخماس، وللأول ربع سهم الثاني وخمس سهم الثالث، وللثاني خمس سهم الثالث. فتصح المسألة من مائة وعشرين، لأن أصل الفريضة ستة، وقد انكسر السدس تارة في مخرج الربع وأخرى في مخرج الخمس، وهما متباينان، فتضرب أحد المخرجين في الآخر ثم المرتفع - وهو عشرون - في أصل الفريضة تبلغ مائة وعشرين، للشفيح منها ستون بالشركة، وعشرون سدس الأول، وخمسة عشر ثلاثة أرباع سدس الثاني، واثنان عشر ثلاثة أخماس سدس الثالث، وذلك مائة وسبعة. وللأول خمسة من الثاني، وأربعة من الثالث. وللثاني أربعة من الثالث. وذلك تمام الفريضة.

وعلى القول بأن الشفعة على عدد الرؤوس تصح من ستة وثلاثين، لأن للشفيح سدس الأول ونصف سدس الثاني وثلث سدس الثالث، وللأول نصف سدس الثاني وثلث سدس الثالث، وللثاني ثلث سدس الثالث، فينكسر السدس تارة في مخرج النصف وأخرى في [مخرج] (١) الثلث، وهما متباينان، فتضرب اثنين في ثلاثة ثم المرتفع وهو ستة في أصل الفريضة تبلغ ستة وثلاثين، للشفيح

(١) من "د، ط، م".

منها ثمانية عشر بالشركة، وستة نصيب الأول، وثلاثة من نصيب الثاني، واثنان من نصيب الثالث. وللأول ثلاثة واثنان. وللثاني اثنان. فللشفيع تسعة وعشرون والباقي كما ذكر.

واعلم أنا (١) متى قلنا بمشاركة الأول والثاني أو أحدهما للشفيع في فرض من الفروض فبناء الحكم على القول بثبوتها مع كثرة الشفعاء واضح. وإن قلنا بعدم مشاركتها له، كما لو أخذ من الجميع أو من الأول خاصة أو منه ومن الثاني، قيل: صح أخذه وإن قلنا باشتراط اتحاد الشريك، لأن الشريك المستحق للشفعة متحد. وقيل: يختص ذلك بما لو أخذ من الجميع. ويشكل القولان بأن النصوص مطلقة في أن الشركاء متى كانوا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة، الشامل لما إذا كان كل واحد من الشركاء مستحقا للشفعة وعدمه، وهو متحقق هنا قبل الأخذ بالشفعة، إذ لا شبهة في كون كل من المشترين من الشريك شريكا وإن لم يكن ملكه مستقرا، فإن ذلك ليس بشرط على ما حققناه سابقا (٢).

والبحث آت أيضا فيما لو باع الشريك من اثنين أو أزيد دفعة، فإن اعتبرنا في الشريك المانع كونه مستحقا للشفعة فالشفيع واحد وهو الشريك القديم، سواء أخذ من الجميع أم من البعض، إذ لا يستحق بعضهم على بعض شفعة، لاستوائهم في الملك. وإن اكتفينا في المنع بمطلق الشريك فلا شفعة هنا لأحد أيضا، أما للحادثين فللاقتران، وأما للقديم فلتكثر الشركاء قبل الأخذ.

(١) في " ط " : أنه متى

(٢) انظر ص: ٣٠٢.

التاسع: لو باع أحد الحاضرين [شيئا]، ولهما شريكان غائبان، فالحاضر هو الشفيع في الحال، إذ ليس غيره. فإذا أخذ وقدم أحد الغائبين، شارك فيما أخذ الحاضر بالسوية. ولو قدم الآخر، شاركهما فيما أخذًا [٥]، فيكون له ثلث ما حصل لكل واحد منهما.
العاشر: لو كانت الدار بين أخوين، فمات أحدهما وورثه ابنان، فباع أحد الوارثين، كانت الشفعة بين العم وابن الأخ، لتساويهما في الاستحقاق. وكذا لو كان وارث الميت جماعة.

قوله: " لو باع أحد الحاضرين... الخ ".
البحث في هذه المسألة كما ذكر في المسألة الأولى على تقدير غيبة الجميع ثم حضور أحدهم، إذ لا يفترق الحال بين حضوره ابتداء أو بعد البيع، فما ذكرناه ثم كله آت هنا.
قوله: " لو كانت الدار بين أخوين..... الخ ".
وجه اشتراك العم وابن أخيه ظاهر، لكونهما شريكين وإن اختلف سبب الملك، إذ لا مدخل له في استحقاق الشفعة.
ونبه بذلك على خلاف بعض العامة (١) حيث ذهب إلى اختصاص ابن الأخ بالشفعة، استنادا إلى أن ملكه أقرب إلى ملك الأخ، لأنهما ملكا بسبب واحد، ولهذا لو ظهر دين على أبيهما يباع فيه ملكهما دون ملك العم، وإذا كان أقرب ملكا كان أحق بالشفعة كالشريك مع الجار.

(١) الحاوي الكبير ٧: ٢٥٥، حلية العلماء ٥: ٢٩٩ - ٣٠٠، المغني لابن قدامة ٥: ٥٢٤، الكافي للقرطبي ٢: ٨٥٨، روضة الطالبين ٤: ١٨٣.

المقصد الثالث

في كيفية الأخذ

ويستحق الشفيع الأخذ بالعقد وانقضاء الخيار، لأنه وقت اللزوم.
وقيل: بنفس العقد وإن لم ينقض الخيار، بناء على أن الانتقال يحصل
بالعقد. وهو أشبه.
أما لو كان الخيار للمشتري خاصة، فإنه يستحق بنفس العقد،
لتحقق الانتقال.

ورد بأن النظر إلى ملك المشتري لا إلى سببه، لأن الضرر المحوج إلى
إثبات الشفعة لا يختلف. وكذا الحكم لو ورث الميت جماعة، إذ لا فرق على
التقديرين بين الواحد والجماعة.

قوله: " ويستحق الشفيع الأخذ.... الخ "

إذا اشتمل بيع المشفوع على خيار، فإن كان للمشتري فلا خلاف (١) في
استحقاق الشفيع الشفعة بنفس العقد، لأن انتقال الملك عن البائع يحصل به، ولا
يتوقف على انقضاء الخيار، والشفعة مترتبة على صحة البيع وانتقال الملك إلى
المشتري ليؤخذ منه ويكون الدرك عليه.

وإن كان الخيار للبائع أو لهما أو للبائع مع أجنبي، فإن لم نقل بانتقال
المبيع إلى المشتري فلا شفعة إلى أن ينقضي الخيار، ليتحقق الانتقال. وإن
قلنا بانتقال الملك بالبائع - كما هو أشهر القولين وأصحهما - ثبتت الشفعة،
لحصول المقتضي، وهو البيع الناقل للملك مع وجود الشريك، وانتفاء المانع،

(١) في " خ ": كلام.

إذ ليس إلا الخيار وهو غير صالح للمانع، لأن النزول 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. والأصح العدم، لأصالة البقاء. فإن فسخ البائع أو ذو الخيار بطلت الشفعة، وإن لم يفسخ حتى خرجت المدة ثبتت.

وأما على تقدير كون الخيار للمشتري فظاهرهم سقوط خياره، لانتفاء الفائدة من فسحه، بخلاف فسخ البائع، لأن غرضه على تقدير الفسخ حصول الثمن وقد حصل من الشفيع.

لكن قال في الدروس (١): ويلزم على قول الفاضل (٢) - وعنى به كون أخذ الشفيع على تقدير خيار البائع مراعى - أن تكون المطالبة على تقدير كون الخيار للمشتري مراعاة أيضاً.

واللزوم غير واضح، للفرق بين الأمرين بما ذكرناه، [و] (٣) من حصول الفائدة للبائع لا للمشتري، إلا أن يقال بأن المشتري يتعلق غرضه في الخيار بغير الثمن، كما إذا أراد أن يدفع دركه عنه. ويمكن على هذا أن يراعى سقوط خياره باشتراط سقوط الدرك عنه، مع أنهم حكموا بأنه ليس للمشتري الرد بالعيب لو رضي الشفيع بالمعيب، مع أن فيه الدرك فليكن

(١) الدروس الشرعية ٣: ٣٦٢.

(٢) المختلف: ٤٠٥.

(٣) من " و " .

هنا كذلك.

واعلم أن التفصيل الذي نقلناه عن الشيخ (١) بالفرق بين ما لو كان الخيار للبائع أو للمشتري ذكره الشيخ في الخلاف (٢) والمبسوط (٣) في باب الشفعة، وفرق بما ذكره من انتقال المبيع إلى ملك المشتري على تقدير كون الخيار له، دون ما إذا كان للبائع أو لهما، وسيأتي (٤) نقله عنه كذلك في الكتاب. مع أنه قال في الخلاف في باب (٥) الخيار من البيع إنه إذا كان: " للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضي الخيار، فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأول ".
وعلى هذا فينبغي التسوية في عدم ثبوت الشفعة عنده مع الخيار مطلقا، لعدم انتقال الملك إلى المشتري حينئذ مطلقا، وثبوت الشفعة متوقف على ملكه ليؤخذ منه، كما اعترف به هو وغيره (٦) هنا. لكنه لما (٧) حكم بثبوت الشفعة هنا لو كان الخيار للمشتري، ورجع عن ذلك القول، ولم يقل غيره بذلك القول، لم (٨) يتحقق الخلاف في المسألة زيادة على التفصيل المذكور.

-
- (١) كذا في النسخ الخطية، ولعله سهو من قلمه الشريف " قدس سره "، إذ لم يصرح فيما سلف بنقله عن الشيخ، انظر ص: ٣٠٧.
(٢) الخلاف ٣: ٤٤٥ مسألة (٢١).
(٣) المبسوط ٣: ١٢٣.
(٤) في ص: ٣٤٥.
(٥) الخلاف ٣: ٢٢ مسألة (٢٩).
(٦) المهذب ١: ٤٥٥.
(٧) كذا في الحجريتين. ولعله الصحيح، وفيما لدينا من النسخ الخطية: كما.
(٨) كذا في " ذ، خ "، وفي سائر النسخ: ولم.

وليس للشفيح تبويض حقه، بل يأخذ الجميع أو يدع.
ويأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد، وإن كانت قيمة الشقص أكثر
أو أقل. ولا يلزمه ما يغرم المشتري من دلالة، أو وكالة، أو غير ذلك
من المؤن.

قوله: " وليس للشفيح تبويض حقه..... الخ ".
لأن حقه هو المجموع من حيث هو مجموع، ولما في تبويض الصفقة من
الاضرار بالمشتري، ولا يناسب بناء الأخذ الذي شرع لدفع الاضرار على
الاضرار.
فعلى هذا لو قال: أخذت نصف الشقص - مثلا - بطلت شفيعته بناء على
اعتبار الفورية، لأن المأخوذ لا يستحقه كما تقرر، وأما الباقي فلأنه إن ظهر منه
إسقاط حقه منه فظاهر، وإلا فقد حصل التراخي بأخذه، فتبطل الشفيعه في
الجميع.

وفيه وجه ضعيف بالصحة في الجميع، بناء على أن أخذ البعض يستلزم
أخذ الجميع، لعدم صحة أخذه وحده. وضعفه ظاهر، لمنع الاستلزام، وجواز
تعلق الغرض بالبعض خاصة.

قوله: " ويأخذ بالثمن الذي وقع..... الخ ".
المراد بأخذه بالثمن أخذه بمثله، لعدم إمكان الأخذ به نفسه غالبا، فإن
كان مثليا لزمه مثله وإلا فقيمه، كما سيأتي (١). ولا فرق بين كونه مساويا لقيمة
الشقص ومخالفا بالزيادة والنقصان، لاطلاق النص. ولا يلزمه غيره مما يغرمه
المشتري بسببه، من دلالة وأجرة ناقد ووزان وغيرها، إذ ليست من الثمن وإن

(١) في ص: ٣١٤.

ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد وانقضاء الخيار، لم تلحق الزيادة، بل كانت هبة لا يجب على الشفيع دفعها. ولو كانت الزيادة في زمان الخيار، قال الشيخ: تلحق بالعقد، لأنها بمنزلة ما يفعل في العقد. وهو يشكل على القول بانتقال الملك بالعقد. وكذا لو حط البائع من الثمن، لا يلحق بالعقد.

كانت من توابعه.

قوله: " ولو زاد المشتري في الثمن..... الخ "

إذا قلنا بانتقال المبيع إلى ملك المشتري بمجرد العقد فلا إشكال في كون الثمن هو الواقع فيه، ولا عبرة بما يزداد وينقص بعده.

وأما الشيخ (١) - رحمه الله - فقد حكم بإلحاق الزيادة والنقيصة بالثمن في مدة الخيار، محتجا بأن الشفيع يأخذ بالثمن الذي يستقر العقد عليه، وهذا هو الذي استقر عليه [العقد] (٢).

والجماعة (٣) بنوا مذهبه في ذلك على مذهبه السابق من عدم انتقال الملك إلى المشتري إلا بانقضاء الخيار.

ولا يخلو من نظر، لأنه لو كان كذلك لخص الحكم بما إذا كان الخيار للبائع، لا اعترافه بأنه إذا كان للمشتري وحده ينتقل إليه الملك، كما حكينا عنه في هذا الباب (٤)، وإن كان قد عمم الحكم في البيع (٥). وتعليقه إلحاق الزيادة والنقصان بما حكينا عنه من أنه الذي استقر عليه العقد لا يدل على حكم

(١) المبسوط ٣: ١٠٨.

(٢) من " د، ط، م "

(٣) انظر الدروس الشرعية ٣: ٣٦٣.

(٤) انظر ص: ٣٠٩ هامش (٢، ٣، ٥).

(٥) انظر ص: ٣٠٩ هامش (٢، ٣، ٥).

ولا يلزم المشتري دفع الشقص، ما لم يبذل الشفيع الثمن الذي وقع عليه العقد.

الانتقال، بل هو أعم منه. ولو فرض بناؤه هذا على حكم مذهبه في البيع دون ما هنا ل زاد الاضطراب، إلا أنه لا ضرورة إليه إلا على التقدير الذي فهموه عنه. وفي قول المصنف: " وهو يشكل على القول بالانتقال " تنبيه على ما ذكرناه من أن بناءه ليس على عدم الانتقال، وإلا لما كان كلامه مشكلا على تقدير الانتقال بل مردودا. وإنما محصل كلام المصنف - رحمه الله - أن إطلاق الشيخ - رحمه الله - إلحاق الزيادة والنقيصة بالثمن في 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، فينبغي أن لا يلحق. وعلى القول بانتقال الملك في الحالتين لا يتم فيهما.

قوله: " ولا يلزم المشتري دفع الشقص..... الخ " .

إنما اعتبر هنا دفع الثمن أولا ولم يعتبر ذلك في غيره من المعاوضات كالبيع بل اعتبر التسليم معا، لأن هذه معاوضة قهرية أخذ العوض فيها بغير رضا المشتري، فيجبر وهن قهره بتسليم الثمن إليه أولا، بخلاف البيع، فإن مبناه على الاختيار فلم يكن أحد من المتبايعين أولى بالبداة من الآخر. وهذه في الحقيقة علة مناسبة، لكن لا دلالة في النصوص عليها، وإثباتها بمجرد ذلك لا يخلو من إشكال. نعم، اعتبرها العامة في كتبهم (١)، وهي مناسبة على قواعدهم. ولو قيل هنا بأن المعبر التقابض معا كالبيع كان وجهها.

(١) حلية العلماء ٥ : ٣٠٥، روضة الطالبين ٤ : ١٦٨، بدائع الصنائع ٥ : ٢٤.

ولو اشترى شقصا وعرضا في صفقة، أخذ الشقص بحصته من الثمن. ولا يثبت بذلك للمشتري خيار، لأن استحقاق الشفعة تجدد في ملك المشتري.

واعلم أن الملك للشفيع يحصل بالأخذ قبل دفع الثمن، كما أن الملك يحصل في البيع بالعقد، ووجوب التسليم حكم آخر بعده. وهل الحكم هنا كذلك، بمعنى عدم توقف الملك على التقابض، أم لا يتم ملك الشفيع هنا بدون تسليم الثمن؟ ليس في عبارة المصنف ما يدل على زيادة على الأول. وذهب بعضهم (١) إلى الثاني. وليس بذلك البعيد. ثم على تقديره هل يكون دفع الثمن جزءا من السبب المملك، أم كاشفا عن حصول الملك بالأخذ القولي؟ وجهان أجودهما الثاني. وتظهر الفائدة في النماء المتخلل بينهما.

قوله: " ولو اشترى شقصا وعرضا.... الخ ". المراد أنه اشترى ما فيه الشفعة وما ليس فيه صفقة، بأن اشترى سيفاً أو ثوبا مع شقص من عقار مشفوع، فإنه تثبت الشفعة في المشفوع دون الآخر وإن تبعضت الصفقة على المشتري، لوجود المقتضي للشفعة في الشقص دون الآخر، وانتفاء المانع، إذ ليس إلا ضميمة غيره وهو غير صالح للمانع، للأصل. ولا يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة، لأن شرطه وجود سببه حالة العقد وهو منتف هنا، لأن تبعض الصفقة تجدد بسبب الأخذ بالشفعة المتجدد في ملك

(١) لم نجد تصريحاً بذلك. نعم. يظهر ذلك من خلال كلامهم. انظر السرائر ٢: ٣٨٨، قواعد الأحكام ١: ٢١٣، الدروس الشرعية ٣: ٣٧١.

ويدفع الشفيع مثل الثمن إن كان مثليا، كالذهب والفضة.
وإن لم يكن له مثل كالحيوان والثوب والجوهر، قيل: تسقط،
لتعذر المثلية، ولرواية علي بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام.
وقيل: يأخذها بقيمة العرض وقت العقد. وهو أشبه.

المشتري أو لدخول المشتري فيها عالما بالحال. وحينئذ يوزع الثمن عليهما
باعتماد قيمتهما، ويأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن، ويعتبر قيمتهما يوم
البيع.

قوله: " ويدفع الشفيع مثل الثمن.... الخ "

لا خلاف في ثبوت الشفعة على تقدير كون الثمن مثليا، ولأن الشفيع
يأخذ الشقص بالثمن وخصوصيات الشخص غير مرادة غالبا، وإنما المطلوب
المثل، لمساواته لما دفعه المشتري في غالب الأوصاف والخواص.
واختلفوا فيما إذا كان الثمن قيميا، فذهب جماعة (١) - منهم الشيخ في
الخلافا (٢) مدعى الاجماع، والعلامة في المختلف (٣) - إلى عدم ثبوت الشفعة
حينئذ، اقتصارا فيما خالف الأصل على موضع اليقين، ولرواية علي بن رثاب
عن الصادق عليه السلام: " في رجل اشترى دارا برقيق ومتاع وبز (٤) وجوهر،
قال: ليس لأحد فيها شفعة " (٥). وحسنة هارون بن حمزة الغنوي إلى أن قال:

(١) الوسيلة: ٢٥٨، المؤلف من المختلف ١: ٦٣١ مسألة (٧)، جامع المقاصد ٦: ٤٠٥.

(٢) الخلافا ٣: ٤٣٢ مسألة (٧).

(٣) المختلف: ٤٠٤.

(٤) البز: الثياب من الكتان أو القطن. المنجد: ٣٦.

(٥) الفقيه ٣: ٤٧ ح ١٦٤، التهذيب ٧: ١٦٧ ح ٧٤٠، الوسائل ١٧: ٣٢٤ ب " ١١ " من
أبواب الشفعة ج ١.

" فهو أحق بها من غيره بالثمن " (١). وإنما يتحقق ذلك في المثلي، لأن الحقيقة غير مرادة إجماعاً، فيحمل على أقرب المجازات إلى الحقيقة وهو المثل. وذهب الأكثر - ومنهم الشيخ في غير الخلاف (٢) والعلامة في غير المختلف (٣) - إلى ثبوتها فيه، لعموم الأدلة الدالة على ثبوت الشفعة. ولأن القيمة بمنزلة العوض المدفوع. ولضعف مستند المنع سندا ودلالة. أما الأول ففي طريقه الحسن بن سماعة وهو واقفي، والعجب من دعوى العلامة في التحرير (٤) صحته مع ذلك. ودلالته على موضع النزاع ممنوعة، فإن نفي الشفعة أعم من كونه بسبب كون الثمن قيمياً أو غيره، إذ لم يذكر أن في الدار شريكا، فجاز نفي الشفعة لذلك عن الجار وغيره، أو لكونها غير قابلة للقسمة، أو لغير ذلك. وبالجملة، فإن المانع من الشفعة غير المذكور، وأسباب المنع كثيرة، فلا وجه لحمله على المتنازع أصلاً. والعجب مع ذلك من دعوى أنها نص في الباب، مع أنها ليست من الظاهر فضلاً عن النص. وأما الثاني، فإنه وإن كان من الحسن إلا أن الحقيقة [فيه] (٥) غير مرادة كما ذكر، وأقرب المجازات إلى الحقيقة بحسب الحقيقة. فإن كان مثلياً فالأقرب إليه مثله، وإن كان قيمياً فالأقرب إليه قيمته، وهذا واضح، أما اختصاصه بالمثلي

(١) الكافي ٥: ٢٨١ ح ٥، التهذيب ٧: ١٦٤ ح ٧٢٨، الوسائل ١٧: ٣١٦ ب " ٢ " من أبواب الشفعة.

(٢) المبسوط ٣: ١٠٨.

(٣) تذكرة الفقهاء ١: ٥٩٦، قواعد الأحكام ١: ٢١٣، إرشاد الأذهان ١: ٣٨٦.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ١٤٨.

(٥) من " د، و، م ".

وإذا علم بالشفعة، فله المطالبة في الحال، فإن أضر لعذر عن مباشرة الطلب وعن التوكيل فيه لم تبطل شفيعته. وكذا لو ترك لتوهمه كثرة الثمن فبان قليلا، أو لتوهم الثمن ذهباً فبان فضة، أو حيواناً فبان قماشاً. وكذا لو كان محبوساً بحق هو عاجز عنه، وعجز عن الوكالة.

فلا، إذ لو كان الثمن قيمياً فلا بد من اعتبار مجازه حيث لا يراد الحقيقة، وإلا لزم اختصاص الحكم بالحقيقة، فيرد مثله في المثلي، لأن المثل ليس بحقيقة. إذا تقرر ذلك، فعلى القول الأصح من ثبوتها مع كون الثمن قيمياً فالمعتبر قيمته وقت العقد، لأنه وقت استحقاق الثمن والعين متعذرة فوجب الانتقال إلى القيمة.

وقيل: المعتبر وقت الأخذ، لوجوبه حينئذ على الشفيع، فيعتبر قيمته وقت الوجوب حيث يتعذر العين. وقيل: يعتبر الأعلى من وقت العقد إلى دون (١) الأخذ، كالمغاصب. وهو أضعفها.

قوله: " وإذا علم بالشفعة..... الخ "

لا كلام في أن الشفيع إذا علم بالشراء له المطالبة بالشفعة في الحال. [و] (٢) إنما الكلام في أن المبادرة مع الامكان [هل هي] (٣) شرط في الاستحقاق فيبطل مع الاخلال بها أم لا؟ والمصنف لم يصرح هنا بذلك، بل اقتصر على أن له

(١) في " و ": وقت.

(٢) من الحجريتين.

(٣) من " م " .

المطالبة في الحال، وعلى أن التأخير لعذر غير مبطل للشفعة، وكلاهما لا إشكال فيه، ولكنه سيصرح (١) فيما يأتي باختيار الفورية، ولو صرح به هنا لكان أجود ولذلك تعين تأخير البحث عنه إلى ذلك الموضوع.

وحيث تعتبر الفورية فلا يقدر فيها تأخيره لعذر يمنع المبادرة إليها مباشرة أو توكيلا. وقد ذكر من الأعذار ما لو ترك لتوهمه كثرة الثمن لأمانة أو جفته، كإخبار مخبر ثم ظهر كذبه ونحو ذلك، لا بمجرد الاحتمال، فإن الشفعة باقية إلى حين العلم بحقيقة الحال، فتصير فورية (٢) حينئذ على القول بها. وإنما كان ذلك عذرا لأن قلة الثمن مقصودة في المعاوضة، فربما كان الترك مستندا إلى الكثرة. ومثله ما لو اعتقده ذهاب فبان فضة، أو حيوانا فبان قماشاً، ونحو ذلك، لأن الغرض قد يتعلق بجنس دون آخر، لسهولة تحصيله عليه أو غيرها. وكذا لو كان محبوسا بحق هو عاجز عن أدائه، بخلاف ما لو كان قادرا، لأن التأخير، من قبله حينئذ، إذ يجب عليه دفع الحق ليخلص من الحبس المانع من تعجيل المطالبة.

واحترز بالحق عما لو كان محبوسا بباطل، فإنه عذر وإن قدر على أدائه، قليلا كان أم كثيرا، إذ لا يجب عليه دفع ما ليس مستحقا عليه. لكن يشترط في هذين عجزه عن الوكالة ليكون الحبس عذرا، فإن قصر في الوكالة بطلت شفעתه، كما أنه لو وكل مع حبسه بحق هو قادر عليه فالشفعة بحالها، لقيام الوكيل مقامه، فلا تقصير.

(١) في ص: ٣٥٨.

(٢) في " و ": فوريته.

وتجب المبادرة إلى المطالبة عند العلم، لكن على ما جرت العادة به غير متجاوز عاداته في مشيه. ولو كان متشاغلا بعبادة واجبة أو مندوبة لم يجب عليه قطعها، وجاز الصبر حتى يتمها. وكذا لو دخل عليه وقت الصلاة، صبر حتى يتطهر ويصلي متئدا.

وهل المعتبر في الحق كونه في الظاهر، أو بحسب اعترافه؟ وجهان، كما لو قامت عليه البينة بحق وهو منكر له، من ظهور الحق عليه شرعا، ومن دعواه الظلم. وفي إلحاقه بالحق قوة. ومن العذر ما لو سمع أن المشتري شخص (١) فبان غيره، أو أن المشتري قدر (٢) فبان أزيد منه أو أنقص، ونحو ذلك، لاختلاف الأغراض في ذلك اختلافا بينا.

قوله: " وتجب المبادرة إلى المطالبة.... الخ ". المراد بالطلب في هذا ونظائره الأخذ بالشفعة قولا أو فعلا، والطلب كناية عنه، فإن حقيقة الطلب هنا منافية للفور المعتبر في الأخذ، ولا مدخل له فيه. والمراد بالوجوب معناه اللغوي وهو الثبوت، بمعنى أن المبادرة إلى الطلب مر ثابت. وفيه دلالة على اعتبار الفورية أزيد من السابقة، ومع ذلك ليست صريحة في المطلوب، إذ لا يلزم من ثبوت المبادرة منافاة عدمها لها بحيث تبطل الشفعة بدونها، وإنما الحوالة بهذا الحكم على ما سيأتي (٣).

(١) كذا في " و " وفي سائر النسخ: شخصا.
(٢) فيما لدينا من النسخ الخطية: قدرا، والصحيح ما أثبتناه.
(٣) في ص: ٣٥٨.

والمراد بالمبادرة الاشتغال بالأخذ ومقدماته حيث يتوقف عليها على الوجه المعتاد، لا المبادرة بكل وجه ممكن. فيكفي مشيه إلى المشتري بالمعتاد وإن قدر على الزيادة، وانتظار الصبح لو علم ليلا، والصلاة إذا حضر وقتها، ومقدماتها ومتعلقاتها الواجبة والمندوبة التي يعتادها، وانتظار الجماعة، وتحري الرفقة حيث يكون الطريق مخوفا ليصحبهم هو أو وكيله، وزوال الحر والبرد المفرطين، ولبس الخف ونحوه، وغلق الباب، والخروج من الحمام بعد قضاء وطره فيه لو سمع بعد دخوله [فيه] (١)، والسلام على المشتري بعد وصوله إليه وتحيته بالمعتاد، ونحو ذلك.

هذا كله إذا كان غائبا. أما مع حضور المشتري فلا يعد شيء من هذه عذرا، لأن قوله: "أخذت بالشفعة" لا ينافي شيئا من ذلك. وبالجملة، فالمرجع في ذلك كله إلى العرف، فما يعد فيه تقصيرا وتوانيا في الطلب تسقط به الشفعة، وما لا يعد تقصيرا لا يسقطها. والمراد بقوله: "وجاز الصبر حتى يتمها" معناه الأعم الشامل للوجوب، لأن قطع الواجبة لذلك غير جائز، وقطع النافلة مكروه، و [أن] (٢) جواز الإتمام بالمعنى الأعم يشمل القسمين من حيث إنه قدر مشترك بينهما، لا من حيث استعمال المشترك في معنييه. ولو أريد بالمعنى الثاني جاز أيضا بطريق المجاز. والمراد بالمتند: المتثبت من غير عجلة. قال ابن الأثير في النهاية: "يقال:

(١) من "د، و، خ، م".
(٢) من "د، ط، ل، م".

ولو علم بالشفعة مسافرا، فإن قدر على السعي أو التوكيل فأهمل
بطلت شفيعته. ولو عجز عنهما لم تسقط، وإن لم يشهد بالمطالبة.

توأت إذا تأنى وتثبت ولم يعجل، واتتد في أمرك أي: تثبت " (١). وعلى هذا فيجب
كتابة قوله: " متتدا " بالتاء المثناة المشددة ثم الهمزة، وتكتب بالياء لكونها
مكسورة. وفي كثير من النسخ مكتوب بألف بين التاء والياء. وهو غلط.
قوله: " ولو علم بالشفعة مسافرا... الخ "

العدر الذي لا تسقط الشفعة معه بسبب عدم الفورية قسمان:
أحدهما: ما ينتظر زواله عن قرب، كالاتغال بالصلاة والطعام وقضاء
الحاجة ونحوها. وهذا لا يجب عليه التوكيل، بل ينتظر زوال العذر. وقد تقدم.
والثاني: ما لا ينتظر زواله عن قرب، كالسفر والمرض والحبس على
الوجه السابق. وهذا يجب عليه المبادرة أو التوكيل مع القدرة عليهما،
ويتعين أحدهما مع القدرة عليه خاصة، وإلا بطلت شفيعته، لما فيه من طول
المدة وعدم المسامحة في مثله. ولو عجز عن الأمرين معا لم تسقط شفيعته،
لعدم التقصير.

ولا يجب الاشهاد على المطالبة عندنا وإن تمكن منه، خلافا لبعض
العامّة (٢)، للأصل، وعدم دليل على اعتباره. وتجب المبادرة إلى أحدهما بعد
زوال العذر في أول أوقات إمكانه كما سبق. ولو قصر الوكيل في الأخذ لم يعد
تقصيرا من الموكل حيث لا يعلم بحاله.

(١) النهاية لابن الأثير ١: ١٧٨.

(٢) اللباب في شرح الكتاب ٢: ١٠٧، بدائع الصنائع ٥: ١٧، الحاوي الكبير ٧: ٢٤٢، حلية العلماء ٥:

٢٨٨، روضة الطالبين ٤: ١٦٩.

ولا تسقط الشفعة بتقاييل المتبايعين، لأن الاستحقاق حصل بالعقد، فليس للمتبايعين إسقاطه، والدرك باق على المشتري. نعم، لو رضي بالبيع ثم تقايلا لم يكن له شفعة، لأنها فسخ وليست بيعا.

ولو باع المشتري كان للشفيع فسخ البيع والأخذ من المشتري الأول، وله أن يأخذ من الثاني. وكذا لو وقفه المشتري، أو جعله مسجدا، فللشفيع إزالة ذلك كله وأخذه بالشفعة.

قوله: " ولا تسقط الشفعة بتقاييل..... الخ ".
إذا تقاييل المتبايعان بعد ثبوت الشفعة، فإن عفا الشريك عنها سقطت من جهة الشراء، ولم تتجدد بالإقالة عندنا كما لا يتجدد بالرد ببيع. وعند من جعلها بيعا مطلقا أو في حق الشفيع تجددت بالإقالة وأخذ الشقص من البائع. وإن حصل التقاييل قبل علم الشفيع بالشفعة لم تسقط بالإقالة، لسبق حق الشفيع على حق البائع، من حيث إن الشفعة استحقت بالشراء، فله فسخ الإقالة والأخذ من المشتري على قاعدة الشفعة، ويعود الدرك على المشتري.
ثم فسخ الإقالة يرفعها من حين الفسخ ولا يبطلها من أصلها، كما هي قاعدة الفسوخ كنظائرها. فنماء المبيع المنفصل المتخلل بين الإقالة وفسخها للبائع، ونماء الثمن للمشتري. وما قيل هنا خلاف ذلك لا يوافق القواعد الشرعية. ومن جعلها بيعا خير الشفيع بين الأخذ بالإقالة وجعل الدرك على البائع، وبين فسخها حتى يعود الشقص إلى المشتري فيأخذ منه.
قوله: " ولو باع المشتري كان..... الخ ".
تصرفات المشتري في الشقص بالبيع والوقف وغيرهما صحيحة، لوقوعها

في ملكه، لكن لا يبطل بذلك حق الشفيع، لسبقه، فإذا أخذ الشفيع أبطل التصرف المنافي له.

ثم ينظر إن كان التصرف مما يثبت فيه الشفعة كالبيع تخير بين أخذه من المشتري الأول والثاني، وكذا من غيره على تقدير تعدده زيادة على ذلك، لأن كل واحد من البيوع الواقعة سبب تام في ثبوت الشفعة، فالتعيين إلى اختيار الشفيع، خلافا لبعض العامة (١) حيث صحح التصرف وأبطل الشفعة، نظرا إلى وقوعه من مالك، فتبطل، لمنافاة صحته لبقائها. ثم لا تتجدد، لأنه تصرف يبطل الشفعة فلا يثبتها. وهما ضعيفان عندهم أيضا، لسبق الحق ووجود المقتضي. ثم إن أخذ الشفيع بالشراء الأول دفع الثمن الأول، وبطل المتأخر مطلقا. وإن أخذ بالأخير أخذ بثمانه. وصح السابق مطلقا، لأن الرضا به يستلزم الرضا بما سبق عليه. وإن أخذ من المتوسط أخذ بثمانه، وصح ما تقدمه وبطل ما تأخر وإن كان التصرف مما لا تثبت فيه الشفعة، كالوقف والهبة والإجارة، فللشفيع نقضه وأخذ الشقص بالشفعة، لسبق حقه والتمن للواهب، سواء كانت لازمة أم جائزة، لبطانها بالأخذ بالشفعة، لسبق حق الشفيع. ونبه المصنف بقوله: " وكذا لو وقفه أو جعله مسجدا... الخ " على خلاف بعض العامة (٢) حيث حكم بعدم نقض الوقف، وآخرين حيث حكموا ببطلان تصرف المشتري. وضعف الكل ظاهر.

(١) راجع روضة الطالبين ٤: ١٧٨ - ١٧٩.

(٢) بدائع الصنائع ٥: ٢٢، المغني لابن قدامة ٥: ٤٩٠، روضة الطالبين ٤: ١٧٨.

والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه، ولا يأخذ من البائع، لكن لو طالب والشقص في يد البائع، قيل له: خذه من البائع أو دع. ولا يكلف المشتري القبض من البائع مع امتناعه، وإن التمس ذلك الشفيع. ويقوم قبض الشفيع مقام قبضه، ويكون الدرك مع ذلك على المشتري.

قوله: " والشفيع يأخذ من المشتري..... الخ " .
إنما كان أخذه من المشتري لأنه يأخذ بالثمن، ويشترط في استحقاقه صحة البيع، فتنقطع ملكية البائع له. ومتى كان كذلك فدركه على المشتري لو (١) ظهر استحقاق الشقص، فيرجع عليه بالثمن وغيره مما يغرمه على ما فصل. ولكن لو كان المشتري لم يقبضه من البائع لم يكلف أخذه منه ثم إقباضه للشفيع، لأن الغرض قبضه وهو حاصل بدون ذلك، ولأن الشقص حق للشفيع فحيثما وجد أخذه، وقبض الشفيع كقبض المشتري، لانتقال الحق إليه، فلا وجه لتكليف المشتري أمرا لا يفوت بعدمه حق الشفيع. وعلى كل حال فيبقى الدرك على المشتري، لما تقرر من أخذه منه. ونبه بذلك على خلاف بعض العامة (٢) حيث أوجب على المشتري قبضه من البائع وإقباضه، نظرا إلى أن الشفيع بمنزلة المشتري من المشتري. وهو ممنوع. وإنما [له] (٣) أخذ حقه ممن وجده بيده، وثبوت دركه على المشتري لانتقال الملك عنه كما ذكر.

(١) في " د " : ولو.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٥ : ٤٧٥ - ٤٧٦ ، روضة الطالبين ٤ : ١٩٢ .

(٣) من الحجريتين.

وليس للشفيح فسخ البيع. ولو نوى الفسخ والأخذ من البائع لم يصح.

ولو انهدم المبيع أو عاب، فإن كان بغير فعل المشتري، أو بفعله قبل مطالبة الشفيح، فهو بالخيار بين الأخذ بكل الثمن أو الترك. والأنقاض للشفيح، باقية كانت في المبيع أو منقولة عنه، لأن لها نصيباً من الثمن.

وإن كان العيب بفعل المشتري بعد المطالبة ضمنها المشتري. وقيل: لا يضمنها، لأنه لا يملك بنفس المطالبة بل بالأخذ. والأول أشبه.

قوله: " وليس للشفيح فسخ البيع..... الخ "

لأن العقد لم يقع معه، فلا وجه لتسلطه على فسخه بغير سبب شرعي يوجب، وحقه منحصر في الأخذ من المشتري. وعلى هذا فلو اشتغل بالفسخ بعد علمه بالحال بطلت شفيعته، لاشتغاله بما ينافي الفورية. ولو نوى بأخذه بالشفعة الفسخ وأخذه من البائع لم يصح الأخذ، لأنه محال شرعاً، فلا تؤثر نيته، كما لو نوى أخذه من الأجنبي، وتبطل الشفعة، لمنافاته الفورية أيضاً حيث لا يكون معذورا في ذلك. وكما لا يصح فسخه من نفسه لا يصح بالاتفاق بينه وبين البائع بالإقالة وغيرها، لاشتراكهما في المقتضي.

قوله: " ولو انهدم المبيع أو عاب..... الخ "

إذا اشترى شقصاً من دار فاستهدم أو تعيب فله أحوال:

أحدها: أن يكون ذلك بفعل المشتري قبل مطالبة الشفيح بالشفعة، ولا يحصل معه تلف شيء من العين، بأن ينشق الجدار أو ينكسر الجذع أو نحو ذلك، فالشفيح بالخيار بين الأخذ بكل الثمن وبين الترك، لأن المشتري إنما تصرف في

ملكه تصرفا سائغا فلا يكون مضمونا عليه، والفائت لا يقابل بشئ من الثمن فلا يستحق الشفيع في مقابلته شيئا، كما لو تعيب في يد البائع، فإن المشتري يتخير بين الفسخ وبين الأخذ بجميع الثمن. هذا هو المشهور. وربما قيل بضمانه على المشتري، لتعلق حق الشفيع به بالبيع، فيضمنه المشتري وإن كان ملكه، كما يضمن الراهن المرتهن (١) إذا جنى عليه.

وثانيها: أن يكون ذلك بغير فعله، سواء كان قد طالب الشفيع أم لا، فإنه لا شئ على المشتري، بل يتخير الشفيع بين الأخذ بمجموع الثمن والترك، لأنه لا تقصير من المشتري ولا تصرف حال استحقاق الغير (٢). ووجه الضمان عليه في السابق آت هنا، من حيث تعلق حق الشفيع، وهو هنا أبعد. وفي صورتين لو كانت أجزاءه قد انفصلت بالانهدام فالأنقاض (٣) - وهي آلات البناء من الخشب والحجارة - للشفيع عندنا وإن كانت الآن منقولة، لأنها جزء من المبيع وقد كانت مثبتة حال البيع والشفعة متعلقة بها تبعا فيستصحب.

وخالف في ذلك بعض الشافعية (٤) فجعلها للمشتري، لخروجها عن متعلق الشفعة. وفي أخذ الباقي بحصته من الثمن أو بجميعه لهم وجهان (٥). وثالثها: أن يكون ذلك بفعل المشتري بعد مطالبة الشفيع بالشفعة. وفي

(١) في " خ " : الرهين، وفي إحدى الحجريتين: الرهن.

(٢) في " د، م " : العين.

(٣) في " ذ، خ، م " : فالأبعاض.

(٤) انظر روضة الطالبين ٤ : ١٧٢ - ١٧٣، الوجيز ١ : ٢١٧.

(٥) انظر روضة الطالبين ٤ : ١٧٢ - ١٧٣، الوجيز ١ : ٢١٧.

ضمان المشتري للنقص (١) - بمعنى سقوط ما قابله من الثمن - قولان أشهرهما الضمان، لأن الشفيع استحق بالمطالبة أخذ المبيع كاملاً وتعلق حقه به، فإذا نقص بفعل المشتري ضمنه له. وبهذا التعليل استدل. من حكم بضمانه في السابقين، من حيث إن حق الشفعة حصل بالشراء وإن لم يطالب، غاية أن يكون قد تأكد بالمطالبة.

والقول الذي حكاه المصنف بعدم الضمان ظاهر كلام الشيخ - رحمه الله - في المبسوط (٢)، بناء على أن الشفيع لا يملك بالمطالبة بل بالأخذ، فيكون المشتري قد تصرف في ملكه تصرفاً سائغاً فلا يتعقبه الضمان. وجوابه قد ظهر مما سبق، فإن التصرف في الملك لا ينافي ضمانه، كتصرف الراهن، وهذا منه، لا اشتراكهما في تعلق حق الغير. هذا كله إذا لم يتلف من الشقص شيء يقابل بشيء من الثمن، وإلا ضمنه بحصته مطلقاً على الأقوى، فيأخذ الشفيع الباقي بحصته من الثمن، لأن إيجاب دفع الثمن في مقابلة بعض المبيع ظلم. وقال الشيخ - رحمه الله - في المبسوط (٣): إن نقص بفعل المشتري أخذ الباقي بالقيمة. وهو يحتمل إرادة أخذه بجميع القيمة، وبحصته من الثمن. والمختار الثاني، وينبغي أن يكون مراده.

(١) في "د، ل، و": للبعض.

(٢) المبسوط ٣: ١١٦، ولعل نسبة هذا القول إلى المبسوط باعتبار فرضه المسألة في صورة عدم أخذ الشفيع سواء طالب أم لم يطالب، وللاستزادة انظر مفتاح الكرامة ٦: ٣٧٩ - ٣٨٠، جواهر الكلام ٣٧: ٣٦٢.

(٣) المبسوط ٣: ١١٦.

ولو غرس المشتري أو بنى، فطالب الشفيع بحقه، فإن رضي المشتري بقلع غراسه أو بنائه فله ذلك، ولا يجب إصلاح الأرض. وللشفيع أن يأخذ بكل الثمن أو يدع. وإن امتنع المشتري من الإزالة كان الشفيع مخيرا بين إزالته ودفع الأرش، وبين بذل قيمة الغراس والبناء ويكون له مع رضا المشتري، وبين النزول عن الشفعة.

قوله: " ولو غرس المشتري أو بنى..... الخ "

إذا غرس المشتري أو بنى في الشقص المشفوع، ويتصور ذلك على وجه لا يكون ظالما به، بأن قسمه من حق الشريك الذي هو الشفيع مع بقاء الشفعة، إما بأن لم يعلمه بالشراء، وإنما أظهر كونه وكيلا عن البائع في القسمة، أو يكون المتولي هو البائع بالوكالة عن المشتري من غير أن يعلم [المشتري] (١) الشفيع بالبيع، أو لاخباره أن البيع بثمن فعفا ثم ظهر أنه أنقص، أو بأن الملك انتقل بغير البيع ثم ظهر به، أو بمقاسمة وكيل الشفيع فيما يدخل فيه ذلك من غير أن يعلم، أو مع العلم وظن أن الحظ في ترك الأخذ فظهر أن الحظ في الأخذ، أو بأن يكون الشفيع غائبا وطلب المشتري من الحاكم القسمة أو نحو ذلك فيبني ويغرس ثم يعلم الشفيع أو يحضر فيأخذ بالشفعة، فللمشتري حينئذ قلع غرسه وبنائه، لأنه ملكه. وليس عليه إصلاح الأرض بطم (٢) الحفر وتسويتها، لأنه فعل ذلك بحق، لكونه حينئذ مالكا جائز التصرف، وفي القلع مصلحة للشفيع، لأن فيه تفرغ الشقص لأجله.

(١) من " د، ط، م "

(٢) في " د، م ": وطم.

وفيه وجه بالوجوب من حيث إنه نقص دخل على ملك الشفيع لمصلحة المشتري، لأن ذلك يتضمن تخليص ملك المشتري أيضا من ملك الشفيع. وآخر بالتفصيل، وهو إن القلع إن كان بطلب الشفيع لم يجب التسوية، لأن طلبه القلع يتضمن الإذن في الحفر، وليس هو كالغاصب، لأنه غير عاد بفعله. وإن كان القلع من المشتري ابتداء وجب، لأن النقص قد حدث في ملك غيره بفعله لمصلحته من غير إذن المالك، فيجب عليه اصلاحه. وهذا قوي (١). وهو خيرة المختلف (٢).

ثم إن لم تنقص الأرض فلا بحث، وإلا ففي أخذ الشفيع لها بكل الثمن أو بما بعد الأرش وجهان، أشهرهما - وهو الذي يقتضيه إطلاق المصنف - الأول، لأن هذا الناقص ليس له قسط من الثمن، فلا يضمه المشتري كالنقص بالاستهدام، ولأنه تصرف في ملك نفسه فلا يتعقبه الضمان. وقيل: يجب الأرش، خصوصا إذا كان بعد المطالبة، لما ذكر سابقا. هذا إذا كان النقص بالغرس. أما لو كان بالقلع فظاهر إطلاق العبارة يقتضي أنه كذلك، لحكمه بأنه يأخذ بكل الثمن الشامل لحالة النقص بالغرس والقلع وعدمه. وهو الذي صرح به الشيخ (٣) - رحمه الله - والأكثر، معللين بأنه تصرف في ملك نفسه.

واختار في المختلف (٤) وجوب الأرش إن كان ذلك باختيار المشتري، لأن

(١) في "و، خ": أقوى.

(٢) المختلف: ٤٠٨.

(٣) المبسوط ٣: ١١٧ - ١١٨.

(٤) المختلف: ٤٠٨.

النقص حدث على ملك الغير بفعله لتخليص ملكه فيضمنه. ويمنع من كونه تصرفا في ملكه أو صادف ملكه، وإنما صادف ملك الشفيع، إذ الفرض أنه بعد الأخذ بالشفعة.

فلو امتنع المشتري من الإزالة تخير الشفيع بين ثلاثة أشياء: أحدها: القلع، لأن له تخليص ملكه عن ملك غيره. وهل يلزمه أرش نقص البناء والغرس بالقلع؟ قولان أشهرهما اللزوم، لأن النقص على ملك المشتري بفعله لمصلحته، فيجب أن يكون مضمونا عليه، فإن عرق المشتري غير ظالم.

ووجه العدم: أن التفريط حصل بفعل المشتري، لأنه غرس في أرض مستحقة للغير.

وفيه: أنه وإن كان مستحقا للآخذ إلا أنه لم يخرج عن ملك المتصرف بذلك، وليس هو بأبعد من غرس المستعير، وهو في كل آن يجوز رجوع المعير. وثانيها: بذل قيمة البناء والغرس، سواء رضي المشتري بذلك أم لا، لأن فيه جمعا بين الحقين، ودفعاً للضرر اللازم لكل منهما بالقلع. وقيل: لا يجوز ذلك إلا برضا المشتري، لأنها معاوضة فيتوقف على رضا المتعاضين، وإلا كان أكل مال بالباطل منهي عنه بالآية (١) والرواية (٢). وهذا أقوى.

وثالثها: نزول الشفيع عن الشفعة. وهو واضح.

(١) البقرة: ١٨٨.

(٢) تحف العقول: ٣٤، الوسائل ٣: ٤٢٥ ب " ٣ " من أبواب مكان المصلي ح ٣.

وإذا زاد ما يدخل في الشفعة تبعا، كالودي المبتاع مع الأرض فيصير نخلة، أو الغرس من الشجر يعظم، فالزيادة للشفيع. أما النماء المنفصل، كسكنى الدار وثمره النخل، فهو للمشتري.

إذا تقرر ذلك، فحيث يختار بذل القيمة إما باتفاقهما أو مطلقا لم يقوم مستحقا للبقاء في الأرض مجانا ولا مقلوعا مطلقا، لأنه إنما ملك قلعه مع الأرض فيقوم كذلك، بأن يقوم قائما غير مستحق للقلع إلا بعد بذل الأرض أو باقيا في الأرض بأجرة إن رضي المالك، فيدفع قيمته كذلك إلى المشتري. وإن اختار القلع فالأرض هو ما نقص من قيمته كذلك بعد قلعه. وقيل في طريق القيمة: أن تقوم الأرض وفيها الغرس ثم تقوم خالية، فالتفاوت قيمة الغرس، فيدفعه الشفيع أو يدفع ما نقص منه إن اختار القلع. ويشكل بأنه قد يكون لضميمة كل من الغرس والأرض إلى الآخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة، وذلك بتمامه لا يستحقه المشتري، فكيف يكون ما عدا قيمة الأرض خالية من مجموع القيمتين حقا للمشتري؟! فالوجه هو الأول. وفي تحقيق هذا الأرش بحث تقدم (١) في مواضع من هذا الكتاب.

قوله: " وإذا زاد ما يدخل في الشفعة.... الخ ".
أما كون النماء المنفصل للمشتري فواضح، لأنه نماء ملكه، لكونه حينئذ مالكا مستقلا، وتزلزل ملكه لا ينافي ملك النماء. وأما المتصل فهو كالجزم من الشجرة، فيتبعها في الحكم.
والودي - بكسر الدال المهملة بعد الواو المفتوحة، والياء المشددة أخيرا -

(١) راجع ج ٥ : ١٦٠.

ولو حمل النخل بعد الابتياح، فأخذ الشفيع قبل التأبير، قال الشيخ - رحمه الله - : الطلع للشفيع، لأنه بحكم السعف. والأشبه اختصاص هذا الحكم بالبيع.

بوزن غني: فسيل النخل. وزاد بعضهم: قيل أن يغرس. ولكن المراد هنا المغروس ليكون تابعا للأرض، أما غير المغروس فلا شبهة في عدم تبعيته للأرض في الشفعة.

قوله: " ولو حمل النخل بعد الابتياح... الخ "

لا خلاف في أن الثمرة إذا ظهرت في ملك المشتري قبل الأخذ بالشفعة تكون للمشتري وإن بقيت على الشجرة، لأنها بحكم المنفصل، ومنه ثمرة النخل بعد التأبير. أما قبله فقد تقدم في البيع (١) أنها تتبع الشجرة فتكون للمشتري، فألحق الشيخ (٢) - رحمه الله - هذا الحكم بالشفعة، فحكم بكون الثمرة إذا ظهرت بعد الابتياح فأخذ الشفيع بالشفعة قبل تأبيرها. للشفيع، لأنها تابعة للأصل شرعا كالسعف وغيره من الأجزاء.

والمصنف والأكثر خصوا هذا الحكم بالبيع على خلاف الأصل، للنص (٣) عليه، فالحاق غيره به قياس. وهذا أقوى.

وعلى هذا فلو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري. فإن أخذه الشفيع وهو بتلك الحال بقي للمشتري، كما لو أخذه بعد التأبير، ويكون المبيع بمنزلة ما إذا ضم غير المشفوع إليه، فيأخذ الشفيع غير الثمرة بحصته من الثمن.

(١) في ج ٣: ٢٣٢.

(٢) المبسوط ٣: ١١٩.

(٣) راجع الوسائل ١٢: ٤٠٧ ب " ٣٢ " من أحكام العقود.

ولو باع شقصين من دارين، فإن كان الشفيع واحدا فأخذ منهما أو ترك جاز. وكذا إن أخذ من إحداهما، وعفا عن شفيعته من الأخرى. وليس كذلك لو عفا عن بعض شفيعته من الدار الواحدة. ولو بان الثمن مستحقا، فإن كان الشراء بالعين فلا شفعة، لتحقق البطلان. وإن كان في الذمة ثبتت الشفعة، لثبوت الابتاع. ولو دفع الشفيع الثمن فبان مستحقا، لم تبطل شفيعته على التقديرين.

وطريقه أن يقوم المجموع ثم تقوم الثمرة، وتنسب قيمتها إلى المجموع، ويسقط من الثمن بتلك النسبة.

قوله: " ولو باع شقصين من دارين..... الخ "

الفرق بينهما - مع اشتراكهما في كونهما ملكا لواحد، والمشتري واحد، الموجب لاتحاد الصفقة - أن الشركة في أحد الشقصين سبب غير الشركة في الآخر، فلا يكون الشفعة فيهما واحدة وإن اتحدت الصفقة، بخلاف الدار الواحدة، فإن سبب الشركة فيها واحد، وحقه فيها شائع، وحقه في إحدى الدارين غير حقه في الأخرى، فلا ملازمة بينهما في الشفعة.

قوله: " ولو بان الثمن مستحقا.... الخ "

الفرق: أن استحقاق أحد العوضين المعينين يوجب بطلان البيع، لبقاء الآخر بغير عوض في مقابله، بخلاف ما في الذمة، فإن المدفوع عنه لا يتعين ثمننا على تقدير ظهوره مستحقا، بل الثمن أمر كلي في الذمة، فلا يبطل البيع، كما لو لم يكن دفعه بعد.

قوله: " ولو دفع الشفيع الثمن..... الخ "

أي: على تقدير كون الثمن الذي اشترى به المشتري معينا ومطلقا، لأن

البيع صحيح على التقديرين، إذ المستحق هو الذي دفعه الشفيع لا المشتري. ويمكن أن يريد به على تقدير كون ما جعله الشفيع عوضا معيناً كقوله: أخذت الشقص بهذه الدراهم، ومطلقاً كقوله: تملكته بعشرة دراهم، وهي مقدار الثمن.

وإنما لم تبطل الشفعة على التقديرين لأن استحقاقه لها ثابت بالبيع، وهو صحيح على التقديرين. وهذا يتم على تقدير جهل الشفيع بكون المدفوع مستحقاً، لئلا ينافي الفورية.

ولو كان عالماً ففي بطلانها وجهان مبنيان (١) على أن الملك يحصل بقوله: أخذت، أو به وبدفع الثمن. فعلى الأول لا يضر، لحصول الملك. وعلى الثاني يحتمل البطلان، لمنافاته الفورية، والصحة، لأن المعبر فورية الصيغة، والأصل عدم اعتبار غيرها.

وربما فرق مع العلم بين كون الثمن معيناً ومطلقاً، لأنه مع التعيين يلغو الأخذ فينافي الفورية، بخلاف المطلق، فإن الأخذ صحيح ثم ينفذ (٢) الواجب بعد ذلك.

والوجهان آتيان في بطلان الأخذ [بالشفعة] (٣) ويفتقر إلى تملك جديد، أم يصح والثلث دين عليه، والأظهر الثاني مع الإطلاق.

(١) كذا في " و " وفي سائر النسخ: مرتبان.

(٢) في " و ": يتقيد.

(٣) من " ط، د، م ".

ولو ظهر في المبيع عيب، فأخذ المشتري أرشه، أخذه الشفيع بما بعد الأرش. وإن أمسكه المشتري معيبا، ولم يطالب بالأرش، أخذه الشفيع بالثمن أو ترك.

مسائل ست:

الأولى: لو قال: اشترت النصف بمائة فترك، ثم بان أنه اشترى الربع بخمسين، لم تبطل الشفعة. وكذا لو قال: اشترت الربع بخمسين فتركه، ثم بان أنه اشترى النصف بمائة، لم تبطل شفعته، لأنه قد لا يكون معه الثمن الزائد، وقد لا يرغب في المبيع الناقص.

قوله: " ولو ظهر في المبيع عيب.... الخ "

إذا ظهر في الشقص المشفوع عيب حال البيع وقبل أخذ الشفيع، فإن اختار المشتري أخذ الأرش، أو كان الحق منحصر فيه، بأن حدث في المبيع ما يمنع من الرد، سقط مقدار الأرش من الثمن عن الشفيع، لأنه جزء منه، فالثمن هو الباقي بعد الأرش، فيأخذ به الشفيع. ولو لم يأخذه المشتري، بأن عفا عنه أخذه الشفيع بمجموع الثمن إن شاء، لأن الثمن هو ما جرى عليه العقد، ولم يتجدد ما يوجب نقصه. وسيأتي (١) بقية تحقيق المسألة.

قوله: " لو قال: اشترت النصف.... الخ "

من جملة الأعدار المسوغة لتأخير الأخذ - وإن (٢) جعلناها فورية - ما لو أخبر بمقدار المبيع فظهر زائدا عما أخبر أو ناقصا، سواء كان مع زيادة الثمن أم نقصانه أم مساواته للواقع حسب ما يقتضيه التقسيط، لاختلاف الأغراض للعقلاء

(١) في ص: ٣٥٠.

(٢) في " خ ": إن.

الثانية: إذا بلغه البيع فقال: أخذت بالشفعة، فإن كان عالما بالثمن صح، وإن كان جاهلا لم يصح. وكذا لو قال: أخذت بالثمن بالغما ما بلغ، لم يصح مع الجهالة، تفصيا من الغرر.

في ذلك، فقد يرغب في شراء الزائد دون الناقص، وقد ينعكس. فلو أخبره المشتري أنه اشترى النصف بمائة، أو أخبره مخبر بذلك، فترك الأخذ ثم ظهر أنه اشتراه بدون ذلك، لم تبطل شفيعته، لظهور الغرر، فإنه قد يرغب في الشقص بالثمن الرخيص دون ما زاد عليه، سواء كان معه الثمن أم لا.

وكذا لو قال المشتري: اشترت الربع بخمسين، فترك الشفيع ثم بان أن المشتري إنما اشترى النصف بمائة، فإن شفيعته لا تبطل أيضا، لأنه قد لا يرغب في شراء الربع ويرغب في النصف، وبالعكس، فلا يعد تركه تقصيرا. قوله: " إذا بلغه البيع فقال... الخ "

لما كان الأخذ بالشفعة في معنى المعاوضة المحضبة، لأنه يأخذ الشقص بالثمن الذي يبيع به، اشترط علمه به حين الأخذ حذرا من الغرر اللازم على تقدير الجهل، لأن الثمن يزيد وينقص، والأغراض تختلف فيه قلة وكثرة، وربما زيد حيلة على زهد الشفيع في الأخذ مع اتفاقهما على إسقاط بعضه، كما سيأتي (١)، فلا يكفي أخذه بالشفعة مع عدم العلم به جنسا وقدرًا ووصفا، وإن رضي بأخذه ب " مهما كان الثمن "، لأن دخوله على تحمل الغرر لا يدفع (٢) حكمه المترتب عليه شرعا من بطلان المعاوضة مع وجوده، كما لو أقدم المشتري على الشراء بالثمن المجهول ورضي به كيف كان. وحيث لا يصح الأخذ لا تبطل

(١) في ص: ٣٦٧.

(٢) في " ذ، و ": يرفع.

الثالثة: يجب تسليم الثمن أولاً، فإن امتنع الشفيع، لم يجب على المشتري التسليم حتى يقبض.
الرابعة: لو بلغه أن المشتري اثنان، فترك فبان واحداً، 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، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بالشفعة في الحال وبين الصبر حتى يحصد، لأن له في ذلك غرضاً، وهو الانتفاع بالمال، وتعذر الانتفاع بالأرض المشغولة. وفي جواز التأخير مع بقاء الشفعة تردد.

شفعته، بل يجدده إذا علم به.
قوله: " يجب تسليم الثمن أولاً..... الخ ".
قد تقدم (١) الكلام في هذه المسألة، وأن وجه تقديم حق المشتري هنا بتسليمه الثمن أولاً جبر وهنه بالأخذ منه قهراً، بخلاف البيع المبني على التراضي من الجانبين، فلم يكن أحد المتعاضين أولى من الآخر بالبداءة، فيتقابضان معا مع أنه قد قيل فيه أيضاً بوجوب تقديم تسليم البائع أولاً، فيكون هنا أولى.
قوله: " لو بلغه أن المشتري اثنان..... الخ ".
المرجع في جميع هذه الفروض ونظائرها إلى كون التأخير لغرض صحيح أو عذر مقبول لا يخل بالفورية المعتبرة، ومما تختلف الأغراض باختلافه زيادة الشركاء ونقصانهم وخصوصيات الشريك. وذلك أمر واضح.
قوله: " إذا كانت الأرض مشغولة..... الخ ".
المراد بالزرع الذي يجب تبقيته ما وقع بإذن الشفيع، لأنه شريك حيث لا

(١) في ص: ٣١٢.

ينافي الأخذ على الفور، أو بعد القسمة على أحد الوجوه التي صورناها سابقا (١).
وحيث أن فالزرع لا يمنع الأخذ عاجلا وإن لم ينتفع بالأرض، فإن ذلك لا يمنع
المعاوضة، كما لو اشتراها مشغولة بزرع البائع. وعليه تبقيته مجانا إلى أوان
حصاده، لأنه تصرف - بحق، وله أمد ينتظر، بخلاف الغرس والبناء حيث لا
يزالان إلا بالأرث.

وهل له تأخير الأخذ إلى أن يحصد الزرع؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو اختيار الشيخ (٢) رحمه الله، وقواه في الدروس (٣) -
الجواز، لأنه لا ينتفع الآن بالشقص لو أخذه، فلا يجب عليه [حيث] (٤) بذل الثمن
الموجب للانتفاع به بغير مقابل. ويلزم من عدم وجوب بذله جواز تأخير الأخذ،
لأن تعجيله ملزوم لتعجيل الثمن، ولأن تأخير بذل العوض الذي لم يحصل فائدة
عوضه غرض مطلوب للعقلاء، فيكون ذلك عذرا مسوغا للتأخير.
والثاني: العدم، لأن الشفعة على الفور، ومثل ذلك لا يثبت عذرا، كما لو
بيعت الأرض في غير وقت الانتفاع، فإنه لا يجوز تأخير الأخذ إلى وقته
إجماعا.

والمصنف - رحمه الله - تردد في الحكم لما ذكرناه من التوجيهين (٥)،
والثاني منهما لا يخلو من قوة.

(١) انظر ص: ٣٢٧.

(٢) المبسوط ٣: ١٥٩.

(٣) الدروس الشرعية ٣: ٣٦٤.

(٤) من " د، ط، م " .

(٥) في " م " : الوجهين.

السادسة: إذا سأل البائع [من] الشفيع الإقالة فأقاله، لم يصح، لأنها إنما تصح بين المتعاقدين.

المقصد الرابع

في: لواحق الأخذ بالشفعة

وفيه مسائل:

الأولى: إذا اشترى بثمن مؤجل، قال في المبسوط: للشفيع أخذه بالثمن عاجلا، وله التأخير وأخذه بالثمن في محله. وفي النهاية: يأخذه عاجلا، ويكون الثمن عليه مؤجلا، ويلزم كفيلا بالمال إن لم يكن مليا. وهو أشبه.

ومثله ما لو كان في الشقص شجر عليه ثمر لا يستحق بالشفعة، وأولى بالعدم هنا، لأن الثمر (١) لا يمنع الانتفاع بالمأخوذ.

قوله: " إذا سأل البائع..... الخ "

سبيل الإقالة أن تقع بين المتبايعين، لأنها فسخ للبيع، ولا يفسخه بالأصالة (٢) إلا من ملك العوض، والشفيع قبل الأخذ بالشفعة ليس بمالك، وإنما ملك [به] (٣) أن يملك، وبعده ليس بمشتر، فلا تصح الإقالة بينه وبين البائع، ولا بينه وبين المشتري. وهو ظاهر.

قوله: " إذا اشترى بثمن مؤجل.... الخ "

إذا اشترى بثمن مؤجل فالأشهر - وهو الذي اختاره المصنف رحمه الله -

(١) كذا في " و "، وفي سائر النسخ: الثمن.

(٢) في " د، ط، م " : بالإقالة.

(٣) من " د، ط، م " .

أن الشفيع يأخذ عاجلا 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 حالا، وبين التأخير إلى الحلول وأخذه بثمان حال (٣) محتجا بأن الذمم غير متساوية، فيجب إما تعجيل الثمن أو الصبر إلى الحلول ودفعه عند الأخذ.

وأجيب بأن عدم تساوي الذمم لا يوجب ذلك، لا مكان التخلص بالكفيل إما مطلقا كما يظهر من المختلف (٤) أو مع عدم الملاءة كما صرح به الشيخ (٥) وغيره (٦). وبأنه يستلزم أحد محذورين: إما إسقاط الشفعة على تقدير ثبوتها، أو إلزام الشفيع بزيادة لا موجب لها، وكلاهما باطل. ووجه الملازمة: أن تجويز التأخير ينافي الفورية المستلزم لبطالانها، وتعجيل الأخذ بالحال يوجب زيادة صفة في الثمن - وهي كونه معجلا - من غير موجب ولأن التأجيل له قسط من الثمن، فيلزم زيادة الثمن المأخوذ به على الأصل.

ويتفرع على ذلك أنه لو مات المشتري حل عليه الثمن، ولم يتعجل الأخذ على الشفيع، بل هو على خيرته الأولى إن شاء عجل وإن شاء أخر إلى انقضاء الأجل، لأنه لزم (٧) بالأخذ كذلك فيستصحب وحل على المشتري بعارض موته

-
- (١) المبسوط ٣: ١١٢.
(٢) الخلاف ٣: ٤٣٣ مسألة (٩).
(٣) في إحدى الحجريتين: ودفعه الثمن عند الأخذ، بدل: وأخذه بثمان حال.
(٤) المختلف: ٤٠٦.
(٥) النهاية: ٤٢٥.
(٦) المقنعة: ٦٢٠، المهذب ١: ٤٥٨، السرائر ٢: ٣٨٨، الدروس الشرعية ٣: ٣٦٤.
(٧) في "و، خ": لزمه.

الثانية: قال المفيد - رحمه الله - والمرضى - قدس الله روحه -:
الشفعة تورث. وقال الشيخ - رحمه الله -: لا تورث، تعويلا على رواية
طلحة بن زيد، وهو بتري. والأول أشبه، تمسكا بعموم الآية.

فلا يلزم ذلك غيره.

وربما احتمل حلوله على الشفيع أيضا، لأنه مسبب (١) عن تأجيل ما على
المشتري.

وهو ضعيف، لأنه وإن تسبب ابتداء لكن ثبت له حكم لم يثبت موجب
زواله، بخلاف المشتري. ولو مات الشفيع فالحكم بحاله.
قوله: " قال المفيد والمرضى..... الخ "

اختلف الأصحاب في أن الشفعة هل تورث أم لا؟ فالأكثر - ومنهم الشيخ
رحمه الله في الخلاف (٢)، والمفيد (٣)، والمرضى (٤)، وابن الجنيد (٥)، وجملة من
المتأخرين (٦) - على الأول.
وذهب الشيخ - رحمه الله - في النهاية (٧) وموضع آخر من الخلاف (٨) وابن

(١) في " ذ، د، ل، م " : سبب.

(٢) الخلاف ٣ : ٢٧ مسألة (٣٦).

(٣) المقنعة: ٦١٩.

(٤) الإنتصار: ٢١٧.

(٥) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٠٦.

(٦) الجامع للشرائع: ٢٧٨، كشف الرموز ٢ : ٣٩٨، المختلف: ٤٠٦، اللمعة الدمشقية:

٩٩، التنقيح الرائع ٤ : ٩٥، المقتصر: ٣٤٨، تلخيص الخلاف للصيمري ٢ : ١٧٧ مسألة

(١١)، جامع المقاصد ٦ : ٤٤٧.

(٧) النهاية: ٤٢٥ - ٤٢٦.

(٨) الخلاف ٣ : ٤٣٦ مسألة (١٢).

الثالثة: وهي تورث كالمال. فلو ترك زوجة وولدا، فللزوجة الثمن، وللولد الباقي.

البراج (١) والطبرسي (٢) إلى الثاني.
والمختار هو الأول، لعموم آيات الإرث (٣) الدالة على إرث ما ترك، وحق الشفعة مما ترك، كما دخل فيه الخيار الثابت للمورث بالاتفاق، وكذلك حد القذف، وهي في معنى الخيار تثبت لدفع الضرر، بل أقوى. وقوله صلى الله عليه وآله: " ما ترك الميت من حق فلوارثه " (٤) وهو أوضح دلالة من الآية. واحتج الشيخ برواية طلحة بن زيد، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام قال: " لا تورث الشفعة " (٥). وبأن ملك الوارث متجدد على الشراء، فلا يستحق به شفعة.

وأجيب بضعف سند الرواية، فإن طلحة بتري. والوارث يأخذ ما استحقه مورثه وحقه سابق، فلا يقدر تجدد ملكه.
قوله: " وهي تورث كالمال... الخ " .
أي: تورث على حد (٦) ما يورث المال، لأنها حق مالي، فيرث الولد

(١) المهذب ١: ٤٥٩.

(٢) المؤلف من المختلف ١: ٦٣٢ مسألة (١٢).

(٣) النساء: ٧ و ١١ - ١٢.

(٤) لم نجد. بهذا اللفظ في الجوامع الحديثية للعامه والخاصة. نعم، ورد بلفظ: " من ترك مالا فللوارث " أو: فلورثته. انظر الفقيه ٤: ٢٥٤ ح ٨١٨، الوسائل ١٧: ٥٥١ ب " ٣ " من أبواب ولاء ضمان الجريرة ح ١٤، مسند أحمد ٢: ٢٩٠ و ٤٥٣ و ٤٥٦.

(٥) الفقيه ٣: ٤٥ ح ١٥٨، التهذيب ٧: ١٦٧ ح ٧٤١، الوسائل ١٧: ٣٢٥ ب " ١٢ " من أبواب الشفعة ح ١.

(٦) في " و " : قدر.

ولو عفا أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط، وكان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع. وفيه تردد ضعيف.

الذكر ضعف الأنثى، وهكذا. وخص المثل بالزوجة لدفع توهم أنها لا ترث من الشفعة، من حيث إنها تحرم في الجملة من بعض المتروكات. ونبه بذلك على خلاف بعضهم (١)، حيث ذهب إلى أنها تقسم على رؤوس الورثة لا على سهامهم، كالشركاء المتكثرين فيها. ويظهر من [الشيخ - رحمه الله - في] (٢) المبسوط (٣) أن القائل بقسمتها مع الكثرة على الرؤوس يقول بها هنا، ويجعلها بين الزوجة والولد نصفين، فتكون المسألة خلافية هنا أيضا. والوجه أنها هنا على قدر الأنصاء وإن لم نقل به في الشركاء. والفرق بين الأمرين واضح، فإن آية الإرث تقتضي اعتبار السهام كغيرها من الحقوق، بخلاف الشركاء في أصل الملك، فإن كل واحد يستحقها باعتبار نفسه، والوارث يستحقها باعتبار مورثه، ومورثه لا يستحق الجميع، وقد انتقل عنه إلى ورثته على حد الإرث لا باعتبار الشركة، ولهذا أثبتنا هنا من لم يقل بالشفعة مع الكثرة.

قوله: " ولو عفا أحد الوراث..... الخ "

إنما لم يسقط بعفو البعض لأن الحق للجميع، فلا يسقط حق واحد بترك غيره. ولما لم يجز تبعض الصفقة على المشتري فالمستحق يأخذ الجميع أو

(١) الحاوي الكبير ٧: ٢٥٧ - ٢٥٩، روضة الطالبين ٤: ١٨٣.

(٢) من " د، ط، م "

(٣) المبسوط ٣: ١١٣.

الرابعة: إذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة، قال الشيخ: سقطت شفעתه، لأن الاستحقاق بسبب النصيب. أما لو باع قبل العلم لم تسقط، لأن الاستحقاق سابق على البيع. ولو قيل: ليس له الأخذ في صورتين، كان حسنا.

يترك.

ويحتمل هنا سقوط حق الآخر بعفو صاحبه وإن لم نقل بذلك في الشريكين، لأن الوارث يقوم مقام المورث، فعفوه عن نصيبه كعفو المورث عن البعض، فيسقط الباقي. وهذا هو الوجه الضعيف، بل لم يذكره كثير. ووجه ضعفه: أن الشركاء في الإرث يصيرون بمنزلة الشركاء في أصل الشفعة، لأنها شفعة واحدة بين الشركاء، سواء كان بالإرث أم بالشركة، 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.... الخ "

إذا باع الشفيع نصيبه قبل أن يأخذ بالشفعة، فإن كان يبيعه بعد العلم بها وحصول شرائط فوريتها - على القول بها - فلا إشكال في بطلان شفעתه، لأن اشتغاله عن الأخذ بالبيع منخل بالفورية المعتبرة فيها. وإن كان قبل ثبوت الفور فيها حينئذ، كما لو لم يكن عالما بمقدار الثمن، أو جاهلا بالفورية ونحو ذلك، فباع أو باع غير عالم بالشفعة، ففي بقائها مطلقا أو زوالها، أو التفصيل، أقوال:

أحدها - وهو الذي اختاره (١) المصنف - : عدم البطلان مطلقاً، لأن الاستحقاق ثبت بالشراء سابقاً على بيعه فيستصحب، لأصالة عدم السقوط. ولقيام السبب المقتضي له، وهو الشراء، فيجب أن يحصل المسبب. وثانيها: سقوطه في الموضوعين، وهو اختيار العلامة (٢) وجماعة (٣)، لأن السبب في جواز الأخذ ليس هو الشراء وحده، بل هو مع الشركة، وقد زال أحد جزئي السبب فيزول. ولا يكفي وجودها حال الشراء، لظاهر قوله عليه السلام: " لا شفعة إلا لشريك مقاسم " (٤)، فلو أثبتنا له الشفعة بعد البيع لأثبتناها لغير شريك مقاسم. والجهل مع انتفاء السبب لا أثر له. وثالثها: التفصيل بالجهل بالشفعة حال البيع والعلم، فيثبت في الأول دون الثاني، وهو قول الشيخ (٥)، لأن البيع بعد العلم يؤذن بالاعراض عنها، كما إذا بارك أو ضمن الدرك، بخلاف ما إذا لم يعلم، فإنه معذور. وأجيب بأن الجهل لا أثر له إذا انتفى السبب، لأن خطاب الوضع لا يتفاوت الأمر فيه بالعلم والجهل. والقول الوسط لا يخلو من قوة.

-
- (١) هذا سهو من قلمه الشريف " قدس سره "، فالمصنف يقول بالبطلان هنا، والشارح نفسه نسب إليه البطلان في ص: ٣٠٣ والشهيد الأول أيضاً نسب إليه ذلك في الدروس الشرعية ٣: ٣٦٨، واحتمل في جواهر الكلام (٣٧: ٤٠٠) عثور الشارح على نسخة خالية من لفظة " ليس ". ولم ترد " ليس " في متن نسخة " ذ " من المسالك الخطية وشطب عليها في " و "، ووردت في النسخة الخطية المعتمدة من الشرائع، وللإستزادة راجع مفتاح الكرامة ٦: ٤٠١ و ٤٠٣.
- (٢) المختلف: ٤٠٩.
- (٣) الدروس الشرعية ٣: ٣٦٨، جامع المقاصد ٦: ٤٤٦ - ٤٤٧.
- (٤) تقدم ذكر مصادره في ص: ٢٦٣ هامش (٣)، وفي المصادر: غير مقاسم.
- (٥) المبسوط ٣: ١٤٢.

تفريع على قوله رحمه الله:
لو باع الشريك، وشرط الخيار للمشتري، ثم باع الشفيع نصيبه،
قال الشيخ: الشفعة للمشتري الأول، لأن الانتقال تحقق بالعقد.
ولو كان الخيار للبائع أو لهما فالشفعة للبائع الأول، بناء على أن
الانتقال لا يحصل إلا بانقضاء الخيار.

قوله: " لو باع الشريك وشرط الخيار..... الخ " .
هذا التفريع مبني على أن انتقال المبيع مع اشتغال البيع على خيار هل
يحصل للمشتري مطلقاً، أم ينتفي عنه مطلقاً، أم فيه تفصيل؟ وقد تقدم (١) النقل
عن الشيخ أن الخيار إن كان للمشتري وحده انتقل إليه الملك زمن الخيار، وإن
كان للبائع أو لهما لم ينتقل إليه إلا بانقضاء الخيار. فيتفرع عليه أن الخيار متى
كان للمشتري وحده، فباع الشفيع نصيبه بعد العلم، سقطت وثبتت للمشتري
الأول، لانتقال الملك إليه. وإن كان الخيار للبائع أو لهما فالشفعة للبائع، لأن
الملك لم ينتقل عنه، فهو الشريك حقيقة.
وعلى قوله الذي حكيناه عنه في الخلاف (٢) من أن الخيار إن كان للمشتري
وحده ينتقل الملك عن البائع ولا يثبت للمشتري فلا شفعة لأحدهما، لانتفاء (٣)
الملك عنهما.

لكن هذا قول ضعيف جداً، لاستحالة بقاء ملك بغير مالك، وانتفاء مالك
آخر غيرهما. والأصح أن الشفعة للمشتري مطلقاً، بناء على انتقال الملك إليه
مطلقاً.

(١) في ص: ٣٠٩.
(٢) الخلاف ٣: ٢٢ مسألة (٢٩).
(٣) في " د، ل، ط، خ ": لانتقال.

الخامسة: لو باع شقصا في مرض الموت من وارث وحابي فيه، فإن خرج من الثلث صح، وكان للشريك أخذه بالشفعة. وإن لم يخرج صح منه ما قابل الثمن، وما يحتمله الثلث من المحاباة إن لم تجز الورثة. وقيل: يمضي في الجميع من الأصل، ويأخذه الشفيع، بناء على أن منجزات المريض ماضية من الأصل.

قوله: " لو باع شقصا في مرض..... الخ ".
إذا باع في مرض موته شقصا وحابي فيه، بأن باعه بدون ثمن المثل، فإن خرجت المحاباة من الثلث، أو أجازها الوارث، أو قلنا إن منجزات المريض من الأصل، فالبيع صحيح، ويأخذ الشفيع بالمسمى. وإن انتفى جميع ذلك، بأن باع شقصا يساوي ألفين بألف ولا مال له غيره فرده الوارث، ثبتت الشفعة فيما خرج منه بالنسبة. وفي مقدار ما يصح فيه البيع قولان تقدما في الوصايا (١):

أحدهما - وهو قول الشيخ (٢)، ومختار المصنف رحمه الله - : أنه يصح في القدر الذي يوازي الثمن، ثم في قدر الثلث من الباقي، ويبطل فيما زاد. ففي المثال المذكور يصح البيع في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن. والثاني - وهو الأصح - : أن لا يبطل من المبيع شيء إلا ويبطل من الثمن ما يقابله، فتكون المسألة دورية، حيث إنه لا يعرف قدر ما يصح البيع إلا بعد أن يعرف مقدار التركة لتخرج المحاباة من ثلثها، ولا يعرف مقدار

(١) في ج ٦ : ٣٢٤.

(٢) المبسوط ٤ : ٦٤.

التركة إلا إذا عرف قدر الثمن، لأنه محسوب منها، لانتقاله إلى ملك المريض بالبيع.

وطريقه في المثال المذكور أن يقال: صح البيع في شيء من الشقص بنصف شيء، يبقى مع الورثة ألفان إلا نصف شيء، وذلك يعدل مثلي المحاباة، وهي نصف شيء، فمثلاها شيء. فإذا جبرت وقابلت يكون ألفان معادلين لشيء ونصف، والشيء من شيء ونصف ثلثاه، فعلمنا أن البيع صح في ثلثي الشقص، وقيمته ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، تبلغ الثمن، وهو نصف هذا المبلغ، فتكون المحاباة ستمائة وستة وستين وثلثين، يبقى للورثة ثلث الشقص وثلثا الثمن، وهما ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، وذلك ضعف المحاباة.

ولا فرق عندنا بين كون المشتري وارثا. وأجنبيا. ونبه المصنف بتخصيصه بالوارث على خلاف العامة (١) حيث اختلفوا في المحاباة مع الوارث، فمنهم من حكم بصحة البيع ومنع الشفعة، ومنهم من منعها، ومنهم من أثبتها، إلى غير ذلك من اختلافهم. ولو قال المصنف: من وارث وغيره، لكان أجود من التخصيص بالوارث، لئلا يوهم أن غير الوارث حكمه ليس كذلك. وحيث يتبع المبيع ينبغي أن يثبت للمشتري الخيار، لأن جميع المبيع لم يسلم له إذا كان جاهلا بالحال، وإن لم يأخذ الشفيع بالشفعة، كما سيأتي (٢) في نظيره.

(١) انظر بدائع الصنائع ٥: ١٣ - ١٤، المغني لابن قدامة ٥: ٤٧٢ - ٤٧٤.

(٢) في الصفحة التالية.

السادسة: إذا صالح الشفيع على ترك الشفعة صح، وبطلت الشفعة، لأنه حق مالي، فينفذ فيه الصلح.

السابعة: إذا تبايعا شقصا، فضمن الشفيع الدرك عن البائع أو عن المشتري، أو شرط المتبايعان الخيار للشفيع، لم تسقط بذلك الشفعة. وكذا لو كان وكيلا لأحدهما. وفيه تردد، لما فيه من أمانة الرضا بالبيع.

قوله: " إذا صالح الشفيع..... الخ "

ويعتبر في صحة الصلح حينئذ أن لا ينافي الفورية، إما بأن يقصر زمانه ويكون إيقاع صيغته مستثنى كما يستثنى ما جرت به العادة من السلام ونحوه، وإما بأن يصلح المشتري قبل أن يعلم بثمن المبيع مع علمه بأصله، أو بأن يصلح عنها وكيله، فإن تراخيه لا يبطل حق الموكل، ونحو ذلك. ولو كان عوض الصلح بعض الشقص ففي صحته وجهان أصحهما ذلك، للعموم (١).

ووجه البطلان: كونه في معنى أخذ البعض.

ويضعف بأن الصلح ليس أخذا بالشفعة، بل هو معاملة أخرى على حق الشفعة، فلا يقدر فيه تبعض الشقص. قوله: " إذا تبايعا شقصا.... الخ "

هنا مواضع ثلاثة اختلف في كونها مسقطا للشفعة:

الأول: أن يضمن الشفيع الدرك - وهو عهدة المبيع - عن البائع، أو الثمن عن المشتري، أو للبائع على تقدير ظهوره مستحقا. قيل: تبطل الشفعة، لدلالته

(١) لاحظ الوسائل ١٣: ١٦٤ ب " ٣ " من أبواب أحكام الصلح.

على الرضا بالبيع. ورجحه في المختلف (١) محتجا بذلك. وقيل (٢): لا تبطل، لأن مطلق أرضا بالبيع لا يدل على إسقاط الشفعة، فإنها مترتبة على صحته، فكيف يكون الرضا به إسقاطا لها؟

والحق أنه إن نافي الفورية حيث نعتبرها، بأن علم بمقدار الثمن فاشتغل بذلك، بطلت للتراخي، لا من حيث الرضا بالبيع. وإن لم يناف، كما لو ضمن الثمن قبل علمه بمقداره - فإن العلم به غير معتبر في صحة الضمان - لم تبطل الشفعة، لعدم المقتضي للبطلان.

الثاني: أن يشترط المتبايعان الخيار للشفيع في عقد البيع. والأصح أنه لا تبطل الشفعة، لعدم المقتضي له. وقيل: تبطل، لدلالته على الرضا بالبيع. وقد عرفت ضعفه. ولو اختار الامضاء قيل: له أن يأخذ بالشفعة، فإن جعلناها متوقفة على لزوم البيع لم تبطل أيضا، لأن الرضا يمهد طريق السبب ويحققه، وإن جوزناها في زمن الخيار بطلت، للتراخي إن اعتبرنا الفورية. وقيل: تبطل هنا مطلقا، لتضمنه الرضا كما مر. وضعفه واضح.

الثالث: أن يكون الشفيع وكيلا للبائع في الإيجاب، أو للمشتري في القبول. وفي سقوطها بذلك قولان أيضا، من دلالاته على الرضا بالبيع وهو مسقط، واختاره في المختلف (٣)، ومن منع كون الرضا بالبيع مطلقا مسقطا، فإن البيع هو السبب في ثبوت الشفعة، وكل من يطلبها راض بوقوع البيع ومريد له، بل يبعد عدم الرضا به مع إرادة الأخذ. والأصح عدم السقوط.

(١) المختلف: ٤٠٧.

(٢) انظر المبسوط ٣: ١٢٥.

(٣) المختلف: ٤٠٧.

الثامنة: إذا أخذ بالشفعة فوجد فيه عيبا سابقا على البيع، فإن كان الشفيع والمشتري عالمين فلا خيار لأحدهما. وإن كانا جاهلين، فإن رده الشفيع كان المشتري بالخيار في الرد والأرش. وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ، لخروج الشقص عن يده.
قال الشيخ - رحمه الله -: وليس للمشتري المطالبة بالأرش. ولو قيل: له الأرش، كان حسنا.
وكذا لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري. ولو علم المشتري دون الشفيع كان للشفيع الرد.

قوله: " إذا أخذ بالشفعة فوجد..... الخ ".
إذا ظهر عيب في الشقص بعد الأخذ بالشفعة فلا يخلو؟ إما أن يكون المشتري والشفيع عالمين به وقت البيع، أو جاهلين، أو بالتفريق. فالأقسام أربعة:
الأول: أن يكونا عالمين. فلا خيار لأحدهما ولا أرش. وهو ظاهر.
الثاني: أن يكونا جاهلين. فإن اتفقا على رده فلا بحث. وإن اتفقا على أخذه مع الأرش أو بدونه صح، وكان الثمن اللازم للشفيع ما بعد الأرش. وإن اختلفت إرادتهما، فأراد الشفيع رده دون المشتري فلا منافاة أيضا، فيرجع إلى المشتري، ويتخير بين أخذ أرشه وعدمه.
وإن انعكس، فأراد الشفيع أخذه والمشتري رده، قدمت إرادة الشفيع، لثبوت حقه وسبقه، فإنه ثبت بالبيع. وسيأتي ما في هذا التعليل. ولأن غرض المشتري استدراك الظلامة وتحصيل الثمن، وهو حاصل بأخذ الشفيع. ولأننا لو قدمنا المشتري بطل حق الشفيع رأسا، وإن قدمنا الشفيع حصل للمشتري مثل

الثلث أو قيمته، فيكون جامعا بين الحقيقتين.
ويحتمل تقديم المشتري، لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد، كما تقدم (١) في البيع المشتمل على الخيار. وقد تقدم (٢) ضعف المبني عليه. فعلى المختار لو أراد المشتري طلب الأرش ففي إجابته إليه قولان: أحدهما - وهو قول الشيخ (٣) - : لا، لأنه قد استدرك ظلامته برجوع جميع الثمن إليه من الشفيع، فلم يفت منه شيء يطالب به.
والثاني - وهو الذي اختاره المصنف - : أن له ذلك، لأن حقه عند البائع حيث إن الأرش جزء من الثمن عوض جزء فائت من المبيع، فلا يجب عليه أن يقبل عوضه من الشفيع، لأن الواقع بين البائع والمشتري معاوضة مستقلة مغايرة لما وقع بينه وبين الشفيع، فلا يجب قبول أحد عوضيهما عن الآخر. وبهذا يظهر أنه ما استدرك ظلامته. وهذا أقوى. وحينئذ فله الرجوع على البائع بالأرش، فيسقط عن الشفيع من الثمن بقدره، لأن الثمن ما يبقى بعد أخذ الأرش.
الثالث: أن يعلم الشفيع بالعيب دون المشتري. والحكم فيه كالثاني، فإنه لا رد للشفيع لعلمه، ولا للمشتري مراعاة لحق الشفيع. وفي ثبوت الأرش للمشتري الوجهان. والأصح أن له ذلك، فيسقط عن الشفيع بقدره. ولا يقدر فيه

(١) في ص: ٣٠٧ - ٣٠٨.

(٢) في ص: ٣٠٧ - ٣٠٨.

(٣) لم يتعرض الشيخ " قدس سره " لحكم الأرش في هذه المسألة، وهي ما إذا وجد في الشقص عيب وكان الشفيع والمشتري جاهلين به، انظر المبسوط ٣: ١٢٥ - ١٢٦. نعم، ذكر ذلك في صورة علم المشتري بالعيب، وفي مسألة إصابة البائع بالثمن عيبا ورجوعه على المشتري ورجوع المشتري بذلك على الشفيع، مع الاحتجاج المذكور هنا في المتن " انظر المبسوط ٣: ١٣٣.

التاسعة: إذا باع الشقص بعوض معين لا مثل له كالعبد، فإن قلنا لا شفعة فلا بحث. وإن أوجبنا الشفعة بالقيمة، فأخذه الشفيع وظهر في الثمن عيب، كان للبائع رده والمطالبة بقيمة الشقص، إذا لم يحدث عنده ما يمنع الرد. ولا يرتجع الشقص، لأن الفسخ المتعقب للبيع الصحيح لا يبطل الشفعة.

علمه بالحال، لما بيناه من أنه يأخذ بالثمن وهو ما بعد الأرش. الرابع: أن يعلم المشتري خاصة. فللشفيع رده بالعيب مع كونه جاهلا به. وليس له الأرش، لأنه إنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد، والمشتري لا أرش له لعلمه بالعيب، واستحقاق الشفيع الأرش فرع أخذ المشتري إياه. قوله: " إذا باع الشقص بعوض..... الخ ". إذا اشترى الشقص بعوض قيمى كالعبد، وقلنا بثبوت الشفعة بالقيمة وتقابضا، ثم وجد البائع بالعبد عيبا وأراد رده واسترداد الشقص، وقد أخذ الشفيع الشقص أو طلبه، ففي المقدم منهما خلاف أظهره تقديم حق الشفيع، لأن استحقاق الفسخ فرع [ثبوت] (١) دخول المبيع (٢) في ملك المشتري، المقتضي لصحة العقد، المقتضي لثبوت الشفعة بمجرد العقد. ولعموم (٣) أدلة الشفعة للشريك، واستصحاب الحال. ولأن فيه جمعا بين الحقين، لأن رجوع البائع في العين يقتضي سقوط حق الشفيع، بخلاف ما إذا أخذ القيمة. وهذا هو الذي قطع به المصنف رحمه الله.

(١) من " د، ص، ل، ط، م ".

(٢) كذا في " ل "، ولعله الصحيح. وفي سائر النسخ: المعيب.

(٣) انظر الوسائل ١٧: ٣١٥ ب " ١ " من أبواب الشفعة.

ولو عاد الشقص إلى المشتري بملك مستأنف، كالهبة أو الميراث، لم يملك رده على البائع. ولو طلبه البائع لم يجب على المشتري إجابته. ولو كانت قيمة الشقص والحال هذه أقل من قيمة العبد هل يرجع الشفيع بالتفاوت؟ فيه تردد، والأشبه: لا، لأنه الثمن الذي اقتضاه العقد.

وقيل (١): يقدم حق البائع، لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد، والشفعة تثبت بعده، فيكون العيب أسبق. ولأن الشفيع منزل منزلة المشتري، فرد البائع يتضمن نقض (٢) ملكه، كما يتضمن نقض (٣) ملك المشتري لو كان في ملكه.

ويضعف بأن مجرد وجود العيب حالة العقد غير كاف في سببية الفسخ، بل هو مع العقد الناقل للملك، كما أن الشركة أيضا غير كافية في سببية الشفعة، بل هي مع العقد، فهما متساويان من هذا الوجه، ويبقى مع الشفعة المرجح بما ذكرناه.

وربما فرق بعضهم (٤) بين رد البائع المعيب قبل أخذ الشفيع وبعده، فقدم البائع في الأول والشفيع في الثاني، لتساويهما في ثبوت الحق بالبيع، فيقدم السابق في الأخذ. والوجه ترجيح جانب الشفيع مطلقا. قوله: " ولو عاد الشقص إلى المشتري..... الخ "

إنما لم يملك كل واحد من البائع والمشتري رد العين على تقدير عودها

(١) انظر قواعد الأحكام ١: ٢١٥.

(٢) فيما لدينا من النسخ الخطية: نقص، والصحيح ما أثبتنا، وكذا نقله عنه في الجواهر ٣٧: ٤١٢ - ٤١٣.

(٣) فيما لدينا من النسخ الخطية: نقص، والصحيح ما أثبتنا، وكذا نقله عنه في الجواهر ٣٧: ٤١٢ - ٤١٣.

(٤) راجع الدروس الشرعية ٣: ٣٦٨، الحاوي الكبير ٧: ٢٩٢ - ٢٩٣، روضة الطالبين ٤: ١٧٣ - ١٧٤.

إلى ملك المشتري - مع أن الواجب بالأصالة بعد الفسخ إنما هو العين، وإنما انتقل إلى قيمتها للتعذر، فكانت بدلا اضطراريا، فينبغي أن يلغوا اعتبارها مع وجود العوض الاختياري - لسبق حكم الشارع بوجود القيمة حين تعذر العين، فإذا دفعها المشتري ملكها البائع عوضا شرعيا عن العين، فبرئت ذمه 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 قيمة الثمن. ولا يرجع الشفيع بالتفاوت بين قيمة الشقص والثمن إذا كان قد دفعه، لأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالثمن الذي جرى عليه مثلا أو قيمة، فلا يتغير هذا الحكم بالرد بالعيب.

وقال الشيخ (١): يرجع، لأن العقد قد بطل، فلم يعتبر ما وقع عليه، بل ما استقر وجوبه على المشتري.

ويضعف بأن الفسخ لم يبطل العقد من أصله، بل كان صحيحا إلى حين الفسخ، فلا يزول مقتضاه بالفسخ الطارئ.

ولا فرق بين أن يكون الشفيع قد دفع الثمن وعدمه، وإن كان المصنف فرض المسألة فيما لو كان قد دفعه، وحكم بعدم رجوعه بالتفاوت. ويمكن أن يريد برجوعه به استثناء التفاوت مما وجب عليه بالعقد، وسماه رجوعا على تقدير عدم دفعه نظرا إلى ثبوته عليه أولا، فيشمل القسمين.

(١) راجع المبسوط ٣: ١٣٢، ولكنه ذكر وجهين من دون ترجيح لأحدهما.

ولو كان الشقص في يد المشتري، فرد البائع الثمن بالعيب، لم يملك منع الشفيع، لأن حقه أسبق، ويأخذه بقيمة الثمن، لأنه الذي اقتضاه العقد، وللبائع قيمة الشقص وإن زادت عن قيمة الثمن. ولو حدث عند البائع ما يمنع رد الثمن، رجع بالأرش على المشتري. ولا يرجع على الشفيع بالأرش إن كان أخذه بقيمة العوض الصحيح.

قوله: " ولو كان الشقص في يد.... الخ ". أشار بهذا إلى عدم الفرق في تقديم حق الشفيع بين أن يكون قد أخذ بالشفعة وعدمه، ولا بين أن يكون الشقص في يد المشتري وعدمه، لاشتراك الجميع في المقتضي لترجيح حق الشفيع. وقد تقدم البحث فيه. وحينئذ يأخذه بقيمة الثمن سليما. ثم يأخذ البائع من المشتري قيمة الشقص وإن زادت عن قيمة الثمن، لأن الواجب هو الثمن المعين، فإذا فات بالرد فقيمة الشقص حيث تعذر أخذه بحق الشفيع. ولا يرجع المشتري على الشفيع بزيادة قيمة الشقص على الثمن، لأنه إنما يستحق عليه الثمن الذي وقع عليه العقد. قوله: " ولو حدث عند البائع..... الخ ".

ما تقدم من الحكم برد البائع الثمن المعين وأخذ قيمة الشقص مختص بما ذا لم يمنع من الرد مانع، بأن (١) حدث عنده عيب آخر أو تصرف فيه، [وإلا] (٢) تعين أخذ الأرش، لامتناع الرد. ثم ينظر إن كان الشفيع قد أخذ الشقص بقيمة العبد سليما فلا رجوع عليه.

(١) في " و " : فإن.
(٢) من إحدى الحجريتين فقط.

العاشرة: لو كانت دار لحاضر وغائب، وحصّة الغائب في يد آخر، فباع الحصّة وادعى أن ذلك بإذن الغائب، قال في الخلاف (١): تثبت الشفعة.

ولعل المنع أشبه، لأن الشفعة تابعة لثبوت البيع. فلو قضي بها وحضر الغائب، فإن صدقه فلا بحث، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه، وينتزع الشقص.

وإن أخذه بقيمته معيّا رجع عليه بباقي قيمة الصحيح، لأن الشقص استقر عليه بالعقد والأرش (٢)، ووجوب الأرش من مقتضى العقد، لاقتضائه السلامة. وكذا القول فيما لو رضي به البائع ولم يرده مع عدم المانع من رده، واختار الأرش. قوله: " لو كانت دار لحاضر وغائب..... الخ " .

وجه ثبوت الشفعة بمجرد دعوى ذي اليد الإذن: أنه إقرار من ذي اليد بالوكالة فيصدق فيه، ومن ثم جاز الشراء منه والتصرف [فيه] (٣) تعويلا على قوله، وصحة الشراء ملزوم لثبوت الشفعة، وثبوت الملزوم يستدعي ثبوت اللازم.

والمصنف - رحمه الله - منع من ذلك، نظرا إلى عدم ثبوت البيع. وجواز الشراء منه لا يقتضي ثبوته شرعا، ومن ثم كان الغائب على حجته. وإقرار ذي اليد إنما يسمع حيث لا يكون إقرارا على الغير. ثم على تقدير القضاء بها ظاهرا تبعا لقبول دعواه لو حضر الغائب وأنكر

(١) لم نجده فيه.

(٢) سقطت من " د " .

(٣) من " خ " .

وله أجرته من حين قبضه إلى حين رده. ويرجع بالأجرة على البائع إن شاء، لأنه سبب الاتلاف، أو على الشفيع، لأنه المباشر للاتلاف. فإن رجع على مدعي الوكالة لم يرجع الوكيل على الشفيع، وإن رجع على الشفيع رجع الشفيع على الوكيل، لأنه غره. وفيه قول آخر، هذا أشبه.

الوكالة فالقول قوله، وانتزع الشقص من يد الشفيع، كما ينتزعه من يد المشتري لو لم يؤخذ بالشفعة، لأصالة عدم الإذن. قوله: " وله أجرته من حين قبضه.... الخ "

لا شبهة في جواز رجوع المالك بما فات من منافع الشقص من حين قبض المشتري وبعد قبض الشفيع إلى حين رجوعه إليه، ولا في تخيره في الرجوع على من شاء ممن فاتت في يده ومن يدعي الوكالة، لاشتراكهما في ترتب اليد على ماله، كما تقدم في نظائره من الغصب (١) وغيره. لكن إنما يرجع على الشفيع بأجرة زمان قبضه، وعلى المشتري بما قبل ذلك، وعلى مدعي الوكالة بالجميع إن شاء.

ثم إن رجع على مدعي الوكالة لم يرجع على أحدهما، لاعترافه بأن المنافع حقه، وأنه ظالم له في الرجوع عليه، والمظلوم لا يرجع على غير ظالمه. وإن رجع على القابض رجع على الوكيل، لأنه غره بدعواه الوكالة.

وهذا إنما يتم إذا لم يصدر من القابض ما يقتضي تصديق مدعي الوكالة فيها، وإلا لم يرجع عليه أيضا، لاعترافه بظلم المالك له.

(١) راجع ص: ١٥٥ و ٢٠٥ و ٢٢٣.

ولو اشترى شقصا بمائة، ودفع إليه عرضا يساوي عشرة، لزم الشفيع تسليم مائة أو يدع، لأنه يأخذ بما تضمنه العقد. ومن اللواحق البحث فيما تبطل به الشفعة وتبطل بترك المطالبة مع العلم وعدم العذر. وقيل: لا تبطل إلا أن يصرح بالاسقاط، ولو تناولت المدة. والأول أظهر.

والقول الآخر للشيخ في المبسوط (١) أن مدعي الوكالة يرجع على الشفيع لو رجع عليه، لاستقرار التلف في يده. وهذا أيضا إنما يتم مع اعتراف القابض بكذب المدعي في دعواه الوكالة، ليكون كالغاصب الذي يستقر عليه الضمان مع التلف في يده. فالقولان للشيخ (٢) على إطلاقهما لا يتمان. والتفصيل أجود. قوله: " ولو اشترى شقصا بمائة.... الخ ". قد عرفت أن الشفيع يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد إن شاء، ودفع المشتري العوض عن المائة معاوضة جديدة في حكم الإبراء من البعض، فليس للشفيع الاقتصار عليه. وهذا من جملة الحيل على عدم الأخذ بالشفعة. وسيأتي (٣). وقد كان يكتفي (٤) بأحدهما عن الآخر. قوله: " وتبطل الشفعة بترك المطالبة.... الخ ". اختلف الأصحاب في حق الشفعة هل هو على الفور أو التراخي؟ فذهب

(١) المبسوط ٣: ١٤٥ - ١٤٦.

(٢) لم ترد في " ط "، ولعله الصحيح، إذ لم ينقل الشارح " قدس سره " عن الشيخ قولين.

(٣) في ص: ٣٦٧.

(٤) في " خ ": يكفي أحدهما.

جماعة من المتقدمين (١) - ومنهم الشيخ (٢)، وأتباعه (٣)، وأكثر المتأخرين (٤) - إلى الأول. وذهب المرتضى (٥) وابن الجنيد (٦) وعلي بن بابويه (٧) وأبو الصلاح (٨) وابن إدريس (٩) إلى الثاني.

واستند الأولون إلى قوله صلى الله عليه وآله: " الشفعة كحل العقال " (١٠). وفي خبر آخر: " إن الشفعة لمن واثبها " (١١). وحسنة علي بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام (١٢) المتضمنة بطلان الشفعة بعدم إحضار الثمن في الثلاثة، إذ لو كانت على التراخي لم تبطل بعد الثلاثة. ولأن ثبوتها على خلاف الأصل، من حيث استلزامها التسلط على مال الغير بغير اختياره، فيقتصر فيها على موضع الوفاق. ولاستلزام التراخي الاضرار بالمشتري على تقدير أن يغرس ويبنى في

- (١) المقنعة: ٦١٨ - ٦١٩، المؤلف من المختلف ١: ٦٣٠ مسألة (٤).
- (٢) المبسوط ٣: ١٠٨، الخلاف ٣: ٤٣٠ مسألة (٤)، النهاية: ٤٢٤.
- (٣) المهذب ١: ٤٥٨ - ٤٥٩، الوسيلة: ٢٥٨.
- (٤) الجامع للشرائع: ٢٧٨، كشف الرموز ٢: ٣٩٥، المختلف: ٤٠٥، إيضاح الفوائد ٢: ٢٠٩، الدروس الشرعية ٣: ٣٦٣ - ٣٦٤، التنقيح الرائع ٤: ٩٠، المقتصر: ٣٤٧، جامع المقاصد ٦: ٤٠١.
- (٥) الإنتصار: ٢١٩.
- (٦) حكاة عنهما العلامة في المختلف: ٤٠٥.
- (٧) حكاة عنهما العلامة في المختلف: ٤٠٥.
- (٨) الكافي في الفقه: ٣٦١.
- (٩) السرائر ٢: ٣٨٨.
- (١٠) سنن ابن ماجه ٢: ٨٣٥ ح ٢٥٠٠، سنن البيهقي ٦: ١٠٨، تلخيص الحبير ٣: ٥٦ ح ١٢٧٨.
- (١١) تلخيص الحبير ٣: ٥٦ ح ١٢٧٨.
- (١٢) التهذيب ٧: ١٦٧ ح ٧٣٩، الوسائل ١٧: ٣٢٤ ب " ١٠ " من أبواب الشفعة.

الزمان المتطاوول ثم يحى الشفيع وينقض ذلك كله. واحتج الشيخ (١) مع ذلك كله بالاجماع.

واحتج الآخرون بأصالة عدم الفورية. وبأن البيع سبب في استحقاق الشفعة، والأصل ثبوت الشئ على ما كان إلى أن يثبت المزيل. وبأنه حق من الحقوق المالية، والأصل فيها أن لا تبطل بالإمساك عن طلبها. وادعى المرتضى (٢) الاجماع على التراخي، كدعوى الشيخ الاجماع على ضده. وفي الاستدلال من الجانبين نظر، لأن الخبرين الأولين عاميان، والثالث كما لا يدل على التراخي لا يدل على الفورية كما لا يخفى. وثبوتها على خلاف الأصل يوجب المصير إليها حيث يدل عليه الدليل، سواء حصل الاتفاق عليه أم لا. والضرر يزول بضممان الشفيع الأرش على تقدير القلع كما سبق (٣). ودعوى الاجماع من الجانبين تحكم ظاهر، وهذا مما يرشد (٤) بفساد هذه الدعاوي (٥) وعدم الوثوق بها في مواضع (٦) الاشتباه، لكثرة المجازفة الواقعة فيها. والمراد بالمطالبة في قول المصنف: إن الشفعة تبطل بتركها، نفس الأخذ بالشفعة مع اجتماع شرائط. ولا يجب أمر آخر مما يدل على الطلب الاصطلاحي، لأنه إن كان مع اجتماع شرائط الأخذ من العلم بمقدار الثمن وغيره

(١) الخلاف ٣: ٤٣٠ - ٤٣١ ذيل مسألة (٤).

(٢) الإنتصار: ٢٢٠.

(٣) في ص: ٣٢٧.

(٤) كذا في إحدى الحجريتين، وفي " خ " يؤذن، وفي سائر النسخ: يوشك.

(٥) في " د، ط، ل، م ": الدعوى.

(٦) في " ط، ل، و، م ": موضع.

ولو نزل عن الشفعة قبل البيع لم تبطل مع البيع، لأنه إسقاط ما لم يثبت. وفيه تردد.

وكذا لو شهد على البيع، أو بارك للمشتري، أو للبائع، أو أذن للمشتري في الابتاع، فيه التردد، لأن ذلك ليس بأبلغ من الإسقاط قبل البيع.

نافى الفورية، وإن كان قبله لم يجب.

قوله: " ولو نزل عن الشفعة قبل البيع..... الخ "

هنا مواضع اختلف في كونها مسقطاً للشفعة، سواء قلنا إنها على الفور أم على التراخي:

الأول: أن ينزل الشفيع عن الشفعة قبل البيع، بمعنى تركها والعفو عنها. وفي سقوطها بذلك بعد البيع قولان:

أحدهما: السقوط، لأن الحق له فإذا أسقطه سقط، كما لو أسقطه بعد البيع. ولدلالته على الرضا بالبيع، بل أبلغ منه، وهو مبطل لها.

والثاني: عدمه، لعموم الأدلة. ومنع كونه حينئذ حقه، فلا تسقط بإسقاطه، كما لو أسقطه غير المستحق. ومنع بطلانها بما دل على الرضا بالبيع. وقد تقدم (١). وهذا أقوى.

الثاني: أن يشهد على البيع. وقد اختلف فيه أيضاً، فذهب الشيخ في النهاية (٢) وجماعة (٣) إلى بطلانها، لدلالته على الرضا بالبيع. وذهب في

(١) في ص: ٣٤٩.

(٢) النهاية: ٤٢٤.

(٣) الوسيلة: ٢٥٨، الجامع للشرائع: ٢٧٨.

ولو بلغه البيع بما يمكن إثباته به، كالتواتر أو شهادة شاهدي عدل، فلم يطالب وقال: لم أصدق، بطلت شفيعته، ولم يقبل عذره. ولو أخبره صبي أو فاسق لم تبطل، وصدق. وكذا لو أخبره واحد عدل، لم لبطل شفيعته، وقبل عذره، لأن الواحد ليس حجة.

المبسوط (١) إلى عدمه، للأصل، ومنع الدلالة وتأثيرها على تقديرها في الإبطال وهذا أصح.

الثالث: أن يبارك للمشتري أو للبائع في العقد. وفي بطلانها به قولان أيضا، إما لتضمنه الرضا بالبيع، أو لمنافاته الفورية. والأصح عدم البطلان، لمنع الأمرين. أما الأول فواضح. وأما الثاني فلأن المعتبر فيها العرف، ونحو السلام والدعاء عند الاجتماع بذلك وأشباهه لا ينافيها عرفا، بل ربما كانت المبادرة إلى الأخذ بدون الكلام مستهجننا عادة.

الرابع: أن يأذن للمشتري في الابتاع. وفيه أيضا قولان، من حيث دلالة على الرضا المبطل لها، ومنع الأمرين، مع كونه ليس بأبلغ من إسقاط حقه منها قبل البيع، وهو غير مبطل فهنا أولى. وهذا أصح.

والحق في جميع هذه المواضع ونظائرها أن الشفعة لا تبطل، إلا مع التصريح بإسقاطها بعد ثبوتها، أو منافاة الفورية على القول باعتبارها. قوله: "ولو بلغه البيع بما يمكن..... الخ".

لما كان ثبوت الشفعة متوقفا على بيع الشقص اعتبر علمه به بالمعينة، أو

(١) لم نجد. نعم، حكم بعدم السقوط في صورة مباركة الشفيع، انظر المبسوط ٣: ١٤١ - ١٤٢.

باعتراف المتبايعين، أو بإخبار عدد (١) يبلغ عددهم التواتر بحيث يفيد العلم، أو بإخبار عدلين. فإن أخرج المطالبة مع وجود أحد هذه بطلت شفيعته حيث اعتبر فوريتها.

ولو قال: لم أصدق المخبر من العدلين وعدد التواتر، لم يقبل منه، لأن ذلك مكابرة حيث كان إثباتها شرعا ممكنا بذلك.

ولو أخبره عدد لا يبلغ التواتر لكن حصل به الاستفاضة وأفاد الظن الغالب المتأخّر للعلم، فإن صدقه بطلت شفيعته، وإلا ففي بطلانها وجهان مبنيان على أن مثل هذا الحق هل يثبت بالاستفاضة أم لا؟ والأقوى كونه عذرا وإن قلنا بثبوته بها، للخلاف في ذلك فكان عذرا. هذا إذا اعترف بحصول العدد الموجب لها ولم يكن مذهبه ثبوتها بذلك بالاجتهاد أو التقليد، وإلا لم يعذر كالشاهدين. ولو قال: لم يحصل لي بإخبارهم الظن الغالب، فهو عذر وإن حصل لغيره، لأن ذلك أمر نفساني لا يمكن معرفته إلا من قبله.

ولو كان المخبر عدلا واحدا، فإن صدقه فلم يطالب بطلت أيضا، لأن العلم قد يحصل بخبره مع احتفائه بالقرائن. وإن لم يصدقه أو سكت لم تبطل، لعدم ثبوت البيع بخبره.

ولو كان واحدا غير عدل، أو امرأة واحدة، أو صبيا، أو جماعة غير عدول لا يبلغ عددهم حد الاستفاضة، لم تبطل بتأخيره، لأن خبر هؤلاء لا يفيد العلم ولا الثبوت شرعا. ولو صدق الخبر ففي عذره بالتأخير بعده وجهان، من أن التصديق لا يستند إلى علم ولا سند شرعي فلا عبرة به، ومن إمكان استناده

(١) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، ولعل الصحيح: عدة.

ولو جهلا قدر الثمن بطلت الشفعة، لتعذر تسليم الثمن.
ولو كان المبيع في بلد ناء، فأخر المطالبة توقعاً للوصول، بطلت
الشفعة.

إلى القرائن، فإن الخبر المحفوف بالقرائن المفيدة للعلم لا ينحصر في العدل.
ولعل هذا أوجه.

قوله: " ولو جهلا قدر الثمن..... الخ "

لما كان الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد، ولا يملك أو (١) لا
يتم ملكه إلا بتسليمه، اشترط العلم بكميته وإلا لم يصح الأخذ، لفقد الشرط،
وهو تسليم الثمن المعين. ومقتضى ذلك أنه لا فرق بين أن يدفع قدراً يعلم
اشتمال الثمن عليه ويتبرع بالزائد إن اتفق وعدمه. ويحتمل الاجتزاء بذلك،
لصدق تسليم الثمن وزيادة.

وضمير " جهلا قدره " يرجع إلى المشتري والشفيع، لأن المعاوضة الثانية
واقعة بينهما. ويتحقق ذلك مع تصادقهما على الجهالة، أما لو ادعاها المشتري
وأنكر الشفيع وادعى عليه العلم فسيأتي (٢) البحث فيه.

قوله: " ولو كان المبيع في بلد ناء..... الخ "

المراد أن تأخير الأخذ لقبض الشقص أو يصل إليه ليس عذراً، بل عليه أن
يأخذ ويدفع الثمن ثم يسعى في تحصيل الشقص، لما تقدم (٣) من أن الشفيع يسلم
الثمن أولاً. ولو اعتبرنا التقابض معاً - كما في غيره من المعاوضات - احتمل

(١) في " د، و ": ولا يتم.

(٢) في ص: ٣٦٨ - ٣٦٩.

(٣) في ص: ٣١٢.

ولو بان الثمن مستحقا بطلت الشفعة، لبطلان العقد. وكذا لو تصادق الشفيع والمشتري على غصبية الثمن، أو أقر الشفيع بغصبيته، منع من المطالبة. وكذا لو تلف الثمن المعين قبل قبضه، لتحقق البطلان، على تردد في هذا.

عذره في التأخير ليحصل (١) التقابض معا. والوجه العدم، لأن الفور المعتبر حينئذ الأخذ القولي، ويبقى تسليم الثمن حكما آخر لو سلم اعتبار التقابض معا. قوله: " ولو بان الثمن مستحقا..... الخ ".

هنا مواضع أربع من مبطلات الشفعة:

الأول: أن يظهر الثمن المعين مستحقا، فإن الشفعة تبطل، لتبين بطلان البيع. ولم يقيد المصنف الثمن بكونه معيناً مع أنه مراد، بناء على أنه لا يتحقق كذلك بدون التعيين (٢)، إذ لو كان في الذمة لكان أمراً كلياً، والمدفوع المشخص ليس هو ذلك الكلي وإن تأذى به، فإذا ظهر كونه مستحقاً وجب على المشتري إبداله، لأن المستحق ليس هو الثمن، ولا تبطل الشفعة.

الثاني: أن يتصادق المشتري والشفيع على غصبية الثمن المعين، فإن الشفعة تبطل أيضاً، لبطلان الشراء، لأن ذلك بمنزلة ظهور الثمن مستحقاً. وهي الصورة الأولى. والكلام مع (٣) اعتبار كون الثمن معيناً كما سبق. والفرق بين الصورتين: أن الاستحقاق في الأولى تحقق في نفس الأمر فتبعه البطلان، بخلاف الثانية، فإنه إنما جاء من قبل المتصادقين، وحكم عليهما

(١) في " د، و ": لتحصيل.

(٢) في " ط، خ ": التعيين.

(٣) في إحدى الحجريتين: في.

بمقتضاه مع جواز كذبهما، لأن الحق منحصر فيهما.
الثالث: أن يقر الشفيع بغصبية الثمن المعين وإن لم يصادقه المشتري،
ولم يثبت البطلان، لأنه يستلزم الاعتراف بعدم استحقاق الشفعة فيؤخذ
به، لعموم: " إقرار العقلاء على أنفسهم جائز " (١) فلا يتعدى البطلان في حق
المتبايعين.

الرابع: أن يتلف الثمن المعين قبل قبضه، فإنه يحكم ببطلان البيع، ويتبعه
بطلان الشفعة.

والمصنف - رحمه الله - تردد في هذه الصورة من حيث إنه وإن
حكم ببطلان البيع إلا أن البطلان يحصل من حين التلف لا من أصله،
والشفعة تثبت بنفس البيع قبل الحكم ببطلانه، فيكون حقها أسبق. وهذا
أقوى.

وفصل ثالث (٢) فقال: إن أخذ الشفيع قبل تلف الثمن لم تبطل الشفعة، وإن
تلف قبل أخذه بطلت، لأنها تابعة للبيع، فإذا بطل بطلت.
ويضعف بأن البطلان طار على استحقاقها فتكون مقدمة، كما لو تقايل
المتبايعان أو باعه المشتري من ثالث.

(١) راجع الوسائل ١٦: ١١١ ب " ٣ " من كتاب الاقرار ح ٢، المستدرک ١٦: ٣١ ب " ٢ "
من كتاب الاقرار ح ١، عوالي اللئالي ٣: ٤٤٢ ح ٥. وانظر أيضا المختلف: ٤٤٣، التذكرة
٢: ٧٩، إيضاح الفوائد ٢: ٤٢٨، جامع المقاصد ٥: ٢٣٣، فهناك بحث في كون هذه
الجملة رواية.

(٢) انظر قواعد الأحكام ١: ٢١٥.

ومن حيل الاسقاط: أن يبيع بزيادة عن الثمن ويدفع بالثمن عوضا قليلا، فإن أخذ الشفيع لزمه الثمن الذي تضمنه العقد. وكذا لو باع بثمان زائد، فقبض بعضا وأبرأه من الباقي. وكذا لو نقل الشقص بغير البيع، كالهبة أو الصلح.

قوله: " ومن حيل الاسقاط أن يبيع..... الخ ".
تجوز الحيلة على إسقاط الشفعة من غير كراهية، للأصل، ولأنه ليس فيها دفع حق عن الغير، فإنه إنما يثبت بعد البيع. وربما احتل الكراهة، لما فيها من إبقاء الضرر.

ثم للحيلة صور ذكر المصنف منها ثلاثة:
منها: أن يبيع الشقص المشفوع بزيادة عن الثمن أضعافا كثيرة، ويأخذ عرضا (١) قيمته مثل الثمن الذي تراضيا عليه عوضا عن القدر المجهول (٢) ثمنا فإن أخذ الشفيع بالشفعة لزمه الثمن الذي تضمنه العقد لا قيمة العرض (٣)، لأن ذلك معاوضة أخرى بين المشتري والبائع. وحينئذ فقد لا يرغب الشفيع في دفع الزائد.

ومنها: أن يبيعه بثمان زائد ويقبض بعضه ويبرئه من الباقي بعد انقضاء الخيار إجماعا، أو فيه على أصح القولين، فيلزم الشفيع على تقدير الأخذ دفع جميع الثمن.

وجعل الحيلة في هذين مسقطه تجوز، لأن الشفعة لا تسقط بذلك، لكنه

-
- (١) في " خ " : عوضا.
(٢) في " د، ل، ط " : المجهول.
(٣) في " خ " : العوض.

ولو ادعى عليه الابتياح فصدقه وقال: نسيت الثمن، فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلفه بطلت الشفعة.
أما لو قال: لم أعلم كمية الثمن، لم يكن جوابا صحيحا، وكلف جوابا غيره. وقال الشيخ: ترد اليمين على الشفيع.

أقام إعراض الشفيع عنها غالبا مقام سقوطها.
ومنها: أن ينقل الشقص بغير البيع، كالهبة وإن شرط العوض، أو الصلح، على الأشهر من اختصاصها بالبيع. وسقوط الشفعة هنا حقيقة (١)، لفقد الشرط المقتضي لثبوتها، وهو انتقال الشقص بالبيع.
ومنها: أن يبيع جزءا من الشقص بثمن كله، ويهب له الباقي.
ومنها: أن يوكل البائع شريكه بالبيع، فباع على أحد الوجهين.
ومنها: أن يبيع عشر الشقص - مثلا - بتسعة أعشار الثمن، ثم يبيع تسعة أعشاره بعشر الثمن، فلا يتمكن الشريك الأول من الشفعة، لزيادة القيمة في الأول، وكثرة الشركاء في الثاني، لأن المشتري صار شريكا حالة الشراء (٢) الثاني.
ومنها: أن يبيعه بثمن قيمي كثوب ويقبضه البائع، ويبادر إلى إتلافه قبل العلم بقيمته، أو يخلطه بغيره بحيث لا يتميز، فتندفع الشفعة، للجهل بالثمن. إلى غير ذلك من الصور.
قوله: " ولو ادعى عليه الابتياح..... الخ " .
إذا ادعى الشفيع على المشتري الابتياح فصدقه فيه ولكن أنكر العلم بمقدار

(١) في " ذ، ل " : حقيقة.
(٢) كذا في " ذ، و "، وفي سائر النسخ: شراء.

الثلث، فإن كان جوابه: أنه كان عرضاً قيمياً وأخذ البائع وتلف في يده ولا نعلم قيمته، فالقول قوله مع يمينه، لأصالة عدم العلم، وكون ذلك أمراً ممكناً (١) فلو لم يصدق فيه لزم الاضطراب (٢) به، وحينئذ فتبطل الشفعة.

وإن قال: كنت أعلم قدره ولكن نسيته، فقد أطلق المصنف وجماعة (٣) 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 وسقطت الشفعة. وإن لم حلف وقضينا بالنكول، فإن كان الشفيع يدعي العلم بقدر معين ثبت وأخذ بالشفعة به (٤)، وإن لم نقض بالنكول ردت اليمين على الشفيع وحلف على ما يدعيه وثبت البيع به. وإن كان لا يدعي العلم به وإنما يدعي علم المشتري احتمال عدم سماع الدعوى بعد ذلك، لعدم إمكان الحكم بشيء، وإحلاف الشفيع على أن المشتري يعلم، وحبس المشتري حتى يبين قدره.

وإن كان جواب المشتري ابتداءً: لا أعلم كمية الثمن، لم يكن جواباً صحيحاً، وكلف جواباً غيره، لأنه مشترك بين أن يكون لا يعلمه ابتداءً من حين الشراء، وهو غير مسموع، لاقتضائه بطلان البيع، وأن يكون على أحد الوجهين السابقين، فلا بد من تفصيله. وحينئذ فيلزم بجواب مسموع، فإن أصر حبس حتى يجيب.

(١) كذا في "و" وفي سائر النسخ: كليا.

(٢) أشط إضطراباً عليه: جار. المنجد: ٣٨٦.

(٣) قواعد الأحكام ١: ٢١٨، الدروس الشرعية ٣: ٣٦٧، جامع المقاصد ٦: ٤٦٥.

(٤) سقطت من "ط، خ"، وفي "د": له.

المقصد الخامس

في التنازع

وفيه مسائل:

الأولى: إذا اختلفا في الثمن ولا بينة، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأنه الذي ينتزع الشيء من يده. وإن أقام أحدهما بينة قضى له.

وقال الشيخ (١): ترد حينئذ اليمين على الشفيع، ويقضى على المشتري بما يحلف عليه. وهذا يتم مع دعوى الشفيع العلم بالقدر، أما بدونه فلا، لعدم إمكان حلفه.

ولو فرض دعوى الشفيع هنا عدم علمه لكن ادعى علم المشتري حلف على ذلك، وألزم المشتري البيان كما مر. ثم إن بين قدرا وطابقه (٢) عليه الشفيع حكم بمقتضاه، وإلا فإشكال.

قوله: " إذا اختلفا في الثمن..... الخ "

إذا اتفق الشفيع والمشتري على وقوع الشراء ولكن اختلفا في مقدار الثمن، بأن قال المشتري: اشترت بألف، فقال الشفيع: بل بخمسائة، فالمشهور أن القول قول المشتري [مع يمينه] (٣).
وعلوه: بأنه أعلم بعقده.

(١) لم نعثر عليه. نعم، في المبسوط (٣: ١٥١ - ١٥٢) ذكر وجهين وحكم بصحة الأول منهما، وهو أن القول قول المشتري مع يمينه وتسقط الشفعة. وللأستاذ انظر مفتاح الكرامة ٦:

٤١٧، جواهر الكلام ٣٧: ٤٤٣.

(٢) في نسخة بدل " و " : وافقه.

(٣) من " د، م " .

وبأنه ينتزع الشيء (١) من يده، فلا يرفع يده عنه إلا بما يدعيه.
وبأن المشتري لا دعوى له على الشفيع، إذ لا يدعي شيئاً في ذمته ولا تحت يده، وإنما الشفيع يدعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذي يعترف به الشفيع والمشتري ينكره. ولا يلزم من قوله: " اشتريته بالأكثر " أن يكون مدعياً عليه وإن كان خلاف الأصل، لأنه لا يدعي استحقاقه إياه عليه، ولا يطلب تغريمه إياه. ولأن الذي لو ترك الخصومة لترك هو الشفيع، إذ لا يطلبه المشتري للأخذ بالشفعة بما يدعيه.

وفي الكل نظر:

أما الأول: فلأن النزاع ليس في العقد، لاتفاقهما معا على وقوعه صحيحاً واستحقاق الشفعة به، وإنما نزاعهما في القدر الواجب على الشفيع دفعه إلى المشتري من الثمن، فالمشتري يدعي زيادته عما يدعيه الشفيع، والشفيع ينكره، فيكون المشتري هو المدعي، والشفيع هو المنكر، فيدخل في عموم: " اليمين على من أنكر " (٢).

ولا يقال: العقد لما لم يتشخص بدون الثمن المعين فيكون الاختلاف فيه في قوة الاختلاف في العقد، لأن المتشخص منه بالألف غير المتشخص بخمسائة، فيرجع الأمر إلى الاختلاف في العقد، والمشتري أعلم به، لأنه من فعله، دون الشفيع.

لأننا نقول: القدر من العقد الواقع على الشقص مع كون الخمسمائة لازمة

(١) في " خ " : الشقص.

(٢) الوسائل ١٨ : ٢١٥ ب " ٢٥ " من أبواب كيفية الحكم ح ٣.

أمر متفق عليه بينهما، وإنما النزاع فيما زاد على ذلك، وهو يرجع إلى دعوى المشتري وإنكار الشفيع. على أن هذا لو تم لزم تقديم قول من يدعي زيادة العوض في كل معاوضة، كالبيع والإجارة والصلح، سواء كانت العين قائمة أم لا، وأنتم لا تقولون به.

لا يقال: عقد البيع وغيره إنما يقوم بالمتبايعين، فليس أحدهما أولى به من الآخر، فلذا لم يقدم قول مدعي الزيادة مطلقاً، بخلاف الشفيع بالنسبة إلى المشتري، لأن عقد البيع لم يقم بالشفيع، وإنما هو خارج يريد انتزاع العين بما يدعيه، فلذا قدم قول المشتري، لأنه أعرف بعقده.

لأننا نقول: قد يفرض وقوع العقد مع غير البائع والمشتري، كوكيلهما ووكيل أحدهما، ثم ينازعهما من دون حضور الوكيل، فيلزم تقديم قول من وقع العقد معه، وأنتم لا تقولون به.

وبالجملة، فمرجع تقديم قول أحد المتنازعين إلى كونه منكرًا وكون الآخر مدعيًا، نظرًا إلى الخبر (١)، أما غيره من الاعتبارات فلا التفات إليها من الشارع، وإنما هي مناسبات لا تفيد العلية.

وأما الثاني، فبمنع (٢) كون المالك لا تزال يده عن ملكه إلا بما يدعيه، فقد يقدم قول المنكر في كثير في البيع وغيره، خصوصاً مع تلف العين. وتخصيص 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

(١) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب " ٢٥ " من أبواب كيفية الحكم ح ٣.

(٢) في " خ، م " : فيمنع.

ليس لهذه العلة، بل لرواية (١) وردت في ذلك كما تقرر في بابه (٢)، ومن ثم خالف فيه جماعة (٣) اطرحوا الرواية إما لضعف سندها أو لمخالفتها للأصول، وقدموا قول المشتري مطلقاً، أو حكموا بالتحالف، إلى غير ذلك من الاختلاف. وتعدية الرواية إلى موضع النزاع - مع تسليمها في موردها - قياس لا يقولون به.

وأما الثالث ففيه - مع منافاته لظاهر الخبر (٤) - : أنه لا يتم بعد أخذ الشفيع بالشفعة، إما برضا المشتري بتأخير الثمن في ذمته، أو مطلقاً بناء على أن أخذه المعتبر في التملك بذله للثمن المتفق على لزومه لذمته لا ما يدعيه المشتري، فإذا أخذ الشفيع بما يعترف به ملك الشقص، وبقي النزاع بينه وبين المشتري في القدر الزائد. ولو كان ملكه متوقفاً على إعطاء المشتري ما يدعيه لزم إمكان دفعه عن التملك بسهولة، كدعوى قدر كثير لا يسمح به الشفيع من غير أن يثبت (٥) المشتري. وعموم الأدلة تنفيه، ومن ثم ذهب ابن الجنيد (٦) - رحمه الله - إلى تقديم قول الشفيع في قدر الثمن مطلقاً، لعموم الخبر (٧). وهو في غاية الوضوح، لكنه خلاف المشهور.

إذا تقرر ذلك فنقول: ما ذكرنا من تقديم قول أيهما إنما هو مع عدم البينة، أما معها فإن كانت من الشفيع على ما يدعيه قبلت، بناء على أنه خارج، وقد

-
- (١) راجع الوسائل ١٢: ٣٨٣ ب " ١١ " من أبواب أحكام القعود ح ١.
 - (٢) راجع ج ٣: ٢٥٨ - ٢٦٠.
 - (٣) راجع ج ٣: ٢٥٨ - ٢٦٠.
 - (٤) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب " ٢٥ " من أبواب كيفية الحكم ح ٣.
 - (٥) كذا في " و "، وفي سائر النسخ: يبينه.
 - (٦) حكاه عنه الشهيد الأول في الدروس الشرعية ٣: ٣٧٠.
 - (٧) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب " ٢٥ " من أبواب كيفية الحكم ح ٣.

ولا تقبل شهادة البائع لأحدهما.

يقدم قول المشتري فتكون البينة بينة الآخر. وإن كانت من المشتري قيل أفادت اندفاع اليمين عنه، وإن كان في دفع اليمين عن المنكر بالبينة في غير هذه الصورة تردد. والفرق أنه يدعي دعوى محضّة، وقد أقام بها بينة، فتكون مسموعة. ويشكل بأن جعله مدعياً دعوى محضّة يوجب عدم قبول قوله، وإنما توجه قبوله بتكلف كونه منكراً، فلا يخرج عن حكم المنكر. ولو أقام بينة بني على تقديم بينة الداخل أو الخارج عند التعارض، فعلى الأول تقدم بينة المشتري، وعلى الثاني بينة الشفيع على ما يلزم من الحكم بتقديم قول المشتري.

وقوى في المختلف ترجيح بينة المشتري، لا من حيث إنه داخل، بل لأن تقديم قوله قوى جانبها، فكان مرجحاً. قال: " وهذا بخلاف الداخل والخارج، لأن بينة الداخل يمكن أن تستند إلى اليد، فلهذا قدمنا بينة الخارج، وفي صورة النزاع على نفس العقد، كشهادة بينة الشفيع " (١). ويشكل بأن تقديم بينة الخارج عند القائل به ليس لذلك (٢)، بل لقوله عليه السلام: " البينة على المدعي، واليمين على من أنكر " (٣)، والخارج مدع فيكون بينته مرجحة.

قوله: " ولا تقبل شهادة.... الخ ".

لأن شهادته لكل منهما قد تجر نفعاً لنفسه، لأن شهادته بكثرة الثمن تتضمن استحقاقه إياه، وكون الزائد لو خرج مستحقاً استحق بدله وإن كان قد

(١) المختلف: ٤٠٦.

(٢) في " د، خ، م ": كذلك.

(٣) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب " ٢٥ " من أبواب كيفية الحكم ح ٣.

ولو أقام كل [واحد] منهما بينة، حكم ببينة المشتري. وفيه احتمال للقضاء ببينة الشفيع، لأنه الخارج.

قبضه، وبنقصانه يتضمن دفع درك الزائد لو خرج مستحقا. وفي المسألة وجه (١) بقبول شهادته على الشفيع مع القبض وله بدونه، لأنها مع القبض لا تجر لنفسه نفعاً، وإنما تفيد تحمل درك الزائد، وبدون القبض شهادة على نفسه بنقصان [حقه] (٢)، ومحذور الدرك مستحقر (٣) في ضمن الاعتراف بعدم استحقاق الزيادة.

والأظهر عدم القبول مطلقاً، لأنه ربما حاول بالنقيصة (٤) إسقاط خيار الغبن وقلة الأرش إذا ظهر المبيع معيباً، وربما كان عالماً بالعيب ويتوقع المطالبة بأرشه، وربما كان له غرض بعود المبيع إليه بفسخ المشتري إذا علم بالعيب أو الغبن ويخشى بأخذ الشفيع فوات ذلك فيزيد في الثمن ليدفعه عن الأخذ، وربما خاف رد المشتري له بالعيب دون الشفيع فقلل الثمن لذلك، فالاحتمال قائم على التقديرين، وجهة التهمة غير منضبطة. قوله: " ولو أقام كل منهما..... الخ "

ما اختاره من تقديم بينة المشتري عند التعارض قول الشيخ في الخلاف (٥) والمبسوط (٦)، معللاً بأنه داخل، وبأن بينته تثبت زيادة الثمن والشفيع ينكره.

(١) انظر قواعد الأحكام ١: ٢١٧.

(٢) من " و، ط "

(٣) في " د، ل ": مستقر.

(٤) كذا في هامش " و"، ولعله الصحيح، وفي سائر النسخ: بالزيادة.

(٥) الخلاف ٣: ٤٣١ مسألة (٦).

(٦) المبسوط ٣: ١١٠.

ولو كان الاختلاف بين المتبايعين، ولأحدهما بينة، حكم بها.
ولو كان لكل منهما بينة، قال الشيخ: الحكم فيها بالقرعة.
وفيه إشكال، لاختصاص القرعة بموضع اشتباه الحكم، ولا اشتباه
مع الفتوى بأن القول قول البائع مع يمينه مع بقاء السلعة، فتكون البينة
بينة المشتري.
وإذا قضى بالثمن تخير الشفيع في الأخذ بذلك وفي الترك.

والقول بتقديم بينة الشفيع لابن إدريس (١) وجماعة (٢) منهم العلامة (٣)، بناء
على تقديم بينة الخارج، عملاً بظاهر الخبر الصحيح (٤). وقد تقدم (٥) البحث في
ذلك، وإنما قدمناه لمناسبة ذكر باقي الأقسام.
قوله: " ولو كان الاختلاف بين المتبايعين..... الخ ".
قد تقدم في البيع (٦) أن المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن يقدم قول البائع
مع بقاء السلعة والمشتري مع تلفها، إذا لم يكن بينة، والمفروض هنا قيامها (٧)
ليأخذها الشفيع، فيكون قول البائع مقدماً على ذلك القول المشهور. فإن لم يكن
هناك بينة أخذ الشفيع بما حلف عليه البائع، لأنه الثمن الثابت شرعاً للمبيع.
وقيل: بل يأخذ بما يدعيه المشتري، لأن الشفيع إنما يأخذ منه ويدفع إليه

(١) السرائر ٢: ٣٩١ - ٣٩٢.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٤٦١.

(٣) قواعد الأحكام ١: ٢١٧، تحرير الأحكام ٢: ١٥١، تذكرة الفقهاء ١: ٦٠١.

(٤) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب " ٢٥ " من أبواب كيفية الحكم ح ٣.

(٥) في ص: ٣٧٣ - ٣٧٤.

(٦) في ج ٣: ٢٥٨.

(٧) في هامش " ذ ": " أي قيام العين، لأن الشفيع يحاول أخذها. منه قدس سره "

الثانية: قال في الخلاف: إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي، فأنكر الأجنبي، قضى بالشفعة للشريك بظاهر الاقرار. وفيه تردد من حيث وقوف الشفعة على ثبوت الابتياح. ولعل الأول أشبه.

الثمن، وهو يزعم أن البائع ظالم بأخذ الزائد، فلا يظلم هو الشفيع فيه. وهذا أقوى.

وإن أقاما بينة، قال الشيخ في المبسوط (١): يقرع بينهما، فمن أخرجته القرعة قدمت بينته، لأنها لكل أمر مشكل.

والمصنف - رحمه الله - استشكل ذلك بأنه لا إشكال مع اعتراف الشيخ (٢) بتقديم قول البائع مع بقاء السلعة وعدم البينة، فمع قيامها تكون البينة بينة الآخر، عملاً بالخبر (٣). وهذا حسن.

ثم فرع المصنف عليه بأنه إذا قضى بالثمن لمن قدمت بينته فالشفيع يأخذ بذلك الثمن، لأنه الثابت شرعاً، ولأن الزائد بزعمه غير مستحق، وبينه البائع كاذبة فيه، فلا يظلم هو الشفيع فيه. ولو قدمنا بينة البائع بالقرعة أو لكونه الداخِل جاء في أخذ الشفيع بالثمن الثابت شرعاً ما تقدم من الاشكال. والأقوى أنه يأخذ بما يدعيه المشتري لا غير، لما ذكر من التعليل.

قوله: " قال في الخلاف: إذا ادعى..... الخ " وجه ما اختاره الشيخ (٤) من ثبوت الشفعة إقرار ذي اليد بها فيحكم عليه،

(١) المبسوط ٣: ١١٠.

(٢) الخلاف ٣: ١٤٧ مسألة (٢٣٦).

(٣) انظر الوسائل ١٢: ٣٨٣ ب " ١١ " من أبواب أحكام العقود ح ١.

(٤) الخلاف ٣: ٤٥١ مسألة (٣٤).

لعموم: " إقرار العقلاء على أنفسهم جائز " (١). ومحصل إقراره أن ما بيده مستحق الأخذ بالشفعة للمقر له، فلا مانع من نفوذه. ونفاها ابن إدريس (٢)، لما ذكره في منشأ التردد من توقفها على ثبوت البيع ولم يحصل.

ويضعف بمنع توقف ثبوتها على ثبوت البيع على هذا الوجه، لاعتراض المالك باستحقاق الشفيع مع عدم المعارض، حتى لو كان الشقص بيد شخص وادعى شراءه حكم عليه بالشفعة وإن لم يصادق البائع على ذلك، عملاً بنفوذ إقرار ذي اليد، ويبقى النزاع بينه وبين من ادعى الشراء منه وهو أمر آخر.

وعلى هذا إن أقر البائع بقبض الثمن دفعه الشفيع إلى الحاكم، لأنه مستحق عليه ولا يدعيه أحد، وإلا كان للبائع أخذه قصاصاً. ولا يثبت الدرك على المشتري، لعدم ثبوت البيع بالنسبة إليه، بل يبقى على البائع. وللشفيع إحلاف المشتري، لأن له عليه حق الدرك على تقدير كونه مشترياً. وكذا للبائع إحلافه على الأقوى، سواء كان قد قبض الثمن أم لا. أما على تقدير عدم قبضه فظاهر، لأنه يدعي عليه الثمن وينفي دركه عنه. وأما على تقدير قبضه فلأن الذي يأخذه من الشفيع ليس هو عين حقه، وإنما يأخذه قصاصاً عن حقه كما ذكرناه، فله الاحلاف لأجله ولدفع الدرك.

(١) تقدم ذكر مصادره في ص: ٣٦٦ هامش (١).

(٢) السرائر ٢: ٣٩٤.

الثالثة: إذا ادعى أن شريكه ابتاع بعده، فأنكر، فالقول قول المنكر مع يمينه. فإن حلف أنه لا يستحق عليه شفعة جاز، ولا يكلف اليمين أنه لم يشتر بعده.

قوله: " إذا ادعى أن شريكه..... الخ "

إنما قدم قوله لأصالة عدم استحقاقه عليه الشفعة، وعدم تقدم شرائه وإن كان موافقا للأصل إلا أنه لا يستلزم استحقاق الشفعة، لأن الأصل أيضا عدم تقدم شراء الشريك الآخر، فإذا تعارض الأصلان فلا شفعة، لاحتمال الاقتران.

وأما الاكتفاء بحلف المنكر على الأعم - وهو عدم استحقاق شريكه عليه الشفعة - وإن ادعى عليه بالأخص - وهو تأخر شرائه - فهو مع جوازه غير مختص بهذه المسألة، بل يأتي في جميع الدعاوي، لحصول الغرض من الجواب، فإن غاية هذه الدعاوي استحقاق الشفعة، فحلفه على نفيه يفيد المطلوب، وربما كان الشراء متأخرا مع عدم استحقاقه الشفعة بسبب من الأسباب المسقطه.

وفي المسألة وجهان آخران:

أحدهما: تحتم الحلف على الأخص على طبق الدعوى.

والثاني: أنه إن أجاب بنفي الأخص لزمه الحلف عليه، لأنه لم يجب به إلا ويمكنه الحلف عليه، وإن أجاب بالأعم ابتداء لم يكلف غيره. وسيأتي (١) البحث فيه في القضاء.

(١) في البحث الثاني من المقصد الرابع من كتاب القضاء.

ولو قال كل منهما: أنا أسبق فلي الشفعة، فكل منهما مدع، ومع عدم البينة يحلف كل [واحد] منهما لصاحبه وتثبت الدار بينهما. ولو كان لأحدهما بينة بالشراء مطلقاً لم يحكم بها، إذ لا فائدة فيها. ولو شهدت لأحدهما بالتقدم على صاحبه قضي بها. ولو كان لهما بيتان بالابتياح مطلقاً، أو في تاريخ واحد، فلا ترجيح.

ولو شهدت بينة كل واحد منهما بالتقدم، قيل: تستعمل القرعة، وقيل: سقطتا وبقي الملك على الشركة.

قوله: " ولو قال كل منهما: أنا أسبق..... الخ ".
إذا ادعى كل منهما السبق على الآخر في الشراء ليأخذ منه بالشفعة، فإن لم يكن لأحدهما بينة حلف كل منهما للآخر وانتفت الشفعة من الجانبين، لأصالة عدم تقدم كل منهما على الآخر، وعدم ثبوت الشفعة للآخر عليه. وإن كان لأحدهما بينة، فإن كانت مطلقة فلا عبرة بها، لأن المطلقة إنما تثبت مطلق الشراء، وهو لا يوجب الشفعة. وإن كانت مؤرخة بتاريخ يقتضي تقدم من شهدت له به حكم بمقتضاها، وتثبت له الشفعة، لعدم المعارض. وكذا لو أقاما بينتين: إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة كذلك. ولو كانتا مطلقتين فهما بمنزلة عدم البينة.

وإن كانتا مؤرختين على وجه يحصل بهما التعارض، بأن تشهد بينة كل واحد له بالسبق، ففيه أوجه:

أحدها: استعمال القرعة، لاتفاقهما في الشهادة على استحقاق أحدهما على الآخر الشفعة، مع أن إحداهما كاذبة قطعاً، فيكون السابق مشتبهاً،

الرابعة: إذا ادعى الابتياح، وزعم الشريك أنه ورث، وأقاما
البينة، قال الشيخ: يقرع بينهما، لتحقق التعارض.

فيستخرج بالقرعة، لأنها لكل أمر مشتبه.
والثاني: تساقطهما، لتكافئهما، ويبقى الملك على أصل الشركة من غير
يمين. ولا نسلم أن الثابت سبق أحدهما في نفس الأمر، لأنه كما يجوز كذب
أحدهما خاصة يجوز كذبهما، فلا يكون أحدهما سابقا في نفس الأمر.
وتكافؤهما أوجب اطراح قولهما معا، لاستحالة الترجيح من غير مرجح.
والثالث: التساقط والتحالف. أما الأول فلاستحالة الترجيح. وأما
الثاني فلبقاء الدعويين بعد اطراح البينتين بمنزلة ما لو لم يكن هناك بينة.
وليس الحكم باليمين مع سقوط البينة ببعيد، كما هو مع إقامتها (١). وهذا لا يخلو
من قوة.

قوله: " إذا ادعى الابتياح..... الخ ".
إذا ادعى أحد الشريكين على شريكه الذي تأخر ملكه عن ملك المدعي
أنه انتقل إليه الملك بالابتياح ليثبت عليه الشفعة، وادعى الشريك أنه انتقل إليه
بالإرث فلا شفعة، وأقام كل منهما بينة بما ادعاه، قال الشيخ (٢): يقرع بينهما،
فمن أخرجته القرعة حكم ببينته، لتحقق التعارض بين البينتين فلا ترجيح،
فيشتبه الحال في صدق أيهما فيستخرج بالقرعة، لأنها لكل أمر مشتبه.
ويضعف بأنه لا اشتباه هنا في الحكم ولا تعارض، لأن الشفيع خارج،
وهو مدع حقيقة، لأنه يطلب انتزاع ملك الشريك الذي الأصل بقاؤه، ويخلى

(١) في " و ": إقامتهما.

(٢) المبسوط ٣: ١٢٩.

ولو ادعى الشريك الايداع، قدمت بينة الشفيع، لأن الايداع لا ينافي الابتياح.

وسكوته، ويترك لو ترك، فتكون بينته أرجح، لعموم: " البينة على المدعي " (١).
ولأنه ربما لم يكن بين البينتين تعارض، إذ ربما عولت بينة الإرث على أصالة بقاء الملك إلى حين الموت فانتقل بالإرث، لعدم علمها بصدور البيع، وبينة الشراء اطلعت على أمر زائد. وهذا هو الأقوى.
قوله: " ولو ادعى الشريك الايداع.... الخ "

أي: لو ادعى الشريك في شقص على من هو في يده أنه ابتاعه ليأخذه بالشفعة، وادعى من هو في يده أنه عنده وديعة من مالكة. وسمى مدعي الايداع شريكا مجازا، من حيث دعوى الشريك الآخر عليه الشركة وإن لم تثبت، أو من حيث اليد الدالة ظاهرا على الملك، ولو كان شريكا حقيقة لكانت دعواه الاستيداع غير مقبولة. وحينئذ فإن لم يكن لهما بينة فالقول قول مدعي الوديعة، لأصالة عدم الشفعة، واعترافه بعدم الملك. وإن أقام الشريك بينة فلا إشكال في قبولها، لأنه خارج.

وإن أقاما معا بينة، بأن أقام المدعي بينة بالشراء، والمدعي عليه بينة بالايدياع، فلا يخلو: إما أن تكونا مطلقتين، أو مؤرختين، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة، إما. بينة الايداع أو بينة الابتياح. فالصور أربع. وعلى تقدير تاريخهما: إما أن يتحدا في وقت واحد، أو يتقدم تاريخ الابتياح، أو تاريخ الايداع. فصارت الصور ستا. ثم على جميع التقادير: إما أن يتعرض كل واحد من البينتين إلى الملك للبائع والمودع، بأن تقول بينة الشفيع: إن البائع باع ما هو

(١) الكافي ٧: ٤١٥ ح ٢، الفقيه ٣: ٢٠ ح ١، التهذيب ٦: ٢٢٩ ح ٥٥٤.

ملكه، وبينه الايداع: إنه أودع ما هو ملكه، أو لا يذكر ذلك، أو تذكر إحداهما دون الأخرى. فالصور أربع أيضا، مضروبة في الست السابقة، والمرتفع - وهو أربع وعشرون صورة - هي أقسام المسألة.

وقد أشار المصنف إلى حكمها إجمالا، ونحن نشير إليها تفصيلا. فقول المصنف: (قدمت بينة الشفيح، لأن الايداع لا ينافي الابتاع " يقتضي بإطلاقه تقديم بينة الابتاع في جميع الصور، لتعرضه للقيود (١) وعدم استثنائه منها إلا صورة واحدة ذكرها (٢) بلفظ " قيل " مؤذنا بعدم ترجيحه.

ووجه تقديم بينة الشفيح مع الاطلاق واضح، لأنه ربما أودعه ثم باعه، فيقتضي بالشفعة. وكذا مع تقدم تاريخ بينة الايداع. وإن سبق تاريخ البيع فلا منافاة أيضا، لاحتمال أن البائع قبضه بعد البيع ثم رده إليه بلفظ الايداع، فاعتمده الشهود. وهذا وإن كان خلاف الظاهر والمعروف من معنى الايداع، إلا أن بناء ملك (٣) الايداع على ظاهر الأمر وعقده على التساهل، ومن ثم اكتفي فيه بالفعل، فسهل الخطب فيه.

ولو اتحد التاريخان، فإن أمكن الجمع بين البيع والوديعة، كما لو شهدت إحداهما بالبيع يوم الجمعة والأخرى بالوديعة فيه، فلا منافاة 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

(١) في إحدى الحجريتين: للقبول.

(٢) في الصفحة التالية، ولكن ذكرها بلفظ: قال.

(٣) في " م " : ذلك.

ولو شهدت بالابتياح مطلقا، وشهدت الأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخر، قال الشيخ: قدمت بينة الايداع، لأنها انفردت بالملك. ويكاتب المودع، فإن صدق قضي بينته، وسقطت الشفعة، وإن أنكر قضي بينة الشفيع.

والجماعة (١) تقديم بينة الابتياح أيضا. ولا يخلو من إشكال. والتعليل بعدم التنافي لا يتم.

ولا فرق في هذه الصورة بين أن يطلق كل واحدة من البينتين، فلا يقيد بكون المودع أو المبيع ملكا للدافع، أو يذكر كل منهما ذلك، أو يذكر إحداهما دون الأخرى، مع تأخر تاريخ المتعرضة للملك وتقدمه. وفي بعض هذه خلاف نبه عليه المصنف بخصوصه وإن لم يترجح عنده.

والمراد بقوله: " قدمت بينة الشفيع " أنه يعمل بمقتضاها وتثبت الشفعة، وإلا فحيث لا تنافي يعمل بالبينتين معا، لعدم التعارض.

قوله: " ولو شهدت بالابتياح مطلقا..... الخ ".

هذه هي الصورة التي أخرجها المصنف - رحمه الله - من الحكم بتقديم بينة الشفيع على وجه الاتفاق (٢)، لمخالفة الشيخ في حكمها. وحاصلها: أن بينة الابتياح إذا لم تتعرض لكون البائع قد باع ما هو ملكه، بل شهدت بالبائع فقط، وشهدت بينة الايداع بكونه قد أودع ما هو ملكه في تاريخ متأخر عن تاريخ البيع، فقد قال الشيخ في المبسوط (٣): تقدم بينة الايداع هنا، لانفرادها بذكر

(١) قواعد الأحكام ١: ٢١٨.

(٢) في " د، ص ": الايقاع، وفي " م ": الابتياح.

(٣) المبسوط ٣: ١٢٩.

ولو شهدت بينة الشفيع أن البائع باع وهو ملكه، وشهدت بينة الايداع مطلقا، قضي ببينة الشفيع، ولم يرأسل المودع، لأنه لا معنى للمراسلة هنا.

الملك، فكانت أقوى، إذ لا يحتمل كون المودع غير مملوك، بخلاف المبيع، فجاز أن يكون غير مملوك، فلذلك كان إطلاقه أضعف. وخصه بما إذا تأخر تاريخ الايداع ليستصحب حكم الوديعة، إذ لو تقدم على البيع لم ينافه، لجواز أن يودعه ملكه ثم يبيعه إياه. ونسبة المصنف [له] (١) إلى القيل يؤذن بضعفه. ووجه الضعف: أن البينة بإيداع الملك لا تنفي البيع، لأن الشهادة بالملك يكفي فيها الاستناد إلى العلم بالملك في زمان متقدم مع عدم العلم بالمزيل الطارئ، وعدم العلم به لا يدل على عدمه. فحينئذ بينة الابتياح تشهد بأمر زائد لا تعارضها (٢) الأخرى فيه وإن لم تصرح بالملك. قوله: " ولو شهدت بينة الشفيع..... الخ ". هذه عكس الأولى، وحكمها داخل في العموم السابق (٣) بتقديم بينة الشفيع، وإنما خصها للمقابلة بينها وبين السابقة (٤) في الحكم بالتقديم، وفي مراسلة المدعى كونه مودعا وعدمه. وإنما لم يعتبر المراسلة هنا لانتفاء فائدتها، فإنه لو صدق بينته لم يلتفت إلى قوله، لترجيح بينة الابتياح من حيث عدم المنافاة بين الايداع مطلقا وبيع (٥)

(١) من " ذ. ط، خ " .

(٢) في " ط، ل " : تعارضه.

(٣) راجع ص: ٣٨٢.

(٤) انظر ص: ٣٨٤.

(٥) كذا في " ذ، و، خ "، وفي سائر النسخ: وبين العين.

الخامسة: إذا تصادق البائع والمشتري أن الثمن غصب، وأنكر الشفيع، فالقول قوله، ولا يمين عليه إلا أن يدعى عليه العلم.

العين المودعة من مالها كما مر.

وقوله هنا: "قضي بينة الشفيع" أجود من قوله سابقا (١): "قدمت بينة الشفيع"، لعدم التعارض، إلا أن غرض مدعي الوداعة لما كان نفي الشفعة وغرض بينة الابتياح إثباتها وحكم بها كان في معنى التقديم. قوله: "إذا تصادق البائع والمشتري..... الخ".

إنما قدم قوله لاتفاق الجميع على وقوع البيع، ثم المتبايعان يزعمان فساده، فلا يقبل في حق الشفيع، استصحابا لما ثبت له من الحق بالبيع، ولأن إقرارهما إنما يسمع في حقهما لا في حق غيرهما، كما في نظائره من الأقارير. وحينئذ فيترتب على نفوذه في حق أنفسهما: وجوب رد الثمن على المقر له، وعدم ملك المشتري لنماء الشقص المتخلل بين الشراء والأخذ بالشفعة. وعلى عدم نفوذه في حق الشفيع: جواز أخذه بالشفعة، وكون الدرك على المشتري. ولا يمين لهما على الشفيع، إلا أن يدعى عليه العلم، فيحلف على نفيه، لأنه حلف على نفي فعل الغير.

ويبقى حكم الثمن الذي يعترف به الشفيع، فإن المشتري يزعم أنه لا يستحقه، لفساد الشراء، وكذلك عن قيمة الشقص، لزعمهما أنه غير مستحق لأخذه. فإن بقي من الثمن بقية عن القيمة فهي مال لا يدعيه أحد (٢)، ومحلها الحاكم.

(٢) في "و": أحدهما.

الأصل في إحياء الموات قول النبي صلى الله عليه وآله: " من أحيا أرضا ميتة فهي له " (١). وقوله صلى الله عليه وآله: " من أحاط حائطا على أرض فهي له " (٢). وروي أنه صلى الله عليه وآله قال: " عادي الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم مني " (٣). وروي: " موتان الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم مني أيها المسلمون " (٤).

والموتان بفتح الميم والواو. وفيه لغة أخرى بفتح الميم وسكون الواو. فأما موتان بضم الميم وسكون الواو فهو الموت الذريع. وقد دلت هذه الأخبار وغيرها (٥) على حصول الملك بالاحياء وعلى جوازها. ويدل على استحبابه رواية جابر أنه صلى الله عليه وآله قال: " من أحيا أرضا ميتة فله فيه أجر، وما أكله العوافي منها فهي صدقة " (٦). مضافا إلى تضمنه السعي في تحصيل الرزق المأمور به، ومن إخراج العاقل من حيز العطلة المشتملة على تضييع المال إلى حيز العمارة. ولأن الله تعالى خلق الأرض

- (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) عوالي اللئالي ٣: ٤٨٠ ح ٣، مسند أحمد ٥: ١٢، سنن أبي داود ٣: ١٧٩ ح ٣٠٧٧، سنن البيهقي ٦: ١٤٨، تلخيص الحبير ٣: ٦٢ ح ١٢٩٢.
- (٣) عوالي اللئالي ٣: ٤٨١ ح ٥، سنن البيهقي ٦: ١٤٣، تلخيص الحبير ٣: ٦٢ ح ١٢٩٣.
- (٤) تلخيص الحبير ٣: ٦٢ ح ١٢٩٣.
- (٥) راجع الوسائل ١٧: ٣٢٦ ب " ١ " من أبواب إحياء الموات.
- (٦) مسند أحمد ٣: ٣٠٤، سنن الدارمي ٢: ٢٦٧. سنن البيهقي ٦: ١٤٨. تلخيص الحبير ٣: ٦٢ ح ١٢٩٤.

والنظر في أطراف أربعة:

الأول

في الأرضين

وهي: إما عامرة، وإما موات.

فالعامر: ملك لمالكه، لا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه. وكذا ما به صلاح العامر، كالطريق والشرب والقناة.

ويستوي في ذلك ما كان من بلاد الاسلام وما كان من بلاد الشرك، غير أن ما في بلاد الاسلام لا يغنم، وما في بلاد الشرك يملك بالغلبة عليه.

للانتفاع بها وبما يشتمل عليه من المعادن وغيرها، فترك إحيائها صرف لها في غير ما خلقت له غالباً.

قوله: " في الأرضين " .

هو - بفتح الراء - جمع تكسير الأرض على غير قياس. وربما جمعها بعضهم (١) على أراضي. وغلط في ذلك.

قوله: " وهي: إما عامرة..... الخ " .

لا إشكال في كون المعمور من الأرض ملكاً لمالكه، مسلماً كان أم كافراً، مباح المال كالحربي أم لا كالذمي، لأن أصل الملك لا ينافي جواز أخذه منه قهراً، بل يجمعه. وأثبت أصل هذا الحكم لا ينافي ما يذكر في تقسيم الأرض إلى أرض الاسلام وأرض الكفر، وتقسيم أرض الكفر إلى المفتوحة عنوة وغيرها، والحكم على المفتوحة عنوة بأنها للمسلمين، لأن هذا حكم طار على

(١) راجع الصحاح ٣: ١٠٦٤، لسان العرب ٧: ١١٢.

وأما الموات: فهو الذي 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 وإن أحياه، ما لا يأذن له الإمام.

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: " ويستوي في ذلك ما كان من بلاد الاسلام، وما كان من بلاد الشرك..... إلى آخره " لأن ما كان منها من بلاد الشرك يجوز التصرف فيه بغير إذن مالكه في الجملة. وكان الأولى ترك ذلك، أو تقييده بكونه ملكا لمسلم أو مسالم.

قوله: " وأما الموات..... الخ "

المراد بعدم الانتفاع بها على الوجه المذكور تعذره إلا بعمل ومؤونة غالبا بحيث يعد مواتا عرفا. فلا يكفي مطلق استيلاء الماء عليها المانع من الانتفاع، ولا انقطاعه عنها كذلك، لأن ذلك يتفق في الأرض العامرة بالفعل كثيرا كما لا يخفى.

وكون الأرض الموات مطلقا للإمام عندنا موضع وفاق، لقوله صلى الله عليه وآله: " ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه " (١). وقول الباقر عليه السلام في صحيحة أبي خالد الكابلي: " وجدنا في كتاب علي عليه السلام: أن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض ونحن المتقون، والأرض كلها لنا " (٢) الحديث.

(١) لم نظفر عليه في الجوامع الحديثية، ونقله ابن حزم في المحلى ٨: ٢٣٤، والماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٤٧٩.

(٢) 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.

وإذنه شرط، فمتى أذن ملكه المحيي له إذا كان مسلماً. ولا يملكه الكافر. ولو قيل: يملكه مع إذن الإمام عليه السلام، كان حسناً.

وإنما يتوقف إحيائها على إذن الإمام مع حضوره، أما حال غيبته فيملكه من أحياء مطلقاً، لعموم: "من أحيأ أرضاً ميتة فهي له" (١). وقول الباقر عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم: "أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحق بها، وهي لهم" (٢). ولا يمنع من ذلك كونها للإمام على تقدير ظهوره، لأن ذلك لا يزيد عن حقه من غيرها، كالخمس والمغنوم بغير إذنه، فإنه محكوم بملكه لمن هو بيده من المسلم والكافر في حال الغيبة، وإن كان له عليه السلام مع ظهوره حكم آخر.

وقيل: يختص جواز الأحياء بالمسلم، لخصوص قوله عليه السلام: "موتان الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم مني أيها المسلمون" (٣). وفي كتاب علي عليه السلام السابق: "فمن أحيأ أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها إلى الإمام" (٤) الحديث. لكن هذا ظاهر في حال ظهوره، ولا نزاع فيه. قوله: "وإذنه شرط.... الخ".

إذا كان الإمام حاضراً فلا شبهة في اشتراط إذنه في إحياء الموات، فلا يملك بدونه اتفاقاً. ومن أذن له في الأحياء ملك، لكن هل إذنه مختص

-
- (١) تقدم ذكر مصادره في ص: ٣٨٩ هامش (١).
(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) تقدم ذكر مصادره في ص: ٣٨٩ هامش (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.

والأرض المفتوحة عنوة للمسلمين قاطبة، لا يملك أحد رقبتهما.

بالمسلم، أم يجوز له الإذن للمسلم والكافر؟ قولان، من أن الحق له فله الإذن فيه لمن شاء، كما يجوز له هبة أرضه وبيعها ممن شاء من المسلم والكافر، ومن دلالة ظاهر الأخبار السابقة على أن الكافر ليس أهلاً لتملك هذه الأرض بالاحياء.

وبالجمل، فإن أذن له الإمام على وجه التملك فلا إشكال عندنا في ملكه، لعصمته، وإلا لم يصح. فالخلاف عندنا قليل الفائدة، بخلافه عند الجمهور، فإن النزاع عندهم يبقى وإن أذن، لجواز الخطأ عليه عندهم. قوله: " والأرض المفتوحة عنوة..... الخ "

العنوة - بفتح العين وسكون النون - الخضوع والذلة، يقال: عنى إذا خضع، ومنه قوله تعالى: (وعنت الوجوه للحي القيوم) (١).

والمراد بالأرض المفتوحة عنوة ما ملكت بالقهر والغلبة، كمكة والشام وأكثر بلاد الاسلام. والمراد العامر منها دون الموات، كما ينبه عليه قوله بعد (٢) ذلك: " وما كان منها مواتاً فهو للإمام ". والمعتبر في ذلك العامر منها وقت الفتح، ويعلم ذلك بنقل من يوثق به، ودلالة القرائن الكثيرة المفيدة للعلم أو الظن المتأخم له بذلك.

والمراد بكونها للمسلمين أن الإمام يأخذ ارتفاعها ويصرفه على مصالحهم، لا أن من شاء من المسلمين التسلط عليها أو على بعضها له ذلك. وفي صحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: " وما

(١) طه: ١١١.

(٢) في ص: ٣٩٦.

ولا يصح بيعها، ولا رهنها.

أخذ بالسيف فذاك للإمام يقبله بالذي يرى، كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله بخبير " (١).

هذا مع حضوره. أما مع غيبته، فإن أمكن أخذه من نوابه - ولو على العموم - وصرف ما يخرج منها على المصالح صح، وإلا فإن أخذه حاكم الجور المعتقد لاستحقاقه برئت الذمة منه، لورود الروايات (٢) بحل المقاسمة والخراج وأصلهما من هذه الأرض. وبغير هذين الوجهين لا يصح التصرف فيه من المتصرف في الأرض ولا من غيره.
قوله: " ولا يصح بيعها... الخ "

أي: لا يصح بيع رقبة الأرض المذكورة ولا رهنها ولا غيرها من التصرفات الناقلة للملك عينا ومنفعة، لتوقف ذلك على ملك المتصرف، وقد قلنا إنها لا تملك بالخصوص وإنها لجميع المسلمين. وفي صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن السواد ما منزلته؟ فقال: " هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم، ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن 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: يؤدي إليهم رأس ماله، وله ما أكل من غلتها بما عمل " (٣).
نعم، لو كان للمتصرف فيها بناء أو شجر أو زرع جاز بيعه، لأنه مملوك،

(١) التهذيب ٤: ١١٩ ح ٣٤٢، الوسائل ١١: ١٢٠ ب " ٧٢ " من أبواب جهاد العدو ح ٢.
(٢) راجع الوسائل ١١: ١١٨ ب " ٧١ " من أبواب جهاد العدو، و ج ١٢: ١٦١ ب " ٥٢ " من أبواب ما يكتسب به.
(٣) التهذيب ٧: ١٤٧ ح ٦٥٢، الوسائل ١٧: ٣٤٦ ب " ١٨ " من أبواب إحياء الموات.

ولو ماتت لا يصح إحيائها، لأن المالك لها معروف، وهو المسلمون قاطبة.

وكونه في أرض الغير لا يمنع من التصرف في ملكه. وقد روى أبو بردة بن رجاء عن الصادق عليه السلام وسأله كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال: "ومن يبيع ذلك وهي أرض المسلمين؟ قال: قلت: يبيعها الذي هي في يده، قال: ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال: لا بأس اشتريه منه، ويحول حق المسلمين عليه، ولعله يكون أقوى عليها، وأملى بخراجهم منه" (١). وجوز جماعة (٢) من المتأخرين بيعها تبعا للآثار المذكورة لا منفردة. ولا يخلو من إشكال. وفي قوله في هذه الرواية: "اشتريه منه" ما يؤذن بالاختصار على أثره منها، لأنه حقه منها، أما نفسها فلا حق له فيها بخصوصه، بل ولا تصرف كما تقرر.

قوله: "ولو ماتت لم يصح..... الخ".

المراد بعدم صحة إحيائها عدم ترتب أثره عليه وهو ملكها به. ووجهه: ما أشار إليه المصنف من أن مالكة معروف وهم المسلمون، وما كان مالكة معروفًا من الموات لا يخرج عن ملك مالكة كما سيأتي (٣)، استصحابا للملك (٤) السابق، وعموم النهي عن التصرف في ملك الغير بغير إذن مالكة (٥).

-
- (١) التهذيب ٤: ١٤٦ ح ٤٠٦، الاستبصار ٣: ١٠٩ ح ٣٨٧، الوسائل ١١: ١١٨ ب " ١٧ " من أبواب جهاد العدو ح ١.
(٢) راجع قواعد الأحكام ١: ١٢٦، حاشية الكركي على الشرائع: ٣٠١ (مخطوط).
(٣) في ص: الصفحة التالية.
(٤) كذا في " و "، وفي سائر النسخ: لملك.
(٥) تحف العقول: ٣٤، كمال الدين: ٥٢٠ - ٥٢١ ح ٤٩، الاحتجاج: ٤٨٠، الوسائل ٦: ٣٧٦ - ٣٧٧ ب " ٣ " من أبواب الأنفال ح ٦.

وما كان منها مواتا وقت الفتح فهو للإمام عليه السلام. وكذا كل أرض لم يجر عليها ملك لمسلم. وكل أرض جرى عليها ملك لمسلم فهي له أو لورثته بعده.

قوله: " وما كان منها مواتا - إلى - للإمام عليه السلام ". يعلم كونها مواتا حينئذ بالنقل والقرائن، وبوجودها ميتة الآن مع الشك في كونها عامرة وقت الفتح، لأصالة عدم العمارة أصلا، بخلاف ما لو علم كونه قبل الفتح معمورا ثم خرب وشك في وقت خرابه، فإنه يحكم بعمارته وقته، استصحابا لحكم الموجود وعدم تقدم الحادث. قوله: " وكذا كل أرض..... الخ ". يعني أنها تكون للإمام عليه السلام، لعموم الخبر الصحيح السابق (١). ولا فرق في هذه الأرض بين الموات والقابلة للانتفاع بغير إحياء، وإن كان مثل هذه لا يعد مواتا اصطلاحا، كما علم من تفسيره. قوله: " وكل أرض جرى عليها..... الخ ". إذا جرى على الأرض ملك مسلم معروف ومن في حكمه، فما دامت عامرة فهي له أو لورثته بعده، وإن ترك الانتفاع بها أصلا إجماعا. وإن خربت، فإن كان انتقالها إليه بالقهر - كالمفتوحة عنوة بالنسبة إلى المسلمين - أو بالشراء والعطية ونحوهما لم يزل ملكه عنها أيضا إجماعا، على ما نقله في التذكرة (٢) عن جميع أهل العلم.

(١) راجع ص: ٣٩١.

(٢) راجع التذكرة ٢: ٤٠١. ولكن نقل عن بعض العامة فقط إجماع العلماء على ذلك، وانظر جواهر الكلام ٣٨: ٢٠.

وإن ملكها بالاحياء ثم تركها حتى عادت مواتا فعند المصنف وقبله
الشيخ (١) وجماعة (٢) أن الحكم كذلك، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " من
أحيا أرضا ميتة فهي له " (٣).

وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " ليس لعرق ظالم حق " (٤). وقد قيل (٥)
في تفسير العرق الظالم أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها.
ولرواية سليمان بن خالد أنه سأل الصادق عليه السلام: " عن الرجل
يأتي الأرض الخربة فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها فماذا
عليه؟ قال: الصدقة، قلت: فإن كان يعرف صاحبها، قال: فليؤد إليه
حقه " (٦).

ولأصالة بقاء الملك على ما كان عليه.

ولأنها أرض يعرف مالکها فلا تملك بالاحياء، كالتى ملكت بشراء أو
بعطية.

ولأن أسباب الملك مضبوطة وليس منها الخراب، فيبقى الملك بحاله إلى
أن يثبت المزيل.

وفي كل واحد من هذه الأدلة نظر:

(١) المبسوط ٣: ٢٦٩.

(٢) المهذب ٢: ٢٨، الجامع للشرائع: ٣٧٤، تحرير الأحكام ٢: ١٣٠، جامع المقاصد ٧: ١٧ - ١٨.

(٣) تقدم ذكر مصادره في ص: ٣٨٩ هامش (١).

(٤) المجازات النبوية: ٢٥٥ رقم (٢٠١)، سنن البيهقي ٦: ١٤٢، عوالي اللئالي ٣: ٤٨٠ ح ٢.

(٥) غريب الحديث للهروي ١: ١٧٨، المجازات النبوية: ٢٥٥ رقم (٢٠١).

(٦) التهذيب ٧: ١٤٨ ح ٦٥٨، الوسائل ١٧: ٣٢٩ ب " ٣ " من أبواب إحياء الموات ح ٣.

أما الأول، فنقول بموجبه لكنه كما دل على ملك الأول لها بالاحياء دل على ملك الثاني أيضا، بل دلالة أقوى، لأنه سبب طار مملك بمقتضى الحديث، وإذا طرأ سبب مملك على سبب سابق كان التأثير للثاني، مع أنه مصرح بما ذكرناه من رجحانه في أخبار صحيحة سيأتي (١) ذكرها. وأما الثاني، فكون هذا المحيي ظالما عين المتنازع، فلا يجعل دليلا. وتفسيره بما ذكر منقول عن هشام بن عروة (٢)، وقوله ليس بحجة. ومن الواضح أن العرق الظالم أعم مما فسره به. ولو سلمناه لم يضرنا، لأنه فسره بأن يأتي الأرض الميتة لغيره، والخصم لا يسلم أنها بعد الموت تبقى للغير. وظاهر هذا أنه محمول على موات لا يخرج عن الملك به، كالأقسام الأول السابقة، أو على موات لم يبلغ حدا يفتقر إلى الاحياء، ولذلك لم يخرج عن الملك، وصدق عليها أنها للغير، وأن المتصرف فيها ظالم.

وأما الثالث، ففيه - مع ضعف السند - عدم الدلالة، فإن أمره بأداء حق صاحبها أعم من كونه الأرض أو أجزائها أو غيرهما من الحقوق الخارجة عنها. ولا دلالة أيضا في لفظ "صاحبها"، لأن الصاحب يصدق بنسبتها إليه سابقا وإن زال ملكه.

وأما أصالة بقاء الملك فمنقطعة بما سنذكره (٣) من الأخبار الصحيحة الدالة على أن إحياءها بعد خرابها من أسباب الملك للثاني. وبها يحصل الجواب عن الأخير أيضا. ويحصل الفرق بين ما ملكت بالشراء وشبهه

(١) في ص: ٣٩٩ - ٤٠٠.

(٢) راجع غريب الحديث للهروي ١: ١٧٨.

(٣) في ص: ٣٩٩ - ٤٠٠.

وبالاحياء، لأن خروج ذلك بالاجماع على تقدير تسليمه ينفي دلالتها على موضع النزاع.

وذهب جماعة من أصحابنا - منهم العلامة في بعض فتاواه، ومال إليه في التذكرة (١) - إلى صحة إحيائها، وكون الثاني أحق بها من الأول، لعموم قوله صلى الله عليه وآله: " من أحيا أرضا ميتة فهي له " (٢).

وقريب منه صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: " أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحق بها، وهي لهم " (٣). وحسنة زرارة ومحمد بن مسلم وأبي بصير وجماعة من الفضلاء عن الباقر والصادق عليهما السلام قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أحيا مواتا فهو له " (٤). وقد تقدم (٥) وجه الدلالة.

وخصوص صحيحة أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام قال: " وجدنا في كتاب علي عليه السلام: أن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض ونحن المتقون، والأرض كلها لنا، فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها، فإن تركها أو أخربها فأخذها رجل من المسلمين من

(١) التذكرة ٢: ٤٠١.

(٢) تقدم ذكر مصادره في ص: ٣٨٩ هامش (١).

(٣) تقدم ذكر مصادره في ص: ٣٩٢ هامش (٢).

(٤) الكافي 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) في الصفحة السابقة.

بعده فعمرها وأحيائها فهو أحق بها من الذي تركها، فليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل حتى يظهر القائم من أهل بيتي بالسيف، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله صلى الله عليه وآله ومنعها، إلا ما كان في أيدي شيعتنا، فيقاطعهم على ما في أيديهم، ويترك الأرض في أيديهم " (١).
وصحيحة معاوية بن وهب قال: " سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:
أيما رجل أتى خربة باثرة فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرها فإن عليه فيها الصدقة، فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها وأخربها، ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله ولمن عمرها " (٢).
ولأن هذه الأرض أصلها مباح، فإذا تركها حتى عادت إلى ما كانت عليه صارت مباحة، كما لو أخذ ماء من دجلة ثم رده إليها.
ولأن العلة في تملك هذه الأرض الأحياء والعمارة، فإذا زالت العلة زال المعلول وهو الملك. فإذا أحيها الثاني فقد أوجد سبب الملك، فيثبت الملك له، كما لو التقط شيئاً ثم سقط من يده وضاع عنه فالتقطه غيره، فإن الثاني يكون أحق به.

وهذا القول قوي، لدلالة الروايات الصحيحة عليه. وتفصيل المصنف الآتي (٣) قريب منه.

واعلم أن القائلين بعدم خروجها عن ملك الأول اختلفوا، فذهب

(١) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٣٩١ هامش (٢).

(٢) الكافي ٥: ٢٧٩ ح ٢، التهذيب ٧: ١٥٢ ح ٦٧٢، الوسائل ١٧: ٣٢٨ ب " ٣ " من أبواب إحياء الموات ح ١.

(٣) في ص: ٤٠٢.

بعضهم (١) إلى عدم جواز إحيائها ولا التصرف فيها مطلقاً إلا بإذن الأول كغيرها من الأملاك.

وذهب الشيخ - رحمه الله - في المبسوط (٢) والمصنف في كتاب الجهاد (٣) والأكثر إلى جواز إحيائها، وصيرورة الثاني أحق بها، لكن لا يملكها بذلك، بل عليه أن يؤدي طسقتها إلى الأول أو وارثه. ولم يفرقوا في ذلك بين المنتقلة بالاحياء وغيره من الأسباب المملكة حيث يعرض لها الخراب وتصير مواتاً. وذهب الشهيد في الدروس (٤) إلى وجوب استيذان المحيي للمالك أولاً، فإن امتنع فالحاكم، وله الإذن فيه، فإن تعذر الأمران جاز الاحياء، وعلى المحيي طسقتها للمالك.

وحاولوا في هذين القولين الجمع بين الأخبار، بحمل أحقية الثاني في الأخبار الصحيحة على أحقية الانتفاع بها بسبب الاحياء له إن لم يكن مالكا، ووجوب الطسق من خبر سليمان (٥) بن خالد في قوله: " إذا كان يعرف صاحبها فليؤد إليه حقه " فإن الحق وإن كان أعم من أجره الرقبة إلا أن الجمع بين الأخبار يقتضي حمله على الأجرة خاصة. وفي قيود الشهيد - رحمه الله - مراعاة لحق الملك (٦) وحق الاحياء (٧). وأما القول الأول ففيه اطراح الأخبار الصحيحة جملة،

(١) تحرير الأحكام ٢: ١٣٠.

(٢) لم نجد في المبسوط، وصرح به في النهاية: ٤٢٠.

(٣) شرائع الاسلام ١: ٣٦٨.

(٤) الدروس الشرعية ٣: ٥٦ - ٥٧.

(٥) راجع ص: ٣٩٧.

(٦) في الحجريتين: المالك.

(٧) في " ذ، د، ل " : الأخبار.

وإن لم يكن لها مالك معروف فهي للإمام. ولا يجوز إحيائها إلا بإذنه. فلو بادر مبادر فأحيائها من دون إذنه لا يملك. وإن كان الإمام عليه السلام غائبا كان المحيي أحق بها ما دام قائما بعمارتها. فلو تركها فبادت آثارها فأحيائها غيره ملكها. ومع ظهور الإمام عليه السلام يكون له رفع يده عنها.

فكان ساقطا. ولو كان خبر سليمان بن خالد في قوة تلك الأخبار المعتبرة لكان الجمع حسنا، لكن قد عرفت ما فيه. قوله: " وإن لم يكن لها مالك معروف..... الخ ". ما تقدم حكم الأرض التي لها مالك معروف، سواء كانت حية أم ميتة، وهذا حكم ما إذا لم يكن لها مالك معروف، بأن جهل مالکها لموت وغيره، لكن الحكم هنا مقيد بما لو كانت ميتة، إذ لو كانت حية فهي مال مجهول المالك، وحكمه خارج عن ملكية الإمام له بالخصوص. فأما إذا كانت ميتة والحال أنها كانت في الأصل مملوكة ثم جهل مالکها فهي للإمام عليه السلام.

ثم إن كان حاضرا لم يصح إحيائها إلا بإذنه، كغيرها من الموات المتقدم. فإن أذن له في إحيائها فأحيائها ملكها، وصار حكمها بعد موتها كالسابقة، لأن مالکها حينئذ معروف. وإن كان غائبا لم يملكها المحيي ملكا تاما، لأن للإمام بعد ظهوره رفع يده عنها، ولو ملكها ملكا تاما لم يكن له ذلك، لكنه يكون في حال الغيبة أحق بها من غيره ما دام قائما بعمارتها، فإن تركها فماتت فأحيائها غيره ملكها ملكا غير تام كما تقدم، فإذا ظهر كان له رفع يده عنها، سواء وجدها في يد المحيي الأول أم الثاني.

هكذا أطلق المصنف. ومستنده على هذا التفصيل الأخبار السابقة (١)، مع أنها قاصرة عن إفادته، لأن الرواية الصحيحة التي رويت عن كتاب علي عليه السلام دلت على أن الثاني أحق كما ذكر، لكنها ظاهرة في حال وجود الإمام عليه السلام، لأنه أمره أن يؤدي خراجها إلى الإمام. وكان ما وقع من علي عليه السلام إذنا (٢) للمحيي في ذلك، لم إلا فليس فيها توقف على إذن خاصة في الأحياء.

ويظهر منها أن القائم عليه السلام يتركها في أيدي الشيعة إذا قاموا له بالمقاطعة. والمصنف - رحمه الله - لم يشرط ذلك، ولكن في التحرير (٣) شرطه، فقال: إن للإمام رفع يده عنها إذا لم يتقبلها بما يتقبلها غيره. ويمكن أن يقال على الأول: إن الحكم بملك الثاني لها حال حضور الإمام يستلزم ملكه لها حال الغيبة بطريق أولى.

وظاهر النص والفتوى أن حكم الإمام مع المحيي في إخراجه وإقرار يده، وليس فيها تعرض لغيره ممن ترتبت يده على يده، كالمشتري منه ونحوه، بل الوارث، فيمكن إلحاقه به في الحكم، لاشتراكهما في المقتضي، وهو التصرف في ملك الغير وهو الإمام، فالمشيئة (٤) إليه.

ويمكن الفرق واختصاص الحكم بالمحيي، والرجوع في غيره إلى

(١) انظر ص: ٣٩٩ - ٤٠٠.

(٢) في "خ": إذن، ولعله باعتبارها خبرا ل " وكان ما وقع... " بقراءتها كذلك.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ١٣٠.

(٤) في "و": بالنسبة.

وما هو بقرب العامر من الموات يصح إحياءه، إذا لم يكن مرفقا للعامر، ولا حريما له.

عموم ما دل على ملكه من الأخبار (١). ولا ينافيه كونه ملك الإمام عليه السلام وكذا يقع الاشكال فيما لو باعها المحيي ثم أخرجها (٢) المشتري. وظاهرهم هنا عدم خروجها عن ملك المشتري. ويشكل الفرق بين الأمرين، إلا أن تجعل رقبة الأرض في مقابلة بذل الثمن، فينتقض بما لو وهبها أو خرجت عنه بالإرث. وبالجملة، فحكم هذه المسائل كلها لا يخلو من إشكال. وصحيحة (٣) معاوية بن وهب تدل على خروج الأرض بالموت عن ملك من هي في يده مطلقا، وكونها ملكا للمحیی الثاني، فينبغي العمل بها في كل ما لا إجماع على خلافه.

قوله: " وما هو بقرب العامر من الموات..... الخ ".
قد استفيد من الأدلة السابقة عدم الفرق في إحياء الموات بين القريب من العامر والبعيد عنه إذا كان صالحا للإحياء.
وخالف في ذلك بعض العامة (٤)، ففرق بين القريب من العامر والبعيد، فجوز إحياء الثاني مطلقا دون الأول، لاحتمال تعلق مصلحة العامر به. وضعفه ظاهر.

(١) انظر ص: ٣٩٩.

(٢) في " د، ل، م ": أخبر بها.

(٣) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٤٠٠ هامش (٢).

(٤) اللباب في شرح الكتاب ٢: ٢١٩، الحاوي الكبير ٧: ٤٨٠، بدائع الصنائع ٦: ١٩٤.

ويشترط في التملك بالاحياء شروط خمسة:

قوله: " ويشترط في التملك..... الخ "

قد اختلف الفقهاء في عد (١) شرائط الاحياء، فالمصنف - رحمه الله -
علها خمسة أحدها انتفاء اليد، ولم يذكر الحمى، مع أن عدمه (٢) من الشرائط
قطعا كالمقطع، لكنه أشار إلى اشتراطه أخيرا (٣) وإن لم يذكره في العدد.
ومنهم (٤) من جعلها ستة بإضافة الحمى. وهو واضح. ومنهم من لم يذكر انتفاء
اليد منها، لأن اليد إن لم ترجع إلى أحد هذه الأمور فلا معنى لها. ولهذا وجه.
لكن تظهر فائدته مع اشتباه الحال.

وفي الدروس (٥) جعل الشرائط تسعة، فأضاف إلى الستة المشهورة: إذن
الإمام عليه السلام، وقصد التملك، ووجود ما يخرجها عن الموات.
والمصنف قد أشار إلى الثلاثة أيضا. فالأول ذكره في أول (٦) الكتاب.
والثاني يستفاد من اشتراطه الأمور المذكورة في التملك، فإنه يستلزم القصد،
لأن التملك إرادة الملك، ولم يجعلها شرطا في الملك لعدم استلزامه القصد.
وأما الثالث فيستفاد من كيفية الاحياء المملك، وسيأتي (٧).

(١) في " خ " : عدد.

(٢) كذا في " ذ، و، خ، م "، وفي " د، ط " : مع أن عدده من الشرائط، وفي " ل " : مع أن ينبغي
عده من.....

(٣) في ص: ٤٢٠.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ١٣٠.

(٥) الدروس الشرعية ٣: ٥٥.

(٦) في ص: ٣٩١.

(٧) في ص: ٤٢٣.

الأول: أن لا يكون عليها يد لمسلم، فإن ذلك يمنع من مباشرة الاحياء لغير المتصرف.
الثاني: أن لا يكون حرما لعامر، كالطريق، والشرب، وحریم البئر، والعين، والحائط.

قوله: " أن لا يكون عليها يد لمسلم..... الخ ".
وفي حكم يد المسلم يد المسالم. والضابط: اليد المحترمة. ولا يشترط في الحكم لليد العلم بالسبب الموجب لها، بل يكفي عدم العلم بكونها ليست عن سبب مملك (١). ولو اشترط العلم بالسبب لاستغني عن هذا الشرط، لأن أسباب الاختصاص ترجع إلى باقي الشرائط.
ولو علم إثبات اليد بغير سبب مملك ولا موجب أولوية فلا عبرة بها، كما لو استندت إلى مجرد تغلب على الأرض، أو بسبب اصطلاح أهل القرية على قسمة بعض المباحات الأصلية، كما يتفق ذلك كثيرا، أو لكونه محييا لها في الأصل وقد زالت آثاره إذا قلنا بزوال ملكه، ونحو ذلك.
قوله: " أن لا يكون حرما لعامر..... الخ ".
فإن حریم المعمور كنفسه، من حيث إنه استحق باستحقاقه المواضع التي هي من مرافقه، كالطريق، فلا يجوز لأحد أخذ طريق يسلك فيه المالك إلى عمارته، لما فيه من الضرر (٢) المنفي بالاجماع. وكذا الشرب، وحریم العين، وما شابه ذلك من مسيل ماء العامر، ومطرح قمامته، وملقى ترابه وآلاته وكل ما يتعلق بمصالحه. وهذا مما لا خلاف فيه.

(١) في " ذ، ل، خ ": ممكن.
(٢) في " ط، م ": الضرر.

وحد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج إليه في الأرض المباحة: خمس أذرع، وقيل: سبع أذرع، فالثاني يتباعد هذا المقدار.

وإنما الخلاف في أن مالك العامر هل يملك الحریم المذكور تبعا للعامر، أم يكون أولى وأحق به من غيره وليس بملك (١) حقيقة؟ فالأشهر أنه يملك كما يملك العامر، لأنه مكان استحققه بالاحياء فملك (٢) كالمحيي. ولأن معنى الملك موجود فيه، لأنه يدخل مع المعمور في بيعه، وليس لغيره إحياءه ولا التصرف فيه بغير إذن المحيي. ولأن الشفعة تثبت بالشركة في الطريق المشترك، وهو يدل على الملك.

وقال بعضهم (٣): إنه غير مملوك، وإنما هو حق من حقوقه، لأن الملك يحصل بالاحياء ولم يوجد فيها إحياء.

وأجيب بمنع المقدمتين، بأنه لا يشترط في تحقق الاحياء مباشرة كل جزء من المحكوم بإحيائه. ألا ترى أن عرصة الدار تملك ببناء الدار وإن لم يوجد في نفس العرصة إحياء، وإنما الاحياء تارة يكون بجعله معمورا، وتارة بجعله تبعا للمعمور.

وتظهر فائدة القولين في بيع الحریم منفردا، فعلى الأول يجوز دون الثاني.

قوله: " وحد الطريق لمن ابتكر... الخ "

يظهر من قوله: " حد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج إليه " أن هذا حد

(١) في " و، ل " : يملك.

(٢) في " م " : فملكه.

(٣) المغني لابن قدامة ٦ : ١٦٨ . روضة الطالبين ٤ : ٣٤٨ .

طريق خاص، وهي طريق الأملاك. وتقدير العبارة: أن حد الطريق الثابتة (١) لمن ابتكر شيئاً يحتاج إلى طريق في أرض مباحة مقدار خمس أذرع أو سبع، بمعنى أنه على المحيي بعده أن يتباعد هذا المقدار. وبعضهم (٢) جعله حد الطريق مطلقاً. وهو أولى. وفي الإرشاد (٣): " حد الطريق المبتكر خمس أذرع " فجعل الابتكار صفة للطريق لا لشيء يحتاج إلى الطريق. وليس بجيد أيضاً، إذ لا يشترط في الطريق أن يكون مبتكراً، بل لو كان هناك طريق في أرض متسعة فعلى من يريد إحياء ما حوله من الأول والثاني استثناء ذلك المقدار.

ومستند الخمس رواية أبي العباس البقباق [الموثقة] (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " إذا تشاح قوم في طريق، فقال بعضهم: سبع أذرع، وقال بعضهم: أربع أذرع، فقال أبو عبد الله عليه السلام: لا بل خمس أذرع " (٥). ولأصالة البراءة من الزائد. والقول بالسبع للشيخ - رحمه الله - في النهاية (٦) وأتباعه (٧)، لرواية مسمع

(١) كذا في " و، ط "، وفي سائر النسخ: الثانية.

(٢) جامع المقاصد ٧: ٢٢.

(٣) إرشاد الأذهان ١: ٣٤٩، ولكن فيه: حد الطريق في المبتكر. نعم، ورد التوصيف بالابتكار في التبصرة: ١١٣. وللإستزادة راجع مفتاح الكرامة ٧: ١٦.

(٤) من " و ".

(٥) التهذيب ٧: ١٣٠ ح ٥٧٠، الوسائل ١٣: ١٧٣ ب " ١٥ " من أبواب الصلح ح ١.

(٦) النهاية: ٤١٨.

(٧) لم نجده في كتب الأتباع كالقاضي وابن حمزة وابن زهرة والكيديري، ونسبه ابن فهد إلى القاضي في المهذب البارع ٤: ٢٨٥.

بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " الطريق إذا تشاح عليه أهله فحده سبع أذرع " (١). ومثله رواية السكوني (٢). ورواه العامة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبع أذرع " (٣). واختاره العلامة في المختلف (٤) والشهيد في الدروس (٥)، واستضعف الأول. وهذا أولى.

ويمكن حمل اختلاف الروايات على اختلاف الطرق، فإن منها ما يكفي فيه الخمس، كطريق الأملاك والتي لا تمر عليها القوافل ونحوها غالباً، ومنها ما يحتاج إلى السبع، وقد يفرض (٦) احتياج بعضها إلى مزيد من السبع، كالطريق التي يمر عليها الحاج بالكنائس (٧) ونحوها، فيجب مراعاة قدر الحاجة بالنسبة إلى الزائد على المقدر (٨) أما النقصان عنه فلا. وحيث يقتصر به عن المقدار ألزم المحيي ثانياً (٩) به. فإن كان هناك حاكم فهو وظيفته، وإلا وجب

-
- (١) الكافي ٥: ٢٩٥ ح ٢، التهذيب ٧: ١٤٤ - ١٤٥ ح ٦٤٢، الوسائل ١٧: ٣٣٩ ب " ١١ " من أبواب إحياء الموات ح ٦.
(٢) الكافي ٥: ٢٩٦ ح ٨، التهذيب ٧: ١٤٥ ح ٦٤٣، الوسائل ١٧: ٣٣٩ الباب المتقدم ح ٥.
(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) المختلف: ٤٧٥.
(٥) الدروس الشرعية ٣: ٦٠.
(٦) في " ص " يعرض.
(٧) لعل المراد من الكنائس: الهودج. انظر لسان العرب ٦: ١٩٨.
(٨) في " ط، خ " المقدار.
(٩) في " خ " المحيي بإثباته.

وحریم الشرب بمقدار مطرح ترابه، والمجاز على حافتيه.
ولو كان النهر في ملك الغير فادعى الحریم قضي به له مع يمينه، لأنه
يدعي ما يشهد به الظاهر. وفيه تردد.

على المكلفين كفاية (١) من باب الحسبة. ولو تساوى المحيون من الجانبين
ألزموا به.

ولو زادوها على السبع واستطرت صار الجميع طريقاً، فلا يجوز
إحداث ما يمنع المارة في الزائد. ولا تزول حرمة الطريق باستيجامها وانقطاع
المرور عليها، لأنه مما يتوقع عوده.

ولو استطرق الناس غيرها وأدى ذلك إلى الاعراض عن الأولى رأساً -
لكون الثانية أسهل وأخصر - فالظاهر لحق حكم الموات للأولى، مع شهادة
القرائن على استمرار الأولى على الهجران.
قوله: " وحریم الشرب - إلى - حافتيه "

المراد بالشرب هنا النهر والقناة ونحوهما مما يجري فيه الماء، فإن
حریمه مقدار ما يطرح فيه ترابه إذا احتيج إلى إخراج منه، ومشى مالكة على
حافتيه للانتفاع به ولاصلاحه، إما فوق التراب المرفوع أو بدونه على قدر ما
يحتاج إليه الحال (٢) عادة.

قوله: " ولو كان النهر في ملك الغير... الخ "

منشأ التردد مما ذكر من شهادة الظاهر لصاحب النهر بالحریم، ومن أن
يد الغير على ملكه الذي من جملته موضع الحریم، وهو مانع من إثباته، ومن ثم

(١) في " د، ل، م ": كافة.

(٢) في " د. م ": المجاز.

وحریم بئر المعطن: أربعون ذراعا، وبئر الناضح ستون.

لم يثبت الحریم للأملاك المتجاورة - كما سيأتي (١) - لتعارض الحقيين. وعلى هذا فيحتمل تقديم صاحب النهر، لشهادة الظاهر، فيحلف على إثباته، وصاحب الملك يمينه، لأنه الداخل، وتساويهما في الدعوى، فيتحالفان ويشرك (٢) بينهما في مقداره. وتقديم صاحب الأرض لا يخلو من قوة. قوله: " وحریم بئر المعطن... الخ ".
المعطن - بكسر الطاء - واحد المعاطن، وهي مبارك الإبل عند الماء لتشرب، قاله الجوهري (٣). والمراد التي يستقى منها لشرب الإبل، يكون حریمها أربعين ذراعا من كل جانب، بمعنى عدم جواز إحيائه بحفر بئر أخرى ولا غيرها. والناضح هو البعير الذي يستقى عليه للزرع وغيره.
ومستند التقدير في هذين رواية عبد الله بن مغفل أن النبي صلى الله عليه وآله قال: " من احتفر بئرا فله أربعون ذراعا حولها لمعطن ماشيته " (٤). ورواية مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعا، وما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون ذراعا " (٥). ومثله رواية السكوني في الموثق عن الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله (٦).

(١) في ص: ٤١٥.

(٢) كذا في " ذ، م"، وفي سائر النسخ: ويشترك، وفي هامش " و": ويشتركان في...

(٣) الصحاح ٦: ٢١٦٥.

(٤) سنن ابن ماجه ٢: ٨٣١ ح ٢٤٨٦، تلخيص الحبير ٣: ٦٣ ذيل ح ١٢٩٥.

(٥) الكافي ٥: ٢٩٥ ح ٢، التهذيب ٧: ١٤٤ ح ٦٤٢، الوسائل ١٧: ٣٣٩ ب " ١١" من

أبواب إحياء الموات ح ٦.

(٦) الكافي ٥: ٢٩٦ ح ٨، التهذيب ٧: ١٤٥ ح ٦٤٣، الوسائل ١٧: ٣٣٩ الباب المتقدم

ح ٥.

وليس في الباب خبر صحيح، لكن العمل بما ذكره مشهور بين الأصحاب. والمروي في صحيحة حماد بن عثمان قال: "سمعت الصادق عليه السلام يقول: حريم البئر العادية أربعون ذراعا حولها" (١). وفي رواية: "خمسون ذراعا، إلا أن يكون إلى عطن أو إلى الطريق، فيكون أقل من خمسة وعشرين ذراعا" (٢).

ونسبة البئر إلى العادية إشارة إلى إحداث الموات، لأن ما كان من زمن عاد وما شابهه فهو موات غالبا. وخص عادا بالذكر لأنها في الزمن الأول كان لها آثار (٣) في الأرض، ونسب إليها كل قديم.

وبسبب اختلاف الروايات وعدم صحتها جعل بعضهم (٤) حريم البئر ما يحتاج إليه في السقي منها، وموضع وقوت النازح والدولاب، ومتردد البهائم، ومصب الماء، والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض وغيره، والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العادة. وقال ابن الجنيد (٥): "حريم الناضح قدر عمقها ممرا للناضح". وحمل الرواية بالسنتين على أن عمق البئر ذلك.

(١) الكافي ٥: ٢٩٥ ح ٥، التهذيب ٧: ١٤٥ ح ٦٤٥، الوسائل ١٧: ٣٣٨ الباب المتقدم

ح ١.

(٢) الكافي ٥: ٢٩٥ ذيل ح ٥، التهذيب ٧: ١٤٦ ح ٦٤٦، الوسائل ١٧: ٣٣٨ الباب

المتقدم ح ٢.

(٣) كذا في "د، و، م"، وفي سائر النسخ: آبار.

(٤) روضة الطالبين ٤: ٣٤٩ - ٣٥٠.

(٥) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٧٤.

والعين: أُلّف ذراع في الأرض الرخوة، وفي الصلبة خمسمائة ذراع. وقيل: حد ذلك أن لا يضر الثاني بالأول. والأول أشهر.

قوله: " والعين أُلّف ذراع... الخ "

فائدة هذا الحرّيم منع الغير من إحداث عين أخرى في ذلك المقدار لئلا ينتقل ماء العين الأولى إلى الثانية، ومن ثم اختلف باختلاف الأرض بالرخاوة والصلابة، بخلاف حرّيم البئر المتقدم، فإن فائدته منع الغير من إحياء ذلك المقدار مطلقا حتى الزرع والشجر، لأن الغرض منه الانتفاع بالبئر فيما أعدت له وما يحتاج إليه عادة كما مر. ويبقى 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 عرفا من غير تحديد.

ومستند التحديد المذكور في العين رواية مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ما بين العين إلى العين خمسمائة ذراع " (١). ورواية السكوني عنه عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: " ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعا، وما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون ذراعا، وما بين العين إلى العين - يعني القناة - خمسمائة ذراع " (٢).

ودل على التفصيل رواية عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام قال: " يكون بين البئرين إذا كانت أرضا صلبة خمسمائة ذراع، وإن كانت أرضا رخوة فأُلّف ذراع " (٣).

(١) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٤١١ هامش (٥، ٦).

(٢) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٤١١ هامش (٥، ٦).

(٣) الكافي ٥: ٢٩٦ ح ٦، الفقيه ٣: ٥٨ ح ٢٠٧، التهذيب ٧: ١٤٥ ح ٦٤٤، الوسائل ١٧: ٣٣٨ الباب المتقدم ح ٣.

وحریم الحائط في المباح: مقدار مطرح ترابه، نظرا إلى إمساس الحاجة إليه لو استهدم.
وقيل: للدار مقدار مطرح ترابها، ومضب مياهاها، ومسلك الدخول والخروج.

وهذه الأخبار - مع ضعف سندها - مختلفة التقدير، ومقتضية لعدم الفرق بين البئر والعين، وأن البئر يمنع فيها من إحداث أخرى في ذلك المقدار كالعين، لا كما أطلقه الفقهاء. ولضعف المستند حده ابن الجنيد (١) بما ينتفي معه الضرر. ومال إليه في المختلف (٢)، جمعا بين ما دل على نفي الاضرار وعلى جواز الاحياء من غير تحديد. وهذا أظهر، وإن كان الأول أشهر. قوله: " وحریم الحائط في المباح... الخ ".
خص التراب بالذكر نظرا إلى كون الحائط يكون منه غالبا، وإلا فالمعتبر مطرح آلاته من حجر وتراب وغيرهما.
وقيد الحریم بكونه في المباح للاحتراز من الحيطان الكائنة في الأملاك المتجاورة، فلا حریم لها. وسيأتي (٣) الحكم به كليا، فلا وجه لتخصيصه بالحائط.
قوله: " وقيل: للدار مقدار مطرح... الخ ".
ذا القول هو المشهور بين الأصحاب، بل كثير منهم لم يذكر فيه خلافا، لأن ذلك مما تحتاج إليه الدار عادة.

(١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٧٤.

(٢) المختلف: ٤٧٤.

(٣) في ص: الصفحة التالية.

وكل ذلك إنما يثبت له حریم إذا ابتكر في الموات، أما ما يعمل في
الأماكن المعمورة فلا.

ونسبة المصنف إلى القيل لعدم دليل خاص به، ومن ثم منع بعضهم (١)
من إثبات حریم للدار، لعدم الدليل، بل لو أراد محي أن يني بجنبها لم يلزمه أن
يبعد عن بنائها. نعم، له منع ما يضر بالحيطان، كحفر بئر بقربها. وفعل الناس
في سائر البلدان يدل على ذلك، إذ يبعد اتفاقهم على الأحياء دفعة. والأشهر هو
الأول.

وفي معنى التراب والماء مطرح القمامة والرماد والثلج ونحو ذلك.
والمراد بمسلك الدخول والخروج الطريق في الصوب الذي يفتح فيه
الباب، لا بمعنى امتداد الممر في قبالة الباب على امتداد الموات، بل إيصاله (٢)
إلى الطريق السالك ولو بازورار وانعطاف، لأن الحاجة تمس إلى ذلك.
قوله: " وكل ذلك إنما يثبت له..... الخ "

أشار بذلك إلى جميع ما ذكر من الحریم في البئر والعين والحائط والدار
وغيرها، فإن الحكم فيه مخصوص بما إذا كان الأحياء في الموات أو مجاورا له
من بعض الجوانب، فيختص الحریم بالموات عاما أو خاصا.
أما إذا كانت الأرض محفوفة بالأماكن فلا حریم لها، لأن الأماكن
متعارضة، وليس جعل موضع حریم لدار أو غيرها أولى من جعله حریم
لأخرى. وكل واحد من الملاك له التصرف في ملكه كيف شاء، فله أن يحفر
بئرا في ملكه وإن كان لجاره بئر قريبة منها، دان نقص ماء الأولى.

(١) روضة الطالبين ٤ : ٣٤٩.

(٢) في " خ " : اتصاله.

فرع:
لو أحيا أرضا وغرس في جانبها غرسا تبرز أغصانه إلى المباح، أو تسري عروقه إليه، لم يكن لغيره إحياءه. ولو حاول الأحياء كان للغارس منعه.

والفرق أن الحفر في الموات ابتداء تملك فلا يمكن منه إذا تضرر الغير، بل يقدم السابق بالتملك. وفي الأملاك كل واحد يتصرف في ملكه فلا يمنع منه، حتى لو حفر في ملكه بئر بالوعة وفسد بها بئر الجار لم يمنع منه، ولا ضمان عليه بسببه، ولكنه يكون قد فعل مكروها. ومثله ما لو أعد داره المحفوفة بالمساكن حماما أو خانا أو طاحونة، أو حانوته في صف (١) العطارين حانوت حداد أو قصار على خلاف العادة، لأنه مالك له التصرف في ملكه كيف شاء. نعم، له منع ما يضر بحائطه من البئر والشجر ولو بيروز أصلها إليه، والضرب (٢) المؤدي إلى ضرر الحائط، ونحو ذلك. قوله: " لو أحيا أرضا وغرس.... الخ "

هذا أيضا من جملة الحريم التابع للأملاك، فإذا أحيا أرضا وغرس في جانبها غرسا تبعه من الموات المجاور له كل ما تبرز إليه أغصانه أو تسري إليه عروقه ولو بعد حين. والمرجع فيه إلى العادة على تقدير بقاء الغرس. ويقدر كذلك باقيا، لأصالته فيه. فيمنع من أراد إحياء ذلك المباح من مقدار حريم الغرس المذكور. ومثله ما لو باع البستان واستثنى شجرة منه، فإنها تستتبع مدى أغصانها في الهواء وعروقتها في الأرض.

(١) في الحجريتين: جنب.
(٢) في " ل، خ ": والضرر.

الثالث: أن لا يسميه الشرع مشعرا للعبادة، كعرفة ومنى والمشعر، فإن الشرع دل على اختصاصها موطنًا للعبادة، فالتعرض لتملكها تفويت لتلك المصلحة.

أما لو عمر فيها ما لا يضر، ولا يؤدي إلى ضيقها عما يحتاج إليه المتعبدون - كاليسير - لم أمتنع منه.

قوله: " أن لا يسميه الشرع مشعرا..... الخ ".
من موانع الاحياء كون الأرض الميتة قد جعلها الشارع مشعرا للعبادة، كعرفة ومنى والمشعر، لما في تسويغ إحيائها من تفويت هذا الغرض، ومنافاة هذه البغية في ذلك المكان.

والمشهور بين الأصحاب أنه لا فرق في المنع من إحياء ذلك بين القليل منه والكثير، ولا بين ما يحتاج إليه الناسك وغيره، لاشتراك جميع أجزاء المواقف المذكورة في استحقاق الخلق الوقوف بها، فكانت في ذلك كالمساجد المانعة من الاحياء وإن اتسعت عن المتعبدين.

واستثنى المصنف - رحمه الله - من ذلك اليسير الذي لا يؤدي إلى الضيق على الناسكين، ولا يحتاج إليه غالبا، لعدم الاضرار، ولا تفوت معه المصلحة المطلوبة منها، ولا هو ملك لأحد، ولا موقوف. وبهذا يحصل الفرق بينها وبين المساجد وغيرها من الأرض الموقوفة على مصالح خاصة. وليس ببعيد، وإن كان الأشهر المنع مطلقا.

وعلى ما اختاره المصنف ففي بقاء حق الوقوف فيما يملكه المحيي أوجه، يفرق في ثالثها بين أن يضيق الموقف فيمنع أو لا يضيق فلا. والحكم بالملك يأبى القول بالجواز، إلا أن يجعله مراعى بعدم الاضرار، فيتجه التفصيل.

الرابع: أن لا يكون مما أقطعه إمام الأصل، ولو كان مواتا خاليا من تحجير، كما أقطع النبي صلى الله عليه وآله الدور وأرضا بحضر موت وحضر فرس الزبير، فإنه يفيد اختصاصا مانعا من المزاحمة، فلا يصح دفع هذا الاختصاص بالاحياء.

قوله: " أن لا يكون مما أقطعه..... الخ ".
لاقطاع الإمام مدخل في الموات يمنع غير المقطع من إحيائه، ويصير المقطع أولى به وأحق كالتحجير، ويمنع الغير من المزاحمة له، سواء شرع في إحيائه أم تركه.

وقد أقطع (١) النبي صلى الله عليه وآله عبد الله بن مسعود الدور، وهي اسم موضع بالمدينة بين ظهрани عمارة الأنصار. ويقال: المعنى أنه أقطعه تلك البقعة ليتخذها دورا. وأقطع (٢) وائل بن حجر أرضا بحضر موت. وأقطع (٣) الزبير حضر فرسه، وهو - بضم الحاء المهملة وسكون الضاد المعجمة - مقدار عدوه ما جرى إلى أن يقف، فأجرى الزبير فرسه فلما قام الفرس رمى بسوطه طلبا للزيادة، فقال النبي صلى الله عليه وآله: أعطوه من حيث بلغ السوط. والاقطاع المذكور لا يفيد الملك، بل الاختصاص المانع لغيره من الاحياء.

- (١) تلخيص الحبير ٣: ٦٣ ح ١٢٩٩.
(٢) سنن أبي داود ٣: ١٧٣ ح ٣٠٥٨، سنن الترمذي ٣: ٦٦٥ ح ١٣٨١. سنن البيهقي ٦:
١٤٤، تلخيص الحبير ٣: ٦٤ ح ١٣٠٠.
(٣) مسند أحمد ٢: ١٥٦، سنن أبي داود ٣: ١٧٧ - ١٧٨ ح ٣٠٧٢، سنن البيهقي ٦: ١٤٤،
تلخيص الحبير ٣: ٦٤ ح ١٣٠١.

الخامس: أن لا يسبق إليه سابق بالتحجير، فإن التحجير يفيد أولوية لا ملكا للرقبة، وإن ملك به التصرف، حتى لو تهجم عليه من يروم الاحياء كان له منعه. ولو قاهره فأحيائها لم يملك. والتحجير: هو أن ينصب عليها المروز، أو يحوطها بحائط. ولو اقتصر على التحجير وأهمل العمارة أجبره الإمام على أحد الأمرين: إما الاحياء، وإما التخلية بينها وبين غيره. ولو امتنع أخرجها السلطان من يده لئلا يعطلها. ولو بادر إليها من أحيائها لم يصح ما لم يرفع السلطان يده أو يأذن في الاحياء.

قوله: " أن لا يسبق إليه سابق بالتحجير.... الخ ". التحجير: هو الشروع في الاحياء قبل إتمامه. وكذا لو علم عليه علامة للعمارة، من نصب أحجار، أو غرز خشبات أو قصبات، أو جمع تراب، أو خط خطوط. وذلك كله لا يفيد الملك، ولكن يجعله أحق به من غيره. أما إنه لا يفيد الملك فلأن سببية الاحياء بشروطه ولم توجد. وأما إنه يفيد الأحقية فلأن الاحياء إذا أفاد الملك وجب أن يفيد الشروع فيه الأحقية، كالاتيمام مع الشراء، وليأمن من يقصد الاحياء بالشروع نفي العمارة. وحيث أفاد التحجير منع الغير من الاحياء فلو بادر غيره وقاهره وأحيائها لم يملكها، لتعلق حق غيره بها. وفي بعض ألفاظ الحديث النبوي: " من أحيا أرضا ميتة في غير حق مسلم فهو أحق بها " (١). قوله: " ولو اقتصر على التحجير... الخ ". ينبغي في التحجير الاقتصار على قدر كفايته لئلا يضيق على الناس

(١) سنن البيهقي ٦: ١٤٢، تلخيص الحبير ٣: ٦٢ ح ١٢٩٥.

وللنبي صلى الله عليه وآله أن يحمي لنفسه ولغيره من المصالح كالحمي لنعم الصدقة. وكذا عندنا لإمام الأصل. وليس لغيرهما من المسلمين أن يحمي [لنفسه]. فلو أحياه محي لم يملكه ما دام الحمى مستمرا.

بتحجير ما لا يمكنه القيام بعمارته. وأن يشتغل بالعمارة عقيب التحجير. فإن طالت المدة ولم يعمر أمره الإمام أو القائم مقامه بأحد الأمرين: إما العمارة، أو رفع يده ليتصرف غيره فيها، فإن عمارتها منفعة للإسلام. فإن ذكر عذرا في التأخير، كإصلاح آله أو غيبة العمال أو إباق العبد ونحوه، أمهله بمقدار ما يزول معه العذر. وإن لم يذكر عذرا ألزمه بأحد الأمرين. وله إمهاله مدة قريبة يستعد فيها للعمارة بحسب ما يراه، ولا يتقدر عندنا بقدر. فإذا مضت مدة الإمهال ولم يشتغل بالعمارة رفع الإمام يده، أو أذن للناس في عمارتها. وليس لأحد أن يشتغل (١) بإحيائها قبل أحد الأمرين، استصحابا لحرمة اليد السابقة. فلو أحيها محي قبل ذلك لم يملك، لأنه أحيها ما هو باق في حق غير، كما لو أحيها قبل طلب الإمام منه أحد الأمرين. ولبعض العامة (٢) هنا قول بالملك، لبطلان حق المحجر بالامتناع من أحد الأمرين، وإن كان غيره ممنوعا، كما إذا دخل في سوم غيره واشترى. قوله: " وللنبي صلى الله عليه وآله أن يحمي لنفسه..... الخ ". المراد بالحمى أن يحمي بقعة من الموات لمواش بعينها، ويمنع سائر

(١) في " خ " : يستقل.

(٢) روضة الطالبين ٤ : ٣٥٣.

الناس من الرعي فيها. وكان يجوز ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله لخاصة نفسه، لأنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم، ولكنه لم يفعل، وإنما حمى النقيع - بالنون - لإبل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين في سبيل الله. وكذا يجوز الحمى عندنا للإمام عليه السلام.

ونبه بقوله: " عندنا " على خلاف بعض العامة (١) حيث منع من الحمى لغير النبي صلى الله عليه وآله مطلقا، لما روي أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال: " لا حمى إلا لله ولرسوله " (٢). ولا يجوز الحمى لغيرهما من المسلمين إجماعا. وأجابوا (٣) عن الخبر بأنه صلى الله عليه وآله إنما قصد منع العامة من الحمى، وذلك لأن العزيز من العرب كان إذا انتجع بلدا منحصبا وافى بكلب على جبل إن كان به أو على نشز، واستعوى الكلب ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعوى، فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه، فنهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن ذلك، لما فيه من التضييق على الناس.

إذا تقرر ذلك، فلو بادر أحد إلى الحمى وأحياه بدون إذن الإمام لم يملكه، لتعلق حق المسلمين به، ولما فيه من الاعتراض على تصرف النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام وحكمه ما دام الحمى مستمرا.

-
- (١) الحاوي الكبير ٧: ٤٨٣، المغني لابن قدامة ٦: ١٨٥ - ١٨٦، روضة الطالبين ٤: ٣٥٧.
(٢) مسند أحمد ٤: ٣٨، صحيح البخاري ٣: ١٤٨، سنن أبي داود ٣: ١٨٠ ح ٣٠٨٣، سنن البيهقي ٦: ١٤٦.
(٣) انظر الحاوي الكبير ٧: ٤٨٤.

وما حماه النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام لمصلحة
فزالت جاز نقضه.
وقيل: ما يحميه النبي صلى الله عليه وآله خاصة لا يجوز نقضه،
لأن حماه كالنص.

قوله: " وما حماه النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام..... الخ ".
حيث كان الحمى منوطا بالمصلحة الخاصة فزالت، بأن فرق الماشية
على المستحقين، وأخذ خيل المجاهدين أهلها وعزموا على الجهاد بها أو
ربطوها للعلف، جاز نقض الحمى ورده إلى ما كان عليه من الإباحة، لأنه كان
نظرا للمسلمين برعاية مصلحة حالية، وقد يقتضي النظر رده إلى ما كان،
فيرجع إلى نظره انتهاء كما رجع إليه ابتداء.
وهو في حمى الإمام موضع وفاق. وفي حمى النبي صلى الله عليه وآله
وجهان:

أحدهما: أنه كذلك، للاشتراك في المقتضي.
والآخر: المنع مطلقا، لأن حماه إنما كان لمصلحة مقطوعة، فكان
كالنص لا يجوز تغييره. وهذا عند أصحابنا لا يوجب الفرق، لأن الإمام عندهم
لا يحمي بالاجتهاد، فكلاهما يكون نصا.
وعلى الأظهر من جواز نقضه، هل ينتقض بزوال المصلحة التي جعل
لأجلها، أم يتوقف على حكم الحاكم؟ فيه وجهان، من تعيينه (١) لتلك الجهة
كالمسجد والمقبرة - فلا يتغير، ومن شروعه لمصلحة وعلة خاصة، فإذا زالت
العلة زال المعلول، والملك قد زال في المسجد ونحوه، بخلاف الحمى.

(١) في " د، م ": تعينه.

الطرف الثاني:

في كيفية الاحياء

والمرجع فيه إلى العرف، لعدم التنصيص شرعا ولغة. وقد عرف أنه إذا قصد سكنى أرض، فأحاط ولو بخشب أو قصب وسقف مما يمكن سكناه، سمي إحياء. وكذا لو قصد الحظيرة فاقتصر على الحائط من دون السقف. وليس تعليق الباب شرطا.

ولو قصد الزراعة كفى تملكها التحجير بمرز أو مسناة، وسوق الماء إليها بساقية أو ما شابهها. ولا يشترط حراثتها ولا زراعتها، لأن ذلك انتفاع كالسكنى.

ولو غرس أرضا فنبت فيها الغرس، وساق إليها الماء، تحقق الاحياء. وكذا لو كانت مستأجرة فعضد شجرها وأصلحها. وكذا لو قطع عنها المياه الغالبة وهياها للعمارة، فإن العادة قاضية بتسمية ذلك كله إحياء، لأنه أخرجها بذلك إلى حد الانتفاع الذي هو ضد الموات.

قوله: " في كيفية الاحياء... الخ "

أصل الباب أن الاحياء ورد في الشرع مطلقا فينزل على ما يعد إحياء في العرف، كالقبض والحرز. ويختلف ذلك باختلاف ما يقصده من عمارة الموات. وتفصيله بصور:

إحداها: إذا أراد السكنى اعتبر في الملك أمران:

أحدهما: تحويطه إما بالآجر أو اللبن أو الطين أو الخشب أو القصب بحسب العادة.

والثاني: تسقيفه ولو (١) بعضه، ليتهاً للسكنى، وليقع عليه اسم المسكن عرفاً.

ولا يشترط نصب الباب عندنا، لأن نصب الباب للحفظ والسكنى لا يتوقف عليه اسم المسكن عرفاً. واعتبره بعض العامة (٢)، لأن العادة في المنازل أن تكون لها أبواب، وما لا باب له لا يتخذ مسكناً.

وبعضهم (٣) لم يعتبر السقف، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " من أحاط حائطاً على أرض فهي له " (٤). ولأن الحائط حاجز منيع فكان إحياء، كما لو جعلها حظيرة للغنم، لأن. القصد لا اعتبار به، فإنه لو أرادها حظيرة فبناها بجص وآجر وقسمها بيوتا فإنه يملكها، وإن كان هذا العمل لا يعمل للغنم مثله. ولأنه لو بناها للغنم يملكها بمجرد الحائط، فإذا ملكها جاز له أن يبنها داراً من غير اشتراط تسقيف. وفي التذكرة (٥) نفى عن هذا القول البأس. ووجهه واضح.

الثانية: إذا أراد زريبة (٦) للدواب، أو حظيرة تجفف فيها الثمار أو يجمع فيها الحطب أو الحشيش، اعتبر التحويط. ولا يكفي نصب سعف (٧) وأحجار من غير بناء، لأن الممتلك لذلك لا يقتصر عليه في العادة، وإنما يفعله المحتاز المرتفق. ولا يشترط التسقيف هنا إجماعاً، قضاء للعرف. وفي تعليق الباب هنا

(١) في " خ " : أو.

(٢) المغني لابن قدامة ٦ : ١٩٩ - ٢٠٠ ، روضة الطالبين ٤ : ٣٥٤ .

(٣) المغني لابن قدامة ٦ : ١٩٧ .

(٤) تقدم ذكره مصادره في ص : ٣٨٩ هامش (٢) .

(٥) التذكرة ٢ : ٤١٢ .

(٦) الزريبة: حظيرة المواشي. المنجد: ٢٩٦ .

(٧) كذا في " ذ ، د ، و " وفي سائر النسخ: سقف .

كما سلف.

الثالثة: أن يتخذ الموات مزرعة، فيعتبر في إحيائه جمع التراب حواليه لينفصل المحيا عن غيره، ويسمى بالمرز بكسر الميم، أو تميزه بمسناة بضم الميم، وهو مثل المرز وربما كان أزيد منه ترابا. ومثله نصب القصب والشوك حولها. وقد يجعل أحد هذين (١) المسناة، ويخص التراب بالمرز. وجعل الحجر حولها كجعل التراب.

واكتفى المصنف - رحمه الله - في الاحياء للزرع بذلك أو (٢) سوق الماء إليها بساقية أو ما شابهها، إن احتاجت إلى السقي ولم يكتف بماء السماء، وإلا فلا حاجة إليه. وبعضهم (٣) اعتبر فيه الأمرين. وهو حسن. وهذا إذا لم تكن مستأجمة بنحو الشجر، وإلا اعتبر عضد شجرها كما يعتبر ذلك للغرس. وبقي في العبارة أنه اعتبر سوق الماء إليها حيث يفتقر إليه. والحق الاكتفاء بترتيب الماء لها، بأن يحفر له المجرى ويهيئه للوصول وإن لم يسقه إليها بالفعل، كما لا يشترط سقيها وزرعها بالفعل، لأن الاحياء يتحقق بالتهيئة لا بالانتفاع بالفعل.

ولا يشترط حرارتها ولا زرعها، لأن الزراعة استيفاء منفعة الأرض واستيفاء المنفعة خارج عن حد الاحياء، كما أنه لا يعتبر في إحياء الدار أن

(١) في " ذ، خ " هذه.

(٢) يظهر من كلام الشارح " قدس سره " أن في نسخته من الشرائع: أو سوق، وفي الشرائع (الطبعة الحجرية) والنسخة الخطية المعتمدة منها: وسوق، وللاستزادة انظر جواهر الكلام ٦٨: ٣٨.

(٣) قواعد الأحكام ١: ٢٢٤، وانظر الحاوي الكبير ٧: ٤٨٦.

يسكنها. واعتبره بعض العامة (١) لأن الدار والزريبة لا تصير محياة إلا إذا حصل فيها عين المال، فكذا المزرعة. والأصل ممنوع. الرابعة: أن يتخذ للغرس. وقد اختلفت عبارات الفقهاء فيما يتحقق به الاحياء لهذه المنفعة، فالمصنف - رحمه الله - اعتبر فيها أحد أمور: إما غرسها بالفعل مع نبات الغرس وسوق الماء إليها، وإما عضد شجرها وإصلاحها بإزالة الأصول وتسوية الأرض إن كانت مستأجمة، أو بقطع المياه الغالبة عليها وتهيئتها للعمارة. وظاهره أن كل واحد من هذه الثلاثة كاف في الاحياء، محتجا بدلالة العرف عليه.

وإنما اعتبر غرس الأشجار ونباتها لأن اسم البستان لا يقع على الأرض المهيأة له قبل الغرس، بخلاف المزرعة، فإنها تقع على الأرض قبل الزراعة. ولأن الغرس يدوم فألحق ببناء الدار، والزرع بخلافه. ويشكل بأن قصد الغرس أعم من جعله بستانا. ولا يلزم من توقف اسم البستان على الشجر توقف غيره.

والأقوى عدم اشتراط الغرس مطلقا، وعدم الاكتفاء بكل واحد من الثلاثة على انفراده على تقدير الحاجة إليها أجمع، بأن كانت الأرض مستأجمة والماء غالبا عليها، بل لا بد حينئذ من الجمع بين قطع الشجر ودفن الماء. وإن وجد أحدهما خاصة اكتفي بزواله. وإن خلت عنهما واحتاجت إلى الماء فلا بد من تهيئته للسقي، كما ذكرناه في الزرع. ولو خلت عن الجميع، بأن كانت غير

(١) الحاوي الكبير ٧: ٤٨٧، التنبيه للشيرازي: ١٢٩ - ١٣٠، الوجيز للغزالي ١: ٢٤٤. روضه الطالبين ٤: ٣٥٥.

ومن فقهاءنا الآن من يسمي التحجير إحياء. وهو بعيد.

محتاجة إلى السقي ولا مستأجمة ولا مشغولة بالماء، اعتبر في إحيائها التحجير عليها بحائط ونحوه. وفي الاكتفاء حينئذ بغرسها مع نبات الغرس وجه. وفي كلام الفقهاء اختلاف كثير في اعتبار ما يعتبر من ذلك، والمحصل ما ذكرناه. قوله: " ومن فقهاءنا الآن..... الخ "

أشار بذلك إلى شيخه الفقيه نجيب الدين ابن نما (١) رحمه الله، فجعل مطلق التحجير إحياء مفيدا للملك، وهو قول لبعض الشافعية (٢)، لخروجه بالشروع في إحيائه عن حد الموات، ومن ثم أفاد به حقا في الجملة إجماعا. والاحياء كما تقدم غير منضبط شرعا ولا عرفا. وقد وافق الجماعة على أن الأرض إذا كانت غير مستأجمة، ولا مشتملة على مانع، ولا مفتقرة إلى السقي بالماء المحتلب، يكفي تمييز المحيا عن غيره بتراب ونحوه في تحقق الاحياء، وهذا من أضعف أفراد التحجير.

والمصنف - رحمه الله - استبعد هذا القول من حيث إن الملك في النصوص معلق (٣) على الاحياء، وظاهر أنه لا يتحقق بمطلق التحجير وإن كان بعض أفراده قريبا منه.

وفي الدروس (٤) حمل كلام ابن نما على أرض ليس فيها استيجام ولا ماء غالب وتسقيها الغيوث غالبا، فإن فعل ذلك يعد إحياء وخصوصا عند من لا يشترط الحرث ولا الزرع، لأنهما انتفاع، وهو معلول الملك، فلا يكون علة له.

(١) حكاه عنه الشهيد في الدروس الشرعية ٣: ٥٦.

(٢) راجع روضة الطالبين ٤: ٣٥٢.

(٣) كذا في " ط، و، م "، وفي سائر للنسخ: مطلق.

(٤) الدروس الشرعية ٣: ٥٦.

الطرف الثالث:
في المنافع المشتركة
وهي: الطرق، والمساجد، والوقوف المطلقة، كالمدارس والمساجن.
أما الطرق:

ففائدتها: الاستطراق. والناس فيها شرع. فلا يجوز الانتفاع فيها
بغيره إلا ما لا يفوت به منفعة الاستطراق، كالجلوس غير المضر بالمارة.
وإذا فأم بطل حقه. ولو عاد بعد أن سبق إلى مقعده لم يكن له الدفع.
أما لو قام قبل استيفاء غرضه لحاجة ينوي معها العود قيل: كان أحق
بمكانه.

وحيث كان المحكم (١) في الاحياء العرف فإن وافق التحجير في بعض الموارد
كفى له إلا فلا.

قوله: " في المنافع المشتركة... الخ ".
بقاع الأرض إما مملوكة، أو محبوسة على الحقوق العامة، كالشوارع
والمساجد والمقابر والرباطات، أو منفكة عن الحقوق الخاصة والعامة، وهي
الموات. أما المملوكة فمنافعها تتبع رقابها. وقد تقدم (٢) الكلام على الموات
بالنسبة إلى إحيائه. والمقصود هنا الكلام في الانتفاع بالبقاع المحبوسة على.
الحقوق العامة. ويقرب منه الانتفاع بالموات من غير إحياء.
أما الشوارع فمنفعتها الأصلية التطرق (٣)، ويجوز الوقوف فيها والجلوس

(١) كذا في " خ "، وفي سائر النسخ: الحكم.

(٢) في ص: ٤٠٥.

(٣) كذا في " ص "، وفي سائر النسخ: الطروق.

لغرض الاستراحة والمعاملة ونحوهما، بشرط عدم التضيق على المارة، لاتفاق الناس عليه في الأعصار. وله أن يظل عليه موضع جلوسه بما لا يضر بالمارة، من ثوب وبارية (١) ونحوهما، لا ببناء دكة، إلا مع سعة الطريق بحيث لا يتضرر المارة به أصلا، فيتجه الجواز. ولو سبق اثنان إلى موضع أقرع بينهما. وفي ثبوت هذا الارتفاق لأهل الذمة وجهان أصحهما ذلك، لثبوت حق الاستطراق لهم فيتبعه غيره.

إذا تقرر ذلك، فلو أنه جلس في موضع ثم قام عنه، نظر إن كان جلوسه للاستراحة وما أشبهها بطل حقه، لأنه كان متعلقا بكونه فيه وقد زال. وإن كان قعوده لغرض فقام قبل استيفائه لا بنية العود فالحكم كذلك. وإن كان بنيته قيل: لا يبطل حقه، لأنه بنية العود وعدم استيفاء الغرض بمنزلة من لم يفارق، من حيث بقاء الحاجة إلى المكان. وفي نسبته إلى القيل ساكتا عليه إشعار بضعفه، لثبوت الاشتراك في الجملة، وزوال ما يقتضي بقاء الأولوية وهو الكون، مع الشك في كون غيره موجبا للاستحقاق. ولا فرق على التقديرين بين طول الزمان وقصره.

ولو بقي رحله فوجهان، من عدم النص عليه بخصوصه، ومن قول أمير المؤمنين عليه السلام: "سوق المسلمين كمسجدهم" (٢) والطريق على هذا الوجه بمنزلة السوق، وقد ثبت حكم الرحل في المسجد فيكون هنا كذلك. وبه

(١) البارية: الحصر المنسوج من القصب. الصحاح ٢: ٥٩٨، القاموس ١: ٣٧٧.
(٢) الكافي ٥: ١٥٥ ح ١، الفقيه ٣: ١٢٤ ح ٥٤٠، التهذيب ٧: ٩ ح ٣١، الوسائل ١٢: ٣٠٠ ب ١٧ " من أبواب آداب التجارة ح ١.

ولو جلس للبيع أو الشراء فالوجه المنع، إلا في المواضع المتسعة كالرحاب، نظرا إلى العادة. ولو كان كذلك فقام ورحله باق فهو أحق به. ولو رفعه ناويا للعود فعاد، قيل: كان أحق به لئلا يتفرق معاملوه فيستضر. وقيل: يبطل حقه، إذ لا سبب للاختصاص. وهو أولى.

قطع جماعة (١) منهم الشهيد في الدروس (٢). ولا يخفى ما في دليله. ولو طال زمان المفارقة فلا إشكال في زوال حقه، لاستناد الضرر إليه. وله: " ولو جلس للبيع أو الشراء... الخ ". الأصل في وضع الطريق أن يكون للاستطراق، ولكن جوزوا الجلوس فيه للراحة ونحوها مما لا يضر بالمارة، لما أشرنا إليه من العلة. واختلفوا في جواز الجلوس فيه لعمل الحرفة والبيع والشراء، فمنعه بعضهم (٣) مطلقا، لأنه انتفاع بالبقعة في غير ما أعدت له، فكان كالانتفاع بالمسجد ونحوه من الموقوفات الخاصة في غير ما عين له من الجهة. والأشهر التفصيل، وهو المنع من ذلك في الطريق المسلك الذي لا يؤمن تأذي المارة به غالبا، وجوازه في الرحاب المتسعة في خلاله بحيث يؤمن تأذي المارة به، نظرا إلى اطراد العادة بذلك في الأعصار، وذلك هو المسوغ لغيره (٤) من وجوه الانتفاع كما سلف.

(١) المبسوط ٣: ٢٧٦، قواعد الأحكام ١: ٢٢١.

(٢) الدروس الشرعية ٣: ٧٠.

(٣) لم نظفر عليه، وللإستزادة انظر جواهر الكلام ٣٨: ٨٣.

(٤) في " د، ل، م " كغيره.

وحيث قلنا بالجواز فقام من ذلك الموضع، فإن كان رحله باقيا فهو أحق به من غيره مطلقا، وإلا فإن كان قيامه على وجه الاعراض عنه بطل حقه. وإن كان بنية العود ففي بطلان حقه وجهان، من أن سبب الاختصاص كان سبقه إليه والمقام فيه وقد زال فيزول الاستحقاق، لزوال المعنى المقتضي له، ومن أن الغرض من تعيين الموضع للمعاملة أن يعرف فيعامل، فأبطل حقه بذلك يؤدي إلى ضرره بتفرقهم عنه. وعلى هذا فتقدر الغيبة بما لا يبلغ من الزمان ما ينقطع فيه (١) الذين ألفوا معاملته، لتحصل الفائدة المطلوبة فيه (٢).

ولا يبطل حقه لو كان رجوعه إلى بيته ليلا للمبيت. وليس (٣) لغيره مزاحمته في اليوم الثاني، وهكذا. وكذلك الأسواق التي تقام في كل أسبوع أو في كل شهر مرة، إذا اتخذ فيها مقعدا كان أحق به في النوبة الثانية وإن تخللت بينهما أيام.

وفي التذكرة (٤) رجع بقاء حقه إلى الليل خاصة، عملا بما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: " سوق المسلمين كمسجدهم، فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل " (٥) وهذا في معنى السوق. وفيه - مع قطع النظر عن إسناد الخبر - نظر.

(١) في " خ " : عنه.

(٢) في " ذ، و " : منه.

(٣) في " ل، د، م " : إذ ليس.

(٤) التذكرة ٢: ٤٠٥.

(٥) تقدم ذكر مصادره في ص: ٤٢٩ هامش (٢).

وليس للسلطان أن يقطع ذلك، كما لا يجوز إحيائه ولا تحجيره.

ثم على تقدير اختصاصه بموضع الجلوس على وجه يختص مما حوله بقدر ما يحتاج إليه لوضع متاعه ووقوف المعاملين فيه. وليس لغيره أن يقعد حيث يمنع من رؤية متاعه أو وصول المعاملين إليه، أو يضيق عليه الكيل أو الوزن والأخذ والاعطاء.

وهذا كله في المستوطن. أما الجوال الذي يقعد كل يوم في موضع من السوق فلا إشكال في بطلان حقه إذا فارق المكان، بل هذا خارج بنية المفارقة، فلا يدخل في قسم ناوي العود، ولا يفتقر إلى استثناء. قوله: " وليس للسلطان أن يقطع... الخ "

المشهور بين الأصحاب أن هذه المرافق في الطرق والأسواق والمساجد لا يجوز للإمام إقطاعها لأحد بخصوصه، بأن يعطيه موضعا يجلس فيه من الطريق الواسعة ورحاب الجوامع ومقاعد الأسواق. ولأن (١) ذلك معد لمرافق المسلمين على العموم، ولا مدخل للملك (٢) فيه، فلا معنى لاقطاعه كالمعادن الظاهرة، بخلاف الموات.

وجوزه بعض العامة (٣)، لأن للإمام يدا وتصرفا، فله الاقطاع إذا رآه صلاحا، كما له إزعاج الجالس فيها إذا رأى جلوسه مضرا.

(١) في " د، م ": لأن.

(٢) كذا في " و، ط"، وفي سائر النسخ: لذلك.

(٣) المغني لابن قدامة ٦: ١٨١ - ١٨٢، روضة الطالبين ٤: ٣٥٩.

وأما المسجد:

فمن سبق إلى مكان منه فهو أحق به ما دام جالسا. فلو قام مفارقا بطل حقه ولو عاد. وإن قام ناويا للعود، فإن كان رحله باقيا فيه فهو أحق به، وإلا كان مع غيره سواء.

وقيل: إن قام لتجديد طهارة أو إزالة نجاسة وما أشبهه لم يبطل حقه.

ولو استبق اثنان فتوافيا، فإن أمكن الاجتماع جاز، وإن تعاسرا أقرع بينهما.

قوله: " وأما المسجد فمن سبق... الخ "

لا إشكال في استحقاق السابق إلى مكان من المسجد وأولويته من غيره، سواء كان جلوسه لأجل الصلاة، أم لمطلق العبادة، أم لتدريس العلم والافتاء ونحو ذلك. ولا في زوال ولايته مع انتقاله عنه بنية المفارقة له. أما مع خروجه عنه بنية العود إليه، فإن كان رحله - وهو شئ من أمتعته وإن قل - باقيا فهو أحق به، للنص (١) على ذلك هنا. وقيده في الذكرى (٢) بأن لا يطول زمان المفارقة وإلا بطل حقه أيضا. ولا بأس به، خصوصا مع حضور الجماعة واستلزام تجنب موضعه وجود فرجة في الصف، للنهي (٣) عن ذلك.

(١) أرسله الشيخ في المبسوط (٣: ٢٧٦) عن الأئمة عليهم السلام، وورد من طريق العامة بلفظ: " إذا قام الرجل من مجلسه ثم عاد إليه فهو أحق به " انظر مسند أحمد ٢: ٢٨٣، صحيح مسلم ٤: ١٧١٥ ح ٣١، سنن البيهقي ٦: ١٥١، تلخيص الحبير ٣: ٦٤ ح ١٣٠٢. (٢) لم نجده فيه. (٣) انظر الوسائل ٥: ٤٧١ ب " ٧٠ " من أبواب صلاة الجماعة.

بل استثنى بعضهم ذلك مطلقا، وحكم بسقوط حقه حينئذ. ولا بأس به. ثم على تقدير سقوط حقه يجوز رفع رحله إن استلزم شغل موضعه التصرف فيه، وتوقف تسوية الصف عليه. ويضمنه الرافع له إلى أن يوصله إلى صاحبه، جمعا بين الحقين. مع احتمال عدم الضمان، للإذن فيه شرعا.

وإن لم يكن رحله باقيا، فإن كان قيامه لغير ضرورة سقط حقه مطلقا في المشهور. وفرقوا بينه وبين مقاعد الأسواق: بأن غرض المعاملة يختلف باختلاف المقاعد، والصلاة في بقاع المسجد لا يختلف. وفيه نظر، لمنع عدم اختلاف بقاع المسجد في الفضيلة، لأن ثواب الصلاة في الصف الأول أكثر، وقد يألف الانسان بقعة من المسجد، ويتضرر بفواتها كتضرره بفوات المعاملين.

وظاهر الأصحاب عدم الفرق هنا بين من يألف بقعة ليقراً عليه القرآن ويتعلم منه الفقه ونحو ذلك وغيره، لعموم قوله تعالى: (سواء العاكف فيه والباد) (١). وفرق بعضهم (٢)، فأوجب أولوية المذكورين كمقاعد الأسواق، خصوصا في الجوامع الكبيرة، لأن له غرضا في ذلك الموضوع ليألفه الناس.

وإن كان قيامه لضرورة، كتجديد طهارة وإزالة نجاسة وقضاء حاجة، ففي بطلان حقه وجهان:

(١) الحج: ٢٥.

(٢) الحاوي الكبير ٧: ٤٩٦، الوجيز ١: ٢٤٣. روضة الطالبين ٤: ٣٦١.

أحدهما - وهو الذي قطع به المصنف رحمه الله - : عدم البطلان، لمكان
الضرورة. واحتج له في التذكرة (١) بقول النبي صلى الله عليه وآله: " إذا قام
أحدكم من مجلسه في المسجد فهو أحق به إذا عاد إليه " (٢). وقول أمير المؤمنين
عليه السلام: " سوق المسلمين كمسجدهم، فمن سبق إلى مكان فهو أحق به
إلى الليل " (٣).

ويشكل مع قطع النظر عن السند، فإنه (٤) أعم من المدعى وأنتم لا تقولون
به على العموم، والمخصص لهما مع عدم الضرورة مخصص معها.
والوجه الثاني: بطلان اختصاصه، لحصول المفارقة.

ولا فرق على التقديرين بين أن يطرأ العذر قبل الشروع في الصلاة
وبعده. وفرق في الدروس (٥) بين المفارق في أثنائها اضطرارا وغيره، فحكم
ببقاء أولوية الأول إلا أن يجد مكانا مساويا للأول أو أولى منه، محتجا بأنها
صلاة واحدة فلا يمنع من إتمامها. وفيه نظر.

ولو استيق اثنان إلى محل مخصوص، فإن أمكن الجمع بينهما بأن كان
متسعا لهما جاز، وإن لم يمكن أقرع بينهما، وصار من أخرجته القرعة بمنزلة
السابق.

(١) التذكرة ٢: ٤٠٥.

(٢) تقدم ذكر مصادره في ص: ٤٣٣ هامش (١)، ولم ترد في المصادر: في المسجد.

(٣) تقدم ذكر مصادره في ص: ٤٢٩ هامش (٢).

(٤) في " ط، و " : بأنه.

(٥) الدروس الشرعية ٣: ٦٩.

أما المدارس والربط:
فمن سكن بيتا ممن له السكنى فهو أحق به وإن تطاولت المدة، ما لم
يشترط الواقف أمدا، فيلزمه الخروج عند انقضائه.
ولو اشترط مع السكنى التشاغل بالعلم فأهمل ألزم الخروج. وإن
استمر على الشرط لم يجز إزعاجه. وله أن يمنع من يساكنه ما دام متصفا
بما به يستحق السكنى.
ولو فارق لعذر قيل: هو أولى عند العود. وفيه تردد. ولعل
الأقرب سقوط الأولوية.

قوله: " وأما المدارس والربط..... الخ "

المدارس بالنسبة إلى مستحق السكنى بها - بأن يكون طالبا للعلم، جامعا
لشرط (١) الواقف، إن كان مخصصا لها بعلم خاص أو مذهب خاص - بمنزلة
المساجد، من سبق إلى سكنى بيت منها أو إلى الإقامة ببقعة منها فهو أحق به.
وكذلك الرباطات الموقوفة على النزال والغرباء وأشباههم. ويزيد هنا أنه لا
يبتل حقه بالخروج لحاجة - كشراء مأكول ومشروب وثوب وقضاء حاجة -
قطعا. ولا يلزمه تخليف أحد مكانه، ولا أن يترك رحله فيه. ولا يفرق هنا بين
طول المدة وقصرها، ما لم يشترط الواقف أمدا كثلاثة أيام، فيلزمه الخروج
بعده بلا فصل وإن لم يؤمر به. وكذا لو شرط الواقف اتصافه بوصف كطلب
العلم فأهمله.
ويرجع في الاختصاص ببيت وبقعة خاصة إلى شرط الواقف. فلو كان

(١) في " ص، ط، و " : لشرائط.

البيت الواحد معدا لجماعة لم يجز لأحد منع غيره إلا أن يبلغ العدد النصاب،
فلهم منع الزائد. ولو كانت العادة أو الشرط يقتضي انفراد الواحد فله منع الزائد
مطلقا.

ولو فارق المكان لغير عذر بطل حقه، سواء بقي رحله أم لا، وسواء
طالت مدة المفارقة أم قصرت، لصدق المفارقة المسقطه للأولوية.
وإن كانت لعذر ففي سقوط حقه أوجه استتقرب المصنف منها سقوط
أولويته مطلقا، لزوال ما يقتضي الاختصاص.
وفيه وجه آخر بالبقاء مطلقا، لأنه باستيلائه جرى مجرى المالك،
بخلاف المسجد، فإنه لم يوضع للإقامة الطويلة.
وثالث بالفرق بين الطويلة والقصيرة، فيبطل في الأول دون الثاني.
واختاره في التذكرة (١). وهو حسن مع بقاء رحله أو عدم خروجه عن الإقامة
عرفا.
واستتقرب في الدروس (٢) تفويض الأمر إلى ما يراه الناظر صلاحا.
ويشكل بأن الناظر ليس له إخراج المستحق اقتراحا، فرأيه فرع الاستحقاق
وعدمه.

(١) التذكرة ٢: ٤٠٦.

(٢) الدروس الشرعية ٣: ٧٠.

الطرف الرابع:

في المعادن الظاهرة

وهي التي لا تفتقر إلى إظهار، كالمح والنفط والقار. لا تملك بالاحياء، ولا يختص بها المحجر. وفي جواز إقطاع السلطان المعادن والمياه تردد. وكذا في اختصاص المقطع بها. ومن سبق إليها فله أخذ حاجته.

قوله: " في المعادن الظاهرة.... الخ "

المعادن هي البقاع التي أودعها الله تعالى شيئاً من الجواهر المطلوبة. وهي تنقسم إلى ظاهرة وباطنة. [فالباطنة تأتي] (١). والظاهرة هي التي يبدو جوهرها من غير عمل، وإنما السعي والعمل لتحصيله. ثم تحصيله قد يسهل، وقد يلحقه تعب، وذلك كالنفط وأحجار الرحي والبرمة والكبريت والقار وأشباهها. وهذه لا تملك بالاحياء والعمارة وإن ازداد بها النيل. ولا يختص بها بالتحجير، لأن التحجير شروع في الاحياء، وهو منتف هنا.

وهل للإمام إقطاعها؟ فيه قولان أظهرهما عدم، لأن الناس فيها شرع. ووجه الجواز: عموم ولايته وتصرفه وإناطة المصلحة برأيه. وقد روي أن حيان المازني قال: " استقطعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم معدنا من الملح بمازن فأقطعنيه، فقلت: يا رسول الله إنه بمنزلة الماء العد (٢)، بمعنى أنها لا تنقطع ولا تحتاج إلى عمل، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: فلا

(١) من " ط، و، خ " ويأتي البحث عنها في ص: ٤٤٢.

(٢) العد: الماء الجاري لا ينقطع. المنجد: ٤٩٠.

ولو تسابق اثنان فالسابق أولى. ولو توافيا وأمكن أن يأخذ كل منهما بغيته فلا بحث، وإلا أقرع بينهما مع التعاسر. وقيل: يقسم. وهو حسن.

إذن " (١).

وهذه الرواية على تقدير صحتها محتملة للقولين، لكنها قد تشكل على أصول أصحابنا، لتغير رأيه عليه السلام في الحكم بسبب اختلاف النظر في حال المعدن. وهي نظير ما روي عنه صلى الله عليه وآله: " لو بلغني هذه الأبيات قبل قتله لما قتلته " (٢)، يعني: النضر بن الحارث، لما بلغه صلى الله عليه وآله أبيات أخته ترثيه بها. والجواب (٣) عنهما واحد. قوله: " ولو تسابق اثنان... الخ ".

قد تقرر أن الناس في هذه المعادن شرع، فمن سبق إليها فله أخذ حاجته منها. ولو ازدحم اثنان فصاعدا فالسابق إليها (٤) أولى. وبأي قدر يستحق التقدم؟ الأظهر أنه يأخذ قدر بغيته كما لو انفرد. وقيل: يأخذ ما تقتضيه العادة لأمثاله. وعلى الثاني، فلو أراد الزيادة على ما يقتضيه حق السبق ففي إجابته وجهان، من تحقق الأولوية بالسبق، ومن أن عكوف غيره يفيد أولوية (٥) في الجملة.

-
- (١) سنن الدارمي ٢: ٢٦٨، سنن ابن ماجه ٢: ٨٢٧ ح ٢٤٧٥، سنن أبي داود ٣: ١٧٤ ح ٣٠٦٤، سنن الترمذي ٣: ٦٦٤ ح ١٣٨٠، سنن البيهقي ٦: ١٤٩، تلخيص الحبير ٣: ٦٤ ح ١٣٠٣. وفي المصادر: أبيض بن حمال المازني. وفيها بدل " بمازن " : بمأرب.
(٢) سيرة ابن هشام ٣: ٤٥.
(٣) في هامش " د " : وهو أن الحكم يفوض إليه من الله تعالى على وجه التخيير بين الأمرين. منه " . وفي النسخة: يعوض، بدل: يفوض، ولعل الصحيح ما أثبتناه.
(٤) في " خ " : منهما.
(٥) في " و، خ " : أولويته.

ومن فقهاءنا من يخص المعادن بالإمام عليه السلام. فهي عنده من الأنفال. وعلى هذا لا يملك ما ظهر منها ولا ما بطن. ولو صح تملكها بالاحياء لزم من قوله اشتراط إذن الإمام. وكل ذلك لم يثبت.

والأصح الأول.

ولو جاء معا، فإن أمكن اجتماعهما وأن (١) يأخذ كل منهما مطلوبه جمع بينهما. وإن لم يمكن الجمع أقرع بينهما، لاستوائهما في الأولوية، وعدم إمكان الاشتراك، واستحالة الترجيح، فأشكل المستحق فعين بالقرعة، لأنها لكل أمر مشكل، فمن أخرجته قدم بأخذ حاجته.

وقيل: ينصب الحاكم من يقسمه بينهما، لاستوائهما في الاستحقاق، وانتفاء المرجح بالتقديم. واستحسنه المصنف. وهو جيد مع قبوله للقسمة، أما مع عدمه فالقرعة أحسن.

ولو كان يؤدي حاجتهما وزيادة لكن ضاق المكان عن أخذهما منه دفعة فالقرعة أيضا، وإن أمكن القسمة. وفائدتها تقديم من أخرجته في أخذ بغيته. ومثله ما لو ازدحم اثنان على نهر ونحوه ولم يمكن الجمع. لكن لو تغلب أحدهما هنا أثم وملك، بخلاف تغلبه على أولوية التحجير. والفرق: أن الملك هنا لا يتحقق، للزيادة عن مطلوبهما، بخلاف المحجر.

قوله: " ومن فقهاءنا من يخص المعادن... الخ "

القائل باختصاص المعادن ظاهرة وباطنة بالإمام المفيد (٢) وسلاار (٣)

(١) في إحدى الحجريتين: بأن.

(٢) المقنعة: ٢٧٨.

(٣) المراسم: ١٤٠.

ولو كان إلى جانب المملحة أرض موات، إذا حفر فيها بئر وسيق إليها الماء صار ملحاً، صح تملكها بالاحياء، واختص بها المحجر. ولو أقطعها الإمام صح.

رحمهما الله، فتتوقف الإصابة منها (١) على إذنه مع حضوره لا مع غيبته. وقيل: يختص بما كان في أرضه كالموات لا ما كان في المحيا، لأنه يلزم من ملكه لها ملك ما فيها.

وأكثر الأصحاب على أن المعادن مطلقاً للناس شرع (٢)، عملاً بالأصل مع ضعف المخرج عنه. وهذا قوي.

وعلى القول الأول ما كان منها ظاهراً لا يتوقف على الاحياء يجوز في حال الغيبة أخذه، كالأنفال. وما يتوقف على الاحياء، فإن كان الإمام ظاهراً فلا إشكال في عدم ملكه بدون إذنه. ومع غيبته يحتمل كونه كذلك عملاً بالأصل، وإن جاز الأخذ منه كغيره من الأنفال، لأن ملك مال الغير متوقف على إذنه وهو مفقود، وإنما الموجود الإذن في أخذه. وهذا هو الذي أشار إليه المصنف بقوله: "لزم من قوله اشتراط إذن الإمام. ويحتمل ملكه حال الغيبة بالاحياء كإحياء الأرض، وإن كان للإمام رفع يده بعد ظهوره، لأنه من توابع الأرض فيلزمه حكمها، من ثم ملكه محيي الأرض لو ظهر فيها، كما سيأتي (٣). قوله: "ولو كان إلى جانب المملحة... الخ".

إذا كان بقرب المملحة أرض موات لو حفرت وسيق إليها الماء صار

(١) كذا في "خ" ونسخة بدل "و"، وفي متن "و، ط": منهما، وفي سائر النسخ: هنا.

(٢) في "ص، د، ل، م": شرعاً.

(٣) في ص: ٤٤٣.

والمعادن الباطنة هي التي لا تظهر إلا بالعمل، كمعادن الذهب والفضة والنحاس، فهي تملك بالاحياء. ويجوز للإمام إقطاعها قبل أن تملك. وحقيقة إحيائها أن يبلغ نيلها. ولو حجرها - وهو أن يعمل فيها عملا لا يبلغ به نيلها - كان أحق بها، ولا يملكها. ولو أهمل أجبر على إتمام العمل أو رفع يده عنها. ولو ذكر عذرا أنظره السلطان بقدر زواله، ثم ألزمه أحد الأمرين.

ملحا فليست من المعادن الظاهرة، لأن المقصود منها لا يظهر إلا بالعمل، فلها (١) حكم الأرض الموات، فمن أحيائها وحفرها وساق إليها الماء فظهر الملح ملكها، كما لو أحيأ مواتا. وللإمام إقطاعها ميتة كما له أن يقطع الأرض الموات. وهذا مما لا خلاف فيه.

قوله: " والمعادن الباطنة هي التي... الخ ".
القسم الثاني من المعادن الباطنة، وهي التي لا يظهر جواهرها إلا بالعمل والمعالجة، كالذهب والفضة والفيروزج والياقوت والرصاص والنحاس والحديد وسائر الجواهر المبتوثة في طبقات الأرض، سواء كانت موجودة في ظاهر الأرض بحيث لا يتوقف الشروع فيها على حفر شيء من الأرض خارج عنها، أم في باطنها، لكن القسم الأول منها في حكم المعادن الظاهرة بقول مطلق، وتملك بالحيازة. وكذا لو ظهر بعض الجواهر الباطنة - كقطعة ذهب أو حجر فيروزج - بالسييل ونحوه، فإنه يلحق بالظاهرة. والأول منها يملك بالاحياء، وهو الحفر والعمل فيه بقصد التملك إلى أن يبلغ نيله. وقبل ظهوره يكون العمل تحجيرا يفيد أولوية لا ملكا، كما لو حفر بئرا في الموات على

(١) في الحجريتين: فإنها في حكم...

فرع:
لو أحيا أرضا وظهر فيها معدن ملكه تبعها لها، لأنه من أجزائها.

قصد التملك، فإنه إذا وصل إلى الماء ملكه وإلا فلا.
وإذا اتسع الحفر ولم يوجد المطلوب إلا في بعض جهاته لم يقتصر الملك على محله، بل كما يملكه يملك ما حواليه مما يليق بحريمه، وهو قدر ما يقف فيه الأعوان والدواب. ومن جاوز ذلك وحفر لم يمنع وإن وصل إلى العرق.

ويجوز للإمام إقطاع هذا النوع من المعدن كالموات، لأنه في معناه، ولعموم ولايته. ولو قلنا إنه يملكه فأولى بالجواز، لما (١) تقدم (٢) من أن النبي صلى الله عليه وآله أراد إقطاع ملح مازن أو أقطعه فلما قيل له إنه كالماء العد امتنع منه، فدل (٣) على أن الباطن يجوز إقطاعه.

وحيث لا يبلغ العامل في هذا المعدن حد الأحياء فقد قلنا إنه يفيد التحجير ومنع الغير من العمل. فإن استمر عليه فذاك، وإن أهمل لم يسقط حقه [منه] (٤)، لكن يخيره الإمام بين الأكمال ورفع يده عنه. فإن طلب منه الإمهال أجله (٥) بحسب ما يقتضيه رأيه، ثم ألزمه أحد الأمرين حتما.
قوله: " لو أحيا أرضا وظهر فيها... الخ "

المراد بالمعدن الظاهر هنا هو الباطن بمعنييه، كما يرشد إليه التعليل

(١) في هامش " و " بعنوان ظاهرا: وما، وهي تناسب النسخة الثانية المذكورة في هامش (٣).

(٢) في ص: ٤٣٨.

(٣) كذا في " ط "، وفي سائر النسخ: يدل.

(٤) من " و " .

(٥) في " و ": أمهله.

وأما الماء، فمن حفر بئرا في ملكه أو مباح ليملكها فقد اختص بها كالمحجر، فإذا بلغ الماء فقد ملك البئر والماء، ولم يجز لغيره التخطي إليه ولو أخذ منه أعاده. ويجوز بيعه كيلا ووزنا. ولا يجوز بيعه أجمع، لتعذر تسليمه، لاختلاطه بما يستخلف.

ولو حفرها لا للملك، بل للانتفاع، فهو أحق بها مدة مقامه عليها. وقيل: يجب عليه بذل الفاضل من مائها عن حاجته - . وكذا قيل في ماء العين والنهر. ولو قيل: لا يجب، كان حسنا. وإذا فارق فمن سبق إليها فهو أحق بالانتفاع بها.

وأما مياه العيون والآبار والغيوث فالناس فيها سواء. ومن اغترف منها شيئا بإناء، أو حازه في حوضه أو مصنعه، فقد ملكه.

بكونه من أجزائها، فيملك بإحيائها كما يملك جميع أجزائها به، ولتوقفه على الأحياء كالأرض. ولا فرق بين أن يعلم به حين إحيائها وعدمه. وهذا بخلاف ما لو أحيأ أرضا فوجد فيها كنزا، فإنه لا يملكه بإحياء الأرض كالمعدن الظاهر، لأنه مودع فيها لا يتوقف على الأحياء، لكن إن كان ركازا لا أثر للاسلام عليه جاز تملكه كما يملك المعادن الظاهرة بالحياسة بعد إخراج خمس، وإلا كان لقطعة.

قوله: " وأما الماء فمن حفر بئرا... الخ "

الماء أصله الإباحة، لكن يعرض له الملك. ويتحقق بأمرين: متفق عليه على وجه العموم، ومختلف فيه كذلك.

فالأول: ما أحرز من المباح في آنية أو مصنع ونحوهما. وهذا مختص بمحرزه إجماعا، وليس لأحد التصرف فيه إلا بإذنه. ويجوز له التصرف بأنواع

التصرفات من حبس وبيع وغيرهما، كغيره من الأملاك.
والثاني قسمان:

أحدهما: ما يخرج من نهر مباح. وفي ملكه خلاف يأتي (١).
والثاني: ما يستنبطه ويخرجه من الأرض من بئر وعين بنية التملك.
ومذهب الأصحاب أنه يملك بذلك، كما يملك السابق على العموم. لكن
الشيخ - رحمه الله - في المبسوط (٢) أوجب على مالكة بذل الفاضل عن حاجته
لشربه وشرب ماشيته وزرعه إلى غيره بغير عوض، إذا احتاج إليه لشربه وشرب
ماشيته من السابلة وغيرهم، لا لسقي الزرع والشجر، مستندا إلى ما رواه ابن
عباس أن النبي صلى الله عليه وآله قال: "الناس شركاء في ثلاث: الماء، والنار،
والكلأ" (٣). ورواية جابر عنه صلى الله عليه وآله أنه نهى عن بيع فضل الماء (٤).
وقوله صلى الله عليه وآله: "من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ منعه الله فضل
رحمته يوم القيامة" (٥). والمراد: أن الماشية إنما ترعى بقرب الماء، فإذا منع من
الماء فقد منع من الكلأ، وحازه لنفسه. والفرق بين سقي الحيوان والزرع -
حيث منع من منعه للأول دون الثاني - أن الحيوان محترم لروحه، بخلاف

(١) في ص: ٤٤٧.

(٢) المبسوط ٣: ٢٨٠ - ٢٨١.

(٣) مسند أحمد ٥: ٣٦٤، سنن أبي داود ٣: ٢٧٨ ح ٣٤٧٧. سنن ابن ماجه ٢: ٨٢٦ ح
٢٤٧٢، سنن البيهقي ٦: ١٥٠.

(٤) مسند أحمد ٣: ٣٥٦، سنن ابن ماجه ٢: ٨٢٨ ح ٢٤٧٧. سنن أبي داود ٣: ٢٧٨ ح
٣٤٧٨، سنن الترمذي ٣: ٥٧١ ح ١٢٧١، سنن البيهقي ٦: ١٥، تلخيص الحبير ٣: ٦٧
ح ١٣٠٩.

(٥) مسند الشافعي: ٣٨٢، مسند أحمد ٢: ١٨٣، مجمع الزوائد ٤: ١٢٤، تلخيص الحبير
٣: ٦٦ ح ١٣٠٨.

الزرع.

وهذه الأخبار كلها عامية. وهي مع ذلك أعلم من المدعى. ومدلولها من النهي عن منع فضله مطلقا لا يقول به، بل ولا غيره ممن يعتمد هذه الأحاديث. وهي ظاهرة في إرادة الماء المباح الذي لم يعرض له وجه مملك، كمياه الأنهار العامة، والعيون (١) الخارجة في الموات، والسابقة على احياء الأرض الموات، ومياه العيون (٢) والآبار المباحة، فإن الناس في هذه شرع، حتى لو دخل منه شيء في أملاك الناس لم يملكوه إلا بنية الحيازة، كما لو نزل مطر واجتمع في ملكهم. لكن ليس لأحد أن يدخل الملك لأخذه، من حيث التصرف في الملك لا من حيث الماء. ولو فرض دخوله أساء (٣) وملك ما أخذه من الماء. ولو وجد المياه في الملك واشتبه تقدمه لحيائه وتأخره عنه فالأصل التأخر، فيحكم بملكه، وعملا بظاهر اليد. ويمكن حمل النهي في هذه الأخبار فيما يتناول الماء المملوك على الكراهة، بل هو أولى (٤) بدلالته. واحترز المصنف في البئر المحفورة بقوله: "ليملكها" عما لو حفرها في بعض المنازل لينتفع بها، أو لعموم الانتفاع بها للمارة، أو مع الخلو عن القصد مطلقا، فإنه لا يملكها بذلك. لكن في الأول يصير الحافر أولى بها إلى أن يرتحل. وليس له منع ما فضل عنه عمن يحتاج إليه عند الشيخ (٥) - رحمه الله - لعموم الأخبار.

(١) في "ذ، د، ل، خ، م": والغيوث.

(٢) في "ذ، و": الغيوث.

(٣) في "د": أثم، وفي "م": أثم وأساء.

(٤) في هامش "ذ": "من حيث السند. منه قدس سره".

(٥) المبسوط ٣: ٢٨١.

وهنا مسائل:

الأولى: ما يقبضه (١) النهر المملوك 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 جماعة، فإن وسعهم أو تراضوا فيه فلا بحث، وإن تعاسروا قسم بينهم على سعة الضياع. ولو قيل: يقسم على قدر أنصبتهم من النهر، كان حسنا.

ويفهم من قيد التملك الاحتياج إليه في ملكه وفي المباح، لجعله علة لهما. وهو يتم في المباح. وأما المملوك فالأظهر أن ما يخرج منه من الماء مملوك تبعاً له، كما تملك الثمرة الخارجة منه. وربما قيل بعدم ملكه وإن كان أولى به. ومثله القول في الكالأ النابت فيه بغير قصد. إذا تقرر ذلك، فما حكم بملكه من الماء يجوز بيعه كيلاً ووزناً، لانضباطهما. وكذا يجوز مشاهدة إذا كان محصوراً. وأما بيع ماء البئر والعين أجمع فالأشهر منعه، لكونه مجهولاً، وكونه يزيد شيئاً فشيئاً، ويختلط المبيع بغير المبيع، فيتعذر التسليم. وفي الدروس (٢) جوز بيعه على الدوام، سواء كان منفرداً أم تابعا للأرض. وينبغي جواز الصلح عليه كذلك، لأن دائرة الصلح أوسع من دائرة البيع. قوله: " ما يقبضه النهر المملوك.... الخ ". هذا هو القسم [الأول] (٣) من الماء الذي اختلف في تملكه، وهو ما إذا

(١) في متن نسخة " ط، و " : يفيضه.

(٢) الدروس الشرعية ٣: ٦٧.

(٣) من " د " وهامش " و ". وقد مر التقسيم في ص: ٤٤٥.

حفر نهرا وأوصله بالنهر المباح فدخل فيه الماء.
ولا خلاف في أولوية الحافر بالماء المذكور، وأنه ليس لأحد مزاحمته
فيه للسقي ولا غيره، ولا في ملكية نفس النهر أعني: الأرض المحفورة،
بمعنى: جواز بيعه، والمعاوضة عليه، وترتب أولوية الماء الداخل فيه.
وإنما الخلاف في ملكية (١) الماء الذي يدخل فيه. فالمشهور بين الأصحاب
- خصوصا المتأخرين - أنه يملك أيضا، كما يملك الماء الخارج بحفر البئر
والعين، لاشتراكهما في المقتضي، وهو الاخراج والكلفة عليه كاجراج المعدن.
وذهب الشيخ في المبسوط (٢) إلى عدم ملك الماء بذلك، لأنه مباح دخل
في ملكه فيبقى على أصل الإباحة، وللأخبار السابقة (٣). وإنما يكون الحافر أولى
به لأن يده عليه، كما إذا جرى الفيض إلى ملك رجل واجتمع فيه، فإنه لا
يملكه.

وفرع عليه ما إذا كان الحافر للنهر جماعة ولم يسع سقيهم دفعة ولا
تراضوا على المهياة فيه، فإنه يقسم عليهم على قدر أرضهم، لا على قدر
عملهم ولا نفقاتهم على النهر، محتجا بأن الانتفاع به والأولوية لأجل الملك
فيكون الحق تابعا لمقداره. فلو كان لبعضهم مائة جريب من الأرض، ولآخرين
ألف جريب، جعل للأول جزء من أحد عشر [جزءا] (٤)، وللباقين عشرة أجزاء.
وفي كل واحد من المبني والمبني عليه منع ظاهر. والأظهر أن الماء

(١) في " ل " : ملكه.

(٢) المبسوط ٣: ٢٨٤ - ٢٨٥.

(٣) انظر ص: ٤٤٥.

(٤) من " ط، خ " .

الثانية: إذا استجد جماعة نهرا فبالحفر يصيرون أولى به، فإذا وصلوا منتزع الماء ملكوه، وكان بينهم على قدر النفقة على عمله.

يملك على نسبة العمل، لأن الاحياء تابع له لا للأرض. وفي المسألة قول ثالث لابن الجنيدي (١)، وهو أن حافر النهر إنما يملك ماءه إذا عمل له ما يصلح لسده وفتحه من المباح. وكأنه جعل الحيازة سبب الملك، وهي من فعل المكلف، فلا بد أن يكون مقدورا عليها كما يقدر على تركها، وإنما يتحقق بذلك. والأشهر أنه يملك [بذلك] (٢) الماء، لأنه صار آلة لتحصيل الماء المباح (٣) كالشبكة للصيد. قوله: " إذا استجد جماعة نهرا... الخ "

لا خلاف في ملكية النهر بالحفر كما ذكرناه سابقا (٤) إذا بلغ الحافر حد الاحياء. ويتحقق بوصوله إلى مشرع (٥) الماء حيث يمكن جريانه فيه بسهولة، سواء جرى الماء أم لا، لأن حصول المنفعة بالفعل غير شرط في الاحياء، وإنما المعتبر منه التهيئة للانتفاع.

ثم إن كان الحافر واحدا اختص به. وإن كان (٦) أكثر اشتركوا فيه على قدر عملهم ونفقتهم، لأنه إنما يملك بالعمارة والعمارة بالنفقة. هذا إذا كان العمل على نسبة النفقة، وإلا فالمعتبر العمل.

(١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٧٤.

(٢) من " و، ط "

(٣) في " ذ، خ ": لتحصيل مباح.

(٤) في الصفحة السابقة.

(٥) في " خ ": منبع، وفي إحدى الحجريتين: منتزع.

(٦) في " ذ، و، خ ": كانوا.

الثالثة: إذا لم يف النهر المباح أو سيل الوادي بسقي ما عليه دفعة بدئ بالأول، وهو الذي يلي فوهته، فأطلق إليه للزرع إلى الشراك، وللشجر إلى القدم، وللنخل إلى الساق، ثم يرسل إلى من دونه، ولا يجب إرساله قبل ذلك ولو أدى إلى تلف الأخير.

والمراد بوصولهم إلى مشرع (١) الماء وصولهم إلى مجراه بحيث يسيل منه في النهر الجديد، أو يبقى متوقفا على عمل يسير لا يعتد به عادة، ويتحقق معه الأحياء عرفا. ولو لم يبلغوا ذلك كان الفعل تحجيرا يفيد الأولوية، كغيره من ضروب التحجير.

قوله: " إذا لم يف النهر المباح... الخ "

إذا اجتمعت أملاك متعددة على ماء واحد، فإن كان الماء ملكا لهم فقد عرفت أنه يقسم بينهم على قدر أنصبتهم فيه، إما بقسمة نفس الماء أو بالمهاياة عليه. وإن كان مباحا، ولم يف بالجميع في وقت واحد، ووقع في التقدم والتأخر تشاح، بدئ بالأول من الملاك (٢)، وهو الذي يلي فوهة النهر - بضم الفاء وتشديد الواو - وهو أصله، فيسقي أرضه، فإذا فرغ من قضاء حاجته أرسله إلى الثاني، وهو الذي يلي ملكه، وهكذا، سواء استنصر الثاني بحبس الأول أم لا، حتى لو لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثاني أو عن من يليه فلا شيء للباقيين، لأنه ليس لهم إلا ما فضل منهم. والأصل في هذه المسألة قبل الاجماع ما روي أن النبي (٣) صلى الله عليه

(١) في " ذ، د، ل ": منتزع.

(٢) في " خ، و ": الأملاك.

(٣) سنن ابن ماجه ٢: ٨٢٩ ح ٢٤٨١. سنن البيهقي ٦: ١٥٤. تلخيص الحبير ٣: ٦٥ - ٦٦ ح ١٣٠٥.

وآله قضى في شرب نهر في سيل: أن للأعلى أن يسقي قبل الأسفل ثم يرسله إلى الأسفل

ومن طريق الأصحاب روى غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام قال: " قضى رسول الله صلى الله عليه وآله في سيل وادي مهزور: الزرع إلى الشراك، والنخل إلى الكعب، ثم يرسل الماء إلى أسفل من ذلك، قال ابن أبي عمير: والمهزور موضع الوادي " (١)

والمشهور في الرواية أنه بتقديم الزاي المعجمة على الواو ثم الراء المهملة أخيراً ونقل (٢) ابن بابويه عن شيخه ابن الوليد بالعكس، وذكر أنها كلمة فارسية من هرز الماء إذا زاد على المقدار الذي يحتاج إليه والمشهور في مقدار السقي ما ذكره المصنف من حبس الماء على الملك إلى أن يبلغ الماء الشراك لسقي الزرع، وإلى القدم لسقي الشجر، وإلى أن يبلغ الساق لسقي النخل والمستند ما تقدم ولا يخفى ضعف السند، وعدم تعرضه للشجر غير النخل، لكن العمل به مشهور

وأطبق (٣) العامة على جعل الحق إلى الكعبين مطلقاً، لما روي (٤) أنه صلى الله عليه وآله قضى في السيل أن يمسك حتى يبلغ إلى الكعبين ثم يرسل الأعلى

- (١) الكافي ٥: ٢٧٨ ح ٣، الفقيه ٣: ٥٦ ح ١٩٤، التهذيب ٧: ١٤٠ ح ٦١٩، الوسائل ١٧: ٣٣٤ ب " ٨ " من أبواب إحياء الموات ح ١.
- (٢) الفقيه ٣: ٥٦ ذيل ح ١٩٥
- (٣) انظر الحاوي الكبير ٧: ٥١٠، روضة القضاة ٢: ٥٥٦ رقم (٣٢٩٢)، المغني لابن قدامة ٦: ١٨٨، روضة الطالبين ٤: ٣٦٩، مختصر خليل: ٢٨٤
- (٤) سنن أبي داود ٣: ٣١٦ ح ٣٦٣٩، سنن البيهقي ٦: ١٥٤ تلخيص الحبير ٣: ٦٦ ح ١٣٠٦.

إلى الأسفل

وروي أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها، فقال النبي صلى الله عليه وآله: " اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك فغضب الأنصاري وقال: أن كان ابن عمك؟ فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وآله ثم قال: يا زبير اسق واحبس الماء حتى يصل إلى الجدر ثم أرسله " (١) والشراج جمع شرج، وهو النهر الصغير، والحرة: الأرض التي ألبست الحجارة السود. والجدر: الجدار

واختلف في تنزيل الخبر، ف قيل: إن النبي صلى الله عليه وآله أمره باستيفاء [حقه] (٢) زيادة على القدر المستحق، تغليظا على الأنصاري حيث اتهم رسول الله صلى الله عليه وآله، ولعله سقط حقه بذلك، لكون ذلك ارتدادا وقيل - وهو الأصح - : إنه صلى الله عليه وآله كان قد استنزل الزبير عن بعض حقه، فلما أساء الأنصاري الأدب قال له: استوف حقا، لأنه إذا بلغ الماء الكعب بلغ أصل الجدار، فلا مخالفة بين التقديرين إذا تقرر ذلك، فتمام البحث يتم بأمور:

الأول: إنما يقدم الذي يلي فوهة النهر إذا كان سابقا في الأحياء أو اشتبه المتقدم فيه، أما لو علم المتقدم في الأحياء بدئ به أولا وإن كان أبعد الجميع عن الفوهة، ثم الذي يليه في الأحياء، وهكذا، لأن حق السابق بالأحياء سابق في الماء أيضا، وإطلاق النصوص بتقديم الأقرب منزل على ذلك، بل الأظهر

(١) مسند أحمد ٤: ٤ - ٥، صحيح البخاري ٣: ١٤٥ - ١٤٦، سنن أبي داود ٣: ٣١٥ ح ٣٦٣٧، سنن ابن ماجه ٢: ٨٢٩ ح ٢٤٨٠، سنن البيهقي ٦: ١٥٣
(٢) من " خ " .

الرابعة: لو أحيأ إنسان أرضا ميتة على مثل هذا الوادي لم يشارك السابقين، وقسم له مما يفضل عن كفايتهم وفيه تردد

يتوقف على إذنهم ما لا ينافي الانتفاع ولو كان على النهر أرحية متعارضة قدم السابق منها في الأحياء، فإن اشتهه قدم ما (١) يلي الفوهة كالأملاك قوله: " لو أحيأ إنسان أرضا ميتة... الخ " إذا أراد إنسان إحياء موات وسقيه من هذا النهر بعد اجتماع الأملاك عليه، فإن لم يكن فيه تضيق (٢) فلا منع، وإن كان فيه تضيق (٣) منع من السقي منه، لأن الأولين بإحياء أرضهم استحقوا مرافقها، وهذا الماء من أعظم مرافقها، فلا يستحق إلا بعد استغناء الأولين وعلى هذا، فلو لم يفضل عن كفايتهم شيء بأن احتاج الأول إلى السقي عند فراغ المتأخر رجع الحق إليه، وهكذا، ولا شيء لهذا المحيي أخيرا ولا فرق بين كون الأرض التي أحيأها أبعد من فوهة النهر أم أقرب إليه، لما عرفت من أن المعتبر بالسابق في الأحياء بل من هذا يعلم تقدم السابق في الأحياء، وأن الحكم بتقديم الأقرب إلى الفوهة مخصوص بحالة الاشتباه والمصنف - رحمه الله - تردد في الحكم المذكور وتردد يحتمل أمرين:

أحدهما: أن يكون الاحتمال الآخر مشاركة هذا المحيي للسابقين، بمعنى استحقاقه نوبة بعد نوبتهم كالذي قبله، وإن احتاج السابق قبل أخذه بالنوبة، لأن النهر مباح بالأصل، وإنما استحقه من سبق بسبب الأحياء، وقد

-
- (١) في " ذ، و، خ " : من يلي
(٢) في " ط " : تضيق.
(٣) في " ط " : تضيق.

شاركهم المتأخر في ذلك، كما يشارك من قبله السابق عليه وهذا الاحتمال يتوجه إذا قلنا بأن الأعلى يجب عليه الارسال لمن بعده بعد سقيه وإن احتاج إليه مرة أخرى وهو وجه في المسألة أما إذا قلنا بأنه أولى من اللاحق مطلقا، ولا حق لللاحق إلا مع استغنائه، فلا يظهر للاحتتمال المذكور وجه، لأن مع غناء السابقين لا إشكال في استحقاقه، ومع حاجتهم يقدمون عليه.

وفي التذكرة (١) نقل الخلاف فيما لو احتاج الأعلى بعد استيفاء حقه إلى السقي مرة أخرى هل يمكن أم لا؟ ثم قوى عدم التمكين، وأنه يجب عليه الارسال لمن بعده، محتجا بقول النبي صلى الله عليه وآله في خبر عبادة بن الصامت: " ويرسل الماء إلى الأسفل حتى تنتهي الأراضي " (٢) وقوله صلى الله عليه وآله في رواية الصادق عليه السلام: " ثم يرسل الماء إلى الأسفل " (٣) وغيرهما من الأحاديث

والاحتمال الثاني: أنه لا يصح لهذا المتأخر مع ضيق الماء الاحياء إلا بإذن السابقين، لئلا يصير ذريعة إلى منع حقهم من النهر على طول الأزمنة واشتباه الحال، خصوصا إذا كان أقرب إلى فوهته من غيره ونظير هذا منع المجاور للدرب المرفوع من إحداث باب فيها، حذرا من تطرق الاستحقاق على طول الزمان

(١) التذكرة ٢: ٤٠٧

(٢) سنن ابن ماجة ٢: ٨٣٠ ح ٢٤٨٣، سنن البيهقي ٦: ١٥٤، تلخيص الحبير ٣: ٦٥ ح

١٣٠٥ وفي المصادر: حتى تنقضي الحوائط

(٣) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٤٥١ هامش (١).

وهذا وجه في المسألة نقله في التذكرة (١) عن بعض العامة، واستوجه
عدم المنع، لأن حقهم في النهر لا في الموات
وهذا الاحتمال وإن كان ممكناً في نفسه إلا أنه بعيد عن تأدية العبارة،
والأول أنسب ولم يشر إلى هذا التردد غيره، حتى الشيخ في المبسوط (٢) نقل
الحكم المذكور في الكتاب من غير احتمال آخر، مع كثرة ما ينقل من الوجوه
عن المخالفين في مثل ذلك.

(١) التذكرة ٢: ٤٠٧.

(٢) المبسوط ٣: ٢٨٤.

اللقطة - بفتح القاف وسكونها - اسم للمال الملقوط، على ما ذكره جماعة من أهل اللغة، منهم الأصمعي (١) وابن الأعرابي (٢) والفراء (٣) وأبو عبيد (٤). وقال الخليل (٥): هي بالتسكين لا غير، وأما بفتح القاف فهي اسم للملتقط، لأن ما جاء على " فعلة " فهو اسم للفاعل، كهزمة ولمزة وهزأة وكيف كان فهي مختصة لغة بالمال، لكن الفقهاء تجوزوا في إطلاقها على ما يشمل الآدمي، فعنونوا أنواع الملتقطات الثلاثة باسم اللقطة وبعضهم (٦) جرى على المعنى اللغوي، وأفرد الانسان الضائع بكتاب آخر، وعنونه باللقيط والأصل فيها - بعد الاجماع على مشروعيتها في الجملة - ما رواه زيد بن خالد الجهني قال: " جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله يسأله عن اللقطة، فقال: اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها، قال: فضالة الغنم؟ قال: هي لك أو لأخيك أو للذئب، قال: فضالة الإبل؟ قال: ما لك ولها؟ معها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماء، وتأكل الشجر، حتى يلقاها ربها " (٧).

(١) أنظر تهذيب اللغة ١٦: ٢٥٠ و ٢٥١، لسان العرب ٧: ٣٩٢.

(٢) تقدم أنفا تحت رقم ١.

(٣) تقدم أنفا تحت رقم ١.

(٤) تقدم أنفا تحت رقم ١.

(٥) كتاب العين ٥: ١٠٠.

(٦) انظر اللباب في شرح الكتاب ٢: ٢٠٥ و ٢٠٧، المغني لابن قدامة ٦: ٣٤٦ و ٤٠٣،

روضة الطالبين ٤: ٤٥٢ و ٤٨٣

(٧) الموطأ ٢: ٧٥٧ ح ٤٦، مسند أحمد ٤: ١١٦ و ١١٧، صحيح البخاري ١: ٣٤، صحيح

مسلم ٣: ١٣٤٦ ح ١ و ٢، سنن ابن ماجه ٢: ٨٣٦ ح ٢٥٠٤، سنن أبي داود ٢: ١٣٥ ح

١٧٠٤، سنن الترمذي ٣: ٦٥٥ ح ١٣٧٢.

الملقوط: إما إنسان، أو حيوان، أو غيرهما
فالقسم الأول
يسمى: لقيطا، وملقوطا، ومنبوذا

وروى الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: " جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله إني وجدت شاة، فقال: هي لك أو لأخيك أو للذئب، فقال: إني وجدت بعيرا، فقال صلى الله عليه وآله: خفه حذاؤه، وكرشه سقاؤه، فلا تهجه " (١)
والعفص: الوعاء الذي يكون فيه النفقة من جلد أو خرقة وغير ذلك والأصل فيه الجلد الذي يلبسه رأس القارورة والوكاء: الخيط الذي يشد به المال وحذاؤها يعني: خفها، أطلق عليه الحذاء لقوته وصلابته، فأجراه مجراه وسقاؤها بطنها، لأنها تأخذ فيه ماء كثيرا، فيبقى معها ما يمنعها [من] (٢) العطش، كما يجتمع الماء في السقاء، وهو ظرف الماء من الجلد قوله: " الملقوط: إما إنسان... الخ "
جعل الأقسام ثلاثة باعتبار اختلاف أحكامها، فإن لكل واحد من هذه الأقسام الثلاثة حكما يخصه كما سيأتي (٣) واللقيط فعيل بمعنى مفعول، كطريح وجريح، فهما بمعنى والمنبوذ: المطروح فمرجع الأسماء الثلاثة إلى أمرين باعتبار حالتيه، فإنه ينبذ أولا ثم يلقط

(١) الكافي ٥: ١٤٠ ح ١٢ وفيه: عن هشام بن سالم، التهذيب ٦: ٣٩٤ ح ١١٨٤، الوسائل ١٧: ٣٦٣ ب " ١٣ " من أبواب اللقطة ح ١.
(٢) من " ص "
(٣) في الصفحة التالية، وكذا في ص: ٤٩٠ و ٥١٠.

وينحصر النظر فيه في ثلاثة مقاصد:

الأول: في اللقيط

وهو: كل صبي ضائع، لا كافل له ولا ريب في تعلق الحكم بالتقاط الطفل غير المميز، وسقوطه في طرف البالغ العاقل.

قوله: " اللقيط: وهو كل صبي ضائع... الخ "

احترز بالصبي عن البالغ، فإنه مستغن عن الحضانة والتعهد، فلا معنى لالتقاطه نعم، لو وقع في معرض هلاك وجب تخليصه كفاية وبالضائع عن غير (١) المنبوذ وإن لم يكن له كافل، فإنه لا يصدق عليه اسم اللقيط وإن كانت كفالته واجبة كفاية كالضائع، إلا أنه لا يسمى لقيطاً.

وبقوله: " لا كافل له " عن الضائع المعروف النسب، فإن أباه وجدته ومن يجب عليه حضانته مختصون بحكمه، ولا يلحقه حكم الالتقاط وإن كان ضائعاً نعم، يجب على من وجدته أخذه وتسليمه إلى من تجب عليه حضانته كفاية من باب الحسبة

ويجوز الاحتراز بقوله: " لا كافل له " عن الصبي الملقوط، فإنه في يد الملتقط يصدق أن له كافلاً، ومع ذلك لا يخرج به عن اسم الضائع بالنسبة إلى أهله.

واعلم أنه لا وجه للتقييد بالصبي، فإن غيره من الصبية والخنثى غير البالغ كذلك. وكذا المجنون والضابط: الانسان الضائع، غير المستقل بنفسه، الذي لا كافل له.

(١) في " د " : غيره.

وفي الطفل المميز تردد أشبهه جواز التقاطه، لصغره، وعجزه عن دفع ضرورته
ولو كان له أب أو جد أو أم أجبر الموجود منهم على أخذه. وكذا
لو سبق إليه ملتقط ثم نبذه فأخذه آخر، ألزم الأول أخذه
ولو التقط مملوكا - ذكرا أو أنثى - لزمه حفظه وإيصاله إلى
صاحبه.

قوله: " وفي الطفل المميز - إلى قوله - دفع ضرورته " منشأ التردد: من أنه مستقل ممتنع، خصوصا إذا كان مراهقا، فلا يتولى أمره إلا الحاكم، ومن حاجته إلى التعهد والتربية وإن كان محفوظا في نفسه. وهذا أقوى، لكن يستثنى منه المراهق، فإنه مستغن عن الأمرين معا غالبا. قوله: " ولو كان له أب - إلى قوله - ألزم الأول أخذه ".
قد عرفت أن من يعرف أبوه أو جده أو غيرهما ممن تجب عليه الحضانة خارج عن حكم اللقيط من حيث وجود الكافل. وكذا الملقوط ممن يتعلق به حكم اللقيط، فإن الحكم يتعلق به فلا يجوز له نبذه بعد ذلك، حتى لو فعل لم يسقط عنه الحكم، لتعلق الوجوب به فيستصحب
قوله: " ولو التقط مملوكا... الخ "

مقتضى إطلاقه عدم الفرق في المملوك بين الصغير والكبير، وهو أحد القولين في المسألة، لأنه مطلقا مال ضائع يخشى تلفه، خصوصا إن كان مخوف التلف كما لو كان آبقا وبهذا يحصل الفرق بين الحر والمملوك حيث اشترط الصغر في الحر دونه، لأنه لا يخرج بالبلوغ عن المالية، والحر إنما يحفظ عن التلف والقصد من لقطته حضانته وحفظه، فيختص بالصغير.

ولو أبق منه أو ضاع من غير تفريط لم يضمن ولو كان بتفريط ضمن ولو اختلفا في التفريط ولا بينة فالقول قول الملتقط مع يمينه.

وقيل: يختص حكم المملوك بالصغير الذي لا يتحفظ بنفسه، لأن المميز المراهق كالأصالة الممتنعة بنفسها وهو حسن إن لم يخف تلفه، وإلا فالجواز أحسن.

ونبه بقوله: " وإيصاله إلى صاحبه " على أنه لا يجوز تملكه، وهو أحد القولين في المسألة، لأصالة بقاءه على ملك مالكة، وخروج التملك لغيره من الأموال عن حكم الأصل بنص (١) خاص فيبقى غيره على الأصل. واختلف كلام العلامة، ففي القواعد (٢) قطع بجواز تملك الصغير بعد التعريف حولاً، وهو قول الشيخ (٣)، لأنه مال ضائع يخشى تلفه. وفي التحرير (٤) أطلق المنع من تملكه، محتجاً بأن العبد يتحفظ بنفسه كالإبل. وهذا التعليل لا يتم في الصغير. فالتفصيل لا يخلو من قوة ويعلم كون اللقيط مملوكاً مع الجهل بمالكة برؤيته قبل أن يضيع يباع مرة بعد أخرى ولا يعلم مالكة. ولا تكفي القرائن واللون، لأصالة الحرية. قوله: " ولو أبق منه أو ضاع... الخ "

يد الملتقط على اللقيط مطلقاً حيث تكون جائزة يد أمانة شرعية، للإذن له فيه من قبل الشارع، فلا يكون مضموناً عليه لو تلف أو عاب في يده إلا مع تعد أو تفريط وعليه أيضاً يتفرع تقديم قول الملتقط لو اختلفا فيه ولا بينة، لأن

(١) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب " ٢ " من أبواب اللقطة.

(٢) قواعد الأحكام: ١٩٥

(٣) المبسوط ٣: ٣٢٨

(٤) تحرير الأحكام ٢: ١٢٣.

ولو أنفق عليه باعه في النفقة إذا تعذر استيفاؤها.

الثاني: في الملتقط

ويراعى فيه: البلوغ، والعقل، والحرية.

فلا حكم لالتقاط: الصبي، ولا المجنون، ولا العبد، لأنه مشغول باستيلاء المولى على منافعه. ولو أذن له المولى صح، كما لو أخذه المولى ودفعه إليه

الأمين قوله مقبول في عدم التفريط

قوله: " ولو أنفق عليه باعه... الخ "

إذا التقط العبد ولم يوجد له من ينفق عليه تبرعا رفع أمره إلى الحاكم، لينفق عليه، أو يبيع شيئاً منه فيها، أو يأمره بها ليرجع فإن تعذر أنفق عليه الملتقط بنية الرجوع إلى أن يستغرق قيمته ثم باعه فيها. ولو أمكن أن يبيعه تدريجاً وجب مقدماً على بيعه جملة. وحينئذ فيتعذر بيعه أجمع في النفقة، لأن الجزء الأخير لا يمكن إنفاق ثمنه عليه، لصيرورته حينئذ ملكاً للغير، فلا ينفق عليه الثمن الذي هو ملك الأول، بل يحفظ ثمنه لصاحبه كالأصل.

قوله: " في الملتقط ويراعى فيه... الخ "

لا إشكال في اشتراط بلوغ الملتقط وعقله، لاستلزام اللقطة الولاية والحضانة وهما ليسا من أهلها فإذا فرض التقاط الصبي والمجنون - بمعنى أخذهما اللقيط - فحكمه باق على ما كان عليه قبل اليد. ويفهم من الاقتصار على الأمرين عدم اشتراط رشده، فيصح من السفیه، وهو أحد القولين في المسألة، لأن حضانة اللقيط ليست مالا، وإنما يحجر على

السفيه للمال (١)، وكونه مولى عليه في الجملة غير مانع. وقيل: يشترط رشده، لأن الشارع لم يَأْتَمَن السفيه على ماله، فعلى الطفل وماله أولى ولأن الالتقاط ائتمان، والشرع لم يَأْتَمَنه. وفيه نظر، لأن الشارع إنما لم يَأْتَمَنه على المال لا على غيره، بل جوز تصرفه في غيره مطلقاً. وعلى تقدير أن يوجد معه مال يمكن الجمع بين الحكمين الشرعيين - وهما عدم استئمان السفيه على المال، واستئمانه على غيره - بأن يؤخذ المال منه

اللهم إلا أن يقال: إن صحة التقاطه يستلزم وجوب إنفاقه عليه، وهو ممتنع من السفيه، لأنه تصرف مالي، وجعل التصرف فيه لغيره يؤدي إلى الأضرار بالطفل بتوزيع أموره وهذا حسن إن تحقق الضرر بذلك، وإلا فالقول بالجواز أحسن (٢)

وأما اشتراط حرّيته فلأن الحضّانة تبرع، وليس للعبد أهلية التبرع، لأن منفعه لغيره، وحق المولى مضيق فلا يتفرع لها. ولو أذن المولى له فيه ابتداء وأقره عليه جاز، وكان المولى في الحقيقة هو الملتقط والعبد نائبه، فيلحقه أحكامه (٣) دون العبد، ثم لا يجوز للمولى الرجوع به. ولا فرق في ذلك بين القن والمكاتب، والمدبر ومن تحرر بعضه وأم الولد، لعدم جواز تبرع واحد منهم بماله ولا منفعه إلا بإذن المولى. ولا يدفع ذلك مهياة المبعوض ولو في زمانه المختص بالحضّانة، لعدم لزوم المهياة، فجاز تطرق المانع

(١) في "خ": في المال.
(٢) كذا في "ط، و"، وفي سائر النسخ: حسن.
(٣) في "ذ، و، خ": أحكامها.

وهل يراعى الاسلام؟ 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 بالابقاء، فقد قال في التذكرة (١) إنه يجوز للعبد التقاطه، لأنه تخليص له من الهلاك فجاز، كما لو أراد التخليص من الغرق وفي الدروس (٢) يجب عليه التقاطه حينئذ. وجواز الأخذ أو وجوبه لا إشكال فيه حينئذ، وإنما الكلام في لحوق أحكام الالتقاط له، والدليل المذكور لا يفضي إليه. فإذا وجد [له] (٣) من له أهلية الالتقاط ينبغي أن يجب عليه انتزاعه منه، وسيده (٤) من الجملة، لانتفاء أهلية العبد له، وإن كان له أهلية الاستنقاذ من الهلاك. قوله: " وهل يراعى الاسلام؟... إلخ "

القول للشيخ في المبسوط (٥)، محتجاً بما أشار إليه من استلزامه إثبات السبيل للكافر على المسلم، وهو منفي بقوله تعالى: (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً) (٦) وبأنه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه ويعلمه الكفر، بل الظاهر أنه يربيه على دينه وينشأ (٧) على ذلك كولد، فلا يقر عليه، بل ينزع من يد إن

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٢٧٠.

(٢) الدروس الشرعية ٣: ٧٥.

(٣) من " ذ، ل، خ "

(٤) كذا في " ل، و "، وفي " ص، د، ط، م "، ومن يده من الجملة، وفي " ذ "، وتنفيذه

من....

(٥) المبسوط ٣: ٣٤٠.

(٦) النساء: ١٤١.

(٧) في " ط " وينشق، وفي " م " وينشئه.

ولو كان الملتقط فاسقا، قيل: ينتزعه الحاكم من يده ويدفعه إلى عدل، لأن حضنته استئمان ولا أمانة للفاسق. والأشبه أنه لا ينتزع.

فرض التقاطه له.

واقْتَصَارُ المصنّف - رحمه الله - على نقل القول يشعر بتردده فيه. ووجهه: مما ذكر، ومن أصالة الجواز، ومنع إثبات السبيل له عليه، إذ لا سلطنة له عليه. والأول أقوى.

ومحل الخلاف ما إذا كان اللقيط محكوما بإسلامه، بأن التقط في دار الإسلام أو دار الكفر وفيها مسلم يمكن تولده منه أما لو كان محكوما بكفره فلا إشكال في جواز التقاط الكافر له، للأصل، وانتفاء المانع، وعموم: (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض" (١).

قوله: "ولو كان الملتقط فاسقا... إلخ".

القول باشتراط العدالة للشيخ في المبسوط (٢) أيضا، وتبعه عليه العلامة (٣) في غير التحرير، لما تقرر من أن الحضنة استئمان ولا أمانة للفاسق، ولأنه ربما استرقه وأخذ ماله.

والمصنّف - رحمه الله - والأكثر لم يشترطوا ذلك، للأصل، ولأن المسلم محل الأمانة، مع أنه ليس استئمانا حقيقيا، ولانتقاضه بالتقاط الكافر مثله، لجوازه بغير خلاف وهذا أقوى.

(١) الأنفال: ٧٣.

(٢) المبسوط ٣: ٣٤٠.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٢٧٠، إرشاد الأذهان ١: ٤٤٠ قواعد الأحكام ١: ١٩٥.

ولو التقطه بدوي لا استقرار له في موضع التقاطه، أو حضري يريد السفر به، قيل: ينتزع من يده، لما لا يؤمن من ضياع نسبه، فإنه إنما يطلب في موضع التقاطه والوجه الجواز.

نعم، لو كان له مال اتجه اشتراطها، لأن الخيانة في المال أمر راجح الوقوع. ويشكل بإمكان الجمع بانتزاع الحاكم له منه كالمبذر. وأولى بالجواز التقاط المستور، لعدم الحكم عليه بالفسق.

ومن اشترط عدالته فرق بينه وبين ملتقط المال - حيث أقر في يده وإن كان فاسقا - : بأن في اللقطة معنى التكسب والفاسق من أهله، وهاهنا لا كسب، بل هو مجرد الولاية. وبأن المال يملكه الملتقط بعد التعريف فلا وجه لانتزاعه منه، بخلاف اللقيط. وبأن المقصود في اللقطة حفظ المال، ويمكن الاحتياط عليه بالاستظهار عليه وإن لم ينزعه، والمقصود هنا حفظ الحرية والنسب، ولا سبيل إلى الاستظهار عليه، لأنه قد يدعي رقه في بعض البلدان وبعض الأحوال. وفي هذه الفروق نظر لا يخفى.

قوله: " ولو التقطه بدوي لا استقرار له... الخ "

القول بنزعه من يد البدوي ومريد السفر للشيخ في المبسوط (١) أيضا، محتجا عليه بما ذكره المصنف من أنه يؤدي إلى ضياع نسبه في بلد الغربية، حيث إنه إنما يطلب غالبا في محل الالتقاط.

وما استوجهه المصنف من جواز التقاطهما وجيه، عملا بالأصل، وعدم صلاحية ما ذكر للمانعية، لعدم انضباط الحال في ذلك، فقد يؤدي السفر به إلى

(١) راجع المبسوط ٣: ٣٤٠ - ٣٤١ فقد صرح بذلك في مريد السفر، وحكى في البدري وجهين من دون ترجيح لأحدهما.

ولا ولاء للملتقط عليه، بل هو سائبة يتولى من شاء.

ظهور نسبه، بأن كان أصله من مكان بعيد عن محل الالتقاط ويوافقه المسافر اتفاقاً، ونحو ذلك.

قوله: " ولا ولاء للملتقط عليه... إلخ "

هذا مذهب الأصحاب وأكثر أهل العلم، لقوله (١) صلى الله عليه وآله: " إنما الولا لمن أعتق "، و " إنما " للحصر إلا ما أثبتته دليل من خارج وقول الصادق عليه السلام: " المنبوذ إن شاء جعل ولاءه للذين ربوه، وإن شاء لغيرهم " (٢). ولأنه حر الأصل لم يثبت عليه رق ولا على آباءه، فلم يثبت عليه ولاء كمعروف النسب.

وخالف في ذلك بعض (٣) العامة، فأثبتوا ولاء للملتقط استناداً إلى خبر (٤) لم يثبت.

(١) الكافي ٦: ١٩٧ ح ١ و ٣ و ٤، التهذيب ٨: ٢٤٩ ح ٩٠٥ - ٩٠٧، عوالي اللئالي ٢: ٣٠٦ ح ٣٢، الوسائل ١٦: ٣٨ ب " ٣٥ " من أبواب العتق ح ١ و ٢ وانظر الموطأ ٢: ٧٨٠، سنن الدارمي ٢: ٣٩٨ مسند أحمد ٦: ٣٣، صحيح البخاري ٣: ٢٤٨، صحيح مسلم ٢: ١١٤١ ح ٥، سنن ابن ماجه ١: ٦٧١ ح ٢٠٧٦، سنن أبي داود ٤: ٢١ ح ٣٩٢٩، سنن الترمذي ٤: ٣٧٩ ح ٢١٢٤، سنن النسائي ٧: ٣٠٦ وفي بعض هذ المصادر: إن الولا. (٢) الفقيه ٣: ٨٦ ح ٣١٨، التهذيب ٨: ٢٢٧ ح ٨٢٠، الوسائل ١٦: ٦٢ ب " ٦٢ " من أبواب العتق ح ٣.

(٣) المغني لابن قدامة ٦: ٤١١.

(٤) وهو رواية وأثلة بن الأسقع قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله: المرأة تحوز ثلاثة موارد: عتيقها، ولقيطها، وولدها الذي لا عنت عليه " انظر مسند أحمد ٣: ٤٩٠، سنن ابن ماجه ٢: ٩١٦ ح ٢٧٤٢، سنن الترمذي ٤: ٣٧٣ ح ٢١١٥، سنن البيهقي ٦: ٢٤٠.

وإذا وجد الملتقط سلطانا ينفق عليه استعان به، وإلا استعان بالمسلمين وبذل النفقة عليهم واجب على الكفاية، لأنه دفع ضرورة مع التمكن. وفيه تردد.

فإن تعذر الأمر أنفق عليه الملتقط، ورجع بما أنفق إذا أيسر، إذا نوى الرجوع ولو أنفق مع إمكان الاستعانة بغيره أو تبرع لم يرجع.

قوله: " وإذا وجد الملتقط سلطانا... إلخ " .

الواجب على الملتقط حضنته بالمعروف، وهو تعهده والقيام بضرورة تربيته بنفسه أو بغيره ولا يجب الانفاق عليه من ماله ابتداء، بل من مال اللقيط إن اتفق، كالموجود معه والموقوف على أمثاله، بإذن الحاكم مع إمكانه، وإلا أنفق بنفسه. ومع عدمه يرفع أمره إلى السلطان لينفق عليه من بيت المال، لأنه للمصالح وهذا منها، أو من الزكاة مطلقا (١)، أو من سهم الفقراء والمساكين، أو [من] (٢) سهم سبيل الله.

فإن تعذر ذلك كله ووجد من ينفق عليه من الزكاة جاز أيضا، وإلا استعان بالمسلمين، ويجب عليهم بذل النفقة كفاية، والملتقط منهم. وإنما جاز الاستعانة بهم مع كونه كأحدهم لرجاء أن يوجد فيهم متبرع، إذ لا يجب عليه التبرع. فإن اتفق المتبرع وإلا كان الملتقط وغيره سواء في الوجوب، لأنه من باب إعانة المضطر الواجبة كفاية في جميع الأبواب.

والمصنف - رحمه الله - تردد في ذلك مع كون الحكم به هو المشهور وعليه الفتوى ووجه التردد: مما ذكر، وأصالة عدم الوجوب، لا مكان تأديه بالاقتراض

(١) " ط، ل " : أو مطلقا.

(٢) من " ط " .

الثالث: في أحكامه

وهي مسائل:

الأولى: قال الشيخ (١) رحمه الله: أخذ اللقيط واجب على الكفاية، لأنه تعاون على البر، ولأنه دفع لضرورة المضطر والوجه الاستحباب.

عليه والرجوع به بعد قدرته. وفي المبسوط (٢) نقل القولين ولم يرجح أحدهما. والأشهر وجوبها (٣) على المسلمين كفاية كما ذكر. فإن تعذر جميع ذلك أنفق الملتقط عليه، ورجع عليه به إذا نواه بعد يساره. ولو لم ينو كان متبرعا، كما لا رجوع له لو وجد المعين المتبرع فلم يستعن به. ولو أنفق غير الملتقط عليه حينئذ بنية الرجوع فكذلك على الأقوى، لاشتراك الجميع في المقتضي. والأقوى عدم اشتراط الاشهاد في جواز الرجوع، وإن توقف ثبوته عليه بدون اليمين. واعتبره في التذكرة (٤)، محتجا بأنه مع عدم الحاكم قائم مقام إذنه. وهو ممنوع

قوله: " قال الشيخ: أخذ اللقيط واجب... إلخ ".
أكثر الأصحاب على أن أخذ اللقيط واجب على الكفاية، لما فيه من إعانة المضطر، بل إحياء النفس وصيانتها عن الهلاك في كثير من أفراده، وقد قال تعالى: (وتعاونوا على البر والتقوى) (٥) (ومن أحيها فكأنما أحيى الناس

(١) المبسوط ٣: ٣٣٦ و ٣٣٩.

(٢) المبسوط ٣: ٣٣٦ و ٣٣٩.

(٣) في " ط، ل ": وجوبهما.

(٤) التذكرة ٢: ٢٧٣.

(٥) المائدة: ٢.

الثانية: اللقيط يملك كالكبير، ويده دالة على الملك كيد البالغ، لأن له أهلية التملك فإذا وجد عليه ثوب قضى به له. وكذا ما يوجد تحته أو فوقه وكذا ما يكون مشدودا في ثيابه. ولو كان على دابة أو جمل، أو وجد في خيمة أو فسطاط، قضى له بذلك وبما في الخيمة والفسطاط. وكذا لو وجد في دار لا مالك لها.

جميعا (١).

والمصنف - رحمه الله - ذهب إلى استحبابه عملا بالأصل. وهو إنما يتصور مع عدم الخوف عليه من الضرر، وإلا لم يكن له وجه، مع أن الأصل في مشروعيته والأمر به إنما هو إزالة الضرر، ومن ثم اختص بمن لا يستقل بحفظ نفسه. فالقول بالوجوب - كما عليه معظم الأصحاب - قوي والتفصيل بالوجوب مع الخوف عليه والاستحباب مع عدمه - كما اختاره الشهيد في اللمعة (٢) - متجه. قوله: " اللقيط يملك كالكبير... إلخ ".

لما كان الأصل في اللقيط الحرية ما لم يعرف غيرها فهو قابل للملك، لأن له يدا واختصاصا كالبالغ، فيحكم له بملكه ما تحت يده واختصاصه، وذلك كثيابه الملبوسة والملفوفة عليه والمفروشة تحته، وما غطي به من لحاف أو غيره وما يشد عليه وعلى ثوبه، أو جعل في جيبه من حلي أو دراهم وغيرهما. وكذا الدابة التي توجد مشدودة عليه، والتي عنانها بيده، أو مشدودة في وسطه أو ثيابه، والمهد الذي هو فيه وكذا الدنانير المنبوذة (٣) فوقه، والمصبوبة (٤) تحته

(١) المائدة: ٣٢.

(٢) اللمعة الدمشقية: ١٤٣.

(٣) في نسخة بدل " و " : المنثورة.

(٤) في " د، ص، م " : والمضمومة، وفي " ط " : والمبثوثة وفي " خ " : والمصبونة.

وفيما يوجد بين يديه أو إلى جانبيه تردد أشبهه أنه لا يقضى له.
وكذا البحث لو كان على دكة وعليها متاع. وعدم القضاء له هنا
أوضح، خصوصا إذا كان هناك يد متصرفة.
الثالثة: لا يجب الاشهاد عند أخذ اللقيط، لأنه أمانة، فهو
كالاستيداع.

وتحت فراشه. وكذا لو كان في خيمة أو دار ليس فيها غيره فهما له، لثبوت يده
على ذلك كله

قوله: " وفيما يوجد بين يديه... الخ "

وجه التردد: من خروجه عن يده لبعده عنه، ومن منع الخروج بذلك، لأن
مثل هذا يثبت اليد والاختصاص في حق البالغ، ألا ترى أن الأمتعة الموضوعة
في السوق بقرب الشخص تجعل له، خصوصا مع انضمام قرينة إليه، كما لو
وجدت معه أو في ثيابه رقعة فيها أن ذلك له.

واستقرب في التذكرة (١) أنه له مع الرقعة، لأنه في الأمانة والدلالة على
تخصيص اللقيط به أقوى من الموضوع تحته وكذا لو أرشدت الرقعة إلى دفين
تحتة. وفي المبسوط (٢) حكم له به مطلقا.

والأقوى عدم الحكم له بذلك إلا مع القرينة القوية الموجبة للظن الغالب،
بأن كانت الرقعة بخط مسكون إليه ونحو ذلك.

قوله: " لا يجب الاشهاد... الخ "

هذا عندنا موضع وفاق، لأصالة البراءة، ولأنه أمانة كالاستيداع، فلا يجب

(١) التذكرة ٢: ٢٧٢.

(٢) المبسوط ٣: ٣٣٧.

الرابعة: إذا كان للمنبوذ مال افتقر الملتقط في الانفاق عليه إلى إذن الحاكم، لأنه لا ولاية له في ماله. فإن بادر فأنفق عليه منه ضمن، لأنه تصرف في مال الغير لا لضرورة. ولو تعذر الحاكم جاز الانفاق ولا ضمان، لتحقق الضرورة.

الاشهاد عليها.

ونبه بالتعليل على خلاف بعض (١) العامة حيث أوجبه، محتجا بأنه يحتاج إلى حفظ الحرية والنسب، فوجب كالنكاح فرده المصنف بأنه أمانة كالأستيداع، فلا يجب الاشهاد عليها. نعم، يستحب، لأنه أصون وأحفظ لنسبه وحرية، فإن اللقطة يشيع خبرها بالتعريف ولا تعريف في اللقيط. ويتأكد الاستحباب في جانب الفاسق والمعسر. وإذا أشهد به فليشهد على اللقيط وما معه. قوله: " إذا كان للمنبوذ مال... إلخ ".

ولاية الملتقط على اللقيط إنما هي في حضنته وتربيته، لأن ذلك هو المقصود من شرعيته بل وجوبه، وأما ماله فلا ولاية له عليه، للأصل، ولأن إثبات اليد على المال تفتقر إلى ولاية عامة أو خاصة ولا ولاية للملتقط فإذا التقطه وبيده مال رفع أمره إلى الحاكم ليأخذه منه ويسلمه إلى أمين - ولو أنه الملتقط - لينفق عليه منه. فإن بادر الملتقط إلى الانفاق عليه منه بدون إذن الحاكم مع إمكانه كان ضامنا، كمن في يده وديعة لیتيم فأنفقها عليه.

فإن تعذر الحاكم جاز للملتقط حينئذ الانفاق من باب الحسبة، كما يجوز الانفاق على الیتيم للأحاد عند تعذر الولي المنفق ولأن تركها حينئذ يؤدي إلى الاضرار بالطفل، ووجوبها من مال الملتقط مع وجود مال اللقيط إضرار به، وهما

(١) الوجيز ١: ٢٥٤، المغني لابن قدامة ٦: ٤١٣، روضة الطالبين ٤: ٤٨٣.

الخامسة: الملقوط في دار الاسلام يحكم بإسلامه - ولو ملكها أهل الكفر - إذا كان فيها مسلم، نظرا إلى الاحتمال وإن بعد، تغليبا لحكم الاسلام. وإن لم يكن فيها مسلم فهو رق. وكذا إن وجد في دار الحرب ولا مستوطن هناك من المسلمين.

منفيان (١). ولا يجب الاشهاد على الانفاق حينئذ، للأصل، لكن يستحب، دفعا للتخاصم، ورفعاً للتهمة.

قوله: " الملقوط في دار الاسلام... إلخ "

الغرض هنا بيان حكم اللقيط من حيث الاسلام والكفر. واعلم أن الاسلام لشخص قد يثبت استقلالا، وقد يثبت لغيره (٢) تبعا. فالأول في حق البالغ العاقل، فيصح منه مباشرة الاسلام بالعبرة إن كان ناطقا، والإشارة إن كان أخرس. أما الصبي فلا يصح إسلامه مطلقا، لأنه غير مكلف، وعبارته مسلوبة بالأصل. وللشيخ (٣) - رحمه الله - قول بصحة إسلام المراهق. وهو ضعيف وقد تقدم (٤) الكلام فيه.

وأما الاسلام بالتبعية، فيكون تارة بإسلام أحد الأبوين، وتارة بتبعية السابي، ولا غرض في البحث عن هذين هنا، وتارة بتبعية الدار، وهو الغرض في باب اللقيط، فإنه إنما يحكم بإسلامه بهذه الجهة، فمن ثم اقتصر عليها المصنف. ثم اللقيط إما أن يوجد في دار الاسلام، أو في دار الكفر.

(١) الحج: ٧٨، وانظر الوسائل ١٧: ٣٣٣ ب " ٧ " من أبواب إحياء الموات ح ٢.

(٢) في " ص، ط، و، ل " : بغيره.

(٣) الخلاف ٣: ٥٩١ مسألة (٢٠).

(٤) في ج ١٠: ٤٣.

أما دار الاسلام - والمراد ما هنا على ما ذكره في الدروس (١): ما ينفذ فيها حكم الاسلام، فلا يكون بها كافر إلا معاهدا - فلقبها حر مسلم. وحكم دار الكفر التي تنفذ فيها أحكام الاسلام كذلك، إذا كان فيها مسلم صالح للاستيلاء ولو واحدا أسيرا. وفي معانها دار كانت للمسلمين فاستولى عليها الكفار، إذا علم بقاء مسلم فيها صالح للاستيلاء.

وأما دار الكفر، فهي ما تنفذ فيها أحكام الكفار، فلا يسكن فيها مسلم إلا مسالما. ولقبها محكوم بكفره ورقه، إلا أن يكون فيها مسلم ولو تاجرا أو أسيرا أو محبوسا. ولا يكفي المارة من المسلمين.

وفي التذكرة: " أن دار الاسلام قسمان: دار خطها المسلمون، كبغداد والبصرة والكوفة، فلقبها هذه محكوم بإسلامه وإن كان فيها أهل الذمة. ودار فتحها المسلمون، كمدائن والشام، فهذه إن كان فيها مسلم واحد حكم بإسلام لقبها، وإلا فهو كافر ودار الكفر قسمان: بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كالساحل، فهذا إن كان فيه ولو مسلم واحد حكم بإسلام لقبها، وإن لم يكن فيها مسلم فهو كافر ويحتمل أن يكون مسلما، لاحتمال أن يكون فيه مؤمن يكتن إيمانه. وبلد لا يكون للمسلمين أصلا، كبلاد الهند والروم، فإن لم يكن فيها مسلم فلقبها كافر، لأن الدار لهم وأهلها منهم، وإن كان فيها مسلمون - كالتجار وغيرهم - ساكنون فهو مسلم، لقيام الاحتمال، تغليباً للاسلام " (٢) انتهى. وظاهر هذه التعريفات أن المراد من دار الاسلام هنا غير المراد بها في

(١) الدروس الشرعية ٣: ٧٨.

(٢) التذكرة ٢: ٢٧٥ - ٢٧٦.

السادسة: عاقلة اللقيط الإمام، إذا لم يظهر له نسب، ولم يتوال
أحداً، سواء جنى عمداً أو خطأً، ما دام صغيراً. فإذا بلغ [وجنى بعده]
ففي عمده القصاص، وفي خطائه الدية على الإمام، وفي شبيهه العمدة
الدية في ماله.

حكّمهم بأن سوق الاسلام يحكم على لحومه وجلوده بالطهارة كما سبق (١) في
أبوابه (٢)، لأن المسلم الواحد لا يكفي في ذلك إذا كان أصل البلد للمسلمين، ولا
يصدق عليه سوق المسلمين.

قوله: "عاقلة اللقيط الإمام... الخ"

عاقلة اللقيط عندنا الإمام، لأن ميراثه له، فإنه وارث من لا وارث له. وعند
العامّة (٣) جنايته في بيت المال، لأنه ليس له عاقلة خاصة، وماله إذا مات
مصروف عندهم إلى بيت المال إرثاً، فلما كان بيت المال وارثاً له عقل عنه،
وجنايته على النفس مترتبة على ذلك فإذا جنى وهو صغير فعلى عاقلته، سواء
جنى عمداً أم خطأً، لأن عمدة الصغير خطأً وبعد بلوغه ففي عمده القصاص
كغيره، وفي خطائه الدية على عاقلته كما مر.
ولو كانت جنايته على مال فالضمان عليه لا غير مطلقاً، سواء أتلفه عمداً
أم خطأً، وينتظر به يساره إذا لم يكن بيده مال.

(١) في ج ١١ : ٤٩٢ .

(٢) في "م" : بابہ .

(٣) المدونة الكبرى ٣ : ٣٦٨ ، الحاوي الكبير ٨ : ٤٧ ، المبسوط للسرخسي ١٠ : ٢١٠ ،
الوجيز ١ : ٢٥٨ ، المغني لابن قدامة ٦ : ٤٠٦ ، روضة الطالبين ٤ : ٥٠٢ .

ولو جني عليه وهو صغير، فإن كانت على النفس فالدية إن كانت خطأ، والقصاص إن كانت عمدا وإن كانت على الطرف قال الشيخ: لا يقتص له، ولا تؤخذ الدية، لأنه لا يدرى مراده عند بلوغه، فهو كالصبي لا يقتص له أبوه ولا الحاكم، ويؤخر حقه إلى بلوغه.
ولو قيل بجواز استيفاء الولي الدية مع الغبطة إن كانت خطأ والقصاص إن كانت عمدا، كان حسنا، إذ لا معنى للتأخير مع وجود السبب. ولا يتولى ذلك الملتقط، إذ لا ولاية له في غير الحضانة.

قوله: " ولو جني عليه وهو صغير... إلخ ".
إذا جني على اللقيط وهو صغير، فإن كانت على النفس فالدية للإمام عندنا إن كانت الجنائية خطأ، والقصاص إليه إن كانت عمدا.
وإن كانت على ما دون النفس ففي تعجيل الحاكم استيفاء الحق من الدية أو القصاص قولان:

أحدهما - وبه قال الشيخ في المبسوط (١) - : أنه ليس للإمام استيفاؤه، لأنه قد يريد العفو وقد يريد التشفي، وإذا لم يعلم مراده لا يجوز تعجيل الاستيفاء، ولأن فائت الدم لا يستدرك. وطرد المنع في حق الأب والجد أيضا.

والثاني - وهو الذي اختاره المصنف والأكثر - : الجواز هنا وفي الأب والجد، لثبوت الولاية، فجاز له الاستيفاء كغيره من الحقوق. ولأن شرعية القصاص لحفظ الأنفس، كما بينه سبحانه وتعالى بقوله: (ولكم في القصاص

(١) المبسوط ٣: ٣٤٦.

السابعة: إذا بلغ فقدفه قاذف وقال: أنت رق، فقال: بل حر،
للشيخ فيه قولان:
أحدهما: لا حد [عليه]، لأن الحكم بالحرية غير متيقن، بل على
الظاهر، وهو محتمل، فيتحقق الاشتباه الموجب لسقوط الحد.
والثاني: عليه الحد، تعويلا على الحكم بحريته ظاهرا، والأمور
الشرعية منوطة بالظاهر، فيثبت الحد كثبوت القصاص. والأخير أشبه.

حياة) (١)، وتأخيره مع بذله ترك للغاية، وقد يفوت استدراكها بفوات المحل. ولا
عبرة بإرادة المولى عليه وقت البلوغ، لأن المعتبر بحال الجناية وأهليته حينئذ
مفقودة. وهذا هو الأقوى.

وموضع الخلاف الصغير، ولذا (٢) عبر به المصنف رحمه الله. أما المجنون
فإن الولي يعتمد في أمره المصلحة. والفرق أن للصبي غاية ينتظر، بخلاف
المجنون، فإنه لا وقت معين ينتظر لافاقته، والتأخير لا إلى غاية قريب من
التفويت. وهذه الولاية راجعة إلى الحاكم كما قررناه، دون الملتقط، لأنه لا ولاية
له على اللقيط في غير الحضانة.

وفرع الشيخ على انتظار البلوغ حبس الجاني إلى أن يبلغ اللقيط ليستوفي
العقوبة. وضعفه كالأصل، لأن الواجب بالجناية القود أو الدية، أما الحبس فلا،
بل هو تعجيل عقوبة بغير سبب واضح.
قوله: " إذا بلغ فقدفه قاذف... إلخ "
إذا قذف اللقيط قاذف بعد بلوغه، فإن لم يدع رقيته فلا إشكال في حده،

(١) البقرة: ١٧٩.

(٢) في " خ " : وكذا.

لأنه محكوم بحريته ظاهرا ولا معارض لها. وإن ادعى القاذف رقيته وأنكر المقذوف، فقد تعارض أصلا الحرية الموجب للحد والقصاص وبراءة الذمة من وجوب الحد وقيام الشبهة الدارئة للحد.

ولذلك (١) اختلف كلام الشيخ في المبسوط، ففي موضع (٢) منه أوجب الحد للأول، وفي موضع (٣) آخر حكم بعدمه للثاني.

وكذلك اختلف فتوى المصنف رحمه الله، فهنا أوجب الحد عملا بالظاهرة، فإن الأحكام الشرعية منوطة به، ومن ثم وجب القصاص بغير خلاف. وفي كتاب الحدود (٤) اختار فيما إذا تقاذف اثنان وادعى المقذوف الحرية وأنكر القاذف سقوط الحد.

والأقوى ثبوته فيهما، لوجود المقتضي، وهو قذف من حكم بحريته شرعا، وجرت عليه أحكام الأحرار، وهو منخرج عن حكم الأصل الآخر، فتعارض الأصلين ممنوع.

إذا تقرر ذلك، فإن لم نقل بوجوب الحد فلا إشكال في وجوب التعزير، لأن قدره متيقن على كل من تقديري الرقية والحرية، وهي مانعة الخلو.

وما قيل: من أن التعزير على تقدير الحرية غير واجب، بل الواجب قدره في ضمن [وجوب] (٥) الحد، والتعزير هو ذلك القدر المخصوص دون ما زاد، فأحدهما غير الآخر

(١) في " د، ط، م " : وكذلك.

(٢) المبسوط ٣: ٣٤٧، و ج ٨: ١٧.

(٣) المبسوط ٣: ٣٤٧، و ج ٨: ١٧.

(٤) شرائع الاسلام ٤: ١٦٨ - ١٦٩.

(٥) من " د، و، م " .

الثامنة: يقبل إقرار اللقيط على نفسه بالرق، إذا كان بالغاً رشيداً، ولم تعرف حرشته، ولا كان مدعياً لها.

يندفع: بأن الحد والتعزير ليسا من الأمور التي يختلف الحال فيها بكون أحدهما جزءاً من الآخر أو أصلاً، وإنما المطلوب فيهما مجرد الضرب، وقدر التعزير يصلح جزءاً للحد. وإنما يتجه الفرق لو تميزا بالنية أو نحوها، وإلا فالقدر الواقع في التعزير من الضرب قدر مشترك بين الأمرين، فيثبت على التقديرين. قوله: " يقبل إقرار اللقيط على نفسه... الخ "

إذا أقر اللقيط على نفسه بالرق بعد بلوغه وعقله، فيما أن يكون معروف الحرية بغير جهة الالتقاط، أولاً. ثم إما أن يصدقه المقر له، أو يكذبه. وعلى التقديرين: إما أن يكون قد ادعى قبل ذلك الحرية أو لا.

فإن كان قبل إقراره قد عرفت حرشته لا من حيث هذا الظاهر لم يلتفت إلى إقراره مطلقاً. وإن كان باقياً على الحرية الظاهرة المستندة إلى الدار حكم عليه بمقتضى إقراره، لعموم قوله صلى الله عليه وآله: " إقرار العقلاء على أنفسهم جائز " (١) لكن إن كذبه له ففي بطلان إقراره حينئذ من حيث إن إقراره منحصر في رقية مخصوصة وقد انتفت بإنكار المالك، أم يبقى على الرقية المجهولة، قولان أولهما للشيخ في المبسوط (٢) والثاني لا يخلو من قوة. ويتفرع عليهما ما إذا عاد المقر له فصدقه، فعلى قول الشيخ لا يلتفت إليه،

(١) راجع الوسائل ١٦: ١١١ ب " ٢ " من كتاب الاقرار ح ٢، المستدرک ١٦: ٣١ ب " ٢ " من كتاب الاقرار ح ١ عوالي اللثالي ٣: ٤٤٢ ح ٥، وراجع أيضاً المختلف: ٤٤٣، التذكرة ٢: ٧٩، إيضاح الفوائد ٢: ٤٢٨، جامع المقاصد ٥: ٢٣٣، فهناك بحث في كون هذه الجملة رواية.

(٢) المبسوط ٣: ٣٥٢ - ٣٥٣.

لأنه لما كذبه ثبتت حرته بالأصل فلا يعود رقيقا. وعلى الثاني يثبت، لأن الرقية المطلقة تصير كالمال المجهول المالك يقبل إقرار مدعيه ثانيا وإن تقدم إنكاره. وفي المسألة قول ثالث، وهو أنه لا يقبل إقراره بارق مطلقا وإن صدقه المقر له، لأنه محكوم بحرته تبعا للدار فلا ينتقض، كما أن المحكوم بإسلامه تبعا للدار إذا أعرب بالكفر لا ينتقض ما حكم به، بل يجعل مرتدا. ورد بأن الحكم بحرته [إنما هو] (١) ظاهر، وإقراره أقوى من ظاهرية الدار، لأنه كالبينة بل [هو] (٢) أقوى. وإنما يحكم (٣) بالكفر إذا أعرب به احتفاظا بالدين وفي الفرق نظر.

وإن كان قد سبق منه ما ينافي إقراره - بأن كان قد ادعى الحرية - ففي قبول إقراره أيضا قولان:

أحدهما - وهو الأشهر - : القبول، لعموم إقرار العقلاء. والحرية قد كان محكوما بها ظاهرا من دون الدعوى، وكل من الحكم بها ظاهرا ودعواها لا يقتضي كونه حرا في نفس الأمر، وربما كان الحال غير معلوم عنده فبني على الظاهر ثم تجدد العلم به.

والثاني - وبه قال الشيخ في المبسوط (٤) - : لا يقبل، لأننا حكمنا بحرته وألزمناه أحكامها من الحج والجهاد وغيرهما، فلا ينتقض ذلك برجوعه.

(١) من "ذ، و، خ".

(٢) من "د، و، م".

(٣) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، ولعل الصحيح: لم يحكم.

(٤) المبسوط ٣: ٣٥٢.

التاسعة: إذا ادعى أجنبي بنوته قبل إذا كان المدعي أبا، وإن لم
يقم بينة، لأنه مجهول النسب فكان أحق به، حرا كان المدعي أو عبدا،
مسلمًا كان أو كافرا. وكذا لو كان أما. ولو قيل: لا يثبت نسبه إلا مع
التصديق، كان حسنا.

ولا يحكم برقه ولا بكفره إذا وجد في دار الاسلام. وقيل: يحكم
بكفره إن أقام الكافر بينة بنوته، وإلا حكم بإسلامه لمكان الدار، وإن
لحق نسبه بالكافر. والأول أولى.

ورد بأن ذلك لو أثر لاقتضى (١) عدم قبول إقرار من ظاهره الحرية من دون
الدعوى، لوجوب ذلك عليه.

وحيث حكم برقه على أحد الوجوه ففي بطلان تصرفاته السابقة على
الإقرار أوجه، من ظهور وقوعها حال الرقية، ومن وقوعها حال الحكم بالحرية،
وثالثها الفرق بين ما لم يبق أثره كالبيع والشراء، وما يبقى كالنكاح، فينفذ الأول،
ويفسد النكاح إن كان قبل الدخول، وعليه نصف المهر، وإن كان بعده فسد وعليه
المهر، فيستوفى مما في يده، وإلا تبع به بعد العتق.

ولو كانت المقررة الزوجة اللقيطة لم يحكم بفساد النكاح، لتعلقه بالغير.
ويثبت للسيد أقل الأمرين من المسمى وعقر الأمة.

قوله: " إذا ادعى أجنبي بنوته... إلخ " .

القول في نسب اللقيط كهو في سائر المجاهيل، فإذا استلحقه من يمكن
ولادته منه لحق به، لأنه أقر بنسب مجهول يمكن أن يكون منه، وليس في إقراره
إضرار بغيره، فيثبت إقراره. ولأن إقامة البينة على النسب مما يعسر، ولو لم يثبتته

(١) كذا في " ط، و " وهو الصحيح، وفي سائر النسخ: لا يقتضي.

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.

وعن مالك (٢) أنه إن استلحقه الملتقط لم يلحق به، لأن الانسان لا ينبذ ولده ثم يلتقطه، إلا أن يكون ممن لا يعيش له ولد فيلحق به، لأنه قد يفعل مثل ذلك تفاعلاً ليعيش الولد.

وإذا لحق بغير الملتقط سلم إليه، لأن الأب أحق بالتربية والكفالة من الأجنبي.

واستلحاق العبد والكافر كاستلحاق الحر المسلم، لاشتراك الجميع في المقتضي، وهو الاقرار بنسب مجهول يمكن أن يكون منه، وليس في إقراره إضرار بغيره.

وقال بعض (٣) العامة: لا يلحق بالكافر والعبد، لأنه محكوم بإسلامه وحرية، فلا يقبل ممن يقتضي إقراره خلاف ذلك.

ورد بأن التحاقه بهما في النسب خاصة، أما في الدين والرقية فلا، بل يحكم بحريته وإسلامه، ولا يثبت لهما عليه حضانة، لعدم أهليتهما لها. هذا إذا وجد في دار يحكم فيها عليه بالاسلام، وإلا فلا مانع من تبعيته في الكفر، للحكم حينئذ بكفره وإن لم يدعه الكافر.

(١) راجع ج ٨: ٣٧٣، و ج ١١: ١٢٥.

(٢) انظر مختصر خليل: ٢٩٢، الخرخشي ٧: ١٣٢ - ١٣٣.

(٣) راجع المبسوط للرخشي ١٠: ٢١٦، المغني لابن قدامة ٦: ٤٢١، روضة الطالبين ٤: ٥٠٤ - ٥٠٥.

وفي المسألة وجهان آخران:

أحدهما: تبعيته للكافر في الكفر تبعاً للنسب، لتلازمهما.

والثاني - وهو اختيار الشيخ في المبسوط (١) - الفرق بين لحوقه به بالاقرار وبالبينة، فيتبعه في الكفر في الثاني دون الأول، لأن البينة أقوى من تبعية الدار، ومجرد الدعوى مكافئة للدار، فيستمر كل منهما على حاله، ولا (٢) يكون دعوى الكافر مغيرة (٣) لحكم الشرع بإسلامه.

ولو ادعى المسلم بنوة من حكم بكفره تبعاً للدار تبعه في الإسلام والحرية، بخلاف الكافر.

هذا كله إذا كان المدعي الأب. أما الأم فقيل إنها كالأب، لأنها أحد الأبوين، فصارت كالأب بل أولى، لأن جهة اللحوق بالأب النكاح والوطئ بالشبهة، والمرأة تشارك الرجل فيه وتختص بجهة أخرى وهي الزنا على قول بعضهم.

والأظهر الفرق، وأنه لا يلحق بها إلا بالبينة أو التصديق، لأنه يمكنها إقامة البينة على الولادة، بخلاف الأب، فلا يقبل قولها فيه، ولهذا لو علق حكماً - كالظهار والطلاق عند من أوقعه معلقاً - على ولادتها فقالت: ولدت، لم يقع حتى تقيم البينة. ولأنها إذا أقرت بالنسب فكأنها تقر بحق عليها وعلى غيرها، لأنها فراش الزوج، فلا ينفذ إقرارها في حق الزوج، فيبطل في الجميع، لأنه إقرار واحد لا يتبعض. والفرق بينها وبين الأب بلحوقه بها في الزنا ممنوع.

(١) المبسوط ٣: ٣٤٤.

(٢) في " د، ط، م " : فلا.

(٣) في " و، م " : معتبرة.

ويلحق بذلك أحكام النزاع

ومسائله خمس:

الأولى: لو اختلفا في الانفاق، فالقول قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف، فإن ادعى زيادة فالقول قول الملقوط في الزيادة. ولو أنكر أصل الانفاق فالقول قول الملتقط.

وفي هذا الأخير منع، لأن الاقرار الواحد يقبل تبعض الأحكام كثيرا اتفاقا، كمن أقر على نفسه وغيره بمال، فإنه يلزمه في حق نفسه ولا يقبل في حق غيره، ومن أقر بسرقة مال مرة واحدة ثبت عليه المال دون القطع، ولو كان سفيها وأقر مرتين انعكس الحكم، ونظائر ذلك كثيرة. والاعتماد من الفرق على الأول.

قوله: " لو اختلفا في الانفاق... إلخ "

إنما قدم قول الملتقط في قدر المعروف بشهادة الظاهر له، ولأنه أمين ومأمور بالانفاق لدفع ضرورة الطفل، فلو لم يقبل قوله في قدره كذلك أدى إلى الاضرار به إن أنفق وبالملقوط إن تقاعد عنه حذرا من ذلك، ولهذا لم يلتفت إلى الأصل وإن كان موافقا لدعوى الملقوط.

ولو كان دعواه زائدة على المعروف، فإن لم يدع مع ذلك حاجة الملقوط إليها فهو مقر بالتفريط في الزائد، فيضمنه، ولا وجه للتحليف. وإن ادعى حاجته إلى الزيادة وأنكرها الملقوط فالقول قوله، عملا بالأصل، مع عدم معارضة الظاهر هنا.

نعم، لو وقع النزاع في عين مال فزعم الملتقط أنه أنفقها صدق مع اليمين، لتقطع المطالبة بالعين، ثم يضمن كالمغاصب إذا ادعى تلف العين، وإن كان الأصل بقاءها.

ولو كان له مال فأنكر اللقيط إنفاقه عليه، فالقول قول الملتقط مع يمينه، لأنه أمينه.

الثانية: لو تشاح ملتقطان مع تساويهما في الشرائط أقرع بينهما، إذ لا رجحان وربما انقدح الاشتراك.

ولو نزل أحدهما للآخر صح. ولم يفتقر النزول إلى إذن الحاكم، لأن ملك الحضانة لا يعدوهما.

قوله: " ولو كان له مال فأنكر... إلخ "

المراد أنه لا فرق في قبول قول الملتقط في الانفاق بالمعروف بين أن يكون إنفاقه من مال الملقوط ومن مال نفسه ليرجع به على الملقوط إذا أيسر، لاشتراك الأمرين في المعنى المقتضي للقبول، وهو كونه أamina محسنا. هذا إذا كان الحاكم قد أذن للملتقط في الانفاق كما ذكرناه سابقا (١)، وإلا فمال الملقوط مضمون عليه وإن أنفقه عليه بالمعروف.

قوله: " لو تشاح ملتقطان... إلخ "

إذا اجتمع ملتقطان متساويان في الشرائط المعتبرة في الالتقاط فلكل منهما حق فيه وحق للطفل عليهما، إلا أن حق الطفل يحصل بأحدهما، فلذا جاز ترك أحدهما للآخر حقه.

فإن تشاحا، ففي القرعة أو التشريك بينهما في الحضانة وجهان، من ثبوت الحق لهما المقتضي للتشريك، ومن أن اجتماعهما على الحضانة يوجب الاضرار بهما وبالطفل، بتوزيع أموره، وبتردده في مآله (٢) ومصالحه، فيقرع بينهما. وهذا

(١) انظر ص: ٤٧٤.

(٢) في " خ " ماله.

الثالثة: إذا التقطه اثنان، وكل واحد منهما لو انفرد أقر 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 علامة لم يحكم له.

أقوى. وقد تقدم (١) مثله في الحضانة المطلقة حيث يجتمع عليها وليان فصاعدا. قوله: " إذا التقطه اثنان... الخ "

هذه المسألة في الحكم كالسابقة في أنه مع التشاح يقرع على الأظهر، ويشترك الجميع في وجه. وإنما أعادها لينبه على أنه لا فرق في الحكم بين كون الملتقطين متساويين في اليسار والاعسار، وفي الحضر والغيبة، وفي الإسلام والكفر، أم مختلفين فيها، بمعنى أنه لا ترجيح لليسار ولا للحضور ولا الإسلام إذا كان اللقيط محكوما بكفره، لاشتراك الجميع في صلاحية الحضانة وأهلية الالتقاط، وإن كان في بعضهم مزية زائدة إلا أنها لا توجب الترجيح، لما ثبت شرعا من الحق

وربما قيل بترجيح الموسر على المعسر والحاضر على المسافر والمسلم على الكافر وإن كان اللقيط كافرا، لما في ذلك من الغبطة للقيط. والأظهر الأول. واعلم أنه لا عبرة في الترجيح بوصف أحدهما علامة في اللقيط كالحال في يده ونحو ذلك، لأنه لا أثر لذلك في إثبات الولاية ونفيها، كما لا أثر له في إثبات النسب ونفيه لو تنازع اثنان في بنوته ووصف أحدهما العلام، خلافا لأبي حنيفة (٢) في النسب.

(١) في ج ٨ : ٤٣٠.

(٢) راجع اللباب في شرح الكتاب ٢ : ٢٠٥، الحاوي الكبير ٨ : ٥٤، بدائع الصنائع ٦ : ١٩٩.

الرابعة: إذا ادعى بنوته اثنان، فإن كان لأحدهما بينة حكم بها. وإن أقام كل واحد منهما بينة أقرع بينهما وكذا لو لم يكن لأحدهما بينة.

ولو كان الملتقط أحدهما فلا ترجيح باليد، إذ لا حكم لها في النسب، بخلاف المال، لأن لليد فيه أثرا. الخامسة: إذا اختلف كافر ومسلم أو حر وعبد في دعوى بنوته، قال الشيخ: يرجح المسلم على الكافر والحر على العبد. وفيه تردد.

قوله: " إذا ادعى بنوته اثنان... إلخ "

إذا ادعى بنوته اثنان واستويا في الدعوى، فإن أقام أحدهما بينة حكم بها، سواء كان هو الملتقط أم غيره، لتساويهما في الدعوى ورجحان البينة. وإن أقاما معا بينة تعارضتا ورجع إلى القرعة، كما لو لم يكن لهما معا بينة، سواء قدمنا مع التعارض في المال بينة الداخل أم الخارج، لأن اليد لا أثر لها في النسب، لأنها لا تثبت على الانسان الحر، بخلاف المال، ولهذا يحصل الملك باليد كالاغتنام والاصطياد، والنسب لا يحصل باليد. وإنما يتساوى الملتقط وغيره في الدعوى إذا لم يكن قد حكم بنسبه له قبل دعوى الآخر، وإلا لم يلتفت إلى الآخر، لثبوت نسبه قبل معارضة المدعي.

قوله: " إذا اختلف كافر ومسلم... إلخ "

قد اختلف كلام الشيخ في ترجيح دعوى المسلم على الكافر والحر على العبد في بنوة اللقيط، ففي المبسوط (١) رجح الأولين، لتأيدهما بما سبق من

(١) المبسوط ٣: ٣٥٠.

القسم الثاني:
في الملتقط من الحيوان
والنظر في: المأخوذ، والآخذ، والحكم
أما الأول:

فهو كل حيوان مملوك ضائع أخذ ولا يد عليه، ويسمى ضالة.
وأخذه في صورة الجواز مكروه، إلا بحيث يتحقق التلف، فإنه طلق.

الحكم بالاسلام والحرية وهذا هو القول الذي اقتصر المصنف على نقله عن
الشيخ.

وفي الخلاف (١) قال: لا ترجيح، لعموم الأخبار فيمن تداعوا نسبا. ولأننا لا
نحكم بكفره ورقه وإن ألحقناه بالكافر والعبد كما سبق.
والمصنف - رحمه الله - تردد في الحكم، لتكافئهما في الدعوى. ولو كان
اللقيط محكوما بكفره ورقه أشكل الترجيح الذي أطلقه في المبسوط. ولعل
التعليل يرشد إلى خروج هذا الفرد منه. والأظهر عدم الترجيح مطلقا، إلا أن
يحكم بكفره ورقه على تقدير إلحاقه بالناقصين فيكون ترجيح الأولين أقوى،
لظهور المرجح.

قوله: " فهو كل حيوان مملوك... إلخ " .

يدخل في الكلية البعير الصحيح والذي في كلاً وماء وغيره مما لا يجوز
أخذه، وكأنه عرف الحيوان الملتقط أعم من جواز لقطته وعدمه. وليس بجيد.
ولو قال: إلا ما يستثنى، كان أجود.

والمراد بالضائع الضال عن صاحبه، سواء كان بيد ملتقط أم لا، ومن ثم

(١) الخلاف ٣: ٥٩٦ مسألة (٢٥).

والاشهاد مستحب، لما لا يؤمن تجدده على الملتقط، ولنفي التهمة.

جمع بينه وبين قوله: " ولا يد عليه " ليخرج الحيوان الضائع عن مالكة بيد الملتقط. ويسمى الحيوان الملقوط ضالة في كثير من الأخبار (١). وأخذه حيث يجوز مكروهه كراهة شديدة، لقوله صلى الله عليه وآله: " لا يؤوي الضال إلا ضال " (٢) وقول الباقر عليه السلام: " الضوال لا يأكلها إلا الضالون " (٣) ومثله عن الصادق (٤) عليه السلام وزاد: " إذا لم يعرفوها ". واستثنى من ذلك ما إذا تحقق تلفها، فإنه يزول الكراهة ويبقى طلقاً، لانتفاء الفائدة للمالك على تقدير تركها. قوله: " والاشهاد مستحب... إلخ ".

يستحب لو وجد اللقطة الاشهاد عليها استحباباً مؤكداً، لما روي عنه صلى الله عليه وآله قال: " من التقط لقطه فليشهد عليها ذا عدل، أو ذوي عدل، ولا يكتف ولا يغتب " (٥). ولما في الاشهاد من فائدة صيانة نفسه عن الطمع فيها، ونفي التهمة عنه، وحفظها عن ورثته لو مات ومن غرمائه لو فلس.

- (١) كالمذكورة هنا في السطر التالي، وانظر الوسائل ١٧: ٣٦٤ ب " ١٣ " من أبواب اللقطة ح ٥.
- (٢) الفقيه ٤: ٢٧٢ ح ٨٢٨، عوالي اللئالي ٣: ٤٨٤ ح ٣، الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب " ١ " من أبواب اللقطة ح ١٠، وانظر سنن ابن ماجه ٢: ٨٣٦ ح ٢٥٠٣ سنن أبي داود ٢: ١٣٩ ح ١٧٢٠، المعجم الكبير للطبراني ٢: ٣٧٦ ح ٢٣٧٦ و ٢٣٧٧، شرح معاني الآثار ٤: ١٣٣.
- (٣) الفقيه ٣: ١٨٦ ح ٨٣٨، التهذيب ٦: ٣٩٦ ح ١١٩٣، الوسائل ١٧: ٣٤٨ ب " ١ " من أبواب اللقطة ح ٥ و ٧.
- (٤) التهذيب ٦: ٣٩٤ ح ١١٨٢، الوسائل ١٧: ٣٥٠ ب " ٢ " من أبواب اللقطة ح ٤.
- (٥) سنن أبي داود ٢: ١٣٦ ح ١٧٠٩، سنن ابن ماجه ٢: ٨٣٧ ح ٢٥٠٥، مسند أحمد ٤: ١٦٢، سنن البيهقي ٦: ١٩٣.

فالبعير لا يؤخذ إذا وجد في كلاً وماء أو كان صحيحاً، لقوله (١) صلى الله عليه وآله: " خفه حذاؤه، وكرشه سقاؤه، فلا تهجه ". فلو أخذه ضمنه. ولا يبرأ لو أرسله ويبرأ لو سلمه إلى صاحبه. ولو فقد سلمه إلى الحاكم، لأنه منصوب للمصالح فإن كان له حمى أرسله فيه، وإلا باعه وحفظ ثمنه لصاحبه.

وأوجبه بعض العامة (٢)، عملاً بظاهر الأمر. والمذهب الاستحباب، للأصل، وحمل (٣) على الاستحباب لوروده (٤) فيه أيضاً، وقصوره عن إفادة الوجوب.

قوله: " فالبعير لا يؤخذ... إلخ ".

حكم لقطعة الحيوان - مع اشتراكها في الأحكام الماضية - مختلف بسبب اختلافها في الامتناع من السباع وعدمه، فالبعير الصحيح أو الموجود في كلاً - وهو العشب - وماء يكفيه للشرب لا يجوز التقاطه، لما تقدم (٥) في صدر الكتاب من الأخبار الدالة على النهي عنه، ومنها ما أشار المصنف إليه هنا، وهو صحيح (٦) الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: " جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله إني وجدت بعيراً، فقال صلى الله عليه وآله: خفه حذاؤه، وكرشه سقاؤه، فلا تهجه " ولأنه مصون عن السباع بامتناعه، مستغن بالرعي،

(١) تقدم ذكر مصادره في ص: ٤٦٠ هامش (١).

(٢) التنبية للشيرازي: ١٣٢، روضة القضاة ٣: ١٣٨٧ رقم (٨٣٠٧)، المغني لابن قدامة ٦: ٣٦٢.

(٣) في " ص، د، ل، م ": وحمله... لضرورة فيه...

(٤) في " ص، د، ل، م ": وحمله... لضرورة فيه...

(٥) انظر ص: ٤٥٩ - ٤٦٠.

(٦) تقدم ذكر مصادره في ص: ٤٦٠ هامش (١).

فمصلحة المالك ترك التعرض له حتى يجده والغالب أن من أضل شيئاً طلبه حيث ضيعه، فإذا أخذه غيره ضاع عنه.

وحيث يأخذه في صورة المنع يكون مضمونا عليه، لأنه متعدد بالأخذ حيث أخذ مال غيره بغير إذنه ولا إذن الشارع، فكان كالغاصب ولا يبرأ لو تركه في مكانه أو رده إليه، بل إنما يبرأ برده إلى صاحبه مع القدرة، فإن فقده سلمه إلى الحاكم، لأنه منصوب للمصالح وهذا منها.

ثم إن كان للحاكم حمى أرسله فيه إلى أن يأتي صاحبه، وإلا باعه وحفظ ثمنه لصاحبه. ولو قيل بجواز فعله من الأمرين أصلحهما للمالك ابتداء كان حسناً.

ولو تعذر الحاكم بقي في يد قابضه مضمونا إلى أن يجد المالك أو الحاكم. ويجب عليه الانفاق عليه وفي رجوعه به مع نيته وجهان، من دخوله على التعدي الموجب لعدم الرجوع، ومن أمره بالانفاق شرعاً حين يتعذر عليه أحد الأمرين، فلا يتعقب الضمان.

وخالف في هذه الأحكام جماعة من العامة، فمنهم (١) من أجاز أخذه كغيره، ومنهم (٢) من حكم ببراءته بإرساله في مكانه.

(١) اللباب في شرح الكتاب ٢: ٢٠٩، المبسوط للسرخسي ١١: ١٠ - ١١، روضة القضاة ٣: ١٣٩١ رقم (٨٣٣٣)، حلية العلماء ٥: ٥٣٣، بدائع الصنائع ٦: ٢٠٠، المغني لابن قدامة ٦: ٣٩٦.

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة ٢: ٨٣٨، بدائع الصنائع ٦: ٢٠١ - ٢٠٢، مختصر خليل: ٢٩١.

وكذا حكم الدابة وفي البقرة والحمار تردد أظهره المساواة، لأن ذلك فهم من فحوى المنع من أخذ البعير.

قوله: " وكذا حكم الدابة... إلخ "

خص البعير أولاً بالحكم لورود النصوص الكثيرة في حكمه من الطرفين. وألحق به الدابة، وهي أيضاً في رواية مسمع عن الصادق عليه السلام قال: " قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابته، فقال: إن كان تركها في كلاً وماء وأمن فهي له يأخذها متى شاء، وإن تركها في غير كلاً وماء فهي للذي أحيها " (١) وفيها أيضاً: " كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول في الدابة: إذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها ونفقتها فهي للذي أحيها " (٢). وفي معناها البغل، ولاشتراكهما (٣) في الامتناع من صغار السباع غالباً. وأما البقرة والحمار فقد تردد المصنف في إلحاقهما به، ثم اختار المساواة.

ووجه التردد: من مشاركتهما للدابة في العدو والامتناع من صغير (٤) السباع، وكون المفهوم من فحوى المنع من أخذ البعير - وهو قدرته على الامتناع مما يهلكه (٥) - المساواة، وهو خيرة الشيخ في الخلاف (٦)، ومن الوقوف في النهي على موضع النص، ومنع مساواتهما في القوة خصوصاً الحمار، فإن أكل الذئب له

(١) الكافي ٥: ١٤١ ح ١٦، التهذيب ٦: ٣٩٣ ح ١١٨١، الوسائل ١٧: ٣٦٤ باب " ١٣ " من أبواب اللقطة ح ٣.

(٢) الكافي ٥: ١٤١ ح ١٦، التهذيب ٦: ٣٩٣ ح ١١٨١، الوسائل ١٧: ٣٦٤ باب " ١٣ " من أبواب اللقطة ح ٣.

(٣) في " خ " : لاشتراكهما.

(٤) في " م " : صغار.

(٥) في " د، خ " : يملكه.

(٦) الخلاف ٣: ٥٧٩ مسألة (٢).

أما لو ترك البعير من جهد في غير كلاً وماء جاز أخذه، لأنه كالتالف، ويملكه الآخذ، ولا ضمان، لأنه كالمباح وكذا حكم الدابة والبقرة والحمار إذا ترك من جهد في غير كلاً وماء.

غالب. والأجود إلحاق البقرة دونه، لظهور الفرق. قوله: "أما لو ترك البعير... إلخ".

ما تقدم من (١) حكم البعير وما ألحق به إذا ضل من صاحبه أو تركه من غير جهد صحيحاً أو في كلاً وماء، أما لو تركه من جهد أو مرض في غير كلاً وماء فهو لواجده، لأنه حينئذ كالتالف، ويملكه الآخذ، ولا ضمان عليه لصاحبه، لأنه يكون حينئذ كالمبيح (٢) له.

ولو وجده في كلاً بغير ماء أو بالعكس فكفأقدهما، لأنه لا يستغني بأحدهما عن الآخر مع وقوفه. وقد دل على ذلك صحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: "من أصاب مالا أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلت وقامت، وسيبها صاحبها لما لم تتبعه، فأخذها غيره فأقام عليها، وأنفق نفقة حتى أحيها من الكلال ومن الموت، فهي له ولا سبيل له عليها، وإنما هي مثل الشيء المباح". (٣)

(١) وردت لفظة "من" في جميع النسخ، والظاهر أنها زائدة كما لا يخفى على المتأمل.

(٢) في "د، ط، م": كالمباح.

(٣) الكافي ٥: ١٤٠ ح ١٣، التهذيب ٦: ٣٩٢ ح ١١٧٧، الوسائل ١٧: ٣٦٤ ب "١٣" من أبواب اللقطة ح ٢.

والشاة إن وجدت في الفلاة أخذها الواجد، لأنها لا تمتنع من صغير السباع، فهي معرضة للتلف. والآخذ بالخيار إن شاء ملكها، ويضمن على تردد، وإن شاء احتبسها أمانة في يده لصاحبها ولا ضمان، وإن شاء دفعها إلى الحاكم ليحفظها أو يبيعها ويوصل ثمنها إلى المالك.

قوله: " والشاة إن وجدت في الفلاة... إلخ ".

إذا وجدت الشاة في الفلاة - وهي ما يخاف عليها فيه من السباع - فلا خلاف في جواز أخذها، لأنها حينئذ في حكم التالفة، وللأخبار (١) الكثيرة، وفيها: " أنها لك، أو لأخيك، أو للذئب ".

ثم يتخير أخذها بين أن يحفظها لمالكها، أو يدفعها إلى الحاكم. ولا ضمان فيهما إجماعاً، لأنه في الأول أمين، وفي الثاني الحاكم ولي الغائب، فالدفع إليه مع تعذر المالك كالدفع إلى المالك. وبين أن يتملكها، وفي ضمانه حينئذ قولان: أحدهما - وهو الأشهر - الضمان إما مطلقاً أو مع ظهور المالك، لأنها مال الغير، ولم يوجد دليل ناقل عن حكم ضمانه، وإنما المتفق عليه جواز تصرفه فيها، ولعموم: " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (٢). وعموم: " إذا جاء طالبه رده إليه " (٣).

والثاني: عدم الضمان، لظاهر اللام في قوله عليه السلام: " هي لك " فإنه

-
- (١) راجع الوسائل ١٧: ٣٦٣ ب " ١٣ " من أبواب اللقطة، وانظر هنا ص: ٤٥٩ - ٤٦٠.
(٢) عوالي اللثالي ٣: ٢٥١ ح ٣، سنن الدارمي ٢: ٢٦٤، مسند أحمد ٥: ٨ سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠، سنن أبي داود ٣: ٢٩٦ ح ٣٥٦١، سنن البيهقي ٦: ٩٠.
(٣) الكافي ٥: ١٣٩ ح ١٠، التهذيب ٦: ٣٩٢ ح ١١٧٥، الوسائل ١٧: ٣٥٤ ب " ٤ " من أبواب اللقطة ح ٢.

وفي حكمها: كل ما لا يمتنع من صغير السباع، كأطفال الإبل والبقر والخيل والحمير، على تردد.
ولا تؤخذ الغزلان واليحمير إذا ملكا ثم ضلّا، التفاتا إلى عصمة مال المسلم، ولأنهما يمتنعان عن السباع بسرعة العدو.

يدل على التملك، ولإطلاق رواية عبد الله بن سنان السالفة (١).
وفيها نظر، لأن اللام يحتمل الاختصاص الذي لا ينافي الضمان. ورواية ابن سنان دالة على حيوان سببه صاحبه لما لم يتبعه، وهذا غير شرط في أخذ الشاة إذا كانت في الفلاة اتفقا. وحينئذ فالقول بالضمان خصوصا مع ظهور المالك أظهر.

قوله: " وفي حكمها كل ما لا يمتنع... إلخ ".
المشهور بين الأصحاب أن ما لا يمتنع من صغير السباع وإن كان أصله الامتناع - كأطفال الإبل والبقر والخيل والحمير والإوز مطلقا والدجاج - حكمه حكم الشاة في جواز تملكه في الفلاة، لمشاركته له في العلة المجوزة، وهي كونه في حكم التالف، ولمفهوم قوله صلى الله عليه وآله: " هي لك، أو لأخيك، أو للذئب " (٢).

والمصنف - رحمه الله - تردد في ذلك، مما ذكر، ومن عدم النص عليه، وإحاقه بالشاة قياس، فيبقى على أصالة بقاء الملك على مالكه. وحينئذ فيلحقه حكم لقطة الأموال، فيعرف سنة ثم يملكها إن شاء، ويضمن أو يتصدق به.
قوله: " ولا تؤخذ الغزلان واليحمير... إلخ ".
في تعليل المنع من أخذ البعير وتجوز أخذ الشاة ما يشعر بأن المنع هو

(١) في ص: ٤٩٥.

(٢) تقدم ذكر مصادر في ص: ٤٥٩ هامش (٧).

ولو وجد الضوال في العمران لم يحل أخذها، ممتنعة كانت -
كالإبل - أو لم تكن كالصغير من الإبل والبقر.
ولو أخذها كان بالخيار بين إمساكها لصاحبها أمانة، وعليه نفقتها
من غير رجوع بها، وبين دفعها إلى الحاكم ولو لم يجد حاكما أنفق
ورجع بالنفقة.
وإن كان شاة حبسها ثلاثة أيام، فإن لم يأت صاحبها باعها الواجد
وتصدق بثمنها.

كون الحيوان متحفظا في نفسه، والمبيح خوف الهلاك. والمعنى الأول موجود في
الغزلان ونحوها إذا ملكت ثم ضاعت، لأنها ممتنعة بعدوها من صغير السباع،
وهي مملوكة للغير فلا تخرج عن ملكه بالامتناع، كما لو توحش الأهلي،
والأصل بقاء ملك مالكة عليها.

واستثنى في التذكرة (١) والدروس (٢) ما لو خاف الواجد لها ضياعها عن
مالكها أو عجز مالكها عن استرجاعها، فيجوز التقاطها حينئذ، لأن تركها أضيع
لها من سائر الأموال، والمقصود حفظها لصاحبها لأحفظها في نفسها، ولو كان
الغرض حفظها في نفسها خاصة لما جاز التقاط الأثمان، فإنها محفوظة حيث
كانت. وهذا حسن.

قوله: " ولو وجد الضوال في العمران... إلخ ".
ما تقدم من حكم لقطة الحيوان مختص بما إذا وجدت في الفلاة، أما إذا
وجدت في العمران، وهي المساكن المأهولة وما هو قريب منها بحيث لا يخاف

(١) التذكرة ٢: ٢٦٨.

(٢) الدروس الشرعية ٣: ٨٣ - ٨٤.

عليه من السباع غالبا، فإن كان ممتنعا - كالإبل - فلا شبهة في المنع من أخذه، لأن النهي عنه في الفلاة يقتضي النهي عنه في العمران بطريق أولى. وإن كان غير ممتنع - كالشاة وصغير الحيوان - لم يصح أخذه، لأنها محفوظة على مالكها، ولأن المفهوم من قوله صلى الله عليه وآله: "هي لك، أو لأخيك، أو للذئب" (١) أنها في غير العمران، وعموم قوله صلى الله عليه وآله: "الضوال لا يأخذها إلا الضالون" (٢) وقوله صلى الله عليه وآله: "لا يمسه ولا تعرض لها" (٣).

وحيث يأخذها في موضع النهي يجب إيصالها إلى المالك إن أمكن، وإلا فإلى الحاكم، لأنه وليه ويجب عليه الانفاق عليها حفظا لروحها المحترمة عن التلف. ولا يرجع بالنفقة، لأنه عاد في الأخذ، فيكون متبرعا. فإن لم يجد المالك ولا الحاكم فقد حكم المصنف بأنه ينفق حينئذ ويرجع بها. ووجهه: أنه بتعذر التوصل إلى المالك صار مأمورا من الشارع بالانفاق، فزال التبرع مع نية الرجوع، للإذن فيه شرعا، ولأنه حينئذ محسن ويرد مثله في النفقة قبل الوصول إلى الحاكم والمالك، فإنه مأمور بها أيضا شرعا، وجانب العدوان مشترك. ويظهر من الدروس (٤) اشتراك الموضعين في الحكم والتوقف في عدم

(١) تقدم ذكر مصادره في ص: ٤٥٩ هامش (٧).

(٢) تقدم ذكر مصادره في ص: ٤٩١ هامش (٣).

(٣) لم نظفر عليه في مصادر الحديث للعامة وفيما عدا "ذ، د" بدل "صلى الله عليه وآله"

رمز: ص، ويمكن قراءته: صلوات الله عليه، وعليه فالرواية ملفقة من حديثين وردا في

مصادر الخاصة، انظر التهذيب ٦: ٣٨٩ ح ١١٦٣ وص: ٣٩٠ ح ١١٦٦، الوسائل ١٧:

٣٤٧ ب "١" من أبواب اللقطة ح ١ و ٢.

(٤) الدروس الشرعية ٣: ٨٢ - ٨٣.

ويجوز التقاط كلب الصيد، ويلزم تعريفه سنة، ثم ينتفع به إذا شاء، ويضمن قيمته.

الرجوع فيهما، لأنه نسبه إلى الشيخ.
ولو كان المأخوذ شاة احتبسها عند ثلاثة أيام من حين الوجدان، ويسأل عن مالكة فإن وجده دفعها إليه وإلا باعها وتصدق بثمنها عنه، لرواية ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام أنه قال: " جاءني رجل من أهل المدينة فسألني عن رجل أصاب شاة قال: فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثة أيام ويسأل عن صاحبها، فإن جاء صاحبها وإلا باعها وتصدق بثمنها " (١). وهي وإن كانت أعم من الموجود في العمران لكنها محمولة عليه جمعا.
ولو ظهر المالك ولم يرض بالصدقة فالأقوى الضمان له. وله إبقاؤها بغير بيع، أو إبقاء ثمنها إلى أن يظهر المالك أو يئأس منه.
وغير الشاة يجب مع أخذه كذلك تعريفه سنة كغيره من الأموال، عملا بالعموم (٢)، أو يحفظه لمالكة، أو يدفعه إلى الحاكم من غير تعريف.
قوله: " ويجوز، التقاط كلب الصيد... إلخ " .
بناء على أنه مال مملوك، ومن ثم جاز بيعه، ولزم قاتله قيمته أو ديته، فيلحقه حكم سائر الأموال.
ويحتمل عدم جواز التقاطه وإن كان مالا، لأنه ممتنع بنفسه، إلا أن يخاف ضياعه على مالكة.
وفي حكمه باقي الكلاب الأربعة على الأصح، وإنما خصه بالذكر لأن

(١) التهذيب ٦: ٣٩٧ ح ١١٩٦، الوسائل ١٧: ٣٦٥ ب " ١٣ " من أبواب اللقطة ح ٦.
(٢) انظر الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب " ٢ " من أبواب اللقطة.

الثاني: في الواجد
ويصح أخذ الضالة لكل بالغ عاقل أما الصبي والمجنون فقطع
الشيخ (١) - رحمه الله - فيهما بالجواز، لأنه اكتساب وينتزع ذلك الولي،
ويتولى التعريف عنهما سنة. فإن لم يأت مالك، فإن كان الغبطة في
تمليكه وتضمينه إياها فعل، وإلا أبقاها أمانة.

الأصحاب اتفقوا على جواز بيعه الدال على كونه مالا، بخلاف غيره فقد اختلفوا
فيه، كما سبق في بابه (٢).

قوله: " ويصح أخذ الضالة... إلخ "

مبنى الخلاف في هذه المسألة وما بعدها على أصل وهو أن اللقطة فيها
معنى الأمانة والولاية والاكْتساب، أما الأمانة والولاية ففي الابتداء، فإن سبيل
الملتقط سبيل الأمانة في مدة التعريف، لا يضمن المال إلا بتفريط، والشرع فوض
إليه حفظه، كالولي يحفظ مال الصبي، وأما الاكْتساب ففي الانتهاء، حيث إن له
التملك بعد التعريف.

وما (٣) المغلب فيها؟ فيه وجهان:

أحدهما: معنى الأمانة والولاية، لأنهما ناجزان والتملك منتظر، فيناط
الحكم بالحاضر، ويبني الآخر على الأول.

والثاني: معنى الاكْتساب، لأنه مأل الأمر ومقصوده، فالنظر إليه أولى.
ولأن الملتقط مستقل بالالتقاط، وآحاد الناس لا يستقلون بالأمانات إلا بائتمان

(١) المبسوط ٣: ٣٢٤.

(٢) في ج ٣: ١٣٥.

(٣) كذا في " ذ "، وفي سائر النسخ: وأما.

المالك ويستقلون بالاكتساب.

فإذا اجتمع في الشخص أربع صفات: الإسلام والحرية والتكليف والعدالة
فله أن يلتقط ويتملك إجماعاً، لأنه أهل الأمانة والولاية والاكتساب، وإن تخلف
بعضها بني على اعتبار ماذا؟ وجاء فيه الوجهان.

إذا تقرر ذلك، فالصبي والمجنون من أهل الاكتساب، وليس من أهل
الولاية. وقد حكم الشيخ فيهما بالجواز، معللاً بأنه اكتساب. وفيه اختيار ترجيح
هذا الوجه. وهو الوجه، عملاً بالعموم (١)، كما يصح منهما الاحتطاب
والاحتشاش والاصطياد. لكن يتولى الولي التعريف حيث يتوقف الأمر عليه، لأن
التعريف أمانة وولاية وليس من أهلها. وكذا يلزمه أخذها من يدهما لأن اليد
من توابع الأمانة فإن تركها في يدهما ضمن الولي لأنه يجب عليه حفظ ما
يتعلق بهما من المال وحقوقه وهذا من حقوقه.

فإذا عرفها اعتمد المصلحة لهما، فإن رآها في التملك ملكهما
وضمنهما إياها، كما يجوز أن يقتض عليهما، لأنها في معنى الاقتراض.
وإن رأى إبقاءها أمانة فعل. وحيث يختار التملك لا يعتبر فيهما الاحتياج
إلى الاقتراض، بل هو منزل منزلته، فيجوز وإن كانا غنيين، بناء على أنها
اكتساب.

واقْتِصَارُ المصنّف - رحمه الله - على نقل الحكم بالجواز عن الشيخ مؤذّن
بالتوقف فيه. ووجهه: الشك في كونها اكتساباً كما قررناه. والأكثر على ما اختاره

(١) انظر الوسائل ١٧: ٣٥١ ب " ٢ " من أبواب اللقطة ح ٩ و ١١.

وفي العبد تردد أشبهه الجواز، لأن له أهلية الحفظ.

الشيخ، بل لم ينقل فيه خلاف. (١)
قوله: " وفي العبد تردد... إلخ "

هذا الخلاف مبني على الأصل السابق، فإن العبد له أهلية الأمانة دون
الولاية. وفي أهليته للاكتساب خلاف مبني على قبوله للتملك وعدمه.
وقد اختلف في جواز التقاطه لذلك، فذهب جماعة (٢) - منهم المصنف
رحمه الله - إلى الجواز، معللا بأن له أهلية الحفظ كالوديعة. وزاد بعضهم أن له
أهلية الاكتساب بالاحتطاب والاحتشاش، واللقطة في معاهما، وإن كان الملك
للمولى. وهذا يتم مع إذنه له لا بدونه.

وذهب آخرون (٣) - منهم ابن الجنيد (٤) - إلى المنع، لأن الأغلب فيها
الاكتساب وهو مسلوب عنه بالنسبة إلى نفسه، ولرواية أبي خديجة عن الصادق
عليه السلام: " ما للمملوك واللقطة، والمملوك لا يملك من نفسه شيئاً، فلا يعرض
لها المملوك " (٥) والأشهر الجواز، سواء أذن المولى أم لا وسيأتي (٦) تمام البحث
فيه.

(١) في " ذ، و، خ ": خلافاً.

(٢) الخلاف ٣: ٥٨٣ مسألة (٨)، كشف الرموز ٢: ٤١٤، التذكرة ٢: ٢٦٩، قواعد الأحكام

١: ١٩٨، اللمعة الدمشقية: ١٤٥.

(٣) الجامع للشرائع: ٣٥٥.

(٤) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٤٥٣.

(٥) الكافي ٥: ٣٠٩ ح ٢٣، الفقيه ٣: ١٨٨ ح ٨٤٥، التهذيب ٦: ٣٩٧ ح ١١٩٧، الوسائل

١٧: ٣٧٠ ب " ٢٠ " من أبواب اللقطة ح ١.

(٦) في ص: ٥٣٧.

وهل يشترط الاسلام؟ الأشبه لا، وأولى منه بعدم الاشتراط
العدالة.

الثالث: في الأحكام

وهي مسائل:

الأولى: إذا لم يجد الآخذ سلطانا ينفق على الضالة أنفق من نفسه
ورجع به وقيل: لا يرجع، لأن عليه الحفظ، وهو لا يتم إلا بالانفاق.
والوجه الرجوع، دفعا لتوجه الضرر بالالتقاط.

قوله: " وهل يشترط الاسلام؟... إلخ ".

هذا أيضا مما يتخرج على الأصل المذكور، فإن الكافر والفاسق ليس لهما
أهلية الأمانة والولاية، ولهما أهلية الاكتساب. والأظهر (١) الجواز فيهما،
للعوموم (٢)، بل لم ينقل الأصحاب فيه خلافا.

قوله: " إذا لم يجد الآخذ سلطانا... إلخ ".

إذا وجب إبقاء الضالة في يد الملتقط وتعريفها واحتاجت إلى النفقة، فإن
وجد الحاكم رفع أمره إليه ليعطيه النفقة من بيت المال أو يأمر بالانفاق مع
الرجوع. ولا إشكال حينئذ. وإن فقد الأمران وجب عليه الانفاق عليها حفظا
لنفسها المحترمة.

وفي جواز رجوعه بالنفقة على مالكها على تقدير ظهوره ونية الرجوع
قولان أشهرهما ذلك، للإذن فيها شرعا وهو يقتضي الرجوع. ولأداء عدمه إلى
الاضرار بالالتقاط، لأنه إن أنفق ولم يرجع كان الاضرار بالملتقط، وهو يؤدي إلى

(١) في الحجريتين: والأشهر.

(٢) انظر الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب " ٢ " من أبواب اللقطة.

الثانية: إذا كان للقطعة نفع كالظهر واللبن والخدمة، قال في النهاية (١): كان ذلك بإزاء ما أنفق وقيل: ينظر في النفقة وقيمة المنفعة ويتقاصان. وهو أشبه.

التقاعد عن أخذ اللقطة وإذهابها على مالها، وهو إضرار باللقطة أو بمالكها. وذهب ابن إدريس (٢) إلى عدم الرجوع، محتجا بوجوب الحفظ عليه المستلزم لوجوب الانفاق، وما كان واجبا لا يجوز أخذ العوض عليه، وبأنه إنفاق على مال الغير بغير إذنه.

ويضعف بمنع استلزام الوجوب مطلقا عدم العوض، وقد تقدم (٣) له نظائر. وإذن الشارع قائم مقام إذن المالك. قوله: " إذا كان للقطعة نفع... الخ "

ظاهر كلام الشيخ وغيره جواز الانتفاع بالظهر واللبن، سواء قلنا بكونه بإزاء النفقة أم قلنا بالتقاص. وما اختاره المصنف من اعتبار الأمرين جمعا بين الحقين، فيرجع ذو الفضل بفضله، إذ لا دليل على سقوطه.

نعم، ورد في الرهن رواية (٤) ضعيفة بأن الظهر يركب، والدر يشرب، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة وكل واحد من الأصل والفرع والدلالة ممنوع.

(١) النهاية: ٣٢٤.

(٢) السرائر ٢: ١١٠.

(٣) راجع ج ٥: ٨٧ - ٨٨.

(٤) الفقيه ٣: ١٩٥ ح ٨٨٦، التهذيب ٧: ١٧٥ ح ٧٧٥، الوسائل ١٣: ١٣٤ ب " ١٢ " من أبواب الرهن ح ٢.

الثالثة: لا تضمن الضالة بعد الحول إلا مع قصد التملك. ولو قصد حفظها لم يضمن إلا مع التفريط أو التعدي ولو قصد التملك ثم نوى الاحتفاظ لم يزل الضمان ولو قصد الحفظ ثم نوى التملك لزم الضمان. الرابعة: قال الشيخ (١): إذا وجد مملوكا بالغاً أو مراهقاً لم يؤخذ، وكان كالضالة الممتنعة، ولو كان صغيراً جاز أخذه. وهذا حسن، لأنه مال معرض للتلف.

قوله: " لا تضمن الضالة بعد الحول... الخ ". حيث جاز الالتقاط فالعين في يد الملتقط أمانة مع قصد التعريف، فلو قصد التملك بدون ضامن، للعدوان، كما لو نواه بالوديعة وكذا لو نوى التملك بعد التعريف المعتبر، لانتقالها إلى ملكه حينئذ على وجه الضمان بناء عليه. ولا يزول الضمان مع التملك بنية عدمه، سواء كان قبل تمام التعريف أم بعده. أما الأول فلأن نية العدوان [إذا] (٢) أوجبت الضمان ولا (٣) يزول إلا برده إلى مالكه، كما لو تعدى بالوديعة ثم نوى الحفظ. وأما الثاني فلأن ملكه لا يزول عن العين بذلك، فيستمر ضمان العوض.

قوله: " قال الشيخ: إذا وجد مملوكاً... الخ ". تفصيل الشيخ بالفرق بين الكبير والصغير إنما يحسن إذا لم يخف على الكبير الذهاب على مالكه بالإباق، وإلا اتجه جواز أخذه إن (٤) لم نوجبه، لأنه

(١) المبسوط ٣: ٣٢٨.

(٢) من " و، ط " .

(٣) كذا في " خ "، وفي " ذ " : فلا، وفي سائر النسخ: لا.

(٤) في " ل، م " : وإن.

الخامسة: من وجد عبده في غير مصره، فأحضر من شهد على شهوده بصفته، لم يدفع إليه، لاحتمال التساوي في الأوصاف، ويكلف إحضار الشهود ليشهدوا بالعين. ولو تعذر إحضارهم لم يجب حمل العبد إلى بلدهم، ولا بيعه على من يحمله. ولو رأى الحاكم ذلك صلاحاً جاز. ولو تلف قبل الوصول أو بعده، ولم تثبت دعواه، ضمن المدعي قيمة العبد وأجرته.

وإن كان متحفظاً (١) في نفسه ولكنه غير متحفظ (٢) على مالكه، فكان كالمال الضائع الذي لا يخاف تلفه في نفسه.

وأما الصغير، فإن كان غير مستقل بدفع المؤذيات عن نفسه فلا إشكال في جواز التقاطه، بل [في] (٣) وجوبه. وإن كان مميزاً يقدر على الدفع عن نفسه فالأظهر إلحاقه بالكبير. وقد أطلق المصنف - رحمه الله - كالشيخ جواز أخذه من غير أن يتعرض لجواز تملكه وعدمه، وفيما سبق (٤) صرح بعدم تملكه. وقد تقدم (٥) البحث في ذلك.

قوله: " من وجد عبده في غير مصره... الخ ". ذكر هذه المسألة بباب القضاء - كما فعله غير واحد (٦) من الفقهاء - أولى به من ذكرها هنا.

(١) في " ذ، و ": منحفظا... منحفظ.

(٢) في " ذ، و ": منحفظا... منحفظ.

(٣) من " ط " .

(٤) في ص: ٤٦٢ - ٤٦٣ .

(٥) في ص: ٤٦٢ - ٤٦٣ .

(٦) تحرير الأحكام ٢: ١٨٧ .

ومحصلها: أن المدعى [به] (١) إذا كان مما يتعذر ضبطه بالصفات - كالعبد وغيره من الحيوان - لم يجز الحكم به غائبا بالوصف، لكثرة الاشتباه فيه وفي صفاته وحليته، بل يكلف إحضار الشهود على عينه ليشهدوا بها إن أمكن. فإن تعذر إحضارهم إلى بلد الحاكم وقف الحكم إلى أن يمكن كذلك (٢).

ولا يجب حمل العبد إلى بلد الشهود على وصفه ليشهدوا على عينه، لأن الحق لم يثبت بعد على المتشبه، فلا يكلف نقل ماله بغير إذنه، ولا على بيعه على المدعى أو غيره ليحمله إلى الشهود، لتوقف البيع على رضا البائع إلا ما استثنى، إلا أن يرى الحاكم صلاحا في أحد الأمرين، ويرى جوازه كذلك، فله حينئذ أن يأمر به.

وخالف في ذلك بعض (٣) الشافعية فجوز للحاكم بيعه من المدعى، ويقبض الثمن ويضعه عند ثقة أو يكفله، فإن حكم للمدعى به بطل البيع ورد إليه الثمن، وإلا فالبيع صحيح.

وحيث يرى الحاكم صلاحا في حمله فهو مضمون على المدعى، فإن تلف قبل الوصول أو بين يدي الحاكم ولم تثبت دعواه لزمه القيمة والأجرة. وحينئذ فللمتشبه الامتناع إلا بكفيل على العين أو (٤) القيمة والأجرة. هذا هو المختار من حكم المسألة. وفيها أوجه أخرى:

(١) سقطت من "ذ، ل، خ".

(٢) في الحجريتين: ذلك.

(٣) الوجيز ٢: ٢٤٥، روضة الطالبين ٨: ١٧١ - ١٧٢.

(٤) كذا في "ط، و"، وفي سائر النسخ: والقيمة.

أحدها: جواز الحكم عليه بالصفات التي يعسر (١) اجتماعها في غيره كالمحكوم عليه، لدعاء الضرورة إلى إثباته في الغيبة والحكم به. ورد بما مر من كثرة الاشتباه، والحكم مع الجهالة وخطر الاشتباه غير مفيد. وقال بعضهم (٢): يصفه بصفات السلم، لأن الشارع نفى معها الغرر. ورد بأن المقصود هنا التشخيص دون التعيين النوعي والوصفي، وفي السلم يمتنع التشخيص، لمنافاته السلم، وإنما يعتبر فيه التعيين بأحد الأمرين.

وثانيها: أن يذكر القيمة دون الصفات كما في الأمتعة والثياب، فإن بالقيمة ترتبط الدعوى والبينة والحكم بالعين، دون الصفات لاشتراكها. ورد باشتراك القيمي في القيمة أيضا، فالاشتباه باق. والاقتصار على القيمة من دون العين خروج عن الفرض، ولا يصح الحكم به مع بقاء العين. وثالثها: أن تسمع البينة ولا يحكم عاجلا، بل ينتظر اتفاق اجتماع شهود الوصف به فيشهدوا على عينه أو يرى الحاكم حمله كما مر. وفائدة هذا نفوذ الحكم معجلا موقوفا تماما على شهادة الشهود بالعين، بخلاف الأول، فإن الحكم فيه متوقف على الشهادة بالعين وتظهر الفائدة فيما لو تعذر الحاكم (٣) بموت وغيره قبل وقوف الشاهدين عليه، فلا يقدر في الحكم على الأخير، كما لا أثر له على الأول.

(١) في "خ" والحجريتين: يعتبر.

(٢) روضة الطالبين ٨: ١٧١.

(٣) في الحجريتين: الحكم.

القسم الثالث:

في اللقطة

وهو يعتمد على بيان أمور ثلاثة:

الأول: اللقطة كل مال ضائع أخذ ولا يد عليه.

فما كان دون الدرهم جاز أخذه والانتفاع به بغير تعريف. وما كان أزيد من ذلك، فإن وجد في الحرم قيل: يحرم أخذه، وقيل: يكره، وهو أشبه. ولا يحل إلا مع نية الانشاء.

قوله: " اللقطة كل مال... الخ "

هذا تعريف اللقطة بالمعنى الأخص، وهو المعروف منها لغة. وأراد بقوله: " القسم الثالث: في اللقطة " معناها الأعم، وهو المصطلح عليه في استعمال الفقهاء. وحينئذ فلا يلزم انقسام الشيء إلى نفسه وغيره، لتغيرهما بالاعتبار.

وكان عليه أن يقيد المال بالصامت، لئلا ينتقض في طرده بالحيوان الضائع حتى العبد، فإنه داخل في المال المطلق. والكلام في الجمع بين قيد الضائع وعدم اليد عليه كما مر (١) في نظيره من خروج الضائع الملقوط به، إذ لولا القيد الأخير لدخل، لبقائه ضائعا ما لم يصل إلى مالكه.

قوله: " فما كان دون الدرهم... الخ "

اختلف الأصحاب في لقطة الحرم على أقوال منتشرة حتى من الرجل

(١) في ص: ٤٩٠ - ٤٩١.

[الواحد] (١) في كتاب واحد، فالمصنف - رحمه الله - اختار جواز لقطة ما دون الدرهم منها وتملكه كغيره، وكراهة لقطة ما زاد منها عن الدرهم إذا أخذه بنية التعريف. وفي كتاب الحج (٢) من هذا الكتاب حرم لقطته قليلها وكثيرها، وأوجب تعريفها سنة ثم يتخير بين الصدقة بها وإبقائها أمانة. وكذلك اختلف فيها كلام العلامة، ففي القواعد (٣) والإرشاد (٤) حرم قليلها وكثيرها، ولم يجوز تملك القليل وفي التحرير (٥) جوز تملك القليل، وتردد في تحريم لقطة الكثير، واقتصر على نقل الخلاف. وفي التذكرة (٦) قرب تحريم تملك القليل، وحكم بكراهتها مطلقا أيضا. وكذلك اختلف كلام الشيخ رحمه الله، ففي النهاية (٧) حرمها مطلقا، ولم يجوز تملك القليل. وفي الخلاف (٨) كرهها مطلقا كالمصنف. وكذلك اختلف كلام الشهيد - رحمه الله - في الدروس (٩)، ففي كتاب الحج حرمها مطلقا، وأوجب تعريفها سنة، ثم أوجب الصدقة بها مع الضمان. وفي

-
- (١) من " و " .
(٢) شرائع الإسلام ١ : ٣١٨ المسألة الرابعة.
(٣) قواعد الأحكام ١ : ١٩٧ .
(٤) إرشاد الأذهان ١ : ٣٣٩ .
(٥) تحرير الأحكام ٢ : ١٢٦ .
(٦) تذكرة الفقهاء ٢ : ٢٥١ و ٢٥٦ ، ولكنه حرم تملكها مطلقا .
(٧) النهاية : ٢٨٤ و ٣٢٠ .
(٨) راجع الخلاف ٣ : ٥٧٩ مسألة (٣) ، فقد حكم بكراهة أخذ اللقطة مطلقا ، ولكن في ص : ٥٨٥ مسألة (١٢) جوز في أخذ لقطة الحرم من دون كراهة .
(٩) الدروس الشرعية ١ : ٤٧٢ .

كتاب اللقطة (١) جوز تملك ما دون الدرهم كغيرها، وكره ما زاد، كمذهب المصنف هنا. وفي اللمعة (٢) أطلق تحريم أخذها بنية التملك مطلقاً، وجوزه بنية الانشاد مطلقاً، وأوجب التعريف حولاً ثم الصدقة به أو حفظه. ولهم فيها أقوال أخر غير ما ذكرناه.

ومنشأ الاختلاف اختلاف الروايات ظاهراً، فمن ذهب إلى التحريم استند فيه إلى قوله تعالى: (أو لم يروا أنا جعلنا حرماً آمناً) (٣)، ومقتضاه أن يكون الانسان آمناً فيه على نفسه وماله، وهو ينافي جواز أخذه. ورواية إبراهيم بن أبي البلاد، عن بعض أصحابه، عن الماضي عليه السلام قال: " لقطه الحرم لا تمس بيد ولا رجل، ولو أن الناس تركوها لجاؤ صاحبها فأخذها " (٤).

ورواية علي بن أبي حمزة أنه سأل الكاظم عليه السلام عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه، قال: " بئس ما صنع، ما كان ينبغي له أن يأخذه، قلت: ابتلى 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).

(١) الدروس الشرعية ٣: ٨٦.

(٢) اللمعة الدمشقية: ١٤٤.

(٣) العنكبوت: ٦٧.

(٤) التهذيب ٦: ٣٩٠ ح ١١٦٧، الوسائل ١٧: ٣٤٨ ب " ١ " من أبواب اللقطة ح ٣.

(٥) التهذيب ٥: ٤٢١ ح ١٤٦٢ وفيه: عن ابن جبلة و ج ٦: ٣٩٥ ح ١١٩٠، الوسائل ١٧:

٣٦٨ ب " ١٧ " من أبواب اللقطة ح ٢.

ورواية الفضيل بن يسار قال: " سألت أبا جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم، قال: لا تمس أبدا حتى يحى صاحبها فيأخذها، قلت: فإن كان مالا كثيرا، قال: فإن لم يأخذها إلا مثلك فليعرفها " (١).

وفي كل واحد من هذه الأدلة نظر:

أما الأول فلأن الوصف بالأمن لا ينافي جواز الالتقاط منه، سواء جعلنا الأمن به في الدنيا أم في الآخرة.

والرواية الأولى مرسلة. والثانية ضعيفة السند بأبي جميلة (٢) وعلي بن أبي حمزة، والثالثة بأبان بن عثمان. مع أنها ظاهرة في الكراهة لا التحريم، خصوصا من قوله: " ما كان ينبغي " فإنه صريح فيها وكذا قوله في الثالثة: " إن لم يأخذها إلا مثلك فليعرفها " ولو كان محرما لساوى غيره، بل الظاهر منه أن أخذ الثقة لها غير مكروه أو أقل كراهة.

وحال مطلق اللقطة كذلك، بل قد ورد فيها بمثل هذه العبارة ما هو أصح سندا، ففي صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام إلى أن قال: " وكان علي بن الحسين عليهما السلام يقول لأهله: لا تمسوها " (٣) وفي صحيحة الحسين بن أبي العلاء قال: " ذكرنا للصادق عليه السلام اللقطة، فقال: لا تعرض لها، فلو أن

(١) التهذيب ٥: ٤٢١ ح ١٤٦١، الوسائل ٩: ٣٦١ ب " ٢٨ " من أبواب مقدمات الطواف ح ٢.

(٢) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية والحجريتين، والظاهر أنها تصحيف: ابن جبلة، فقد رواه الشيخ في زيادات الحج من التهذيب عن ابن جبلة، انظر الهامش (٥) في الصفحة السابقة، ولم يذكر في سند الحديث أبو جميلة.

(٣) التهذيب ٦: ٣٨٩ ح ١١٦٣، الاستبصار ٣: ٦٨ ح ٢٢٧، الوسائل ١٧: ٣٤٧ ب " ١ " من أبواب اللقطة ح ١.

الناس تركوها لرجاء صاحبها فأخذها " (١).

ويؤيد الكراهة رواية يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام وقد سأله عن اللقطة بمنى، فقال: " أما بأرضنا هذه فلا يصلح " (٢). ومن حكم بالكراهة استند إلى ظاهر هذه الأخبار، ودليل الكراهة يتسامح في سنده. وليس فيها فرق بين القليل والكثير.

نعم، في رواية (٣) ابن أبي حمزة الحكم في الدينار بالصدقة به مع الضمان، وليس فيها أنه يتملكه إن شاء، مع أنها غير منافية لما دل (٤) على جواز التملك في غيرها مما أطلق.

نعم، في رواية إبراهيم بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " اللقطة لقطتان: لقطة الحرم، وتعرف سنة، فإن وجدت لها طالبا وإلا تصدقت بها، ولقطة غيرها تعرف سنة، فإن لم تجد صاحبها فهي كسييل مالك " (٥). ومفهومها أنها لا تملك مطلقا. وروى العامة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال عن لقطة الحرم: " لا تحل إلا لمنشد " (٦) أي: لمعرف، والمعنى: على الدوام،

-
- (١) التهذيب ٦: ٣٩٠ ح ١١٦٦، الوسائل ١٧: ٣٤٨ الباب المتقدم ح ٢.
(٢) التهذيب ٥: ٤٢١ ح ١٤٦٣، الوسائل ٩: ٣٦١ ب " ١ " من أبواب مقدمات الطواف ح ١.
(٣) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٥١٢ هامش (٥).
(٤) انظر الوسائل ١٧: ٣٦٨ ب " ١٧ " من أبواب اللقطة ح ١، وص: ٣٤٩ ب " ٢ " من أبواب اللقطة.
(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) عوالي اللئالي ٣: ٤٨٧ ح ١٢، وانظر مسند أحمد ١: ٣٤٨ صحيح البخاري ٣: ١٦٤ سنن أبي داود ٢: ٢١٢ ح ٢٠١٧، سنن البيهقي ٦: ١٩٩.

وإلا فسائر البلاد كذلك، فلا تظهر فائدة التخصيص، وظاهره عدم التملك أيضا مطلقا.

لكن في الجميع قصور السند، ومن ثم ذهب أبو الصلاح (١) إلى جواز تملكها بعد التعريف كغيرها.

وأما المصنف وغيره (٢) ممن فرق بين القليل منها والكثير في التملك فاستند في الكثير إلى ما ذكرناه، وفي القليل إلى الأدلة العامة. وهو أنسب. وقد ظهر بذلك ضعف القول بالتحريم مطلقا وإن كان مشهورا، وقوة جوازها للمنشد مطلقا. ويبقى الكلام في التملك للقليل أو مطلقا، ومرجعه إلى الأدلة العامة، مع عدم ظهور المنافي في الخاصة وفي التذكرة (٣) ادعى إجماع علمائنا على عدم جواز تملك لقطة الحرم وأطلق. ولا يخفى فساد دعوى الاجماع، فقد عرفت أنه (٤) والمصنف وجماعة (٥) جوزوا تملك القليل، وأبو الصلاح (٦) جوز تملك الكثير والنظر إلى عدم قدحه في الاجماع قد تكرر القول فيما فيه.

-
- (١) راجع الكافي في الفقه: ٣٥٠ - ٣٥١، فقد أطلق الحكم بتخير اللاقط - فيما يحل التقاطه - بين التصرف فيه أو الصدقة أو العزل من دون تفصيل بين لقطة الحرم وغيره، ولم نجد له كلاما غير هذا في كتابي الحج واللقطة.
- (٢) تحرير الأحكام ٢: ١٢٦. الدروس الشرعية ٣: ٨٦.
- (٣) التذكرة ٢: ٢٥٦.
- (٤) أي: العلامة، انظر الهامش (٥) في ص: ٥١١.
- (٥) تحرير الأحكام ٢: ١٢٦. الدروس الشرعية ٣: ٨٦.
- (٦) راجع الكافي في الفقه: ٣٥٠ - ٣٥١، فقد أطلق الحكم بتخير اللاقط - فيما يحل التقاطه - بين التصرف فيه أو الصدقة أو العزل من دون تفصيل بين لقطة الحرم وغيره، ولم نجد له كلاما غير هذا في كتابي الحج واللقطة.

ويجب تعريفها حولاً، فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها أو استبقاها أمانة، وليس له تملكها. ولو تصدق [بها] بعد الحول، فكره المالك، فيه قولان أرجحهما أنه لا يضمن، لأنها أمانة، وقد دفعها دفعا مشروعاً.

قوله: " ويجب تعريفها حولاً... الخ "

المشهور بين الأصحاب أن ما زاد عن القليل من لقطة الحرم لا يجوز تملكها مطلقاً، سواء قلنا بتحريم لقطته أم بكراتها، بل يجب تعريفها سنة ثم يتخير بين إبقائها في يده أمانة، وإن شاء تصدق بها عن مالكها. وفي ضمانه حينئذ على تقدير ظهور المالك قولان:

أحدهما - وهو المشهور - الضمان، لدلالة خبر ابن أبي حمزة (١) عليه، ولأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، فيضمنه مع عدم رضاه، وخصوصاً على القول بتحريم الالتقاط.

والثاني - وهو الذي اختاره المصنف وجماعة - عدمه، للإذن في الصدقة شرعاً فلا يتعقبه الضمان. وينبغي على القول بالتحريم أن تكون مضمونة عليه وإن أبقاها في يده، للعدوان بأخذها، لكن أطلق القول بكونها أمانة من حرم الالتقاط ومن جوزه.

(١) تقدم ذكر مصادر في ص: ٥١٢ هامش (٥).

وإن وجدها في غير الحرم عرفها حولاً إن كان مما يبقى، كالثياب والأمتعة والأثمان، ثم هو مخير بين تملكها وعليه ضمانها، وبين الصدقة بها عن مالكها، ولو حضر المالك وكره الصدقة لزم الملتقط ضمانها إما مثلاً وإما قيمة، وبين إبقائها في يد الملتقط أمانة لمالكها من غير ضمان.

قوله: " وإن وجدها في غير الحرم... الخ ".
إذا وجدت اللقطة البالغة قدر الدرهم عينا أو قيمة، أو زائدة عنه، المأمونة البقاء، وجب تعريفها سنة إما مطلقاً أو مع نية التملك، كما سيأتي (١) الخلاف فيه. فإذا عرفه سنة تخير بين ثلاثة أشياء: تملكها، أو الصدقة عن مالكها، ويضمن للمالك فيهما.

ولا خلاف في الضمان مع الصدقة وكرهه المالك هنا وإن اختلف في لقطة الحرم، ومن ثم اختار المصنف عدم الضمان هناك (٢) وجزم به هنا. والفارق النصوص (٣) الكثيرة الدالة على الضمان هنا من غير معارض، وإن كان الدليل الذي ذكره (٤) من امتثال مراد الشارع آتياً هنا، إلا أنه لا يقابل الدليل النقلى (٥) الصريح، كقوله صلى الله عليه وآله وقد سئل عن اللقطة: " عرفها حولاً، فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها، فإذا جاء ربها ورضي بالأجر وإلا غرمها " (٦) ورواية الحسين بن كثير، عن أبيه، قال: " سأل رجل أمير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة، فقال: يعرفها حولاً، فإن جاء صاحبها دفعها إليه، وإلا حبسها

(١) في ص: ٥٤٤.

(٢) راجع الصفحة السابقة.

(٣) انظر الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب " ٢ " من أبواب اللقطة ح ٢ و ١٤، وص: ٣٦٨ ب " ١٨ " .

(٤) راجع الصفحة السابقة.

(٥) في " ذ، د، خ ": العقلي.

(٦) نقله بهذا اللفظ ابن قدامة في المغني ٦: ٣٥٤، وأخرجه بلفظ آخر الدارقطني في سننه

: ٤ ١٨٢ ح ٣٥، والهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ١٦٨.

ولو كانت مما لا يبقى - كالطعام - قومه على نفسه وانتفع به، وإن شاء دفعه إلى الحاكم ولا ضمان. ولو كان بقاؤها يفتقر إلى العلاج، كالرطب المفتقر إلى التحفيف، يرفع خبرها إلى الحاكم، لبيع بعضها وينفقه في إصلاح الباقي. وإن رأى الحاكم الحظ في بيعه وتعريف ثمنه جاز.

حولا، فإن لم يجرى صاحبها أو من يطلبها تصدق بها، فإن جاء صاحبها بعد ما تصدق بها إن شاء أغرمها الذي كانت عنده، وكان الأجر له، وإن كره ذلك احتسبها والأجر له (١).

وصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: " سألته عن اللقطة، قال: لا ترفعوها، فإن ابتليت فعرفها سنة، فإن جاء طالبها وإلا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك، إلى أن يجرى طالب (٢) وغيرها من الأخبار (٣).

والثالث: أن يبقئها في يده أمانة في حرز أمثالها كالوديعة، فلا يضمنها إلا مع التعدي أو التفريط، لأنه حينئذ محسن إلى المالك بحفظ ماله وحراسته، فلا يتعلق به ضمان، لانتفاء (٤) السبيل عن المحسن. قوله: " ولو كانت مما لا يبقى... الخ ".

إذا التقط ما يفسد بتركه على حاله قبل الحول فهو على ضربين:

-
- (١) التهذيب ٦: ٣٨٩ ح ١١٦٤، الاستبصار ٣: ٦٨ ح ٢٢٨، الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب " ٢ " من كتاب اللقطة ح ٢.
(٢) التهذيب ٦: ٣٩٠ ح ١١٦٥، الاستبصار ٣: ٦٨ ح ٢٢٩، الوسائل ١٧: ٣٥٠ الباب المتقدم ح ٣.
(٣) انظر الهامش (٣) في الصفحة السابقة.
(٤) التوبة: ٩١.

أحدهما: أن لا يمكن إبقاؤه، كالطعام والرطب الذي لا يتمر والبقول،
فيتخير بين أن يملكه بالقيمة ويأكله، أو يبيعه ويأخذ ثمنه ثم يعرفه، وبين أن
يدفعه إلى الحاكم ليعمل فيه ما هو الحظ للمالك، وقد روي (١) أنه صلى الله عليه
 وآله قال: " من التقط طعاما فليأكله " .

وحيث يعرفه حولا، فإن ظهر مالكة وإلا عمل بالقيمة ما يعمل بالعين لو
كانت باقية، فيملكها إن شاء، أو يتصدق بها عنه.

ولو اختلفت القيمة يوم الأخذ والأكل فالمعتبر قيمته يوم الأكل، لا يوم
الأخذ ولا الأعلى منهما.

ولا يجب إفراز القيمة زمن التعريف، للأصل، ولأن ما في الذمة لا يخشى
هلاكه. ولو أفرزها كان المفرز أمانة في يده كالثمن الذي باعها به لغيره (٢). ومثله
ما لو باعها من نفسه بعين ابتداء.

والثاني: ما يمكن بقاؤه بالمعالجة والتجفيف فإن تبرع الواجد بإصلاحه
فذاك، وإلا يبيع بعضه وأنفق على تجفيف الباقي ويخالف الحيوان حيث يباع
جميعه، لأن النفقة تتكرر فيؤدي إلى أن يأكل نفسه.

وهل يتوقف ذلك على إذن الحاكم، أم يجوز للملتقط توليه ابتداء؟ أطلق
المصنف وجماعة (٣) الرجوع فيه إلى الحاكم، لأنه مال غائب وهو وليه في حفظ
ماله وعمل ما هو الحظ له فيه. وقيل: يتخير الملتقط بين توليه بنفسه والرجوع
إلى الحاكم وهو حسن ولا إشكال في تولي الملتقط ذلك مع تعذر الحاكم. ولو

(١) لم نجده في الجوامع الحديثية للعامه والخاصة، وانظر تلخيص الحبير ٣: ٧٥ ح ١٣٣٦.

(٢) في " ذ، د، ل، خ " كغيره.

(٣) المبسوط ٣: ٣٢٠، قواعد الأحكام ١: ١٩٨ - ١٩٩، اللعة الدمشقية: ١٤٤.

وفي جواز التقاط النعلين والإداوة والسوط خلاف أظهره الجواز مع كراهية.

كان الحظ لصاحبه في بيعه أجمع بيع أيضا.
ومن هذا القسم الثوب الذي لا يبقى إلى آخر الحول إلا مع مراعاته بالهواء ونحوه كالصوف، فيجب مراعاته، إلا أن ما لا يبذل في مقابلته أجرة في العادة من العمل يجب على الملتقط فعله تبرعا (١) إن لم يدفعه إلى الحاكم.
قوله: " وفي جواز التقاط النعلين... الخ "

القول بالمنع من التقاط هذه الثلاثة لأبي الصلاح (٢) وظاهر الصدوقين (٣)،
لنهي عنه في (٤) رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام، وقد سأله عن النعلين والإداوة والسوط يجده الرجل في الطريق أينفع به؟ قال: " لا يمسّه " (٥). والأظهر الكراهة، والنهي محمول عليها جمعا.
ولا يخفى أن الأغلب على النعل أن يكون من الجلد. والإداوة بالكسر هي المطهرة، وهي تكون من الجلد أيضا. وكذا السوط.
وإطلاق الحكم بجواز التقاطها إما محمول على ما لا يكون منها من الجلد، لأن المطروح منه مجهولا ميتة، لأصالة عدم التذكية، أو محمول على ظهور أمارات تدل على ذكاته، فقد ذهب بعض الأصحاب إلى جواز التعويل عليها.

(١) في " ذ " : شرعا.

(٢) الكافي في الفقه: ٣٥٠.

(٣) حيث ذكر الصدوق ذلك رواية في الفقيه ٣: ١٨٨ ح ٨٤٦، وحكاها العلامة عن أبيه في المختلف: ٤٥٠.

(٤) في " د، ل، م " : وفي.

(٥) التهذيب ٦: ٣٩٤ ح ١١٨٣، الوسائل ١٧: ٣٦٣ ب " ١٢ " من أبواب اللقطة ح ٢.

وكذا العصا والشظاظ والحبل والوتد والعقال، وأشباهه من الآلات التي يعظم نفعها وتصغر قيمتها. ويكره أخذ اللقطة مطلقا، خصوصا للفاسق، ويتأكد فيه مع العسر.

وإطلاق النهي عن مسها يجوز أن يستند إلى ذلك، إلا أن الأصحاب فهموا منه خلافاً.

قوله: " وكذا العصا والشظاظ... الخ "

الشظاظ - بالكسر - خشبة محددة الطرف تدخل في عروة الجواقين لتجمع بينهما عند حملهما على البعير، والجمع: أشظلة. والوتد بكسر وسطه. والعقال - بكسر أوله - حبل يشد به قائمة البعير.

ووجه الكراهة في هذه وأشباهها النهي (١) عنه المحمول على الكراهة جمعا، فقد روي (٢) لا بأس بلقطتها.

قوله: " ويكره أخذ اللقطة مطلقا... الخ "

المروي (٣) كراهة اللقطة مطلقا، فتكون في الفاسق متأكدة. فعن علي عليه السلام: " إياكم واللقطة، فإنها ضالة المؤمن، وهي من حريق النار " (٤). وعن الصادق عليه السلام: " لا يأخذ الضالة إلا الضالون " (٥).

(١) أي: النهي عن مطلق الالتقاط، انظر الوسائل ١٧: ٣٤٧ ب " ١ " من أبواب اللقطة، ولم نجد في خصوص هذ الأشياء نهيا خاصا.

(٢) الكافي ٥: ١٤٠ ح ١٥، الفقيه ٣: ١٨٨ ح ٨٤٧، الوسائل ١٧: ٣٦٢ ب " ١٢ " من أبواب القطة ح ١ و ٣.

(٣) الوسائل ١٧: ٣٤٧ ب " ١ " من أبواب اللقطة.

(٤) الفقيه ٣: ١٨٦ ح ٨٣٩، الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب " ١ " من أبواب اللقطة ح ٨.

(٥) التهذيب ٦: ٣٩٦ ح ١١٩٣، الوسائل ١٧: ٣٤٨ الباب المتقدم ح ٥.

ويستحب الاشهاد عليها.

وتتأكد الكراهة في الفاسق، لأنه لا يؤمن أن يأخذها بغير حقها. وأكد منه إذا كان معسرا، لأنه على تقدير أخذها بحق أو بغيره وظهور المالك قد لا يتيسر له قيمتها لاعساره.

وكذا تتأكد الكراهة في حق المعسر وإن لم يكن فاسقا، لوجود العلة فيه، وإن كان اجتماعهما يؤكد الكراهة. قوله: " ويستحب الاشهاد عليها ".

لقوله صلى الله عليه وآله: " من التقط لقطه فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل، ولا يكتم ولا يغيب " (١). ولما في الاشهاد عليها من صيانة نفسه عن الطمع فيها، وحفظها من ورثته لو مات ومن غرمائه إذا أفلس.

وأوجه بعض العامة (٢)، عملا بظاهر الأمر في الخبر. وأجيب بأن حمله على الاستحباب أظهر، لأنه صلى الله عليه وآله لم يأمر به في أخبار كثيرة ذكر فيها حكم اللقطة. ولأنه لو كان واجبا لما خير بين الواحد والاثنين. والحق أنه يصلح دليلا للاستحباب لا للوجوب من حيث السند.

ثم في كيفية الاشهاد وجهان:

أحدهما - وهو الأشهر - أن يشهد على أصلها دون صفاتها، أو يذكر بعضها من غير استقصاء، لئلا يذيع خبرها فيدعيها من لا يستحقها فيأخذها إذا ذكر صفاتها أو يذكر بعضها، إن اكتفينا بالصفة أو بمواطاة الشهود إن أوجبنا إلى البينة.

(١) تقدم ذكر مصادره في ص: ٤٩١ هامش (٥).

(٢) المغني لابن قدامة ٦: ٣٦٢.

مسائل خمس:

الأولى: ما يوجد في المفاوز أو في خربة قد هلك أهلها فهو لواجده، ينتفع به بلا تعريف وكذا ما يجده مدفونا في أرض لا مالك لها.

والثاني: أنه يشهد على صفاتها أيضا، حتى لو مات لم يملكها الوارث، ويشهد الشهود للمالك على وجه يثبت به. وعلى التقديرين لا ينبغي الاقتصار على الاطلاق كقوله: عندي لقطعة، لعدم الفائدة بذلك.

قوله: " ما يوجد في المفاوز... الخ ".

إطلاق الحكم بكون ذلك للواجد يشمل ما إذا كان عليه أثر الاسلام وما لم يكن. ووجه الاطلاق عموم صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: " سألته عن الدار يوجد فيها الورق، فقال: إن كانت سورة فيها أهلها فهو لهم، وإن كانت خربة قد خلا عنها أهلها فالذي وجد المال أحق به " (١). وصحيحة محمد بن مسلم أيضا عن أحدهما عليهما السلام قال: " وسألته عن الورق يوجد في دار، فقال: إن كانت الدار معمورة فيها أهلها فهي لأهلها، وإن كانت خربة فأنت أحق بما وجدت " (٢).

وقيده جماعة (٣) من المتأخرين بما إذا لم يكن عليه أثر الاسلام وإلا كانت لقطعة، جمعا بين ما ذكر وبين رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال:

(١) الكافي ٥: ١٣٨ ح ٥، التهذيب ٦: ٣٩٠ ح ١١٦٩، الوسائل ١٧: ٣٥٤ ب " ٥ " من أبواب اللقطة ح ١.

(٢) التهذيب ٦: ٣٩٠ ح ١١٦٥، الوسائل ١٧: ٣٥٤ الباب المتقدم ح ٢.

(٣) قواعد الأحكام ١: ١٩٩، إيضاح الفوائد ٢: ١٥٩، اللمعة الدمشقية: ١٤٥، التنقيح الرائع ٤: ١٢٠.

" قضى علي عليه السلام في رجل وجد ورقا في خربة أن يعرفها، فإن وجد من يعرفها وإلا تمتع بها " (١) بحمل هذه علي ما إذا كان عليه أثر الاسلام أو كانت لمالك معروف وما سبق علي ما لا أثر عليه ولأن أثر الاسلام يدل على سبق يد مسلم، والأصل بقاء ملكه.

وفيه نظر، لأن محمد بن قيس مشترك بين الثقة وغيره فلا يقاوم الصحيح بحيث يتقيد إطلاقه به. ومجرد وجود الأثر لا يدل على كونه من مسلم، لجواز صدوره من غيره. وضميمة الدار وإن رجحت كونه للمسلمين إلا أن الظاهر لا يعارض الأصل غالبا.

والمراد بأثر الاسلام أن يكون مكتوبا عليه اسم سلطان من سلاطين الاسلام، أو الشهادة بالرسالة للنبي صلى الله عليه وآله، ونحو ذلك. والمفاوز جمع مفازة، وهي البرية الفقير، قاله ابن الأثير في النهاية (٢). ونقل الجوهرى (٣) عن ابن الأعرابي أنها سميت بذلك تفاؤلا بالسلامة والفوز.

ويستفاد 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 المذكورة فهو لقطه هذا كله إذا كان في دار الاسلام، أما في دار الحرب فلواجده مطلقا.

(١) التهذيب ٦: ٣٩٨ ح ١١٩٩ الوسائل ١٧: ٣٥٥ ب " ٥ " من أبواب اللقطة ح ٥.

(٢) النهاية ٣: ٤٧٨.

(٣) انظر الصحاح ٣: ٨٩٠، ولكن نقله عن الأصمعي.

ولو كان لها مالك أو بائع عرفه، فإن عرفه فهو أحق به، وإلا فهو لواجده.
وكذا لو وجدته في جوف دابة ولم يعرفه البائع. أما لو وجدته في جوف سمكة فهو لواجده.

قوله: " ولو كان لها مالك... الخ ".
ينبغي أن يراد بالبائع الجنس ليشمل القريب والبعيد، لاشتراك الجميع في المقتضي، وهو ثبوت اليد حيث زالت اليد القرينة بنفي ملكه.
وحيث يعترف به المالك أو البائع يدفع إليه من غير بينة ولا وصف. ولو تعدد المالك في الطبقة الواحدة واعترفوا به دفع إليهم وإن اعترف به بعضهم خاصة، فإن ذكر سببا يقتضي التشريك دفع إليه حصته خاصة، وإلا فالجميع. وفي معنى البائع من انتقلت عنه بغيره من أسباب الملك، من هبة وصلح واصداق وغيرها.

وإطلاق الحكم بكونه لواجده مع عدم اعتراف المالك والبائع به - الشامل لما عليه أثر الاسلام وعدمه - تبعا (١) لإطلاق النص كما سبق (٢). ومن قيد تلك (٣) بانتفاء أثر الاسلام قيد (٤) هنا أيضا، لاشتراكهما في المقتضي. فمعه يكون لقطة يجب تعريفه مع كثرته وإلا تملكه ولا فرق في وجوب تعريف المالك والبائع ابتداء بين القليل والكثير.
قوله: " وكذا لو وجدته في جوف... الخ ".
بمعنى أن ما يوجد في جوف الدابة يجب تعريفه المالك أو البائع لها ومن

(١) في " ذ، و ": تبع.

(٢) في ص: ٥٢٣.

(٣) في " د، و، م ": ذلك.

(٤) في " و ": قيده.

في معناه، فإن عرفه فهو له وإلا فهو للواجد.
ومستند الحكم صحيحة علي بن جعفر قال: " كتبت إلى الرجل أسأله عن رجل اشترى جزورا أو بقرة للأضاحي، فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم أو دنانير أو جوهرة، لمن يكون؟ قال: فوق عليه السلام: عرفها البائع، فإن لم يعرفها فالشئ لك رزقك الله إياه " (١).

ومن الرواية يظهر أن المراد من الدابة المملوكة بالأصل، ليكون ما في بطنها تابعا لها في الملك. وبه يظهر الفرق بينها وبين السمكة، حيث إن الأصل فيها أن تكون مباحة بالأصل مملوكة بالاصطياد، ولما كان ملك المباحات متوقفا على الحيابة والنية المتوقف على العلم بالتملك لم يتوجه ملك الصيد لما في بطنها من المال، لعدم شعوره به، فكان لواجده إذا نوى تملكه.

هذا إذا كانت السمكة مباحة الأصل كما ذكرنا فلو كانت مملوكة - كالموجودة في ماء محصور مملوك - فحكمها حكم الدابة، كما أن الدابة لو كانت مباحة بالأصل - كالغزال - فحكمها حكم السمكة. وإطلاق الحكم فيهما مبني على الغالب، وبقرينة (٢) مستند الحكم. وإطلاق الحكم الشامل لما عليه أثر الاسلام وعدمه تبعا (٣) لإطلاق النص كالسابق، ومن اعتبره ثم اعتبره هنا أيضا، لاشتراكهما في المقتضي.

(١) الكافي ٥: ١٣٩ ح ٩، التهذيب ٦: ٣٩٢ ح ١١٧٤، الوسائل ١٧: ٣٥٨ ب " ٩ " من أبواب اللقطة ح ١. وفي المصادر: عبد الله بن جعفر.
(٢) في " د ": بقرينة.
(٣) في " ذ، و ": تبع.

الثانية: من أودعه لص مالا وهو يعلم أنه ليس للمودع لم يردده عليه، مسلما كان أو كافرا. فإن عرف مالكة دفعه إليه، وإلا كان حكمه حكم اللقطة.

قوله: " من أودعه لص مالا... الخ "

لا شبهة في عدم جواز رده على اللص ونحوه من الغاصبين مع الامكان، بل يردده على مالكة أو وارثه إن علمه، وإلا فالمشهور أن يكون حكمه حكم اللقطة في وجوب التعريف سنة ثم التصديق به عن مالكة.

والمستند رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام قال: " سألته عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا واللص مسلم هل يرد عليه؟ قال: لا يردده، فإن أمكنه أن يردده على صاحبه فعل، وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا، فإن أصاب صاحبها ردها عليه وإلا تصدق بها، فإن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم، فإن اختار الأجر فله، وإن اختار الغرم غرم له وكان الأجر له " (١).

والرواية وإن كانت ضعيفة السند إلا أن مضمونها موافق للأصول الشرعية، فإنها بعد التعريف تصير مالا مجهول المالك، وقد تقدم (٢) أنه يجوز الصدقة به عن مالكة. ولا يقدر زيادة التعريف هنا، لأنه زيادة في الاستظهار والتفحص عن (٣) المالك.

(١) الكافي ٥: ٣٠٨ ح ٢١ وفيه: 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) في ج ٥: ٩٩.

(٣) في " ص، ذ، ل، ط ": علي.

ومقتضى إطلاق المصنف أنها كاللقطة جواز تملكها بعد التعريف. ومستنده ظاهر قوله في الرواية: " كانت في يده بمنزلة اللقطة ".
والأقوى (١) عدم جواز التملك هنا، لقصور الرواية عن إفادة الجواز سنداً ودلالة. أما الأول فظاهر وأما الثاني فلأنه عقب كونها بمنزلة اللقطة بالحكم (٢) بتعريفها حولاً ثم الصدقة بها، وهذا كاف في تنزيلها منزلتها. ويؤيده أنها ليست لقطه حقيقة، وإنما هو مال مجهول المالك.
ونبه بقوله: " مسلماً كان أو كافراً " على أن الحكم لا ينحصر فيما ذكره في الرواية 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. ولا يخفى أن عدم جواز رده عليه مشروط بإمكانه، فلو كان عاجزاً عن دفعه كان كالمكره على أخذ مال الغير من يده، وقد تقدم (٣) حكمه في الوديعة. وهذه المسألة ببابها أليق، وقد ذكرها المصنف ثم (٤)، واقتصر من حكمها على الصدقة، ولم يذكر أنها كاللقطة مطلقاً. وهو أجود.
وفي المسألة قولان آخران:
أحدهما: للمفيد (٥) وسالار (٦) أنه يتصدق بخمسها على مستحق الخمس والباقي على فقراء المؤمنين. ولا وجه للتفصيل.

-
- (١) في " د ": والأقرب.
 - (٢) في الحجريتين: في الحكم.
 - (٣) في ج ٥ : ٩٩ - ١٠٠.
 - (٤) في ج ٥ : ٩٩ - ١٠٠.
 - (٥) المقنعة: ٦٢٦ - ٦٢٧.
 - (٦) المراسم: ١٩٣ - ١٩٤.

الثالثة: من وجد في داره أو في صندوقه مالا ولا يعرفه، فإن كان يدخل الدار غيره أو يتصرف في الصندوق سواه فهو لقطة، وإلا فهو له.

والثاني: لابن إدريس (١) بأنه يدفعها إلى إمام المسلمين، ولا يجوز له التصدق بها، لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، وهو منهي (٢) عنه، وليست كاللقطة، والرواية لا تفيد عنده. وله وجه.
قوله: " من وجد في داره... الخ "

الأصل في هذه المسألة صحيحة جميل بن صالح عن الصادق عليه السلام قال: " قلت له: رجل وجد في بيته دينارا، قال: يدخل منزله غيره؟ قلت: نعم كثير، قال: هذه لقطة، قلت: فرجل قد وجد في صندوقه دينارا، قال: فيدخل أحد يده في صندوقه غيره أو يضع فيه شيئا؟ قلت: لا، قال: فهو له " (٣). ولشهادة الظاهر بأنه مع عدم مشاركة غير له فيه يكون له، وقد يعرض له النسيان. هذا إذا لم يقطع بانتفائه عنه، وإلا كان لقطة.

وإطلاق الحكم بكونه لقطة مع المشاركة يقتضي عدم الفرق بين المشارك في التصرف وغيره، فيجب تعريفه حولا. وهو يتم مع عدم انحصاره، أما معه فيحتمل جواز الاقتصار عليه، لانحصار اليد، ووجوب البداية بتعريفه للمشارك، فإن عرفه دفعه إليه، وإلا وجب تعريفه حينئذ تمام الحول كاللقطة.

(١) السرائر ٢: ٤٣٥ - ٤٣٦.

(٢) انظر كمال الدين: ٥٢١، الاحتجاج: ٤٨٠، الوسائل ٦: ٣٧٦ ب " ٣ " من أبواب الأنفال

ح ٦.

(٣) الكافي ٥: ١٣٧ ح ٣، الفقيه ٣: ١٨٧ ح ٨٤١، التهذيب ٦: ٣٩٠ ح ١١٦٨ الوسائل ١٧:

٣٥٣ ب " ٣ " من أبواب اللقطة ح ١.

الرابعة: لا تملك اللقطة قبل الحول ولو نوى ذلك، ولا بعد الحول ما لم يقصد التملك. وقيل: يملكها بعد التعريف حولا وإن لم يقصد. وهو بعيد.

قوله: " لا تملك اللقطة قبل الحول... الخ ".
لا خلاف في عدم ملك الملتقط قبل تمام الحول وإن نوى التملك، لأن التعريف حولا شرط فيه، فلا يحصل المشروط قبل الشرط. وإنما الخلاف في ملكها بعد الحول، فقيل: يحصل الملك قهريا بمجرد مضيه، لأن مضيه هو السبب في التملك، فإذا حصل حصل الملك، كالأحياء (١) والاحتطاب. ولما روي أن رجلا قال: " يا رسول الله ما يجد في السبيل العامر من اللقطة؟ قال: عرفها حولا، فإن جاء صاحبها وإلا فهي لك " (٢). وقول الصادق عليه السلام في اللقطة: " يعرفها سنة ثم هي كسائر ماله " (٣). وقيل: لا يملكها إلا أن يختار التملك. وهذا هو الأظهر، لقوله صلى الله عليه وآله في حديث آخر: " فشأنك بها " (٤) فوض الأمر إلى خيرته. وصحيفة علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: " سألته عن الرجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابة كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنة، فإن لم يعرف حفظها في عرض ماله حتى يجيء صاحبها فيعطيها إياه، وإن مات أوصى بها وهو لها ضامن " (٥). ولو

(١) في " خ " كالاكتشاف.

(٢) مسند أحمد ٢: ٢٠٧، تلخيص الحبير ٣: ٧٦ ح ١٣٣٨.

(٣) الكافي ٥: ١٣٧ ح ٢، التهذيب ٦: ٣٨٩ ح ١١٦١، الوسائل ١٧: ٣٥٢ ب " ٢ " من أبواب اللقطة ح ١١.

(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) 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، ولم يأمره بحفظها. وأجيب عن الأول بمنع كون التعريف حولا سببا تاما للملك مطلقا أو للملك القهري، وإنما هو سبب للملك الاختياري، وبعد الحول يملك أن يملك. وكونها كسائر أمواله لا ينافي الملك الاختياري.

وعلى هذا فيما (١) يحصل الملك بعد الحول فيه أقوال:

أحدها: أنه يحصل بقصد التملك، ولا حاجة إلى اللفظ ولا إلى التصرف. أما الأول فلحكم الشارع بتفويض ملكه إليه كما عرفت في الأخبار، وذلك يحصل بقصده، والأصل عدم اعتبار أمر آخر، ولأنه تملك لا يفتقر إلى الإيجاب فلا يفتقر إلى القبول وأما الثاني فلأن التصرف يتوقف على الملك، لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه، فلو توقف الملك عليه دار. وهذا هو الأشهر.

وثانيها: أنه يتوقف على اللفظ، بأن يقول: اخترت تملكها ونحوه، لأن الملك إنما حصل بالعوض وهو المثل أو القيمة، فافتقر إلى اختياره واللفظ الدال عليه، كالبيع وأخذ الشفيع.

وهذه الأقوال الثلاثة للشيخ، أولها في النهاية (٢)، ووافقه ابن إدريس (٣) مدعيا الاجماع، والثاني قوله في المبسوط (٤)، والثالث في الخلاف (٥). ويظهر من

(١) في " و " : فيما.

(٢) النهاية: ٣٢٠.

(٣) السرائر ٢: ١٠٢ - ١٠٣.

(٤) المبسوط ٣: ٣٢٣.

(٥) الخلاف ٣: ٥٨٤ مسألة (١٠).

التذكرة (١) اختياره.

وثالثها: أنه لا يملك إلا بالتصرف، بمعنى كونه تمام السبب المملك، وجزؤه الأول التعريف، والثاني نية التملك أو لفظه الدال عليه، لأن مالكة لو ظهر والعين باقية كان أحق بها، ولو ملك الملتقط قبله لكان يرجع إلى المثل أو القيمة لا إلى العين، وهذا كالقرض عند الشيخ.

والأصل في الخلاف أن تملكها هل هو على سبيل المعاوضة أم لا؟ وعلى الأول، هل هو على سبيل الاقتراض أم لا؟ وعلى الأول، هل يتوقف تملك المقترض على التصرف أم لا؟

والحق أن المعلوم شرعا ملك الملتقط لها مع قصده بعوض يثبت في ذمته إما مطلقا أو مع ظهور المالك، أما كونه على وجه المعاوضة وكونه على جهة القرض فلا دليل عليه.

وأما ما ألزمه للقائل بتوقف الملك على التصرف بلزوم الدور - من حيث توقف جواز التصرف على الملك المتوقف على التصرف - فغير لازم، لمنع توقف جواز التصرف على الملك، بل على الإذن فيه من المالك أو الشارع، وهو هنا متحقق ومثله ملك المشتري معاطاة بالتصرف المترتب جوازه على إذن المالك.

وما يقال من أن من التصرف ما يكون ناقلا للملك فكيف يحصله؟ يندفع بتقدير الملك الضمني، كعتق العبد عن الأمر به.

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٢٦١.

الخامسة: قال الشيخ رحمه الله: اللقطة تضمن بمطالبة المالك لا بنية التملك. وهو بعيد، لأن المطالبة تترتب على الاستحقاق.

قوله: " قال الشيخ... الخ "

لا شك في ثبوت الضمان على الملتقط بالتملك في الجملة، ولكن الشك في وقته وتام سببه، فالأكثر - ومنهم المصنف - على أنه يحصل بنية التملك وإن لم يظهر المالك، فيكون ديناً في ذمته، لعموم قوله صلى الله عليه وآله: " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (١). ولأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، وهو يوجب الضمان. أما الأول فلثبوت الملك للمالك قبل التملك قطعاً، والأصل البقاء، فيكون التملك كالمعاوضة وأما الثاني فلقوله عليه السلام: " فإذا جاء طالبه رده إليه " (٢) وهو يدل على الضمان، والأصل في أسباب ضمان المال إثبات اليد عليه أو التصرف فيه ونحوه.

وذهب الشيخ (٣) وجماعة (٤) - منهم العلامة في التحرير (٥) - إلى أنه يحصل بمطالبة المالك لا قبله، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " فإن جاء صاحبها فليردها، وإلا فهو مال الله يؤتية من يشاء " (٦). وقول الباقر عليه السلام: " من وجد شيئاً فهو له، فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإن جاء طالبه فليرده "

(١) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٤٩٦ هامش (٢، ٣).

(٢) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٤٩٦ هامش (٢، ٣).

(٣) المبسوط ٣: ٣٣٠ - ٣٣١.

(٤) جامع المقاصد ٦: ١٦٨.

(٥) تحرير الأحكام ٢: ١٢٧، ولكن ذكر فيه الوجهين من دون ترجيح لأحدهما.

(٦) مسند أحمد ٤: ١٦٢، سنن ابن ماجه ٢: ٨٣٧ ح ٢٥٠٥، سنن أبي داود ٢: ١٣٦ ح ١٧٠٩.

إليه " (١). وقول الصادق عليه السلام: " تعرفها سنة، فإن وجدت صاحبها وإلا فأنت أحق بها، وهي كسبيل مالك " (٢). وقال: " خيره إذا جاءك بعد سنين بين أجرها وبين أن تغرمها له إذا كنت أكلتها " (٣). ولو كانت مضمونة عليه بالتملك لما كانت كذلك، ولما كان للتخيير وجه. وفي صحيحة الحلبي: " يعرفها سنة، فإن جاء طالبها وإلا فهي كسبيل ماله " (٤). والأصل في ماله أن يكون غير مضمون عليه بعوض في ذمته لغيره، وإنما جاء العوض بعد ذلك بدليل من خارج. ومثلها صحيحة (٥) محمد بن مسلم، وغيرها من الأخبار (٦).

وبهذا يظهر الجواب عن قوله في الأول: إن التصرف في مال الغير يوجب الضمان، لمنع كليته، خصوصا مع وجود ما يقوم مقام إذن المالك وهو إذن الشارع وكذلك يمنع عموم: " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " .

وأما ما يقال: من أن جواز المطالبة يقتضي سبق الاستحقاق، فلو توقف الاستحقاق على المطالبة دار، وأنه لو لم يجب العوض قبل ذلك لم يكن له المطالبة، لأن العين قد تلفت على وجه غير مضمون.

(١) الكافي ٥: ١٣٩ ح ١٠، التهذيب ٦: ٣٩٢ ح ١١٧٥، الوسائل ١٧: ٣٥٤ ب " ٤ " من أبواب اللقطة ح ٢.

(٢) التهذيب ٦: ٣٩٦ ح ١١٩٤، الوسائل ١٧: ٣٥٠ ب " ٢ " من أبواب اللقطة ح ٥. وفي المصادر: ... جاءك بعد سنة.

(٣) التهذيب ٦: ٣٩٦ ح ١١٩٤، الوسائل ١٧: ٣٥٠ ب " ٢ " من أبواب اللقطة ح ٥. وفي المصادر: ... جاءك بعد سنة.

(٤) التهذيب ٦: ٣٨٩ ح ١١٦٣، الاستبصار ٣: ٦٨ ح ٢٢٧، الوسائل ١٧: ٣٤٩ الباب المتقدم ح ١.

(٥) التهذيب ٦: ٣٩٠ ح ١١٦٥، الاستبصار ٣: ٦٨ ح ٢٢٩، الوسائل ١٧: ٣٥٠ الباب المتقدم ح ٣.

(٦) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٥٠ ب " ٢ " من أبواب اللقطة ح ٢، ١٠، ١٣.

الثاني: [في] الملتقط وهو من له أهلية الاكتساب أو الحفظ. فلو التقط الصبي جاز، ويتولى الولي التعريف عنه. وكذا المجنون وكذا يصح الالتقاط من الكافر، لأن له أهلية الاكتساب.

فجوابه: بمنع توقفها على الاستحقاق، بل على إمكانه وهو حاصل. سلمنا، لكن الاستحقاق حاصل وإن لم يكن الضمان حاصلًا، لأن المراد حينئذ أنه إذا جاء المالك استحق أن يطالب، وإذا طالب وجب الضمان. ويمنع كون الاتلاف غير موجب للضمان مطلقًا، بل هي مضمونة بالتلف على هذا الوجه، بمعنى أنه مراعى بظهور المالك أو مطالبته. وهذا حسن. والظاهر من الأخبار أن الضمان يحصل بظهور المالك وإن لم يطالب، لكن اعتبر الشيخ (١) المطالبة. وتظهر فائدة الخلاف في ثبوته دينًا في ذمته على الأول، فيجب عزله عند الموت والايصاء به، ويعد مديونا بسببه، فيستثنى في الخمس، ويحتسب في الغرم، وفي توزيع مال المفلس على دينه، إلى غير ذلك من أحكام الدين، وينتفي ذلك كله على الثاني قبل ظهور (٢) المالك. قوله: " الملتقط وهو من له... الخ "

قد تقدم (٣) أن في اللقطة معنى الأمانة والولاية في الابتداء بالنسبة إلى حفظها وتعريفها، ومعنى الاكتساب في الانتهاء بالنسبة إلى تملكها، وأن منهم من غلب فيها معنى الاكتساب فمنع من التقاط من لا يقبل الاكتساب وإن صلح

(١) المبسوط ٣: ٣٣٠ - ٣٣١.

(٢) كذا فيما لدينا من النسخ الخطية، ولعل الصحيح: قبل مطالبة...

(٣) في ص: ٥٠١.

وفي أخذ لقطة الحرم لهؤلاء تردد، ينشأ من كونهم ليسوا أهلاً للاستئمان.

للأمانة، ومنهم من عكس.

والمصنف - رحمه الله - هنا اعتبر فيه أحد الأمرين: أهلية الاكتساب أو الحفظ، فيجوز التقاط الصبي والمجنون، لأن لهما أهلية الاكتساب، ولكن ليس لهما أهلية الحفظ والتعريف، فيتولاه الولي، فإذا مضى حول التعريف اختار لهما ما فيه الغبطة من التملك وغيره.

وكذا يصح من الكافر إذا لم يكن كفره بالارتداد المانع من قبول التملك، لأن له أهلية الاكتساب دون الأمانة أيضاً وكذا القول في الفاسق.

وهل تقر يدهما عليها إلى أن يتم الحول، أم ينزعها الحاكم من يدهما إلى أن يستحقا تملكها فيدفعها إليهما حينئذ؟ وجهان، من عدم كونهما من أهل الأمانة على مال الغير، ومن عموم الإذن في الالتقاط، ولأنه يخلى بينهما وبين الوديعة فكذا يخلى بينهما وبين اللقطة كالعدل.

وفيه نظر، لأن الإذن في الوديعة جاء من قبل المالك، بخلاف اللقطة، فإن إذنها من الشارع وليس له استئمان غير العدل على مال الغير.

وفي التذكرة (١) أوجب مع علم الحاكم خيائته ضم مشرف إليه، وإلا استحب وفي التحرير: "لم أقف لعلمائنا على [نص في] (٢) انتزاع اللقطتين من يد الفاسق، أو ضم حافظ إليه مدة التعريف" (٣).

قوله: "وفي أخذ لقطة الحرم... الخ".

لما كان المقصود من لقطة الحرم مجرد الحفظ والتعريف والصدقة دون

(١) التذكرة ٢: ٢٥٢.

(٢) لم يرد ما بين المعقوفتين فيما لدينا من النسخ الخطية واستدر كناه من المصدر.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ١٢٧.

وللعبد أخذ كل واحدة من اللقطتين. وفي رواية (١) أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام: لا يعرض لها المملوك. واختار الشيخ (٢) - رحمه الله - الجواز. وهو أشبه، لأن له أهلية الاستئمان والاكتساب.

التملك لم يكن لصلاحيه الاكتساب في متوليها مدخل، بل يعتبر فيه أهلية الاستئمان، فلا يصح التقاطها لمن ذكر.
والمصنف - رحمه الله - تردد في ذلك، مما ذكرناه، ومن عموم (٣) الأدلة [الدالة] (٤) على جواز الالتقاط، ومن ثم اكتفى في غيرها بأهلية الاكتساب وجواز استئمانه وإن لم يتملك (٥). والأقوى الأول حيث لا يجوز تملكها. وكذا القول في لقطتها للفاسق.

هذا إذا قلنا بجواز التقاطها وإن كره، أما على القول بالتحريم فلا فرق بين العدل وغيره، لوجوب انتزاع الحاكم إياها من الملتقط مطلقاً، بل لو أصر العدل على إبقائها في يده خرج عن العدالة لو جعلنا معصية التقاطها صغيرة.
قوله: " وللعبد أخذ كل واحدة... الخ "

المراد باللقطتين لقطه الحرم ولقطه الحل ووجه الجواز فيهما ما أشار إليه المصنف من وجود المقتضي له، وهو أهلية الاستئمان والاكتساب. أما الأول فواضح، لأنه أهل للوديعة وغيرها من الأمانات وأما الثاني فلجواز اكتسابه

(١) الكافي ٥: ٣٠٩ ح ٢٣، الفقيه ٣: ١٨٨ ح ٨٤٥، التهذيب ٦: ٣٩٧ ح ١١٩٧، الوسائل ١٧: ٣٧٠ ب " ٢٠ " من أبواب اللقطة ح ١.

(٢) المبسوط ٣: ٣٢٥.

(٣) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب " ٢ " من أبواب اللقطة.

(٤) من " د، و، ط، م "

(٥) في " د، ل، ط، م ": يملك.

وكذا المدبر وأم الولد.
والجواز أظهر في طرف المكاتب، لأن له أهلية التملك.

وسقط الضمان عن العبد حينئذ وكذا لو بادر غير المولى فانتزعتها منه إذا كان من أهل الالتقاط، لأن يد العبد حينئذ بمنزلة العدم. وإنما سقط الضمان عن العبد في صورتين بخلاف ما لو غصب شيئاً فأخذه منه غيره - فإن الضمان لا يسقط عن العبد، وإن تخير المالك في 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: " وكذا المدبر وأم الولد "

لأنهما رقيقان ما دام المولى حياً، فتلحقهما أحكام الرقيق كغير اللقطة.
وهذا موضع وفاق.

قوله: " والجواز أظهر في طرف... الخ "

المكاتب بقسميه متردد بين جانب الحرية والرقية، لخروجه عن أصل الوقية بالعقد الموجب للتشبه بالحرية وقبول الاكتساب، ولم يحكم معه بالحرية، لجواز العجز خصوصاً المشروط، ومن ثم وقع التردد في جواز التقاطه إن قلنا بعدم جواز التقاط العبد، وإن قلنا بجوازه جاز من المكاتب بطريق أولى. والأقوى الجواز مطلقاً، لأن له أهلية التكسب والأمانة معاً، فلا مانع من صلاحيته لها. وحينئذ فليس للمولى انتزاعها من يده، لأنها كسبه إذا لم يكن لقطعة الحرم. نعم، لو عجز فاسترق كان للمولى انتزاعها كالقن، ويبيني على تعريفه إن لم يتمه.

(١) من " د، و، م "

الثالث: في الأحكام

وهي مسائل:

الأولى: ليس التوالي شرطاً في التعريف، فلو فرق جاز.

ولو اشتغل المكاتب بالتعريف فأعتق أتمه وتملك. ولو مات قبل التعريف أو إتمامه فكالغن. ولو عتق بعضه قام الوارث في نصيب الحرية مقامه. قوله: " ليس التوالي شرطاً... الخ " .

للتوالي المحكوم بكونه غير شرط تفسيران:

أحدهما - وهو الأظهر - : أن المراد به استيعاب وقت الحول بالتعريف، فإن

ذلك غير شرط اتفاقاً، بل ولا كل يوم، لاطلاق الأمر بالتعريف سنة في

النصوص (١)، فيرجع إلى ما يعد تعريفاً كذلك عرفاً، وهو يتحقق بما دون ذلك

وقد اعتبر العلماء فيه أن يقع على وجه لا ينسى أن الثاني (٢) تكرر لما مضى،

ويتحقق ذلك بالتعريف في الابتداء في كل يوم مرة أو مرتين، ثم في كل أسبوع،

ثم في كل شهر كذلك. وفي القواعد (٣) صرح بأن المراد بالتوالي المنفي هو هذا

المعنى.

والثاني: أن المراد به توالي التعريف في الحول الواحد بحيث يقع التعريف

المعتبر في اثني عشر شهراً متوالية، فإن ذلك غير لازم، بل يجوز تعريفه بأن

يعرف شهرين ويترك شهرين، وهكذا، بحيث يجتمع من الأشهر المعرف فيها تمام

الحول.

(١) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب " ٢ " من أبواب اللقطة.

(٢) في " ذ، و، ط، م ": التالي.

(٣) قواعد الأحكام ١: ١٩٨.

وإيقاعه عند اجتماع الناس وبروزهم، كالغدوات والعشيات.
وكيفيته أن يقول: من ضاع له ذهب أو فضة أو ثوب أو ما شاكل
ذلك من الألفاظ ولو أوغل في الابهام كان أحوط، كأن يقول: من ضاع
له مال أو شيء، فإنه أبعد أن يدخل عليه بالتخمين.
وزمانه: أيام المواسم والمجتمعات، كالأعياد وأيام الجمع.
ومواضعه: مواطن الاجتماع، كالمشاهد وأبواب المساجد والجوامع
والأسواق. ويكره داخل المساجد.

وبهذا المعنى صرح في التذكرة (١) مفسرا به معنى التوالي الذي ليس
بواجب، وشبهه بما لو نذر صوم سنة، فإنه يجوز أن يوالي وأن يفرق بحيث
يجتمع له صيام اثني عشر. ونقل عن بعض الشافعية (٢) عدم جواز التعريف بهذا
المعنى، وأنه لو قطعه كذلك وجب الاستئناف. والتفسيران صحيحان، إلا أن الأول
أشبه بالمراد هنا.

قوله: " وإيقاعه عند اجتماع الناس... الخ " .
لما كان الغرض من التعريف رجاء الظفر بالمالك لم يصلح إيقاعه في كل
وقت ولا كل مكان ولا حال، لأن في الأزمنة والأمكنة اختلافا في ذلك كثيرا،
وفي بعضها إخلال بالمقصود. فليكن مكانه مجتمع الناس، كالأسواق وأبواب
المساجد في وقت مجتمعهم فيها للصلوات. ولا ينشد في داخل المسجد، للنهي
عنه، ولأن المسجد لم يوضع لذلك، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله قال:
" من سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد فليقل: لا أداها الله إليك، فإن المساجد

(١) التذكرة ٢: ٢٥٨.

(٢) انظر روضة الطالبين: ٤: ٤٧١.

ويجوز أن يعرف بنفسه، وبمن يستنبيه، أو من يستأجره.

لم تبين لهذا " (١). وزمانه أيام الاجتماع في المجامع. وكيفيته: أن يذكرها مطلقة أو موصوفة بأوصاف قليلة لتبقى مشتركة، حذرا من أن يدخل فيها مدع بالتخمين والدعوى الكاذبة. فيقول: من ضاع له شيء أو مال. ويجوز ذكر الجنس، كذهب أو فضة أو ثوب، ولا يزيد على ذلك. ولو تعرض لبعض صفاتها في موضع الأمن من التلبس لينبه لها (٢) المالك فلا بأس، بشرط أن لا يستقصي في الوصف.

ويجب إيقاعه عقب الالتقاط مع الامكان، وفي مكانه إن كان بلدا أو مجتمعا. ولو عرف فيه وأكماله في غيره جاز. ولو كان في برية عرف من يجده فيها وأتمه في غيرها من البلاد. وينبغي تعريفها في أقرب البلدان إليها فالأقرب. قوله: " ويجوز أن يعرف... الخ ".

لما كان الغرض من التعريف إظهار اللقطة وإشاعة خبرها ليظهر مالها لم يتعلق غرض الشارع فيه بمباشر معين، فيجوز أن يتولاه الملتقط، ومن ينوب عنه من غلام وولد، ومن يستعين به، ومن يستأجره عليه وهو موضع وفاق. ثم إن تبرع الملتقط بالتعريف أو بذل مؤونته فذاك، وإلا ففي وجوب الأجرة في ماله لأنه مكلف به، أو مال المالك لأنه لمصلحته، أو الفرق بين التقاطها بنية التملك فيكون من ماله أو بنية الحفظ للمالك فيكون من ماله، أو جه أجودها الأول.

ويشترط في النائب العدالة ليقبل إخباره، أو اطلاع الملتقط على تعريفه

(١) مسند أحمد ٢: ٣٤٩ صحيح مسلم ١: ٣٩٧ ح ٧٩، سنن أبي داود ١: ١٢٨ ح ٤٧٣، سنن ابن ماجه ١: ٢٥٢ ح ٧٦٧.
(٢) كذا في " ذ، خ " وفي سائر النسخ: بها.

الثانية: إذا دفع اللقطة إلى الحاكم فباعها، فإن وجد مالها دفع الثمن إليه، وإلا ردها إلى الملتقط، لأن له ولاية الصدقة أو التملك.

ولو بإخبار من يقبل خبره. وفي اشتراط شاهدين إجراء له مجرى الشهادة، أو الاكتفاء بواحد جعلاً له من باب الخبر، وجهان أحوطهما الأول. قوله: " إذا دفع اللقطة إلى الحاكم... الخ "

يجوز للملتقط دفع اللقطة ابتداءً إلى الحاكم، لأنه ولي الغائب. ويجب على الحاكم القبول، لأنه معد لمصالح المسلمين، ومن أهمها حفظ أموالهم. وهذا بخلاف الوديعة، فإنه لا يجب عليه قبولها من الودعي، بل لا يجوز له دفعها إليه مع التمكن من المالك، لعموم (١) الأمر برد الأمانات إلى أهلها. فإذا دفع إليه اللقطة فباعها لكون بيعها أعود من إبقائها، فإن وجد مالها دفعها إليه، ولا بحث حينئذ. وإن عرفها هو أو الملتقط ومضى الحول فاختار الملتقط التملك وجب رد الثمن إليه لئتملكه، لأن ذلك حقه.

وإن اختار الملتقط الحفظ فمقتضى عبارة المصنف وغيره (٢) أنه لا يدفع إليه، لأن ولاية حفظ مال الغائب إلى الحاكم، وإنما كان للملتقط ولايته لما كان بيده، فلما رده إلى الحاكم سقط حقه من ذلك، لأنه حق عارض بسبب الالتقاط، بخلاف ولاية الحاكم، فإنها ثابتة له بالأصل.

وإن اختار الصدقة فقد قال المصنف - رحمه الله - : إن الحاكم يدفعه إليه ليتصدق به، لأن له ولاية الصدقة كما له ولاية التملك. والفرق بينه وبين الحفظ - مع أن ولاية الصدقة أيضاً منوطة بالحاكم بعد

(١) النساء: ٥٨.

(٢) انظر قواعد الأحكام ١: ١٩٩.

الثالثة: قيل: لا يجب التعريف إلا مع نية التملك. وفيه إشكال ينشأ من خفاء حالها عن المالك.

وضع يده - : أن الصدقة من الملتقط يترتب عليها الحكم بضمانه، فيكون توليه لها أعود على المالك من تولي الحاكم، فمن ثم لم يكن للحاكم منعه منه، بخلاف الاحتفاظ، فإنه أمانة بيده كما هو عند الحاكم كذلك. ويحتمل وجوب دفعه إليه مع إرادة الحفظ، لأنه أحد الأمور الثلاثة التي يتخير فيها الملتقط، وهي حقه. قوله: " قيل: لا يجب التعريف... الخ ".

القول المذكور للشيخ في المبسوط (١)، محتجا بأن التعريف إنما وجب لتحقيق شرط التملك، فإذا لم يقصد التملك لا يجب، وإنما يكون مالا مجهول المالك، فيحفظ له أمانة أو يدفع إلى الحاكم.

والأظهر ما اختاره المصنف - رحمه الله - من وجوب التعريف مطلقا، للأمر به في الأخبار (٢). ولأنه مال للغير حصل في يده فيجب عليه دفعه إلى مالكة، والتعريف وسيلة إلى علم المالك به، فيجب من باب المقدمة. ولأن تركه كتمان مفوت للحق على مستحقه. ولا يرد مثله في المال المجهول بيده بغير الالتقاط، لأن هذا قد نصب الشارع له طريقا إلى التوصل إلى مالكة وهو التعريف حولا، بخلاف المجهول، فإنه لم يقدر له طريقا فوجب التفحص فيه عن المالك بحسب الامكان.

ولا منافاة بين وجوب التعريف وكونه شرطا في التملك. ولأن التملك غير واجب فلا تجب الوسيلة إليه، وإنما الوجوب لتحصيل المالك، وهو موجود في

(١) المبسوط ٣: ٣٢٢.

(٢) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب " ٢ " من أبواب اللقطة.

ولا يجوز تملكها إلا بعد التعريف ولو بقيت في يده أحوالا.

محل النزاع لا لأجل التملك وإن كان شرطا فيه.
قوله: " ولا يجوز تملكها... الخ "

لأن التملك وقع في النصوص (١) مشروطا بالتعريف حولا، فلا يصح بدونه.
ويفهم من قوله: " ولو بقيت في يده أحوالا " أن التملك يصح بعد التعريف إذا بقيت
في يده أحوالا (٢) قبله، ولا يقدح تأخير التعريف على الفور في جواز تملكها
بعده، وهو أصح القولين في المسألة، لتعليق الحكم بالتملك في النصوص (٣) على
التعريف حولا الصادق بالواقع بعد الالتقاط على الفور وبعده.
وقيل: لا يصح تملكها إلا مع المبادرة إلى التعريف في الحول الأول، لقوله
عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم: " فإن ابتليت بها فعرفها سنة، فإن جاء،
طالبها وإلا فاجعلها في عرض مالك " (٤) والفاء تدل على التعقيب بغير مهلة،
فيكون جعلها في جملة ماله موقوفا على التعريف الواقع بعد ابتلائه بها بغير
فصل.

ويضعف بأن غايته إفادة وجوب الفور أما شرطيته فلا، وإنما الظاهر منه
اشتراط التملك بالتعريف ولا نزاع فيه. وفي كثير من الأخبار (٥): " يعرفها سنة " من
غير فاء، وفي بعضها (٦): " ثم يعرفها سنة " وهي مفيدة للتراخي، وقد تقدم (٧)

(١) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب " ٢ " من أبواب اللقطة.

(٢) في " م ": أحوالا لا قبله.

(٣) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٤٩ ب " ٢ " من أبواب اللقطة.

(٤) التهذيب ٦: ٣٩٠ ح ١١٦٥، الاستبصار ٣: ٦٨ ح ٢٢٩، الوسائل ١٧: ٣٥٠ ب " ٢ " من أبواب
اللقطة ح ٣.

(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) لم ترد بهذا اللفظ من طرق الخاصة، ووردت في أحاديث العامة، انظر الهامش (٧) هنا.

(٧) في ص: ٤٥٩.

وهي أمانة في يد الملتقط في مدة الحول، لا يضمنها إلا بالتفريط أو التعدي. فتلفها من المالك، وزيادتها له، متصلة كانت الزيادة أو منفصلة. وبعد التعريف يضمن إن نوى التملك، ولا يضمن إن نوى الأمانة.

منه قوله صلى الله عليه وآله لمن سأله عن اللقطة: " اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها "، وقول الصادق عليه السلام في صحيحة الحلبي: " يعرفها سنة، فإن جاء طالبها وإلا فهي كسبيل ماله " (١). قوله: " وهي أمانة في يد الملتقط... الخ ".

من أحكام اللقطة كونها أمانة في يد الملتقط مدة الحول ما لم يفرط فيها أو يتعدى. ومن التعدي أن ينوي التملك لها قبل التعريف، لأنه حينئذ غاصب، لوضعه يده على مال الغير بغير إذن المالك ولا الشارع. ولأن كونها أمانة إنما هو لكونه محسنا إلى المالك بحفظ ماله وحراسته، ولا سبيل على المحسن، وهذا غير آت في نأوي الخيانة بالتملك على غير وجهه الشرعي. وقد ظهر بذلك أن حكمها مختلف في الأمانة والضمان بحسب قصود الآخذ، وأن له أحوالا:

أحدها: أن يأخذها ليحفظها أبدا. ولا شبهة في كونها أمانة في يده كذلك، ولكن يجب عليه تعريفها حولا على الخلاف السابق ولو دفعها إلى الحاكم لزمه القبول كما مر (٢). وكذا من أخذ للتملك ثم بدا له ودفعها إلى الحاكم. وحيث يجب التعريف يضمن بتركه، لأنه عدوان وإن نوى الحفظ. ويستمر الضمان حينئذ وإن ابتداء بالتعريف فتلفت في سنته، لتحقق العدوان، فلا يزول إلا بقبض المالك أو من

(١) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٥٣٤ هامش (٤).

(٢) في ص: ٥٤٣.

يقوم مقامه كالوديعة.
وثانيها: أن يأخذها على قصد الخيانة والتملك في الحال، فيكون ضامنا غاصبا. وفي براءته بالدفع إلى الحاكم وجهان أصحهما ذلك. ولو عاد إلى قصد التعريف لم يزل الضمان كما سبق، وإن جاز له التملك بعد الحول. وثالثها: أن يأخذها ليعرفها سنة ويتملكها بعد السنة فهي أمانة في السنة. وأما بعدها ففي كونها مضمونة مطلقا، أو مع تجديد نية التملك، وجهان أظهرهما الأول إذا كان عزم التملك مطردا، وإن لم يجز (١) حقيقة، لأنه صار ممسكا لنفسه، فأشبهه المستام وإن لم يملك بالفعل. هذا إذا قلنا إن اللقطة لا تملك بمضي السنة بغير تملك. ولو قلنا بملكها بعدها قهرا فلا إشكال في الضمان. ورابعها: أن يأخذها بنية الأمانة والتعريف ثم يقصد الخيانة. فيضمن من حين تجدد القصد، لأن سبب أمانته مجرد نيته وقد زالت، وإلا فأخذ مال الغير بغير رضاه يقتضي الضمان، ولا تعود الأمانة بتجدد نيتها كالسابق. إذا تقرر ذلك، فلا تخرج العين عن ملك مالكها قبل مضي الحول، سواء كانت أمانة أم مضمونة. فزوائدها للمالك، متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد. ومع ذلك يتبع العين مطلقا على الأقوى، لأن الملتقط إذا استحق ملك العين فبمقتضى (٢) التبعية يستحق تملك النماء، لأن الفرع لا يزيد على أصله. واستحقاق التملك يحصل بمجرد الالتقاط وإن كان التعريف شرطا، فقد وجد النماء بعد الاستحقاق فيتبع العين، ولا يشترط لتملكه حول بانفراده إذا كمل حول

(١) في " ذ، م ": يحز.
(٢) كذا في نسخة بدل " و"، وفي " ذ ": وبمقتضى، وفي سائر النسخ: بمقتضى.

ولو نوى التملك فجاء المالك لم يكن له الانتزاع، وطالب بالمثل أو القيمة إن لم تكن مثلية. ولو رد الملتقط العين جاز، وله النماء المنفصل. ولو عابت بعد التملك فأراد ردها مع الأرش جاز. وفيه إشكال، لأن الحق تعلق بغير العين، فلم يلزمه أخذها معيبة.

الأصل.

ووجه العدم: انفراد العين بالالتقاط، وتملك العين على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين. ولو ظهر المالك قبل تمام الحول أو بعده قبل التملك فلا إشكال في استحقاقه النماء مطلقا كالعين. قوله: " ولو نوى التملك... الخ "

إذا ظهر المالك بعد تملك اللقطة فلها حالتان:

إحدهما: أن تكون قائمة بعينها. وفي وجوب ردها على الملتقط، أو تخيره بين ردها ودفع عوضها، قولان أشهرهما - وهو الذي قطع به المصنف - الثاني، لأن الملتقط ملكها بالتملك، ووجب في ذمته عوضها مثلا أو قيمة، فلم يتعين عليه دفع العين، لأنها ملكه.

نعم، لو اختار دفعها وجب على المالك القبول. أما إذا كانت مثلية فواضح، لأنها عين حقه. وأما إذا كانت قيمة فالأصل القيمة إنما وجبت لتعذر المماثلة، فكانت أقرب إلى حقيقة الواجب وأعدل، ولا شك أن العين أقرب إلى الحق من القيمة فيكون أولى.

ووجه الأول دلالة [ظواهر] (١) النصوص عليه، بل في بعضها تصريح به، كقوله صلى الله عليه وآله في حديث الجهني: " اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها

(١) من " و، ط "، وفي " د ": ظاهر.

سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها " (١) وفي رواية أخرى: " ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفع بها، وليكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه " (٢) وفي صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام: " يعرفها سنة فإن جاء طالبها، وإلا فهي كسيل ماله " (٣). وقريب منها صحيحه محمد بن مسلم حيث قال: " فإن جاء طالبها، وإلا فاجعلها في عرض مالك " (٤). وظاهر هذه الأخبار أنه متى ظهر المالك تدفع إليه، مع احتمالها - غير الخبر الثاني - أنه إن جاء قبل التملك. ولا ينافي وجوب رد العين بالحكم بالملك، لجواز كونه ملكاً متزلزلاً يزول بظهور المالك ويستقر بعدمه. وهذا لا يخلو من قرب وإن كان المشهور خلافه.

الحالة الثانية: أن يجدها معيبة. وفي تعيين ردها على الملتقط مع الأرش الوجهان. فإن قلنا بعدم رجوع المالك بالعين لم يرجع هنا بطريق أولى. وإن قلنا بالرجوع ثم ففي وجوب قبول المالك هنا وجهان، من كون العين قائمة، وما فات منها بالعيب يجبر بالأرش، فيكون أقرب إلى نفسها من القيمة، ولصدق وجود الطالب مع بقائها، ومن وجودها متغيرة، فليست عين ماله محضاً، وحينئذ فيتخير بين البدل وأخذها مع الأرش. والأول أقوى.

(١)، تقدم ذكر مصادره في ص: ٤٥٩ هامش (٧).

(٢) صحيح البخاري ٣: ١٦٣، صحيح مسلم ٣: ١٣٤٩ ح ٥، سنن البيهقي ٦: ١٨٦، وفي المصادر: فاستنفع بها وليكن...

(٣) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٥٣٤ هامش (٤).

(٤) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٥٤٥ هامش (٤).

الرابعة: إذا التقط العبد ولم يعلم المولى، فعرف حولا ثم أتلّفها، تعلق الضمان برقبته يتبع بذلك إذا عتق، كالقرض الفاسد. ولو علم المولى قبل التعريف ولم ينتزعها منه ضمن، لتفريطه بالاهمال إذا لم يكن أمينا. وفيه تردد.

قوله: " إذا التقط العبد... الخ "

المفروض كون الالتقاط بغير إذن المولى، سواء جوزنا لقطته أم لا، فإنه إذا عرفها حولا لم يجز له التملك وإن جوزنا لقطته، بناء على أنه لا يملك شيئا. فإذا أتلّفها على هذا التقدير - أو مطلقا حيث منعنا من لقطته - تعلق الضمان برقبته (١) يتبع به إذا أعتق وأيسر، كما لو أتلّف مال غيره بغير إذنه أو اقترض قرضا فاسدا. وفي تعليق الضمان برقبته ثم ترتيب الحكم بأنه يتبع به إذا أعتق تناف، لأن التعلق بالرقبة شأنه أن يؤخذ منها معجلا، كالجناية وغيرها مما سبقت نظائره كثيرا، وإنما ملزوم الاتباع إذا أعتق التعلق بدمته.

قوله: " ولو علم المولى... الخ "

المفروض أيضا كون الالتقاط بغير إذن المولى. وحينئذ فإن كان العبد أمينا جاز للمولى إبقاؤها في يده إلى أن يعرفها ثم يفعل بها أحد الأمور الثلاثة كما تقدم (٢)، وأن ينزعها ويتولى هو التعريف. وإن لم يكن أمينا ففي وجوب انتزاعها منه وجهان: نعم، لأن يده كيده، فتركها مع عدم أمانته يكون تفريطا في مال الغير الذي صار بمنزلة ما هو في يده، و: لا، لأن للعبد ذمة والحال أنه لم يأذن له في الالتقاط، ولا أثر لعلمه كما لو

(١) في " ذ، د، ط ": بدمته.

(٢) في ص: ٥١٧.

ولو عرفها العبد ملكها المولى إن شاء وضمن. ولو نزعها المولى
لزمه التعريف. وله التملك بعد الحول، أو الصدقة مع الضمان، أو إبقاؤها
أمانة.

رأى عبده يتلف مالا فلم يمنعه منه، فإنه لا يضمنه.
وإن لم نوجب عليه انتزاعه فلا شبهة في عدم ضمانه وإن أوجبناه احتمال
الضمان وعدمه لما ذكر. والأظهر 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).
وكأنه نزل غير المميز منزلة دابته حيث يجب منعها من إتلاف مال الغير، وإلا
لكان الدليل المذكور واردا هنا، فإنه لا يجب على المولى انتزاع مال الغير من يد
عبده.

قوله: " ولو عرفها العبد ملكها... الخ ".
إذا التقط العبد بإذن المولى أو بغير إذنه إن جوزناه، تخير المولى بين أن
يتركها في يده ليعرفها إذا لم يكن خائنا ثم يملكها إن شاء، وبين أن ينزعها منه
ويعرفها. فإن اختار الأول تملكها المولى بعد الحول، وقبل قول العبد في التعريف
إن كان ثقة، وإلا اعتبر اطلاع المولى على تعريفه، أو اطلاع من يعتمد على خبره،
لأنه كالنائب. مع احتمال قبول قوله فيه مطلقا، لأنه ملتقط حقيقة، إذ هو الفرض.
وإن انتزعها منه وجب عليه تعريفها، وصارت بيده بمنزلة ما لو التقطها، ويتخير
بعد التعريف ما شاء من الأمور الثلاثة.

(١) الدروس الشرعية ٣: ٩٢.

الخامسة: لا تدفع اللقطة إلا بالبينة، ولا يكفي الوصف. ولو وصف صفات لا يطلع عليها إلا المالك غالباً، مثل أن يصف وكاءها وعفاصها ووزنها ونقدها، فإن تبرع الملتقط بالتسليم لم يمنع، وإن امتنع لم يجبر.

قوله: " لا تدفع اللقطة... الخ ".
من أحكام اللقطة رد عينها أو بدلها عند ظهور مالكها، فإذا جاء من يدعيها نظر إن لم يقيم البينة على أنها له ولا وصفها لم تدفع إليه، إلا أن يعلم الملتقط أنها له، فيلزمه الدفع إليه وإن أقام البينة دفعت إليه.
وإن وصفها نظر إن لم يغلب على ظن الملتقط صدقه لم يدفع إليه. وإن غلب لتوغله في الوصف بما لا يطلع عليه غير المالك غالباً - كوصف وكائها، وهو الخيط الذي يربط به، وعفاصها، وهو وعاءها - فالأشهر جواز دفعها إليه وإن لم يجب، لأن إقامة البينة على اللقطة قد يعسر، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: " فإن جاء باغيها فعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه " (١). وإنما لم يجب لأنه مدع فيحتاج الوجوب إلى البينة، والأمر محمول على مجرد الإذن والإباحة.

وقال ابن إدريس (٢): لا يجوز دفعها إليه بالوصف مطلقاً، لوجوب حفظها حتى تصل إلى مالكها، والواصف ليس مالكا شرعاً. والظاهر أن شهادة العدل كالوصف إن لم تكن أقوى.

(١) صحيح مسلم ٣: ١٣٤٩ ح ٦، سنن أبي داود ٢: ١٣٤ ح ١٧٠٣، سنن البيهقي ٦: ١٩٦، تلخيص الحبير ٣: ٧٦ ح ١٣٣٩.
(٢) السرائر ٢: ١١١.

فرعان

الأول: لو ردها بالوصف ثم أقام البيينة بها انتزعتها فإن كانت تالفة كان له مطالبة الآخذ بالعموض، لفساد القبض. وله مطالبة الملتقط، لمكان الحيلولة. لكن لو طالب الملتقط رجع على الآخذ ما لم يكن اعترف له بالملك. ولو طالب الآخذ لم يرجع على الملتقط.

قوله: " لو ردها بالوصف... الخ "

إذا دفع اللقطة إلى الواصف ثم جاء آخر وأقام البيينة على أنها له، فإن كانت باقية انتزعت منه ودفعت إلى الثاني، لأن البيينة حجة شرعية تفيد وجوب الدفع والوصف غايته إفادة الجواز.

وإن تلفت عنده تخير بين تضمين الملتقط أو الواصف أما الأول فلأنه فوتها على مالكها، وحال بينه وبينها بدفعه وأما الثاني فلأنه أخذ مال غيره. فإن ضمن الواصف لم يرجع على الملتقط، لأن التلف وقع في يده، ولأن الثاني ظالم بزعمه فلا يرجع على غير ظالمه وإن ضمن الملتقط رجع على الواصف إن لم يقر له بالملك وإن أقر لم يرجع، مؤاخذاً له بقوله.

هذا إذا دفع بنفسه، أما لو ألزمه الحاكم بالدفع إلى الواصف لكونه مذهبه، قال في التذكرة: " لم يكن لمقيم البيينة تضمينه، لأنها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمناها، كما إذا غضبها غاصب " (١).

ويشكل بأن الالتزام بالدفع مع الوصف ليس مذهبا لنا، فلا يتصور إلزام حاكمنا به نعم، هو مذهب جماعة (٢) من العامة، وعليه فرعوا ما ذكره في

(١) التذكرة ٢: ٢٦٤.

(٢) في هامش " ذ ": " هو قول مالك وأحمد وداود وابن المنذر، استنادا إلى الأمر في الحديث المذكور. منه قدس سره " انظر المحلى لابن حزم ٨: ٢٥٧، الكافي للقرطبي ٢: ٨٣٦، حلية العلماء ٥: ٥٤٠، المغني لابن قدامة ٦: ٣٦٣ والحديث المذكور مر ذكره في ص: ٥٥٢.

الثاني: لو أقام واحد بينة بها فدفعت إليه، ثم أقام آخر بينة بها أيضا، فإن لم يكن ترجيح أقوع بينهما، فإن خرجت للثاني انتزعت من الأول وسلمت إليه ولو تلفت لم يضمن الملتقط إن كان دفعها بحكم الحاكم. ولو كان دفعها باجتهاده ضمن.

التذكرة، فنقله كذلك، وهو لا يتم عندنا.
قوله: " لو أقام واحد بينة... الخ "

إذا أقام المدعي عليها بينة ودفعت إليه بعينها، ثم أقام آخر بينة بها، فكلاهما خارج، فقد تعارضت البيتان، فإن كانت إحداهما أعدل قدمت. وإن تساويا عدالة وكانت إحداهما أزيد قدمت أيضا. فإن تساويا في العدالة والعدد أقرع بينهما، لانتفاء الأولوية، وحلف الخارج بها، فإن امتنع من اليمين حلف الآخر، فإن امتنعا قسمت نصفين هذه قاعدة تعارض الخارجين. وحينئذ فإن كان الترجيح لبينة الأول، أو خرجت بالقرعة وحلف، فلا بحث. وإن كان الترجيح للثاني انتزعت من الأول وسلمت إليه، عملا بمقتضى التقديم فإن وجدها باقية أخذها. وإن وجدها تالفة، فإن كان الملتقط قد دفعها إلى الأول بحكم الحاكم تعين رجوع الثاني على الأول دون الملتقط، لبراءته منها بحكم الحاكم عليه بدفعها إلى الأول وإن كان قد دفعها باجتهاده تخير الثاني في تضمين من شاء من الملتقط والأول أما الأول. فلا استقرار تلفها في يده، وثبوت كونها مال الثاني. وأما الملتقط فلتفريطه حيث دفعها بنظره، لأن الحكم بالبينة من

أما لو قامت البينة بعد الحول وتملك الملتقط ودفع العوض إلى الأول، ضمن الملتقط للثاني على كل حال، لأن الحق ثابت في ذمته، لم يتعين بالدفع إلى الأول ورجع الملتقط على الأول، لتحقق بطلان الحكم.

وظائف الحاكم.

قوله: " أما لو قامت البينة... الخ "

ما تقدم حكم ما إذا كان قد دفع العين إلى الأول، سواء كان قبل تملكها أم بعده، مع اختياره دفع العين أو مع وجوبه مطلقاً.

أما لو كان الملتقط قد تملك وأتلف العين، أو هي باقية ولم نوجب بذلها، فدفع العوض إلى الأول، ثم أقام الآخر بينة وترجحت بينته على بينة الأول، أو كان دفعها إلى الأول بالوصف، فإنه يرجع على الملتقط على كل حال، سواء كان ما دفعه الملتقط إلى الأول من العوض باقياً أم لا، وسواء كان دفعها إلى الأول بالوصف أم بالبينة، لأن المدفوع ليس عين حق المالك، وإنما هو ثابت في ذمته لا يتعين إلا بالدفع إلى المالك، وقد ظهر أنه الثاني، فكان ما دفعه إلى الأول مال الملتقط فيرجع به عليه وإن اعترف له بالملك لأجل البينة، لتبين فساد الحكم. أما لو اعترف له بالملك لا باعتبار البينة لم يرجع عليه، لاعترافه بالظلم من الثاني. تم المجلد الثاني عشر ولله الحمد، ويليه المجلد الثالث عشر بإذنه تعالى