

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مد ظله العالی»

«کتاب خمس»

شماره: ۷

قوله ﷺ: وسواء كان في بلاد الكفار الحربيين أو غيرهم، أو في بلاد الإسلام في الأرض الموات أو الأرض الخربة التي لم يكن لها مالك، أو في أرض مملوكة له بالأحياء أو بالابتياح مع العلم بعدم كونه ملكاً للبائعين وسواء كان عليه أثر الإسلام أم لا، ففي جميع هذه يكون ملكاً لواجده وعليه الخمس، ولو كان في أرض مبتاعة مع احتمال كونه لأحد البائعين عرفه المالك قبله، فإن لم يعرفه فالمالك قبله وهكذا فإن لم يعرفه فهو للواجد وعليه الخمس، وإن ادّعاها المالك السابق فالسابق أعطاه بلا بيّنة، وإن تنازع الملاك يجري عليه حكم التداعي ولو ادّعاها المالك السابق إرثاً وكان له شركاء نفوه دفعت إليه حصّته وملك الواجد الباقي وأعطى خمسه ويشترط في وجوب الخمس فيه النصاب وهو عشرون ديناراً^(١).

لا يخفى أنه بعد تمامية الكلام في اعتبار القصد وعدمه في صدق عنوان الكنز وهكذا في اعتبار الادّخار وكذلك في جنس المخرج في تملك الكنز ينبغي الكلام في المكان الذي يخرج منه، ووجه البحث عن ذلك امتياز الكنز عن المعدن والغوص وكذلك غنائم دار الحرب، حيث إنّ المعدن والغوص غير مسبوقين بيد المالك والغنيمة غير مسبوقة بيد مالك محترم بخلاف الكنز حيث إنّ من المحتمل سبق يد مسلم عليه فيكون لقطّة أو مجهول المالك، فلذلك يلزم

١- العروة الوثقى ٢: ١٩١-١٩٢.

البحث عنه وتصدّي القوم هنا للبحث عن شرائط تملكه كما أنّ الماتن يبحث عنه في صور ثمانية لأنّ الكنز إمّا يوجد في بلاد الحرب أو في بلاد الإسلام، وفي كلتا صورتين إمّا أن يكون عليه سكة الإسلام وأثره أم لا؟ وعلى التقادير إمّا أن يوجد في ملك شخصي أو في الأمانة العامة من المفتوحة عنوة أو الأنفال؟

ما يظهر عن غير واحد من الأعلام وأدعي عليه الإجماع تملك الواحد بالنسبة إلى ما وجده في دار الحرب أو في دار الإسلام ولم يكن عليه أثر الإسلام وطبعاً يجب عليه التخمس .

وأما الكلام والخلاف فيما إذا وجده في الأماكن العامة كالمباحات الأصلية أو ما هو ملك للإمام عليه السلام كالأنفال، أو للمسلمين كالأراضي المفتوحة عنوة؛ فقد حكم جماعة منهم الشيخ في المبسوط^(١) وتبعه العلامة^(٢) والشهيدان^(٣) وهكذا المحقق^(٤) إلى أنها لقطعة، مع أنّ جماعة أخرى قال بأنّه داخل في عنوان الكنز ويجري عليه حكمه كالشيخ في النهاية^(٥) وكذلك صاحب المدارك^(٦).

١- المبسوط ١: ٢٣٦.

٢- مختلف الشيعة ٣: ٣٢١.

٣- البيان: ٢١٥، مسالك الأفهام ١: ٤٦١-٤٦٢.

٤- شرائع الإسلام ١: ٢٠٧.

٥- النهاية: ١٩٧.

٦- مدارك الأحكام ٥: ٣٧٠.

واستدل للقول الأوّل بوجوه:

الأوّل: الأصل أي أصالة عدم جواز تملكه من غير تعريف لأنّ الملكية أمر حادث يحتاج ثبوته إلى الدليل ومقتضى الأصل عدمه.

الثاني: بأنّ صرف كون المال في دار الإسلام أمانة كونه لمحترم المال من مسلم أو ذمّي، لحقن دماء وأموال من كان في دار الإسلام، فما لم يثبت أنّه فيء للمسلمين لا يجوز تملكه بل يجب الفحص عن مالكه.

الثالث: موثقة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى علي عليه السلام في رجل وجد ورقاً في خربة أن يعرفها فإن وجد من يعرفها وإلا تمتع بها»^(١).

بيان الاستدلال: إنّها تدلّ على عدم جواز الاستملاك بمجرد الوجدان وقبل التعريف، مع أنّ الورق الموجود في الخربة إذا لم يكن كنزاً مذخوراً تحت الأرض لا معرّف له ليعرف، لعدم العلامة له حينئذ، فإنّه سكة من درهم أو دينار كغيره من المسكوكات.

ومع التنزل فلا أقل من الإطلاق أي سواء كان مذخوراً أو على وجه الأرض.

الرابع: موثقة إسحاق بن عمار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيه نحواً من سبعين درهماً مدفونة، فلم تنزل

١ - وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٨ / أبواب اللقطة ب ٥ ح ٥، التهذيب ٦: ٣٩٨ / ١١٩٩.

معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة، كيف يصنع؟ قال: «يسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها» قلت: فإن لم يعرفوها، قال: «يتصدق بها»^(١).

وهذه واضحة الدلالة على المدعى.

أمّا الأوّل: فقد اورد عليه: بأنّ مقتضى الأصل جواز التملك لا عدمه إذ المال المحترم إنّما هو للمسلم أو الذمي، ومع الشك في كونه لهما أو لغيرهما كان مقتضى الأصل عدم وضع المسلم أو الذمي يده على هذا المال فيجوز استملاكه بعد إحراز عدم احترامه بمقتضى الأصل، ومجرد كونه في بلاد الإسلام لا يكون أمانة على أنّه للمسلم نعم، غايته الظن وهو لا يغني من الحق.

لا يخفى أنّ هذه المسألة معنونة في رسائل الشيخ^(٢) وذهب إلى أنّ الأصل هو الحرمة ما لم يثبت وجه الحل.

وأنكر ذلك المتأخرون عنه وذهبوا إلى عدم الفرق بين الأموال وغيرها في كون مقتضى الأصل الأوّلي هو الإباحة ما لم تثبت الحرمة.

وما يمكن أن يستدل به وفاقاً للشيخ أمران:

أحدهما: ما عن النائي^(٣) من أنّ تخصيص دليل الحرمة بعنوان وجودي يقتضي كون الموضوع في الدليل المخصص إنّما هو العنوان الوجودي

١- وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٨ / أبواب اللقطة ب ٥ ح ٣، التهذيب ٦: ٣٩١ / ١١٧١.

٢- فرائد الاصول: ٢١٨ / الطبعة القديمة.

٣- أجود التقريرات ٢: ١٩٥.

المعلوم بما هو معلوم، فإذا قال المولى لعبده: «لا تأذن لأحد بالدخول عليّ إلا لأصدقائي» كان المتفاهم العرفي من ذلك هو أنّ الخارج عن تحت دليل الحرمة إنّما هو معلوم الصداقة ولذلك نرى أنّ العبد لا يأذن لمن يشك في صداقته، ولو أذن كان مستحقاً للؤم والذم من العقلاء والعقوبة من المولى، وهذا دليل على أنّ المخرج إنّما هو معلوم الصداقة لا من هو صديق المولى واقعاً.

وعلى هذا فحيث إنّ مقتضى العمومات في التوقيع «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه»^(١) وقوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم»^(٢) ونحو ذلك إنّما هو عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه، إلا أنّ العمومات المذكورة مخصصة بالكافر الحربي وأنه يجوز التصرف في ماله ولو بدون إذنه، وبما أنّ المأخوذ في الدليل المخصص - وهو عنوان الكافر الحربي - عنوان وجودي فلا محالة يختص جواز التصرف بدون الإذن بالحربي المعلوم كونه حربياً، وأمّا مع الشك مقتضى العموم إنّما هو عدم جواز التصرف فيه. وبهذا البيان لا يكون التمسك بالعام في مورد الشك تمسكاً بالدليل في الشبهة المصدقية، فإنه إنّما يتمّ ذلك فيما إذا كان التخصيص بالحربي الواقعي لا بالمعلوم كونه حربياً.

ثانيهما: ما عن المحقق الهمداني^(٣) من أنّ ثبوت الملكية لشيء في نفسه

١- الاحتجاج: ٤٨٠.

٢- عوالي اللئالي ١: ٢٢٢/٩٩.

٣- مصباح الفقيه ١٤: ٦١.

مساوق لحرمة التصرف فيه بدون رضا مالكة، فإنّ الترخيص في التصرف من دون رضا مالكة مناف لحقيقة الملكية ولا يجتمع الترخيص المذكور مع اعتبار الملكية ولو من الشارع، وذلك لأنّ معنى الملكية للغير كون المال له واختصاصه به، فإباحة تصرف الغير واستيلائه عليه على الإطلاق من غير استناد إلى طيب نفس مالكة حقيقة أو حكماً مما ينافي حقيقة الملكية، فيمتنع ثبوت مثل هذه الإباحة شرعاً إلاّ بأحد وجهين:

فإنّ أن يكون ذلك بالتصرف في ناحية الموضوع بأن ينفي الملكية له كما في مال العبد بناءً على ملكيته.

وإنّما يجعل الحق للمتصرف كحق المارة والمولى على العبد - بناءً على أنّه يملك - والمسلمين على الكفار حيث جعلهم وما في أيديهم فيناً للمسلمين أو يجعل الولاية له على المالك، وإلاّ فالتصرف بغير هذه الوجوه بدون رضا المالك يكون مصداقاً للظلم والعدوان لا محالة إذ لا معنى للظلم والعدوان الذين قضت ضرورة العقل والشرع بحرمتها إلاّ مزاحمة حق الغير لا عن استحقاق.

وعليه فلا يصحّ من الشارع الترخيص في ذلك بعد كونه مصداقاً للظلم والعدوان. ثمّ إنّ السيرة العقلانية قائمة على حرمة التصرف فيما ثبت كونه ملكاً للغير ما لم تثبت إباحته بأحد الوجوه المتقدمة، فلا مجال للتصرف في مال الغير بدون رضاه في حكم العقلاء حتّى مع الشك في ثبوت إباحة

التصرف بأحد الوجوه المتقدمة .

وهذه السيرة العقلائية المضادة شرعاً هي الأساس لما يقال من: أنّ الأصل في مال الغير مطلقاً الاحترام وعدم جواز التصرف فيه إلا أن يدلّ دليل على خلافه لا أنّ مستندهم في ذلك إنما هو عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» أو التوقيع الشريف، كي يقال: إنّ الرجوع إلى ذلك في مورد الشك في ثبوت الحق في التصرف - كما شكّ في إسلام المالك وكفره - مع كون العمومات المذكورة مخصصة بالكافر الحربي يكون من الرجوع إلى العام في الشبهات المصادقية، لعدم إمكان أن يكون المستند لهذا الأصل الذي هو من الضروريات هو هذه المراسيل التي قد لا يقول بحجيتها أغلب العلماء بل المستند هو ما أشرنا إليه، وعليه فالأصل المذكور أصل عقلائي ممضى شرعاً «كقاعدة اليد» وقاعدة «سلطنة الناس على أموالهم» وغيرهما.

فالنتيجة: إنّ ثبوت الملكية للغير في نفسه يساوق حرمة التصرف في ماله إلا إذا ثبت الدليل على الإباحة، وعليه ففي مورد الشك في إباحة التصرف كصورة تردد المالك بين الكافر الحربي وغيره، يكون مقتضى الأصل إنما هو حرمة التصرف حيث لم تثبت الإباحة.

وحاصل ما أفاده في المقام على ما بيّنه سيدنا الأستاذ في المرتقى^(١): إنّ الموضوع لحرمة التصرف إذا كان مغايراً لموضوع إباحة التصرف بأن تعدداً

فكان موضوع الثاني هو مال الحربي مثلاً، وموضوع الأوّل هو مال المسلم أو الذمي كان الرجوع إلى العمومات في مورد الشك رجوعاً إليها في الشبهة المصدقية، وهذا بخلاف ما إذا كان الموضوع لحرمة التصرف هو ما ثبتت ملكيته للغير مما لم يثبت فيه حق التصرف للغير شرعاً، فإنّ الأخذ بالحرمة حينئذ في مورد الشك لا يكون رجوعاً إلى العموم في الشبهة المصدقية.

ثم اشكل عليه^(١): بعدم التمامية على سبيل الكلية بل إنّما بوجب ذلك في الجملة بمعنى أنّ ما أفاده لا يوجب عدم جريان البرائة في الأموال على سبيل الكلية كما هو مقتضى كلام القائلين بأصالة الاحترام في الأموال وإنّما يوجب ذلك في خصوص ما ثبت كونه ملكاً للغير.

غاية الأمر أنّه تردّد أمره بين أن يكون ملكاً لمن يكون لأمواله حرمة عند الشارع كالمسلم والذمي وأن لا يكون كذلك كالكافر الحربي، وأمّا إذا كان هناك مال ولم يحرز كونه من المباحات ليجوز تملكه بالحيازة أو ملكاً محترماً لئلا يجوز تملكه إلا برضا مالكة أو كونه ملكاً غير محترم مثلاً فيجوز تملكه ولو بدون رضا المالك، فلا يقتضي الأصل المتقدم حرمة التصرف في المال المذكور كما لا يخفى (أي لأنّ الأصل لا يثبت الملكية للغير).

ثم إنّ اقتضاء الأصل المذكور حرمة التصرف في مال الغير عند الشك في ثبوت الحق في التصرف إنّما يكون بأحد وجوه:

إمّا أن يقال: بأنّ جعل الحق في التصرف في مال الغير مرجعه إلى جعل الحق المزاحم لحق المالك، وبما أنّه يعتبر في فعلية المزاحم الوصول، فمع عدم وصول الحق المذكور إلى المكلف لفرض الشك فيه فلا محالة تكون حرمة التصرف في مال الغير فعلية.

والحاصل: إنّ اعتبار الملكية للغير المقتضية لحرمة التصرف مع جعل حق التصرف لغيره حكمان متزاحمان كلّ منهما يمنع الآخر عن الفعلية، إلاّ أنّه حيث كان المفروض هو وصول أحد المتزاحمين وهو حرمة التصرف التي هي من مقتضيات اعتبار الملكية - كما عرفت - وعدم وصول الآخر - وهو جعل حق التصرف للغير - والمزاحمة متقومة بوصول كلا المتزاحمين، فلا محالة كانت حرمة التصرف فعلية حيث أنّه لا مزاحم لها على الفرض.

أو يقال: بأنّ جعل الحق في التصرف مرجعه إلى جعل الحق للغير في إزالة الملكية لا أنّه حكم مزاحم لاعتبار الملكية.

فإن قلنا: بأنّه لا بدّ من تأخر الحق المذكور عن اعتبار الملكية للغير زماناً كما هو متأخر عنه رتبة فإنّ الحق في إزالة الملكية متأخر رتبة عن الملكية المعترية لا محالة، فإذا أحرزنا الملكية ولم نحرز جعل الحق لغير المالك في إزالة الملكية أمكن إثبات ذلك بالأصل بأن يقال: أنّه لم يكن الحق المذكور ثابتاً في زمان - وهو زمان اعتبار الملكية للغير - قطعاً ونشك في ثبوته بعد ذلك والأصل عدمه.

وإن لم نقل بذلك والتزمنا بكفاية ثبوت الحق المذكور في زمان اعتبار الملكية للغير كان إثبات عدم الحق بالاستصحاب مبتنياً على جريان الاستصحاب في الأعدام الأزلية حيث إنه لا حاله سابقة متيقن بها للعدم النعتي على هذا المبنى كما لا يخفى .

أو يقال: بأن سيرة العقلاء جارية على الأصل المذكور حتى في مورد الشك في ثبوت الحق في التصرف وهي معتبرة بعد كونها ممضاة لدى الشارع، والظاهر أن الصحيح من هذه الوجوه إنما هو الوجه الأخير، وإلا فما عداه لا يخلو من شوب الإشكال كما لا يخفى، هذا تمام الكلام في الأصل الأوّلي في باب الأموال .

ثم إنك قد عرفت: إن مقتضى الأصل الأوّلي في باب الأموال إنما هو الحرمة ما دام كون المال ملكاً للغير، فإذا زالت الملكية إما اختياراً بالإعراض، أو قهراً، بأن زالت علقه الملكية عن المال المذكور فإنها علقه اعتبارية لا محالة وهي من الأمور القابلة للزوال، كما في الآثار الموجودة في الأماكن الأثرية حيث إنّ العرف لا يرونها باقية على ملك ملاكها، بل يرون انقطاع علقه الملكية عنها .

كان ذلك بحكم المباح الأصلي كما يشهد بذلك استقرار سيرة العقلاء على حيارة الآثار الباقية في البلاد القديمة المعلوم كونها للمسلمين، فإنّ أحداً من المشرعة لا يتوقف في تملك ما بقي من آثارهم من الأحجار والأخشاب

والكنوز وغيرها.

والحاصل: أنّ المال إذا زالت علقته الملكية عنه وانقطعت إضافته الاعتبارية إلى مالكه إمّا لهلاكه أو ضياعه بحيث لو وجده مالكه لا يرى اختصاصه به ولا يحفظ نسبه إليه بواسطة الازمحلال كان ذلك عند العقلاء بحكم المباح الأصلي فيجوز تملكه بالحيازة كما يجوز تملك المباحات الأصلية. والكنوز من هذا القبيل فإنّها بحسب العادة مما تعد عرفاً من الأموال التي لا مالك لها بحيث لو سئلوا عن المالك بها لأجابوا بالنفي. وعليه فيصحّ تملكها للواجد ولا يجري فيه الأصل المتقدم بما عرفت من اختصاصه بما ثبت كونه ملكاً للغير نعم، ما لا يسلب عنه إضافته إلى مالكه عرفاً، وإمّا يقال: إنّ مالكة غير معروف فهو داخل في اللقطة إن كان ضائعاً وإلا فهو مجهول المالك وحكمها وجوب التعريف.

وأما ما أفاده المحقق النائيني توجيهاً لجريان أصالة الحرمة في الأموال فقد اشكل عليه^(١): بعدم الدليل على ما ذكره، والمثال المذكور في بيانه لم يشهد لما هو بصده فإنّ عدم جواز الإذن لمشكوك الصداقة إمّا هو باعتبار أنّ مقتضى الاستصحاب إمّا هو عدم الصداقة لا أنّ الموضوع هو معلوم الصداقة.

وبالجملة لا إشكال في الحكم بتملك ما وجده في الأماكن العامة

وجريان حكم الكنز عليه، هذا بالنسبة إلى الدليل الأوّل أي الأصل .
 وأمّا بالنسبة إلى الموثقة، فقد اشكل عليها^(١): بعدم وضوح ورودها
 في الكنز بل الظاهر أنّها واردة في اللقطة غير الصادقة على الكنز بالضرورة إذ
 اللقطة هي المال الضائع فلا ينطبق على الكنز الذي هو المال المذخور .
 وقد منع من هذا الجواب^(٢): بأنّ الورق الموجود في الخربة بمناسبة
 الحكم والموضوع لا بدّ وأن يراد بها الكنز لعدم إمكان التعريف لو لم يكن كنزاً
 لتوقف التعريف على علامة ولم يفرض وجودها في الرواية، بل أنّ المنسب
 إلى الذهن من مثل قولنا: «وجدت في خربة ورقاً» هو الكنز ولا أقل من
 الشمول بالإطلاق فحملها على اللقطة بعيد .

ولكن مع ذلك كلّ لا بدّ من حمل الموثقة الاولى والثانية، لأنّ الاولى
 وإن كانت ظاهرة فيما ذكره بقريئة الفحص والتعريف إلاّ أنّه لا بدّ من حملها
 على خربة لها مالك موجود بالفعل لم يعرض عنها، فيجب الفحص والتعريف
 لكونه من مجهول المالك دون الخربة التي أعرض عنها مالها حيث إنّ المال
 لواجده بلا تعريف وعليه خمسة . ويؤيد هذا الحمل بقريئة صحيحة محمد بن
 مسلم المشتملة على عين السؤال المذكور في الموثقة ... قال: سألته عن الدار
 يوجد فيها الورق؟ فقال: «إن كانت معمورة فيها أهلها فهي لهم، وإن كانت
 خربة قد جلا عنها أهلها، فالذي وجد المال أحق به»^(٣) .

١- مدارك الأحكام ٥: ٣٧١ .

٢- موسوعة الإمام الخوئي ٢٥: ٨١ .

٣- وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٧ / أبواب اللقطة ب ٥ ح ١، الكافي ٥: ١٣٨ / ٥ .

فهذه الصحيحة تقيد الموثقة فتدلّ على اختصاص التعريف بغير فرض الجلاء وأمّا مع الجلاء والإعراض فالورق لو اجدّه من غير تعريف، فلا يكون داخلاً في اللقطة ولا مجهول المالك.

وأما الموثقة الثانية: فهي وإن كانت دلالتها على المدعى أوضح، إلاّ أنّها محمولة أيضاً لأنّ المنزل (بعض بيوت مكة) ومعلوم أنّ البيت يطلق على ما كان فيه صاحب عرفاً مضافاً إلى أنّ الدفن في مثل هذه البيوت يفرق عن الدفن بعنوان الكنز المتعارف لأنّ القول بأنّ الحاج حفر البيت وفحص عن عروق الأرض أمر على خلاف العرف، ولعل المراد أنّه وجدّه في زوايا البيت بحيث يعلم أنّ ما وجدّه للنازلين بهذا البيت.

وبالجملة كلتا الروايتين لا ترتبطان باب الكنز.

ولا يبعد أن يستدل للمدعى كما استدلّ (إلى الحكم بتملك ما وجدّه من الكنز ووجوب الخمس) بالإطلاقات الواردة في باب الكنز حيث إنّ الموضوع في بعضها وإن كان هو الكنز المملوك لو اجدّه من غير نظر إلى حصول الملك وعدمه ولم يكن إلاّ في مقام بيان وجوب الخمس بعد الفراغ عن كون الكنز مملوكاً على الوجه المقرر الشرعي كصحيحة الحلبي أنّه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الكنز، كم فيه؟ فقال: «الخمس...»^(١) إلاّ أنّ بعضها الآخر كما يدلّ على وجوب الخمس يدلّ على ملكيته لو اجدّه كصحيحة عمار بن

١ - وسائل الشيعة ٩: ٤٩٥ / أبواب ما يجب فيه الخمس ب ٥ ح ١، الفقيه ٢: ٢١ / ٧٣.

مروان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «فيما يخرج من المعادن، والبحر، والغنيمة، والحلال المختلط بالحرام، إذا لم يعرف صاحبه، والكنوز، الخمس»^(١).

فإنّ المستفاد من مثل ذلك بحسب الفهم العرفي أنّ واجد الكنز يملك لأربعة أخماس الباقية بعد إخراج الخمس كواجد المعدن والغوص والغنيمة ونحوها.

ومقتضى الإطلاق عدم الفرق بين ما كان عليه أثر الإسلام وما لم يكن من غير توقف على التعريف.

قوله عليه السلام: ولو كان في أرض مبتاعة.

وفي الجواهر: بلا خلاف أجده^(٢)، وعن المنتهى: الإجماع عليه^(٣) عملاً باليد السابقة فإنّ اليد على الدار يد على ما فيها وهي أمانة على الملكية ما لم ينكشف الخلاف، هذا مضافاً إلى إمكان الاستدلال بالفقرة الأولى من صحيحة محمد بن مسلم السابقة بناءً على القول بأنّها واردة في باب الكنز. واشكل في اليد^(٤): بأنّها لو دلّت على كونه له فلا يجب التعريف ضرورة أنّ اليد أمانة الملكية من غير إناطة على التعريف إلاّ مع الاعتراف بالخلاف والنفي عن نفسه.

١- وسائل الشيعة ٩: ٤٩٤ / أبواب ما يجب فيه الخمس ب ٣ ح ٦، الخصال: ٥١/ ٢٩٠.

٢- جواهر الكلام ١٦: ٣١.

٣- منتهى المطلب ١: ٥٤٦.

٤- مدارك الأحكام ٥: ٣٧٢.

وأجاب المحقق الهمداني^(١): بأنّ هذا النحو من اليد التبعية غير المستقلة لا يتمّ ظهورها في الملكية إلاّ بضمّ الادعاء، خصوصاً مع ظهور فعله - وهو نقل الدار - في عدم اطلاعه بما هو مدفون فيها وليس مستند صحيح لليد إلاّ بناء العقلاء وإمضاء الشارع له، وهم لا يرون لليد السابقة غير الباقية فعلاً اعتباراً أزيد من قبول ادعائه للملكية، وبالجملة فرق بين اليد الفعلية واليد السابقة.

واشكّل عليه أوّلاً^(٢): بأنّ القاعدة لو تمت فهي حجة مطلقاً بلا توقف على الدعوى من ذي اليد بل هي حجة حتّى مع الشك وجهل ذي اليد بالملكية ولأجله يدفع إلى وارثه لو كان ميتاً، فما هي الحاجة إذن إلى التعريف للمالك السابق وصدور الدعوى منه، بل لا بدّ وأن يدفع إليه ابتداءً.

وثانياً: أنّ حجية اليد - سواء كان المستند فيها السيرة العقلائية وهي العمدة، أم بعض النصوص مثل ما دلّ على جواز الشهادة استناداً إلى اليد - خاصة باليد الفعلية، فهي الكاشفة عن الملكية، وأمّا الزائلة فهي ساقطة عن درجة الاعتبار ولا أمارية لها بوجه لخروجها عن مورد السيرة والأخبار بالضرورة، وقد يكشف عنه ذيل صحيحتي ابن مسلم المتقدمين لقوله عليه السلام: «وإن كانت خربة قد جلى عنها أهلها فالذي وجد المال أحق به» حيث دلّت على سقوط اليد عن الملكية بالمجلاء والإعراض ولأجله كان الواجد أحق به،

١ - مصباح الفقيه ١٤: ٦٥.

٢ - موسوعة الإمام الخوئي ٢٥: ٨٦.

فإذا سقطت بالإعراض فسقوطها بالانتقال ببيع ونحوه الذي هو محل الكلام بطريق أولى.

فاستنتج المستشكل أنه لا فرق بين المالك وغيره بل حكم الكنز في الأرض المبتاعة حكمه في الأرض الموات في أنه إن احتمل أن له مالاً محترماً موجوداً بالفعل كان من مجهول المالك ووجب التعريف فيراجع المالك السابق كما يراجع غيره، فإن ظهر وإلا تصدق عنه، وأما لو لم يحتمل وجود المالك الفعلي ولا سبياً إذا كانت قرينة على ذلك مثل ما إذا كان الكنز عتيقاً ونحو ذلك كما هو الغالب في الكنوز على ما مرّ جاز استملاكه فهو لو وجده وعليه خمسة بمقتضى إطلاق النصوص الدالة على جواز تملك الكنز وأداء خمسة.

إلا أن الكلام فيما أفاده المحقق الهمداني رحمته الله تقريراً وما أفاده المحقق الخوئي إشكالاً: هو أنه إن سلمنا أن مبنى الملكية بالنسبة إلى التوابع السابقة هو قاعدة اليد يتم ما قرره في مصباح الفقيه، ولكنه لو قلنا إن مبناها الاستصحاب لا يتم ما أفاده تقريراً لقاعدة اليد ولا ترد عليه إشكالات المستند.

بيان ذلك: لا إشكال في أمارية اليد الفعلية على الملكية بالإضافة إلى العين وتوابعها، فكما أنها أماراة ملكية الدار فيما إذا كانت تحت اليد كذلك تكون أماراة ملكية ما يتبع الدار من أثاث ونحوه.

كما لا إشكال في عدم تقوم أماريتها بالإضافة إلى التوابع بالالتفات، فما يوجد في الدار التي تكون تحت اليد من أثاث وصندوق ونحوها يحكم

عليها بكونها مملوكة لصاحب الدار حتى مع جهله بكونها له، وعلى هذا فالكنز الذي يوجد في أرض مبتاعة من الغير يكون ملكاً له بمقتضى الاستصحاب، إذ المفروض العلم بحدوث الملكية بمقتضى اليد على العين بتوابعها ومن جملتها الكنز ومقتضى الاستصحاب بالنسبة إلى التوابع إنما هو بقاء الملكية فيدفع ذلك إلى المالك ما لم ينفها عن نفسه بلا حاجة إلى دعواه سواء كان ممن يقبل الدعوى منه أم ممن لا يقبل كالصبي والمجنون والميت.

نعم هذا يتم بالنسبة إلى ما إذا كان الكنز معدوداً عرفاً من توابع العين، وأما إذا لم يعد من توابع العين وحكمنا في الكنز مثل ما حكمنا به في المعادن يكون ما في الأرض من المعادن للإمام عليه السلام وأنه من الانفال يجب عليه دفعه إلى الإمام عليه السلام، هذا كله ما تقتضيه القاعدة.

وأما ما استدلل به من الروايات الواردة في المقام فقد استدلل صاحب الجواهر رحمته الله بصحيفة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الدار يوجد فيها الورق؟ فقال: «إن كانت معمورة فيها أهلها فهي لهم، وإن كانت خربة قد جلا عنها أهلها، فالذي وجد المال أحق به»^(١).

وأيضاً بصحيفته الأخرى عن أحدهما عليه السلام - في حديث - قال: وسألته عن الورق يوجد في دار؟ فقال: «إن كانت معمورة فهي لأهلها، وإن كانت خربة فأنت أحق بما وجدت»^(٢).

١ - وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٧ / أبواب اللقطة ب ٥ ح ١، الكافي ٥: ١٣٨ / ٥.
٢ - وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٧ / أبواب اللقطة ب ٥ ح ٢، التهذيب ٦: ٣٩٠ / ١١٦٥.

وأشكل في الاستدلال بهما المحقق الهمداني رحمته الله^(١): بأنهما لم تردا فيما هو محلّ الكلام بل موردهما ما إذا وجد الكنز فيما هو تحت يد الغير بالفعل كما إذا وجد في دار الغير فإنّ الأظهر حينئذ إنّما هو وجوب دفعه إليه ما دام لم ينفه عن نفسه، بل وإن نفاه ما لم تعرف له مالك غيره بالفعل.

أقول: سلّمنا ورود الروايتين في المورد المذكور إلا أنّ الحكم بوجوب الدفع لصاحب البيت ليس إلاّ بمقتضى قاعدة الاستصحاب، والقاعدة على ما بيّناه آنفاً محكّمة فيما نحن بصدده، فلا إشكال في الاستدلال بالروايتين لما نحن فيه.

واستدل الشيخ الأنصاري رحمته الله^(٢) بموثقة إسحاق بن عمار المتقدمة وصحيحة عبدالله بن جعفر قال: كتبت إلى الرجل عليه السلام أسأله عن رجل اشترى جزوراً أو بقرة للأضاحي، فلما ذبحها وجد في جوفها صرّة فيها دراهم أو دنانير أو جوهرة، لمن يكون ذلك؟ فوق عليه السلام: «عرّفها البائع، فإن لم يكن يعرفها فالشيء لك، رزقك الله أيّاه»^(٣).

وأورد عليه الهمداني رحمته الله^(٤): بأنهما أجنبيان عما نحن فيه، فإنّ موردهما من قبيل مجهول المالك، مضافاً إلى ما أورد في المستند^(٥) بأنّ الحكم فيهما

١- مصباح الفقيه ١٤: ٦٧.

٢- كتاب الخمس للشيخ الأعظم الأنصاري: ٥٨ - ٥٩.

٣- وسائل الشيعة ٢٥: ٤٥٢ / أبواب اللقطة ب ٩ ح ١، الكافي ٥: ١٣٩ / ٩.

٤- مصباح الفقيه ١٤: ٦٨ - ٦٩.

٥- موسوعة الإمام الخوئي ٢٥: ٨٩.

مخالف للمطلقات الواردة في مجهول المالك من التصديق بعد اليأس عن وجدان مالكة، إلا أنه سيأتي الكلام منّا تنميماً للبحث يمكن به توجيه الروايتين للمقام فانتظر.

قوله عليه السلام: عرّفه المالك قبله، فإن لم يعرفه فالمالك قبله وهكذا، فإن لم يعرفه فهو للواجد وعليه الخمس

قد تقدم أنه يمكن الاستناد إلى بعض الإطلاقات الواردة في باب الكنز من أن الكنز ملك لواجده لأنّ المستفاد منها بحسب الفهم العرفي أنّ واجد الكنز يملك أربعة أخماس الباقية بعد إخراج الخمس كواجد المعدن والغوص والغنيمية.

وإن أبيت وقلت بأنّها غير واردة في مقام البيان من هذه الجهة نزيدك هنا بأنّ المملوكية مأخوذة في الموضوع بنحو الأمر المفروغ عنه بمعنى أنّ الروايات المذكورة دالّة على ثبوت الخمس في الكنز المفروغ كونه لواجده وإن لم تدلّ هذه الإطلاقات على مملوكية الكنز للواجد.

والذي يقتضي كون الكنز ملكاً لواجده إنّما هو الأدلّة الدالّة على أنّ المباحات الأصلية وما يحكمها مما يملك بالحيازة والسبق والإحياء لو كان منها، وعلى هذا الأساس لو علمنا في الكنز الذي وجده الواجد بانقراض ملاكه أو انقطاع العلقة الملكية عنه كان ذلك ملكاً لواجده بلا حاجة إلى التعريف لأنّه بحكم المباح الأصلي نعم، لو قلنا بأنّ الكنوز من الأنفال يتبع أحكامه.

وكيف كان هذا هو القدر المتيقن من موارد كون الكنز للواجد .
 وأما فيما عدا ذلك فمقتضى القاعدة بل النصوص المتقدمة (كصحيحتي
 محمد بن مسلم وموثقة إسحاق بن عمار وصحيحة عبدالله بن جعفر) إنما هو
 البحث والفحص عن المالك مقدّمة لجواز تملكه حتى حصل له اليأس عن
 وصول المالك، ولا يخفى أن الفحص إنما يكون بالتعريف والرجوع إلى كل من
 كان له يد على العين ومن لم يكن له اليد مع احتمال كونه ملكاً له . ولكن مع
 فرق بينهما في الرجوع والتعريف فإنّ التعريف بمن كان له اليد إنما يكون على
 نحو الترتب لأنّ اليد اللاحقة مزيلة لليد السابقة وحاكمة عليها بخلاف من
 احتل في حقه الملكية فإنه في عرض واحد .
 فتحصل أنّ وجوب التعريف كان مقدّمة لتمكّن الكنز، ولذلك لو لم
 يقصد الواجد تملكه بل أراد إبقائه لا يجب عليه التعريف لانتفاء الملاك .
 قوله ﷺ : وإن ادعاه المالك السابق فالسابق أعطاه بلا بينة وإن تنازع
 الملاك فيه يجري عليه حكم التداعي
 وأما وجوب الرد إلى المالك السابق فالأنّه مقتضى حجية اليد أو
 الاستصحاب، وفي كليهما لا حاجة إلى إقامة البينة .
 وأما في فرض التنازع: لا يخفى أنّ هذا متصور في فرض اشتراك
 المتنازعين في الملكية ولا في فرض ترتب الملكية لأنّ في الفرض يجري حكم
 المدّعي والمنكر لأنّ اللاحق بمنزلة المنكر والسابق بمنزلة المدّعي وعليه
 الإثبات بخلاف الملاك العرضية، فإنّ كلّ منهما أو كلّ منهما بالإضافة إلى ما

ما يجب فيه الخمس / الكنز ١٢٣

تحت يده غير مدع وبالنسبة إلى ما تكون عليه يده منكر، وحيث إنَّ اليد حجة له فدعواه موافق للحجة.

قوله عليه السلام: ولو ادعاه المالك السابق إرثاً وكان له شركاء نفوه دفعت إليه حصته وملك الواجد الباقي وأعطى خمسه، ويشترط في وجوب الخمس فيه النصاب وهو عشرون ديناراً.

وهنا فرعان:

الأوّل: لو ادعى المالك السابق أنّ العين وتوابعها ارثاً له وكان له الشركاء فهنا لا إشكال في وجوب دفع الحصة التي تخصه إليه لحجية يده بالنسبة إلى حصته، وأمّا بالإضافة إلى غيرها فهو مدّع وعليه البينة ومع عدم البينة فللواجد على وفق ما قدمناه آنفاً.

الثاني: في اعتبار النصاب في الكنز: وقد تقدم الكلام عن المحتملات في صحيحة البرنظي سألته عما يجب فيه الخمس من الكنز، فقال: «ما يجب الزكاة في مثله ففيه الخمس»^(١) من أن يكون المراد بها سؤالاً وجواباً هو المقدار أو النوع، والجنس، أو كلاهما، وبأيها أخذ يحكم بأنّ الكنز المحكوم بوجوب الخمس هو ما بلغ النصاب في الزكاة بحكم المائنة، وقد تقدم التفصيل في ذيل الصحيحة فراجع.

م ١٤ - قوله عليه السلام: أو وجد الكنز في أرض مستأجرة أو مستعارة وجب

١ - وسائل الشيعة ٩: ٤٩٥ / أبواب ما يجب فيه الخمس ب ٥ ح ٢.

تعريفهما وتعريف المالك أيضاً، فإن نفيهما كلاهما كان له وعليه الخمس وإن ادّعا أحدهما اعطي بلا بيّنة، وإن ادّعا كلّ منهما ففي تقديم قول المالك وجه لقوة يده، والأوجه الاختلاف بحسب المقامات في قوة إحدى اليدين^(١).

الظاهر أنّه لا وجه للحكم بوجوب التعريف للمستأجر والمستعير إذا كان الكنز في الأرض بمقدار لا يجوز لهما التصرف فيها بجفرها بذلك المقدار، فأثّهما غير مستول على المال المذكور عند العرف، بل الحكم هو الرجوع إلى المالك، وأمّا إذا كان اليد للمستأجر والمستعير دون المالك فهنا أيضاً لا وجه للحكم بتعريفه للمالك بعد عدم ثبوت اليد له.

نعم، إذا كان الحكم بوجوب التعريف بملاك الاحتمال كان وجوب التعريف على وفق القاعدة لكلّ من احتل في حقه ذلك.

م ١٥ - قوله ﷺ: لو علم الواجد أنّه لمسلم موجود هو أو وارثه في عصره مجهول ففي إجراء حكم الكنز أو حكم مجهول المالك عليه وجهان ولو علم أنّه كان ملكاً لمسلم قديم فالظاهر جريان حكم الكنز عليه^(٢).

لا إشكال في إجراء حكم الكنز من التملك والتخمس وإن علم بكونه لمسلم واحتمل وجود وارثه مع إحراز القدمة في ادّخاره لأنّه المتيقن من إطلاقات الأدلّة وكذلك فيما إذا لم يحرز القدمة ولكن حصل له اليأس عن

١ - العروة الوثقى ٢: ١٩٢.

٢ - العروة الوثقى ٢: ١٩٢.

ما يجب فيه الخمس / الكنز ١٢٥
حصول المالك إلى ماله، لأنّ في كلا الموردين انقطع علاقة الملكية بينه وبين المالك الأوّل.

وأما إذا علم بأنّه دفن وادّخار جديد ونسيه المالك المسلم فالأحوط إجراء حكم مجهول المالك عليه لانصراف إطلاقات الكنز عن مثله وإن لا يبعد شمول عنوان الكنز عليه.

م ١٦ - قوله ﷺ: الكنوز المتعدّدة لكلّ واحد حكم نفسه في بلوغ النصاب وعدمه، فلو لم يكن أحادها بحدّ النصاب وبلغت بالضم لم يجب فيها الخمس نعم، المال الواحد المدفون في مكان واحد في ظروف متعدّدة يضم بعضه إلى بعض فإنّه يعدّ كنزاً واحداً وإن تعدد جنسها^(١).

ما أفاده من اشتراط بلوغ النصاب بالنسبة إلى كلّ كنز بحياله هو المستفاد من الإطلاقات كقوله ﷺ في صحيحة البرنظي: «ما يجب الزكاة في مثله ففيه الخمس»^(٢) حيث إنّ ظاهره في الانحلال والحفاظ كلّ كنز بخصوصه، فلا دليل على الضم.

وما في بعض الكلمات من تعلق الحكم بالجنس أي طبيعي الكنز بعيد عن الاستظهار العرفي، كما أنّ القول بأنّ الموضوع في الأدلّة هو الاستغنام الكنزي في قبال الاستغنام التجاري والمعدني فيلزم رعاية ضم البعض إلى البعض غير تام لأنّ هذا التقرير عبارة أخرى عن القول بتعلق الحكم بالجنس

١ - العروة الوثقى ٢: ١٩٣.

٢ - وسائل الشيعة ٩: ٤٩٥ / أبواب ما يجب فيه الخمس ب ٥ ح ٢.

وقد ذكرنا بعده عن الأذهان العرفية .

نعم سلّمنا ذلك فيما لو وجد الكنز المدفون في مكان واحد في ظرف متعدّدة بالغة مجموعها حدّ النصاب، لأنّ الكل يعد كنز واحد عرفاً لأنّ الاعتبار بوحدة الكنز لا وحدة الظرف .

وأما فرض تعدد الجنس فعلى القول بتعلّق الحكم بغير التقدين فإن بلغ المجموع حدّ النصاب يجب الخمس أيضاً .

م ١٧ - قوله ﷺ: في الكنز الواحد لا يعتبر الإخراج دفعة بمقدار النصاب، فلو كان مجموع الدفعات بقدر النصاب وجب الخمس وإن لم يكن كلّ واحدة منها بقدره^(١) .

وهذا واضح لعدم أخذ عنوان «الإخراج» في أدلّة الكنز، بل الموضوع في الأدلّة مجرد وجدان الكنز قاصداً لتملكه نعم، هذا العنوان مأخوذ في أدلّة المعدن ولكن قياس الباب بباب المعدن مع الفارق، ففي الكنز يملكه بمجرد الاستيلاء عليه بعد وجدانه سواء استخرجه أم لا نعم، لو أبقاه معرضاً عنه لا يحكم عليه بوجوب التخمس لعدم صيرورته مالاً بعد إن لم يقصد التملك .

م ١٨ - قوله ﷺ: إذا اشترى دابة ووجد في جوفها شيئاً فحاله حال الكنز الذي يجده في الأرض المشتراة في تعريف البائع وفي إخراج الخمس إن لم يعرفه ولا يعتبر فيه بلوغ النصاب، وكذا لو وجد في جوف

١ - العروة الوثقى ٢: ١٩٣ .

السمكة المشتراة مع احتمال كونه لبائعها، وكذا الحكم في غير الدابة والسمكة من سائر الحيوانات^(١).

الكلام في المسألة في مقامين:

الأول: وجوب التخميس.

الثاني: وجوب التعريف.

أمّا الأوّل: ما يستفاد من كلمات المتقدمين وجوب تخميسه كما في المقنعة «وإن ابتاع شاة أو بعيراً أو بقرة فذبح شيئاً من ذلك، فوجد في جوفه شيئاً له قيمة عرفه من ابتاع ذلك الحيوان منه فإن عرفه أعطاه إياه وإن لم يعرفه أخرج منه الخمس، وكان أحق بالباقي، فإن ابتاع سمكة فوجد في جوفها درّة أو سبيكة أو ما أشبه ذلك أخرج منها الخمس وتملك الباقي»^(٢) وهكذا قال في النهاية وكذا المراسم^(٣).

إلا أنّ مقتضى صحيحة عبدالله بن جعفر التي تدلّ على جواز تملك ما وجدته في جوف الدابة عدم وجوب التخميس لأنّها نصت على أنّ المال بأجمعه ملك للواجد بعد التعريف وعدم المعرفة، وهذا دليل على عدم وجوب الخمس وإليك النص «كتبت إلى الرجل عليه السلام أسأله عن رجل اشترى جزوراً أو بقرة للأضاحي، فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم أو دنانير أو

١- العروة الوثقى ٢: ١٩٣.

٢- المقنعة: ٦٤٧.

٣- المراسم: ٢٠٦.

جوهره لمن يكون ذلك؟ فوق **عَلَيْهِ** «عَرَّفَهَا الْبَائِعُ فَإِنْ لَمْ يَكُن يَعْرِفُهَا فَالْشَيْءُ لَكَ، رَزَقَكَ اللَّهُ تَعَالَى أَيَّاهُ»^(١).

وهذه الصحيحة تدلّ على أنّ المال للواجد من دون الحكم بوجوب الخمس مع أنّه في مقام البيان من هذه الجهة لأنّه لو وجب الخمس لتوقف تملّك الباقي على بيان الحكم بوجوب إخراج الخمس نعم، ما نقلته عن قدماء الأصحاب يقتضي وجوب التخمس ولعلّ ذلك من باب أرباح المكاسب لبداهة عدم كون الموجود في جوف الدابة كنزاً ولا يطلق عليه الكنز عرفاً، فالحكم بوجوب الخمس لا يكون من هذا الباب ولذلك لم يعتبر فيه النصاب من قال بوجوب التخمس مع أنّه لو كان كنزاً يلزم مراعاة النصاب فيه.

فالحكم بوجوب إخراج الخمس لا وجه له إلاّ من باب كونه من أظهر مصاديق الغنيمة، وأمّا بعد استثناء المؤونة أمّ بمحض وجدانه كلام سيأتي في مبحث فاضل المؤونة.

أمّا الثاني: وجوب التعريف: فالظاهر أنّه يختص بصورة احتمال كونه للبائع على حسب العادة وأنها تأكل من مال البائع دون غيره لحصر التعريف بالبائع نعم، لو احتمال كونه لغير البائع يجب عليه التعريف للغير أيضاً لعدم موضوعية البائع، ومن الرواية الصحيحة يستفاد خروج هذا المورد عن مجهول المالك، لأنّ في باب مجهول المالك يحكم بوجوب التصدق، ولعلّ ذلك

١- وسائل الشيعة ٢٥: ٤٥٢ / أبواب اللقطة ب ٩ ح ١، الكافي ٥: ١٣٩ / ٩.

من باب صيرورة المال تالفاً، فعليه يكون خروج المورد عن مجهول المالك هو الخروج الموضوعي وهو مشكل لأن ما يوجد في جوف الدابة لم يكن كذلك دائماً بل المالك يسعى لأخذه إما بعد دفع القاذورات وإما بذبحها.

فالأولى أن القول بخروج المورد عن مجهول المالك خروجاً حكماً.

وأما بالنسبة إلى السمكة: فقد تقدم التفريق بين الدابة والسمكة في كلام المقنعة بعدم وجوب التعريف في ما يوجد في جوف السمكة مع أن السيد حكم بوجوب التعريف مع احتمال كونها لبائعها، ولعل أن الفرق ناظر إلى أن ما يوجد في جوف الدابة على الأغلب يكون من ممتلكات مالكة بخلاف السمكة فإن ما يوجد في جوفها إما مما يكون في بطنها أو في البحر فلا وجه للحكم بوجوب التعريف حينئذ بل يكون هو للواجد لعدم دخوله في ملك البائع لعدم قصد تملكه حين الحيازة والاصطياد، ومع التنزل والقول بتبعية ما في جوفها لنفس السمكة فهو ملك للمشتري تبعاً للعين المشتراة أيضاً.

نعم لو لم تكن السمكة مصطادة من البحر وإنما هي السماك التي ربّاه صاحبها في حياض شخصية واحتمل عقلاً كون ما في جوفها لمالكها يجب تعريفها للبائع كما أنه يلحق بالسمكة المصطادة من البحر ما وجدها في جوف الدابة الوحشية المصيدة.

م ١٩ - قوله عليه السلام: إنما يعتبر النصاب في الكنز بعد إخراج مؤونة الإخراج^(١).

قد تقدم الكلام في هذا الحكم في باب المعدن وقلنا إنه لا دليل على أن الحكم يتعلق بالمعدن بعد إخراج المؤونة لعدم نهوض ما يقتضي تقييد المطلقات بما بعد إخراج المؤونة، فيجب الأخذ بدليل وجوب الخمس في المعدن والكنز متى بلغ حد النصاب. نعم، سلّمنا أن النصاب يلحظ بعد إخراج المؤونة.

م ٢٠ - قوله ﷺ: إذا اشترك جماعة في كنز فالظاهر كفاية بلوغ المجموع نصاباً وإن لم يكن حصة كل واحد بقدره^(١).
هذا الفرع أيضاً مما مرّ البحث فيه في باب المعدن وقد تقدم أن المعتبر في وجوب التخميس بلوغ حصة كل واحد النصاب.